RONNY HAUCK

Nießbrauch an Rechten

Jus Privatum
194

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 194

Ronny Hauck

Nießbrauch an Rechten

Mohr Siebeck

Ronny Hauck, geboren 1972; ab 1999 Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen; Erstes Juristisches Staatsexamen 2004, Zweites Juristisches Staatsexamen 2007; 2008 Promotion; 2014 Habilitation an der Universität Augsburg; 2014/2015 Lehrstuhlvertretungen an der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie am Karlsruher Institut für Technologie.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

ISBN 978-3-16-153809-4 eISBN 978-3-16-154064-6
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Frage, ob Rechte mit anderen Rechten belastet werden können, war schon vor Inkrafttreten des BGB heftig umstritten. Eine Antwort darauf findet sich in diesem Buch, sowie insgesamt eine dogmatische Aufarbeitung des Nießbrauchs an Rechten. Das Typoskript dieser Arbeit wurde im Januar 2014 abgeschlossen, die Arbeit ist im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Habilitationsschrift angenommen worden. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnte bis Anfang 2015 noch berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte ich meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Christoph Ann, LL.M. (Duke Univ.), der mir als Betreuer der Arbeit jederzeit zur Seite stand, sowie Prof. Dr. Frank Bayreuther für die überaus zügige Erstellung des externen Gutachtens. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers und Prof. Dr. Jörg Neuner, den weiteren Mitgliedern meines Fachmentorats.

Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe Jus Privatum und der VG WORT für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

München, im April 2015 *Ronny Hauck*

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXIII

Einleitung – Fragestellung und Gang der Darstellung 1
A. Rechte an Rechten 1
B. Gang der Darstellung 4

Allgemeiner Teil

Kapitel 1: Der „Nießbrauch an Rechten“ im BGB 9
A. Überblick 9
B. Grundlagen 10
C. Geschichte und Rechtsquellen 12
Zusammenfassung Kapitel 1 37

Kapitel 2: Dogmatische Grundlagen der „Rechte an Rechten“ 38
A. Einleitung 38
B. Der Begriff „Gegenstand“ 39
C. Eigener Ansatz zum Abspaltungsgedanken und zur Natur der Belastung überhaupt 87
Zusammenfassung Kapitel 2 138

Kapitel 3: Grundstrukturen des Nießbrauchs an Rechten 141
A. Einleitung 141
B. Rechte im BGB 142
C. Rechte als Gegenstand der Belastung beim Nießbrauch 158
D. Der Nießbrauch an Rechten als subjektives Recht und Rechtsverhältnis 160
E. Bruchteilsnießbrauch und Quotennießbrauch 161
F. Die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts 165
Zusammenfassung Kapitel 3 185

Kapitel 4: Die Rechtsnatur des Nießbrauchs an Rechten 187
A. Vorbemerkung: Ansichten zu Eigenschaften dinglicher Rechte . 187
B. Nießbrauch an Rechten als dingliches Recht? 191
C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten 195
D. Nießbrauch an dinglichen Rechten 198
E. Nießbrauch an obligatorischen Rechten 199
Zusammenfassung Kapitel 4 204

Kapitel 5: Typen des Nießbrauchs an Rechten und Abgrenzung . . . 205
A. Versorgungsnießbrauch 206
B. Vorbehaltener Nießbrauch 207
C. Sicherungsnießbrauch 209
D. Zur Zulässigkeit eines Dispositionsnießbrauchs 212
E. Der „uneigentliche" Nießbrauch an Rechten 220
F. Der „obligatorische Nießbrauch" 224

Besonderer Teil

Kapitel 1: Bestellung und Beendigung, Ausübung und Übertragung des Nießbrauchs an Rechten; Rechtsschutz der Beteiligten 229
A. Bestellung des Nießbrauchs 229
B. Rechte und Pflichten der Parteien aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis 250
C. Beendigung des Nießbrauchs 252
D. Die Übertragung eines Nießbrauchs 255
E. Die Pfändung des Nießbrauchs und dessen Schicksal in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung 260
F. Schutzansprüche von Stammrechtsinhaber und Nießbraucher . . 264

Kapitel 2: Nießbrauch an einem Vermögen und einer Erbschaft, Unternehmensnießbrauch 267
A. Nießbrauch an einem Vermögen 267
B. Nießbrauch an einer Erbschaft 280
C. Das Unternehmen als Gegenstand eines Nießbrauchs 283
Zusammenfassung Kapitel 1 und 2 294

Kapitel 3: Nießbrauch an einzelnen Rechten: Gebrauchsvorteile und Übertragbarkeit als Voraussetzung der Bestellung 296
A. Einleitung 296
B. Immaterialgüterrechte 296

C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten und Verhältnis zu Lizenzen 322
D. Zwischenergebnis – Immaterialgüterrechte und Nießbrauch . . . 340
E. Lizenzen als Gegenstand des Nießbrauchs 341
F. Die Nießbrauchsfähigkeit weiterer Rechte 342
Zusammenfassung Kapitel 3 346

Kapitel 4: Nießbrauch an Forderungen und an beschränkten dinglichen Rechten 347
A. Forderungen 348
B. Leibrente 352
C. Grund-/Rentenschuld und Hypothek 352
D. Dienstbarkeiten, Dauerwohnrecht 353

Kapitel 5: Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen 355
A. Mittelbare Unternehmensbeteiligung oder Ertragsnießbrauch . . 355
B. Anteile an Personengesellschaften – die Nießbrauchsfähigkeit . . 359
C. Zwischenfazit 366
D. Nießbrauch an vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters 367
E. Gesellschaftsrechtliche Problemfelder bei Personengesellschaften 368
F. Inhalt des Fruchtziehungsrechts – Ertragsnießbrauch und Anteilsnießbrauch 373
G. Anteile an Kapitalgesellschaften – GmbH und AG 390
H. Zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren 394
Zusammenfassung Kapitel 4 und 5 398

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Schlussbemerkung 399

Literaturverzeichnis 405
Personen- und Sachregister 429

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XXIII

Einleitung – Fragestellung und Gang der Darstellung 1

A. Rechte an Rechten 1

B. Gang der Darstellung 4

Allgemeiner Teil

Kapitel 1: Der „Nießbrauch an Rechten“ im BGB 9

A. Überblick 9

B. Grundlagen 10

C. Geschichte und Rechtsquellen 12
I. Der Nießbrauch (an Rechten) im Römischen Recht 12
1. Einleitung 12
2. Gegenstände des Nießbrauchs und Inhalt des Fruchtziehungsrechts 15
3. Begründung und Beendigung des Nießbrauchs 18
4. Rechtsstellung der Beteiligten und Rechtsschutz 20
5. Abgrenzung zu anderen Gebrauchs- und Nutzungsverhältnissen 20
II. Rezeption der römisch-rechtlichen Grundsätze in Usus modernus und ALR 22
III. Die Entwicklung der Normierung des Nießbrauchs an Rechten im BGB 24
1. Johows Vorlage und der Entwurf der 1. Kommission . . 24
2. Kritik an den Entwürfen und der Regelung zum „Nießbrauch an Rechten“ 28

3. Systematische Stellung des „Nießbrauchs“ im BGB und Abgrenzung 31
a. Stellung im Gesetz 31
b. Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten 31
c. Pfandrecht an Rechten; Nutzungspfand 32
d. Erbbaurecht 34
e. Rechtspacht 35
f. Vorerbenstellung 36

Zusammenfassung Kapitel 1 37

Kapitel 2: Dogmatische Grundlagen der „Rechte an Rechten“ 38

A. Einleitung 38

B. Der Begriff „Gegenstand“ 39
I. „Gegenstand“, „Sache“ und „Recht“ im BGB 39
II. „Sonstige Gegenstände“ im BGB 44
1. Subjektive Rechte und „sonstige Gegenstände“ 45
2. Zur Nießbrauchsfähigkeit „sonstiger Gegenstände“ . . 47
III. Frühe Definitionsversuche des Begriffs „Gegenstand“ . . . 47
1. Vorbemerkung 47
2. Exkurs – Nießbrauch und Eigentum 50
a. Der Eigentumsbegriff im ALR 50
b. Nießbrauch am Recht „Eigentum“? 51
3. Zwischenfazit und alternative Definitionsversuche . . . 52
a. Andreas von Thur und der Begriff „Vermögensrechte“ 54
b. Kritik 55
IV. Zusammenfassung – Der Gegenstandsbegriff im Kontext des Nießbrauchs an Rechten 56
V. Der historische Hintergrund des BGB-Sachbegriffs 57
1. Der Sachbegriff im ALR 59
2. Kritik am Sachbegriff und die Arbeiten der Kommissionen 61
3. Der Sachbegriff in anderen Zivilrechtsordnungen 64
4. Sachbegriff und Körperlichkeitsdogma in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 65
a. Vorbemerkung 65
b. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ 66
c. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Körperlichkeitsproblematik 70

5. Sonstige Auswirkungen des Körperlichkeitsdogmas . . . 72
a. Die Forderung als „sonstiges“ Recht? 72
b. Zum (berechtigten) Besitz als „sonstiges“ Recht und dessen Nießbrauchsfähigkeit 74
6. Zwischenfazit 77
VI. Larenz’ Modell der Kategorisierung von Sachen und Rechten 78
VII. Kritik an Larenz’ Modell und alternative Ansätze 80
1. Systemfehler und Vermeidungsmöglichkeiten 80
2. Überkommene Ansichten zum Wesen der „Belastung“ – Belastung als Abspaltung und Verselbständigung von Befugnissen 84

C. Eigener Ansatz zum Abspaltungsgedanken und zur Natur der Belastung überhaupt 87
I. Noch einmal – Zum Nießbrauch am Recht Eigentum . . . 88
II. Eigentum und Eigentümerbefugnisse 90
1. Befugnisse und Zuordnungsfunktion 92
a. Zur Relevanz des Eigentums 92
b. „Zuordnung“ von Rechten vs. „Zuteilung“ von Gütern 93
2. Befugnisse des Eigentümers als Inhalt des Eigentums . . 96
a. Bestimmung der konkreten Eigentümerbefugnisse . . 97
b. Inhalt und Bedeutung von § 903 BGB 99
c. Die Ausschließungsbefugnis als Kern des Rechts Eigentum 100
aa. Die Bedeutung des Eigentums bei Kelsen 100
bb. Stellungnahme 101
d. Zwischenfazit 104
III. Rechte und Inhaberbefugnisse – Das Konzept der Belastung eines Rechts 108
1. Vom Inhalt der Zuordnung eines Rechts 108
a. Inhaberbefugnisse und Regelungen im BGB 108
b. Inhaberbefugnisse und spezialgesetzliche Regelungen 109
c. Forderungen und Zuweisungsgehalt 112
2. Das Konzept der Belastung von Rechten 113
a. Allgemeines 114
b. Konflikte 116
c. Das Konzept der Vergemeinschaftung als Lösung . . 117
aa. Das Wesen der Belastung am Beispiel des Rechts „Eigentum“ und bei anderen Stammrechten . . . 118

bb. Das Konzept der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung 121
d. Die Regelungen zur Gemeinschaft im Konzept der Vergemeinschaftung 123
e. Translativer oder konstitutiver Rechtserwerb beim Nießbrauch? 125
f. Einseitiger Verzicht auf das belastete Stammrecht? . . 125
aa. Herrschende Ansicht 126
bb. Widersprüche und Lösungsversuch für das Konzept der Vergemeinschaftung 126
cc. Ausnahmen 127
i. Abweichende Spezialregelungen 127
ii. Vergleichbare Regelungen im BGB 128
g. Relative Rechte im Konzept der Vergemeinschaftung 130
h. Die Belastung eigener Rechte im Konzept der Vergemeinschaftung 134
3. Zwischenfazit zum Wesen der Belastung von Rechten . 136

Zusammenfassung Kapitel 2 138

Kapitel 3: Grundstrukturen des Nießbrauchs an Rechten 141

A. Einleitung 141

B. Rechte im BGB 142
I. Subjektive Rechte 144
1. Der Begriff des subjektiven Rechts im Vorentwurf . . . 145
2. Willenstheorie nach Savigny und Windscheid 146
3. Jherings Interessentheorie 148
4. Kombinationstheorie 151
5. Das subjektive Recht bei Kelsen 152
II. Eigener Ansatz zum Inhalt subjektiver Rechte 153
III. Subjektives Recht und Rechtsverhältnis 155

C. Rechte als Gegenstand der Belastung beim Nießbrauch 158
I. Zur Kategorisierung subjektiver Rechte 158
II. „Recht auf Leistung“ 159
III. Forderungen 160

D. Der Nießbrauch an Rechten als subjektives Recht und Rechtsverhältnis 160

E. Bruchteilsnießbrauch und Quotennießbrauch 161
I. Allgemeines 161
II. Bruchteilsnießbrauch 162

III. Quotennießbrauch 163

F. Die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts 165
I. Das Erfordernis der Übertragbarkeit 165
1. Allgemeines 165
2. Grenzen und Ausschluss der Übertragbarkeit 166
a. Forderungen 166
b. Sachenrechte 167
II. Nutzungen – Historie des Begriffs und Regelung des BGB . 168
III. Bestimmungsgemäße Früchte und Gebrauchsvorteile als Nutzungen eines Rechts 171
1. Allgemeines 171
2. Zur Definition des Begriffs Gebrauchsvorteile 172
a. Einleitung 172
b. Historisches Verständnis 173
c. Vergleichbare Fallgruppen 174
d. Die Begriffe Vorteil und Gebrauch 176
e. Gebrauch vs. Verbrauch 178
3. Der Inhalt des Gebrauchens eines Rechts und tatsächliche Gebrauchsvorteile 179
4. Zwischenfazit 181
IV. Gebrauchsvorteile und Verbrauch bei Rechten 182
V. Besonderheiten beim Unternehmensnießbrauch 182
VI. Nutzungsvorgaben und -beschränkungen 184
1. Zulässigkeit und Umfang von Nutzungsbeschränkungen 184
2. Verwendungsabreden 185

Zusammenfassung Kapitel 3 185

Kapitel 4: Die Rechtsnatur des Nießbrauchs an Rechten 187

A. Vorbemerkung: Ansichten zu Eigenschaften dinglicher Rechte 187
I. Umfassende Ausschließungsbefugnisse als konstituierendes Merkmal 189
II. Weitere vorgeschlagene Kriterien und Stellungnahme . . . 190
III. Zwischenfazit 191

B. Nießbrauch an Rechten als dingliches Recht? 191
I. Einmal mehr: Der enge Sachbegriff des BGB 192
II. Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache? 192
III. Stellungnahme 193

C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten 195

I. Die Rechtsnatur von Immaterialgüterrechten am Beispiel des Patents . . . 196
1. Kraßers Vorschlag einer Kategorisierung . . . 196
2. Zwischenfazit . . . 197
II. Die Rechtsnatur des Nießbrauchs beim Recht aus dem Patent . . . 198

D. Nießbrauch an dinglichen Rechten . . . 198

E. Nießbrauch an obligatorischen Rechten . . . 199
I. Ansichten zur Rechtsnatur von Forderungen . . . 199
1. Forderung und Zuordnung . . . 200
2. Stellungnahme . . . 201
II. Die Rechtsnatur von Forderungen . . . 201

Zusammenfassung Kapitel 4 . . . 204

Kapitel 5: Typen des Nießbrauchs an Rechten und Abgrenzung . . . 205

A. Versorgungsnießbrauch . . . 206

B. Vorbehaltener Nießbrauch . . . 207

C. Sicherungsnießbrauch . . . 209
I. Zweck . . . 209
II. Ausgestaltung und Wirkungen . . . 211

D. Zur Zulässigkeit eines Dispositionsnießbrauchs . . . 212
I. Die herrschende Ansicht . . . 212
II. Weitere Ansichten . . . 213
III. Stellungnahme . . . 215
1. Die Gesetzesmaterialien . . . 215
2. Zur Existenz des Dispositionsnießbrauchs de lege lata . 217

E. Der „uneigentliche“ Nießbrauch an Rechten . . . 220
I. Allgemeines . . . 220
II. Kritik an diesem Rechtsinstitut . . . 222
III. Anwendung auf den Nießbrauch an Rechten? . . . 223
IV. Zusammenfassung – Der uneigentliche Nießbrauch an Rechten . . . 224

F. Der „obligatorische Nießbrauch“ . . . 224

Besonderer Teil

Kapitel 1: Bestellung und Beendigung, Ausübung und Übertragung des Nießbrauchs an Rechten; Rechtsschutz der Beteiligten 229

A. Bestellung des Nießbrauchs 229
I. Allgemeines 229
1. Personaler Anwendungsbereich 230
a. Natürliche und juristische Personen, Personenmehrheiten 230
b. Beschränkt Geschäftsfähige als Nießbraucher 230
2. Nießbrauchsentstehung durch Surrogation 232
II. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht 233
1. Das Kausalverhältnis 233
a. Die Regelung der Gegenleistung – Nießbrauch gegen Entgelt und entgeltlicher Nießbrauch 234
b. Rechtsnatur und Beendigung des Kausalverhältnisses 235
aa. Kausalgeschäft als Dauerschuldverhältnis? . . . 235
bb. Besonderheiten beim „obligatorischen Nießbrauch“ 237
c. Inhalt des Kausalverhältnisses 238
d. Formfragen 239
2. Die Bestellung des Nießbrauchs als Verfügungsgeschäft 240
a. Besonderheiten beim Vermächtnisnießbrauch 241
b. Der Auflagennießbrauch 244
3. Fehlen eines Kausalverhältnisses 245
III. Wechsel der Inhaberschaft des Rechts 245
IV. Wechsel des Nießbrauchers und Kausalgeschäft 247
V. Gutgläubiger Erwerb eines Nießbrauchsrechts 247
VI. Unwirksame Nießbrauchsbestellung 248
VII. Kausalverhältnis und gesetzliches Schuldverhältnis 248
VIII. Nießbrauchsersitzung 249

B. Rechte und Pflichten der Parteien aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis 250
I. Allgemeines 250
II. Der Nießbraucher 250
III. Der Stammrechtsinhaber 251

C. Beendigung des Nießbrauchs 252
I. Tod des Nießbrauchers 252
II. Erlöschen durch Konsolidation 252
III. Einseitiger Verzicht des Nießbrauchers auf sein Recht . . . 254

D. Die Übertragung eines Nießbrauchs 255
I. Grundsätze 255
II. Die gesetzlichen Vorgaben im Einzelnen 257
III. Die Ausübungsüberlassung des Nießbrauchs 259

E. Die Pfändung des Nießbrauchs und dessen Schicksal in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung 260
I. Das Nießbrauchsrecht in der Insolvenz des Stammrechtsinhabers 260
II. Zwangsvollstreckung in das Stammrecht 261
1. Allgemeines 261
2. § 1086 BGB 262
III. Pfändung des Nießbrauchs und Zwangsvollstreckung . . . 263
IV. Insolvenz des Nießbrauchers 264

F. Schutzansprüche von Stammrechtsinhaber und Nießbraucher . . 264
I. Schutz des Nießbrauchers 264
II. Ansprüche des Stammrechtsinhabers 266

Kapitel 2: Nießbrauch an einem Vermögen und einer Erbschaft, Unternehmensnießbrauch 267

A. Nießbrauch an einem Vermögen 267
I. Allgemeines, Vermögensbegriff 267
II. Belastbare Vermögensgegenstände 270
III. Entstehungszeitpunkt und fehlende Surrogation 272
1. Entstehung des Nießbrauchs als (dingliches) Recht . . . 273
2. Änderungen im Vermögensbestand; Surrogation 274
IV. Anwendbarkeit und Regelungsinhalt der §§ 1086 bis 1088 BGB 275
1. Die Vorschriften des Vermögensnießbrauchs im Einzelnen 276
2. Schuldenhaftung des Nießbrauchers; Verhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller 277
a. Nochmals: § 1086 BGB 277
b. § 1087 BGB und das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller 277
c. Inhalt und ratio des § 1088 BGB 279

B. Nießbrauch an einer Erbschaft 280
I. Vorbemerkung 280
II. Nachlassnießbrauch als besonderer Vermögensnießbrauch 281
III. Abgrenzung: Nießbrauch am Nachlassanteil 282

C. Das Unternehmen als Gegenstand eines Nießbrauchs 283
I. Allgemeines 283
II. Der Gegenstand der Belastung beim Unternehmensnieß-brauch – einheitliches dingliches Recht am Unternehmen? . 286
1. Meinungsstand 286
2. Stellungnahme 287
III. Unternehmensnießbrauch als Voll- oder Ertragsnießbrauch 290
IV. Rechtsfolgen der Nießbrauchsbestellung 290
1. Die Stellung des Nießbrauchers 290
2. Pflichten des Nießbrauchers 291
3. Folgen der Beendigung des Nießbrauchs 292
V. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 293
VI. Nießbrauch am Goodwill? 293

Zusammenfassung Kapitel 1 und 2 294

Kapitel 3: Nießbrauch an einzelnen Rechten: Gebrauchsvorteile und Übertragbarkeit als Voraussetzung der Bestellung 296

A. Einleitung 296

B. Immaterialgüterrechte 296
I. Rechte des Erfinders/Inhabers bei einem Patent 296
1. Der Inhalt der Patentrechte 297
2. Patentrechte und Lizenz 300
3. Zwischenfazit 301
4. Das allgemeine Erfinderrecht und Fragen der Übertragung 302
5. Rechte nach Patenterteilung und Fragen der Bruchteilsberechtigung 305
6. Patentrechte und Nießbrauch 307
II. Rechte beim Gebrauchsmuster 309
III. Markenrechte 310
IV. Urheberrechte, Computerprogramme, verwandte Schutzrechte, Verlagsrecht 312
1. Grenzen der Übertragbarkeit 312
2. Computerprogramme und Nießbrauch 316
3. Verlagsrecht 318
V. Nießbrauch und „Endlichkeit“ des Schutzrechts; verwandte Schutzrechte 318
VI. Know-how 320

C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten und Verhältnis zu Lizenzen 322
I. Vorbemerkung – Lizenzverträge in der Insolvenz 323
II. Der Lizenzsicherungsnießbrauch als Lösung? 327
1. Einführung und Problemstellung 327
2. Die Konstruktion des Lizenzsicherungsnießbrauchs . . . 328
3. Der Sicherungsnießbrauch als Umgehung gesetzlicher Regelungen? 329
4. Sicherungsnießbrauch und Ausübungsbeschränkungen . 331
a. § 1036 Abs. 2 BGB beim Nießbrauch an Rechten . . . 332
b. Zwischenfazit 333
5. Der Sicherungsfall und die Folgen 335
6. Die Beendigung des Nießbrauchs und die Folgen 336
a. Besonderheiten bei gewerblichen Schutzrechten? . . . 336
b. Urheberrechtliche Besonderheiten? 337

D. Zwischenergebnis – Immaterialgüterrechte und Nießbrauch . . . 340

E. Lizenzen als Gegenstand des Nießbrauchs 341

F. Die Nießbrauchsfähigkeit weiterer Rechte 342
I. Persönlichkeitsrechte 342
II. Anwartschaftsrechte 343
III. Die Firma 344
IV. Verschaffungsansprüche 345

Zusammenfassung Kapitel 3 346

Kapitel 4: Nießbrauch an Forderungen und an beschränkten dinglichen Rechten 347

A. Forderungen 348
I. Verzinsliche Forderungen 348
II. Unverzinsliche Forderungen 349
1. Allgemeines 349
2. Die einzelnen Regelungen 350

B. Leibrente 352

C. Grund-/Rentenschuld und Hypothek 352

D. Dienstbarkeiten, Dauerwohnrecht 353

Kapitel 5: Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen 355

A. Mittelbare Unternehmensbeteiligung oder Ertragsnießbrauch . . 355

I. Einleitung: Problemstellung und Abgrenzung 355
II. Johows Vorentwurf und die Entwürfe der Kommissionen . 358

B. Anteile an Personengesellschaften – die Nießbrauchsfähigkeit . . 359
I. Der Gesellschaftsanteil als subjektives Recht 359
1. Zur Dogmatik der Mitgliedschaft als subjektives Recht und Rechtsverhältnis 359
2. Zum Inhalt des Mitgliedschaftsrechts und dessen Kategorisierung 361
3. Mitgliedschaftsrecht und Vergemeinschaftung 363
II. Übertragbarkeit des Mitgliedschaftsrechts 363
III. Nutzbarkeit des Mitgliedschaftsrechts und Rechtsnatur des Anteilsnießbrauchs 364
IV. Besonderheiten bei OHG und KG 365

C. Zwischenfazit 366

D. Nießbrauch an vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters 367

E. Gesellschaftsrechtliche Problemfelder bei Personengesellschaften 368
I. Kernproblematik und frühere Lösungsversuche 368
II. Die neuere Ansicht und das Konzept der Vergemeinschaftung 369
III. Anteilsnießbrauch bei der Einmann-Personengesellschaft? . 372

F. Inhalt des Fruchtziehungsrechts – Ertragsnießbrauch und Anteilsnießbrauch 373
I. Ertragsnießbrauch als Nießbrauch am Gewinnanteil . . . 374
1. Bestellung des Ertragsnießbrauchs und Entstehung des Anspruchs zugunsten des Nießbrauchers 375
2. Inhalt des Ertragsnießbrauchs 377
3. Sonstige Zahlungsansprüche des Gesellschafters als „Erträge“? 380
a. Das Auseinandersetzungsguthaben als Gegenstand der belasteten Forderung 380
b. Umwandlung der Gesellschaft und dingliche Surrogation 381
II. Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers beim Anteilsnießbrauch 382
1. Stimmrechtsausübung als Gebrauchsvorteil? 382
2. Die Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers 384
3. Exkurs – Ertragsansprüche des Anteilsnießbrauchers . . 387

4. Surrogation bei Umwandlung der Gesellschaft? 388

G. Anteile an Kapitalgesellschaften – GmbH und AG 390
I. Allgemeines 390
II. Inhalt des Nießbrauchs 391
III. Verwaltungsbefugnisse beim Anteilsnießbrauch (GmbH und AG) 393
IV. Einwirkungen auf das Mitgliedschaftsrecht bei Kapitalgesellschaften 393

H. Zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren 394
I. Anwendungsbereich – Inhaber- und Orderpapiere 395
II. Die Regelungen im Einzelnen 395
III. Schlussbemerkung zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren 397

Zusammenfassung Kapitel 4 und 5 398

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Schlussbemerkung 399

Literaturverzeichnis 405
Personen- und Sachregister 429

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnend
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Anm.	Anmerkung
AOGPÜ-E	Entwurf der Ausführungsordnung des Gemeinschaftspatentübereinkommens
ArbnErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLGZ	Sammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bl.f.PMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (Zeitschrift)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C., Cap.	Caput
Cod.	Codex Iustinianus
Corp.	Corporation
Dig.	Digesten

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DENIC	Deutsches Network Information Center
ders.	derselbe
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
d. Verf.	des Verfassers
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht
ErbStG	Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
Fragm. Vat.	Fragmenta Vaticana
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
Gai. Inst.	Institutionen des Gaius
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
GPatG	Gesetz über das Gemeinschaftspatent und zur Änderung patentrechtlicher Vorschriften
GPÜ-E	Entwurf für ein Gemeinschaftspatentübereinkommen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
HdbSchR	Handbuch des Schuldrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung

Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
JheringsJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KE	Kommissionsentwurf – BGB-Vorentwurf der 1. Kommission von 1885
KG	Kammergericht Berlin
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
KO	Konkursordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KunstUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LG	Landgericht
Lib.	Liber
Marci.	Marcianus
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NK-BGB	NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
NK-ArbnErfR	NomosKommentar Arbeitnehmererfinderrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.g.	oben genannte
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte
PatG	Patentgesetz
Paul.	Paulus
Pomp.	Pomponius
pr.	principium
RGBl.	Reichsgesetzblatt

RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichgerichtes in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
ROH	Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Sächs. ArchBürgRecht	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
ScheckG	Scheckgesetz
Sp.	Spalte
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am Geistigen Eigentum (engl.: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
Tz.	Textziffer
Ulp.	Ulpian
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	Vereinte Nationen (engl.: United Nations)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht
vgl.	vergleiche
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WZG	Warenzeichengesetz
z. B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGE/IPJ	Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Rechtsprechungsdienst Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

Fragestellung und Gang der Darstellung

A. Rechte an Rechten

„Sind Rechte an Rechten denkbar?" – Diese Frage, mit der *Gustav Hartmann* im Jahr 1880 die Rezension dreier juristischer Arbeiten allgemein zum Nießbrauch (ususfructus) und weitergehend zur Lehre vom Nießbrauch an Rechten einleitet,[1] soll auch dieser Untersuchung vorangestellt werden. Diese beschäftigt sich mit dem Nießbrauch an Rechten und somit mit dem Phänomen eines Rechts, das an einem anderen Recht bestehen soll, was für einige Vertreter jedenfalls des älteren Schrifttums eine geradezu verachtenswürdige Vorstellung war.[2] Dass es sich bei der Frage nach der Existenz von „Rechten an Rechten" nicht nur um ein wissenschaftliches Gedankenspiel handelt, sondern um ein Problem mit erheblicher juristischer Tragweite, hatte schon *Josef Kohler* erkannt.[3] Denn verneint man diese Frage, kann auch ein Nießbrauch an Rechten nicht möglich sein. Dies würde den Umfang dieser Arbeit erheblich verkürzen. Überdies fehlt überhaupt eine nähere Befassung mit dieser Belastungsform, denn während mit der Arbeit von *Wolfgang Schön* eine umfassende Darstellung des Nießbrauchs an Sachen vorliegt[4], hat der Nießbrauch an Rechten bis dato noch keine weitergehende – jedenfalls monographische – Untersuchung erfahren.[5]

---

[1] *Hartmann*, Zur Lehre vom Nießbrauch an Rechten insbesondere an Forderungsrechten, in: *Brinz/Pözl*, (Hrsg.) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neue Folge Band III (München 1880), S. 518.

[2] Vgl. etwa *Vangerow*, Pandekten I/2, § 338 (S. 618): „logisches und juristisches Unding".

[3] Das Autorrecht, S. 68.

[4] Der Nießbrauch an Sachen, 1992 (zugl. Habilitationsschrift). Dort wird auch an einigen Stellen (etwa S. 185 ff., 285) auf den Nießbrauch an Rechten eingegangen, soweit er in den §§ 1085 bis 1089 BGB eine besondere Regelung erfahren hat. Es liegen ferner einige rechtshistorische Arbeiten zum Nießbrauch allgemein sowie zu Einzelproblemen vor, freilich mit dem Fokus auf den Nießbrauch an Sachen. Exemplarisch sei hier hingewiesen auf *Heger,* Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, 2004 und *Reinhardt,* Der Nießbrauch in Code civil und BGB und seine Grundlagen im Römischen Recht, 2004. Die umfangreichste historische Abhandlung dürfte die des *Marcaurelio Galvani* (Galvanus) „De usufructu dissertationes variae" sein (Padua 1650). *Jhering* meint, mit diesem „Folianten [hätte] man einen Ochsen … totschlagen können", in: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 109.

[5] Es gibt freilich umfassende Kommentierungen der §§ 1068 ff. BGB. Beispielhaft seien diejenigen von *Frank* im Staudinger und *Pohlmann* im Münchener Kommentar zum BGB genannt.

Dabei wird die folgende Untersuchung aber nicht auf nießbrauchsspezifische Probleme beschränkt. Vielmehr wird der Versuch unternommen, im Wege einer tiefergehenden Befassung mit dem Phänomen der Rechte an Rechten auch grundlegenden Problemen des BGB-Sachenrechts nachzugehen, etwa zum Wesen der Belastung von Gegenständen des BGB (also nach überkommener Ansicht von Sachen und Rechten) überhaupt sowie zum Inhalt subjektiver Rechte. Dabei werden die existierenden Lösungsvorschläge einer kritischen Würdigung unterzogen und es soll jeweils ein eigener alternativer Ansatz herausgearbeitet werden. Ihre Grenze findet diese Untersuchung dort, wo es keinen unmittelbaren Bezug mehr gibt zum Thema dieser Arbeit. Denn selbstredend gehen Fragen etwa nach der Begründung der Existenz subjektiver Rechte und der Zuteilung von Gütern weit über das hier zu untersuchende Thema hinaus. Solchen Fragen wäre etwa auch in rechtsphilosophischer und -soziologischer Weise nachzugehen, was den jeweiligen Spezialisten überlassen bleibt.

Wie anfangs bereits erwähnt, wurde die Frage, ob es überhaupt Rechte an Rechten geben kann, bereits im Entstehungsstadium des BGB höchst kontrovers diskutiert. Anders als *Hartmann* hatte der Gesetzgeber aber offenbar kein Problem damit, Rechte an Rechten anzuerkennen. Er hat vielmehr gänzlich darauf verzichtet, diese Frage auch nur zu thematisieren. Denn anders ist die Existenz der Regelungen zum Nießbrauch (§§ 1068 bis 1084 sowie §§ 1085 bis 1089 BGB) und zum Pfandrecht an Rechten (§§ 1273 bis 1296 BGB) nicht zu erklären. Dies gilt vor allem für die schlichte Feststellung in § 1068 Abs. 1 BGB: „Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein".

Dabei sind gerade die Regelungen zum Nießbrauch an Rechten nur marginal oder wenig aussagekräftig. Sie erschöpfen sich zu einem erheblichen Teil in Verweisen auf die Vorschriften zum Nießbrauch an Sachen (§§ 1030 bis 1067 BGB). Der BGB-Gesetzgeber steht damit in der Tradition der römischen Jurisprudenz, die ihrerseits zwar Dienstbarkeiten und insbesondere den Nießbrauch an Rechten anerkannte, auf weitergehende Aussagen dazu aber ebenfalls verzichtete. Dies gilt vergleichbar für das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (im Folgenden: ALR) und andere Vorläuferregelungen zum BGB.

Gegenstände eines Nießbrauchs an Rechten können nach der weiten Formulierung in § 1068 Abs. 1 BGB Rechte aller Art sein, also sowohl dingliche als auch schuldrechtliche Rechte, sofern sie übertragbar sind (§ 1069 Abs. 2 BGB). Die Rechtsnatur eines Nießbrauchs wird dabei häufig als dinglich angesehen, was aber mit guten Gründen bezweifelt werden kann. Denn wird ein Nießbrauch „an einer Forderung bestellt" (vgl. § 1074 BGB), entstünde nach dieser Ansicht ein *dingliches*, absolut wirkendes (Nutzungs-)Recht an einem *obligatorischen* und somit relativen Recht, was durchaus die Frage aufwirft, wie eine solche Konstruktion dogmatisch zu begründen wäre. Ferner überrascht bereits die Stellung der Regelungen zum Nießbrauch an Rechten innerhalb des dritten

Buchs des BGB, welches die Überschrift „Sachenrecht" trägt. Denn Sachen sind gem. § 90 BGB „nur körperliche Gegenstände", worunter die „Rechte", von denen in § 1068 BGB die Rede ist, aber kaum subsumiert werden können.

Bereits dieser Abriss zeigt, dass sich im Hinblick auf den Nießbrauch an Rechten und – weitergehend – auf die Existenz von Rechten an Rechten innerhalb der Regelungssystematik des BGB überhaupt, nicht wenige Fragen stellen. In diesen Ausführungen deutet sich zudem aber auch eine Untiefe an, auf die mit dieser Untersuchung unausweichlich zugesteuert wird, die aber – hoffentlich – umschifft werden kann. Denn vordringlich geht es um grundsätzliche juristische Begrifflichkeiten, die zunächst definiert werden müssen, bevor auf dieser Grundlage weiteren Problemen nachgegangen werden kann. Für diese Begrifflichkeiten gilt freilich heute dasselbe, was schon *Rudolf Sohm* in seinem Aufsatz zu den Begriffen „Vermögensrecht", „Gegenstand" und „Verfügung" im Jahr 1906[6] einleitend ausgeführt hat, dass nämlich – trotz des Vorliegens unzähliger Lösungsangebote – „namentlich hinsichtlich der Grundbegriffe des Privatrechts, in denen doch unsere ganze Privatrechtswissenschaft wurzelt", die juristische Begriffsbildung letztlich unvollkommen ist. Denn diese Definitionsversuche entspringen nun einmal – so *Sohm* zutreffend – „der subjektiven Anschauungswelt des einzelnen Schriftstellers", was ihren Überzeugungswert von vornherein relativiert.

Dass es sich bei dieser Untersuchung – trotzdem – nicht um ein reines juristisches Glasperlenspiel handelt, wird aber schon allein deswegen deutlich, weil dem Nießbrauch an Rechten eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung zukommt. Dies gilt insbesondere für den Nießbrauch an Immaterialgüterrechten und an Gesellschaftsbeteiligungen. Ziel einer solchen Nießbrauchsbestellung ist – zusammengefasst – die Begründung einer dinglich verfestigten Einkommensquelle zugunsten eines Berechtigten, etwa im Wege der vorweggenommen Erbfolge. Führt man sich die zunehmende Bedeutung des Erbrechts vor Augen,[7] erstaunt diese Tatsache auch nicht. Ferner werden Nießbrauchslösungen gerade bei Immaterialgüterrechten für tauglich angesehen, um etwa bestimmte (unerwünschte) insolvenzrechtliche Folgen vermeiden zu können. Dem Nießbrauch an Rechten kommt insoweit eine Bedeutung als Sicherungsmittel zu.

In der vorliegenden Arbeit sollen zudem die Regelungen zum Nießbrauch an einem Vermögen und an einer Erbschaft behandelt werden. Diese finden sich

---

[6] ArchBürgR 28 (1906), 173.

[7] Vgl. dazu schon *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 1 f., wobei die dortigen Ausführungen (veröffentlicht 2001) zur zunehmenden Bedeutung des Erbrechts seitdem sogar noch an Relevanz gewonnen haben dürften. So wird angenommen, dass bis 2020 mehr als ein Viertel des Privatvermögens in Deutschland vererbt werden wird, insgesamt ca. 2,6 Billionen Euro; vgl. den Bericht in der Zeitschrift DIE WELT v. 15.6.11, online abrufbar unter: http://www.welt.de/finanzen/verbraucher/article13430784/Deutsche-vererben-bis-2020-rund-2-6-Billionen-Euro.html (09.04.2015).

zwar im Anschluss an die (eigentlichen) Regelungen zum Nießbrauch an Rechten in einem eigenen Untertitel (§§ 1085 bis 1089 BGB), sie stehen aber mit den vorgehenden Regelungen in einem engen Zusammenhang. Außen vor bleiben in dieser Untersuchung insgesamt Fragen des Steuerrechts. Dabei handelt es sich um eine Spezialmaterie, die einer gesonderten Betrachtung bedarf. Dies gilt insbesondere angesichts der Vielzahl möglicher Rechte als Nießbrauchsgegenstand und der umfangreichen Gestaltungsmöglichkeiten einschließlich der damit einhergehenden jeweils notwendigen steuerrechtlichen Bewertung im Einzelfall.[8]

Gerade angesichts der oben beschriebenen Gefahr des „sich Verlierens" in Begriffsdefinitionen soll daher im Folgenden versucht werden, die Beschäftigung mit den Begrifflichkeiten immer eng am Untersuchungsgenstand zu orientieren. Was dabei die bereits angedeuteten hier noch zu erarbeitenden alternativen Konzepte betrifft, namentlich zur Erklärung des Wesens einer Belastung überhaupt, so soll die treffliche Bemerkung *Kohlers* im Auge behalten werden, der meinte, „der allergrößte Fehler, den man in der Konstruktion begehen kann [ist derjenige], ein Institut nicht nach dem wirklichen Sein, sondern nach dem idealen Zwecke, dem es entgegenstrebt, zu konstruieren"[9].

Es bleibt daher insgesamt zu hoffen, dass es diese Untersuchung schafft, zunächst die klärungsbedürftigen Probleme konkret zu benennen und anschließend auch nachvollziehbar zu lösen, so dass sie somit ihre Existenz überhaupt rechtfertigen kann. Es möge daher eine Arbeit sein, von der im positiven Sinne gesagt werden kann, sie habe gerade noch gefehlt.

B. Gang der Darstellung

Diese Darstellung behandelt im Kern die Regelungen des BGB zum Nießbrauch an Rechten einschließlich des Vermögens, also die §§ 1068 bis 1089 BGB. Sie ist in zwei Hauptteile gegliedert, einen *Allgemeinen Teil* und einen *Besonderen Teil*.[10]

Im *Allgemeinen Teil* sollen über diesen Untersuchungsgegenstand hinaus bestimmte (Vor-)Fragen beantwortet werden, die zum Verständnis des Rechtsinstituts „Nießbrauch an Rechten" sowie für das dogmatische Verständnis von Belastungen überhaupt notwendig sind (Kapitel 2). Denn nur wenn dies ge-

[8] Siehe beispielhaft zu steuerrechtlichen Fragen beim Nießbrauch allgemein *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, S. 169 ff., beim Unternehmensnießbrauch *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 204 ff.; *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 100 ff., beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen *Weber,* ZGR 1972, S. 24 ff.; *Weber/Luther*, ZGR 1973, S. 45 ff.

[9] Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 33 (1904), 211.

[10] Bei nötigen Verweisen im Text wird dies dann, wenn der Verweis in den jeweils anderen Hauptteil der Arbeit führt, mit den Bezeichnungen „AT" und „BT" kenntlich gemacht.

schieht, wenn also in diesem Teil der Arbeit die umfassende Beantwortung grundlegender Fragen dazu gelingt, kann ein dogmatisches Fundament für diese Untersuchung gelegt werden und ist die Bezeichnung als *Allgemeiner* Teil auch gerechtfertigt. Nur dann können zudem Ergebnisse vor die Klammer gezogen werden, die für die weitere Untersuchung maßgeblich sind, also eine tatsächliche Grundlage für die weitere Befassung mit dem Untersuchungsgegenstand bilden. Über das genannte dogmatische Verständnis einer Belastung hinaus, gilt dies zudem für die Befassung mit der Rechtsnatur bestimmter Rechte einschließlich des Nießbrauchsrechts selbst (Kapitel 4).

Kapitel 1 beginnt mit der für diese Darstellung unerlässlichen Befassung mit den historischen Wurzeln dieser Art eines beschränkten dinglichen Rechts. Dies gilt namentlich für den römisch-rechtlichen Ursprung des Nießbrauchs. Ebenfalls dargestellt wird der Entstehungsprozess der BGB-Regelungen zum Nießbrauch an Rechten, einschließlich der Diskussionen um die letztendliche Fassung der §§ 1068 ff. BGB. Es folgt eine Abgrenzung des Nießbrauchs an Rechten zu anderen im BGB geregelten beschränkten dinglichen Rechten.

Ein weiterer zentraler Punkt dieser Untersuchung ist der überkommenen Abgrenzung von „Sachen" und „Rechten" gewidmet, sowie der Befassung mit den Fragen, was ein subjektives Recht eigentlich ausmacht (Kapitel 3) und – wie schon angedeutet – ob Rechte an Rechten überhaupt möglich sind. Behandelt werden in diesem Kapitel zudem allgemeine Fragen der Nießbrauchsfähigkeit von Rechten, vor allem im Hinblick auf deren Nutzbarkeit. Das abschließende Kapitel 5 beschäftigt sich mit den verschiedenen Nießbrauchstypen, einschließlich des sogenannten uneigentlichen Nießbrauchs.

Der *Besondere Teil* ist vor allem den gesetzlichen Einzelregelungen zum Nießbrauch an Rechten gewidmet. Mit der vertraglichen und gesetzlichen Ausgestaltung des Nießbrauchs als Rechtsverhältnis zwischen Nießbraucher[11] und Rechteinhaber befasst sich im Einzelnen Kapitel 1. In den Kapiteln 2 bis 5 geht es dann um Nießbrauchsrechte an bestimmten Gegenständen, die, jedenfalls zum Teil, gesetzlich detaillierte Regelungen erfahren haben. Da dies aber eben nur zum Teil gilt, werden darüber hinaus umfassend auch sonstige denkbare Nießbrauchsgegenstände angesprochen, bei denen dahingehend zahlreiche offene Fragen zu beantworten sind. Dies gilt etwa für den Nießbrauch an einem Unternehmen (Kapitel 2), an Immaterialgüterrechten (Kapitel 3) sowie an Gesellschaftsanteilen (Kapitel 5). Dabei bildet der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen den Schwerpunkt des *Besonderen Teils*. Denn insoweit stellt sich die grundlegende Frage, wie sich die Nießbrauchsregelungen zu den – speziellen – gesellschaftsrechtlichen Regelungen verhalten, ob insbesondere der Vorrang eines der Regelungskomplexe angenommen werden muss.

---

[11] Für die gesamte Untersuchung gilt: Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur (Dig. 50.16.195pr).

Die einzelnen Kapitel schließen jeweils mit einer kurzen Zusammenfassung. Sämtliche Ergebnisse werden im abschließenden Teil der Arbeit umfassend zusammengeführt und im Hinblick auf das in der Vorbemerkung genannte Ziel dieser Untersuchung bewertet. Dabei werden insgesamt 21 Thesen herausgearbeitet, allgemein zum Phänomen der „Rechte an Rechten" sowie zum Nießbrauch an Rechten im Besonderen.

Allgemeiner Teil

Kapitel 1

Der „Nießbrauch an Rechten“ im BGB

A. Überblick

Der Nießbrauch an Rechten ist der zweite Untertitel des Titels „Nießbrauch“, der wiederum Teil des vierten Abschnitts „Dienstbarkeiten“ des dritten Buchs des BGB zum „Sachenrecht“ ist. Der Nießbrauch an Rechten ist im Anschluss an den „Nießbrauch an Sachen“ in den §§ 1068 bis 1084 BGB geregelt. Vorschriften zum Nießbrauch an einem Vermögen schließen sich in den §§ 1085 bis 1088 BGB an. Nach § 1089 BGB – einem „Anhang zum Anhang“, wie *Arthur Nußbaum* eher süffisant schreibt[1] – sind die Regelungen zum Nießbrauch am Vermögen auch auf den Nießbrauch an einer Erbschaft anwendbar. Zudem sind gem. § 1068 Abs. 2 BGB die Vorschriften zum Nießbrauch an Sachen auch auf den Nießbrauch an Rechten anwendbar, sofern es keine Sonderregelungen in den genannten Vorschriften gibt. Die größte Bedeutung – vor allem aus praktischer Sicht – dürfte dabei den §§ 1074 bis 1079 BGB zukommen, dort ist der Nießbrauch an Forderungen geregelt.

Geregelt werden die Anforderungen an eine wirksame Nießbrauchsbestellung (§ 1069 Abs. 1 und § 1085 S. 1 BGB), wobei etwa § 1069 Abs. 2 BGB einen im Grundsatz rein verweisenden Charakter hat.[2] Aus § 1085 S. 1 BGB ergibt sich, dass es einen Nießbrauch am Vermögen an sich gerade nicht gibt. Ein solcher ist allenfalls als Gesamtheit mehrerer Nießbrauchsbestellungen denkbar, sowohl an Sachen als auch an Rechten.[3] Für die Bestellung gelten die jeweils einschlägigen Bestimmungen, wobei die §§ 1086 bis 1088 BGB Sondervorschriften für derartige Nießbrauchsgesamtheiten enthalten. Diese gehen wiederum den allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch an den einzelnen Sachen bzw. Rechten vor.

Auch § 1070 BGB hat einen lediglich verweisenden Charakter für den Fall, dass Gegenstand des Nießbrauchs ein „Recht auf Leistung“ ist. Diese Formulierung geht weiter als § 1074 BGB, denn ein solches Recht meint nicht nur

---

[1] In: Das Nießbrauchsrecht, S. 6.

[2] Dazu noch unten Kap. 3 F. Zur detaillierten Kritik *Nußbaums* an den Regelungen zum Nießbrauch überhaupt siehe unten C. III. 2. (S. 28 ff.).

[3] Zur genauen Bestimmung des Gegenstands der Belastung beim Nießbrauch an einem Vermögen siehe unten BT Kap. 2 A. I.

Forderungen, sondern auch dingliche Rechte.[4] Für den Nießbrauch an einer Grund- und Rentenschuld sind gem. § 1080 BGB die Regelungen zum Nießbrauch an einer Forderung anzuwenden, also maßgeblich die §§ 1074 bis 1079 BGB; in § 1081 BGB findet sich eine besondere Regelung zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren.

B. Grundlagen

Die Grundidee des Nießbrauchs (sowohl an Rechten als auch an Sachen) ist vergleichsweise eingängig: der Inhaber einer Rechtsposition (eines vermögenswerten Gegenstands) – also der Eigentümer einer Sache bzw. der Inhaber eines Rechts (der Besteller[5]) – „überlässt“ einer anderen Person (dem Nießbraucher/Usufruktuar)[6] in der Regel sämtliche Nutzungen[7] dieses Gegenstands für eine gewisse Zeit. Der Nießbraucher ist bei wirksamer Bestellung des Nießbrauchs kraft eigenen Rechts[8] zur umfassenden Nutzung des belasteten Gegenstands und zur Fruchtziehung berechtigt. Diese umfassende Berechtigung unterscheidet den Nießbrauch auch maßgeblich von der Stellung der Berechtigten bei den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Denn bei diesen geht es um *einzelne* Gebrauchs- oder Fruchtziehungsrechte.[9] Dagegen lässt sich auch nicht die Ausnahmevorschrift des § 1030 Abs. 2 BGB anführen, wonach beim Nießbrauch der Ausschluss einzelner Nutzungen möglich ist. Denn diese Vorschrift ist nur dann sinnvoll, wenn die unbeschränkte Nutzung der Ausgangspunkt, der Regelfall ist. Bei *Otto von Gierke* heißt es zusammenfassend: „Nießbrauch ist die persönliche Dienstbarkeit, die das Recht auf die Nutzungen eines fremden Vermögensgegenstandes im ganzen gewährt“.[10] So verstanden ist der Nießbrauch quasi eine *unbeschränkte* be-

---

[4] Staudinger/*Frank*, § 1070 Rn. 1.

[5] Dabei muss der Besteller nicht notwendig auch der Inhaber des zu belastenden Rechts sein. Auf derartige Konstellationen wird an den einschlägigen Stellen dieser Untersuchung noch eingegangen.

[6] Das schweizerische ZGB spricht insoweit vom *Nutznießer* (Art. 752) sowie beim Nießbrauch von *Nutzniessung* (Art. 745), das österreichische ABGB von *Fruchtnießer* (§ 511) und *Fruchtnießung* (§ 509), wodurch die Grundidee bereits in der Benennung deutlich wird. *Thibaut* spricht in seinem „System des Pandekten-Rechts“ durchweg vom „Nutznießer“, vgl. etwa Band 2, §§ 611 ff. (S. 51 ff.). Die Bezeichnung *usufruit* (Art. 578) des Code civil ist unverkennbar an das römisch-rechtliche „Original“ angelehnt. *Johow* erwähnt in seiner Vorlage der Nießbrauchregelungen ebenfalls die gängigen Begriffe „Fruchtnießung“ und „Nutznießung“. Die Entscheidung für den Begriff „Nießbrauch“ begründet er damit, dass man sich diesem Ausdruck „am häufigsten bedien(e)“; Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1240.

[7] Zu möglichen Beschränkungen siehe unten Kap. 3 F. VI. (S. 184 ff.).

[8] Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 5.

[9] So auch Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 4.

[10] Deutsches Privatrecht, § 147 I 1 (S. 679).

schränkte persönliche Dienstbarkeit. *Anton Friedrich Justus Thibaut* nennt den Nießbrauch „die gewöhnlichste" der persönlichen Dienstbarkeiten, um dessen große praktische Bedeutung zu unterstreichen.[11]

Darin zeigt sich auch die grundsätzliche Idee, die ursprünglich hinter der persönlichen Dienstbarkeit des Nießbrauchs steckt, und die insbesondere verschieden ist von der bei den Grunddienstbarkeiten. Denn während es bei letzteren dem Eigentümer eines Grundstücks darum geht, unter Belastung seines Eigentums einer anderen Person (dem Eigentümer eines anderen Grundstücks) ein bestimmtes Recht (etwa ein Wegerecht) gegen entsprechende Leistung zu gewähren, stellt sich beim Nießbrauch die Grundkonstellation zumeist in der Weise dar, dass über das Eigentum an einer Sache bzw. über ein (sonstiges) Recht verfügt wird, der Verfügende sich aber ein persönliches dingliches Recht daran zurückbehält.[12] Dies gilt in dieser Form auch heute noch für die Variante des Versorgungsnießbrauchs.[13] Anders konzipiert sind freilich der vorbehaltene Nießbrauch und der Sicherungsnießbrauch, darauf wird jeweils noch im Detail einzugehen sein.

Als Gegenleistung für die Bestellung des Nießbrauchs (als Nießbrauch gegen Entgelt) kann ebenso wie für die Gewährung der Fruchtziehung (als entgeltlicher Nießbrauch) vereinbart werden, dass der Eigentümer/Inhaber ein Entgelt erhält, was jedoch von der eigentlichen Nießbrauchsbestellung als (dinglicher) Belastung und insbesondere von dessen Wirksamkeit unabhängig ist.[14] Mit Ausnahme des uneigentlichen Nießbrauchs (quasi ususfructus, vgl. § 1067 BGB[15]) bleibt der belastete Gegenstand in seiner Substanz unbeeinträchtigt (unbeschadet etwaiger Abnutzungen bei Sachen, vgl. § 1050 BGB). Dies verdeutlicht auch die lateinische Bezeichnung ususfructus, aus der sich der gesetzliche Terminus „Nießbrauch" ableitet. Usus steht für den *Ge*brauch des Gegenstands (der Sache oder dem Recht) und meint eben nicht den *Ver*brauch. Fructus steht für die Fruchtziehung, den Fruchtgenuss.[16]

Im Ergebnis wird der Nießbraucher durch die Bestellung eines Nießbrauchs Inhaber einer (sachenrechtlichen[17]) Rechtsposition, die im Hinblick auf die Herrschaft über den belasteten Gegenstand – oder genauer: „hinsichtlich des

---

[11] System des Pandekten-Rechts 2, § 609 (S. 50).

[12] Vgl. *Seidl*, Römisches Privatrecht, § 14 Rn. 238.

[13] Dazu unten Kap. 5 A.

[14] Zur Unterscheidung des Nießbrauchs gegen Entgelt vom entgeltlichen Nießbrauch unten BT Kap. 1 A II 1. a. (S. 234 f.) und zur Rechtsnatur des Nießbrauchs unten Kap. 4.

[15] Dazu noch unten Kap. 5 E.

[16] Zum römisch-rechtlichen Verständnis des Fruchtbegriffs umfassend *Reichel*, JherJb. 42 (1901), 205, 207 ff., mit der Darstellung der Entwicklung von einer engen Auffassung (nur Feldfrüchte, ggf. auch Schafswolle etc.) hin zu einem abstrakten Begriffsverständnis. Zum Begriff „Frucht", der insofern weiter im Sinne von Nutzung gem. § 100 BGB verstanden werden muss, siehe auch noch unten Kap. 3 F. II.

[17] Damit soll es an dieser Stelle sein Bewenden haben. Siehe zur Rechtsnatur des Nießbrauchs an Rechten noch umfassend unten Kap. 4.

Genusses“[18] der Früchte, die dieser Gegenstand gewährt – derjenigen eines Eigentümers/Stammrechtsinhabers vergleichbar ist. Freilich sind dahingehende Einzelheiten nicht unumstritten, insbesondere zur Übertragung des Rechts. Diese sollen in der folgenden Untersuchung noch näher beleuchtet werden.

C. Geschichte und Rechtsquellen

I. Der Nießbrauch (an Rechten) im Römischen Recht

1. Einleitung

Das Rechtsinstitut des Nießbrauchs (an Sachen) soll im römischen Recht seit dem dritten vorchristlichen Jahrhundert bekannt gewesen sein.[19] Im Vordergrund der Anerkennung einer solchen (höchst-)persönlichen Dienstbarkeit stand vor allem das Bedürfnis zur Versorgung nicht erbberechtigter Angehöriger.[20] In den Institutionen des *Gaius*[21] wird der ususfructus an mehreren Stellen erwähnt. Obwohl *Gaius* aber insbesondere den Sachbegriff umfassend abhandelt und dabei vor allem auf die Unterschiede zwischen res corporales und res incorporales eingeht,[22] beschränkt er seine Aussagen über den Nießbrauch auf den an körperlichen Gegenständen und hierbei vor allem an Sklaven[23] sowie an Grundstücken[24]. Aussagen über den Nießbrauch an Rechten finden sich in *Gaius*' Institutionen dagegen nicht. Dies lässt den Schluss zu, dass der Nießbrauch zur Zeit der klassischen Juristen auf (unverbrauchbare) res corporales, also körperliche Gegenstände[25], beschränkt war.[26] Im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten (servitutes praediorum oder servitutes reales) war ein

[18] So schon klarstellend *Gierke*, Deutsches Privatrecht II, § 147 I 1 (S. 679).

[19] Vgl. für viele *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 2.

[20] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 2. So auch *Deichmann*, Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, S. 7. Zum Versorgungsnießbrauch als einem besonderen Nießbrauchstyp siehe noch unten Kap. 5 A.

[21] Vgl. Gai. Inst. II 28–33 (nach *Manthe*, Die Institutionen des Gaius, 2004. Diese übersetzte und kommentierte Ausgabe liegt auch allen folgenden *Gaius*-Verweisen zugrunde).

[22] Gai. Inst. II 12–14; Dig. 1.8.1.1: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate rescorporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Dazu noch unten im Rahmen von Kap. 2 B.

[23] Gai. Inst. II 32, 91–94.

[24] Gai. Inst. II 28–31.

[25] Nach *Gaius*' Einteilung können diese als „Sachen“ bezeichnet werden; vgl. dazu noch unten in diesem Abschnitt.

[26] So auch *Reinhardt*, Der Nießbrauch in Code civil und BGB, S. 47.

Nießbrauch als „Urform aller Personalservituten“[27] (servitutes personales oder servitutes personae) jedoch sowohl an unbeweglichen (res immobiles) als auch an beweglichen Sachen (res mobiles) möglich.[28]

Die früheste nachgewiesene Erwähnung der Rechtsnatur des Nießbrauchs (ususfructus) selbst bleibt dem corpus iuris civilis vorbehalten, welcher seinerseits die Werke der klassischen römischen Juristen zwischen dem 4. Jahrhundert vor und dem 3. Jahrhundert nach Chr. rezipiert. Freilich wird auch hier nur der Nießbrauch an Sachen abgehandelt, der Nießbrauch an Rechten (nach heutigem Verständnis) wird nicht erwähnt. So heißt es in den dortigen institutiones im vierten Titel des zweiten Buchs zunächst: „Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia“ (Der Nießbrauch ist das Recht, fremde Sachen zu gebrauchen und zu nutzen, und zwar unter Erhaltung der Substanz).[29] Wobei das Wort „ususfructus“ bereits vor dieser Stelle auftaucht, nämlich im zweiten Titel, in dem es um unkörperliche Gegenstände (de rebus incorporalibus) geht: „Incorporales autem sunt quae tangi non possunt. qualia sunt ea quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructu …“ (Unkörperlich sind dagegen Sachen, die man nicht anfassen kann; dieser Art sind Gegenstände, die nur rechtlich vorhanden sind, zum Beispiel die Erbschaft, der Nießbrauch …)[30]. Für den Nießbrauch selbst wird also festgestellt, dass es sich dabei um eine (nur) rechtlich vorhandene „unkörperliche Sache“ handelt. Dagegen findet sich keinerlei Aussage darüber, ob ein Nießbrauch an unkörperlichen Gegenständen überhaupt möglich ist. In den institutiones wird ferner einschränkend formuliert, dass ein Nießbrauch ein Recht an einem körperlichen Gegenstand ist: est inem ius in corpore. Wenn aber körperliche Gegenstände nur solche waren, die man anfassen konnte (corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt[31]), dann konnte ein Nießbrauch nur an körperlichen Gegenständen möglich sein, nicht aber an Rechten.

Nach *Ulpian* kommt die römische Jurisprudenz jedoch durch einen Senatsbeschluss (senatusconsultum[32]) unbekannten Datums[33] zum Nießbrauch an

---

[27] So *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, § 192 (S. 775).

[28] Ulp. Dig. 7.1.7 pr.: Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut rei soli aut rei mobilis usus fructus legatur.

[29] Inst. 2.4.1 (zitiert nach *Behrends/Knütel/Kubisch/Seiler,* Corpus Iuris Civilis : Die Institutionen, 3. Aufl. 2007. Diese übersetzte und kommentierte Ausgabe liegt vorbehaltlich einer abweichenden Angabe auch allen folgenden Verweisen in die Institutionen des Corpus Iuris Civilis zugrunde). Diese Stelle wird wortgleich in den Digesten zitiert, vgl. Paul. Dig. 7.1.1.

[30] Inst. 2.2.3.

[31] Inst. 2.2.1.

[32] Die Senatsbeschlüsse (senatus consulta) traten seit dem 1. Jh. n. Chr. zunehmend an die Stelle der Volksgesetze, vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 2 Rn. 10; *Puchta*, Cursus der Institutionen, § 75 (S. 292 ff.).

[33] Vgl. *Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen, § 57 I a) (S. 327); *Jörs/Kunkel*, Römisches Privatrecht, § 84 Ziff. 2 (S. 146). *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, merken insoweit an,

Rechten. Denn durch diesen wurde ein ususfructus „an Sachen“ die zu einem Vermögen bzw. einem Nachlass gehören möglich. Weil diese Vermögensgegenstände aber sowohl Sachen – im Sinne von körperlichen Gegenständen – als auch (übertragbare)[34] Rechte sein konnten, musste konsequenterweise ein Nießbrauch an Rechten – etwa an Forderungen oder dem gesamten Vermögen – möglich sein. In der einschlägigen Digesten-Stelle heißt es: „Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit …“[35] (Der Senat hat bestimmt, dass an allen Sachen, von denen feststeht, dass sie in jemandes Vermögen sind, ein Nießbrauch bestellt werden kann). Das „omnium rerum“ öffnet daher den Weg für den Sachnießbrauch zum Nießbrauch an Rechten.[36] Eine Begründung dieser Rechtsfortbildung findet sich nicht, doch dürften es dieselben Zweckmäßigkeitserwägungen gewesen sein, die der ebenfalls per Senatsbeschluss erfolgten Erweiterung des Nießbrauchs an Sachen auf den (uneigentlichen) Nießbrauch (quasi ususfructus) auch an *verbrauchbaren* Sachen zugrunde lagen.[37] Denn so wurde vor allem die Gestaltungsfreiheit des Testierenden erhöht.

Ob insbesondere an Forderungen ein Nießbrauch überhaupt möglich war, war aber nicht unumstritten. *Ulpian* weist auf die divergierenden Ansichten zur Möglichkeit eines Nießbrauchs an solchen Rechten hin. Er selbst hält dies für möglich: „Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. An et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras“.[38] Dies steht im Einklang mit der seit dem Mittelalter geltenden und auf ihn zurückgehenden Dreiteilung der Rechtsobjekte in „mobilia, immobilia et nomina“[39], also nach unserem heutigen Verständnis von beweglichen und unbeweglichen Sachen und Forderungen. Eine dahingehende Schlechterstellung von Forderungen als unkörperlichen Gegenständen wäre inkonsequent gewesen. Freilich wurde – jedenfalls in nachklassi-

---

der Nießbrauch an Rechten sei jedenfalls der „späte(n) Republik (Cicero)“ bekannt gewesen und der betreffende Senatsbeschluss sei „vor 33 n. Chr.“ ergangen; a. a. O. § 29 Rn. 4, 17. Dagegen stellt *Puchta*, Ueber das Alter des Quasiususfructus, in: Blume/Hasse/Puchta/Puggé, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Dritter Jahrgang, Bonn 1829, S. 82, fest, es seien sich „unsere Rechtshistoriker darüber im reinen, daß das senatusconsultum … zur Zeit des Cicero noch nicht gegeben war“. *Puchta* selbst hält diese (seinerzeit herrschende) Ansicht freilich nicht für überzeugend und vertrat die zuerst genannte Auffassung, vgl. a. a. O. S. 83 f. Vgl. dazu auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 206 mit Fn. 2 (S. 1045).

[34] Zu diesem Erfordernis siehe unten Kap. 3 F. und BT Kap. 3.

[35] Ulp. Dig. 7.5.1. Auf diese Entstehungsgeschichte wird auch in den Motiven zum BGB hingewiesen, vgl. Mugdan, Motive III, S 538.

[36] Das „rerum“ darf daher keineswegs als „Sachen“ im engen Begriffsverständnis des BGB verstanden werden, dazu noch unten Kap. 2 B. V. (S. 57 ff.).

[37] Vgl. Inst. 2.4.2. Siehe dazu auch *Reinhardt*, Der Nießbrauch in Code civil und BGB, S. 47 f.

[38] Dig. 7.5.3.

[39] *Paulus*, in: FS Wandtke, S. 3, 4, unter Hinweis auf Ulp. Dig. 42.1.15.2.

scher Zeit – vertreten, dass ein Nießbrauch an Rechten eher als quasi usufructus angesehen werden müsse, also nicht als ein eigentlicher „echter" Nießbrauch. Darauf ist noch zurückzukommen.[40]

2. Gegenstände des Nießbrauchs und Inhalt des Fruchtziehungsrechts

Aufgrund der genannten wenigen Quellen, die den Nießbrauch an Rechten jedenfalls mittelbar betreffen, kann von einer eigenständigen und umfassenden Regelung diese Instituts im römischen Recht nicht gesprochen werden. Seine Existenz wird seit dem erwähnten Senatsbeschluss vielmehr vorausgesetzt. Wenn aber die Anerkennung des Nießbrauchs an Rechten zuvörderst auf Zweckmäßigkeitserwägungen zurückzuführen ist, muss, mangels eigenständiger Regelungen, für die Frage der Ausgestaltung auf die anwendbaren Regelungen zum Nießbrauch an Sachen zurückgegriffen werden, soweit diese eben zweckmäßig sind.

Der Nießbrauch an einem Recht war daher in Anlehnung an *Paulus* (Dig. 7.1.1[41]) die Befugnis des Nießbrauchers, ein fremdes Recht zu gebrauchen (usus[42]) – also auszuüben –, um Nutzungen aus diesem Recht zu ziehen (fructus), sofern dieses Recht dadurch in seinem Bestand nicht beeinträchtigt wurde. Anderenfalls hätte es sich um einen quasi usufructus gehandelt. Der Nießbraucher erhielt diese Befugnis in der Form der Separation, was als Abspaltung vom Stammrecht[43] des Inhabers verstanden werden kann.

Diese Berechtigung des Nießbrauchers war eine höchstpersönliche. Der Nießbrauch war (ursprünglich[44]) unveräußerlich[45] und nicht vererblich. Er endete daher (spätestens) mit dem Tod des Berechtigten.[46] Trotz Unübertragbarkeit des Nießbrauchs an sich konnte das Recht zur Ausübung des Nießbrauchs aber gleichwohl einem Dritten endgültig (durch Verkauf) oder auf Zeit (durch Verpachtung) überlassen[47] und sogar verpfändet werden.[48] Denn auch bei der

---

[40] Dazu unten Kap. 5 E.

[41] Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

[42] Zur Zeit der Zwölftafelgesetze wurde der Besitz – also die tatsächliche Sachherrschaft – als usus bezeichnet, *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 124.

[43] Vgl. Inst. 2.4.1: Usus fructus a proprietate separationem recipit idque plurimus modis accidit.

[44] Vgl. aber die weiteren Ausführungen zur Überlassung und somit zu Verfügungen über das Nießbrauchsrecht.

[45] Vgl. Pomp. Dig. 23.3.66: Quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum.

[46] Vgl. Ulp. Dig. 7.4.3.3: Morte quoque amitti usum fructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.

[47] Marci. Dig. 7.1.38; Paul. Sent. Rec. 3.6.17: Ususfructus uniuscuiusque rei legari potest et aut ipso iure constituetur aut per heredem praestabitur.

[48] Marci. Dig. 20.1.11.2: nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur?, vgl. dazu auch *Wieling*, Sachenrecht, § 14 I 2 b (S. 679).

Verpfändung handelt es sich um eine Ausübung des Nießbrauchs, wie *Ulpian* klarstellt.[49] Insoweit ist also notwendig zu trennen: eine Verfügung über den Nießbrauch war möglich, der Erwerber erhielt eine dinglich abgesicherte Berechtigung.[50] Später konnte das Nießbrauchsrecht auch vererblich gemacht werden, und zwar in der Form, dass der Nießbrauch durch den insoweit verpflichteten Eigentümer beim Erbe neu bestellt wurde.[51] Diese Annahme steht auch im Einklang mit der grundsätzlichen Sichtweise des römischen Rechts, wonach auch bei der Übertragung von Eigentum ein subjektives Recht beim Erwerber jeweils neu entsteht (sog. Okkupationslehre).[52] *Justinian* beschränkte die Übertragbarkeit durch Vererbung – im Zweifel – aber auf die erste Erbengeneration.[53]

Die Erweiterung der Verkehrsfähigkeit des Nießbrauchs durch die Anerkennung der Übertragbarkeit des Rechts zur Ausübung, ist die konsequente Folge der Anerkennung der (seit ehedem vererblichen) Rechte des Emphyteuta[54] und des Superfiziars[55] durch die römische Jurisprudenz als „dinglich". Eine Schlechterstellung des Nießbrauchers war nicht (mehr) gerechtfertigt.[56] Infolgedessen musste auch ein Nießbrauch am Ausübungsrecht eines Nießbrauchs möglich gewesen sein, obwohl sich dazu keine Aussagen in den Quellen finden.[57]

Wie erwähnt ist der Ausgangsfall eines Nießbrauchs an Rechten im römischen Recht der Nießbrauch an einem Vermögen/einem Nachlass. Wurde ein Nießbrauch an einem gesamten Vermögen oder einem Nachlass[58] bestellt, waren für jeden einzelnen Vermögensgegenstand, sei er körperlich (res corporales;

---

[49] Dig. 7.1.12.2: Usufructarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur.

[50] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 I 2 b (S. 679).

[51] Paul. Sent. Rec. 3.6.17.

[52] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 24 Rn. 2, m. w. N. auch zur abweichenden Translationslehre und zum Streitstand. Nach der Translationslehre soll es doch zu einem echten Rechtsübergang vom Veräußerer zum Erwerber gekommen sein.

[53] Cod. 3.33.1. Vgl. auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 215 m. Fn. 7 (S. 1094); *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 118 Fn. 12 jeweils m. w. N.

[54] Emphyteusis: langfristige Pacht (zumeist Erbpacht) eines im Eigentum des römischen Staates oder einer Gemeinde stehenden Grundstücks; vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 30 Rn. 3.

[55] Das ist der Erbbauberechtigte, zugunsten dessen auf Privatland gegen Zinszahlung (Erbzins) Gebäuderechte eingerichtet wurden; vgl. dazu *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 30 Rn. 6 f.

[56] *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 215 mit Fn. 7 (S. 1094).

[57] So auch *Hanausek*, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch, § 12 (S. 80 f.); vgl. auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 206 (S. 1048), die aber vom „Nießbrauch am Nießbrauche" sprechen, was aber unzutreffend ist, denn allein das *Ausübungsrecht* war veräußerbar und nicht der Nießbrauch selbst.

[58] Dabei hat *Gaius* eine Erbschaft insgesamt als „unkörperlich" angesehen, auch wenn in derselben „körperliche Sachen" enthalten waren, Inst. II 14. Dies galt entsprechend für das Recht „Nießbrauch", a. a. O. Der Nießbrauch konnte daher – wie alle Dienstbarkeiten (mit

„Sache“) oder unkörperlich (res incorporales, was nur mit aller Vorsicht in den Begriff „Recht“ i. S. eines subjektiven Rechts nach heutigem Verständnis übersetzt werden kann[59]), die jeweils geltenden Grundsätze anwendbar.[60] Beim Nießbrauch an Forderungen gebührten dem Nießbraucher die Zinsen.[61] War er zugleich Forderungsschuldner, wurde er von der Verpflichtung zur Zinszahlung befreit,[62] was im Ergebnis einer Aufrechnungssituation gleichkommt. Dies zeigt zudem, dass die Gewährung von Nutzungen eben nicht nur die Fruchtziehung, sondern auch die Innehabung von Gebrauchsvorteilen umfasst.[63] Bei Fälligkeit der Forderung war der Nießbraucher zur Einziehung berechtigt. Nach Beendigung des Nießbrauchs hatte er das eingezogene Kapital an den Gläubiger und Besteller herauszugeben.[64]

Waren im Vermögen verbrauchbare Sachen (res quae usu consumtur) enthalten, z. B. Geld, erhielt der Nießbraucher das Eigentum daran, dies galt auch für sonstige verbrauchbare Sachen wie Wein, Öl, Getreide.[65] Der Nießbraucher hatte dem Beschwerten nach Beendigung des Nießbrauchs die gleiche Summe Geldes zurückzuerstatten oder sonst (soweit gesondert vereinbart)[66] Wertersatz zu leisten, was als Sicherheitsleistung verstanden wurde. Die Möglichkeit zum Wertersatz soll nach *Hanausek* (von ihm als „Restitution der Aestimation“ bezeichnet)vor allem bei unvertretbaren Sachen der einzig praktikable gewesen Weg sein.[67]

Seit *Gaius* wurde diese Art des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen in Unterscheidung zum „echten“ Nießbrauch (ususfructus verus) als quasi ususfructus bezeichnet: „ergo senatus non fecit quidem earum rereum usum fructum (nec enim poeterat), sed per cautionam quasi usum fructum constituit“.[68] (Der Senat hat also an diesen Sachen keinen Nießbrauch geschaffen [denn das

---

Ausnahme der Dienstbarkeit an Landgrundstücken) – auch nicht durch Manzipation übertragen werden, vgl. Gai. Inst. II 14–19.

[59] Man denke etwa an *Senecas* „res severa verum gaudium“ (Epistulae morales, 23, 4), wo „res“ eher „Sache“ im Sinne von „Angelegenheit“ bedeutet. Umfassend zum res-Begriff *Becker*, Die „res“ bei Gaius, passim; *ders.*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 66 ff.

[60] *Jörs/Kunkel*, Römisches Privatrecht, § 84 Ziff. 3 (S. 147).

[61] Ulp. Dig. 7.5.3: Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. an et nominum? nerva negavit: sed est verius, quod cassius et proculus existimant, posse legari. idem tamen nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras.

[62] Ulp. Dig. 7.5.3.

[63] Dazu noch unten Kap. 3 F. III. (S. 171 ff.).

[64] *Jörs/Kunkel*, Römisches Privatrecht, § 84 Ziff. 2 b (S. 147).

[65] Vgl. Inst. 2.4.8. (Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus, exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta).

[66] Siehe *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 206 mit Fn. 3 (S. 1045).

[67] Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht, § 5 (S. 30 f.).

[68] Dig. 7.5.2.1; Inst. 2.4.12.

konnte er nicht], sondern er hat durch die Sicherheitsleistung einen Quasi-Nießbrauch eingeführt). Interessant an dieser Formulierung ist, dass die Sicherheitsleistung als konstituierendes Element der Schaffung des Quasi-Nießbrauchs angesehen wird. Es war eben die Verpflichtung zur Rückerstattung/zum Wertersatz nach Beendigung des Rechts, welches durch die cautio usufructuaria sichergestellt wurde. Erst dieses Element war es also, was einem Recht die Prägung verlieh, um einen Nießbrauch daran als einen eigentlichen („echten“) Nießbrauch ansehen zu können, oder jedenfalls als eine damit vergleichbare Rechtsfigur.

Insbesondere bei Geld wird freilich deutlich, dass diese Art des Nießbrauchs mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht wirklich etwas gemein hatte, sondern dass es sich dabei vielmehr um ein Darlehensverhältnis handelte.[69] Dies gilt entsprechend für alle verbrauchbaren Sachen sowie für den oben beschriebenen Fall, bei dem der Nießbraucher bei Fälligkeit eine Forderung einziehen konnte und das Kapital nach Beendigung des Nießbrauchs herauszugeben hatte. Im Ergebnis handelte es sich daher bei Forderungen nicht um einen Nießbrauch an einem Forderungsrecht, sondern vielmehr an dem eigentlichen Leistungsgegenstand (dem Inhalt der Forderung), der durch die Geltendmachung des Rechts erlangt werden konnte.[70]

Der römisch-rechtliche Nießbrauch war ein teilbares Recht. So konnte mehreren Berechtigten zusammen ein solches Recht an einer Sache/einem Recht oder insbesondere an einem Vermögen nach Anteilen (Bruchteilen) zustehen.[71]

3. Begründung und Beendigung des Nießbrauchs

Die Bestellung des Nießbrauchs richtete sich nach dem jeweiligen Zweck. Umfassende Ausführungen für die Bestellung finden sich in den Quellen wiederum nur in Bezug auf körperliche Gegenstände und insbesondere für Grundstücke. Diese Vorgaben werden im Folgenden auf ihre Anwendbarkeit auch auf Rechte hin dargestellt.

War die Versorgung einer nicht-erbberechtigten Person nach dem Ableben des Rechteinhabers beabsichtigt, dann war eine Nießbrauchsbestellung durch letztwillige Verfügung (Vermächtnis, Vindikationslegat) möglich,[72] etwa an Forderungen, die Teil des Nachlasses waren. Sollte unter Lebenden ein Nießbrauch (an Rechten) bestellt werden, konnte dies durch einen entsprechenden Vorbehalt des Inhabers bei der Veräußerung – etwa der Abtretung einer Forderung vor Gericht (in iure cessio)[73] – geschehen. Wollte der Inhaber der Forderung diese dagegen nicht abtreten, sondern einem Dritten einen Nießbrauch

[69] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 17.
[70] *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 206 (S. 1048).
[71] *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 205 (S. 1044).
[72] Paul. Dig. 17.2.1.; Gai. Dig. 7.1.6.
[73] Gai. Inst. II. 30; Dig. 7.1.6: Usus fructus pluribus modis constituitur: ut ecce, si legatus

daran bestellen, so war dies durch Rechtsverzicht (vor dem Magistrat) möglich.[74]

Die schon erwähnte Sicherheitsleistung des Usufruktuars (die cautio usufructuaria) vor Übergabe der Sache an den Eigentümer ist für die Bestellung des Nießbrauchs an (verbrauchbaren) Sachen obligatorisch. Dabei handelte es sich um ein (Schuld-)Versprechen (stipulatio) des Usufruktuars, den Nießbrauch in redlicher Weise auszuüben und die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs wieder herauszugeben.[75] Ob dies auch für den Nießbrauch an Rechten galt, lässt sich den Quellen nicht entnehmen, ebenso wenig wie das Gegenteil. Es erscheint freilich plausibel, dass auch insoweit Sicherheit zu leisten war, da auch bei Rechten – etwa bei einer Forderung – die Notwendigkeit bestehen kann, die redliche Ausübung und spätere Rückübertragung sicherzustellen. Bei verbrauchbaren Sachen sollte die cautio usufructuaria den späteren Ersatzanspruch des Eigentümers absichern[76] (siehe schon oben 2.).

Der Nießbrauch endete (jedenfalls) mit dem Tod des Usufruktuars. Hier zeigt sich die Eigenschaft des Nießbrauchs als personengebundenes höchstpersönliches Recht.[77] Er endete ferner mit dem Untergang der Sache, an dem der Nießbrauch bestand.[78] Dies lässt sich ohne weiteres auf Rechte übertragen. Wird etwa eine Forderung erfüllt, erlischt also das Recht des Forderungsinhabers gegen seinen Schuldner, erlischt daher auch ein an der Forderung bestellter Nießbrauch. In früherer Zeit kam es auch durch bloße Nichtausübung zum Erlöschen des Nießbrauchs.[79] Dagegen wandte sich aber *Justinian*.[80] Er beschränkte die Beendigung des Nießbrauchs auf die beiden oben genannten Gründe sowie auf den Fall, dass der Nießbrauch vom Usufruktuar an den Eigentümer abgetreten wird bzw. der Usufruktuar das Eigentum an der Sache, an der der Nießbrauch bestellt war, erwirbt (Konsolidation).[81]

---

fuerit. Sed et proprietas deducto usu fructu legari potest, ut apud heredem maneat usus fructus.

[74] Paul. Fragm. Vat. 283 = libro primo Manualium; vgl. *Scharr*, Römisches Privatrecht, S. 382 f.

[75] Ulp. Dig. 7.9.1.pr.: Si cuius rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.

[76] Inst. 2.4.2. Vgl. zur Erhaltungspflicht des Nießbrauchers im Hinblick auf die Nießbrauchssache und zur cautio usufructuaria *Hellwege*,Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis 79 (2011), 81, insb. 85 ff.

[77] Ulp. Dig. 7.4.3.3.

[78] Cels. Dig. 7.1.2.

[79] Paul. Cod. 3.34.13.

[80] Imperator Iustianus Augustus Iuliano p.p. – Cod. 3.33.16. pr.1.

[81] Inst. 2.4.3.

4. Rechtsstellung der Beteiligten und Rechtsschutz

Am römisch-rechtlichen Nießbrauch sind – zunächst – zwei Parteien beteiligt: der Eigentümer der Sache/Inhaber des Rechts und der Nießbraucher (Usufruktuar). Wird das Ausübungsrecht des Nießbrauchers weiterveräußert, entsteht eine Rechtekette, wobei der Erwerber der Berechtigung allein dem Usufruktuar gegenüber berechtigt und verpflichtet ist. Ferner wird es gerade bei Rechten – vor allem bei Forderungen – häufig mit dem Hauptschuldner des Inhabers noch mindestens eine weitere Partei gegeben haben. Wegen Beschädigung der nießbrauchbelasteten Sache haftete der Nießbraucher dem Eigentümer aufgrund der Aquilischen Klage, des Inderdikts quod vi aut clam,[82] der actio furti,[83] der actio servi corrupti und der actio in iuriam.[84] Auch in diesem Kontext kam ferner der cautio usufructuaria eine erhebliche Bedeutung zu.[85]

Gegen den Eigentümer der Sache/dem Inhaber des Rechts stand dem Nießbraucher zum einen die vindicatio usufructus zu.[86] Diese der Servitutsklage nahestehende Klage (auch als actio confessoria bezeichnet) war auf die Feststellung des Bestehens des Nießbrauchs gerichtet sowie auf die Herstellung des rechtmäßigen Zustands zwischen den Parteien.[87] Ferner war die ungestörte Ausübung des Nießbrauchs zugunsten des Usufruktuars durch das prohibitorische Interdikt uti possidetis utile sowie das restitutorische Interdikt si uti frui prohibitus esse dicetur geschützt.[88]

5. Abgrenzung zu anderen Gebrauchs- und Nutzungsverhältnissen

Als ein „Weniger“ im Hinblick auf einen Nießbrauch (usufructus) gestattete das höchstpersönliche Gebrauchsrecht (usus) zwar auch die Fruchtziehung in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand, aber nur in begrenztem Umfang für den eigenen Bedarf des Berechtigten (des Usuars).[89] Ein Usus an Rechten ist indes nur in der Form vorstellbar, dass, etwa bei einer Forderung, die Einzie-

---

[82] *Deichmann*, Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, S. 60.

[83] Ulp. Dig. 7.1.13.2.

[84] Paul. Dig. 7.1.66.

[85] *Deichmann*, Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, S. 158 ff. Umfassend zur Kautionsleistung des Nießbrauchers *Hellwege*, Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis 79 (2011), 81, insb. 85 ff.

[86] Ulp. Dig. 7.6.5.1: Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

[87] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 15.

[88] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 16.

[89] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 29 Rn. 20. Dass es sich beim usus nur um eine Abspaltung vom usufructus zur „mäßigen“ Fruchtziehung handelte, ist indes nicht unumstritten, *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, a. a. O.

hung der Zinsen auf den Betrag begrenzt ist, der für die Versorgung des Usuars notwendig ist. Während der Nießbrauch also ein umfassendes Gebrauchs- *und* Fruchtziehungsrecht gewährte, war der Usuar zwar unbeschränkt zum Gebrauch, aber nur beschränkt zur Fruchtziehung berechtigt. In diesem Zusammenhang war in klassischer Zeit umstritten, ob ein dingliches Recht an der Arbeitskraft von Sklaven und Tieren (operae servorum vel animalium) als ususfructus oder als (bloßer) usus anzusehen war. Im Hinblick auf den hier zu untersuchenden Nießbrauch an Rechten ergeben sich insoweit aber keine Abgrenzungsprobleme.

Von den Realservituten als Rechte zur Einwirkung auf eine Sache unterscheidet sich der Nießbrauch an Rechten bereits insoweit, als solche Grunddienstbarkeiten (Feld- bzw. Gebäudeservituten) an Rechten nicht bestellt werden konnten. Dies gilt entsprechend für das Recht der langfristigen Erbpacht (Emphyteuse) und das Erbbaurecht an einem Gebäude (Superfizies). Gegenstände dieser Rechte konnten ebenfalls ausschließlich unbewegliche körperliche Sachen (Immobilien) sein. Dabei wurde die Emphyteuse ebenso wie die Erbpacht aber ohnehin nur selten unter Privatpersonen vereinbart, wie dies üblicherweise beim Nießbrauch der Fall war. Sie war insoweit – wie die Erbpacht – also auch keine alternative Gestaltungsform zum Nießbrauch. Verpächter war vielmehr in der Regel die öffentliche Hand, vertreten durch den Zensor, der Staatsländereien gegen Zins (vectial) für eine bestimmte Zeit an Private vergab.[90]

Am ehesten ist der Nießbrauch an Rechten mit dem (wohl) aus dem hellenistischen Rechtskreis stammenden Nutz- oder Nutzungspfand (antíchresis/antíchrese) vergleichbar. Danach war dem Inhaber des Pfandrechts vom Verpfänder gestattet, die Früchte aus der verpfändeten Sache zu ziehen. Das Fruchtziehungsrecht trat an die Stelle eines Zinsanspruchs.[91] Dieses Recht tritt zur Sicherungsfunktion des Faustpfandrechts hinzu. In das BGB wurde das Nutzungspfand in § 1213 übernommen. Dabei ist aber zu beachten, dass ein solches Pfandrecht nur an beweglichen Sachen (Fahrnis) und insbesondere nicht an Rechten bestellt werden kann, während das römische und gemeine Recht die antíchrese jedenfalls auch an Grundstücken kannte.[92] Dagegen untersagt etwa § 1372 ABGB ausdrücklich die Bestellung eines solchen Nutzungsrechts.

Zum Eigentum (an Sachen) und vergleichbar zur Vollinhaberschaft an einem Recht lässt sich der Nießbrauch insoweit leicht abgrenzen, als es sich bei letzterem (nur) um ein *beschränktes* dingliches Recht handelt, welches im Umfang immer geringer ist, als die Rechtsstellung des Eigentümers als der privatrecht-

---

[90] Vgl. *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 178.
[91] *Dernburg*, Pfandrecht II, S. 85.
[92] Vgl. etwa *Dernburg*, Pfandrecht II, S. 85 ff.

lichen Vollherrschaft.[93] Eigentümer und Nießbraucher stehen sich in Bezug auf ein und dieselbe Sache gegenüber. Es lässt sich sagen, dass das Eigentum das umfassende Recht ist, eine *eigene* Sache zu gebrauchen und aus ihr Früchte zu ziehen, während der Nießbrauch das umfassende Recht ist, eine *fremde* Sache zu gebrauchen und ebenfalls Früchte zu ziehen.

Eine Nutzung fremden Eigentums gegen Entgelt war ferner zum Gebrauch – als Miete – oder weitergehend zum Gebrauch und zur Nutzung – als Pacht – möglich. Dabei war die Stellung des Pächters verglichen mit der des Usufruktuars wesentlich schwächer, so dass insoweit eine Abgrenzung ohne weiteres möglich ist. Denn der Pächter (wie auch der Mieter) hatte keinen Interdiktenbesitz, sondern war bloßer Detentor ohne tatsächlichen Besitzschutz.[94] Auch fehlte der Rechtsstellung des Pächters anders als bei der dinglichen Wirkung des Nießbrauchsrechts jeglicher Schutz gegenüber Dritten, so dass etwa durch eine Veräußerung der genutzten Sache das Pachtrecht „wegerworben“ werden konnte.[95]

II. Rezeption der römisch-rechtlichen Grundsätze in Usus modernus und ALR

Als Usus modernus (pandectarum) wird gemeinhin die Epoche der Rechtsgeschichte beginnend im frühen 17. Jahrhundert[96] bezeichnet, in der es nach dem Zeitalter der spätmittelalterlichen Rezeption des römisch-kanonischen Rechts mit der Entstehung des gemeinen Rechts (ius commune) zu dessen zeitgemäßer Anwendung in der deutschen Rechtspraxis kommt.[97] Zeitlich begrenzt wird diese Epoche durch das Zeitalter der philosophischen Naturrechtslehren im 18. Jahrhundert, wobei beide Epochen über längere Zeit nebeneinander bestanden.[98] Der Begriff geht auf den Titel von *Samuel Stryks* 1690–92 erschienenem Hauptwerk „Specimen Usus moderni Pandectarum“ zurück, das sich mit dem Gebrauch des römischen Rechts in der frühneuzeitlichen Rechtspraxis befasst.[99] Im Zivilrecht hielt der Usus modernus am überkommenen Aktionensystem des römischen Rechts fest, wobei der Einfluss auf dem Gebiet der deutschrechtlichen Dienstbarkeiten besonders stark war.[100]

---

[93] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 22 Rn. 1.

[94] Vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 19 Rn. 16 f., § 42 Rn. 13. Umfassend zur Pacht im römischen Recht *Harke,* Location conductio, passim, insb. S. 9 ff.

[95] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 42 Rn. 13 f.

[96] Der Beginn wird teilweise schon im 16. Jhd. oder sogar im späten 15. Jhd. verortet, vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 4; *Heger,* ZJS 2010, 29: ab dem Wormser Reichstag 1495.

[97] Siehe nur *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 115, 118.

[98] *Heger,* ZJS 2010, 29, 32.

[99] *Heger*, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, S. 24.

[100] *Heger,* ZJS 2010, 29, 33 f.

Obwohl im römischen Recht ein Nießbrauch an Rechten möglich war, war dies im Zeitalter des Usus modernus umstritten. Ausgangspunkt der ablehnenden Ansicht waren diejenigen Quellen, die einen Nießbrauch nur an res corporales für möglich hielten, vor allem Inst. 2.2.1. Das den Nießbrauch auch an Rechten ermöglichende senatusconsultum (oben I. 1.) wurde nicht rezipiert. Ein Nießbrauch an Rechten wurde allenfalls als quasi usufructus für möglich gehalten, also nicht als „echter" Nießbrauch.[101] Andere hielten dagegen einen solchen Nießbrauch auch an res incorporales für möglich und begründeten dies mit Ulp. Dig. 7.5.3. und der Möglichkeit eines Nießbrauchs an Forderungen. Diese wurden als nicht verbrauchbar angesehen und also konnte der Nießbrauch daran auch kein „unechter" sein.[102] Denn die – von praktischen Erwägungen motivierte – römisch-rechtliche Einteilung der „res" beruht darauf, was eine Person im Vermögen haben kann. Dies umfasst aber sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände,[103] res corporalis und res incorporalis.[104] Dabei gehörten zum Vermögen aber nur „Sachen", die einen Geldwert haben, die also möglicher Gegenstand des Rechtsverkehrs sein konnten.[105]

Für die Regelungen zum Nießbrauch an Rechten soll ferner beispielhaft das unter den Einfluss der frühneuzeitlichen Naturrechtslehre entstandene ALR erwähnt werden. Im dortigen 1. Teil, 21. Titel § 22 wird der Nießbrauch folgendermaßen definiert:

„Das vollständige Nutzungsrecht, oder die Befugniß, eine fremde Sache nach der Art eines guten Hauswirths, ohne weitere Einschränkungen, zu nutzen oder zu gebrauchen, wird der Nießbrauch genannt".

Obwohl eine explizite Regelung dazu fehlt, muss wegen des umfassenden Verständnisses des Begriffs „Sache" im ALR[106] auch ein Nießbrauch an Rechten möglich gewesen sein. Auch wenn die folgenden Regelungen sich im Schwerpunkt unbestreitbar allein mit Besonderheiten bestimmter körperlicher Nießbrauchsgegenstände befassen, gibt etwa § 29 ein Indiz für den Rechtsnießbrauch. Denn dort ist von „Früchten und Nutzungen" der Sache die Rede und als solche werden auch „Zinsen" erwähnt. Dabei wird es sich dann aber um Forderungen handeln, also um Rechte. Ausdrücklich geregelt wird indes der

---

[101] *Donellus*, Opera omnia III, Lib. X, Cap. III, § XII (Col. 25), *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten IX, § 632 (S. 172).

[102] *Lauterbach*, Collegii I, Lib. VII, Tit. I, § X: Usufructus in genere est jus alienis rebus corporalibus & incorboralibus utendi fruendi; *Vitriarius*, Institutiones, Lib. III Tit. X. (S. 226); *Kreittmayr*, Anmerkungen II, S. 1511. Umfassend dazu *Heger*, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, S. 45 ff.

[103] Zum Gegenstandsbegriff siehe noch Kap. 2 B.

[104] *Wächter*, Pandekten I, § 59 II (S. 257 f.).

[105] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 18 Rn. 1; *Wächter*, Pandekten I, § 59 III (S. 259): „Nicht alle Rechte gehören zum Vermögen, sondern nur die, welcher möglicher Gegenstand des Verkehrs sind und daher einen Geldwerth haben".

[106] Dazu unten Kap. 2 B. V. 1. (S. 59 ff.).

Nießbrauch am „ganzen Vermögen“ und am „Nachlaß“ (I 21 § 42), so dass jedenfalls insoweit – dem römisch-rechtlichen Vorbild folgend[107] – ein Nießbrauch auch an Rechten möglich gewesen sein musste.

Im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811 wurde der Nießbrauch ebenfalls als ein sehr weitgehendes Rechtsinstitut anerkannt. So war nach § 1 (IX 1) Bay. BGB-E die „Nutznießung [ususfructus] … das Realrecht, die einem Andern zugehörige Sache wie der Eigenthümer, jedoch unbeschadet der Substanz zu gebrauchen und zu benuzen“. Die „Nutznießung“ konnte danach (§ 3 [IX 3]) insbesondere auch an „körperlichen und unkörperlichen Gütern ertheilt werden“ und auch am „gesammten Vermögen“.[108] Vorgesehen war also ohne weiteres auch ein Nießbrauch an Rechten. Auch wenn der Entwurf nie Gesetz wurde scheint auch hier einmal mehr das römisch-rechtliche Vorbild hindurch, über den Nießbrauch an einem Vermögen letztendlich einen Nießbrauch an Rechten anzuerkennen.

III. Die Entwicklung der Normierung des Nießbrauchs an Rechten im BGB

1. Johows Vorlage und der Entwurf der 1. Kommission

Im Jahr 1880 legte *Reinhold Johow*, der unter anderem für das Sachenrecht verantwortliche Redaktor[109] der 1. BGB-Kommission, seinen Entwurf der Regelungen zum Nießbrauch an Sachen und Rechten vor (sog. Vorentwurf, im Folgenden: BGB-Vorl).[110] Innerhalb des Normenkomplexes zum Nießbrauch an Rechten (§§ 328 bis 341 BGB-Vorl) enthalten die §§ 328 bis 330 BGB-Vorl allgemeine Vorgaben unter anderem zur Nießbrauchsfähigkeit und zur Bestellung des Rechts. Der Nießbrauch an Forderungen ist in den §§ 331 bis 336 BGB-Vorl geregelt, der an „Werthpapieren“ und „Loospapieren“ in den § 337 und § 338 BGB-Vorl, der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen in den §§ 340 f. BGB-Vorl und der Nießbrauch an einem Vermögen in den §§ 342, 343 BGB-Vorl. Eine weitere Regelung zum Nießbrauch findet sich in § 238 BGB-Vorl. Dort wird die Übertragbarkeit der Ausübung eines Nießbrauchs gestattet. Dies erklärt sich aus *Johows* Aufbau seines Entwurfs, der für die Dienstbarkeiten einen Allgemeinen Teil („Allgemeine Bestimmungen“) vorgesehen hatte (§§ 231

[107] Zu den Abweichungen der Nießbrauchsregelungen im ALR zum römisch-rechtlichen Nießbrauch umfassend *Heger*, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, S. 248 ff.

[108] Vgl. den Abdruck bei *Demel/Schubert*, Entwurf eines BGB für Bayern, S. 213.

[109] *Johows* „Hülfsarbeiter“ (und z.T. auch Mitautoren) waren *Alexander Achilles* (seit 1874), *Karl Martini* (von 1874 bis 1877) und *Victor von Liebe* (seit 1877). Eine umfassende Darstellung zu *Johows* Arbeiten u. a. am BGB-Sachenrecht findet sich in Schubert/*Schubert*, Vorlagen Sachenrecht I, S. XI. ff.

[110] Diese Arbeiten der Redaktoren werden auch als „Teilentwurf“ bezeichnet, weil die Autoren jeweils für eines der fünf Bücher des BGB zuständig waren.

bis 258 BGB-Vorl) und damit bestimmte Regelungen vor die Klammer ziehen wollte. Der Nießbrauch ist ferner in § 231 BGB-Vorl erwähnt, der Nießbrauchsverzicht und das Erlöschen des Nießbrauchs werden in § 251 und § 253 BGB-Vorl behandelt. Diese Regelungssystematik wurde von der 1. Kommission nicht übernommen. Den Dienstbarkeiten werden seit dem Kommissionsentwurf von 1885 insbesondere keine „Allgemeine Bestimmungen" mehr vorangestellt.[111]

Anders als der Grundaufbau entsprechen aber die inhaltlichen Regelungen des Vorentwurfs im Wesentlichen der späteren gesetzgewordenen Systematik. *Johows* Formulierung der Grundnorm zum Nießbrauch an Rechten (§ 328 BGB-Vorl) lautete dabei:

„Wird ein Recht zum Gegenstande des Nießbrauchs gemacht, so wird dem Nießbraucher, soweit nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die zeitweise Ausübung desselben zu eigenem und festen Rechte übertragen. Der Nießbraucher hat die durch das Recht gebotenen Vortheile, welche als Nutzungen sich darstellen, zu genießen. Dagegen erhält er an solchen Einnahmen, welche als auf Kosten des Kapitals gemacht anzusehen sind, den ihrer Natur entsprechenden Nießbrauch".[112]

Obschon sprachlich und inhaltlich gestrafft wurden *Johows* Vorarbeiten größtenteils auch Gesetz. Nicht übernommen in den „Nießbrauch an Rechten" des BGB wurde dagegen etwa die Regelung des § 339 BGB-Vorl zum „Nießbrauch an Eigenthumsanteilen". Die endgültige Regelung dazu findet sich als „Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers" nunmehr in § 1066 BGB, also im Untertitel zum „Nießbrauch an Sachen". *Johow* wollte diesen Nießbrauchstyp deswegen als einen *Rechts*nießbrauch geregelt wissen, weil das Recht mangels Eigentümerstellung des Bestellers nicht „an der Sache" selbst bestellt werden könne, sondern eben nur an einem Anteil derselben.[113] Hier lässt sich eine Auffassung herauslesen – und die Auseinandersetzung damit wird in dieser Untersuchung noch eine nicht unerhebliche Rolle spielen[114] –, dass Gegenstand der Belastung nicht „die Sache" selbst ist, sondern das an ihr bestehende Recht.[115]

Im Kommissionsentwurf von 1885[116] (im Folgenden: BGB-KE) finden sich die Regelungen zum Nießbrauch an Rechten in den §§ 998 bis 1011 BGB-KE, zum Nießbrauch an einem Vermögen in den §§ 1012 bis 1017 BGB-KE.[117]

---

[111] Zu den jeweiligen Stellungnahmen vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 10 f.

[112] Vgl. den Abdruck in *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 233.

[113] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1345.

[114] Siehe zum Gegenstand der Belastung unten Kap. 2 C.

[115] Freilich führt *Johow* diesen Gedanken nicht konsequent weiter und sieht etwa den Sachnießbrauch als an der Sache selbst bestehend an und nicht am an der Sache bestehenden Eigentum, vgl. etwa Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht 2, S. 1345.

[116] Dieser BGB-Entwurf der 1. Kommission (beschränkt auf die Bücher „Allgemeiner Theil", „Recht der Schuldverhältnisse" und „Sachenrecht") war faktisch ein weiterer Vorentwurf, bevor 1887/1888 der eigentliche Entwurf der 1. Kommission veröffentlicht wurde.

[117] Vgl. den Abdruck in *Schubert*, Anlagen: Entwürfe, S. 276 ff

Über § 1016 wurden dabei erstmals die Vorschriften zum Nießbrauch am Vermögen auch auf eine Erbschaft und auf Bruchteile (an Vermögen und Erbschaft) für anwendbar erklärt. Im BGB-Entwurf der 1. Kommission von 1887/1888 (der sog. „1. Entwurf“, im Folgenden: BGB-E I)[118] ist der Nießbrauch an Rechten in den §§ 1021 bis 1037 BGB-E I geregelt, der Nießbrauch an einem Vermögen in den §§ 1038 bis 1043 BGB-E I.[119] Zum Nießbrauch an einer Erbschaft gibt es wiederum keine gesonderte Vorschrift, was letztendlich auch in der endgültigen Gesetzesfassung beibehalten wurde. Insoweit findet sich abermals beim Nießbrauch an einem Vermögen eine entsprechende Verweisung auf die Anwendbarkeit der dortigen Vorschriften (§ 1043 BGB-E I). Dies gilt entsprechend für den „Nießbrauch an einem Bruchtheile“. Gänzlich nicht übernommen wurden dagegen *Johows* Regelungen zum Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, trotz der – jedenfalls heutzutage – unbestreitbaren Relevanz in der Unternehmenspraxis.[120] Die 1. Kommission lehnte einen Nießbrauch an Anteilen einer Personengesellschaft (Anteilsnießbrauch) bereits mit Verweis auf deren Unübertragbarkeit ab. Möglich sei allenfalls eine schuldrechtliche Regelung.[121] Ein Nießbrauch an Anteilen von Kapitalgesellschaften bleibt in den Motiven und später auch den Protokollen der 2. Kommission sogar gänzlich unerwähnt.

Vom zuletzt genannten Anteilsnießbrauch sowie vom Erbschafts- und Bruchteilsnießbrauch einmal abgesehen, unterscheiden sich der Kommissionsentwurf und der Entwurf der 1. Kommission nur unwesentlich und allenfalls in sprachlicher Hinsicht von *Johows* Vorarbeiten. Viele Formulierungen *Johows* – der zu eher blumigen Ausführungen und verschachtelten Satzkonstruktionen neigte[122] – wurden gestrafft. So wird die Ausgangsnorm des Nießbrauchs an Rechten (§ 1021 BGB-E I) wesentlich knapper formuliert und der Verweis zum Sachnießbrauch wurde aufgenommen:

„Der Nießbrauch kann auch an einem Rechte begründet werden. Auf den Nießbrauch finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 1022 bis 1037 (BGB-E I, Anm. d. Verf.) ein Anderes bestimmt ist“.

---

[118] Als Erscheinungsdatum wird zumeist 1888 genannt, vgl. etwa *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. VII. Auf der Druckfassung des Entwurfs ist aber 1887 angegeben.

[119] Vgl. den Abdruck in *Schubert*, Anlagen: Entwürfe, S. 944 ff.

[120] Siehe nur *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 (S. 1823) und die Fülle des Schrifttums bei MüKo-HGB/*K. Schmidt*, vor § 230 Rn. 7.

[121] Mugdan, Motive III, S. 539. Die Unübertragbarkeit von Anteilen an Personengesellschaften entsprach freilich der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis zur Änderung seitens RG DNotZ 1944, 195. Siehe dazu noch unten BT Kap. 5 B.

[122] Damit erfüllte er nicht die vom Vorsitzenden *Levin Goldschmidt* aufgestellte Vorgabe im für die sog. Vorkommission (des Bundesrats, die zu unterscheiden ist von der Vorkommission des Reichsjustizamts für die zweite Lesung des BGB von 1890–1893) erstellten Gutachten von 1874, wonach die Rechtssätze „gemeinverständlich“ und „von gedrungener Kürze“ sein sollen, vgl. dazu *Benöhr*, JuS 1977, 79, 81.

Der Unterschied zum nunmehrigen § 1068 BGB besteht dabei allein darin, dass ausdrücklich vom Recht als „Gegenstand des Nießbrauchs" die Rede ist, worauf ebenfalls noch zurückzukommen sein wird.[123] Dies gilt vergleichbar für § 329 BGB-Vorl, in dem *Johow* den Grundsatz begründet, dass für die Bestellung des Nießbrauchs die entsprechenden Übertragungsvorschriften anzuwenden sind. Die 1. Kommission formulierte dies entsprechend um, ohne dass bis zur endgültigen Fassung (§ 1069 Abs. 1 BGB) in den späteren Vorlagen für Bundesrat und Reichstag an *Johows* Grundkonzeption etwas geändert wurde.[124]

Mit den Beratungen von *Johows* Entwurf zum Nießbrauch an Rechten (§§ 328 bis 341 BGB-Vorl) hatte die 1. Kommission am 31.10.1884 begonnen, sie zogen sich bis in das Jahr 1885 hin.[125] Ausweislich der Beratungsprotokolle waren dabei die §§ 1074 bis 1079 BGB (Nießbrauch an Forderungen) und die §§ 1085 bis 1089 BGB (Nießbrauch an einem Vermögen) diejenigen Vorschriften, über deren Inhalt am Ausführlichsten debattiert wurde.[126] Wie *Johow* verzichtete auch die 1. Kommission auf die Aufnahme einer gesonderten Regelung des „Nießbrauches an einem Erwerbsgeschäfte". Sie begründet dies einerseits damit, dass die Vorschriften zum Vermögensnießbrauch auch dafür „angemessen" seien.[127] Andererseits zeigt sich die 1. Kommission ohnehin skeptisch gegenüber einer solchen Gestaltungsform und der Möglichkeit der gesetzlichen Ausgestaltung eines solchen Nießbrauchs. Dies sei vielmehr den Parteien zu überlassen.[128] Für die 2. Kommission lässt sich den betreffenden Protokollen nicht entnehmen, dass sie sich mit dieser Thematik überhaupt auseinander gesetzt hätte.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass, von einigen eher kosmetischen Eingriffen einmal abgesehen und vorbehaltlich in dieser Untersuchung noch näher zu beleuchtender Ausnahmen, der letztendlich verabschiedete Regelungskomplex zum Nießbrauch an Rechten von *Johows* Vorlage nur unerheblich abweicht. Insbesondere wurden die von *Johow* ausgearbeiteten Grundprinzipien nicht in Frage gestellt. Sein Entwurf kann im Hinblick auf den vorgesehenen Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen zudem sogar als innovativ bezeichnet werden, denn insoweit hat sich im Wirtschaftsleben bis dato ein

---

123 Siehe zum Gegenstandsbegriff des BGB unten Kap. 2 B. sowie dort anschließend zur Frage des Gegenstands der Belastung insgesamt. Die hier zitierte Fassung wurde auf der Sitzung der 1. Kommission vom 31.10.1884 vorgeschlagen von Kommissionsmitglied *Karl Dietrich Adolf Kurlbaum,* vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 233.

124 Siehe dazu *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 236.

125 Vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 233 ff.

126 *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 246 ff., 287 ff. Zu Einzelheiten noch unten beim Nießbrauch an Forderungen BT Kap. 4 A. und beim Nießbrauch an einem Vermögen BT Kap. 2 A.

127 *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 304.

128 *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 304.

nicht unerhebliches Gestaltungsbedürfnis herauskristallisiert. Die Aktualität dieser Problematik wird zudem durch die jüngere Rechtsprechung bestätigt.[129]

Johows Verdienst kann daher vor allem darin gesehen werden, unter Auswertung der römisch-rechtlichen Quellen und insbesondere unter Bezugnahme auf das schon angesprochene senatusconsultum[130] einen Nießbrauch an Rechten überhaupt für möglich zu halten. Die Kommissionen haben diese Annahme nachfolgend auch nicht in Frage gestellt. Diese Tatsache hat freilich zu der ebenfalls schon erwähnten Kontroverse geführt – bzw. hat diese jedenfalls noch befeuert – ob das Phänomen eines Rechts an einem anderen Recht tatsächlich vorkommen kann. Mit dieser Frage befasst sich umfassend das 2. Kapitel dieser Untersuchung.

2. *Kritik an den Entwürfen und der Regelung zum „Nießbrauch an Rechten“*

Von den (zahlreichen) Kritikern der BGB-Regelungen zum Nießbrauch im Allgemeinen und zum Nießbrauch an Rechten im Besonderen sei beispielhaft *Arthur Nußbaum* hervorgehoben. In seiner umfassenden monographischen Würdigung der seit Inkrafttreten des BGB zum Nießbrauch ergangenen Rechtsprechung sowie der Auswertung sonstiger historischer Entscheidungen, kommt er insgesamt zu dem Schluss, dass die gesamten Regelungen zum Nießbrauch nahezu untauglich seien.[131] Er legt einen eigenen Gesetzentwurf vor.

Nußbaum kritisiert im Schwerpunkt, dass die gesetzlichen Regelungen an der Rechtswirklichkeit vorbeigehen und dass vor allem Konstellationen geregelt seien, die praktisch unbedeutend sind. Im Gegensatz dazu fänden aber für die Praxis durchaus relevante Situationen im Gesetz keine Erwähnung. So bleibe der Nießbrauch an einer Hypothek trotz seiner Bedeutung unerwähnt,[132] während der im Gesetz geregelte Nießbrauch an Wertpapieren „nicht so häufig vor[komme], wie man annehmen sollte“. Der Nießbrauch an Immaterialgüterrechten – der zwar nicht ausdrücklich geregelt, in den Motiven aber als Anwen-

[129] Vgl. etwa OLG Stuttgart NZG 2013, 432, zur Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil, und BFH ZEV 2013, 464, zu steuerrechtlichen Fragen. Zum Anteilsnießbrauch noch umfassend unten BT Kap. 5.

[130] Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit … . Dazu schon oben C. I. (S. 12 ff.).

[131] Einzelne Ausführungen lassen dabei zumindest erahnen, in welcher Heftigkeit zum Teil um die „richtige“ Fassung des BGB gerungen wurde, sofern ein solches Gesetzbuch überhaupt als notwendig anerkannt wurde. Vgl. dazu etwa *Gierke*, der dem BGB jede „schöpferische Kraft“ absprach und es als „in Paragraphen gegossenes Pandektenkompendium“ bezeichnete, *ders.,* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 2. Was den Nießbrauch betrifft, so kritisiert *Gierke* „die Breite“ der Regelungen, ganz im Gegensatz zu den „kärglichen“ Regelungen die Grunddienstbarkeiten betreffend, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 358. Insgesamt bemängelt er – wie *Nußbaum* – die „Lebensferne“ der Regelungen, a. a. O. S. 360.

[132] Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 34.

dungsfall genannt wird – sei dagegen quasi völlig bedeutungslos.[133] Eine geringe Rolle spiele „in der Rechtswirklichkeit" auch der Nießbrauch an einem Vermögen,[134] wogegen sich im Gesetz nichts finde zum „Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft", obwohl dieser doch in § 22 Abs. 2 HGB ausdrücklich erwähnt werde.[135] Die Unvererblichkeit des Nießbrauchs werde den Erfordernissen der Praxis ebenfalls nicht gerecht.[136] Insgesamt stellt er den Regelungen des Nießbrauchs an Rechten das harsche Zeugnis aus, diese seien „besonders arg mißraten".[137]

Die Darstellung von *Nußbaums* Lamento ließe sich noch fortführen, und auch andere Autoren wie etwa *Kohler* und *Gierke* (namentlich zum Entwurf der 1. Kommission), die das BGB freilich noch weitergehend geprüft und größtenteils ohnehin abgelehnt haben, haben die Regelungen zum Nießbrauch ganz oder jedenfalls in Teilen kritisiert.[138] *Nußbaum* und auch den anderen Kritikern kann freilich in einigen Punkten durchaus zugestimmt werden, etwa im Hinblick auf Regelungssystematik und -inhalt. So erschöpfen sich die Aussagen über den auch für die Praxis höchst relevanten Nießbrauch an „Sondervermögen"[139] und insbesondere an einem Unternehmen und an einer Erbschaft, letztendlich in Verweisen auf die allgemeinen Regelungen zum Nießbrauch an Sachen und Rechten, was deren Besonderheiten aber nicht gerecht wird. Hier fehlen etwa Aussagen zur (notwendigen) Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers[140] und überhaupt zu speziellen Fragestellungen bei solchen Sondervermögen.[141] Dagegen ist etwa die Regelung zur Ersitzung des Nießbrauchs Gesetz geworden (§ 1033 BGB), obschon deren praktische Relevanz bereits durch die 1. Kommission in Frage gestellt wurde.[142] Was die Kritik an der grundsätzlichen Anwendung der Regelungen zum „Nießbrauch an Sachen" auf den Nießbrauch an einem Recht betrifft, die etwa von *Gierke* erhoben wurde,[143] so kann dem jedenfalls insoweit zugestimmt werden, als diese Konzeption geradezu diametral im Widerspruch steht zur ansonsten strikten Trennung von Sa-

---

133 Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 35.
134 Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 36.
135 Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 42.
136 Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 68 f.
137 Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 100. Er weißt zudem darauf hin, dass das Schweizer ZGB mit ganzen drei Paragraphen auskomme, um den Nießbrauch an Rechten adäquat zu regeln, a. a. O. S. 101.
138 Siehe dazu die Nachweise an den konkreten Stellen dieser Untersuchung.
139 Siehe zu diesem Begriff *Wieacker*, System des deutschen Vermögensrechts, S. 40 ff.
140 Dazu noch unten Kap. 5 D.
141 Dazu noch unten BT Kap. 2. *Gierke* kritisiert dieses „vollständige Schweigen" scharf und er bezweifelt, dass „ein Gesetzbuch seine Aufgabe erfüllt, wenn es solchen in den Pandektenlehrbüchern nicht behandelten Materien von erheblicher praktischer Wichtigkeit aus dem Wege geht", Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 363.
142 *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 90.
143 Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 360 f.

chen und Rechten im BGB. Diese Trennung gründet sich wiederum auf den engen Sachbegriff des § 90 BGB, der durch den für die Ausarbeitung der Vorlagen zum Sachenrecht insgesamt verantwortlichen Redaktor *Johow* zum Dogma erhoben worden war.[144]

Was *Nußbaums* eigenen Regelungsvorschlag zum Nießbrauch betrifft, so zeichnen sich die dortigen Vorschriften tatsächlich durch eine sprachliche und insgesamt inhaltliche Straffung aus. Einige inhaltliche Änderungen sind darüber hinaus wesentlich und betreffen das Grundverständnis des Nießbrauchs überhaupt. So sollte nach seiner Meinung die Übertragbarkeit und Vererbbarkeit des Nießbrauchs gerade die Regel sein, durch die Parteien aber ausgeschlossen werden können.[145] Dies entspricht freilich im Wesentlichen der noch im Entwurf der 1. Kommission enthaltenen Regelung (§ 1011 BGB-E I), wogegen sich aber insbesondere *Bähr* wegen des „familiären Gepräges“ und der „persönlichen Vertrauensstellung“ des Nießbrauchers gewandt hatte,[146] was die 2. Kommission schließlich offensichtlich beeindruckt hatte.

Diese ablehnenden Argumente können aber nicht überzeugen, insbesondere nicht bei häufigen Nießbrauchstypen wie dem Sicherungsnießbrauch, wo eine solche Prägung und eine besondere persönliche Beziehung zwischen Besteller und Nießbraucher in der Regel gerade fehlen werden.[147] Im Hinblick darauf wäre eine Ermöglichung der Übertragbarkeit verbunden mit der Option, diese mit dinglicher Wirkung auszuschließen, tatsächlich die vorzugswürdigere Lösung gewesen. Im Zusammenhang damit sollte das Recht nach *Nußbaum* auch nicht automatisch mit dem Tod des Nießbrauchers erlöschen, wobei der Nießbrauch insgesamt nur höchstens 50 Jahre bestehen sollte, um eine dauernde Trennung von Eigentum und Nutzungsrecht zu vermeiden.[148] Den Nießbrauch an Rechten ergänzt *Nußbaum* mit Regelungen zum Nießbrauch an Grundschulden, was er im Anschluss an seine Auswertung der Rechtsprechung für eine praktisch relevante Fallgruppe erachtet. Keine gesonderten Regelungen finden sich bei ihm dagegen zum Nießbrauch an einem Sondervermögen wie einem Unternehmen und einer Erbschaft. Für letztere Fallgruppe stellt *Nußbaum* fest, dass das BGB dahingehend alternative Gestaltungsmittel zur Verfügung stelle, wie die (beschränkte) Vorerbschaft, und dass es daher eines solchen Nießbrauchs nicht bedürfe.[149] Zum Unternehmensnießbrauch finden sich dagegen bei ihm keine weiteren Ausführungen.

---

[144] Dazu noch ausführlich unten Kap. 2 B. V. (S. 57 ff.).

[145] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 93.

[146] ArchBürgR 2 (1889), 149 f. Vgl. dazu auch Mugdan, Motive III, S. 525 und Protokolle III, S. 4097 ff.

[147] So auch *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 99.

[148] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 93, 100. Der Entwurf der 1. Kommission hatte für den Nießbrauch zugunsten juristischer Personen eine Höchstdauer von 100 Jahren festgesetzt, vgl. § 1014 Abs. 2 BGB-E I.

[149] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 104 f.

3. Systematische Stellung des „Nießbrauchs" im BGB und Abgrenzung

a. Stellung im Gesetz

Wie bereits eingangs erwähnt wurde, befindet sich der Nießbrauch an Rechten gesetzessystematisch im „Untertitel 2" des Titels 2 „Nießbrauch", der seinerseits ein Teil des Abschnitts 4 „Dienstbarkeiten" im 3. Buch des BGB („Sachenrecht") ist. Vor den Nießbrauchsvorschriften werden die Grunddienstbarkeiten abgehandelt, unmittelbar im Anschluss die zuletzt in diesem Abschnitt behandelten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Diese Reihenfolge findet sich schon in *Johows* Vorlage, wobei dieser den Dienstbarkeiten noch allgemeine Bestimmungen vorangestellt und die Nießbrauchsregelungen sowie die Normen zu den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in Abgrenzung zu den Grunddienstbarkeiten unter dem Titel der „Persönliche[n] Dienstbarkeiten" zusammengefasst hatte.[150]

Alle Dienstbarkeiten (Servituten[151]) sind inhaltlich oder persönlich-zeitlich beschränkte dingliche[152] Nutzungsrechte. Es sind – im Gegensatz insbesondere zum Vollrecht „Eigentum" – *beschränkte* dingliche Rechte. Einige dieser Rechte können dabei nicht nur an einer Sache, sondern können auch an einem Recht bestehen. Die Regelung der Dienstbarkeiten im BGB wurde nach dem Vorbild des römischen Rechts konzipiert. Von dort stammt auch die Unterscheidung in Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) und Personalservituten (Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), die zur Trennung von Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit in den §§ 1018 ff. bzw. §§ 1090 ff. BGB geführt hat.[153]

Im Folgenden soll der „Nießbrauch an Rechten" von anderen Rechtsinstituten abgegrenzt werden.

b. Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten

Der maßgebliche Unterschied zu den Grunddienstbarkeiten und zu den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als Belastungsformen ausschließlich für Immobilien besteht darin, dass ein Nießbrauch an Rechten in Bezug auf Grundstücke nicht möglich ist. Denn das Grundeigentum ist wie allgemein das Recht „Eigentum" kein Recht i. S. von § 1069 Abs. 1 BGB,[154] Abgrenzungsprobleme bestehen diesbezüglich also nicht. Der Unterschied zwischen einer Grund-

---

[150] Vgl. insoweit den Abdruck der Vorlage in *Schubert*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 54 ff.

[151] Siehe zum Begriff im römischen Recht *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 28; Staudinger/*Mayer*, Vorbem zu §§ 1018–1029 Rn. 17 („Dienstbarkeit" als Übersetzung des römisch-rechtlichen „servitus").

[152] Zu Besonderheiten beim Nießbrauch an einem obligatorischen Recht noch unten Kap. 5 F.

[153] MüKo-BGB/*Joost*, Vor § 1018 Rn. 1 f.; Staudinger/*Mayer*, Vorbem zu §§ 1018–1029 Rn. 17.

[154] Zum Nießbrauch am Recht „Eigentum" noch ausführlich Kap. 2 B. III. 2. (S. 50 f.).

dienstbarkeit und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und dem Nießbrauch an einem Grundstück als Nießbrauch i. S. von § 1030 Abs. 1 BGB liegt ferner auch darin, dass der Nießbrauch auf die Gesamtheit der Nutzungen gerichtet ist (vorbehaltlich des § 1030 Abs. 2 BGB), während erstere dagegen nur einzelne Gebrauchs- oder Fruchtziehungsrechte zum Inhalt haben.[155]

Abgrenzungsprobleme können sich insoweit – und allein im Hinblick auf den Nießbrauch an Sachen – allenfalls ergeben, wenn die Grenze des § 1030 Abs. 2 BGB überschritten und die Nutzung eines Grundstücks zu stark zuungunsten des Nießbrauchers eingeschränkt wird. Die Nießbrauchsbestellung wird dann als Bestellung einer Grunddienstbarkeiten oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auszulegen sein. Enstprechend gilt dies für das dingliche Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB als Sonderfall einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Dies gilt freilich auch in umgekehrter Hinsicht, wenn sich das Wohnungsrecht etwa auf das ganze Gebäude beziehen soll. In einem solchen Fall kann die Auslegung ergeben, dass eher eine Nießbrauchsbestellung gewollt war.[156] Wie der Nießbrauch ist auch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als höchstpersönliches Recht konzipiert.[157] Es ist daher (unter Verweis auf die insoweit für den Nießbrauch geltenden Vorschriften) ebenso unvererblich und – grundsätzlich[158] – unübertragbar, §§ 1090 Abs. 2, 1092 BGB. Überlassen werden kann aber die Ausübung der persönlichen Dienstbarkeit, vgl. § 1093 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies ist beim Nießbrauch gem. § 1059 S. 2 BGB ebenfalls möglich. Wie der Nießbrauch erlischt es ebenso (spätestens) mit dem Tod des Berechtigten, §§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB.

c. Pfandrecht an Rechten; Nutzungspfand

Das neben dem Nießbrauch einzige weitere im BGB (ausdrücklich) geregelte „Recht an einem Recht“[159] ist das Pfandrecht an Rechten gem. §§ 1273 ff. BGB. Die Regelungssystematik ist der des Nießbrauchs vergleichbar. Auch beim Pfandrecht wird zunächst das Pfandrecht „an Sachen“ geregelt – wobei ein solches Recht nur an Mobilien bestellt werden kann –, danach dann das „Pfandrecht an Rechten“. Hauptunterschied zwischen Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten ist, dass beim Nießbrauch dem Inhaber Nutzungsbefugnisse am Rechtsgegenstand zugewiesen werden,[160] während durch das Pfandrecht an einem Recht dem Inhaber allein Verwertungsbefugnisse zuge-

[155] Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 4.
[156] Staudinger/*Mayer*, § 1093 Rn. 5.
[157] MüKo-BGB/*Joost*, Vor § 1018 Rn. 5.
[158] Ebenfalls anwendbar ist daher § 1059a BGB, bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften kann eine Übertragung somit möglich sein. Dazu noch unten BT Kap. 1 D.
[159] Zur hier vertretenden Ansicht, dass im Ergebnis alle Rechte an Sachen Rechte an Rechten sind, noch ausführlich unten Kap. 2 C.
[160] Dazu umfassend unten Kap. 3.

wiesen sind.[161] *Heck* spricht beim Pfandrecht an Rechten daher anschaulich von „Sicherungsteilung", im Gegensatz zur „Nutzteilung" beim Nießbrauch.[162]

Aufgrund des Pfandrechts an einem Recht ist der Pfandgläubiger berechtigt, die Befugnisse des Verpfänders und Rechtsinhabers in Bezug auf die Verwertung des verpfändeten Rechts an dessen Stelle auszuüben. Ziel wird dabei vor allem die Sicherung seiner Forderung sein.[163] Im Hinblick auf diese Sicherungsfunktion sind Abgrenzungsprobleme denkbar zum Sicherungsnießbrauch. Dahingehend besteht aber insoweit wiederum keine Konkurrenzsituation, weil durch diesen Nießbrauchstyp in der Regel eine bereits auf schuldrechtlicher Grundlage gewährte Nutzung einer Sache/eines Rechts *zusätzlich* durch die Bestellung eines Nießbrauchs an dem betreffenden Gegenstand abgesichert werden soll.[164] Eine solche Nutzungsvereinbarung dürfte im Kontext der Bestellung eines Pfandrechts dagegen kaum existieren. Ein Nutzungspfand kann auch an einem Recht bestehen, vgl. § 1273 Abs. 2 S. 1 BGB. Nicht anwendbar ist dann jedoch § 1213 Abs. 2, vgl. § 1273 Abs. 2 S. 2 BGB, denn dort geht es um fruchttragende Sachen, die dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben werden. Für ein Pfandrecht an Rechten ist dagegen insoweit kein entsprechendes Bedürfnis vorhanden.

Abgrenzungsfragen könnten sich hingegen in Bezug auf das Nutzungspfand stellen. Im Bereich des Pfandrechts kommt den diesbezüglichen §§ 1213, 1214 BGB eine tatsächlich singuläre Stellung zu. Denn mit der Regelung eines solchen Nutzungspfands wird das bereits angesprochene allgemeine Verständnis des Pfandrechts als Kreditsicherungsmittel gerade durchbrochen. Dies wird aber dadurch relativiert, dass beim Nutzungspfand die Nutzungsfunktion nicht an die Stelle der Sicherungsfunktion tritt, letztere wird vielmehr entsprechend erweitert bzw. ergänzt.[165] Unbeschadet dessen soll ein solches Recht auch stillschweigend bestellt werden können.[166]

Das Nutzungspfand des BGB geht auf die römisch-rechtliche antíchresis zurück.[167] Verwendung fand in der älteren Literatur daher auch der Begriff „antichretisches Pfandrecht".[168] Im römischen Recht wurde zumeist vereinbart, dass der Gläubiger den Wert der Früchte zunächst auf die Zinsen und anschließend auf die Hauptforderung anzurechnen und dem Verpfänder den Überschuss herauszugeben hatte.[169] Durch die Bestellung eines Nutzungspfands

---

[161] *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 134.
[162] Grundriß des Sachenrechts, § 121 f. (S. 477 f.).
[163] MüKo-BGB/*Damrau*, § 1273 Rn. 1.
[164] Zum Sicherungsnießbrauch umfassend unten Kap. 5 C.
[165] Planck/*Brodmann*, § 1213 Ziff. 1 (S. 1180).
[166] BGH NJW 1994, 3287.
[167] Dazu schon oben I. 5. (S. 21).
[168] Vgl. etwa Mugdan, Motive III, S. 628; *Goldmann*, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 57 (1913), 617.
[169] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 32.

konnte der Schuldner also (zunächst) seiner Verpflichtung zur Zinszahlung nachkommen, darüber hinaus kam es zum „Abschmelzen“ der Hauptverbindlichkeit.

Berührungspunkte zwischen Nutzungspfand und Nießbrauch gibt es insoweit, als nach Inkrafttreten des BGB der Sicherungsnießbrauch als Alternative zur Antichrese diskutiert wurde.[170] Denn weil an Grundstücken ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann[171] bot der Nießbrauch insoweit einen Ausweg, wenn man die Nutzung des Grundstücks mit der Sicherungsfunktion verbinden wollte. Dies galt vor allem im vormaligen Geltungsbereich des ALR, denn dort hatte es ein solches Recht gegeben.[172] Durch den Sicherungsnießbrauch ist zwar nicht wie beim Pfandrecht bei Eintritt des Sicherungsfalls der unmittelbare vollstreckungsrechtliche Zugriff auf das belastete Grundstück möglich (denn genau dies gehört eben nicht zum [dinglichen] Inhalt eines Nießbrauchsrechts). Bei beiden Rechtsinstituten wird aber jedenfalls erreicht, dass (Voraus-)Verfügungen des Schuldners etwa über Mietzinsen gegenüber diesen dinglichen Rechten unwirksam sind.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass Nutzungspfand und Sicherungsnießbrauch (jeweils an einem Recht) aber ohne weiteres von einander abgegrenzt werden können. So wird die jeweilige Ausgangssituation schon verschieden sein, denn entweder wollen die Parteien ein Pfandrecht bestellen, das – ausnahmsweise – um eine Nutzungsfunktion erweitert werden soll, oder es geht um die typische Situation des Sicherungsnießbrauchs mit dem Bedürfnis des Gläubigers, eine bereits bestehende schuldrechtliche Nutzungsvereinbarung in Bezug auf ein Recht, etwa eines Immaterialgüterrechts, dinglich abzusichern.

d. Erbbaurecht

Nach § 1 Abs. 1 ErbbauRG kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Möglich ist die Beschränkung des Rechts auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG), sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt. Dagegen ist eine Beschränkung auf einen Gebäudeteil unzulässig. Zum Nießbrauch an Rechten ist

---

[170] Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 63; *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, spricht vom Sicherungsnießbrauch als „in gewisser Weise eine(r) Nachbildung der Antichrese“, a. a. O. S. 106.

[171] Die Zulassung eines Nutzpfands an Grundstücken wurde durch die 1. Kommission etwa mit der Begründung abgelehnt, es handele sich um ein „abgestorbenes Rechtsinstitut“, vgl. Mugdan, Motive III, S, 631.

[172] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 79. Zur Antichrese im ALR umfassend *ders.*, a. a. O. S. 106 f. Für ein praktisches Bedürfnis eines Nutzpfandes an Grundstücken auch schon frühzeitig *Goldmann*, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 57 (1913), 617.

eine Abgrenzung also bereits deshalb leicht möglich, da mit einem Erbbaurecht ausschließlich Grundstücke – also das Eigentum an Grundstücken – belastet werden können und keine sonstigen Rechte. Wie sich ebenfalls schon aus dem Gesetz ergibt, ist das Erbbaurecht zudem veräußerlich und vererblich, unterscheidet sich also auch in einem weiteren wichtigen Charakterzug vom Nießbrauch. Ein Erbbaurecht kann also als Alternative zu einem Nießbrauch allein im Hinblick zu einer Nießbrauchsbestellung am Grundstückseigentum in Frage kommen. Für den Nießbraucher wird dabei der Vorteil darin bestehen, dass der Nießbrauch eine umfassendere Nutzung des Grundstücks ermöglicht als ein Erbbaurecht. Das Erbbaurecht selbst kann als ein „Recht" mit einem Nießbrauch belastet werden. Obwohl das Erbbaurecht aber ein nießbrauchsfähiges Recht i. S. von §§ 1068, 1069 BGB ist – es gewährt Nutzungen und ist übertragbar[173] –, sind insoweit gem. § 11 ErbbauRG die Vorschriften zum Nießbrauch an Sachen anwendbar.[174]

e. Rechtspacht

Die Abgrenzung des Nießbrauchs an Rechten zur Rechtspacht als Unterfall der Pacht i. S. von § 581 Abs. 1 BGB ist insoweit unproblematisch, als es sich dabei um eine rein schuldrechtliche Vereinbarung zwischen Rechteinhaber (Verpächter) und Pächter handelt. Es kommt nicht zur dinglichen Belastung eines Rechts. In einer solchen Konstellation ist eher denkbar, dass ein Nießbrauch am Recht *zusätzlich* zum Pachtvertrag bestellt wird, wenn ein besonderes Sicherungsbedürfnis des Pächters zur dauerhaften Nutzung des betreffenden Rechts besteht. Der Sicherungsnießbrauch vermag jedoch an der schuldrechtlichen Rechtsnatur des Pachtvertrages selbst nichts zu ändern.[175] Eine solche Konstellation kann wiederum vor allem bei Verträgen über die Nutzung von Rechten geistigen Eigentums vorkommen. Derartige Lizenzverträge werden in der Regel auch als der Rechtspacht jedenfalls angenähert angesehen. Insoweit kann sich zudem dann die Frage zur Abgrenzung zu einer Nießbrauchsbestellung stellen, wenn auf der Grundlage des Lizenzvertrags dem Lizenznehmer eine sog. absolute Lizenz eingeräumt wird. Denn ein solches Nutzungsrecht wird ganz überwiegend als dingliches Recht angesehen. Konfliktsituationen zum Nießbrauch an Rechten sind dahingehend aber kaum denkbar, weil für die Lizenzierung solcher Rechte spezialgesetzliche Regelungen (vgl. etwa § 15 PatG, § 30 MarkenG, §§ 31 ff. UrhG) und zudem eine umfassende Rechtsprechung sowie ausführliche Stellungnahmen in der Literatur zu Besonderheiten des Lizenzvertrags existieren.[176] Die Bedeutung des Nießbrauchs liegt in die-

[173] Zur Nießbrauchsfähigkeit von Rechten noch unten Kap. 3 F.

[174] Staudinger/*Frank*, § 1069 Rn. 10.

[175] Dazu ausführlich unten BT Kap. 3 C., auch zur Kombination von Lizenzierung und (Sicherungs-)Nießbrauch.

[176] Ausführlicher dazu noch unten BT Kap. 3 C.

sem Kontext – wie bereits angedeutet – eher in der Ergänzung der lizenzvertraglichen Gestaltung, die damit nicht verdrängt werden soll.

f. Vorerbenstellung

Vor allem der Vermächtnisnießbrauch als Nießbrauch etwa an einer Erbschaft gem. § 1089 BGB kann große Ähnlichkeiten aufweisen mit der Vorerbschaft und soll bei näherer Ausgestaltung sogar „fast deckungsgleich“ damit sein.[177] Bei Abgrenzungsschwierigkeiten sind für die Abgrenzung die Absichten und das Interesse des Erblassers relevant. Die Notwendigkeit einer Abgrenzung kann sich dabei gerade unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ergeben. Denn insoweit kann der Nießbrauch attraktiver sein, weil es dann nur einen einzigen Erbfall gibt, bei dem der Nachlass auf mehrere Personen – den Erben und den (oder die) Nießbraucher – aufzuteilen ist, was zu mehrfachen Freibeträgen und zu günstigeren Steuersätzen führen kann. Demgegenüber gilt der Vorerbe als Vollerbe (§ 6 Abs. 1 ErbStG), ohne dass die für ihn in der Nacherbschaft liegende Beschränkung steuerlich berücksichtigt wird; der Nacherbe hat den Erwerb als vom Vorerben stammend zu versteuern.[178] Zumindest bei größeren Nachlässen, bei denen sich die steuerlichen Unterschiede stark auswirken würden, soll daher davon auszugehen sein, dass der Erblasser im Zweifel ein Nießbrauchsvermächtnis gewollt hat.[179]

Ein weiteres Indiz für eine Abgrenzung wird sein, ob der Erblasser den Erben mit einem entsprechenden Nachlass zur Bestellung eines Nießbrauchs tatsächlich beschweren wollte (dann Vermächtnisnießbrauch), oder ob der Erblasser dem Empfänger sofort und unmittelbar die Stellung eines dinglichen Vermögensinhabers verschaffen wollte (dann Vorerbenstellung).[180] Denn der Vorerbe wird Eigentümer der zum Nachlass gehörenden Gegenstände und Inhaber der sonstigen Rechte, der Nießbraucher nicht. Wird der Bedachte dagegen zugleich zum Testamentsvollstrecker bestellt und entsteht so eine Form des Dispositionsnießbrauchs,[181] ist die Stellung des Nießbrauchers von der des befreiten Vorerben faktisch nicht zu unterscheiden, denn dann erwirbt der Nießbraucher unmittelbar mit dem Erbfall eine dinglich gesicherte Rechtsstellung.[182]

---

[177] Hausmann/Hohloch/*Avenarius*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 13 Rn. 22; MüKo-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rn. 12; *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 72 („meist im Bewußtsein … des Erblassers ganz dasselbe“). Zum Vermächtnisnießbrauch noch unten BT Kap. 1 A. II. 2. a. (S. 241 ff.).

[178] MüKo-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rn. 13.

[179] MüKo-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rn. 13: „in der Regel Nießbrauchsvermächtnis“, unter Hinweis auf BayObLG NJW 1960, 1765; ebenso Palandt/*Weidlich*, § 2100 Rn. 6.

[180] Hausmann/Hohloch/*Avenarius*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 13 Rn. 23.

[181] Dazu noch unten Kap. 5 D.

[182] Hausmann/Hohloch/*Avenarius*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 13 Rn. 24, *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 72 f.

Zusammenfassung Kapitel 1

Wie in diesem einleitenden Kapitel im Überblick dargestellt wurde, lässt sich die Genealogie des Nießbrauchs an Rechten unproblematisch nachverfolgen. Ausgangspunkt ist im römischen Rechts das rein auf Praktikabilitätserwägungen beruhende und ca. 2000 Jahre alte senatusconsultum, durch das über die Zulässigkeit eines Nießbrauchs am Vermögen auch ein Nießbrauch an Rechten geschaffen wurde. Ansonsten schweigen sich die Quellen über diesen Nießbrauchstyp weitgehend aus, was vermuten lässt, dass ein solcher Nießbrauch außerhalb der Situation beim Vermögen – sowie bei Sondervermögen wie einer Erbschaft –, keine größere Bedeutung gehabt haben dürfte.

Unbeschadet dessen hat schon *Johow* bei seinen Vorarbeiten zum BGB den Nießbrauch an Rechten ganz selbstverständlich in den Regelungskomplex der beschränkten dinglichen Rechte aufgenommen, wobei er sich insoweit auch auf zeitgemäßere Vorbilder wie etwa das ALR berufen konnte. Was dabei auffällt und was insoweit als eine Art Geburtsfehler der heutigen gesetzlichen Regelung bezeichnet werden kann, ist die Tatsache, dass, ausgehend von *Johow*s Vorlage, der Nießbrauch an einem Vermögen/Sondervermögen im Gesetz nur als eine Teilproblematik behandelt wird. Die eigentliche Regelung beschränkt sich – mit wenigen Ausnahmen – im Ergebnis auf Verweise zu den allgemeinen Regelungen des Nießbrauchs an Rechten. Der römisch-rechtliche Regelfall eines Nießbrauchs an Rechten und dessen Ausgangspunkt überhaupt wird so im BGB letztendlich zu einer Randerscheinung degradiert, weil eben die Verweisungstechnik nur sehr eingeschränkt geeignet ist, um die diesbezüglichen Besonderheiten befriedigend lösen zu können. Unbefriedigend ist zudem, dass wichtige Regelungen gänzlich fehlen, etwa zum Nießbrauch an einem Unternehmen.[183]

[183] Zur Problematik des Nießbrauchs an einem Vermögen, einer Erbschaft und an einem Unternehmen noch unten BT Kap. 2.

Kapitel 2

Dogmatische Grundlagen der „Rechte an Rechten“

A. Einleitung

Auch wenn *Johow* also einen Nießbrauch an Rechten ohne weiteres anerkannte, ist allein sein Verweis auf das römisch-rechtliche Vorbild nicht geeignet die Frage zu beantworten, wie sich ein solches Recht dogmatisch begründen lässt. Dies gilt für das Phänomen von „Rechten an Rechten“ ganz allgemein.

Kapitel 2 geht dieser Frage nach. Es wird daher zusammen mit Kapitel 3 den zentralen Teil des *Allgemeinen Teils* dieser Untersuchung bilden. In diesen Kapiteln sollen die Grundlagen erarbeitet werden für die weitere detaillierte Darstellung des Nießbrauchs an Rechten als einer Fallgruppe von Rechten an Rechten. Grundlegend ist dieses Kapitel deshalb, weil in ihm zunächst die für das dogmatische Verständnis des Phänomens von Rechten an Rechten relevanten Begriffe geklärt werden müssen, um – schon allein sprachlich – einen Definitions- und somit Verständigungsbereich abzustecken.

Ausgegangen wird dabei vom Begriff *Gegenstand*. Dieser kann aufgrund der Vielzahl gerade auch von höchst prominenter Seite vorgenommener Definitionsversuche[1] durchaus als schillernd bezeichnet werden. Seine Bedeutung liegt darin, dass er zumeist als Ausgangspunkt – als Grundbegriff – angenommen wird, unter den sich insbesondere Sachen und Rechte fassen lassen, also die beiden Phänomene, „an“ denen nach Ansicht des Gesetzgebers ein Nießbrauch bestellt werden kann. Im Zusammenhang damit wird auch auf diese beiden Begriffe eingegangen (zum Teil in Kapitel 3), was angesichts des Gegenstands dieser Untersuchung keiner weiteren Erläuterung bedarf. Aufbauend darauf soll das Phänomen der Rechte an Rechten erklärt werden. Dies gilt weitergehend auch bezogen auf die Rechtsnatur einer solchen Belastungsform (in Kapitel 3). Dabei wird auch die Frage zu beantworten sein, ob ein *dingliches* Recht – als solches wird das Nießbrauchsrecht in der Regel angesehen – an einem *nicht*-dinglichen Recht – wie einer Forderung – überhaupt möglich ist oder ob es insoweit zu Korrekturen kommen muss.

Um es gleich vorwegzunehmen: Ein wesentliches Ergebnis dieses Teils der Untersuchung besteht darin, dass nicht nur Rechte an Rechten selbstverständ-

---

[1] Vgl. etwa die im Folgenden noch näher darzustellenden Beiträge von *Sohm*, Der Gegenstand, 1905; *Binder,* ZHR 59 (1907), 1; *Hedemann*, ArchBürgR 31 (1908), 322.

lich möglich sind. Vielmehr können Rechte *ausschließlich an anderen Rechten bestellt werden* und in keinem Fall an anderen Gegenständen und insbesondere nicht an Sachen. Daher kann entgegen einer weit verbreiteten und daher als herrschend zu bezeichnenden Ansicht die „Belastung“ eines Gegenstands zwar als eine wie auch immer verstandene „Abspaltung“ und Verselbständigung eines Teils eines Rechts angesehen werden, nicht jedoch als eine Teil*übertragung* des Rechts. Nachgewiesen werden soll insoweit, dass vielmehr der Gedanke der *Vergemeinschaftung* des Rechts durch eine *Zugangseröffnung* zugunsten des Berechtigten (Nießbrauchers) im Hinblick auf bestimmte, den Inhalt des Rechts ausmachende Befugnisse des Inhabers, besser geeignet ist, das Phänomen der Rechte an Rechten und somit auch des Nießbrauchs an Rechten umfassend zu erklären.

B. Der Begriff „Gegenstand“

I. „Gegenstand“, „Sache“ und „Recht“ im BGB

Der Begriff „Sache“ im Sinne des BGB wird gemeinhin wie der Begriff „Recht“ als eine Teilmenge[2] des weitergehenden Begriffs „Gegenstand“ verstanden.[3] In den Motiven wird die Verwendung des Begriffs Gegenstand allein damit begründet, dass auf diese Weise „einer doppelsinnigen Auslegung des Wortes ‚Sache‘“ vorgebeugt werden könne, also die Formulierung „körperlicher Gegenstand“ möglich sei und nicht die Formulierung „körperliche Sache“ gewählt werden müsse.[4] Was ein Gegenstand in diesem Sinne ist, wird im BGB freilich nicht definiert. Dies leuchtet insofern auch ein, als eine solche Definition die Existenz eines Begriffs auf einer (noch) abstrakteren Definitionsebene voraussetzt, um einen Zirkelschluss zu vermeiden. Denn ansonsten bestünde das Problem, den zu definierenden Begriff mit sich selbst definieren zu müssen. Da der Begriff Gegenstand aber bereits die insoweit höchste Abstraktionsebene darstellt, stößt eine weitere Definition an sprachliche und logische Grenzen. Der „Gegenstand“ kennt daher – nach dem dargestellten Verständnis – nur noch

---

[2] So plastisch *Wacke*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 28.

[3] Dafür lässt sich etwa auch § 216 BGB anführen, der von einem mit einer Hypothek, Schiffshypothek oder einem Pfandrecht „belasteten Gegenstand“ spricht. Nach der Konzeption des BGB können auf diese Weise aber nur Sachen (durch Hypothek, Schiffshypothek, Pfandrecht) oder eben Rechte (durch Pfandrecht) belastet werden. Diese Zweiteilung – die aber noch um die „sonstigen Gegenstände“ erweitert werden wird (dazu noch unten II.) gilt auch, obwohl strenggenommen Tiere separat erfasst werden müssten, da diese eben gem. § 90a S. 1 BGB keine Sachen sind (und auch keine Rechte oder „sonstigen Gegenstände“). Wegen § 90a S. 3 BGB – durch den die Einschränkung des Sachbegriffs sogleich wieder aufgehoben wird (so *Becker*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 53) – kann auf eine entsprechende Kategorisierung aber verzichtet werden.

[4] Mugdan, Motive III, S. 33.

unter ihm stehende, konkretere Begriffe, die durch eine Bezugnahme auf diesen Oberbegriff definiert werden können.

Der Begriff „Gegenstand“ findet sich an zahlreichen Stellen des BGB, so in den §§ 93, 135, 185, 260 Abs. 1, 285, 302, 346 Abs. 2, 463, 529 Abs. 1, 581 Abs. 1, 816 Abs. 1, 1044 und – natürlich – 1068 Abs. 1. Zutreffend ist daher die Ansicht, dass dieser Begriff wie auch das synonyme „Rechtsobjekt“ einschränkend nur für das verwendet werden kann, was Teil des Vermögens eines Rechtssubjekts sein kann (dazu sogleich).

Zu unterscheiden ist dieses Verständnis des Begriffs Gegenstand aber von abweichenden Verwendungen im BGB. So wird etwa in den §§ 485 Abs. 3, 506 Abs. 3, 510 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 611 Abs. 2 und 631 Abs. 2 eine Formulierung wie „zum Gegenstand hat/haben“ oder „Gegenstand … kann sein“ gewählt, was als alternative Formulierungsform für „zum Inhalt hat/haben“ zu verstehen ist,[5] und nicht weitergehend im Sinne einer Definition verstanden werden darf. Insoweit kommt es zu Berührungen mit der Alltagssprache, in der „Gegenstand“ insgesamt weitergehend verstanden wird, etwa synonym mit Begriffen wie „Ding“, „Objekt“, „Sache“ (eben weiter verstanden als i. S. von § 90 BGB) oder auch „Thema“,[6] „Angelegenheit“.[7]

Von „Gegenstand“ ist ferner auch außerhalb des BGB die Rede, so im Zivilprozessrecht mit dem maßgeblichen Begriff des Streitgegenstands und in den Vorschriften zur Einzelzwangsvollstreckung wie beispielsweise bei § 803 Abs. 2 und § 806 ZPO. Auch die Insolvenzordnung verwendet den Begriff verschiedentlich, etwa bei den unpfändbaren Gegenständen gem. § 36 Abs. 1 und beim Aussonderungsrecht gem. § 47 S. 1 InsO. Im Kontext der Immaterialgüterrechte ist ferner vom „Gegenstand des Patents“ die Rede,[8] so in der für das Patentrecht zentralen Vorschrift des § 9 PatG, dort in Satz 2. Ausweislich des Wortlauts kann „Gegenstand“ in diesem Sinne entweder „ein Erzeugnis“ (§ 9 S. 2 Nr. 1 PatG) oder „ein Verfahren“ (§ 9 S. 2 Nr. 2 PatG) sein, was somit für diese Formulierung bedeutet, dass „Gegenstand“ hier die Art der Erfindung selbst meint, für die letztendlich das Patent erteilt wurde (als Erzeugnis- oder Verfahrenspatent).

Bei einer historisch ausgerichteten Suche außerhalb der juristischen Welt stößt man im *Grimmschen* Wörterbuch unter „Gegenstand“ zunächst auf Er-

---

[5] *Becker*, Die „res“ bei Gaius, setzt diese über das juristische hinausgehende Verwendung mit dem Beschreiben eines „Anliegens“ gleich, a. a. O. S. 5. und *ders.*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 66.

[6] Brockhaus-Enzyklopaedie, Stichwort „Gegenstand“; *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 17 ff.

[7] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 Rn. 3, unter Verweis auf die Verwendung in § 32 Abs. 1 BGB.

[8] Diese Formulierung findet sich zudem in § 11 GebrMG (entsprechend als „Gegenstand des Gebrauchsmusters“) und – international – etwa in Art. 28 Abs. 1 TRIPS (im Englischen entsprechend als „the subject matter of a patent“ bezeichnet).

läuterungen, die nicht auf Anhieb einleuchten wollen. Denn dort ist von „gegnerisch“, „sich entgegenstellen“ die Rede. Seit dem 16. Jhd. soll entsprechend die Bedeutung „Widerstand leisten“ bekannt sein.[9] Einen Sinn ergibt dieses Wortverständnis jedoch dann, wenn man den schon erwähnten Begriff „Rechtsobjekt“ betrachtet. Denn abweichend von der oben beschriebenen Systematisierung mit der Einteilung von Gegenständen in – zunächst – Güter (wozu die Sachen i. S. von § 90 BGB wohl zu zählen sind[10]) und Rechte, kann eine solche Einteilung auch abweichend und beginnend mit den Begriffen der „Rechtssubjekte“ und „Rechtsobjekte“ vorgenommen werden. Dies entspricht schon der diesbezüglichen Unterscheidung von res corporalis und res incorporalis bei *Gaius* (dazu schon oben Kap. 1 C. I. 1.), die *Justinian* auch in seine Institutionen (vgl. Inst. 2.2) und in die Digesten (vgl. Dig. 1.8.1.1) übernahm.[11]

Dabei muss der Begriff Rechtsobjekt in diesem Zusammenhang als Synonym für Gegenstand verstanden werden,[12] denn das BGB kennt ausschließlich Rechtssubjekte (§§ 1 ff. BGB) und Rechtsobjekte (vgl. § 90 BGB), eine weitere Kategorie gibt es nicht.[13] Zurückgehend auf die römisch-rechtliche Unterscheidung von persona und res,[14] ist das „Rechtsobjekt“ dabei das dem „Rechtssubjekt“ – also allen natürlichen und juristischen Personen innerhalb der Rechtsordnung[15] – *Gegenüberstehende*.[16] (Rechts-)Subjekt und -objekt sind also quasi „Gegner“ im oben beschriebenen historischen Verständnis des *Grimmschen* Wörterbuchs. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der Ansicht, dass es sich mit der Gegenüberstellung von Person (Subjekt) und Gegenstand (Objekt) um ein zentrales Strukturelement des Bürgerlichen Gesetzbuchs handelt.[17] Für die Eigenschaft als *Rechts*gegenstand notwendig ist aber darüber hinaus, dass zwischen Subjekt und Gegenstand eine nach außen sichtbare spezielle Relation herrscht, dass also der betreffende Gegenstand nur von dem einen Rechtssubjekt „beherrscht“ wird.[18] Nur dieses Rechtssubjekt entscheidet über den Zu-

---

[9] Bd. 5, Sp. 2263 bis 2269, abrufbar unter: http://woerterbuchnetz.de/DWB/?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GG04493 (09.04.2015).

[10] Dazu noch unten V.

[11] *Becker*, Die „res“ bei Gaius, S. 49; *Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB, S. 33.

[12] *Wacke*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 27. Gegen ein Verständnis von „res“ im römischen Recht als Rechtsobjekt, sondern vielmehr als „Vermögensbestandteil“ aber *Exner*, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 19, unter Hinweis insbesondere auf *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 42 (S. 107 ff.).

[13] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 60: „Tertium non datur“. Für Rechtsobjekte gibt es abweichende Bezeichnungen, siehe dazu die folgenden Ausführungen.

[14] *Wacke*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 27.

[15] Vertiefend zum Personenrecht des BGB *Wolf/Neuner*, BGB AT, §§ 11 bis 18.

[16] *Wacke*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 30.

[17] Siehe *Becker*, Die „res“ bei Gaius, S. 3.

[18] Dagegen lässt sich auch nicht die Existenz von Bruchteilseigentum anführen, denn Gegenstand im hier diskutierten Sinne ist eben der betreffende Bruchteil am Eigentum an einer Sache und ist nicht die Sache selbst als reines Bezugsobjekt.

gang zum Gegenstand.[19] Die Gesamtheit dieser von einem Rechtssubjekt beherrschten Gegenstände bildet dessen Vermögen.[20] Wegen der in diesem Zusammenhang synonymen Verwendung der Begriffe „Gegenstand“ und „Rechtsobjekt“ bedarf es freilich keiner anderen als der hier dargestellten Einteilung von Sachen und Rechten unter diesen Oberbegriff. Die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts richtet sich nach den bereits dargestellten und noch näher darzustellenden Grundsätzen.[21]

Insgesamt zeigt die Verwendung des Begriffs „Gegenstand“ im BGB und überhaupt in den privatrechtlichen Vorschriften, dass diese nicht einheitlich und somit im Ergebnis nicht widerspruchsfrei ist.[22] Sie ist vielmehr zum Teil sogar unsauber, womit quasi von vornherein der Versuch zum Scheitern verurteilt ist, eine allgemeingültige Definition zu finden. So ist etwa in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB davon die Rede, dass „ein Nichtberechtigter *über einen Gegenstand* eine Verfügung“ trifft (Hervorh. nur hier), womit es zur Gleichsetzung von „Gegenstand“ und „Recht“ kommt. Denn verfügt werden kann nur über Rechte (und Rechtsverhältnisse[23]) und somit entweder über das Eigentum an einer Sache[24] oder über sonstige übertragbare Rechte.[25] In § 818 Abs. 1 BGB wird dagegen beim Umfang des Bereicherungsanspruch unter anderem danach unterschieden, „was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt“. Hier kann Gegenstand nur das körperliche „Ding“ meinen, also „Sache“ bedeuten, weil jedenfalls die Beeinträchtigungsformen „Zerstörung“ und „Beschädigung“ nur bei körperlichen Gegenständen und nicht bei Rechten denkbar sind. Warum der Gesetzgeber hier den Oberbegriff „Gegenstand“ verwendet und nicht die jeweils gemeinten konkreten Begriffe „Recht“ respektive „Sache“, ist unklar.[26] In § 818 Abs. 2 BGB wird dann wiederum auf

---

[19] Dahingehend auch *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 29. Zum Rechtssubjekt und zur Rechtsmacht als autonome Macht, über den Zugang zu einem Gut zu entscheiden, vgl. auch unten C.

[20] Zum Nießbrauch am Vermögen und zum diesbezüglich relevanten Vermögensbegriff vgl. noch unten BT Kap. 2 A.

[21] Vgl. dazu etwa unten Kap. 3 F. und BT Kap. 2 bis 5.

[22] Dies schon klarstellend *Binder*, ZHR 59 (1907), 1, 78.

[23] So ausdrücklich *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 6. Zum Gesellschaftsanteil als Rechtsverhältnis in diesem Sinne siehe noch unten BT Kap. 5 B. I.

[24] Wie hier *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 69 II 1 b) (S. 181) („Eigentumsübergang“); Staudinger/*Lorenz*, § 816 Rn. 8; *Haedicke*, JuS 2001, 966, 967, letzterer auch weitergehend zum nicht immer einheitlichen Verständnis des Begriffs „Verfügung“ im BGB. Unsauber ist es daher, wenn von „Verfügungen über Sachen“ gesprochen wird, wie beispielsweise von Beck'scherOK-BGB/*Wendehorst*, § 816 Rn. 4; MüKo-BGB/*Schwab*, § 816 Rn. 9.

[25] Für Forderungsrechte gilt dies in diesem Zusammenhang aber nur insoweit, als ein gutgläubiger Erwerb ausnahmsweise möglich ist, da es ansonsten an der Wirksamkeit der Verfügung dem Berechtigten gegenüber fehlt, vgl. MüKo-BGB/*Schwab*, § 816 Rn. 9.

[26] Eine einfache Erklärung wäre freilich, dass die Redaktoren der Vorentwürfe jeweils

eine Unterscheidung verzichtet und es taucht mit dem „Erlangten“ ein weiterer Begriff auf, der wiederum als Oberbegriff für „Recht“ und Sache“ verstanden werden kann, wobei im Ergebnis und in Abgrenzung zu § 818 Abs. 1 BGB, wo es explizit auf den konkret erlangten Gegenstand ankommt,[27] insoweit doch eher „Vermögensvorteil“ gemeint ist. Dieser Begriff passt in diesem bereicherungsrechtlichen Kontext auch besser, als die vorhergehenden Formulierungen und insbesondere der Begriff Gegenstand, denn das Bereicherungsrecht soll umfassend unberechtigte Vermögensverschiebungen rückgängig machen.

Dagegen ist in § 119 Abs. 2 BGB allein von „Person oder der Sache“ die Rede. Ein zur Anfechtung berechtigender Eigenschaftsirrtum ist jedoch auch bei Rechten denkbar, so dass an dieser Stelle statt von Sache zu sprechen der allgemeinere Begriff Gegenstand vorzugswürdig gewesen wäre.[28] Die Motive zu dieser Vorschrift sprechen auch ausschließlich von „Person oder Gegenstand“,[29] was aus dem erwähnten Grund auch besser passt. Es handelt sich dabei also nicht mehr als um ein Formulierungsdefizit des Gesetzgebers, denn gemeint ist allein„Gegenstand“.

Diese begrifflichen Unschärfen erinnern an die vielgestaltige Verwendung des Begriffs „res“ im römischen Recht, mit der Bedeutung eher von „Ding“, um so auch unkörperliche Phänomene erfassen zu können.[30] Zudem taucht der Begriff etwa im Zusammenhang mit Dienstverrichtungen in öffentlichen Angelegenheiten auf (res publica), er kann ferner das Anspruchsziel bei der Prozessführung sowie die Erbmasse bezeichnen.[31]

Möglich sind daher allenfalls Annäherungen an das tatsächlich Gemeinte, mit dem jeweiligen Wort Bezeichnete, was im Ergebnis aber nicht wirklich zu einer allseits zufriedenstellenden und allgemeingültigen Definition führen kann. Der Wert dieser hier dargestellten Diskussion – vor allem im Hinblick für die in dieser Abhandlung auch zu untersuchenden Frage nach der Nießbrauchsfähigkeit von Rechten – besteht daher weniger in der Kreation von (weiteren) Begrifflichkeiten, sondern in der Herausarbeitung dessen, was (jedenfalls) unter „Recht“ im Sinne des BGB zu verstehen ist – gerade auch in Abgrenzung zu „Sachen“ und zu den an Sachen bestehenden Rechten – und

---

verschieden waren: So waren *Franz Wilhelm von Kübel* für das Recht der Schuldverhältnisse zuständig und *Johow* für das Sachenrecht. Durch *Kübels* schwere Erkrankung und schließlich dessen Tod im Jahr 1884 traten dann ohnehin terminliche Probleme bei der Fertigstellung dieses Entwurfs auf und es wurde für die bestehenden „Lücken“ auf den sog. Dresdener Entwurf von 1866 zurückgegriffen, vgl. dazu umfassend Schubert/*Schubert*, Vorlagen Schuldrecht I, S. XI ff. Im Zuge dessen war offenbar auf eine dahingehende Anpassung der beiden Abschnitte verzichtet worden.

[27] MüKo-BGB/*Schwab*, § 818 Rn. 1.

[28] *Leipold*, BGB I, § 18 Rn. 34.

[29] Mugdan, Motive I, S. 198 f.

[30] Umfassend dazu *Becker*, Die „res“ bei Gaius, passim; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 18 Rn. 1 ff.

[31] Vgl. *Becker*, Die „res“ bei Gaius, S. 31 ff., zum Begriff „res“ im corpus iuris civilis.

was insoweit für die hier zu führende Untersuchung zum Nießbrauch an Rechten von Bedeutung ist. Denn für diesen Zweck liegen die verschiedenen Ansichten tatsächlich nicht unvereinbar weit auseinander.[32]

II. „Sonstige Gegenstände“ im BGB

Dass sich jedoch entgegen dieser bisherigen grundsätzlichen Ausführungen auch im BGB das Verständnis des Begriffs Gegenstand nicht (mehr) auf Sachen und Rechte beschränkt, zeigt jedenfalls die Formulierung in § 453 BGB. Dort ist – seit 2002 – geregelt, dass die Vorschriften über den Kauf von Sachen nicht nur auf den Kauf von Rechten, sondern auch auf den Kauf von „sonstigen Gegenständen“ entsprechend anzuwenden sind. Es kann daher gerade nicht gesagt werden, dass im BGB eine „Ausblendung aller nicht körperlichen Rechtsobjekte aus der weiteren Betrachtung“ stattgefunden hat.[33]

Diese „sonstigen Gegenstände“ treten daher neben Sachen und Rechte (als den eigentlichen Gegenständen, siehe oben); sie sind ebenfalls unter den allgemeinen Begriff „Gegenstände“ zu fassen. Es handelt sich dabei um Güter, die keine Sachen i. S. von § 90 BGB sind, also vom BGB-Sachenrecht auch nicht erfasst werden,[34] sondern um sonstige *unkörperliche* Gegenstände – auch als unkörperliche Güter[35] bezeichnet –, die einen Vermögenswert besitzen und Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein können, insbesondere eines Kaufvertrags. Beispiele dafür sind (beherrschbare)[36] elektrische Energie, Fernwärme, Software, Werbeideen[37] und der Goodwill eines Unternehmens.[38]

---

[32] Siehe dazu näher unten Kap. 3 B.

[33] So aber *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 71, 72; *Lehmann*, Finanzinstrumente, S. 233. Letzterer bezieht seine dahingehende Feststellung insgesamt auf „unsere Rechtsordnung“, was unbeschadet des § 453 BGB aber nicht zutreffend ist, da es eben Spezialgesetze gibt wie das Patentgesetz und das Urheberrechtsgesetz, die sich unbestreitbar mit der rechtlichen Behandlung unkörperlicher Phänomene („Gegenstände“) wie Erfindungen, persönlichen geistigen Schöpfungen etc. befassen.

[34] Zur Ignoranz des BGB gegenüber solchen Phänomenen schon *Wieacker*, System des deutschen Vermögensrechts, S. 49. Zu der Tatsache, dass vom BGB-Sachenrecht nach dem hier vertretenen Verständnis im Schwerpunkt Rechte und allenfalls mittelbar auch Sachen erfasst sind, siehe noch unten C.

[35] Gegen die Verwendung des „unbrauchbaren Begriffes von ‚Gut‘“ bei der Definition von Rechtsobjekten *Exner*, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, S. 12 f. Dafür aber *G. K. Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, der für die (juristische) Definition der Vermögensrechte beim ökonomischen Verständnis von vermögenswerten Gütern ansetzt, a. a. O. S. 42 ff.; von Rechten als „unkörperlichen Gütern“ spricht *Bremer*, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, S. 36 f.

[36] Auf das Kriterium der Beherrschbarkeit wird auch bei § 90 BGB abgestellt, vgl. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 25 Rn. 1; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 304.

[37] Beispiel aus der Gesetzesbegründung zu § 453 Abs. 1 BGB, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucks. 15/6040, S. 242.

[38] *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“, S. 96.

Auch virtuelle Gegenstände aus sog. Onlinewelten, an denen wegen der zumeist fehlenden Qualifikation als Werk i. S. des UrhG kein urheberrechtlicher Schutz besteht, die also auch nicht unter den Begriff der „Immaterialgüterrechte“ subsumiert werden können, werden zu diesen unkörperlichen Gütern gezählt.[39] Nicht gleichzusetzen sind diese Gegenstände indes mit den bereits erwähnten res incorporales des römischen Rechts, denn darunter waren (auch) Rechte zu verstehen[40] (dazu schon oben Kap. 1 C. 1). Systematisch wird vorgeschlagen, diese „sonstigen Gegenstände“ ebenso wie die „Sachen“ i. S. von § 90 BGB als einen Unterfall der „Güter“ anzusehen. Dies entspräche etwa dem Verständnis der Art. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Niederlande von 1992. Die „Güter“ stünden dann zusammen mit den „Rechten“ als zweite Ordnung unter dem Überbegriff der „Gegenstände“.[41] Auf derartige Versuche einer Systematisierung wird noch zurückzukommen sein.[42]

1. *Subjektive Rechte und „sonstige Gegenstände“*

Von den noch zu definierenden subjektiven Rechten (unten Kap. 3 B.) unterscheiden sich die „sonstigen Gegenstände“ als reine Güter vor allem darin, dass sie eben bereits keine Rechte sind.[43] Denn es fehlt ihnen jede Eigenschaft, die eine solche Benennung erlauben würde, wie zuvörderst die (exklusive) rechtlich relevante Zuordnung zu einem Rechtssubjekt. Denn diese Güter stehen einem Rechtssubjekt nur *rein tatsächlich* zu, etwa aufgrund der Tatsache, dass die betreffende Person etwas nicht patent- oder gebrauchsmusterfähiges, gleichwohl aber vermögenswertes erfunden hat. In diesem Fall gibt es keine Norm des positiven Rechts, die dieser geistigen Leistung – also dem technischen Wissensvorsprung – den Charakter eines *rechtlich* geschützten Gutes zuerkennt und ein Recht daran einem bestimmten Rechtssubjekt ausschließlich zuweist. Das Rechtssubjekt muss daher selbst Sorge dafür tragen, dass ihm diese vermögenswerte Position nicht „verloren“ geht, etwa dann, wenn ein anderes Rechtssubjekt Kenntnis vom Inhalt der Erfindung erhält und diese somit gleichfalls nutzen kann, ohne – wie bereits erwähnt – dadurch ein fremdes Recht zu verletzen.[44]

---

[39] Vgl. umfassend dazu *Striezel*, Der Handel mit virtuellen Gegenständen, S. 69 ff.

[40] *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“, S. 96 mit Fn. 7.

[41] Vgl. die Skizze bei *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“ S. 97.

[42] Unten ab VI.

[43] Sie sind selbstredend auch keine Sachen i. S. von § 90 BGB, weil sie eben nicht körperlich sind.

[44] Diese Kenntniserlangung – genauer: die Art und Weise derselben – kann freilich mit Rechtsverletzungen verbunden sein, etwa beim Verrat von Betriebsgeheimnissen gem. § 17 UWG. Schutzobjekt – also geschütztes subjektives Recht – ist in diesem Zusammenhang aber nicht die (rein tatsächlich existierende) betreffende geistige Leistung (etwa technisches Know-how), sondern sind die ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs (vgl. Harte/Henning/*Harte-Bavendamm*, UWG, § 17 Rn. 2) und ist die Institution „unverfälschter Wettbewerb“ an sich (Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 17 Rn. 2.). *Köhler* spricht (am a. a. O.) aber auch davon, dass zudem das Geheimnis selbst durch § 17 UWG „vor Verletzungen“ ge-

Wie noch für Sachen darzustellen ist, sind aber auch diese Güter für die Rechtsordnung gleichsam irrelevant, solange es jedenfalls keine Rechtsverhältnisse gibt, die zwischen Rechtssubjekten bestehen und die einen Bezug zu solchen Gütern aufweisen. Ferner können diese Güter selbst nicht durch Verfügung übertragen werden, denn übertragbar wären nur gegebenenfalls an den Gütern bestehende Rechte, die es aber in der Regel nicht gibt. Insoweit ist es nur möglich, mit rein schuldrechtlicher Wirkung einem anderen die Nutzung eines solchen Gutes zu überlassen (oder gegebenenfalls die Mit-Nutzung zu gestatten). Es findet dann eine – lediglich tatsächliche – Veränderung der Zugangsberechtigung statt. Anstelle des zunächst ausschließlich zugangsberechtigten Rechtssubjekts wird es einem anderen Rechtssubjekt ermöglicht, auf das betreffende unkörperliche Gut „zuzugreifen“, also die entsprechenden Nutzungen zu ziehen. Durch das Verpflichtungsgeschäft kommt es in Gestalt eines Anspruchs auf Leistung (als Forderung) zur *Begründung* eines neuen relativen Rechts zugunsten des Erwerbers.[45] Mit einem Recht „am Gut“ hat dies jedoch nichts zu tun.

Dass es sich bei einer solchen Vereinbarung tatsächlich um einen Kauf wie beim Sachkauf gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, ergibt sich aus § 453 BGB aber nicht zwingend.[46] Denn angeordnet wird lediglich eine *entsprechende* Anwendung der §§ 433 ff. BGB. Dies kann aber letztlich dahinstehen, denn ein dingliches Rechtsgeschäft (Verfügung), das ein solches Gut zum Gegenstand haben könnte, scheitert bereits daran, dass eine solches nur bezogen auf ein Recht möglich ist. Denn ein Verfügungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist unmittelbar auf ein *bestehendes Recht* einzuwirken, um es inhaltlich zu verändern, zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben.[47] Geändert wird daher entweder die Rechtszuständigkeit oder der Rechtsinhalt.[48] Gegenstand einer Verfügung kann also immer nur ein konkretes subjektives Recht sein, oder jedenfalls ein Rechtsverhältnis,[49] nicht aber ein – lediglich – tatsächlich vorhandenes und ggf. sogar tatsächlich beherrschtes[50] zugeteiltes Gut.[51]

---

schützt werde. Wie dies jedoch mangels Qualität als „Recht“ dogmatisch begründet werden sollte, leuchtet nicht ein. Gemeint sein kann hier nur eine gewisse Abschreckungswirkung der Vorschrift (aufgrund der Strafandrohung), was insoweit einen jedenfalls faktischen Schutz mit sich bringen könnte.

[45] *Thur*, BGB AT II/1, § 54 II. (S. 250 ff.); *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“, S. 100.

[46] So aber *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“, S. 99.

[47] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 29 Rn. 31 f. Die Formulierung findet sich bereits bei Mugdan, Motive I, S. 128 zum „dinglichen Rechtsgeschäft“. Vgl. auch RGZ 111, 247, 250 und BGHZ 1, 294, 304.

[48] So schon *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 33 I.

[49] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 23 Rn. 36.

[50] Einschließlich der technischen Beherrschbarkeit, vgl. dazu bei den virtuellen Gegenständen *Striezel*, Der Handel mit virtuellen Gegenständen, S. 98 f.

[51] Zur Zuordnungsfunktion der subjektiven Rechte siehe unten C. II. 1. und Kap. 3 B. II.

2. Zur Nießbrauchsfähigkeit „sonstiger Gegenstände“

Die genannten unkörperlichen Güter sind daher bereits wegen ihrer fehlenden Qualifizierung als „Recht“ i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB nicht nießbrauchsfähig. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass – wie noch darzustellen ist (unten BT Kap. 3 B., F.) – auch über bestimmte höchstpersönliche Rechte nicht verfügt werden kann, obschon diese aber nichtsdestoweniger nießbrauchsfähig sein können. Denn Verfügung meint in diesem Zusammenhang nicht zwingend die translative Verfügung, also die vollständige Übertragung des Stammrechts unter Aufgabe der Inhaberschaft. Ausreichend ist vielmehr auch eine (bloß) konstitutive Rechtsnachfolge[52] in Form einer so genannten gebundenen Übertragung.[53] Grundvoraussetzung ist aber – bevor überhaupt von der Möglichkeit der Übertragung jedenfalls von einzelnen Befugnissen gesprochen werden kann –, dass es sich beim Gegenstand des Nießbrauchs überhaupt um ein *subjektives Recht* also um einen grundsätzlich verfügungstauglichen Gegenstand handelt, was bei derartigen Gütern aber – wie gezeigt – nicht der Fall ist.

Es bleibt also dabei, dass allenfalls ein möglicherweise an einem solchen Gegenstand bestehendes vertragliches Nutzungsrecht (also eine Forderung) übertragen werden kann, etwa bezüglich elektrischer Energie, bei Software oder auch bei den virtuellen Gegenständen. Es wird sich dann in der Regel um einen Nießbrauch an einer Forderung handeln. Die Nießbrauchsfähigkeit eines solchen Rechts richtet sich nach den jeweils einschlägigen Vorgaben.

III. Frühe Definitionsversuche des Begriffs „Gegenstand“

1. Vorbemerkung

Zum oben genannten Verständnis des Begriffs Gegenstand wurden freilich schon frühzeitig alternative Ansätze vorgelegt. Ein weitaus engeres Verständnis des Begriffs vertrat namentlich *Sohm* in einer 1905 veröffentlichten und sogleich lebhaft diskutierten[54] Monographie.[55] Danach sollte Gegenstand nur sein, was *Objekt eines verfügbaren Rechts* sein kann. Er bezeichnet diese Eigenschaft als „aktiv“ und fasst zusammen: „Gegenstände sind die aktiven Bestandteile des Vermögens“.[56] Er meint dies wohlgemerkt im Sinne von *nur die-*

---

[52] Siehe dazu ausführlich *Thur*, BGB AT II/1, § 54 II (S. 250 ff.).

[53] „Gebunden“ ist die Übertragung deshalb, weil das Mutterrecht selbst nicht übertragbar ist, vgl. dazu *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 44.

[54] Vgl. etwa die (im Ergebnis ablehnenden) Beiträge von *Binder,* ZHR 59 (1907), 1 und *Hedemann,* ArchBürgR 31 (1908), 322 sowie die Ausführungen *Thurs* in seinem Buch Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts von 1910 (dazu noch unten 3. a.).

[55] *Sohm*, Der Gegenstand – Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905. Er beschäftigte sich wenig später in ArchBürgR 28 (1906), 173 ff. erneut mit diesem Problemkreis.

[56] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 23.

se. Definiert wird der Gegenstandsbegriff also von der Möglichkeit der Rechtsnachfolge her. Dies erinnert wiederum an die *Hegelsche* Definition von „Sache“, die an die Möglichkeit der Veräußerung als konstituierend anknüpft.[57] Aber auch diese Sichtweise ist nicht neu. Denn in der klassischen Periode des römischen Rechts wurde in der Veräußerlichkeit das „vornehmste Kennzeichen“ des Eigentums gesehen.[58]

Sohm unterscheidet indes gerade nicht zwischen *Rechtsobjekten* (als Gegenstände in einem weiter verstandenen Sinn) und *Verfügungsobjekten*, also Rechten und Rechtsverhältnissen, die allein Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügungen sein können.[59] Gegenstände in diesem eng verstandenen Sinne wären dann die dinglichen Rechte, beschränkte dingliche Rechte und Immaterialgüterrechte.[60] Nach dieser Ansicht wäre also das Eigentum an einer Sache als Recht, über das verfügt werden kann, mit der (physischen) Sache selbst (als Rechtsobjekt) gleichzusetzen.[61]

Kritisiert wurde an dieser Ansicht unter anderem, dass sich *Sohm* für den Begriff „Gegenstand“ am römisch-rechtlichen res-Begriff orientiert habe.[62] Nach dem insoweit vor allem durch *Gaius* begründeten Verständnis waren unter res sowohl körperliche als auch unkörperliche Dinge (res corporales und res incorporales) und somit alle vermögenswerten Güter zu verstehen.[63] Diese Einteilung sei aber schon durch das gemeine Recht überwunden worden. Dort habe ein anderes Verständnis des Begriffs „res“ geherrscht, an dem sich der BGB-Gesetzgeber erkennbar orientiert habe.[64] Dieses Verständnis sei aber nicht widerspruchsfrei, so dass im BGB gerade nicht von einem einheitlichen Verständnis des Begriffs „Gegenstand“ ausgegangen werden könne,[65] worauf oben bereits hingewiesen wurde.

Auch stellt sich bei der genannten Definition die Frage, wie der Wortlaut von § 90 BGB in dieses Konzept zu integrieren wären. Denn da über „körperliche Gegenstände“ – also die Sachen selbst – nicht verfügt werden kann, können derartige Gegenstände keine Gegenstände im Sinne der *Sohmschen* Definition sein. Es bliebe dann zu klären, was der in § 90 BGB verwandte Begriff „Gegenstand“ denn nun bedeutet. Denn wenn er als „(Vermögens-)*Rechte*“ verstan-

---

[57] Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 43.
[58] *Seidl*, Römisches Privatrecht, § 10 Rn. 177.
[59] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 7.
[60] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 22.
[61] So *Sohm* ausdrücklich in: Der Gegenstand, S. 16, 20.
[62] Umfassend dazu HKK-BGB/*Rüfner*, §§ 90–103, Rn. 3 f.
[63] *Hill*, Der Sachbegriff, S. 7; umfassend *Becker*, Die „res“ bei Gaius, S. 35 ff.
[64] *Thur*, BGB AT I, § 18 I mit Fn. 26 (S. 318 f.).
[65] *Binder,* ZHR 59 (1907), 1, 12 f. Zu Entwicklungen des Begriffs „res“ vgl. etwa *Du Roi,* AcP 6 (1823), § 8 (S. 280 f.) und *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 18 Rn. 1, die insgesamt drei verschiedene Bedeutungen dieses Begriffs darstellen.

den werden müsste, wäre die Lesart der dortigen Definition der Sachen „körperliche [Vermögens-]Rechte“, was nicht überzeugend ist.

Sohm versucht diesem Problem jedenfalls insoweit zu entgehen, als er feststellt, dass „nur über Gegenstände … verfügt [werden] kann“.[66] Er beruft sich dabei auf Formulierungen im BGB, die zugegebenermaßen genau dies nahelegen.[67] Denn in §§ 135 Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 1 S. 1, 185 Abs. 1 und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist tatsächlich jeweils von Verfügungen „über einen Gegenstand“ die Rede. Was „Verfügung“ dabei bedeutet, definiert er wiederum mit „ein die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft“,[68] was aber augenscheinlich ein Zirkelschluss ist. Denn seine Definition des Begriffs „Gegenstand“ setzt ein Verständnis von „Verfügung“ voraus, welches sich wiederum aber erst nur durch ein bereits bestehendes Verständnis dieses Begriffs überhaupt definieren lässt.[69]

Sohms Aussagen werden aber nachvollziehbarer – und damit wird zugleich einmal mehr die von ihm vorgebrachte Befürchtung bezüglich der Probleme bei der Definition von Begriffen augenscheinlich[70] – wenn man seine Ausführungen über Rechte betrachtet. Diese unterteilt er in „Rechte des Personenrechts“ und „Rechte des Vermögensrechts“, wobei nur letztere „Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs“ sein können und somit Gegenstände im Sinne des BGB.[71] Aus diesen und weiteren Aussagen zum Inhalt von Rechten wird daher deutlich, dass *Sohm*, wenn er von „seinem“ Gegenstandsbegriff spricht, nichts anderes als vermögenswerte „Rechte“ meint.[72] Insoweit ist dann auch der (vermeintliche) Widerspruch zu den tauglichen Verfügungsgegenständen aufgehoben, denn auch dies sind nun einmal ausschließlich „Rechte“. Was bleibt ist freilich der Vorwurf der Gleichsetzung von Verfügungsgegenstand (also Recht) und Bezugsobjekt, wie für das Eigentum beschrieben. Aber auch insoweit kann *Sohm* jedenfalls kein gänzlich ungangbarer Weg vorgeworfen werden, da sich die Vermischung und damit Gleichsetzung des Eigentums (also

---

[66] Der Gegenstand, S. 6.

[67] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 6.

[68] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 7.

[69] Auf diesen Zirkelschluss weist auch *Hedemann*, ArchBürgR 31 (1908), 322, 323 hin. Vgl. auch *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 23.

[70] Vgl. dazu oben Einleitung A.

[71] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 88 f.

[72] Das wird auf S. 89 besonders deutlich mit der Ausführung „Vermögensrechte (Gegenstände)“, *ders.*, Der Gegenstand, a. a. O. Die Gleichsetzung von „Recht“ und „Vermögensrecht“ findet sich auch bei *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 137 (S. 690). *Sohm* wendet sich ferner gegen die Gleichsetzung von „Vermögensrecht“ und „geldwertem Recht“, womit er den Bereich der Vermögensrechte im Ergebnis weiter verkleinert. So soll das Erbrecht zwar ein geldwertes Recht, aber kein Vermögensrecht sein, vgl. JheringsJB 53 (1908), 373, 374.

des Rechts) und des Rechtsbesitzes mit der Sache selbst (dem Objekt, Ding) schon im römischen Recht findet.[73]

2. Exkurs – Nießbrauch und Eigentum

Die Zuerkennung einer Sonderrolle des Eigentums im Vergleich zu den sonstigen (dinglichen) Rechten nach römisch-rechtlichem Verständnis rührte daher, dass das Eigentum ein „Vollrecht“ (dominum bzw. – gleichbedeutend[74] – proprietas) war, also ein umfassendes dingliches Herrschaftsrecht an einer *eigenen* Sache. Es stand damit im Gegensatz zu den beschränkten dinglichen Rechten als Rechte an *fremden* Sachen (iura in re aliena).[75] Es galt: res mea est – die Sache ist mein Eigentum,[76] wobei sich dies auch umkehren ließ, um so die enge Verknüpfung von Eigentum und Sache deutlich zu machen: Mein Eigentum ist die Sache. *Thibaut* bezeichnet das Eigentum als aus „Proprietät und Nießbrauch“ bestehend, er bringt also zusätzlich die Komponente der Nutzbarkeit und Fruchtziehung in das Begriffsverständnis hinein.[77]

a. Der Eigentumsbegriff im ALR

Im ALR findet sich – zunächst – ein weites Verständnis von Eigentum. Dieses umfasst Sachen und Rechte, was für letztere die Verkehrsfähigkeit mit sich bringt.[78] Es findet sich jedoch in den einzelnen Regelungen auch eine Gleichsetzung von Eigentum[79] und Sache, vor allem im 21. Titel, überschrieben mit „Von dem Rechte zum Gebrauch oder Nutzung fremden Eigenthums“. Dort ist zunächst in § 1 vom „Recht ein fremdes Eigenthum zu gebrauchen“ die Rede, während sich in § 2 die Formulierung vom „Besitze der zu gebrauchenden Sa-

---

[73] Vertiefend dazu *Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB, S. 38 ff.

[74] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 22 Rn. 7.

[75] Vgl. dazu auch *Heck*, Sachenrecht, § 19 (S. 72). Zu Wesen und Geschichte des Eigentums im römischen Recht vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 22 Rn. 2 ff.

[76] *Seidl*, Römisches Privatrecht, § 10 Rn. 175

[77] Civilistische Abhandlungen, S. 268

[78] *Luig*, AcP 194 (1994), 521, 537.

[79] Dabei wird der Begriff „Eigentum“ im ALR selbst nicht definiert. Definiert wird lediglich der Begriff „Eigenthümer“ in dem mit „Vom Eigenthume“ überschriebenen achten Titel des ersten Teils. Vgl. weitergehend zum Eigentumsbegriff des ALR *Luig*, AcP 194 (1994), 521, 537 ff. Im BGB wird der Begriff „Eigentum“ selbst freilich ebenso wenig (abstrakt) definiert, sondern werden in § 903 BGB die Befugnisse des Eigentümers genannt und wird somit – wie auch die Überschrift zu Titel 1 (§§ 903 bis 924 BGB) zum Ausdruck bringt – der Inhalt des Eigentums in den §§ 903 ff. BGB für konkrete Fallgestaltungen festgelegt (dazu aber noch unten C. II.). Die Verfasser des BGB „betrachteten den Begriff als gegeben und begnügten sich damit, die Folgerungen aus ihm zu ziehen“, so Planck/*Strecker*, vor § 903 (S. 259 f.). Auch *Johow* verzichtet in seinem Vorentwurf auf eine Definition, sondern begann den betreffenden Abschnitt mit § 85 BGB-Vorl. Dort heißt es: „Der Eigenthümer hat das Recht, die Sache zu besitzen und über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind“, vgl. den Abdruck in Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 28.

che“ findet, was konstituierend für die Eigenschaft als „dingliche[s] Recht“ sein soll.

Dieses Verständnis – die notwendige Bedingung des Besitzes für ein tatsächliches Bestehen von Eigentum – findet sich auch bei *Hegel*. Dieser schreibt: „Zum Eigentum als dem *Dasein* der Persönlichkeit ist meine *innerliche* Vorstellung und Wille, daß etwas *mein* sein solle, nicht hinreichend, sondern es wird dazu die *Besitzergreifung* erfordert“.[80] Erst durch die tatsächliche Herrschaft über das Objekt (die Sache) soll also das Recht „Eigentum“ vollumfänglich anzuerkennen sein. Durch dieses Besitzerfordernis wird aber zugleich auch das zunächst aufscheinende weite Eigentumsverständnis relativiert, denn eine Inbesitznahme – im Sinne der „körperlichen Ergreifung“, wie es bei *Hegel* heißt[81] – ist bei unkörperlichen Gegenständen schwer vorstellbar. Ein Recht Eigentum kann daher nur an körperlichen Gegenständen (Sachen) in Betracht kommen.

b. Nießbrauch am Recht „Eigentum“?

Diese Sonderrolle des (zivilrechtlichen)[82] Eigentums im Vergleich zu sonstigen subjektiven Rechten findet sich ferner wieder bei der Frage, ob eine Nießbrauchsbestellung am Recht „Eigentum“ möglich ist, was mit einem zum Teil erheblichen Begründungsaufwand abgelehnt wird.[83] Dass das Eigentum nach der Konzeption des BGB ohnehin verschieden ist von den sonstigen dinglichen Rechten zeigt sich auch darin, dass zwar dingliche Rechte an Rechten möglich sind, aber eben kein *Eigentum* an Rechten. Ein solches kann gem. § 903 S. 1 BGB nur an einem Recht in Frage kommen, das sich auf eine Sache und somit gem. § 90 BGB auf einen körperlichen Gegenstand bezieht. Nicht möglich ist dies dagegen an einem Recht, das sich auf einen anderen und insbesondere unkörperlichen Gegenstand bezieht,[84] wie etwa bei Immaterialgüterrechten,[85] auch wenn insoweit häufig die (Sammel-)Bezeichnung „geistiges Eigentum“[86]

---

[80] Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 51 (S. 58, Hervorh. im Original)

[81] Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 54 f. (S. 60 f.)

[82] Zu anderen Eigentumsbegriffen im deutschen Recht siehe *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 24 Rn. 1 ff.

[83] Dazu auch noch unten C. I.

[84] Dazu auch die Klarstellung bei Mugdan, Motive III, S. 257 f. Dagegen ist der Eigentumsbegriff des deutschen Grundgesetzes weiter – genauer: der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG – und umfasst alle vermögenswerten Rechte, *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 24 Rn. 4, 9 ff.

[85] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 24 Rn. 4.

[86] Dabei handelt es sich freilich auch „im Lager“ der Immaterialgüterrechtler um einen höchst umstrittenen Begriff. Dies gilt länder- und sprachenübergreifend, denn im anglo-amerikanischen Sprachraum ist der entsprechende Begriff „intellectual property“ verbreitet. Vgl. dazu etwa *Lemley*, Texas Law Review Vol. 83 (2005), 1031. Im deutschen Rechtskreis hat sich insbesondere *Kohler* schon frühzeitig gegen diesen Begriff gewandt und seinerseits die Begriffe „Immaterialgüterrechte“ und „Immaterialrechte“ in Abgrenzung zum Sacheigentum maßgeblich geprägt, vgl. etwa *ders*. Annalen der Großherzoglich badischen Gerichte,

anzutreffen ist. Das Eigentum ist daher im Verhältnis zu den sonstigen dinglichen Rechten nicht als stärkeres und somit qualitativ „besseres“ Recht zu denken, sondern als etwas davon gänzlich verschiedenes. Dies spiegelt sich etwa auch in den jeweils besonderen Regelungen zum Nießbrauch wider, worauf noch eingegangen wird.

3. Zwischenfazit und alternative Definitionsversuche

Was *Sohm* bei seiner Definition des Begriffs „Gegenstand“ also letztendlich noch vorgeworfen werden kann, ist, dass in diesem Modell die bereits angesprochenen „sonstigen“ Gegenstände, also die „rechtlosen“ unkörperlichen Güter, keinen Platz finden. Dies sind aber unbestreitbar Phänomene, die einen Vermögenswert besitzen[87], man denke nur an geheimes technisches Wissen (auch als Betriebsgeheimnis oder Know-how bezeichnet[88]), den Goodwill eines Unternehmens und Software. Dabei sieht *Sohm* zwar die Möglichkeit der Existenz unkörperlicher Gegenstände. Da Gegenstände nach seiner Ansicht aber nur welche sind, die entweder durch Verfügungsgeschäft *begründet* oder aber durch Verfügungsgeschäft *übertragen* werden können,[89] können diese auch nicht unter seinen Gegenstandsbegriff subsumiert werden, denn die genannten Güter erfüllen keine dieser Voraussetzungen.

Wie willkürlich und damit angreifbar diese Ansicht ist, zeigt *Sohm* selbst am Beispiel eines Rechts, das in der Regel unübertragbar ist, ausnahmsweise aber übertragen werden kann: das Mitgliedschaftsrecht (dazu noch unten BT

Bd. 41 (1875), 100 ff.; Das Autorrecht, S. 2 ff.; Deutsches Patentrecht, S. 8 ff.; Lehrbuch des Patentrechts, § 3 (S. 15 ff.). Diese beiden Begriffe schließen sich aber nicht aus. Der Begriff „geistiges Eigentum“ umfasst danach alle Arten geistiger Leistungen, wobei „Eigentum“ dabei nicht i. S. von § 903 BGB verstanden werden darf. Alternativ kann von immateriellen Gütern/Immaterialgütern gesprochen werden. Um Immaterialgüterrechte (und damit Gegenstände 1. Stufe, vgl. dazu die Graphik im Rahmen der Zusammenfassung von Kap. 2) handelt es sich dagegen erst dann, wenn die Leistungen/Güter spezialgesetzlich geschützt sind, etwa nach dem PatG oder dem UrhG. Somit sind alle Immaterialgüterrechte auch „geistiges Eigentum“, dagegen ist der Umkehrschluss nicht zulässig.

[87] So schon *Kohler*, Das Autorrecht, S. 67.

[88] Davon unterschieden werden die Geschäftsgeheimnisse, die das kaufmännische Geheimwissen eines Unternehmens betreffen, etwa Informationen über interne Kosten (vgl. zuletzt BGH EWiR 2014, 29). Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden häufig auch unter dem Begriff Unternehmensgeheimnisse zusammengefasst, vgl. dazu etwa *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch und Geheimnisschutz, Rn. 18 ff. Die Nomenklatur ist indes nicht immer einheitlich, vor allem nicht im internationalen Kontext. So verwendet die Europäische Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag „über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“ vom 28.11.13 (COM(2013) 813 final) in der deutschen Fassung des Textteils den Begriff „Geschäftsgeheimnisse“ für sämtliche Typen geheimer Unternehmensinformationen.

[89] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 21 f.

Kap. 5).[90] Denn je nach Bejahung oder Verneinung der Übertragbarkeit ist ein solches Recht als Gegenstand i. S. des BGB anzusehen, oder eben nicht. Dies ist insoweit nicht überzeugend, als der (Vermögens-)Wert eines solchen Rechts nicht (allein) in der Übertragbarkeit liegt, sondern vielmehr in der aus dem Recht fließenden Gestaltungsmacht hinsichtlich der betreffenden unternehmerischen Entscheidungen. Probleme bekommt *Sohm* auch beim Unternehmen selbst, welches unstreitig kein einheitlicher Verfügungsgegenstand ist, aber nach dem BGB als Ganzes Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein kann, etwa bei der Verpachtung (vgl. § 1822 Nr. 4 BGB).[91] Auch genießt das Unternehmen einen einheitlichen Schutz im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB (jedenfalls nach Ansicht der Rechtsprechung, dazu noch unten V. 4. b.) sowie durch die lauterkeitsrechtlichen Regelungen.[92]

Insoweit würde auch kein anderes und insbesondere weitergehenderes Verständnis des für *Sohm* elementaren Begriffs der Verfügung weiterhelfen, obschon dies insbesondere für Immaterialgüterrechte mit beachtlichen Argumenten vertreten wird. So lässt es namentlich *Kraßer* für das Vorliegen einer Verfügung genügen, wenn beim Verfügenden ein Verbrauch von Befugnissen eintritt, ohne dass beim „Empfänger“ – quasi spiegelbildlich – diese Befugnisse auch „ankommen“. Er hat dafür den Begriff der „abgeschwächten Verfügungswirkung“ entwickelt und nicht wenige Anhänger gefunden.[93] Dagegen spricht jedoch, dass – trotz dieser Erweiterung – ein Recht oder jedenfalls ein Rechtsverhältnis als Verfügungsgegenstand zwingend vorliegen muss, eine Erweiterung etwa auf unkörperliche Güter (vor allem auf die „sonstigen Gegenstände“ i. S. des BGB, s.o.) auch insoweit nicht möglich ist. Ferner hat auch *Sohm* die Möglichkeit eines solchen Verständnisses nicht erkennen lassen. Denn entscheidend ist – auch nach seiner Ansicht – bei Verfügungen nicht, wie auf die Rechtslage des Verfügungsgegenstandes eingewirkt wird, sondern allein, wie die güterrechtliche Rechtslage *des Erwerbers* geändert wird.[94] Daher hilft insoweit auch nicht das von *Kraßer* für Verfügungen über Immaterialgüterrechte entwickelte Verständnis weiter, denn dieses stellt für das Vorliegen einer Verfügung (maßgeblich) gerade darauf ab, ob sich die Rechtslage *des Verfügenden* verändert.

Insgesamt wird damit deutlich, dass *Sohms* durchaus anerkennenswerter Versuch, den Begriff „Gegenstand“ neu zu definieren und damit gerade im

---

[90] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 22.

[91] *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 23 f. Zum Nießbrauch am Unternehmen siehe noch unten BT Kap. 2 C.

[92] Vgl. dazu umfassend MüKo-UWG/*Ann/Hauck,* Grundl Rn. 119 ff. Auf die diesbezüglichen Schwächen von *Sohms* Ausführungen weist auch *Wieacker,* AcP 148 (1943), 57, 60 f. hin.

[93] *Kraßer,* GRUR Int. 1973, 230, 234 f. (mit Fn. 41); *ders.*, GRUR Int. 1983, 537, 539 f. (mit Fn. 10). Dahingehend auch *Pfaff,* BB 1974, 565, 567; *Walz,* KritV 1986, 131, 157 f.; *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 279 ff.

[94] *Sohm*, Der Gegenstand, S. 8 f.; *Hauck,* AcP 211 (2011), 626, 646.

Vergleich zur überkommenen Pandektenwissenschaft zu *erweitern*, gescheitert ist.[95] Obschon sich daher die *Sohmsche* Definition insgesamt nicht durchsetzen konnte, hat sie für diese Untersuchung nichtsdestoweniger einen nicht unerheblichen Wert. Denn *Sohm* definiert mit seinem Begriff des „Verfügungsgegenstands“ im Ergebnis nichts anderes als die Gesamtheit derjenigen Gegenstände, die als „Rechte“ i. S. des BGB nießbrauchsfähig sind. Dies können nämlich nun einmal ausschließlich Rechte sein, die rechtsgeschäftlich übertragbar sind, über die also verfügt werden kann. Dagegen fallen alle körperlichen Gegenstände (also Sachen i. S. von § 90 BGB, die freilich gem. §§ 1030 ff. BGB nießbrauchfähig sein können) und alle „sonstigen Gegenstände“ (die als solche insgesamt nicht nießbrauchsfähig sind) nicht in den Anwendungsbereich der §§ 1068 ff. BGB.

a. Andreas von Thur und der Begriff „Vermögensrechte“

Einen – grundsätzlich – anderen Weg als *Sohm* wollte *Andreas von Thur* einschlagen, der den undeutlichen[96] Begriff „Gegenstand“ (nahezu) vermied und stattdessen vom – im BGB freilich ebenso wenig definierten – Oberbegriff „Vermögensrechte“ ausging. Dies erinnert zwar zunächst an die *Sohmsche* Definition, ist aber unbeschadet dessen ein anderer Ansatz. Denn für *Thur* war entscheidendes Kriterium und somit konstituierendes Merkmal eines solchen Rechts der Geldwert,[97] und nicht dessen Fähigkeit Verfügungsobjekt sein zu können. *Sohm* definierte daher seinen Grundbegriff „Gegenstand“ von der Verfügung her. Seiner Definition liegt also ein eher dynamisches Verständnis zugrunde, ausgehend vor allem von der Möglichkeit der Einflussnahme auf den Inhalt, bis hin zum *Inhaberwechsel*, weil sich gerade in dieser Fähigkeit die Rechtsmacht des Rechtssubjekts zeigen soll. Dagegen setzt *Thurs* Definition von „Vermögensrecht“ – eher statisch – an der *Inhaberschaft* des Vermögensobjekts an und somit am Wert, der gerade durch diese Innehabung beim Rechtssubjekt besteht.

Im Einzelnen waren nach *Thur* „Vermögensrechte“ Rechte wie das Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte. Dazu kommen Forderungen, soweit sie eine geldwerte Leistung zum Gegenstand haben, ferner das Autor- und Erfinderrecht, das Warenzeichenrecht, der Anteil an einem Gesamthandsvermögen, die Mitgliedschaft in einem Verein sowie Gestaltungsrechte, sofern diese wiederum einen Vermögenswert haben.[98] Nicht von diesem Begriff erfasst sein sollten dagegen Phänomene wie die Arbeitskraft des Menschen, da diese zwar einen Vermögenswert besitze, aber als Eigenschaften zum Subjekt selbst gehöre

[95] Auf die im Ergebnis aus der *Sohmschen* Definition folgende Verengung des Gegenstandsbegriffs weist insbesondere auch *Binder,* ZHR 59 (1907), 15 f. hin.

[96] So *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 58.

[97] *Thur*, BGB AT I, § 18 I (S. 314, 317).

[98] *Thur*, BGB AT I, § 18 I (S. 316 f.).

und nicht zum vom Subjekt beherrschten Vermögen. Dies gilt entsprechend für die Persönlichkeitsrechte als rechtlich geschützte Güter,[99] für die Familienrechte und für diejenigen Objekte, auf die sich die Vermögensrechte beziehen.[100] So gehört das Recht „Eigentum“ zum Vermögen, nicht aber das Objekt, an dem dieses Recht besteht.[101] Er kommt daher zu dem Schluss, dass das Vermögen nur Rechte umfasst,[102] es sei daher „eine Gesamtheit von Rechten, welche durch das Subjekt zu einer Einheit zusammengeschlossen wird“.[103]

b. Kritik

Wie bereits angedeutet wurde kommt aber auch *Thur* nicht gänzlich ohne den Begriff „Gegenstand“ aus. Er verwendete ihn aber synonym für „Recht“ und eben nicht als Oberbegriff für „Sachen“ (von ihm körperliche Sachen genannt) und „Rechte“ (von ihm eher unglücklich als unkörperliche Sachen bezeichnet).[104] Insgesamt ist *Thur* daher mit seiner Begriffsdefinition nicht sehr weit von der *Sohmschen* Definition entfernt, obschon sein Ansatzpunkt, wie gezeigt, grundverschieden ist.

Sohms Abstellen auf die Fähigkeit, Gegenstand von Verfügungen sein zu können, führte im Ergebnis zu der Konsequenz, dass nur „Rechte“ Gegenstände im Sinne des BGB sein können, denn nur über Rechte kann verfügt werden und nicht über das Objekt (das „Ding“) auf das sich das betreffende Recht bezieht. Beispiel ist das Eigentum an einer körperlichen Sache: verfügt werden kann nur über das Recht „Eigentum“, nicht aber über die Sache selbst (dem Bezugsobjekt, etwa ein Grundstück oder ein Kanten Brot). Zu diesem Ergebnis kommt aber auch *Thur*, wenn er das Vermögen eines Rechtssubjekts auf die diesem zustehenden subjektiven Rechte[105] beschränken will.[106] Denn um solche kann es sich nur handeln, wenn über sie verfügt werden kann, wenn sie eben mehr sind, als bloße Vermögens*interessen*.[107] Dass nach heutigem Verständnis auch ein Rechtsverhältnis Gegenstand einer Verfügung sein kann,[108] mag daran nichts zu ändern. Denn insoweit muss eine *rechtliche* Beziehung zwischen Personen (Rechtssubjekten) vorliegen, Person-Sache-„Beziehungen“ fallen gerade nicht unter diesen Begriff.[109]

---

[99] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 319).
[100] *Thur*, BGB AT I, § 18 I (S. 313).
[101] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 318).
[102] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 319).
[103] *Thur*, BGB AT I, § 19 I (S. 330).
[104] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 318 f.).
[105] Zu diesem Begriff siehe noch unten Kap. 3.
[106] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 318 f.).
[107] *Thur*, BGB AT I, § 18 II (S. 319). Die Übertragbarkeit sei aber ohnehin „regelmäßige Eigenschaft des Vermögensrechtes“, a. a. O. § 18 I (S. 314).
[108] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 4.
[109] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 1, 4 ff. Dazu noch unten Kap. 3 B. III. (S. 155 ff.).

Wie bei *Sohm* gilt daher auch für *Thurs* Ansicht, dass für die Definition der Begriffe „Sache“ und vor allem „Gegenstand“ letztendlich keine befriedigende Lösung gefunden werden konnte. Was aber bei *Thur* im Ergebnis ebenso wie bei *Sohm* für diese Untersuchung fruchtbar gemacht werden kann, ist die Herausarbeitung derjenigen möglichen Gegenstände, die Gegenstand eines Rechtsnießbrauchs sein können. Mit einer Ausnahme: während bei *Sohm* ein Nießbrauch am Eigentum wegen der Gleichsetzung mit dem Bezugsobjekt selbst von vornherein ausscheidet, wäre dies bei *Thurs* Lehre nicht der Fall. Für ihn bildet das Eigentum vielmehr ein Musterbeispiel für einen Vermögensgegenstand im Sinne seiner Definition.[110]

IV. Zusammenfassung – Der Gegenstandsbegriff im Kontext des Nießbrauchs an Rechten

Alle diese Ausführungen zeigen deutlich, wie bis heute Unklarheiten bestehen hinsichtlich eigentlich selbstverständlich erscheinender Begrifflichkeiten des BGB. Vor allem der häufig anzutreffende Gegenstandsbegriff bleibt „farblos“[111] und praktisch kaum handhabbar. Er ist – wie *Ch. Becker* zutreffend formuliert – gleichsam „obdachlos“, weil ihm „ein eigenes Lehrgebäude fehlt“,[112] also eine anerkannte dogmatische Erklärung seines Inhalts.

Für die hier durchzuführende Untersuchung ist freilich die bei der Analyse der verschiedenen Modelle gewonnene Erkenntnis ausreichend, dass, ausgehend von § 90 BGB und der damit möglichen klaren Trennung von „Sache“ und „Recht“, im BGB eine ebenso klare Trennung von Sachen und Rechten als möglichen Gegenständen eines Nießbrauchs und somit der Regelungskomplexe „Nießbrauch an Sachen“ und „Nießbrauch an Rechten“ möglich ist. Denn zu verstehen ist der Begriff Gegenstand in Bezug auf Sachen nur im Sinne von Bezugsobjekt, als körperliches Gut, weil auch der Nießbrauch an Sachen ein Nießbrauch an einem Recht ist, nämlich dem Eigentum gem. § 903 BGB *an* der Sache.[113] Entscheidend ist für den Nießbrauch an Rechten daher (allein) die Beantwortung der Fragen, ob der betreffende Gegenstand des Nießbrauchs tatsächlich ein belastbares Recht ist und ob dieses Recht nießbrauchsfähig ist, also

[110] Andere für diese Untersuchung aber nicht weiter zu vertiefende Definitionsversuche für den Begriff „Gegenstand“ kommen aus der Richtung der Logik und der Sprachphilosophie, namentlich von *Edmund Husserl*. Ausgangspunkt seiner in der Schrift „Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums“ (Berlin 1933) aufgestellten Überlegung ist, dass für das Recht „Sache“ und „Eigentum“ dasselbe seien (a. a. O. S. 174 ff.) und dass von einer Sache verschiedene „Wertschichten“ gedanklich abgelöst und verselbständigt werden könnten. Eine solche „Wertschicht“ bilde ein selbständiges Rechtsobjekt – etwa ein Nießbrauchsrecht – das neben die Sache selbst als Gut und Rechtsgegenstand trete (a. a. O. S. 41); vgl. dazu HKK-BGB/*Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 11.

[111] So RGRK-BGB/*Kregel*, § 90 Rn. 7.

[112] AcP 196 (1996), 439, 469.

[113] Siehe dazu unten C. I.

Nutzungen zu gewähren vermag und übertragen werden kann. Dies ist für jeden Nießbrauchsgegenstand gesondert festzustellen (siehe dazu Kap. 3 F.).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Vermögensrechte nur dann Gegenstand eines Nießbrauchs sein können, wenn und soweit über sie verfügt werden kann, was für die dargestellten „sonstigen Gegenstände“ gerade nicht der Fall ist. Bestellt wird ein Nießbrauch dabei immer an einem Recht, dieses ist dann ein Gegenstand der 1. Stufe (vgl. das Schema in der Zusammenfassung dieses Kapitels auf S. 140). Das Recht kann entweder selbst ein Recht oder eine Sache zum „Gegenstand“ (i. S. von Bezugsobjekt) haben. Bezieht sich dabei das Recht, an dem ein Nießbrauch bestellt werden soll, auf einen körperlichen Gegenstand – ist das Recht also Eigentum i. S. von § 903 BGB –, handelt es sich nach der Systematik des BGB um einen Nießbrauch an Sachen i. S. von §§ 1030 ff. BGB, anderenfalls um einen Nießbrauch an Rechten gem. §§ 1068 ff. BGB.[114]

V. Der historische Hintergrund des BGB-Sachbegriffs

Ohne den Gegenstandsbegriff überhaupt zu problematisieren, hat sich der historische Gesetzgeber des BGB durch die Formulierung in § 90 BGB für einen denkbar engen Sachbegriff entschieden. Unmittelbar beeinflusst wurde diese Leitentscheidung von der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts.

Den Ausgangspunkt bildet *Immanuel Kant*. Bei ihm heißt „[e]in jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, … Sache (res corporalis)“.[115] Für *Friedrich Carl von Savigny*, der augenscheinlich durch die *Kantsche* Definition beeinflusst worden war und auf den sich letztendlich der Sachbegriff des BGB unmittelbar zurückführen lässt, war eine Sache ein „begrenztes Stück der unfreien Natur“.[116] Dieses Verständnis fand in der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts eine weite Verbreitung,[117] womit quasi der Sachbegriff des BGB vorweggenommen wurde, denn dieser ist denkbar eng und umfasst gem. § 90 BGB nur *körperliche* Gegenstände. Dieses Körperlichkeitserfordernis setzt eine tatsächliche räumliche Abgrenzbarkeit und damit Greifbarkeit voraus. Ein Gegenstand muss also der (tatsächlichen) menschli-

---

[114] Zum Phänomen von Rechten an Rechten und zum Recht Eigentum als Gegenstand des Nießbrauchs siehe noch unten C.

[115] Die Metaphysik der Sitten, Einleitung IV, S. 58 f.

[116] System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I § 53, S. 338. So auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 137 (S. 689). *Kipp* meint, dass ein Verständnis des Begriffs „Sache“ im weiteren Sinn, wenn also „auch das Gedachte bezeichnet“ würde, aus juristischer Sicht „unbrauchbar“ sei, a. a. O. Fn. 1. Er konzediert aber weitergehend, dass es „dem positiven Recht unbenommen [ist], bloß gedachte Dinge als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, durchweg oder in einzelnen Beziehungen, zu behandeln, wie körperliche“, a. a. O. § 137 (S. 689). Insoweit könne „das Gedachte“ für das Recht durchaus „Sache“ sein, a. a. O. Fn. 2.

[117] Vgl. *Puchta*, Pandecten, § 35 (S. 47 f.); *Wächter*, Pandekten I, § 59 II; ausführlich zur historischen Entwicklung HKK-BGB/*Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 6.

chen Herrschaft unterliegen, um „Sache“ sein zu können.[118] Das Erfordernis der Greifbarkeit findet sich bereits im römischen Recht, denn dort konnten nur res corporales durch mancipatio (von manu cepere – „mit der Hand greifen“) übertragen werden.[119] Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang auch die Arbeit *Windscheids* genannt, der in den von ihm allein und (weit) vor Inkrafttreten des BGB erschienen Auflagen seines Lehrbuchs zum Pandektenrecht ebenfalls dieses enge Verständnis von „Sache“ (allein) als körperlicher Gegenstand vertritt.[120] Er folgt damit der durch *Savigny* vorgegebenen Linie.

Nicht durchsetzen konnte sich dagegen das abweichende Verständnis von „Sachen“ des *Savigny*-Gegenspielers[121] *Thibaut*, der, ausgehend vom römisch-rechtlichen Verständnis des Begriffs res, feststellt:

„Der Gegenstand rechtlicher Handlungen sind Sachen, worunter man im allgemeinen alles versteht, was Subject rechtlicher Verhältnisse ist; Ihrem innern Wesen nach sind die Sachen entweder unkörperliche … oder körperliche …“.[122]

Ein vergleichbar weites Verständnis vertrat auch *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, der unter anderem auch „Geistige Geschicklichkeiten, Wissenschaften, Künste, selbst Religiöses (Predigten, Messen, Gebete, Segen in geweihten Dingen), Erfindungen“ als „Sachen“ verstanden hat, da diese „Gegenstände [eines] Vertrags“ sein konnten.[123] Ebensowenig wie das von *Thibaut* und *Hegel* vertretene weite Verständnis konnte sich im Ergebnis auch die Ansicht *Gierkes* durchsetzen, der noch in den Beratungen über den von der 1. Kommission vorgelegten Entwurf heftig für ein anderes Verständnis plädiert hatte. Er wollte – in deutschrechtlicher Tradition – den Begriff auch auf „unkörperliche Sa-

---

[118] *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 288; *Wieling*, Sachenrecht I, § 2 I 1 a) (S. 54); *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 25 vor Rn. 1, wobei es auf den Aggregatzustand nicht ankommt, a. a. O. Rn. 1.

[119] Vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 24 Rn. 6 ff.; *Sohm/Mitteis*, Institutionen, § 47 III. (S. 262 ff.); *Wacke*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 29. Dagegen waren res incorporales („unkörperliche Sachen“) solche, „die man nicht anfassen kann“, die also gerade nicht greifbar waren (Dig. 1.8.1.1: incorporales sunt, quae tangi non possunt), vgl. *Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB, S. 33 f. Zum Sachbegriff des BGB noch unten 2.

[120] Zitiert nach *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Auflage, Stuttgart 1879, Band 1, § 137 (S. 416 ff.). *Becker*, Die „res“ bei Gaius, weist darauf hin, dass dieses Verständnis auch im Zuge der Neubearbeitungen des Lehrbuchs durch *Kipp* und auch nach Inkrafttreten des BGB beibehalten wurde. Dies kann auch keineswegs überraschen, denn die von *Windscheid* vertretene Ansicht hatte sich damit letztendlich durchgesetzt, a. a. O. S. 28.

[121] Die gilt vor allem im Hinblick auf den Kodifikationsstreit, der von *Thibaut* mit seiner Schrift *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* von 1814 eröffnet worden war. *Savigny* wandte sich im selben Jahr in seiner noch berühmteren Schrift *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* gegen *Thibauts* Forderung nach der Schaffung eines BGB.

[122] *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts I, § 256 (S. 189 f.).

[123] Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 43 (S. 52 f.). Daraus lässt sich ohne weiteres auch eine Anerkennung von „geistigem Eigentum“ herauslesen.

chen“ erweitert wissen, um somit *ideell* und *räumlich* begrenzte Rechtsobjekte gleichzustellen und allen wirtschaftlich relevanten Rechtsgütern Sachqualität zuzuweisen.[124]

Das enge Verständnis des Begriffs „Sache“ als „körperlicher Gegenstand“ war im deutschen Recht (im weitesten Sinne) indes nicht immer vorherrschend – vor allem darauf hatte *Gierke* auch abgestellt – und ist auch verschieden von anderen Regelungen des deutschen Rechts sowie in anderen europäischen Rechtsordnungen. So findet sich in der Zivilprozessordnung von 1877 etwa die Formulierung der „körperlichen Sachen“ als Überschrift zu Untertitel 2 und in § 808 Abs. 1, was darauf schließen lässt, dass insoweit auch von der Existenz unkörperlicher Sachen ausgegangen wurde. Sache wurde hier augenscheinlich eher im Sinne von Gegenstand und also als Überbegriff für körperliche und unkörperliche Sachen verstanden. Mit der Definition in § 90 BGB lässt sich die Formulierung in der gegenüber dem BGB älteren ZPO daher nicht in Einklang bringen. Auch der Dresdener Entwurf des BGB aus dem Jahr 1865[125] enthielt einen Sachbegriff, der weitergehend die Bedeutung von Rechtsobjekt – also Gegenstand – hatte.[126]

Johow hat in seinem Vorentwurf des Sachenrechts für die 1. Kommission auf eine Legaldefinition des Begriffs Sache gänzlich verzichtet. In den „Allgemeinen Bestimmungen“ zum Sachenrecht heißt es in § 1 BGB-Vorl schlicht: „Die über Sachen gegebenen Vorschriften finden auf Rechte nur nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Vorschriften Anwendung“. In seiner Begründung des Vorentwurfs verweist er jedoch auf *Savignys* Ansicht dazu und betont die Vorteile dieses engen Verständnisses,[127] wie in den (seinerzeit unveröffentlichten) „Grundsätze[n] für die Bearbeitung des Sachenrechts“, wo er unter Ziff. 2 feststellt, dass unter „Sache“ nur „ein räumlich begrenzter Theil der unfreien Natur zu verstehen sein [soll]“.[128] *Johow* wendet sich insbesondere gegen „irregehende Theorien“, die ein weitergehendes Begriffsverständnis enthalten, wie die Regelungen des ALR,[129] auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

1. *Der Sachbegriff im ALR*

Als ein zeitlich gesehen wichtiger Vorläufer des BGB bestimmte das ALR in I 2 §§ 1–3 folgendermaßen über den Begriff „Sache“:

---

[124] Vgl. Gutachterliche Äußerungen III, S. 14.

[125] Siehe zum Dresdener Entwurf des BGB und zu dessen Vorbild, dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, *Buschmann*, JuS 1980, 553, 558.

[126] Vgl. dazu *Johows* Kritik in Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 144.

[127] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 144.

[128] Vgl. den Abdruck dieser Grundsätze in Schubert/*Schubert*, Vorlagen Sachenrecht I, S. XXIX.

[129] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 142 ff.

„§ 1: Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann.

§ 2: Auch die Handlungen des Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechts ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen.

§ 3: Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Übereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann.“

An dieser Definition ist nicht nur das weite Begriffsverständnis von einer Sache bemerkenswert, so war etwa elektrischer Strom eine Sache in diesem Sinne[130], sondern auch die Tatsache, dass dabei die Rede ist von „Rechten“, die selbst Gegenstand eines „anderen Rechts“ sind (§ 2). Das ALR hatte also offenbar kein Problem damit die Existenz von Rechten an Rechten anzuerkennen. Zu beachten ist bei dieser gegliederten Definition[131] aber, dass sie von zwei Sachbegriffen ausgeht, einem allgemeinen (in §§ 1, 2) und einem „im engeren Sinne“ (in § 3). Dabei kann aber nur letztere Definition mit § 90 BGB verglichen werden, denn durch das weitere Verständnis in den folgenden Paragraphen wird im Ergebnis nicht der Begriff „Sache“, sondern wird vielmehr der des „Gegenstands“ näher definiert und enger gefasst.

Aber auch bei dieser Lesart ist das Verständnis des ALR davon, was „Sache“ sein kann, wesentlich weiter, als dies im BGB der Fall ist. Denn gefordert wird zwar eine „Selbständigkeit“ und damit Dauerhaftigkeit der Existenz, nicht aber eine *Körperlichkeit*, wie in § 90 BGB. Die Forderung des „vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann“, ist dabei so zu verstehen, dass über die notwendige Bedingung einer Zuordnung des Gegenstands (dazu sogleich) zudem eine Absolutheit gegeben sein muss, mit der die Existenz der Sache gegenüber Eingriffen „der Menschen“ verteidigt werden kann. Diese Absolutheit konnte sich aus der Natur der Sache selbst ergeben, aus einer Parteivereinbarung oder aus gesetzlichen Regelungen. Dies zeigt, wie auch die allgemeine – und weite – Definition in § 1, dass die Definition des Begriffs Sache im ALR durchaus auch ein einschränkendes Element enthält, also im Ergebnis *auch* ein enges Verständnis. Denn in keinem Fall ist die reine Existenz eines

[130] Vergleiche die auf Grundlage des ALR ergangene Entscheidung RGZ 17, 269, nach der elektrischer Strom Gegenstand eines Liefervertrags sein konnte. Das Gericht stellt explizit klar, dass „der Begriff der Sache … im Sinne des § 1 A.L.R. I. 2 … nicht auf körperliche Sachen einzuschränken [sei]“. Vielmehr sei entscheidend, ob die in Rede stehende Sache „eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann“, a.a.O. S. 272. Hierbei nimmt das RG offenbar an, der elektrische Strom sei „Gegenstand eines dauernden Rechts“, was aber nicht überzeugen kann. Denn es handelt sich um eine vertragliche Lieferbeziehung und Gegenstand der Forderung aus dem Vertrag ist nicht der „elektrische Strom“. An diesem unkörperlichen Gegenstand selbst besteht also gerade kein Recht, erst recht kein „dauerndes“.

[131] *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 290 mit Fn. 8.

Gegenstands ausreichend, um „Sache“ sein zu können. Zusätzlich muss vielmehr – selbst nach dem weiten Verständnis des § 1 – eine Zuordnung des Gegenstands zum Vermögen eines Rechtssubjekts möglich sein.

Dass im gemeinen Recht auch ansonsten ein eher weites Begriffsverständnis für „Sache“ vorherrschend war, wird etwa auch durch das Sächsische BGB von 1865 verdeutlicht. Dort hieß es in § 58 schlicht: „Sachen jeder Art können Gegenstand eines Rechtes sein, soweit sie nicht dem Verkehre entzogen sind. (§§ 793, 2408 bis 2410)“. Im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811 findet sich ebenfalls ein solches weitgehendes Verständnis. „Sache“ sind dort „[a]lle Dinge, welche zum Gebrauche des Menschen dienen könnten, also auch Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, werden unter dem Namen von Sachen begriffen“.[132] Es kommt dahingehend also sogar zur Gleichsetzung von Sachen und Rechten. Unterschieden wird ferner – in § 4 (I 9) Bay. BGB-E – zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen, wobei insoweit eine Gleichbehandlung angeordnet wird, soweit es keine abweichenden Regelungen gibt.[133] Eine Begründung für diese Entscheidung findet sich in den Motiven nicht. Dort wird nur knapp klargestellt, dass für das „Sachenrecht“, den „Zweiten Theil des Revidirten Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis“, einleitend notwendig „der Grund zum Sachenrechte gelegt, also zuerst der Begriff von Sache fixiert [werden musste]“.[134]

2. *Kritik am Sachbegriff und die Arbeiten der Kommissionen*

Die Einengung des Begriffs „Sache“ in den verschiedenen Entwürfen des BGB blieb freilich nicht unwidersprochen. Wie bereits erwähnt kritisierte namentlich *Gierke* die „materialistische Verunstaltung des Sachbegriffs“[135], also die Fixierung auf – allein – materielle Wirtschaftsgüter, und forderte eine Ausdehnung des Sachbegriffs auf – wie er es nennt – unkörperliche Sachen.[136] Er selbst definierte diese als einen „ideell begrenzten Ausschnitt aus den zur rechtlichen Beherrschung geeigneten Beziehungen der äußeren Güterwelt“.[137] Nicht verstanden werden darf der von ihm verwandte (Teil-)Begriff Sache freilich mit der Definition des § 90 BGB, die er ja gerade ablehnte. Nach heutigem Verständnis ist *Gierkes* Verständnis von „Sache“ eher mit „Gut“ gleichzusetzen, wobei er sich selbst gegen diesen Ausdruck verwehrt.[138] Ein taugliches Vorbild für das BGB sah *Gierke* insbesondere im eben dargestellten Sachbegriff des ALR.

---

[132] § 1 (I 1) Bay. BGB-E. Vgl. den Abdruck bei *Demel/Schubert*, Entwurf eines BGB für Bayern, S. 129.

[133] Vgl. den Abdruck bei *Demel/Schubert*, Entwurf eines BGB für Bayern, S. 131.

[134] Vgl. *Demel/Schubert*, Entwurf eines BGB für Bayern, S. 242.

[135] So fasst es *Becker*, Die „res“ bei Gaius, trefflich zusammen, a. a. O. S. 18.

[136] Vgl. Äußerungen zum Sachenrecht, S. 14; Äußerungen zum Allgemeinen Teil, S. 28.

[137] *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, § 31 II (S. 270).

[138] *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, § 31 II mit Fn. 10 (S. 272). Auf die „Gutseigenschaft“

Die Kommissionen zeigten sich freilich von dieser wie auch von sonstiger Kritik an der Definition des Begriffs Sache unbeeindruckt und hielten an der insbesondere auf *Savigny* und *Windscheid* zurückgehenden Sichtweise fest. Dies führte im Ergebnis zu den bereits dargestellten Auseinandersetzungen, beginnend mit dem im BGB nicht definierten Begriff Gegenstand. Beibehalten wurden im endgültigen BGB – wie gezeigt – auch die angesprochene uneinheitliche Verwendung des Begriffs Gegenstand sowie die teilweise Vermischung der Begriffe Gegenstand, Recht und Sache.

Johow, der von der 1. Kommission unter anderem für den Entwurf des Sachenrechts eingesetzte Redaktor, setzt sich aber durchaus mit dem Begriff „Sache“ auseinander. Er beginnt seine Feststellungen aber sogleich mit *Savignys* Definition[139] und legt damit quasi den Grundstein für die spätere Übernahme dieses Begriffsverständnisses in das Gesetz, ohne diese Sichtweise in Frage zu stellen. Aus seiner Sicht war dies aber durchaus konsequent, denn er strebte – gerade auch in Auseinandersetzung mit den Regelungen in anderen Rechtsordnungen, wie dem ALR, dem österreichischem BGB und dem Code civil, sowie dem römischen Recht und dem zum Teil verwirrenden Sprachgebrauch in der Literatur –[140] die Schaffung eines „einfachen und klaren Sachenrechts“ an. Er wollte sich dabei – wie *Savigny* – auf ein Begriffsverständnis von „Sache“ stützen, welches auch dem allgemeinen Sprachgebrauch zugrundelag.[141] Ein wichtiger Grund dieser Fixierung auf körperliche Gegenstände lag dabei in der Annahme begründet, dass nur solche „Dinge“ der Beherrschung durch den Menschen – also durch Rechtssubjekte – zugänglich seien, was wiederum als konstituierendes Merkmal des Sachenrechts überhaupt angesehen wurde.[142]

Da es in der Rechtswirklichkeit aber unbestreitbar noch andere Phänomene gibt als ausschließlich körperliche Gegenstände – insbesondere Rechte –, haben sich die Verfasser des BGB daher nach allgemeiner Ansicht im Ergebnis dafür entschieden, den Begriff Gegenstand als Oberbegriff für Sachen und Rechte zu verwenden. Ebenso wie für der Verwendung des Begriffs „Gegenstand“ schon beschrieben, wird aber auch diese Systematik nicht immer konsequent durchgehalten und häufig kommt es geradewegs zu einer Vermischung der Begriffe.

Bemerkenswert ist insoweit etwa der Sprachgebrauch in Titel 17 des BGB zur Bruchteilsgemeinschaft, die auch im Folgenden in dieser Untersuchung noch eine Rolle spielen wird. Dort ist zunächst in § 741 die Rede davon, dass, wenn ein „Recht“ mehreren gemeinschaftlich zusteht, die §§ 742 bis 758 Anwendung

---

stellt dagegen *Kohler*, Das Autorrecht, ab, der feststellt, „das Recht hat es nicht mit Stoffen, sondern mit Gütern zu thun“, a. a. O. S. 66 f. Die Unterscheidung der Güter in „körperliche“ und „unkörperliche“ hält er dabei nicht für maßgeblich.

[139] Vgl. Vorlagen Sachenrecht I, S. 125 unter Hinweis auf *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, §§ 53 ff.

[140] Vgl. Vorlagen Sachenrecht I, S. 141 ff.

[141] Vgl. Vorlagen Sachenrecht I, S. 144.

[142] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 125 ff.

finden. Im Folgenden, etwa in § 743 Abs. 2 und § 744 ist dann aber von „gemeinschaftlichem Gegenstand“ bzw. nur noch von „Gegenstand“ die Rede. Damit kann aber keine Erweiterung auch auf Sachen gemeint sein, weil Gegenstand einer Bruchteilsgemeinschaft immer ein Recht ist.[143] Bezieht sich das Recht auf eine Sache, ist dies Miteigentum i. S. von § 1008 BGB. Die Bruchteilsgemeinschaft besteht dann am Eigentums*recht*.[144] Nach den BGB-Materialien wurde die Formulierung „gemeinschaftlicher Gegenstand“ deshalb gewählt, weil die Vorschriften über die Gemeinschaft auch weitergehend anzuwenden sein können, etwa auf den „(gutgläubigen) Besitz und [die] Innehabung“. Ferner habe sich der Entwurf des BGB bewusst einer Aussage darüber enthalten, was Gegenstand einer Gemeinschaft sein kann und hat dies insbesondere nicht auf „Vermögensgegenstände“ beschränkt. Vielmehr werde eine weitergehende – gegebenenfalls analoge – Anwendung der Vorschriften über die Gemeinschaft „der Wissenschaft und Praxis“ überlassen.[145]

Aus den Protokollen der 2. Kommission geht freilich hervor, dass über die genannten Begrifflichkeiten durchaus kontrovers diskutiert wurde. Letztendlich wurden aber Anträge mit dem Inhalt, den Begriff „Rechte“ in (nunmehr) § 741 BGB durch „Gegenstand“ zu ersetzen, abgelehnt.[146] Begründet wurde dies damit, dass „Fälle denkbar seien, in denen nicht sowohl das Recht als nur der Gegenstand als gemeinschaftlich angesehen werden könnte, z. B. wenn Eigenthum und Nießbrauch an einer Sache in der Weise zusammentreffen, dass der Nießbrauch nur an einem Bruchtheile der Sache bestehe“.[147] Für letztere Konstellation sahen aber bereits die Protokolle „keine erhebliche praktische Bedeutung“,[148] so dass die Vermischung der Begriffe allenfalls nur mit dieser „Offenhaltung“ der Vorschriften für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs nachvollziehbar zu erklären ist, wenn auch nicht im Hinblick auf Sachen, so doch jedenfalls auf „sonstige Gegenstände“.

Ganz konkret hat der enge Sachbegriff des BGB – und untrennbar damit verbunden der enge Eigentumsbegriff – aber dazu geführt, dass im BGB überhaupt ein Nießbrauch an Rechten eigenständig geregelt wurde. Denn die Tatsache, dass, wie nach römisch-rechtlichem Vorbild, ein Nießbrauch an den einzelnen Bestandteilen eines Vermögens möglich sein sollte, war unbestritten.

---

[143] Zu diesem allgemeinen Grundsatz siehe schon Mugdan, Motive II, S. 873; vertiefend zur Bruchteilsgemeinschaft *Madaus*, AcP 212 (2012), 251. Anders *Becker*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 54, der aufgrund eines anderen als dem hier noch darzustellen Ansatzes zur Zuordnung von Gütern (dazu noch unten C.) von der Geltung der §§ 741 ff. BGB auch für Sachen ausgeht.

[144] MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 11 (Hervorhebung nicht im Original). Zum Nießbrauch am Eigentumsrecht noch unten C. I.

[145] Mugdan, Motive II, S. 873 f.

[146] Mugdan, Protokolle II, S. 3063.

[147] Mugdan, Protokolle II, S. 3063 f.

[148] Mugdan, Protokolle II, S. 3064 f.

Nach den Motiven war die 1. Kommission aber skeptisch dahingehend, die Regelungen zum Sachnießbrauch gerade aufgrund des beschriebenen Begriffsverständnisses einfach auf den Nießbrauch an Rechten (analog) zu übertragen.[149] Daher war insoweit eine eigenständige Regelung notwendig.

3. Der Sachbegriff in anderen Zivilrechtsordnungen

Im österreichischen Zivilrecht ist man bei der Bestimmung des Begriffs Sache einen anderen Weg gegangen. So definiert das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811 in § 285 eine Sache „im Rechtlichen Sinne“ als „alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauch der Menschen dient“. Das Gesetz begnügt sich jedoch nicht mit dieser denkbar weiten Definition, sondern unterscheidet zunächst in § 291 zwischen körperlichen und unkörperlichen, beweglichen und unbeweglichen, verbrauchbaren und unverbrauchbaren sowie zwischen schätzbaren und unschätzbaren Sachen. Erst danach wird in § 292 der Begriff des Rechts als Unterkategorie definiert, denn dies sind schlicht die unkörperlichen Sachen im Gegensatz zu den körperlichen, „welche in die Sinne fallen“. Bei dieser Definition tritt also der Begriff „Sache“ als Ausgangspunkt aller insoweit durchzuführenden Begriffsbestimmung an die Stelle des im BGB verwandten Begriffs Gegenstand und nimmt die Stellung des Oberbegriffs ein. Anders als im BGB kann zudem gem. § 353 ABGB Eigentum sowohl an körperlichen als auch an unkörperlichen Sachen (also Rechten) bestehen.

Weniger gravierend sind die Unterschiede zum deutschen Recht jedoch, wenn man sich die §§ 307, 308 ABGB betrachtet. Denn nach der zunächst getroffenen Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Sachenrechten – letztere sind nichts anderes als Forderungen[150] – wird klargestellt, dass tatsächlich nur die dinglichen Sachenrechte eigentumsfähig sind (§ 308 ABGB). Dies sind aber gem. § 307 ABGB ausschließlich „Rechte, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen“, also absolute Rechte. Insgesamt gilt daher, dass auch im ABGB die sachenrechtlichen Normen auf körperliche, tatsächlich beherrschbare Gegenstände zugeschnitten sind[151] und dass daher ein konzeptioneller Unterschied zu den Regelungen des BGB nur in engen Grenzen tatsächlich vorhanden ist. Wichtigster Unterschied bleibt freilich die Anerkennung der Existenz von „unkörperlichen Sachen“, wobei durch die Regelungen des ABGB-Sachenrechts auch deutlich wird, dass diese eben doch nicht wie „körperliche Sachen“ behandelt werden können.

Einmal mehr wird somit auch an den Regelungen des ABGB deutlich, wie schwer die Definition allgemeingültiger Begriffe ist und aufbauend darauf die

---

[149] Mugdan, Motive III, S. 538.
[150] *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 290 f.
[151] *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 291.

Schaffung eines stringenten, in sich widerspruchsfreien Begriffssystems. Denn es gibt eben augenscheinlich beträchtliche Unterschiede innerhalb einer denkbaren Vielzahl von „Dingen“, die unbeschadet dessen unter einem Begriff zusammengefasst werden sollen, um Normen allgemeingültig und vor allem handhabbar zu formulieren.

Dem Schweizer Zivilrecht liegt wenn auch nicht unmittelbar in Bezug auf den Begriff „Sache“[152] so doch betreffend des Eigentums ein weites Verständnis zugrunde. Denn Gegenstand des Fahrniseigentum können gem. Art. 713 ZGB nicht nur „die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen“ sein, sondern auch „die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören“.

4. Sachbegriff und Körperlichkeitsdogma in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

a. Vorbemerkung

Nach Einführung des BGB mit dem engen Sachbegriff zeigt sich exemplarisch gerade an (frühen) reichsgerichtlichen Entscheidungen, wie schwer sich die Rechtsprechung mit einer Ausweitung des Verständnisses getan hat. Denn auf Grund der klaren Definition des Gesetzes (in § 90 BGB) kann für eine ausdehnende Auslegung kein Raum bleiben,[153] was wiederum die Bedeutung des Sachbegriffes für die Entwicklung der Rechtsprechung auch über das Sachenrecht hinaus eindrucksvoll zeigt. Das RG folgte in seiner Rechtsprechung dem durch den engen Sachbegriff vorgegebenen Körperlichkeitsdogma des BGB-Sachenrechts, was vor allem an der (Nicht-)Anerkennung bestimmter Rechte als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB deutlich wird. Beispielhaft seien das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht genannt. Erst der BGH hat hier für „Entspannung“ gesorgt und den deliktsrechtlichen Schutzbereich entsprechend erweitert.

Deliktsrechtlich – absolut – geschützt sind durch § 823 Abs. 1 BGB „das Leben, de(r) Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum“. Im Anschluss daran folgt eine Erweiterung und somit Öffnung des Schutzbereichs auf „ein sonstiges Recht“. Wobei diese Formulierung insoweit schon missverständlich ist, als es sich bei den aufgezählten Schutzgütern „Leben“, „Körper“ und „Gesundheit“ gerade nicht um Rechte handelt, was den Verfassern auch bewusst war. So heißt es dahingehend schon in den Motiven, dass „mit Recht bezweifeln werden könne, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können“. Gerade sie sollen aber – und wohl eben deswegen – „eines Schutzes bedürfen“.[154] Es handelt sich vielmehr um Rechts*güter*, weil diese – anders als

[152] Eine dahingehende Definition findet sich im ZGB nicht.
[153] So RGRK-BGB/*Kregel,* § 90 Rn. 29.
[154] Mugdan, Motive II, S. 728

Rechte – ihrem Träger durch die Rechtsordnung nicht zugeordnet sind,[155] sondern bereits qua Existenz zukommen. Die Formulierung „sonstiges Recht“ kann sich daher von vornherein nur auf das genannte „Eigentum“ beziehen, was auch fraglos ein Recht ist.

Wie im Folgenden noch erörtert werden wird, liegt den fünf genannten Begriffen unbeschadet dessen aber insgesamt ein körperliches Verständnis dessen zugrunde, was im Ergebnis geschützt werden soll. Dies gilt selbst für den abstrakten Begriff der „Freiheit“, denn dieser ist unmittelbar – und denkbar konkret – auf die Freiheit des individuell betroffenen Menschen bezogen, gerade verstanden als *körperliche* (Bewegungs-)Freiheit.[156] Dieser Bezug auf das Physische gilt ebenso für die Begriffe „Leben“, „Körper“ und „Gesundheit“.[157] Dagegen ist der Bezugspunkt des „Eigentums“ selbsterklärend, wobei insoweit freilich wiederum die Gleichsetzung des Rechts Eigentum mit seinem Bezugsobjekt (Sache als körperlicher Gegenstand i. S. von § 90 BGB) durchscheint.

Ausgangspunkt dieser Problematik der Bestimmung des Schutzbereichs von § 823 Abs. 1 BGB und einer möglichen Erweiterung desselben, ist die Entscheidung des Gesetzgebers, keine deliktische Generalklausel in das BGB aufzunehmen, sondern die geschützten Rechte (und Rechtsgüter) enumerativ aufzuzählen, um keine allgemeinen Vermögensschäden unter § 823 Abs. 1 BGB fallen zu lassen.[158]

b. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“

Das beschriebene Körperlichkeitsdogma als bereits Grundentscheidung des BGB-Gesetzgebers wurde vom RG respektiert und konsequent beachtet, was für die genannten „sonstigen Rechte“ zu einem langwierigen Anerkennungsprozess führte, der nicht frei von dogmatischen Brüchen war. Dabei ist etwa die Anerkennung eines „Recht(s) am eingerechneten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als Recht oder jedenfalls eigenständiger Schutzgegenstand älter als das BGB. Sie geht zurück auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu Sachverhal-

---

[155] *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 76 I 1 a) (S. 374); *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 27 f.

[156] Vgl. nur *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 142; *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 101 f. Kritisch zu dieser Verengung des Freiheitsbegriffs aber etwa *Leinemann*, Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, S. 82 ff.

[157] Umfassend zum Inhalt dieser Rechtsgüter und deren Verhältnis zueinander *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 27 ff., 143 ff.

[158] Vgl. dazu *Reinhardt*, JZ 1961, 713; MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 75 m. w. N. Anders noch die Formulierung im Vorentwurf der 1. Kommission, denn dort hieß es: „Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung – Thun oder Unterlassen – einem Anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Ersatze desselben verpflicht“, vgl. den Abdruck des § 698 BGB-KE bei *Schubert,* Anlagen: Entwürfe, S. 188. Der endgültige Entwurf der 1. Kommission (§ 704-BGB-E I) wich davon nur unwesentlich ab, a. a. O. S. 849. Siehe zur Gesetzgebungsgeschichte auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 473 ff.; *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 95 ff.

ten aus dem Umkreis des unlauteren Wettbewerbs, namentlich aus den hierfür typischen Bereichen der ungerechtfertigten Schutzrechtsverwarnung und des Boykottaufrufs.[159] Wobei die Anwendung des Lauterkeitsrechts dabei jedoch zumeist am fehlenden konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien scheitert.[160] Um den betroffenen Unternehmen einen Schutz jedoch nicht gänzlich zu versagen, haben die Gerichte seit dem späten 19. Jahrhundert versucht, diese Sachverhalte über die Regelungen des Deliktsrechts zu lösen.[161]

In der noch vor Schaffung des BGB ergangenen Entscheidung „Angostura-Bitter“[162] hatte das RG über eine Schutzrechtsverwarnung zu entscheiden, die auf ein tatsächlich nicht vorhandenes Warenzeichenrecht gestützt wurde. Das Gericht gab der Klage des angegriffenen Unternehmers statt mit dem Hinweis, dass der verwarnende Beklagte diesem durch den Vorwurf einer Schutzrechtsverletzung nicht nur „ehrverletzend zu nahe getreten“ sei, sondern ihn zugleich „ohne Rechtsgrund in rechtlich erlaubten gewerblichen Verfügungen“ gestört habe.[163] In der Entscheidung „Börsenverein I“ hat das RG einige Zeit später einen deliktischen Anspruch eines Gewerbetreibenden gegen den Börsenverein des deutschen Buchhandels bejaht. Letzterer hatte seinen Mitgliedern zur Wahrung eines einheitlichen Preisniveaus satzungsgemäß vorgeschrieben, so genannte „Schleuderer“ nicht zu beliefern. Mitgliedern, die das Gebot missachteten, wurde mit dem Ausschluss aus dem Verein und der Aufnahme in die „schwarze“ Liste gedroht. Hiergegen wandte sich der von dem Boykottaufruf betroffene Buchhändler. Das RG betonte zwar, dass grundsätzlich aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit keine „Unantastbarkeit des freien Spiels wirtschaftlicher Kräfte in dem Sinne [folge], dass den Gewerbetreibenden der Versuch untersagt wäre, im Wege genossenschaftlicher Selbsthilfe die Betätigung dieser Kräfte zu regeln und von Ausschreitungen, die für schädlich erachtet werden, abzuhalten“. Jedoch habe der Gewerbetreibende einen Anspruch auf „Achtung [seiner] Persönlichkeit, [seines] Gewerbebetriebs und der Freiheit der gewerblichen Tätigkeit“.[164]

---

[159] Demgegenüber ließ die verfassungsrechtliche Anerkennung dieses Rechts als Schutzrecht gegenüber Eingriffen des Staates im Rahmen des Art. 14 GG erheblich länger auf sich warten. Insbesondere war die Einordnung als wohlerworbenes Recht (Art. 75 Einleitung ALR) bzw. als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum (Art. 153 Weimarer Reichsverfassung) abgelehnt worden, vgl. RG JW 1906, 163; RGZ 61, 9, 12 und umfassend *Meyer-Abich,* Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, S. 78 ff.

[160] Siehe zu diesem Tatbestandsmerkmal im Lauterkeitsrecht Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 2 Rn. 96 ff.

[161] Vgl. die Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung bei *Fikentscher*, in: FS Kronstein, S. 261, 271 ff.; *Sack,* Der Gewerbebetrieb, S. 3 ff.; MüKo-UWG/*Ann/Hauck,* Grundl Rn. 75 ff.

[162] RGZ 22, 93.

[163] RGZ 22, 93, 96 – Angostura Bitter.

[164] RGZ 28, 238, 242 ff. – Börsenverein I. Umfassend dazu, auch zu den Entscheidungen der Instanzgerichte, *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 407 ff.

Das RG führte diese noch auf der Grundlage des ALR erfolgte Rechtsprechung auch unter Geltung des dann neuen BGB fort. In seiner grundlegenden „Juteplüsch“-Entscheidung[165] erkannte das RG unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als „sonstiges Recht“ i. S. des § 823 Abs. 1 BGB an. Erneut hatte ein Fall der ungerechtfertigten Schutzrechtsverwarnung zugrunde gelegen. In der Entscheidung folgte das RG dem Verlangen des Verwarnten und führte zur Frage des Schadenersatzes aus:

„dass … an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Recht anzuerkennen sei, ist schon in mehreren Entscheidungen verschiedener Senate angenommen worden … . Dadurch, dass es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um die freie Willensbetätigung handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 BGB fallende Rechtsverletzung angesehen werden.“[166]

In diesen Ausführungen ist der Versuch des RG unübersehbar, das von ihm vor Inkrafttreten des BGB faktisch geschaffene „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“, das es nicht ohne Finesse in den Katalog der Rechte des § 823 Abs. 1 BGB eingereiht hatte, dadurch sachgerecht einzugrenzen und somit überhaupt dessen Existenz zu rechtfertigen, dass es die Richtung des Eingriffs unmittelbar „gegen den Bestand“ des Gewerbebetriebs forderte, was alsbald zur ständigen Rechtsprechung wurde.[167] Ein Eingriff war daher nur dann rechtserheblich, wenn der Rechtsinhaber das beeinträchtigende Verhalten der anderen nicht tragen und hinnehmen musste.[168] Dies erinnert an die Formulierung einer Eingriffsschwelle, die es so vordem nicht gab. Nicht zu verkennen ist insoweit das Bemühen des Gerichts, über die Betonung der Notwendigkeit eines „unmittelbaren“ Eingriffs gegen „den Bestand“ des Gewerbebetriebs nichts weniger als ein Körperlichkeitserfordernis aufzustellen, um eine Vergegenständlichung des Schutzobjekts – also eine Eigentumsnähe – zu konstruieren.

Weniger Berührungsängste hatte dagegen der BGH, der in seiner Rechtsprechung das vom RG noch wie beschrieben denkbar eng verstandene „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ über einen reinen Bestandsschutz hinaus zu einem umfassenden Funktionsschutz fortentwickelte.[169] Frei-

[165] RGZ 58, 24.
[166] RGZ 58, 24, 29 f. – Juteplüsch.
[167] So ausdrücklich bspw. RGZ 73, 107, 112 – Rabattverein; RGZ 77, 217, 219; RGZ 102, 223, 225 – Kreisabdeckerei; RGZ 128, 134, 146; i.E. ebenso RGZ 119, 435, 438.
[168] *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 420 f.
[169] Vgl. die Darstellung bei MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 81 ff.

lich hat (auch) diese Entwicklung vor allem aufgrund ihrer dogmatischen Schwächen erhebliche Kritik erfahren, und es werden zunehmend Stimmen lauter, die sich insgesamt gegen die Anerkennung eines solchen Rechts als ein „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB aussprechen.[170]

Diese Kritik zeigt vor allem die Probleme auf, die aus der enumerativen Aufzählung der geschützten Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB resultieren und insbesondere aus dem Begriff des „sonstigen Rechts“. Denn dies wird eben in der Regel als ein dem Eigentum vergleichbares Recht verstanden, mit einem Recht also, das eine entsprechende Ausschlussfunktion besitzt,[171] da der Norm eben unverkennbar eine Fixierung des Gesetzgebers auf das Eigentum als Archetyp eines deliktsrechtlich geschützten absoluten Rechts und somit das genannte Körperlichkeitsdogma zugrundeliegt.[172] Dies führt dazu, dass ein wie auch immer verstandenes „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ nicht als absolutes Recht geschützt sein kann, sondern dass allenfalls Eingriffe in das Eigentum des Unternehmensträgers und in dem Eigentum vergleichbare körperliche (!) Gegenstände von dieser deliktsrechtlichen Vorschrift erfasst werden.

Geführt wird dieser Streit zwar – zugegeben – in der Regel als Auseinandersetzung über die Frage, ob § 823 Abs. 1 BGB auch reine Vermögensinteressen schützen soll, was vor allem mit dem Hinweise, der BGB-Gesetzgeber habe gerade keine „große“ deliktische Generalklausel schaffen wollen, abgelehnt wird (s.o.). Überzeugender ist insoweit aber darauf abzustellen, dass es dem Gesetzgeber weniger um den Ausschluss dieses Schutzobjekts ging, als vielmehr um die Tatsache, dass bestimmte Verletzungshandlungen – nämlich *fahrlässige* Vermögensbeeinträchtigungen – nicht erfasst werden sollten.[173] Ferner ist es vom Wort „Vermögensschutz“ nicht weit zum Begriff des „Vermögens“, der – wie gezeigt – für *Sohm* und mehr noch für *Thur* der Ausgangspunkt war für grundlegende Arbeiten zum Gegenstandsbegriff. Gerade die reservierte Haltung des RG gegenüber einer Erweiterung des § 823 Abs. 1 BGB zu einer umfassend vermögensschützenden Vorschrift zeigt, dass sich die Begriffe „Gegenstand“, „Sache“ und „Recht“ nicht von dem des „Vermögens“ trennen lassen. Wobei damit kein Erkenntnisgewinn verbunden ist, vor allem nicht für diese Untersuchung, denn dieser Begriff ist letztlich noch „unjuristischer“ und weniger handhabbar als es die vorgenannten Begriffe sind.

---

[170] Vgl. vor allem *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 81 III, IV (S. 517 ff.); *Sack*, Der Gewerbebetrieb S. 140 ff.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 430 ff., 437 ff.

[171] Siehe nur RGRK-BGB/*Steffen*, § 823 Rn. 26; MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 143; Beck'scherOK-BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 72; grundlegend schon RGZ 57, 353, 356; RGZ 82, 206, 213.

[172] So überzeugend *Brüggemann*, Deliktsrecht, Rn. 214.

[173] Vgl. etwa MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 247. Zum Vermögensschutz über § 823 Abs. 2 und § 826 BGB siehe *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 249 ff., 429 ff.

Unbeschadet des Streits um eine Anerkennung des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ – oder besser „Rechts am Unternehmen“[174] – ist ein solches Recht jedoch nicht nießbrauchsfähig. Denn es fehlt schlicht an der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit *isoliert* vom Unternehmen als Rechts- und daher Schutzobjekt selbst, was wegen § 1069 Abs. 2 BGB aber notwendige Bedingung ist. Der Rechtsträger des Unternehmens als Inhaber des Rechts – und somit als Rechtssubjekt – kann auf dieses Recht nicht durch Verfügung einwirken.[175] Auch wenn das Recht daher nutzbar im Sinne von § 100 BGB sein kann, denn auch bloßer Abwehrrechte, die aus dem Besitz einer Sache bzw. der Innehabung eines Rechts resultieren, sind als Gebrauchsvorteil anzuerkennen,[176] ist es nicht belastbar.

c. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Körperlichkeitsproblematik

Vergleichbar lässt sich der Umgang des RG mit dem Körperlichkeitsdogma des BGB für „sonstige Rechte“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB auch an einem weiteren Recht belegen, dessen Anerkennung im Ergebnis sogar versagt wurde: das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Denn anders als beim „Recht am Unternehmen“, bei dem das RG zumindest eine gewisse Verdinglichung, also Eigentumsnähe, anerkennen konnte, in dem es insoweit eine „gegenständliche Verkörperung“ des unternehmerischen Willens meinte erkennen zu können,[177] war dies bei der Persönlichkeit des (natürlichen) Rechtssubjekts nicht möglich. Ähnlich wie beim Recht am Unternehmen lässt sich auch aus dieser Überlegung unschwer eine Fixierung auf das Eigentum als Archetyp des deliktsrechtlich geschützten absoluten Rechts herauslesen.[178] Die ablehnende Haltung des RG kulminierte in der Aussage: „ein allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht [ist] dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd“.[179] Das RG behalf sich freilich mit einer extensiven Auslegung von § 826 BGB, um insoweit wenigstens ein gewisses Schutzniveau gewähren zu können. Ausnahmen bildeten auch bestehende son-

[174] Zur nunmehr auch vom BGH anerkannten Erweiterung des Rechts auch auf die Angehörigen freier Berufe (vgl. BGH NJW 2012, 3579 – Ingo Steuer) und der damit notwendigen Erweiterung des Begriffs über gewerbliche Einrichtungen hinaus siehe nur MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 97 ff.

[175] Auch über das Unternehmen als Ganzes kann nicht verfügt werden, sondern lediglich über die einzelnen Rechte, die jeweils Teil der Rechtsgesamtheit „Unternehmen“ sind, auch wenn das Unternehmen als Ganzes Gegenstand schuldrechtlicher Verträge sein kann (vgl. nur RGZ 37, 176, 178; BGH NJW 1968, 392, 393). Zum Streit über das Bestehen eines einheitlichen Nießbrauchsrechts am Unternehmen siehe unten BT Kap. 2 C. II. (S. 286 ff.).

[176] MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 2; OLG Hamburg MDR 1953, 613.

[177] Vgl. exemplarisch RGZ 58, 24, 30 – Juteplüsch.

[178] *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 214.

[179] RGZ 69, 401, 403 f. – Nietzsche-Briefe. Dagegen schon *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, S. 515 ff., auch *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, spricht schon frühzeitig vom „Recht der Persönlichkeit“ als der „Grundlage aller einzelner Rechte und Pflichten (des Rechtssubjekts)“, a. a. O. § 30 (S. 265) und ausführlich zu den Persönlichkeitsrechten in § 81 (S. 702 ff.).

dergesetzliche Vorschriften wie zum Schutz des Rechts am eigenen Bild in §§ 21, 22 KunstUrhG und zum Namensrecht in § 12 BGB.

Eine Wende in der Rechtsprechung brachte insoweit abermals erst der BGH, der dem beschriebenen Dilemma freilich elegant durch eine unmittelbare Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG und somit im gegenüber dem BGB höherrangigeren Recht entgehen konnte.[180] Daher – so der BGH in ständiger Rechtsprechung[181] – sei eine Verortung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB geboten. Ein solcher Ausweg war dem RG nicht beschieden, denn in den jeweiligen Vorgängerverfassungen gab es keine vergleichbaren Regelungen. So fand sich zwar in Art. 151 der Weimarer Reichsverfassung die Erwähnung der Menschenwürde, allerdings im Abschnitt über „Das Wirtschaftsleben“ und daher nur im Zusammenhang mit den Grenzen der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen. Für die Begründung eines absolut geschützten Rechts (oder Rechtsgutes) war diese verfassungsrechtliche Vorschrift nicht tauglich.

Zwingend ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch § 823 Abs. 1 BGB aber keineswegs. Denn wie ein verfassungsrechtlicher Schutzauftrag, hier aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG, zivilrechtlich umzusetzen ist, steht nicht im Grundgesetz.[182] Daher wird auch insoweit die Ansicht vertreten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei kein absolutes Recht. Es sei generalklauselhaft weit gefasst und letztendlich zu unbestimmt. Daher sei es nur „Rahmenrecht“.[183] Die wohl h.M. will aber dennoch an der Einbeziehung dieses Rechts in § 823 Abs. 1 BGB festhalten,[184] während sich andere für die schrittweise Entwicklung neuer, möglichst konkret gefasster Einzeltatbestände aussprechen, etwa eines Rechts am eigenen Wort, auf Nichtbelästigung in der Privatsphäre etc.[185] Ob dies einen Fortschritt oder auch nur einen nennenswerten Unterschied gegenüber der Ausbildung von Fallgruppen auf der Grundlage eines (immerhin) allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, wie es die Rechtsprechung anerkennt, darf freilich bezweifelt werden.[186]

---

[180] Umfassend dazu MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 156 ff., auch zum Streit über diese Verortung und zu den Stimmen, die demgegenüber eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB durch eine Analogie zu den dortigen Rechten und Rechtsgütern befürworten.

[181] Vgl. nur BGHZ 24, 72, 77 – Krankenpapiere; BGHZ 27, 284, 286 – Tonbandaufnahme I. Vgl. zur Kritik daran *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1584.

[182] MüKo-UWG/*Ann/Hauck,* Grundl Rn. 156, so auch *Kläver,* ZUM 2000, 205, 206.

[183] Vgl. etwa *Fikentscher/Heinemann,* Schuldrecht, Rn. 1584. Von einem generalklauselartigen Auffangtatbestand spricht bisweilen auch die Rspr., vgl. BGHZ 24, 72, 78 – Krankenpapiere; BGHZ 50, 133, 143 – Mephisto; BGHZ 80, 311, 319.

[184] So die ständige Rspr. und aus der Lit. etwa Beck'scherOK-BGB/*Bamberger,* § 12 Rn. 95; RGRK-BGB/*Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 5; Palandt/*Sprau,* § 823 Rn. 84 f.

[185] *Larenz/Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 80 I 3 b) (S. 493); Soergel/*Zeuner,* BGB, 12. Aufl. 1999, § 823 Rn. 72 (jeweils m. w. N.).

[186] Siehe dazu MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 156.

5. Sonstige Auswirkungen des Körperlichkeitsdogmas

a. Die Forderung als „sonstiges“ Recht?

Ein ähnlicher Streit wie beim „Recht am Unternehmen“ wird zur Frage geführt, ob Forderungen in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB einbezogen werden sollen. Zwar wird dies – nahezu einmütig – unter anderem mit der Begründung abgelehnt, dass diese nur den Gläubiger berechtigen und den Schuldner verpflichten und daher für Dritte generell unbeachtlich sind. Es fehlt eine eigentumsähnliche Ausschließungsfunktion,[187] was wegen der schon beschriebenen Fixierung des § 823 Abs. 1 BGB auf das Eigentum aber notwendig ist. Es fehlt einer Forderung ferner an der (sozialen) Offenkundigkeit, da schon kein Gegenstand – also ein Rechtsobjekt im oben beschriebenen Sinne – vorhanden ist, der verletzt werden kann.[188]

Etwas anderes soll nach einer im Vordringen befindlichen Meinung aber für die von der Forderung isoliert gedachte Forderungs*zuständigkeit* gelten. Denn dabei geht es nicht um das relative Recht *aus* der Forderung, also im Ergebnis um die Forderung selbst, sondern um ein absolut verstandenes Recht des Gläubigers *auf* die Forderung.[189] Der Gläubiger habe ein solches quasi absolutes Recht, da die Forderung eben ausschließlich ihm zustehe.[190] Dafür spreche weiter, dass der Gläubiger bei einer Beeinträchtigung des Bestands der Forderung vor allem mittels der Drittwiderspruchsklage vorgehen könne. Eine bevorzugte Behandlung des forderungszuständigen Gläubigers sei daher im Gesetz selbst angelegt.[191]

Diese Sichtweise lässt den Versuch erkennen, im Ergebnis nichts anderes als eine Art Eigentumsrecht an der Forderung zu konstruieren, was sich im Ergebnis ebenfalls auf das Körperlicheitsdogma des BGB zurückführen lassen dürfte. Dagegen lässt sich zunächst einwenden, dass bereits die Annahme der Existenz einer von der Forderung verschiedenen Forderungs- oder allgemein Rechtszuständigkeit als eigenständiges Schutzobjekt schwer fällt. Denn eine solche An-

---

[187] Erman/*Schiemann*, BGB, § 823 Rn. 35 f.

[188] RGZ 57, 138, 142; 111, 298, 302; BGHZ 7, 30, 36 f.; Staudinger/*Hager*, § 823 Rn. B 160; MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 160; *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 119 ff.; *Fabricius,* AcP 160 (1961), 273, 301 ff.; *Hauck,* AcP 211 (2011), 626, 643. A.A. *Löwisch,* Deliktsschutz relativer Rechte, S. 61 ff., 137 ff. (jedenfalls für zielgerichtete Verletzungen), *Caemmerer*, in: FS Rabel I, S. 333, 355 f. (Eingriffe in fremde Forderungen seien nichts anderes als Verfügungen über fremdes Eigentum). *Becker,* AcP 196 (1996), 439, 489 sieht einen deliktischen Schutz von Forderungen grundsätzlich als durch § 823 Abs. 1 BGB ermöglicht an, freilich nicht für „jede Störung der obligatorischen Zuordnung“.

[189] *Picker*, in: FS Canaris Bd. 1, S. 1001, 1003 ff.; MüKo-BGB/*Wagner,* § 823 Rn. 161. Dagegen BGH NJW-RR 2005, 673, 674; *Otte*, JZ 1969, 253; *Medicus*, in: FS Steffen, S. 340 ff.; *Kraßer,* Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 119 ff.; Palandt/*Grüneberg*, Einl v § 241 Rn. 5; Erman/*Schiemann,* § 823 Rn. 36.

[190] *Larenz*, Schuldrecht AT, § 33 III (S. 573 f.); *Canaris,* in: FS Steffen, S. 85, 90.

[191] Staudinger/*Hager,* § 823 Rn. B 165; *Hüffer,* ZHR 161 (1997), 869; MüKo-BGB/*Wagner,* § 823 Rn. 161.

nahme kann kaum mehr aussagen als die Feststellung der Tatsache, dass eine subjektive Rechtsposition – etwa eine Forderung – einem Rechtssubjekt zugeordnet ist.[192] Dies ist aber selbstverständlich. Ansonsten wäre zu fragen, wie denn eine Forderung gedacht werden sollte, wenn nicht in der Form der Zuordnung zu einem Berechtigten.[193] Handelte es sich anderenfalls bei der Forderung etwa um ein subjektloses Recht? In der Forderungszuständigkeit daher eine eigenständige und absolut zu schützende Rechtsposition erkennen zu wollen, überzeugt nicht.

Eine andere Ansicht vertritt in jüngerer Zeit aber wohl das LG Köln. Danach soll das Recht auf Nutzung einer Internetdomain – dabei handelt es sich um das Recht aus dem entsprechenden Vertrag mit der DENIC, also um eine Forderung – ein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht sein.[194] Es verweist für diese Ansicht auf einen Beschluss des BVerfG.[195] Dort formulierte das Gericht, dass dem Domaininhaber aus dem Vertragsschluss mit der DENIC e.G. ein Nutzungsrecht an der Domain als eine Position zustehe, die nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zum Eigentum nach Art. 14 GG gehöre, wie dies für alle auf dem Abschluss von Verträgen beruhenden, obligatorischen Forderungen gelte. Zwar seien schuldrechtliche Ansprüche nur gegen den jeweiligen Vertragspartner gerichtet, dem Forderungsinhaber seien sie jedoch ebenso ausschließlich zugewiesen wie das Eigentum an einer Sache.[196]

Das LG Köln verkennt elementar, dass es für die Annahme eines sonstigen Rechts i. S. von § 823 Abs. 1 BGB allein auf die absolute Ausschlusswirkung des Rechts ankommt[197] und eben nicht auf die Zuweisungsfunktion, die Forderungen ja immer aufweisen. Das Gericht kommt damit zu einer Gleichsetzung des Schutzbereichs des Eigentums in Art. 14 GG – nur darüber äußerte sich freilich das BVerfG – mit dem Schutzbereich und der ratio des § 823 Abs. 1 BGB, was aber unzutreffend ist. Denn in § 823 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber eben die Entscheidung getroffen, einige – ausgewählte – Rechte und Rechtsgüter *besonders deliktsrechtlich* zu schützen. Nach zutreffender Ansicht nunmehr auch des BGH ist das „Domainrecht“ daher kein sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB.[198] Denn dieses Recht ist im Ergebnis nichts anderes als der schuldrechtliche Anspruch des „Domaininhabers“ aus der entsprechenden Vereinbarung mit der DENIC, der allein zur Vergabe der second-level-Domains in der Bundesrepublik zuständigen Einrichtung. Die registrierte Domain ist somit ein

---

[192] *Weinmann*, Rechtsnatur der Lizenz, S. 292 f. spricht von einer „Selbstverständlichkeit“.
[193] *Kraßer,* Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 105.
[194] Vgl. GRUR-RR 2013, 254 – Bye Bye.
[195] GRUR 2005, 261 – ad-acta.de.
[196] BVerfG GRUR 2005, 261 – ad-acta.de.
[197] Dazu noch unten Kap. 4 A.
[198] BGH GRUR 2012, 417 Rn. 23 – gewinn.de.

nur relativ wirkendes vertragliches Nutzungsrecht,[199] also eine Forderung des Inhabers gegenüber der DENIC.[200] Im Ergebnis ist daher insoweit allenfalls ein Nießbrauch an einer Forderung möglich.

Dass es sonstige Rechte gibt, die wie das Eigentum *auch* von § 823 Abs. 1 BGB erfasst sind, liegt allein daran – oder hat zur Voraussetzung –, dass diese Rechte eine Ausschlussfunktion besitzen, in die deliktisch eingegriffen wird. Die Zuweisungsfunktion eines Rechts spielt dagegen im Schwerpunkt im Bereicherungsrecht und nicht im Deliktsrecht eine Rolle. Denn Eingriffsobjekt i. S. von § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB kann *jede* vermögensrechtlich nutzbare Position sein, die dem Inhaber zugewiesen ist.[201] Diese Tatsache kann jedoch nicht gleichgesetzt werden mit dem deliktsrechtlichen Schutz *absoluter Rechts*positionen in § 823 Abs. 1 BGB. Denn der Schutzbereich des § 812 BGB ist erheblich weiter als der von § 823 Abs. 1 BGB, da auch die ratio des Bereicherungsrechts eine völlig andere ist: es geht dort um den Schutz von unberechtigten Vermögensverschiebungen und somit um den Schutz des Vermögens an sich, was von § 823 Abs. 1 BGB aber gerade nicht bezweckt wurde. Nur dann, wenn sich der Zuweisungsgehalt eines Rechts in der Ausschlussfunktion gegen jeden Dritten *erschöpfen* würde, ist es (auch) ein sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB.[202] Folgerichtig kann daher etwa die Stellung des Domaininhabers durchaus eine Rechtsposition i. S. von § 812 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB sein,[203] obwohl die Domain selbst kein sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB ist.

b. Zum (berechtigten) Besitz als „sonstiges“ Recht und dessen Nießbrauchsfähigkeit

Nach § 854 BGB wird der „Besitz einer Sache … durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“. „Besitzen“ meint also augenscheinlich etwas Tatsächliches, einen Zustand der Innehabung.[204] Auch ist der

---

[199] Die Berechtigung zur Nutzung des Domainnamens gegenüber der DENIC ist dabei der Inhalt („Gegenstand“) der Forderung.

[200] Dagegen etwa *Krebs/Becker*, JZ 2009, 932, die insoweit sogar für die Annahme einer „teilverdinglichten“ Rechtsposition plädieren, die dann konsequenterweise (weil eigentumsähnlich) auch als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB geschützt wäre. Die Genannten begründen ihre Ansicht u. a. mit der dann leichteren Verkehrsfähigkeit von Domains als Vermögensbestandteil. Dies mag zwar zutreffend sein, kann an der dogmatischen Einordnung als relatives Recht aber nichts ändern.

[201] Siehe etwa BGH GRUR 2010, 817, 819 – Steuervorrichtung. Umfassend dazu *Caemmerer*, in: FS Rabel I, S. 333, 352 ff. Dessen weites Verständnis wird besonders deutlich, wenn er die Bereicherung in sonstiger Weise umschreibt mit allen „Fälle(n), in denen *fremdes Gut gebraucht oder genutzt, verbraucht oder verwertet wird*“ (Hervorh. im Original), a. a. O. S. 352.

[202] Zum Nießbrauch an Forderungen siehe noch unten BT Kap. 4 A.

[203] Vgl. BGH GRUR 2012, 417 Rn. 12 f. – gewinn.de.

[204] *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 76 II 4 f) (S. 396): „rein tatsächliches Gewaltverhältnis“; *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, S. 6: „Einwirkungsmöglichkeit einer Person auf eine Sache“. So auch schon das römisch-rechtliche Verständnis (eam eni rem

wirksame „Erwerb“ des Besitzes von einer Berechtigung unabhängig. So ist der widerrechtlich erworbene Besitz (vgl. § 858 Abs. 1 BGB) ein Besitz i. S. von § 854 BGB, daran vermag auch dessen „Fehlerhaftigkeit“ gem. § 858 Abs. 2 BGB nichts zu ändern. Dies führt – quasi notwendigerweise – dazu, dass der Besitz *rechtlich* nur schwer zu fassen ist, dass insbesondere Unklarheiten darüber bestehen, ob eine solche *Tatsache* überhaupt als ein subjektives Recht angesehen werden kann,[205] oder, falls dies verneint würde, ob nicht jedenfalls der „berechtigte“ Besitz respektive das „Recht zum Besitz“ einer solchen Qualifizierung als „Recht“ zugänglich sind.

Derartige Überlegungen sind auch nicht allein theoretisch von Interesse. Denn sie werden insbesondere relevant, wenn es – wie auch bei den bisher in diesem Kontext besprochenen Rechtspositionen – darum geht, ob es sich dabei um ein „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB handelt. Im Kontext des Nießbrauchs an Rechten ist diese Kategorisierung ferner wichtig zur Beantwortung der Frage, ob es sich beim Besitz um ein belastbares und insbesondere nießbrauchsfähiges Recht handelt. Eine „Verrechtlichung“ des Besitzes kann aber jedenfalls beim mittelbaren Besitz gem. § 868 BGB (etwa des Nießbrauchers) sowie beim Erbenbesitz gem. § 857 BGB angenommen werden,[206] weil dort auf die unmittelbare Sachherrschaft gerade verzichtet wird, eine rechtlich geschützte Stellung des Inhabers aber unbeschadet dessen existiert.

Für die Kategorisierung des Besitzes als „sonstiges Recht“ kann die herrschende Ansicht so zusammengefasst werden – eine dahingehende vertiefende Befassung ist im Kontext dieser Arbeit nicht angezeigt –, dass der berechtigte Besitz einen derartigen Schutz genießen soll.[207] Dies gilt entsprechend für den mittelbaren Besitz.[208] Diejenigen, die dies ablehnen, wollen im Gegenzug jedenfalls das „Recht zum Besitz“ als sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB schützen.[209] Vertreten wird auch, über die Regelungen in den §§ 858 ff. BGB

---

facti, non iuris esse), vgl. Dig. 41.2.1.3 vor allem auch in Unterscheidung zum Recht „Eigentum“ (nihil commune habet proprietas cum possessione, Ulp. Dig. 41.2.12.1).

[205] Dies verneinend *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 76 II 4 f) (S. 396). Umfassend dazu *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, S. 73 ff., der dies im Ergebnis ablehnt, da der Besitz schon kein „Recht“ sei, a. a. O. S. 79, 273. Zu subjektiven Rechten siehe unten Kap. 3

[206] *Lorenz*, JuS 2013, 776.

[207] Siehe nur *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, S. 73 ff., 273 ff.; MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 221; Staudinger/*Hager*, § 823 Rn. B 167, jeweils mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand.

[208] Staudinger/*Hager*, § 823 Rn. B 171, wobei Ansprüche gegen den unmittelbaren Besitzer jedoch nicht bestehen sollen, a. a. O.

[209] Vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 76 II 4 f) (S. 396); Staudinger-Eckpfeiler/*Klinck*, Kap. V. Rn. 64 f., der insbesondere wegen § 1007 BGB von einer Verdinglichung des Rechts zum Besitz – genauer: des Besitzüberlassungsanspruchs – spricht, aber nichtsdestoweniger und überzeugend feststellt, dass dies nichts an der Einordnung des Besitzes als bloßer Tatsache ändert.

einen deliktsrechtlichen Besitzschutz jedenfalls gem. § 823 Abs. 2 BGB anzunehmen, sofern deren Präventionszweck betroffen ist.[210]

Dagegen scheidet eine Nießbrauchsbestellung am Besitz bereits deswegen aus, weil dieser *tatsächliche* Zustand bereits nicht übertragbar ist.[211] Auf die Entscheidung des Streits, inwieweit der Besitz als ein Recht anzusehen ist, kommt es daher vorliegend nicht an. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass eine Sache, die sich im Besitz eines Rechtssubjekts befindet, gleichwohl – tatsächlich – weitergegeben werden kann. Damit wird aber nicht zugleich der Besitz „übertragen“. Vielmehr entsteht dieser beim jeweils die „tatsächliche Gewalt über die Sache“ innehabenden Rechtssubjekt neu, eben dann, wenn diese Voraussetzung vorliegt. Es ist daher nicht so, dass Besitzer A bei Weitergabe einer bestimmten Sache an B gleichsam „seinen“ Besitz weitergibt. Im Zeitpunkt der Weggabe „verliert“ er vielmehr den Besitz in dem Moment, wenn er keine tatsächliche Gewalt mehr über die Sache hat, vgl. § 856 Abs. 1 BGB. Bei B entsteht dann ein eigener (neuer) Besitz gem. § 854 BGB.

Etwas anderes kann allenfalls bei § 857 BGB (Erbenbesitz) angenommen werden. Diese Vorschrift beruht auf der erbrechtlichen Universalsukzession.[212] Durch sie werden die Grundsätze zum Besitz durchbrochen, die allein auf den tatsächlichen Zustand abstellen (wie insbesondere § 854 und § 856 BGB). Der Erbenbesitz soll daher auch eine bloße Rechtsfolgenzuordnung sein, der Besitz sei keiner i. S. von § 854 Abs. 1 BGB.[213] Dem römischen Recht war eine solche Vorschrift gänzlich fremd.[214] Nichtsdestoweniger ändert sich an dem bisher gefundenen Ergebnis nichts, weil auch der Erbenbesitz mangels Übertragbarkeit nicht nießbrauchsfähig ist. Denn die Übertragbarkeit des Rechts, die in § 1069 Abs. 2 BGB – negativ formuliert – als konstituierendes Merkmal der Nießbrauchsfähigkeit normiert ist, stellt auf die Möglichkeit ab, über ein Recht privatautonom verfügen zu können. Selbst wenn man daher den Erbenbesitz als jedenfalls *verrechtlichte* Position annehmen möchte, kann über diese nicht verfügt werden. Dazu kommt, dass der Erbenbesitz keine Nutzungen zu gewähren im Stande ist, die durch eine Belastung von einem anderen Rechtssubjekt gezogen werden könnten.

Einen Sonderfall bildet auch der mittelbare Besitz gem. § 868 BGB, der gem. § 870 BGB ausdrücklich übertragen werden kann. Die Übertragung erfolgt durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. §§ 398 ff. BGB, also durch

---

[210] *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, S. 311 ff., der ansonsten den Besitz wegen des fehlenden Zuweisungsgehalts nicht als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 Abs. 1 BGB und schon nicht als „Recht“ ansieht, a. a. O. S. 258 ff., 273.

[211] Zu den Voraussetzungen der Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts siehe noch unten Kap. 3 F.

[212] Staudinger/*Seiler*, § 857 Rn. 28.

[213] MüKo-BGB/*Joost*, § 857 Rn. 4.

[214] Staudinger/*Seiler*, § 857 Rn. 1.

Verfügung zwischen dem bisherigen und dem neuen mittelbaren Besitzer.[215] Einerseits spricht aber gegen die Nießbrauchsfähigkeit des mittelbaren Besitzes, dass es sich dabei nicht um ein Recht handelt, sondern wie beim unmittelbaren Besitz um eine *tatsächliche* Stellung eines Rechtssubjekts im Hinblick auf eine bestimmte Sache innerhalb des Rechtsverhältnisses (Besitzmittlungsverhältnis[216]) mit dem unmittelbaren Besitzer.[217] Zudem spricht der Sinn und Zweck des mittelbaren Besitzes gegen eine Nießbrauchsfähigkeit. Denn dabei handelt es sich nicht um eine i. S. von § 100 BGB nutzbare Rechtsposition. Der mittelbare Besitz dient vielmehr dazu, die Übertragung oder Belastung des Eigentums an beweglichen Sachen zu ermöglichen (vgl. § 931 und §§ 1032, 1205 Abs. 2 BGB).

Auf die anderen Im Kontext des Besitzes angesprochenen Rechtspositionen – den „berechtigten Besitz“ sowie das „Recht zum Besitz“ –, denen (von einigen Stimmen) eine Eigenschaft als „Recht“ zuerkannt wird, lässt sich dieses Ergebnis ohne weiteres übertragen. Unbeschadet der Tatsache, dass es schon an einer Übertragbarkeit fehlt, ist auch eine Nutzbarkeit nicht ersichtlich. Die Bestellung eines Nießbrauchs scheidet daher jeweils aus.

6. *Zwischenfazit*

Auch wenn diese Thematik hier nicht zu vertiefen ist, haben diese Ausführungen jedenfalls verdeutlicht, dass insbesondere das RG in seiner Rechtsprechung zum Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB und vor allem zur Ausfüllung des Begriffs „sonstiges Recht“ streng dem Körperlichkeitsdogma des BGB-Gesetzgebers gefolgt ist und dass darüber hinaus weitere Bereiche existieren, bei denen die Fixierung auf eine Körperlichkeit eine wichtige Rolle spielt für die Zuerkennung eines deliktischen Schutzes. Gerade in der Rechtsprechung des RG kann somit unschwer die strenge Orientierung am engen Sachbegriff des BGB gesehen werden, der für das Gericht – vor allem in Abweichung zu einer vor Inkrafttreten des BGB wesentlich liberaleren Haltung – offensichtlich eine Erweiterung dieser deliktsrechtlichen Grundnorm auf jede Art nicht-„fassbarer“ Rechte und vor allem Rechtsgüter nahezu ausgeschlossen hat. Im Ergebnis blieb es nach dieser Rechtsprechung für § 823 Abs. 1 BGB allein beim Schutz körperlicher Güter.[218] Regelbeispiel aller deliktischer Verletzungshandlungen war das Recht „Eigentum“ und war infolgedessen die Substanzverletzung.[219]

---

[215] MüKo-BGB/*Joost*, § 870 Rn. 3.

[216] Siehe dazu etwa MüKo-BGB/*Joost*, § 868 Rn. 11; Staudinger/*Gutzeit*, § 868 Rn. 15 ff.

[217] So die h.M., ausführlich dazu Staudinger/*Gutzeit*, § 868 Rn. 5.

[218] Zu den Rechtsgütern Freiheit und Gesundheit siehe schon oben, vor allem auch dazu, dass insoweit ebenfalls ein körperliches Verständnis des eigentlichen Schutzgegenstandes vorherrscht(e).

[219] Vgl. dazu auch *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 95 ff., isnb. S. 99. Siehe

VI. Larenz' Modell der Kategorisierung von Sachen und Rechten

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat vor allem *Karl Larenz*[220] mit seinem von *Sohm* und auch *Binder* (s.o.) beeinflussten System[221] der Einteilung von Sachen und Rechten, die Diskussion um den Inhalt dieser Begriffe geprägt und für ein für Jahrzehnte vorherrschendes Verständnis Pate gestanden. Auch *Larenz* versuchte, die Rechtsgegenstände des BGB zu definieren und somit die Beziehungen zwischen (Rechts-)Subjekten und -objekten, zwischen „Sache“ und „Eigentum *an* der Sache“ adäquat zu erfassen, was zu einer viel beachteten Klassifizierung führte. Danach war – ausgehend von einem weit verstandenen Begriff der Rechtsgegenstände – zwischen Rechtsobjekten (im engeren Sinne, als Rechtsgegenstände *erster* Ordnung; das wäre der körperliche Gegenstand – die Sache – selbst) und Verfügungsobjekten (als Rechtsgegenstände *zweiter* Ordnung, das wäre das Eigentum an der Sache)[222] zu unterscheiden. Wie auch bei *Sohm* kommt also der Eigenschaft, dass über den betreffenden Gegenstand verfügt werden kann, eine entscheidende Bedeutung bei der Kategorisierung zu.

Larenz weist wie *Sohm* darauf hin, dass im BGB der Begriff Gegenstand zumeist im Zusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gebraucht werde, etwa bei § 135 Abs. 1 und § 185 Abs. 1 BGB. Dabei handele es sich um die schon angesprochenen Verfügungsgenstände, also um Rechtsgegenstände zweiter Ordnung. Anders aber in § 90 BGB: dort gehe es um Gegenstände als Objekte eines Herrschaftsrechts. Rechtsobjekte in diesem Sinne können sowohl körperliche Gegenstände (Sachen i.S. von § 90 BGB) als auch unkörperliche Gegenstände sein. Dies sind dann – nach *Larenz* – Rechtsgegenstände erster Ordnung.[223]

Durch diese Kategorisierung und die Trennung der Begriffe vermeidet *Larenz* das bei *Sohm* auftretende Problem, den Begriff des Verfügungsgegenstandes – welcher nur ein Recht sein kann – in der Definition des Sachbegriffs nach § 90 BGB „unterbringen“ zu müssen. Er vermeidet ferner für seine Definition der Gegenstände des BGB eine Vermischung mit dem Begriff Vermögen, der – anders als bei *Sohm* und auch bei *Thur* – bei ihm in diesem Zusammenhang gänzlich unerwähnt bleibt. Dabei ist freilich zu beachten, dass *Larenz* mit der

---

zum engen Sachbegriff des BGB als Hinderungsgrund für die Schaffung eines am Vermögensbegriff ausgerichteten Systems des bürgerlichen Rechts, *Wieacker*, System des deutschen Vermögensrechts, S. 26 ff.

[220] Beginnend mit *Larenz,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 1967, § 22 (S. 285 f.).

[221] Darauf weist *Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB, zu recht hin, vgl. a.a.O. S. 47 und die weiteren Ausführungen im betreffenden Abschnitt.

[222] Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 (S. 383 ff.). Die von *Larenz* als Alleinautor begründeten Ansichten wurden bis zur hier zitierten Auflage unverändert beibehalten.

[223] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 Rn. 2 ff. Siehe dazu auch HKK-BGB/*Rüfner*, §§ 90–103 Rn. 11.

Aufteilung der Gegenstände in solche erster und zweiter Ordnung keinerlei qualitative Aussage[224] trifft, sondern im Ergebnis lediglich eine Verortung der körperlichen Gegenstände i.S. von § 90 BGB („Sachen“) im Gegenstandsbegriff erreicht, ohne in den angesprochenen Konflikt zu kommen. *Larenz* tut dabei nichts anderes als zwischen dem Objekt, das er als „Rechtsgegenstand erster Ordnung“ bezeichnet, und dem an diesem bestehenden Recht zu unterscheiden. Nur über Letzteres kann verfügt werden, es kann daher – wie *Larenz* es tut – als Verfügungsobjekt oder eben als „Rechtsgegenstand zweiter Ordnung“ bezeichnet werden. Anders als *Sohm* trennt *Larenz* daher ausdrücklich zwischen Sache und Eigentum (an der Sache). Er erweitert zudem den Bereich der Rechtsgegenstände erster Ordnung um bestimmte immaterielle Güter, wie „Geisteswerke und Erfindungen“, sofern an ihnen – wie an Sachen – absolute Herrschaftsrechte bestehen.[225] Auch dabei kann nur über Letztere verfügt werden und nicht über die betreffenden „unkörperlichen Gegenstände“ selbst.[226]

Auch die von *Larenz* vorgenommene Kategorisierung zeigt, dass dem BGB kein einheitlicher Gegenstandsbegriff zugrunde liegt.[227] Erkennt man dies an, ist es aber unproblematisch möglich – unbeschadet des engen Sachbegriffs in § 90 BGB – zu einem umfassenden Verständnis der Unterscheidung von Sachen und Rechten im BGB zu finden. Klar wird dabei vor allem, dass es nicht der Sachbegriff ist, auf den es tatsächlich ankommt. Wenn er so eng verstanden wird, wie von den Verfassern des BGB gewollt, hat er insbesondere keine weitergehende Bedeutung. Entscheidender Begriff ist bei *Larenz* vielmehr der des *Verfügungsgegenstandes*. Allein relevant ist daher das an der Sache oder dem unkörperlichen Gegenstand bestehende Recht. Dies gilt vor allem deshalb, weil es für die noch weitergehend zu untersuchende Frage der Belastung von Rechten allein auf diesen Verfügungsgegenstand ankommt. Dieser kann aber immer nur ein Recht sein und in keinem Fall „die Sache“ selbst. Dies gilt auch dann, wenn sich das betreffende Recht – das Eigentum – auf eine Sache i.S. von § 90 BGB bezieht.[228] *Larenz* vermeidet ferner – wie schon angesprochen – den Begriff des Vermögens, der für die Definition des Begriffs Gegenstand auch schlicht verzichtbar ist. Freilich ignoriert *Larenz* den Begriff ansonsten nicht und betont dessen „erhebliche Bedeutung“ für das BGB.[229] Vielmehr

---

[224] Es sei denn, man sieht in der Möglichkeit, über ein Objekt verfügen zu können, eine qualitative Eigenschaft. Dies ist durchaus möglich, besitzt aber für sich genommen keine Aussagekraft, denn im Ergebnis ist dies ebenfalls nur eine nicht weiterführende Begrifflichkeit.

[225] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 Rn. 4.

[226] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 Rn. 4.

[227] Dies gilt erst recht für die Verwendung des Begriffs Gegenstand außerhalb des BGB, wie z.B. in ZPO und InsO, dazu schon oben I. (S. 39 ff.).

[228] Dazu noch unten C.

[229] Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 21 Rn. 1 und das nachfolgende insgesamt dem Vermögen gewidmete Kapitel in diesem Lehrbuch.

trennt er hier sauber und vermeidet so die bei *Sohm* dargestellten Unklarheiten.

Aber auch das von *Larenz* entwickelte Begriffssystem ist nicht gänzlich widerspruchsfrei. In der von *Neuner* mit der 10. Auflage vorliegenden umfassenden Neubearbeitung des von *Larenz* begründeten und von *Wolf* fortgeführten Werks zum Allgemeinen Teil des BGB, kommt es zu notwendigen Korrekturen an dem von *Larenz* entwickelten System. Diese und weitere Ansätze werden im nächsten Abschnitt behandelt.

VII. Kritik an Larenz' Modell und alternative Ansätze

Die von *Larenz* begründete Kategorisierung mit der Trennung von Rechtsgegenständen erster und zweiter Ordnung lässt sich jedoch nicht immer konsequent durchhalten. So können etwa Forderungen sowohl Rechtsgegenstände erster Ordnung sein – also Herrschaftsobjekt als Objekte, an denen ein Herrschaftsrecht besteht –, etwa dann, wenn an Ihnen ein Recht wie ein Nießbrauch bestellt wurde. Sie können aber auch Verfügungsgegenstände und somit Rechtsgegenstände zweiter Ordnung sein, da sie abgetreten werden können.[230] Dies gilt als Grundsatz gerade auch für alle nießbrauchsfähigen Rechte. Denn diese können – nach *Larenz* – sowohl Objekt eines Herrschaftsrechts (des Rechts Nießbrauch) sein[231], also ein Rechtsobjekt erster Ordnung, als auch Verfügungsrecht, weil die Übertragbarkeit eine konstituierende Eigenschaft eines nießbrauchsfähigen Rechts ist.

1. Systemfehler und Vermeidungsmöglichkeiten

Diese systematischen Ungenauigkeiten – bisweilen auch als Ungereimtheiten bezeichnet[232] – können vermieden werden, wenn das betreffende Herrschaftsrecht nicht als an dem Objekt bestehend angenommen würde – etwa beim Forderungsnießbrauch –, sondern wenn stattdessen ein selbständiges Recht neben der Forderung anerkannt würde. Der Nießbrauch bestünde dann nicht *an* der Forderung als Herrschaftsobjekt, sondern selbständig *neben* der Forderung.[233] Beide Rechte – Forderung und Nießbrauch – wären dann – nach *Larenz* – allein Verfügungsgegenstände, also Rechtsgegenstände zweiter Ordnung.

Eine solche Annahme würde jedoch das gesamte System der dinglichen Belastung von Rechten in Frage stellen. Denn es müsste dann immer ein solches isoliertes Recht *neben* dem belasteten Gegenstand gedacht und konsequenter-

---

230 *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 3; *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 75.
231 Zur Dogmatik der Belastung eines Rechts siehe noch unten C.
232 *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 71, 77.
233 So das Beispiel bei *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 4.

weise die Existenz eines *am* Gegenstand bestehenden Rechts verneint werden. Dies ließe sich freilich bereits mit dem Wortlaut des Gesetzes nur schwerlich vereinbaren. Denn dort heißt es nicht nur, dass „Gegenstand des Nießbrauchs“ (§ 1068 Abs. 1 BGB) respektive „Gegenstand des Pfandrechts“ (§ 1273 Abs. 1 BGB) „auch ein Recht sein [kann]“. Ferner ist vom Nießbrauch „an einem Recht“ (§ 1069 BGB) und vom „dem Nießbrauch unterliegende[n] Recht“ (§ 1071 Abs. 1 S. 1 BGB) die Rede. Das Gesetz spricht zudem ebenso vom Pfandrecht „an einem Recht“ (§ 1274 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei der Wortlaut des Gesetzes – zugegebenermaßen – nicht immer mit dem tatsächlich Gemeinten übereinstimmt, wie dies für die Verwendung des Begriffs Gegenstand bereits ausgeführt wurde. Auch mit der obigen Ansicht eines Rechts *neben* dem Rechtsobjekt lässt sich dies nicht in Einklang bringen.[234]

Vereinbar wäre ein solches Modell eines quasi Nebenrechts aber möglicherweise mit der Vorstellung, dass ein solches im überkommenen Sinne als dingliche *Belastung* bezeichnetes Phänomen im Ergebnis als Abspaltung und Teilübertragung des jeweiligen Rechtsobjekts anzusehen ist.[235] Es kommt dann zu einer Aufteilung und Verselbständigung der im (unbelasteten) Recht verkörperten Befugnisse des Inhabers.[236] So würde etwa beim Nießbrauch *an* einer Forderung die Veräußerungsbefugnis beim Inhaber verbleiben, während die Nutzungsbefugnis auf den Nießbraucher übergeht. Beim Nießbrauch *an* einem Gesellschaftsanteil einer Kapitalgesellschaft als Mitgliedschaftsrecht[237] verbliebe entsprechend das Verfügungsrecht beim Inhaber, während die mitgliedschaftlichen Mitverwaltungsrechte auf den Nießbraucher übergehen würden etc.[238]

Gebildet würde so ein isoliertes, selbständiges Recht beim Nießbraucher. Dieses Recht wäre nach der *Larenzschen* Nomenklatur Verfügungsgegenstand, also Rechtsobjekt zweiter Ordnung. Insbesondere existierte dann das ursprüngliche Rechtsobjekt nicht mehr unverändert fort, also auch nicht mit einem *an* ihm bestehenden Recht,[239] wodurch die beschriebenen Probleme mit dem *Larenzschen* System vermieden würden. Ferner würde es dieses System ermöglichen, die Kategorie der beherrschbaren Rechtsobjekte auf die Phäno-

---

234 Darauf weist auch *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 4 explizit hin.

235 *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 6, 8; *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 10; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 26 Rn. 11; *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 121. Auch schon *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 120 Ziff. 1 ff. (S. 470 ff.), der aber insoweit von einer „Teilung von Rechtsgütern“ spricht, was aber nicht überzeugen kann, denn die Güter sind rein tatsächlich vorkommende Phänomene. Entscheidend sind allein die an ihnen bestehenden Rechte, nur diese können auch belastet – und ggf. geteilt – werden. Gleichwohl nennt *Wendehorst*, Rechtsobjekte, dieses Modell eine „moderne Auffassung“, a. a. O. S. 71, 77.

236 Vgl. *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 10.

237 Zum Mitgliedschaftsrecht als subjektives Recht *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 62 ff.

238 Siehe dazu noch vertiefend unten BT Kap. 5 F. II. (S. 382 ff.).

239 *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 11.

mene der geistigen Leistungen („Geisteswerk“),[240] also auf immaterielle Güter,[241] sowie auf Sachen i.S. von § 90 BGB zu beschränken und allenfalls die Verbände noch aufzunehmen.[242] Dieser „Katalog möglicher Rechtsobjekte“ könnte dann entsprechend abgeschlossen werden.[243]

Dieses Modell ist seinerseits aber nur möglich, wenn man – wie beschrieben – als Gegenstand der Belastung durch das dingliche Recht nicht ein Recht, sondern vielmehr die Sache selbst ansehen würde. Denn nach *Mathias Habersack* ist das Rechtsobjekt zugleich Gegenstand der Belastung.[244] Die nach überkommener Sichtweise bestehende Belastungskette – *belastendes* Recht (etwa ein Nießbrauchrecht), *belasteter* Gegenstand (etwa das Recht aus dem Patent) und *Rechtsobjekt* (z.B. die patentfähige Erfindung als geistige Leistung und Bezugsobjekt des Rechts aus dem Patent) – wird dann durch das Zusammenziehen von belastetem Recht und Rechtsobjekt im Ergebnis auf zwei Glieder verkürzt. Konsequenterweise bestünde der Nießbrauch bei dem patentrechtlichen Beispiel damit unmittelbar an der patentfähigen Erfindung, diese wäre zugleich der Gegenstand der Belastung. Beim Nießbrauch am Eigentum würde die Sache selbst belastet, die Belastung würde wie das Eigentum unmittelbar an der Sache bestehen.

Zu kritisieren ist diese Sichtweise jedoch in verschiedener Hinsicht. Rein logisch fällt bereits die Vorstellung schwer, dass etwas, was Bezugspunkt eines Herrschaftsrechts ist – ein Rechtsobjekt, etwa eine Forderung oder ein Patentrecht, welches mit einem Nießbrauch belastet ist –, zugleich Gegenstand der Belastung selbst sein soll. Es leuchtet vor allem nicht ein, die *Larenzsche* Kategorisierung wegen der nicht immer möglichen Trennung von Rechts- und Verfügungsobjekt für verbesserungswürdig zu halten, zugleich aber eine Gleichsetzung des beherrschten Rechts mit dem Bezugsobjekt dieses Rechts als unschädlich zu erachten.

Unklar ist bei diesem Konzept auch, wie mit geistigen Leistungen und insbesondere Erfindungen zu verfahren wäre, die nicht Gegenstand eines Immaterialgüterrechts werden können. Etwa dann, wenn eine solche Leistung den Anforderungen an eine persönliche geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG nicht

---

[240] *Habersack*, Sachenrecht, verwendet die Bezeichnung „Geisteswerk“, die aber insoweit missverständlich ist, als gerade im Immaterialgüterrecht und namentlich im Urheberrecht durch den Begriff Werk die tatsächlich urheberrechtlich geschützte geistige Leistung bezeichnet wird. Für die Anerkennung als ein Werk müssen aber insbesondere die Anforderungen in § 2 UrhG erfüllt sein, was freilich für jeden Einzelfall positiv festgestellt werden muss. Im Folgenden wird daher von „geistigen Leistungen“ gesprochen.

[241] Wie z.B. urheberrechtsfähige Werke und patentierbare oder gebrauchsmusterfähige Erfindungen.

[242] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 6; zu den Verbänden vgl. *ders.* Die Mitgliedschaft, S. 142 ff.; *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 71, 77 f.

[243] *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 71, 78.

[244] So ausdrücklich in: Sachenrecht, § 1 Rn. 12. Vgl. aber auch insoweit die durchaus missverständliche Aussage bei § 4 Rn. 57 (dazu noch unten 2.).

entspricht oder wenn eine Erfindung nicht patentfähig ist, weil die notwendige Erfindungshöhe nicht gegeben ist. Trotzdem kann es sich dabei jedoch um vermögenswerte Güter handeln, an diesen besteht aber eben kein durch die Rechtsordnung vorgesehenes Ausschließlichkeitsrecht. Bezüglich dieser Phänomene ist zunächst anzumerken, dass sie als „immaterielle Güter“ oder auch „Immaterialgüter“, nicht aber als Immaterialgüter*rechte* zu bezeichnen sind. Zutreffend sind daher die Aussagen bei *Larenz/Wolf*, bei denen diese Trennung eingehalten wird. Denn nur „geistige Güter wie Erfindungen oder künstlerische(n) Schöpfungen“, an denen per Gesetz absolute Rechte anerkannt sind, sind Immaterialgüterrechte.[245] Zutreffend ist somit auch die einschränkende Formulierung, wonach solche Herrschaftsrechte an „Geisteswerken“ „möglich“ sind, aber eben nicht zwingend existieren müssen,[246] denn dies ist abhängig von der Entscheidung des Gesetzgebers, insoweit einen Sonderrechtsschutz vorzusehen, oder eben nicht.

Dagegen bezeichnet *Habersack* – in Abweichung zur hier vertretenen Ansicht – die unkörperlichen Gegenstände als Rechtsobjekte, weil diese Gegenstände „eines Rechts“ seien,[247] was aber wie gezeigt nicht zwingend ist. In so einem Fall müsste angenommen werden, das Gut selbst würde belastet, was aber nicht überzeugen kann. Hier bleibt zu fragen, ob es ausreichen soll, dass ein Objekt Gegenstand eines Herrschaftsrechts sein *kann*, um als Rechtsobjekt kategorisiert werden zu können, oder ob es dies tatsächlich sein *muss*, was aus diesen Ausführungen nicht herauszulesen ist.

Dass nicht durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützte immaterielle Güter aber keine Verfügungsobjekte im Sinne der von *Habersack* vorgeschlagenen Kategorisierung sein können, ist evident, denn verfügt werden kann nur über Rechte. Um jedenfalls Rechtsobjekte sein zu können, müssten sie aber „Gegenstand eines Rechts“ sein,[248] was jedoch, wie beschrieben, nicht der Fall sein kann. Diese Güter können daher überhaupt nicht in die Kategorie der (belastbaren) unkörperlichen Gegenstände eingeordnet werden, auch insoweit käme es zu einem Systemfehler.

Sie könnten allenfalls Rechtsgüter sein. Als solche erkennt *Habersack* – vor allem in Abgrenzung zu den Herrschaftsrechten – freilich (nur) die „Ausprägungen der Persönlichkeit“, wie „das Leben, die Gesundheit, die Freiheit und das Persönlichkeitsrecht“ an,[249] also Güter, die gerade nicht zu den kommerziell nutzbaren gehören.[250] In diese Kategorie passen aber die genannten geisti-

[245] BGB AT, § 20 Rn. 75.
[246] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 Rn. 4.
[247] Sachenrecht, § 1 Rn. 6.
[248] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 6.
[249] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 3.
[250] Dagegen spricht auch nicht, dass dem (allgemeinen) Persönlichkeitsrecht durch die Rechtsprechung auch eine vermögensrechtliche Komponente zuerkannt wird. Denn Anlass dafür ist ein stärkerer Schutz des Trägers des Persönlichkeitsrechts gegen eine Zwangskom-

gen Leistungen nicht, denn bei ihnen steht die kommerzielle Nutzung gerade im Vordergrund. Den Rechtsgütern „nahe stehen“ sollen ferner die Familienrechte,[251] von denen sich die genannten geistigen Leistungen aber gänzlich unterscheiden. Geistige Leistungen[252] sind also nicht per se Rechtsobjekte im Sinne dieser Kategorisierung. Sie sind es augenscheinlich überhaupt nicht, wenn an ihnen kein Recht besteht, wenn sie also keine Immaterialgüter*rechte* sind, etwa weil dies wegen der Nichterfüllung bestimmter Voraussetzungen nicht möglich ist, oder wenn der Inhaber schlicht auf ein Schutzrecht verzichtet.[253]

2. *Überkommene Ansichten zum Wesen der „Belastung“ – Belastung als Abspaltung und Verselbständigung von Befugnissen*

Trotz dieser Kritik ist der schon dargestellte Ansatz, bei der Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts von einer Abspaltung und Verselbständigung bestimmter Befugnisse des Vollrechtsinhabers auszugehen, um so die Trennung von Rechts- und Verfügungsobjekten aufrechterhalten zu können,[254] von einiger Überzeugungskraft. Dieses Element hebt insbesondere *Christiane Wendehorst* als eine durch *Habersacks* Ansatz erfolgte wichtige Korrektur der durch *Larenz* durchgeführten Kategorisierung hervor. Aber auch insoweit bleiben Verständigungsprobleme nicht aus. Denn *Wendehorst* versteht dieses Konzept offensichtlich so, dass die Abspaltung und Verselbständigung von Rechten *an*

---

merzialisierung, die Entwicklung der Rechtsprechung erfolgte gerade von der Verletzung her, vgl. dazu umfassend MüKo-UWG/*Ann/Hauck,* Grundl Rn. 166 ff. Es geht also allein um die Schutzfunktion des Rechts und nicht um die Herrschaftsfunktion. So vergleichbar für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 26 Rn. 13.

[251] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 3.

[252] *Wendehorst*, Rechtsobjekte, verwendet in ihrer Auseinandersetzung mit dem Modell von *Habersack* durchgehend den Begriff „Geistige Schöpfungen“, vgl. a. a. O. S. 71, 77 f. Dies ist insofern unglücklich, als im Urheberrecht die Bezeichnung Schöpfung im Tatbestandsmerkmal der „persönlichen geistigen Schöpfung“ gem. § 2 Abs. 2 UrhG vorkommt und eine notwendige Bedingung für die Entstehung des Urheberrechtsschutzes darstellt. Es ist daher besser auch an dieser Stelle in einem neutralen Sinne von „geistigen Leistungen“ zu sprechen.

[253] So kann bei technischen Erfindungen auch auf einen an sich möglichen Patent- und/oder Gebrauchsmusterschutz durch den Berechtigten verzichtet und ein faktischer Schutz durch Geheimhaltung gewählt werden. Dies hat unter anderem den Vorteil, dass die Erfindung nicht offengelegt werden muss und dass ein Schutz auch über die ansonsten vorgesehene Laufzeit eines Patents oder eines Gebrauchsmusters hinaus möglich ist, sofern die Erfindung eben nicht auf sonstige Weise offenkundig wird. Zu den Grundlagen eines solchen Know-how-Schutzes und dessen großer Bedeutung im Wirtschaftsleben vgl. Ann/Loschelder/Grosch/*Ann,* Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 1 Rn. 1 ff. und Ann/Loschelder/Grosch/*Huber*, Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 1 Rn. 235 ff.

[254] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn 10; *ders*., Die Mitgliedschaft, S. 110 ff.; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 1, 3. Dahingehend auch *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 a (S. 18), der aber zutreffend darauf hinweist, dass Begriffe wie „Eigentumssplitter“ dogmatisch nicht verwertbar seien.

die Stelle einer Belastung tritt.[255] Dies überzeugt aber schon deshalb nicht, weil *Habersack* selbst häufig von „Belastung“ und „belastet“[256] spricht, mit der Verwendung dieses Begriffs augenscheinlich also keine Schwierigkeiten hat.

Dabei wird insgesamt deutlich, dass *Habersack* nicht die Belastung als solche oder jedenfalls den Belastungsbegriff überwindet, oder das auch nur möchte, wie dies aber von *Wendehorst* verstanden wird.[257] Er spricht vielmehr davon, dass die Belastung eines Rechts zur angesprochenen Abspaltung und Verselbständigung bestimmter Befugnisse *führt*. Die Tatsache der Belastung des Rechts wird also nicht in Frage gestellt, sie bleibt vielmehr eine *Ursache;* nur das Verständnis der *Wirkungen* der Belastung, die aus dieser Ursache resultieren, ist von den bisherigen Ansätzen und vor allem von dem von *Larenz* vertretenen Modell verschieden. Denn anderenfalls könnte zwar ein ideeller Teil des belasteten Rechts gedacht werden, welcher auf ein anderes Rechtssubjekt durch Abspaltung übergegangen ist. Es bliebe dann aber immer noch ein Teil des (belasteten) Vollrechts „übrig“ – etwa des Eigentums –, dass sich auf ein einheitliches Rechtsobjekt – dasjenige, an dem das Eigentum als Herrschaftsrecht besteht, die Sache – bezieht. Insoweit jedenfalls bleibt das Recht (auch) Herrschaftsobjekt.

Es stellt sich dahingehend freilich insgesamt die Frage, warum überhaupt eine Kategorisierung bestimmter Phänomene sowohl als Rechts- als auch als Herrschaftsobjekte vermieden werden muss.[258] Dies gilt vor allem aufgrund des hohen Preises, den *Habersack* mit der Aufgabe der Ansicht, dass ein dingliches Recht nicht an einem Recht besteht (das sich auf eine Sache bezieht), sondern am Bezugsobjekt selbst, dafür zu zahlen bereit ist. Bevor auf diese Frage noch näher eingegangen wird bleibt bezüglich dieser letzteren und für das gesamte BGB-Sachenrecht grundlegenden Sichtweise zunächst festzuhalten, dass dies notwendig zu einer Gleichsetzung des Rechts Eigentum mit der Sache selbst führt, wie sie schon bei *Sohm* zu beobachten war. Dies lässt sich, wie bereits ausgeführt, mit Hinweis auf das vergleichbare römisch-rechtliche Verständnis durchaus vertreten.[259] Konsequenterweise müsste dann aber davon gesprochen werden, dass eine dingliche Belastung unmittelbar an der Sache selbst besteht, weil eben eine Trennung des Rechts Eigentum davon nicht möglich ist.

---

[255] Rechtsobjekte, S. 71, 77.

[256] Vgl. Sachenrecht, § 1 Rn. 10, 12 f., § 4 Rn. 57.

[257] Rechtsobjekte, S. 71, 77.

[258] So auch *Wendehorst*, Rechtsobjekte, S. 71, 78, die freilich an dieser Stelle – und nur dort – unvermittelt den Begriff „Rechtsprodukte“ verwendet, ohne dass klar wird, wofür dieser genau steht. Unklar ist dies vor allem in Bezug auf den ansonsten durchgängig verwendeten Begriff „Rechtsobjekt“.

[259] So auch ausdrücklich *Wieling*, Sachenrecht I, § 3 II 5 d (S. 133 f.).

Im Zusammenhang damit ist jedoch auf folgende Formulierung bei *Habersack* zur Belastung von Rechten hinzuweisen, durch die dieser an sich klare Standpunkt an Klarheit verliert: Denn zunächst wird behauptet, dass

„nicht das Eigentum … Rechtsobjekt des beschränkten dinglichen Rechts [ist], sondern die Sache; das beschränkte dingliche Recht ist deshalb ebenso wie das Eigentum *Recht an einer Sache* und damit ‚Herrschaftsrecht‘.“[260] (Hervorh. im Original). Später ist aber die Rede davon, dass „es das Eigentum (und nicht die Sache) [ist], das durch das beschränkte Recht belastet wird. Die Begründung des beschränkten dinglichen Rechts, die ‚*Teilübertragung des Eigentums*‘, bezeichnet man als ‚*Belastung*‘“[261] (Hervorh. im Original).

Der Fundstellenhinweis auf die Kommentierung von *Ch. Berger* im BGB-Kommentar von *Jauernig*[262] bestätigt diese Auffassung. Nach letzterer Ausführung wäre eine dingliche Belastung daher doch ein Recht am (Verfügungs-)Recht (dem Eigentum an der Sache), nach ersterer Aussage dagegen ein Recht unmittelbar an der Sache (dem Rechtsobjekt) selbst, es wäre Herrschaftsrecht.[263] Der (vermeintliche) Widerspruch löst sich aber auf, wenn man diese Aussagen als Unterscheidung versteht zwischen dem Gegenstand, der *belastet* wird und dem Gegenstand, an dem die Belastung letztendlich *besteht*. Letzterer Gegenstand *muss* ein Recht sein, etwa das Eigentum *an* einer Sache. Dieser Gegenstand – also dieses *Recht* – ist das Bezugsobjekt des belasteten Rechts.

Ein Widerspruch zwischen dieses Aussagen bestünde also dann nicht, wenn man die Belastung des Eigentums *zugleich* als Recht *an* einer Sache ansieht, was ohne weiteres möglich ist, aber keinen ersichtlichen Erkenntnisgewinn mit sich bringt. Ob dem tatsächlich so ist, kann jedoch auch nicht etwa offenbleiben, denn damit würde vielmehr die Kategorisierung von Objekten als entweder Rechts- oder Verfügungsobjekte erschwert, weil es eben – jedenfalls sprachlich – dann keine saubere Trennung mehr gibt zwischen der Sache (an der eine Belastung besteht) als Rechtsobjekt und dem Eigentum (als belastetes Recht) als eigentlichem Verfügungsobjekt.

Der Abspaltungsgedanke mit der Annahme einer Verselbständigung der Rechte desjenigen, der Inhaber des betreffenden beschränkten dinglichen Rechts ist, wird freilich nicht nur von *Habersack* vertreten, sondern auch von anderen namhaften Stimmen. So legt *Jan Wilhelm* in seiner „Dogmatik des Abspaltungsgedankens bei den beschränkten dinglichen Rechten“[264] umfassend dar, dass es keinen Gegensatz gibt – anders als dies das BGB mit seiner Struktur und vor allem Benennung der sachenrechtlichen Vorschriften sugge-

[260] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 12.
[261] *Habersack*, Sachenrecht, § 4 Rn. 57.
[262] Jauernig/*Berger*, Vor § 854 Rn. 6.
[263] So auch *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 12.
[264] Vgl. die Überschrift des Abschnitts in „Sachenrecht“ vor Rn. 121. *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, spricht bei der Belastung von einer „Aufspaltung in einem umfassenderen Recht enthaltener Befugnisse“, was dasselbe meint, a. a. O. S. 103.

rieren mag – zwischen Rechten an Sachen und Rechten an Rechten. Am Beispiel von Sachpfandrecht und Pfandrecht an einer Forderung weist er nach, dass es sich bei beiden Typen von beschränkten dinglichen Rechten um ein Pfandrecht *an Rechten* handelt. Denn sowohl beim Sachpfandrecht als auch beim Forderungspfandrecht ist Bezugsobjekt jeweils ein Recht: Im ersteren Beispiel ist es das Eigentum an der Sache, das belastet wird – und nicht die Sache selbst –, beim zweiten ist es das Recht *aus* der Forderung.[265] Auf den letzten Punkt wird noch zurück zukommen sein.

C. *Eigener Ansatz zum Abspaltungsgedanken und zur Natur der Belastung überhaupt*

Diesen vorgestellten Modellen kann eine gewisse Überzeugungskraft nicht abgesprochen werden. Wie aber zum Teil bereits dargelegt wurde (und worauf im Folgenden noch vertieft eingegangen werden wird) sind diese Ansätze nicht widerspruchsfrei. Daher wird im Anschluss an die Herausarbeitung der diesbezüglich bestehenden Probleme diesen Modellen und vor allem dem weit verbreiteten Konzept der Belastung als Abspaltung und Teilübertragung ein eigener Ansatz gegenübergestellt.

Den namentlich von *Wilhelm* und *Habersack* vertretenen und soeben dargestellten Gedanken der Abspaltung einmal weitergeführt, bedeutet dies zunächst, dass es zwar einen Gegensatz geben mag zwischen Rechten *an Sachen* und Rechten *an Rechten*, dass es aber nur Belastungen von Rechten mit anderen Rechten geben kann. Dies bedeutet ferner, dass *an* einer Sache zwar eine Belastung bestehen kann, belastet wird aber nicht die Sache selbst, sondern wird das Recht Eigentum, welches an der Sache besteht, weil nur über dieses verfügt werden kann. Der einzige Unterschied insbesondere zwischen den Regelungen der §§ 1030 bis 1067 (Nießbrauch an Sachen) und §§ 1068 bis 1084 BGB bestünde dann darin, dass ersterer Komplex ausschließlich den Nießbrauch am Recht Eigentum regelt und der zweite Komplex die Belastung aller sonstigen nießbrauchsfähigen Rechte.

Es geht also – salopp formuliert – in den Regelungen zum Nießbrauch immer nur um eine *Belastung von Rechten,* weil allein Rechte belastbare Gegenstände sind. In Bezug auf das Eigentum – ein solches ist nach der Konzeption des BGB nur an körperlichen Gegenständen i. S. von § 90 BGB (Sachen) möglich – sind die §§ 1030 bis 1067 BGB leges specialis zu den §§ 1068 bis 1084 BGB.[266] Durch diese Konzeption lassen sich auch die häufig geäußerten und mit verschiedenen Begründungen versehenen Annahmen, warum das Eigentum kein

[265] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 122 f.

[266] So auch MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 8, ohne dass daraus aber weitergehende Schlussfolgerungen gezogen werden.

Recht i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB sein könne,[267] ganz einfach richtigstellen: Das Eigentum ist zweifelsohne ein nießbrauchsfähiges Recht und ein Nießbrauch am Eigentum ist ohne weiteres möglich. Ein solcher Nießbrauch ist sogar spezialgesetzlich geregelt, nämlich in den §§ 1030 bis 1067 BGB. Die Bezeichnung des betreffenden Abschnitts im BGB („Untertitel 1 Nießbrauch an Sachen“) meint daher den Nießbrauch *am Eigentum* mit – notwendig – Sachen als Bezugsobjekten. Als Folge der Belastung des Eigentums bestehen dann das Vollrecht (Eigentum) und das beschränkte dingliche Rechte (Nießbrauch) gemeinsam an der Sache.

I. Noch einmal – Zum Nießbrauch am Recht Eigentum

Wesentlich komplizierter sind freilich die Begründungsversuche, warum ein Nießbrauch am Eigentum als Nießbrauch an Rechten nicht möglich sein soll. So wird behauptet, das Eigentum, also gerade das umfassendste dingliche Nutzungs- und Herrschaftsrecht,[268] sei kein Recht i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB. Vielmehr seien die §§ 1030 ff. BGB insoweit anwendbar, denn ein Nießbrauch könne nur „als Belastung des Eigentums an der Sache selbst bestellt werden“.[269] Begründet wird dies unter anderem damit, dass es sich beim Recht Eigentum um die durch das Recht herbeigeführte endgültige Zuordnung eines Guts in Form einer Sache gem. § 90 BGB zu einem Rechtsubjekt handele.[270] Das Eigentum „koincidirt gleichsam mit der Sache selbst“,[271] Eigentum und Sache fallen im Ergebnis zusammen.[272] Da der Nießbrauch aber im Ergebnis nichts anderes sei als die Bestimmung der Zuordnung eines Rechts zu einem Inhaber, ergäbe eine (parallele) „Zuordnung der Zuordnung“[273] keinen Sinn.[274]

---

[267] Dazu noch unten a.

[268] Vgl. MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 4; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 51 II (S. 180 ff.); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 24 Rn. 5 f., auch zu den Schranken des Eigentums.

[269] So wortgleich MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 8 und Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 5. Wobei aus dieser Formulierung schon nicht klar ersichtlich ist, was denn nun Bezugsobjekt der Nießbrauchsbestellung ist und was letztendlich belastet wird, das Eigentum als Recht an der Sache oder die Sache selbst. Soergel/*Stürner*, § 1068 Rn. 2 meint zwar auch, das Eigentum sei „kein Recht im Sinne von § 1068“, stellt aber dann zu Recht fest, dass das Eigentum selbst Gegenstand des Sachnießbrauchs sei, a. a. O. Möglich ist ferner die Nießbrauchsbestellung am Wohnungseigentum, einem Sondereigentum nach § 1 Abs. 2 WEG, vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 44. Nach BGH NJW 2002, S. 1647 handelt es sich dabei aber um einen Sachnießbrauch, da Belastungsgegenstand der „ideelle Bruchteil der Sache“ sei, a. a. O. S. 1648.

[270] Zum Inhalt einer Zuordnung nach der hier vertretenen Ansicht siehe unten II. 1.

[271] *Wächter*, Pandekten I, § 36 VI.

[272] So etwa *Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. I, S. 328, 379.

[273] So *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 126, für die vergleichbare Situation eines Eigentums am Eigentum.

[274] So kann insbesondere Planck/*Brodmann*, § 1068 Ziff. 1 (S. 666) verstanden werden, der den Zweck des Nießbrauchs als durch den Nießbrauch an der Sache erreicht ansieht.

Mit diesem Zuordnungsgedanken wird auch begründet, dass an einem Anwartschaftsrecht – dem so genannten „wesensgleichem Minus" zum Eigentum, also einem schwächeren Recht in Bezug auf die dem Inhaber zustehenden Befugnisse – durchaus ein Nießbrauch bestellt werden kann.[275] Auch dies spreche wiederum dafür, einen Nießbrauch am Vollrecht Eigentum gerade abzulehnen. Denn anders als beim Anwartschaftsrecht habe beim Eigentum die *endgültige* Zuordnung eines Rechts zu einem Rechtssubjekt bereits stattgefunden, sie ist vollendet. Der Inhalt des Rechts ist bereits umfassend definiert. Dieser Inhalt sei im Ergebnis die Sache i. S. von § 90 BGB selbst, an der das Recht Eigentum besteht, und somit das Gut, das über das Recht zugeordnet wurde.[276] Dagegen befinde sich das Anwartschaftsrecht quasi noch in einer Phase der Anwachsung zum Vollrecht.

Trotz dieser ausführlichen dogmatischen Darlegungen bleibt jedoch im Ungewissen, worauf sich die Annahme, das Eigentum sei kein Recht i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB, tatsächlich gründet. Denn Begründungen *genau dafür* fehlen. Auch die Argumentation mit der Zuordnungsfunktion überzeugt nicht, denn insoweit gilt einzig der unmissverständliche Grundsatz, dass Gegenstand des Nießbrauchs an Rechten jedes übertragbare Recht sein kann, welches Nutzungen zu gewähren in der Lage ist. Diese Voraussetzungen werden vom Recht Eigentum aber ohne weiteres erfüllt. Im Übrigen sind diese Voraussetzungen dieselben, wie beim Nießbrauch an Sachen gem. § 1030 Abs. 1 BGB, genauer also beim Nießbrauch als Belastung des Eigentums an der jeweiligen Sache. Dahingehend ist aber nie die Rede davon, dass eine Nießbrauchsbestellung mit dem Zuordnungsgedanken nicht vereinbar sei. Der Ausschluss des Eigentums von der Bestellung eines Nießbrauch daran gem. §§ 1068 bis 1084 BGB ist also nicht damit zu begründen, dass das Eigentum die Anwendungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Dies liegt vielmehr und allein daran, dass es in den §§ 1030 bis 1067 BGB vorrangig anwendbare Vorschriften gibt.

Ein wie auch immer gearteter Gegensatz zwischen den Nießbrauchstypen „an Sachen" und „an Rechten" lässt sich auch nicht dadurch konstruieren, dass die *Bezugsobjekte* der Rechte jeweils verschieden sind. Denn einmal, beim Nießbrauch an Sachen, sind es nur Sachen, beim Nießbrauch an Rechten eben nur Rechte. Damit ist aber kein weiterer Erkenntnisgewinn verbunden, denn im Ergebnis kommt es darauf gar nicht an. Entscheidend ist allein, welches Recht belastet wird, das Eigentum oder ein anderes nießbrauchsfähiges Recht.

---

[275] Siehe nur MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 6; Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 2; Soergel/*Stürner*, Vor § 1068 Rn. 2.

[276] *Peukert*, Güterzuordnung, S. 212. Sauberer ist es hier freilich, nicht von einer „Zuordnung", sondern von einer „Zuteilung" von Gütern zu sprechen. Denn zugeordnet werden können nur Rechte, oder genauer: die dem Recht innewohnenden Befugnisse, die Rechtsmacht; dazu noch unten II. 1. b. Von Zuteilung spricht insoweit auch *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 105.

Ausschließlich danach richtet sich die Anwendbarkeit der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften.

II. Eigentum und Eigentümerbefugnisse

Von dieser Ansicht ausgehend kann man weitergehend Sachen als *aus rechtlicher* Sicht irrelevant ansehen. Denn diese „körperlichen Gegenstände“ i. S. von § 90 BGB sind – *isoliert betrachtet*, als rein in der Welt vorkommende und nur tatsächlich existierende Phänomene (das Grundstück, der Tisch, das Blatt Papier, etc.) – keine unmittelbaren Gegenstände des Rechtsverkehrs und damit für die Rechtsordnung gleichsam nicht existent.[277] Sie sind allein dem tatsächlichen Willen desjenigen unterworfen, dem ein Recht an der betreffenden Sache zusteht. Insbesondere besteht kein irgendwie geartetes rechtliches Verhältnis zwischen der Sache und dem Rechtssubjekt. Diese Annahme führt freilich – zugegeben – zu der fast schon kurios anmutenden Situation, dass ohne weiteres erkennbare und vor allem greifbare Phänomene (eben Sachen) für die Rechtsordnung nicht relevant sind, weil diese sich allein mit Rechten, also mit nicht wahrnehmbaren Phänomenen, mit reinen Fiktionen, beschäftigt.[278] Mit diesem Quasi-Paradoxon lassen sich womöglich auch die Versuche erklären, Phänomene wie das Recht Eigentum oder auch sonstige Rechte zu „vergegenständlichen“ respektive zu „verdinglichen“, um diese – im wahrsten Sinne des Wortes – greifbarer zu machen (zum Körperlichkeitsdogma des BGB schon oben B. V.). Solche Versuche sind aber schon deshalb abzulehnen, weil dies zwar für das Verständnis von substanzlosen Phänomenen wie dem Eigentum oder auch von Forderungen hilfreich sein mag, der auf Abstraktheit ausgerichteten Konzeption des BGB aber gerade zuwiderläuft. Ferner dürfte wegen der zunehmenden Entmaterialisierung und erheblichen Zunahme der Bedeutung unkörperli-

---

[277] Dahingehend auch *Haedicke*, JuS 2001, 966, 967. Anders *Habersack*, der – zwar zutreffend – meint, die Verfügungsobjekte (wie das Eigentum) existierten ausschließlich kraft Anerkennung durch die Rechtsordnung, ferner aber feststellt: „anders als die Rechtsobjekte“. Diese Bemerkung kann nur so verstanden werden, dass Rechtsobjekte nach seiner Ansicht auch ohne eine solche Anerkennung innerhalb der Rechtsordnung existieren. Dafür wird indes keine Begründung angegeben, sondern es wird nur festgestellt, dass diese „real“ existieren, Sachenrecht, § 1 Rn. 13.

Dieses Ergebnis überzeugt aber nicht. Denn allein die reale Existenz eines Objekts kann über dessen Bedeutung für die Rechtsordnung/den Rechtsverkehr gerade nichts aussagen. Nicht weiter hilft auch der Hinweis auf *Larenz/Wolf*, BGB AT § 20 Rn. 1 ff., denn auch dort findet sich insoweit keine Begründung. Im Gegenteil, dort wird einschränkend festgestellt, dass gerade „nicht alles, was den Raum erfüllt und in diesem Sinne materieller Natur ist, auch eine Sache als ein im Sinne der Rechtsordnung frei beherrschbares Rechtsobjekt [ist]“, a. a. O. § 20 Rn. 10.

[278] Zu diesem Phänomen auch *Paulus*, in: FS Wandtke, S. 3, 4 f., vor allem dahingehend, dass es etwa für einen der Verletzungstatbestände in § 823 Abs. 1 BGB allein auf die „Verletzung“ des quasi-fiktionalen Rechts „Eigentums“ ankommt und eben nicht auf die Beschädigung einer (konkret existierenden) Sache (dazu auch noch unten 2.).

cher Güter im Wirtschaftsverkehr[279] die Notwendigkeit einer abstrakten Betrachtungsweise und die Loslösung von Vergegenständlichungsversuchen zukünftig sogar noch an Bedeutung gewinnen.

Gegen die Annahme einer rechtlichen Irrelevanz von Sachen lassen sich auch nicht die Regelungen im BGB über die Herrenlosigkeit anführen, die eine rechtliche Anerkennung der Existenz von Sachen auch außerhalb der Beziehungen zu einem Rechtssubjekt nahe legen könnten. Denn geregelt wird vom Gesetz im Ergebnis gerade nicht die Phase der Existenz einer solchen Sache (also der eigentliche Zustand der „Herrenlosigkeit"), sondern wird vielmehr allein der Zeitpunkt des Erwerbs von Eigentum (durch Inbesitznahme, § 958 Abs. 1 BGB) respektive das Herrenloswerden, also die Aufgabe von Eigentum durch Dereliktion (§ 959 BGB).[280] Die Regelungen betreffen also allein das Schicksal des Rechts Eigentum und nur im Zusammenhang damit das Phänomen der herrenlosen Sachen, also deren Zustand der *Rechtlosigkeit*, weswegen die Bezeichnung *rechtlose* Sache auch treffender wäre. Über die eigentliche Phase der Herrenlosigkeit einer Sache schweigt sich das Gesetz dagegen aus. Dies zu Recht, denn in diesem Zustand existiert die Sache in der Rechtsordnung auch nicht, es gibt insbesondere keine Beziehung zu den Rechtssubjekten.

Dies gilt spiegelbildlich für den Eigentumserwerb durch Ersitzung bei beweglichen Sachen (§§ 937 bis 945 BGB), bei Grundstücken (§§ 900, 927 BGB) und etwa beim Nießbrauch (§ 1033 BGB). Geregelt sind auch dort jeweils die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs, also der *Entstehung* eines Rechts in einem Rechtssubjekt und zugleich einer rechtlichen Beziehung zu anderen Rechtssubjekten. Denn vor diesem Zeitpunkt ist die Beziehung nur eine rein tatsächliche, nämlich der Eigenbesitz, die *tatsächliche* Sachherrschaft. Gegen das Fehlen einer rechtlichen Beziehung lassen sich auch nicht die Vorschriften zum Besitzschutz (§§ 859 ff., 1007 BGB) anführen, denn durch diese wird allein die tatsächliche Gewalt über die Sache geschützt. So ist der Besitz anders als das Eigentum (und sonstige Rechte, dazu sogleich) auch außerhalb einer Rechtsordnung denkbar.[281] Freilich soll nicht geleugnet werden, dass es durch diese Vorschriften gleichwohl zu einer Art „Verrechtlichung" des Besitzes kommt. Dies gilt aber allenfalls für den jeweils einschlägigen Besitzschutz*an-*

[279] So schon *Becker*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 58 f. Man denke dabei an Rohdaten, nicht sonderrechtlich geschütztes Wissen, Geoinformationen, genetische Informationen, Sendefrequenzen etc. Ohne sonderrechtliche Vorschriften ist der Schutz solcher Phänomene ein rein tatsächlicher, wobei gute Gründe für einen diesbezüglichen Regelungsbedarf vorhanden sind. Zuletzt umfassend dazu *Zech*, Information als Schutzgegenstand, passim.

[280] Exemplarisch für herrenlose Grundstücke Mugdan, Motive III, wobei dies für bewegliche Sachen erst recht gelten dürfte: „Für das Rechtsleben ist es ziemlich gleichgültig, wie das rechtliche Schicksal der herrenlosen Grundstücke bestimmt wird", a. a. O. S. 301. *Johow* stellt in seiner Vorlage zutreffend fest, dass „der Fall der Dereliktion … selten vor[kommt]", vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 1101.

[281] Staudinger-Eckpfeiler/*Klinck*, Kap. V. Rn. 1.

spruch und nicht für den Besitz als tatsächlichem Zustand. Von einer Verrechtlichung des Besitzes kann ferner gesprochen werden, wenn sich gerade aus der Publizitätswirkung dieses tatsächlichen Zustands bestimmte Rechtsfolgen ergeben, ohne dass dies etwas an den vorstehenden grundsätzlichen Ausführungen ändern kann.

1. Befugnisse und Zuordnungsfunktion

Aus juristischer Sicht existieren infolgedessen Sachen erst dann, wenn Rechte an ihnen bestehen, weil sie erst dann von der Rechtsordnung anerkannt werden. Die Sachen sind dann Gegenstand eines Rechts, was freilich wiederum die Existenz sozialer Beziehungen zu anderen Personen (Rechtssubjekten) voraussetzt. Denn erst dann können Sachen überhaupt als vermögenswertes Gut genutzt werden und sind Verfügungen über Rechte an ihnen möglich.

Anschaulich zur Irrelevanz (auch) eines Rechts Eigentum beim Fehlen jeglicher sozialer Beziehungen ist die im *Wolf/Neuner* angeführte Robinson-Crusoe-Situation, wenn also nur eine Person auf einer einsamen Insel leben würde.[282] Oder anders formuliert: ohne ein zweites Rechtssubjekt gibt es schon logisch kein „Mein und Dein“ und somit keine Notwendigkeit, Bestimmungen über die Inhaberschaft von Rechten als eine „bedeutende Ordnung des gesellschaftlichen Lebens“[283] durch das Recht überhaupt treffen zu müssen.

a. Zur Relevanz des Eigentums

Diese Erkenntnis lässt sich ohne weiteres auch für den hier zu untersuchenden Kontext fruchtbar machen: Denn selbst wenn eine zweite Person auf der Insel auftaucht, wird ein etwaiges Eigentum an einer dort befindlichen Sache erst in dem Zeitpunkt relevant, wenn der einen Person die Nutzung dieser Sache streitig gemacht würde. Es kommt daher auch in diesem Kontext zu keiner Zeit auf den (ausschließlich) tatsächlich existierenden körperlichen Gegenstand an, denn dieser ist einfach nur „da“, wie er auch zuvor nur „da“ war, daran ändert auch das Auftauchen der zweiten Person nichts. Zwar können die beiderseitigen Interessen auf diese eine Sache gerichtet sein. Dies ist aber jeweils nichts mehr als eine *tatsächliche* Beziehung zur Sache, die dann eben eine konkurrierende ist. Rechtlich relevant ist in diesem Kontext immer nur das Recht Eigentum an der Sache und sind konkret die jeweils durch die andere Person verletzten/beanspruchten Befugnisse.

Voraussetzung dafür ist freilich, dass insoweit (1.) überhaupt eine Rechtsordnung – also positives Recht – existiert die (2.) privates Eigentum anerkennt. Erst dann werden die Personen überhaupt zu *Rechts*subjekten und Rechtsverhältnisse zwischen ihnen sind möglich. Denn ohne positives Recht gibt es kei-

---

[282] BGB AT, § 19 Rn. 6.
[283] So *Huber*, Erläuterungen, S. 32.

ne subjektiven Rechte,[284] ohne rechtliche „Infrastruktur" ist das Eigentum „eine leere und nichtssagende Worthülse".[285] Erst dann tritt zur *sozialen* Beziehung die *rechtliche* Beziehung zwischen diesen Personen.[286] Etwas anderes gilt dagegen für den Besitz als tatsächlichem Zustand. Diesen könnte „Robinson" ohne weiteres innehaben, auch wenn kein weiteres Rechtssubjekt existiert. Von der unbeschadet dessen fehlenden rechtlichen Relevanz einmal abgesehen, ist die Werthaltigkeit eines solchen Zustandes freilich begrenzt. Denn rechtlich relevant kann dieser tatsächliche Zustand ebenfalls erst in dem Moment werden, wenn eine zweite Person auftaucht und dem Besitzer die Sacherrschaft streitig macht.

Für die Rechtsordnung relevant ist daher immer nur das betreffende Recht, das an der Sache besteht, beziehungsweise sind die konkreten *Befugnisse*, die den Inhalt des jeweiligen Rechts bilden. Darin besteht auch die Zuordnungsfunktion des Rechts. Denn aus dem jeweiligen Inhalt ergibt sich auch, wem diese Befugnisse zugeordnet sind, in der Regel als *ausschließliche* Befugnisse. Von einer *Zuordnung von Sachen* oder – erweitert auch auf unkörperliche Gegenstände – überhaupt *von Gütern* zu sprechen, ist daher nur insoweit maßgeblich, wenn zum Ausdruck gebracht werden soll, welches Bezugsobjekt vom konkret zugeordneten Recht betroffen ist.

b. „Zuordnung" von Rechten vs. „Zuteilung" von Gütern

Für die notwendige Trennung zwischen Recht und Bezugsobjekt ist es freilich vorzugswürdig, nicht von einer Zuordnung, sondern von einer *Zuteilung* von Gütern zu sprechen.[287] Auf diese Weise wird klargestellt, dass nur Rechte, bzw. die in diesen enthaltene Befugnisse, die in ihrer Gesamtheit die jeweilige Rechtsmacht – also den eigentlichen Inhalt des Rechts – ausmachen, einem Rechtssubjekt *zugeordnet* werden. Denn ohne Rechte, die an den Sachen beste-

---

[284] Vgl. umfassend zu dieser h.M. *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 25 mit Fn. 5, auch mit Nachweisen zu abweichenden Ansichten. Wie hier auch *Hadding*, JZ 1986, 926, 927: „[V]on Eigentum, Besitz und den sonstigen Sachenrechten wird erst von dem Augenblick an gesprochen, in dem menschliches Tun oder Unterlassen in Bezug auf eine Sache andere Menschen berührt, d.h. etwa vom Gebrauch und von einer Verfügung ausschließt".

[285] *Böhmer*, NJW 1988, 2561, 2568.

[286] Dahingehend auch schon *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, § 11 (S. 260 f.): „Es ist aber klar, daß ein Mensch, der auf Erden ganz allein wäre, eigentlich kein äußeres Ding als das seine haben und erwerben könnte; weil zwischen ihm als Person und allen anderen äußeren Dingen als Sachen, es gar kein Verhältnis der Verbindlichkeit gibt"; *ders.*: „Aber das austheilende Gesetz des Mein und Dein eines Jeden am Boden kann, nach dem Axiom der äusseren Freiheit, nicht anders, als aus einem ursprünglich und a priori vereinigten Willen (der zu dieser Vereinigung keinen rechtlichen Akt voraussetzt), mithin nur im bürgerlichen Zustande, hervorgehen (lex justitiae distributivae), der allein, was recht, was rechtlich und was Rechtens ist, bestimmt", a.a.O. § 16 (S. 266 f.). Zum Eigentumsverständnis bei *Kant* vgl. *Hruschka*, JZ 2004, 1085, 1088 ff.

[287] Dahingehend auch *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 105.

hen, kann innerhalb einer objektiven Rechtsordnung die Sache selbst nicht (zulässigerweise) genutzt werden, weil schlicht die Befugnis dazu fehlt. Dies ist ferner dann wichtig, wenn es bei deliktisch relevanten Handlungen darum geht festzustellen, in wessen Recht eingegriffen wurde (welches Rechtssubjekt im Ergebnis also überhaupt einen Schaden erlitten haben kann) und wer mithin anspruchsberechtigt ist. Dazu bedarf es – wenn es etwa um eine Sachbeschädigung geht – notwendig einer lückenlosen Kette von der Sache, über das letztendlich verletzte Recht (z. B. das Eigentum an der betreffenden Sache) bis hin zum Inhaber des Rechts (Rechtssubjekt), also dem Eigentümer der betreffenden Sache.

Gegen diese Sichtweise lässt sich nicht anführen, dass auch eine herrenlose Sache genutzt werden könnte. Denn in einer solchen Nutzung wäre in der Regel wohl eine Inbesitznahme zu sehen, die notwendig zum Eigentumserwerb führt (vgl. § 958 Abs. 1 BGB), den Zustand der *Rechtlosigkeit* also gerade beendet. Genutzt würde dann also in Wahrheit das unmittelbar und ipso iure mit der Nutzung entstehende Recht Eigentum an der Sache und nicht die Sache selbst. Kann die Sache vom Nutzenden dagegen nicht angeeignet werden, weil das Aneignungsrecht allein einem anderen Rechtssubjekt zusteht – etwa dem Jagdausübungsberechtigten –, dann wird im Ergebnis ebenfalls nicht „die Sache“ genutzt, sondern es wird in ein fremdes Recht eingegriffen. Auch dann ist nur dieses relevant und nicht die Sache, also der körperliche Gegenstand i. S. von § 90 BGB.

Allenfalls als Reflex der beschriebenen Zuordnung von Rechten kommt es auch zur *Zuteilung* eines Guts. Denn rechtlich relevant und überhaupt nur möglich ist allein die Zuordnung von Rechten durch die objektive Rechtsordnung, also die *Rechts*zuordnung,[288] nicht die *Güter*zuordnung. Letzteres Phänomen ist nur eine tatsächliche Folge der Zuordnung der Befugnisse der Rechte, die an Gütern – den jeweiligen Bezugsobjekten – bestehen.[289] Durch die

[288] So auch *Haedicke*, JuS 2001, 966, 967. Dahingehend auch Staudinger/*Wiegand*, § 937 Rn. 22, der zutreffend betont, dass es bei allen sachenrechtlichen Erwerbstatbeständen um die „*Zuordnung dinglicher Rechte*“ geht (Hervorh. im Original).

[289] So kann auch *Kant* verstanden werden, wenn er die Sache als ein „Ding“ bezeichnet, „was keiner Zurechnung fähig ist“ (Metaphysik der Sitten, Einleitung IV, S. 58) und er dieser bzw. diesem als „Wesen, deren Dasein zwar nicht auf unserem Willen, sondern der Natur beruht“ und somit „vernunftlose Wesen“ allenfalls „einen relativen Wert als Mittel“ zugesteht (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Zweiter Abschnitt, S. 78). Für eine Güterzuordnung aber die h.M., vgl. etwa *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 1 (S. 1); *Westermann*, Sachenrecht, § 2 II (S. 7 f.), *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 2 (S. 14) (jeweils für das Sachenrecht allgemein bzw. für dingliche Rechte); *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, passim, mit einer umfassenden Darstellung der Entwicklung dieser Ansicht, sowie in jüngerer Zeit *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, passim; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, S. 63 ff. Kritisch dagegen aber auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, jedenfalls in Bezug auf dingliche Rechte, a. a. O. S. 47 f. Zur schwindenden Bedeutung der Innehabung von Gütern im Gegensatz zur Notwendigkeit eines *Zugangs* aus soziologisch-ökonomischer Sicht *Rifkin*, The Age of Access, passim, insb. S. 84 ff., 114 ff.

Zuordnung von Befugnissen wird dem Berechtigten (erstmals) die Möglichkeit eröffnet, ein Gut nutzen zu können. Eine bloße „Güterzuordnung" wäre dafür nicht ausreichend. Anknüpfend an die diesbezüglichen Ausführungen *Kelsens* zum Eigentum, dient das Gut – an dem ein Recht besteht – der Vermittlung der Beziehung aller anderen Rechtssubjekte zu dem Eigentümer.[290]

Diese quasi Vermittlerrolle ist aber eine rein tatsächliche, nicht unmittelbar juristisch relevante. Denn Rechtsverhältnisse können nur zwischen Rechtssubjekten bestehen, nicht zwischen Rechtssubjekten und Objekten.[291] Es kann daher nicht überzeugen, wenn vom Eigentum als der „Zuordnung der Sache zu einer Person" gesprochen wird.[292] Durch das Eigentum werden einem Rechtssubjekt (Eigentümer) vielmehr – und ausschließlich – Befugnisse zugeordnet, die ihm in Bezug auf eine bestimmte Sache und gegenüber allen anderen Rechtssubjekten zustehen. Die unmittelbare und rechtlich relevante Bedeutung der Zuordnungsfunktion von Rechten liegt genau darin festzustellen, *welche* Befugnisse, die sich als deren Inhalt aus den an ihnen bestehenden Rechten ergeben, *welchem* Rechtssubjekt zustehen sollen. Diese Befugnisse gehören in ihrer Gesamtheit – um wieder konkret auf dieses Recht zurückzukommen – zum Inhalt des einheitlichen Rechts Eigentum.[293] Dies gilt entsprechend für andere Stammrechte.

Nach der heute wohl herrschenden Ansicht[294] soll damit der Inhalt des Eigentums aber keineswegs erschöpfend erfasst werden. Denn danach ist das Eigentum mehr als die Summe seiner Teile (Einzelbefugnisse), da der Eigentumsinhalt und somit die Rechtsmacht des Eigentümers letztendlich nur durch die gesetzlichen Ausübungsschranken begrenzt wird.[295] Diese Ansicht geht unter anderem auf *Windscheid* zurück, der feststellt: „Das Eigenthum ist die Fülle des Rechts an der Sache und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Äußerungen und Manifestationen dieser Fülle."[296] Insgesamt geht diese Ansicht daher von einer Totalität und Absolutheit des Eigentums aus, was dem tatsächlichen Inhalt des Eigentums aber nicht gerecht wird (dazu unten 2.).

Dagegen verschwimmt etwa bei *Savigny* die notwendige Trennung zwischen der *rechtlichen* Beziehung der Rechtssubjekte untereinander und der (nur) rein *tatsächlichen* Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, wenn er

---

290 Reine Rechtslehre, S. 135 f.

291 Vgl. dazu auch noch unten Kap. 3.

292 So aber *Becker*, AcP 196 (1996), 439, 458; *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 75.

293 So auch *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 273); Planck/*Brodmann*, § 903 Ziff. 2 (S. 261 f.).

294 Vgl. insoweit etwa MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 4 ff.

295 *Sontis,* in: FS Larenz (1973), S. 981, 988.

296 Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1891, § 167. Auch *Westermann*, Sachenrecht, stellt fest: „Einzelne Befugnisse können vom Eigentum abgespalten werden, ohne dass es dadurch das Wesen als umfassendes Recht verliert.", a. a. O. § 28 I 2.

behauptet, dass Gegenstände möglicher Willensherrschaft „die unfreye Natur, und fremde Personen“ sein können.[297] Dies erstaunt umso mehr, als gerade er das subjektive Recht als Grundlage aller Rechtsverhältnisse und diese als die grundlegende Kategorie des gesamten Privatrechts ansieht[298] (dazu noch unten Kap. 3 B.). Dass aber eine Sache – als Teil der „unfreyen Natur“ – einem *rechtlichen* Willen unterworfen werden kann, ist nicht vorstellbar. Denn eine Sache kann schlicht nicht auf ihr gegenüber willentlich ausgeübte Befugnisse, auf eine Entfaltung von Rechtsmacht, reagieren,[299] einen Zwang befolgen etc. Rechtlich relevant kann dies nur ein anderes Rechtssubjekt tun.

Das oben genannte Verständnis der Zuordnung von Befugnissen und somit von Rechtsmacht als Inhalt eines Rechts steht ohne weiteres auch im Einklang mit den Vorschriften des Bereicherungs- und des Deliktsrechts. So spielt gerade bei ersterem in den Fallgruppen der Eingriffskondiktion der Zuweisungsgehalt eines Rechts eine zentrale Rolle. Denn nur dann, wenn ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt vorliegt, kann – jedenfalls nach der herrschenden Zuweisungstheorie[300] – ein solcher Tatbestand überhaupt vorliegen.[301] Es geht eben auch dort nicht um einen Eingriff „in die Sache“ selbst. Ebenso wenig geht es im Deliktsrecht um die Beschädigung einer Sache, sondern vielmehr um eine Verletzung des Rechts Eigentum *an* einer Sache.[302] Denn der beschädigte Gegenstand ist nicht mehr als die in der dinglichen (faktischen) Welt sichtbare Manifestation der für das (Delikts-)Recht allein relevanten Eigentumsverletzung i. S. einer Beeinträchtigung der Befugnisse des Eigentümers. Allein dies ist der Eingriff und ist die deliktisch relevante Verletzungshandlung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB, was sich freilich schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt.

2. *Befugnisse des Eigentümers als Inhalt des Eigentums*

Worin die im vorherigen Abschnitt schon angesprochenen Befugnisse des Inhabers eines Rechts jeweils bestehen, hängt wiederum vom konkret betrachteten Recht ab. Handelt es sich – bei Sachen – um das Stammrecht Eigentum, scheint

---

[297] System des heutigen römischen Rechts I, § 53 (S. 338).

[298] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, § 4 (S. 7), § 53 (S. 333 ff.).

[299] Von rein kausalen physikalischen Reaktionen einmal abgesehen.

[300] Zur Zuweisungstheorie umfassend *Reuter/Martinek*, HdbSchR 4, § 7 I (S. 234 ff.); *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, S. 353 ff. unter Hinweis auf die grundlegende Annahme bei *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 141 Ziff. 5 (S. 421); MüKo-BGB/*Schwab*, § 812 Rn. 244 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 69 I 1; *Caemmerer*, in: FS Rabel I, S. 333, 352 ff.; *Mestmäcker*, JZ 1958, 521, 523 ff. Siehe zur konkurrierenden Rechtswidrigkeitstheorie *Reuter/Martinek*, HdbSchR 4, § 7 II (S. 241 ff.).

[301] Vgl. zum Bereicherungsrecht BGHZ 107, 117 – Forschungskosten: „Eine Bereicherungshaftung ‚in sonstiger Weise‘ setzt nur ein, wenn der erlangte Vermögensvorteil dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechtsguts widerspricht“.

[302] Zumindest missverständlich daher *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 144, wenn beim Tatbestand von § 823 Abs. 1 BGB vom „Schutz der Sachsubstanz“ die Rede ist. Vom Substanz*bezug* dieser Vorschrift kann dagegen durchaus gesprochen werden.

auf den ersten Blick eine konkrete Festlegung der Befugnisse einfach möglich zu sein. Denn gem. § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer „mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen". Es gibt somit (nach der Sachherrschaftsheorie[303]) augenscheinlich *positive* Befugnisse des Eigentümers aus dem Eigentum. Dies sind zunächst die *rechtlichen* Einwirkungsmöglichkeiten, die hier als Nutzungs-[304] und Veräußerungsbefugnisse bezeichnet werden sollen (dies umfasst die Belastung ebenso wie die Übereignung).[305] Hinzu treten die (negativen) Abwehrbefugnisse.[306]

a. Bestimmung der konkreten Eigentümerbefugnisse

So einfach wie es scheint ist die Bestimmung der konkreten Eigentümerbefugnisse aber keineswegs.[307] Insbesondere darf § 903 S. 1 BGB nicht so verstanden werden, dass durch diese Norm der Inhalt des (jeweils konkreten) Eigentums positiv definiert wird[308] noch dem Eigentümer so zugewiesen wird. Denn das ist erschöpfend weder möglich[309] oder auch nur notwendig. Der positive Inhalt des Eigentums ergibt sich vielmehr bereits aus der Gesamtrechtsordnung, also der vom Grundgesetz determinierten Wirtschafts- und Sozialordnung.[310] Denn Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht nur den Bestand des Eigentums, sondern garantiert zugleich den freiheitlichen Gebrauch desselben.[311] Im verfassungsrechtlichen Kontext kommt es daher häufig auch zur Gleichsetzung von Eigentum und (persönlicher) Freiheit.[312]

---

[303] Es dürfte sich dabei um die herrschende Theorie handeln. Vertreter sind etwa MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 4; Schulze-BGB/*Schulte-Nölke*, § 903 Rn. 1.

[304] Nutzung wird hier weiter verstanden als i. S. von § 100 BGB (dazu noch unten Kap. 3 F. III. 2.) und umfasst auch den ggf. vorgesehenen Verbrauch.

[305] Vgl. Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 903 Rn. 17 f.

[306] Zur Einteilung der Befugnisse in „positive" und „negative" vgl. auch *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 52 I. (S. 178); MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 5.

[307] Ein umfassender Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsbegriffs findet sich bei *Olzen*, JuS 1984, 328.

[308] Dazu, dass die Befugnisse des Eigentümers nicht aus § 903 BGB herrühren, sondern aus dem Eigentum selbst, und dass § 903 BGB gerade keine Definitionsnorm ist, sondern eine *Beschreibung* des wesentlichen Inhalts des Eigentums schon Mugdan, Motive III, S. 262.

[309] Mugdan, Motive III, S. 262; so auch *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 273).

[310] *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981.

[311] *Schachtschneider*, Freiheit in der Republik, S. 571.

[312] Vgl. etwa BVerfGE 105, 17, 31 („Eigentumsfreiheit"); *Leisner*, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. VI (1989), § 149 Rn. 21, *ders.*, in: Isensee/Leisner, Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht, S. 638; *Dürig*, ZgesStW 109 (1953), S. 326, 334 (Eigentum als „vergegenständlichte Freiheit"); *Meyer-Abich*, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, S. 28 ff., 58 ff., spricht von „geronnener Arbeit"; umfassend *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, insb. S. 78 ff. Zu anderen Schlagworten im Kontext der häufig ideologiebeladenen Auseinandersetzung mit dem Begriff „Eigentum" vgl. nur Staudinger/*Seiler*, Vorbem zu §§ 903 ff Rn. 51. Der Eigentumsbegriff des Grundgesetzes geht jedoch insgesamt weiter. Erfasst wird davon jedes vermögenswertes, subjektiv-privatnütziges Recht, das einem Rechtssubjekt eigenverantwortlich zur Verfügung steht, vgl. BVerfGE 31, 229, 240 f.; 80, 201, 208 f.; 95, 267, 300. Daher ist auch das sog. geistige Eigentum verfassungsrechtlich geschützt, obschon es sich

Die konkreten positiven Befugnisse des Eigentümers – unbeschadet der Frage, woher diese stammen (dazu sogleich) – lassen sich dabei nicht allgemein festlegen, sondern ergeben sich aus den Eigenarten des jeweiligen Bezugsobjekts.[313] So kann ein Eigentümer auf *seinem* Stuhl sitzen und mit *seinem* Bleistift schreiben, während eine umgekehrte Nutzung gerade nicht möglich ist. Jedem Sacheigentum gemein ist aber jedenfalls die *alleinige* Befugnis des Eigentümers, über sein Eigentum verfügen zu können. Für § 903 S. 1 BGB kann daher allein die Aufgabe verbleiben, dem positiven Inhalt des Eigentums die negative Befugnis des Eigentümers zur Abwehr von Beeinträchtigungen des Rechts hinzuzufügen, denn eine solche Befugnis ergibt sich nicht bereits aus dem grundgesetzlich determinierten positiven Inhalt des Eigentums selbst.[314] Erst *dadurch* wird das Eigentum zum Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrecht und lassen sich unter Anwendung der nachfolgenden Vorschriften Konfliktsituationen in Bezug auf ein bestimmtes Eigentumsrecht lösen. Die §§ 905 ff. BGB grenzen sodann die Befugnisse des Eigentümers an Grundstücken ein, definieren also Inhalt und Schranken im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.[315] Dies gilt in Bezug auf § 904 BGB ebenso für das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen. Dagegen konturieren die §§ 985 ff. BGB die Befugnisse des Eigentümers (an beweglichen und an unbeweglichen Sachen) gegen den nicht-berechtigten Besitzer, unbeschadet der dort ebenfalls geregelten Ansprüche desselben *gegen* den Eigentümer (§§ 994 bis 1003 BGB).

Diese Gesetzessystematik zeigt, dass der BGB-Gesetzgeber die Existenz von Eigentum und dessen positiven Inhalt in „Titel 1“ gerade nicht regelt, sondern vielmehr voraussetzt. Geregelt wird in den §§ 903 ff. BGB allein die Lösung von Konfliktsituationen, in den §§ 905 ff. BGB ausschließlich für das Eigentum an Grundstücken. Diese Ansicht findet auch Bestätigung in den Motiven der 1. Kommission. Denn dort heißt es schlicht, dass

„der Entwurf weniger eine Definition geben, als den wesentlichen Inhalt der dem Eigenthümer zustehenden Rechte feststellen [will]. Die positive Seite ist von geringerer

---

dabei nicht um Eigentum an einer Sache i. S. von § 90 BGB handelt. Umfassend zum Eigentumsbegriff des Grundgesetzes *Böhmer*, NJW 1988, 2561.

313 RGRK-BGB/*Augustin*, Vor § 903 Rn. 4, der aber – anders als hier – insoweit von rechtlichen Befugnissen als (positivem) Eigentumsinhalt ausgeht und nicht von nur rein tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten (dazu unten C.).

314 So auch *Schapp*, Das subjektive Recht, S. 116.

315 Zum Eigentumsbegriff des Grundgesetzes, der nicht notwendig deckungsgleich ist mit dem bürgerlich-rechtlichen Verständnis, siehe etwa Maunz/Dürig/*Papier*, Grundgesetzkommentar, Art. 14 Rn. 55 ff.; Staudinger/*Seiler*, Vorbem zu §§ 903 ff. Rn. 25. Das dortige weite Begriffsverständnis – auch der Besitz fällt in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie – erklärt sich jedoch vor allem aus der Staatsgerichtetheit der Grundrechte und eben auch von Art. 14 GG, vgl. Maunz/Dürig/*Papier*, Grundgesetzkommentar, Art. 14 Rn. 201 f. Zu den nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB in den §§ 905 ff. treten die landesrechtlichen Vorschriften, die auf Grundlage von Art. 124 EGBGB in nahezu allen Bundesländern erlassen wurden.

Wichtigkeit, als deren negative Seite, nämlich daß die ausschließliche Verfügungsbefugnis des Eigenthümers über die Sache soweit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird".[316]

Insgesamt sind die §§ 903 ff. BGB konzeptionell daher eine Darstellung der *Grenzen* und somit der *Begrenztheit* des Eigentums[317] und gerade nicht einer wie auch immer gedachten „Schrankenlosigkeit".[318]

b. Inhalt und Bedeutung von § 903 BGB

Nach einer anderen Ansicht soll dagegen (erst) § 903 BGB dem Eigentümer „die grundsätzliche Befugnis [geben], mit der Sache nach Belieben zu verfahren". Diese Befugnis werde unter anderem durch § 985 BGB abgesichert.[319] Dies überzeugt aber nicht, denn für die Tatsache, dass der Eigentümer – um auf das obige Beispiel zurückzukommen – auf seinem Stuhl sitzen, ihn verleihen, zerstören etc. kann, braucht es § 903 BGB nicht. Denn dies folgt bereits aus der grundgesetzlich abgesicherten Inhaberschaft des Rechts (Eigentum) selbst. Um aber einem Dritten etwa *verbieten* zu können, auf *seinem* Stuhl zu sitzen, stellt § 903 S. 1 Hs. 2 BGB klar, dass nur der Eigentümer *allein* diese (und andere) Befugnis(se) innehat. Darin liegt der Kern dessen, was durch diese im Ergebnis rein *beschreibende* Norm[320] eigentlich ausgesagt wird.

Was § 985 BGB angeht, so kann man den Inhalt dieser Norm – wie *Jänich* – ohne weiteres darin sehen, dass dadurch die Befugnisse des Eigentümers abgesichert werden.[321] Dies wird dem Inhalt der Vorschrift aber nicht vollumfänglich gerecht. Sie ist vielmehr weitergehend zu verstehen als im Ergebnis eine Repräsentation der Eigentümerbefugnisse selbst, die die Herrschaftsmacht

316 Mugdan, Motive III, S. 262.

317 So auch überzeugend Staudinger/*Seiler,* Vorbem zu §§ 903 ff Rn. 57, vor allem auch in Abgrenzung zur Ansicht *Säckers*, der im § 903 BGB die Manifestierung eines „totalen und absoluten" Eigentums sieht, *ders.* in: MüKo/BGB, § 903 Rn. 4. Nach seiner Ansicht – und für sein Verständnis von § 903 BGB auch konsequent – soll die positive Inhaltsumschreibung des Eigentums auch geboten sein, „da aus der Befugnis, potentiell jedermann, der in die Lage kommt, das Recht zu verletzen, abzuwehren, nicht notwendig zurückgeschlossen werden [könne] auf die grundsätzliche Unbeschränktheit des positiven Inhalts des Eigentums", a. a. O. Rn. 6. Nach der hier vertretenen Ansicht regelt § 903 BGB aber in keinster Weise irgendwelche positiven Inhalte des Eigentums, daher bedarf es auch keiner Umschreibung eines solchen Inhalts.

318 Nicht zutreffend daher *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 32. Aufl., München 2006, Rn. 323 die davon ausgehen, dem BGB liege das Konzept der „Schrankenlosigkeit des Eigentums" zugrunde. Für die hier vertretene „Beschränktheit" spricht auch die angesprochene Gleichsetzung von Eigentum und Freiheit, denn innerhalb einer Rechts- und Wirtschaftsordnung kann Freiheit niemals schrankenlos sein. Sie findet jedenfalls ihre Grenze immer dort, wo die Freiheitssphäre eines Anderen beginnt. Anders aber nun *Prütting*, Sachenrecht, der umfassend insbesondere auf die privatrechtlichen Schranken des Eigentums eingeht und somit anschaulich dessen eigentliche Beschränkheit darstellt, a. a. O. Rn. 309 ff.

319 So *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 295.

320 So auch das Verständnis bei Staudinger/*Seiler,* § 903 Rn. 2, 6.

321 Geistiges Eigentum, S. 295.

des Eigentümers über das Bezugsobjekt des Eigentums sicherstellen soll. Insoweit kommt es in einem ersten Schritt zu einer Konkretisierung der in § 903 S. 1 Hs. 2 BGB allgemein geregelten Abwehrbefugnis des Eigentümers und sodann – als zweitem Schritt – zu einer Erweiterung der Befugnis auf einen Herausgabeanspruch hin, also auf die *Durchsetzbarkeit* seines Rechts. Entsprechendes gilt für die weiteren Eigentumsverwirklichungsansprüche[322] aus §§ 1004, 1005 BGB. Daher kann § 985 BGB – als im Ergebnis eine Erscheinungsform des Eigentums selbst – bereits deshalb nicht (isoliert) abtretbar sein,[323] weil das Eigentum selbst nicht durch Abtretung übertragen werden könnte.

Ferner kann § 985 BGB eben ohnehin nicht vom Eigentum getrennt werden, es ist vielmehr als dessen Kern ein nicht zu unterscheidender Teil desselben. Daher ist auch der Aussage- und Regelungswert dieser Norm gering. Denn genau genommen bräuchte es § 985 BGB nicht, da ja schon § 903 S. 1 Hs. 2 BGB dem Eigentümer eine Ausschließungsbefugnis zugesteht.[324] Die Ausschließung eines Anderen von der unmittelbaren Sachherrschaft – also die Befugnis, „die Herausgabe der Sache verlangen“ zu können, – ist aber geradezu ein Musterbeispiel im Sinne der stärksten Form einer solchen Ausschließung. § 985 BGB macht daher nur insoweit Sinn, als damit die Ausschließungsbefugnis des § 903 S. 1 Hs. 2 BGB näher konkretisiert und als Anspruchsgrundlage formuliert wird.[325]

c. Die Ausschließungsbefugnis als Kern des Rechts Eigentum

aa. Die Bedeutung des Eigentums bei Kelsen

Im Hinblick auf diese Ergebnisse ist durchaus auch *Hans Kelsens* Ansicht überzeugend, der von vornherein einen gänzlich anderen Weg geht und den eigentlichen – und sogar alleinigen – Inhalt des Eigentums darin sieht, alle anderen Rechtssubjekte von der Verfügung über eine Sache auszuschließen (Ausschlie-

---

[322] So die Formulierung in Staudinger/*Gursky*, Vorbem zu §§ 985–1007 Rn. 1. Dazu treten die allgemeinen (Verteidigungs-)Rechte aus § 228 BGB (Notstand), § 229 BGB (Selbsthilfe) und § 277 BGB (Notwehr).

[323] BGHZ 60, 235, 240; Staudinger/*Gursky*, § 985 Rn. 3; MüKo-BGB/*Baldus*, Vorbem zu § 985 Rn. 40 jeweils m. w. N. So auch schon *Windscheid*, Pandekten II, § 337 Ziff. 4; Planck/*Brodmann*, § 985 Ziff. 3 (S. 482).

[324] Bei dieser Sichtweise relativiert sich zugegebenermaßen die oben aufgestellte Behauptung, § 903 BGB sei eine rein beschreibende Vorschrift auf die Schlussfolgerung, dass die beiden Vorschriften jedenfalls nebeneinander nicht notwendig sind.

[325] So auch *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 130. Dagegen bezweifelt *Schapp*, Das subjektive Recht, dass § 985 BGB überhaupt etwas über den Inhalt des Eigentums aussagen kann, denn die Norm setze ein Verständnis von Eigentum schon voraus, a. a. O. S. 114 f. Im Ergebnis sieht er – wohl – § 985 BGB als die Grundnorm gegenüber § 903 BGB an, wenn es um die Bestimmung des Inhalts von „Eigentum“ geht, denn er stellt fest: „§ 985 BGB ist keine selbstverständliche Folge des im § 903 BGB beschriebenen Ausschließungsgebots, der Weg läuft vielmehr umgekehrt“, a. a. O.

ßungstheorie).[326] Diese Sichtweise dürfte wiederum auf *Savigny* zurückgehen, der das Eigentum im Kern als das Recht ansah, jeden anderen vom Gebrauch der Sache auszuschließen, was demgemäß als „Recht zur Ausschließung" auch in den BGB-Entwurf der 1. Kommission übernommen worden war, später aber durch die 2. Kommission modifiziert wurde, weil eine Gestaltung des Eigentums logisch denkbar sei, nach der der Eigentümer zwar jeden von Einwirkungen auf die Sache ausschließen, aber selbst nicht beliebig mit der Sache verfahren könne.[327] Dies ist zweifelsohne richtig und daher gibt es in den Formulierungen seit jeher den Hinweis auf die gesetzlichen Ausübungsbeschränkungen und die Rechte Dritter. Es ist ferner aber bereits selbstverständlich, da es keine schrankenlosen Rechte gibt. Mit der Definition des (positiven und negativen) Inhalts des Eigentums hat dies jedenfalls nichts zu tun.

Ausgehend von der Ausschließungstheorie ist das Eigentum die Grundform aller Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrechte.[328] Wie auch aus *Kelsens* Äußerungen über das subjektive Recht ergibt sich daraus aber ferner – und insoweit konsequent –, dass auch das Eigentumsrecht lediglich als Reflex der Pflichten eines Anderen aufzufassen ist. Das Eigentum ist daher allenfalls sekundär eine Beziehung zu einer Sache, nämlich nur insofern, als alle anderen Rechtsunterworfenen den Eigentümer an der Verfügung über das Eigentum einer bestimmten Sache nicht hindern dürfen. Die Sache selbst – als Objekt – dient dann (nur) der Vermittlung der Beziehung aller anderen Rechtssubjekte zum Eigentümer.[329] Das Interesse dieser Rechtssubjekte ist jeweils auf diese eine bestimmte Sache gerichtet, die damit quasi zum Bindeglied der Subjekte wird, was wiederum zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen ihnen führt. Gegen die Sachherrschaftstheorie wendet *Kelsen* insbesondere ein, dass die Bestimmung des Eigentums als eines Verhältnisses zwischen Person und Sache die ökonomisch entscheidende Funktion des Privateigentums verhülle

> „die Funktion der Ausbeutung, die ja gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen vom Zugriff auf seine Sache ausgeschlossen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichteten Subjekten besteht".[330]

bb. Stellungnahme

Zuzustimmen ist *Kelsen* insoweit, als das Eigentum keine (Rechts-)Beziehung zu einer Sache ist, was nach den Ergebnissen der noch folgenden Untersuchung zum Inhalt und Wesen des subjektiven Rechts und zu Rechtsverhältnissen auch

[326] Siehe dazu auch *Darmstaedter*, AcP 151 (1950/51), 311, 326 unter Hinweis auf *Savigny*, Das Recht des Besitzes, S. 26 ff.

[327] Vgl. dazu Staudinger/*Seiler,* § 903 Rn. 2.

[328] Zu diesen Begriffen bei den Immaterialgüterrechten siehe noch unten Kap. 4 C. I. (S. 196 f.).

[329] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 135 f.

[330] *Kelsen*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), 107 f.

folgerichtig ist. Denn Rechtsbeziehungen können nur zwischen (Rechts-)Subjekten bestehen und nicht zwischen Subjekten und Objekten.[331] Was an *Kelsens* Argumentation aber nicht gänzlich überzeugt ist die Tatsache, dass als Ausgangspunkt der Betrachtung isolierte Pflichten eines „Anderen“ gedacht werden, um – als deren bloßen Reflex – anschließend (rein negative) Befugnisse des Eigentümers anzuerkennen. Denn es erscheint willkürlich, als Ausgangspunkt gerade mit der „Gegenseite“ zu beginnen, denn genauso gut könnte doch auch mit dem Eigentümer begonnen werden und mit der Frage, was diesem nun eigentlich (positiv) „zusteht“. Das aber ist nun einmal die Frage, die wesentlich schwerer und wohl allgemein überhaupt nicht zu beantworten ist. Dieses Problem umgeht *Kelsen* lediglich, ohne sich damit tatsächlich auseinanderzusetzen. Auch fällt die Vorstellung von Pflichten schwer, ohne zugleich an (positive und negative) Rechte (Befugnisse) Anderer – hier eben des Eigentümers – zu denken. Warum es sich bei diesen Befugnissen – wie *Kelsen* meint – daher nur um Rechtsreflexe handeln soll, leuchtet nicht ein, weil eben die Betrachtungsweise eine rein willkürliche ist. Auch an dieser Stelle wird einmal mehr deutlich, wie begrenzt die Vorstellungswelt in Bezug auf die Veranschaulichung von Grundbegriffen eigentlich ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um die Herausforderung geht sich Gegensatzpaare vorzustellen, ohne zugleich an beide Seiten denken zu dürfen, um das Ergebnis nicht schon dadurch vorwegzunehmen.

Kelsens Ansicht ist jedoch insoweit schlüssig, als er notwendig trennt zwischen der Beziehung des Eigentümers zur Sache (also zu *seiner* Sache) und zu anderen Rechtssubjekten. Nur in Bezug auf letztere handelt es sich um *rechtliche* Beziehungen, die Beziehung zur Sache – zum Bezugsobjekt des konkreten Eigentums – ist dagegen bloß eine rein *tatsächliche* (dazu noch anschließend). Konsequent ist dann an dieser Stelle die Schlussfolgerung, dass auch die positiven Befugnisse im Hinblick auf die Sache selbst – also insbesondere das Benutzenkönnen als Musterfall des „nach Belieben zu verfahren“ i.S. von § 903 S. 1

[331] A.A. explizit für das Eigentum als „rechtliche Beziehung eines Menschen zur Sache“ RGRK-BGB/*Augustin*, Vor § 903 Rn. 1. Hier scheint eine Trennung zu fehlen zwischen einer wohl möglichen (und wie auch immer gearteten) *emotionalen* Bindung und rein *tatsächlichen* „Beziehung“ eines Menschen zu einer Sache und einer *rechtlichen* Beziehung. So kann z.B. ein Mensch als Eigentümer i.S. von § 903 BGB zwar der „Herr“ eines Hundes sein und von diesem einen gewissen Gehorsam „erzwingen“. Diese Machtausübung ist aber eine rein tatsächliche, keine rechtliche, weil der Gehorsam des Hundes ihm gegenüber ja nicht mit den Mitteln des Rechts durchgesetzt werden kann.

Rechtsbeziehungen definieren sich aber gerade ausgehend von der Frage, *gegen wen* das Rechtssubjekt seine rechtlichen Befugnisse (also im Ergebnis das subjektive Recht selbst) *durchsetzen*, insoweit also durchaus Macht ausüben kann. Dies sind aber immer nur andere Rechtssubjekte und niemals Sachen i.S. von § 90 BGB (einschließlich § 90a BGB). Bemächtigt sich dagegen ein anderes Rechtssubjekt des Hundes (indem er zum unmittelbaren Besitzer wird und somit in das Eigentum „am Hund“ eingreift), kann der Eigentümer sein Recht gem. § 985 BGB gegen diesen unberechtigten Besitzer, mit dem nunmehr ein Rechtsverhältnis besteht, durchsetzen und Herausgabe „der Sache“ (also die Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes) verlangen.

Hs. 1 BGB – nur zum Inhalt der *tatsächlichen* Beziehung des Eigentümers zur Sache gehören.[332] Diese Befugnisse können daher auch kein Inhalt des subjektiven Rechts Eigentum sein. Rechtlich relevanter Inhalt des Eigentums sind demnach allein die Abwehrbefugnisse des Eigentümers gegen Dritte aus § 903 S. 1 Hs. 2 BGB, denn nur diese richten sich gegen Rechtssubjekte.[333] Diese Ansicht steht ferner mit der oben bereits dargelegten Ansicht im Einklang, wonach die Sachen selbst – also die körperlichen Gegenstände – rechtlich keine Relevanz besitzen. Diese kommt ausschließlich denjenigen Befugnissen zu, die in Bezug auf Dritte (Rechtssubjekte) bestehen.

Diese Sichtweise entspricht auch der herrschenden Ansicht etwa im U.S.-amerikanischen Recht. So wird in der ständigen Rechtsprechung des U.S. Supreme Court der Inhalt des Eigentums zwar – allgemein und insbesondere im verfassungsrechtlichen Verständnis eines Schutzbereichs – als ein Bündel von Rechten („bundle of rights"[334]) angesehen. Innerhalb dieses Bündels ist jedoch das „right to exclude" das letztendlich für den Inhalt des Eigentums maßgebliche (Teil-)Recht.[335] Dies gilt entsprechend für die Rechte des geistigen Eigentums und namentlich für das Patentrecht. Denn anders als § 9 S. 1 PatG ist der maßgebliche 35 U.S.C. § 154 *unmissverständlich* „negativ" formuliert,[336] die Konzeption des Patentrechts als Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrecht ist somit evident.

Konsequenterweise müsste sich die hier vertretene Ansicht, die allein auf den Ausschließungsgehalt des Eigentums abstellt, aber die Frage gefallen lassen, ob ein solches Recht *vor* einem Eingriff überhaupt als solches existiert oder ob es nicht vielmehr nur eine „Anwartschaft auf den Rechtsschutz" darstellt, welches erst bei Zuwiderhandlung zum Vollrecht erstarken würde.[337] Auf diesen

---

[332] *Adamkiewicz*, ArchBürgR 31 (1908), 21, spricht insoweit vergleichbar von der rein wirtschaftlichen Machtstellung des Rechtsubjekts in Bezug auf die Sache.

[333] Allgemein *Oertmann*, AcP 123 (1925), 129: „[I]n der rechtlichen Bedeutung der Sachenrechte tritt die Innenwirkung, das Dürfen, gegenüber der Außenwirkung durchaus zurück", a. a. O. S. 138.

[334] Vgl. etwa United States v. General Motors Corp., 323 U.S. 373, 377 f. (1945); Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164, 176 (1979).

[335] „(T)he owner has somehow lost one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property -- the right to exclude others", Kaiser Aetna vs. United States, 444 U.S. 164, 176 (1979). Daher fällt konsequenterweise auch das Ausschließungsrecht und nicht ein wie auch immer geartetes „Sachherrschaftsrecht" unter die Eigentumsgarantie des 5. und des 14. Zusatzartikels der U.S.-Verfassung, vgl. dazu auch *Radin*, 88 Colum. L. Rev. 1667.

[336] IN GENERAL.—(1) CONTENTS.—Every patent shall contain a short title of the invention and a grant to the patentee, his heirs or assigns, of *the right to exclude others* from making, using, offering for sale, or selling the invention throughout the United States or importing the invention into the United States […] (Hervorh. d. Verf.). Vertiefend dazu *Hauck*, ZGE/IPJ 5 (2013), 204, 224 f.

[337] Vgl. dahingehend *Oertmann*, AcP 123 (1925), 129, 137 f. unter Hinweis insbesondere auf die Ausführungen *Thons* in: Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 175 ff.

Streit kann hier nicht weiter eingegangen werden. Zum einen deshalb, weil das Recht Eigentum nicht den Hauptgegenstand dieser Untersuchung bilden soll, zum anderen auch, weil es letztlich für das darzustellende Konzept der Belastung nicht darauf ankommt, welcher Theorie man letztlich den Vorzug gibt. Denn *dass* eine Rechtsmacht aus dem Eigentum folgt, ist unstreitig, nur eben nicht deren Qualität und Umfang, was aber ohnehin für jeden Einzelfall bestimmt werden müsste. Nur auf diese Rechtsmacht kommt es für eine Belastung aber letztendlich an. Wobei davon freilich abhängt, wie viel von dieser Macht, also welche einzelnen Befugnisse, durch die Belastung letztlich konkret betroffen ist. Denn anders als etwa beim Eigentum, bei dem sich die Befugnisse des Inhabers nicht durch eine abschließende Aufzählung erfassen lassen, ist dies bei den beschränkten dinglichen Rechten durchaus möglich.[338]

Zur Ausschließungsbefugnis hinzu tritt aber notwendig die Befugnis des Eigentümers, als einziger (wirksam) über sein Recht verfügen zu können. Wobei auch diese Befugnis letztendlich verstanden werden kann als notwendige Folge der Befugnis, alle anderen von Verfügungen ausschließen zu können, was dann doch wieder auf das Ausschließungsrecht zurückführt. Es ist daher vorzugswürdig, die Verfügungsbefugnis des Eigentümers als einen Teil der Ausschließungsbefugnis zu verstehen.

d. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass durch § 903 S. 1 BGB dem Eigentümer allein die negative Abwehrbefugnis in Bezug auf Beeinträchtigungen seiner positiven Befugnisse aus dem Eigentum als dessen *zusätzlichem* Inhalt zuerkannt wird. Zugewiesen wird ihm damit – positiv formuliert – die *alleinige* volle und ungestörte *tatsächliche* Herrschaft in Bezug auf das jeweilige Bezugsobjekt und gegenüber allen anderen Rechtssubjekten, jedenfalls soweit er solche Beeinträchtigungen nicht – insbesondere nach den §§ 904 ff. BGB – zu dulden hat. Im Ergebnis ist daher § 903 S. 1 BGB verstanden als Aussage zum Inhalt des Eigentums nur durch den 2. Halbsatz nicht rein deklaratorisch. Denn damit wird eben verdeutlicht, dass *allein* „der Eigentümer einer Sache … mit der Sache nach Belieben verfahren [kann]“.

Die Überschrift zu Abschnitt 3 des BGB-Sachenrechts „Inhalt des Eigentums“ ist also zutreffend, sofern man bei § 903 S. 1 BGB auf den dortigen 2. Halbsatz abstellt sowie auf die Regelungen in den §§ 904 ff. BGB. Im Ergebnis war daher *Johows* seinerzeitiger (1880) Entwurf des jetzigen § 903 BGB schlüssiger, vor allem in Bezug auf die Ausschließungsfunktion als eigentlichem Kern des Eigentums. Denn in § 85 BGB-Vorl hieß es:

---

[338] So auch *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts, S. 147.

„Der Eigenthümer hat das Recht, die Sache zu besitzen und über dieselbe mit Ausschließung Dritter zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind."[339]

Dies gilt entsprechend für den letztendlichen Entwurf der 1. Kommission (als § 848 BGB-E 1) von 1887/1888:

„Der Eigenthümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechtes durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind."

Die 2. Kommission hat insoweit lediglich das „nach Willkür" durch „nach Belieben" ersetzt.[340]

Eine rechtliche Einwirkung auf das Eigentum soll bei beweglichen Sachen auch die Dereliktion gem. § 959 BGB sein.[341] Ferner kann der Eigentümer auch (physikalisch) auf die Sache selbst (als „seine" Sache) einwirken und diese sogar gänzlich zerstören[342] und so das endgültige Erlöschen des Rechts Eigentum herbeiführen. Denn ohne Bezugsobjekt ist das Stammrecht inhaltslos und kann nicht mehr existieren.[343] Auch eine solche rein *tatsächliche* – und eben nicht rechtliche – Einwirkung ist jedoch ein *Ausüben* der ihm originär und exklusiv zustehenden Befugnisse aus dem Recht Eigentum und wird nur so auch rechtlich relevant. Denn wenn ein Dritter tatsächlich auf „die Sache" einwirkt – etwa wenn ein Tisch zerkratzt wird – dann kommt es – rechtlich betrachtet – eben nicht auf die physikalische Veränderung der Sache (der Sachsubstanz[344]) an, sondern allein auf die damit einhergehende Verletzung der dem Eigentümer aus dem Eigentum ausschließlich zustehenden *Befugnisse,* so mit der Sache zu verfahren. Denn auch das Beschädigen- und Zerstörenkönnen ist eine ausschließliche Befugnis des Eigentümers aus dem Recht Eigentum. Dies gilt auch – und gerade – dann, wenn man der Ausschließungstheorie folgt, denn deren

---

339 Vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 28.

340 Mugdan, Protokolle III, S. 3524 f.

341 Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 903 Rn. 19, der aber von Einwirkung „auf die Sache" schreibt, was nach der hier vertretenen Ansicht nicht zutreffend ist.

342 *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 273 f.); Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 903 Rn. 19, *Olzen*, JuS 1984, 328, 334.

343 *Kohler* spricht insoweit vom „Natureffekt" (der Zerstörung der Sache) mit dem ein Rechtseffekt (die Sache ist nicht mehr Gegenstand des Eigentums) einhergehe, in: Das Autorrecht, S. 5. Dann erlischt konsequenterweise auch ein am Eigentum bestehender Nießbrauch, vgl. Planck/*Brodmann*, § 1071 Ziff. 1 (S. 671). Auf eine Feststellung der Selbstverständlichkeit, dass „der Untergang einer Sache den Verlust der an derselben bestehenden Rechte zur Folge hat", wurde schon im ersten BGB-Entwurf verzichtet, während dies etwa im bayr. L. R. II 1 § 1 und im ALR I 16 § 2 geregelt war, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 215.

344 So aber ausdrücklich *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 144; *Brüggemann*, Deliktsrecht, Rn. 306 ff. Ausführlich zur Problematik, ob bzw. inwieweit die Verletzung der Sachsubstanz aber jedenfalls ein Indiz für das (Nicht-)Vorliegen einer Eigentumsverletzung sein kann, *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, passim, insb. S. 286 ff.

Inhalt besteht nun einmal darin, Dritte von solchen Einwirkungen auszuschließen. Diese Befugnis maßt sich der Dritte durch den tatsächlichen Eingriff in die Sachsubstanz unrechtmäßig an.

Auch können durch die Beschädigung der Sache Nutzungs- und Veräußerungsbefugnisse[345] des Eigentümers betroffen sein, wenn eine Sache wegen der Beschädigung eben nicht mehr (oder nur noch mit Einschränkungen) genutzt oder veräußert werden kann. Auch insoweit wird deutlich, dass ein Abstellen auf das physikalische Phänomen „Sache“ juristisch nicht relevant ist, vor allem nicht im Hinblick auf die Frage, *was* tatsächlich beeinträchtigt wurde. Denn dies ist – wohlgemerkt aus juristischer Sicht – eben nicht „die Sache“, sondern ist allein das Recht Eigentum, wobei dann noch nach den einzelnen betroffenen Befugnissen zu differenzieren ist, die in ihrer Gesamtheit die Rechtsmacht des Eigentümers bilden.

Dies ist freilich nicht neu und gilt im Übrigen ebenso für den juristisch relevanten Anknüpfungspunkt bei den deliktsrechtlichen Vorschriften. Denn „verletzt“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB wird durch die beeinträchtigende Handlung eben nicht die Sache (z.B. der Tisch), sondern wird das Eigentum (am Tisch).[346] Jedenfalls wird in die rechtliche Ausschließungsbefugnis des Eigentümers eingegriffen, daneben auch in die – tatsächlichen – Befugnisse, mit der Sache ihrer Eigenart entsprechend zu verfahren (an dem Tisch zu sitzen, andere Sachen darauf abzustellen etc.).

Dieses Verständnis stellt im Ergebnis nichts anderes dar als die Abkehr vom ehedem entwickelten Körperlichkeitsdogma (s.o.). Es wird der Konzeption nicht nur der Belastung von Rechten, sondern eben auch der deliktischen Behandlung von Rechtsverletzungen weit eher gerecht, als das auf den engen Sachbegriff des BGB abstellende überkommene System. Mit dieser Sichtweise lässt sich auch begründen, warum etwa die Wegnahme und Benutzung einer Sache als Eigentumsverletzung angesehen wird, und warum insoweit eine weitergehende „tatsächliche Einwirkung auf die Sache“ gerade nicht erforderlich sein soll,[347] obwohl ansonsten durchaus vom „Schutz der Sachsubstanz“ als „Kernbereich des Tatbestandes“ des § 823 Abs. 1 BGB gesprochen[348] oder dies

---

[345] Vgl. BGHZ 105, 350 zur Beeinträchtigung der Verkaufsfähigkeit einer Sache und BGH NJW 1994, 518, BGH NJW-RR 1995, 342, BGHZ 120, 235, wo jeweils die nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache als deliktische Eigentumsverletzung angesehen wurde.

[346] Darauf kommt es zwar bei der Frage des verletzten Rechts nicht an. Bei der Frage des Schadens kann dies gleichwohl relevant sein, etwa dann, wenn es um den Ersatz für einen Nutzungsausfall geht. *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, unterscheidet bei der „Beschädigung einer Sache“ vergleichbar zwischen der normativen Ebene (das Eigentum) und der tatsächlichen Ebene (die Sache), a.a.O. S. 110 ff. Wie hier auch *Reinhardt*, JZ 1961, 713: beeinträchtigt werden nicht die Güter als solche, sondern durch sie gekennzeichnete Bereiche zum Zwecke der freien Disposition durch den Berechtigten, a.a.O. S. 718.

[347] *Brüggemann*, Deliktsrecht, Rn. 307.

[348] *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 144.

jedenfalls als Musterbeispiel einer Eigentumsverletzung genannt wird.[349] In der Rechtsprechung des BGH hat sich dabei die Ansicht durchgesetzt, dass eine Einwirkung auf die Sache im Sinne einer Substanzbeeinträchtigung nicht zwingend notwendig ist, sondern dass auch durch eine „sonstige, die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache" eine Verletzung des Eigentums möglich ist.[350]

Dabei ist „Einwirkung" aber entsprechend weit zu verstehen, so dass es im Ergebnis vielmehr auf eine *Verkürzung* der Eigentümerbefugnisse ankommt.[351] Denn deliktsrechtlich geschützt wird im Ergebnis die Rechtsmacht des Eigentümers „mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen", sowie dies in § 903 S. 1 BGB zum Ausdruck gebracht wird. Darin – im „auszuschließen" – liegt die substantielle Bedeutung des Rechts Eigentum. Ohne *diese* Rechtsmacht bliebe dieses Recht eine bloße Idee, eine inhaltslose Hülle. Dass damit letztendlich *auch* die Sachsubstanz, also das Bezugsobjekt des Rechts selbst, geschützt wird, steht dem nicht entgegen. Dies ist aber allenfalls die (mittelbare) Folge des Schutzes der Eigentümerbefugnisse und ist nicht mehr als ein Rechtsreflex.[352]

Im Kontext der Belastung von Rechten kommt daher in Bezug auf das Recht Eigentum im Ergebnis nicht der Bestimmung des *allgemeinen* und *abstrakten* Inhalts durch Definitionen[353] die eigentliche Bedeutung zu, sondern vielmehr der jeweils *konkreten* Festlegung der einzelnen Inhaberbefugnisse.

---

[349] Vgl. nur Jauernig/*Teichmann*, § 823 Rn. 7; MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 112; Beck'scherOK-BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 40 jeweils m. w. N. insbesondere zur Entwicklung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung.

[350] BGHZ 55, 153, 158 – Fleet-Fall.

[351] So überzeugend *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 160 f. Vgl. auch BGHZ 63, 203 (rechtwidrige Vorenthaltung der KfZ-Papiere als eine die Nichtbenutzbarkeit des Fahrzeugs bewirkende und damit das Eigentum verletzende Einwirkung auf die Sache selbst); BGHZ 105, 350 (zur Beeinträchtigung der Verkaufsfähigkeit als Eigentumsverletzung). Von der Problematik des Vorliegens einer Substanzverletzung zu unterscheiden ist freilich die Frage, wann tatsächlich ein ersatzfähiger Schaden im Sinne einer Eigentumsverletzung vorliegt, vgl. dazu MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 164. Dass dafür bloße Nutzungsbeeinträchtungen des Eigentums ausreichend sein können, wird auch durch die Formulierung in § 906 Abs. 1 S. 1 BGB nahelegt. Insgesamt zeigt dies einmal mehr, dass es auf die Substanz(-beeinträchtigung) einer „Sache" eben nicht ankommt. Um aber die Wertung des BGB gegen eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden nicht zu unterlaufen, muss eine solche (bloße) Beeinträchtigung eine bestimmte Intensität aufweisen, vgl. umfassend zu Nutzungsbeeinträchtigungen als Eigentumsverletzung MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 173, 180 ff.

[352] Anders etwa *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, der gerade auf die Substanzverletzung abstellt, a. a. O. S. 106.

[353] Auch das klassische römische Recht hatte auf eine allgemeine Definition des Eigentumsinhalts gerade verzichtet, vgl. Staudinger/*Seiler,* Vorbem zu §§ 903 ff Rn. 58. Diesem Vorbild folgt letztlich auch das BGB, Staudinger/*Seiler,* § 903 Rn. 7.

III. Rechte und Inhaberbefugnisse – Das Konzept der Belastung eines Rechts

Wie im Folgenden an einigen Beispielen dargelegt werden soll, lassen sich die für das Eigentum gefundenen Ergebnisse auch auf andere Rechte übertragen, namentlich auf die hier zu untersuchenden (sonstigen) nießbrauchsrelevanten Rechte. Dies wiederum führt in einem abschließenden Schritt zur Entwicklung eines alternativen Konzepts zur Beschreibung des Phänomens der Belastung von Rechten, das sich – zum Teil wesentlich – von den bisher vorgelegten Konzepten unterscheidet. Dabei gilt der Grundsatz, dass von einer Zuordnungsfunktion eines Rechts nur dann gesprochen werden kann, wenn aus dem Recht zumindest auch Abwehrbefugnisse resultieren und wenn jedenfalls insoweit ein Schutzbereich des Rechts angenommen werden kann. Nur dann kann das Recht ein nießbrauchsfähiges (und überhaupt belastbares) Recht sein. Wobei dies eine zwar notwendige, aber keine ausreichende Bedingung ist. Vielmehr muss das Recht zudem auch Nutzungen zu gewähren im Stande sein.[354]

1. Vom Inhalt der Zuordnung eines Rechts

Ausgangspunkt des hier unternommenen Versuchs des Entwurfs eines alternativen Konzepts der Belastung ist der Grundsatz, dass es vom jeweiligen Inhalt des Rechts abhängt, was einem Rechtssubjekt tatsächlich an Befugnissen zugeordnet wird. Bei gesetzlich begründeten Rechten ergibt sich dieser Inhalt vor allem aus dem Normzweck.[355]

a. Inhaberbefugnisse und Regelungen im BGB

So liegt etwa der spezielle Normzweck des § 540 BGB darin, dass dem Vermieter (Eigentümer) lediglich ein Abwehrrecht gegen den Mieter zustehen soll, wenn dieser die ihm überlassene Mietsache unberechtigt untervermietet. In dieser Abwehrbefugnis erschöpft sich die Zuordnungsfunktion der Norm; dies ist zugleich ihr Zuweisungsgehalt. Verstößt der Mieter gegen das Verbot der Untervermietung, ist dies keine Verletzung der Befugnisse des Vermieters aus dessen Eigentum, sondern (nur) eine schuldvertragliche Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB.[356] Dagegen kann der Vermieter allein gem. § 541 BGB vorgehen, ein Rückgriff auf die allgemeinere Vorschrift des § 1004 BGB ist nicht möglich. In Bezug auf das schon ausführlich besprochene Recht Eigentum zeigt eine Vorschrift wie § 541 BGB aber auch, dass der Gesetzgeber quasi Sonderrecht schaffen und damit die Regelannahme der umfassenden Eigentümerbefugnisse für bestimmte Rechtsverhältnisse relativieren kann. Problematisch wird die ohnehin schwierige Festlegung des Eigentumsinhalts aber in Fällen,

[354] Zu den Nutzungen beim Nießbrauch siehe unten Kap. 3 F. III. (S. 171 ff.).
[355] *Schwab*, NJW 2013, 1135, 1136.
[356] Vgl. dazu *Stieper*, ZUM 2013, 574, 575.

bei denen es eine solche Festlegung nicht gibt, wenn also unklar ist, ob eine bestimmte Nutzungshandlung – schon – ein Eingriff in Befugnisse des Eigentümers ist, der durch § 1004 BGB abgewehrt werden kann, oder „nur" eine Verletzung von dessen Vermögensinteressen. Für letztere wäre eine Lösung allenfalls als Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der Verletzung einer Gestattung oder auch einer Nutzungsvereinbarung denkbar.

Exemplarisch für die Aktualität dieses Problems sowie zugleich für die Vielfalt der diesbezüglichen Fragestellungen ist die Fallgruppe des „Rechts am Bild der eigenen Sache". Diese wurde in jüngerer Zeit durch die in der Literatur nahezu größtenteils stark kritisierten Entscheidungen des BGH in den Sachen „Stiftung Preußische Schlösser und Gärten"[357] in den Fokus gerückt, auch außerhalb der damit verbundenen Fragen aus dem Urheberrecht. Kern des Problems ist, ob die ungenehmigte wirtschaftliche Verwertung von Fotographien, die von einem Gebäude angefertigt wurden, eine Verletzung von Eigentümerbefugnissen darstellt. Ausgangspunkt ist dabei die Frage, ob ein Überschreiten des Inhalts einer schuldrechtlichen Vereinbarung das sog. Hausrecht des Eigentümers und somit das Eigentum selbst verletzt, was vom BGH im Ergebnis bejaht wurde. Letztendlich stellt sich eben auch hier die Frage nach dem Inhalt und den Grenzen des Eigentums, die jedenfalls allgemein kaum zu beantworten ist. Dahingehend kommt es vielmehr bei den Versuchen einer Lösung im Einzelfall zu kontrovers geführten Diskussionen.

b. Inhaberbefugnisse und spezialgesetzliche Regelungen

Ferner finden sich in den immaterialgüterrechtlichen Vorschriften zum Patent, zum Gebrauchsmuster und zur Marke Regelungen zum Sukzessionsschutz von Lizenzen,[358] also den Rechten des Lizenznehmers zur Nutzung des dem Inhaber ausschließlich zustehenden Schutzrechts. Damit wird das relative Recht „Forderung" aus dem Lizenzvertrag gegen Verfügungen des Schutzrechtsinhabers über dessen Rechte aus dem Schutzrecht zusätzlich gesetzlich geschützt. Insoweit wird, wie auch vergleichbar in Bezug auf § 566 BGB,[359] zum Teil von der *Verdinglichung* eines obligatorischen Rechts gesprochen.[360]

Bei Immaterialgüterrechten, also bei immateriellen Gütern, an denen nach sondergesetzlichen Vorschriften Rechte bestehen, hängen die Befugnisse des

---

[357] BGH ZUM 2011, 327 mit abl. Anm. *Stieper* = GRUR 2011, 323 m. abl. Anm. *Lehment* = JZ 2011, 371 mit abl. Anm. *Schack*; BGH ZUM 2013, 571 mit abl. Anm. *Stieper* = JZ 2013,740 mit abl. Anm. *Schack* = GRUR 2013, 623 mit abl. Anm. *Elmenhorst* = NJW 2013, 1809 mit abl. Anm. *Wanckel*.

[358] Vgl. § 15 Abs. 3 PatG, § 22 Abs. 3 GebrMG, § 30 Abs. 5 MarkenG.

[359] So Jauernig/*Teichmann*, § 566 Rn. 1; Beck'scherOK-BGB/*Herrmann*, § 566 Rn. 1; dagegen aber MüKo-BGB/*Häublein*, § 566 Rn. 2.

[360] Vgl. dazu allgemein *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, passim; *Canaris*, in: FS Flume I, S. 371; *Weitnauer*, in: FS Larenz (1983), S. 705; insb. mit Bezug auf immaterialgüterrechtliche Lizenzen *Hauck*, AcP 211 (2011), 626.

Inhabers vom jeweiligen Schutzrecht ab (Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, usw.). Nach der hier vertretenen Konzeption[361] sind die genannten Rechten ausschließlich als Abwehrrechte gegen Dritte konzipiert. Dies macht den Charakter eines solchen Ausschließlichkeit- und Ausschließungsrecht aus, und nicht eine wie auch immer begründete *positive* Befugnis zur Nutzung der dem Recht zugrundliegenden und geschützten Erfindung oder einer sonstigen schutzfähigen geistigen Leistung. Diese *negativen* Befugnisse sind dem Inhaber zugeordnet, darin – und nur darin – besteht auch der Zuweisungsgehalt des jeweiligen Rechts.

Zu unterscheiden sind davon die (bloßen) immateriellen Güter selbst, also die Gegenstände, an denen weder ein Eigentumsrecht noch ein sonstiges Recht besteht. Diese Güter sind insbesondere keine Sachen i. S. des § 90 BGB. In Bezug auf diese existieren daher auch keinerlei *rechtliche*, sondern allenfalls *tatsächliche* Befugnisse des Inhabers,[362] denn ohne bestehendes Recht können einem Rechtssubjekt auch keine *rechtlichen* Befugnisse zugeordnet werden. Ein Beispiel dafür ist die nicht zum Patent/Gebrauchsmuster angemeldete Erfindung, die aber unbeschadet dessen für den Inhaber eine vermögensrechtliche Bedeutung als Betriebsgeheimnis besitzen kann. Solche Güter können bereits deshalb nicht Gegenstand eines beschränkten dinglichen Rechts sein, weil es insoweit nichts gibt, was „belastet“[363] werden könnte. Daher unterliegen derartige Güter auch nicht der Zwangsvollstreckung, denn auch dies ist nur möglich, wenn Rechte an ihnen anerkannt sind. Denn allein diese verselbständigten und verkehrsfähigen Herrschafts- und Nutzungsrechte sind taugliche Objekte der Zwangsvollstreckung und somit Vollstreckungsgegenstand[364] und nicht die Güter selbst. Eine Ausnahme dazu kann sich allein aus § 851 Abs. 2 ZPO für gem. § 399 BGB nicht übertragbare Forderungen ergeben, wenn jedenfalls der Gegenstand der Forderung übertragbar ist.

Die abweichende Ansicht des BGH aus der „Dücko“-Entscheidung[365] überzeugt daher nicht. Dort hatte das Gericht angenommen, dass ein Geheimverfahren jedenfalls dann zum „Geschäftsvermögen“ gehöre, wenn mit der wirtschaftlichen Verwertung begonnen werde. In diesem Fall handele es sich um ein „jedenfalls der Ausübung nach übertragbares Vermögensrecht“ i. S. von § 857 ZPO.[366] Denn auch wenn der BGH hier auf die Möglichkeit der Ausübungsüberlassung gem. § 857 Abs. 3 ZPO abstellt, ändert dies nichts an der

[361] Dazu noch unten BT Kap. 3 B. auch in Auseinandersetzung damit, worauf das positive Benutzungsrecht des Patentinhabers letztlich zurückzuführen ist.

[362] Es ist unschädlich auch insoweit diesen Begriff zu verwenden, auch wenn es hier kein Recht gibt, was ein Rechtssubjekt „innehaben“ kann.

[363] Zum hier vertretenen Verständnis der Belastung siehe noch unten 2.

[364] Allgemein *Kraßer,* GRUR Int. 1973, 230, 231; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 757; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, S. 143.

[365] BGHZ 16, 172 = BGH NJW 1955, 388.

[366] BGH NJW 1955, 388, 389 – Dücko.

Tatsache, dass es sich bei dem betreffenden Volltreckungsgegenstand um ein übertragbares *Recht* handeln muss, dessen Übertragbarkeit ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzung ist aber allein durch die *Benennung* des geheimen Wissens als „Vermögensrecht" nicht erfüllt.[367]

Die Befugnisse des Inhabers solcher Güter bestehen vor allem darin, das Gut selbst zu nutzen und Dritten ebenfalls die Nutzung zu ermöglichen. Dabei handelt es sich dann aber nicht um die Übertragung von rechtlichen Befugnissen – denn solche existieren mangels eines Rechts nicht –, sondern allenfalls um die *tatsächliche* Verschaffung der Möglichkeit der Nutzung (Nutzungsüberlassung), etwa durch die Weitergabe von Informationen. Im Ergebnis kann also von einer Zugangseröffnung gesprochen werden. Das einzige dem Dritten insoweit tatsächlich zustehende „Recht" ist das – freilich belastbare – Forderungsrecht aus dem der Zugangsgewährung zugrundeliegenden Schuldverhältnis.[368] Dies hat jedoch nichts zu tun mit einem Recht *am* Immaterialgut selbst.

Der Inhaber kann ferner Dritte von der Nutzung ausschließen, in dem er etwa dafür sorgt, dass ein Unternehmensgeheimnis[369] nicht offenkundig wird. Auch dies ist ihm aber nur *tatsächlich* möglich. Denn wegen des Fehlens eines immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts stehen ihm keine irgendwie zugeordneten Abwehrbefugnisse gegen Dritte zu. Genau dies ist es aber, was den Inhalt solcher Rechte ausmacht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den sondergesetzlichen Schutzvorschriften des Lauterkeitsrechts. Denn wenn es sich bei dem betreffenden Gut um ein Betriebsgeheimnis (oder Geschäftsgeheimnis) handelt,[370] betreffen die §§ 17, 18 UWG allein die *Rechtsfolgen* von dessen unbefugter Weitergabe und Nutzung. Sie schützen daher die Geheimnisse selbst nicht, jedenfalls nicht im Sinne eines Abwehrrechts, sondern regeln nur die Folgen von bereits eingetretenen „Verletzungen", setzen die Eigenschaft als „Geheimnisse" also voraus. Aus diesen Vorschriften ergeben sich daher auch keine Abwehrbefugnisse des Inhabers, die als ein „Inhalt" des Guts gedacht werden könnten. Denn der Zweck der §§ 17, 18 UWG als Vor-

---

[367] A.A. *Forkel*, in: FS Schnorr von Carolsfeld, S. 105 ff., der jedoch insgesamt ein abweichendes Verständnis von „Verfügung" vertritt und vor allem über persönlichkeitsrechtliche Erwägungen einen Schutz von Know-how als „Recht" für möglich erachtet. Tritt das Know-how dagegen als patentrechtliches Erfinderrecht auf, spricht nichts gegen eine Kategorisierung als subjektives Recht und gegen Verfügungen über dieses Recht. Davon ist das nicht spezialgesetzlich geschützte Know-how aber gerade zu unterscheiden.

[368] Eine solche Vereinbarung wird in der Praxis häufig als „Know-how-Lizenzvertrag" bezeichnet (vgl. etwa Ann/Loschelder/Grosch/*Maaßen*, Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 5 Rn. 37 ff.), wobei der für Immaterialgüterrechte gebräuchliche Begriff Lizenz hier wegen des Fehlens eines Ausschließlichkeitsrechts eigentlich nicht passt.

[369] Unter diesen Begriff werden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zusammengefasst. Zur Unterscheidung dieser Geheimnisstypen siehe nur Ann/Loschelder/Grosch/*Loschelder*, Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 1 Rn. 68 ff.

[370] Zu den dahingehenden Voraussetzungen siehe Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 17 Rn. 4 ff.

schriften des Nebenstrafrechts besteht darin, die unbefugte Weitergabe und Nutzung von Betriebsgeheimnissen zu pönalisieren, weil eben keine *rechtlichen* Abwehrbefugnisse des Inhabers bestehen. Sie sind damit eine Reaktion des Gesetzgebers gerade auf das Fehlen entsprechender Rechte an den Betriebsgeheimnissen, können solche Rechte aber nicht erschaffen.[371]

Auch die Annahme eines Zuweisungsgehalts bei einem Recht setzt voraus, dass durch die Rechtsordnung dem Inhaber einer Rechtsposition *allein* die Nutzung derselben zugewiesen wird,[372] was bei den §§ 17, 18 UWG aber gerade nicht der Fall ist. Diese setzen vielmehr tatbestandlich die Existenz eines Betriebsgeheimnisses voraus, was aber qua definitione nichts anderes ist, als die bereits stattgefundene *tatsächliche* Zuordnung einer Rechtsposition zum Inhaber – allein deshalb ist es überhaupt ein durch diese Vorschriften strafrechtlich geschütztes Unternehmensgeheimnis. Nach einer anderen Ansicht soll sich dagegen aus den §§ 17, 18 UWG ein Zuweisungsgehalt in Bezug auf das betreffende Geheimnis ergeben, was den Anwendungsbereich der Eingriffskondiktion eröffnen würde, sofern jedenfalls neben der Beeinträchtigung auch eine Nutzung des Geheimnisses vorliegt.[373] Im Hinblick auf das eben Gesagte ist diese Ansicht aber abzulehnen.

c. Forderungen und Zuweisungsgehalt

Wird ein Recht durch Parteivereinbarung geschaffen (Forderung), muss für die Frage des Zuweisungsgehalts entsprechend auf den vereinbarten Inhalt des Rechts abgestellt werden. Da eine Forderung – beziehungsweise das Forderungsrecht – gem. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB ein relatives „Recht auf Leistung“[374] ist, sind die Befugnisse freilich nicht derart umfangreich, wie bei den dinglichen (Herrschafts-)Rechten und namentlich beim Eigentum. Im Gegenteil, die Befugnis des Inhabers der Forderung (Gläubiger) – und somit insgesamt der Zuweisungsgehalt des ihm zugeordneten Rechts – erschöpft sich grundsätzlich vielmehr darin, vom Schuldner die ihm (und nur ihm) gebührende geschuldete Leistung *fordern* und auch *behalten* zu können.[375]

Dem Inhaber von Forderungsrechten können aber auch weitergehende Befugnisse zustehen, sofern diese durch die Parteien vereinbart oder aber gesetzlich begründet werden. So findet sich in § 566 BGB mit der zumeist schlagwortartig als „Kauf bricht nicht Miete“ bezeichneten Vorschrift eine besondere gesetzliche Regelung zum Schutz des Mieters, weil dieser ansonsten dem Erwerber

---

[371] Im Ergebnis wie hier auch *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 299. Gegen eine Zuweisungsfunktion dieser Vorschriften auch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, S. 230 ff.

[372] *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, § 69 I 1.

[373] Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 9 Rn. 3.2.

[374] So schon *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 2 II.

[375] *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 2 II.

der Mietsache zur Herausgabe derselben gem. § 985 BGB verpflichtet wäre, diesem aber mangels bestehendem Schuldverhältnis kein Recht zum Besitz gem. § 986 Abs. 1 BGB entgegenhalten könnte.

2. *Das Konzept der Belastung von Rechten*

Nach diesen allgemeinen Ausführungen zum Inhalt von Rechten sollen die Ergebnisse zur Zuordnung von Befugnissen als dem eigentlichen Inhalt von Rechten im Folgenden mit dem Phänomen der Belastung eines Rechts in Einklang gebracht werden.

Wenn *Habersack* als Folge der Belastung eines Rechts von einer Abspaltung und Verselbständigung bestimmter Befugnisse des Vollrechtsinhabers spricht,[376] so tut er dies vor allem vor dem Hintergrund der Besonderheiten, die sich dahingehend bei Forderungen ergeben. Denn bei diesen zeigt sich die „Belastbarkeit" eines Konzepts im Hinblick auf die Belastung von Rechten ganz besonders deutlich, worauf noch zurückzukommen sein wird.[377] Der Abspaltungsgedanke findet sich ferner bereits bei *Thur*, der die Belastung im Kontext der Rechtsnachfolge behandelt, von der „Zerlegung eines Rechts in zwei Rechte" spricht und das „Tochterrecht" als Teilinhalt des „Mutterrechts" ansieht. Er sieht insoweit eine (qualitative) Minderung der Rechtsmacht beim Mutterrecht.[378]

Wieling spricht vergleichbar von einer „partiellen Abtretung des Rechts", unter Hinweis auf ältere Autoren wie *Heinrich Dernburg*, *Gierke* und *Georg Friedrich Puchta*,[379] was aber nicht durchweg überzeugen kann. So bezeichnet *Puchta* den Inhaber des Pfandrechts zwar als Procurator (Bevollmächtigten) des Verpfänders.[380] Daraus folgt aber nicht zwingend, ihn als einen Vertreter des Abspaltungsgedankens anzuführen. Vielmehr spricht *Puchtas* Bezeichnung Procurator eher *gegen* eine solche Annahme. Denn ein *Bevollmächtigter* des Stammrechtsinhabers ist eben etwas anderes, als der *Inhaber* eines (Teil-) Rechts, weil der Bevollmächtigte ein Recht gerade *für einen anderen* ausübt und nicht aufgrund der eigenen Inhaberschaft tätig wird.[381] Dagegen lehnt *Sohm* als eine der wenigen Stimmen den Gedanken einer Teilübertragung des Rechts ab und betont, dass nicht der Gegenstand belastet werde, sondern das Recht selbst.[382]

---

[376] *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 10.
[377] Siehe unten C.
[378] BGB AT II/1, § 45 II (S. 62 f.).
[379] Sachenrecht I, § 1 II 3 d) (S. 21).
[380] *Puchta*, Cursus der Institutionen II, § 250 (S. 747 f., für das Pfandrecht).
[381] Nach *Ulpian* Dig. 3.3.1.pr. ist procurator, wer fremde Geschäfte im Auftrag des (Geschäfts-)Herrn besorgt („Procurator est qui aliena negotia mandatu domini adinistrat"). Umfassend zum Verständnis des Begriffs Procurator *Klinck*, SZ 124 (2007), 25.
[382] Der Gegenstand, S. 74 f.

a. Allgemeines

Wenn in dem schon erwähnten Konzept der Belastung von der „Abspaltung“ von Inhaberbefugnissen und von deren Verselbständigung gesprochen wird,[383] kann damit nur gemeint sein, dass dem Inhaber hinsichtlich des Rechts etwas tatsächlich *genommen* und auf den Erwerber – etwa den Nießbraucher – *übertragen* wird. Bei diesem muss also etwas „ankommen“ und für die vereinbarte Dauer auch verbleiben. Mit „etwas“ sind diejenigen Befugnisse gemeint, die originär ausschließlich (also absolut) dem Inhaber des Rechts als Berechtigtem zustehen.[384] Diese Befugnisse (als „verselbständigte Splitter der Quellrechte“)[385] sind Teile des subjektiven Rechts welches an dem betreffenden Gegenstand besteht. Sie bilden in ihrer Gesamtheit wiederum den Inhalt eines bloßen beschränkten Rechts, da sie jeweils nur einen Ausschnitt der gesamten Rechtsmacht darstellen, den ein Inhaber über das Stammrecht hat, respektive vor der Belastung hatte.

Insgesamt ist es freilich vorzugswürdig, bei Rechtsfiguren wie dem Nießbrauch nicht die Abspaltung von Rechtsmacht in den Vordergrund der Betrachtung zu stellen, sondern vielmehr die Idee der Teilhabe mehrerer Rechtssubjekte an den betreffenden Befugnissen und somit – mittelbar – an den Rechtsgütern, auf die sich das belastete Recht bezieht. Denn im Ergebnis geht es beim Nießbrauch zuvörderst um die Aufteilung von Nutzungen und nicht um die Ausübung von Rechtsmacht. Darauf wird bei der Darstellung des Konzepts der Vergemeinschaftung noch zurückzukommen sein.[386]

Es ist also bei dem angesprochenen Verständnis der Belastung als Abspaltung und Teilübertragung *nicht* so, dass dem Inhaber alle Befugnisse (Rechte) verbleiben, er aber einige davon – und in der Regel gerade die, die den Wert des Gegenstands und somit der Inhaberschaft ausmachen – zugunsten des Erwerbers nur nicht (mehr) ausüben kann. Es handelt sich vielmehr aufgrund der Abspaltung um einen echten Verlust von Befugnissen. Vergleichbar damit ist der Ansatz von *Hepp-Schwab*, der zwar den Teilungsgedanken bei der Belastung ablehnt und das alternative „Konzept der Ausübungsüberlassung“ entwi-

---

[383] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 1911, der diese Abspaltung als *Belastung* des Gegenstands bezeichnet, so dass diese beiden Begriffe letztendlich verschwimmen. Dagegen sieht *Habersack* die Verselbständigung als eine Folge der Abspaltung an (s.o.). Auch *Sontis* spricht davon, dass die beschränkten dinglichen Rechte „parallel zum Eigentum bestehen“ und dass „die Beschränkung der Ausübung [des Eigentums] durch diese Rechte … eine bloße Reflexwirkung [ist]“, in: FS Larenz (1973), S. 981, 991. Er lehnt es aber nichtsdestoweniger ab, in den beschränkten dinglichen Rechten „‚Abspaltungen‘ des Eigentumsinhalts“ zu sehen (Hervorh. im Original), a.a.O. S. 994.

[384] Nach *Habersack* sollen dies die Befugnisse sein, die im Recht „verkörpert“ sind, was angesichts der in diesen Zusammenhang gehörenden Auseinandersetzung mit dem Sachbegriff des BGB aber als eher unglückliche Formulierung erscheint, Sachenrecht, Rn. 10.

[385] *Wilhelm*, Sachenrecht, S. 129.

[386] Unten c.

ckelt, im Ergebnis aber auch zu einer Übertragung von Befugnissen kommt.[387] Denn insoweit, wie die Belastung reicht, soll die Berechtigung am Stammrecht auch bei ihm auf den Erwerber überwechseln. Dieser Verlust ist freilich kein endgültiger, sondern einer auf Zeit. Wie dieser Zeitraum bemessen ist, hängt von den Regelungen im Kausalverhältnis ab.[388] Dieses Verständnis steht im Einklang mit der Ansicht, dass sich die Belastung eines Rechts im Ergebnis als dessen Teilübertragung darstellt.

Für eine solche Annahme kann vor allem auch die Regelungssystematik etwa der Vorschriften zum Nießbrauch an Sachen und Rechten angeführt werden, denn dort ist ausdrücklich die Rede davon, dass für die Bestellung des betreffenden Rechts die Vorschriften zur vollständigen Übertragung (entsprechend) anzuwenden sind[389] (vgl. §§ 1032 S. 2, 1069 Abs. 2). Insoweit erklärt sich auch die Ansicht *Wilhelms*, der zwar – wie hier – davon ausgeht, dass auch Rechte an Sachen „in *Wirklichkeit Rechte an einem Recht* sind", der aber unbeschadet dessen das jeweilige „Recht am Recht" nicht als Gegenstand eines anderen Rechts verstanden haben will, sondern als „*Teil aus einem anderen Recht*" (Hervorh. jeweils im Original, auch im Folgenden). Die beschränkten Rechte sollen demnach Teile (Ausschnitte) des Rechts sein, aus dem sie abgespalten werden.[390] Insgesamt sei die Belastung – „rechtlich genau betrachtet" – „Teilübertragung des Eigentums".[391] So bestehe etwa ein „Sachpfandrecht als ein beschränktes Recht an der Sache" – und nicht am Eigentum![392] – „dem das Sacheigentum als Vollrecht (vorbehaltlich abgespaltener Rechte etc.) gegenübersteht".[393] *Wilhelm* kommt somit zu einem Horizontalverhältnis zwischen Stammrecht (Eigentum) und Belastung (Pfandrecht), die beide zugleich – so *Wilhelm* wörtlich – „an der Sache" bestehen sollen.[394] Er trennt also zwischen dem Gegenstand, der belastet wird – dem Eigentum –, und demjenigen Gegenstand, an dem das Recht letztendlich besteht. Das ist aber die Sache selbst, also der körperliche Gegenstand i. S. von § 90 BGB.

Auch *Heck* befasst sich umfassend mit Erklärungsversuchen zum – wie er schreibt – „schwierigen" Wesen der Belastung und vor allem von Rechten an Rechten. Auch er lässt dabei die Tendenz erkennen insoweit von einer Teilung nebst Teilübertragung des Rechts auszugehen. *Heck* spricht aber trotz der Un-

[387] Siehe *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 150 f, der insoweit dann auch von einem konstitutiven Erwerb der Befugnisse durch den Nießbraucher ausgeht. Andererseits geht er aber auch von einer „Vervielfältigung der Befugnisse des subjektiven Rechts" bei der Ausübungsüberlassung aus (a. a. O. S. 150), was mit der vorstehend genannten Ansicht aber nicht so recht zusammen passen mag.

[388] Zu den Besonderheiten beim Nießbrauch an Rechten vgl. noch unten BT Kap. 1 II.

[389] So ausdrücklich *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 10.

[390] Sachenrecht, Rn. 123.

[391] So *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 126 (für die Verpfändung einer Sache).

[392] Belastet sein soll aber demgegenüber das Recht Eigentum, vgl. Sachenrecht, Rn. 120.

[393] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 126.

[394] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 125.

terscheidung zwischen dem Stammrecht (als belastetem Recht) und den „Zweig- oder Teilrechten“ (als den Belastungen) im Ergebnis von der „Teilung von Rechtsgütern“,[395] was freilich gerade dazu führt, dass die Grenzen zwischen den Gütern und den an ihnen bestehenden Rechten verwischt werden. Er spricht ferner aber auch von einem Gemeinschaftsverhältnis, welches durch die Teilung zwischen dem Stammrechtsinhaber und dem Inhaber des belastenden Rechts entsteht.[396] Dies will aber mit dem Abspaltungs- und Verselbständigungsgedanken nicht recht zusammenpassen, sondern gehört eher zum Konzept der Vergemeinschaftung (dazu sogleich), was auch durch seine Aussagen zum Wesen der Belastung als einer „Interessenteilung“ mit der „Qualitätsgleichheit“ von belastetem und belastendem Recht[397] deutlich wird. Zugleich werden bei solchen Aussagen aber die Schwierigkeiten der Analyse des Phänomens Belastung einmal mehr trefflich bestätigt.

b. Konflikte

Das dargestellte Verständnis der Belastung (eines Rechts bzw. „einer Sache“) als Abspaltung und Verselbständigung bestimmter Befugnisse, und im Ergebnis die Annahme einer Teilübertragung des Rechts, ist freilich nicht alternativlos. Es lässt sich bereits mit dem römisch-rechtlichen Verständnis der Belastung von Eigentum – dieses Recht soll im Folgenden als Ausgangspunkt betrachtet werden – gerade durch einen Nießbrauch nur schwerlich vereinbaren. Denn wie *Paulus* in Dig. 50.16.25 unmissverständlich feststellt, galt dort: „Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est.“ (Zu Recht nennen wir ein Grundstück ganz das unsere, auch wenn ein anderer einen Nießbrauch daran hat).[398] Entscheidend ist hierbei das Wort „totum“, welches „das Ganze“ meint. Teilübertragung auf der einen und historischen Verständnis von der Unteilbarkeit des Eigentums auf der anderen Seite, das geht nicht zusammen.

Wird das Eigentum belastet und kommt es zur Aufteilung der Befugnisse des Eigentümers als angenommene Teilübertragung des Rechts, stellt sich zudem die Frage, wie sich diese Auffassung mit dem bereits angesprochenen Verständnis vom Eigentum als dem nach der Konzeption des BGB umfassendsten dinglichen Nutzungs- und Herrschaftsrecht an einer Sache vereinbaren lässt. Denn das Eigentum ist nach dieser Konzeption gerade *unteilbar*, selbst wenn Nut-

---

[395] Grundriß des Sachenrechts, § 21 (S. 79 ff.), § 120 (S. 470 f., 473). *Bekker,* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, Bd. 23 (1906), 1, 8 spricht vergleichbar – und ebenso wie *Heck* (a. a. O.) unter Hinweis auf das römisch-rechtliche ius in re aliena – von der „Zerstückelung des Totalrechts“ und einer „Abzweigung von Partialrechten“.

[396] *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 120 (S. 474).

[397] *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 21 (S. 79 ff.).

[398] Zitiert nach *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) mit Fn. 30 (S. 274).

zungs- und Verfügungsbefugnisse (auf Zeit) auseinanderfallen sollten.[399] Diese Annahme steht, wie bereits angesprochen, auch im Einklang mit den römisch-rechtlichen Prinzipen.[400] Als Konsequenz daraus dürfte also in der Belastung eines Rechts durch ein beschränktes dingliches Recht gerade keine Teilübertragung des Rechts gesehen werden, jedenfalls dann, wenn es um das Eigentum an einer Sache geht.[401]

Gegen diese Kritik lässt sich auch nicht die Existenz der Regelungen im BGB zur Bruchteilsgemeinschaft anführen, die durch das beschriebene römisch-rechtliche Konzept der Unteilbarkeit des Eigentums wohl durchbrochen wird,[402] was etwa gerade von *Gierke* auf das heftigste kritisiert worden war.[403] Denn beim Bruchteilseigentum kommt es nach der heute herrschenden Einheitstheorie, und anders als nach der noch bis ca. Mitte des 20. Jahrhunderts vorherrschenden „Theorie von der realen Teilung des Rechts“,[404] gerade *nicht* zu einer Aufteilung des Vollrechts in sich gegenseitig beschränkende Teilrechte.[405] Vielmehr bleibt das Recht gänzlich ungeteilt, denn aufgeteilt wird zwischen den Beteiligten allenfalls die *Rechtszuständigkeit* bzw. die *Rechtsmacht*. Das Teilrecht jedes Teilhabers ist ein Recht an der *ganzen* ungeteilten Sache.[406]

c. Das Konzept der Vergemeinschaftung als Lösung

Der angesprochene Konflikt des Konzepts der Teilübertragung mit der Unteilbarkeit des Eigentums kann jedoch vermieden werden, wenn man zwingend unterscheidet zwischen der Übertragung von Befugnissen *aus* dem Recht und der Teilübertragung des Rechts selbst, und wenn man insbesondere nicht den Schluss von der Übertragung von Befugnissen auf eine notwendige Teilübertragung des Rechts zieht. Genau dies tut aber *Habersack*, wenn er zunächst feststellt, dass die Belastung eines Rechts zu einer Abspaltung und Verselbständi-

---

399 Siehe nur MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 6; *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 990.

400 Vgl. Ulp. Dig. 13.6.5.15: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. (Eigentum oder Besitz kann nicht zwei Personen an der ganzen Sache gehören. Es kann auch niemand Eigentümer eines Teils der gleichen körperlichen Sache sein, vielmehr hat er das Miteigentum an der ganzen körperlichen Sache als einer ungeteilten, und zwar in einem gedachten ideellen Teil; Übersetzung nach *Scharr*, Römisches Privatrecht, S. 471).

401 So *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 274).

402 Vgl. dazu *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 257 ff.

403 Deutsches Privatrecht III, § 219 I (S. 1027 m. Fn. 11).

404 Vgl. dazu etwa *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 183 II (S. 762).

405 Näher dazu *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 257 ff. Davor war sogar weitergehend von einer intellektuellen Teilung der Sache selbst ausgegangen worden, vgl. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 3. Aufl. 1870, § 140, S. 383. Zu diesem und auch zum späteren Verständnis als Realteilung des Rechts, was auch als „Scheinteilung“ bezeichnet wurde, siehe vor allem *Steinlechner*, Das Wesen der juris communio I, S. 33 ff., 79; *Saenger*, Gemeinschaft und Rechtsteilung, S. 37 ff.; *Engländer*, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, S. 134.

406 *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 275, der weitergehend jeden Bruchteilsberechtigten als Vollrechtsinhaber ansieht, a. a. O.

gung bestimmter Befugnisse des Vollrechtsinhabers und damit zu einer Aufteilung der „im Recht verkörperten Befugnisse“ führe, dann aber den Schluss zieht, eine solche Belastung stelle sich im Ergebnis „**als Teilübertragung des Rechts dar**“.[407]

Dagegen spricht *Neuner* zwar bei der Belastung von Rechten davon, dass darin „verselbständigte und auf den Berechtigten übertragene Abspaltungen des zugrunde liegenden Rechts“ zu sehen seien, was auch als Teilübertragung verstanden werden kann. Er stellt dann aber zustimmungswürdig klar, dass dadurch die „Befugnisse, die dieses Recht gewährt, … nunmehr zwischen dem Rechtsinhaber und dem an dem Rechte Berechtigten aufgeteilt“ werden.[408]

aa. Das Wesen der Belastung am Beispiel des Rechts „Eigentum“ und bei anderen Stammrechten

Wie im Folgenden noch näher ausgeführt werden wird, bedarf es aber bereits nicht der Annahme einer „Übertragung“, um das Phänomen „Belastung“ eines Rechts beschreiben zu können. Denn dass durch eine Belastung – etwa durch einen Nießbrauch – der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts den Zugriff auf bestimmte Inhaberbefugnissen erhält, steht außer Frage. Beim Nießbrauch geht es insoweit um die Nutzungsbefugnisse. Diese müssen dem Nießbraucher zur Verfügung stehen, darin liegt die Zuordnungsfunktion des betreffenden Rechts und liegt auch dessen Zuweisungsgehalt. Der – bereicherungsrechtlich relevante – Zuweisungsgehalt des Rechts Nießbrauch (an Sachen und an Rechten) besteht dabei im jeweils dem Inhaber zugeordneten Handlungs- und Vermögensbereich.[409]

Um diesen Zugriff zu ermöglichen ist es aber nicht zwingend, weitergehend von einer *Teilübertragung* des Eigentums oder des sonst belasteten Stammrechts zu sprechen. Es reicht vielmehr aus – in einem ersten Schritt – bei der Belastung von einer *Beschränkung* der Eigentümerbefugnisse zu sprechen, die im Ergebnis allenfalls als eine *Beschränkung* (auch) des Eigentums angesehen werden kann, aber eben nicht als eine *Teilübertragung*. Denn Folge der Belastung des Eigentums ist allein, dass der Eigentümer eben seine Eigentümerbefugnisse insoweit nur nicht *ausüben* kann, wie die Rechtswirkungen des beschränkten dinglichen Rechts reichen.[410] Er verliert seine Befugnisse (auf Zeit), nicht aber Teile seines Eigentums.[411] Dies gilt entsprechend für Verpflichtun-

---

[407] Sachenrecht, Rn. 10 (Hervorh. im Original).

[408] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 26 Rn. 11. Dies lässt sich aber insoweit einschränken, als für eine „Aufteilung“ nicht zwingend eine Abspaltung und Teilübertragung notwendig ist.

[409] Vgl. *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, S. 558 f. Der Inhalt dieses „Bereichs“ ist wiederum (konkret) abhängig vom jeweils belasteten Recht und wird zudem (allgemein) begrenzt durch die gesetzlichen Vorschriften, die dem Nießbraucher bestimmte Handlungen untersagen (vgl. etwa § 1037, § 1074 S. 3 BGB).

[410] *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 273).

[411] So auch *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 34.

gen, die möglicherweise im Einzelfall zusammen mit den Befugnissen den Inhalt eines bestimmten subjektiven Rechts ausmachen.[412] In Bezug auf letztere kommt es aber nur insoweit zu einer Vergemeinschaftung, wie dies dem Inhalt der Belastung nicht widerspricht, wenn also tatsächlich durch die Belastung auch Verpflichtungen des Berechtigten unmittelbar gegenüber Dritten entstehen sollen. Dies dürfte freilich eher die Ausnahme denn die Regel sein.

Für diese Ansicht zur Belastung eines Rechts als im Ergebnis dessen Vergemeinschaftung – und nicht als Abspaltung und Teilübertragung – lässt sich auch eine Aussage aus berufenem Munde anführen. Denn auch *Gierke* sah im Nießbrauch an Rechten – bei aller Kritik an den diesbezüglichen Regelungen in den Vorentwürfen zum BGB – „eine Art von Gemeinschaft", und er nennt das „Recht, welches als Gegenstand des Nießbrauchs bezeichnet wird, als eine zwischen dem Berechtigten und dem Nießbraucher geteilte Herrschaft".[413]

Für das Verständnis als (Teil-)Übertragung einzelner Rechte lassen sich auch nicht die Regelungen zum Nießbrauch (sowie zum Pfandrecht) anführen, die für die Bestellung einer solchen Belastung die Übertragungsvorschriften für (entsprechend) anwendbar erklären (§§ 1032 S. 1, 1069 Abs. 1, 1274 Abs. 1 BGB), und ebensowenig diejenigen Vorschriften, die dieselben Voraussetzungen aufstellen, wie für die Übertragung des Rechts (vgl. § 1205 Abs. 1 BGB).[414] Dies gilt zudem für den Hinweis, dass die in § 873 BGB für die Übertragung des Eigentums am Grundstück aufgestellten Regelungen auch für dessen Belastung gelten sollen.[415] Denn die Tatsache, dass auf diese Vorschriften abgestellt wird, spricht nicht zwingend für eine Teil*übertragung* des jeweiligen Rechts.

Zunächst ließe sich anführen, dass, wenn die Belastung eines Rechts als teilweise Übertragung desselben anzusehen wäre, es keiner *ausdrücklichen* Erwähnung der Anwendbarkeit der Vorschriften zur Übertragung bedurft hätte, weil sich dies dann zwingend ergeben hätte, auch wenn dies – zugegebenermaßen – kein allzu stichhaltiges Argument gegen die Idee der Teilübertragung ist. Gegen die Schlussfolgerung von der Anwendbarkeit der Übertragungsvorschriften auf eine notwendige Teilübertragung spricht aber auch, dass eine Verfügung – die bei einer Belastung zweifellos vorliegt – nicht notwendig auf die Übertragung eines Rechts gerichtet sein muss, denn der Begriff reicht anerkanntermaßen weiter. So ist auch eine Handlung, die „nur" auf die Inhaltsänderung

---

412 Vgl. nur *Gierke,* Deutsches Privatrecht Bd. 1, § 28 I (S. 254 f.).

413 Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 361. Zu *Gaius*' Ansicht, wonach etwa ein Pachtverhältnis durchaus gesellschaftsrechtliche Züge aufweisen kann, *Harke*, Locatio conductio, S. 37. Denn nicht nur der Pächter, sondern auch der Verpächter trägt in einem gewissen Umfang das Risiko einer sinnvollen Bewirtschaftung des verpachteten Gegenstands. *Harke* spricht vom Betriebsrisiko und den Erwerbschancen des Pächters, an denen der Verpächter beteiligt ist (a. a. O.).

414 Darauf stellt aber *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 10, ab.

415 *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 10.

eines Rechts gerichtet ist, als Einwirkung auf das Recht eine Verfügung.[416] Insoweit ist dann bei einer – wenn man so will bloßen – Vergemeinschaftung durchaus die Anwendung der Übertragungsvorschriften auch gerechtfertigt.

Und genau eine solche „bloße“ Inhaltsänderung liegt hier vor. Denn im Ergebnis ist die Belastung eines Rechts nicht als Teilübertragung des Rechts anzusehen, sondern als *Inhaltsänderung*, die zur Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Inhaber des Stammrechts (Besteller) und dem Nießbraucher führt, was beim Eigentum der Begründung von Miteigentum jedenfalls vergleichbar ist. Es kommt daher bei der Belastung – als zweitem Schritt – zur *Vergemeinschaftung* des Rechts mit einer *Zugangseröffnung*[417] im Hinblick auf bestimmte in dem belasteten Recht enthaltene Befugnisse des Inhabers zugunsten des Nießbrauchers. So kann beim Nießbrauch am Eigentum infolge der Belastung nunmehr der Nießbraucher die Nutzungsbefugnisse ausüben, diesem werden sie durch die Nießbrauchsbestellung zugeordnet. Er tritt insoweit *neben* den Eigentümer. Dieser übt seine diesbezüglichen Befugnisse für die Dauer des Nießbrauchs nicht mehr aus. Somit *definiert das belastende Recht* (etwa ein Nießbrauchsrecht) *den Inhalt des belasteten Rechts neu*. An der Sache besteht infolgedessen ein modifiziertes Eigentum, an der patentierten Erfindung ein modifiziertes Recht aus dem Patent usw.

Insoweit könnte zwar auch von einer Teil*übertragung* gesprochen werden, dies betrifft aber eben nur konkret-materielle Befugnisse *aus* dem Eigentum (oder des sonst belasteten Stammrechts), und nicht das Stammrecht selbst, als abstrakt-strukturelles Recht.[418] Denn der Eigentümer oder sonstige Stammrechtsinhaber behält wohlgemerkt diese Befugnisse, die Ausübung wird jedoch insoweit beschränkt (im Ergebnis als privatautonome Selbstbeschränkung), als dies für den Zweck des Nießbrauchs oder eines anderen dinglichen Rechts notwendig ist.[419] Dies ist gemeint, wenn in § 903 BGB von „Rechte(n) Dritter“ als Ausübungsschranken des Eigentums die Rede ist.[420] Denn der Eigentümer hat

---

[416] Siehe nur *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 23 Rn. 36; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 29 Rn. 31.

[417] Zum Verständnis der subjektiven Rechte als Zugangsrechte siehe noch unten Kap. 3. Von einem „Gemeinschaftsverhältnis“ sowie einer „Interessengemeinschaft“ spricht insoweit *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 120 Ziff. 9 f. (S. 474 f.) Dem ist dann zuzustimmen, wenn man dies als eine Verbindung versteht, in der die Interessen des einzelnen Rechtssubjekts nicht gewahrt werden können, ohne die Interessen anderer zu berühren, *ders.* Grundriß des Schuldrechts, § 122 Ziff. 1 (S. 478). *Heck* nimmt gleichwohl eine Teilübertragung des Rechts an, weil er die genannten Begriffe augenscheinlich nur für die Beschreibung des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen Stammrechtsinhaber und Inhaber der Belastung verwendet. *Forkel* lehnt den Gedanken einer Teilübertragung des Rechts bei der Belastung ab und spricht stattdessen von einer „Teilung von Interessen“, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 37 ff. Dahingehend auch *Kühne*, AcP 140 (1935), 1, 9 (mit Fn. 24).

[418] *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 992.

[419] Zur Möglichkeit eines weitergehenden Dispositionsnießbrauchs siehe noch unten Kap. 5 D.

[420] Dahingehend auch *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 988.

qua seiner Stellung permanent die Rechtsmacht inne, „mit der Sache nach Belieben (zu) verfahren", daran ändert auch eine Belastung nichts. Nur *ausüben* kann er diese Rechtsmacht nicht, wenn das Gesetz oder Rechte Dritter dem entgegenstehen.[421]

bb. Das Konzept der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung

Eine Belastung (also ein beschränktes dingliches Recht) ist das Recht eines Dritten in diesem Sinne; es ist eine Ausübungsschranke zulasten des Eigentümers oder des Inhabers eines sonstigen Stammrechts. Die Bestellung einer solchen Belastung ist zudem eine Ausübung gerade der Befugnisse aus dem Recht, die allein dem Inhaber zustehen. Auch aufgrund dieses Ergebnisses sprechen anknüpfend an die obigen Ausführungen die besseren Argumente dafür, den eigentlichen Inhalt des Eigentums als beschränkt auf Abwehrbefugnisse anzusehen. Denn letztlich geht es bei der hier beschriebenen Zugangseröffnung um einen *Verzicht* des Stammrechtsinhabers auf die Geltendmachung von Abwehrrechten und eben nicht um eine wie auch immer angenommene *Übertragung* von Befugnissen.

Die Verfügungs- und Abwehrbefugnisse stehen auch bei der Belastung grundsätzlich weiter allein dem Inhaber des Stammrechts zu, ohne dass es zu einer Änderung im Sinne einer Erweiterung der Zuordnung kommt. Dies gilt vergleichbar für alle dinglichen Belastungen eines Rechts. Welche Befugnisse dem dinglich Berechtigten im Einzelnen eröffnet werden und wie die beim Inhaber verbleibenden Befugnisse gegebenenfalls modifiziert und vor allem eingeschränkt werden, hängt dabei vor allem vom Inhalt des vertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher ab, so dass auch über die genannten Befugnisse Dispositionen getroffen werden können. Ihre absolute Grenze findet die Rechtsmacht des dinglich Berechtigten – also die Grenze bezogen darauf, inwieweit ihm der Zugang zu den Befugnissen des Eigentümers eröffnet und eine Vergemeinschaftung herbeigeführt wird – im Inhalt des jeweiligen Rechts. Diese Macht ist freilich immer geringer als die des Stammrechtsinhabers und also auch eines Eigentümers. Eben deshalb wird beim belastenden Recht auch vom *beschränkten* (dinglichen) Recht[422] gesprochen.

Mit dem Erlöschen des beschränkten dinglichen Rechts endet die Zugangsberechtigung für den ehemals (dinglich) Berechtigten im Hinblick auf die betreffenden Befugnisse und endet auch die Vergemeinschaftung des Rechts. Die

---

[421] *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 988.

[422] Zum Teil ist – unsauber – von „beschränkt" dinglichen Rechten die Rede, vgl. etwa MüKo-BGB/*Säcker*, § 903 Rn. 14. Die dingliche Natur des Rechts ist aber gerade nicht beschränkt, wie etwa bei einer (lediglich) verdinglichten Rechtsposition (sofern man dieses Phänomen überhaupt anerkennt). Das „beschränkte" bezieht sich ausschließlich auf den Vergleich des jeweiligen Rechts zum *Vollrecht* Eigentum. Vom „beschränkt"-dinglichen Recht beim Nießbrauch spricht unzutreffend auch *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 7 ff. Zur Rechtsnatur beim Nießbrauch an Rechten siehe aber noch unten Kap. 3.

Rechtsmacht und somit volle Verfügungsfreiheit kann wieder durch den Inhaber des Stammrechts ausgeübt werden. Beim Eigentum wird insoweit davon gesprochen, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem Vollrecht und der Begrenzung der Rechtsmacht des Inhabers durch die Belastung aufgelöst werde. Diese Konsolidierung wird auch als Elastizität bezeichnet.[423]

Für das hier vorgestellte Konzept sprechen auch die §§ 1055, 1061 BGB, die über § 1068 Abs. 2 BGB auch auf den Nießbrauch an Rechten anzuwenden sind. Denn mit dem Wegfall des Nießbrauchs fallen – untechnisch gesprochen –[424] nach der gesetzlichen Konzeption die Nutzungsbefugnisse des ehemaligen Nießbrauchers *automatisch* an den Besteller zurück, ohne dass es einer Rückübertragung durch Verfügung bedürfte. Bei einer zuvor erfolgten Abspaltung und Teilübertragung könnte auf eine Rückübertragung mittels Verfügung dagegen kaum verzichtet werden. Die Annahme einer automatischen Konsolidation unter Hinweis auf die Elastizität insbesondere des Rechts Eigentum, wirkt dagegen konstruiert und ist im Ergebnis nicht überzeugend.

Diese Konzeption der Belastung als Zugangseröffnung und somit Vergemeinschaftung ist im Übrigen auch mit den Aussagen in den Motiven vereinbar, auch wenn dort eine weitere Auseinandersetzung mit dem dogmatischen Konzept der Belastung von Rechten unterbleibt. Denn dort ist allgemein für Belastungen und auch beim Nießbrauch an Rechten vom Entstehen einer „Rechtsgemeinschaft“ die Rede und von einer „Vergemeinsamung“ konkret bezogen auf die Verfügungsmacht des Inhabers über das Recht.[425] In den gutachterlichen Äußerungen zum BGB-Entwurf ist es ferner *Gierke*, der beim Nießbrauch – wie schon angedeutet – von einer „Art von Gemeinschaft“ spricht, die er nicht an sich, aber aus konzeptionellen Gründen ablehnt.[426] Von der Entstehung einer „Rechtsgemeinschaft“ oder alternativ „Interessengemeinschaft“ zwischen Nießbraucher und Stammrechtsinhaber wird häufig auch gesprochen, um beim Nießbrauch an Anteilen einer Personengesellschaft das

[423] Vgl. schon *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2: „Aber eben dadurch charakterisirt sich doch immer sein Recht [das Eigentum, Anm. d. Verf.], dass es in seinem unbedingten Umfange wieder wirksam wird, sobald … Beschränkungen wegfallen“, a. a. O. § 558 (S. 7); Mugdan, Motive III, S. 263; Planck/*Strecker*, vor § 903 Ziff. 1 (S. 260); *Wieling*, Sachenrecht I, § 8 II 1 c) (S. 273); *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 37 ff. *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, sieht den Begriff der Elastizität aber gerade nicht als auf das Eigentum beschränkt an, sondern will ihn auf alle Rechte anwenden, die eine konkrete Macht gewähren, a. a. O. S. 989. Dabei ist freilich zu beachten, dass mit dem Begriff keine rechtsdogmatische Aussage über das Wesen der Belastung verbunden ist, sondern allenfalls eine Zustandsbeschreibung.

[424] *Forkel* weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei einer Ablehnung des Konzepts der Abspaltung und Teilübertragung (wie hier) nicht eigentlich um einen „Rückfall“ handelt, denn es wurde ja gerade nichts übertragen, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 37. Im Ergebnis endet daher mit der Belastung allein die Selbstbeschränkung des Bestellers und er kann seine Befugnisse aus dem Stammrecht nunmehr wieder unbeschränkt ausüben.

[425] Mugdan, Motive III, S. 539.

[426] Gutachterliche Äußerungen III, S. 252.

Verhältnis der Parteien zueinander zu umschreiben, vor allem in Bezug auf die Verwaltungsbefugnisse.[427]

Zurückzukommen ist an dieser Stelle noch einmal auf das Argument bezüglich der Anwendbarkeit der Übertragungsvorschriften auf die Nießbrauchsbestellung: Auf ein solches hier beschriebenes Verfügungsgeschäft sind diese Vorschriften selbstredend (entsprechend) anzuwenden, denn es handelt sich eben um eine Inhaltsänderung des Rechts. Durch die Belastung mit der Eröffnung der jeweiligen Befugnisse auch zugunsten des dinglich Berechtigten, erhält dieser eine Rechtsposition, die strukturell der Eigentumsquote beim Bruchteilseigentum vergleichbar ist. Diese Lösung der Zugangseröffnung und Vergemeinschaftung steht auch im Einklang mit der herrschenden Ansicht zur Struktur der Bruchteilsgemeinschaft, nach der es gerade nicht zur Teilung des gemeinschaftlichen Gegenstands kommt, dieser ist insbesondere nicht ideell geteilt (sog. Einheitstheorie[428]). Geteilt ist vielmehr allein die ursprünglich dem Inhaber des Rechts allein gebührende *Rechtszuständigkeit* in Bezug auf den belasteten Gegenstand, also das betreffende Recht. Jeder Teilhaber hat ein durch die Mitberechtigung der anderen beschränktes Recht am ganzen, ungeteilten Recht.[429] Zu unterscheiden ist diese Struktur der Gemeinschaft vom Innenverhältnis der Beteiligten (Teilhaber), darauf wird noch einzugehen sein.[430]

d. Die Regelungen zur Gemeinschaft im Konzept der Vergemeinschaftung

Gegen das Konzept der Belastung eines Rechts als Vergemeinschaftung sprechen auch nicht die Regelungen zur Gemeinschaft nach Bruchteilen in den §§ 741 bis 758 BGB, die gegebenenfalls (analog) anwendbar wären,[431] aber möglicherweise mit den Regelungen zum Nießbrauch nicht in Einklang zu bringen sind. Dabei finden diese Vorschriften gem. § 741 BGB ohnehin nur dann Anwendung, „sofern sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt", was aber beim Nießbrauch der Fall ist. So stehen beim Nießbrauch, und anders als § 742 BGB als (widerlegbarer) Grundsatz festlegt, den Beteiligten etwa auch

---

[427] Dazu noch ausführlich unten BT Kap. 5 F. II. (S. 382 ff.).

[428] Vgl. dazu *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 257 ff., auch zur Kritik an dieser Theorie, der insoweit aber zu Recht auf die missverständliche Bezeichnung hinweist (denn es wird zwar nicht das Recht geteilt, wohl aber die Rechtszuständigkeit) und stattdessen die Bezeichnung „Theorie von der Teilung der Zuständigkeit" vorschlägt, a. a. O. Etwas eleganter und zudem treffender würde wohl „Theorie der geteilten Rechtszuständigkeit" klingen. Grundlegend dazu schon *Larenz,* JherJb. 83 (1933), 108, 113, 126 ff., mit Ausführungen insb. gegen die abweichende „Geteiltheitslehre".

[429] So allgemein zur Struktur der Bruchteilsgemeinschaft MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 2; umfassend *Madaus*, AcP 212 (2012), 251.

[430] Siehe zum Verhältnis Besteller/Nießbraucher unten BT Kap. 1 B. (S. 250 ff.).

[431] Vergleichbar ist die Situation mit der bei der gem. § 1066 BGB möglichen Bestellung eines Nießbrauchs am Anteil eines Miteigentümers (Miteigentumsbruchteil), bei dem die Entstehung einer „Nutzungsgemeinschaft" angenommen wird, auf die die §§ 742 ff. BGB jedenfalls „sinngemäß" anzuwenden sind, vgl. MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 747 Rn. 15.

keine wie auch immer gearteten „gleiche(n) Anteile“ – gemeint ist: Zuständigkeiten/Befugnisse – am belasteten Recht zu. Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterscheid zwischen der Bruchteilsgemeinschaft und der Belastung eines Rechts mit der Entstehung eines beschränkten dinglichen Rechts.[432]

Vielmehr kann abhängig vom zugrundeliegenden Schuldverhältnis die Rechtszuständigkeit nur insoweit vom Nießbraucher ausgeübt werden, wie dies notwendig ist, um die Nutzungen aus dem belasteten Recht zu ziehen. Denn dies ist gem. §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB die originäre Befugnis des Nießbrauchers und ist der Sinn und Zweck des Nießbrauchs (an Sachen und Rechten) überhaupt. Aus diesem Grund muss ihm andererseits aber auch eine Befugnis zustehen, die ihm eine solche Nutzung unabhängig vom Willen des Stammrechtsinhabers ermöglicht.[433] Auch können sich aus den für das jeweils belastete Recht geltenden Regelungen Besonderheiten ergeben, die ebenfalls den allgemeinen Regelungen zur Bruchteilsgemeinschaft vorgehen. So ist etwa dem Miturheber entgegen des in § 747 S. 1 BGB verankerten Grundsatzes gem. § 8 Abs. 2 S. 1 UrhG eine Veräußerung des Bruchteils am Urheberrecht nicht möglich. Dies gilt vergleichbar gem. § 12 WEG beim Wohnungseigentum.

Nicht in Einklang zu bringen wäre das hier dargestellte Konzept der Vergemeinschaftung freilich mit einer neueren, abweichenden Ansicht zur Struktur der Bruchteilsgemeinschaft, die den Gedanken der Teilung selbst der Rechtszuständigkeit ablehnt, sondern stattdessen von einer Vervielfältigung des Vollrechts ausgeht.[434] Auch wenn dieses Konzept einigen Charme besitzt, vor allem die Idee, dass jeder Mitberechtigte im Wege einer „echten Vervielfachung“ Inhaber desselben ungeteilten Vollrechts ist,[435] lässt sich dieser für die Bruchteilsgemeinschaft entwickelte Gedanke auf die Belastung eines Rechts nicht übertragen. Denn der (dinglich)[436] Berechtigte erreicht im Wege der Belastung mit der Zugangseröffnung zu Befugnissen zu keiner Zeit eine dem Inhaber des Vollrechts vergleichbare Rechtsstellung, was durch eine Belastung – anders als bei der „echten“ Bruchteilsgemeinschaft – aber eben auch nicht beabsichtigt wird.

Da vorliegend beim Konzept der Belastung als Vergemeinschaftung aber auch nur von der *Vergleichbarkeit* mit der Bruchteilsgemeinschaft gesprochen wird[437] und es auf eine Anwendung der Vorschriften der §§ 741 bis 758 BGB (und ggf. §§ 1008 bis 1011 BGB) wegen der zum Nießbrauch (an Sachen und

---

[432] So auch *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 33 f.

[433] Zu diesem Grundsatz des Nießbrauchs siehe schon Planck/*Brodmann*, vor § 1068 Ziff. 1 (S. 665).

[434] *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 262 ff.

[435] Dazu umfassend *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 262; *Hilbrandt,* AcP 202 (2002), 631, 639.

[436] Zur Rechtsnatur des belastenden Rechts noch unten Kap. 3.

[437] Wichtigster Unterschied der Vergemeinschaftung gegenüber der Bruchteilsgemeinschaft ist, dass die Befugnisse der Beteiligten beim Nießbrauch gerade nicht gleichartig sind.

Rechten) vorhandenen speziellen Vorschriften letztendlich nicht ankommt, kann im Ergebnis auch offenbleiben, wie die Struktur der Bruchteilsgemeinschaft dogmatisch einzuordnen ist.

Gegen eine vollumfängliche Gleichsetzung des Phänomens der Belastung eines Rechts mit einer (echten) Bruchteilsgemeinschaft – die aber, wie bereits klargestellt ohnehin nicht in Rede steht – spricht zudem, dass bei letzterer von einer Gleichgewichtslage zwischen den Beteiligten ausgegangen wird. Bei der Belastung ist dies aber gerade nicht der Fall. Dies gilt vor allem deshalb, weil bei einer Belastung zuallererst der Gesichtspunkt der *Beschränkung* der Rechtsmacht des Vollrechtsinhabers durch eine Ausübungsbeschränkung in Bezug auf bestimmte Befugnisse im Vordergrund steht, was wiederum insoweit auf eine a priori bestehende Verschiedenheit von Interessen schließen lässt. Für die Annahme der Vergemeinschaftung spricht aber unbeschadet dessen, dass beide Parteien jedenfalls ein gemeinsames Interesse am weiteren unbeeinträchtigten Bestand des belasteten Rechts haben, sei es wegen der Sicherungsfunktion der Belastung oder wegen der Möglichkeit, die Nutzungen des Rechts zu ziehen. Gegen die hier vorgeschlagene Vergleichbarkeit des Konzepts der Vergemeinschaftung mit der Bruchteilsgemeinschaft sind in Bezug auf die Grundaussagen des Bruchteilsrechts im Ergebnis also keine grundlegenden Einwände ersichtlich.

e. Translativer oder konstitutiver Rechtserwerb beim Nießbrauch?

Während sich beim Konzept der Abspaltung und Teilübertragung die Frage stellen kann, ob der Rechtserwerb seitens des Nießbrauchers ein translativer ist, weil der Stammrechtsinhaber seine Rechtsmacht umfassend überträgt, oder ob es sich um einen konstitutiven Erwerb handelt,[438] folgt aus dem Konzept der Vergemeinschaftung dagegen bereits, dass beim Nießbraucher von einem „Rechtserwerb" nicht zwingend gesprochen werden muss, nicht gesprochen werden *kann*. Denn der Stammrechtsinhaber überträgt dem Nießbraucher von vornherein keine Rechtsmacht. Es erübrigt sich daher bereits deshalb der o.g. Streit zum translativen oder konstitutiven Erwerb bei der Belastung von Rechten.

f. Einseitiger Verzicht auf das belastete Stammrecht?

Das hier vorgestellte Konzept der Vergemeinschaftung soll anschließend für das Phänomen des etwaigen Fortbestands des belastenden Rechts an einer herrenlos gewordenen Sache untersucht werden. Damit steht zwar wiederum das Recht Eigentum im Fokus der Betrachtung. Für die Schlüssigkeit des Konzepts ist es aber notwendig, dass diese gerade am Beispiel des umfassendsten aller

[438] Vgl. dazu *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 150 f.

dinglichen Rechte nachgewiesen werden kann. Die Ergebnisse sind entsprechend auf andere belastbare Stammrechte zu übertragen.

aa. Herrschende Ansicht

Von einigen Stimmen in der Literatur wird angenommen, dass eine Belastung an einer Sache auch nach der Eigentumsaufgabe weiter existiert,[439] wobei Begründungen dafür entweder gänzlich fehlen oder jedenfalls angreifbar sind. So kommt *Hans Josef Wieling* zu diesem Ergebnis, weil er eine Belastung nicht an einem Recht – dem Eigentum – bestehend annimmt, sondern an der Sache selbst,[440] was aber – wie bereits dargelegt – nicht überzeugen kann. Hier kommt es zu einer Vermischung des Phänomens „Gegenstand der Belastung“ – dies ist das jeweilige Stammrecht – mit dem Gegenstand, an dem ein Recht besteht (die Sache selbst), sofern man eine solche Trennung überhaupt für sinnvoll erachtet. Er begründet seine Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes,[441] was aber nicht überzeugend ist, denn beispielsweise ist in § 873 Abs. 1 BGB zunächst von der „Belastung eines Grundstücks“ die Rede, im Anschluss daran aber von der „Belastung eines solchen Rechts“.

Die Annahme des Weiterbestehens einer Belastung leuchtet für das Konzept der Teilübertragung des Rechts allenfalls aus dem Grund ein, weil bei der Belastung des Rechts ein selbständiger Teil desselben auf den Berechtigten wirksam übergeht und daher von einer unabhängigen Existenz dieses Teil ausgegangen wird. Das Schicksal dieses Teils wäre dann gänzlich unabhängig vom Schicksal des „anderen“ Teils des Stammrechts.

bb. Widersprüche und Lösungsversuch für das Konzept der Vergemeinschaftung

Auf das Konzept der Vergemeinschaftung könnte diese Ansicht dagegen nicht übertragen werden. Denn der insoweit notwendige Verzicht gerade auf einen Übertragungsvorgang würde konsequenterweise dazu führen, dass bei einer Aufgabe des belasteten Rechts Eigentum auch die dem dinglich Berechtigten zustehenden Teile der Rechtszuständigkeit – und eben nicht des Rechts – miterfasst würden. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, denn danach wären allenfalls Schadensersatzansprüche des Berechtigten aus dem grundlegenden Rechtsverhältnis gegen den Stammrechtsinhaber denkbar, was an der dinglichen Situation freilich nichts ändern kann.

---

[439] Vgl. *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 991; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 4; *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 d) (S. 21); *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts, S. 49; Planck/*Brodmann*, § 959 Ziff. 5. Für das Bestehen „begrenzter dinglicher Rechte“ an herrenlosen Sachen auch *Gierke*, Deutsches Privatrecht II, § 139 I (S. 598). Er kommt zu diesem Ergebnis, weil er solche Rechte anders als hier vertreten als unmittelbar an der Sache bestehend ansieht.

[440] Sachenrecht I, § 1 II 3 d) (S. 21).

[441] *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 d) (S. 21).

cc. Ausnahmen

Dieses Ergebnis ist aber nicht zwingend, denn es ist beim hier vorgestellten Konzept von vornherein abzulehnen, dass der Stammrechtsinhaber überhaupt zum einseitigen Rechtsverzicht berechtigt sein soll. Insoweit sind wiederum die Parallelen zur Bruchteilsgemeinschaft heranzuziehen. So war in diesem Kontext zwar umstritten, ob gem. § 928 Abs. 1 BGB auch ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück aufgegeben werden kann, was überwiegend aber ohnehin abgelehnt wurde. Durch einige Grundsatzentscheidungen des BGH wurde die Möglichkeit eines solchen einseitigen Verzichts aber schließlich verneint,[442] was später noch auf das Wohnungs- oder Teileigentum nach dem WEG ausgedehnt wurde.[443] Infolgedessen wird der Bruchteil durch den einseitigen Verzicht auch nicht herrenlos. Es kommt nicht zum Ausscheiden des Inhabers aus der Gemeinschaft und auch nicht zu einer Anwachsung zugunsten der verbleibenden Teilhaber,[444] was mittlerweile auch der überwiegenden Ansicht in der Literatur entspricht.[445]

i. Abweichende Spezialregelungen

Dies gilt nur dann nicht, wenn etwas Abweichendes geregelt ist, wie etwa unter Miturhebern. Bei einer solchen Gemeinschaft kann gem. § 8 Abs. 4 UrhG ein Miturheber durch einseitige Erklärung gegenüber den anderen Miturhebern auf seinen Anteil an den gem. § 15 UrhG bestehenden Verwertungsrechten verzichten; mit der Erklärung wächst der Anteil den anderen Miturhebern zu,[446] wird also nicht etwa „herrenlos". Insoweit ist aber zu beachten, dass es in so einem Fall eben nicht um den Verzicht auf das Stammrecht geht – dies ist wegen der engen persönlichkeitsrechtlichen Bindung beim Urheberrecht von vornherein nicht möglich[447] –, sondern um einen bloßen Verzicht auf Verwertungsrechte, was qualitativ aber etwas anderes ist und mit einer Dereliktion beim Eigentum daher auch nicht gleichgesetzt werden kann. Die für Miturheber existierenden Sonderregelungen sprechen also nicht gegen die Annahme der Unwirksamkeit des einseitigen Verzichts eines Miteigentümers auf „seinen" Bruchteil.

---

442 BGHZ 115, 1, 7 = NJW 1991, 2488, 2489; BGHZ 173, 209 = NJW 2007, 2254.

443 BGHZ 173, 338 = NJW 2007, 2547.

444 MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 747 Rn. 16; MüKo-BGB/*Kohler*, § 875 Rn. 4.

445 Staudinger/*Langhein*, § 747 Rn. 17 ff. sowie § 741 Rn. 43 (dort als „hM" bezeichnet); MüKo-BGB/*Kohler*, § 875 Rn. 4; *Bärwaldt*, JuS 1990, 788; kritisch MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 747 Rn. 16, weil der Miteigentumsanteil trotz allem den Eigentumsregeln unterworfen bleibe; ablehnend *Kanzleiter,* NJW 1996, 905. Umfassend dazu *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen, § 11 (S. 284 ff.).

446 MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 747 Rn. 17.

447 Zu diesen Besonderheiten beim Urheberrecht gerade auch im Hinblick auf die Nießbrauchsfähigkeit siehe unten BT Kap. 3 B. IV. (S. 312 ff.).

Übertragen auf den Fall der Belastung bedeutet dies, dass ein einseitiger Eigentumsverzicht (Dereliktion) nicht möglich ist, dass der Eigentümer auf diese Weise insbesondere nicht die bestehende Vergemeinschaftung mit dem (dinglich) Berechtigten[448] (einseitig) aufheben kann. Aber auch dann, wenn insoweit die Parallele zur Bruchteilsgemeinschaft nicht als überzeugend empfunden würde, ist entgegen der oben genannten Ansicht ohnehin die Auffassung vorzugswürdig, die eine einseitige Eigentumsaufgabe dann, wenn dieses Eigentum belastet ist, für nicht möglich hält. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist eine gerade anderslautende Sonderregelung für Belastungen „an“ Immobilien. Denn bei Grundstücken, an denen ein Grundpfandrecht besteht, ermöglichen die §§ 58 Abs. 1, 787 ZPO eine entsprechende Auseinandersetzung des Inhabers des Grundpfandrechts (Hypothek, Grund- oder Rentenschuld[449]) mit dem Verwalter, was nur den Schluss zulässt, dass ein solches Grundpfandrecht auch beim Herrenloswerden weiterbesteht. Dass eine solche Sonderregelung für Grundstücke existiert spricht aber gerade *für* die Ansicht, dass derartige Rechte ansonsten mit der Eigentumsaufgabe untergehen würden, als *gegen* diese.[450]

ii. Vergleichbare Regelungen im BGB

Auch das BGB entscheidet sich in vergleichbaren Konfliktfällen dafür, dass das Schicksal der Belastung mit dem Schicksal des Stammrechts verbunden ist, quasi in Form einer Schicksalsgemeinschaft. So knüpft etwa § 1276 BGB die Wirksamkeit der Aufhebung und Änderung eines verpfändeten Rechts an die Zustimmung des Pfandgläubigers, was nur dann sinnvoll ist, wenn es eine solche Verknüpfung zwischen Belastung und Vollrecht gibt. Dass dem BGB insoweit sogar eine allgemeine Wertung zugrunde liegt, zeigen auch die §§ 876 f., 1255 Abs. 2 BGB.

Dagegen führt *Habersack* den § 1276 BGB zur Begründung seiner Ansicht von der Belastung eines Forderungsrechts mit der Folge an, dass der Pfandgläubiger ein eigenes Forderungsrecht erlange, welches nach Maßgabe der §§ 1281 ff. BGB das fortbestehende Forderungsrecht des Gläubigers beschränken soll.[451] Dies geht zwar konform mit dem von ihm vertretenen Konzept der Belastung als Teilübertragung des Rechts, dem aber aus den genannten Gründen nicht gefolgt werden kann. Warum es dann aber einer Regelung wie dem § 1276 BGB überhaupt bedarf, um dieses immerhin als selbständig angenommene Forderungsrecht des Pfandgläubigers in seinem Bestand zu schützen, leuchtet nicht ein und wird auch nicht begründet.

---

[448] Zu diesem Problem, wenn das betreffende Recht kein dingliches ist, siehe noch unten Kap. 3. Dazu *Madaus,* AcP 212 (2012), 251, 276 mit der Anwendung von § 399 2. Alt. BGB.

[449] MüKo-ZPO/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 787, Rn. 3.

[450] So explizit *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 148.

[451] Sachenrecht, Rn. 11.

Zuletzt ergibt sich das Verbot eines einseitigen Verzichts auf das Stammrecht aus den besonderen gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten zwischen dem Inhabers des Stammrechts und dem Inhaber des belastenden Rechts, etwa dem Nießbraucher. Diese Pflichten bestehen aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen den Beteiligten, worauf im Einzelnen noch einzugehen sein wird.[452]

Dies bedeutet im Ergebnis, dass das Konzept der Teilübertragung letztendlich für den Fall des einseitigen Verzichts auf das Stammrecht keine überzeugende Lösung bereithält, jedenfalls dann, wenn ein solcher einseitiger Verzicht für zulässig gehalten wird. Denn das Schicksal der Belastung hängt reaktionsverbunden mit dem Schicksal des Stammrechts zusammen; es geht unter, wenn das Stammrecht untergeht. Bereits unter Wertungsgesichtspunkten sprechen daher die besseren Argumente dafür, wie für das Konzept der Vergemeinschaftung beschrieben, einen einseitigen Verzicht auf das Stammrecht – auch im Allgemeinen – für unwirksam zu halten. Im Speziellen ordnet ferner für den Nießbrauch an Rechten § 1071 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich an, dass die Aufhebung und Änderung des nießbrauchsbelasteten Rechts nur mit Zustimmung des Nießbrauchers möglich ist, was auch für diesen speziellen Fall eine solche Verbundenheit zwischen Stammrecht und Nießbrauch deutlich macht. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ein einseitiger Verzicht auf das Stammrecht unwirksam ist, was wiederum mit den allgemeinen Ergebnissen zum Konzept der Vergemeinschaftung in Einklang steht.

Freilich ist der Anwendungsbereich dieser Norm nicht unumstritten und wird von der heute herrschenden Meinung angenommen, Folge einer Verfügung, die entgegen dieses Verbots vorgenommen würde, sei allenfalls deren relative Unwirksamkeit im Verhältnis zum Nießbraucher.[453] Diese Ansicht steht dem Willen des Gesetzgebers aber entgegen, denn aus den Motiven und Protokollen geht eindeutig hervor, dass diese Norm die absolute Unwirksamkeit der Verfügung anordnen sollte.[454] Für die oben genannte Ansicht einer bloßen relativen Unwirksamkeit spricht aber letztendlich doch, dass die Unwirksamkeit nicht auch dem Verfügendem zugute kommen soll,[455] während der Nießbraucher trotzdem ausreichend geschützt ist. Ausschlaggebend sind also Wertungsgesichtspunkte. Etwas anderes gilt nur dann, wenn neben § 1071 BGB der § 876 BGB anzuwenden ist, denn letztere Vorschrift hat die absolute

---

[452] Dazu noch unten BT Kap. 1 B.

[453] Vgl. schon *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, § 199 (S. 451 mit Fn. 1); Staudinger/*Frank*, § 1071 Rn. 2, MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1071 Rn. 12; Beck'scherOK-BGB/*Wegmann*, § 1071 Rn. 7; Erman/*Michalski*, § 1071 Rn. 2. A.A. noch Planck/*Brodmann*, § 1071 Ziff. 1 (S. 671 f.).

[454] Mugdan, Motive III, S. 541; Mugdan, Protokolle III, S. 4112 ff. Dagegen aber schon *Cosack*, Sachenrecht, S. 63.

[455] Staudinger/*Frank*, § 1071 Rn. 2; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1071 Rn. 12.

Unwirksamkeit einer Verfügung zur Folge, was sich entsprechend auf § 1071 BGB auswirken würde.[456]

Abgesehen von den ehedem divergierenden Auffassungen über eine absolute oder bloß relative Unwirksamkeit von den Nießbrauch beeinträchtigenden Verfügungen über das Stammrecht, zeigt § 1071 BGB deutlich eine unmissverständliche Wertung des BGB. Diese fügt sich auch ohne weiteres in das Konzept der Vergemeinschaftung ein, und sie kann vor allem auch gegen das Konzept der Belastung eines Rechts als dessen Teilübertragung in Stellung gebracht werden. Denn ginge man tatsächlich von einer Teilübertragung aus, läge es eher fern, eine Beeinträchtigung der Belastung durch eine Verfügung überhaupt anzunehmen. Dies lässt Schutzvorschriften im Ergebnis überflüssig erscheinen, weil dann, wenn etwas „übertragen“ wurde, eher die Annahme einer diesbezüglichen Immunität des erworbenen Teilrechts naheliegen würde. Im Gegensatz dazu spricht der Gedanke der Vergemeinschaftung gerade für die Existenz derartiger Vorschriften, dies macht deren Existenz sogar „selbstverständlich“.[457] Denn innerhalb einer Gemeinschaft hat sich jedes Mitglied selbstredend allen Rechtshandlungen zu enthalten, die das gemeinschaftlich zustehende Recht zu beeinträchtigen geeignet sind.

Zuletzt ist wegen der beschriebenen Nähe des Konzepts der Vergemeinschaftung zur Bruchteilsgemeinschaft noch auf den § 1066 Abs. 2 BGB hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift ist beim Bestehen eines solchen Anteilsnießbrauchs und abweichend vom in § 749 Abs. 1 BGB aufgestellten Grundsatz, die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft nur gemeinsam durch Anteilsinhaber und Nießbraucher möglich. Auch hier zeigt sich aber letztendlich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Aufhebung eines belasteten Rechts mit unmittelbar nachteiligen Folgen für den Inhaber des belastenden Rechts ohne dessen Mitwirkung – und erst recht gegen dessen Willen – gerade nicht möglich sein soll. Dieser Grundgedanke lässt sich ohne weiteres auch für das Konzept der Vergemeinschaftung und gegen die Zulässigkeit der einseitigen Aufhebung des Stammrechts ins Feld führen.

g. Relative Rechte im Konzept der Vergemeinschaftung

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, wie das Konzept der Vergemeinschaftung mit der Belastung eines relativen Rechts, also einer Forderung, in Einklang zu bringen ist.

Zunächst ist auf die Belastung von Forderungsrechten[458] im Hinblick auf das herrschende Konzept der Abspaltung und Teilübertragung einzugehen. Nach *Wilhelm* ist die Verpfändung einer Forderung eine „Teil-*Übertragung* der For-

[456] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1071 Rn. 12.

[457] So Mugdan, Motive III, S. 541: „Selbstverständlich ist, daß das Recht des Nießbrauchers durch Verfügungen über das belastete Recht nicht beeinträchtigt werden kann“.

[458] Zu den Mitgliedschaftsrechten siehe noch unten BT Kap. 5 B.

derung auf ein anderes Rechtssubjekt (Befugnisabspaltung aus ihr an den Pfandgläubiger)", wobei dem Gläubiger die Forderung (weiterhin) ausschließlich gehöre.[459] Auch insoweit folgt er damit konsequenterweise dem auch von ihm vertretenen Konzept der Belastung als Abspaltung und Teilübertragung eines Rechts. Dabei stellt er in Bezugnahme zum Eigentum klar, dass ebenso wie „die Sache" Gegenstand des Eigentums sei, die Leistung bzw. der Leistungsgegenstand Gegenstand der Forderung ist,[460] also deren schuldrechtlicher Inhalt. *Habersack* geht noch weiter und stellt fest, dass sich das Nießbrauchsrecht „nicht in einer Abspaltung des berechtigenden Teils des zwischen Schuldner und Besteller bestehenden Schuldverhältnisses im engeren Sinn erschöpft", vielmehr werde ein „eigenes, wenn auch mit demjenigen des Bestellers konkurrierendes Forderungsrecht begründet".[461] Die Belastung des Forderungsrechts führe so zu einer geteilten Inhaberschaft, was er vor allem mit den §§ 1070, 1074, 1077 f. BGB begründet.[462]

Aber auch für Forderungen bzw. für Forderungsrechte ist die Annahme einer Belastung als Abspaltung und Teilübertragung nicht zwingend, sondern ist das Konzept der Vergemeinschaftung besser in der Lage, um das Phänomen der Belastung zu erklären. Betrachtet man etwa die Bestellung eines Nießbrauchs an einer verzinslichen Forderung gem. § 1076 BGB – also einer Forderung, die kraft Rechtsgeschäfts nachhaltig Zinsen abwirft[463] –, ändert sich durch die Belastung an der Zuordnung des Gegenstands der Forderung zum Gläubiger nichts, er bleibt ihr alleiniger Inhaber. Durch die Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung zu den Befugnissen des Gläubigers erhält der Nießbraucher aber die Rechtsmacht, die Zinsen als die durch die Forderung gewährten Erträge einzuziehen.[464] Die Besonderheit der §§ 1076 bis 1079 BGB[465] besteht aber nun gerade darin, dass diese Rechtsmacht dem Nießbraucher *nicht allein* zusteht – wie wohl bei einer Teilübertragung angenommen werden müsste –, sondern nur gemeinsam mit dem Gläubiger/Besteller, was aus den §§ 1077, 1078 BGB auch unmissverständlich deutlich wird. Denn die Einziehungsbefugnis wird ihm – wie *Frank* zutreffend schreibt – „*nur in Gemeinschaft mit dem Gläubiger verliehen*".[466] Augenscheinlicher kann aber das Konzept der Vergemeinschaftung nicht normiert werden.

---

[459] Sachenrecht, Rn. 126 (Hervorh. im Original).
[460] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 126.
[461] Die Mitgliedschaft, S. 111.
[462] *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 111, unter Hinweis auf *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 104 ff., 191 f.
[463] So die h.M., vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1076, Rn. 2; Soergel/*Stürner*, § 1076 Rn. 4, Erman/*Michalski*, § 1076 Rn. 1; Staudinger/*Frank*, § 1076 Rn. 2.
[464] Dazu, was der Nießbraucher letztendlich aber auch behalten darf, noch unten BT Kap. 5 F.
[465] Vgl. für das Pfandrecht an Forderungen die entsprechenden §§ 1281 bis 1283 BGB.
[466] Staudinger/*Frank*, § 1076 Rn. 1 (Hervorh. im Original).

Besser lässt sich zudem auch nicht darstellen, dass zwischen Gläubiger (Besteller) und Nießbraucher ein Gemeinschafts- und somit Horizontalverhältnis besteht, was *Wilhelm* für das Konzept der Abspaltung und Teilübertragung zwar auch vertritt, allerdings mit einem erheblichen konstruktiven Aufwand.[467] Denn wenn von Abspaltung und Teilübertragung gesprochen wird liegt es vielmehr nahe, insoweit – wegen des abgeleiteten Erwerbs – eher ein Stufen- oder Vertikalverhältnis anzunehmen. Dies versucht *Wilhelm* zu vermeiden, indem er für das Phänomen der Belastung den Gedanken eines Rechts *aus* dem anderen Recht entwickelt,[468] um eine horizontale Beziehung zwischen den Beteiligten beschreiben zu können. Damit bringt er freilich ein weiteres Begriffsbild in einen ohnehin bereits mit Begrifflichkeiten reich gesegneten Kontext ein. Beim Konzept der Vergemeinschaftung besteht diese Notwendigkeit dagegen von vornherein nicht.

Um abermals auf den Gegenstand der Belastung zurückzukommen: Belastet wird etwa bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einer Forderungen nicht „die Forderung“ selbst, ebenso wenig, wie beim Eigentum „die Sache“ belastet wird. Sondern belastet wird vielmehr *das relative Forderungsrecht* des Gläubigers als Gesamtheit derjenigen Befugnisse (also der Rechtsmacht), die ihm aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarung gegen den Schuldner zustehen.[469] Insoweit wie der Nießbrauch inhaltlich reichen soll, kommt es dann zu einer Vergemeinschaftung und zu einer Zugangseröffnung zugunsten des Nießbrauchers auf die entsprechenden Befugnisse des Gläubigers und somit auf dessen Rechtsmacht. Der Gläubiger kann aber als weiterhin alleiniges Zuordnungssubjekt des Inhalts der Forderung ausschließlich über das Forderungsrecht „als Ganzes“ verfügen. Daran vermag die Belastung nichts zu ändern. Dies gilt gerade auch zugunsten des Schuldners als vertrauensschützende Wirkung „nach außen“, denn dieser ist über §§ 1070, 407 BGB geschützt, wenn er keine Kenntnis vom Nießbrauchsrecht hat.[470]

Hierin liegt aber zugleich ein wesentlicher Unterschied zur Belastung einer Forderung mit einem Pfandrecht gem. §§ 1279 S. 1, 1273 Abs. 1 BGB. Denn in diesem Fall kann der Pfandgläubiger erheblich weitergehend neben der alleinigen Empfangs- und Einziehungszuständigkeit und -befugnis[471] bezüglich der Forderung auch die Befugnis zu deren Verwertung im Wege der Zwangsvoll-

---

[467] Er geht umfassender davon aus, dass sich durch die Belastung auch „die Zuordnung des Gegenstands des Quellrechts zwischen dem ursprünglich ausschließlich Berechtigten des Quellrechts [und dem Inhaber des anderen Rechts] aufteilt“, Sachenrecht, Rn. 128.

[468] Vgl. Sachenrecht, Rn. 58, 125.

[469] Ob man weitergehend davon spricht, dass als Folge der Belastung das Recht *an* dem Forderungsrecht besteht, ist Geschmackssache. Entscheidend ist allein, was Gegenstand der Belastung ist (s.o.).

[470] Staudinger/*Frank*, § 1077 f Rn. 3.

[471] Siehe umfassend zur Einziehungsbefugnis bei Forderungen *Hoffmann*, Zession und Rechtszuständigkeit, S. 102 ff.

streckung ausüben (§ 1277 BGB i. V. mit §§ 828 ff. ZPO), wenn der Sicherungsfall eintritt.[472] Ihm wird durch die Vergemeinschaftung also ein wesentlich umfassenderer Zugriff auf die Rechtsmacht des Inhabers eröffnet, als beim Nießbrauch an einer Forderung. Dass es zu einer solchen Ungleichgewichtslage in Bezug auf die Ausübung von Befugnissen und somit dem Zugang zur Rechtsmacht kommt, spricht aber wiederum nicht gegen das Konzept der Vergemeinschaftung. Es zeigt allenfalls, dass zwischen den Belastungstypen „Nießbrauch" und „Pfandrecht" (an Rechten) elementare Unterschiede bestehen. Dies wird auch bereits am Sinn und Zweck der jeweiligen Belastung deutlich: das (bloße) Ziehen von Nutzungen hier,[473] ohne dass es zu einem Eingriff in den substantiellen Inhalt des Stammrechts selbst kommt, und die davon gänzlich verschiedene Sicherungsfunktion dort, die letztlich sogar zu einer Verwertung des Stammrechts führen kann.[474] Wegen der gänzlich verschiedenen ratio dieser beiden Belastungstypen kommt es – notwendig – auch zu einer unterschiedlichen Zugangseröffnung auf die Befugnisse des Inhabers des Stammrechts, ohne dass dadurch das Konzept der Vergemeinschaft in Frage gestellt werden könnte.

Ausgehend von diesen Ergebnissen liegt also die letztendliche Regelungswirkung der §§ 1077, 1078 BGB darin anzuordnen, dass diese Zugangseröffnung – grundsätzlich – eben nicht zu einer umfassenden Einziehungsbefugnis des Nießbrauchers führen soll. Denn eine solche besteht nicht gegenüber dem Schuldner, sondern besteht allein zwischen Nießbraucher und Gläubiger, also im Innenverhältnis. Allein letzterem gegenüber steht dem Nießbraucher insoweit ein eigenes Recht zu. Nur *grundsätzlich* ist die dargestellte Regelungswirkung aber deshalb, weil diese Vorschriften dispositiv sind, dem Nießbraucher also umfangreichere Befugnisse eingeräumt werden können. Der Stammrechtsinhaber *kann* also ohne weiteres in größerem Umfang auf seine Befugnisse verzichten, er *muss* dies aber nicht tun.

---

[472] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 122.

[473] Dazu, dass auch dem Nießbrauch eine Sicherungsfunktion zukommen kann, siehe noch unten Kap. 5 C. Gesichert soll damit aber gerade der nachhaltige Bezug von Nutzungen werden, so dass zum eigentlichen Zweck des Nießbrauchs die Sicherungsfunktion hinzutritt, diese aber nicht verdrängt.

[474] *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, unterscheidet insoweit zwischen „Nutzteilung" (Nießbrauch) und „Sicherungsteilung" (Pfandrecht), a. a. O. §§ 121, 122. Nach *Baur/Stürner*, Sachenrecht, einem Vertreter des Konzepts der Abspaltung und Teilübertragung/Teilabtretung – a. a. O. § 60 Rn. 6 –, scheint durchaus auch ein systematischer Unterschied zwischen der Belastung eines Rechts durch Nießbrauch oder durch Pfandrecht zu herrschen. Denn einmal (beim Nießbrauch) komme es zu einer „*Abspaltung* des Nutzungsrechts", beim Pfandrecht werde dagegen „die Verwertungsbefugnis aus der Substanz des Rechts *ausgegliedert*", a. a. O. § 62 Rn. 1 (Hervorh. nur hier).

h. Die Belastung eigener Rechte im Konzept der Vergemeinschaftung

Der Inhaber eines Rechts (einschließlich des Eigentümers einer Sache) kann sein Recht auch zugunsten seiner selbst belasten. Für die Zulässigkeit von Belastungen des Eigentums an unbeweglichen Sachen spricht vor allem § 889 BGB.[475] Ferner hat der BGH in jüngerer Zeit etwa die Bestellung eines Nießbrauchs am eigenen Grundstück als sog. Eigentümernießbrauch (auch: Eigennießbrauch) zugelassen.[476] Auch § 1063 Abs. 2 BGB regelt, dass trotz der Vereinigung von Eigentum und Nießbrauch in der Hand des Eigentümers der Nießbrauch als nicht erloschen „gilt“, sofern der Eigentümer ein diesbezügliches rechtliches Interesse nachweist. Möglich ist auch die Bestellung von Grundschuld und Rentenschuld an eigener Sache (§§ 1196, 1199 BGB).

Auch *Johow* lässt in seinem Vorentwurf zum Sachenrecht anklingen, dass grundsätzlich nichts gegen Rechte „an eigener Sache“ spricht.[477] Dies gilt jedoch nur für unbewegliche Sachen, Rechte an beweglichen Sachen können – grundsätzlich – nicht durch Nießbrauch oder Pfandrecht zugunsten des Eigentümers belastet werden. Dafür sprechen die Konsolidationsvorschriften §§ 1063 Abs. 1, 1256 Abs. 1 BGB.[478] Dies gilt aber dann nicht, wenn der Eigentümer am Fortbestehen des Rechts ein rechtliches Interesse hat, was durch die §§ 1063 Abs. 2, 1256 Abs. 2 BGB klargestellt wird.

Anders war noch die Situation im römischen Recht, denn dort galt für Dienstbarkeiten der Grundsatz des nulli res sua servit (Wer das Vollrecht hat, bedarf des beschränkten Rechts nicht).[479] Dies leuchtet auf den ersten Blick durchaus ein. Die Begründungen für die Zulässigkeit solcher Belastungen sind jedoch im Ergebnis überzeugender, vor allem im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung von Rechten an eigener Sache. Denn auf diese Weise kann sich etwa der Eigentümer durch Bestellung eines Rechts an seinem Eigentum in der Zwangsversteigerung einen besseren Rang verschaffen.[480]

Mit dem Konzept der Vergemeinschaftung lassen sich eigene Rechte an Rechten ohne weiteres in Einklang bringen. Denn durch die Bestellung kommt es – quasi – zur Bildung einer Rechtsgemeinschaft des Stammrechtsinhabers mit sich selbst. Dies ist konzeptionell auch unschädlich, denn es ergeben sich

---

[475] Siehe zu den vielfältigen Möglichkeiten von Rechten an eigenen Rechten nur *Habersack*, Sachenrecht, § 4 Rn. 60; *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 b) (S. 18 f.); *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 118. Allgemein dazu schon *Gierke,* Deutsches Privatrecht II, § 139 I mit Fn. 5 (S. 598 f.).

[476] BGH NJW 2011, 3517. Auf ein berechtigtes Interesse des Eigentümers kommt es dabei – anders als bei beweglichen Sachen – nicht an, a. a. O. S. 3518 Rn. 9. So auch schon OLG Köln, NJW-RR 1999, 239; OLG Schleswig ZIP 2006, 615 sowie *Harder*, DNotZ 1970, 267.

[477] Vorlagen Sachenrecht I, S. 7.

[478] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 118.

[479] *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 b) (S. 18 f., auch die Übersetzung), unter Hinweis auf Paul. Dig. 8.2.26.

[480] *Habersack*, Sachenrecht, § 4 Rn. 60.

dahingehend keinerlei Interessenkonflikte und zudem keine Probleme hinsichtlich eines „Empfängers" von Befugnissen, wie dies dagegen beim Konzept der Teilübertragung durchaus der Fall ist (dazu sogleich). Auch ist dem deutschen Recht die – vergleichbare – Vorstellung einer Einpersonen-Gemeinschaft nicht fremd, was an den entsprechend anerkannten Phänomenen der Einpersonen-Gesellschaften deutliche wird. So ist die Einpersonen-GmbH & Co. KG[481] ebenso anerkannt, wie die Einpersonen-GmbH[482] und die Einpersonen-AG[483].

Da es aber beim hier dargestellten Phänomen der Belastung als Vergemeinschaftung an einer Berechtigung Mehrerer fehlt und eine Einpersonen-Bruchteilsgemeinschaft nicht anerkannt wird,[484] würde sich insoweit die Vergleichbarkeit mit der Bruchteilsgemeinschaft verbieten. Das Konzept der Vergemeinschaftung stieße dann an seine Grenzen. Dahingehend ist aber gleichwohl anerkannt, dass Bruchteile, die in einer Hand zusammenfallen, jedenfalls aber einer getrennten rechtlichen Beurteilung unterliegen können, sofern dies „aus praktischen Gründen geboten ist".[485] Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn einer von zwei Miteigentümern den belasteten Bruchteil des anderen hinzuerwirbt oder wenn der eine Bruchteil für eigene Rechnung, ein anderer dagegen treuhänderisch für fremde Rechnung gehalten wird.[486]

Insoweit passt jedoch die Annahme einer Einpersonen-Gemeinschaft bei der Belastung eines eigenen Rechts durchaus, denn die Situation wird zumeist so sein, dass der Eigentümer/sonstige Rechteinhaber die Belastung am eigenen Recht bestellt, um später dahingehend zugunsten eines Dritten eine Verfügung zu treffen. Der Zwischenzustand – also die Phase zwischen der Bestellung der Belastung und der Verfügung – kann aber durchaus als eine Art treuhänderischer Verwaltung der dem Nießbraucher zustehenden Befugnisse aus dem belasteten Recht angesehen werden, die sich derzeit eben noch in der Hand des Inhabers dieses Rechts befinden.

Beim herrschenden Konzept der Teilübertragung sind dagegen Probleme bei der Belastung eigener Rechte – die von den Vertretern dieser Ansicht ebenfalls als zulässig angesehen wird – durchaus vorstellbar. Denn wenn in der Belastung eine Abspaltung, Verselbständigung und Teilübertragung des Rechts gesehen wird, stellt sich die Frage, an welches Rechtssubjekt die *Übertragung* der jeweiligen Befugnisse denn erfolgt. Muss hier etwa eine Art alter ego angenommen werden, zu dessen Gunsten verfügt wird und an den die Befugnisse quasi „ausgelagert" werden? Diese Fragen werden von den Vertretern des Abspaltungskonzepts nicht angesprochen, geschweige denn beantwortet. Auch beim

---

481 Vgl. Sudhoff/*Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 6.
482 Siehe nur MüKo-GmbHG/*Liebscher*, § 45 Rn. 23 ff.
483 MüKo-AktG/*Spindler*, § 78 Rn. 117.
484 Vgl. Schulze-BGB/*Saenger*, § 741 Rn. 4; MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 31.
485 MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 31.
486 MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 31; § 1008 Rn. 14.

Phänomen der Belastung eigener Rechte zeigt sich daher, dass dieses durch das Konzept der Vergemeinschaftung letztendlich besser erklärt werden kann, als durch das überkommene Konzept der Abspaltung und Teilübertragung.

3. Zwischenfazit zum Wesen der Belastung von Rechten

Im vorstehenden Abschnitt konnten wesentliche Ergebnisse gefunden werden zur Beantwortung der Frage, wie das Phänomen der Belastung eines Rechts – sei es mit einem Nießbrauch oder mit einem anderen beschränkten dinglichen Recht – dogmatisch begründet werden kann. Dabei ist ausgehend vom Recht Eigentum das vorgestellte Konzept der Vergemeinschaftung mit einer Zugangseröffnung geeignet, das Phänomen der Belastung – in Bezug auf Sachen und auf Rechte – umfassend zu erklären.

Für die Kategorisierung von Gegenständen im Kontext des Nießbrauchs an Rechten bedeutet die Annahme einer Vergemeinschaftung des Rechts, dass zu unterscheiden ist zwischen Objekten, die belastet werden können und die daher nießbrauchsfähig sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Belastet werden können dabei aber allein Rechte, da nur über diese verfügt werden kann. Nur diese Verfügungsgegenstände sind daher nießbrauchsfähig. Davon zu unterscheiden sind Sachen (und Tiere) und die sonstigen Gegenstände,[487] die in keinem Fall mit einem Nießbrauch belastbar sind.

Dies gilt auch dann, wenn man formulieren mag, dass ein Nießbrauch *an* ihnen besteht, was aber mit dem belasteten Recht nichts zu tun hat. Denn die Frage nach dem Gegenstand, der belastet wird, ist zwingend zu trennen von Aussagen darüber, *woran* ein Recht letztendlich besteht. Letzteres kann ein Recht oder eine Sache sein, was aber nicht entscheidend ist, da aus juristischer Sicht allein die Frage nach dem Gegenstand der Belastung relevant ist. Nicht relevant sind insoweit vor allem die Sachen selbst, als rein tatsächlich existierende Phänomene.[488] Auch der ökonomische Wert der Sachen liegt bei genauerer Betrachtung nicht in der physischen Existenz derselben, sondern liegt allein in den an ihnen bestehenden Rechten und im Einzelnen in der jeweiligen konkreten Rechtsmacht als Inhalt des betreffenden Rechts. Denn nur auf ihrer Grundlage ist ein Umgang mit der Sache – und ist eine Nutzung derselben – überhaupt möglich, weil dadurch zugleich eine Abwehr Dritter ermöglicht wird. Dagegen ist eine rechtlose Sache aus juristischer Sicht wertlos.

Infolgedessen lässt sich auch sagen, dass Sachen, wie auch alle sonstigen (vermögenswerten) Güter, keinem Rechtssubjekt zugeordnet werden. Denn entweder werden durch die Rechtsordnung den Rechtssubjekten *Rechte* zugeordnet,

---

[487] Zu diesem Begriff oben B. II. (S. 44 ff.).

[488] Andere Güter sind hier – also bei der Problematik der Rechte an Rechten – ebenfalls irrelevant, weil an ihnen schon keine (Stamm-)Rechte bestehen können, es also nach der hier vertretenen Ansicht auch keinen Gegenstand gibt, der belastet werden kann.

oder diese werden durch Parteivereinbarung geschaffen und zugleich zugeordnet. Als Folge der Zuordnung des Rechts, welches an ihnen besteht, werden die Güter allenfalls *zugeteilt*. Besteht an einem Gut kein Recht, weil dies durch die Rechtsordnung nicht vorgesehen ist, kann es insoweit auch nicht zu einer Zuteilung kommen. Dem Inhaber bleibt allein der faktische *Zugriff*[489] auf dieses vermögenswerte Gut. Er muss zudem – ebenso faktisch – sicherstellen, dass das Gut durch einen Zugriff durch Dritte nicht entwertet wird, dass es also beispielsweise geheim bleibt. Es geht um den *Zugangsschutz* zum Gut, der mangels eines betreffenden subjektiven (Schutz-)Rechts aber ein bloßer *faktischer* Schutz ist.[490]

Den Inhalt eines zugeordneten Rechts bilden alle Befugnisse, die das spezifische Recht gerade ausmachen, diese Befugnisse bilden die Rechtsmacht des Inhabers. Diese Rechtsmacht ist es, die letztendlich dem Rechtssubjekt zugeordnet wird. Sie ist es im Ergebnis auch, die durch die Belastung im Konzept der Vergemeinschaftung zwischen dem Stammrechtsinhaber und dem Inhaber des beschränkten (dinglichen)[491] Rechts aufgeteilt wird. Wobei „Aufteilung" eben nicht als wie auch immer geartete (Teil-)Übertragung verstanden werden darf, sondern als lediglich gemeinsame Inhaberschaft von Befugnissen innerhalb der Rechts- und Interessengemeinschaft zwischen den Beteiligten. Konkret ist dabei die Ausübung der Befugnisse vom Inhalt der Belastung abhängig und davon, wie diese – in den gesetzlichen Grenzen – durch die Parteivereinbarung definiert wird.

Die am Anfang dieser Untersuchung gestellte und gerade im historischen Kontext etwas provokant scheinende Frage nach der Möglichkeit von „Rechten an Rechten" konnte also dahingehend beantwortet werden, dass nur Rechte überhaupt durch Rechte belastet werden können, auch wenn vom Nießbrauch *an* Sachen und *an* Rechten die Rede ist.

---

[489] *Wieling*, Sachenrecht I, spricht von den dinglichen Rechten als „Zugriffsrechte (…) auf die Sache selbst", insbesondere der Eigentümer habe ein solches Zugriffsrecht, a. a. O. § 1 II 2 a) (S. 15). Bei dieser Formulierung bleibt aber unklar, ob dieses Recht (!) *neben* dem Eigentum bestehen soll (was kaum anzunehmen ist) oder ob der Autor nicht vielmehr bloß den Inhalt des Eigentums beschreibt. Sollte letzteres zutreffen, wäre es freilich klarer von Zugriffsbefugnis zu sprechen, um die Trennung einzuhalten zwischen dem Recht „Eigentum" und dessen Inhalt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist mit dieser Aussage freilich nicht viel gewonnen, denn eine solche Zugriffsmöglichkeit ist nicht das konstituierende Merkmal dinglicher Rechte (vgl. dazu unten Kap. 3), sondern geht nicht über die genannte Inhaltsbeschreibung des Eigentums hinaus.

[490] Vgl. umfassend dazu *Ann*, GRUR 2007, 39 und schon *Kohler*, Das Autorrecht, S. 69. Letzterer erwähnt als Beispiel die „Komposition" des „Kanonenkönigs Krupp", die allein „unter den faktischen Schutz des Geheimnisses gestellt [ist]". Er kommt damit zu dem Schluss, dass wirtschaftliche Güter eben (auch) außerhalb des Gesetzes existieren können, a. a. O.

[491] Zur Rechtsnatur des belastenden Rechts siehe unten Kap. 3.

Diese Ergebnisse führen notwendig zu der Frage, was denn das BGB-Sachenrecht überhaupt regelt. Die Antwort darauf mag überraschen, kann nach dem bisher Festgestellten aber nur lauten, dass allein *Rechte* und deren Schicksale geregelt werden. Diese Rechte können sowohl in Bezug auf Sachen als auch auf andere Rechte und somit *an* diesen bestehen, was für Fragen der Belastung aber keine entscheidende Weichenstellung bedeutet. Geregelt werden insbesondere die Verhältnisse des Inhabers des betreffenden Rechts zu anderen Rechtssubjekten, also Rechtsverhältnisse. Die rechtliche Bedeutung der Sachen i. S. von § 90 BGB liegt dabei allein darin, dass sie als Bezugsobjekte des Eigentums eine Rolle spielen und damit allenfalls *mittelbar* als Gegenstände des Rechtsverkehrs überhaupt existieren.

Zusammenfassung Kapitel 2

Die Ergebnisse dieses Kapitels lassen den Schluss zu, dass das gängige Verständnis des Begriffs Gegenstand im BGB als Überbegriff zu Sachen und Rechten einer Korrektur bedarf. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass Sachen wie auch alle anderen Güter als reine Phänomene nur tatsächlich existieren, für die Rechtsordnung aber – isoliert betrachtet – irrelevant sind. Diese körperlichen und unkörperlichen Güter befinden sich daher auf der 1. Stufe einer zu denkenden Systematisierung (siehe S. 140).

Rechtlich relevant sind allein die an ihnen bestehenden Rechte. Bei körperlichen Gütern ist dies das Recht Eigentum. Bei sonstigen unkörperlichen Gütern können dies indes nur Rechte sein, die sondergesetzlich vorgesehen sind, wie etwas das Patentrecht an einer Erfindung, das Urheberrecht an einer persönlichen geistigen Schöpfung etc. Diese Rechte – *und erst diese Rechte* – sind Gegenstände im Sinne des BGB. Daher ist auch die Bezeichnung „unkörperlicher Gegenstand“ irreführend, da es im BGB keine körperlichen Gegenstände gibt. Die genannten Rechte sind die in dieser Untersuchung noch häufig erwähnten *Stammrechte,* wobei sie nicht notwendig an Gütern bestehen müssen, sondern auch isoliert, unabhängig von solchen Gütern als Rechtsobjekten, vorkommen können. Denn dazu gehören auch sämtliche relativen Rechte (Forderungen), Personen- und Familienrechte sowie Gestaltungs- und Gegenrechte. Infolgedessen kann in § 90 BGB die Definition der „Sache“ nur als „körperliche Güter“ verstanden werden und nicht als „körperliche Gegenstände“. Bestehen derartige Rechte an Gütern, so können letztere zum besseren Verständnis als *Bezugsobjekte* bezeichnet werden, wobei dies an der Einordnung in diese Systematik nichts zu ändern vermag.

An diesen Rechten – und nur an ihnen – können wiederum Rechte bestehen, eben auch ein Nießbrauchsrecht. Denn belastet werden können nur Rechte und nicht die Güter selbst. Für die Unterscheidung der Nießbrauchstypen relevant

ist dabei, ob es sich um das Recht Eigentum handelt (dann Nießbrauch i. S. von § 1030 BGB) oder ob ein sonstiges nießbrauchsfähiges Recht belastet wird (dann Nießbrauch i. S. von § 1068 BGB). Diese Rechte sind *Rechte an Rechten*, sie sollen als Gegenstände 2. Stufe bezeichent werden. Soweit gesetzlich zulässig – also einzelfallabhängig – können auch diese Rechte wiederum mit Rechten belastet werden usw.

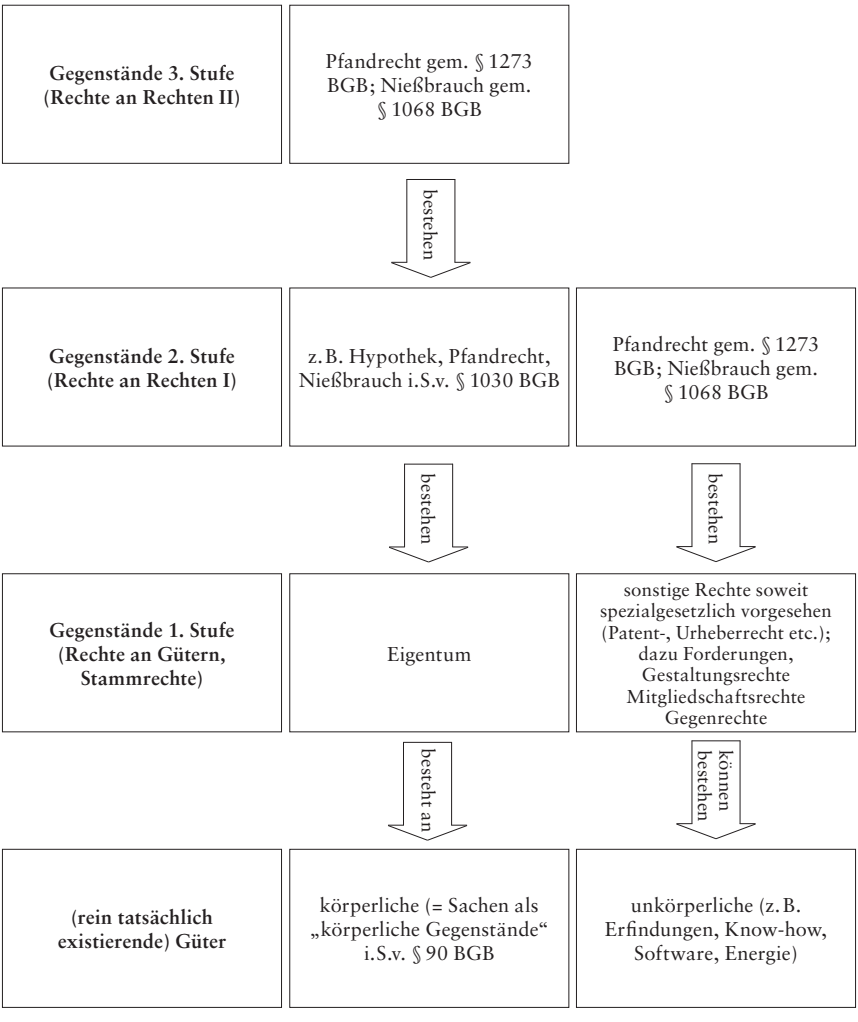
Dieses Ergebnis lässt sich ferner auch auf das Schuldrecht übertragen. Danach ist etwa auch jeder Kauf ein Kauf von Rechten. So ist der in § 433 BGB geregelte „Kauf von Sachen" in Wirklichkeit ein Rechtskauf, nämlich der Kauf des Rechts Eigentum. Das wusste auch *Heck*, der den Begriff „Eigentumskauf" schon frühzeitig verwendet.[492] Der „eigentliche" in § 453 Abs. 1 BGB geregelte Rechtskauf meint daher den Kauf aller sonstigen Rechte (zuzüglich der in diesem Kapitel ebenfalls behandelten „sonstigen Gegenstände" des Rechtsverkehrs). Beim Erwerb einer Sache kauft der Erwerber somit das Recht Eigentum an dieser Sache, um sich damit den tatsächlichen Zugang (den Zugriff) zum körperlichen Gut zu sichern. Bei anderen Rechten gilt dies entsprechend für den Inhalt des jeweiligen Rechts.

Die erarbeitete Konzeption der Einteilung von Sachen und Rechten im BGB soll mit der Grafik auf Seite 140 verdeutlicht werden. Aus dieser Systematik – die „nach oben" offen ist, sofern an dem jeweiligen Recht wiederum eine Belastung bestellt werden kann – und den weiteren Ergebnissen dieses Kapitels ergibt sich ferner, dass auch dem herrschenden Verständnis der Belastung ein alternatives Konzept gegenübergestellt wird, das der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung. Klarzustellen ist dabei, dass sämtliche Belastungen ausschließlich nur an Rechten bestehen können, und keineswegs an den Gütern selbst, auf den sich die jeweiligen Rechte beziehen (Bezugsobjekte), weil über diese nicht verfügt werden kann. Jeder Nießbrauch ist daher ein solcher an Rechten.

Wird das Konzept der Belastung eines Rechts dagegen verstanden als Abspaltung und Teilübertragung des Rechts, so führt dies wie gezeigt dogmatisch zu unbefriedigenden Ergebnissen. Vorzugswürdig ist daher das hier vorgestellte Konzept.

---

[492] Grundriß des Schuldrechts, § 91 Ziff. 3 (S. 285).



Systematik der Belastung – Rechte an Rechten

Kapitel 3

Grundstrukturen des Nießbrauchs an Rechten

A. Einleitung

Aufbauend auf den in Kapitel 2 herausgearbeiteten Ergebnissen vor allem zur Klärung der Begriffe Gegenstand und Sache, soll in diesem Kapitel ein weiterer für diese Arbeit wesentlicher Begriff untersucht werden, der des *subjektiven Rechts*. Die Bedeutung dieses Begriffs für die Darstellung des Nießbrauchs an Rechten ist evident, bildet ein solches Recht doch den eigentlichen Belastungsgegenstand. Notwendig ist dabei aber einmal mehr eine Untersuchung über den Kontext des Nießbrauchs hinaus, denn die Bedeutung dieses Begriffs ist für das gesamte (bürgerliche) Recht wesentlich. Wie auch in Kapitel 2 soll zudem den bereits existierenden Ansichten zum Begriff des subjektiven Rechts eine eigene – nießbrauchsspezifische – Konzeption gegenübergestellt werden.

Der Bezug dieses Vorhabens zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ergibt sich schon aus dem Gesetz, denn in § 1068 Abs. 1 BGB heißt es schlicht: Gegenstand des Nießbrauchs kann auch *ein Recht* sein (Hervorh. nur hier). Gemeint sind damit – grundsätzlich – subjektive Rechte aller Art, wenn diese Nutzungen gewähren und sofern sie wegen § 1069 Abs. 2 BGB übertragbar sind. Zudem gehört auch die Beantwortung der Frage in diesen Kontext, ob das Nießbrauchsrecht selbst ein subjektives Recht ist. Eingegangen wird ferner auf die zu beachtenden Besonderheiten, wenn ein Nießbrauchsrecht mehreren Personen zustehen soll und auf die Fälle, dass die Nutzziehung quotenmäßig beschränkt wird. Zuletzt folgt eine allgemeine Auseinandersetzung mit der Nießbrauchsfähigkeit von Rechten und dabei vor allem mit dem Begriff *Nutzungen* im BGB.

Dieses Kapitel soll daher den Grundstrukturen des Nießbrauchs an Rechten gewidmet sein. Ausgangspunkt ist dabei der schon genannte (Über-)Begriff des subjektiven Rechts, wobei der Begriffsinhalt – vergleichbar dem dargestellten Streit um den Begriff Gegenstand – keineswegs klar ist. Die Darstellung erfolgt unter Beachtung der Besonderheiten vor allem bei der Nießbrauchsbestellung und -ausübung. Eingegangen wird zudem auf den Begriff *Rechtsverhältnis*, der von dem des subjektiven Rechts nicht getrennt werden kann, sondern vielmehr in einer quasi symbiotischen Beziehung zu diesem steht.

B. Rechte im BGB

Im BGB wird der Begriff *Recht* – wenig überraschend – in großer Zahl verwendet, wobei das Begriffsverständnis keineswegs immer einheitlich ist. Dazu kommt die Verwendung in den Kontext dieses Begriffs gehörender Wörter wie „berechtigt" und „widerrechtlich". So wird etwa in § 194 BGB der Begriff Anspruch legaldefiniert als „[d]as Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen"[1], in § 325 BGB ist vom „Recht … Schadensersatz zu verlangen" die Rede, § 823 Abs. 1 BGB erstreckt seinen Schutzbereich auch auf „ein sonstiges Recht", § 859 Abs. 4 BGB bezeichnet die in den Absätzen 1 bis 3 genannten Befugnisse des Besitzers zur Selbsthilfe als „Rechte", § 986 Abs. 1 S. 1 BGB spricht von einem „Recht zum Besitz" und von den „Rechte[n] des Eigentümers" ist etwa in den §§ 905, 1051, 1054 BGB die Rede.

Ebenso mannigfaltig wie diese Beispiele sind, ist freilich auch das jeweilige Verständnis des Begriffs Recht. Denn dieser Begriff ist nicht absolut und allgemeingültig zu verstehen, sondern ist abhängig von den jeweils geltenden Rechtssätzen, die den konkreten Inhalt des betreffenden Rechts bestimmen. *Sohm* spricht insoweit anschaulich von der „Kraft der Rechte".[2] Auf die Bedeutung des Begriffs res im römischen Recht im weiten Sinne von „Gegenstand/Gut" wurde bereits eingegangen.[3] Die jedenfalls dem heutigen Begriff des „positiven Rechts" vergleichbare Bezeichnung ius war ebenso vielgestaltig. Das Wort hatte drei Bedeutungen: Gemeint war erstens das Naturrecht, als die dem Einzelnen verliehenen „Machtbefugnisse/Berechtigungen" und zweitens das positive Recht des Staates, also nach heutigem Verständnis das objektive Recht. Als ius wurde zudem der Ort bezeichnet, an dem der Prätor Recht sprach, also die Gerichtsstätte („der eingehegte Platz auf dem Forum").[4]

Anders als für Sachen, für die in § 90 BGB eine zumindest knappe gesetzliche Definition existiert,[5] wird der Begriff Recht im BGB nicht definiert, er wird offenbar vorausgesetzt. Jedoch taucht dieser Begriff ganz in der Nähe der Sachdefinition auf, so in § 96 BGB (Rechte als Bestandteile eines Grundstücks) und im Zusammenhang mit den Früchten und Nutzungen in den §§ 99 und 100 BGB. Für den Nießbrauch an Rechten ist insoweit gerade § 99 Abs. 2, 3 BGB

---

[1] In diesen Kontext gehört ferner § 241 Abs. 1 S. 1 BGB, obschon dort steht, dass „[k]raft des Schuldverhältnisses" eine Leistung gefordert werden kann. Da dies aber „der Gläubiger" – also der Inhaber eines Anspruchs – kann, wird die Verbindung zur Legaldefinition in § 194 BGB hergestellt. Die Rechtsmacht des „Fordernkönnens" gem. § 241 BGB folgt also nicht (unmittelbar) aus dem Schuldverhältnis, sondern gründet sich auf die Tatsache der Inhaberschaft der Forderung.

[2] Der Gegenstand, S. 83.

[3] Dazu oben Kap. 2 B III.

[4] Vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 3 Rn. 1, § 7 Rn. 17. Siehe dazu auch *Coing*, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht, S. 7, 10.

[5] Zum Sachbegriff des BGB siehe oben Kap. 2 B. V. (S. 57 ff.).

wesentlich, denn dort werden die Früchte eines Rechts näher definiert. Dies sind die „Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt". Denn auf diese Fruchtziehung ist der Nießbrauch an einem Recht gem. §§ 1068 ff. BGB gerade gerichtet. Und mehr noch, die Gewährung von Früchten gem. § 100 BGB ist zwingende Voraussetzung für die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts. Beides – Benutzung und Fruchtziehung – ist als Einwirkungsmöglichkeit auf ein Recht und somit als Nutzung zusammenzufassen. Dazu tritt die Übertragbarkeit des Rechts als weiteres notwendiges Element der Nießbrauchsfähigkeit (vgl. § 1069 Abs. 2 BGB).[6]

Grundsätzlich gilt, dass ein Recht im Sinne des BGB nicht isoliert gedacht werden kann (dies wäre schlicht sinnlos), sondern nur als einem Rechtssubjekt durch das objektive Recht zugeordnet, von diesem „verliehen".[7] Das Recht ist (nur) so ein *subjektives* Recht. Dieser rechtspositivistische Standpunkt ist jedoch nicht erschöpfend. Er ist sogar zu eng, denn auch über die Verleihung durch die (objektive) Rechtsordnung hinaus bestehen subjektive – also einem Rechtssubjekt zustehende – Rechte, was beispielhaft an den Menschenrechten deutlich wird.[8] Die Innehabung des Rechts folgt bei diesen unmittelbar aus der Tatsache des Menschseins selbst, diese Rechte sind daher auch universell, unveräußerlich und unteilbar.[9] Letzteres lässt sich auch gegen die überkommene Auffassung anführen, wonach ein subjektives Recht zwingend eines Rechtsobjekts bedürfe, dass es also keine „objektlosen" Rechte geben könne.[10] Denn die genannten Rechte beziehen sich gerade nicht auf ein Objekt, sondern ausschließlich auf das Rechtssubjekt selbst.

Zu unterscheiden ist das subjektive Recht aber in jedem Fall vom schon genannten objektiven Recht. Dieser Begriff meint die Gesamtheit der Rechtsvorschriften eines Staates, die dessen Gesamtrechtsordnung bilden.[11] Es handelt sich um generell-abstrakte Vorschriften und Verhaltensanweisungen,[12] die für alle Rechtssubjekte gelten.

---

[6] Siehe dazu noch unten F.

[7] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 2. Eine Ausnahme bilden die sog. subjektlosen Rechte, sofern man solche überhaupt anerkennt. Diese wurden einem Rechtssubjekt ursprünglich zuerkannt, aufgrund des Ausscheidens des Subjekts aus der Rechtsordnung (der Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stirbt) stellt sich aber die Frage nach der Möglichkeit einer davon losgelösten Existenz, vgl. dazu MüKo-BGB/*Schmitt*, § 1 Rn. 51 ff. Subjektlose Rechte sind dem BGB als Dauerzustand fremd, eine solche Situation kann aber jedenfalls als Übergangszustand nicht zu vermeiden sein, a. a. O. Rn. 12.

[8] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 2.

[9] Vgl. Artikel 1 der Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948 – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.

[10] So etwa *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, § 45 (S. 147).

[11] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 1; *Leipold*, BGB I AT, § 7 Rn. 32. *Hegel* spricht knapp vom „allgemeinen Willen", Philosophie des Rechts, § 81.

[12] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 1.

I. Subjektive Rechte

Ein nießbrauchsfähiges Recht i.S. von § 1068 BGB kann nur ein subjektives Recht (des Zivilrechts)[13] sein, als die einem einzelnen Inhaber zustehende Befugnis, von einem anderen Rechtssubjekt eine Handlung (ein Tun oder Unterlassen) fordern zu können. Die herrschende Kombinationstheorie[14] spricht von der „Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der durch das Recht geschützten Interessen".[15] Historisch betrachtet ist die Lehre von den subjektiven Rechten von überragender Bedeutung für die Systematisierung des gesamten Zivilrechts,[16] so dass etwa *Thur* im Ergebnis vom Zivilrecht als einem „System subjektiver Rechte" sprechen konnte.[17] Dagegen ist in heutiger Zeit der Begriff Rechtsverhältnis zunehmend in den Fokus rückt.[18]

Subjektive Rechte entstehen durch ausdrückliche oder konkludente Parteivereinbarung oder durch Gesetz, also durch das objektive Recht.[19] *Das* subjektive Recht gibt es nicht, vielmehr handelt es sich dabei um einen Überbegriff, der eine Vielzahl von Varianten an individueller Berechtigung umfasst. So kann gem. § 241 Abs. 1 S. 1, 2 BGB „Kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger … vom Schuldner eine Leistung … fordern", dies „kann auch in einem Unterlassen bestehen". Bevor aber diese Kategorisierung näher betrachtet wird und einzelne nießbrauchsfähige subjektive Rechte dargestellt werden, soll allgemein auf die existierenden Definitionen des Begriffs subjektives Recht – von *Rudolf von Jhering* auch als „konkretes Recht" bezeichnet[20] – eingegangen und sollen diese bewertet werden. Denn seit dem 19. Jahrhundert stellte die Rechtwissenschaft den Begriff des subjektiven Rechts in den Mittelpunkt des Privatrechts.[21] Die Frage, was ein subjektives Recht eigentlich ist, kann daher nicht offenbleiben. Gleichwohl wird die folgende Darstellung auf diejenigen subjektiven Rechte (wie Sachenrechte, Forderungen, Immaterialgüterrechte[22])

---

[13] Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 1 f.

[14] So beispielhaft für die Ausbildungsliteratur *Leipold*, BGB I AT, § 7 Rn. 34. Diese Theorie ist eine Verschmelzung vor allem von Willens- und Interessentheorie, dazu sogleich unten 4.

[15] Siehe nur *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 1.

[16] Vgl. etwa *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 3.

[17] BGB AT I, § 1 (S. 53 f.); vgl. dazu auch zusammenfassend *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 320.

[18] Dazu unten III.

[19] Siehe zu dieser h.M. nur *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 25 f. („das subjektive Recht setzt das objektive voraus").

[20] *Jhering*, Kampf um's Recht, S. 73. Vor allem in Abgrenzung zur Beschreibung des objektiven Rechts als dem „allgemeinen Willen". Vgl. dazu auch *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht: „Seit *Hegel* ist es üblich, das Recht im objektiven Sinne als den allgemeinen Willen zu bestimmen", a.a.O. S. 1.

[21] *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 3.

[22] Vgl. die ausführliche Darstellung der verschiedenen Arten subjektiver Rechte bei *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 14 ff.; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 21.

beschränkt, die überhaupt nur als Gegenstände eines Nießbrauchs in Frage kommen können.[23] Dagegen konnte die klassische römische Jurisprudenz gänzlich auf eine solche theoretische Auseinandersetzung verzichten, weil die Frage nach dem Bestand subjektiver Rechte im Aktionensystem erst bei der prozessualen Durchsetzung relevant und dann beantwortet wurde.[24]

Die Ansichten zum Begriff des subjektiven Rechts und der Begründung der Existenz solcher Rechte gehen sämtlich von der Grundfrage aus, warum subjektive Rechte überhaupt gelten und welche Funktion sie im Rahmen der Privatrechte erfüllen.[25]

1. Der Begriff des subjektiven Rechts im Vorentwurf

In den Materialien zum von *Albert Gebhard* verfassten Vorentwurf des „Allgemeinen Theils" des BGB[26] findet sich in der Begründung des Entwurfs ein immerhin vierzigseitiger Abschnitt, der mit „Das subjektive Recht" überschrieben ist.[27] Gleichwohl wird der eigentliche Kern der hier zu beantwortenden Frage nur am Rande gestreift. Denn *Gebhard* erwähnt zwar die seinerzeit weit verbreitete Ansicht *Bernhard Windscheids*, der das subjektive Recht als eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft definierte (dazu sogleich), enthält sich aber einer weitergehenden Auseinandersetzung damit. Lediglich aus der Bemerkung, dass bei dieser Sichtweise „die Ziele und Interessen der Menschen" unberücksichtigt bleiben und dass sich namentlich *Rudolf von Jhering* gegen einen solchen „Willensformalismus" wende, wird deutlich, dass es sich dabei gerade zum Zeitpunkt der Abfassung des Vorentwurfs um eine höchst kontrovers geführte Diskussion handelte.[28] Aber auch wenn *Gebhard* auf eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Problematik verzichtet, bringt seine (Rand-)Bemerkung doch auf den Punkt, worum es in der Auseinandersetzung zwischen den Vertretern der „Willenstheorie" und der

---

[23] Ausgeklammert bleiben daher die Persönlichkeits- und Familienrechte. Zur Nießbrauchsfähigkeit einzelner Rechte siehe auch noch unten BT Kap. 3.

[24] *Wagner,* AcP 193 (1993), 319, 320; *Thur*, BGB AT I, § 1 (S. 53): „Eigentum, Forderungen und andere Befugnisse haben längst im Leben und in der Erkenntnis der Juristen existiert, ehe man an die systematische Arbeit ging, alle diese Rechtserscheinungen in einem Begriff zusammenzufassen. Die römischen Juristen haben sich für das Problem nicht interessiert …".

[25] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 3.

[26] *Gebhard* war später auch Mitglied der 2. Kommission und dort ebenfalls für den Allgemeinen Teil zuständig; vgl. dazu *Fernandes Fortunato*, ZJS 2009, 327, 334 ff.

[27] Vgl. Schubert/*Gebhard*, Vorlagen AT, S. 311 bis 351. Ausgeklammert wird dabei „Das Rechtssubjekt", dem die anschließende umfangreiche Darstellung gewidmet ist, a. a. O. S. 351 bis 718.

[28] Schubert/*Gebhard*, Vorlagen AT, S. 313 mit Fn. 1. *Gebhard* stellt ferner ausdrücklich fest: „Auf eine Erörterung der das Wesen des subjektiven Rechts betreffenden Meinungsverschiedenheiten ist hier nicht einzutreten", Vorlagen AT, S. 313 mit Fn. 1.

„Interessentheorie“ seinerzeit ging, sie bildet daher auch den Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtung.

Dagegen findet sich in den Motiven der 1. Kommission zum Sachenrecht keine Auseinandersetzung mit dem Begriff subjektives Recht. Unter der Überschrift „Allgemeine Gesichtspunkte“ wird vielmehr sogleich mit Ausführungen zu dinglichen Rechten und zu den einzelnen Kategorien derselben begonnen.[29]

2. *Willenstheorie nach Savigny und Windscheid*

Die bereits erwähnte Ansicht *Windscheids*, der im subjektiven Recht eine durch die Rechtsordnung verliehene „Willensmacht“ oder „Willensherrschaft“ sieht, ein „Wollendürfen“,[30] geht ihrerseits auf die Arbeiten *Savignys* zurück. Dieser kann als der eigentliche Schöpfer der Willenstheorie gelten.[31] *Savigny* hatte in seiner klassisch zu nennenden Definition des subjektiven Rechts ausgeführt:

„Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn“.[32]

Er sieht die Existenzrechtfertigung eines solchen Rechts insbesondere darin, dass dem Träger (dem Rechtssubjekt) eine gewisse Freiheitssphäre gesichert werden müsse: „Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden, Kraft sichert“.[33]

Nach *Savigny* ist also die Zweckbestimmung ein wesentlicher Teil eines subjektiven Rechts, nämlich die genannte freiheitssichernde Wirkung. In dieser Ansicht klingt an – und darauf wird noch einzugehen sein –, dass „subjektives Recht“ nur sein kann, was Abwehrbefugnisse zu vermitteln im Stande ist. Dies

[29] Vgl. Mugdan, Motive III, S. 1 ff.

[30] Vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, S. 156. So schon *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 37 (S. 81 f.).

[31] So auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 216; *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 6. Vor *Windscheid* hat beispielsweise schon *Puchta* eine auf die Rechtsmacht des Einzelnen abstellende Theorie vom Inhalt subjektiver Rechte vertreten, vgl. Pandekten, § 22 (S. 37), § 29 (S. 46 f.): „Die Thätigkeit des moralischen Willens ist die Entscheidung für das Gute oder Böse, die des rechtlichen, also die Thätigkeit der Personen als solcher, ist die Unterwerfung von Gegenständen. Das Resultat dieser Unterwerfung, sofern sie ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit, also den Rechtsvorschriften gemäß ist, ist eine rechtliche Macht über den Gegenstand, ein Recht an demselben, welches der Person zusteht“. Ferner spricht schon *Kant* davon, die Annahme einer Rechtsmacht, „äußere Gegenstände meiner Willkür als das Meine zu haben“, sei ein „rechtliches Postulat der reinen Vernunft“, vgl. *ders*. Metaphysik der Sitten, § 2 (S. 245 f.).

[32] System des heutigen römischen Rechts I, § 4 (S. 7).

[33] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, § 4 (S. 7).

wird noch deutlicher, wenn *Savigny* weiter feststellt, dass „ein solches Recht … vorzugsweise in sichtbarer Gestalt (erscheint), wenn es bezweifelt oder bestritten … wird".[34]

Wird dagegen von *Windscheids* Ausformung der Willenstheorie gesprochen, wird zum Teil behauptet, dieser habe die bei *Savigny* anzutreffende Zweckbindung aufgegeben und die Bedeutung des subjektiven Rechts auf die Tatsache der „Willensmacht" oder „Willensherrschaft" beschränkt.[35] Dies überzeugt jedoch nicht, denn eine „Macht" oder „Herrschaft" existiert nicht um ihrer selbst willen, sondern wird einem Rechtssubjekt in der Regel nur zustehen, weil damit etwas abgesichert werden soll, namentlich eine individuelle Freiheitssphäre. Für die Vertreter der Lehre von der Zuordnung von Gütern ist dies vor allem die ungestörte Nutzung des Guts. Diese Zweckbindung des subjektiven Rechts findet sich aber auch in den Ausführungen *Windscheids* selbst. Sie folgt zum einen aus der – freilich nur in einer Fußnote versteckten – Grundaussage *Windscheids* zur Bedeutung des Privatrechts überhaupt: „Denn alles Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von dem ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse".[36] „Wille" meint danach also „Betätigungsfreiheit"; das diesbezügliche subjektive Recht enthält zugleich einen dahingehenden Achtungsanspruch gegenüber Dritten.

Zum anderen taucht der Begriff der (persönlichen) „Freiheit" bei *Windscheid* – wie auch bei *Savigny* – durchaus auf, nämlich dort, wo es um die Rechte geht „welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstand haben",[37] also bei den Persönlichkeitsrechten nach heutigem Verständnis. Jedenfalls insoweit gibt es einen engen Bezugspunkt zwischen *Savignys* und *Windscheids* Definition des subjektiven Rechts mit der Begründung der Willenstheorie. Auch bei *Windscheid* ist das subjektive Recht somit nicht „zweckfrei", selbst wenn sich bei ihm anders als bei *Savigny* keine weiteren Auseinandersetzungen damit in seiner ohnehin nur knappen Befassung mit dem subjektiven Recht finden. Im Kern geht die Willenstheorie also davon aus, dass dem Rechtssubjekt vom objektiven Recht eine Willensherrschaft/Rechtsmacht für ein bestimmtes Herrschaftsgebiet verliehen wird. Innerhalb dieses Gebiets, dieses rechtlichen Handlungsspielraums,[38] ist dieser Wille für alle anderen Rechtssubjekte verbindlich.

Die Bedeutung der Willenstheorie und vor allem der Arbeiten *Windscheids* geht aber noch darüber hinaus. Denn durch das Abstellen auf das Verleihen einer Willensherrschaft/Rechtsmacht, wird das subjektive Recht zum An-

---

[34] System des heutigen römischen Rechts I, § 4 (S. 7).
[35] So etwa *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 4.
[36] *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 39 mit Fn. 1 (S. 84).
[37] *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 39 (S. 83).
[38] So *Wagner,* AcP 193 (1993), 319, 322.

spruch gegen Andere auf Achtung eben dieser bestimmten Machtfülle und Freiheitssphäre. Damit wird jedoch zugleich die Bedeutung des Zivilprozesses abgeschmolzen auf die reine Durchsetzung einer vom objektiven Recht *bereits verliehenen* Rechtsmacht.[39] Materielles Recht und Prozessrecht werden – anders als beim römisch-rechtlichen Aktionensystem – voneinander getrennt.[40] Konsequenterweise war damit aber auch die theoretische Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Begriff subjektives Recht und anderer konkreter „Rechtserscheinungen"[41] wie dem Eigentum nicht mehr entbehrlich.[42]

Die Willenstheorie hat einige Anhänger gefunden,[43] aber auch namhafte Gegner. Als einer dieser Gegner sei an erster Stelle *Jhering* genannt, der ein alternatives Begriffsverständnis vorlegte.

3. *Jherings Interessentheorie*

Die von *Jhering* zuerst in seinem Werk „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung"[44] formulierte Theorie „Zum Begriff des Rechts",[45] die später als Interessentheorie bezeichnet wurde, legt für die

---

[39] *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts, § 1 (S. 2 ff.): „Actio ist die Befugniß, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen. Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte".

[40] Umfassend dazu *de Boor*, Gerichtsschutz und Rechtssystem, passim; *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 69 ff.; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 218 ff.

[41] So die Formulierung bei *Thur,* BGB AT I, § 1 (S. 53).

[42] Zum subjektiven Recht im römischen Recht siehe nur *Coing*, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht, S. 7, 9 ff.

[43] Vgl. beispielhaft *Schuppe*, Der Begriff des subjektiven Rechts, S. 49 ff. und insb. S. 72 ff., auch unter Fortschreibung derselben: „Das subjektive Recht ist also eine Abhängigkeit des objektiven Rechtswillens von einem subjektiven Willen, zu welcher Abhängigkeit selbstverständlich es sich aus einem Grundprincip im bestimmten an allgemeinen Merkmalen erkennbaren Fällen entschlossen hat", a. a. O. S. 49; *Thur*, BGB AT I, § 1 (S. 56 ff.). Bei *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, § 27, klingt ebenfalls eine Parteinahme für die Willenstheorie an: „Das subjektive Recht ist also der Inbegriff äußerer Willensbestimmtheiten, die durch Rechtsnormen gesetzt sind", a. a. O. S. 251 und: „Das subjektive Recht ist äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit, Herrschen oder Beherrschtsein", a. a. O. S. 253. Er sieht das subjektive Recht aber explizit als ein Mehr an zur bloßen „nackten Willensbestimmtheit" (a. a. O. S. 253) und betont: „Allein nicht leerer und zielloser Wille, sondern Wille, der von einem bestimmten Inhalt erfüllt und auf ein bestimmtes Ziel gerichtet ist! Den Inhalt jedes als Rechtsverhältniß anerkannten Willensverhältnisses bildet ein äußeres Lebensinteresse, ein ideelles und materielles Gut, ein Antheil am menschlichen Kulturerwerb. Das Ziel aber aller diese Willensverhältnisse ist Befriedigung geistiger und leiblicher Bedürfnisse, gesicherter Genuß von Lebensgütern, Theilnahme am menschlichen Kulturleben". Dieses Verständnis ist freilich wiederum von *Jherings* Ansicht nicht allzu weit entfernt und weist im Ergebnis auf die Kombinationstheorie hin (dazu sogleich).

[44] In 1. Auflage erschienen 1852.

[45] Vgl. etwa das Kapitel „Allgemeine Theorie der Rechte" im 3. Teil von *Jherings*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1865.

Definition von subjektiven Rechten als „rechtlich geschützte Interessen“[46] den Fokus auf zwei Elemente: den *praktischen Zweck* als materielles oder substantielles Element[47] und die *Klagebefugnis* als formales Element. Denn die Interessen des Rechtsubjekts (dazu sogleich) müssen durch die Rechtsordnung rechtlich abgesichert werden,[48] also vor allem durchsetzbar sein.

Im Ergebnis grenzt sich der zunehmend durch eine utilitaristische Rechtsanschauung und die Abkehr von der Begriffsjurisprudenz geprägte[49] *Jhering* – um nicht zu sagen vehement – gegen die dargestellte Ansicht ab, bei denen der Wille, die reine Rechtsmacht, als Schwerpunkt und konstituierendes Element eines subjektiven Rechts angesehen wurde (Willenstheorie),[50] obschon auch er an der maßgeblich von *Windscheid* betriebenen Trennung von materiellem Recht (Anspruch) und der prozessualen Durchsetzung desselben festhält (s.o.). Gegen die Willenstheorie führt *Jhering* insbesondere die fehlende Zweckbindung ins Feld. Denn Willensherrschaft werde dem Individuum nicht um ihrer selbst willen verliehen, sondern zu einem bestimmten Zweck:

„Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Maß und Ziel. … [D]ie Rechte gewähren nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts“.[51]

Somit liegt nach *Jhering* nicht in der Ermöglichung freier Willensbetätigung der Zweck des Rechts, sondern in der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse bzw. Interessen, in der Verschaffung eines Nutzens oder Genusses für das berechtigte Individuum.[52] Die Interessentheorie gründet damit nicht auf dem Willen, sondern auf dem Interesse des Rechtssubjekts an einem bestimmten Rechtsgut.[53]

Jherings Vorwurf gegen die Willenstheorie geht aber jedenfalls insoweit ins Leere, als sich vor allem bei *Savigny* durchaus Aussagen zum Zweck subjektiver Rechte nachweisen lassen (s.o.), so dass ihm ein reiner Begriffsformalismus also nicht so einfach vorgeworfen werden kann. Was *Jhering* wohl eigentlich an der Willenstheorie meint beanstanden zu müssen dürfte vielmehr das Fehlen

[46] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 61 (S. 343).

[47] Siehe zur Unterscheidung substantiell/formal bei *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 60 und § 61 (S. 307 ff.); vertiefend dazu *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 323 ff.

[48] *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 9.

[49] Vgl. *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 223, unter Verweis auf *Coing*, Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, Band 3, Frankfurt 1969, S. 149 ff.

[50] „(D)ie Rechte sind nicht der Stoff, das Object, sondern die Voraussetzung des wahren Wollens, nicht das Ziel, sondern das Mittel. Wäre das Wollen Zweck des Rechts, was sollten Rechte in Händen willenloser Personen?“, *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 60 (S. 327).

[51] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 60 (S. 332).

[52] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 60 (S. 331 ff.); vgl. auch *Wagner,* AcP 193 (1993), 319, 323.

[53] *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 225.

von Aussagen über den Beweggrund sein, *warum* einem Rechtssubjekt überhaupt durch die Rechtsordnung subjektive Rechte zuerkannt werden. Denn nach seiner Ansicht sind Beweggrund und Zweck jedes menschlichen Handelns die Befriedigung eines bestimmten menschlichen Interesses. Die Rechtsordnung unterstütze den Einzelnen dabei, namentlich durch die Zuerkennung subjektiver Rechte. Damit – und *erst* damit – wird das Rechtssubjekt in den Stand versetzt, seine individuellen Bedürfnisse befriedigen zu können. Die Gewährung von Rechten ziele also nicht auf die Durchsetzung eines subjektiven Willens ab, sondern auf den Schutz von Interessen.[54]

Gegen diese Ansicht wurde vor allem eingewandt, sie vermische den Zweck des (subjektiven) Rechts mit seinem Inhalt. Sie sei zu eng, weil eine Rechtsausübung auch vorstellbar sei, ohne dass ein eigenes Interesse verfolgt werde. Sie sei zugleich aber auch zu weit, weil es einen Interessenschutz auch ohne Vorhandensein eines subjektiven Rechts gebe.[55] Diese Vorwürfe sind tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. Denn wenn – wie *Jhering* meint – „Rechte rechtlich geschützte Interessen sind", so ist dies zuallererst eine inhaltliche Aussage, aber eben keine Beantwortung der Frage, *warum* einem Rechtssubjekt subjektive Rechte zuerkannt werden, worin die Idee subjektiver Rechte eigentlich besteht. *Jhering* überspringt damit quasi die Stufe der eigentlichen Definition, was bei seiner stark ziel- und zweckgerichteten Sichtweise auch nicht verwundern kann.

Möglicherweise setzt *Jhering* aber voraus, dass mit der Existenz menschlicher Interessen, die auf Güter ausgerichtet sind, quasi automatisch subjektive Rechte vorhanden sein müssen, um einen Zugang zu diesen Gütern haben, diese nutzen zu können. Dies würde darauf hindeuten, dass auch er eine gewisse rechtliche Irrelevanz von Sachen annimmt. Was dabei aber bei der Ausklammerung von Rechtsmacht fehlt, ist jedenfalls die Auseinandersetzung mit der Frage, wie ein einmal gewährter Zugang zu einem Gut von einem Rechtssubjekt gegen ein anderes Rechtssubjekt verteidigt werden kann, welches ebenfalls den Zugang zu diesem Gut beansprucht, dazu aber „kein Recht" hat.[56] Hier fällt es schwer, nicht an einen Willen (als Verständnis von „mein"), also eine Rechtsmacht zu denken, die einem Rechtssubjekt eine Abwehr ermöglichen könnte, bzw. sogar müsste.

Andererseits hebt etwa *Schapp* hervor, dass bei *Jhering* der Wille keineswegs ausgeklammert bleibe, sondern jedenfalls bei der Durchsetzbarkeit – also dem

---

[54] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, §§ 60, 61; *ders.* JherJb 32 (1893), 65 ff.

[55] Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 72 (S. 428 f. mit Fn. 3).

[56] Von einer konzeptionellen „Unverbundenheit" der Inhaberschaft des Rechts mit der Durchsetzung desselben bei *Jhering* spricht daher zutreffend *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 82 f. Insgesamt lassen „(d)ie Ausführungen *Jherings* … nicht genau erkennen, welche Interessen nun durch Klage geschützt und darum subjektive Rechte sind", a. a. O. S. 83.

Rechtsschutz – auftauche.[57] Unbeschadet dessen bleibt in diesem Zusammenhang aber jedenfalls die Frage unbeantwortet, wie es sich mit unethischen Zwecken und Interessen von Rechtssubjekten verhält,[58] etwa dann, wenn ein Rechtssubjekt fremdes Eigentum an sich bringen möchte. Sind solche Interessen auch „rechtlich geschützte" Interessen?[59] *Jhering* führt in diesem Zusammenhang nur allgemein aus, dass der Wille des Einzelnen „sein Maß und Ziel" in den „Interessen, Bedürfnissen und Zwecken des Verkehrs"[60] finde, baut diesen Gedanken aber nicht zu einer allgemeinen Lehre der Grenzen subjektiver Rechte aus.[61] *Fezer* sieht *Jherings* Theorie daher überzeugend auch nicht als eine Theorie des subjektiven Rechts an, sondern als eine „Lehre der funktionalen Rechtsanwendung". Auch er weist auf die Defizite dieses Ansatzes hin, weil *Jhering* diesen letztendlich nicht zu einer Lehre vom subjektiven Privatrecht und vor allem zu den immanenten Schranken privater Rechte erweitert.[62] Was *Jhering* tatsächlich leistet ist aber jedenfalls – so *Fezer* –, dass er der unter Fixierung auf den Willen entwickelten Theorie deren Nichtberücksichtigung der sozialen Strukturen des Rechts nachweisen kann.[63]

4. Kombinationstheorie

Die heute herrschende – gleichwohl umstrittene[64] – Kombinationstheorie verbindet die beiden zuvor genannten Theorien.[65] So heißt es in der klassisch zu nennenden Definition[66] bei *Enneccerus,* das subjektive Recht sei „eine Macht, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen".[67] *Nipperdey* hat in der Fortführung von *Enneccerus'* Werk den Begriff „Macht" durch „Rechtsmacht" ersetzt,[68] die Definition ansonsten aber beibehalten. Anerkennenswerte Interessen in diesem Sinne sind aber nur solche, die als „wahre (vernünftige)

[57] *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 87. Vgl. dazu aber die vorstehende Fußnote sowie die nachfolgenden Ausführungen.

[58] Dazu umfassend *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, S. 261 ff.

[59] *Jherings* Definition sieht daher auch *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, als zu weit an, a. a. O. S. 56 f.

[60] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 60 (S. 332).

[61] *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 230.

[62] Teilhabe und Verantwortung, S. 229 f.

[63] Teilhabe und Verantwortung, S. 229.

[64] Siehe vertiefend dazu *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 86 ff.

[65] Zum Einfluss der vor allem von *Thon* und *Engisch* vertretenen Imperativentheorie auf die heute herrschende Kombinationstheorie und zur Entwicklung der Kombinationstheorie insgesamt vgl. *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 231 ff.

[66] *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 240.

[67] BGB AT, § 65 vor I. (S. 153). So auch schon *Regelsberger*, Pandekten I, § 14 (S. 74).

[68] *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 72 (S. 428 f.). Bei § 73 (S. 438) heißt es freilich auch nur: „Subjektives Recht ist die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht".

menschliche Interessen“ anzusehen sind. Die zweckgebundene Rechtsmacht findet daher ihre Grenzen in der „zweckfremde(n), funktionswidrige(n) Rechtsausübung“, denn diese stelle einen „Rechtsmissbrauch“ dar.[69]

In jüngerer Zeit definiert *Rüthers* den Inhalt des subjektiven Rechts wie folgt:

„In den Grenzen der Privatrechtsordnung wird dem Träger des subjektiven Rechts, dem Rechtssubjekt, eine von seiner Stellung in der Gemeinschaft unabhängige Herrschaftsmacht eingeräumt. Dadurch wird die freie Willensbetätigung des einzelnen sowie der rechtliche Schutz seiner Interessen anerkannt und gewährleistet“.[70]

Neuner sieht die Aufgabe subjektiver Rechte in ihrer dienenden Funktion zur „Selbstverwirklichung des Individuums“. Dem Einzelnen werde dadurch „ein Freiraum gesichert, in dem er nach seinem Willen agieren kann, und zwar bis hin zu ‚interessenwidrigen‘, ‚selbstschädigenden‘ Verfügungen“.[71]

Rüthers Sichtweise zeichnet sich dadurch aus, dass im eigentlichen Sinne nicht (mehr) eine – abstrakte – Definition des subjektiven Rechts geliefert wird, sondern eine Inhaltsbeschreibung. So setzt er augenscheinlich die Verleihung solcher Rechte als gegeben voraus, aber eben als inhaltlich zweckgebundene Herrschaftsmacht. Ebenso wie *Rüthers* betont auch *Neuner* die Vorstellung eines „Freiraums“ des Individuums einschließlich der freien Willensbetätigung. Dies bedeutet letztendlich, dass subjektive Rechte – über die Notwendigkeit einer funktionierenden Privatrechtsordnung hinaus – nur innerhalb einer Grundrechtsordnung mit Abwehrrechten gerade gegen jegliche staatliche Willkür – als quasi notwendigem Biotop – vorstellbar sind. Bei *Neuner* klingt freilich darüber hinaus eine zunehmende Skepsis dahingehend an, für subjektive Rechte wegen deren unterschiedlicher Charakteristika überhaupt einheitliche Aussagen treffen zu können.[72] Nach seiner Ansicht handelt es sich um einen offenen, also ausfüllungsbedürftigen Rahmenbegriff. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie die Strukturprinzipen der Privatrechtsordnung zu beachten.[73] Ausgehend von dieser Prämisse ist ein subjektives Recht daher ganz allgemein die Innehabung von „Berechtigungen“ einer Person, also etwas, was dieser von Rechts wegen „zusteht“, ihr „gebührt“.[74]

5. *Das subjektive Recht bei Kelsen*

In *Kelsens* Positivismus kann selbstredend kein Raum sein für außerhalb der objektiven Rechtsordnung existierende subjektive Rechte und ebensowenig für

[69] *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 73 (S. 438).
[70] BGB AT, 5. Aufl. 1984, § 4 II (S. 38).
[71] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 6 f.
[72] BGB AT, § 20 Rn. 9.
[73] *Larenz*, BGB AT, § 13 I (S. 213); zustimmend *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 26 f.
[74] *Larenz*, BGB AT, § 13 I (S. 213); *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 9; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 27; *Medicus*, BGB AT, § 10 Rn. 61.

außerhalb der Rechtsordnung stehende individuelle Interessen. Er sieht im subjektiven Recht daher nicht mehr als eine Erscheinungsform des objektiven Rechts,[75] wobei er letzteres – zusammengefasst – als eine zwangsbewehrte Sollensordnung (Pflichtenordnung) zur Regelung menschlichen Verhaltens definiert.[76] *Kelsen* geht somit vom Grundsatz aus, das subjektive Recht sei – zunächst – nicht mehr als ein Rechtsreflex zu einer bestimmten Pflicht, die einem Individuum aufgrund der genannten „Sollensordnung" obliegt.[77] Möglich ist nach *Kelsen* aber auch ein subjektives Recht im – wie er es nennt – technischen Sinne (als ein mit Rechtmacht ausgestatteter Rechtsreflex), jedenfalls dann, wenn dem Individuum durch die Rechtsordnung die Rechtsmacht verliehen wurde, die Nichterfüllung einer Rechtspflicht durch Klage geltend zu machen.[78]

Zumindest im Ergebnis ist *Kelsen* damit nicht weit entfernt von der Willenstheorie (s.o.),[79] vor allem durch seine Betonung der Notwendigkeit einer Klagebefugnis, um ein pflichtgemäßes Verhalten des Anderen auch einfordern zu können. Anders als bei den Vertretern dieser Theorie geht es bei *Kelsen* aber nicht – jedenfalls nicht als im Vordergrund stehend – um den Willen des Individuums, sondern geht es vielmehr um den Willen des Staates, des Gesetzgebers, der mit einem bestimmten Rechtssatz ausgesprochen wurde und der sich im subjektiven Recht „verkörpert" findet. Dieser muss auch entsprechend durchsetzbar sein, denn ansonsten würde sich nicht nur das Individuum, sondern würde sich der Staat selbst als „machtlos" erweisen.

II. Eigener Ansatz zum Inhalt subjektiver Rechte

Die oben (Ziff. I. 3.) genannte Sichtweise, wonach einer allgemeine Definition subjektiver Rechte wegen deren (potentieller) Komplexität enge Grenzen gesetzt sind, und die daher allenfalls als „Berechtigungen" bezeichnet werden können, bildet den Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung. In der hier zu untersuchenden Thematik des Nießbrauchs an Rechten können nur subjektive Rechte nießbrauchsfähige, also belastbare, Gegenstände sein. Denn nur solche „Berechtigungen" enthalten konkrete Befugnisse des Inhabers und nur so sind sie im Konzept der Vergemeinschaftung auch (auf-)teilbar (s.o.).

In diesem Kontext soll daher ein subjektives Recht definiert werden als die Rechtsmacht eines Rechtssubjekts (also desjenigen, dem die betreffende Be-

---

[75] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 618 f.

[76] Reine Rechtslehre, S. 32 f.

[77] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 132 f. Vertiefend dazu *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht, S. 24 ff.

[78] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 140 f. Es ist nach seiner Ansicht aber keineswegs zwingend, dass eine Rechtsordnung überhaupt subjektive Rechte gewährt, jedenfalls ist dies keine „wesentliche Funktion des objektiven Rechts", vgl. *ders.* a. a. O. S. 141.

[79] Von einer „verkappten Willenstheorie" bei *Kelsen* spricht daher *Somló*, Juristische Grundlehre, S. 481.

rechtigung durch die verfassungsrechtliche determinierte Rechtsordnung zugewiesen wurde), *autonom über den Zugang zu einem bestimmten vermögenswerten Gut entscheiden zu können*. „Subjektives Recht" bedeutet daher die konkrete Verkörperung eines Freiheitsrechts und vor allem – im Hinblick auf eine Belastung – die Rechtsmacht des Rechtssubjekts, diese (seine eigene) Freiheit *selbstbestimmt einschränken zu können*, um einem anderen Rechtssubjekt den (Mit-)Zugang zu einem bestimmten Gut zu ermöglichen. „Gut" in diesem Sinne ist dasjenige, auf das sich das jeweilige Recht bezieht und welches dem Eigentümer/Inhaber über das zugeordnete Stammrecht exklusiv zugeteilt wurde. Dieses Ergebnis beruht wiederum auf der Annahme, dass die Freiheit, sich selbst beschränken zu können, der eigentliche Kern eines jeden Verständnisses von Freiheit ist.

Bei dieser Ansicht zum Inhalt des subjektiven Rechts als einer autonomen Zugangsmöglichkeit wird zudem deutlich, dass die Rechtsmacht eben nicht auf das Gut hin *ausgerichtet* ist, denn zu diesem besteht kein rechtliches Verhältnis (dazu schon oben Kap. 2 C. III. 1.). Diesem gegenüber kann daher auch keine Rechtsmacht ausgeübt werden. Allein relevant ist – wiederum – nur das Verhältnis zu den anderen Rechtssubjekten und namentlich zu denjenigen, die einen Zugang zum betreffenden Gut beanspruchen. Es ist dann ein Zeichen des Ausübens einer Rechtsmacht gegenüber dem betreffenden Rechtssubjekt, wenn der Inhaber selbstbestimmt den Zugang zum Gut eröffnet, dem anderen die Nutzung also ermöglicht, oder wenn er dies verweigert.

Die Bestellung eines Nießbrauchs etwa an einem Immaterialgüterrecht ist daher ein typischer Fall der Ausübung eines subjektiven Rechts. Der Inhaber eröffnet dem Nießbraucher den Zugang beispielsweise zu einer patentrechtlich geschützten Erfindung, in dem er – im vertraglich geregelten Umfang – auf seine gesetzlich vorgesehenen Ausschließungsbefugnisse verzichtet. Er *kann* sich auf diese Art selbst einschränken, in dem er Zugang gewährt, er *muss* es aber nicht. Genau darin manifestiert sich seine Rechtsmacht, der Inhalt seines *subjektiven Rechts*. Der Nießbraucher wiederum erhält dadurch eine Rechtsstellung mit bestimmten Befugnissen gegenüber dem Besteller und auch mit Wirkung gegenüber allen anderen Rechtssubjekten. Diese Rechtsstellung des Nießbrauchers lässt sich ebenfalls als ein subjektives Recht zusammenfassen, auch wenn insoweit keine (weitere) Vergemeinschaftung mehr zulässig ist.[80]

Bei dieser Definition des Begriffs „subjektives Recht" wird nicht verkannt, dass es sich letztendlich auch um eine (bloße) Inhaltsbeschreibung und nicht um eine darüber hinausgehende allgemeine Sinnbeschreibung subjektiver Rechte handelt, was für die vorliegende Untersuchung des Nießbrauchs an

[80] Weil ein Nießbrauchsrecht selbst nicht belastet werden kann, insbesondere kein nießbrauchsfähiges Recht ist. Dies ist eine – quasi belastungsspezifische – Grundentscheidung des Gesetzgebers, die sich mit dem höchstpersönlichen Charakter des Rechts begründen lässt, an der grundsätzlichen Eigenschaft als subjektives Rechts aber nichts zu ändern vermag.

Rechten aber ausreichend ist. Dies entspricht der oben schon genannten und von *Neuner* vertretenen Ansicht, dass dieser Begriff letztendlich ein ausfüllungsbedürftiger Rahmenbegriff ist, dessen Inhalt vom jeweiligen Kontext abhängt, für den er näher untersucht wird.

III. Subjektives Recht und Rechtsverhältnis

Über subjektive Rechte kann nicht gesprochen werden ohne zugleich auf den Begriff Rechtsverhältnis einzugehen. Während *Thur* aber den Begriff des subjektiven Rechts als den „zentrale(n) Begriff des Privatrechts und zugleich die letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens" ansah,[81] hatte bereits *Savigny* das Rechtsverhältnis „als tiefere Grundlage" in den Vordergrund gestellt und nicht das subjektive Recht.[82] Diese Ansicht ist heute vorherrschend,[83] die ältere Ansicht hat sich somit als die eigentlich zeitgemäßere erwiesen.

Der Begriff Rechtsverhältnis wird gerade in der juristischen Ausbildungsliteratur häufig definiert als „eine rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache".[84] Diese Ansicht überzeugt jedenfalls insoweit

[81] BGB I AT, § 7 Rn. 35.

[82] System des heutigen römischen Rechts I, § 4 (S. 7). Obschon *Savigny* diese Idee nicht weiter ausführt, sondern das Rechtsverhältnis letztendlich wieder auflöst in eine Beziehung subjektiver Rechte, vgl. *Coing*, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht, S. 7, 22.

[83] Siehe etwa *Sontis*, in: FS Larenz, S. 983, 996 ff.; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 66 ff.; *Wolf/Neuner*, BGB AT, vor § 19 (S. 203). Kritisch dazu in jüngerer Zeit aber *Hüffer*, ZHR 161 (1997), 867, 868. Bei *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 13 Rn. 24, § 14 Rn. 1, werden subjektive Rechte als die wichtigsten Bestandteile von Rechtsverhältnissen bezeichnet. Eher kritisch dazu *Medicus*, BGB AT, § 10 Rn. 72. Nach *Coing*, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht, ist der Begriff „subjektives Recht" zwar nicht „*der* zentrale Begriff des Privatrechts" (Hervorh. im Original), er sei gleichwohl aber „ein sachlich zweckmäßiger und von den ethischen Zielsetzungen her, die dem Privatrecht zugrundeliegen, wohlbegründeter Begriff", a. a. O. S. 7, 23.

Bei dieser Äußerung *Coings* und insbesondere dem Hinweis auf die „ethischen Zielsetzungen" des Privatrechts aus dem Jahr 1959 ist eine deutliche Distanzierung zu entnehmen vor allem zu den Arbeiten der „Kieler Schule" seit 1933. Für deren Vertreter harmonisierte der Begriff des subjektiven Rechts nicht mit der nationalsozialistischen Idee vom Vorrang der Gemeinschaft (der „Volksgenossen") vor dem Einzelnen und der bedingungslosen Unterordnung des Individuums unter die Staatsgewalt. So formulierte *Larenz*, ein Vertreter dieser Denkrichtung, seinerzeit exemplarisch: „nicht als Individuum, als Mensch schlechthin … habe er Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied … der Volksgemeinschaft. Nur als Glied der Volksgemeinschaft habe er seine Ehre, genieße er Achtung als Rechtsgenosse. … Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Wer außerhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht", vgl. Rechtsperson und subjektives Recht, S. 225, 241. Vgl. dazu auch *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 1 und insgesamt zur „Kieler Schule" *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 17 ff. und zu *Larenz*' Rolle im Nationalsozialismus *Jakobs*, JZ 1993, 805, 813 ff.

[84] Vgl. exemplarisch *Leipold*, BGB AT I, § 7 Rn. 35; ähnlich *Brox/Walker*, BGB AT, § 28 Rn. 608; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 5 Rn. 10 f.; *Köhler*, BGB AT, § 5 Rn. 1. Nach *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 1 Rn. 6, sollen Rechtsverhältnisse jedenfalls *an* Sachen möglich sein;

nicht, weil es eine *rechtliche* Beziehung nur zwischen Rechtssubjekten gibt, aber in keinem Fall zwischen Rechtssubjekt und Objekt.[85] Insgesamt wird freilich aber auch nicht in Frage gestellt, dass ein Rechtverhältnis etwas ist, was weiter reicht als ein subjektives Recht und daher – jedenfalls aus Gründen der Zweckmäßigkeit – als Oberbegriff vor dem subjektiven Recht zu betrachten ist.[86] Denn ein Rechtsverhältnis kann auch zwischen Personen entstehen und bestehen, ohne dass es – wie ein subjektives Recht – durch die Rechtsordnung verliehen werden müsste. Jedes subjektive Recht wird daher erst in einem Rechtsverhältnis relevant, während jedes Rechtsverhältnis zwar mindestens *ein* subjektives Recht enthält, sich inhaltlich darin aber nicht erschöpft.[87]

---

so auch *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 1 (Das Sachenrecht regelt „**die Rechtsverhältnisse an Sachen**", Hervorh. im Original). Explizit für Rechtsverhältnisse zwischen Personen und Sachen *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 2 b) (S. 17 mit Fn. 34). Für ein Privatrechtsverhältnis zwischen Subjekten und Objekten auch schon *C. Neuner,* Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, § 16 II. (S. 130).

[85] Zutreffend daher *Wolf/Neuner,* BGB AT, § 19 Rn. 4: „Rechtsverhältnisse können wegen ihres normativ regelnden Charakters immer nur zwischen Personen bestehen". So auch schon *Bruns*, in: Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 408: „Das Sachenrecht ist wie jedes andere nur durch die entsprechende Pflicht ein Recht und besteht daher als solches wesentlich nur in der Beziehung von Person zu Person, zwischen Person und Sache ist überhaupt kein Recht, sondern nur Faktum möglich"; *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 13: „Andere haben … Willensakte des Eigentümers als maßgeblich zu erachten. Die Sache hat keine Pflichten, so wie sie keine Rechte hat"; *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht: „Wie alles Recht von Menschen kommt so geht es auch nur gegen Menschen", a. a. O. S. 3; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 13 Rn. 1 und *Larenz*, BGB AT, § 12 I (S. 196): „rechtliches Band zwischen Personen"; *Hadding*, JZ 1986, 926 ff. Im Ergebnis kommt dazu auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, da die Rechtsordnung ohnehin allein „das gegenseitige Verhalten der Menschen" regele, a. a. O. S. 33.

Diese Ansichten lassen sich freilich allesamt schon auf *Kant* zurückführen, der im Kapitel „Vom Sachenrecht" in: Die Metaphysik der Sitten fast schon polemisch fragt: „Aber was ist das, was da macht, daß ich mich wegen eines äußeren Gegenstandes an jeden Inhaber desselben halten und ihn … nötigen kann, mich wieder in Besitz derselben zu setzen? Ist dieses äußere rechtliche Verhältnis meiner Willkür etwa ein unmittelbares Verhältnis zu einem körperlichen Dinge?", a. a. O. § 11 (S. 260).

[86] Missverständlich insoweit aber *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, § 47 (S. 149), wenn er meint: „Dem subjektiven Rechte verwandt ist das Rechtsverhältnis: es ist ein subjektives Recht (sic!), aber es ist mehr als dies". Beide Begriffe weisen dabei ein verbindendes Element auf: man findet subjektive Rechte und Rechtsverhältnisse sowohl im Schuld- als auch im Sachenrecht, also in den beiden Rechtsgebieten, die – jedenfalls nach der Grundkonzeption des BGB-Gesetzgebers – dogmatisch denkbar weit voneinander entfernt sind; vgl. dazu *Kühne*, AcP 140 (1935), 1, 8. Zu modernen Entwicklungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen BGB-Schuld- und Sachenrecht siehe aber beispielsweise *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, passim, insb. S. 526 ff. Einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt insoweit *Kelsen*, wenn er vom Rechtsverhältnis als Verhältnis des Rechtsubjekts zur Rechtsordnung spricht, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 706.

[87] *Wolf/Neuner*, BGB AT, vor § 19 (S. 203); *Sontis*, in: FS Larenz, S. 981, 997, mit der konsequenten Forderung, das Eigentum sei daher nicht als subjektives Recht zu betrachten, sondern müsse vielmehr „als *Eigentumsverhältnis*" konstruiert werden, a. a. O. (Hervorh. im Original).

Andererseits soll sich ein (komplexes) Rechtsverhältnis auch – wie *Habersack* formuliert – zum subjektiven Recht „verdichten" können.[88] Gemeint kann damit aber nur sein, dass dem Beteiligten an einem (bloßen) Rechtsverhältnis innerhalb dessen *auch* subjektive Rechte zustehen können, sowohl gegenüber dem Rechtssubjekt, mit dem das Rechtsverhältnis besteht, als auch gegenüber allen anderen Rechtssubjekten. Es gibt dann subjektive Rechte *im* Rechtsverhältnis. Die Verdichtung betrifft daher allein die *Rechtsstellung* des Betreffenden und nicht das Rechtsverhältnis insgesamt.[89]

Zu einer Gleichsetzung von Rechtsverhältnis und subjektivem Recht kann es ohnehin nicht kommen. Denn das Rechtsverhältnis ist vielmehr eine Bedingung für die Anerkennung subjektiver Rechte, es ist dessen Lebensraum, weil ohne eine rechtliche Beziehung zwischen Rechtssubjekten den subjektiven Rechten ihre Existenzgrundlage fehlt. Durch die subjektiven Rechte „passiert" im Ergebnis nichts anders, als dass bestimmte Rechtspositionen im Rechtsverhältnis eine Wirkung über dieses hinaus entfalten können. Da der Gesetzgeber aber dazu neigt, die Rechtsstellung von der subjektiv-rechtlichen Stellung des betreffenden Beteiligten her zu beschreiben – etwa beim Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts –, tritt in solchen Fällen das Rechtsverhältnis (etwa ein gesetzliches Schulverhältnis) hinter das konkrete subjektive Recht zurück. Ein typisches Beispiel dafür ist die Verbandsmitgliedschaft. Diese ist zum einen subjektives Recht und als absolutes Recht über § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht" geschützt.[90] Der Schutzanspruch richtet sich damit gegen jeden und somit auch gegen den Verband selbst.[91] Andererseits ist sie aber auch eine Sonderrechtsbeziehung zwischen Mitglied und Verband, also ein Rechtsverhältnis.[92] Ohne die Sonderrechtsbeziehung gäbe es aber bereits das subjektive Recht nicht.

Auch die Beziehung zwischen Patentinhaber (Lizenzgeber) und ausschließlichem Lizenznehmer ist ein Rechtsverhältnis. Die Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich aus dem Lizenzvertrag (also einem vertraglichen Schuldverhältnis als Unterfall eines Rechtsverhältnisses) sowie – ergänzend – aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen. Eine Verdichtung zum subjektiven Recht kann in diesem Sinne darin gesehen werden, dass man, wie es die überwiegende Meinung bei der ausschließlichen Lizenz annimmt, die Stellung des Lizenznehmers als (quasi-)dingliche Rechtsstellung begreift.[93] Denn die Befugnisse, die sich aus der Innehabung der ausschließlichen Lizenz ergeben, kann

[88] Die Mitgliedschaft, S. 70 f.

[89] Dazu noch unten beim Anteilsnießbrauch, vgl. BT Kap. 5.

[90] Vgl. insb. BGHZ 110, 323 – Schärenkreuzer. Siehe insgesamt dazu *Lutter*, AcP 180 (1980), 84; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 28 ff. und insb. 51 f.

[91] BGHZ 110, 323, 327 f. – Schärenkreuzer; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 172 ff.; *K. Schmidt*, JZ 1991, 157, 160 f., auch mit Nachweisen zur a. A.

[92] *K. Schmidt*, JZ 1991, 157; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 62 ff.

[93] Dazu noch unten BT Kap. 3 C.

der Lizenznehmer auch gegen den Lizenzgeber geltend machen, also gegen den Inhaber des Stammrechts.[94] Andererseits kann der Patentinhaber gem. § 15 Abs. 2 PatG bei einem Verstoß des Lizenznehmers gegen Beschränkungen der Lizenz nicht nur auf vertraglicher Basis (etwa aus § 280 Abs. 1 BGB) gegen den Lizenznehmer vorgehen, sondern auch wegen der Verletzung des Rechts aus dem Patent selbst, also wie gegen jeden anderen Patentverletzer.[95]

Für die vorliegende Untersuchung ist hinsichtlich des Begriffs Rechtsverhältnis daher zusammenzufassen, dass das Verhältnis zwischen Stammrechtsinhaber und Nießbraucher als gesetzliches Schuldverhältnis ein solches ist. Denn geregelt wird die Beziehung dieser Rechtssubjekte untereinander und wird insbesondere der Umfang des Zugangs des Nießbrauchers auf den Gegenstand, auf den sich das Stammrecht bezieht (das Gut).[96] Dagegen ist ein Rechtsverhältnis kein mit einem Nießbrauch belastbarer Gegenstand, denn dies kann nur ein subjektives Recht sein (dazu noch unten C.). Es ist ferner überhaupt kein Gegenstand im Sinne des BGB, dies sind ebenfalls allein Rechte (dazu oben Kap. 2 B. IV.), sondern beschreibt allein ein Verhältnis, einen rechtlichen status quo, zwischen Rechtssubjekten.

C. Rechte als Gegenstand der Belastung beim Nießbrauch

I. Zur Kategorisierung subjektiver Rechte

Der Vollständigkeit halber soll nun noch auf die häufig vorgenommene Kategorisierung subjektiver Rechte eingegangen werden, obwohl dies für die Frage der Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts (allein) nicht aussagekräftig ist. Eine solche Einteilung ist nach verschiedenen Kriterien möglich.[97] Stellt man auf die Wirkkraft des Rechts ab, erfolgt zumeist auf der ersten Stufe eine Unterscheidung in *absolute* und *relative* Rechte.[98] Ein Recht ist absolut in diesem Sinne, wenn es gegen jedermann wirkt, wenn es vor allem gegenüber jedermann (erga omnes) geschützt ist.[99] Absolute Rechte in diesem Sinne sind die Persönlichkeitsrechte, die persönlichen Familienrechte sowie die Herrschaftsrechte (dingliche Rechte). Die Herrschaftsrechte des BGB lassen sich weiter nach dem jeweiligen Bezugsobjekt unterteilen in Rechte an Sachen (wie das Eigentum, Pfandrechte

[94] Vgl. *Kraßer*, Patentrecht, § 40 V b) (S. 931); Benkard/*Ullmann*, PatG, § 15 Rn. 90; OLG Karlsruhe GRUR 1980, 784, 785. A.A. *McGuire*, Die Lizenz, S. 597 f.

[95] *Kraßer*, Patentrecht, § 40 VI 2 (S. 935).

[96] Zum Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Stammrechtsinhaber und Nießbraucher siehe BT Kap. 1 A. II. (S. 233 ff.).

[97] Umfassend dazu *Oertmann*, AcP 123 (1925), 129.

[98] Vgl. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 52 ff.

[99] Vor allem mittels Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung und zudem auf Schadensersatz, sowie auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, vgl. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 58.

und Nießbrauch an Sachen) und solche an Rechten sowie an unkörperlichen Gütern. Letztere sind nach der hier erarbeiteten Systematik[100] die Immaterialgüterrechte, wenn sie sich auf schützenswerte geistige Leistungen beziehen, was aber zusätzlich voraussetzt, dass für die betreffenden Leistungen jeweils ein spezialgesetzlicher Schutz vorgesehen ist.[101] Absolute Rechte sind ferner die beschränkten dinglichen Rechte sowie die dinglichen Aneignungs- und Anwartschaftsrechte. Bei Rechten wie dem Mitgliedschaftsrecht in einer Vereinigung ist dagegen umstritten, ob es sich um ein absolutes Recht handelt.[102]

Dagegen wirken relative Rechte nur zwischen den Beteiligten an einem Rechtsverhältnis. Aus diesem Verhältnis ergeben sich die konkreten Pflichten einer Partei, die gegen die andere Partei durchgesetzt werden können. Zu den relativen Rechten zählen alle Ansprüche und Gestaltungsrechte einschließlich der Gestaltungsgegenklage.[103] Zudem können einzelne Ansprüche aus absoluten Rechten (bloße) relative Rechte sein. So kann der Eigentümer gegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums (Störung) aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB vorgehen. Dieser Anspruch ist aber ebenso relativ – er richtet sich zwar gegen *jeden* Störer aber eben nicht gegen *jedermann* –, wie ein Anspruch des Eigentümers aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den Verletzer.

II. „Recht auf Leistung"

Gemäß § 1070 BGB kann an einem „Recht auf Leistung" ein Nießbrauch bestellt werden. Gemeint sind damit weitergehend nicht nur obligatorische Rechte, sondern auch dingliche, wie etwa Grundpfandrechte.[104] Diese Rechte sind selbstredend subjektive Rechte. Nach der hier entwickelten Kategorisierung sind sie Rechte 2. Stufe. Bei § 1070 BGB handelt es sich um eine den Schuldner des Bestellers schützende Vorschrift. Denn dieser wird wie bei der Vollübertragung des Stammrechts geschützt, indem er dem Nießbraucher alle Einwendungen entgegenhalten kann, die er auch dem Besteller entgegenhalten könnte (insb. § 404 BGB). Da aber nach dem Wortlaut sämtliche Vorschriften Anwen-

---

[100] Vgl. oben Kap. 2 a. E.

[101] Zu unkörperlichen Gütern/geistigen Leistungen, die daher nicht Gegenstand eines (absoluten) Rechts sein können, siehe schon Kap. 2 B. II. (S. 44 ff.).

[102] Kritisch dazu *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 17 Rn. 90. Dazu noch umfassend beim Anteilsnießbrauch unten BT Kap. 5. Da absolute Rechte anders als relative Rechte (und insbesondere Forderungen) durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind, kann dem Ergebnis des Meinungsstreits durchaus eine erhebliche Bedeutung zukommen. Davon abgesehen sind absolute Rechte etwa auch im Fall der Insolvenz besser geschützt, als (bloße) relative Rechte. So kann für den Inhaber eines „dinglichen oder persönlichen Rechts" über § 47 InsO eine Aussonderung in Betracht kommen, die Rechtsposition fällt dann nicht in die Insolvenzmasse. Absolute Rechte sind ferner über § 771 ZPO in der Zwangsvollstreckung besonders geschützt, siehe auch *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 62.

[103] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 55.

[104] Staudinger/*Frank*, § 1070 Rn. 1.

dung finden, die im Fall der Übertragung des Stammrechts für das Rechtsverhältnis zwischen Erwerber und Schuldner anwendbar wären, gelten auch die für den Nießbraucher günstigen Vorschriften. Es handelt sich um eine „partielle Rechtsgrundverweisung".[105] So kann sich der Erwerber bei Inhaber- und Orderpapieren dem Schuldner gegenüber etwa auf § 796 BGB berufen.[106]

III. Forderungen

Dass eine Forderung – also ein bloßes relatives Recht (s.o.) – Gegenstand eines Nießbrauchs sein kann, ergibt sich aus § 1074 BGB, für den Sonderfall der verzinslichen Forderung aus § 1076 BGB. Den nicht unerheblichen Umfang der Regelungen zum Forderungsnießbrauch begründet die 2. Kommission mit der Tatsache, dass eine Forderung „nur ausnahmsweise die Eigenschaft eines festen Vermögensstückes" aufweise, weil sie „in der Regel … nur [der] Verschaffung eines Gegenstandes des Nießbrauchs" diene.[107] Forderungen sind subjektive Rechte aber keine Herrschaftsrechte.[108] Als Ansprüche richtet sich die Rechtsmacht des Anspruchsinhabers (des Gläubigers) im Hinblick auf den Zugang zu einem bestimmten Gut (als Inhalt der Forderung) allein gegen den Schuldner. Forderungen können als „Stammrechte" Gegenstände eines Nießbrauchs sein. Nach der hier entwickelten Systematik sind sie Gegenstände 1. Stufe.

D. Der Nießbrauch an Rechten als subjektives Recht und Rechtsverhältnis

Nach den obigen Ergebnissen ist auch der Nießbrauch (an Rechten) zum einen ein (konkretes) Rechtsverhältnis, nämlich ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher.[109] Zum anderen ist er als höchstpersönliches beschränktes (dingliches[110]) Recht ein subjektives Recht des Nießbrauchers (als Nießbrauchsrecht). Sein Inhalt besteht in der alleinigen Zugangsmöglichkeit des Nießbrauchers zu den Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile[111]), die das Stammrecht gewährt. Er entscheidet autonom über den Zugang

---

[105] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1070 Rn. 3.
[106] Staudinger/*Frank*, § 1070 Rn. 1.
[107] Vgl. Mugdan, Motive III, S. 540. Zum Nießbrauch an Forderungen noch unten BT Kap. 4.
[108] *Wolf/Neuner*, BGB AT § 20 Rn. 27.
[109] Siehe dazu etwa BGHZ 95, 99, 100; BGHZ 95, 144, 146 f. Zu den Rechtsverhältnissen beim Nießbrauch noch unten BT Kap. 1 A.
[110] Dies gilt aber nur dann, wenn das belastete Recht ein dingliches Recht ist. Zur Rechtsnatur des Nießbrauchs siehe im Einzelnen Kap. 4 B.
[111] Siehe dazu oben Kap. 3 F.

zu diesen Nutzungen und kann alle anderen Rechtssubjekte davon ausschließen. Da das Nießbrauchsrecht gem. § 1059 S. 1 BGB nicht übertragbar ist[112], kann dieses Recht selbst nicht Gegenstand einer Belastung durch ein Recht und insoweit also kein Stammrecht sein. Dagegen ist ein rein schuldrechtlich vereinbarter (obligatorischer) Nießbrauch[113] im Hinblick auf ein bestimmtes nutzbares Recht kein absolut wirkendes Recht. Ein solches Nutzungsrecht ist eine bloße Forderung des Begünstigten gegen den Stammrechtsinhaber, die jedoch – weil § 1059 S. 1 BGB auf eine solche Gestaltung nicht anwendbar ist – wiederum mit einem Recht – etwa einem Nießbrauch – belastet werden kann.

E. Bruchteilsnießbrauch und Quotennießbrauch

I. Allgemeines

Der „typische" Nießbrauch wird derjenige sein, der an einem Recht *vollumfänglich* zugunsten *eines* Berechtigten bestellt wird. Zwingend ist dies aber nicht, wie schon ein Blick auf § 1066 BGB zeigt, wo die Einzelheiten der Belastung eines Miteigentumsanteils mit einem Nießbrauchsrecht geregelt werden. Ausdrücklich zugelassen ist ein solcher Nießbrauch damit freilich nicht, wofür ausweislich der Motive – und anders als noch in *Johows* Redaktionsvorlage für den Redaktionsausschuss der 1. Kommission vorgesehen[114] – aber auch „kein praktisches Bedürfnis" gesehen wurde.[115] Möglich – vor allem zur quantitativen Aufteilung bei ohne weiteres teilbaren Nutzungen[116] – ist daher die Bestellung eines Nießbrauchs sowohl an ideellen Teilen eines Rechts, als auch die Bestellung eines inhaltlich beschränkten Nießbrauchs (vgl. § 1030 Abs. 2 BGB). Letzteres wiederum als Nießbrauch am ganzen Recht oder an einem Bruchteil desselben.[117] Ferner kann die Bestellung auch zugunsten mehrerer Berechtigter erfolgen, jeweils wieder am ganzen Recht oder nur an Bruchteilen.[118] Daher sind insoweit zahlreiche Variationsmöglichkeiten denkbar, auf die im Folgenden eingegangen werden soll. Die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten mehrerer Berechtigter (Nießbrauch nach Bruchteilen) wird dagegen im Abschnitt zum personellen Anwendungsbereich der Nießbrauchsbestellung dargestellt (unten BT Kap. 1 I.).

---

[112] Dazu noch unten BT Kap. 1 D. (S. 255 ff.).

[113] Dazu noch unten Kap. 5 F.

[114] Dort hieß es in § 958 schlicht: „Der Nießbrauch kann an einem Bruchtheile der Sache begründet werden", vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 217.

[115] Mugdan, Motive III, S. 497.

[116] BGH DNotI-Report, 2003, 134; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 308.

[117] So ist im Ergebnis ein Quotennießbrauch am Bruchteil möglich und § 1066 BGB soll insoweit anwendbar sein, MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1066 Rn. 4.

[118] Zu einer Personenmehrheit als Nießbraucher noch unten BT Kap. 1 A. I. 1. (S. 230 f.).

II. Bruchteilsnießbrauch

Die Bestellung eines Nießbrauchs am bloßen ideellen Bruchteil „einer Sache“[119] ist ohne weiteres möglich. Dies gilt auch für den Nießbrauch an Bruchteilen anderer Rechte, also nicht am Stammrecht Eigentum (sog. Bruchteilsnießbrauch[120]). Dabei enthält § 1066 BGB eine ausdrückliche Vorschrift für den Fall, dass ein Miteigentümer an seiner Miteigentumsquote einen Nießbrauch bestellt. Der Nießbraucher übt dann diejenigen Befugnisse aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer „in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben“.

Darüber hinaus kann aber auch ein Alleininhaber einen Nießbrauch an bloßen Bruchteilen eines Rechts bestellen. Dabei kann er entweder mehreren Berechtigten jeweils an ideellen Bruchteilen des *ganzen* Rechts einen Nießbrauch bestellen, dann bilden diese Bruchteile zusammen das ganze belastete Recht. Oder er räumt von vornherein einem Berechtigten den Nießbrauch nur an einem ideellen Bruchteil des Rechts ein, während der „restliche“ Teil des Rechts lastenfrei bleibt.[121] Dies ist zulässig, obwohl nur ein einzelnes Rechtssubjekt Inhaber des Rechts ist, ideelle Bruchteile somit eigentlich nicht vorhanden sind. Dass dem so ist lässt sich damit begründen, dass beim Nießbrauch ein den §§ 1095, 1106, 1114, 1192 und 1199 BGB entsprechendes Verbot gerade fehlt und der Nießbrauch an einem ideellen Bruchteil der Sache daher nicht nur bestellt werden kann, wenn er Anteil eines Miteigentümers ist.[122]

Beim Bruchteilsnießbrauch ist also nur der jeweilige ideelle Teil des Rechts Gegenstand der Belastung (quasi als Anteil am Anteil). Dabei wird in entsprechender Anwendung von § 1066 BGB durch die Bestellung zwischen dem Nießbraucher und dem Inhaber des Bruchteilsrechts zwar ein (dingliches) Rechtsverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis begründet, am Verhältnis des Inhabers zu den anderen Mitgliedern der Bruchteilsgemeinschaft ändert sich aber

---

[119] So die Formulierung bei Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 22. In den Erläuterungen zu seinem Vorentwurf stellt *Johow* zum „Nießbrauch am Antheil“ fest, dabei handele es sich um einen „Nießbrauch an einem Rechte, nicht mehr an einer körperlichen Sache“, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1259. Insoweit unterscheidet er also die Belastungsgegenstände „Eigentum“, als Nießbrauch an einer Sache, und „Bruchteilseigentum“ als Nießbrauch an einem Recht.

[120] *Adamkiewicz*, ArchBürgR 31 (1908), 21, 24, bezeichnet diese Belastungsform dagegen als „Quotennießbrauch“ bzw. als „Anteilsnießbrauch“, und den inhaltlich beschränkten Nießbrauchs als „Nießbrauchsquote“, wobei er zum Teil zwischen den Begrifflichkeiten munter hin- und herwechselt, was die Lesbarkeit seines durchaus grundlegenden Beitrags zu diesen Phänomenen nicht unerheblich erschwert.

[121] Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 163.

[122] LG Hamburg DNotZ 1969, 39; Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 163 (jeweils für den Sachnießbrauch); RGRK-BGB/*Rothe*, § 1066 Rn. 5.

nichts.[123] Die Motive sprechen bei dieser Art der Belastung und ebenso beim Quotennießbrauch (dazu sogleich) von der Entstehung einer „Nutzungsgemeinschaft" zwischen dem Nießbraucher und den jeweils anderen Berechtigten.[124]

Dem Bruchteilsnießbrauch kann auch durchaus eine praktische Bedeutung zukommen. So sind in der Praxis etwa Gemeinschaftserfindungen nicht unüblich. Da nach § 6 S. 2 PatG den Erfindern das Recht auf das Patent dann gemeinschaftlich zusteht und somit eine Bruchteilsgemeinschaft gem. § 741 BGB entsteht,[125] wird dies ein denkbares Beispiel für einen möglichen Bruchteilsnießbrauch an einem Recht sein. Über § 1068 Abs. 2 BGB ist dann § 1066 BGB anwendbar und der Nießbraucher übt die dem Mitinhaber des Stammrechts zustehenden Befugnisse in Bezug auf die Ausübung dieses Rechts aus. Besonderheiten ergeben sich für diese Sonderform des Nießbrauchs an Rechten vor allem bei der Belastung von Gesellschaftsanteilen, worauf noch gesondert einzugehen ist.[126]

III. Quotennießbrauch

Vom Bruchteilsnießbrauch als Nießbrauch *am* Bruchteil eines Rechts zu unterscheiden sind der Quotennießbrauch und der Nießbrauch *nach* Bruchteilen.[127] Beim Quotennießbrauch wird das betreffende Recht insgesamt belastet.[128] Die Nutzungen, die dem Nießbraucher zustehen, sind jedoch auf eine bestimmte Quote der gesamten Nutzungen beschränkt. Der Unterschied zwischen Bruchteils- und Quotennießbrauch besteht also darin, dass bei der ersten Fallgruppe nur ein ideeller Bruchteil des ganzen Gegenstandes mit dem Nießbrauch belastet ist, bei der zweiten dagegen der ganze Gegenstand, wobei der Nießbrauch aber inhaltlich nur auf die Nutzungen zu einer bestimmten Quote geht.[129] Eine solche Nießbrauchsform ist zulässig,[130] auch wenn dies die frühere Rechtspre-

[123] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 309; und schon umfassend *Adamkiewicz*, ArchBürgR 31 (1908), 21, 26 ff.

[124] Mugdan, Motive III, S. 497, wobei sich die Ausführungen insoweit auf den „Nießbrauch an Sachen" beschränken und auf eine Anwendung auf den Nießbrauch an Rechten nicht eingegangen wird. Auch *Adamkiewicz*, ArchBürgR 31 (1908), 21, erwähnt das Phänomen beim Nießbrauch an Rechten nicht.

[125] So schon RGZ 117, 47, 49; RG GRUR 1938, 256, 258; RG JW 1924, 1430.

[126] BT Kap. 5.

[127] Siehe dazu unten BT Kap. 1 I., einschließlich des ebenso möglichen „Nießbrauchs zur gesamten Hand" und des Nießbrauchs „für Gesamtberechtigte" gem. § 428 BGB, dazu *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 311 unter Hinweis auf RGZ 16, 1.

[128] So etwa auch ein Kommanditanteil, vgl. exemplarisch BFH NZG 2014, 119.

[129] Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 165; *Jansen/Jansen*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 18; *Götz/Hülsmann,* Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 63

[130] KG v. 28.5.1936 = JW 1936, 2747; BGH NJW-RR 2003, 1290; LG Aachen RNotZ 2001, 587; Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 165.

chung noch anders gesehen hatte.[131] § 1066 BGB ist insoweit aber nicht (analog) anwendbar, da die Situation gänzlich verschieden ist von derjenigen beim Bruchteilsnießbrauch.[132]

Gesetzlich geregelt ist der Quotennießbrauch nicht, obschon die 1. Kommission dies noch beabsichtigt hatte.[133] Von der 2. Kommission war die Erwähnung des Quotennießbrauchs aber als überflüssig gestrichen worden, insbesondere deshalb, weil derartige Fälle „sehr selten" seien.[134] Diese Ansicht lässt sich freilich schon dadurch widerlegen, weil es genau zu solchen Fällen Entscheidungen der Gerichte gibt. Ausgangspunkt war dabei die Problematik, dass, wenn einer von mehreren Berechtigten einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Nießbrauch verstirbt, sein Bruchteil am Nießbrauch erlischt (§ 1061 BGB).[135] In Fortführung dieser Ansicht hat das KG schon frühzeitig allgemein anerkannt, dass ein Nießbrauch von vornherein am ganzen Gegenstand für einen Berechtigten beschränkt auf eine Quote der Gesamtnutzungen bestellt werden kann.[136]

In Bezug auf die Quotelung der Nutzziehung entsteht eine Bruchteilsgemeinschaft („Nutzungs- und Verwaltungsgemeinschaft"[137]) zwischen dem (Quoten-)Nießbraucher und demjenigen (etwa dem Inhaber des Stammrechts selbst), der die übrigen Nutzungen zu ziehen berechtigt ist. Die §§ 742 bis 758 BGB sind auf diese Gemeinschaft anwendbar, wobei hier – was § 741 BGB auch ermöglicht – jeweils zu prüfen ist, ob sich nicht aus der Tatsache des Quotennießbrauchs etwas Abweichendes ergibt, ob insbesondere nicht die speziellen Regelungen zum Nießbrauch auf dieses Innenverhältnis vorrangig anzuwenden sind.

Siehe dazu in jüngerer Zeit BFH NZG 2014, 119, zu einem Quotennießbrauch an einer Kommanditbeteiligung und insb. zu den steuerrechtlichen Fragen, die sich dahingehend stellen können.

[131] Vgl. KG Beschluss v. 11.7.1910 = OLGE 26, 85; Planck/*Brodmann*, § 1066 Ziff. 2 (S. 662).

[132] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1066 Rn. 20; RGRK-BGB/*Rothe*, § 1066 Rn. 5. Für eine analoge Anwendung Planck/*Brodmann*, § 1066 Ziff. 2 (S. 662).

[133] Vgl. § 985 S. 2 BGB-E I. Dort war formuliert, dass das Rechtsverhältnis der jeweiligen Quoten-Nießbraucher „zu dem Eigenthümer in Ansehung der Nutzungsgemeinschaft so zu beurteilen [ist], wie wenn Beiden der Niessbrauch an der ganzen Sache gemeinschaftlich zustände".

[134] Mugdan, Protokolle III, S. 4063 und S. 6055 f.

[135] KG OLGRspr. 26, 85.

[136] KG JW 1936, 2747; dem folgend BayObLG 1973, 168, 172 = DNotZ 1974, 241; BayObLG 30, 342; BGH NJW-RR 2003, 1290; LG Aachen RNotZ 2001, 587; Palandt/*Bassenge,* § 1030 Rn. 5; vgl. dazu auch Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 165.

[137] *Jansen/Jansen*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 19; *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 63

F. Die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts

Dass ein Recht Gegenstand eines Nießbrauchs sein kann ist an zwei Bedingungen geknüpft: das Recht muss gem. §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB *nutzbar* und es muss wegen § 1069 Abs. 2 BGB *übertragbar* sein. Vorbedingung ist freilich, dass der zu belastende Gegenstand überhaupt ein Recht i. S. des BGB ist und nicht etwa ein (bloßes) immaterielles Gut.[138]

Ferner scheidet ein „Nießbrauch an Rechten" nach den §§ 1068 ff. BGB bei einigen Rechten aus, obwohl die genannten Voraussetzungen vorliegen. Beispielhaft sie hier das Eigentum genannt. Dieses ist zwar ohne weiteres nießbrauchsfähig, auf dieses Recht finden aber die §§ 1030 ff. BGB als leges specialis Anwendung. Dagegen ist der Besitz bereits deshalb nicht nießbrauchsfähig, weil es sich dabei im Ergebnis lediglich um ein Surrogat der Sache – also des körperlichen Gegenstands i. S. von § 90 BGB – selbst handelt. Besitz ist *tatsächliche* Sachherrschaft, die gleichwohl rechtlich geschützt wird.[139] Die Sache selbst ist aber nicht Verfügungsgegenstand, denn verfügt werden kann nur über Rechte. Die Sache (der körperliche Gegenstand) ist auch nicht Gegenstand des Nießbrauchs (dazu schon oben Kap. 2 C.), sondern nur ein an ihr bestehendes Recht und namentlich das Eigentum. Dann gilt aber wiederum das soeben zum Nießbrauch am Recht Eigentum gesagte.

Ausgehend von den bisher gefundenen Ergebnissen vor allem zum Wesen der Belastung ist im Folgenden noch zu untersuchen, inwieweit das Erfordernis der Übertragbarkeit eines Rechts für dessen Nießbrauchsfähigkeit tatsächlich jeweils eine Rolle spielt.

I. Das Erfordernis der Übertragbarkeit

1. Allgemeines

Unverzichtbares Kriterium einer wirksamen Nießbrauchsbestellung ist ausweislich § 1069 Abs. 2 BGB die Übertragbarkeit des Rechts. Dabei handelt es sich um einen bürgerlich-rechtlichen Grundsatz, der einer jeden Belastung eines Rechts sowie der Zwangsvollstreckung in ein Recht zugrundeliegt.[140] Wie

---

[138] Zu den subjektiven Rechten siehe oben Abschnitte B. und C.

[139] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 119 und vertiefend Rn. 439 ff. Dabei fällt auf, dass die Tatsache des Besitzes (als Zustand der Beherrschung) – vergleichbar dem Zustand der Herrenlosigkeit (respektive Rechtlosigkeit) einer Sache (s.o.) – selbst nicht im BGB geregelt ist. Geregelt werden nur die Tatbestände des Erwerbs und der Beendigung des Besitzes; vgl. *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 458. Dies zeigt, dass die Sachherrschaft als *tatsächlicher* Vorgang für die Rechtsordnung ebensowenig relevant ist, wie die Herrenlosigkeit einer Sache. Denn rechtlich relevant wird dieser Zustand (erst) dann, wenn die Frage zu beantworten ist, ob es ein *Recht zum* Besitz gibt, die Sachherrschaft also berechtigt ist.

[140] Siehe zuletzt BGH NZI 2013, 434 zur Unpfändbarkeit eines vertraglichen Anspruchs auf eine höchstpersönliche Dienstleistung mangels deren Übertragbarkeit.

für das Konzept der Vergemeinschaftung beschrieben, handelt es sich bei der Belastung eines Rechts aber im Ergebnis gerade nicht um eine Abspaltung und Teilübertragung des Rechts. Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber frei, die Anwendung von Übertragungsvorschriften als dem strengsten möglichen Maßstab für eine wirksame Bestellung anzuordnen, denn bei der Vergemeinschaftung kommt es ja dazu, dass der Inhaber des belastenden Rechts (etwa ein Nießbraucher) eine Stellung *neben* dem Inhaber des Stammrechts erhält. Die Situation ist mit einer Übertragung zumindest *vergleichbar*, was die Anwendung der entsprechenden Übertragungsvorschriften ohne weiteres rechtfertigt. Wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob bei fehlender Übertragbarkeit des Rechts nicht doch eine Nießbrauchsbestellung in Frage kommen kann. Dies gilt vor allem dann, wenn unbeschadet dessen eine Vergemeinschaftung des Rechts im beschriebenen Sinne möglich ist. Freilich wird dies auch dann nicht zu abweichenden Ergebnissen führen können, wenn die Übertragbarkeit wegen des höchstpersönlichen Charakters des Stammrechts ausgeschlossen ist. Denn diese Tatsache schließt auch eine Vergemeinschaftung von Befugnissen aus.

§ 1069 Abs. 2 BGB ist negativ formuliert, es ist daher insbesondere nicht der Schluss zulässig, dass an jedem übertragbaren Recht auch ein Nießbrauch bestellt werden kann. Für den Nießbrauch (an Sachen) wird dies durch § 1059b BGB klargestellt, obwohl wegen § 1059a BGB eine Übertragung in Abweichung von § 1059 BGB (Unübertragbarkeit des Nießbrauchs) bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften etwa im Wege der Gesamtrechtsnachfolge möglich ist.[141] Ausreichend ist aber, dass das betreffende Recht *teilweise* übertragbar ist. Der Nießbrauch kann dann am übertragbaren Teil bestellt werden,[142] die Vergemeinschaftung des Rechts erfolgt dann auf diesen Teil beschränkt.

2. *Grenzen und Ausschluss der Übertragbarkeit*

a. *Forderungen*

Gerade für Forderungen existieren einige gesetzliche Vorschriften, die deren Übertragbarkeit ausschließen oder jedenfalls beschränken. So sind Forderungen gem. § 399 BGB dann nicht übertragbar, wenn sich durch die Abtretung der Inhalt der Leistung ändern würde. Dies ist beispielsweise der Fall bei einem Anspruch auf Pflegeleistungen,[143] auf Versorgungsausgleich[144] und auf Gebrauchsüberlassung.[145] Werden derartige Ansprüche freilich verletzt und resultieren daraus – übertragbare – Schadenersatzansprüche, so können diese als

[141] Dazu noch unten BT Kap. 1 D.
[142] Staudinger/*Frank*, § 1069 Rn. 21.
[143] BGH NJW-RR 2010, 1235.
[144] BGH NJW-RR 2007, 1553.
[145] BGH NJW 2003, 2987; NJW 2010, 1074.

Forderungen gleichwohl nießbrauchsfähig sein, sofern sie nicht auf Naturalrestitution lauten.[146] Gemäß § 400 BGB sind unpfändbare Forderungen nicht abtretbar und daher auch nicht nießbrauchsfähig.

Eine gesetzliche Einschränkung der Übertragbarkeit von Forderungen findet sich auch in § 49b Abs. 4 BRAO. Nicht übertragen werden können ferner gem. § 717 S. 1 BGB Rechte des BGB-Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber den Mitgesellschaftern, sofern diese nicht vermögenswert i. S. von § 717 S. 2 BGB sind.[147] Einschränkungen gibt es ferner beim Vorkaufsrecht (§ 473 S. 1 BGB), bei Ansprüchen auf Dienstleistung (§ 613 S. 2 BGB) und auf Auftragsleistung (§ 644 Abs. 2 BGB).

Sollte das Recht ausnahmsweise doch übertragbar sein, muss es – zusätzlich – freilich auch Nutzungen zu gewähren imstande sein (dazu unten II.). Für das Vorkaufsrecht ist dies nicht anzunehmen.[148] Ein solches Recht gewährt keine Nutzungen i. S. von § 100 BGB; es lassen sich weder Früchte i. S. von § 99 Abs. 2, 3 BGB ziehen, noch gibt es Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 Hs. 2 BGB. Das Vorkaufsrecht ist daher nicht nießbrauchsfähig.[149]

b. Sachenrechte

Neben diesen schuldrechtlichen Rechten sind auch bestimmte sachenrechtliche Rechte nicht übertragbar. Da Grunddienstbarkeiten – dieses gelten gem. § 96 BGB als Grundstücksbestandteile – und subjektiv-dingliche Reallasten aufgrund ihrer Untrennbarkeit vom Eigentum am Grundstück (§ 1110 BGB) nicht isoliert übertragbar sind, scheidet eine Nießbrauchsbestellung an solchen Rechten aus.[150] Weil eben am Eigentum selbst kein Nießbrauch an Rechten i. S. von § 1068 BGB begründet werden kann (siehe oben Kap. 2 B. III. 2.), gilt dies zudem entsprechend für den Eigentumsherausgabeanspruch gem. § 985 BGB, denn dabei handelt es sich um nichts anderes, als um einen unmittelbar aus dem Eigentum selbst abgeleiteten Anspruch auf (endgültige) Besitzverschaffung.[151] Er dient der Verwirklichung des dinglichen Rechts Eigentum.[152]

Das zu § 985 BGB gesagte gilt ebenso für die Ansprüche aus § 1004 und § 894 BGB. Dagegen lässt sich auch nicht § 1066 BGB anführen, der einen Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers als Sachnießbrauch regelt. Diese Regelung zeigt vielmehr, dass der Gesetzgeber einen „Nießbrauch am Eigentum“ (einschließlich der oben genannten Ansprüche) vielmehr als Nießbrauch

---

[146] So auch *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 97.

[147] Zum Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen siehe umfassend unten BT Kap. 5.

[148] Dahingehend auch Planck/*Brodmann*, § 1068 Ziff. 1 (S. 666).

[149] Dies galt daher auch schon, als nach § 514 S. 1 Hs. 2 aF BGB ausnahmsweise eine Übertragung möglich war; vgl. dazu nur RGRK-BGB/*Rothe*, § 1068 Rn. 2.

[150] Staudinger/*Frank* § 1069 Rn. 24. Zur Abgrenzung dieser Institute vom Nießbrauch schon oben Kap. 1 C. III. 3. (S. 31 ff.).

[151] Palandt/*Bassenge*, § 985 Rn. 1.

[152] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 97.

an Sachen ansieht, dazu finden sich in den §§ 1030 ff. BGB vorranging anzuwendende Regelungen. Dieses Ergebnis gilt auch für Wohnungs- und Teileigentum. Auch hierbei handelt es sich nicht um einen Nießbrauch an Rechten, sondern nach der Konzeption des BGB an Sachen gem. § 1030 BGB, wobei § 1066 BGB insoweit nicht anzuwenden ist.[153]

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind gem. § 1092 BGB unübertragbar, ein Nießbrauch kann an solchen Rechten nicht bestellt werden. Dies lässt sich mit der engen persönlichen Bindung der Dienstbarkeit an den Berechtigten sowie mit dem Willen des Gesetzgebers erklären, ein dauerhaftes Auseinanderfallen von Eigentümerstellung und Nutzungsberechtigung zu vermeiden.[154] § 1092 BGB ist § 1059 BGB nachgebildet[155] und zwingend.[156] Übertragbar ist indes gem. § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB die Ausübung der Dienstbarkeit (Ausübungsgestattung). Sie ist gem. § 857 Abs. 3 ZPO auch pfändbar, was im Hinblick auf § 1059 Abs. 1 S. 2 BGB auch für den Nießbrauch gilt.[157] Dabei handelt es sich aber nicht um ein dingliches Recht, sondern um eine rein obligatorische Rechtsstellung. Diese erlischt mit dem Ende des Stammrechts.[158] Das Recht zur Ausübung – beim Nießbrauch wie bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit – kann daher nießbrauchsfähig sein, wenn daraus Nutzungen gezogen werden können. (dazu unten II.).

Für weitere Rechte wird auf das Kriterium der Übertragbarkeit anschließend zusammen mit der Frage nach der Nutzbarkeit eingegangen.

II. Nutzungen – Historie des Begriffs und Regelung des BGB

Als ususfructus besteht die Grundidee des Nießbrauchs in der *Benutzung* (usus) eines Gegenstands einschließlich der *Fruchtziehung* (fructus). Beides zusammen bildet den Begriff der Nutzung. Dies ist schon aus historischen Gründen[159] das konstituierende Merkmal des Nießbrauchs an Sachen und Rechten schlechthin. Gewährt daher ein Gegenstand keine Nutzungen, ist er auch nicht nießbrauchsfähig. Allein klarstellend sind daher die §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB, aus denen sich ebenfalls ergibt, dass ein Nießbrauch nur an nutzbaren Rechten bestellt werden kann.

Nutzungen meint gem. § 100 BGB die Früchte und Gebrauchsvorteile eines Rechts. Nach *Johows* Vorentwurf für die 1. Kommission soll dabei der Begriff Gebrauch aber nicht als *Gebrauchsrecht*, also dem römisch-rechtlichen usus

---

153 BGH NJW 2002, 1647, 1648.
154 Staudinger/*Frank*, § 1092 Rn. 2.
155 Staudinger/*Frank*, § 1092 Rn. 2.
156 BayObLG 1980, 176, 177.
157 Dazu noch unten BT Kap. 1 D., E.
158 BGHZ 55, 115 f., 109, 111 = NJW 1990, 443, 444.
159 Vgl. oben Kap. 1 C.

entsprechend, verstanden werden, sondern als ein salva substantia zu ziehender *Vorteil*. Denn der usus gehöre nach den römischen Quellen zum fructus, als dem gesamten Nutzen eines Gegenstands und insbesondere als das Recht, sich die Früchte anzueignen.[160] Was bei Rechten als Früchte anzusehen ist regelt § 99 Abs. 2, 3 BGB. Der Begriff Nutzungen ist dabei ein Oberbegriff, denn gem. § 100 BGB sind darunter sowohl Früchte i. S. von § 99 BGB (§ 100 Hs. 1 BGB) „einer Sache oder eines Rechts", als auch Gebrauchsvorteile (§ 100 Hs. 2 BGB) zu verstehen.[161]

Dieses Verständnis von Nutzungen als „Gebrauch" und „Genuss"[162] findet sich schon in *Johows* Vorlage und dort vor allem als § 277 BGB-Vorl mit Verweis auf den § 20 BGB-Vorl.[163] Vorbild dafür waren unter anderem § 72[164] sowie die §§ 604 ff. des sächs. BGB.[165] Nach den Motiven soll ferner das ALR in I 2 § 110 und I 21 §§ 23, 29, 30, 31 insoweit als Vorbild gedient haben.[166] Dies ist freilich so eindeutig nicht, denn zum einen werden in ALR I 2 § 110 Nutzungen als „Vortheile" definiert, „welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz, gewähren kann", ohne dass Früchte auch nur erwähnt werden. Zum anderen ist gerade bei den Regelungen zum Nießbrauch in ALR I 21 § 29 von „Früchte(n) und Nutzungen" die Rede (ebenso in ALR 1 21 § 169), was Nutzungen insoweit also gerade nicht als Oberbegriff erscheinen lässt. Dagegen bestimmt ALR I 9 § 220, dass „Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur… aus ihr selbst entstehen … Früchte genannt (werden)". Hier scheint also doch ein Verständnis von Nutzungen als Oberbegriff vorzuliegen, der jedenfalls (auch) Früchte umfasst. Insgesamt gilt, dass aus gesetzessystematischer Sicht die § 99 und § 100 BGB daher eigentlich in umgekehrter Reihenfolge stehen müssten. Auch angesichts des § 101 BGB wäre dies sinnvoll, denn dort werden anknüpfend an § 99 BGB Einzelheiten zur Verteilung der Früchte geregelt.

Vom Begriff des Rechts in §§ 99, 100 BGB umfasst sind zum einen *unmittelbar* nutzbare Rechte, also Rechte, die insbesondere gem. § 99 Abs. 2 BGB Er-

---

[160] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1242, unter Hinweis auf das Prinzip Fructui et usus inest sowie auf *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 203 mit Fn. 4.

[161] Anders *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 27 Rn. 1 f., dort ist von „Früchte(n) und Nutzungen" die Rede.

[162] Zum Verständnis von „Frucht" als „Genuss" im römischen Recht *Reichel*, JherJb. 42 (1901), 205, 207.

[163] „Früchte einer Sache" waren danach „1. diejenigen Erzeugnisse der Sache und diejenige sonstige Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung nach den Regeln einer guten erhaltenden Wirthschaft zur bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache gehört; 2. Die Einkünfte, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses abwirft …", vgl. den Abdruck bei Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 18.

[164] „Unter Nutzungen werden die Früchte und der Gebrauch einer Sache begriffen".

[165] Vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1242.

[166] Mugdan, Motive III, S. 71.

träge abwerfen, etwa Aktien (in Form der Dividende,[167] dazu und zu speziellen Früchten noch unten III.) oder verzinsliche Forderungen.[168] Insoweit wird auch die notwendige Voraussetzung erfüllt, dass diese Erträge selbständig neben dem Stammrecht bestehen und also vom Rechtsverkehr als etwas davon Verschiedenes angesehen werden.[169] Nach überkommener Nomenklatur werden die unmittelbaren Rechtsfrüchte auch *natürliche* Früchte genannt.[170] Ein fruchtbringendes Recht i. S. von § 99 Abs. 2 BGB kann dinglich sein, wie etwa beim Nießbrauch, oder obligatorisch, wie beim Leibrentenvertrag.[171]

Zum anderen gehören auch gem. § 99 Abs. 3 BGB lediglich *mittelbar* nutzbare Rechte zu den fruchtbringenden Rechten. Bei diesen resultieren die Erträge – also die Früchte, sog. Rechtsverhältnisfrüchte[172] – nicht aus dem Recht selbst, sondern aus einem Rechtsverhältnis, welches dieses Recht zum Gegenstand hat. Es ist der Gegenwert für die Überlassung des Rechts zur Nutzung an ein anderes Rechtssubjekt.[173] Exemplarisch wird dies bei Immaterialgüterrechten, die vom Inhaber nicht bzw. nicht ausschließlich selbst genutzt werden, sondern die ein Dritter auf vertraglicher Grundlage – in der Regel eines Lizenzvertrags und einer eingeräumten Lizenz[174] – nutzen kann. Die anfallenden Lizenzgebühren[175] sind unmittelbare Früchte des jeweils lizenzierten Rechts.[176] Wird an einer solchen Lizenz ein Nießbrauch bestellt (dazu unten BT Kap. 3) und ist der Nießbraucher zum Einzug der Lizenzgebühren berechtigt, so sind diese Erträge *mittelbare* Früchte i. S. von § 99 Abs. 3 BGB, da diese mittels eines Rechtsverhältnisses anfallen. Wird dagegen am Immaterialgüterrecht selbst ein Nießbrauch bestellt, sind die Lizenzgebühren wie beim Lizenzvertrag *unmittelbare* Früchte des Rechts. Ausgehend vom gemeinen Recht wird insoweit auch von „Zivilfrüchten" oder von bürgerlichen bzw. juristischen Früchten gesprochen.[177] Zwischen den Absätzen 2 und 3 bei § 99 BGB besteht ein Alternativverhältnis, denn entweder stehen einem Berechtigten die unmittelbaren oder die mittelbaren Früchte eines Rechts zu.[178]

---

[167] Soergel/*Marly*, § 99 Rn. 12.

[168] MüKo-BGB/*Pohlmann,* § 1068 Rn. 5.

[169] BSG MDR 1982, 698; Soergel/*Marly*, § 99 Rn. 11; Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 11.

[170] Soergel/*Marly*, § 99 Rn. 1; Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 4.

[171] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 11.

[172] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 18.

[173] *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit, S. 100; Soergel/*Marly*, § 99 Rn. 14.

[174] Dazu näher unten BT Kap. 3 C.

[175] Obgleich missverständlich – es handelt sich nicht um Gebühren im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Abgabe – ist für Lizenzzahlungen dieser Begriff sowohl in der Praxis als auch im Schrifttum gebräuchlich, vgl. nur *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 327 ff.; *Bartenbach,* Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. 1675 ff.

[176] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 17.

[177] Soergel/*Marly*, § 99 Rn. 1; Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 99 Rn. 4.

[178] So schon Mugdan, Motive III, S. 71.

Nießbrauchsfähig sind auch Rechte, die auf die Verschaffung eines nutzbaren Gegenstandes gerichtet sind, wie etwa ein Übereignungsanspruch, der zu einer Erbschaft gehört.[179] Aus §§ 1075 Abs. 1, 1079 S. 1 a. E. BGB folgt, dass an ihnen ein Nießbrauch bestellt werden kann mit dem Ziel, dem Nießbraucher ein Recht an dem Gegenstand selbst zu verschaffen.[180] Auch wenn hier der Anspruch selbst keine Nutzungen gewährt genügt insoweit die Nutzbarkeit des herauszugebenden Gegenstands. Beim „eingezogenen Kapital" i. S. von § 1079 S. 1 BGB sind dies die zu erzielenden Zinserträge.

III. Bestimmungsgemäße Früchte und Gebrauchsvorteile als Nutzungen eines Rechts

1. Allgemeines

Früchte eines Rechts sind gem. § 99 Abs. 2 BGB die Erträge, welche das Recht „seiner Bestimmung gemäß" gewährt. Historisch ist aber anerkannt, dass damit jedenfalls nicht ein *zusätzlicher* „Nutzen" erfasst wird, den der Nießbrauchsgegenstand möglicherweise (auch) abwirft. Klassische Beispiele sind insoweit das Kind der Sklavin, an der ein Nießbrauch bestand, und der Schatz, der auf einem nießbrauchsbelasteten Grundstück gefunden wird. Dies sind jeweils keine Früchte, die dem Nießbraucher zustehen.[181]

Wie erwähnt findet sich bereits im Wortlaut des § 99 Abs. 2 BGB die Einschränkung der *bestimmungsgemäßen* Ausübung des Rechts, die gem. § 1036 Abs. 2 BGB mit dem Erfordernis der Ausübung des Nießbrauchs nach der wirtschaftlichen Bestimmung des Rechts wiederkehrt. Die Vorgabe des § 99 Abs. 2 BGB wurde indes bereits im Entwurfsstadium des BGB kritisiert. Denn durch die Stellung im Allgemeinen Teil des BGB gilt diese Einschränkung auch für den originären Inhaber eines Rechts und insb. für den Eigentümer einer Sache.[182] Dieser entscheidet jedoch autonom über die „Bestimmung" *seines* Rechts und *seiner* Sache, er allein legt die entsprechende Widmung fest. Bedeutung hat diese Einschränkung daher nur dann, wenn ein Anderer den betreffenden Gegenstand nutzt. Aus diesem Grund bedarf es nur der Definition des Inhalts etwa beim Nießbrauch oder bei einem Pachtverhältnis, einschließlich der Grenzen der Nutzung. Dies wird jedoch in Vorschriften wie § 1036 Abs. 2 BGB und § 581 Abs. 1 S. 1 BGB spezialgesetzlich geregelt, womit die allgemeine Regelung in § 99 Abs. 2 BGB jeweils verdrängt wird. Da aber in der Regel solche besonderen Vorschriften zum bestimmungsgemäßen Gebrauch existieren,

---

179 *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 61 Rn. 3.
180 MüKo-BGB/*Pohlmann,* § 1068 Rn. 5. Dazu noch unten BT Kap. 4 A.
181 Vgl. nur *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts II, § 611 (S. 51).
182 Mugdan, Motive III, S. 69 f.

bedarf es im Ergebnis der allgemeinen Bestimmung nicht. Insoweit ist § 99 Abs. 2 BGB daher ohne Aussagegehalte und letztendlich überflüssig.

Besonders relevant wird der Begriff „bestimmungsgemäß" beim Nießbrauch an Rechten im Kontext des Anteilsnießbrauchs bei den Erträgen einer Gesellschaft und insbesondere bei außerordentlichen Zahlungen der Gesellschaft an den Gesellschafter. Fraglich ist dann, ob solche Erträge „bestimmungsgemäß" sind. Auf diese Frage wird beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen noch vertiefend eingegangen (unten BT Kap. 5).

2. *Zur Definition des Begriffs Gebrauchsvorteile*

a. *Einleitung*

Was ein Gebrauchsvorteil i. S. von § 100 BGB ist, wird im Gesetz selbst nicht definiert. In der Literatur finden sich – sofern überhaupt[183] – zumeist negative Begriffsbestimmungen, insbesondere in Abgrenzung zu den Früchten.[184] Dieses im Ergebnis weite Verständnis spricht dafür, dass Gebrauchsvorteile einer Sache[185] und eines Rechts alle Vorteile sind, die das Recht gewährt, die aber keine Früchte i. S. von § 99 BGB sind.[186] Dies entspricht auch dem – engen – Gebrauchsbegriff des BGB, der auf die Benutzung einer Sache durch Ausübung eines an ihr bestehenden Rechts beschränkt ist.[187] Grundvoraussetzung ist insoweit, dass die Sache bzw. der Sachwert dem Gebrauchenden erhalten bleibt.[188] Dies gilt entsprechend für den Gebrauch von Rechten, die keine körperlichen Bezugsobjekte aufweisen. So sind beim Verkauf einer Aktie erzielte Kursgewinne keine Nutzungen i. S. von § 100 BGB,[189] anders als nach h. M. die Ausübung des durch die Aktie vermittelten Mitgliedschaftsrechts an der Gesellschaft.[190] Dies soll ferner sogar dann gelten, wenn der bestimmungsgemäße *Gebrauch* einer verbrauchbaren Sache (§ 92 BGB) in deren *Verbrauch* besteht.[191]

---

[183] Auch in § 346 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 BGB findet sich der „Gebrauchsvorteil eines Darlehens", ohne dass dies näher definiert wird. Verstanden werden darunter die aus dem Darlehensbetrag zu ziehenden Zinsen; vgl. Beck'scherOK-BGB/*H. Schmidt,* § 346 Rn. 46 f.

[184] *Johow* sprach in seinem Vorentwurf allgemein davon, dass eine Sache die Eigenschaft besitzen könne, „menschliche Bedürfnisse zu befriedigen, indem sie gebraucht wird", vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1242.

[185] Wie in Kapitel 2 umfassend ausgeführt wurde, kommt es nicht auf die Sache selbst an, sondern auf das an ihr bestehende Eigentum. Dieses wird im Ergebnis genutzt, es geht daher um Gebrauchsvorteile dieses Rechts. Der Einfachheit halber, auch in sprachlicher Hinsicht, soll im Folgenden aber unbeschadet dessen von Sache(n) die Rede sein.

[186] Vgl. etwa MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 2. Zu unbeschadet dessen bestehenden Abgrenzungsproblemen aber noch anschließend.

[187] So RGRK-BGB/*Kregel*, § 100 Rn. 4 unter Bezugnahme auf RGZ 118, 266, 269.

[188] *Wieling*, Sachenrecht I, § 2 V 3 (S. 114); *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit, S. 105.

[189] RGRK-BGB/*Kregel*, § 100 Rn. 5.

[190] Dazu sogleich, auch zur hier vertretenen a. A.

[191] Planck/*Knoke/Strecker/Flad*, § 100 Ziff. 1, mit folgender eher knappen Begründung:

b. Historisches Verständnis

Diese Ansicht steht im Gegensatz zum weiten Verständnis in der Pandektenliteratur, denn dort wurde der Fruchtgenuss jedenfalls als vom Gebrauchsrecht mitumfasst angesehen.[192] Häufig wird freilich – auch in der gängigen Kommentarliteratur – auf eine Definition des Gebrauchsvorteils ganz verzichtet und es werden nur einzelne solche Vorteile aufgezählt.[193] Ein Gebrauchsvorteil soll etwa das Stimmrecht des Aktionärs sein, als Vorteil des in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechts,[194] das Stimmrecht des Wohnungseigentümers in der Wohnungseigentümerversammlung,[195] die Möglichkeit, ein Musikinstrument zu spielen, ein Reitpferd zu reiten[196] oder Kleider zu benutzen[197]. Dabei werden gerade letztere Beispiele für die ohne weitere Begründung aufgestellte Behauptung angeführt, wonach Gebrauchsvorteile nicht notwendig vermögenswerte Vorteile sein müssten.[198] Unklar ist insoweit aber bereits, welches Verständnis von „Vermögen" dieser Ansicht zugrunde liegt und welche weitergehende Erkenntnis aus dieser Feststellung eigentlich folgen soll. Ferner kann man dies durchaus auch anders sehen, wenn man etwa die Fähigkeit einer Sache, dem eigenen Gebrauch zu dienen, für einen selbständigen Vermögenswert hält (dazu sogleich).

Die notwendige Trennung zwischen Gebrauchsvorteilen und Früchten wird auch in der aktuellen Literatur nicht immer konsequent eingehalten.[199] So sollen unter Hinweis auf höchstrichterliche Entscheidungen[200] die Zinsen, die ein Treuhänder aus weiterzuleitenden durchlaufenden Geldern zieht, ebenso ein Gebrauchsvorteil des Geldes sein,[201] wie Zinsen und andere Einnahmen aus einem rechtsgrundlos erlangten Geldbetrag.[202] Festzustellen ist dahingehend aber, dass sich der BGH in den genannten Entscheidungen im Hinblick auf solche Zinsen gerade einer Stellungnahme darüber enthält, ob es sich dabei um Früchte oder um Gebrauchsvorteile handelt. Denn er verwendet ausschließlich

„Dies ist aber sicherlich nicht die Absicht des Gesetzes". Unschädlich ist freilich die Abnutzung der Sache durch den Gebrauch, a. a. O.

[192] Vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 399 Fn. 1.

[193] So etwa bei Planck/*Knoke/Strecker/Flad*, § 100 Ziff. 1; Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 100 Rn. 6.

[194] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 100 Rn. 7; MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 3; *Enneccerus/Nipperdey,* BGB AT, § 127 V. mit Fn. 21 (S. 820 f.), unter Hinweis auf RGZ 118, 266, 268 f.

[195] *Larenz/Wolf*, BGB AT § 20 Rn. 117.

[196] MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 3.

[197] *Enneccerus/Nipperdey,* BGB AT, § 127 V (S. 820 f.).

[198] Vgl. etwa MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 3 und schon MüKo-BGB/*Holch* (Vorauf.), § 100 Rn. 3.

[199] Siehe Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 100 Rn. 7.

[200] Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 100 Rn. 7.

[201] BSG NZS 1997, 575, 577.

[202] BGH NJW 1997, 933, 935; BGH WM 2012, 1208 Rn. 9 f., 14.

den Oberbegriff Nutzungen, ohne zwischen Früchten und Gebrauchsvorteilen zu trennen.[203] In der Literatur ist insoweit nach wie vor umstritten, ob es sich um Früchte – wohl (unmittelbare)[204] Rechtsfrüchte i. S. von § 99 Abs. 2 BGB[205] – oder um Gebrauchsvorteile handelt.[206]

c. Vergleichbare Fallgruppen

Entscheidungen der Gerichte, die eine Definition des „Gebrauchsvorteils" i. S. von § 100 BGB enthalten, gibt es nicht. Dagegen hat sich der BGH häufig zur Frage eines Vermögensschadens bei Nutzungsbeeinträchtigungen (in Bezug auf Sachen) und zum Wertersatz für genossene Gebrauchsvorteile sowie vor allem zur Berechnung desselben geäußert. Möglicherweise lässt sich daraus ein gültiges Verständnis vom Inhalt dieses Begriffs ableiten.[207] Dieses Problem ist zudem bei § 987 BGB mit den Nutzungen einer vindizierten Sache relevant.[208] Denn anders als Früchte können Gebrauchsvorteile nicht *in natura* herausgegeben werden. Dabei soll nach einer älteren und in der Literatur heftig kritisierten Ansicht des BGH bereits die Fähigkeit einer Sache zum eigenen Gebrauch ein selbständiger Vermögenswert sein. Das Gericht hat daher in diesen Fällen konsequenterweise den zeitweisen Verlust der Eigennutzung einer Sache als Vermögensschaden angesehen.[209]

---

[203] Missverständlich insoweit *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 27 Rn. 12, denn dort heißt es, die Rechtsprechung gehe insoweit „von einem Gebrauchsvorteil gem. § 100 aus, also vom Oberbegriff einer Nutzung". Gebrauchsvorteile sind aber wie Früchte gemeinsam unter den Oberbegriff der „Nutzungen" in § 100 BGB zu fassen. In der erwähnten Entscheidung BGHZ 168, 220 verzichtet der BGH auch gerade auf eine Festlegung der vom Unternehmen (einer Steuerberaterpraxis) erzielten Gewinne als Früchte oder Gebrauchsvorteile und belässt es gerade beim Oberbegriff „Nutzungen", a. a. O. Rn. 46.

[204] Siehe zu dieser „gekünstelt wirkenden Terminologie" *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 3 Rn. 22

[205] Nach Soergel/*Marly,* § 100 Rn. 3, soll eine Analogie zu § 99 Abs. 1 BGB vorzugswürdig sein. Darum findet sich wohl dort auch die missverständliche Formulierung vom „Unternehmer als Eigentümer (Inhaber) des Unternehmens", a. a. O.

[206] Für Rechtsfrüchte: MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 11 und schon MüKo-BGB/*Holch* (Voraufl.), § 100 Rn. 11 („in entsprechender Anwendung") jeweils unter Hinweis auf BGHZ 7, 208, 218; *Enneccerus/Nipperdey,* BGB AT, § 127 IV (S. 820). Soergel/*Stadler* meint, der „Betriebsgewinn [sei] eine Frucht des Unternehmens", § 987 Rn. 21; so wohl auch RGRK-BGB/*Kregel*, § 99 Rn. 4, der jedoch ergänzt, dass „der Geschäftsgewinn grundsätzlich zu den Früchten (§ 99) oder Nutzungen (§ 100) zu zählen [ist]", was insoweit aber keinen Sinn ergibt, da Früchte Nutzungen sind. Für Gebrauchsvorteil: *Wieling*, Sachenrecht I, § 2 V 2 a) (S. 109 f.)

[207] Siehe dazu auch MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 9 ff.

[208] Vgl. dazu MüKo-BGB/*Baldus*, § 987 Rn. 5 ff. Dieser beschränkt den Nutzungsersatz wegen des Anwendungsbereichs des § 987 BGB allein auf Sachnutzungen – also auf die mittelbaren und unmittelbaren Sachfrüchte – und entsprechend auf den „Marktwert der Sachnutzung", a. a. O. Rn. 13. Da § 987 BGB ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis voraussetzt, lässt sich dieses Ergebnis auch nicht unbesehen auf die Nutzungen eines Rechts gem. §§ 1068 ff. BGB übertragen.

[209] BGHZ 40, 345, 349 f.; BGH NJW 1964, 717 jeweils m. w. N. zum Streitstand.

Nach Ansicht des Großen Senats des BGH kann ferner – über die Fälle der Eigennutzung einer Sache hinaus – der zeitweise Verlust ihrer Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein. Dies gilt jedenfalls bei Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit der Eigentümer im Rahmen seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung angewiesen ist, sofern er die Sache in der Zeit ihres Ausfalls auch entsprechend genutzt hätte.[210] Zudem muss der Verlust über eine „individuelle Genussschmälerung" hinausgehen.[211] Maßgeblich ist hier ein objektiver Maßstab, dies gilt insbesondere bei der Frage der Bewertung von Gebrauchsvorteilen. Ob bei der Nutzung tatsächlich ein Gewinn oder Verlust erzielt worden wäre, ist daher unerheblich.[212] So hat der BGH jüngst den Fortfall der Möglichkeit, ein Telefaxgerät nutzen zu können, nicht als einen ersatzfähigen Schaden angesehen, da dahingehend eine ständige Verfügbarkeit für den Einzelnen „bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung" nicht von zentraler Bedeutung sei.[213] Etwas anders gelte aber beim Festnetz-Telefonanschluss, beim Mobiltelefon und beim Internetzugang, denn dabei sei eine solche zentrale Bedeutung jeweils anzunehmen.[214] Entscheidend ist daher bei dieser vom BGH neu geschaffenen Fallgruppe des „Bereichs der persönlichen Kommunikation" bereits die aktive und passive Kommunikations*fähigkeit*,[215] also das Kommunizieren*können*. Der Begriff Gebrauchsvorteil wird in diesem Kontext also denkbar weit verstanden.

Die in diesem Zusammenhang vom BGH angemahnte strenge Prüfung an den Gegebenheiten des Einzelfalls liegt in der Existenz von § 253 BGB begründet. Denn dort wird die gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck gebracht, dass immaterielle Vermögensschäden nur ausnahmsweise zu ersetzen sind.[216] Zu einem Konflikt mit dieser Norm kommt es aber anders als bei der Frage der Ersetzbarkeit bei Ausfall der Nutzungsmöglichkeit in der vorliegenden Untersuchung des Begriffs Gebrauchsvorteil nicht, so dass auch eine insoweit einschränkende Auslegung nicht geboten ist. Insbesondere bedarf es nicht der vom BGH regelmäßig vorgenommenen Trennung zwischen „Luxusgut" und „Wirtschaftsgut".[217] Aus den dargestellten Aussagen lässt sich aufgrund der Annahme, dass der wenn auch nur vorübergehende Verlust der Nutzungsmöglichkeit einen ersatzfähigen Schaden darstellt, als Gebrauchsvorteil einer Sache (jedenfalls) deren ständige Verfügbarkeit herauslesen. Dies leuchtet auch

---

[210] BGH NJW 1987, 50, 51.
[211] BGH NJW 2013, 1072 Rn. 10. Zur Abgrenzung vgl. auch *Jaeger*, NJW 2013, 1031.
[212] BGH JR 1954, 460; Erman/*Michalski*, § 100 Rn. 5.
[213] BGH NJW 2013, 1072 Rn. 12.
[214] BGH NJW 2013, 1072 Rn. 14, 17.
[215] *Jaeger*, NJW 2013, 1031, 1032.
[216] So schon klarstellend BGH NJW-RR 2008, 1198 Rn. 9. Vertiefend dazu *Bitter*, AcP 205 (2005), 743.
[217] Umfassend *Bitter*, AcP 205 (2005), 743, 744 ff.

ein. Denn eine Sache, an der ein Recht besteht, die sich aber nicht im Besitz oder unter sonstiger Verfügungsmacht des Rechteinhabers befindet, ist insoweit – in Bezug auf die oben erwähnte Gestaltungsmacht – auch „wertlos". In diesem Zusammenhang hat das OLG Hamburg schon frühzeitig und zutreffend entschieden, dass ein in einem Naturschutzgebiet gelegenes Grundstück, welches aus rechtlichen Gründen nicht bebaubar ist, auch keinen diesbezüglichen Gebrauchsvorteil gewährt.[218]

Es bleibt daher bei dem gefundenen Ergebnis, dass bereits der Verfügbarkeit eines Wirtschaftsgutes, also der Möglichkeit, es nutzen zu *können*, bei der hier vorzunehmenden Analyse des Begriffs „Gebrauchsvorteil" eine wichtige Bedeutung zukommt. Darauf, inwieweit dieses Zwischenergebnis gerade bei Rechten eine Rolle spielt, wird unten noch vertieft eingegangen.

d. Die Begriffe Vorteil und Gebrauch

Etymologisch ist als Vorteil – durchweg positiv – nach dem *Grimmschen* Wörterbuch eine „besondere Gabe" zu verstehen, also etwas, „was jemand vor anderen voraus bekommt". Es ist ein „vorrecht, das materiell, aber auch in höherem sinne genommen werden kann"; das Wort „bezeichnet … alles, was eine person oder sache im vergleich zu andern günstiger stellt oder auch auszeichnet".[219]

Auch das Verständnis des BGB vom Vorteil einer Sache oder eines Rechts wird etwas sein, was diese Gegenstände im Gegensatz zu anderen Gegenständen an Wert zu gewähren in der Lage sind und was dem Begünstigten dadurch einen bestimmten materiellen oder immateriellen Vermögenszuwachs verschafft. Ansonsten macht dieser Begriff schlicht keinen Sinn. „Immateriell" meint hier, dass es nicht zwingend auf einen monetären (Vermögens-)Zuwachs ankommt. Vielmehr fällt auch die Möglichkeit darunter, ein bestimmtes Instrument spielen zu dürfen[220] oder auf der Grundlage eines in einer Eintrittskarte verkörperten Rechts ein Konzert besuchen zu können. Das Element einer notwendigen (materiellen oder jedenfalls immateriellen) Vermögensmehrung wird noch deutlicher in der Etymologie des Wortes „vorteilhaft", die im Schwerpunkt ein solches ökonomisches Verständnis aufweist.[221]

Auch der Begriff *Gebrauch* wird im BGB nicht definiert, obschon er häufig Verwendung findet, so in zentralen Vorschriften wie § 12, § 92 und § 535 Abs. 1 S. 1. Relevant ist dabei die Abgrenzung insbesondere zum *Verbrauch*.

---

[218] MDR 1953, 613 f.

[219] *Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 26, Sp. 1724 bis 1734. Abrufbar unter: http://woerterbuchnetz.de/DWB/?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GV15699 (09.04.2015).

[220] MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 3.

[221] *Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 26, Sp. 1734 bis 1742. Abrufbar unter: http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&hitlist=&patternlist=&lemid=GV15711 (09.04.2015).

Hegel definiert den „Gebrauch" als die „Realisierung meines Bedürfnisses durch die Veränderung, Vernichtung, Verzehrung der Sache, deren selbstlose Natur dadurch geoffenbart wird und die so ihre Bestimmung erfüllt".[222] Aber auch dann, wenn man diese Definition für „unübertroffen" halten mag,[223] lässt sie sich hier nicht für ein allgemeingültiges Begriffsverständnis heranziehen, denn danach wäre etwa auch der *Verbrauch* einer Sache miterfasst, was aber nach der Konzeption des BGB beim lediglichen *Gebrauch* gerade nicht der Fall ist[224] (vgl. noch unten e.).

Im *Grimmschen* Wörterbuch wird „Gebrauch" umschrieben als „die rechte art der welt dinge zu gebrauchen".[225] Freilich geht dieses Verständnis so weit, dass bei *Grimm* als „gebrauchen" durchaus auch ein „aufbrauchen" verstanden werden kann, was wiederum zum o.g. *Hegelschen* Verständnis des Wortes passt. Auffällig ist die Einschränkung auf „die rechte art", dies scheint also nach dieser Auffassung zum immanenten Verständnis des Begriffs zu gehören. Dies leuchtet auch ein, denn nach gängigem Sprachgebrauch ist für einen dem entgegenstehenden Gebrauch schließlich der Begriff *Missbrauch* reserviert, der ansonsten überflüssig wäre. Denn wortgeschichtlich ist ein Missbrauch „die Anwendung einer Sache auf eine ihrem Zwecke und ihrer Bestimmung zuwider laufende Art, im Gegensatze des rechtmäßigen Gebrauches".[226] Missbrauchen bedeutet, den „falschen, verkehrten oder bösen gebrauch von etwas machen".[227] Auch aus diesem Grund kommt daher der Vorgabe des „bestimmungsmäßige(n)" Gebrauchs in § 92 BGB allenfalls eine klarstellende Bedeutung zu.

Das BGB hat gegenüber *Hegel* und dem *Grimmschen* Wörterbuch – grundsätzlich – ein engeres Begriffsverständnis. Dies wird schon an der unterschiedlichen Verwendung der Begriffe *Gebrauch* und *Verbrauch* respektive *verbrauchen* deutlich, letzteres jedenfalls in der Legaldefinition der „verbrauchbaren Sache" in § 92 BGB. Nach überwiegender Ansicht sind aus dem Verbrauch einer Sache resultierende Vorteile daher auch keine Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 BGB.[228]

---

[222] Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 59 (S. 63).

[223] So *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 67 mit Fn. 73.

[224] Vgl. nur Planck/*Knoke/Strecker/Flad*, § 100 Ziff. 1.

[225] http://woerterbuchnetz.de/cgi-bin/WBNetz/wbgui_py?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GG02941 (09.04.2015).

[226] Vgl. *Krünitz*, Oekonomische Encyklopädie, Bd. 91, Stichwort „Mißbrauch".

[227] *Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 12, Sp. 2278 bis 2281, dort unter „miszbrauchen". Abrufbar unter: http://woerterbuchnetz.de/DWB/?sigle=DWB&mode=Vernetzung&lemid=GM05382 (09.04.2015).

[228] RG JW 1915, 324; Erman/*Michalski*, § 100 Rn. 3.

e. Gebrauch vs. Verbrauch

Unter „Verbrauch" ist eine Handlung zu verstehen, durch die eine Sache letztendlich vernichtet wird und aufhört zu existieren. Kein Verbrauch ist dagegen die Veräußerung der Sache, also die Verfügung über das Eigentum an der Sache, was durch den Wortlaut des § 92 BGB ebenfalls gestützt wird. Gerade durch § 92 BGB wird aber auch klargestellt, dass es Sachen gibt, bei denen der *Ver*brauch als *Ge*brauch derselben anzusehen ist und wo insoweit der obige Grundsatz durchbrochen wird. Beispiele dafür sind Lebensmittel und Treibstoff.[229] Aus der Formulierung der Vorschrift lässt sich aber schließen, dass dies die Ausnahme und nicht die Regel ist. Ein diesbezüglicher Nießbrauch gem. § 1067 BGB wird in der Regel ein uneigentlicher Nießbrauch sein, im Ergebnis also ein Sachdarlehen.[230] Wird dagegen beim Nießbrauch an einem Vermögen – etwa einem Handelsunternehmen – ein einzelner belasteter Gegenstand veräußert, weil dies dessen wirtschaftlicher Bestimmung entspricht, so handelt es sich dabei nicht um einen Fall des uneigentlichen Nießbrauchs, sondern um einen „regulären" Nießbrauch, weil die Veräußerung als *Gebrauch* des (Vermögens-)Gegenstands und nicht als *Verbrauch* anzusehen ist.[231] Denn ein „Gebrauch" ist jeder bestimmungsgemäße Umgang mit einer Sache, der nicht Verbrauch ist, der die Sache also in ihrer Grundsubstanz unberührt lässt. Dabei sind unerhebliche Substanzbeeinträchtigungen unschädlich. Denn Abnutzungen beim Gebrauch von Sachen, also ein dahingehender Wertverlust, sind möglich. Sie dürften schon aus physikalischen Gründen unvermeidbar sein.[232] Das Gesetz spricht insoweit von einer Verschlechterung, vgl. etwa § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 BGB.

Bei Rechten, auf die § 92 BGB wegen des engen Sachbegriffs des BGB (dazu oben Kap. 2 B. V.) ohnehin keine Anwendung findet, ist das beschriebene Verständnis des Gebrauchs freilich nicht so einfach übertragbar, denn eine Verschlechterung eines Rechts durch Abnutzung ist schwer vorstellbar. Dagegen ist der Verbrauch eines Rechts jedenfalls in dem Sinne möglich, als es nicht mehr ausgeübt, also *gebraucht* werden kann. So wird etwa im Arbeitsrecht ausdrücklich von einem Verbrauch des Rechts zur Kündigung gesprochen, wenn der Berechtigte trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes innerhalb der Kündigungsfrist von einer außerordentlichen Kündigung absieht und wenn damit der Kündigungsanlass seinen Charakter als wichtiger Grund i. S. von § 89a HGB verliert.[233] Das durch eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG eröffnete Kündigungsrecht ist *verbraucht*, wenn der Insolvenz-

[229] Siehe nur Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 92 Rn. 1.
[230] Zum uneigentlichen Nießbrauch siehe ausführlich unten Kap. 5 E.
[231] Siehe dazu noch unten beim Dispositionsnießbrauch Kap. 5 D.
[232] So auch *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit, S. 106: „unliebsame Nebenfolge".
[233] Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Löwisch*, HGB, § 89a Rn. 35.

verwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein bereits vom Schuldner gekündigtes Arbeitsverhältnis mit der kurzen Kündigungsfrist des § 113 S. 2 InsO kündigt.[234] Ferner gilt das Vorkaufsrecht des Mieters gem. § 577 BGB nach Ablauf der zweimonatigen Frist des § 469 Abs. 2 S. 1 BGB als ersatzlos untergegangen, also verbraucht, wenn es vom zwischenzeitlich verstorbenen Mieter nicht ausgeübt wurde. Es steht den Sondernachfolgern dann nicht zu.[235]

Auf die Frage, was aber nun tatsächliche Gebrauchsvorteile eines Rechts sind, wird im Folgenden noch eingegangen.

3. Der Inhalt des Gebrauchens eines Rechts und tatsächliche Gebrauchsvorteile

Das Gebrauchen eines Rechts ist die Ausübung desselben. Der Berechtigte realisiert durch den Gebrauch die spezifische Gestaltungsmacht, die diesem (subjektiven) Recht innewohnt (dazu schon oben Kap. 3 B. II.). Ob bei Rechten ein Gebrauchs*vorteil* aber schon – vergleichbar dem für Sachen gefundenen Ergebnis für das „zur Verfügung haben" –, die Innehabung des Rechts selbst ist, also die Rechtsmacht des autonomen Ausüben*könnens* des Rechts, soll im Folgenden untersucht werden. Ausgangspunkt ist dabei die Auffassung, dass sich bei Rechten die jeweils konkrete Gestaltungsmacht und somit der letztendliche Gebrauchsvorteil aus dem Inhalt des jeweiligen Rechts ergibt.[236] Damit ist für eine Definition aber noch nicht viel gewonnen, denn dies lässt sich für Gebrauchsvorteile an Sachen ebenso annehmen. So ist etwa der Gebrauchsvorteil, den der Besitz an einer Mietsache gewährt, von den Eigenschaften der jeweiligen Mietsache abhängig. Dem Besitzer einer Mietwohnung gewährt diese Sache einen (potentiellen) Wohnvorteil, was für den Mieter eines Fahrzeugs nicht der Fall ist. Bei diesem besteht der Vorteil demgegenüber im Gebrauchswert,[237] das Fahrzeug (die Sache) zur Verfügung zu haben, um sich mit diesem bei Bedarf fortbewegen zu können.

Von einem Gebrauchsvorteil könnte daher bei einem Recht gesprochen werden, wenn sich durch die Nutzung beim Inhaber der Gebrauchswert des Rechts in der Form eines natürlichen Vorteils[238] und somit eines jedenfalls temporären Wertzuwachses realisiert, was wiederum einen materiellen oder immateriellen Vermögenszuwachs meint. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Inhaber des Gebrauchsvorteils – etwa ein Nießbraucher – autonom über das „Ob" und „Wie" der Ausübung des Rechts entscheiden kann. Grenze ist insoweit § 1068 Abs. 2 i. V. mit § 1036 Abs. 2 BGB. Für das oben beispielhaft genannte Stimm-

---

234 BAG NZA 2010, 1057 Rn. 14.

235 Staudinger/*Rolfs*, § 577 Rn. 78.

236 MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 2.

237 Dieser ist notwendig vom Wert der Sache selbst zu trennen; vgl. auch *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 65.

238 So auch Soergel/*Marly*, § 100 Rn. 3.

recht des Aktionärs könnte diese Voraussetzung erfüllt sein.[239] Der Zuwachs der Gestaltungsmacht auf Seiten des Nießbrauchers würde die Möglichkeit darstellen, das in der Aktie verkörperte und originär dem Aktionär zustehende Stimmrecht auszuüben, es *gebrauchen* zu können. Dieser Vorteil korrespondiert mit dem entsprechenden Verlust an Gestaltungsmacht und somit einem *Gebrauchsnachteil* auf Seiten des Rechteinhabers, der das (Stimm-)Recht eben nicht ausüben kann. Denn wie bei jedem Zuwachs an Gestaltungsmacht muss an anderer Stelle ein Abfluss daran erfolgen, da im Ergebnis eine dahingehende Vermehrung nicht vorstellbar ist. Es ist außerdem gerade die Grundidee des Nießbrauchs, dass sich jemand – bei Sachen ist es der Eigentümer, bei Rechten der Inhaber – seiner ihm originär zustehenden Gestaltungsmacht und bestimmter Befugnisse zugunsten eines Anderen begibt.

Einen Gebrauchsvorteil beim Stimmrecht bereits in dessen „Ausübenkönnen" zu sehen würde aber verkennen, dass für die Frage, ob Nutzungen eines Rechts gegeben sind, streng zu trennen ist zwischen dem Inhalt des Rechts (als nutzbarem Gegenstand, das sind die einzelnen Befugnisse) und den sich *daraus* ergebenden Nutzungen. Bei Stimmrechten stellt die Befugnis zur Stimmabgabe, also die (reine) Innehabung der dahingehenden gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmacht, aber allein den Inhalt des Rechts dar. Die Ausübung des Rechts ist dessen *Gebrauch*. Dass dieser Inhalt aber nicht zugleich dessen Frucht sein kann, ist auch evident. Denn schon aus der Tatsache, dass „Frucht" und „Gebrauchsvorteil" jeweils als Erscheinungsformen von „Nutzungen" systematisch auf derselben Stufe stehen, ergibt sich zwingend, dass etwas, was nicht Frucht sein kann, auch nicht Gebrauchsvorteil sein kann. Das *Gebrauchen* eines Rechts allein ist daher insoweit nicht ausreichend.

Um von Nutzungen sprechen zu können, kommt es vielmehr darauf an, welche Nutzungen sich *aus dem Gebrauch* ergeben. Nur solche Vorteile, die über das reine „Gebrauchenkönnen" *hinausgehen*, sind nießbrauchsrelevante Gebrauchs*vorteile*. Erst dann kommt es zu dem oben beschriebenen Vermögenszuwachs beim Nießbraucher.[240] Notwendig zur Annahme einer Nutzung ist bei Rechten also ein *über die Ausübung hinausgehender Vermögenszuwachs*. Wie dieser ausgestaltet ist, hängt wiederum vom Inhalt des einzelnen Rechts ab. Ansonsten würde nicht hinreichend getrennt zwischen dem Gebrauch des

---

[239] Zu den Vertretern dieser Ansicht noch unten BT Kap. 5 F. II. 1. (S. 382 ff.). A.A. *Hepp-Schwab,* Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters (zu Personengesellschaften): „Die mitgliedschaftliche Stimmbefugnis ist weder Frucht noch Gebrauchsvorteil des Gesellschaftsanteils", a. a. O. S. 167 f., 208.

[240] Dadurch unterscheidt sich das Verständnis des Gebrauchsvorteils beim Nießbrauch – hier bedarf es eben wegen der Ratio zwingend eines *vermögenswerten* Vorteils – vom allgemeinen Verständnis dieses Begriffs im BGB, insb. dann, wenn es um den Ersatz für unrechtmäßig gezogene Nutzungen geht. Vgl. dazu umfassend *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit, S. 108 ff. Zu konkreten Früchten und Gebrauchsvorteilen bei bestimmten mit einem Nießbrauch belasteten Rechten noch unten BT Kap. 3.

Rechts und den dadurch gezogenen Nutzungen. Wegen dieser notwendigen Unterscheidung dürften bei Rechten daher Gebrauchsvorteile – so sie denn überhaupt als über den reinen Gebrauch hinausgehend anzuerkennen sind – eine wesentlich geringere Rolle spielen als Früchte.[241]

4. *Zwischenfazit*

Als *allgemeine* Definition des Gebrauchsvorteils eines Rechts i. S. von § 100 BGB lässt sich ein solcher als jedenfalls temporärer Zuwachs an tatsächlicher Gestaltungsmacht in Bezug auf einen nutzbaren Gegenstand beschreiben. Durch das „tatsächlich" wird dabei klargestellt, dass der Gegenstand dem zum Gebrauch Berechtigten auch zur Verfügung stehen muss. Zu trennen ist der Gebrauchsvorteil aber – wie die Frucht – zwingend vom Inhalt des Rechts selbst. Daher muss für Rechte – wie etwa beim Stimmrecht im Kontext des Anteilsnießbrauchs – notwendig unterschieden werden zwischen dem Inhalt des Rechts und dem tatsächlichen Gebrauchsvorteil. In diesen Fällen muss ein Gebrauchsvorteil mehr sein, als das „Ausübenkönnen" des Rechts. Inhaltlich können Gebrauchsvorteile und insgesamt Nutzungen bei Rechten so vielfältig sein, wie es verschiedene Rechte gibt. Vor allem in Kapitel 3 des *Besonderen Teils* wird noch näher auf einige Rechte und ihre Besonderheiten eingegangen. Dabei wird zugleich Stellung genommen zur Übertragbarkeit des jeweiligen Rechts, dem zweiten notwendigen Kriterium für die Nießbrauchsfähigkeit. Auf die Besonderheiten der Gebrauchsvorteile beim Unternehmensnießbrauch und beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen und die Übertragbarkeit solcher Rechte wird gesondert in BT Kap. 5 eingegangen.

Sauber zu trennen sind Gebrauchsvorteile von Rechten zudem von Gebrauchsvorteilen bei Sachen, was wiederum die grundlegende Unterscheidung von Sachen und Rechten und letztendlich vom Nießbrauch an Sachen und dem an Rechten berührt. Denn wenn sich das Recht, an dem ein Gebrauchsvorteil besteht, auf eine Sache bezieht, handelt es sich um einen Nießbrauch an einer Sache gem. §§ 1030 ff. BGB und nicht an einem Recht.[242] Exemplarisch ist hier das o.g. Beispiel des Fahrzeugs. Würde ein Nießbrauch etwa am Recht zum Besitz des Fahrzeugs bestellt, wäre dies ein Nießbrauch an einer Sache im Sinne von § 1030 BGB und es käme nur auf Gebrauchsvorteile dieser Sache (des Fahrzeugs) an. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass ein Nießbrauch an einer Reallast gem. § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB bestellt würde, auch wenn sich diese ohne Weiteres auf ein Grundstück und somit eine Sache bezieht. Denn ein solcher Nießbrauch ist ein Nießbrauch an einem Recht gem. § 1068 BGB.[243] Es

---

[241] Zur besonderen Problematik der Nutzungen beim Anteilsnießbrauch unten Kap. 5 F.

[242] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 100 Rn. 7.

[243] Planck/*Brodmann*, § 1068 Ziff. 1 (S. 666). Dies gilt entsprechend für Grund- und Rentenschulden, siehe dazu unten BT Kap. 4 C. (S. 352 ff.).

käme dann allein auf die Gebrauchsvorteile der Reallast an, was in diesem Fall von den konkreten jeweils „wiederkehrende(n) Leistungen aus dem Grundstück“ abhängt.

IV. Gebrauchsvorteile und Verbrauch bei Rechten

Bei Sachen ist anerkannt, dass Gebrauchsvorteile keine Vorteile sein können, die durch den *Verbrauch* der Sache entstehen.[244] Betrachtet man § 1084 BGB scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass insoweit auch ein Verbrauch von Rechten möglich ist, obschon in der Norm selbst von „§ 92 BGB“ und „verbrauchbaren Sachen“ die Rede ist, was an dieser Stelle eher deplaziert erscheint. Da es sich dabei um ein grundsätzliches Problem beim Nießbrauch an Rechten handelt, wird auf einen Verbrauch von Rechten durch deren Ausübung beim unechten Nießbrauch (Quasi ususfructus) noch näher eingegangen. [245]

V. Besonderheiten beim Unternehmensnießbrauch

Ausgehend von den einleitenden Ausführungen zu den Unternehmensgewinnen ist freilich auch auf die Zweifel daran hinzuweisen, ob diese tatsächlich Nutzungen i. S. von § 100 BGB und vor allem Gebrauchsvorteile „eines Unternehmens“ sein können. Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass derartige Gewinne (wie auch Verluste) allein aus der unternehmerischen Leistung des *Unternehmensträgers* resultieren, der aber vom Unternehmen als einer organisatorischen Verbindung personeller und sachlicher Kräfte, also einer Gesamtheit von Personen, Sachen, Rechten und sonstigen Gegenständen, zu trennen ist.[246]

Für diese Skepsis hinsichtlich der Nutzungen beim Unternehmen spricht zudem, dass der Organismus „Unternehmen“ als Rechtsgegenstand[247] nicht selbst handeln und somit keine Gewinne aktiv erwirtschaften kann. Dies kann allein der Unternehmensträger als dasjenige Rechtssubjekt, dem die einzelnen Bestandteile des Unternehmens rechtlich zugeordnet sind oder die er faktisch innehat.[248] Hinzukommen können die Personen, die vertraglich in einer

---

[244] Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 100 Rn. 1 unter Hinweis auf RG JW 1915, 324.

[245] Dazu unten Kap. 5 E.

[246] *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 27 Rn. 12 unter Hinweis auf *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 72 II 3 c) „weder Sach- oder Rechtsfrucht noch ein Gebrauchsvorteil“, a. a. O.; *Bökelmann*, Unternehmensnießbrauch, S. 72. Ablehnend auch *Baur*, JZ 1958, 465, jedoch maßgeblich begründet mit der Schwierigkeit der Ermittlung des Nettogewinns für den besonderen Fall der Nutzungen des Vorerben gem. § 2111 Abs. 1 BGB. Er meint, dass jedenfalls insoweit eine entsprechende Anwendung des § 99 Abs. 2 BGB nicht passe, a. a. O. Dazu noch unten BT Kap. 2 C.

[247] *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 129.

[248] Nicht rechtlich zuordenbar sind insbesondere die unkörperlichen Güter, an denen kei-

Rechtsbeziehung zu ihm stehen (wie die Arbeitnehmer). Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn sich bestimmte Nutzungen auf konkrete Gegenstände des Unternehmens zurückführen lassen, etwa bei einer Erfindung, denn dann handelt es sich um Gebrauchsvorteile *dieses* Gegenstands und nicht des Unternehmens.[249] Besteht ein gewerbliches Schutzrecht an der Erfindung, namentlich ein Patent, das an Dritte lizenziert wird, dann sind diese Lizenzgebühren die Früchte des entsprechenden Rechts und nicht die des Unternehmens. Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut des § 100 BGB, denn dort ist von Nutzungen allein im Hinblick auf „Sache" oder „Recht" die Rede. Das Unternehmen lässt sich aber unter keinen dieser Begriffe subsumieren.[250]

Eine besondere Situation ist allenfalls dann denkbar, wenn der gesamte Wert eines Unternehmens in einem einzelnen Vermögensgegenstand besteht, etwa einer patentierten Erfindung, wenn das Unternehmen – oder genauer der Unternehmensgegenstand – also aus wirtschaftlicher Sicht quasi mit dem Recht zusammenfällt. Dann kommt es zu einer faktischen Gleichsetzung der Nutzungen dieses Rechts mit den Nutzungen des Unternehmens, ohne dass dafür freilich der Grundsatz aufgegeben werden muss, dass Nutzungen i.S. von § 100 BGB nur solche in Bezug auf konkrete Sachen und Rechte sind.

Wie noch ausführlich darzustellen ist, kommt es für die Beantwortung dieser Frage im Ausgangspunkt darauf an, ob es sich um einen Vollnießbrauch oder um einen (bloßen) Ertragsnießbrauch am Unternehmen handelt.[251] Letzterer ist, vergleichbar dem Nießbrauch an den Zahlungsansprüchen des Gesellschafters,[252] ein reiner Nießbrauch an Forderungen. Es gelten dann die speziellen Regelungen, auch hinsichtlich dessen, was insoweit Nutzungen sein können. Dagegen ist der Vollnießbrauch als Nießbrauch am gesamten Organismus „Unternehmen" anzusehen, obwohl es – entgegen der h.M. – kein einheitliches dingliches Nießbrauchsrecht am Unternehmen selbst gibt.[253] In diesem Fall gelten die Grundsätze des Vermögensnießbrauchs (§§ 1085 ff. BGB) und als Nutzung (Gebrauchsvorteil) ist der Reingewinn des Unternehmens anzusehen, der während der Nutzungszeit anfällt,[254] auch wenn dies dogmatisch nicht wirklich sauber zu begründen ist. Hier kann allenfalls auf die §§ 1085 ff. BGB als

---

ne Rechte bestehen. Diese können Rechtssubjekten allenfalls faktisch zugeteilt sein. Vgl. dazu schon oben Kap. 2 B. II. (S. 44 ff.).

[249] So wohl auch Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 100 Rn. 6.

[250] Dahingehend auch *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 64, 84 f. Anders *Pisko*, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 131, der das Unternehmen insgesamt als einen Gegenstand ansieht der Nutzungen abwerfen kann.

[251] Dazu unten BT Kap. 2 C. (S. 283 ff.).

[252] Dazu umfassend unten BT Kap. 5 F. I. (S. 374 ff.).

[253] Dazu unten BT Kap. 2 C. III. (S. 290).

[254] Vgl. dazu umfassend *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 211 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 58; *Janßen/Nickel*, Unternehmensnießbrauch, S. 39; *Gösele*, Nießbrauch als Ertragsbeteiligung, S. 13; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 28.

speziellere Vorschriften sowie auf die Genealogie des Vermögensnießbrauchs abgestellt werden. Denn dieser wurde ja gerade geschaffen, um auch Rechtsgesamtheiten für nießbrauchsfähig zu halten und somit vor allem den Zusammenhalt solcher (Sonder-)Vermögen nicht in Frage zustellen.

VI. Nutzungsvorgaben und -beschränkungen

Im Hinblick auf mögliche Vorgaben und Beschränkungen zu Lasten des Nießbrauchers in Bezug auf den Umgang mit den Nutzungen ist ferner die Frage zu beantworten, ob diese mit dinglicher oder (bloß) mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden können.

1. Zulässigkeit und Umfang von Nutzungsbeschränkungen

Dass dem Nießbraucher überhaupt Nutzungsbeschränkungen auferlegt werden können, ergibt sich bereits aus § 1030 Abs. 2 BGB. Über § 1068 Abs. 2 BGB ist diese Vorschrift auch auf den Nießbrauch an Rechten anwendbar. Da es sich dabei um eine nähere Bestimmung des Inhalts des Nießbrauchs selbst handelt, sind derartige Beschränkungen auch mit dinglicher Wirkung möglich. Solche Beschränkungen wirken also auch gegen mögliche Rechtsnachfolger. Wesentlich umstrittener ist aber die Frage, wie weit derartige Beschränkungen gehen dürfen, ohne dass der Charakter des Rechts gerade als ein Nießbrauchsrecht und somit als dem umfassendsten dinglichen Nutzungsrecht verloren geht. Dies gilt allgemein beim Nießbrauch gerade für die Abgrenzung zu den Dienstbarkeiten.[255] Beim Nießbrauch an Rechten ist dies jedoch weit weniger relevant als bei bestimmten Sachen, weil insoweit konkurrierende Belastungen von vornherein nicht wirksam bestellt werden können.[256] Hier kann allenfalls eine Abgrenzung zur Lizenzerteilung angezeigt sein, vor allem bei Immaterialgüterrechten,[257] aber nicht im Hinblick auf andere beschränkte dingliche Rechte und insbesondere auf persönliche Dienstbarkeiten.

Absolute Grenze solcher Beschränkungen ist § 1036 Abs. 2 BGB (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB), also die „bisherige wirtschaftliche Bestimmung" des Rechts. Wie aber noch auszuführen ist, kommt der Vorschrift für den Nießbrauch an Rechten keine annähernd so große Bedeutung zu wie beim Sachnießbrauch. Für die nach der formellen Abgrenzungsmethode vorzunehmenden Bestimmung des zulässigen Umfangs von Nutzungsbeschränkungen lässt sich an dieser Stelle daher zunächst resümieren, dass ein Nießbrauch jedenfalls so bestellt werden kann, dass alle zulässigen Nutzungsmethoden *abschließend*

---

[255] Vgl. nur Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 54 ff.

[256] Zur Abgrenzung des Nießbrauchs von anderen beschränkten dinglichen Rechten siehe oben Kap. 1 C. III. 3. (S. 31 ff.).

[257] Dazu ausführlich unten BT Kap. 3 B. (S. 296 ff.).

aufgezählt werden. Nicht zulässig ist es dagegen, die Nutzziehung auf nur eine mögliche Form zu beschränken.

2. *Verwendungsabreden*

Auch Vorgaben zur Verwendung der Nutzungen nur zu einem bestimmten Zweck sind möglich.[258] Anders als das BayObLG[259] ist das Schrifttum aber der Auffassung, dass eine solche Verwendungsabrede nicht dinglicher Rechtsinhalt sein kann.[260] Dies entspricht auch der Rechtsprechung von RG[261] und BGH[262]. Dem ist zuzustimmen, denn die Verwendung von Nutzungen durch den Nießbraucher gehört nicht zum Inhalt des Nießbrauchsrechts und damit des dinglichen Rechtsverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher. Anderenfalls käme es bei Veräußerung des belasteten Gegenstands zur Bindung des Rechtsnachfolgers, was wegen des häufig höchstpersönlichen Charakters solcher Vorgaben jedenfalls „unzweckmäßig" wäre.[263] Anders als bei Nutzungsbeschränkungen schweigt auch das Gesetz über solche Vorgaben. Der Gesetzgeber hat dahingehend offensichtlich keinen das Nießbrauchsrecht selbst betreffenden Regelungsbedarf erkannt. Es bleibt den Parteien freilich unbenommen eine entsprechend schuldrechtlich wirkende Vereinbarung zu treffen, wenn dies ihren Interessen entspricht.

Zusammenfassung Kapitel 3

Mit einem Nießbrauchsrecht können nur subjektive Rechte belastet werden. Die historische Definition des Begriffs subjektives Recht wurde anhand verschiedener Theorien dargestellt, wobei die Kombinationstheorie als Verschmelzung der vordem vertretenen Willens- und Interessentheorie als die derzeit herrschende Auffassung anzusehen ist. Insgesamt lässt sich freilich feststellen, dass dieser Begriff – jedenfalls der dogmatische Streit um den Begriffsinhalt – zunehmend an Bedeutung verloren hat und dass insbesondere der Begriff des Rechtsverhältnisses mehr und mehr in den Fokus der dogmatischen Betrachtung rückt. Dies erklärt sich unter anderem daraus, dass zahlreiche Güter keine Rechtsqualität aufweisen, also unbeschadet jedes dogmatischen Begriffsverständnisses auch keine subjektiven Rechte sind. Bei diesen vor allem unkörperlichen Phänomenen – wie geheimes Wissen und überhaupt Informationen,[264]

---

[258] Palandt/*Bassenge*, § 1030 Rn. 6.
[259] BayObLG 79, 273, 276.
[260] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 342; Palandt/*Bassenge*, § 1030 Rn. 7.
[261] RGZ 67, 378.
[262] BGH WM 1966, 653.
[263] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 343.
[264] *Ann*, GRUR 2014, 12, bezeichnet Informationen als den „wichtigste(n) Treibstoff für

Sendefrequenzen, Software und Energie – handelt es sich aber um für das Wirtschaftsleben bereits heute höchst relevante vermögenswerte Güter, wobei deren Bedeutung in der Zukunft noch erheblich zunehmen dürfte. Diese Güter werden auch in großem Umfang „gehandelt", ohne dass dem die fehlende Einordnung als subjektive Rechte entgegenstünde.

Für den hier zu untersuchenden Kontext wurde gleichwohl eine alternative Definition des Inhalts „subjektiver Rechte" vorgestellt, die insbesondere im Einklang steht mit dem ebenfalls vorgestellten Konzept der Belastung von Rechten. Der Begriff subjektives Recht beschreibt daher die von der Rechtsordnung verliehene oder einzelvertraglich begründete Rechtsmacht eines Rechtssubjekts, autonom über den Zugang zu einem bestimmten Rechtsgut entscheiden zu können (und somit insb. auch über die Bestellung einer Belastung).

Nach der Darstellung besonderer Nießbrauchsphänomene wie dem Bruchteils- und Quotennießbrauch wurde in diesem Kapitel ferner auf die Nießbrauchsfähigkeit eines subjektiven Rechts eingegangen. Die beiden dafür notwendigen Bedingungen sind die Fähigkeit des Rechts, Nutzungen zu gewähren sowie dessen Übertragbarkeit. Beim Begriff der Nutzungen wurden auf die gerade beim Nießbrauch relevanten Punkte der „bestimmungsgemäßen" Nutzung sowie auf die Frage, wann ein Recht einen Gebrauchsvorteil aufweist, vertieft eingegangen. Dabei wurde erarbeitet, dass die allgemeine Vorgabe der bestimmungsgemäßen Nutzung eines Rechts in § 99 Abs. 1, 2 BGB durch die Sonderregelung des § 1036 Abs. 2 BGB (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB) verdrängt wird und insgesamt nur einen deklaratorischen Charakter aufweist. Bei der Frage der Gebrauchsvorteile wurde ferner entgegen der h.M. das Ergebnis gefunden, dass die bloße Ausübung eines Rechts zwar dessen Gebrauch ist, nicht jedoch zugleich ein Gebrauchsvorteil dieses Rechts sein kann.

Unternehmen" in der Wissensgesellschaft. Die Europäische Kommission spricht jüngst von „Know-how und Informationen – Währung der wissensbasierten Wirtschaft", COM(2013) 813 final, S. 12. Zum „Wissen als Ware" umfassend *Zech*, Information als Schutzgegenstand, passim und insb. S. 197 ff.

Kapitel 4

Die Rechtsnatur des Nießbrauchs an Rechten

Wie bisher herausgearbeitet wurde ist eine Belastung von Rechten mit Rechten nicht nur *möglich,* vielmehr ist jede Bestellung eines Rechts – auch bei solchen *an* einer Sache – als *Belastung eines Rechts* aufzufassen. *Hartmanns* Frage nach der Möglichkeit von Rechten an Rechten, die dieser Untersuchung vorangestellt wurde, kann also ohne weiteres bejaht werden. Daran schließt sich freilich die Folgefrage an, und das Problem wird vor allem – wie schon bei der Belastung – bei Forderungen relevant, welche Rechtsnatur einem solchen Recht eigentlich zukommt, ob es dinglich oder „nur" schuldrechtlich ist, ob dies gegebenenfalls vom Charakter des Stammrechts abhängt etc.

Für ein Nießbrauchsrecht am dinglichen Recht Eigentum mag dies dahinstehen können. Bei Forderungsrechten, also bei relativen Rechten aus einem Schuldverhältnis, gilt dies aber nicht. Denn die Vorstellungswelt würde nicht unerheblich strapaziert und es bedürfte einiger Begründung, käme man beim Nießbrauch an einer Forderung als belastetem Recht im Ergebnis zur Existenz eines dinglichen Rechts an einem relativen Recht, weil ein Nießbrauch im Allgemeinen eben als beschränktes *dingliches* Recht angesehen wird.[1] In diesem Zusammenhang müsste auch überprüft werden, wie das oben beschriebene Konzept der Belastung eines Rechts als Vergemeinschaftung mit einer solchen Ansicht zu vereinbaren wäre. Mit diesem Problemkreis beschäftigt sich Kapitel 4.

A. Vorbemerkung: Ansichten zu Eigenschaften dinglicher Rechte

Bevor auf die genannten Fragen eingegangen werden kann, ist zunächst zu klären, was Inhalt des Begriffs dinglich ist, welche Eigenschaften ein Recht aufweisen muss, um als dingliches Recht gelten zu können. Das ALR definierte in I 2 § 125 den Begriff wie folgt: „Ein Recht ist dinglich, wenn die Befugniß zur Ausübung desselben mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine besonde-

[1] Vgl. nur allgemein *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 10; *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 115; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 3 Rn. 37; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 2, wobei die Autoren jeweils noch Stellung nehmen zu spezifischen Problemen der Rechtsnatur des Nießbrauchs gerade an relativen Rechten (dazu noch unten E.).

re Person, verbunden ist". Diese Definition ist denkbar weit und erinnert an das gängige Verständnis des absoluten Rechts. Aber auch dann, wenn jedes dingliche Recht ein absolutes Recht sein mag – worauf noch einzugehen ist –, ist der Umkehrschluss jedenfalls nicht zulässig.[2] Im BGB kommt der Begriff des dinglichen Rechts nicht vor,[3] er ist insbesondere nicht legaldefiniert.[4] Dies erstaunt, denn in den Motiven findet sich ein eigener Abschnitt über „Die dinglichen Rechte".[5] Dort wird unter anderem – und ohne weitere Begründung[6] – festgestellt, „daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne",[7] wobei letzteres nichts anderes meinen dürfte als den hier schon ausführlich behandelten Sachbegriff des BGB. Die Folgen einer solchen Annahme sind erheblich. Ausgehend davon könnten etwa Immaterialgüterrechte keine dinglichen Rechte sein, und auch ein Nießbrauch an einem Recht – wie alle Rechte an Rechten – hätte keine dingliche Rechtsnatur. Dadurch bliebe wiederum dem Rechteinhaber etwa im Insolvenzfall die Möglichkeit einer Aussonderung gem. § 47 InsO versagt, denn Voraussetzung dafür ist ein dingliches Recht.[8]

Diese Ansicht zur Beschreibung des Wesens eines Rechts als dinglich setzt also einen *Sachbezug* des Rechts voraus. Dies ist insoweit konsequent, weil es der Ansicht entspricht, dass dingliche Rechte als unmittelbare Herrschaftsbeziehung einer Person zu einer Sache anzusehen sind.[9] Folgt man dieser Prämisse, wären dingliche Rechte also solche, die eine Ausübung von Rechtsmacht unmittelbar *gegenüber einer Sache* ermöglichten. Infolgedessen könnten dingliche Rechte auch nur an körperlichen Gegenständen als Sachen i. S. von § 90

---

[2] Denn auch die Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte, ebenso wie die durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Freiheit (vgl. nur MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 161 ff.). Sie sind aber eben keine dinglichen Rechte.

[3] Schon *Johow* hielt in der Begründung seines Vorentwurfs eine Definition des Begriffs für verzichtbar, da „bloß theoretische Unterscheidungen" nicht in das Gesetz eingeführt werden sollten, Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 213.

[4] In den Motiven zum Sachenrecht findet sich dagegen unmittelbar am Anfang ein Kapitel zu diesem Begriff, wodurch jedenfalls dessen Bedeutung augenscheinlich wird, vgl. Mugdan, Motive III, S. 2 ff. Auch *Johow* widmet sich in einem längeren Abschnitt innerhalb der „Allgemeine(n) Bestimmungen über Sachen" diesem Begriff, ohne ihn freilich – wie erwähnt – zu definieren, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 212 ff.

[5] Mugdan, Motive III, S. 2 f.

[6] Denn keine Begründung ist es wenn behauptet wird, das dingliche Recht „ergreif(e) die Sache selbst" (Mugdan, Motive III, S. 2), weil eine solche Feststellung schlicht nichts aussagen kann. Zum insoweit zugrundeliegenden gleichwohl aber abzulehnenden Verständnis einer rechtlichen Herrschaft über Sachen noch unten B.

[7] Mugdan, Motive III, S. 2.

[8] Zu § 47 InsO noch unten BT Kap. 3 C. (S. 322 ff.).

[9] Vgl. etwa Mugdan, Motive III, S. 2: „Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache"; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 1 (S. 1); Planck/*Strecker*, BGB III, Vorbemerkung Ziff. I. 1. (S. 1); *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 73 I 1 (S. 440); *Westermann*, Sachenrecht, § 1 II 3 b. So aber auch heute Staudinger/*Seiler*, Einl zum SachenR, Rn. 20, der diese Ansicht als „vorherrschend" ansieht.

BGB bestehen, einschließlich der beschränkten dinglichen Rechte. Diese Ansicht geht freilich von der abzulehnenden Annahme aus, es gäbe ein Rechtsverhältnis (auch) zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten (also insbesondere Sachen).[10] Sie ist zudem bereits deshalb zur Wesensbestimmung dinglicher Rechte untauglich, weil keine Auseinandersetzung mit dem Inhalt dinglicher Rechte stattfindet. Es handelt sich um keine eigentliche Definition.[11] Vielmehr beschränken sich die Vertreter dieser Ansicht allein auf die Betrachtung der Bezugsobjekte und schließen von diesen auf die (Nicht-)Existenz eines dinglichen Rechts.

Diese enge am Sachbegriff des BGB orientierte Sichtweise ist heute obsolet, und es oblag der Literatur, diesen für das Sachenrecht wesentlichen Begriff mit einem dogmatisch fundierten Inhalt zu füllen. Sie hat von dieser Möglichkeit auch reichlich Gebrauch gemacht, obschon bis dato keine allseits überzeugende Definition gefunden werden konnte.[12]

I. Umfassende Ausschließungsbefugnisse als konstituierendes Merkmal

Ein besonderes Merkmal des dinglichen Rechts ist – gerade um den Gegensatz zu (bloß) relativen Rechten herauszustellen – die Absolutheit des Rechts, als von der Rechtsordnung gegebene Rechts- und Herrschaftsmacht mit Wirkung gegenüber jedermann, einschließlich des umfassenden Klageschutzes.[13] Denn dingliche Rechte sind ein Unterfall der absoluten Rechte, zu denen ferner die Persönlichkeitsrechte, die persönlichen Familienrechte und die Immaterialgüterrechte gehören sollen.[14] Oberbegriff dazu ist wiederum das subjektive Recht, damit werden absolute Rechte, relative Rechte und Gestaltungsrechte erfasst.[15] Bei dieser Betonung der Absolutheit als Eigenschaft wird vor allem die ausschließende Wirkung des dinglichen Rechts in den Vordergrund gerückt, also die Macht, sämtliche gegen das Recht gerichtete Eingriffe abwehren zu können. Mit dieser Ausschließungsbefugnis notwendig einhergehen muss die eigenständige Klagebefugnis des Inhabers als weiteres (Teil-)Merkmal eines dinglichen

---

[10] Siehe dazu auch *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, S. 62 ff. m. w. N.

[11] *Kühne*, AcP 140 (1935), 1, 11.

[12] So das Resümee von Staudinger/*Seiler*, Einl zum SachenR, Rn. 17.

[13] Siehe nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 2 Rn. 2. Eher skeptisch klingt es bei *Wieling*, Sachenrecht, der es für „nicht falsch" hält, „ein wesentliches Merkmal des dinglichen Rechts im absoluten Klageschutz zu sehen", a. a. O. § 1 II 2 a) (S. 15). Gegen eine Gleichsetzung von Absolutheit und Dinglichkeit aber *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts I, S. 5, der aber insgesamt und entgegen der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, die dinglichen Rechte müssten von ihrem positiven Inhalt her betrachtet werden. Gegen *Eichler* aber zu Recht *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht, S. 71.

[14] *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 2 (S. 14).

[15] Vgl. dazu etwa *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 27.

Rechts. Denn eine Befugnis zur Abwehr ohne die Möglichkeit einer eigenständigen Durchsetzung wäre eine im Ergebnis wenig werthaltige Rechtsmacht.

II. Weitere vorgeschlagene Kriterien und Stellungnahme

Einige Autoren meinen, dass sich damit der Inhalt eines dinglichen Rechts aber nicht erschöpfend erfassen lässt. Vielmehr soll es weitere Merkmale geben, die das Wesen eines solchen Rechts ausmachen. Als eines dieser Merkmale wird (in der Regel) die Zuordnungsfunktion und somit die Eigenschaft genannt, dass durch das Recht ein bestimmter Gegenstand einem Rechtssubjekt zugeordnet werde.[16] Dem kann aber schon aufgrund der vorhergehenden Ergebnisse der Untersuchung nicht zugestimmt werden, denn zugeordnet werden dem Rechtssubjekt keine Güter (und insb. keine Sachen), sondern werden allein konkrete Befugnisse als Inhalt des jeweiligen Rechts. Die (körperlichen und unkörperlichen) Güter werden infolgedessen allenfalls zugeteilt.[17] Dass die Zuordnungsfunktion überdies kein konstituierendes Merkmal gerade eines dinglichen Rechts sein kann, zeigt sich auch daran, dass auch durch Forderungsrechte bestimmte Befugnisse einem Rechtssubjekt (dem Gläubiger) zugeordnet werden, insoweit sogar mit absoluter Wirkung.[18] Derartige Rechte – die man durchaus als Herrschaftsrechte bezeichnen kann – sind aber zweifellos nicht dinglicher Natur, weil sie eben keine umfassende Ausschlussfunktion aufweisen.

Weitere Merkmale der Dinglichkeit sollen der Sukzessionsschutz sowie die Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit des Rechts sein.[19] Dass diese Merkmale aber tatsächlich tauglich sind, um die Eigenschaften eines dinglichen Rechts beschreiben zu können, darf bezweifelt werden, da diese auch bei zweifellos rein relativen Rechten vorkommen können. Dieser im Bereich der Immaterialgüterrechte durchaus kontrovers geführte Streit kann aber in dem hier zu untersuchenden Kontext offenbleiben, weil die Konzentration auf die Abwehr- und Klagebefugnis ausreicht, um das Wesen eines dinglichen Rechts beschreiben zu können.

---

[16] Vgl. *Canaris*, in: FS Flume (1978) S. 371, 373; *Wieling*, Sachenrecht, § 1 II 2 b (S. 16 f.), Staudinger/*Seiler*, Einl zum SachenR, Rn. 19 („die dinglichen Rechte sind Zuordnungsrechte").

[17] Dazu ausführlich oben Kap. 2 C. II. 1. b. (S. 92).

[18] *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 47 f.; *J. v. Gierke*, ZHR 115 (1953), 223, 226 ff. Dies anerkennt auch *Westermann*, Sachenrecht, § 2 IV, der aber trotzdem feststellt: „Das Wesen der Dinglichkeit ist ihre zuordnende Funktion", a. a. O.

[19] So *McGuire*, Die Lizenz, S. 394, was bezogen auf die Lizenz und vor allem eine „Verdinglichung" bei einfachen immaterialgüterrechtlichen Lizenzen aber durchaus seine Berechtigung haben mag. Im Ergebnis aber ablehnend *Hauck*, AcP 211 (2011), 626, 631 ff.

III. Zwischenfazit

An dieser Stelle bleibt es somit bei der Schutzwirkung des Rechts gegen alle „von außen" kommenden Eingriffe als konstituierendem Merkmal, so dass es letztlich diese „negative" Wirkung ist, die als entscheidend für die Kategorisierung eines Rechts als dinglich anzusehen ist.[20] Zusammenfassend sind die konstituierenden Eigenschaften eines dinglichen Rechts daher die umfassende Abwehr- und – damit im Zusammenhang stehend – die Klagebefugnis des Inhabers zur Abwehr von Eingriffen in das Recht. Insgesamt wird aus diesen Ausführungen zudem deutlich – und insoweit kann bereits ein Ergebnis dieses Abschnitts vorweggenommen werden –, dass der Begriff „dinglich" letztendlich nicht mehr ist als die Zustandsbeschreibung eines Rechts.

Es ist insbesondere nicht möglich, über die *Benennung* eines Rechts als dinglich wie auch immer geartete Wirkungen oder gar konkrete Rechtsfolgen „erschaffen" zu können. Denn diese ergeben sich nun einmal aus den Eigenschaften selbst, eben deshalb wird das Recht als dinglich angesehen. Dies mag selbstverständlich klingen, gerade im aktuellen Streit um die Rechtsnatur einfacher immaterialgüterrechtlicher Lizenzen ist aber immer wieder ein gegenteiliges Vorgehen zu beobachten.[21] Denn entweder ist ein Recht aufgrund seiner Eigenschaften dinglich, oder es ist es nicht, tertium non datur. Daher können auch Bezeichnungen wie „verdinglicht" oder „teil-verdinglicht" allenfalls Beschreibungen eines Zustands, eines Prozesses sein. Als quasi Vortäuschung einer inhaltlichen Definition sind sie nicht zielführend. Daran vermag auch das anerkannte – gleichwohl umstrittene – Phänomen der Verdinglichung eines obligatorischen Rechts bzw. eines Schuldverhältnisses nichts zu ändern,[22] weil auch dies im Ergebnis nur eine Zustandsbeschreibung darstellt, die ein Verständnis des Begriffs dinglich gerade voraussetzt.

B. Nießbrauch an Rechten als dingliches Recht?

Wie schon in der Einleitung angesprochen war schon vor Einführung des BGB eine kontroverse Diskussion über die Frage geführt worden, ob Rechte an Rechten überhaupt möglich seien. Dagegen bezeichnen die Motive diese Frage als allein „theoretischer Natur", die „dahingestellt bleiben [kann]".[23] Dass Rechte mit Rechten belastet werden können und wie dies dogmatisch aufzufas-

---

[20] So etwa auch *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht, S. 68 f., insb. S. 73 f.

[21] Siehe dazu noch unten BT Kap. 3 C. I. (S. 323 ff.).

[22] Umfassend dazu *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, passim; *Canaris*, in: FS Flume (1978) S. 371; *Weitnauer*, in: FS Larenz (1983), S. 705; *Hauck*, AcP 211 (2011), 626; *McGuire*, Die Lizenz, S. 529 ff. (für Lizenzen an Immaterialgüterrechten).

[23] Mugdan, Motive III, S. 539.

sen ist, wurde bereits dargelegt. Doch wo liegt nun eigentlich das Problem der Frage, ob ein Nießbrauch an einem Recht ein *dingliches* Recht sein kann?

Die Intention dieser Fragestellung wird deutlicher, wenn man sich das o.g. historische Verständnis dieses Begriffs in Erinnerung ruft. Dies gilt unbeschadet der bereits herausgearbeiteten Merkmale (auf die auch nochmals zurückzukommen ist), bei deren Vorliegen ein Recht als dinglich zu bezeichnen ist. Denn die beschriebene Kategorisierung ist eine eher moderne, differenzierte Sichtweise. Historisch gesehen war das Verständnis ein anderes, wodurch auch die angesprochenen Schwierigkeiten erklärbar werden. Für diese Sichtweise stehen exemplarisch die Motive zum BGB, wo das „Wesen der Dinglichkeit" als die unmittelbare Macht der Person über die Sache bezeichnet wird. Denn wenn das dingliche Recht „die Sache selbst [ergreift]",[24] können dingliche Rechte denknotwendig auch nur an Sachen bestehen.

I. Einmal mehr: Der enge Sachbegriff des BGB

In diesem Verständnis scheint – einmal mehr – der enge Sachbegriff des BGB auf. Durch diese Verknüpfung der Frage nach dem Wesen des dinglichen Rechts mit dem Sachbegriff – oder vielmehr: mit der Sache selbst – scheinen zudem auch die Irritationen unvermeidbar, die eintreten, wenn etwa beim Nießbrauch an einer Forderung ein dingliches Recht als an einem relativen Recht bestehend angenommen werden soll. Auch hier zeigt sich die elementare Wirkung des Körperlichkeitsdogmas, das dem BGB und insbesondere dessen sachenrechtlichen Regelungen zugrunde liegt.[25] Unbeschadet dessen erreichte diese Ansicht zum Wesen des dinglichen Rechts einige Verbreitung, und es setzte sich das Verständnis fest vom Wesen des dinglichen Rechts als der einer Person zukommenden unmittelbaren Sachherrschaft.[26]

II. Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache?

Aus dieser (engen) Sichtweise zum Wesen des dinglichen Rechts lässt sich die ehedem vertretenen Ansicht zum Wesen der Rechtsverhältnisse überhaupt herauslesen, die (auch) als zwischen einer Person (dem Rechtssubjekt) und einer Sache bestehend angenommen wurden.[27] Dies wiederum kann auf das rö-

[24] Mugdan, Motive III, S. 2. So auch *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 1 (S. 1); *Westermann*, Sachenrecht, § 1 II 3 b. Näher zu den Ursprüngen dieses Verständnisses im gemeinen Recht *Oertmann*, JherJB 31 (1892), 415 ff.; *Kühne*, AcP 140 (1935), 1, 10 ff.; *Fabricius*, AcP 162 (1963), 456, 467 ff.; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 37. jeweils m. w. N.

[25] Dazu oben Kap. 2 B. V. (S. 57 ff.).

[26] Vgl. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, § 29 II 2.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 77 I; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 2 I; *Raiser*, JR 1955, 118 f.; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (AT), § 46 (S. 148 f.).

[27] Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 71 I.

misch-rechtliche Aktionensystem zurückgeführt werden. Dort gab es mit der actio in rem ein Verfahren, das einen Zugriff unmittelbar auf eine Sache ermöglichte, ohne „Umweg" über einen Anspruch gegen eine Person.[28] Ein solches Verfahren ist dem geltenden bürgerlichen Recht freilich fremd, und dass die genannte Ansicht zum Rechtsverhältnis so heute nicht mehr vertreten wird wurde bereits dargelegt. Dies gilt trotz der Tatsache, dass sich in modernen Darstellungen noch immer die missverständliche Beschreibung des dinglichen Rechts als unmittelbarer Sachherrschaft findet und wenn infolgedessen von diesen Rechten und dem Sachenrecht überhaupt als „Rechtsbeziehungen zu Sachen" die Rede ist.[29] Auf letzteren Punkt wird im Folgenden noch besonders eingegangen.

III. Stellungnahme

Rechtliche Herrschaftsverhältnisse sind nur zwischen Rechtssubjekten möglich.[30] Eine *rechtlich* begründete Sachherrschaft gibt es nicht, so dass eine solche „Eigenschaft" bereits deshalb nicht zum Wesen eines dinglichen Rechts gehören kann. Möglich ist lediglich eine *tatsächliche* Sachherrschaft als faktische Machtbeziehung zwischen Person und Sache (Besitz, Detention), orientiert an rein physikalischen Gesichtspunkten, wie eben dem Ergreifen eines körperlichen Gegenstandes. Dies ist freilich keine neue Erkenntnis, sondern wird bereits durch einen Blick in das BGB deutlich gemacht. Denn nichts anderes meint der Begriff „Besitz" gem. § 854 BGB, der aber nun einmal kein Recht ist und auch kein *Rechts*verhältnis beschreibt, sondern eine rein *tatsächliche* Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Sache,[31] was aber im Ergebnis nicht

[28] *Hadding*, JZ 1986, 926 f.; Staudinger/*Seiler*, Einl zum SachenR, Rn. 17.

[29] So etwa MüKo-BGB/*Gaier*, Einl Sachenrecht, Rn. 4. Staudinger/*Seiler*, Einl zum SachenR Rn. 5 wählt zwar ebenfalls diese Formulierung, schränkt aber sogleich ein, dies sei so nur „in vereinfachender Zusammenfassung gesagt".

[30] Das wusste freilich schon *Kant:* „Es ist also ungereimt sich Verbindlichkeiten einer Person gegen Sachen und umgekehrt zu denken … . Es ist aber klar, daß ein Mensch, der auf Erden ganz allein wäre, eigentlich kein äußeres Ding als das Seine haben oder erwerben könnte; weil zwischen ihm als Person und allen anderen Dingen als Sachen, es gar kein Verhältnis der Verbindlichkeit gibt. Es gibt also, eigentlich und buchstäblich verstanden, auch kein (direktes) Recht in einer Sache, sondern nur dasjenige wird so genannt, was jemandem gegen eine Person zukommt … ", Metaphysik der Sitten, § 11 (S. 260). Notwendig ist daher konsequenterweise, dass mindestens zwei Rechtssubjekte existieren, die um mindestens ein Rechtsobjekt miteinander konkurrieren. Nur dann sind überhaupt auch subjektive Rechte sinnvoll, denn: „(d)urch einseitige Willkür kann ich keinen anderen verbinden, sich des Gebrauchs einer Sache zu enthalten, wozu er sonst keine Verbindlichkeit haben würde", *Kant*, a. a. O. Vgl. dazu auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 42 f. Gegen ein Rechtsverhältnis von Person und Sache auch schon *Pütter*, Die Lehre vom Eigenthum, § 4 (S. 17).

[31] Siehe nur MüKo-BGB/*Joost,* § 854 Rn. 3. So freilich auch schon *Oertmann*, JherJb 31 (1892), 415, 428 ff., unter Hinweis etwa auf *Lenel*, Exceptionen, S. 11, *Kirchmann*, Grundbegriffe, S. 108 und auf *Kant* (siehe vorstehende Fußnote); *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit, meint: „es giebt nur eine reale unmittelbare Herrschaft über die Sache und diese ist der

mehr ist als eine Zustandsbeschreibung. Dingliche Rechte können daher keine Person-Sache-Beziehung regeln, sondern ausschließlich die Beziehungen zwischen Rechtssubjekten, was allgemein für alle subjektiven Rechte gilt.[32] Eine solche Beziehung kann relativ oder absolut sein, also zwischen einigen individuell bestimmten Personen existieren oder zwischen einer Person und allen anderen Rechtssubjekten.[33]

Das ändert freilich nichts daran, dass sich ein dingliches Recht – falls das Recht eben die oben genannten Bedingungen der umfassenden Abwehrbefugnis und des Klageschutzes erfüllt – ohne weiteres auf eine Sache beziehen *kann*, wobei sich darin das Wesen eines solchen Rechts aber nicht erschöpft. Dabei ist das Recht Eigentum an einer Sache nicht mehr und nicht weniger als das Regelbeispiel eines dinglichen Rechts. Wie bereits ausgeführt wurde erhält das Eigentum und insbesondere dessen Zuordnungsfunktion aber erst dann überhaupt eine rechtliche Relevanz, wenn ein anderes Rechtssubjekt auftritt, das dem Eigentümer dessen Recht streitig macht, oder wenn dieser es in Übereinstimmung mit dem Eigentümer nutzen oder erwerben möchte etc. Ansonsten geht der Inhalt der Zuordnung nicht über eine wirtschaftliche Bedeutung hinaus. Wobei bei Befugnissen insgesamt besser von einem „Zugeordnetsein" die Rede sein sollte und nicht von einer „Zuordnung", da letzterer Begriff fälschlich suggeriert, es passiere etwas von außen kommendes, etwas aktives.[34]

Es bleibt vielmehr dabei, dass es sich, wenn von Rechten in Bezug auf Güter die Rede ist, wegen des fehlenden Rechtsverhältnisses (s.o.) immer nur um die Beschreibung eines tatsächlichen Zustands handeln kann. Sachen (körperliche Gegenstände) gehören einem bestimmten Rechtssubjekt oder eben nicht. Mit der Formulierung „Eigentum an …" wird allein zum Ausdruck gebracht, dass dem Eigentümer Abwehrbefugnisse gegenüber allen denjenigen Rechtssubjekten zustehen, die dieses „Gehören" in Frage stellen. Das Eigentum ist also immer (nur) eine „nach außen" gerichtete Rechtsposition und nur im Verhältnis zu Dritten überhaupt denkbar. Denn – bildlich gesprochen – „interessiert" es einen Stuhl nicht, ob er einen Eigentümer hat, so wie dieser dem Stuhl gegen-

---

Besitz im Sinne der physischen Kraft (Detention, Inhabung).", a.a.O. S. 11. *Liebe, Johows* „Hülfsarbeiter" bei der Abfassung der Vorlagen zum Sachenrecht, betont ebenfalls, der Entwurf gehe davon aus, dass „die Inhabung ein rein thatsächliches Verhältnis sei", Sachenrechtliche Erörterungen, § 1 (S. 1). *Sohm* weist explizit darauf hin, dass dem BGB nicht ein römisch-rechtliches Verständnis des Besitzes zugrunde liegt, „sondern die deutsche Gewahrsam (die Detention)", in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 39. Jhg. (1895), 737, 748.

[32] Zu diesem Begriff schon oben Kap. 3 B. III. (S. 155).

[33] Umfassend *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 37 ff.; *Hadding*, JZ 1986, 926 f.; *Larenz/Wolf*, BGB AT § 13 Rn. 11 ff.; so aber auch schon *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 11 f. Die Ausübung der sachenrechtlichen Ansprüche und somit die Durchsetzung des dinglichen Rechts erfolgt dann freilich auch gegenüber einem konkreten Rechtssubjekt, vgl. *Hadding*, JZ 1986, 926, 928.

[34] Dahingehend auch *Schapp*, Das subjektive Recht, S. 39 f.

über auch keine Rechtsmacht ausüben kann. Für ein anderes Rechtssubjekt ist dies aber möglicherweise schon relevant, jedenfalls dann, wenn dieses in Bezug auf den Stuhl eine Handlung vornehmen möchte, die mit den Interessen des Eigentümers kollidieren könnte.

Diese bisherigen Ergebnisse sind bereits geeignet einige der Bedenken zu zerstreuen, die hinsichtlich der Rechtsnatur eines Nießbrauchs an einem anderen Recht bestehen könnten. Denn durch die Vermeidung der Gleichsetzung von dinglichem Recht mit einer wie auch immer gearteten (rechtlichen) Sachherrschaft und somit der Ausblendung des problembehafteten BGB-Körperlichkeitsdogmas,[35] ist vor allem die womöglich „verstörende" Vorstellung[36] eines *dinglichen* Rechts (als verstandene *Sach*herrschaft) an einem *relativen* Recht nicht zwingend. Sie ist nach dem hier erläuterten Ansatz sogar unzutreffend. Denn weder dingliche noch relative Rechte können von einem Rechtssubjekt „beherrscht" werden, jedenfalls nicht im hier relevanten *rechtlichen* Sinne.

Wie sich die Rechtsnatur eines Nießbrauchsrechts sowohl bei der Belastung von dinglichen als auch bei relativen Rechten im Einzelnen darstellt, soll in einem 2. Schritt nachfolgend an Beispielen untersucht werden. Zunächst wird dabei am Beispiel des Rechts aus dem Patent auf diesbezügliche Besonderheiten bei Immaterialgüterrechten eingegangen, denn gerade bei diesen tritt das Phänomen der Unkörperlichkeit besonders prägnant zu Tage.

C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten

Wird ein Immaterialgüterrecht mit einem Nießbrauch belastet, etwa das Recht aus dem Patent, kommt es zu der bereits beschriebenen Vergemeinschaftung des Rechts mit der Zugangseröffnung zugunsten des Berechtigten auf bestimmte Befugnisse des Inhabers des Stammrechts.[37] Für die Frage der Rechtsnatur des Nießbrauchsrechts ist zunächst auf die Rechtsnatur des tatsächlich belasteten Rechts einzugehen. Bei der hier angesprochenen Konstellation kommt das Recht aus dem Patent als Gegenstand der Belastung in Frage. Wie bei allen Immaterialgüterrechten herrscht insoweit die Ansicht vor, dass an einem solchen Recht ein „Nießbrauch als dingliches Recht" bestellt werden kann.[38]

---

[35] Siehe dazu Kap. 2 B. V.

[36] Von „Anomalie" spricht *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 89.

[37] Dazu oben Kap. 2 C. III. 2. (S. 113 ff.).

[38] Vgl. Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 13; Benkard/*Ullmann*, PatG § 15 Rn. 42; Busse/*Hacker*, PatG, § 15 Rn. 43. Dort wird allgemein vom Nießbrauch „am Patent" gesprochen, was eine gängige vereinfachende Formulierung ist. Im Ergebnis ist es aber nicht das Patent als solches oder die (unkörperliche) Erfindung als Gegenstand des Patents (vgl. *Kraßer*, Patentrecht, § 1 II) welche belastet werden kann, sondern belastbar ist ausschließlich das konkrete *Recht aus dem Patent* als subjektives Recht. In Bezug auf dieses Recht käme es dann durch die Belastung zur beschriebenen Vergemeinschaftung.

I. Die Rechtsnatur von Immaterialgüterrechten am Beispiel des Patents

Ob diese Annahme tatsächlich zutrifft hängt vor allem davon ab, ob derartige Rechte selbst dingliche Rechte sind.[39] Genau dies ist aber nicht selbstverständlich. Ausgangspunkt einer insoweit bestehenden Skepsis ist, dass es sich bei Immaterialgüterrechten – auch als „geistiges Eigentum" bezeichnet[40] – um Rechte handelt, die dem Sacheigentum zwar *vergleichbar*, aber eben doch verschieden davon sind. Denn diese Rechte haben als Bezugsobjekt eine unkörperliche geistige Leistung (etwa eine Erfindung) und eben keine Sache i. S. von § 90 BGB. Wie schon ausgeführt ist es aber eben nun einmal dieses Körperlichkeitsdogma, welches das BGB wie ein roter Faden durchzieht und was deshalb eine Gleichsetzung von geistigem Eigentum (Immaterialgüterrechten) und Sacheigentum nicht nur erheblich erschwert, sondern letztendlich sogar unmöglich macht.

1. Kraßers Vorschlag einer Kategorisierung

Aufgrund dieses Dilemmas plädiert namentlich *Rudolf Kraßer* dafür, den Begriff *dinglich* in Bezug auf Immaterialgüterrechte durch *gegenständlich* zu ersetzen, quasi als ein Weniger im Vergleich dazu. Er tut dies vor allem unter Hinweis darauf, dass das Verständnis der Dinglichkeit untrennbar mit dem Eigentumsbegriff des BGB verknüpft und quasi dafür reserviert sei.[41] Hinter diesem Vorschlag scheint indes ein Verständnis des Begriffs dinglich hindurch, der einen unmittelbaren Bezug herstellt zum BGB-Sachbegriff. Wie bereits ausgeführt haben diese Begriffe aber nichts miteinander zu tun. Auch ist der Ausdruck „gegenständlich" nicht wirklich zielführend, denn damit würde wiederum auf den Begriff des Gegenstands abgestellt, der aber – wie gezeigt wurde – mindestens so problembelastet ist, wie der Begriff der Dinglichkeit.[42]

Kraßers Vorschlag ist daher bereits deshalb problematisch, weil er an dieser Stelle nichts anders tut, als den Begriff dinglich über den Inhalt des Rechts zu definieren (das Bezugsobjekt), hier eben über den Sachbezug beim Eigentum. Dass es darauf aber insoweit nicht ankommt, sondern vielmehr auf die genannten *Wirkungen* eines Rechts, wurde bereits ausgeführt.[43] Auch ist *Kraßer* der Ansicht, wenn er über die Vergleichbarkeit von geistigem Eigentum und Sacheigentum spricht, dass auch ersteres einen außerpersönlichen Gegenstand einem Rechtssubjekt ausschließlich zuordne, was – wie beim Sacheigentum – zur

---

[39] Zur vergleichbaren Diskussion über die Rechtsnatur vor allem von einfachen immaterialgüterrechtlichen Lizenzen siehe noch unten BT Kap. 3 B.

[40] Umfassend dazu *Kraßer*, Patentrecht, § 2 I (S. 11 f.) und § 3 III (S. 37 f.); *Lehmann*, Finanzinstrumente, S. 190 ff.; *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 169 ff., auch zur Entwicklung und zur Kritik an diesem Begriff. Dazu schon oben Kap. 2 B. III. 2. (S. 50 f.).

[41] Patentrecht, § 2 I (S. 11 ff.). Er kommt dann zu einer qualitativen Abstufung in Bezug auf Rechte in gegenständlich-dinglich-absolut, a. a. O. S. 13.

[42] Zum Gegenstandsbegriff oben Kap. 2 B.

[43] Dazu oben A. I.

Bildung einer Person-Gegenstands-Beziehung führe.[44] Auch dies ist jedoch mit der hier vertretenen Ansicht dann nicht vereinbar, wenn als Gegenstand in diesem Sinne die jeweilige geistigen Leistungen selbst – also das immaterielle Gut, beim Patent die Erfindung – verstanden wird. Denn durch Rechte werden eben keine solchen Gegenstände einem Rechtssubjekt zugeordnet, sondern Befugnisse als Inhalte von an diesen Gegenständen bestehenden Rechten.

Es kommt infolgedessen auch nicht zu einer jedenfalls *rechtlich* relevanten Person-Gegenstands-Beziehung, sondern über die von der Rechtsordnung anerkannten Rechte *an* den Gütern zu Beziehungen ausschließlich zwischen Rechtssubjekten. Die Beziehung zum Gegenstand bleibt eine rein tatsächliche. Denn die Ausschließlichkeit einer Zuordnung ist auch bei derartigen Rechten nur im Verhältnis „nach außen", also in Bezug auf andere Rechtsubjekte hin, relevant, und nicht für das Verhältnis des Rechtssubjekts zu „seinem" immateriellen Gut, also „nach innen". Es lässt sich sogar sagen, dass die Ausschließlichkeit eines Rechts nur im Außenverhältnis rechtlich überhaupt existiert. Wobei sich diese Aussage noch erweitern lässt auf die Annahme, dass ein subjektives Abwehrrecht überhaupt erst entsteht, wenn die konkrete Gefahr einer individuellen Rechtsverletzung besteht.[45] So ist etwa die Erfindung dem Erfinder bereits tatsächlich („nach innen") „zugeordnet", dafür bedarf es keines Ausschließlichkeitsrechts.[46] Erst dann, wenn eine Beeinträchtigung „von außen" droht, ist eine solche Abwehrfunktion auch notwendig.

2. *Zwischenfazit*

Zur Bestimmung der Rechtsnatur von Immaterialgüterrechten bleibt es also bei der Prüfung anhand der eingangs genannten Kriterien. Dabei macht eine etwaige Vergleichbarkeit mit dem Sacheigentum ebensowenig wie die unleugbar bestehenden diesbezüglichen Unterschiede eine von vornherein zu treffende Weichenstellung für die Frage des Wesens der Belastung notwendig. Maßgebliches Kriterium für die Frage eines womöglich dinglichen Charakters ist bei Immaterialgüterrechten also die Rechtsmacht, Dritten die Nutzung des Rechts zu untersagen.[47] Denn dies ist es, was das Wesen eines Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrechts ausmacht.

Hinsichtlich der Abwehr- und Klagebefugnisse werden für das Recht aus dem Patent durch § 9 PatG umfassende Befugnisse des Patentinhabers genannt.

---

[44] Patentrecht, § 2 I (S. 13); *ders.* GRUR Int. 1983, 537, 538 („Unmittelbarkeit der Gegenstandsbeziehung").

[45] So *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 52 unter Bezugnahme auf *Jhering*.

[46] Anderenfalls wäre eine nicht immaterialgüterrechtlich geschützte Erfindung dem Erfinder konsequenterweise auch nicht zugeordnet. Was aber würde dies bedeuten? Dürfte der Erfinder die Erfindung dann etwa selbst nicht nutzen? Dazu noch unten BT Kap. 3 B. I. 1. (S. 297 ff.).

[47] Siehe nur *Kraßer*, GRUR Int. 1973, 234 f.; *ders.* GRUR Int. 1983, 537, 540.

Gerade diese Eigenschaften, alle unberechtigten Eingriffe Dritter umfassend abwehren zu können, sind es, die das Patent zum Musterbeispiel eines Ausschließlichkeitsrechts außerhalb des Eigentums haben werden lassen. Durch § 10 PatG werden diese Abwehrbefugnisse zudem auf mittelbare Eingriffe (Fälle der sog. mittelbaren Patentverletzung) erweitert.[48] Die Durchsetzung dieser Befugnisse, also das Vorgehen des Verletzten gegen Handlungen, die „entgegen den §§ 9 bis 13" vorgenommen werden, richtet sich nach § 139 PatG. Ohne auf diese Vorschrift und die begleitenden Ansprüche etwa auf Vernichtung (§ 140a PatG) und Auskunft (§ 140b PatG) näher eingehen zu müssen,[49] lässt sich feststellen, dass dem Inhaber des Rechts aus dem Patent umfassende Abwehr- und Klagebefugnisse zustehen. Aus diesen Ergebnissen zum absoluten Schutz des Inhabers des Rechts aus dem Patent durch umfassende Abwehr- und Klagebefugnisse ergibt sich, dass dieses Recht als dingliches Recht angesehen werden kann, weil es die (entscheidenden) Merkmale der Dinglichkeit aufweist.[50]

II. Die Rechtsnatur des Nießbrauchs beim Recht aus dem Patent

Für die Belastung des Rechts aus dem Patent etwa mit einem Nießbrauch bedeutet dieses Ergebnis, dass es als Folge des Konzepts der Vergemeinschaftung nur dazu kommen kann, dass die Belastung selbst auch als dingliches Recht anzusehen ist. Denn – wie bereits umfassend erläutert – bedeutet Belastung im Kern eine Aufteilung der Befugnisse des belasteten Rechts zwischen dem Inhaber des Stammrechts und dem Inhaber des belastenden Rechts (des Nießbrauchers). Innerhalb dieser Gemeinschaft kann es aber keine Wesensverschiedenheit zwischen Stammrecht und Belastung geben, denn aufgeteilt werden ja gerade die sich aus dem Stammrecht ergebenden Befugnisse des Inhabers – bzw. wird die jeweilige Ausübungsmacht in Bezug auf diese Befugnisse – die zur Kategorisierung des Rechts als dinglich geführt haben. Die Belastung teilt daher im Ergebnis die Eigenschaft des Stammrechts als dingliches Recht.

D. Nießbrauch an dinglichen Rechten

Bei mit einem Nießbrauch belastbaren Rechten, bei denen die Kategorisierung als „dinglich" nicht bezweifelt wird, wie etwa bei der Grund- und Renten-

[48] Eine Beschränkung der Rechte ergibt sich aus den folgenden §§ 11 bis 13 PatG. Ausführlich zum Regelungsinhalt der §§ 9, 10 PatG noch unten BT Kap. 3 B. I. 1. (S. 297 ff.).

[49] Vgl. dazu etwa die einschlägigen Kommentierungen zum Patentgesetz im *Benkard*, *Busse* und *Fitzner/Lutz/Bodewig,* sowie die umfassenden Darstellungen bei *Kraßer*, Patentrecht, § 35 (S. 841 ff.) und bei *Kühnen*, Handbuch der Patentverletzung, 6. Aufl. 2013.

[50] Gegen die Einordnung von „Patentrecht" und „Urheberrecht" als dingliche Rechte aber schon frühzeitig *Kohler*, Forschungen aus dem Patentrecht, S. 117 (mit Fn. 3). A.A. seinerzeit aber etwa *Klostermann*, Das geistige Eigentum I, S. 114.

schuld[51] (vgl. § 1080 BGB), kann im Anschluss an die für Immaterialgüterrechte gefundenen Ergebnisse auch das belastende Recht nur als dingliches Recht angesehen werden.[52] Dies folgt wiederum aus dem Konzept der Vergemeinschaftung, bei dem das belastende Recht – notwendig – die Wesensmerkmale des belasteten Stammrechts teilt.

E. Nießbrauch an obligatorischen Rechten

Die bisherigen Ergebnisse müssten für obligatorische Rechte zu dem Ergebnis führen, dass es wegen der Vergemeinschaftung abermals zu einem Gleichlauf zwischen belastetem Recht und Nießbrauch kommt, beide Rechte also nur obligatorischer Natur wären. Da es sich dabei freilich um einen höchst umstrittenen Komplex handelt und das Ergebnis augenscheinlich im offensichtlichen Widerspruch steht zur Grundannahme des Nießbrauchs (an Rechten) als einem (beschränkten) dinglichen Recht,[53] soll auf diese Problematik im Folgenden näher eingegangen werden.

I. Ansichten zur Rechtsnatur von Forderungen

Habersack nimmt bei der Belastung einer Forderung mit einem Nießbrauchs- oder Pfandrecht an, dass diese Rechte nur relative Rechte seien, da sie ebensowenig wie die Forderung selbst einen Gegenstand zuordnen.[54] Die Relativität von Forderungen wird dabei vor allem durch die Formulierung in § 241 Abs. 1 S. 1 BGB begründet, da sich der durch das Forderungsrecht verkörperte Leistungsbefehl des Gläubigers allein gegen den Schuldner richte.[55] Diese Ansicht zum – bloßen – relativen Charakter eines belastenden Rechts an einer Forderung wird auch von weiteren Stimmen in der Literatur geteilt,[56] sofern diese

---

[51] Zu den Grundpfandrechten als (beschränkte) dingliche Rechte siehe nur *Wieling*, Sachenrecht I, § 1 II 3 a) (S. 18 f.); *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 1434; *Habersack*, Sachenrecht, § 16 Rn. 344. Eine Sonderrolle spielt die Hypothek, die in § 1080 BGB nicht erwähnt ist, weil bereits wegen der insoweit strengen Akzessorietät die Bestimmungen über den Forderungsnießbrauch anzuwenden sind (§§ 1074 ff. BGB), vgl. Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 4 und unten BT Kap. 4 C.

[52] So auch *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 134 als Vertreter des Konzepts der Belastung als Abspaltung und Teil-Übertragung.

[53] Vgl. etwa Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1068–1084 Rn. 3: „dingliche Rechtsstellung"; Soergel/*Stürner*, Vor § 1068 Rn. 1; *Habersack*, Sachenrecht, § 4 Rn. 59.

[54] Sachenrecht, § 1 Rn. 12; *ders.* Die Mitgliedschaft, S. 111.

[55] *Medicus*, in: FS Steffen, S. 333, 334 unter Hinweis auf Mugdan, Motive II, S. 727.

[56] Vgl. Baur/*Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 3; *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 105 f.; dahingehend auch *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 120 (S. 471); *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 120 I, § 175 I. A.A. *Fabricius* AcP 162 (1963), 456, 474 m. w. N. zu weiteren abweichenden Stimmen.

Frage überhaupt problematisiert wird. Andere gehen dagegen auch dann von einer dinglichen Rechtsnatur des Nießbrauchs aus, wenn eine (schuldrechtliche) Forderung belastet wird.[57]

1. *Forderung und Zuordnung*

Zum Argument der fehlenden Zuordnungsfunktion einer Forderung lässt sich zunächst feststellen, dass dem im Ergebnis zuzustimmen ist. Insoweit können vor allem die Versuche nicht überzeugen, nach denen eine von der Forderung – genauer: dem Recht *aus* der Forderung – verschiedene Forderungszuständigkeit als Recht des Gläubigers *auf* die Forderung existiert, die zudem ein absolutes Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB sein soll.[58] Denn wie bereits dargelegt[59] ist es gerade die Tatsache, dass ein Anspruch einem Rechtssubjekt zustehen soll, die „Forderung" genannt wird.[60] Der konkrete Inhalt der Forderung ist das *Forderungsrecht*. Die Forderung (und somit das Forderungsrecht) ist aber überhaupt nur zugeordnet denkbar, ansonsten ist es kein solches Recht, es existiert nicht.[61] Ohne hier das Semantische überstrapazieren zu wollen, setzt bereits das Wort „fordern", welches erkennbar ein Element der Willensausübung enthält, die Existenz eines Subjekts voraus, das eine solche Willensausübung vornehmen kann (sowie ein zweites Subjekt, gegen das sich diese Ausübung richtet). Eine Forderung ohne „Fordernden" ist nicht vorstellbar. Insoweit besteht daher kein Raum für die Annahme eines weiteren, eigenständigen Rechts des Gläubigers *auf* die Forderung, was sich wiederum auf die hier geführte Untersuchung auswirken würde.

---

[57] Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 20. Im vorhergehenden Satz heißt es freilich, dass der „Inhalt [des Nießbrauchs] durch Art und Inhalt des belasteten Rechts bestimmt [wird] und insoweit dem belasteten Recht gleichartig [ist]", was m.E. mit der nachfolgenden Aussage nicht recht zusammenpassen mag. Der zum Beleg angeführte Fundstellenhinweis auf *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 3 verkennt, dass dort sehr wohl davon ausgegangen wird der Nießbrauch teile gegenüber Dritten die Rechtsnatur des belasteten Rechts. Nur *gegenüber dem Besteller* soll das belastende Recht einen dinglichen Charakter aufweisen, was aber eine davon zu unterscheidende Fragestellung ist. Dazu noch unten II.

[58] Vgl. dazu *Picker*, in: FS Canaris Bd. I, S. 1001, 1003 ff.; MüKo-BGB/*Wagner,* § 823 Rn. 161. Dies vor allem deshalb, weil es ansonsten von der h.M. abgelehnt wird, Forderungen in den Schutzbereich von § 823 Abs. 1 BGB einzubeziehen, vgl. nur *Medicus*, in: FS Steffen, S. 333; Erman/*Schiemann*, § 823 Rn. 36; MüKo-BGB/*Wagner,* § 823 Rn. 160; *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 186 ff.; RGZ 57, 353, 356; BGHZ 12, 308, 317 f. A.A. *Canaris,* in: FS Steffen, S. 85.

[59] Oben Kap. 2 B. V. 5. a. (S. 72).

[60] Vgl. *Becker*, AcP 196 (1996), 439, 459, der formuliert: „Die Forderung … selbst ist die Zuordnung".

[61] Vgl. nur *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte, S. 105. A.A. als hier auch *Lehmann*, Finanzinstrumente, der Forderungen ebenso wie Sachen für zuordnungsbedürftig hält, a. a. O. S. 222.

2. Stellungnahme

Wie aber bereits erörtert wurde, ist die Zuordnungsfunktion eines Rechts nicht geeignet, um über dessen Rechtsnatur Aussagen treffen zu können, so dass aus deren Fehlen auch keine Schlussfolgerungen auf die Rechtsnatur einer Forderung möglich sind. Vielmehr fehlt der Forderung unbeschadet der Annahme einer „Forderungszuständigkeit" bereits deshalb der dingliche Charakter, weil beim Inhaber die Eigenschaften der umfassenden Abwehr- und Klagebefugnis fehlen. So kann ein Dritter gerade „mannigfaltig" auf den Inhalt oder den Bestand der Forderung einwirken.[62] Er kann etwa die Kaufsache zerstören, auf die sich der Übereignungsanspruch als Forderungsrecht richtet, ohne dass der Inhaber der Forderung derartige Eingriffe in sein Forderungsrecht abwehren, also entsprechende Abwehrrechte geltend machen könnte. Wird die Leistung dem Schuldner dadurch gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, erlischt die Befugnis des Gläubigers, Erfüllung in Natur verlangen zu können und endet somit das Forderungsrecht ipso iure. Zugleich endet auch die Verpflichtung des Schuldners, zur Bewirkung der Leistung in Natura tätig zu werden.[63]

Dieser Rechtsverlust wird auch nicht durch die an die Stelle des Forderungsrechts tretenden Ansprüche des Gläubigers gem. § 275 Abs. 4 i. V. mit §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326 BGB gleichwertig kompensiert, was aber ohnehin bereits eine Inhaltsänderung darstellt, gegen die sich der Gläubiger nicht wehren kann. Denn diese Ansprüche sind nicht mit dem Inhalt des ursprünglichen Forderungsrechts identisch und auch nicht notwendig gleichwertig. Sie sind vielmehr als (bloße) Sekundäransprüche zudem an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft, wie beim Anspruch auf Schadensersatz an ein Vertretenmüssen des Schuldners.

II. Die Rechtsnatur von Forderungen

Forderungen wirken nur gegenüber dem jeweiligen Schuldner – also relativ – und gewähren insbesondere keine umfassenden Abwehrrechte (und folgerichtig Klagerechte) gegen Eingriffe durch Dritte. Sie sind daher keine dinglichen, sondern rein obligatorische Rechte. Nach den obigen Ergebnissen zu den notwendigen Strukturmerkmalen der dinglichen Rechte selbst und zu den an ihnen bestehenden Rechten, müsste es nun im Konzept der Vergemeinschaftung abermals so sein, dass das belastende Recht – wie ein Nießbrauchsrecht – die Rechtsnatur des belasteten Rechts teilt. Ein solches Recht könnte daher auch kein dingliches Recht sein. Dieses Ergebnis würde zudem durch die Beachtung des Grundsatzes veranschaulicht, dass der Inhaber eines Rechts durch eine Verfügung einem anderen Rechtssubjekt kein *Mehr* an Rechtsmacht einräumen

[62] So *Medicus*, in: FS Steffen, S. 333, 334.
[63] MüKo-BGB/*Ernst*, § 275 Rn. 67.

kann. Die Belastung kann nicht mehr an Abwehrrechten aufweisen als die belastete Forderung selbst.

Diese Sichtweise ist aber unvollständig, denn für die Frage der Eigenschaft eines belastenden Rechts – etwa eines Nießbrauchs – ist auch auf dieses abzustellen und nicht allein auf den belasteten Gegenstand. Für dieses beschränkte Recht ist anhand des maßgeblichen Kriteriums der Dinglichkeit (die Existenz umfassender Abwehr- und Klagebefugnisse) zu ermitteln, ob eine solche Rechtsnatur anzunehmen ist. Anhand der diesbezüglichen Ergebnisse ist dann in einem weiteren Schritt zu ermitteln, ob sie mit dem Konzept der Vergemeinschaftung in Einklang zu bringen sind.

Kommt es zum Eingriff eines Dritten in den Nießbrauch an einem Forderungsrecht, und wird etwa dem Nießbraucher die Einziehung von Zinsen unmöglich gemacht, kann dieser einen solchen Eingriff nicht abwehren, jedenfalls nicht unmittelbar etwa über §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB (analog). Denn sein Recht zur Einziehung der Zinsen ist kein sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB.[64] Ihm steht allenfalls ein Anspruch auf Bereicherungsausgleich gegen den Dritten zu, etwa über § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, wenn man eine solche Beeinträchtigung als Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines dem Nießbraucher zustehenden Rechts ansieht.

An diesem Ergebnis vermag auch § 1065 BGB nichts zu ändern, der zugunsten des Nießbrauchers die §§ 985 bis 1007 BGB für (analog[65]) anwendbar erklärt, obwohl die Vorschrift über § 1068 Abs. 2 BGB auch für den Nießbrauch an Rechten anzuwenden ist und sich keine entgegenstehenden Bestimmungen in den §§ 1069 bis 1084 BGB finden. Denn § 1065 BGB ist hier nicht anwendbar, da ersichtlich die „Körperlichkeit des Nießbrauchsgegenstandes" vorausgesetzt wird,[66] also die Körperlichkeit desjenigen Gegenstandes, welcher Bezugsobjekt des belasteten Rechts ist. Dies gilt im Übrigen für alle Vorschriften in den §§ 1030 ff. BGB, wenn diese „wegen der Natur des betreffenden Rechts" auf den Nießbrauch an Rechten nicht passen.[67] Die Unanwendbarkeit der §§ 985 bis 1007 BGB über § 1065 BGB bei obligatorischen Rechten zeigt sich vor allem daran, dass diese Ansprüche vor allem auf das Vorliegen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses abstellen, ein solches ist aber bei Forderungsrech-

---

[64] Zum deliktischen Schutz des Nießbrauchers siehe noch unten BT Kap. 1 F. 1. (S. 264 ff.).

[65] Mugdan, Motive III, S. 532.

[66] Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 9. Anders MüKo-BGB/*Damrau* zur vergleichbaren Vorschrift des § 1227 BGB beim Pfandrecht an Rechten. Danach soll diese Vorschrift auch bei Forderungen anwendbar sein, jedenfalls mit dem Ziel der Feststellung des Pfandrechts gegenüber einem das Pfandrecht bestreitenden Dritten, a. a. O. § 1273 Rn. 9. Dagegen Staudinger/*Wiegand*, § 1273 Rn. 22; RGRK-BGB/*Kregel*, § 1273 Rn. 8: nur dann anwendbar, wenn das Pfandrecht zum Besitz der Sache berechtigt (§ 952 BGB) oder wenn eine Sachübergabe zur Pfandbestellung notwendig ist (§ 1274 Abs. 1 S. 2 BGB). Zu § 1065 BGB auch noch unten BT Kap. 1 F.

[67] Vgl. Planck/*Brodmann*, § 1068 Ziff. 2 e) (S. 668).

ten nicht vorstellbar. Eine Anwendung auf Forderungen würde zudem dazu führen, dass obligatorische Rechte wie das Eigentum geschützt wären, wobei dann konsequenterweise auch ein Schutz als „sonstiges Recht" i. S. von § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr verneint werden könnte. Denn es wäre kein Grund ersichtlich, ein Nießbrauchsrecht an einer Forderung derart umfassend zu schützen, die Forderung selbst aber nicht.

Danach fehlt dem Nießbraucher also ein umfassendes Abwehrrecht gegen Eingriffe Dritter, der Nießbrauch an einer Forderung kann daher kein dingliches Recht sein.[68] Es bleibt also auch bei dieser Fallgruppe dabei, dass das *belastende* Recht die Rechtsnatur des *belasteten* Rechts teilt.[69] Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Konzept der Vergemeinschaftung.

Zur Rechtsnatur des Nießbrauchs an Rechten (und vergleichbar bei Pfandrechten) finden sich ferner Stellungnahmen, die das (Innen-)Verhältnis des Nießbrauchers zum Besteller betreffen, also zum Inhaber des Stammrechts. Insoweit wird die Ansicht vertreten, das Nießbrauchsrecht sei jedenfalls im Verhältnis zum belasteten Recht „dinglich", auch wenn es an Forderungsrechten besteht und wenn für das Verhältnis gegenüber Dritten insoweit eine dingliche Rechtsnatur abgelehnt wird.[70] Begründet wird dies mit dem Sukzessionsschutz, denn die Übertragung einer Forderung ist nur zusammen mit dem belasteten Recht möglich und die Belastung wirkt auch gegenüber dem Erwerber.[71] Unberührt soll der Nießbrauch auch bei der Insolvenz des Inhabers des Stammrechts bleiben, sowie dann, wenn ein Dritter im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung auf das Stammrecht zugreift.[72]

Dies alles trifft zu, gehört aber nicht in den Kontext der Frage nach der Rechtsnatur des Nießbrauchs *gegenüber Dritten*. Denn nur diesen gegenüber – also im Außenverhältnis – spielt diese Frage mangels unmittelbarer schuldrechtlicher Ansprüche des Nießbrauchers gegen Beeinträchtigungen seines Rechts eine Rolle. Davon ist das Verhältnis zum Inhaber des Stammrechts (Besteller) zu unterscheiden, innerhalb dessen derartige Ansprüche gerade existieren und wo die Frage nach (sonstigen) Abwehrbefugnissen und namentlich

---

[68] So im Ergebnis auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 45 f.

[69] So wohl auch *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 120 a) 2. (S. 471). Er kommt dazu auf Grundlage seiner „Teilungsterminologie" und des „Verzweigungsbildes" zur Erklärung von Rechten an Rechten. Dieses Ergebnis ist basierend darauf auch konsequent, denn der Teil eines Rechts – als solches sieht er das Phänomen einer Belastung an – ist denknotwendig von derselben „Beschaffenheit" wie der „Rest". Die Schwäche seines Erklärungsansatzes liegt freilich darin, dass *Heck* nicht weiter darauf eingeht, *was* letztendlich wirklich geteilt wird und wie diese Teilung überhaupt gedacht werden muss. Er bestätigt damit freilich (ungewollt) seine einleitende Bemerkung, wonach die „Lehre von den Rechten an Rechten … als schwierig (gilt)", Grundriß des Sachenrechts, § 120 a) 2. (S. 470).

[70] Siehe MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 12 f.

[71] Baur/*Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 3.

[72] Vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 13.

Delikts-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen[73] daher auch keine vergleichbare Relevanz besitzt. Die Annahme einer dinglichen Rechtsnatur des Nießbrauchs „im Innenverhältnis" ist daher ohne weiteres möglich, für die Frage der Rechtsnatur im „Außenverhältnis" können daraus aber keine weiteren Schlüsse gezogen werden.

Zusammenfassung Kapitel 4

Im Ergebnis bleibt daher zur Frage der Rechtsnatur des Nießbrauchs bei der Belastung von Rechten festzuhalten, dass sich diese nach der Rechtsnatur des belasteten Rechts richtet. In diesem Kapitel konnte somit in Ergänzung zu den Ergebnissen aus Kapitel 3 ein weiteres Ergebnis im Rahmen der dogmatischen Befassung mit der Grundstruktur des Nießbrauchs an Rechten gefunden werden.

Im Einzelnen gilt, dass das belastende Recht – etwa der Nießbrauch – im Konzept der Vergemeinschaftung notwendig die Rechtsnatur des belasteten Rechts (des Stammrechts) *teilt*, es ist daher entweder dinglich oder obligatorisch. Dies muss so sein, denn die Vergemeinschaftung führt gerade – wie dargestellt – zur inhaltlichen Modifikation des belasteten Rechts (also in Bezug auf die jeweiligen Befugnisse, die die Rechtsmacht des Inhabers ausmachen), ohne dieses aber wesensmäßig zu ändern, was freilich auch nicht notwendig ist. Ist das belastete Recht obligatorisch, kann daher auch das Nießbrauchsrecht nicht dinglich sein.

Dieses Ergebnis der Teilung der Rechtsnatur wird zwar auch von den Vertretern der Belastung als Abspaltung, Verselbständigung und Teilübertragung eines Rechts vertreten.[74] Dies will aber keineswegs als selbstverständlich erscheinen, denn bei diesem Konzept wäre aufgrund der angenommenen Folgen der Belastung und vor allem einer Teilübertragung ohne weiteres Raum geblieben für eine abweichende Ansicht.[75] Die Tatsache, dass darauf verzichtet wird, zeigt jedoch, dass das Konzept der Vergemeinschaftung einmal mehr das Phänomen der Belastung schlüssiger erklären kann, als das Konzept der Abspaltung und Teilübertragung.

Wenn der Nießbrauch daher als ein *beschränktes* dingliches Recht bezeichnet wird dient dies im Ergebnis der Klarstellung, dass ein solches Recht ein Weniger ist zum Vollrecht, denn die Befugnisse des Nießbrauchers können in keinem Fall qualitativ und quantitativ denjenigen des Vollrechtsinhabers entsprechen.

---

[73] Zum Rechtsschutz des Nießbrauchers noch unten BT Kap. 1 F.

[74] *Habersack*, Sachenrecht, § 1 Rn. 12; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 60 Rn. 3.

[75] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 134, begründet dies damit, dass das „abgespaltene Befugnis-Bündel" ja „aus dem dinglichen Recht" stamme, welches belastet wird.

Kapitel 5

Typen des Nießbrauchs an Rechten und Abgrenzung

Neben der Abgrenzung von Nießbrauchstypen anhand des Umfangs des belasteten Rechts und der Aufteilung der Nutzungen auf mehrere Berechtigte,[1] ist ferner eine Kategorisierung nach dem Sinn und Zweck der Nießbrauchsbestellung möglich, also ausgehend von den Motiven der Parteien. Denn der Nießbrauch ist umfassend geeignet, um Vermögensregelungen zu treffen, vor allem auch in Konkurrenz zu familien- und erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.[2] Neben dem Erbbaurecht ist der Nießbrauch das inhaltlich am weitesten reichende beschränkte dingliche Recht.[3] Die insoweit anerkannten Typen des Nießbrauchs an Rechten unterscheiden sich dabei nicht von den Gestaltungsvarianten beim Nießbrauch an Sachen.

Eine solche Abgrenzung kann nach verschiedenen Aspekten erfolgen, etwa nach der rechtlichen Ausgestaltung oder nach dem Zweck des Nießbrauchs. Der schon im römischen Recht verankerte Grundsatz, der auch in der Entstehungsgeschichte des BGB Berücksichtigung fand, lautete, dass es durch den Nießbrauch entweder zu einer Form der Verteilung des Vermögens durch den Eigentümer/Inhaber kommt, oder dass eine besondere Art des Vorbehalts von Vermögensrechten bezweckt wird.

Ausgehend vom Zweck der Nießbrauchsbestellung aus wirtschaftlicher Sicht und der damit verbundenen einkommensteuerrechtlichen Bewertung,[4] sind in der Praxis vor allem die im Folgenden darzustellenden Nießbrauchstypen verbreitet. Gestaltungsmöglichkeiten wie Vermächtnis- und Auflagennießbrauch werden dagegen im Kontext des Kausalverhältnisses gesondert dargestellt.[5] Klarzustellen ist insoweit aber, dass es sich dabei nicht um rechtlich eigenständige Nießbrauchsarten handelt, sondern um (bloße) Gestaltungsvarianten des Nießbrauchs an Rechten i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB. Zum Teil können durch eine Gestaltungsvariante auch mehrere Ziele verfolgt werden, so dass die exak-

---

[1] Siehe oben Kap. 3 E.

[2] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 7, 24.

[3] Vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, § 276 (S. 1237). Zur Rechtsnatur des Nießbrauchs siehe im Einzelnen Kapitel 4, insb. zu dem Ergebnis, dass ein solches Recht nur dann dinglich ist, wenn das belastete Recht diesen Charakter aufweist.

[4] Siehe dazu näher *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 24; *Jansen/Jansen*, Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, Rn. 211 ff.; *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 181 ff.

[5] Unten BT Kap. 1 A. II. (S. 233 ff.).

te Abgrenzung der Nießbrauchstypen nicht immer möglich ist. Unter juristischen Gesichtspunkten ist dies jedoch unschädlich. Vor allem der Versorgungsnießbrauch kann im Ergebnis als Überbegriff für mehrere Gestaltungsformen angesehen werden, denn häufig ist es die beabsichtigte Versorgung Angehöriger oder sonstiger nahestehender Personen, die Motivation für die Nießbrauchsbestellung ist.

Im Anschluss an die Darstellung der Nießbrauchstypen wird der Nießbrauch an Rechten noch zu anderen im BGB geregelten beschränkten dinglichen Rechten abgegrenzt.

A. Versorgungsnießbrauch

Von einem – in der Praxis häufig vorkommenden[6] – Versorgungsnießbrauch kann bei mehreren Konstellationen gesprochen werden. Zum einen kann der Stammrechtsinhaber das Stammrecht vollständig einer anderen Person übertragen, sich dabei aber zur eigenen Versorgung ein Nießbrauchsrecht vorbehalten. Auf diese Konstellation wird anschließend unter dem Stichwort des „vorbehaltenen Nießbrauchs" gesondert eingegangen. Eher relevant ist aber die Variante, dass der Stammrechtsinhaber das Recht vollständig überträgt, zum Zwecke der Versorgung einer weiteren Person aber zu deren Gunsten einen Nießbrauch daran bestellt oder den Erwerber zur Bestellung verpflichtet.[7] So kann etwa im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein vermögenswertes Recht an einen Abkömmling vollständig übertragen werden, der quasi Erblasser kann aber durch den Nießbrauch am Recht zugleich die Versorgung des Ehe- oder Lebenspartners sicherstellen.[8] Durch einen solchen Nießbrauch können mögliche Nachteile des sog. Berliner Testaments vermieden werden. Denn bei dieser Gestaltung mit der Einsetzung des Ehe- oder Lebenspartnern zum Alleinerben, sieht sich dieser möglicherweise Pflichtteilsansprüchen der Kinder des Erblassers gegenüber.[9] Diese Variante des Nießbrauchs mit dem Zwecke der Versorgung eines Dritten wird zum Teil auch als (unentgeltlicher) Zuwendungsnießbrauch bezeichnet.[10]

---

[6] *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, Rn. 1. *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, bezeichnet den Versorgungsnießbrauch als den seit römisch-rechtlichen Zeiten maßgeblichen Typ des Nießbrauchs, a. a. O. S. 4.

[7] Zu den Konstellationen beim Kausalverhältnis noch unten BT Kap. 1 A. II. 1.

[8] Zu steuerrechtlichen Aspekten bei derartigen Versorgungssituationen *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 24a; *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, Rn. 106 ff.

[9] Umfassend dazu *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 98 ff.

[10] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 25.

B. Vorbehaltener Nießbrauch

Der vorbehaltene Nießbrauch, kurz: Vorbehaltsnießbrauch, hat in der Praxis vor allem beim Nießbrauch an der Mitgliedschaft an einer Gesellschaft eine nicht unerhebliche Bedeutung.[11] Auch hierbei wird es oft um die Situation der vorweggenommenen Erbfolge gehen, wobei steuerrechtliche Aspekte ebenfalls eine erhebliche Rolle bei der zu wählenden Form der Ausgestaltung spielen dürften.[12] Auch dieser Nießbrauchstyp hat letztendlich einen Versorgungscharakter. Mitgliedschaft meint hier das subjektive, absolut geschützte Recht des Gesellschafters in der Form eines Anteils an einer Personengesellschaft gem. § 719 Abs. 1 BGB, den Geschäftsanteil an einer GmbH gem. § 14 GmbHG und die Aktie bei der Aktiengesellschaft (das Mitgliedschaftsrecht).[13]

Dabei überträgt der (Alt-)Inhaber das Stammrecht an den Rechtsnachfolger, wobei das Recht aber mit einem Nießbrauch zu seinen Gunsten belastet wird. Damit wird für den Nießbraucher einerseits der schon erwähnte Versorgungszweck des Nießbrauchs erreicht, andererseits behält der Altgesellschafter bei Gesellschaftsanteilen auf diese Weise eine gewisse Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft[14] (als mittelbare Unternehmensbeteiligung),[15] wobei hier im Einzelnen zwischen den Gesellschaftsformen zu differenzieren ist (dazu ausführlich unten BT Kap. 5).

Der Sache nach und unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten wird es sich beim vorbehaltenen Nießbrauch zumeist um eine Schenkung handeln.[16] Die Übertragung des Stammrechts kann dabei in der Weise erfolgen, dass der Inhaber das Recht zuvor zu seinen Gunsten mit einem Nießbrauch belastet. Vor der Übertragung handelt es sich daher um einen sog. Inhaber- oder Eigennießbrauch (Variante 1).[17] Oder aber der Inhaber überträgt das unbelastete Stammrecht verbunden mit dem Abschluss einer Vereinbarung mit dem Erwerber, dass dieser zugunsten des Veräußerers (oder eines Dritten) an diesem Recht einen Nießbrauch zu bestellen hat (Variante 2).[18] Beim Vollzug des Kausalgeschäfts (etwa einer Schenkung) sind also zwei Vorgänge zu unterscheiden: die

---

[11] Dazu noch unten BT Kap. 5. Nach *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, soll aus historischer Sicht die bäuerliche Gutsübergabe den häufigsten Fall des Vorbehaltsnießbrauchs bilden, a. a. O. S. 19.

[12] Umfassend *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 395 ff.

[13] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 19.

[14] Vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 20.

[15] *Schön*, ZHR 158 (1994) 229, 233 ff.

[16] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 26. Zu dogmatischen Fragen des Grundgeschäfts umfassend *Reiff*, Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 25 ff. Zum Auflagennießbrauch als besonderer Form des Vorbehaltsnießbrauchs noch unten BT Kap. 1 A. II. 2. b. (S. 244).

[17] Siehe dazu und auch zur Zulässigkeit der Belastung eigener Rechte oben Kap. 2 C. III. 2. h. (S. 134 f.).

[18] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 395.

Übertragung des Stammrechts und die Bestellung des Nießbrauchs. Soll etwa – Variante 2 folgend – ein Sparguthaben „verschenkt" werden, also eine auf Zinsen ausstehende Forderung des Inhabers gegen die Bank i. S. von §§ 1076 ff. BGB, wird zunächst die Forderung durch formlosen Vertrag gem. § 398 BGB vom Schenker an den Empfänger abgetreten. Ebenfalls durch formlosen Vertrag bestellt sodann der Zessionar dem Zedenten einen Nießbrauch nach §§ 1069 Abs. 1, 398 BGB an der Forderung.[19] Bei Variante 1 würde dagegen der Inhaber zunächst an seiner Forderung einen Nießbrauch nach §§ 1069 Abs. 1, 398 BGB durch einseitige Bestellungserklärung bestellen. Erst im Anschluss daran überträgt er das belastete Recht an den Beschenkten. Letztere Variante hat dabei den Vorteil, dass der Beschenkte nicht zur Nießbrauchsbestellung „angehalten" werden muss, was etwa durch eine Schenkung unter Auflage gem. § 525 Abs. 1 BGB möglich wäre.

Nach geltender Rechtslage nicht gangbar ist dagegen ein dritter Weg: die Übertragung des Rechts „unter Abzug" des Nießbrauchs als einem einheitlichen Rechtsgeschäft, auch als „Vorbehaltsgeschäft" bezeichnet.[20] Eine derartige „Teilveräußerung" eines Rechts unter Nießbrauchsvorbehalt war jedoch im römischen Recht als deducto usu fructu möglich, ausgehend von der Vorstellung einer realen Teilbarkeit der Sachherrschaft.[21] Derartige Vorbehaltsgeschäfte waren auch im gemeinen Recht verbreitet, auch dem ALR waren Eigentumsübertragungen unter Nießbrauchsvorbehalt bekannt.[22] *Heck* vertrat die Ansicht, solche „Teilveräußerungen" müssten als einheitliches Rechtsgeschäft möglich sein, wenn dies im Einzelfall eine interessenmäßige Lösung darstelle.[23]

Neuerdings scheint freilich auch das OLG München diese historische – dem BGB aber fremde und überwunden geglaubte[24] – Übertragungsform wieder aufleben lassen zu wollen.[25] In einer Entscheidung im Kontext des Schicksals immaterialgüterrechtlich Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers war der Sachverhalt derart, dass verschiedene Patente veräußert wurden, dem Veräußerer aber vom Erwerber unmittelbar einfache Lizenzen[26] daran erteilt worden waren. Der Insolvenzverwalter des Erwerbers (und Lizenzgebers) wollte in Bezug auf die Lizenzverträge das Wahlrecht gem. § 103 InsO ausüben und die weitere Erfüllung ablehnen. Das Gericht sah dagegen die Lizenzen als von der Insolvenz unberührt an, denn die Veräußerung der Patente sei seinerzeit unter

---

[19] Vgl. *Reiff*, Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 28.

[20] Vgl. *Reiff*, Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 39.

[21] Umfassend dazu *Lübtow*, Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder, S. 26 f.

[22] *Reiff*, Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 44 ff.

[23] Grundriß des Sachenrecht, § 21 (S. 83).

[24] Umfassend zur Unvereinbarkeit einer solchen Übertragungsform mit geltendem Recht *Reiff*, Die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, S. 45 ff.

[25] Vgl. GRUR 2013, 1125 – Technische Schutzrechte.

[26] Zu diesem Lizenztyp noch unten BT Kap. 3 C.

„Zurückbehaltung“ der Lizenzen erfolgt. Diese seien daher zu keiner Zeit im Vermögen des Erwerbers gewesen, mussten also von diesem auch nicht an den Lizenznehmer übertragen werden. Im Ergebnis waren diese Lizenzen daher „insolvenzfest“.[27] Begründet hat das Gericht die Möglichkeit eines solchen „beschränkten Rechtsübergangs“ mit § 15 Abs. 1 S. 2 PatG und § 16 Abs. 3 S. 3 ArbnErfG. Ob diese Vorschriften indes solche Verfügungen tatsächlich meinen, darf bezweifelt werden,[28] kann an dieser Stelle letztendlich aber offenbleiben.

C. Sicherungsnießbrauch

I. Zweck

Von einem Sicherungsnießbrauch wird dann gesprochen, wenn durch das (dingliche) Nießbrauchsrecht ein bereits bestehender schuldrechtlicher Nutzungsanspruch[29] „abgesichert“ werden soll, etwa wegen der Gefahr einer außerordentlichen Beendigung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts oder wegen der drohenden Einzel- oder Gesamtzwangsvollstreckung in das Vermögen des Stammrechtsinhabers.[30] Da der (dingliche) Nießbrauch von einer solchen Beendigung[31] unberührt bliebe, könnte die Nutzung des Gegenstands dann auf dieser Grundlage fortgesetzt werden. Dieser Nießbrauchstyp hat daher kaum etwas gemein mit der eigentlichen Idee des Nießbrauchs als Gewährung eines umfassenden Nutzungsrechts. Tritt der Sicherungsfall nicht ein, wird dieses Recht überdies zu keiner Zeit tatsächlich relevant.[32] Insoweit ist jedenfalls die Frage berechtigt, ob die Parteien überhaupt „ernstlich“ einen Nießbrauch bestellen wollen und ob dieses Institut nicht jedenfalls zweckentfremdet wird, was von der ganz h.M. aber verneint wird.[33] Anders als beim Dispositionsnieß-

---

[27] OLG München, GRUR 2013, 1125, 1132 – Technische Schutzrechte. Siehe zu dieser Entscheidung *McGuire*, GRUR 2013, 1133; *Hauck*, GRUR Prax 2013, 437.

[28] Dagegen zu Recht *McGuire*, GRUR 2013, 1133, 1134.

[29] Nach *Schön* setzt der Nießbrauch als Sicherungsmittel einen bestehenden und vollzogenen zu sichernden Vertrag voraus, Nießbrauch an Sachen, S. 347. Zum seltenen Fall eines Sicherungsnießbrauchs am gesamten Vermögen vgl. RG 21.10.1909 = JW 725.

[30] Die große praktische Bedeutung des Sicherungsnießbrauchs betonte *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 20 f., bereits vor fast einem Jahrhundert.

[31] Etwa nach den §§ 57a ff. ZVG. Zur Frage eines Aussonderungsrecht des Nießbrauchers beim Sicherungsnießbrauch noch unten BT Kap. 3 C. II. (S. 322 ff.).

[32] Dann ist er insbesondere auch steuerrechtlich irrelevant, *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 27.

[33] Siehe nur Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 66 mit umfassenden weiteren Nachweisen. Anders noch die frühe Rechtsprechung, die eine solche Vereinbarungen für unzulässig gehalten hat, vgl. etwa OLG Celle (23.10.1902) Rspr. 6, 121; KG (13.07.1904) KGBl. 74. Den Sicherungsnießbrauch vollumfänglich ablehnend Planck/*Brodmann*, Vor § 1030 Ziff. 5 (S. 600 ff.). Umfassend zur Entwicklung des Sicherungsnießbrauchs in der Rechtsprechung *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 79 ff.

brauch wird gegen eine Zulässigkeit jedenfalls nicht mit der Durchbrechung des sachenrechtlichen numerus clausus-Prinzips argumentiert werden können.[34] Denn die Rechtsmacht des Nießbrauchers wird zu keiner Zeit über das gesetzliche Leitbild des Nießbrauchs hinaus und somit contra legem erweitert. Unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit und vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen (unten II.) ist ein solcher Nießbrauch daher insgesamt zulässig.

Der Sicherungsnießbrauch ist gesetzlich nicht geregelt, in den Beratungen der BGB-Entwürfe lassen sich keine Diskussionen über einen solchen Nießbrauchstyp nachweisen.[35] Nach Inkrafttreten des BGB wurde in der Rechtspraxis aber schnell deutlich, dass für eine solche Gestaltungsform ein erhebliches Bedürfnis besteht.[36] Dagegen wandte sich eine ältere Ansicht insgesamt gegen ein Nebeneinander von obligatorischem und dinglichem Recht und ging von der Verdrängung des ersteren (als quasi schwächerem Recht) aus. Im Ergebnis würde die Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs zur „Verdinglichung" des obligatorischen Rechts führen, was dann wiederum durchaus als Durchbrechung des sachenrechtlichen numerus clausus-Prinzips angesehen werden könnte. Nach dieser Ansicht sei ferner dann, wenn das dingliche Recht bei Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages bereits bestand, letzterer wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig gewesen (§ 306 BGB a. F.).[37]

Unbeschadet des Wegfalls dieser Vorschrift ist Ausgangspunkt dieser Ansicht jedoch ohnehin das Mietrecht und ist insbesondere die (denkbare) Konkurrenzsituation zwischen dinglichem Wohnrecht gem. § 1093 BGB und obligatorischem Recht des Mieters zur Nutzung der Mietsache aus dem Mietvertrag.[38] Beim Sicherungsnießbrauch gibt es eine solche Konkurrenzsituation aber von vornherein nicht. Daher stellt sich auch nicht die Frage, ob die Parteien möglicherweise nur eines der Rechte tatsächlich begründen wollten. Ferner verkennt diese Ansicht die Erkenntnisse der Lehre von Doppelwirkungen juristischer Tatsachen im Recht[39] und trennt nicht sauber zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Recht (einschließlich der jeweiligen Schuldverhältnisse).

In Bezug auf Sachen – und vor allem Grundstücke – wird ein Sicherungsnießbrauch häufig zur Sicherung von Nutzungsrechten aus Miet- und Pachtverhältnissen zugunsten des Mieters vereinbart, vor allem dann, wenn § 566 BGB nicht zur Anwendung kommt.[40] Im immaterialgüterrechtlichen Kontext kann

---

[34] Dazu unten D.

[35] Dazu oben Kap. 1 C. III. (S. 28 ff.).

[36] Vgl. dazu *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 79 ff; Planck/*Brodmann*, Vor § 1030 Ziff. 5 (S. 600 ff.).

[37] *Roquette*, NJW 1957, 525, 527 f.

[38] Vgl. dazu *Roquette*, NJW 1957, 525. Für ein „Nebeneinander" nunmehr auch Staudinger/*Emmerich*, Vorbem zu § 535 Rn. 40.

[39] Begründet von *Kipp*, in: FS Martitz, S. 211.

[40] Vgl. BGH DNotZ 1964, 613; BGH BB 1968, 767; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 77.

Ziel eines solchen Nießbrauchs auch die Sicherung der Nutzung solcher Rechte sein, um die zugrundeliegenden Lizenzverträge im Ergebnis vor allem „insolvenzfest“ werden zu lassen.[41] Mit dem Nießbrauch belastet wird dabei dasjenige Stammrecht, um dessen Nutzbarkeit es geht, etwa das Recht aus dem Patent. Es handelt sich bei letzterem um einen Nießbrauch an einem Recht i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB. Bei Miet- und Pachtforderungen wird dagegen das Eigentum an der betreffenden (Miet- oder Pacht-)Sache belastet, einschlägig sind insoweit die Vorschriften zum Sachnießbrauch, §§ 1030 ff. BGB.

II. Ausgestaltung und Wirkungen

Kausalverhältnis des Sicherungsnießbrauchs ist der Sicherungsvertrag, besondere Formvorschriften sind nicht zu beachten. In diesem Vertrag verpflichtet sich der Stammrechtsinhaber zur Bestellung des Nießbrauchs, wobei insoweit die Vereinbarung eines Entgelts wenig relevant sein dürfte. Im Sicherungsvertrag wird ferner eine Vereinbarung über das Schicksal des Nießbrauchs zu treffen sein, wenn das zu sichernde Schuldverhältnis endet ohne dass dies als Eintritt des Sicherungsfalls angesehen wird, wenn also der Sicherungszweck endgültig wegfällt. Wegen der fehlenden gesetzlichen Akzessorietät des Nießbrauchs und weil der Stammrechtsinhaber das Recht nicht einseitig aufheben kann, bedarf es insoweit einer Verpflichtung des Nießbrauchers zum Tätigwerden gem. §§ 1068 Abs. 2, 1064 BGB.

Nach Abtretung der gesicherten Forderung soll diese Verpflichtung entsprechend den Zedenten treffen.[42] Bei der Abtretung entsteht zudem wegen der fehlenden Akzessorietät des Nießbrauchs und vor allem wegen dessen Unübertragbarkeit gem. § 1059 BGB das Problem, dass der Nießbrauch weiterhin zugunsten des Zedenten besteht, obwohl dieser die „gesicherte“ Forderung nicht mehr innehat. Auch insoweit wird die Vereinbarung dann dahingehend auszulegen sein – denn der Sicherungszweck kann nicht mehr erreicht werden, jedenfalls nicht im Verhältnis der ehemaligen Vertragspartner –, dass der Nießbraucher das Recht entsprechend freizugeben hat.[43] Denkbar ist auch, dass der Nießbrauch auflösend bedingt bestellt oder dass die Bestellung jedenfalls dahingehend ausgelegt wird – und automatisch endet –, wenn etwa ein gesichertes Forderungsrecht durch Erfüllung erlischt.[44]

---

[41] Dazu noch umfassend unten BT Kap. 3 C. II. (S. 327 ff.). Zur heutzutage nur noch geringen Relevanz eines Sicherungsnießbrauchs als Ergänzung eines Grundpfandrechts *Schön*, Nießbrauch an Rechten, S. 370; Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 64.

[42] KG OLGE 15, 370; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 75; Soergel/*Stürner*, § 1030 Rn. 20.

[43] Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 70.

[44] RGZ 106, 109, 111; Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 67.

D. Zur Zulässigkeit eines Dispositionsnießbrauchs

Die Frage, ob ein Dispositionsnießbrauch[45] (auch: Verfügungsnießbrauch) an Sachen oder Rechten zulässig ist, wird ganz überwiegend verneint. Dies gilt jedenfalls insoweit, als dem Nießbraucher nicht mit dinglicher Wirkung weitreichende Verfügungsbefugnisse – in Bezug auf eine Veräußerung und Belastung – über das Stammrecht eingeräumt werden können.[46] Eine Verfügungsbefugnis über das belastete Recht kann daher nicht Inhalt des Nießbrauchs sein. Ohne weiteres zulässig ist es jedoch, dem Nießbraucher *schuldrechtlich* eine Ermächtigung zur Verfügung über den Nießbrauchsgegenstand im eigenen Namen (§ 185 Abs. 1 BGB) zu erteilen oder ihn gem. §§ 164 ff. BGB zu bevollmächtigen,[47] wobei letzteres auch unwiderruflich möglich sein soll.[48]

I. Die herrschende Ansicht

Begründet wird die Unzulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs auf vielerlei Art und Weise. Die damit verbundenen weitreichenden Befugnisse des Nießbrauchers soll bereits dem Wesen des Nießbrauchs an sich widersprechen, weil dem Besteller dann praktisch keine Rechte mehr verbleiben, der Nießbraucher faktisch zum Eigentümer/Inhaber des Stammrechts wird. Die Regelungen zum Nießbrauch im BGB gründen sich aber gerade auf einer Trennung der Rechtspositionen „Eigentümer" respektive „Stammrechtsinhaber" und „Nießbraucher".[49] Beim Nießbrauch bestehe ein (bloßes) Duldungsrecht des Eigentümers, nicht aber ein Leistungsrecht.[50] Zudem käme es durch eine solche Gestaltung zur Durchbrechung des sachenrechtlichen numerus clausus-Prinzips, da damit ein gesetzlich eben nicht vorgesehenes dingliches Recht geschaffen werde.[51] Überdies wurden gesetzlich auch durchaus erweiterte Befugnisse des Nießbrauchers in Bezug auf das belastete Recht geregelt, wie die §§ 1074 S. 1, 1077, § 1087 Abs. 2 S. 2 BGB,[52] was wiederum gegen eine zusätzliche Erweiterung

---

[45] Kein Dispositionsnießbrauch ist der uneigentliche Nießbrauch gem. § 1067 BGB. Siehe dazu noch unten E.

[46] BGH NJW 1982, 31; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 80; Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 20; Soergel/*Stürner*, § 1030 Rn. 19; Palandt/*Bassenge*, § 1030 Rn. 7.

[47] Nieder/Kössinger/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 10 Rn. 158; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 80.

[48] So BayObLG JW 1929, 3503, 3504; OLG Celle DNotZ 1974, 731, 733; a. A. Soergel/*Stürner*, § 1030 Rn. 19.

[49] Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 20.

[50] Beck'scherOK-BGB/*Wegmann*, § 1030 Rn. 33.

[51] *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 120 Rn. 8, unter Hinweis auf BGH NJW 1982, 31, 32; OLG Celle DNotZ 1974, 731; *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 16, 72.

[52] Zu diesen Vorschriften noch unten BT Kap. 4 A.

sprechen könnte. Auch die deutliche Formulierung in § 1074 S. 3 BGB könnte für dieses Argument angeführt werden.

II. Weitere Ansichten

Dieser Ansicht kann aber nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Dass die Frage nach der Zulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs weder neu noch (so) einfach zu beantworten ist, wird dabei schon an einem Beitrag *Josef Kohlers* von 1886 deutlich, der zudem einen beachtlichen Umfang aufweist (141 Druckseiten).[53] *Kohler* unternimmt den Versuch umfassend nachzuweisen, dass ein solcher Nießbrauch keineswegs einen Verstoß darstellt gegen dessen Charakter als (reinem) Nutzungsrecht, und dass – weitergehend – die Unterscheidung unrichtig sei zwischen dem Pfandrecht als „Distractionsrecht" und dem Nießbrauch als „Genußrecht".[54] Er argumentiert dabei sowohl rechtshistorisch als auch rechtsvergleichend, worauf im Folgenden mit einigen Beispielen eingegangen werden soll.

Kohler weist zum einen umfassend nach, dass „im späteren römischen Recht" Befugnisse des Nießbrauchers anerkannt waren, die über die reine Nutzung der Nießbrauchssache hinausgingen, wie etwa die Berechtigung des Nießbrauchers an einer Herde (ususfructus gregis), einzelne Tiere auszusondern und andere als Ersatz zu beschaffen. Dies könne nur mit einer Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers erklärt werden und habe überdies für den Nießbrauch an anderen, vergleichbaren Sachgesamtheiten gegolten.[55] *Kohler* stellt insoweit auch klar, dass es sich dabei aber nicht um einen uneigentlichen Nießbrauch (Quasi-Nießbrauch) gehandelt habe, denn betroffen waren nicht allein verbrauchbare Sachen.[56] Auch stelle sich die Frage einer Verfügungsbefugnis des uneigentlichen Nießbrauchers ohnehin nicht, denn dieser wird beim uneigentlichen Nießbrauch ohnehin Eigentümer der einzelnen Gegenstände, kann also ohne weiteres über das Eigentum daran verfügen. Daher könne eine solche Befugnis auch nicht mit der diesbezüglichen Wertersatzpflicht des Quasi-Nießbrauchers erklärt werden. Vor allem sei die Situation verschieden von der Ergänzungspflicht des Nießbrauchers in Bezug auf verstorbene und sonst ausgeschiedene Tiere.[57] Es habe sich vielmehr um ein *Dispositionsrecht* verbunden

---

[53] Der Dispositionsnießbrauch, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 24, S. 187–328.

[54] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187 f.

[55] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 221 ff.

[56] So auch später nochmals in AcP 107 (1911), 258, 260.

[57] Vgl. insoweit Ulp. Dig. 7.1.6.8 (Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum) und Inst. 2.1.38 (Se si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructarius summitere debet …).

mit einer *Substitutionspflicht* gehandelt.[58] Insoweit kommt *Kohler* also zu dem Schluss, dass die römisch-rechtlichen Kategorien nicht gegen die Anerkennung eines Dispositionsnießbrauchs vorgebracht werden können. Konsequenterweise sieht er bei Anerkennung eines Dispositionsnießbrauchs eine Regelung des uneigentlichen Nießbrauchs als überflüssig an.[59]

Ferner argumentiert *Kohler* aus deutschrechtlicher Sicht vor allem mit bestimmten güterrechtlichen Regelungen. Er beschäftigt sich mit dem Dispositionsnießbrauchsrecht „des Ehemannes am eheweiblichen Mobiliarvermögen" des Sachsenspiegels (Ldr. I, 31, § 2, sog. Vermögensvormundschaft),[60] mit vergleichbaren Regelungen in verschiedenen Stadtrechten (mit oder ohne Substitutionspflicht) bis hin zum Nießbrauch des Ehemannes am in die Ehe eingebrachten Vermögen der Frau nach dem ALR (II 1 § 231, § 247) mit einer Dispositionsbefugnis im Hinblick auf die eingebrachten Mobilien.[61] Für vergleichbare Regelungen verweist *Kohler* in seinem Plädoyer für eine Zulässigkeit des Dispositionsnießbrauchs zudem auf das indische („indogermanische") und das französische Recht sowie auf gesetzliche Regelungen in einigen Schweizer Kantonen.[62]

In jüngerer Zeit will etwa *Friedrich* einen Dispositionsnießbrauch anerkennen. Dies soll vor allem bei der Situation des Vorbehaltsnießbrauchs gelten, wenn nach dem Willen der Parteien – wirtschaftlich betrachtet – der Nießbraucher im Ergebnis weiterhin eine faktische Eigentümerstellung innehat, weil die Übertragung etwa allein aus steuerrechtlichen Gründen erfolgt ist.[63] Dann bestünde ein Interesse des Nießbrauchers an der Eintragung der Dispositionsbefugnis in das Grundbuch, um so eine dingliche Wirkung zu erreichen. Diese Ansicht ist aber bereits deshalb nicht überzeugend, weil der Autor für seine Argumentation den allein im Steuerrecht anerkannten Begriff des „wirtschaftlichen Eigentums"[64] bemüht und insgesamt die saubere Trennung vermissen lässt zwischen schuldrechtlicher Vereinbarung auf der einen und dinglicher Wirkung derselben auf der anderen Seite. Auch seine Argumentation mit einer Entwicklung in der Rechtsprechung, die sich auf dem Weg zum Dispositionsnießbrauch befinde,[65] überzeugt nicht, denn in einer von ihm erörterten Entschei-

---

[58] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 223.

[59] *Kohler*, AcP 107 (1911), 258, 261 („Der § 1067 BGB. ist ein vollkommenes Unding."). Dazu noch unten E.

[60] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 194 ff.

[61] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 216 f. Eine Ausnahme bildete insoweit aber das sächs. BGB, denn dort hatte der Ehemann zwar auch Nießbrauch und Verwaltungsrecht am Vermögen der Frau inne, verfügen konnte er über die Mobilien aber nur mit Einwilligung der Ehefrau (vgl. §§ 1655, 1674 f.), was *Kohler* als „doctrinäre" Lösung bezeichnet, *ders.*, JherJb 24 (1886), 187, 218.

[62] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 191 f., 210 ff., 219 f.

[63] *Friedrich*, NJW 1996, 32.

[64] Vgl. dazu mit Nießbrauchsbezug etwa BFH ZEV 2010, 284.

[65] NJW 1996, 32, 33.

dung (BGH NJW 1994, 1791) hat der BGH zur Verfügungsbefugnis als Inhalt des Nießbrauchs gerade nicht Stellung genommen, sondern nur festgestellt, dass der Nießbraucher beim vorbehaltenen Nießbrauch „den Genuß der Sache" gerade nicht aufgibt.[66]

Schön steht einer „einhelligen" Ablehnung des Dispositionsnießbrauchs zumindest skeptisch gegenüber. Er hält insoweit allenfalls die Kriterien der entgegenstehenden Allgemeininteressen und der Schutzwürdigkeit Dritter für geeignet, um die Frage nach einer Zulässigkeit beantworten zu können.[67] Im Ergebnis bejaht auch er die wirtschaftliche Notwendigkeit einer Befugnis des Nießbrauchers zur Veräußerung bzw. Belastung des Nießbrauchsgegenstandes in bestimmten Situationen und er plädiert unter Verweis auf § 1067 BGB jedenfalls dann für die Anerkennung einer Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers, wenn dies mit dessen Wertersatzpflicht korreliert.[68]

III. Stellungnahme

1. Die Gesetzesmaterialien

So überzeugend *Kohlers* Argumente aus dem Jahr 1886 auch sein mögen, ihre Aussagekraft für die Situation seit Geltung des BGB ist doch beschränkt. Denn dass sich Vorbilder für den Dispositionsnießbrauch sowohl rechtshistorisch als auch rechtsvergleichend nachweisen lassen, vermag an der Grundentscheidung des Gesetzgebers, einen solchen Nießbrauchstyp nicht in das BGB aufzunehmen – jedenfalls nicht in der von *Kohler* vorgeschlagenen Form (dazu sogleich) –, nichts zu ändern. In seinem Vorentwurf der Nießbrauchsregelungen geht *Johow* auf die Frage der Zulässigkeit eines Dispositionsnießbrauchs nicht explizit ein. Dass er das Problem aber gleichwohl sieht, vor allem beim Unternehmensnießbrauch oder – wie er es nennt – dem „Nießbrauch an einem Handelsvermögen", zeigen aber seine diesbezüglichen Ausführungen. Er nimmt dabei und ohne weitere Begründung an, dass der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauchs „den festen Apparat in gleicher Güte und die Waarenvorräthe in gleichem Werthe zurückgeben" muss.[69] Eine solche Verpflichtung ist aber nur dann sinnvoll, wenn während seiner Position als Unternehmer eine Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers anzuerkennen ist. Denn man könne dem Unternehmer (Nießbraucher), der „auf eigene Gefahr [handele], keinerlei kaufmännische Regeln seines Verfahrens vorschreiben".[70]

---

[66] BGH NJW 1994, 1791, 1792.

[67] Nießbrauch an Rechten, S. 293.

[68] *Schön*, Nießbrauch an Rechten, S. 294 (aber keine Belastung des Rechts durch den Nießbraucher „für beliebige private Zwecke", a. a. O.). Einen Dispositionsnießbrauch ebenfalls (vorsichtig) bejahend *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 440 ff.

[69] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1357.

[70] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1357.

Relativiert wird diese nach einer stillschweigenden Anerkennung des Dispositionsnießbrauchs klingende Aussage freilich durch die Tatsache, dass *Johow* den Nießbraucher insoweit ohnehin als Eigentümer „des umlaufenden Kapitals" angesehen[71] und diesen Nießbrauchstyp – wohl – als Fallgruppe des uneigentlichen Nießbrauchs verstanden hat. Wegen der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Besteller und Nießbraucher sollte nach seiner Ansicht der „Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte" ohnehin „dem Familienrechte überlassen werden".[72] An einer Stelle – und außerhalb des Nießbrauchs an Vermögensgesamtheiten – kommt *Johow* aber dann doch auf die Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers zu sprechen. In seiner Begründung von § 288 BGB-Vorl („Recht der Innehabung und Verwaltung") stellt er klar, dass im Ausdruck „Verwaltung … keinerlei Veräußerungsbefugnis … enthalten ist".[73]

Johows Aussagen zu weitergehenden (Verfügungs-)Befugnissen des Nießbrauchers sind also ambivalent. Jedenfalls kann aber insoweit *Füllers* Ansicht nicht umfassend zugestimmt werden, wonach der Gesetzgeber sich „ausdrücklich" gegen eine Anerkennung des Dispositionsnießbrauchs ausgesprochen habe, weil dies die Grenze zwischen Eigentum und Nutzungsrecht verschieben würde.[74] In der von ihm genannten Stelle der Motive findet sich jedenfalls keine solche Aussage.[75] Vielmehr wird dort das *Kohlersche* Beispiel des Nießbrauchs an Sachgesamtheiten und insbesondere an einer Herde aufgegriffen und werden durchaus Überlegungen dazu angestellt. Abschließend heißt es aber, dass ein Nießbrauch an solchen „Inbegriffe(n) beweglicher Sachen mit wechselndem und ergänzungsbedürftigem Bestande" so selten vorkomme und „so viele Schwierigkeiten" bereite (sic!), dass von einer Regelung abgesehen werde. Es wurde mit dieser – wenig überzeugenden[76] – Begründung insbesondere davon abgesehen, eine den § 1048 Abs. 1 S. 1 BGB erweiternde Vorschrift beim Nießbrauch aufzunehmen.[77] Eine *ausdrückliche* Absage an die Anerkennung eines Dispositionsnießbrauchs kann darin aber nicht gesehen werden.

Kohler stellte nach Inkrafttreten des BGB auch selbst (enttäuscht) fest, dass die Kommissionen seiner Forderung nach einer großzügigen Anerkennung ei-

---

[71] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1357.

[72] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1357. Diese Äußerung kann nur auf den ersten Blick überraschen, fanden sich doch im Familienrecht des Kommissionsentwurfs von 1885 Regelungen zur „Nutznießung des Ehegutes" (§§ 1265 bis 1271a BGB-KE). Auf diese waren die Regelungen zum Nießbrauch anwendbar, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas Abweichendes ergab (§ 1265 BGB-KE). Im Entwurf der 1. Kommission von 1887/1888 war die „Nutznießung des Ehegutes" ebenfalls im ehelichen Güterrecht geregelt, im Schwerpunkt in den §§ 1292 bis 1299 BGB-E I; vgl. dazu Mugdan, Motive IV, S. 180 ff.

[73] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1262.

[74] Eigenständiges Sachenrecht?, S. 440.

[75] Mugdan, Motive III, S. 512.

[76] Dazu sogleich, vor allem zur Relevanz der Problematik beim Nießbrauch an einem Unternehmen.

[77] Mugdan, Motive III, S. 513.

nes Dispositionsnießbrauchs nicht entsprochen hatten. Gleichwohl hält er an seiner diesbezüglichen Forderung fest.[78] Überzeugend sind *Kohlers* Ausführungen jedoch in Bezug auf den Nießbrauch an Rechtsgesamtheiten wie einem Unternehmen, wenn er darauf hinweist, dass der Nießbraucher etwa die Waren eines zum Unternehmen gehörenden Warenlagers veräußern können muss, auch ohne Substitutions- oder Wertersatzverpflichtung, weil er ja vollständig in die Stellung des Unternehmers einrückt.[79] Eine solche Annahme findet sich so ja auch in *Johows* Überlegungen.

2. *Zur Existenz des Dispositionsnießbrauchs de lege lata*

Indes ist die Aussage ohnehin zu relativieren, es gäbe im BGB keinen Nießbrauch mit Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers. Denn dies ist durchaus der Fall, was der kategorischen Absage an den Dispositionsnießbrauch einiges an Überzeugungskraft nehmen dürfte. Zunächst verbietet weder die Ausgangsnorm des § 1030 BGB noch verbieten die folgenden Regelungen a priori die Anerkennung eines Dispositionsnießbrauchs.[80] Auch kann der Nießbraucher gem. § 1048 Abs. 1 S. 1 BGB beim Nießbrauch eines Grundstücks mit Inventar „über einzelne Stücke des Inventars innerhalb einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen". Für den Sonderfall des Nießbrauchs „an verbrauchbaren Sachen" regelt § 1067 Abs. 1 S. 1 BGB zudem, dass der Nießbraucher Eigentümer dieser Sachen wird und daher selbstredend – weil als Vollrechtsinhaber – auch uneingeschränkt über das Eigentum an diesen verfügen darf. Zum Ausgleich dafür hat er dem Besteller nach Beendigung des Nießbrauchs entsprechenden Wertersatz zu leisten.[81]

Wie *Schön* zu Recht betont, finden diese beiden Regelungen ihre Begründung in der Zweckbestimmung der jeweiligen Nießbrauchssache. Die Frage einer Dispositionsbefugnis kann also nicht unabhängig von § 1036 Abs. 2 BGB beantwortet werden. Bereits im römischen Recht wurde die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Ersatzleistung – etwa für aus der Herde ausgeschiedene Tiere (s.o.) oder für abgestorbene Rebstöcke und Bäume – mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung begründet. Der Nießbraucher müsse den Gebrauch „nach dem Verhalten eines guten Hausvaters einrichten".[82] Es muss daher etwa bei dem von *Kohler* angesprochenen Nießbrauch an einem

---

[78] AcP 107 (1911), 258 ff.

[79] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 230 ff. Zum Nießbrauch am Unternehmen und der Stellung des Nießbrauchers als Unternehmer noch unten BT Kap. 2 C.

[80] Eigenständiges Sachenrecht?, S. 440 f.

[81] Zum uneigentlichen Nießbrauch noch unten E.

[82] Inst. 2.1.38: Se si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructarius summitere debet, ut et Iuliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uit debet.

Warenlager[83] so sein, dass der Nießbraucher die betreffenden Waren veräußern darf, wenn dies der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung entspricht, auch wenn dafür eine ausdrückliche gesetzliche (Verfügungs-)Befugnis fehlt. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Nießbrauch i. S. von § 1067 BGB, so dass mit dieser (Ausnahme-)Vorschrift hier nicht argumentiert werden kann. Denn bei den betreffenden Waren muss es sich nicht zwingend um verbrauchbare Sachen handeln, insbesondere ist die Veräußerung einer nießbrauchsbelasteten Sache kein „Verbrauch" in diesem Sinne, sondern einen „Gebrauch".[84]

Beim Unternehmensnießbrauch gilt dies für den Nießbraucher als Unternehmer entsprechend. Und mehr noch, in einem solchen Fall wird ein Nießbrauch *mit* Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers gerade die Regel sein. So muss es dem Nießbraucher etwa möglich sein Kreditsicherheiten über die Belastung einzelner Vermögengenstände zu bestellen, wenn nur so der Weiterbetrieb des Unternehmens gesichert werden kann. Ansonsten könnte es sich entweder um einen Verstoß gegen § 1036 Abs. 2 BGB handeln, oder der Nießbrauch ist wirtschaftlich schlicht sinnlos. Dies gilt entsprechend für die schon angesprochene Veräußerung von Waren sowie für die Anschaffung von Produktionsmitteln (beispielsweise auch beim „Austausch" alter gegen neue Maschinen, was wiederum an *Kohlers* obiges Beispiel des ususfructus gregis erinnert). Dies hat im Grundsatz auch der BGH anerkannt, indem er bei einem Unternehmensnießbrauch die Regelung des § 1048 Abs. 1 S. 1 BGB für Inventarstücke analog angewandt hat.[85]

Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass zwar eine *ausdrückliche* Anerkennung des Dispositionsnießbrauchs in den §§ 1030 ff. und §§ 1068 ff. BGB fehlt. Von den genannten Ausnahmevorschriften einmal abgesehen ist jedoch vor allem angesichts von § 1036 Abs. 2 BGB davon auszugehen, dass eine Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers immer dann zum Inhalt des Nießbrauchs gehört, wenn ansonsten die wirtschaftliche Bestimmung des belasteten Gegenstands nicht aufrechterhalten und dieser nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht genutzt werden könnte.

Relevant sein dürfte dies insbesondere beim Nießbrauch an einem Vermögen, wobei es insoweit – vor allem bei einem Unternehmen – für die Frage der „wirtschaftlichen Bestimmung" und „ordnungsgemäßen Wirtschaft" auf die diesbezügliche Widmung der „Gesamtsache" ankommen wird. Unnötig ist es freilich, dafür den § 1048 Abs. 1 S. 1 BGB analog in Anwendung zu bringen,[86] denn nach der hier vertretenden Ansicht geht die Verfügungsbefugnis des Nieß-

---

[83] Beim Nießbrauch an einem Vermögen handelt es sich um ein Bündel einzelner Nießbrauchsrechte an den jeweiligen Vermögengegenständen. Die §§ 1085 ff. BGB sind als speziellere Regelungen vorranging anzuwenden, dazu noch unten BT Kap. 2 A.

[84] Zu dieser wichtigen Unterscheidung schon oben Kap. 3 F. III. 2. (S. 172 ff.).

[85] BGH BB 1975, 537.

[86] So aber auch MüKo/BGB-*Pohlmann*, § 1048 Rn. 2.

brauchers über „Inventarstücke“ und somit über das Anlagevermögen eines Unternehmens hinaus. Dabei handelt es sich auch nicht um eine Durchbrechung des sachenrechtlichen numerus clausus, denn der beschriebene Dispositionsnießbrauch ist ein „normaler“ Nießbrauch i. S. der vom BGB anerkannten Form eines beschränkten dinglichen Rechts. Auch kann es im Einzelfall durch die Bejahung von Dispositionsbefugnissen des Nießbrauchers unter den genannten Voraussetzungen überhaupt erst dazu kommen, dass ein Nießbrauch seinem Zweck entsprechend sinnvoll ausgeübt werden kann. *Nutzung kann eben auch Verfügung meinen.*[87] Auf diese Weise wird ferner deutlich, dass § 1036 Abs. 2 BGB nicht nur eine den Nießbraucher beschränkende Vorschrift ist, sondern dass dadurch unter Umständen auch dessen Befugnisse erweitert werden können.

Durch die Anerkennung solcher Dispositionsbefugnisse des Nießbrauchers als dinglichem Inhalt des Nießbrauchs werden auch weder Allgemeininteressen verletzt, noch sind Dritte sonst dahingehend schutzbedürftig. Eine Kollision mit § 137 S. 1 BGB liegt ebenfalls nicht vor, denn die Dispositionsbefugnis des Nießbrauchers tritt *neben* die Verfügungsbefugnis des Stammrechtsinhabers, sie verdrängt diese aber nicht.[88]

Angelehnt an § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 und § 1086 S. 2 Hs. 1 BGB kann die Anerkennung eines Dispositionsnießbrauchs unter den genannten Bedingungen aber nur zulässig sein, wenn zum Ausgleich[89] eine Verpflichtung des Nießbrauchers besteht zur Substitution oder – wenn dies nicht möglich oder wirtschaftlich sinnvoll ist – zum Wertersatz im Hinblick auf diejenigen Rechte, über die er mit Wirkung für und gegen den Besteller verfügt hat. Dies gilt schon unter Missbrauchsgesichtspunkten, denn auch der auf eigenes Risiko handelnde Unternehmer-Nießbraucher darf das Vermögen des Bestellers nicht schmälern. Maßgeblich für die Wertermittlung ist der Zeitpunkt der Verfügung.[90] Dagegen müssen typische Wertminderungen im unternehmerischen Verkehr außer Betracht belieben, wenn Waren etwa wegen eines Preisverfalls nur „unter Wert“ veräußert werden können. Denn dabei realisiert sich gerade ein typisches Risiko des Unternehmensnießbrauchs.

Kohler geht ferner der Frage nach, ob ein Dispositionsnießbrauch für die Gläubiger des Nießbrauchers vorteilhaft sein dürfe und ob dies ggf. gegen eine Anerkennung sprechen würde, weil der Nießbrauch durch eine solche (zusätz-

---

[87] Zur oftmals nur schwer möglichen Trennung dieser Begriffe auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 440.

[88] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 293. A.A. *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 6.

[89] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 294: Wertersatz als „notwendiges Korrelat“. Im Ergebnis auch zustimmend *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 443, der aber nicht von einer automatischen Verpflichtung des Nießbrauchers ausgeht, sondern den Parteien eine entsprechende Vereinbarung anheimstellen möchte.

[90] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 294.

liche) Befugnis entsprechend an Wert gewinnen würde. Er verneint dies mit dem Hinweis auf den höchstpersönlichen Charakter der Befugnis, was einem Gläubigerzugriff ohnehin entgegenstünde.[91] Bejaht man indes die Verpflichtung des Nießbrauchers zum Wertersatz (s.o.) bedarf es einer solchen Begründung nicht, denn diese Verpflichtung – die ebenfalls dinglicher Inhalt des Nießbrauchsrechts ist – tritt unmittelbar an die Stelle des veräußerten Gegenstands, „belastet" insoweit also den Nießbraucher.[92] Eine Gläubigerbegünstigung existiert dahingehend also bereits nicht.

Dogmatisch steht dieses Ergebnis zudem im Einklang mit dem Konzept der Vergemeinschaftung bei der Belastung eines Rechts. Gerade die Anerkennung einer Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers *neben* der unbeschadet weiter bestehenden Verfügungsbefugnis des Stammrechtsinhabers, eignet sich wiederum zur Erklärung dieses Phänomens besser, als beim Konzept der Abspaltung und Teilübertragung des Rechts. Denn beim hier entwickelten Konzept wird die Verfügungsbefugnis eben entsprechend „vergemeinschaftet", ohne dass darüber nachgedacht werden müsste, wie eine Dispositionsbefugnis abgespalten und übertragen werden könnte, zugleich aber weiter dem Stammrechtsinhaber zustehen sollte.

E. Der „uneigentliche" Nießbrauch an Rechten

I. Allgemeines

Der in § 1067 BGB geregelte „Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen" stellt insofern einen Sonderfall dar, weil es sich dabei gerade nicht um einen „echten" i.S. von *eigentlichem* Nießbrauch handelt. Denn dessen Grundidee besteht eben in der längerfristigen Nutzung einer Sache (eines Rechts), *ohne* dass deren Substanz verändert wird (salva substantia). Es geht also um den Gebrauch und nicht den Verbrauch. Auch wird der (echte) Nießbraucher eben nicht Eigentümer der genutzten Sachen, sondern er nutzt fremde. Konsequenterweise sind daher die §§ 1030 ff. BGB überwiegend auch nicht anwendbar.[93] Gleichwohl ist der uneigentliche Nießbrauch (auch: Quasi-Nießbrauch) schon seit römisch-rechtlichen Zeiten bekannt. Er ist sogar ein unmittelbarer Verwandter des Nießbrauchs an Rechten, denn mit besagtem Senatusconsultum, durch den der Nießbrauch an Rechten zugelassen worden war, wurde zugleich auch der Quasi-Nießbrauch (quasi ususfructus) „erschaffen".[94] Dass der uneigentliche Nießbrauch konzeptionell vom eigentlichen Nießbrauch zu unterscheiden war,

[91] *Kohler*, JherJb 24 (1886), 187, 316.

[92] So überzeugend *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 294, der insoweit von „Surrogat" spricht.

[93] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1067 Rn. 2.

[94] Dazu schon ausführlich oben Kap. 1 C. I. (S. 12 ff.).

stand freilich nicht in Frage. So betont *Gaius*, dass der Senat, auch wenn er dies gewollt hätte, den uneigentlichen Nießbrauch nicht den Regelungen zum eigentlichen Nießbrauch hätte unterstellen können.[95]

Johow begründet die Aufnahme von Regelungen zum uneigentlichen Nießbrauch in seinen Entwurf (als §§ 321 bis 327 BGB-Vorl) mit wirtschaftlichen Erwägungen. Er geht dabei insbesondere von der Situation aus, dass Gegenstände des uneigentlichen Nießbrauchs vor allem solche sein werden, die „der Produktion dienen" („stehende" und „umlaufende Kapitalien"[96]). Insoweit sei es aber praktikabler, wenn sich dieses „Kapital" in Händen des „Produzenten" befindet, der es selbst „in Umlauf setzen, verbrauchen, veräußern und überhaupt [darüber] ganz frei verfügen [könne]". Diese Notwendigkeit sei schon „den Römern" bekannt gewesen.[97] Im Ergebnis handele es sich um eine „Nutzenziehung … mittels Übereignung".[98] *Johow* beschäftigt sich zudem mit dem Für und Wider einer Regelung des uneigentlichen Nießbrauchs im Kontext des eigentlichen Nießbrauchs und mit der Anwendung der Regelungen zum eigentlichen Nießbrauch auch auf den uneigentlichen. Seine diesbezügliche Entscheidung begründet er mit historischen Vorbildern (ALR I 21 § 173, Code civile Art. 587). Inwieweit die Regelungen zum eigentlichen Nießbrauch auf den uneigentlichen anzuwenden seien, sei ferner „nicht schwer zu erkennen".[99]

In den Kommissionsentwurf von 1885 wurde der uneigentliche Nießbrauch übernommen, wenn auch inhaltlich gestrafft und insgesamt beschränkt auf drei Paragraphen,[100] was wiederum von der 1. Kommission unverändert beibehalten wurde (als §§ 1018 bis 1020 BGB-E-I). Die Übernahme der Regelungen wird von der 1. Kommission vor allem mit einem weiten Verständnis des Begriffs Nießbrauchs begründet, anders als dies im römischen Recht der Fall gewesen sei. Es sei zudem wünschenswert, wenn nicht nur die Nutzung von Sachen ermöglicht werde, sondern von Vermögengegenständen „im Allgemeinen", wie dies bei „modernen Gesetzgebungen" der Fall sei.[101] Betont wird zudem, dass die Regelungen zum uneigentlichen Nießbrauch abdingbar seien, also dass insbesondere der Nießbraucher nicht notwendig Eigentümer werden müsse. Auch auf verbrauchbare Sachen sollen daher – wenn von den Parteien gewollt – die Vorschriften zum (eigentlichen) Nießbrauch anwendbar sein.[102] Zu beachten ist dabei aber, dass die Wertersatzverpflichtung unabdingbar ist,

---

[95] Gaius 7 ad ed. provinc. = Dig. 7.5.2.1: Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

[96] Vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1313.

[97] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1313.

[98] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1316.

[99] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1314 f.

[100] Vgl. den Abdruck in *Schubert*, Anlagen: Entwürfe BGB, S. 267.

[101] Mugdan, Motive III, S. 533.

[102] Mugdan, Motive III, S. 534.

weil diese das Korrelat darstellt zur Substanzerhaltungspflicht des Nießbrauchers beim eigentlichen Nießbrauch.[103] Anderenfalls bestünde schon keinerlei Unterschied mehr zur reinen Eigentumsverschaffung.[104] Denn dass ein Eigentümer Nutzungen aus seinen Sachen ziehen darf, ohne einem Dritten zum Wertersatz verpflichtet zu sein, ergibt sich schon aus dem Inhalt des Eigentums.

Die 2. Kommission hat im Ergebnis die Regelungen zum uneigentlichen Nießbrauch bis auf wenige rein kosmetische Eingriffe unverändert übernommen, ohne vor allem das Rechtsinstitut an sich noch in Frage zustellen, obschon *Planck* die Streichung des § 321 Vorl-E beantragt hatte.[105]

II. Kritik an diesem Rechtsinstitut

Die Aufnahme des uneigentlichen Nießbrauchs in die Nießbrauchsregelungen des BGB wurde seit dessen Inkrafttreten stark kritisiert. So wird im Schwerpunkt betont, dass der Verbrauch einer Sache eben kein Gebrauch sei, es sich dann also auch nicht um einen Nießbrauch handeln könne. Eine solche Regelung gehöre daher auch nicht in das Nießbrauchsrecht.[106] Zudem wird auch durch die Verpflichtung des „Nießbrauchers" (Eigentümers) zur Wertersatzleistung nach § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB bei Beendigung des Nießbrauchs[107] klar, dass es sich bei der Konstruktion im Ergebnis eigentlich um eine (zinslose) Darlehenssituation handelt. Anders als beim Darlehen nach den §§ 488 ff. BGB tritt aber zum obligatorischen Schuldverhältnis das gesetzliche zwischen Besteller und Nießbraucher (Eigentümer) hinzu, die Verpflichtungen des Nießbrauchers aus § 1067 BGB werden zu dessen Inhalt. Mit Ausnahme der Verpflichtung zum Wertersatz (s.o.) können diese freilich umfassend abbedungen werden. Ist dies der Fall, rückt die Konstruktion wiederum unmittelbar in die Nähe eines gängigen Darlehensverhältnisses.

Zu bezweifeln ist zudem bereits *Johows* Prämisse, wonach der „Nießbraucher" Eigentümer werden *müsse* um umfassend über die Nießbrauchsgegenstände verfügen und um diese insbesondere veräußern zu können. Denn dem Nießbraucher kann auch die Befugnis der Veräußerung als „Gebrauch" des Gegenstands eingeräumt werden, ohne dass dies etwas am Charakter des eigentlichen Nießbrauchs geändert hätte. Es wäre daher vorzugswürdig gewesen, einen (echten) Nießbrauch in der Form des Dispositionsnießbrauchs anzu-

---

[103] Staudinger/*Frank*, § 1067 Rn. 15; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 288 f.

[104] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 288.

[105] Vgl. *Schubert/Jakobs*, Beratungen Sachenrecht II, S. 219.

[106] So etwa *Kohler*, AcP 107 (1911), 258, 262; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 119 II (S. 481): „Der Quasinießbrauch ist so wenig Nießbrauch, wie das Sicherungseigentum Pfandrecht ist". So auch schon *Puchta*, Quasiususfructus, S. 82, 83: „Denn darin besteht der Ususfructus, daß man den Gegenstand brauche, nicht dass man aufbrauche …".

[107] Gemeint ist die Beendigung des gesetzlichen Schuldverhältnisses, vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1067 Rn. 8.

erkennen.[108] Dieser hätte sich wegen des Verzichts auf den Eigentumsübergang auch dogmatisch sauber in den Kontext der sonstigen Nießbrauchsvorschriften eingefügt.[109] Dann wären auch diejenigen Nachteile vermieden worden, die der uneigentliche Nießbrauch ansonsten gerade für den Besteller mit sich bringt. So kann dieser im Falle der Insolvenz des Nießbrauchers den Nießbrauchsgegenstand nicht gem. § 47 InsO aussondern, weil er wegen des gesetzlichen Eigentumsübergangs eben über kein dingliches Recht mehr daran verfügt. Der Gegenstand fällt in die Masse, der Ersatzanspruch des Bestellers ist eine regelmäßig wenig werthaltige Forderung gegen die Masse.[110] Einziges dahingehendes Sicherungsmittel ist die Sicherheitsleistung nach § 1067 Abs. 2 BGB, wobei ein solcher Anspruch „gegen die Masse“ im Fall einer Insolvenz des Nießbrauchers ebenfalls wenig werthaltig sein dürfte.

III. Anwendung auf den Nießbrauch an Rechten?

Über § 1068 Abs. 2 BGB ist die Vorschrift zum uneigentlichen Nießbrauch auch auf den Nießbrauch an einem Recht anwendbar. Ausdrücklich klargestellt wird dies durch § 1084 BGB, der für i. S. von § 92 BGB verbrauchbare Inhaber- und Orderpapiere unmittelbar auf den § 1067 BGB verweist. Nicht anwendbar sind dann die eigentlich für solche Papiere geltenden §§ 1081 bis 1083 BGB. Außerhalb dessen findet sich ferner in § 1075 Abs. 2 BGB eine vergleichbare Konstellation.[111]

Für verbrauchbare Inhaber- und Orderpapiere wie Banknoten und Inhaberzeichen nach § 807 BGB bedeutet dies, dass diese mit der Nießbrauchsbestellung in das Eigentum des Nießbrauchers übergehen. Praktisch tatsächlich relevant dürften dahingehend aber allenfalls Banknoten sein, wenn das vom Besteller zur Verfügung gestellte Kapital also in bar ausgezahlt wird. Oder aber solche Papiere sind Teil eines nießbrauchsbelasteten Vermögens, an dem ein Nießbrauch i. S. von § 1085 BGB bestellt wird. Dagegen betrifft § 1075 Abs. 2 BGB nicht unmittelbar die Situation des uneigentlichen Nießbrauchs. Denn es kommt nicht unmittelbar mit der Nießbrauchsbestellung zum Inhaberwechsel in Ansehung der Forderung. Der Nießbraucher erwirbt vielmehr mit der Leistung des Schuldners der belasteten Forderung an ihn das Eigentum an den geleisteten verbrauchbaren Sachen. An der Struktur des Nießbrauchs an einer Forderung als einem *eigentlichen* Nießbrauch an einem Recht ändert dies nichts, auch wenn den Nießbraucher in Ansehung von § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2

---

[108] Eine Veräußerungsbefugnis des Nießbrauchers anstelle des Eigentumserwerbs wurde in den Beratungen der 2. Kommission durchaus umfassend diskutiert, der Vorschlag fand letztendlich aber keine Mehrheit, vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 223 f.

[109] Zum Dispositionsnießbrauch schon oben D.

[110] Staudinger/*Frank*, § 1067 Rn. 11; Palandt/*Bassenge*, § 1067 Rn. 1.

[111] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 18.

BGB die Verpflichtung zum Wertersatz trifft. *Frank* meint dagegen, mit der Leistung entstünde ein uneigentlicher Nießbrauch,[112] ohne näher auszuführen, ob dies ein eigenständiger (neuer) Nießbrauch ist oder ob sich der ursprüngliche eigentliche Nießbrauch entsprechend umwandelt. Da der Eigentümer-/Inhaberwechsel aber eben erst mit der Leistung eintritt und somit allein eine *Rechtsfolge* geregelt wird, besteht keine Notwendigkeit, den Nießbrauch nach § 1075 Abs. 2 BGB als einen *eigentlichen* anzusehen.

IV. Zusammenfassung – Der uneigentliche Nießbrauch an Rechten

Der uneigentliche Nießbrauch ist ein Fremdkörper im Nießbrauchsrecht. Er ist eher dem Darlehen verwandt, als dem eigentlichen Nießbrauch an Sachen oder an Rechten. Wenig überzeugend sind zudem die Gründe, die für die Aufnahme dieses Nießbrauchs in das Gesetz angeführt wurden. Dies wird nicht dadurch fundierter, wenn zum „Ausgleich" seiner konstruktiven Schwächen eine umfassende Abdingbarkeit der gesetzlichen Regelungen zum uneigentlichen Nießbrauch vertreten wird. Jedenfalls im Hinblick auf die Wertersatzverpflichtung des Nießbrauchers nach Beendigung des Nießbrauchs ist dies auch ohnehin zu verneinen. Insgesamt wäre es dogmatisch überzeugender gewesen, anstelle des uneigentlichen Nießbrauchs den Dispositionsnießbrauch an Sachen und an Rechten gesetzlich ausdrücklich zuzulassen. Der § 1067 BGB ist auch auf den Nießbrauch an Rechten anwendbar, wobei die tatsächliche Relevanz eher gering sein dürfte.

F. Der „obligatorische Nießbrauch"

Für den sog. obligatorischen (auch: schuldrechtlichen) Nießbrauch lässt sich zunächst feststellen, dass dies kein Nießbrauch i. S. von § 1030 Abs. 1 BGB (oder § 1068 BGB) ist. Mangels der Bestellung einer (dinglichen) Belastung bei einem Recht oder einer Sache wird es sich dabei allein um die Vereinbarung der Nutzung eines bestimmten Gegenstandes durch eine andere Person als dem Inhaber/Eigentümer unter Erhalt der Substanz handeln. Die Vertragsinhaltsfreiheit erlaubt es den Parteien desweiteren, die insoweit für den „echten" Nießbrauch geltenden Grundsätze ebenfalls als anwendbar zu vereinbaren. Dabei wird es sich in der Regel um ein Dauerschuldverhältnis handeln,[113] weil dem Berechtigten – in Anlehnung an den „echten" Nießbrauch – gerade die dauerhafte Nutzung des betreffenden Gegenstands wird zukommen sollen. Steuer-

[112] Staudinger/*Frank*, § 1075 Rn. 9.

[113] Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 19. Dazu, dass das Kausalverhältnis beim „echten" Nießbrauch zumeist aber kein Dauerschuldverhältnis sein wird, noch unten BT Kap. 1 A. II. 1. b. aa. (S. 235 f.).

rechtlich wird der obligatorische Nießbrauch in der Regel dem echten Nießbrauch gleichgestellt.[114]

Der obligatorische Nießbrauch kann auch als eine Art Auffangrechtsgeschäft in Frage kommen, etwa dann, wenn die gewollte Nießbrauchsbestellung wegen der Nichteinhaltung bestimmter Formvorschriften unwirksam ist. Dann sind auf die Vereinbarung zwingend die jeweils geltenden Vorschriften zum Sach- oder Rechtsnießbrauch entsprechend anzuwenden, sollte dem nicht (ausnahmsweise) der Parteiwille oder übergeordnete Schutzinteressen (Schutz Geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen) entgegenstehen. Eine solche Vereinbarung kann ferner dann als Alternativgeschäft in Frage kommen, wenn ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann, weil es sich beim zu belastenden Gegenstand nicht um ein belastbares subjektives Recht handelt. Zu denken ist hier etwa an Güter wie Know-how, wobei insoweit in der Praxis die Erteilung von Lizenzen weit verbreitet ist, was den praktischen Anwendungsbereich des obligatorischen Nießbrauchs wiederum einschränken dürfte.

[114] BFH BStBl 1986 II 205; *Korn*, DStR 1999, 1512.

Besonderer Teil

Kapitel 1

Bestellung und Beendigung, Ausübung und Übertragung des Nießbrauchs an Rechten; Rechtsschutz der Beteiligten

A. Bestellung des Nießbrauchs

I. Allgemeines

Nach § 1069 Abs. 1 BGB ist ein Nießbrauch an Rechten nach den für die jeweilige Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften zu bestellen. Diese Vorschrift steht im Einklang mit der Sichtweise, wonach es sich beim Nießbrauch – wie bei jeder Belastung – letztlich um die Vergemeinschaftung eines Rechts handelt (siehe oben AT Kap. 2 C.). Die Bestellung des Nießbrauchs ist daher nichts anderes als die Teilung der dem Inhaber des Rechts zustehenden Befugnisse. Bereits aus dieser Vorschrift ergibt sich auch, dass der Gesetzgeber nur übertragbare Rechte für nießbrauchsfähig hält, denn für nicht-übertragbare Rechte gibt es eben keine „geltenden Vorschriften". Insoweit kommt § 1069 Abs. 2 BGB lediglich eine klarstellende Bedeutung zu. Die Vorschrift hat aber dann eine eigenständige Bedeutung, wenn es sich um ein – an sich – übertragbares Recht handelt, welches aber nach der Entscheidung des Gesetzgebers nicht übertragen werden *darf*, also bei Übertragungsverboten wie etwa §§ 399, 400 BGB.

Weitere Vorgaben finden sich in § 1069 BGB nicht; anerkannt ist insoweit aber, dass die Bestellung – genauer: die Bestellungserklärung[1] – inhaltlich auf das Entstehen eines Nießbrauchs gerichtet sein muss[2] und nicht auf die (Voll-) Übertragung des betreffenden Rechts. So kann eine gescheiterte Vollübertragung eines Rechts nicht als Nießbrauchsbestellung etwa im Sinne eines Minus angesehen werden. Dagegen hat es das RG noch für möglich gehalten, dass eine formnichtige Grundstücksveräußerung in die Bestellung eines „lebenslänglichen Nießbrauchs" am Grundstück umgedeutet werden kann.[3] Angesichts des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes müssen einer solchen Auslegung bzw. Umdeutung jedoch enge Grenzen gezogen werden. Dies gilt hier auch deswegen, weil, anders als nach der herrschenden Ansicht, die Belastung des

[1] Erman/*Michalski*, § 1069 Rn. 1.
[2] KG OLGE 44, 58; RGZ 86, 218, 220.
[3] RGZ 110, 391, 392.

Rechts eben nicht als Abspaltung und teilweise Übertragung des Rechts anzusehen ist, sondern als eine Vergemeinschaftung von Befugnissen.[4]

1. Personaler Anwendungsbereich

a. Natürliche und juristische Personen, Personenmehrheiten

Nießbraucher kann nicht nur eine natürliche Person respektive können mehrere natürliche Personen sein. Denn ausweislich des Wortlauts der §§ 1059a, e, 1061 S. 2 BGB können auch juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften insoweit berechtigt werden. Beteiligte eines Nießbrauchs an Rechten aufgrund einer privatautonomen Bestellung eines solchen Rechts – als Inhaber des Stammrechts/Besteller und Nießbraucher – können also entweder natürliche oder juristische Personen (mit der Erweiterung auf rechtsfähige Personengesellschaften) sein, oder es handelt sich um eine jeweilige Mischform.

Die Person des Stammrechtsinhabers und des Bestellers können in Einzelfällen auseinanderfallen, etwa beim Vermächtnisnießbrauch und beim gutgläubigen Erwerb eines Nießbrauchs. Hier kann es Abweichungen geben zwischen den Parteien des Kausalverhältnisses und des gesetzlichen Schuldverhältnisses. Darauf wird jeweils noch gesondert eingegangen. Ein Nießbrauch an einem Recht kann ferner auch zugunsten mehrerer (natürlicher oder juristischer) Personen bestellt werden.[5] Das gemeinschaftliche Nießbrauchsrecht kann den Berechtigten dabei in einer Bruchteilsgemeinschaft (Nießbrauch nach Bruchteilen), als Gesamthandsgemeinschaft oder als Gesamtrechtsberechtigte gem. § 428 BGB zustehen, danach richtet sich jeweils auch deren Innenverhältnis.[6] Alle Regelungen, die den „Nießbraucher" und vor allem das Außenverhältnis etwa zum Besteller betreffen, gelten dann jeweils für die Personenmehrheit, die insoweit als ein Nießbraucher anzusehen ist.

b. Beschränkt Geschäftsfähige als Nießbraucher

Sind beschränkt geschäftsfähige Personen am Kausalverhältnis sowie der Nießbrauchsbestellung beteiligt, gelten die allgemeinen Regelungen. Wird etwa ein Recht an einen Minderjährigen unter Vorbehalt eines Nießbrauchs daran unentgeltlich übertragen (beispielsweise ein Geschäftsanteil), oder wird – umgekehrt – zugunsten des Minderjährigen ein Nießbrauch am Stammrecht bestellt, so ist dies für den Minderjährigen jeweils kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft, da mit dem Nießbrauch diverse Rechte und Pflichten des Minderjäh-

---

[4] Siehe dazu umfassend oben AT Kap. 2 C. III. 2. (S. 113 ff.).

[5] KGJ 49, 191; KG Recht 1929, 480; KG OLGRspr. 40, 52; RG HRR 1937 Nr. 1443; BayObLG DNotZ 1956, 209.

[6] *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 18; *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 61.

rigen – entweder als Besteller oder als Nießbraucher – aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis entstehen.[7]

Gemäß § 107 BGB ist daher für die betreffenden Willenserklärungen jeweils die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig. Bei innerfamiliären Zuwendungen kann es zudem wegen § 181 BGB notwendig sein, einen Abschlussergänzungspfleger gem. § 1909 Abs. 1 BGB zu bestellen. Die fehlende Pflegerbestellung macht den jeweiligen Vertrag schwebend unwirksam. Während ein Kausalgeschäft über die entgeltliche Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück zugunsten eines minderjährigen Kindes gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (für grundstücksbezogene Forderungen gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB) der Genehmigung des Familiengerichts bedarf, gibt es für die Nießbrauchsbestellung an Rechten i. S. von § 1068 BGB in dieser Vorschrift keine anwendbare Regelung. Dagegen ist § 1822 Nr. 1 BGB einschlägig, denn eine Verpflichtung des Minderjährigen zur Nießbrauchsbestellung „am Vermögen" (gem. § 1085 BGB) oder einer Erbschaft (§ 1089 BGB) ist als Verfügung über das Vermögen/die Erbschaft ein Rechtsgeschäft in diesem Sinne.[8] Für die Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs durch den Minderjährigen ist eine familiengerichtliche Genehmigung dagegen nicht erforderlich.[9]

Im Kontext des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen[10] kann § 1822 Nr. 3 BGB einschlägig sein. Danach bedarf ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird, der Genehmigung durch das Familiengericht. Der Begriff der Veräußerung wird dahingehend weit ausgelegt, so dass auch die Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil eines Minderjährigen davon umfasst ist.[11] Soll der Nießbrauch zugunsten eines Elternteils oder eines Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Minderjährigen andererseits bestellt werden, bedarf der Minderjährige für dieses Geschäft eines Ergänzungspflegers gemäß §§ 1909, 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2 BGB.[12]

Dagegen soll die Übertragung eines Rechts an einen Minderjährigen dann lediglich rechtlich vorteilhaft sein, wenn es mit einem Nießbrauchsrecht zugunsten eines Dritten belastet ist oder aus Anlass der Übereignung belastet

[7] *Janßen/Nickel,* Unternehmensnießbrauch, S. 69; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 445 unter Verweis auf vor allem die Rechtsprechung des BFH, wie die Urteile VIII R 75/79 vom 13.05.1980, BStBl 1981 II S. 297 und IX R 216/84 vom 31.10.1989, BStBl 1992 II S. 506. Im Ergebnis so aber auch BGH Urteil vom 05.02.1971 – V ZR 91/68 = BeckRS 1971, 31123925. Zu den (allgemeinen) Rechten und Pflichten der Beteiligten siehe noch unten B. und bei Gesellschaftsanteilen unten Kap. 5.

[8] Palandt/*Götz*, § 1822 Rn. 2; Schulze-BGB/*Kemper*, § 1822 Rn. 3.

[9] BGHZ 24, 372, 374.

[10] Dazu noch unten Kap. 5.

[11] Vgl. etwa *Teichmann*, ZGR 1973, 24, 43; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 85; *Janßen/Nickel,* Unternehmensnießbrauch, S. 70.

[12] *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 85.

wird. Der Nießbrauch ist insoweit (lediglich) als „Verkürzung" des übertragenen Rechts anzusehen, aber nicht als rechtlicher Nachteil. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher über §§ 1042 S. 2, 1047 BGB hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Lasten zu tragen hat, der minderjährige Eigentümer also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gem. §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist.[13] Letzteres dürfte freilich außerhalb des Rechts Eigentum (insbesondere bei Grundstücken) für andere Rechte ohnehin kaum relevant sein, so dass ein „lediglich rechtlicher Vorteil" i. S. von § 107 BGB in solchen Konstellationen umso eher anzunehmen sein wird.

Geht es um die Beteiligung Minderjähriger an Unternehmen, etwa an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und erwirbt ein Minderjähriger einen Anteil an einer solchen Gesellschaft unter Vorbehalt eines Nießbrauchs zugunsten des Übertragenden, kann dies an der rechtlichen Nachteilhaftigkeit der Anteilsübertragung nichts ändern. Denn die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Pflichten und somit auch die Haftung aus §§ 24, 31 GmbHG treffen nach überwiegender Ansicht nicht den Nießbraucher, sondern den Gesellschafter, also den Minderjährigen.[14] Aber auch wenn man annimmt, die Haftung treffe allein den Nießbraucher, ändert dies nichts an dieser Beurteilung. Denn der BGH lässt in seiner jüngeren Rechtsprechung erkennen, dass er – jedenfalls im Grundstücksrecht – einen rechtlichen Nachteil schon dann annimmt, wenn die Möglichkeit besteht, dass den Minderjährigen zumindest bei Beendigung des Nießbrauchs vor Volljährigkeit eine Verbindlichkeit treffen könnte.[15] In solchen Fällen ist daher insgesamt von der rechtlichen Nachteilhaftigkeit der Anteilsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt auszugehen. Bei Schenkung durch die Eltern ist daher in jedem Fall ein Ergänzungspfleger zu bestellen.[16]

2. *Nießbrauchsentstehung durch Surrogation*

Ferner kann auch – ausnahmsweise – durch Gesetz ein Nießbrauch entstehen, etwa durch eine Surrogation gem. § 1075 Abs. 1 BGB. Da der Forderungsnießbraucher gem. § 1074 Abs. 1 BGB zur Einziehung einer nichtverzinslichen Forderung berechtigt ist, regelt die Vorschrift konsequenterweise auch die Rechtsfolge eines solchen Erlöschens des nießbrauchsbelasteten Gegenstands mit dem

---

[13] BGHZ 161, 170; OLG Celle MDR 2001, 931 f; OLG Köln ZMR 2004, 189, 191; Palandt/*Heinrichs*, § 107 Rn. 4 (jeweils zur Nießbrauchsbestellung nach Eigentumsumschreibung an einem Grundstück); a. A. *Preuß*, JuS 2006, 305, 308; *Petersen*, Jura 2003, 399, 402, wegen der Gefahr der persönlichen Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen aus dem Nießbrauchsverhältnis.

[14] *Bürger*, RNotZ 2006, 157, 163; Scholz/*Westermann*, GmbHG, § 15 Rn. 193.

[15] BGH DNotZ 2005, 625, 627.

[16] *Bürger*, RNotZ 2006, 157, 163.

Freiwerden des Schuldners. Denn anderenfalls würde mangels eines „belastbaren" Stammrechts auch der Nießbrauch erlöschen. Leistet der Forderungsschuldner an den Nießbraucher – aber auch nur dann –, erwirbt dieser einen Nießbrauch an dem geleisteten Gegenstand, während der Besteller (und Forderungsgläubiger) „den geleisteten Gegenstand [erwirbt]". Ob es sich dabei um einen Nießbrauch an Sachen (bei der Leistung von Eigentum) oder einen an Rechten handelt, hängt vom geleisteten Gegenstand ab. Insoweit ist dann sogar eine Änderung des Nießbrauchstyps möglich. Voraussetzung für eine wirksame Entstehung der Belastung ist freilich, dass der betreffende Gegenstand nießbrauchsfähig und ein Nießbrauch daran überhaupt zulässig ist. Die Motive nennen beispielhaft höchstpersönlich vorzunehmenden Handlungen als einen möglichen Leistungsgegenstand. Diese können aber gerade nicht übertragen werden und sind also auch nicht nießbrauchsfähig.[17] Eine Surrogation würde dann nicht stattfinden, das Nießbrauchsrecht ginge ersatzlos unter.

Gesetzlich ist dieser Fall nicht geregelt. Denkbar ist insoweit aber, die Situation wie die bei der Leistung verbrauchbarer Gegenstände zu behandeln. Sind verbrauchbare Sachen „Leistungsgegenstand", wird der Nießbraucher mit der Leistung deren Eigentümer (§ 1075 Abs. 2 BGB). Auf diesen im Ergebnis uneigentlichen Nießbrauch ist dann zusätzlich § 1067 BGB anwendbar.[18] Entsprechend wäre dann der Nießbraucher als Gläubiger des Leistungsgegenstandes selbst anzusehen, mit einer Wertersatzverpflichtung gem. § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB gegenüber dem Besteller. Dies wiederum ist insgesamt aber nur sinnvoll, wenn die Leistung (jedenfalls auch) für den Nießbraucher einen Nutzen aufweist, was gerade bei höchstpersönlichen Leistungen nicht zwingend der Fall sein muss. Anderenfalls kommt es tatsächlich zu keiner Surrogation, das Nießbrauchsrecht endet mit Erfüllung seitens des Forderungsschuldners.

II. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht

1. Das Kausalverhältnis

Das Kausalverhältnis beim Nießbrauch (das Verpflichtungsgeschäft) ist eine Vereinbarung der Parteien – im Regelfall durch Stammrechtsinhaber und (zukünftigem) Nießbraucher[19] – über die Bestellung eines solchen Rechts an einem bestimmten Gegenstand (ein Recht). Rechtsgrund des Kausalverhältnisses kann etwa eine Schenkung, ein Kauf, ein Vermächtnis oder eine Sicherungsvereinbarung sein.[20] Eines solchen Kausalgeschäfts als vertraglichem Schuldverhältnis bedarf es bereits deshalb, weil ein (dinglich)[21] bestellter Nießbrauch

[17] Mugdan, Motive III, S. 546 f.
[18] Siehe zum Quasi-Nießbrauch schon oben AT Kap. 5 E.
[19] Zum Auseinanderfallen von Stammrechtsinhaber und Besteller siehe noch unten V.
[20] MüKo-BGB/*Pohlmann*, Vor § 1030 Rn. 15.
[21] Zum Problem der Dinglichkeit beim Nießbrauch an Rechten schon oben AT Kap. 4 B.

ansonsten wegen des fehlenden Rechtsgrundes kondizierbar wäre (etwa gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB). Für das wirksame Zustandekommen des Vertrags gelten die allgemeinen Regelungen, insbesondere die §§ 130, 145 ff. BGB. In einem solchen Vertrag können die Parteien mit schuldrechtlicher Wirkung[22] Einzelheiten der Nießbrauchsbestellung und des Inhalts des Nießbrauchs regeln. Für letzteres ergeben sich aber Grenzen der privatautonomen Gestaltung aus den gesetzlichen Regelungen, darauf wird noch einzugehen sein.

a. Die Regelung der Gegenleistung – Nießbrauch gegen Entgelt und entgeltlicher Nießbrauch

Im Kausalverhältnis kann ferner eine mit der durch den Stammrechtsinhaber geschuldeten Nießbrauchsbestellung im Synallagma stehende Gegenleistung des Nießbrauchers geregelt sein. Zu unterscheiden ist dabei der Nießbrauch gegen Entgelt vom entgeltlichen Nießbrauch.[23]

Beim letzteren wird ein Nießbrauch gegen ein vereinbartes Entgelt bestellt, die Vereinbarung darüber findet sich ausschließlich im Kausalverhältnis. Insoweit existiert ein Gegenseitigkeitsverhältnis. Eine solche Gegenleistung kann etwa bei der Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs vereinbart werden, wenn also zur Absicherung der Ansprüche des Nießbrauchers aus einem – zumeist – Dauerschuldverhältnis[24] ein zusätzliches Sicherungsmittel geschaffen wird. In einem solchen Fall wird jedoch kein entgeltlicher Nießbrauch (dazu sogleich) anzunehmen sein, denn die Nutzung des betreffenden Rechts gegen Entgelt wird bereits im zu sichernden Haupt-Schuldverhältnis (etwa einem Patentlizenzvertrag) geregelt sein.

Dagegen beschreibt der Begriff „entgeltlicher Nießbrauch" die Pflicht des Nießbrauchers, ein Entgelt für den Gebrauch und den Fruchtgenuss des belasteten Rechts zu entrichten. Dabei handelt es sich indes um eine Modifikation des *gesetzlichen* Schuldverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher[25] und nicht um eine Regelung im Kausalverhältnis. Diese mit dinglicher Wirkung entstehende Verpflichtung des Nießbrauchers steht insbesondere nicht im Synallagma mit der Pflicht des Stammrechtsinhabers zur Bestellung des Nießbrauchs. Dafür spricht bereits – wie *Schön* überzeugend darlegt – die Tatsache,

---

[22] MüKo-BGB/*Pohlmann*, Vor § 1030 Rn. 15.

[23] *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 34 sehen dagegen diesen Unterschied nicht und behaupten, „die Entgeltlichkeit" könne „sowohl im kausalen Grundgeschäft als auch im dinglichen Geschäft vereinbart werden", was aber unzutreffend ist. Ebenso *Götz/Hülsmann*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 121 unter Hinweis auf *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 347 ff. Dieser lehnt „eine Aufnahme kausaler Elemente in das abstrakte … Nutzungsrecht allerdings prinzipiell (ab)", a. a. O. S. 347.

[24] Zum Sicherungsnießbrauch siehe schon oben AT Kap. 5 C.

[25] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 347; *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 63.

dass mit der einseitigen Aufhebung des Nießbrauchs durch den Besteller automatisch auch die Pflicht des Nießbrauchers zur Entrichtung des Entgelts endet, vgl. § 1068 Abs. 2 i. V. mit § 1064 und § 1072 BGB.[26]

Eine solche Gegenleistung wird vor allem beim Zuwendungsnießbrauch vereinbart werden,[27] insbesondere aus steuerrechtlichen Motiven. Denn abhängig vom Nießbrauchsobjekt kann der Nießbraucher diese Ausgaben als Werbungskosten oder Betriebsausgaben steuerlich geltend machen und so die auf die Zuwendung anfallende Steuerlast mindern.[28]

b. Rechtsnatur und Beendigung des Kausalverhältnisses

Was die Beendigung betrifft, so wird das Kausalverhältnis unbeschadet der genauen Einordnung jedenfalls nicht den BGB-Regelungen des Miet- und Pachtrechts unterworfen werden können. Dagegen spricht schon das gesetzliche Leitbild des Nießbrauchs als für die Lebenszeit des Nießbrauchers bestellt. Den Parteien soll es aber möglich sein, privatautonom Kündigungsmöglichkeiten zu vereinbaren. Nach *Schön* soll auch § 314 BGB auf das Kausalverhältnis anwendbar, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund also möglich sein.[29]

aa. Kausalgeschäft als Dauerschuldverhältnis?

Die Anwendung dieser Vorschrift kann aber nur dann in Betracht kommen, wenn das Kausalverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist. Allgemein ist dies dann der Fall, wenn – im Unterschied zu einem „einfachen" Schuldverhältnis (als punktuellem Austauschvertrag[30]) – während der Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses für die Parteien fortwährend neue Leistungs- und Schutzpflichten entstehen. Dem Zeitelement kommt daher bei § 314 BGB eine wesentliche Bedeutung zu,[31] denn ein Dauerschuldverhältnis ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass der Umfang der vertragstypischen Hauptleistung erst mit Hilfe der Zeit quantifizierbar ist.[32] Das typische Risiko der Parteien, die ein Dauerschuldverhältnis eingegangen sind, liegt demnach in der bei Vertragsschluss fehlenden Überschaubarkeit des letztlich geschuldeten Leistungsumfangs, was

---

[26] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 347.

[27] Zum Zuwendungsnießbrauch schon oben AT Kap. 5 B.

[28] *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 341; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 931 (für Grundstücke)

[29] Nießbrauch an Sachen, S. 366, 369. Andererseits sieht er das Kausalverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher über die Bestellung aber als „kaufähnliches Geschäft" an, a. a. O. S. 354.

[30] So der zur Abgrenzung gebrauchte Gegenbegriff bei *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis, S. 143.

[31] MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 Rn. 5.

[32] *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis, S. 135; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 Rn. 5.

eine ständige Pflichtenanspannung voraussetzt, sowie in den Umständen der Leistungserbringung.[33]

Ob diese Voraussetzungen beim Kausalgeschäft eines Nießbrauchs tatsächlich vorliegen, ist indes zweifelhaft. Denn sämtliche Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf den Nießbrauch selbst – insoweit vergleichbar mit einem Miet- oder Pachtgegenstand –, ergeben sich nicht aus diesem Vertrag, sondern allein aus dem Gesetz, sind also Teil des *gesetzlichen* Schuldverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher (dazu sogleich). Wird daher ein Nießbrauch gegen Entgelt bestellt, spricht diese Tatsache gerade nicht für die Annahme eines Dauerschuldverhältnisses beim Kausalgeschäft. Denn der Besteller erfüllt seine vertragliche Verpflichtung sofort, indem er an der eigentlichen Bestellung des Nießbrauchs mitwirkt.[34] Insoweit ist das Kausalverhältnis eben kein der Miete oder Pacht vergleichbares (Dauer-)Schuldverhältnis, weil die eigentlichen Verpflichtungen des Bestellers, die an die Nießbrauchsbestellung anknüpfen und sich (erst) aus dem Gesetz ergeben, auf dieser vertraglichen Ebene keine Rolle spielen.[35] Ein Zeitelement hat das Kausalverhältnis insoweit nicht. Erfüllt zudem der Nießbraucher seine Verpflichtung aus dem Kausalverhältnis sofort, etwa durch einmalige Zahlung des für die Bestellung geschuldeten Entgelts, fehlen jedwede Anknüpfungspunkte für eine Einordnung des Kausalverhältnisses als Dauerschuldverhältnis. § 314 BGB ist dann nicht anwendbar.

Für dieses Ergebnis spricht, dass ein solcher Nießbrauch gegen Entgelt zumeist als Rechtskauf[36] oder jedenfalls kaufähnliches Geschäft[37] angesehen wird, also als ein punktuelles Vertragsverhältnis. Zur Abgrenzung dieser beiden Typen wird vorgeschlagen, auf die Art der vereinbarten Gegenleistung abzustellen: Bei Einmalzahlung Rechtskauf, bei Ratenzahlung eher „kaufähnliches Geschäft“,[38] wobei dies letztendlich für die jeweilige Verneinung eines Dauerschuldcharakters dahinstehen kann.

Auch im römischen Recht herrschte bezüglich der Bestellung dinglicher Nutzungsrechte ein eher kaufrechtliches Verständnis vor. Die Pandektistik hat die-

---

[33] BGHZ 133, 316, 321; BGH NJW 1999, 1177, 1178; *Bauer/Diller,* NJW 2002, 1609; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 Rn. 5.

[34] BGH NJW 1974, 2123: „Mit der Begründung der Dienstbarkeit hat der Besteller … seine Verpflichtungen erfüllt“. So auch BGH NJW-RR 1999, 376 für die Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts: „Wird das Wohnungsrecht vereinbarungsgemäß bestellt, ist der zugrundeliegende Schuldvertrag erfüllt und rechtfertigt den Fortbestand der Dienstbarkeit; er stellt kein der Kündigung zugängliches Dauerschuldverhältnis dar“.

[35] Gegen die Annahme einer Rechtpacht auch *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 63 ff.

[36] BGHZ 52, 243; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 91 Ziff. 2, 4 (S. 285); *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 65; wohl auch Palandt/*Bassenge*, Einf v § 1030 Rn. 4; Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff, Rn. 18

[37] BGH NJW 1965, 532; OLG Düsseldorf NJW 1971, 436.

[38] Vgl. dazu *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 351 m. w. N.

ses Verständnis übernommen.[39] *Schön* weist diesbezüglich aber zurecht darauf hin, dass daraus für das heutige Verständnis nur begrenzt Schlüsse gezogen werden können, denn weder das römische Recht noch die deutsche Rezeption haben das im BGB geltende Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft gekannt.[40] Das römische Recht hatte überdies ein weites Verständnis davon, was alles Gegenstand eines Kaufs sein konnte. So konnten etwa auch „ein Würfelglück", „künftige Sklavenkinder" und der „künftige Fang von Vögeln und Fischen" – also jeweils Erwerbs*chancen* – gekauft werden (als sog. Hoffnungskauf, emptio spei).[41]

Im Ergebnis dürfte die Anwendung des § 314 BGB auf das Kausalverhältnis beim Nießbrauch daher insgesamt eher die Ausnahme denn die Regel sein.

bb. Besonderheiten beim „obligatorischen Nießbrauch"

Dagegen dürfte das Vertragsverhältnis beim rein obligatorischen Nießbrauch[42] durchaus als Dauerschuldverhältnis anzusehen sein, mit der Folge der Anwendung des § 314 BGB. Denn bei einem solchen „unechten" Nießbrauch fehlt gerade ein gesetzliches Schuldverhältnis und es sprechen gute Gründe dafür, von einer dauerhaften Verpflichtung des Stammrechtsinhabers auszugehen, dem Berechtigten („Nießbraucher") die Nutzungen des jeweiligen Rechts zu gewähren. Diese vertragliche Pflicht wird auch erst mit Beendigung des Vertrages vollständig erfüllt sein. Zudem wird in solchen Fällen eine entsprechend zu zahlende Gegenleistung des Berechtigten in diesem Vertrag vereinbart werden. Ist diese sukzessiv zu entrichten, spricht dies ebenfalls für den Dauerschuldcharakter einer solchen Vereinbarung.

Kommt es weitergehend trotz eines entgegenstehenden Willens der Parteien nicht zur wirksamen Bestellung des Nießbrauchs oder geht dieses (dingliche) Recht unter, stellt sich die Frage, ob sich dann aus der wirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung Rechte und Pflichten der Parteien ergeben können, insbesondere das Recht des Nießbrauchers zur Nutzung des betreffenden Rechts. Dies ist bei einem solchen offensichtlich „ungewollten" obligatorischen Nießbrauch aber abzulehnen, denn derartige Vereinbarungen wurden im Kausalgeschäft gerade nicht getroffen, sondern dieses war inhaltlich allein auf die Nießbrauchs*bestellung* gerichtet (ggf. unter Vereinbarung einer Gegenleistung *dafür*). Die Parteien wollten aber gerade kein schuldrechtliches Nutzungsrecht

[39] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 41 Rn. 8 (Nießbrauch als Gegenstand des Kaufs); *Bechmann*, Der Kauf nach Gemeinem Recht II, § 142 (S. 123): „Dass [die dinglichen Nutzungsrechte] ohne Ausnahme Gegenstand des Kaufes sind, unterliegt für das klassische Recht keinem Zweifel". Den Fall „der Schaffung einer Servitut gegen Bezahlung" bezeichnet *Bechmann* sogar als den „wichtigste[n] des konstitutiv wirkenden Kaufes", a. a. O. (S. 124).

[40] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 349.

[41] *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 41 Rn. 9 unter Hinweis auf *Pomponius*, Dig. 18.1.8.

[42] Dazu oben AT Kap. 5 F.

und insbesondere keine schuldrechtliche Überlassungspflicht des Inhabers begründen, obschon dies möglich gewesen wäre. Auch kann die punktuelle Verpflichtung des Inhabers zur Bestellung des Nießbrauchs nicht in eine solche dauerhafte Leistungsverpflichtung umgedeutet werden.

Anderer Ansicht ist wohl *Schön*, der unbeschadet dessen die Entstehung eines miet- oder pachtähnlichen Dauerschuldverhältnissen als möglich ansieht.[43] Er begründet dies mit einer Entscheidung des RG zu § 17 KO (jetzt § 103 InsO), in der die vollständige Erfüllung der Leistungspflicht auch nach der geschuldeten Bestellung eines Nießbrauchs verneint worden war, denn der Besteller habe dafür einzustehen, dass der Nießbraucher sein Recht „für die Dauer des Nießbrauchs auszunutzen in der Lage" sei.[44] Gegen die Heranziehung dieser Entscheidung aus dem Insolvenzrecht lässt sich aber einwenden, dass § 103 InsO (früher § 17 KO) einen denkbar weiten Anwendungsbereich hat. Erfasst werden alle Arten gegenseitiger Verträge und nicht nur Dauerschuldverhältnisse. So unterfällt grundsätzlich auch ein Kaufvertrag dem diesbezüglichen Wahlrecht des Insolvenzverwalters, es sei denn, dies ist *ausnahmsweise* nicht der Fall.[45] Konsequenterweise hätte das RG im Fall dann auch die speziellen Regelungen für Miet- und Pachtverträge (§§ 19 f. KO = § 109 InsO) zur Anwendung bringen müssen, was aber nicht geschehen ist. *Schön* betont zwar, dass das RG mit der beschriebenen Lösung gerade dem Willen der Parteien gerecht geworden sei.[46] Wie oben ausgeführt wurde ist dies jedoch nicht mit der Situation einer gescheiterten Nießbrauchsbestellung vereinbar, weil dann ein solcher Parteiwille gerade nicht vorliegen wird.

c. Inhalt des Kausalverhältnisses

Als jedenfalls kaufähnliches Vertragsverhältnis sind die §§ 453 Abs. 1, 433 ff. BGB (entsprechend) auf das Kausalverhältnis beim Nießbrauch anwendbar. Vertragliche Hauptpflicht des Stammrechtsinhabers ist die Bestellung des Nießbrauchs am betreffenden Gegenstand (Recht). Beim Nießbrauch gegen Entgelt steht die insoweit geschuldete Gegenleistung des Nießbrauchers im Synallagma mit dieser Pflicht des Stammrechtsinhabers. Praktisch relevant dürfte die Anwendung der Vorschriften zum Rechtskauf vor allem bei Mangelhaftigkeit des Stammrechts sein, wenn etwa der Nießbraucher am Genuss der Früchte und Gebrauchsvorteile gehindert ist, weil einem Dritten diesbezüglich ein vorrangiges Recht zusteht (als Rechtsmangel i. S. von § 435 BGB).[47] Die Rechte des Nießbrauchers richten sind dann nach §§ 453 Abs. 1, 437 BGB.

---

[43] Nießbrauch an Sachen, S. 356.
[44] RG v. 1.4.1916, DJZ 1916 Sp. 813 f.
[45] Vgl. nur Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, § 103 Rn. 35; MüKo-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 129 f.
[46] Nießbrauch an Sachen, S. 357.
[47] Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein Interessenausgleich gem. §§ 1068 Abs. 2, 1060, 1024 BGB nicht in Frage kommt.

Für Pflichtverletzungen des Nießbrauchers in Bezug auf die Zahlung des vereinbarten Entgelts gelten die §§ 320 ff. BGB. Erlischt der Nießbrauch gem. §§ 1072, 1063, 1064 BGB, ist der Nießbraucher gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr zur Zahlung des Entgelts verpflichtet.[48] Nach § 323 BGB kann dem Besteller ein Rücktrittsrecht zustehen, wenn der Nießbraucher mit der Zahlung des Entgelts in Verzug kommt. Ein Rücktritt mit dem Wegfall des Kausalverhältnisses ex nunc ändert an der wirksamen Nießbrauchsbestellung freilich nichts, der Nießbrauch ist dann aber kondizierbar (s.o.). Eine Rückübertragungspflicht des Nießbrauchers kann sich zudem aus den §§ 346 ff. BGB ergeben.[49] Ferner können die Parteien im Kausalverhältnis Kündigungstermine vorsehen, obschon dies gegen den Grundgedanken des Nießbrauchs als ein für die Lebenszeit des Nießbrauchers begründetes Nutzungsrecht spricht.[50]

d. Formfragen

Das Kausalgeschäft bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form. Ausnahmen können sich jedoch aus dem Gesetz ergeben, etwa dann, wenn eine Schenkung vorliegt (§ 518 Abs. 1 BGB). Bei der Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an einem (gegenwärtigen) Vermögen[51] ist die besondere Formvorschrift des § 311b Abs. 3 BGB (notarielle Beurkundung, § 128 BGB) zu beachten. Dagegen ist ein Vertrag über die Belastung eines *künftigen* Vermögens mit einem Nießbrauch gem. § 311b Abs. 2 BGB nichtig. Eine gleichwohl wirksam vorgenommene Nießbrauchsbestellung wird davon wegen des Abstraktionsprinzips nicht berührt. Die Rückabwicklung der Vermögensverschiebung aufgrund Bereicherungsrechts ist freilich möglich, wobei insoweit wiederum § 814 BGB zu beachten ist, eine Kondiktion des Nießbrauchsrechts daher ausgeschlossen sein kann, wenn der Besteller insb. von der fehlenden Verpflichtung zur Bestellung Kenntnis hatte.

Für das dinglich wirkende abstrakte Rechtsgeschäft (das Verfügungsgeschäft als eigentliche Nießbrauchsbestellung) ist grundsätzlich die formlose Einigung (§§ 398, 413 BGB) über die Nießbrauchsbestellung ausreichend. Die Einigung kann unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen.[52] Für eine Nießbrauchsbestellung an Wertpapieren, wie Orderpapieren und an Wechseln, bedarf es zusätzlich der Übergabe bzw. eines Übergabesurrogats (§§ 929 ff. BGB). Im Hinblick auf indossierte/nicht indossierte Urkunden gilt dies hilfsweise,[53] wobei gem. § 1081 Abs. 2 BGB die Einräumung von Mitbesitz (§ 866

[48] Es sei nochmals klargestellt, dass dies nicht das Entgelt meint, welches der Nießbraucher aus dem dinglichen Rechtsgeschäft schuldet (als entgeltlicher Nießbrauch). Davon ist der an dieser Stelle allein thematisierte Nießbrauch gegen Entgelt zu unterscheiden.

[49] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 369.

[50] KG JW 1923, 760; RG HRR 1929, Nr. 602, *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 369.

[51] Dazu noch unten Kap. 2 A.

[52] Erman/*Michalski*, Vor § 1030 Rn. 11.

[53] Erman/*Michalski*, Vor § 1030 Rn. 10.

BGB) genügt. Dies gilt entsprechend für Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehene Orderpapiere und entspricht den Bestimmungen zum Mobiliarnießbrauch (als Sachnießbrauch i.S. von § 1030 BGB).[54] Während beim Nießbrauch an Sachen der Nießbraucher aber gem. § 1036 Abs. 1 BGB zum Besitz „der Sache" berechtigt ist, kommt es im Kontext der Rechte darauf nicht an. Denn an Rechten ist kein Besitz i.S. einer tatsächlichen Sachherrschaft möglich.[55] Insoweit ist § 1081 Abs. 2 BGB lex specialis zu § 1036 Abs. 1 BGB.

Wird der Nießbrauch an Grundstücksrechten bestellt – etwa an einer Grund- oder Rentenschuld –, bedarf es gem. § 873 BGB neben der Einigung grundsätzlich der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Vor der Eintragung ist die Formvorschrift des § 873 Abs. 2 BGB zu beachten. Die Nießbrauchsbestellung an einer durch Hypothek, Grund- oder Rentenschuld gesicherten Forderung erfolgt gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB (für die Hypothek) bzw. nach §§ 1192, 1199 BGB (für Grund- und Rentenschuld).[56] Es bedarf entweder der Briefübergabe oder der Eintragung der Rechtsänderung (Belastung) in das Grundbuch.

2. *Die Bestellung des Nießbrauchs als Verfügungsgeschäft*

Die eigentliche Bestellung – und Entstehung – des Nießbrauchs erfolgt gem. § 1069 Abs. 1 BGB nach den jeweils geltenden Übertragungsvorschriften, ist also von der Natur des einzelnen Rechts abhängig. Eine zusätzliche zwingende Vorgabe für die Nießbrauchsbestellung bei Inhaber- und Orderpapieren findet sich wie bereits erwähnt in § 1081 BGB. Bei Forderungen genügt gem. § 398 BGB die formlose Einigung zwischen Inhaber und Nießbraucher. Für andere Rechte gilt dies gem. § 413 BGB ebenso, etwa für den Nießbrauch am Recht aus dem Patent.

Infolge der Nießbrauchsbestellung werden die jeweiligen Pflichten und Rechte der Parteien kraft Gesetzes erzeugt. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis tritt als „Begleitschuldverhältnis"[57] neben das vertragliche Kausalgeschäft. Es gilt das Trennungsprinzip. Die Rechte und Pflichten aus diesem Rechtsverhältnis gelten zwischen dem Nießbraucher und dem Inhaber des Stammrechts.[58] Ist letzterer – ausnahmsweise – nicht mit dem Vertragspartner des Nießbrauchers aus dem Kausalgeschäft (Besteller) identisch, gilt über § 1068 Abs. 2 die Regelung des § 1058 BGB: für den Nießbraucher gilt der Besteller als Inhaber des

---

[54] Erman/*Michalski*, Vor § 1030 Rn. 10. Zu Besonderheiten siehe noch unten Kap. 5 H. (S. 394 ff.).

[55] Der Idee des Rechtsbesitzes kann indes nicht gefolgt werden. Vgl. dazu noch unten VIII.

[56] Staudinger/*Frank*, § 1069 Rn. 4.

[57] So trefflich *Amann*, DNotZ 1989, 531, 534; *Hess*, AcP 197 (1997), 489, 502 ff. spricht vom „Binnenverhältnis".

[58] Dazu noch unten B.

Rechts, sofern er die wahre Sachlage nicht kennt. Schädlich ist insoweit also allein positive Kenntnis, (grob) fahrlässige Unkenntnis schadet nicht. Geschützt ist der Glaube an das Eigentum des Bestellers (beim Sachnießbrauch)[59] und entsprechend an die Inhaberstellung des betreffenden Rechtssubjekts. Aufgrund dieser unwiderlegbaren Vermutung[60] entsteht das gesetzliche Schuldverhältnis daher zwischen Nießbraucher und Stammrechtsinhaber. Dies gilt jedoch nicht für das Kausalverhältnis, denn darüber trifft § 1058 BGB keine Aussage. Dieses kommt zwischen Besteller und Nießbraucher zustande, die Parteien der Schuldverhältnisse sind dann also verschieden. Für das Verhältnis zwischen Besteller und Stammrechtsinhaber gilt vor allem § 816 BGB, etwa wenn es bei einem Nießbrauch gegen Entgelt um die Herausgabe desselben geht. Auch Schadensersatzansprüche des Stammrechtsinhabers gem. §§ 823 ff. BGB können insoweit in Betracht kommen,[61] vor allem dann, wenn das belastete Recht ein „sonstiges Recht" i. S. von § 823 Abs. 1 BGB ist.

a. Besonderheiten beim Vermächtnisnießbrauch

Zu einem Auseinanderfallen der Parteien bei der causa und der eigentlichen Bestellung des Rechts kommt es aber in jedem Fall bei der Nießbrauchsbestellung aufgrund eines Vermächtnisses. Denn anders als im römischen und im gemeinen Recht kann die Nießbrauchsbestellung nicht *unmittelbar* durch das Vermächtnis erfolgen (also zwischen Erblasser und Nießbraucher), weil das BGB kein dinglich wirkendes Vindikationslegat (legatum per vindicationem) kennt.[62] Möglich ist die Bestellung daher nur in der Weise, dass der Erblasser (und Stammrechtsinhaber) durch Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) einem Dritten den Nießbrauch (an einem Recht als Erbteil, ggf. auch insgesamt „an der Erbschaft"[63]) zuwendet (in der Form eines Damnationslegats). Ein durch Vermächtnis angeordneter Nießbrauch am Nachlass (§ 1089 BGB) wird dabei auch als Alternative zur Einsetzung als Vorerbe angesehen.[64] Insoweit können freilich Abgrenzungs-[65] und Auslegungsprobleme bestehen, denn auch dem Vorerben stehen wie dem Nießbraucher umfassend die Nutzungen des Nachlasses zu, während dem Nacherben (nur) die Substanz

[59] Staudinger/*Frank*, § 1058 Rn. 2 f.
[60] Soergel/*Stürner*, § 1058 Rn. 2.
[61] Staudinger/*Frank*, § 1058 Rn. 6.
[62] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 I 2 a) (S. 679). Beim römisch-rechtlichen Vindikationslegat entstand der Nießbrauch zugunsten des Bedachten dagegen unmittelbar mit Eintritt der Testamentserbfolge, das Recht fiel ihm unmittelbar *vom Erblasser* zu, vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 76 Rn. 4, 13. Laut *Schön* ist aber umstritten, ob die Nießbrauchsbestellung durch Vindikationslegat tatsächlich möglich war, Nießbrauch an Sachen, S. 387.
[63] Zum Nießbrauch an einer Erbschaft siehe noch unten Kap. 2 B.
[64] MüKo-BGB/*Rudy*, Vorbem § 2147–§ 2191 Rn. 3, 9. Dazu schon oben AT Kap. 1 C. III. 3. f. (S. 36).
[65] Vgl. etwa Hausmann/Hohloch/*Avenarius*, Handb. d. Erbrechts, Kap. 13 Rn. 5 („Nachbarschaft") und Rn. 22 („fast deckungsgleich").

des Nachlasses erhalten bleiben soll.[66] Entscheidend ist jeweils die Interessenlage im Einzelfall[67] und insbesondere die Beantwortung der Frage, wer nach dem Willen des Erblassers „Herr des Nachlasses" werden soll, also tatsächlich Inhaber der einzelnen zum Nachlass gehörenden Rechte.[68] Die Motivation eines Vermächtnisnießbrauchs kann darin liegen, dass der Erblasser den Bedachten gerade nicht zum Mitglied der Erbengemeinschaft machen will, etwa wegen dessen persönlichem Verhältnis zu dem/den Erben.[69]

Das Vermächtnis bildet die schuldrechtliche Grundlage für die Nießbrauchsbestellung. Der Bedachte (Vermächtnisnehmer) erhält einen schuldrechtlichen Anspruch gem. § 2147 BGB gegen den Erben auf Bestellung des Nießbrauchs.[70] Er hat die Stellung eines Nachlassgläubigers.[71] Der Bedachte muss das Vermächtnis durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten annehmen (vgl. § 2180 BGB). Schlägt der testamentarische Erbe aus, richtet sich der Anspruch gegen den gesetzlichen Erben. Bestellt wird der Nießbrauch dann zugunsten des Bedachten durch den Erben (als neuem Stammrechtsinhaber) durch (dingliche) Nießbrauchsbestellung an den einzelnen Nachlassgegenständen gem. §§ 1089, 1085 S. 1 BGB. Zwischen diesen Parteien entsteht auch das gesetzliche Schuldverhältnis des Nießbrauchs mit den betreffenden Rechten und Pflichten, obwohl es sich um eine Zuwendung des Erblassers an den Bedachten handelt.

Als Konsequenz dieser Konstruktion können zwischen dem (neuen) Stammrechtsinhaber (Besteller) und dem Nießbraucher keine weitergehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen den Nießbrauch betreffend abgeschlossen werden. Ihr Rechtsverhältnis richtet sich daher ausschließlich nach den §§ 1068 ff. (und ggf. den §§ 1030 ff.) BGB. Auch kann der Besteller nicht durch die Kündigung des Schuldverhältnisses eine Kondiktion des Nießbrauchs erreichen, weil die vom Erblasser gewollte Vermögenszuordnung eben nicht einseitig aufgehoben werden kann.[72]

Schön wirft für den Vermächtnisnießbrauch zudem die Frage auf, wem die Nutzungen zustehen sollen, die der Nießbrauchsgegenstand im Zeitraum zwischen dem Erbfall und der Bestellung des Nießbrauchs gewährt (etwa die Zinsen eines ausgeschütteten Ertrags beim Anteilsnießbrauch[73]). Hier liegt es nahe, den Nießbraucher von Anfang an als Berechtigten anzusehen, schon allein deshalb, weil Verzögerungen bei der Nießbrauchsbestellung ansonsten al-

---

[66] Bengel/Reimann/*Reimann*, Hdb. d. Testamentsvollstreckung, Kap. 2 Rn. 83.

[67] Vgl. dazu Soergel/*Stürner*, § 1089 Rn. 2; *Petzoldt*, BB 1975, Beil. 6, 2.

[68] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 5.

[69] So das Beispiel bei *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 13.

[70] OLG Zweibrücken NJOZ 2005, 2568, 2569; KG v. 15.2.1906 = KGJ 32, S. A 86 f.; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 387.

[71] Soergel/*Stürner*, § 1089 Rn. 1.

[72] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 388 unter Hinweis auf einen vergleichbaren Fall bei AG Köln WoM 1956, 183.

[73] Zum Gegenstand des Nießbrauchs beim Anteilsnießbrauch noch unten Kap. 5 B., D.

lein zu seinen Lasten gehen würden. Zudem spricht die Natur des Vermächtnisses – der Erbe ist seit dem Erbfall damit „beschwert" –, gegen eine quasi lastenfreie Nutzung des (zukünftigen) Nießbrauchsgegenstands durch den Erben in der Zwischenzeit. Denn durch das Vermächtnis hat der Erblasser gerade zu erkennen gegeben, dass dem Erbe derartige Nutzungen *nicht* zukommen sollen. Daher ist der Vermächtnisnehmer bereits mit dem Erbfall so zu stellen, als sei er Nießbraucher. Von diesem Zeitpunkt an gebühren ihm daher die Nutzungen des betreffenden Stammrechts. Diese Rechtsfolge wird zudem durch § 2184 BGB gestützt. Als Nebenpflicht im Rahmen des schuldrechtlichen Anspruchs auf Nießbrauchsbestellung hat der Erbe somit alle bereits gezogenen Nutzungen an den Vermächtnisnehmer herauszugeben.[74]

Ein weiterer umstrittener Punkt in diesem Kontext ist, ob dem „Vermächtnisnießbraucher" zugleich auch die Testamentsvollstreckung über den Nachlass vom Erblasser zugewandt werden kann.[75] Dies ist vor allem dann relevant, wenn der Nießbrauch an der Erbschaft (§ 1089 BGB) vermacht wurde. Problematisch ist dabei, dass der Vermächtnisnehmer wegen § 2209 BGB – und außerhalb des Nießbrauchs – auf diese Weise, über die mit dem Nießbrauch verbundenen Verwaltungs- und (geringen) Verfügungsbefugnissen hinaus, eine umfangreiche Verfügungsbefugnis über den Nachlass erhält.[76] Die h.M. sieht dies unbeschadet dessen als zulässig an und hält eine solche Gestaltung insbesondere aus steuerlichen Gründen geradezu für sinnvoll.[77] Wie schon angedeutet lässt sich dagegen aber einwenden, dass der Testamentsvollstrecker anders als der Nießbraucher gerade fremdnützig handeln soll, dass also von vornherein ein Interessenwiderspruch bestehen muss[78] zwischen diesen beiden divergierenden Positionen. Eine Person müsste also zugleich verschiedene Interessen wahrnehmen, quasi Diener zweier Herren sein.

So einleuchtend dieser Standpunkt aber auch ist, für ein generelles Verbot einer solchen Nachlassregelung lässt er sich nicht überzeugend anführen. Denn Interessenkonflikte können sich in der Person des Testamentsvollstreckers auch in sonstigen Konstellationen ergeben. So hat er etwa bei der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft die Interessen von Vor- und Nacherbe zu berücksichtigen, die ebenfalls divergieren können. Überdies ist der Testamentsvollstrecker

---

[74] So etwa auch *Barry*, RNotZ 2014, 401, 409.

[75] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 389.

[76] Staudinger/*Frank*, § 1089 Rn. 6. Zu vergleichbaren Problemen beim Dispositionsnießbrauch siehe schon oben AT Kap. 5 D.

[77] Staudinger/*Frank*, § 1089 Rn. 6; *Petzoldt*, BB 1975, Beil. 6, 4. Dafür auch BayObLG Rpfl. 1981, 64; OLG München JFG 16, 306; *Rohlff*, DNotZ 1971, 518, 520 ff.; Bengel/Reimann/*Mayer*, Hdb. d. Testamentsvollstreckung, Kap. 5 Rn. 302.

[78] *Kipp/Coing*, Erbrecht § 67 I 9 e) (S. 377), freilich ohne jede Begründung und unter Hinweis auf abweichende Meinungen; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 389, der eine solche Gestaltung wegen der Möglichkeit eines dinglichen Dispositionsnießbrauchs aber ohnehin für verzichtbar hält.

zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet (§ 2216 Abs. 1 BGB). Bei schuldhaften Pflichtverletzungen macht er sich gem. § 2219 Abs. 1 BGB daher schadensersatzpflichtig und er kann gem. § 2227 BGB beim Vorliegen eines wichtigen Grundes entlassen werden.[79] Durch diese Vorschriften sollte daher gewährleistet sein, dass der Testamentsvollstrecker allen bestehenden Interessen (Inhaberinteressen und Interessen des Nießbrauchers) in praktischer Konkordanz gerecht wird.

Das Verhältnis zwischen Vermächtnisnießbraucher und Erbe(n) – die Vermächtnisschuld – ist ein einseitiges Schuldverhältnis ohne synallagmatische (Leistungs-)Pflichten.[80] Für Fragen des Leistungsinhalts, des Ersatzes von Verwendungen und Aufwendungen, für Rechtsmängel etc. gelten die §§ 2147 ff. BGB neben den §§ 1068 ff., §§ 1030 ff. BGB,[81] soweit diese für den Nießbrauch an Rechten überhaupt Regelungen enthalten und somit anwendbar sind. Existiert daher das vermachte Recht nicht mehr, besteht ein Anspruch des Nießbrauchers auf eine „Surrogation" nur unter den Voraussetzungen des § 2169 Abs. 3 BGB. Im Zusammenspiel mit § 1086 S. 2 BGB wird daher allenfalls ein Wertersatzanspruch des Bedachten in Frage kommen. Im Falle eines Nießbrauchs am gesamten Nachlass gelten für die Schuldenhaftung des Erben die §§ 1086 bis 1088 BGB.[82]

b. Der Auflagennießbrauch

Die Konstellation des Vermächtnisnießbrauchs – Zuwendung von Rechten „belastet" mit der Bestimmung, einem Dritten einen Nießbrauch daran zu bestellen – kann vergleichbar auch „unter Lebenden" anzutreffen sein, beim sog. Auflagennießbrauch. Dies ist der Fall, wenn ein Schenker die Zuwendung mit der Auflage versieht, dass der Schenkungsempfänger einem Dritten an bestimmten Gegenständen Nießbrauchsrechte zu bestellen hat. Nach §§ 525 ff. BGB ist dies möglich.[83] Auch dann entsteht das gesetzliche Schuldverhältnis nicht zwischen Nießbraucher und Schenker, sondern zwischen Nießbraucher und Schenkungsempfänger. Dem Nießbraucher steht aus dem Schenkungsvertrag unter Auflage als Vertrag zugunsten Dritter i. S. von § 328 Abs. 1 BGB ein eigener schuldrechtlicher Anspruch gegen den Schenkungsempfänger auf Bestellung des Nießbrauchs zu. In den §§ 525 ff. BGB finden sich indes keine Regelungen etwa zu Nutzungen, die der Nießbrauchsgegenstand zwischen dem Zeitpunkt des Vermögenserwerbs beim Schenkungsempfänger und der Nießbrauchsbestellung gewährt. Aufgrund der vergleichbaren Interessenlagen gilt

---

[79] Umfassend zur Haftung des Testamentsvollstreckers Bengel/Reimann/*Riederer v. Paar*, Hdb. d. Testamentsvollstreckung, Kap. 12 Rn. 1 ff.

[80] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 390.

[81] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 390.

[82] Dazu noch unten Kap. 2 B.

[83] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 394.

daher das zum Vermächtnisnießbrauch gefundene Ergebnis (oben a.) und diese Nutzungen gebühren bereits dem Nießbraucher.

3. Fehlen eines Kausalverhältnisses

Fehlt ein Kausalverhältnis als Grundgeschäft, entweder weil es nicht wirksam zustande gekommen oder später mit Wirkung ex tunc weggefallen ist, bleibt die wirksame Nießbrauchsbestellung davon unberührt (Abstraktionsprinzip).[84] Der Stammrechtsinhaber kann den Nießbrauch aber nunmehr kondizieren (gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 oder § 812 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB) oder es besteht ein Rückübertragungsanspruch gegen den Nießbraucher aus den §§ 346 ff. BGB, sollte das Grundverhältnis mit Wirkung ex nunc gekündigt worden sein.[85]

III. Wechsel der Inhaberschaft des Rechts

Veräußert der Stammrechtsinhaber das belastete Recht, ergeben sich daraus keine unmittelbaren Folgen für den Nießbraucher in Bezug auf den Bestand der Belastung. Fraglich ist aber, wie sich ein solcher Inhaberwechsel auf das Kausalverhältnis auswirkt. Keine Relevanz hat insoweit jedenfalls die Vorschrift des § 566 BGB, die nicht anwendbar ist, auch dann nicht, wenn man das Kausalverhältnis als miet- oder pachtähnlich ansieht. Denn der Nießbraucher bedarf schon von vornherein keines solchen (Sukzessions-)Schutzes, weil seine Rechtsstellung aufgrund der zwingenden Vorgaben aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis ohnehin nicht angetastet werden kann.[86] Seine Rechtsstellung ist – anders als die eines Mieters –[87] eine dingliche und nicht nur eine rein obligatorische, sofern sich aus den Besonderheiten des belasteten Rechts nichts Abweichendes ergibt.[88] Zudem passt die auf dem Gedanken des (rechtspolitisch

---

[84] MüKo-BGB/*Pohlmann*, Vor § 1030 Rn. 15.

[85] So *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 369 für die vergleichbare Situation beim Sachnießbrauch. Siehe zur Kündigung des Kausalverhältnisses aber noch unten VII.

[86] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 414, unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu vergleichbaren dinglichen Wohnrechten und Erbbaurechten wie BGH WM 1965, 649; BGH NJW 1972, 198; BGH NJW-RR 1992, 591.

[87] Zur Ansicht, wonach aus Vorschriften wie § 566 BGB (= § 571 a. F. BGB) die *Verdinglichung* einer rein obligatorischen Rechtsstellung folgen soll, vgl. *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 20 ff.; *Canaris*, in: FS Flume I, S. 371, 372. Dagegen zu recht MüKo-BGB/*Däublein*, § 566 Rn. 3. Umfassend zur Frage der Verdinglichung obligatorischer Rechte auch *Hauck*, AcP 212 (2012), 626.

[88] Siehe dazu oben AT Kap. 4 E., vor allem zur obligatorischen Rechtsnatur eines Nießbrauchs an einer Forderung. Aber auch auf solche (bloßen) obligatorischen Nießbrauchsrechte sind die zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Rechtsstellung des Nießbrauchers anwendbar, was eine analoge Anwendung des § 566 BGB ebenfalls überflüssig macht.

gewollten[89]) Mieterschutzes beruhende Vorschrift[90] nicht auf das Verhältnis von Nießbraucher und Stammrechtsinhaber, was eine Anwendung auch aus teleologischen Gründen nicht rechtfertigen würde. Der Nießbraucher bedarf keines Mieterschutzes, auch nicht „analog".

Weit eher könnte aber eine (analoge) Anwendung des § 38 Abs. 2 S. 1 WEG[91] auf die Rechtsfolge eines Inhaberwechsels beim belasteten Stammrecht und in Bezug auf das Kausalverhältnis in Frage kommen. Vergleichbar dem Nießbrauch, und anders als bei der Miete, handelt es sich beim Dauerwohnrecht auch um die Belastung eines Rechts. Daher geht es bei § 38 Abs. 2 S. 1 WEG im Unterschied zu § 566 BGB auch nicht um den Schutz der Rechtsposition des Dauerwohnberechtigten, sondern vielmehr darum, die schuldrechtlichen Vereinbarungen, die nicht zum dinglichen Inhalt des Wohnrechts (vgl. die §§ 33 ff. WEG) gehören, beim Wechsel einer Vertragspartei mit der dinglichen Rechtslage in Einklang zu halten.[92] Anwendbar soll die Vorschrift freilich nur auf die Vereinbarungen sein, die mangels Eintragung ins Grundbuch (§ 32 WEG) *keine* dingliche Wirkung aufweisen, denn letztere wirken ohnehin für und gegen Rechtsnachfolger.[93] Insoweit könnte also durchaus eine Parallele zum Nießbrauch angenommen werden.

Angesichts dessen ist *Schön* im Ergebnis zuzustimmen, wenn er feststellt, dass das Kausalgeschäft bei Verfügungen über das Stammrecht unberührt bleibt. § 38 Abs. 2 S. 1 WEG ist als ohnehin systemwidrige Durchbrechung der Trennung zwischen schuld- und sachenrechtlichen Prinzipen nicht (analog) anwendbar.[94] Als Folge des Inhaberwechsels bleibt es daher beim Bestehen des Kausalgeschäfts zwischen Alt-Inhaber und Nießbraucher. Die Parteien sollten für eine derartige Situation also entsprechend Vorsorge treffen, etwa ein Sonderkündigungsrecht des Veräußerers vereinbaren. Dies bedeutet aber auch, dass zwischen dem (neuen) Stammrechtsinhaber und dem Nießbraucher kein Kausalverhältnis besteht. Der Nießbrauch ist dann zwar nicht kondizierbar, weil die ursprüngliche Bestellung – also die Leistung des ehemaligen Stammrechtsinhabers an den Nießbraucher – ja mit Rechtsgrund erfolgt ist. In diesem Verhältnis aber möglicherweise vereinbarte Nebenpflichten oder über die Bestellung hinausgehende Leistungspflichten sind dann aber nicht mehr durchsetzbar. Denn gegen den neuen Stammrechtsinhaber bestehen bereits keine

---

[89] So MüKo-BGB/*Däublein*, § 566 Rn. 6, auch zum Streit über die Fassung dieser Norm. Vgl. dazu auch Mugdan, Motive II, S. 381 ff; ders. Protokolle II, S. 1866 ff.

[90] Mugdan, Protokolle II, S. 1872 ff.

[91] Die Vorschrift lautet: „Wird das Grundstück veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Rechtsverhältnis zu dem Dauerwohnberechtigten ergebenden Rechte ein".

[92] RGRK-BGB/*Augustin*, § 38 WEG Rn. 1; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 415.

[93] Erman/*Grziwotz*, WEG § 38 Rn. 2.

[94] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 415.

solchen Ansprüche. Auch insoweit sind die Vertragsparteien also gehalten, gegebenenfalls eine entsprechend abweichende Vereinbarung zu treffen.

IV. Wechsel des Nießbrauchers und Kausalgeschäft

Wechselt der Nießbraucher – was ausnahmsweise gem. § 1059a BGB[95] möglich ist –, scheidet dieser aus dem dinglichen Rechtsverhältnis mit dem Stammrechtsinhaber aus. Für das Kausalverhältnis soll dagegen in Anwendung des § 1059c Abs. 1 S. 2 BGB gelten, dass der Erwerber die Verpflichtungen des Veräußerers übernimmt.[96] Der in § 1059c Abs. 1 S. 1 BGB für das gesetzliche Schuldverhältnis aufgestellte Grundsatz gilt also ebenso für das Kausalverhältnis. Dies ergibt sich freilich schon aus dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge,[97] die Norm ist daher nur klarstellend.[98]

V. Gutgläubiger Erwerb eines Nießbrauchsrechts

Ausgehend vom beim Nießbrauch an beweglichen Sachen gem. §§ 1032, 932 ff. BGB und bei unbeweglichen Sachen gem. §§ 873, 892 BGB möglichen gutgläubigen Erwerb eines Nießbrauchsrechts vom Nichtberechtigten, stellt sich die Frage, ob ein solcher über § 1068 Abs. 2 BGB entsprechend auch für den Nießbrauch an Rechten in Betracht kommen kann. Letzteres ist – jedenfalls außerhalb des § 185 BGB – abzulehnen, da ein Nießbrauch nicht an Rechten bestellt werden kann, die nicht existieren. Es fehlt dann bereits ein belastbarer Gegenstand. Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen auch bei der Übertragung des belasteten Stammrechts der Publizitätsgedanke gelten würde, wie beim Nießbrauch an einer Buchgrundschuld (§§ 892, 1138 BGB).[99] Der gutgläubige Erwerb eines Nießbrauchsrechts ist daher nur dann möglich, wenn auch das betreffende Stammrecht gutgläubig erworben werden könnte.

Gegen den gutgläubigen Erwerb eines Nießbrauchsrechts an einer Forderung spricht der Grundsatz, dass ein Gutglaubenserwerb einer Forderung nicht möglich ist, wie das Fehlen von Vorschriften zeigt, die den §§ 932 ff., 892 BGB zum gutgläubigen Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen entsprechen würden. Wegen § 405 BGB gilt dies aber dann nicht, wenn der Forderungsschuldner eine Urkunde über die Forderung ausgestellt hat, ein gutgläubiger Erwerb der Forderung selbst also – ausnahmsweise – möglich ist.[100] In Verbin-

---

[95] Dazu noch unten D.

[96] Vgl. Staudinger/*Frank*, § 1059c Rn. 5.

[97] Erman/*Michalski*, § 1059c Rn. 1; Staudinger/*Frank*, § 1059c Rn. 2; Soergel/*Stürner*, § 1059c Rn. 1.

[98] So schon die amtliche Begründung in DJ 1936, 22.

[99] *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 120 III. (S. 483); Staudinger/*Frank*, § 1058 Rn. 1; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 61 Rn. 7.

[100] MüKo-BGB/*Roth*, § 405 Rn. 1.

dung mit § 1069 Abs. 1 BGB kommt daher insoweit auch ein gutgläubiger Nießbrauchserwerb in Betracht.[101] Ebenfalls gutgläubig kann ein Nießbrauchsrecht an einem zum Nachlass gehörenden Recht erworben werden, wenn sich der Inhaber gem. § 2366 BGB durch einen Erbschein legitimieren kann, obwohl er nicht Erbe ist.[102]

VI. Unwirksame Nießbrauchsbestellung

Ist die Nießbrauchsbestellung unwirksam, etwa wegen Verstoßes gegen § 1069 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Unübertragbarkeit des Rechts (s. dazu noch unten D.), findet die allgemeine Regelung des § 140 BGB Anwendung. Als Minus zur Nießbrauchsbestellung kann ein obligatorisches Nutzungs- und Fruchtziehungsrecht an dem betreffenden Recht wirksam bestellt worden sein, wenn dies dem (mutmaßlichen) Parteiwillen entspricht. Zu denken ist hier vor allem an eine Rechtspacht.[103] Entsprechend kann auch das auf eine Nießbrauchsbestellung gerichtete obligatorische Kausalgeschäft als Pachtvertrag und somit als Dauerschuldverhältnis aufrechterhalten werden.

Bei Immaterialgüterrechten und bei ähnlichen belastbaren Rechten, wie etwa den speziellen Persönlichkeitsrechten,[104] kann bei einer unwirksamen Nießbrauchsbestellung die Einräumung einer ausschließlichen Lizenz vorliegen, die wegen ihres nach überwiegender Ansicht dinglichen Charakters ohnehin als „nießbrauchsähnlich“ angesehen wird.[105]

VII. Kausalverhältnis und gesetzliches Schuldverhältnis

Als Folge der Nießbrauchsbestellung entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Besteller (i. d. Regel ist dies der Stammrechtsinhaber) und dem Nießbraucher. Es tritt neben das bereits bestehende Kausalverhältnis. Der Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt sich nach den jeweils anwendbaren gesetzlichen Regelungen, anhängig vom Gegenstand des Nießbrauchs.

Inwieweit die gesetzlichen Inhalte dieses Schuldverhältnisses durch das Kausalverhältnis modifiziert werden können, ist umstritten. Auf solche und weitere Fragen zum gesetzlichen Schuldverhältnis wird noch unter B. eingegangen, so-

---

[101] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1069 Rn. 6.

[102] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1069 Rn. 6.

[103] Vgl. umfassend *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 87 ff. Zur willentlichen Vereinbarung eines bloßen obligatorischen Nießbrauchs siehe oben AT Kap. 5 F.

[104] Zu den Anforderungen an die Belastung mit einem Nießbrauch siehe aber noch unten Kap. 3 F. I. (S. 342).

[105] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 7. *Frank* spricht allgemein von „die Lizenz“, was aber so nur für die ausschließliche Lizenz auch bejaht werden kann. Ausführlich dazu unten Kap. 3 C.

wie bei den jeweils betroffenen und im Einzelnen darzustellenden Vorschriften des Nießbrauchs an Rechten in diesem *Besonderen Teil* der Arbeit.

VIII. Nießbrauchsersitzung

Ein Nießbrauch „an Sachen" kann gem. § 1033 S. 1 BGB auch durch Ersitzung entstehen, wenn es sich bei dem betreffenden Recht um das Eigentum an einer beweglichen Sache handelt. Gem. § 1033 S. 1 BGB gelten die Vorschriften für den Vollrechtserwerb durch Ersitzung entsprechend, also die §§ 937 bis 945 BGB. Die Norm findet indes über § 1068 Abs. 2 BGB auf den Nießbrauch an Rechten keine (entsprechende) Anwendung, weil bei diesen keine vergleichbare Konstellation denkbar ist. So kann ein Recht nicht i. S. von § 935 BGB „abhanden (…) kommen"– es kann keine Furtiva res sein –, so dass nach § 1032 S. 2 BGB auch ein Nießbrauch nicht gutgläubig erworben werden könnte. Der Sinn und Zweck von § 1033 S. 1 BGB liegt aber genau darin, auch an solchen Nießbrauchsrechten eine wirksame Inhaberschaft zu ermöglichen.[106]

Insgesamt gilt der Grundsatz, dass Rechte nicht ersessen werden können,[107] weil Objekt der Ersitzung immer die Sache selbst ist, also der körperliche Gegenstand i. S. von § 90 BGB. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man weitergehend – und rechtshistorischen Vorbildern folgend – auch einen Rechtsbesitz (iuris [quasi] possessio) anerkennt.[108] Dann wäre etwa wegen § 1029 BGB auch ein Besitz an einem Recht denkbar. Nun ist diese Regelung zum Servitutenbesitz aber einerseits eine tatsächlich singuläre Vorschrift zum Besitz, die mit dem Sachbesitz (als eigentlichem Besitz) dogmatisch keine Gemeinsamkeiten aufweist.[109] Aber auch dann, wenn man § 1029 BGB einen weitergehenden Anwendungsbereich bezogen auf alle Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zugestehen möchte,[110] ist eine Anwendung auf den Nießbrauch an Rechten nicht möglich. Denn § 1029 BGB knüpft ausschließlich an Rechte „an Grundstücken" an, also an Rechte am Recht „Eigentum". Insoweit sind die §§ 1030 ff. BGB zum Nießbrauch an Sachen aber leges specialis.

Etwas anderes soll indes für das Eigentum an Inhaberpapieren gelten. Für diese gilt aber wiederum, dass gem. § 935 Abs. 2 BGB ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums aus Gründen der Umlauffähigkeit auch beim Abhandenkommen oder den sonstigen Fallgruppen des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB möglich ist,[111] eine

---

[106] Staudinger/*Frank*, § 1033 Rn. 1.

[107] MüKo-BGB/*Baldus*, § 937 Rn. 22.

[108] Vgl. dazu Staudinger/*Gutzeit*, Vorbem zu §§ 854 ff Rn. 45 ff.; umfassend *Beermann*, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten, S. 4 ff.

[109] So *Beermann*, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten, S. 126.

[110] Vgl. Planck/*Strecker*, § 1029 Ziff. 1.

[111] Vgl. dazu etwa *Neuner*, JuS 2007, 401, 403. Für einen Verzicht auf das Institut des Rechtsbesitzes im BGB aber ausdrücklich die 1. Kommission (mit Ausnahme der Dienstbar-

praktische Bedeutung der Ersitzung damit nicht gegeben sein dürfte. Auch geht es beim Nießbrauch an Inhaberpapieren nicht um das Eigentum an den Papieren (als beweglichen Sachen), sondern es geht vielmehr um das im Papier verkörperte Recht als Forderung. Allein dies ist der belastete Gegenstand.[112] Letzterer kann aber wiederum nicht ersessen werden, weil es sich eben nicht um einen körperlichen Gegenstand handelt, so dass § 1033 S.1 BGB also auch in dieser Konstellation keine Bedeutung beim Nießbrauch an Rechten zukommt.

B. Rechte und Pflichten der Parteien aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis

I. Allgemeines

Die im Folgenden darzustellen Rechte und Pflichten der Parteien betreffen allein den Inhalt des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Stammrechtsinhaber[113] und Nießbraucher, welches durch die Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist. Da bei den verschiedenen Nießbrauchsgegenständen aber jeweils auf die konkreten Besonderheiten des Verhältnisses der Parteien zueinander eingegangen wird, soll es an dieser Stelle mit einigen allgemeinen Ausführungen sein Bewenden haben.[114]

II. Der Nießbraucher

Die Rechtsstellung des Nießbrauchers an einem Recht entspricht demjenigen beim Nießbrauch an einer Sache. Durch den Nießbrauch erhält er die Befugnis, die Nutzungen des belasteten Rechts zu ziehen. Dieser, seiner Kernbefugnis

---

keiten, §§ 1029, 1090 Abs. 2 BGB), vgl. Mugdan, Motive III, S. 119 ff., womit einmal mehr die Fixierung des Gesetzgebers auf einen denkbar engen Sachbegriff deutlich wird. Dagegen explizit *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 297; *Wendt*, AcP 74 (1889), 135, 175. Umfassend dazu *Beermann*, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten, S. 91 ff.

Die ausdrückliche Regelung dieser Ausnahme lässt auch den Schluss zu, dass eine analoge Anwendung des Rechtsbesitzes auf andere beschränkte dingliche Rechte nicht in Betracht kommt, weil eben keine *planwidrige* Regelungslücke existiert. Dagegen sind Regelungen zum Rechtsbesitz in Landesgesetzen möglich (wegen Art. 55 ff. EGBGB). So kannte etwa das Fischereigesetz für das Königreich Bayern von 1908 einen Rechtsbesitz am eingetragenen Fischereirecht (Art. 16). Das 2008 neugefasste Bayerische Fischereigesetz regelt nunmehr vergleichbar in Art. 8 Abs. 3: „Wer ein in das Grundbuch eingetragenes Fischereirecht ausübt, wird nach den für den Besitzschutz geltenden Vorschriften gegen Störungen der Ausübung geschützt".

[112] Dazu unten Kap. 5 H.

[113] Dem gutgläubigen Nießbraucher gegenüber gilt der Besteller gem. § 1058 i.V. mit § 1068 Abs. 2 BGB als Stammrechtsinhaber.

[114] Siehe insbesondere zum Rechtsschutz der Parteien unten F.

beim Nießbrauch, stehen aber auch Verpflichtungen gegenüber, die aus dem Wesen des Nießbrauchs und dem Prinzip der Nutzung salva substantia folgen.[115] Eine besondere Bedeutung kommt dabei § 1036 Abs. 2 BGB zu (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB), weil die Erfordernisse der „bisherige(n) wirtschaftliche(n) Bestimmung" und einer „ordnungsmäßigen Wirtschaft" als „Kernbegriffe des Nießbrauchsrechts"[116] auch für den Nießbrauch an Rechten gelten. Da diese Vorgaben zum Inhalt des gesetzlichen Schuldverhältnisses gehören, bilden sie letztendlich die absolute Grenze der Nutzungsbefugnisse des Nießbrauchers.

§ 1036 Abs. 2 BGB kann nicht mit dinglicher Wirkung abbedungen werden.[117] Beim Nießbrauch an Rechten findet zudem § 1037 BGB keine Anwendung, als einer ansonsten – wie *Nußbaum* schreibt –„Kernregel des Nießbrauchsrechts".[118] Da diese Vorschrift aber wegen des Abstellens auf Substanzveränderungen und des somit eindeutigen Sachbezugs für den Nießbrauch an Rechten nicht anwendbar ist, bleibt es insoweit bei der Vorgabe in § 1036 Abs. 2 BGB. Offen bleiben kann daher eine Auseinandersetzung mit dem Streit um das Verhältnis der Vorschriften zueinander und im Zusammenhang damit, ob § 1037 BGB mit dinglicher Wirkung abdingbar ist.[119] Nicht anwendbar sind die ebenfalls rein substanz- also sachbezogenen Vorschriften §§ 1040 bis 1044 BGB und ist ebensowenig der grundstücksbezogene § 1048 BGB. Entsprechend anwendbar ist dagegen § 1055 Abs. 1 BGB. Danach trifft den Nießbraucher, etwa beim Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren gem. § 1081 BGB, nach Beendigung des Nießbrauchs die Verpflichtung, dem Inhaber den Alleinbesitz am Papier wieder einzuräumen oder bei Hinterlegung gem. § 1082 dabei mitzuwirken, dass allein der Inhaber Herausgabe verlangen kann.

III. Der Stammrechtsinhaber

Dem Stammrechtsinhaber obliegt vor allem, dem Nießbraucher die tatsächliche Nutzung des Rechts zu ermöglichen. Bei besonderen Nießbrauchsformen wie dem Nießbrauch an einem Vermögen trifft ihn zusätzlich die Verpflichtung, Nießbrauchsrechte an den einzelnen Vermögensgegenständen – die dem Nießbraucher im Einzelnen womöglich unbekannt sind – zu bestellen.[120] Über

---

[115] Dazu schon oben AT Kap. 3 F. III. (S. 171 ff.).

[116] So *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 51, auch zu den historischen Hintergründen dieser Regelung, a. a. O. S. 51 ff.

[117] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1036 Rn. 17.

[118] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 50.

[119] Dagegen: KG DNotZ 2006, 470; BayObLG DNotZ 1978, 99, 100; Erman/*Michalski*, § 1037 Rn. 1. Mit überzeugenden Argumenten dafür, insbesondere mit dem Hinweis auf die dann jedenfalls geltende Grenze des § 1036 Abs. 2 BGB: MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1037 Rn. 4. Als reine „Folgepflicht" zum vorrangigen § 1036 Abs. 2 BGB sieht *Schön* den § 1037 BGB, Nießbrauch an Sachen, S. 88 ff.

[120] Zum Vermögensnießbrauch noch unten Kap. 2 A.

§ 1068 Abs. 2 BGB ist insbesondere § 1035 BGB auf einen vergleichbaren „Inbegriff von Rechten“ anwendbar.

C. Beendigung des Nießbrauchs

Für den Nießbrauch an Rechten regelt § 1072 BGB zusätzlich zu den über § 1068 Abs. 2 BGB ebenfalls anwendbaren §§ 1063 Abs. 1, 1064 BGB, dass der Nießbrauch auch endet, wenn „das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist“. Zudem gelten die allgemeinen Beendigungsgründe der §§ 1061, 1062 BGB ebenfalls für den Nießbrauch an Rechten.

I. Tod des Nießbrauchers

Der Nießbrauch endet mit dem Tod des Nießbrauchers, §§ 1068 Abs. 2, 1061 S. 1, soweit dieser eine natürliche Person ist. Der Besteller kann sich allenfalls verpflichten – freilich nur mit schuldrechtlicher Wirkung –, dem Erben ein Nießbrauchsrecht einzuräumen und das Recht so weiter „existieren“ lassen.[121] Bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften endet das Nießbrauchsrecht entsprechend – und ebenso als Beendigung kraft Gesetzes – mit deren „Tod“ mittels Erlöschen. § 1061 BGB regelt dabei den spätesten möglichen Zeitpunkt der Beendigung eines Nießbrauchs. Die Norm ist nicht abdingbar.[122] Der Nießbrauch kann daher nicht *nach*, aber ohne weiteres *vor* diesem Zeitpunkt enden. Er kann etwa durch die Beteiligten – Stammrechtsinhaber und Nießbraucher – einvernehmlich aufgehoben werden, oder er endet durch das Erlöschen des Stammrechts. Bei Vereinbarung einer Bedingung oder Befristung endet er gleichsam automatisch bei Bedingungseintritt oder zum Ablauf des festgelegten Zeitraums.

II. Erlöschen durch Konsolidation

Beim Eigentum erlischt der Nießbrauch „an einer Sache“ durch Eintritt der Konsolidationslage beim Eigentümer (§ 1063 Abs. 1 BGB), es sei denn, der Eigentümer hat ein rechtliches Interesse am Fortbestand der Belastung (§ 1063 Abs. 2 BGB). Für den Nießbrauch an Rechten gilt über § 1068 Abs. 2 BGB nichts anderes. Vereinigen sich Stammrecht und Nießbrauch in der Hand des Stammrechtsinhabers, tritt der Normalfall des Erlöschens daher dann nicht ein, wenn dieser Rechtsfolge ein rechtliches Interesse des Inhabers entgegen-

---

[121] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 I 2 e) (S. 681).
[122] Siehe nur MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1061 Rn. 13.

steht. Dieses Ergebnis führt unmittelbar zur Frage, ob ein Eigentümernießbrauch[123] – besser: Inhaber- oder Eigennießbrauch – beim Nießbrauch an Rechten ebenfalls möglich ist. Wie bereits ausgeführt wurde, ist dies jedenfalls nicht durchweg zu verneinen. Denn wie beim Eigentümernießbrauch in Bezug auf Sachen kann sich das diesbezügliche Bestandsinteresse des Inhabers etwa aus der damit verbundenen Rangwahrung ergeben.[124]

Zu unterscheiden ist ein solcher *derivativer* Erwerb eines Nießbrauchs am eigenen Recht aufgrund Konsolidation aber von der Frage nach der Zulässigkeit eines *originären* Erwerbs. Während ein solcher Eigennießbrauch jedenfalls beim Eigentum an Grundstücken zulässig ist, nach h.M. auch ohne ein berechtigtes Interesse des Eigentümers,[125] soll dies in Bezug auf andere Rechte dann unzulässig sein, wenn keine weiteren Verfügungen über das Recht stattfinden.[126] Dem soll im Grundsatz nicht widersprochen werden. Zugleich ist aber fraglich, inwieweit ein solcher Vorbehaltsnießbrauch überhaupt sinnvoll ist, wenn etwa die spätere Übertragung des Stammrechts überhaupt nicht beabsichtigt ist. Nicht geklärt ist damit freilich die Situation, dass eine spätere Verfügung tatsächlich geplant ist und daher ein Vorbehaltsnießbrauch bestellt wird, die Verfügung aber aus seinerzeit noch nicht vorhersehbaren Gründen unterbleibt. Denkbar ist dies etwa dann, wenn der Stammrechtsinhaber – aus persönlichen oder auch (steuer-)rechtlichen Gründen – eine bestimmte Schenkung als vorweggenommene Nachfolgeregelung nun doch unterlässt. Die obige Ansicht ist daher insoweit zu präzisieren, als es ausreicht, wenn im Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung eine Verfügung über das Stammrecht tatsächlich *beabsichtigt* ist. Nach allgemeinen Grundsätzen trifft dafür denjenigen die Beweislast, der sich darauf beruft.

Zu unterscheiden ist die oben beschriebene Situation der Konsolidation von derjenigen, dass der Nießbraucher mit der Person des Verpflichteten (des Schuldners) identisch wird, etwa des Schuldners aus einer Forderung. Denn dann kommt es nicht zum Erlöschen des Nießbrauchs, weil keine Konsolidation i. S. des § 1063 Abs. 1 BGB (keine Personenidentität von Nießbraucher und *Gläubiger*) vorliegt. Auch die Forderung bleibt in ihrem Bestand unberührt.[127] Der Nießbraucher wird bei verzinslichen Forderungen aber von der Verpflichtung zur Zinszahlung befreit.[128] Ist Inhalt der Forderung dagegen die Leistung verbrauchbarer Sachen, kann der Nießbraucher diese gem. § 1075 BGB behal-

---

[123] Dazu schon oben AT Kap. 2 C. III. 2. h. (S. 134 f.).

[124] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1069 Rn. 3.

[125] Vgl. etwa BGHZ 190, 267 = BGH NJW 2011, 3517; Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 35; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 23; *Schön*, Nießbrauch an Rechten, S. 223 f.

[126] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1069 Rn. 4.

[127] KG OLGE 31, 340; Staudinger/*Frank*, § 1072 Rn. 4; Soergel/*Stürner*, § 1072 Rn. 3; Erman/*Michalski*, § 1072 Rn. 2.

[128] KG OLGE 31, 340; Staudinger/*Frank*, § 1072 Rn. 4.

ten und bleibt dadurch Eigentümer. Dem Forderungsinhaber schuldet er dann Wertersatz gem. § 1067 Abs. 1 S. 1 BGB.[129]

III. Einseitiger Verzicht des Nießbrauchers auf sein Recht

Wie beim Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann der Nießbraucher durch formlose einseitige Erklärung gegenüber dem Stammrechtsinhaber oder dem Besteller den Nießbrauch aufheben (§§ 1068 Abs. 2, 1064 BGB).

Über die §§ 1063, 1064 BGB hinaus wird für das Nießbrauchsrecht an einem Grundstück ferner vertreten, dass eine einseitige Aufgabe des Rechts möglich sei, ein Nießbrauch also auch auf diese Weise erlöschen kann. Ermöglicht wird dies durch § 875 i. V. mit § 878 BGB, der Nießbrauch wird häufig als ein Beispiel für ein Recht im Sinne von § 875 Abs. 1 S. 1 BGB genannt.[130] Gegen die Möglichkeit der einseitigen Aufhebung des Nießbrauchsrechts könnte jedoch sprechen, dass der Eigentümer dadurch letztlich mit Pflichten belastet würde, die nach den gesetzlichen Vorgaben zulasten des Nießbrauchers bestehen sollen. Infolge der einseitigen Aufhebung durch den Berechtigten käme es daher zu einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung des Eigentümers. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Regelung des § 1047 BGB zur Lastentragung zugunsten des Grundstückseigentümers erweitert wurde.[131]

Dagegen spricht aber wiederum, dass ein solcher Nachteil dem Nießbrauchsrecht am Grundstückseigentum für den Eigentümer immanent ist. Denn nach dem gesetzlich vorgesehenen Inhalt des Nießbrauchsrechts treffen den Nießbraucher eine Reihe von Pflichten, die mit Beendigung des Nießbrauchsrechts entfallen (vgl. etwa die Erhaltungspflicht nach § 1041 BGB, die Lastentragungspflicht nach § 1047 BGB). Angesichts dessen steht beim Nießbrauch also von vornherein fest, dass den Eigentümer ab einem bestimmten Zeitpunkt ohnehin die bislang vom Nießbraucher zu tragenden Nachteile treffen. Eine Nichtanwendung von § 875 BGB lässt sich mit diesem Argument daher nicht begründen.[132] Infolge der Aufhebung des Nießbrauchsrechts erlöschen daher die aus dem dinglichen Recht resultierenden Rechte und Pflichten des (bisherigen) Nießbrauchsberechtigten.

Im Hinblick auf seine Pflichten aus dem Kausalverhältnis ist dagegen danach zu differenzieren, ob diese bereits entstanden sind. Ist dies nicht der Fall, so entfallen sie automatisch mit der Aufhebung des Nießbrauchsrechts. Gleiches gilt, wenn die Pflichten zwar entstanden sind, aber (auch) im Zusammenhang mit der künftigen Ausübung der Dienstbarkeit stehen. Vergangenheitsbezogene Pflichten unterliegen hingegen nur noch schuldrechtlichen Vorschriften und

[129] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1072 Rn. 3; Staudinger/*Frank*, § 1072 Rn. 4.
[130] Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 78.
[131] DNotI-Report 2012, 25, 26.
[132] DNotI-Report 2012, 25, 26.

entfallen nicht automatisch mit der Aufhebung.[133] *Johow* hatte in seiner Vorlage ausdrücklich eine Vorschrift vorgesehen, wonach sich der Nießbraucher „durch Rückgabe der Sache unter Verzicht auf sein Recht … jederzeit von den ihm obliegenden Verpflichtungen für die Zukunft befreien" konnte (§ 320 BGB-Vorl). Für diese Regelung verweist er auf die „römischen Quellen". Dort lässt sich eine solche einseitige Befugnis des Nießbrauchers als derelinquere usumfructum nachweisen.[134]

Für die vorliegende Untersuchung ist aber ohnehin relevanter, ob auch beim Nießbrauch an Rechten eine solche einseitige Aufgabe der Belastung möglich ist und ob sich die genannten Ergebnisse auf diese Konstellation übertragen lassen. Als Grundsatz lässt sich § 1056 Abs. 2 S. 2 BGB entnehmen (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB), dass ein einseitiger Verzicht auf den Nießbrauch möglich sein muss. Eine Parallele zum von § 1056 BGB erfassten Sachverhalt ist allenfalls denkbar in Bezug auf die Lizenzierung von Immaterialgüterrechten,[135] nämlich dann, wenn der Lizenznehmer und Nießbraucher sein Recht unterlizenziert hat. Aber auch in einem solchen Fall passt die Anwendung der Norm nicht auf den Rechtsnießbrauch, weil diese grundstücksbezogene Regelung eben an das Stammrecht Eigentum anknüpft. Auch die Anwendung der mieter- und pächterschützenden Vorschriften wie § 566 BGB lässt sich nicht auf den Rechtsnießbrauch übertragen. § 875 BGB kann daher auf den Nießbrauch an Rechten nicht analog angewandt werden.

D. Die Übertragung eines Nießbrauchs

I. Grundsätze

Zu einem „Parteiwechsel" kann es in einem Nießbrauchsverhältnis (nur) dann kommen, wenn gem. § 1059a BGB eine Übertragung des Nießbrauchs möglich ist. Bei § 1059a BGB handelt es sich um die einzige Durchbrechung des Grundsatzes, dass ein Nießbrauch unübertragbar ist (§ 1059 S. 1 BGB). Beide genannten Vorschriften sind über § 1068 Abs. 2 BGB ohne weiteres auch auf den Nießbrauch an Rechten anwendbar. Eine denkbare Konstellation ist etwa, dass sich Nießbrauchsrechte an Immaterialgüterrechten im Vermögen oder im Unternehmen (als Sondervermögen) des Übertragenden befinden.

Dagegen hatte die 1. Kommission in den Beratungen über *Johows* Vorentwurf dessen vorgeschlagene Anordnung der Übertragbarkeit der Ausübung des Nießbrauchs (§ 238 BGB Vorl) auf die Übertragbarkeit (und Belastbarkeit) des

---

[133] DNotI-Report 2012, 25, 26.

[134] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 252.

[135] Derartige Verträge werden als pachtähnliche Dauerschuldverhältnisse angesehen. Dazu noch umfassend unten Kap. 3 C. I. (S. 322 ff.).

Nießbrauchs selbst erweitert („Der Nießbrauch ist der Substanz nach [dem Rechte nach] übertragbar und belastbar; dies soll in dem Gesetzbuche ausgesprochen werden"). Gegebenenfalls für notwendig erachtete Einschränkungen der Übertragbarkeit – denn die Kommission hat den höchstpersönlichen Charakter des Nießbrauchs nicht in Frage gestellt[136] – sollten im Familienrecht geregelt werden.[137] Die 2. Kommission entschied sich indes – nach einigen Debatten dazu und in Mehrheitsentscheidung – für die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs.[138] Begründet wurde dies damit, dass der Nießbrauch in der Praxis nahezu nur in zwei Konstellationen anzutreffen sei, „als testamentarisch angeordneter Nießbrauch zugunsten des überlebenden Ehegatten oder einer anderen Person und als vertragsmäßiger Nießbrauch in der Form der Leibzucht". Insoweit bestehe aber regelmäßig eine enge persönliche Bindung und eine Vertrauensstellung des Nießbrauchers, so dass eine Übertragbarkeit nicht zugelassen werden könne.[139]

Dass diese Annahmen unrichtig waren und dass dabei insbesondere die praktische Bedeutung des Sicherungsnießbrauchs verkannt wurde, hatte *Nußbaum* schon frühzeitig festgestellt.[140] Dies gilt entsprechend für die Anerkennung weitergehender Dispositionsbefugnisse des Nießbrauchers, wie die zur Belastung des Rechts, was letztendlich ebenfalls und ebenso praxisfern abgelehnt worden war.[141] Nichtsdestoweniger ist diese Ansicht zum geltenden Recht geworden. Eine Korrektur erfahren hat dieses Dogma aber jedenfalls durch § 857 Abs. 3 ZPO. Denn trotz der Unübertragbarkeit reicht es zur Pfändung des Rechts aus, wenn jedenfalls dessen Ausübung übertragen werden kann. Dies ist beim Nießbrauch gem. § 1059 S. 2 BGB der Fall.[142]

Die im Jahr 1935 in das Nießbrauchsrecht des BGB eingefügte Vorschrift des § 1059a geht wie die ebenfalls ergänzten §§ 1059b bis 1059e zurück auf das „Gesetz über die Veräußerung von Nießbrauchsrechten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten" vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1468) und auf § 1 der 1. Durchführungsverordnung vom 12.6.1936 (RGBl. I S. 489) dazu. Die Durchbrechung des Dogmas der Unübertragbarkeit war wirtschaftlichen Erwägungen geschuldet.[143] Dies überzeugt, weil ansonsten etwa bei einer Unternehmensübertragung die Nießbrauchsrechte beim übertragenden Rechtssub-

[136] In den Beratungen wurde aber etwa darauf hingewiesen, dass die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten „viel enger mit der Person des Berechtigten verbunden" seien, was für eine diesbezügliche Unübertragbarkeit vorgebracht wurde, vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 14.

[137] Vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 11.

[138] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 I 2 b) (S. 679), spricht von einer „völlig unmotivierte(n) Kehrtwende".

[139] Mugdan, Protokolle III, S. 4100 f.

[140] Dazu oben AT Kap. 1 C. III. 2. (S. 28 ff.).

[141] Zum Dispositionsnießbrauch siehe umfassend AT Kap. 5 D.

[142] Zu den Grenzen der Pfändung aber noch unten E.

[143] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059a Rn. 1.

jekt verbleiben würden, obwohl diese Rechte ausschließlich im Kontext des veräußerten Erwerbsgeschäfts überhaupt nur eine (wirtschaftliche) Bedeutung haben. Andererseits kann durch eine Gesamtrechtsnachfolge auch der Nießbrauch zum Erlöschen gebracht werden. Denn wenn die Übertragung gem. § 1059a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen wird und die Gesellschaft erlischt, erlischt auch der Nießbrauch gem. § 1061 S. 2 BGB (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB).

Um freilich den Ausnahmecharakter des § 1059a BGB zu unterstreichen, stellt § 1059b BGB klar, dass sich aus dieser Vorschrift nicht die Belastbarkeit eines solchen Nießbrauchs mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch ergibt, was ansonsten gem. § 1274 Abs. 1 S. 1 respektive § 1069 Abs. 1 BGB anzunehmen wäre. Insbesondere ein „Nießbrauch am Nießbrauch" ist also trotz § 1059a BGB nicht möglich.

II. Die gesetzlichen Vorgaben im Einzelnen

Die nunmehr in § 1059a BGB vorgesehenen beiden Fälle der Übertragbarkeit eines Nießbrauchs setzen voraus, dass Nießbraucher eine juristische Person[144] oder jedenfalls eine rechtsfähige Personengesellschaft ist. Die letztgenannte Erweiterung durch den Absatz 2 war erst 1996 in das Gesetz aufgenommen worden. Über § 1068 Abs. 2 BGB ist die Vorschrift auch auf den Nießbrauch an Rechten anwendbar. Der erste Fall des *Übergangs* des Nießbrauchs knüpft an den Übergang des gesamten Vermögens des Nießbrauchers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge „auf einen anderen" an, etwa im Wege einer Verschmelzung nach dem UmwG. Nicht anwendbar ist § 1059a Abs. 1 Nr. 1 BGB aber auf den Umwandlungstatbestand des Formwechsels gem. §§ 190 ff. UmwG, weil es dann wegen des Erhalts der Identität des Rechtsträgers bereits nicht zu einem Vermögensübergang kommt.[145]

Übertragen werden kann ein Nießbrauch auch gem. § 1059a Abs. 1 Nr. 2 BGB im Rahmen einer – zumindest teilweisen – Unternehmens*übertragung*, sofern der Nießbrauch „den Zwecken des Unternehmens oder des Teils des Unternehmens zu dienen geeignet ist". Vor allem durch die Erstreckung auch auf die Übertragung nur von Teilen eines Unternehmens wird deutlich, dass diese Fallgruppe in Abgrenzung zur Gesamtrechtsnachfolge in Nr. 1 die Einzelrechtsnachfolge aufgrund Rechtsgeschäfts meint. Konkret meint „Übertragung" dabei das dingliche Rechtsgeschäft, also die Übertragung der einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstände.[146] Eine Zweckgebundenheit wie bei Nr. 2

---

[144] Einschließlich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Staudinger/*Frank*, § 1059a Rn. 10.

[145] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059a Rn. 5; Staudinger/*Frank*, § 1059a Rn. 12.

[146] Staudinger/*Frank*, § 1059a Rn. 17.

besteht bei § 1059a Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht. Dort ist als Ausnahme allein vorgesehen, dass ein Übergang des Nießbrauchs ausgeschlossen werden kann.

Zur Person des Empfängers finden sich keinerlei gesetzliche Regelungen, so dass dieser anders als der Veräußerer auch eine natürliche Person (Einzelkaufmann) sein kann. Ist dies der Fall, scheidet eine weitere Übertragung wegen § 1059 BGB aus. Allerdings sprechen wegen der wirtschaftspolitischen ratio der Vorschriften gute Gründe dafür, die §§ 1059a ff. BGB auf Einzelkaufleute analog anzuwenden,[147] denn dort können wirtschaftlich betrachtet vergleichbare Situationen auftreten. Für den Tatbestand des Vermögensübergangs lässt sich eine solche Akzessorietät des Nießbrauchs neben den wirtschaftlichen Beweggründen wohl mit der Annahme der Einheitlichkeit des Vermögens eines Rechtssubjekts begründen, die sich vergleichbar auch für die Fallgruppe des Nießbrauchs an einem Vermögen nachweisen lässt.[148] Dies gilt im Grundsatz auch für die Übertragbarkeit des Nießbrauchs quasi als Teil des Unternehmens, wobei beim „Unternehmensnießbrauch" weitergehend sogar die Annahme eines dinglichen Rechts am Unternehmen „als Ganzes" für möglich erachtet wird.[149] Die Übertragung des Nießbrauchs richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Bei Rechten genügt also ein formloser Vertrag (§§ 398, 413 BGB).

Die angesprochene Zweckgebundenheit bei der Fallgruppe der (teilweisen) Unternehmensübertragung ist weit zu verstehen, was auch die Formulierung nahelegt. Denn das „zu dienen geeignet" bedeutet nicht, dass eine solche Verbundenheit tatsächlich vorliegen muss, sondern nur, dass nach objektiven Maßstäben eine *Eignung* angenommen werden kann. Entscheidend ist daher der *unternehmerische* Zweck.[150] Die dahingehende Prüfung obliegt gem. § 1059a Abs. 1 Nr. 2 S. 2 BGB der „zuständigen Landesbehörde",[151] der ergehende Justizverwaltungsakt ist für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend.[152]

Als Rechtsfolge des Übergangs regelt § 1059c Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Empfänger anstelle des Veräußerers in das gesetzliche Schuldverhältnis mit „dem Eigentümer" – respektive dem Stammrechtsinhaber – eintritt. Dies ergibt sich freilich schon aus der Tatsache der Gesamtrechtsnachfolge, die Vorschrift ist insoweit rein klarstellend.[153] Der Stammrechtsinhaber erhält also einen „neuen" Nießbraucher, ohne dass er diesen Schuldnerwechsel beeinflussen kann. Er könnte dies zwar verhindern, indem der Übergang des Nießbrauchs eben von vornherein ausgeschlossen wird, vgl. § 1059a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB. Dies dürf-

---

147 MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059a Rn. 5; Staudinger/*Frank*, § 1059a Rn. 4.

148 Dazu unten Kap. 2 A.

149 Siehe dazu noch umfassend unten Kap. 2 C. II. (S. 286 ff.), auch dazu, dass diese Annahme abzulehnen ist.

150 *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 240.

151 Zur Zuständigkeit in den einzelnen Bundesländern siehe Staudinger/*Frank*, § 1059a Rn. 24.

152 MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059a Rn. 12.

153 So schon AmtlBegr DJ 1936, 22.

te wirtschaftlich aber keine Option sein, da der Nießbrauch in der Regel erlöschen würde (s.o.). Insbesondere wird nach § 1059c Abs. 2 BGB das Entstehen von Entschädigungsansprüchen des Stammrechtsinhabers ausgeschlossen.

§ 1059d BGB enthält eine Sonderregelung für den Fall, dass der bisherige Nießbraucher das belastete Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet hat. Es handelt sich um den Grundsatz „Nießbrauchswechsel bricht nicht Miete". Anwendbar ist die Vorschrift freilich nur auf die Nießbrauchsübertragung gem. § 1059a Abs. 1 Nr. 2 BGB, da sich dieses Ergebnis beim Übergang des Nießbrauchs aufgrund Gesamtrechtsnachfolge ohnehin ergibt. Auf den Nießbrauch an Rechten lässt sich diese für vermietete und verpachte Grundstücke geltende Vorschrift indes nur schwerlich übertragen. Außerhalb des Vermögens- und Unternehmensnießbrauchs, die vom Gesetz als Fallgruppen des Nießbrauchs an Rechten verstanden werden, hat die Vorschrift daher keine Bedeutung.[154]

Zuletzt erweitert § 1059e BGB den Anwendungsbereich der §§ 1059a bis d BGB auch auf den Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs. Denn ansonsten wäre auch ein solcher wegen § 1059 S. 1 BGB nicht übertragbar.

III. Die Ausübungsüberlassung des Nießbrauchs

Schon im römischen Recht war die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs möglich, mit der simplen, gleichwohl aber überzeugenden Begründung, dass eine solche Übertragung nichts anders ist, als eine Ausübung des Nießbrauchs durch den Nießbraucher.[155] Der Nießbraucher kann aus wirtschaftlichen Gründen also zwar nicht das Nießbrauchsrecht einem anderen überlassen, wohl aber das Recht zu dessen Ausübung. Anders als der Nießbrauch selbst ist eine solche Überlassung aber „nur" schuldrechtlicher Natur,[156] da es sich um eine Forderung des Ausübungsberechtigten gegen den Nießbraucher oder den sonst „Überlassenden" handelt.

Für die durch § 1059 S. 2 BGB ermöglichte Ausübungsüberlassung kann sich die Frage stellen, ob jedenfalls ein solches Recht zur Ausübung eines Nießbrauchs seinerseits ein nießbrauchsfähiges Recht sein kann. Wird eine solche Überlassung zwischen Nießbraucher und „Ausübenden" vereinbart, so handelt es sich bei dem betreffenden Recht um eine Forderung gegen den Nießbraucher. Ein solches Recht ist aber ohne weiteres übertragbar und es gewährt auch Nutzungen. Die Inhaberschaft der Ausübungsberechtigung ist jedenfalls als Ge-

---

[154] So können auch Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 9 und MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 18 verstanden werden, denn dort wird bei der Aufzählung der anwendbaren Vorschriften der § 1059d BGB explizit nicht genannt.

[155] Ulp. Dig. 7.1.12.2: Usufructarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur.

[156] Siehe nur BGH NZM 2009, 251, 252; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059 Rn. 7.

brauchsvorteil i. S. von § 100 Hs. 2 BGB anzusehen. Als Forderung kann das Recht daher mit einem Nießbrauch belastet werden,[157] es gelten die §§ 1074 ff. BGB.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Übertragung des Rechts ausgeschlossen ist, etwa wegen der persönlichen Bindung an die Person des Nießbrauchers. So soll bei Personengesellschaften als Nießbraucher aus diesem Grund eine Übertragung des Ausübungsrechts nicht in Frage kommen.[158] Die Übertragung der Ausübungsberechtigung kann aber jedenfalls einzelvertraglich und mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden.

E. Die Pfändung des Nießbrauchs und dessen Schicksal in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung

Eine klare Antwort auf die Frage, ob ein Nießbrauchsrecht gepfändet oder verpfändet werden kann, gibt augenscheinlich § 1059b BGB. Danach kommt weder eine Pfändung noch eine Verpfändung des Nießbrauchs in Frage. Die Bedeutung der Vorschrift geht aber freilich nicht darüber hinaus festzustellen, dass aufgrund des § 1059a BGB keine *weitergehenden* Möglichkeiten zur Pfändung respektive Verpfändung des Nießbrauchs geschaffen werden sollten. In Bezug darauf gelten also die im Folgenden darzustellenden allgemeinen Regeln. Fraglich ist zudem das Schicksal des Nießbrauchsrechts, wenn die Zwangsvollstreckung in das Stammrecht betrieben wird und wenn über das Vermögen des Stammrechtsinhabers das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

I. Das Nießbrauchsrecht in der Insolvenz des Stammrechtsinhabers

Von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Stammrechtsinhabers bleibt der Nießbrauch unberührt. Das Recht fällt nicht in die Insolvenzmasse gem. § 35 InsO, sondern der Nießbraucher ist gem. § 47 InsO zu dessen Aussonderung berechtigt.[159] Dies gilt aber nur dann, wenn es sich um ein dingliches Nießbrauchsrecht handelt, was wiederum von der Rechtsnatur des Stammrechts abhängt.[160] Zwar kann auch ein obligatorischer Anspruch zur Aussonderung berechtigen, wenn es sich dabei um ein „persönliches Recht"

---

[157] So etwa auch *Wolff/Raiser,* Sachenrecht, § 120 Fn. 3 (S. 482); *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 I 2 d) (S. 681).

[158] *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1788.

[159] So zutreffend *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 283; Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 101. Nicht ausgesondert werden kann das Stammrecht selbst, denn insoweit werden die Voraussetzungen der Norm durch den Nießbraucher nicht erfüllt. Der § 47 InsO soll auch keinen Vermögenszuwachs beim Berechtigten bewirken, sondern soll nur dessen bestehende Rechtsposition erhalten.

[160] Dazu oben AT Kap. 4.

i.S. von § 47 InsO handelt. Ein Nießbrauchsrecht ist aber kein unter diesen Begriff zu subsumierender Herausgabe- oder Rückgewähranspruch bezogen auf einen bestimmten Gegenstand.[161] Als Folge der Aussonderung wirkt das Nießbrauchsrecht auch gegenüber dem Insolvenzverwalter, dieser hat es „anzuerkennen".[162] Die Vergemeinschaftung besteht also dann zwischen Insolvenzverwalter und Nießbraucher. Letzterem verbleiben alle Befugnisse, die ihm schon im Verhältnis zum Besteller zustanden.

Nichtsdestoweniger kann das Recht des Nießbrauchers in der Insolvenz an Wert verlieren, wobei es sich dabei freilich um ein insolvenztypisches Risiko handelt. Vor allem beim Anteilsnießbrauch bei Personengesellschaften ist zu beachten, dass bei der OHG der Gesellschafter gem. § 131 Abs. 2 Nr. 2 HGB automatisch aus der Gesellschaft ausscheidet, wenn über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der aussonderungsfähige Nießbrauch besteht dann im Wege der gesetzlichen Surrogation lediglich am Abfindungsguthaben bzw. am Liquidationserlös fort.[163]

II. Zwangsvollstreckung in das Stammrecht

1. Allgemeines

Das Bestehen eines Nießbrauchsrechts steht der Zwangsvollstreckung in das Stammrecht grundsätzlich nicht entgegen.[164] Kommt es zur Vollstreckung in das belastete Recht, setzt sich das Nießbrauchsrecht jedenfalls dann durch, wenn es demjenigen Recht rangmäßig vorgeht, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Denkbar ist hier die Situation, dass zeitlich nach der Nießbrauchsbestellung noch ein Pfandrecht am Stammrecht bestellt wurde und Verwertungsreife eingetreten ist. Der Nießbrauch bleibt dann von der Vollstreckung in das Stammrecht unberührt, weil davon nur die Befugnisse betroffen sein können, die dem Alt-Inhaber im Rahmen der Vergemeinschaftung überhaupt noch zustanden. Aber auch dann, wenn dem Vollstreckungsgläubiger das rangmäßig bessere Recht zusteht, kann die Vollstreckungsmaßnahme die Rechtsstellung des Nießbrauchers nicht berühren. Dies gilt nur in dem Fall nicht, wenn auch gegen ihn ein Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung vorliegt oder wenn er den Maßnahmen zustimmt.[165] Der Rang des Nießbrauchsrechts spielt letztendlich also keine Rolle.[166] Gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung kann der Nießbraucher gem. § 771 ZPO vorge-

---

[161] Vgl. zu den einzelnen von dieser Vorschrift erfassten Ansprüchen MüKo-InsO/*Ganter*, § 47 Rn. 36 ff.

[162] Braun/*Bäuerle*, InsO, § 47 Rn. 41; Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 101.

[163] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 283 f.

[164] BayObLG NJW 1959, 1780.

[165] Staudinger/*Frank*, Vorbem zu §§ 1030 ff Rn. 85.

[166] BGH NJW 2003, 2164; RGZ 93, 121; OLG Köln NJW 1957, 1769.

hen.[167] Im Ergebnis kommt es durch die Zwangsvollstreckung in das Stammrecht zur Beendigung der bisherigen Vergemeinschaftung des Rechts mit dem Inhaber und zur Entstehung einer neuen Gemeinschaft mit dem Vollstreckungsgläubiger.

2. § 1086 BGB

Eine Sonderregelung enthält insoweit aber § 1086 BGB. Die Vorschrift ist erst durch die 2. Kommission in die Nießbrauchsregelungen aufgenommen worden, weil § 1087 BGB als nicht ausreichend zum Schutz der Gläubiger des Bestellers angesehen wurde.[168] Beim Nießbrauch an einem Vermögen[169] haben daher die Gläubiger des Bestellers – dies muss nicht zwingend der Stammrechtsinhaber sein – gem. § 1086 S. 1 BGB ein unmittelbares Zugriffsrecht in der Zwangsvollstreckung auf die nießbrauchsbelasteten Gegenstände (Stammrechte), wenn ihre diesbezüglichen Forderungen schon vor der Nießbrauchsbestellung entstanden waren. Dafür ist wiederum der Zeitpunkt entscheidend, an dem alle anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale erfüllt waren und der Anspruch „dem Grunde nach" entstanden ist.[170] Denkbare Anwendungsfälle sind etwa Unterhaltsansprüche.[171] Das Gesetz trifft hier die Entscheidung, dem Gläubigerschutz – wie auch bei § 1088 Abs. 1, 2 BGB[172] – einen Vorrang vor den Interessen des Nießbrauchers einzuräumen. Da Anknüpfungspunkt letztendlich eine Rangsituation ist, ist dies auch überzeugend, denn zugunsten eines Nießbrauchers kann ein Gegenstand (ein Vermögen) nur in dem Zustand belastet werden, in dem er sich im Zeitpunkt der Belastung[173] befindet. Die prozessuale Durchsetzung des Befriedigungsrechts richtet sich nach §§ 737, 738 ZPO. Der Gläubiger hat daher gegen den Besteller einen Leistungstitel und gegen den Nießbraucher einen entsprechenden Duldungstitel zu erstreiten. Dies gilt nicht, wenn der Nießbraucher gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die sofortige Zwangsvollstreckung bewilligt hat.

---

[167] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 282; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, Rn. 581.

[168] Vgl. Mugdan, Protokolle III, S. 4143; ders. Denkschrift III, S. 136 f.; *Schubert/Jakobs*, Beratungen Sachenrecht II, S. 307; Planck/*Brodmann*, § 1086 Entstehung.

[169] Wegen § 1089 BGB gilt dies insbesondere auch für eine Erbschaft. Zum Vermögensnießbrauch noch unten Kap. 2 A.

[170] Planck/*Brodmann*, § 1086 Ziff. 2; Erman/*Michalski*, § 1086 Rn. 2.

[171] Planck/*Brodmann*, § 1086 Ziff. 2.

[172] Dazu noch unten Kap. 2 A. IV. (S. 275 ff.).

[173] Es kommt insoweit auf die dingliche Bestellung des Nießbrauchs an, vgl. Planck/*Brodmann*, § 1086 Ziff. 2; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1086 Rn. 2. Zum Entstehungszeitpunkt beim Vermögensnießbrauch aber noch unten Kap. 2 A. III. 1. (S. 273).

III. Pfändung des Nießbrauchs und Zwangsvollstreckung

Ein Nießbrauch kann nicht verpfändet werden, da er nicht übertragbar ist. Wie bereits dargelegt ändert auch § 1059a BGB an diesem Grundsatz nichts. Weil die Ausübung eines Nießbrauchsrechts aber gem. § 1059 S. 2 BGB einem Anderen überlassen werden kann – also eine Befugnis, die zum Inhalt des Rechts gehört –, ist insoweit auch die Bestellung eines Pfandrechts möglich. Da es sich dabei um eine obligatorische Rechtsstellung handelt mit dem Inhalt, dass der Nießbraucher die Ausübung durch den Berechtigten zu dulden hat,[174] ist ein solches Recht ein Pfandrecht an einem Recht (einer Forderung) gem. §§ 1273 Abs. 1, 1279 BGB.

Hinsichtlich der Pfändung eines Nießbrauchs im Rahmen der Zwangsvollstreckung ist umstritten, ob der Nießbrauch selbst oder nur das Recht zur Ausübung des Nießbrauchs der Vollstreckung unterliegt. Die h.M. geht davon aus, dass das Nießbrauchsrecht selbst pfändbar ist. § 857 Abs. 3 ZPO schränke nur den Umfang der Pfändungswirkung ein, die Vorschrift schaffe eine Ausnahme vom Grundsatz der Unpfändbarkeit unübertragbarer Rechte, wie dem Nießbrauch.[175] Dieses Ergebnis sei ferner aus praktischen Erwägungen vorzugswürdig, denn ansonsten könnte der Nießbraucher im Zusammenwirken mit dem Inhaber des Stammrechts der Verwertbarkeit „die Grundlage entziehen".[176] Dies ist dann nicht möglich, wenn als Folge der Pfändung die Verfügungsbeschränkung gem. §§ 135, 136 BGB den Nießbrauch selbst erfasst. Zum Teil wird insoweit auch argumentiert, dass die Ausübungsbefugnis gar kein selbständiges und somit pfändbares Recht sei, also auch nicht – isoliert – gepfändet werden könne. Im Ergebnis sei daher auch nur eine Pfändung des Nießbrauchsrechts „als Ganzes" möglich.[177]

Die Gegenansicht will die Wirkung der Pfändung auf das Recht (besser: die Befugnis) zur Ausübung des Nießbrauchs beschränken, weil der Nießbrauch eben nur insoweit *übertragbar* ist.[178] Und in der Tat ist die Annahme wenig überzeugend, wonach durch die *prozessuale* Vorschrift des § 857 Abs. 3 ZPO eine materiell-rechtliche Erweiterung der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs vorgesehen sein soll. Das „insoweit" in dieser Vorschrift wird vielmehr so zu verstehen sein, dass ein Recht eben nicht vollumfänglich, sondern nur im materiell-rechtlich möglichen Umfang der Pfändung unterworfen ist. Anderenfalls wäre eine klarere Regelung angezeigt gewesen. Dass dies möglich ist, zeigt etwa § 851 Abs. 2 ZPO für gem. § 399 BGB nicht übertragbare Forderungen. Der

---

[174] BGHZ 55, 111; Palandt/*Bassenge*, § 1059 Rn. 5.

[175] So Planck/*Brodmann*, § 1059 Ziff. 2; Staudinger/*Frank*, § 1059 Rn. 26; MüKo-ZPO/*Smid*, § 857 Rn. 17; im Ergebnis auch BGHZ 62, 133, 136.

[176] Staudinger/*Frank*, § 1059 Rn. 26.

[177] So *Schüller*, Die Zwangsvollstreckung in den Nießbrauch, S. 53 ff.

[178] Soergel/*Stürner*, § 1059 Rn. 9a; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059 Rn. 20; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 184.

Umfang der Übertragbarkeit ist aber beim Nießbrauchsrecht nun einmal – gesetzlich – beschränkt auf die Ausübungsbefugnis im Hinblick auf das Recht. Gepfändet werden kann daher entgegen der h.M. allein die Ausübungsbefugnis des Nießbrauchers. Mit der Pfändung kann diese vom Pfändungspfandgläubiger ausgeübt werden, dieser kann die Nutzungen des Rechts ziehen.[179]

Wurde dagegen die Ausübungsüberlassung ausgeschlossen, kommt eine Pfändung insgesamt nicht in Betracht.[180] Gegen das oben genannte Argument der fehlenden Rechtsqualität der Befugnis zur Ausübungsüberlassung lässt sich einwenden, dass § 857 Abs. 3 ZPO durch die Formulierung „insoweit" selbst unterscheidet zwischen dem Recht und derartigen Befugnissen, und dass, letztere eben durchaus isoliert der Pfändung unterliegen können. Dieser Einwand kann gegen das hier vertretene Ergebnis daher nicht überzeugend vorgebracht werden.

IV. Insolvenz des Nießbrauchers

Bei Insolvenz des Nießbrauchers soll sein Recht in die Insolvenzmasse fallen.[181] Im Hinblick auf § 857 Abs. 3 ZPO (s.o.) und auf die allgemeinen Grundsätze zur (Un-)Übertragbarkeit beim Nießbrauch vorzugswürdig ist indes die Annahme, dass das Nießbrauchsrecht nur hinsichtlich seiner Befugnis zur Ausübung zur Masse gem. §§ 35, 36 Abs. 1 InsO gehört.[182] Es gilt auch hier der Grundsatz, dass beschlagnahmefähig nur dasjenige ist, was auch übertragen werden kann. Wegen §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO stellt sich insoweit aber von vornherein nicht das Problem der Verfügung des Nießbrauchers über das Stammrecht. Der Insolvenzverwalter kann anstelle des Nießbrauchers den Nießbrauch ausüben und weiter die Nutzungen ziehen. Diese fallen in die Masse. Handelt es sich um einen Nießbrauch gegen Entgelt und sind insoweit noch Forderungen aus dem Kausalverhältnis nicht vollständig erbracht, steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht gem. § 103 Abs. 1 InsO zu.

F. Schutzansprüche von Stammrechtsinhaber und Nießbraucher

I. Schutz des Nießbrauchers

Für die Frage, ob die Rechtsstellung des Nießbrauchers über § 823 Abs. 1 BGB (gegen Dritte und gegen den Besteller) deliktisch geschützt ist, ergibt sich aus

---

[179] *Rossak*, MittBayNot 2000, 383, 385.

[180] Wie hier Beck'scherOK-BGB/*Wegmann*, § 1059 Rn. 12; *Rossak*, MittBayNot 2000, 383, 384. A.A. BGHZ 95, 99, 101; Staudinger/*Frank*, § 1059 Rn. 27 m.w.N. und insbesondere unter Hinweis auf eine analoge Anwendung von § 851 Abs. 2 ZPO.

[181] BGHZ 95, 99; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1991, 445.

[182] Soergel/*Stürner*, Vor § 1030 Rn. 22; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1059 Rn. 26.

dem Konzept der Vergemeinschaftung ohne weiteres eine eindeutige Antwort. Denn wenn ein deliktisch geschütztes Stammrecht belastet wird, erstreckt sich dieser Schutz auch auf das belastende Recht (als „sonstiges Recht"). Dieses teilt auch insoweit[183] das Schicksal des belasteten Rechts. Ist dieses deliktisch geschützt, dann ist es auch der Nießbrauch.[184] Konsequenterweise bedeutet dies aber dann auch, dass bei der Belastung von Rechten, die nicht in den Schutzbereich von § 823 Abs. 1 BGB fallen, auch der Nießbrauch keinen deliktischen Schutz genießen kann. Bei Forderungen ist dies bereits deshalb konsequent, weil der Nießbrauch an einer Forderung nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls nur schuldrechtlicher Natur ist. Derartige Rechte genießen aber keinen Schutz über § 823 Abs. 1 BGB.[185] Dies gilt entsprechend für eine (analoge) Anwendung von § 1004 BGB im Hinblick auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des Nießbrauchers. Wird der Nießbraucher – ausnahmsweise – Eigentümer von Sachen (vgl. §§ 1067, 1075 Abs. 2 BGB), ist er auch als Eigentümer geschützt.

Gegen dieses Ergebnis lässt sich auch nicht § 1065 BGB anführen, der über § 1068 Abs. 2 BGB auch für den Nießbrauch an Rechten entsprechend anzuwenden ist und für den Nießbrauch an Sachen zugunsten des Nießbrauchers die §§ 985 ff. BGB für anwendbar erklärt. Denn bei diesem Nießbrauch kommt es auch im Konzept der Vergemeinschaftung zu der Folge, dass die Stellung des Nießbrauchers eine absolute ist. Auf alle sonstigen Rechte lässt sich dies aber gerade nicht übertragen. Dabei können die §§ 985 ff. BGB im Kontext des Nießbrauchs an Rechten ohnehin allenfalls dort eine Bedeutung haben, wo der Nießbraucher ausnahmsweise in Berührung auch mit körperlichen Gütern kommt. So wird diesem Verweis einmal mehr beim Nießbrauch an Rechtsgesamtheiten (Vermögen, Erbschaft, Unternehmen) eine Bedeutung zukommen, wenn es um den Entzug einzelner Vermögensgegenstände (Sachen) geht. Freilich handelt es sich in Bezug auf einen solchen Gegenstand ohnehin um einen Nießbrauch an einer Sache und die diesbezüglichen Vorschriften sind dann auch unmittelbar anwendbar. Denkbar ist ferner eine Anwendung zum Schutz des Mitbesitzes des Nießbrauchers beim Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren gem. § 1081 BGB.

Gegen den Besteller (nicht notwendig gegen den Stammrechtsinhaber) stehen dem Nießbraucher bei Beeinträchtigung seines Rechts ferner Ansprüche aus dem Kausalverhältnis zu, insbesondere ist bei Pflichtverletzungen § 280 Abs. 1 BGB anwendbar. Dies gilt freilich auch für Pflichtverletzungen des Nieß-

---

[183] Vgl. die ähnliche Situation bei der Frage der Rechtsnatur der Belastung, oben AT Kap. 4 B. bis E.

[184] So *Habersack* für Nießbrauch und Pfandrecht an der Mitgliedschaft, vgl. Die Mitgliedschaft, S. 148.

[185] Zum Meinungsstreit über den deliktischen Schutz von Forderungen vgl. schon oben AT Kap. 2 B. V. 5. a. (S. 72 f.).

brauchers gegenüber dem Besteller. Die §§ 280 ff. BGB sollen zudem auch bei Pflichtverletzungen in Bezug auf das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Stammrechtsinhaber (ausnahmsweise zwischen Nießbraucher und Besteller[186]) anzuwenden sein.[187]

II. Ansprüche des Stammrechtsinhabers

Für den Schutz des Stammrechtsinhabers gilt ferner, dass die Vorgaben der §§ 1051 bis 1054 BGB über § 1068 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch auf den Nießbrauch an Rechten anzuwenden sind, soweit sie eben wegen der diesbezüglichen Besonderheiten „passen".[188] Wegen § 1070 Abs. 2 BGB ergibt sich dies für § 1052 BGB dagegen unmittelbar. Die in diesen Vorschriften geregelten Ansprüche betreffen allesamt Rechte des Stammrechtsinhabers – der nicht notwendig mit dem Besteller identisch sein muss – gegenüber dem Nießbraucher. Sie setzen bevorstehende oder erfolgte erhebliche Rechtsverletzungen voraus (§§ 1051, 1053 BGB), einen unbefugten Gebrauch des nießbrauchsbelasteten Rechts (§ 1053 BGB) oder eine unterlassene Sicherheitsleistung (§ 1052 BGB). Derartige Situationen sind ohne weiteres auch beim Nießbrauch an Rechten denkbar. Die §§ 1052 und 1053 BGB können nicht mit dinglicher Wirkung abbedungen werden.[189] Als Beispiel einer „erheblichen Verletzung" der Rechte des Stammrechtsinhabers i. S. von § 1051 BGB – ein Verschulden ist nicht erforderlich[190] – ist beim Nießbrauch an Rechten die Unterlassung von Reinvestitionen beim Unternehmensnießbrauch anerkannt.[191]

Als Rechtsfolgen stehen dem Stammrechtsinhaber Ansprüche auf Sicherheitsleistung (§ 1051 BGB), auf Sequestration (§§ 1052, 1054 BGB) und auf Unterlassung (§ 1053 BGB) gegen den Nießbraucher zu. Dabei soll der Anspruch auf Sicherheitsleistung künftige Schadensersatzansprüche absichern.[192] Hinsichtlich der gerichtlichen Verwaltung gem. § 1052 BGB gilt für den Nießbrauch an Rechten, dass die diesbezügliche Übertragung der Verwaltung wegen § 1070 Abs. 2 BGB erst wirksam wird, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird.

---

[186] Siehe dazu schon oben A. II., V., VII.
[187] MüKo-BGB/*Pohlmann*, Vor § 1030 Rn. 16.
[188] Siehe nur MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 18.
[189] H.M., vgl. nur MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1052 Rn. 7 und § 1053 Rn. 1, auch mit Nachweisen zur a. A.
[190] Siehe dazu nur Staudinger/*Frank*, § 1051 Rn. 3.
[191] Vgl. BGH NJW 2002, 434, 435.
[192] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1051 Rn. 1; *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 127.

Kapitel 2

Nießbrauch an einem Vermögen und einer Erbschaft, Unternehmensnießbrauch

Dem „Nießbrauch an einem Vermögen" ist mit den §§ 1085 bis 1088 BGB ein eigener Untertitel gewidmet. Dazu kommt § 1089 BGB zum Nießbrauch an einer Erbschaft, der als ein Vermögensnießbrauch behandelt wird (die Erbschaft als besondere Form eines Vermögens). Historisch gesehen bilden diese Regelungen den Ausgangspunkt für die Anerkennung eines Nießbrauchs an Rechten überhaupt (siehe oben AT Kap. 1 C. I.). Dabei ist der Nießbrauch an einem Vermögen keine eigene Belastungs- und insb. Nießbrauchsform, sondern beschreibt eine Mehrzahl einzelner Nießbrauchsrechte, welche an bestimmten einzelnen Gegenständen bestellt werden, die in ihrer Gesamtheit wiederum als ein Vermögen angesehen werden.[1] Das RG spricht anschaulich von einem „Bündel von Nießbrauchsrechten".[2] In den Motiven zum BGB findet sich als wenig aussagekräftige Begründung gegen einen Nießbrauch am Vermögen „als Ganzes" (als *einem* belastbaren Gegenstand), dass dies eine Art „Universalsukzession" bedeutet hätte, was zu „größten Schwierigkeiten führen [würde]." Außerdem gebe es für eine solche Gestaltungsform keine Notwendigkeit.[3] Auf diese und weitere Streitpunkte wird im Folgenden vertieft eingegangen.

A. Nießbrauch an einem Vermögen

I. Allgemeines, Vermögensbegriff

Gemeinrechtlich wurde „Vermögen" verstanden als Inbegriff von Gegenständen, in dem körperliche und unkörperliche Dinge enthalten sein können (universitates iuris).[4] Nach *Savigny* besteht das Vermögen eines Rechtssubjekts aus der „Gesammtheit der Verhältnisse … welche auf diese Weise die Macht eines

---

[1] So RGRK-BGB/*Rothe*, Vor § 1085 Rn. 1. Dies fasst *Wieling* zutreffend zusammen, wenn er feststellt, dass es einen „Nießbrauch an einem Vermögen nicht [gibt], ebensowenig wie ein Eigentum daran", Sachenrecht I, § 14 II (S. 682). *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, nennt den Vermögensnießbrauch daher sogar ein „potemkinsches Dorf", a. a. O. Rn. 130.

[2] So RGZ 153, 31.

[3] Mugdan, Motive III, S. 558.

[4] Siehe nur *Mühlenbruch*, AcP 17 (1834), 321.

Einzelnen erweitern".[5] Die Formulierung „auf diese Weise" meint dabei die Tatsache, dass „beide Arten der Rechte … das Eigenthum und die Obligation … die Macht der berechtigten Person nach außen … erweitern".[6]

Enger ist dagegen die auch heute noch als maßgeblich angesehene Definition von *Enneccerus/Nipperdey*, die als Vermögen *im juristischen Sinne* die Summe aller geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person ansieht. Bestandteile des Vermögens können dabei aber nur Rechte sein, das Vermögen ist eine *Rechts*gesamtheit.[7] Unklar wird diese Definition aber dann, wenn man die Vorbemerkung der Autoren betrachtet. Dort ist zunächst von „Sachen, Rechten und sonstigen Gütern des Rechtsverkehrs" als möglichen Vermögensbestandteilen die Rede, bevor der Hinweis erfolgt, dass allein Rechte Bestandteile des Vermögens sein können.[8]

In seinen Äußerungen zum Entwurf der 1. BGB-Kommission unterscheidet *Gierke* zwischen einem objektiven und einem subjektiven Verständnis des Begriffs „Vermögen". Objektiv verstanden sollen einem Vermögen nur Sachen und keine Rechte angehören, subjektiv verstanden dagegen nur Rechte und keine Sachen.[9] Das Begriffspaar „objektiv/subjektiv" ist dabei prima vista wenig hilfreich. *Gierke* scheint dabei aber ein *tatsächliches* (meint: wirtschaftliches) Verständnis (= „objektiv") und ein *juristisches* Verständnis (= „subjektiv") zu meinen, was im Ergebnis der hier vertretenen Ansicht entspricht, dass – eben juristisch betrachtet – nur Rechte zum Inhalt eines Vermögens gehören können.

„Gegenstand" i.S. von § 1085 S. 1 BGB kann daher nur „Recht" meinen. Schon daraus ergibt sich, dass ein Nießbrauch „an einem Vermögen" – also an den einzelnen im Vermögen befindlichen Gegenständen – nur ein Nießbrauch an Rechten sein kann.[10] Die Vorschrift hat daher allein deshalb keine bloße klarstellende Bedeutung, weil der Nießbrauch am Recht Eigentum vom Gesetzgeber als ein Nießbrauch „an Sachen" angesehen wird. Bildet dagegen nur ein einziges Recht das Vermögen eines Rechtssubjekts, ist nicht § 1085 BGB einschlägig, sondern es handelt sich um einen gängigen Nießbrauch i.S. von § 1068 BGB. Handelt es sich um das Eigentum sind aber die §§ 1030 ff. BGB vorrangig anzuwenden. Ausgehend davon gilt der Grundsatz, dass „einzelne

[5] System des heutigen römischen Rechts I, S. 339 f.

[6] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, S. 339 f.

[7] BGB AT, § 131 I mit Anm. 5 (S. 840 f.).

[8] BGB AT, § 131 I (S. 841). Bei *Thur*, BGB AT, § 18 (S. 319), heißt es insoweit klarer: „Das Vermögen umfaßt juristisch nur Rechte"; dahingehend auch bereits *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, S. 446. Vom Vermögen als „Inbegriff von Sachen und Rechten" spricht indes auch MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 2.

[9] Gutachterliche Äußerungen I, S. 29.

[10] Dabei ist freilich nochmals die hier vertretene Ansicht zu betonen, dass ein jeder Nießbrauch ein solcher „an Rechten" ist (oben AT Kap. 2.). Ist das Recht Eigentum betroffen, sind die §§ 1030 ff. BGB aber vorrangig anwendbar. So wie hier im Ergebnis auch *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 130.

körperliche Sachen“ kein „Vermögen“ i.S. von § 1085 BGB sein können, was nach dem eben Gesagten im Ergebnis aber verstanden werden muss als „einzelne Eigentumsrechte“.[11] Überhaupt macht § 1085 BGB nur dann einen Sinn, wenn das Vermögen aus mehr als einem Recht besteht.[12] Etwas anderes soll aber gelten, wenn die „Einzelsache“ nahezu das gesamte Vermögen des Bestellers bildet.[13]

Die oben genannte Definition wird aber zum Teil – noch enger – so verstanden, dass nur das Recht Eigentum ein Recht als Gegenstand eines Vermögens sein kann,[14] so dass „Vermögen“ letztendlich nur eine Gesamtheit einzelner Eigentumsrechte sein könnte. Dann ergäbe § 1085 S. 1 BGB aber keinen Sinn, denn ein solcher Nießbrauch wäre einer i.S. von §§ 1030 ff. BGB, also ein „Nießbrauch an Sachen“. Einer Regelung im Kontext des „Nießbrauchs an Rechten“ bedürfte es nicht. So darf die Definition bei *Enneccerus/Nipperdey* freilich auch nicht verstanden werden. Denn wie die Autoren weiter ausführen umfasst das Vermögen neben dem Eigentum sehr wohl auch „die anderen dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, die Forderungsrechte und das Erbrecht …“[15], womit sich die Verortung der Vorschrift im Gesetz wiederum als zutreffend erweist.

Einen Systembruch begehen *Enneccerus/Nipperdey* freilich mit der Annahme, dass auch „der Besitz“ Gegenstand eines Vermögens sein soll.[16] Wie bereits ausgeführt wurde ist dieser aber gerade kein Recht, sondern die (bloße) *tatsächliche* Sachherrschaft. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Besitz aus dem Blickwinkel einer *rechtlich geschützten* tatsächlichen Sachherrschaft betrachtet würde. Aber auch in diesem Fall liegt es näher, dieses Verhältnis als *Rechtsverhältnis* anzusehen und nicht als (subjektives) Recht (dazu schon oben AT Kap. 3 B. III.). Da aber nach der genannten Definition auch Forderungsrechte Bestandteil des Vermögens sein können, müsste konsequenterweise auch ein solches Rechtsverhältnis dazu in der Lage sein.

Eine Beschränkung der Rechtsgesamtheit „Vermögen“ auf allein Eigentumsrechte, würde zudem eine Unterscheidung unmöglich machen zu reinen Sachgesamtheiten (universitates facti). Denn im Ergebnis ist eine Sachgesamtheit nichts anderes als eine Gesamtheit von Eigentumsrechten an Sachen.[17] Dies gilt

---

[11] So das OLG Dresden, 31.03.1903 – O IV 45,63, Sächs. ArchBürgRecht, Bd. 14, S. 511, 512.

[12] Dass einzelne Gegenstände nicht als Vermögen aufzufassen sind, entspricht auch der gefestigten Rechtsprechung zu § 311b BGB, vgl. RGZ 69, 285; BGHZ 107, 100 f.; BGH NJW 1991, 2016.

[13] Dahingehend *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 190.

[14] So das Verständnis bei MüKo-BGB/*Stresemann*, § 90 Rn. 43 unter Hinweis auf *Enneccerus/Nipperdey,* BGB AT § 131 I mit Anm. 5 (S. 841).

[15] BGB AT § 131 II (S. 841).

[16] BGB AT § 131 II (S. 841).

[17] Gleichwohl unterscheidet *Stresemann* zwischen „Sachgesamtheiten“ und „Rechtsge-

jedenfalls nach der hier vertretenen Ansicht zur im Ergebnis rechtlichen Irrelevanz von Sachen (also den einzelnen körperlichen Gegenständen) mit der juristischen Betrachtung allein der an ihnen bestehenden Rechte. Im Ergebnis kommen daher nach der obigen Definition (vgl. die Übersicht oben AT Kap. 2 a. E.) ausschließlich Stammrechte und Rechte an Rechten als Bestandteile eines Vermögens in Betracht.[18]

Belastbare Gegenstände können im hier zu betrachtenden Kontext freilich nur nießbrauchsfähige – also übertragbare und vor allem auch nutzbare – Rechte sein, was nach den bereits dargestellten Kriterien für jedes Recht einzeln festgestellt werden muss. Ist ein Recht daher nicht belastbar, gehört es auch nicht zum Vermögen i. S. der §§ 1085 bis 1088 BGB, obschon es aus wirtschaftlicher Sicht weiterhin ein Teil desselben sein kann.

Die Zugehörigkeit eines Gegenstands zum Vermögen gehört dabei nicht zum Inhalt des Vermögensnießbrauchs selbst, also des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher.[19] Vielmehr setzt die Bestellung des Nießbrauchs (bzw. der einzelnen Nießbrauchsrechte) voraus, dass der zu belastende Gegenstand tatsächlich Teil des Vermögens des Bestellers ist. Dies ist also eine notwendige Bedingung der Bestellung und der Anwendung der §§ 1086 bis 1088 BGB, und keine Folge davon.

Die §§ 1085 bis 1088 BGB sind ferner auf eine Erbschaft (§ 1089 BGB, dem wichtigsten Anwendungsfall eines Vermögensnießbrauchs,[20] dazu unten B.) und auf das Unternehmen als rechtlich besonders zu behandelndem Teil der gesamten Vermögensmasse eines Rechtssubjekts[21] anzuwenden, nicht dagegen auf sonstige Sondervermögen, wie etwa das Vorbehaltsgut einer Gütergemeinschaft[22] oder einen Hof i. S. der Höfeordnung.[23]

II. Belastbare Vermögensgegenstände

Ausgehend von der Nutzbarkeit kommen daher auch nur die Aktiva als Gegenstand einer Belastung in Frage. Dies entspricht auch dem bereits aus dem gemeinen Recht übernommenen Verständnis des Vermögens als Gesamtheit ausschließlich der Aktivposten, sowie der diesbezüglichen Auslegung von § 419

---

samtheiten", MüKo-BGB, § 90 Rn. 39 ff. und Rn. 42 ff., was bei dem genannten Verständnis aber nicht überzeugen kann.

[18] So im Ergebnis auch schon *Thur,* BGB AT I, § 18 II (S. 319) und § 19 I (S. 330).

[19] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 188. Zu Besonderheiten, wenn der Besteller nicht identisch ist mit dem Inhaber der Rechte, schon oben Kap. 1 B. I. Da dies aber nicht der Regelfall ist, ist im Folgenden durchgehend von Besteller die Rede, sofern nicht ausdrücklich eine abweichende Formulierung verwandt wird.

[20] So RGRK-BGB/*Rothe*, Vor § 1085 Rn. 2.

[21] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II 1 (S. 683).

[22] Soergel/*Stürner*, § 1085 Rn. 5.

[23] RGRK-BGB/*Rothe*, Vor § 1085 Rn. 3.

BGB (aufgehoben 1998) in Literatur und Rechtsprechung.[24] Die Schulden wurden demgegenüber als „Belastung" des Vermögens verstanden.[25] Dass die Nießbrauchsbestellung keine „am Vermögen" selbst ist, wurde bereits erörtert. In Frage kommt wegen des Spezialitätsgrundsatzes[26] daher ausschließlich eine Belastung der einzelnen das Vermögen bildenden Rechte durch einzelne Nießbrauchsrechte, entweder in der Form des „Nießbrauchs an Sachen", §§ 1030 ff. BGB, wenn es sich um das Recht Eigentum handelt, oder eines Nießbrauchs an Rechten gem. §§ 1068 ff. BGB.[27] Unbeschadet dessen kann sich der Besteller im Kausalgeschäft durch einen „einheitlichen Rechtsakt"[28] zur Bestellung eines Nießbrauchs i. S. von § 1085 S. 1 BGB verpflichten, etwa durch eine Vermächtnisanordnung gem. § 2174 BGB.

Wie noch auszuführen ist, ist der Nießbrauch „am Vermögen" aber verschieden vom Nießbrauch an einem Unternehmen, auch wenn hier vom Vermögen als einer Rechtsgesamtheit gesprochen wird. Anders als beim Unternehmen kann er insbesondere nicht – auch nicht ideell – als Nießbrauch an einem „Vermögensganzen" verstanden werden, also an einer durch eine gemeinsame Zweckbestimmung zusammengefassten Mehrheit von Einzelgegenständen.[29] Denn im Gegensatz zu einem Sondervermögen wie einem Unternehmen oder auch einer Kunstsammlung,[30] fehlt bei einem (bloßen) Vermögen eine solche zweckbezogene Umklammerung,[31] die eine ideelle Betrachtung als Einheit möglich erscheinen ließe, auch wenn dort die Bestellung des Nießbrauchs wie

---

[24] RGRK-BGB/*Weber*, § 419 Rn. 1.; für die Rechtsprechungsnachweise vgl. die nachfolgende Fußnote. Auch *Johow* stellt in der Begründung seines Vorentwurfs knapp fest, dass der Begriff „Vermögen" „nach Abzug der Schulden" zu verstehen sei, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, § 342 (S. 1348). Die 1. Kommission ließ diese Worte streichen, ohne dass dafür eine Begründung ersichtlich ist. Es liegt nahe, dass dies als selbstverständlich angesehen wurde, vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratung Sachenrecht II, S. 292 f. Anders wohl das Verständnis bei MüKo-BGB/*Pohlmann*, die den Nießbrauch „auf das gesamte **Aktivvermögen** ohne Abzug der Schulden" erstrecken will, a. a. O. § 1085 Rn. 2 (Hervorh. im Original). Andererseits sollen aber „nicht nutzbare Rechte … bei der Wertberechnung außer Betracht [bleiben], da an ihnen ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann", a. a. O.

[25] Vgl. RGRK-BGB/*Weber*, § 419 Rn. 1 sowie RGZ 69, 283, 285; 92, 77, 85; 130, 34, 37; 137, 50, 52; BGHZ 30, 267, 269; 36, 265, 271; 62, 100, 101.

[26] *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 1950.

[27] Auch an Vermögensbruchteilen soll wegen § 311 a. F. BGB ein Nießbrauch zwar möglich, praktisch aber eher bedeutungslos sein; so RGRK-BGB/*Rothe*, § 1085 Rn. 2. Die einschlägigen Regelungen zur Beurkundungspflicht bei der Belastung eines Bruchteils des (gegenwärtigen oder zukünftigen) Vermögens finden sich jetzt in § 311b Abs. 2, 3 BGB.

[28] RGRK-BGB/*Rothe*, § 1085 Rn. 1.

[29] Unbeschadet dessen ist der Nießbrauch am Unternehmen nach der hier vertretenen Auffassung und entgegen der h.M. aber keine Belastung eines einheitlichen Gegenstands, dazu unten C. II.

[30] Dazu unten C. II. 2.

[31] So im Ergebnis *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 185.

beim hier zu betrachteten (allgemeinen) Vermögen auch nur an den einzelnen Gegenständen möglich ist.[32]

Dabei müssen aber nicht zwingend *sämtliche* nießbrauchsfähigen Vermögensgegenstände belastet werden, um einen Vermögensnießbrauch i. S. von § 1085 BGB annehmen zu können. Denn dass ein solcher Nießbrauch auf einzelne Gegenstände, also auf einen Bruchteil[33] des Vermögens beschränkt sein kann, ergibt sich schon aus § 311b Abs. 1, 2 BGB. § 1085 S. 2 BGB gilt dann entsprechend nur „soweit der Nießbrauch bestellt ist". Möglich ist am Vermögen auch ein Quotennießbrauch, der Umfang der Nutzungen der einzelnen Vermögensgegenstände kann also beschränkt werden.[34]

Aus der Tatsache, dass über ein Nießbrauchsrecht nicht verfügt werden kann, es daher selbst auch nicht Gegenstand eines Nießbrauchs sein kann (kein „Nießbrauch am Nießbrauch"), resultiert die Frage, ob auch ein solches Recht Teil eines nießbrauchsbelasteten Vermögens sein kann, wenn von den Parteien ausdrücklich keine Beschränkung auf einen Vermögensteil vorgesehen ist.[35] Dies gilt vergleichbar für andere Rechte, über die nicht verfügt werden kann, wie etwa Urheberrechte. In solchen Situationen wird die Nießbrauchsbestellung als Belastung derjenigen Rechte zu verstehen sein, über die eine Verfügung möglich ist, wie etwa beim Ausübungsrecht des Nießbrauchs und bei den urheberrechtlichen Nutzungsrechten,[36] nicht dagegen als Belastung der jeweiligen Stammrechte.

III. Entstehungszeitpunkt und fehlende Surrogation

Strittig ist, wann der Vermögensnießbrauch mit dinglicher Wirkung bei sukzessiver Bestellung an den einzelnen Gegenständen entsteht, und ab welchem Zeitpunkt daher die §§ 1086 ff. BGB eingreifen. Auslegungsbedürftig ist damit das „soweit" in § 1085 S. 2 BGB. Dies kann auch nicht offenbleiben, weil etwa relevant sein kann, ob bzw. wann für den Nießbraucher die Regelung in § 1087 Abs. 2 S. 2 BGB einschlägig ist.[37] Probleme können sich auch bei Änderung des Vermögensbestands und namentlich beim Ausscheiden von Gegenständen aus dem Vermögen des Bestellers ergeben.

---

[32] Dafür spricht auch § 1035 BGB, der für den Nießbrauch „an einem Inbegriff von Sachen" eine Auflistung der einzelnen Stücke vorsieht, vgl. dazu *Becker*, in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen, S. 49, 57.

[33] Siehe zum Bruchteilsnießbrauch auch AT Kap. 3 E. (S. 162).

[34] Staudinger/*Frank*, § 1085 Rn. 20

[35] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1332.

[36] Siehe zu diesen noch unten Kap. 3 B. IV. (S. 312 ff.).

[37] Dazu noch unten IV. 2. b. (S. 277 ff.).

1. Entstehung des Nießbrauchs als (dingliches) Recht

Den Zeitpunkt der Entstehung eines Vermögensnießbrauchs nimmt etwa *Frank* mit der wohl herrschenden Ansicht bereits beim ersten zu belastenden Gegenstand an, soweit der subjektive Wille der Beteiligten hinsichtlich einer einheitlichen Belastung des Vermögens i. S. von § 1085 BGB vorliegt.[38] Dieser Ansatz hat die Schwäche, dass nahezu allein auf ein subjektives Element – daher auch als subjektive Theorie bezeichnet[39] – abgestellt wird, dessen Vorliegen faktisch kaum überprüft werden kann. Ein andere Ansicht nimmt dagegen an, dass – wegen des genannten Wortlauts – die §§ 1086 ff. BGB diejenigen Gegenstände sukzessiv „ergreifen", die in Erfüllung der entsprechenden obligatorischen Verpflichtung belastet werden. Objektiv muss also mit der Bestellung der einzelnen Belastungen begonnen worden sein. Zusätzlich dazu muss der Wille der Beteiligten vorhanden sein, gerade einen Nießbrauch i. S. von § 1085 S. 1 BGB zu begründen.[40] Eine dritte Ansicht stellt ebenfalls auf die sukzessive Nießbrauchsbestellung ab, will aber erst dann die §§ 1086 ff. BGB zur Anwendung bringen, wenn die belasteten Gegenstände den wesentlichen Teil des Bestellervermögens ausmachen.[41] Diese Ansicht überzeugt jedoch bereits angesichts des Wortlauts von § 1085 S. 2 BGB nicht, denn dort findet sich keine derartige quantitative Vorgabe, sondern es ist allein von „soweit" die Rede.

Die besseren Argumente sprechen insgesamt für diejenige Ansicht, bei der die objektive Bedingung der Bestellung jedenfalls eines Teils des Vermögens gefordert wird, verbunden mit der subjektiven Bedingung der Bestellung gerade eines Vermögensnießbrauchs. Aus Gläubigersicht muss daher zunächst abgewartet werden, ob der Besteller (und Schuldner) ggf. einen ausreichenden Vermögensteil als Haftungsmasse zurückbehält.[42] Dies schafft letztendlich auch Rechtssicherheit für die Beteiligten im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 1086 bis 1088 BGB und insbesondere für die Frage der Haftung des Nießbrauchers unmittelbar gegenüber den Gläubigern des Bestellers aus § 1088 Abs. 1 BGB.[43] Denn soweit der Besteller einen für die Haftung gegenüber seinen Gläubigern ausreichenden Vermögensteil zurückbehält, entfällt auch das Bedürfnis einer (zusätzlichen) Haftung des Nießbrauchers.[44] Es kommt letztendlich für die hier zu beantwortende Frage also nicht auf den Umfang des

---

[38] Staudinger/*Frank*, § 1085 Rn. 23; Soergel/*Stürner*, § 1085 Rn. 4; Erman/*Michalski*, § 1085 Rn. 3.

[39] Vgl. Soergel/*Stürner*, § 1085 Rn. 1.

[40] Siehe etwa schon Planck/*Brodmann*, § 1085 Ziff. 5. Manifestieren muss sich dieser Wille (subjektiver Tatbestand) aber allein auf der Ebene des Kausalgeschäfts, vgl. *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 188; Staudinger/*Frank*, § 1085 Rn. 22. Anders Planck/*Brodmann*, § 1085 Ziff. 5, der eine Aufnahme „in den dinglichen Vertrag" für notwendig hält.

[41] Palandt/*Bassenge*, § 1085 Rn. 2; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 3.

[42] So überzeugend *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 191.

[43] Dazu noch unten IV. 2.

[44] So auch *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II 2 b) (S. 686).

belasteten Teils des Vermögens an, sondern auf den beim Besteller noch verbliebenen Teil.

Zum Teil ist beim Vermögensnießbrauch im Hinblick auf die belasteten Gegenstände die Rede vom „übertragenen Vermögen“[45] (vom Besteller auf den Nießbraucher). Dies kann aber nicht überzeugen, denn das Vermögen als solches bleibt selbstredend beim Besteller, nur die Nutzungsberechtigung an den einzelnen belasteten Gegenständen steht nun dem Nießbraucher zu. An dieser Formulierung zeigt sich freilich einmal mehr, inwieweit das gängige Konzept der Belastung als Abspaltung und Teilübertragung des Rechts zu Missverständnissen führen kann, während dies beim hier vertretenen Konzept der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung[46] vermeidbar ist. Ungeachtet dessen soll die Bestellung eines Vermögensnießbrauchs eine anfechtbare Rechtshandlung gem. § 129 InsO und §§ 3 f. AnfG sein.[47] Auch dann sind aber nur die einzelnen Nießbrauchsbestellungen anfechtbar und nicht der „Nießbrauch am Vermögen“ i. S. von § 1085 BGB.[48]

Für die Bestellung selbst sind die für den jeweiligen Gegenstand (Eigentum [„Sache“] oder anderes Recht) geltenden Vorgaben maßgeblich. Bei Grundstücken bedarf es daher zusätzlich zur dinglichen Einigung der Eintragung der Belastung in das Grundbuch gem. § 873 Abs. 1 BGB. Bewegliche Sachen müssen gem. § 1032 S. 1 BGB übergeben werden.

2. Änderungen im Vermögensbestand; Surrogation

Ändert sich der Bestand des „nießbrauchsbelasteten“ Vermögens, findet keine dahingehende Surrogation statt, dass der an einem aus dem Vermögen ausgeschiedenen Gegenstand bestehende Nießbrauch sich an einem anderen, noch unbelasteten Vermögensgegenstand fortsetzt. Denn der Nießbrauch erfasst eben nicht „das Vermögen“ in seinem wechselnden Bestand.[49] Gegen eine solche Annahme spricht ferner, dass es durch das Ausscheiden des Gegenstands schon nicht zum Erlöschen des Nießbrauchs kommt, ein Anknüpfungspunkt für eine Surrogation also ohnehin nicht besteht. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Parteien etwas Abweichendes vereinbart haben oder wenn die Belastung gutgläubig wegerworben wurde. Eine in den Beratungen von Mitgliedern der 2. Kommission vertretene abweichende Ansicht, nach der wie etwa in den Ent-

---

[45] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 3; *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II 2 b) aa) (S. 687).

[46] Dazu oben AT Kap. 3

[47] Vgl. BGH WM IV B 65, 476; BGH NJW 2008, 292. Einschränkend aber für den Fall der Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchsrechts bzw. eines Wohnungsrechts vor Übertragung eines Grundstücks FG München, BeckRS 2009, 26027850. Insgesamt dazu *Klühs*, RNotZ 2010, 516.

[48] Planck/*Brodmann*, § 1085 Ziff. 6 (S. 693).

[49] Staudinger/*Frank*, § 1085 Rn. 7; *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II (S. 682); OLG Bremen DB 1970, 1436; vgl. auch schon Mugdan, Protokolle III, S. 607 1 f.

würfen zum Vorbehaltsgut (§ 1260 BGB-KE) und zum Erbschaftsanspruch (§ 2081 BGB-KE) das Surrogationsprinzip gelten sollte, war mehrheitlich abgelehnt worden.[50]

Einigen sich die Parteien dagegen auf etwas Abweichendes – etwa bei Vereinbarung eines auflösend bedingten Nießbrauchs anknüpfend an das Ausscheiden als Bedingungseintritt –, sollte vertraglich zusätzlich geregelt werden, dass an einem Ersatzgegenstand ein neuer Nießbrauch zu bestellen ist. Vorsorglich könnte für diesen Fall auch an einem bestimmten Gegenstand aufschiebend bedingt ein Nießbrauch bestellt werden. So könnte – jedenfalls schuldrechtlich – eine Surrogation herbeigeführt werden, um das Vermögen wertmäßig zu erhalten. Denn dem Nießbraucher gebühren beim Vermögensnießbrauch eben nicht die Nutzungen des Vermögens in seiner Gesamtheit, sondern ausschließlich die Nutzungen der einzelnen belasteten Vermögensgegenstände.[51]

Gehört ein körperlicher Gegenstand zum Vermögen i. S. von § 1085 Abs. 1 BGB und geht dieser infolge einer unerlaubten Handlung (Eigentumsverletzung) unter, erlischt der Nießbrauch. Dem Nießbraucher steht bei Erfüllung der Voraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB ein eigenständiger Ersatzanspruch gegen den Schädiger wegen der Verletzung seines absoluten Rechts „an der Sache" zu. Dagegen findet keine Surrogation statt an dem deliktischen Ersatzanspruch des Eigentümers gegen den Schädiger.[52]

IV. Anwendbarkeit und Regelungsinhalt der §§ 1086 bis 1088 BGB

Durch diese Vorschriften wird die eigentliche gesetzgeberische Motivation zur eigenständigen Regelung eines Vermögensnießbrauchs verdeutlicht. Denn es geht dabei vor allem um Sonderregelungen zum Gläubigerschutz, die gerade bei der Nießbrauchsbelastung „des Vermögens" als notwendig angesehen wurden.[53]

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass beim Vermögensnießbrauch, zusätzlich zum Rechtsverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher, ein weiteres Rechtsverhältnis des Nießbrauchers zu den Gläubigern des Bestellers entsteht.[54] Ferner – und dies ist auch die maßgebliche Besonderheit in Abgrenzung zum Einzel-Nießbrauch an einem Recht – bildet das Vermögen eines Rechtssubjekts in seiner Gesamtheit die Haftungsmasse für Verbindlichkeiten des Bestellers respektive des Erblassers.[55] Insoweit ist es eben doch so, dass ein Vermögen mehr ist, als nur die Summe der einzelnen Vermögensgegenstände. In Ausnah-

---

[50] Mugdan, Protokolle III, S. 4151 f.
[51] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II (S. 683).
[52] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 II 1 (S. 683).
[53] vgl. nur MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1086 Rn. 1.
[54] Planck/*Brodmann*, § 1085 Ziff. 5.
[55] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 185.

me zur obigen Aussage hinsichtlich des Fehlens eines die Einzelgegenstände verbindenden Zwecks, kann insoweit jedenfalls von einer einheitlichen Schuldentilgungsfunktion des Vermögens gesprochen werden. Dies ist aber qualitativ nicht vergleichbar mit der Zweckbindung beim Unternehmensnießbrauch durch eine spezifische wirtschaftliche Bestimmung,[56] was diesbezüglich dann doch eine abweichende Bewertung rechtfertigt.[57] Denn beim Unternehmensnießbrauch wird zur dort notwendigen gemeinsamen *wirtschaftlichen* Zweckbestimmung in der Regel die Funktion als Haftungsmasse noch *hinzutreten*.

1. Die Vorschriften des Vermögensnießbrauchs im Einzelnen

Wie § 1085 S. 1 BGB klarstellt, wird der Vermögensnießbrauch nicht als eine einheitliche Belastung am Vermögen selbst bestellt, sondern ist der Begriff eine Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Einzelbelastungen an den Gegenständen, die in ihrer Gesamtheit das betreffende Vermögen bilden. Unbeschadet der obigen Ausführungen zum verbindenden Zweck in Bezug auf die Einzelgegenstände ist daher § 1087 Abs. 2 S. 2 BGB nicht wörtlich zu verstehen, wenn von „dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt" die Rede ist. Jedenfalls nicht, wenn dies verstanden wird als Beschreibung des eigentlichen Gegenstands des Nießbrauchs.

§ 1085 S. 2 BGB verweist dann auf die §§ 1086 bis 1088 BGB. Geregelt werden in diesen Vorschriften das Verhältnis des Nießbrauchers „nach außen", also zu den Gläubigern des Bestellers, sowie das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller. Die jetzige Regelung mit der Trennung dieser Rechtsverhältnisse unterscheidet sich zum Teil von *Johows* Entwurf für die 1. Kommission. Dieser hatte im ersten Absatz der einzigen diesbezüglichen Vorschrift (§ 343 BGB-Vorl) und wohl als Regelfall vorgesehen,[58] dass dem Besteller ein Zurückbehaltungsrecht zustehen soll hinsichtlich solcher „Mittel", die „zur Tilgung der vorhandenen Schulden erforderlich" sind. Anderenfalls sollte „die Hingabe" von Vermögensbestandteilen als mit der Auflage erfolgt anzusehen sein, dass diese – soweit geeignet – vom Nießbraucher zum Zwecke der Schuldentilgung veräußert werden können. Jedoch oblag dem Nießbraucher die „Verzinsung unberichtigt gebliebener Schulden … auf eigene Rechnung".[59]

Johows Grundsatz, wonach die Schuldentilgung allein „Sache des Bestellers" bleiben sollte,[60] wurde jedoch durch die 1. Kommission durchbrochen, denn den Gläubigern wurde durch § 1086 BGB ein unmittelbares Zugriffsrecht auf das Vermögen als Haftungsmasse gewährt. Übernommen wurde indes die

---

[56] So im Ergebnis auch *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 185.

[57] Zu den Besonderheiten unten C. II.

[58] *Johow* weist diesbezüglich auf römisch-rechtliche Vorbilder hin, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1351.

[59] Vgl. den Abdruck in Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 71.

[60] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1352.

persönliche und im Umfang unbeschränkte (Mit-)Haftung des Nießbrauchers in Bezug auf wiederkehrende Zinsen.[61] Daraus entstand letztlich § 1088 BGB, der wiederum als eine Konkretisierung von § 1036 Abs. 2 BGB anzusehen ist (dazu unten 2. c.).

2. Schuldenhaftung des Nießbrauchers; Verhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller

a. Nochmals: § 1086 BGB

§ 1086 BGB schützt die Gläubiger des Bestellers.[62] Diese haben nach Satz 1 dann einen unmittelbaren Zugriff auf nießbrauchsbelastete Vermögensgegenstände, wenn ihre Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind. Dies gilt jedoch nicht für die Nutzungen, die der Nießbraucher bereits gezogen hat.[63] Damit (wie auch durch § 1088 BGB, dazu sogleich) wird der Grundsatz durchbrochen, dass der Nießbraucher für Schulden des Bestellers nicht haftet. Auch angesichts dieser Vorschriften kann nicht geleugnet werden, dass bei der Belastung die Annahme eines Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Besteller und Nießbraucher deren Verhältnis besser zu erfassen vermag, als die Ansicht, es handele sich um eine Teilübertragung des Rechts.

Geht es um verbrauchbare Sachen, bei denen der Nießbraucher Eigentümer geworden ist (ein Fall des uneigentlichen Nießbrauchs gem. § 1067 BGB), besteht nach Satz 2 Hs. 1 zunächst ein Wertersatzanspruch des Bestellers gegen den Nießbraucher, während dessen Eigentümerstellung in diesem Fall nicht angetastet wird. Nach Halbsatz 2 ist der Nießbraucher den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatz verpflichtet, haftet also auch insoweit für Verbindlichkeiten des Bestellers. Zu den Fragen des jeweils relevanten Zeitpunkts wurde bereits Stellung genommen, dies gilt ebenso für dahingehende prozessuale Fragen (oben Kap. 1 E. III.).

b. § 1087 BGB und das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller

Auch § 1087 Abs. 1 BGB folgt dem Grundsatz, dass die Liquidation des dem Nießbrauch unterliegenden Vermögens allein Sache des Bestellers ist.[64] In der Norm geht es ebenfalls um Forderungen Dritter gegen den Besteller, die vor der Nießbrauchsbestellung entstanden waren und die zudem fällig sind. Die Vorschrift ist dispositiv,[65] sie regelt die gegenseitigen Pflichten und Rechte im Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller bei der Befriedigung der

---

[61] Vgl. Mugdan, Motive III, S. 564, unter Hinweis etwa auf ALR I 21 § 71.
[62] Siehe zu § 1086 BGB schon oben Kap. 1 E. II. 2. (S. 362).
[63] Staudinger/*Frank*, § 1086 Rn. 1.
[64] Mugdan, Motive III, S. 561.
[65] RGZ 153, 39, 51 f.; Mugdan, Motive III, S. 561; Staudinger/*Frank*, § 1087 Rn. 2.

Gläubiger aus dem nießbrauchsbelasteten Vermögen. Ergänzt wird § 1087 BGB durch § 1088 Abs. 3 BGB (dazu sogleich).

Nach § 1087 Abs. 1 S. 1 kann der Besteller Rückgabe der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände aus dem Vermögen verlangen. Notwendig muss dann der an den Gegenständen jeweils bestehende Nießbrauch durch Rechtsgeschäft aufgehoben werden.[66] Im Hinblick auf die durch den Besteller nach Abs. 1 S. 1 zu treffende Auswahl vorzugsweise geeigneter Gegenstände ist umstritten, ob insoweit eine Abwägung mit den Interessen des Nießbrauchers nötig ist. Dafür spricht § 1087 Abs. 1 S. 2 BGB, der sowohl seinem Wortlaut als auch seinem Sinn und Zweck nach einen diesbezüglichen objektiven Maßstab enthält, so dass danach die Eignung zur Gläubigerbefriedigung maßgeblich ist.[67] Das „kann … nur" auswählen ist zur Wahrung der Interessen des Nießbrauchers als „darf … nur" zu verstehen. Denn der Nießbraucher ist nicht allein deswegen schutzlos, weil er derartige Eingriffe ausnahmsweise zu dulden hat. Diese sind vielmehr in praktischer Konkordanz mit den Interessen von Besteller und Gläubiger durchzuführen. Dass der Besteller bei der Auswahl Rücksicht auf den Nießbraucher zu nehmen hat, folgt zudem als Schutzpflicht i. S. von § 241 Abs. 2 BGB aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen den Parteien. Bei verbrauchbaren Sachen deutet der Wortlaut von §§ 1087 Abs. 2 S. 4, 1086 S. 2 BGB darauf hin, dass der Besteller den Nießbraucher auf sofortigen Wertersatz in Anspruch nehmen kann.[68]

Ist eine Nießbrauchsbestellung an dem betreffenden Gegenstand dagegen noch nicht erfolgt, kann der Besteller dem Anspruch des Nießbrauchers aus dem Kausalverhältnis die dolo agit-Einrede der alsbaldigen Verpflichtung zur Rückgewähr gem. § 242 BGB entgegenhalten.[69]

Alternativ eröffnet Absatz 2 S. 1 dem Nießbraucher die Möglichkeit, den Gläubiger unmittelbar aus dem Vermögen zu befriedigen. Es gelten die Voraussetzungen des Abs. 1, vor allem zur Auswahl des Gegenstands, was durch Satz 3 klargestellt wird. Ist die Forderung dagegen nicht auf Leistung eines bestimmten nießbrauchsbelasteten Gegenstands aus dem Vermögen gerichtet, kann der Nießbraucher auch andere Gegenstände veräußern und er kann die Forderung mit dem Erlös oder mit von diesem finanzierten Gegenständen die Forderung erfüllen (§ 1087 Abs. 2 S. 2 BGB). Dies gilt aber nur dann, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr (insbesondere der Zwangsvollstreckung[70]) abgewartet werden kann. Eine solche Verfügungsbefugnis

---

[66] Staudinger/*Frank*, § 1087 Rn. 8; RGRK-BGB/*Rothe,* § 1087 Rn. 2; Palandt/*Bassenge*, § 1087 Rn. 2.

[67] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1087 Rn. 3.

[68] Palandt/*Bassenge,* § 1087 Rn. 2; Staudinger/*Frank,* § 1087 Rn. 16; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1087 Rn. 4.

[69] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1087 Rn. 5.

[70] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1087 Rn. 7.

steht dem Nießbraucher aber dann nicht zu, wenn er bei verbrauchbaren Sachen zum Wertersatz verpflichtet ist (§ 1087 Abs. 2 S. 4 BGB).

c. Inhalt und ratio des § 1088 BGB

Auch § 1088 BGB betrifft sowohl das Verhältnis des Nießbrauchers zu den Gläubigern als auch das Innenverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher. Dabei wird zunächst in Abs. 1 die persönliche Haftung des Nießbrauchers für solche wiederkehrende Verbindlichkeiten des Bestellers angeordnet, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden können. Es geht dabei zuvörderst um verzinsliche Forderungen der Gläubiger (aufgrund Gesetzes oder rechtsgeschäftlich), die einem Nießbrauch unterliegen. Erfasst werden nach Abs. 1 S. 2 zudem sonstige wiederkehrende Leistungen, sofern diese bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Dies sind etwa Leibrenten, Altenteile, Reallasten, Versorgungsleistungen,[71] Versicherungsprämien und Tilgungsraten.[72] Dass diese persönliche Haftung des Nießbrauchers aufgrund eines gesetzlichen Schuldbeitritts[73] nicht abbedungen werden kann, ergibt sich aus § 1088 Abs. 2 BGB. Dabei hat der Gläubiger gem. § 421 S. 1 BGB die Wahl, welchen der (Gesamt-)Schuldner er in Anspruch nimmt. Um dem Gläubiger aber durch § 1088 Abs. 1 BGB keinen stärkeren als den ursprünglichen Anspruch gegen seinen Schuldner zukommen zu lassen, haftet der Nießbraucher nur in dem Umfang persönlich, als dies auch seitens des Gläubigers der Fall ist.[74] Dies ist aber von der (sonstigen) unbeschränkten Haftung des Nießbrauchers zu unterscheiden, denn diese ist in der Höhe nicht auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen beschränkt.[75]

Die Norm lässt eine bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers für eine Lastenverteilung beim Vermögensnießbrauch erkennen. Im Hinblick auf Zinsansprüche der Gläubiger aus dem unter den Vermögensnießbrauch fallenden Kapital, soll eben der Nießbraucher als – jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht – Inhaber des Vermögens *auch* unmittelbar als Schuldner haften. Im Ergebnis „haftet" somit das Vermögen selbst, unbeschadet dessen, wer gerade juristisch als „Inhaber" anzusehen ist.

Die h.M. sieht darin ein „Kapital-Renten-Modell" mit einer grundsätzlichen Haftungsverteilung in Bezug auf Belastungen des Vermögens durch Einmalzahlungen (diese trägt der Vermögensinhaber) und laufende Belastungen (diese

---

[71] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1088 Rn. 2.

[72] OLG Düsseldorf OLGZ 1975, 341, 342 f.; Palandt/*Bassenge*, § 1088 Rn. 1; Staudinger/*Frank*, § 1088 Rn. 3.

[73] So war auch die vergleichbare Regelung in § 419 BGB (aufgehoben 1998) zur Vermögensübernahme, vgl. *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 124 IV 1 (S. 494).

[74] Dies klarstellend Mugdan, Protokolle III, S. 4150.

[75] Vgl. RGZ 153, 29, 35; Staudinger/*Frank*, § 1088 Rn. 6; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1088 Rn. 3; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 124 IV, V mit Fn. 14 (S. 493 ff.).

trägt der Nießbraucher).[76] Darüber hinaus sieht *Schön* die Regelung des § 1088 BGB mit überzeugenden Argumenten im Ergebnis als eine Konkretisierung zu § 1036 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die „bisherige wirtschaftliche Bestimmung" des Gegenstands des Nießbrauchs an,[77] was freilich keinen Widerspruch darstellt zur Sichtweise der ratio der Norm als einer Haftungsverteilung. Denn wenn *Schön* ausgehend vom gesamtwirtschaftlichen Interesse an einer optimalen Nutzung des „hingegebenen Vermögens" davon spricht, dass der Nießbraucher als „ordentlicher Wirt" wegen dieser Regelung geradezu gezwungen werde, zumindest diejenigen Erträge zu erwirtschaften, die auch ein „(Durchschnitts-)Wirt" erzielen würde, da er die Verbindlichkeiten ansonsten aus Eigenmitteln finanzieren müsste,[78] so ist dies geradezu eine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers für eine (Mit-)Haftung des Nießbrauchers. *Schöns* Ansatz – quasi ein „Anreiz-Modell" – ist aber jedenfalls deshalb dem Kapital-Renten-Modell der h.M. überlegen, weil jenes den unleugbaren Zusammenhang mit § 1036 Abs. 2 BGB gänzlich unerwähnt lässt, indem ziemlich statisch allein auf Belastungen des Vermögens durch Einmalzahlungen und laufende Belastungen abgestellt wird, ohne eine überzeugende Begründung für den Sinn und Zweck der Regelung liefern zu können.

Für das Innenverhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher regelt § 1088 Abs. 3 S. 1, dass der Besteller gegen den Nießbraucher einen Anspruch auf Erfüllung der in Abs. 1 bezeichneten Ansprüche hat. Dabei handelt es sich um eine Sonderregelung zu § 426 Abs. 1 BGB, der insoweit verdrängt wird. Dadurch wird freilich nach einhelliger Ansicht nicht ausgeschlossen, dass der Nießbraucher im Innenverhältnis noch weitere Lasten zu tragen hat, etwa nach der allgemeinen Regelung des § 1047 BGB.[79] Anders als die Haftung nach Abs. 1 ist § 1088 Abs. 3 S. 1 BGB aber abdingbar, so dass die Parteien die Verpflichtung zur Befriedigung der Gläubiger auch reduzieren können.[80]

B. Nießbrauch an einer Erbschaft

I. Vorbemerkung

Für den Nießbrauch an einer Erbschaft (dem Gesamtnachlass einer Person, auch als Nachlassnießbrauch bezeichnet) als Unterfall des Vermögensnießbrauchs gelten die dort dargestellten Grundsätze. Auch § 1089 BGB erschöpft sich in der Verweisung auf die §§ 1085 bis 1088 BGB, wobei der Erbschafts-

[76] Umfassend dazu *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 192 f.
[77] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 193.
[78] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 192 f.
[79] RGZ 153, 29, 32; Soergel/*Stürner,* § 1088 Rn. 3; Staudinger/*Frank,* § 1088 Rn. 12; Palandt/*Bassenge,* § 1088 Rn. 2.
[80] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1088 Rn. 5.

nießbrauch als Nießbrauch an einem Sondervermögen[81] praktisch den wichtigsten Fall eines Vermögensnießbrauchs darstellen dürfte.[82] Der Verweisung bedarf es aber deshalb, weil ansonsten bei noch vorhandenem Eigenvermögen des Bestellers kein Nießbrauch am *gesamten* Vermögen i. S. von § 1085 BGB vorliegen würde.[83] Einige diesbezügliche Besonderheiten wurden bereits erörtert, etwa in Bezug auf das in solchen Fällen in der Regel vorliegende Kausalverhältnis, vor allem beim Nießbrauchsvermächtnis.[84]

Auf weitere Besonderheiten des Nachlassnießbrauchs wird im Folgenden noch eingegangen. Diese können sich insbesondere daraus ergeben, dass ein solcher Nießbrauch immer ein Dreipersonenverhältnis ist (Erblasser, Erbe/Miterben, Nießbraucher), während dies beim „gängigen" Vermögensnießbrauch nur dann der Fall ist, wenn Inhaber und Besteller – ausnahmsweise – nicht identisch sind. Auch beim Quotennießbrauch ist § 1089 BGB anwendbar. Ein solcher Nießbrauch liegt vor, wenn sich das Nießbrauchsrecht auf den ganzen Nachlass bezieht, im Umfang aber nur einen Teil der Nutzungen erfasst.[85]

II. Nachlassnießbrauch als besonderer Vermögensnießbrauch

Der Verweis in § 1089 BGB führt als wichtigstes Ergebnis dazu, dass die Gläubigerschutzvorschriften der §§ 1086 bis 1088 BGB auch beim Nachlassnießbrauch anzuwenden sind. Für die Bestellung des Nießbrauchs selbst gilt zudem § 1085 S. 1 BGB, so dass an den einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenständen jeweils ein Nießbrauchsrecht zu bestellen ist, und zwar nach den für sie geltenden Vorschriften, seien es „Sachen" oder „Rechte" im Sinne der Nießbrauchsregelungen.[86] Auch hier gilt der Grundsatz, dass es ein umfassendes einzelnes Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass nicht gibt. Für die Rechtsnatur der einzelnen Rechte gilt, dass sich diese nach dem jeweiligen Stammrecht richtet. Bei mehreren Erben gilt § 2041 Abs. 1 BGB und die einzelnen Bestellungsakte können von den Miterben nur gemeinsam vorgenommen werden.[87]

Abhängig davon, ob es sich bei den einzelnen belasteten Gegenständen um Sachen oder Rechte handelt, sind die jeweiligen Vorschriften zur Surrogation anwendbar, wenn einzelne Gegenstände aus dem Nachlass ausscheiden und durch andere ersetzt werden (vgl. §§ 1048 Abs. 1 S. 2, 1075 Abs. 1 BGB). An-

---

[81] Zum Nachlass als Sondervermögen NK-BGB/*Ann*, § 2032 Rn. 5.

[82] RGRK-BGB/*Rothe*, Vor § 1085 Rn. 2; Staudinger/*Frank,* § 1089 Rn. 2 („Hauptanwendungsfall").

[83] Staudinger/*Frank,* § 1089 Rn. 2.

[84] Dazu oben Kap. 1 A. II. 2. a. (S. 241 ff.).

[85] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 2.

[86] Wie beim Vermögen gilt auch hier, dass Inhalt eines Nachlasses im Ergebnis nur Rechte sein können, vgl. dazu oben A. I.

[87] Umfassend zu § 2041 BGB *Ann,* Die Erbengemeinschaft, S. 103 ff.

dernfalls tritt keine (dingliche) Surrogation ein, sondern der Nießbrauch bleibt an dem ausgeschiedenen Gegenstand bestehen, wenn er nicht aufgrund gutgläubigen lastenfreien Erwerbs eines Dritten untergeht.[88]

Für den Anwendungsbereich der §§ 1086 bis 1088 BGB gilt beim Nachlassnießbrauch die Besonderheit, dass es insoweit nicht auf die Gläubiger des Bestellers (des Erben) ankommt, sondern auf die Nachlassgläubiger i. S. von § 1967 Abs. 2 BGB. Denn es geht allein um die Haftung des Nachlasses für die Verbindlichkeiten des Erblassers und nicht um Verbindlichkeiten des Erben und die diesbezügliche Haftung.[89] Ansonsten sind die Vorschriften ohne weitere Modifikation anwendbar, insbesondere deshalb, weil es für das Innenverhältnis ohnehin allein auf das Verhältnis des Bestellers (also des Erben) zum Nießbraucher ankommt. Für die dispositiven Vorschriften (§§ 1087, 1088 Abs. 3 BGB) gilt, dass sich eine hiervon abweichende Lastenverteilung etwa aus der letztwilligen Verfügung oder aus dem Verpflichtungsgeschäft (z. B. aus dem Nießbrauchsvermächtnis) ergeben kann.[90]

III. Abgrenzung: Nießbrauch am Nachlassanteil

Wird der Nießbrauch dagegen am Nachlassanteil eines Miterben (Miterbenanteil) bestellt, ist dies kein Fall des § 1089 BGB und kein Vermögensnießbrauch, sondern ein „normaler" Nießbrauch an Rechten i. S. von §§ 1068 ff. BGB[91] als Anteilsnießbrauch. Welche Art des Nießbrauchs vom Erblasser gewollt ist – Nachlassnießbrauch oder Anteilsnießbrauch – ist durch Auslegung zu ermitteln. Maßgeblich ist der wirkliche Wille des Erblassers, dies gilt ebenso für die Abgrenzung zu anderen Gestaltungsformen wie der Vor-/Nacherbschaft.[92] Belastet werden kann ein solcher Miterbenanteil, als ideelle Quotalberechtigung am Nachlass im Ganzen,[93] bereits deshalb, weil über diesen gem. § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB verfügt werden kann (sog. Anteilsverfügung[94]). Zur Nießbrauchsbestellung bedarf es wegen § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB). Es besteht dann ein einheitliches Nießbrauchsrecht am Erbanteil selbst und es bestehen keine Einzelrechte an den einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenständen. Darin liegt wesensmäßig der markanteste Unterscheid zum Nachlassnießbrauch. Daher ist der Nießbraucher gem. §§ 1068 Abs. 2, 1066 BGB auch ausschließlich am Nachlassanteil berechtigt und nicht an den einzelnen Nachlassgegenständen. Für eine dingliche Surrogation findet

---

[88] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 8.
[89] So schon RG DR 1944, 371 f.
[90] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 12.
[91] *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 205 f.
[92] Zu dieser Abgrenzung oben AT Kap. 1 C. III. 3. f. (S. 36).
[93] NK-BGB/*Ann*, § 2033 Rn. 2.
[94] Für Einzelheiten dazu siehe *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 173 ff.

die Sondervorschrift des § 2041 S. 1 BGB Anwendung, dem Nießbraucher kommen daher auch die in den Nachlass gelangten Surrogate zugute.[95]

Als Nutzung gebührt dem Nießbraucher der Reinerlös des Erbanteils.[96] Er besitzt die Befugnisse zur Ausübung aller Verwaltungs- und Nutzungsrechte, die dem Miterben zustehen.[97] Für die Rechte des Nießbrauchers in der Miterbengemeinschaft soll nach überwiegender Ansicht § 1066 BGB analog anzuwenden sein,[98] was im Hinblick auf die vergleichbare Interessenlage bei Miterben und Miteigentümern auch überzeugend ist. Infolgedessen kann die Erbauseinandersetzung nach § 1066 Abs. 2 BGB nur von Nießbraucher und Miterben gemeinsam verlangt werden, wobei nach § 1071 BGB dann die Zustimmung des belasteten Miterben zur Erbauseinandersetzung wiederum der Zustimmung des Nießbrauchers bedarf.[99] § 1071 BGB gilt zudem analog, wenn die Miterben über einzelne Gegenstände des Nachlasses verfügen, weil anderenfalls das Recht des Nießbrauchers ausgehöhlt werden könnte.[100] Ohne Zustimmung vorgenommene Verfügungen sind relativ unwirksam. Aus der analogen Anwendung von § 1071 BGB ergibt sich ferner die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs am Erbteil im Grundbuch.[101] Nach der Erbauseinandersetzung gilt konsequenterweise auch § 1066 Abs. 3 BGB und der Nießbraucher erwirbt den Nießbrauch an den Surrogaten.[102]

C. Das Unternehmen als Gegenstand eines Nießbrauchs

I. Allgemeines

Dass ein „Unternehmensnießbrauch" möglich ist, steht nach allgemeiner Ansicht ebenso außer Frage, wie es eine Pacht des Unternehmens „als Ganzes" gibt.[103] Dies erstaunt freilich, denn es findet sich weder eine entsprechende Bestimmung in den §§ 1068 bis 1084 BGB (respektive den §§ 1030 bis 1067

---

[95] Palandt/*Bassenge*, § 1089 Rn. 2; Staudinger/*Frank*, § 1089 Rn. 31

[96] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 14.

[97] NK-BGB/*Ann*, § 2033 Rn. 26, unter Hinweis auf RGZ 90, 232, 233.

[98] Vgl. etwa Palandt/*Bassenge,* § 1089 Rn. 2; Staudinger/*Frank*, § 1089, Rn. 32; RGRK-BGB/*Rothe,* § 1089 Rn. 4; Soergel/*Stürner,* § 1089 Rn. 4; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 14.

[99] Staudinger/*Frank*, § 1089, Rn. 33.

[100] RGRK-BGB/*Rothe,* § 1089 Rn. 4; Staudinger/*Frank*, § 1089 Rn. 34; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 14; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 206 f. („Schutz vor der wirtschaftlichen Auskernung").

[101] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 14; DNotI-Report 2014, 155.

[102] OLG Hamm DNotZ 1977, 376; Soergel/*Stürner,* § 1089 Rn. 4; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1089 Rn. 14.

[103] Vgl. nur *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 26 ff.; *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 31 ff. jeweils mit umfassenden Nachweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

BGB), noch gibt es eine Sondervorschrift, wie zum Nießbrauch an einem Vermögen und an einer Erbschaft.[104] Bei der gängigen Definition des Begriffs „Unternehmen" als organisierte Wirtschaftseinheit bestehend aus materiellen und immateriellen Vermögenswerten,[105] auch als Sachen, Rechte und Chancen bezeichnet,[106] wäre es ferner naheliegend, wie beim Nießbrauch an einem Vermögen gem. § 1085 BGB (sowie einer Erbschaft, vgl. § 1089 BGB; siehe dazu jeweils oben A. und B.) nicht von einem einheitlichen Recht an einer solchen Gesamtheit von Einzelgegenständen auszugehen, sondern nur eine Bestellung des Nießbrauch an den jeweiligen Einzelgegenständen für möglich zu halten. Darauf wird noch einzugehen sein.

Als gesetzliche Grundlage einer Nießbrauchsbestellung am Unternehmen insgesamt wird zumeist § 22 Abs. 2 HGB genannt.[107] Dort wird zwar die Möglichkeit der Nießbrauchsbestellung nicht explizit angeordnet oder sonst geregelt. Aufgrund des Wortlauts – „Wird ein Handelsgeschäft[108] aufgrund eines Nießbrauchs … übernommen" – kann aber ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber selbstverständlich von der Nießbrauchsfähigkeit des Unternehmens als einem einheitlichen Gegenstand ausgeht. Wie noch darzustellen ist, ist diese Ansicht aber abzulehnen, so dass es im Ergebnis auch nicht zu einer Durchbrechung der Grundsätze zum Nießbrauch im BGB kommt, wonach eben zwischen Sachen und Rechten zu unterscheiden ist. Denn bestellt werden kann der „Nießbrauch am Unternehmen" im Ergebnis auch nur als Nießbrauch an den jeweiligen Einzelgegenständen, die den Gesamtorganismus „Unternehmen" ausmachen. Das Unternehmen ist insbesondere keine Sache i. S. von § 90 BGB.

---

[104] Der Gesetzgeber hat auf eine Regelung bewusst verzichtet vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1356 ff.; Mugdan, Motive III, S. 559 f. (zum „Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäfte").

[105] Siehe beispielhaft *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 47. Zur Entwicklung der Lehre vom Unternehmen siehe umfassend *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, S. 69 ff.

[106] *Isay*, Das Recht am Unternehmen, S. 27; *Hubmann*, ZHR 117 (1955), S. 41, 42; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 133 I (S. 850 f.). Dazu zählen insbesondere auch die sonstigen immateriellen Güter, die aber nicht Gegenstand eines Immaterialgüterrechts sind, wie der Goodwill eines Unternehmens, vgl. Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 22. Unzutreffend ist es, den Goodwill zu den Immaterialgüterrechten zu zählen, denn dieser lässt sich nicht unter die bestehenden gesetzlichen Regelungen zu gewerblichen Schutzrechten und zum Urheberrecht subsumieren. So aber MüKo-BGB/*Stresemann*, § 90 Rn. 6; MüKo-BGB/*Armbrüster*, § 135 Rn. 3.

[107] *Hubmann*, ZHR 117 (1955), 41, 69.

[108] Die Formulierung „Handelsgeschäft" ergibt sich dabei allein aus dem firmenrechtlichen Kontext der Vorschrift. Damit ist insbesondere keine Einschränkung des Nießbrauchs nur auf bestimmte Unternehmensformen beabsichtigt, vgl. *Gösele*, Nießbrauch als Ertragsbeteiligung, S. 11

Bei der Nießbrauchsbestellung gilt der sachenrechtliche Spezialitätsgrundsatz,[109] das RG wendete insoweit § 1085 BGB analog an.[110] Dem kann aber nur dann zugestimmt werden, wenn das Unternehmen tatsächlich das gesamte Vermögen des Unternehmers ausmacht, anderenfalls sind die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen *und* an Rechten, also insgesamt die §§ 1030 bis 1084 BGB, anzuwenden.[111] Wie beim (sonstigen) Vermögensnießbrauch sind daher an Gegenständen, die später in das Unternehmen gelangen, jeweils noch einzelne Nießbrauchsrechte nach den insoweit anwendbaren Vorschriften zu bestellen. Es findet keine automatische „Einverleibung" statt.[112] Insgesamt soll aber – nach der wohl herrschenden, gleichwohl aber abzulehnenden Meinung – das Unternehmen „als Ganzes" einem einheitlichen Nießbrauch mit dinglicher Wirkung *unterliegen*.[113]

Insoweit unterscheidet sich der Nießbrauch am Unternehmen auch konzeptionell von der ausschließlich auf schuldrechtlicher Grundlage beruhenden Unternehmenspacht, die ebenfalls in § 22 Abs. 2 HGB erwähnt wird. Denn dort kommt es tatsächlich zu einer Überlassung des gesamten Unternehmens an den Pächter durch den Verpächter (Unternehmensträger),[114] ohne dass aber – zusätzlich – ein beschränktes dingliches Recht an den Einzelgegenständen bestellt wird.[115] Die Unternehmenspacht als Dauerschuldverhältnis[116] ist dem (entgeltlichen[117]) „Unternehmensnießbrauch" aber keineswegs unähnlich. Im Gegenteil, der Unternehmensnießbrauch wird zumeist als verdinglichte Unternehmenspacht bezeichnet,[118] und beide Gestaltungsmöglichkeiten haben auch das gleiche Ziel: den Nießbraucher bzw. Pächter auf Zeit zum Unternehmensträger zu machen, ohne ihm das Anlagevermögen zu übertragen.[119] Es handelt sich also bei beiden Formen der *zeitlich beschränkten* Unternehmensüberlassung um jeweils ein Minus zur *endgültigen* Überlassung des Unternehmens durch

---

[109] *Baur/Stürner*, § 28 Rn. 10; *Hubmann*, ZHR 117 (1955), 41, 69.

[110] RGZ 70, 232.

[111] Siehe nur Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 33.

[112] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 12

[113] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 25 und noch unten II.

[114] *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 47.

[115] Zu unterscheiden ist der Unternehmensnießbrauch ferner zwingend vom Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, vgl. dazu unten Kap. 5.

[116] *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 76.

[117] Grundsätzlich möglich ist auch ein unentgeltlicher Unternehmensnießbrauch, vgl. *Paus*, BB 1990, 1675, 1677.

[118] *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 58.

[119] Vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 51 und 58. Dies gilt jedenfalls beim Vollnießbrauch. Zum Ertragsnießbrauch siehe noch unten III. Beim Wechsel des Unternehmensträgers aufgrund des Vollnießbrauchs sind die firmenrechtlichen Vorschriften der §§ 22 ff. und §§ 25 ff. HGB ohne weiteres anwendbar.

Veräußerung. Der Nießbraucher muss freilich das Unternehmen nicht selbst führen, er kann es etwa auch einem Dritten verpachten.[120]

Gleichwohl sind beim Unternehmensnießbrauch noch Fragen offen. So ist etwa unklar, ob der Nießbrauch zwingend ein umfassender ist, ob also der Nießbraucher tatsächlich immer die Stellung des Unternehmensträgers erhält (Vollnießbrauch), oder ob auch ein „bloßer" Ertragsnießbrauch möglich ist. Auch ist umstritten, ob neben der Belastung der Einzelgegenstände tatsächlich ein einheitlicher Nießbrauch am Unternehmen „als Ganzes" angenommen werden kann. Auf diese Fragen wird im Folgenden eingegangen.

II. Der Gegenstand der Belastung beim Unternehmensnießbrauch – einheitliches dingliches Recht am Unternehmen?

1. Meinungsstand

Der Unternehmensnießbrauch wird wegen der Notwendigkeit der Einzelbelastung der Gegenstände, die das Unternehmen in seiner Gesamtheit ausmachen, im Ergebnis als Summe einzelner Verfügungen bestellt, aber als umfassendes Recht ausgeübt.[121] Diese wohl als herrschend zu bezeichnende Ansicht geht – wie bereits angesprochen – davon aus, dass, trotz der Nießbrauchsbestellung an den einzelnen Gegenständen, ein einheitlicher „Nießbrauch am Unternehmen" als *ein* umfassendes dingliches Recht besteht. Das Unternehmen selbst wird zum Objekt des Nießbrauchs.[122] Begründet wird dies damit, dass das Unternehmen längst als wirtschaftliche Einheit *und* Rechtseinheit anerkannt werde, insbesondere in Vorschriften wie den §§ 22, 23, 25 HGB, § 1059a BGB und § 34 UrhG.[123] Zudem seien es gerade die immateriellen Güter von erheblichem wirtschaftlichen Wert – wie Lieferantenbeziehungen, der Ruf, die innere Organisationsstruktur, Erwerbschancen etc. – die den eigentlichen Kernbereich des Unternehmens bildeten (sog. geistiger Unternehmenskern).[124] Auf diesen Bereich müssten sich die Nutzungsbefugnisse des Nießbrauchers erstrecken, ansonsten sei eine zweckentsprechende Nutzung des Unternehmens als ganzes nicht möglich.[125]

---

[120] So die Situation in BGH NJW 2002, 434. Zu Gestaltungsmöglichkeiten beim Unternehmensnießbrauch siehe auch *Paus*, BB 1990, 1675.

[121] *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 58; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 25.

[122] Erman/*Michalski*, § 1085 Rn. 8; Palandt/*Bassenge*, § 1085 Rn. 4; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 23 ff.; Soergel/*Stürner*, § 1085 Rn. 6; *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 12 ff. Wohl auch BGH NJW 2002, 434, 435 (ohne jedoch detailliert auf den diesbezüglichen Meinungsstreit einzugehen).

[123] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 25.

[124] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 22; *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 4 ff.

[125] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 22.

Dagegen sieht eine abweichende Ansicht im Nießbrauch am Unternehmen kein einheitliches dingliches Recht am Unternehmen selbst, obschon gleichwohl ein Unternehmensnießbrauch mit dinglicher Wirkung möglich sein soll. Diese Wirkung soll sich aber nicht aus der Tatsache ergeben, im Unternehmen ein einheitliches Objekt eines dinglichen Nießbrauchsrechts zu sehen, sondern aus der Auslegung der §§ 1030 ff. respektive §§ 1068 ff. BGB. Dabei wird nicht bestritten, dass es die genannten immateriellen Güter sind, die – als Ertragsfaktoren und Unternehmenskern – den eigentlichen Wert des Unternehmens ausmachen.[126] Nicht in Frage gestellt wird auch, dass der Zweck des Nießbrauchs in der Gesamtnutzung des Organismus' „Unternehmen" besteht und sich nicht in der Summe der Einzelnutzungen an den Vermögensgegenständen erschöpft.[127] Um dieses Ziel zu erreichen – also dem Nießbraucher die vollumfängliche Nutzung des Unternehmens „als Ganzes" zu ermöglichen und sicherzustellen –, ist es jedoch nicht notwendig, eine – dogmatisch zweifelhafte[128] – Bestellung eines dinglich wirkenden Nießbrauchs am Unternehmen als Nießbrauchsobjekt anzunehmen. Vielmehr ist es die „einheitliche Zweckbestimmung", durch die die Einzelgegenstände des Unternehmens zu einem einheitlichen Organismus verbunden werden,[129] und die in der Hand des Nießbrauchers eine funktionsfähige Einheit entstehen lassen.[130] Über § 1036 Abs. 2 BGB gehe dieser übergreifende Unternehmenszweck in die jeweiligen einzelnen Bestellungsakte ein und umfasst diese in der Hand des Nießbrauchers.[131]

2. *Stellungnahme*

Betrachtet man diese Ansichten auf der Grundlage des hier entwickelten Konzepts der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung, sprechen die besseren Gründe dafür, entgegen der h.M. einen einheitlichen „Nießbrauch am Unternehmen" als Objekt einer dinglichen Belastung abzulehnen. Dafür spricht vor allem die Existenz der den schon erwähnten Unternehmenskern ausmachenden immateriellen Güter, die für die Führung des Unternehmens unerlässlich sind. Denn problematisch ist bei diesen Gütern zunächst, dass an ihnen mangels einer Eigenschaft als Recht schon kein Nießbrauch bestellt werden kann. Sie können auch nicht durch Verfügung auf den Nießbraucher übergehen, sondern dieser kann den Unternehmenskern nur aufgrund einer tatsächlichen Einweisung nutzen, etwa durch die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheim-

---

126 Vgl. *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 99.

127 *Schön*, Nießbrauch an Sachen, spricht insoweit sprachlich etwas verunglückt von „Einzelnießbräuchen", a. a. O. S. 99, das Wort „Nießbrauch" kennt aber keinen Plural.

128 MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 12.

129 Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, § 133 I (S. 850 f.); für Handelsgeschäfte so schon Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1356.

130 *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 101.

131 *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 101.

nissen.[132] Abweichend wird insoweit eine Übertragung über § 413 mit §§ 398 ff. BGB angenommen, weil es sich jedenfalls um „rechtlich relevante Positionen" handeln soll,[133] wobei dies letztlich offenbleiben kann. Denn würde man ein einheitliches Nießbrauchsobjekt „Unternehmen" anerkennen – einschließlich dieses Unternehmenskerns –, käme es zur Durchbrechung des Grundsatzes, dass nur Rechte belastbar sind.

In Frage gestellt würden ferner die Ergebnisse zur Rechtsnatur dinglicher Rechte. Denn als Folge der Ansicht der h.M. würde auch an diesem Unternehmenskern – und somit an sämtlichen *substanzlosen* inneren Unternehmenswerten[134] – ein Nießbrauchsrecht als dingliches Recht bestehen, was nicht überzeugen kann. Denn wie bereits dargelegt, richtet sich die Rechtsnatur des Nießbrauchs nach der des belasteten Gegenstands.[135] Auch ist allgemein anerkannt, dass das Unternehmen kein einheitliches Rechtsobjekt ist,[136] was von den Vertretern der h.M. als Grundsatz auch nicht in Frage gestellt wird. Für den Nießbrauch scheint man hier aber eine Ausnahme machen zu wollen, was jedoch nicht überzeugen kann und auch nicht notwendig ist. Konsequenterweise müsste dann auch die Zwangsvollstreckung in das Unternehmen „als Ganzes" (als Vollstreckungsobjekt) möglich sein, um etwa auch die vermögenswerten immateriellen Güter, die ansonsten der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen würden,[137] verwerten zu können, was aber ersichtlich gerade nicht vertreten wird.[138]

Neben diesen Inkonsequenzen steht eine solche Ansicht ferner nur schwerlich im Einklang mit der wirtschaftlichen Realität. Denn ein Unternehmen ist gerade nichts Statisches, sondern ein sich ständig ändernder, im Wandel begriffener Organismus,[139] was abermals besonders an den immateriellen vermögenswerten Gütern deutlich wird. So können sich insbesondere der Kundenstamm und die Beziehungen zu Lieferanten und etwa Kreditgebern ändern, es können neue Unternehmensgeheimnisse hinzukommen, während andere Informationen diese Qualität verlieren können, neue Forderungen werden begründet und andere erlöschen etc. Ein einheitliches dingliches und somit eigentumsähnliches Recht an einem solchen „lebendigen Organismus"[140] annehmen zu wollen, widerspricht zudem allen sachenrechtlichen Grundprinzipien des BGB und vor allem dem Spezialitätsgrundsatz. Mit der Schwierigkeit einer Er-

[132] Vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 12.
[133] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 28 Rn. 10.
[134] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 23.
[135] Dazu oben AT Kap. 3.
[136] Vgl. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 1 („Funktionseinheit"); *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 20 ff. A.A. aber *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 35 ff., 128 ff.
[137] Mangels der Qualität als Vermögensrechte scheidet insbesondere eine Anwendung des § 857 ZPO aus.
[138] Vgl. *Hubmann*, ZHR 117 (1955), 41, 69 f.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5 Rn. 86, 91.
[139] Dahingehend *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 128 f.
[140] Vgl. *Klein-Blenkers*, Das Recht der Unternehmenspacht, S. 90.

streckung des dinglichen Rechts „auf die neu eintretenden Sachen und die Entlassung der ausscheidenden Sachen", begründet auch *Johow* seine Zweifel an der Annahme eines Nießbrauchs an Sachgesamtheiten.[141] Ferner kann sich auch bei anderen Vermögensgesamtheiten das Problem stellen, dass der Wert der Gesamtheit über den Wert der Einzelgegenstände hinausgeht, etwa bei Kunstsammlungen.[142] Infolgedessen müsste auch bei derartigen Phänomenen ein einheitlicher dinglicher Nießbrauch angenommen werden, was aber der Regelung des § 1085 BGB als Grundsatz explizit widersprechen würde.

Die Annahme eines Nießbrauchsrechts als einheitliches dingliches Recht am Unternehmen ist daher im Ergebnis abzulehnen.[143] Ein solches Recht ist aber auch nicht notwendig, denn bei der oben beschriebenen vorzugswürdigeren von der h.M. abweichenden Ansicht, steht der Nießbraucher im Ergebnis keineswegs schlechter, als bei der Annahme des Unternehmens als einem einheitlichen Nießbrauchsobjekt. Es kann hier sogar von einem dinglichen Charakter des durch den übergreifenden Unternehmenszweck als Einheit entstanden Organismus „Unternehmen" ausgegangen werden, denn das Unternehmen „als Ganzes" ist absolut gegen Eingriffe Dritter geschützt. Dadurch werden wiederum die Anforderungen einer „Dinglichkeit" erfüllt.[144] Dieses Abwehrrecht kann auf § 823 Abs. 1 BGB und namentlich auf das von der Rechtsprechung anerkannte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (besser: Recht am Unternehmen) gestützt werden, auch wenn dieser Ansicht hier wegen der dogmatischen Struktur dieser Norm nicht gefolgt werden kann.[145]

Ein umfassender Unternehmensschutz zugunsten des aktivlegitimierten Nießbrauchers (als Unternehmer) ergibt sich aber jedenfalls aus Sondergesetzen, wie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Denn über den in § 1 UWG als Gesetzeszweck allgemein erwähnten „Schutz der Mitbewerber" hinaus, finden sich in § 4 Nr. 7 bis 10 und § 6 Abs. 2 Nr. 3 bis 6 UWG Regelungen, die konkret den Schutz des Unternehmens und insbesondere von dessen wettbewerblicher Entfaltungsfreiheit bezwecken,[146] und im Ergebnis zu einem umfassenden Schutz des Unternehmens in seiner Gesamtheit führen.[147]

---

[141] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1356, unter Hinweis auf das „Pfandrecht an einer taberna nach L. 34 pr. D. de pign. (20, 1)".

[142] Vgl. *Grunsky*, BB 1972, 585, 586.

[143] So auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 579 f.

[144] Dazu oben AT Kap. 3.

[145] Siehe dazu AT Kap. 2 B. V. 4. b. (S. 66 ff.).

[146] Vgl. Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 1 Rn. 9 f.

[147] *Schünemann*, WRP 2004, 925, 932; dahingehend auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 584. Umfassend zum privatrechtlichen Unternehmensschutz *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 6.

III. Unternehmensnießbrauch als Voll- oder Ertragsnießbrauch

Während der Vollnießbraucher das Unternehmen als Unternehmensträger unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung führt – nur dann kann auch von einem Unternehmensnießbrauch gesprochen werden – und die Erträge als Früchte des Unternehmens unmittelbar ziehen kann, ist umstritten, ob auch ein bloßer Ertragsnießbrauch an einem Unternehmen möglich ist. Um einen Unternehmensertragsnießbrauch soll es sich handeln, wenn der Nießbraucher nur den Ertrag des Unternehmens erhalten soll, etwa dann, wenn der bisherige Unternehmer bei der Übertragung des Handelsgeschäfts diese Stellung aufgeben und auf den Erwerber „übertragen" will, wirtschaftlich aber noch aus den Erträgen abgesichert sein möchte.[148] Vergleichbar ist die Situation mit derjenigen beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen. Auch dort soll eine Nießbrauchsbestellung nicht nur am Mitgliedschaftsrecht, sondern auch isoliert an den sich aus der Gesellschafterstellung ergebenden Zahlungsansprüchen möglich sein. Es handelt sich dann um einen Nießbrauch an Forderungen.[149]

Ohne die diesbezügliche Darstellung vorwegnehmen zu wollen, kann aber festgestellt werden, dass ein solcher Nießbrauch auch im Kontext des Unternehmensnießbrauchs möglich ist. Denn es bleibt den Parteien unbenommen, anstelle eines Nießbrauchs „am Unternehmen" das Handelsgeschäft (zunächst) insgesamt zu übertragen. Zur Versorgung des Übertragenden werden in einem zweiten Schritt an einzelnen Forderungen Nießbrauchsrechte bestellt, etwa an Forderungen des Erwerbers gegen Lizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren. Anwendbar sind dann die §§ 1074 bis 1079 BGB. Wie beim Anteilsnießbrauch stehen dem Nießbraucher dann aber nicht die Erträge selbst zu – diese gebühren allein dem Gläubiger als Gegenstand der Forderung –, sondern die auf diese anfallenden Zinsen.[150] Ein Ertragsnießbrauch „am Unternehmen" ist also kein Nießbrauch am Vermögen, sondern ein gängiger und damit zulässiger Nießbrauch an Forderungen. Auf die Problematik der Nutzungen beim Voll- und beim Ertragsnießbrauch wurde bereits oben AT Kap. 3 V. eingegangen.

IV. Rechtsfolgen der Nießbrauchsbestellung

1. Die Stellung des Nießbrauchers

Mit der Nießbrauchsbestellung soll der Nießbraucher gem. § 1067 BGB Eigentümer an den verbrauchbaren Sachen werden, die zum Umlaufvermögen (etwa einem Warenlager) gehören, verbunden mit einer Rückgabepflicht bei Beendi-

---

[148] Soergel/*Stürner*, § 1085 Rn. 6.
[149] Dazu noch unten Kap. 4. A.
[150] Dazu, was „Frucht" bei solchen Erträgen ist, noch unten Kap. 4. A.

gung des Nießbrauchs.[151] Diese Ansicht verkennt jedoch den Funktionszusammenhang, in dem diese Gegenstände mit denjenigen Gegenständen stehen, die keine Sachen i. S. von § 90 BGB und daher auch nicht verbrauchbar i. S. von § 92 BGB sind, und an denen es daher auch kein Eigentum gibt. Diese immateriellen Gegenstände sind es aber nun einmal, die zusammen mit den Sachen – wie beschrieben – das Unternehmen „als Ganzes" ausmachen. Überzeugender ist daher die erweiterte Anwendung des § 1048 Abs. 1 BGB mit entsprechender dinglicher Surrogation.[152] In analoger Anwendung des § 1048 BGB kann der Nießbraucher ferner über die das Anlagevermögen bildenden Gegenstände verfügen, wobei er gem. §§ 1036 Abs. 2, 1037, 1041 S. 1 BGB die wirtschaftliche Bestimmung und den Bestand des Unternehmens zu erhalten hat.[153] Unbeschadet des Inhalts des Kausalgeschäfts werden dem Nießbraucher zudem die Forderungen zustehen, die bei der Bestellung bestehen.[154] Wobei die insoweit unpassenden Regelungen (§§ 1074, 1076 BGB) meist abbedungen werden.[155]

2. *Pflichten des Nießbrauchers*

Die angesprochene Erhaltungspflicht bedeutet aber nicht, dass dem Nießbraucher kein unternehmerischer Ermessensspielraum zustünde. Er kann vielmehr sogar einzelne Geschäftsteile einstellen, sofern dies den Geschäftszweck des Unternehmens insgesamt nicht gefährdet.[156] Diese Ansicht ist schon deshalb überzeugend, weil der Vollnießbraucher eben Unternehmensträger ist und insoweit auch das volle unternehmerische Risiko trägt, einschließlich der Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens. Angesichts der dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen „des Unternehmens", muss es ihm daher möglich sein, unrentable Tätigkeiten des Unternehmens einzustellen, auch wenn dies einen ganzen Unternehmensteil betrifft. Dies kann sogar geboten sein, wenn nur durch das Einstellen bestimmter Tätigkeiten der wirtschaftliche Bestand des Unternehmens erhalten werden kann, vgl. § 1041 S. 1 BGB. Auch ist anerkannt, dass der Nießbraucher die Marktstellung des Unternehmens zu erhalten hat,[157] was unter Umständen eben auch Umstrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen erforderlich machen kann.

---

[151] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 III a) (S. 689); Staudinger/*Frank*, Anh §§ 1068 f Rn. 35; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 19; Planck/*Brodmann*, vor § 1085 Ziff. 3 (S. 689); wohl auch BGH NJW 2002, 434, 435. Auch Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, meint: „Das umlaufende Kapital geht in das Vermögen des Nießbrauchers über", a. a. O. S. 1357.

[152] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 205.

[153] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 24; *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 III a) (S. 689); BGH WM 1074, 1219.

[154] BGH NJW 2002, 434, 435.

[155] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 III a) (S. 689); MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 23.

[156] BGH NJW 2002, 434, 435; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 24.

[157] *Grunsky*, BB 1972, 585, 587; *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 45.

Nicht anwendbar ist § 1050 BGB, weil es eine Abnutzung des Unternehmens nicht gibt[158] und auch weil insoweit die Wertungen eines einheitlichen Nießbrauchs am Unternehmen zu beachten sind. Der Nießbraucher hat aber veräußerte Inventarstücke zu ersetzen und Abnutzungen durch entsprechende Gewinnabschreibungen auszugleichen.[159] Die Lastentragungspflicht des Nießbrauches richtet sich im Innenverhältnis zum Besteller ohne Einschränkungen nach § 1047 BGB.

3. Folgen der Beendigung des Nießbrauchs

Endet der Nießbrauch, hat der Nießbraucher dem Besteller in analoger Anwendung der §§ 1055 Abs. 2, 596 Abs. 1 BGB „das Unternehmen" in dem Zustand zurück zu geben, der einer bis zur Rückgabe fortgesetzten ordnungsgemäßen Unternehmensführung entspricht.[160] Entscheidend ist also der Zustand des Unternehmens bei Nießbrauchsende,[161] auf etwaige Verschlechterungen kommt es dabei aber nicht an. Zum einen spielt eine solche bezogen auf die einzelnen Gegenstände des Unternehmens keine Rolle, denn § 1050 BGB ist, wie dargelegt, gerade nicht anwendbar. Zum anderen gehört es zum typischen unternehmerischen Risiko, dass sich die Marktstellung eines Unternehmens ändert, sowohl im positiven, als auch im negativen Sinne, als Wertzuwachs oder Wertverlust. Dieses Risiko darf beim Nießbrauch am Unternehmen nicht ausgeblendet werden und es realisiert sich daher ohne weiteres auch beim Besteller.

Bei einer Verschlechterung der Marktstellung des Unternehmens zum Nießbrauchsende kommt daher ein wie auch immer zu begründender Ersatzanspruch des Bestellers nicht in Betracht,[162] wobei es den Parteien unbenommen ist, vertraglich etwas Abweichendes zu vereinbaren. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Nießbraucher seinen unternehmerischen Ermessensspielraum überschreitet und gegen die Erhaltungspflicht in Bezug auf das gesamte Unternehmen verstößt. Es besteht dann gem. §§ 1048 Abs. 1 S. 2, 1041 BGB eine Reinvestitionspflicht des Nießbrauchers.[163] Für Wertdifferenzen kann der Nießbraucher daher auch nicht – wie *Schön* es vertritt[164] – gem. § 1041 S. 1 BGB in Anspruch genommen werden. Denn wie das eigene Betreiben eines

---

[158] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 24.

[159] *Wieling*, Sachenrecht I, § 14 III a) (S. 689); so auch schon Planck/*Brodmann*, vor § 1085 Ziff. 3 (S. 689).

[160] Staudinger/*Frank*, Anh §§ 1068 f Rn. 35; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 29.

[161] *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 49.

[162] Dahingehend auch *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, S. 48 f.

[163] Vgl. BGH NJW 2002, 434, 435; BGH NJW-RR 2006, 874, 875; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1085 Rn. 22. Der Nießbraucher hat insoweit gem. § 1051 BGB gegenüber dem Besteller Sicherheit zu leisten, bis die Reinvestition getätigt worden ist; vgl. BGH NJW 2002, 434, 435; BGH NJW-RR 2006, 874, 875.

[164] Nießbrauch an Sachen, S. 218 f.

Unternehmens ist auch die Bestellung eines Unternehmensnießbrauchs ein riskantes Geschäft. Eine solche Nutzung ist den Unwägbarkeiten des unternehmerischen Verkehrs unterworfen, alles andere würde der Lebenswirklichkeit und insb. den wirtschaftlichen Realitäten nicht entsprechen.[165]

V. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Zum Unternehmen soll – untrennbar, quasi als dessen Persönlichkeitsrecht – das von der Rechtsprechung seit langem anerkannte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehören. Jedenfalls seit der nunmehr auch höchstrichterlichen Anerkennung eines solchen Rechts für Angehörige freier Berufe[166] empfiehlt es sich freilich, insoweit weitergehend vom Recht am Unternehmen zu sprechen,[167] falls man dieses Recht überhaupt anerkennt. Dazu und vor allem zur Nießbrauchsfähigkeit des Rechts wurde bereits umfassend Stellung bezogen, sie musste im Ergebnis mangels isolierter Übertragbarkeit des „Rechts am Unternehmen" abgelehnt werden.[168]

Der Unternehmensnießbraucher ist insoweit aber nicht schutzlos. Denn als Unternehmensträger (auf Zeit) steht ihm ein eigenes „Recht am Unternehmen" zu, einschließlich der entsprechenden Abwehrbefugnisse. Dies gilt vor allem dann, wenn man einen einheitlichen Nießbrauch am Unternehmen bejaht und dem Nießbraucher die Kontrolle über den Unternehmenskern als vom Nutzungsrecht mit umfasst zugesteht. Es besteht also schon kein Bedürfnis, im Kontext des Nießbrauchs am Unternehmen die Frage nach der Möglichkeit der Belastung auch des Rechts am Unternehmen zu problematisieren. Da der bisherige Unternehmensträger (und Besteller) selbst nicht mehr aktiv im unternehmerischen Verkehr tätig ist – jedenfalls beim Vollnießbrauch –, wird bei ihm auch kein solches Recht (mehr) anzuerkennen sein. Eine Schutzlücke ist aber nicht vorstellbar, denn mangels eines erkennbaren Tätigwerdens „nach außen" werden Rechtsverletzungen insoweit ohnehin ausgeschlossen sein.

VI. Nießbrauch am Goodwill?

Der Goodwill als innerer Unternehmenswert[169] zählt nicht selten zu den wertvollsten „Bestandteilen" eines Unternehmens. Darunter versteht man im Allgemeinen den guten Ruf des Kaufmanns und seiner Waren (geschäftlicher Ruf),

---

[165] Zu vergleichbaren Problemen beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen noch unten Kap. 5. D.

[166] BGH NJW 2012, 2579 – Ingo Steuer.

[167] Umfassend dazu MüKo-UWG/*Ann/Hauck,* Grundl Rn. 99 ff.

[168] Oben AT Kap. 2 B. V. 4. b.

[169] So etwa *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 474.

also ein Substrat der bisher in die geschäftliche Tätigkeit investierten materiellen und immateriellen Werte. Als Resonanz darauf werden beim (potentiellen) Kunden Wertvorstellungen geweckt, die – im Idealfall – zum „Umsatz von morgen" führen[170] und so einen weiteren Vermögenszuwachs generieren können. Der Goodwill erhält dadurch den Charakter von Erwerbschancen. Für seine Nießbrauchsfähigkeit ist entscheidend, ob er – isoliert – übertragen werden kann, denn dass ein solches immaterielles Gut nutzbar ist und vor allem Gebrauchsvorteile im Wettbewerb gewährt, kann nicht bezweifelt werden. Der Goodwill ist aber kein Recht i. S. von § 1068 Abs. 1 BGB und insbesondere kein Immaterialgüterrecht, sondern als Verkörperung der immateriellen Werte des Unternehmens[171] allein ein immaterielles Gut. Er kann somit zwar grundsätzlich ein „sonstiger Gegenstand" des Rechtsverkehrs sein,[172] nießbrauchsfähig ist er aber nicht.

Eine Übertragbarkeit und damit auch (isolierte) Nießbrauchsbestellung am Goodwill wäre auch noch aus weiteren Gründen abzulehnen. Denn verdeutlicht man sich den o.g. Inhalt und vor allem die Verortung dieses immateriellen Guts als Teil des geistigen Unternehmenskerns, ist bereits der Gedanke an eine isolierte Übertragung befremdlich. Eine solche wäre auch schlicht sinnlos, wenn nicht unmöglich, weil sich der Goodwill vom Unternehmen ebensowenig trennen lässt, wie von der Person des Unternehmers, jedenfalls nicht unter Erhaltung seines Wertes.[173] Denn der den Goodwill ausmachende gute Ruf leitet sich ja gerade vom Unternehmensträger (dessen guter Ruf als Kaufmann) und vom Gegenstand des Unternehmens ab (der gute Ruf der Güter bzw. Dienstleistungen). Er existiert als werthaltiger Faktor daher nur *innerhalb* der Funktionseinheit „Unternehmen". Dies ändert freilich nichts an der Tatsache, dass der existierende Goodwill zugunsten des Nießbrauchers nach dem oben gefundene Ergebnis von einem am Unternehmen bestehenden Nießbrauch mit umfasst wird, insoweit also auch einen nutzbaren Vermögenswert besitzt.

Zusammenfassung Kapitel 1 und 2

Wie in Kapitel 1 des *Allgemeinen Teils* bereits dargelegt, bildet der Nießbrauch an einem Vermögen die eigentliche historische Keimzelle des Nießbrauchs an Rechten. Dies gilt einschließlich des Nießbrauchs an einem Sondervermögen wie einer Erbschaft. Dabei wurde aber auf die Besonderheit hingewiesen, dass

---

[170] Vgl. *Becher*, NJW 1951, 540, 541 auch unter Hinweis auf die Grundlagen des Begriffsverständnisses im U.S.-Recht.

[171] *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 475.

[172] Zu diesen Gegenständen schon oben AT Kap. 2 B. II. (S. 44 ff.).

[173] So auch Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 22. Gegen eine isolierte Übertragung auch *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 475.

ein solcher Nießbrauch im Ergebnis nur ein Bündel einzelner Nießbrauchsrechte ist. Ferner können allein Rechte als Bestandteile eines Vermögens in Frage kommen und belastet werden. Ein Vermögensnießbrauch ist daher eine Mehrheit einzelner Nießbrauchsrechte an Rechten.

Die für den Vermögensnießbrauch geltenden gesetzlichen Regelungen beschränken sich nahezu ausschließlich auf das Verhältnis des Nießbrauchers zu den Gläubigern des Bestellers. Dadurch werden die in Kapitel 1 dargestellten allgemeinen Regelungen und Grundsätze, die allein das Verhältnis der unmittelbar am Nießbrauch beteiligten Parteien betreffen, ergänzt und zum Teil modifiziert. Ausgangspunkt ist dabei der Grundsatz, dass durch den Vermögensnießbrauch die Tatsache des Vermögens als einer einheitlichen Haftungsmasse zugunsten der Gläubiger des Bestellers nicht in Frage zu stellen ist. Daraus ergibt sich wiederum die Entscheidung des Gesetzgebers, dass der Nießbraucher in einem gewissen Umfang *neben* dem Besteller unmittelbar für dessen Schulden haftet. An dieser Struktur des Vermögensnießbrauchs lässt sich einmal mehr das Wesen des Nießbrauchs an Rechten als einer Vergemeinschaftung ablesen.

Diese Regelungen zum Vermögensnießbrauch gelten auch für Sondervermögen wie einem Nachlass und ein Unternehmen. Dabei stellt sich aber gerade beim Unternehmensnießbrauch eine Reihe besonderer, weil unternehmensspezifischer Fragen, für die das Gesetz keine Antworten bereithält. Diskutiert wurde hierbei vor allem, ob eine solcher Nießbrauch – wie häufig behauptet – ausnahmsweise nicht doch als ein einheitliches dingliches Recht am Unternehmen selbst aufgefasst werden müsste, was im Ergebnis aber abzulehnen war. Wie dargestellt wurde, ist beim Unternehmensnießbrauch auch ein reiner Ertragsnießbrauch möglich. Dabei handelt es sich jedoch um keine Form des Vermögensnießbrauchs, sondern um einen Nießbrauch an Forderungen.

In diesen Kapiteln wurde ferner der Einfluss von Regelungskomplexen außerhalb des Nießbrauchs und auch außerhalb des Bürgerlichen Rechts auf die Nießbrauchsregelungen dargestellt. So können beim Nießbrauch an einer Erbschaft bestimmte erbrechtliche Vorgaben zu beachten sein; bei den in Kapitel 1 diskutierten Fragen des Schicksals von Nießbrauchsrechten in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung sind die diesbezüglichen Vorschriften anzuwenden, was aber insgesamt nicht zu „unlösbaren“ Problemen führt. Aufgrund der Besonderheit der grundsätzlichen Unübertragbarkeit eines Nießbrauchs gilt insoweit aber, dass – entgegen der h.M. – allein die übertragbare Ausübungsbefugnis gepfändet werden kann und dass auch nur diese Befugnis in die Insolvenzmasse fällt.

Kapitel 3

Nießbrauch an einzelnen Rechten: Gebrauchsvorteile und Übertragbarkeit als Voraussetzung der Bestellung

A. Einleitung

Ausgehend von den obigen allgemeinen Ergebnissen zur Nießbrauchsfähigkeit von Rechten, werden in diesem Kapitel die notwendigen Bedingungen der Bestellung eines Nießbrauchs an einzelnen Rechten dargestellt, die nicht explizit in den §§ 1068 ff. BGB erwähnt werden. Einen Schwerpunkt bilden dabei die Immaterialgüterrechte, deren wirtschaftliche und damit auch rechtliche Bedeutung erheblich ist und weiter zunehmen dürfte. Angesprochen werden zudem die Voraussetzungen einer Nießbrauchsbestellung an Rechten wie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und an den besonderen Persönlichkeitsrechten, sowie beim Anwartschaftsrecht. Die Grundsätze des Nießbrauchs an Forderungen und die Regelungen zum Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen werden anschließend in den Kapiteln 4 und 5 behandelt.

B. Immaterialgüterrechte

I. Rechte des Erfinders/Inhabers bei einem Patent

Immaterialgüterrechte sind ausschließliche Rechte an immateriellen Gütern, für die besondere gesetzliche Regelungskomplexe existieren. Unter diesen Begriff sind sowohl die gewerblichen Schutzrechte – wie das Patent, das Gebrauchsmuster, das Designrecht und die Marke – als auch das Urheberrecht einschließlich der verwandten Schutzrechte zu subsumieren. Da es sich aber nicht um eine „offizielle" Definition handelt, kann die Einordnung unter diesen Begriff divergieren. Diese Rechte sind wirtschaftlich von überragender Bedeutung. Als subjektive (dingliche) Rechte sind sie nach der im *Allgemeinen Teil* entwickelten Kategorisierung Gegenstände 1. Stufe.

In der sachenrechtlichen Literatur wird als Beispiel eines Gebrauchsvorteils und somit einer Nutzung eines Rechts im Sinne von § 100 BGB auch die Möglichkeit zur Nutzung einer Erfindung bei einem Patent genannt.[1] Dies klingt

[1] Vgl. beispielhaft *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, § 30 Rn. 11.

durchaus einleuchtend, denn der Inhaber eines solchen Rechts kann dessen Wert entweder unmittelbar für sich selbst realisieren – also die patentierte Erfindung insbesondere selbst nutzen[2] – oder er gibt die betreffende Befugnis im Wege der Lizenzierung an Andere weiter und erhält dafür eine – in der Regel finanzielle[3] – Gegenleistung als mittelbare Realisierung des Werts der Erfindung.

Dieser Ansicht eines Gebrauchsvorteils aufgrund eines Patents liegt die Vorstellung zugrunde, dass durch das Patent dem Inhaber die Möglichkeit zur Nutzung einer Erfindung – etwa eines Herstellungsverfahrens – gewährt würde, was auch der herrschenden Meinung im patentrechtlichem Schrifttum und der einschlägigen Rechtsprechung entspricht. Sie geht zurück auf die seit den Arbeiten *Kohlers* zum „Licenzrecht“[4] geltende Abspaltungstheorie.[5] Diese Sichtweise findet ferner Niederschlag in der Formulierung von § 9 S. 1 PatG 1981, nach der allein der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung zu benutzen. Auch die Gesetzesbegründung ist insoweit unmissverständlich.[6] Nach verbreiteter Ansicht soll das Patent gestützt auf § 9 S. 1 PatG daher dem Patentinhaber ein positives Benutzungsrecht an der geschützten Erfindung gewähren.[7]

1. Der Inhalt der Patentrechte

Dem kann jedoch nicht beigetreten werden, da eine solche „Gewährung“ im Ergebnis überflüssig ist, sie musste nicht gesetzlich geregelt werden.[8] Denn die

[2] Möglich sind auch sog. Vorrats- und Sperrpatente. Bei Letzteren kommt es dem Inhaber nicht auf die Nutzung der Erfindung an, sondern vielmehr auf die Unterbindung fremder Anwendungstätigkeit, vgl. dazu nur *Kraßer*, Patentrecht, § 3 V 3 (S. 48 f.). Dabei handelt es sich aber ohne weiteres auch um die Nutzung eines Patents, beschränkt aber auf die bestehenden Abwehrrechte. Auch diese in einem Patent verkörperten Befugnisse haben daher einen Gebrauchsvorteil i. S. von § 100 BGB. Überdies kommt der Nutzung von Patenten als Angriffsmittel in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu. Ihre stärkste Ausprägung erhält dieses Phänomen in jüngerer Zeit durch die Tätigkeit der sog. „Patent-Trolle“, deren vordringlicher Geschäftszweck darin besteht, die Verbietungsrechte aus den jeweiligen Patenten einzusetzen und so über die gerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aber mehr noch über Vergleichszahlungen Einnahmen zu erzielen. Zu diesem Begriff sowie allgemein zum strategischen Einsatz von Patenten siehe auch *Hauck*, WRP 2013, 1446.

[3] Möglich sind auch sog. Kreuz-Lizenzverträge, bei diesen kommt es zum Austausch von Lizenzen. Es handelt sich dabei um „reguläre“ Lizenzverträge, die aber besonders häufig zum Zweck der Beilegung von (Patent-)Verletzungsstreitigkeiten abgeschlossen werden, vgl. dazu nur *Wündisch/Bauer*, GRUR Int. 2010, 641.

[4] Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900, S. 508 ff.

[5] Umfassend dazu *McGuire*, Die Lizenz, S. 39 ff.; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 33 ff.; *B. Bartenbach,* Mitt. 2002, 503, 504 ff.

[6] Vgl. Bl.f.PMZ 1979, 280 l.

[7] BGH GRUR 2009, 655, 657 Rn. 26; Benkard/*Scharen*, PatG, § 9 Rn. 5; Busse/*Keukenschrijver*, PatG, § 9 Rn. 11 jeweils m. w. N.

[8] Vgl. dazu *Hauck,* ZGE/IPJ 5 (2013), 203, 219 ff.

Befugnis des Patentinhabers zur Nutzung seiner Erfindung (als Teil des allgemeinen Erfinderrechts)[9] folgt bereits aus der grundgesetzlich geschützten unternehmerischen Dispositionsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 GG)[10] sowie aus der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG).[11] Dazu kommen Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK sowie Art. 17 der EU-Grundrechtecharta, diese Vorschriften gewährleisten das Eigentum europa- und völkerrechtlich. Eines Patents bedarf es dafür nicht,[12] obgleich das Patent selbst freilich ebenfalls in den Regelungs- und Schutzbereich dieser Vorschriften fällt.

Würde das Recht zur Benutzung einer Erfindung erst aus dem Patent folgen, wäre etwa ein Erfinder, der sich dazu entschließt, seine Erfindung nicht patentieren zu lassen, nicht zur Benutzung befugt. Entsprechendes würde für den Erfinder gelten, der sein Patent aufgrund einer Nichtigerklärung wieder verliert. Dies kann aber nicht ernsthaft behauptet werden. Das (einfache) Gesetz muss aber nichts „gewähren", was durch die Rechts- und Wirtschaftsordnung bereits anerkannt wird.[13] Auch das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, dass das „Recht zur wirtschaftlichen Auswertung einer neuen Idee, die Technik und Wissenschaft fördert" dem Erfinder – der nicht notwendig der Patentinhaber sein muss – zugewiesen ist und dass diese Rechtsposition den Eigentumsschutz des Grundgesetzes genießt.[14] Etwas anderes würde nur gelten, wenn ein öffentlich-rechtlicher Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Benutzung bestünde, oder ein Zunfts- oder Konzessionszwang.[15]

Der Gesetzgeber kann allenfalls im Rahmen der Inhaltsbestimmung des (geistigen) Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG durch einfaches Recht spezialgesetzliche Mechanismen schaffen, um das verfassungsrechtlich gewährleistete („positive") Benutzungsrecht des Unternehmers (Erfinders) näher aus-

[9] Siehe dazu *Timmann*, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, S. 157 ff.; BVerfG GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche.

[10] *Kraßer*, Patentrecht, § 33 I c) (S. 744 ff.); *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 77; *Troller*, Immaterialgüterrecht, S. 720. Zur Verortung dieser Freiheit im Grundgesetz siehe Maunz/Dürig/*Papier*, Grundgesetzkommentar, Art. 14 Rn. 228.

[11] BVerfGE 36, 281, 290 f. – Patentanmeldungen; BVerfG GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche. Zum Schutz der Immaterialgüterrechte durch Art. 14 GG siehe Maunz/Dürig/*Papier*, Grundgesetzkommentar, Art. 14 Rn. 197 ff.; *Grzeszick,* ZUM 2007, 344; *Timmann,* Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, passim.

[12] *Geissler*, in: FS König, S. 133, 134; *Rogge*, GRUR 1998, 303, 307; und schon *Pfanner*, GRUR Ausl. 1962, 545, 547; *Walleser*, GRUR Ausl. 1963, 512. *Beil*, GRUR 1948, 60, bringt es auf den Punkt: „Es ist selbstverständlich, daß der Erfinder seine Erfindung auch selbst benutzen kann, was häufig für ihn die naheliegendste Auswirkung des Erfindungsbesitzes sein wird. [D]ieses Benutzungsrecht besteht … ohne irgendeine Mitwirkung des Patentgesetzes.", a. a. O. S. 63. A.A. *Stjerna*, GRUR 2010, 202, 204. Dessen Behauptung, das Bestehen eines positiven Benutzungsrechts neben dem Verbietungsrecht sei nicht mehr zweifelhaft, kann nach dem vorstehend Gesagten freilich nur als mutig bezeichnet werden.

[13] *Kraßer,* Patentrecht, § 33 I c) (S. 744 ff.); *Geissler,* in: FS König, S. 133, 134: „[D]as Recht ist ein Scheinrecht, es ist inhaltslos eine juristische, rechtstheoretische Chimäre".

[14] BVerfGE 36, 280, 290 f. – Patentanmeldungen.

[15] Vgl. *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 79 f.

zugestalten. Somit besteht die Aufgabe eines Patents, das durch die Rechtsordnung als Ausschließlichkeitsrecht („Monopolrecht") konzipiert ist,[16] allein darin, dem Erfinder das „negative"[17] Element der Befugnis zum Ausschluss aller Anderen von dieser Nutzung (die dann notwendig eine „alleinige" ist) zu gewähren. Das (einfache) Benutzungsrecht des Erfinders an der Erfindung erstarkt so zur *ausschließlichen* Befugnis. Es wird zum Ausschließlichkeitsrecht (ius exclusivum) und darüber hinaus zum *Ausschließungs*recht (ius excludendi).[18] Darin liegt der Kern des „Rechts aus dem Patent", von dem in § 15 Abs. 1 S. 1 PatG die Rede ist. Gerade diese Unterscheidung hat *Kohler* freilich nie zur Kenntnis genommen.[19] Insoweit ergeben sich Parallelen zur hier vertretenen Ansicht zum Inhalt des Rechts Eigentum, denn auch dieser wird nicht – positiv – durch § 903 BGB festgelegt. Durch diese Vorschrift wird vielmehr die Ausschlusswirkung normiert, das Recht wird so zum Ausschließlichkeitsrecht.[20]

Für diese Ansicht lässt sich freilich auch der Wortlaut des § 9 S. 1 PatG selbst anführen, der, entgegen der überwiegenden Meinung, keineswegs „positiv" formuliert ist. Denn durch das „allein" wird die ausschließende – wenn man den Begriff nicht für verzichtbar hält (siehe unten) also „negative" – Wirkung des Patents klar herausgestellt und erhält die Vorschrift nach der hier vertretenen Ansicht überhaupt erst ihren Sinn.[21] Auch werden durch die §§ 9 bis 11 PatG keineswegs *umfassende* Schutzmechanismen im Hinblick auf das Benutzungsrecht des Erfinders geschaffen.[22] Diese Vorschriften *beschränken* vielmehr das Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrecht des Patentinhabers auf abschließend aufgezählte Benutzungsformen.[23] Damit wird der Schutzbereich des Patents letztendlich definiert, allein darin liegt die Bedeutung dieser Vorschriften. Insgesamt ist daher die Zerlegung eines Patents in einen „positiven" und einen „negativen" Gehalt und die folgende Extrahierung derartiger Rechte, um den „positiven" Teil dann mittels einer Lizenz an Dritte – untechnisch

---

[16] *Kraßer,* Patentrecht, § 1 A I (S. 1). Schon *Seligsohn*, PatG, spricht insoweit von „Duplizität", a. a. O. S. 680.

[17] Die Bezeichnung der Abwehrbefugnis als „negativ" ist gerade bei Immaterialgüterrechten üblich, darf aber nicht so verstanden werden, als habe das Recht aus dem Patent ausschließlich einen „negativen" Inhalt. Denn dies wäre als Inhalt eines Rechts nicht ausreichend, sondern notwendig ist immer eine Rechtsmacht, die wiederum als „positiv" bezeichnet werden kann, vgl. etwa *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 987. Eine Ausschließungsbefugnis ist aber eine Rechtsmacht in diesem Sinne, so dass man zusammenfassend sagen kann, das Recht hat einen „positiven" *Inhalt*, der sich aber in der Abwehrfunktion erschöpft, was wiederum als „negative" *Wirkung* verstanden werden kann.

[18] So auch *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 64.

[19] *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtschutz, S. 144.

[20] Umfassend zum Eigentum oben AT Kap. 2 B. III. 2 und C.

[21] *Geissler,* in: FS König, S. 133, 134.

[22] Dahingehend auch *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 66.

[23] *Kraßer,* Patentrecht, § 33 I a) 8 (S. 743).

gesprochen[24] – zu übertragen, abzulehnen. Vielmehr steht dem Patentinhaber insgesamt *ein* einheitliches Benutzungs- und Verbietungsrecht zu.[25]

Der vordem (bis Anfang des 20. Jhd.)[26] herrschenden Verzichts- oder „negativen" Lizenztheorie waren diese Probleme fremd, denn deren Vertreter sahen bei der Lizenz den Verzicht auf die Ausübung des Verbotsrechts durch den Patentinhaber als maßgeblich an.[27] Verstanden wurde die Lizenz als Erlaubnis/Gestattung, nicht als eigenständiges, abgeleitetes Recht des Lizenznehmers. Sie wirkte im Ergebnis (lediglich) als Einrede gegen einen Unterlassungsanspruch des Patentinhabers.[28] Im Einzelnen war die dogmatische Konstruktion freilich durchaus umstritten, vor allem die Frage, ob die Wirkung eine rein prozessuale ist – so die ältere Rechtsprechung unter Gleichsetzung mit einem pactum de non petendo[29]–, oder auch eine materiell-rechtliche.[30]

Im Ergebnis spricht aber nicht nur der Wortlaut von § 9 S. 1 PatG dafür, dass damit allein etwas „negatives" geregelt wird. Denn auch durch die Formulierung in § 15 Abs. 2 S. 2 PatG, wonach gegen den Lizenznehmer, der gegen eine Beschränkung seiner Lizenz verstößt, „das Recht aus dem Patent geltend gemacht werden [kann]", wird deutlich, dass es sich dabei – denknotwendig – nur um das Verbotsrecht des Patentinhabers handeln kann. Damit besteht aber keine Notwendigkeit, im Patentrecht von „negativen" Lizenzen zu sprechen. Denn nach der hier vertretenen Ansicht sind alle Patentlizenzen im Schwerpunkt negative Lizenzen (dazu sogleich und noch unten C.).

2. *Patentrechte und Lizenz*

Anders als ein Patentinhaber kann ein Dritter eine Erfindung aber nicht ohne weiteres nutzen, denn er kann sich nicht unmittelbar auf eine dahingehende grundgesetzlich geschützte Befugnis berufen. Er kann dies jedenfalls nicht,

[24] Formulierungen wie „Übertragung von" oder „Verfügung über" solche(n) Rechte(n) sind insoweit nicht unproblematisch, vor allem bei nicht-ausschließlichen (einfachen) Lizenzen. Denn während für ausschließliche ein dinglicher Rechtscharakter überwiegend bejaht wird – und allenfalls dann sind die vorgenannten Begriffe auch passend –, ist dies bei einfachen Lizenzen höchst umstritten. Siehe zu diesem Problemkreis *Kraßer*, GRUR Int. 1983, 537, 538 ff.; *McGuire,* Die Lizenz, S. 437 ff.

[25] So auch *Kraßer,* GRUR Int. 1983, 537, 544. Vgl. auch die Begründung zum GPatG, Bl.f.PMZ 1979, 280 l.

[26] In der Rechtsprechung kommt die endgültige „Wende" hin zur Abspaltungstheorie mit dem Urteil des RG vom 18.8.1937 (RGZ 155, 306), vgl. *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, Rn. 44. Das Schrifttum war dieser neuen Ansicht mehrheitlich schon seit den 1920er Jahren gefolgt, a. a. O. Rn. 50.

[27] *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 37. Zum dahingehenden Rückschritt bei der Formulierung der entsprechenden Vorschrift im PatG siehe nur *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 64 f.

[28] *McGuire,* Die Lizenz, S. 39 f.; *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 33 f.

[29] ROHG 19, 403, 405 (23.3.1876); RGZ 17, 53, 54 – Cellulose-Gewinnung (17.12.1886).

[30] Siehe dazu umfassend *McGuire,* Die Lizenz, S. 39 ff. unter Hinweis auf RGZ 33, 103 – Pulsometer (5.12.1893) und die Rezeption durch den BGH.

ohne die Rechte des Inhabers des Ausschließlichkeitsrechts zu verletzen. Um diesem Problem zu entgehen, gibt es aber eben die schon angesprochene Möglichkeit der Lizenzerteilung, also einer – im Ergebnis – Gestattung der Nutzung aufgrund des o. g. Verzichts. Einem gewissen „positiven" Verständnis einer Patentlizenz als etwas „Gewährendes" ist – jedenfalls insoweit – eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen.[31] Unstreitig *können* in einem Lizenzvertrag neben dem Verbotsverzicht auch darüber hinausgehende Verpflichtungen des Patentinhabers geregelt werden. Um von einer Lizenz gem. § 15 Abs. 2 PatG sprechen zu können, *muss* dies aber nicht der Fall sein, dem Lizenznehmer muss nicht zwingend etwas „zugewendet" werden.[32] Denn jedenfalls bei der einfachen Lizenz muss der Patentinhaber grundsätzlich nicht mehr tun, als dem Lizenznehmer die Nutzung der patentierten Erfindung zu ermöglichen. Ein aktives Handeln ist nicht erforderlich.[33] Ausreichend kann daher auch allein ein Klageverzicht sein, etwa auf der Grundlage eines covenant not to sue,[34] wenn dem Lizenznehmer damit die Benutzung der Erfindung ermöglicht wird.

Neuerdings scheint auch der EuGH einer rein „negativen" Sichtweise bezüglich der Rechtsnatur einer Lizenz folgen zu wollen. Er sieht in der „Falco"-Entscheidung[35] einen Lizenzvertrag, in dem sich eine Partei verpflichtet, dem Vertragspartner ein bestimmtes Recht des Geistigen Eigentums zu überlassen, lediglich als einen Verzicht des Rechteinhabers darauf an, der Nutzung des Rechts durch die andere Partei zu widersprechen.[36] Inwieweit diese Aussagen über den zu entscheidenden Sachverhalt hinaus eine allgemeine Gültigkeit beanspruchen können, bleibt jedoch abzuwarten. Denn der EuGH hatte in dieser Entscheidung (allein) die Frage zu beantworten, ob eine Lizenzierung eine Dienstleistung des Lizenzgebers im Sinne von Art. 5 Nr. 1 lit. b der EuGVVO darstellt und hat dies verneint.[37]

3. Zwischenfazit

Ausgehend von der eingangs genannten Aussage in der sachenrechtlichen Literatur, lässt sich feststellen, dass die beschriebene Befugnis des Erfinders zur Nutzung seiner (patentfähigen) Erfindung bereits kein Recht i. S. von § 1068 BGB ist, weil dieses „Recht" eben nicht von der Erteilung eines Patents abhängig ist. Ein solcher „Vorteil" kann daher auch nicht nießbrauchsfähig sein.

[31] *Schönherr,* in: FS Troller, S. 57, 85.
[32] In diese Richtung aber *Haedicke,* ZGE/IPJ 3 (2011), 378, 386 m. w. N.
[33] *Kraßer*, GRUR Int. 1983, 537, 541.
[34] Vgl. dazu umfassend *Hauck,* ZGE/IPJ 5 (2013), 203.
[35] EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – C-533/07 (Falco Privatstiftung u. a./Weller Lindhorst) = GRUR 2009, 753.
[36] EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – C-533/07, Rn. 31 (Falco Privatstiftung u. a./Weller Lindhorst) = GRUR 2009, 753, 755.
[37] EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – C-533/07, Rn. 31 (Falco Privatstiftung u. a./Weller Lindhorst) = GRUR 2009, 753, 755.

Sieht man dagegen mit der überweigenden Meinung eine solche Befugnis als den eigentlichen Inhalt eines Patents an, handelt es sich auch ohne weiteres um einen Gebrauchsvorteil i. S. von § 100 BGB. Ein so verstandenes Recht ist übertragbar und daher nießbrauchsfähig. Dass dem nicht zugestimmt werden kann, wurde bereits dargelegt. Dem Recht aus dem Patent kommt vielmehr ein anderer Inhalt zu, darauf wird unten noch unter 5. eingegangen.

4. Das allgemeine Erfinderrecht und Fragen der Übertragung

Von diesem Recht des Erfinders zur Nutzung seiner Erfindung ist das allgemeine Erfinderrecht – auch kurz als „Erfinderrecht" bezeichnet[38] – zu unterscheiden. Dieses Recht entsteht bereits mit dem Abschluss des tatsächlichen Vorgangs des Schaffens der patentierbaren Erfindung,[39] nach anderer Ansicht erst mit Verlautbarung der Erfindung,[40] wobei dieser Streit für die hier vorzunehmende Untersuchung offenbleiben kann. Da aus § 63 Abs. 2 S. 1 PatG hervorgeht, dass eine Verletzung des Rechts zur Erfindernennung erst mit der Offenlegung der Anmeldung in Betracht kommt,[41] spricht jedoch einiges für letztere Auffassung. Teile des allgemeinen Erfinderrechts sind das Recht des Erfinders auf Erfinderbenennung gem. § 37 Abs. 1 S. 1 (durch den Anmelder) sowie die Erfindernennung gem. § 63 Abs. 1 S. 1 PatG (durch das Deutsche Patent- und Markenamt) und das auch in § 15 Abs. 1 S. 1 PatG genannte Recht auf das Patent gem. § 6 Abs. 1 PatG. Man spricht insoweit von der Doppelnatur eines einheitlichen Rechts.[42] Das Recht auf das Patent ist der vermögensrechtliche Teil,[43] das Recht zur Erfindernennung und -benennung und somit letztendlich zur Anerkennung der Leistung des Erfinders ist der persönlichkeitsrechtliche Teil des Erfinderrechts.[44]

---

[38] Vgl. zur auf dem im deutschen Recht geltenden Erfinderprinzip basierenden Nomenklatur *Kraßer*, Patentrecht, § 19 I (S. 335); Benkard/*Melullis*, PatG § 6 Rn. 9 ff.; *Preu,* in: FS Hubmann, S. 349, 352 f.

[39] *Kraßer*, Patentrecht, § 19 I, II (S. 335 ff.), wobei auch er einräumt, dass die praktische Bedeutung des Erfinderrecht erst mit der Verlautbarung relevant werden wird, a. a. O.

[40] Benkard/*Melullis*, PatG § 6 Rn. 9; Schulte/*Moufang*, PatG, § 6 Rn. 11; Busse/*Keukenschrijver*, PatG, § 6 Rn. 14.

[41] Benkard/*Schäfers*, PatG § 63 Rn. 3.

[42] *Kisch,* GRUR 1951, 175, 177; *Preu,* in: FS Hubmann, S. 349, 352; Benkard/*Melullis*, PatG, § 6 Rn. 9; *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 235 f.

[43] *Kraßer,* in: FS Hubmann, S. 221; auch *Preu,* in: FS Hubmann, S. 349, 353, der aber zu Recht klarstellt, dass auch dem Recht auf das Patent eine persönlichkeitsrechtliche Komponente innewohnt. Dies zeigt sich vor allem in den entsprechenden Schutzvorschriften zugunsten des Erfinders, wie etwa dem Vindikationsanspruch gem. § 8 PatG und beim Widerruf eines Patents wegen widerrechtlicher Entnahme gem. § 21 Abs. 1 Nr. 3 PatG. Vertiefend zu letzterem Anspruch und auch zu Durchsetzungsdefiziten, *Kraßer,* in: FS Hubmann, S. 221, 222 ff.

[44] Siehe dazu umfassend *Kraßer*, Patentrecht, § 19 I (S. 335 f.); *Starck*, GRUR 1937, 599; *Ehlers*, GRUR 1950, 359; *Benkard*, GRUR 1950, 481.

Das Recht auf das Patent gibt allein dem Erfinder (ggf. seinem Rechtsnachfolger, dazu unten) die Befugnis, die Erfindung zum Patent anzumelden.[45] Insoweit ist es ein Ausschließlichkeitsrecht. Das Recht auf Erfinderbenennung und -nennung als einer gesetzlichen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 GG,[46] dient vor allem dazu, dass der Erfinder als (Mit-)Urheber der neuen technischen Lehre anerkannt und eben auch genannt wird.[47] Es gehört als absolut geschütztes Recht zu den geschützten Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB.[48] Vergleichbar dem Urheberpersönlichkeitsrecht (dazu unten VI.) – das BVerfG bezeichnet dieses Recht auch plastisch als „technisches Urheberrecht“[49] – ist dieses Recht unübertragbar,[50] es ist ferner gem. § 63 Abs. 1 S. 5 PatG unverzichtbar. Wie zum Urheberrecht aber noch näher auszuführen ist, meint „Übertragung“ in diesem Sinne allein die translative Übertragung des Stammrechts. Gebundene Übertragungen sind dagegen möglich. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass das Recht zur Anerkennung und Nennung als Urheber/Erfinder ein Gebrauchsvorteil i. S. von § 100 BGB sein kann. Anders als beim Urheberpersönlichkeitsrecht besteht beim Erfinderpersönlichkeitsrecht aber kein derart „unlösbares Band“ mit den eigentlichen vermögenswerten Verwertungsrechten. Während im Urheberrecht daher die Annahme einer gebundenen Übertragung sinnvoll ist, um so eine Einräumung von Nutzungsrechten ermöglichen zu können, ist für das Erfinderpersönlichkeitsrecht zu bezweifeln, dass insoweit überhaupt ein übertragbarer Gebrauchsvorteil existiert.

Beim Inhalt des Erfinderpersönlichkeitsrechts besteht der Vorteil für den Erfinder gerade in der Anerkennung seiner erfinderischen Leistung. Anders als bei urheberrechtlich geschützten Werken, wo etwa die Urhebernennung einen entscheidenden Faktor für den Wert eines Werkes darstellen, sowie etwa einen positiven Werbeeffekt und somit möglicherweise sogar Folgeaufträge mit sich bringen kann,[51] dürfte der Vorteil aber hier über diese tatsächliche Anerkennung als letztendlichem Ehrschutz[52] nicht hinausgehen. Das Recht scheint ausschließlich auf die Person des Erfinders fixiert zu sein.

Aus der Erfinderbenennung nach § 63 Abs. 1 S. 1 PatG folgt jedoch auch ein über diese ideelle Rechtsposition hinausgehender reeller Wert, da die Nennung

[45] *Preu,* in: FS Hubmann, S. 349, 353. Zu den historischen Grundlagen dieses Rechts und zur Entwicklung der gesetzlichen Regelungen *Kraßer,* in: FS Hubmann, S. 221, 222 ff.

[46] Benkard/*Schäfers*, PatG, § 63 Rn. 2; *Preu,* in: FS Hubmann, S. 349.

[47] *Kraßer*, Patentrecht, § 20 IV a) (S. 385 f.).

[48] Benkard/*Melullis*, PatG, § 6 Rn. 16.

[49] GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche.

[50] BGH GRUR 78, 583, 585 – Motorkettensäge; GRUR 94, 104 – Akteneinsicht; GRUR 2004, 272 – Rotierendes Schaftwerkzeug.

[51] Loewenheim/*Schulze*, Hdb. d. UrhR, § 71 Rn. 79 (am Beispiel eines Architekten). Zu Schadensersatzansprüchen bei fehlender oder fehlerhafter Urheberbenennung vgl. nur Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, UrhR, § 97 Rn. 90.

[52] Vgl. nur *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 271.

auch einen gewissen rangsichernden Charakter hat.[53] Denn bei vielen Erfindungen ist zum Zeitpunkt der Anmeldung noch nicht ersichtlich, inwieweit welche angemeldeten Ansprüche letztendlich zum Gegenstand des Hauptanspruchs werden,[54] was für die wirtschaftliche Verwertung der Erfindung aber relevant ist. Da die Rechte auf Erfinderbenennung und -nennung zudem auch dem Arbeitnehmererfinder zustehen,[55] kann die Tatsache, als Erfinder gerade bei der Veröffentlichung der Patenterteilung gem. § 58 Abs. 1 PatG genannt zu werden, auch weitere Vorteile bringen. So kann das Renommee des Arbeitnehmererfinders steigen, was unmittelbar messbare Vermögensvorteile für diesen nach sich ziehen kann, nicht nur im bisherigen Unternehmen, sondern etwa auch bei einer Abwerbung durch einen Wettbewerber seines Arbeitgebers.

Insgesamt lässt sich daher nicht leugnen, dass dem Erfinderpersönlichkeitsrecht Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 BGB zukommen. Einer Anerkennung als nießbrauchsfähigem Gegenstand steht daher insoweit nichts im Wege.

Was die Übertragbarkeit betrifft, so geht nach § 6 S. 1 PatG der Gesetzgeber selbstverständlich davon aus, dass das Erfinderrecht auf einen Rechtsnachfolger übergehen kann. Die Vorschrift ist insoweit mit § 28 Abs. 1 UrhG vergleichbar. Dass jedoch – wie beim Urheberrecht – allenfalls eine gebundene Übertragung möglich ist, darf jedoch bezweifelt werden. Denn beim Urheberrecht wird eine solche Übertragbarkeit gerade wegen des „unauflösbaren" Bandes zwischen den vermögenswerten und ideellen Bestandteilen bejaht, um dem Urheber überhaupt eine Verwertung seines Werks zu ermöglichen. Eine solche enge Verknüpfung ist zwischen den Bestandteilen des allgemeinen Erfinderrechts aber nicht anerkannt. So ist eine Veräußerung des Rechts auf das Patent gem. § 15 Abs. 1 PatG und somit eine Verwertung ohne weiteres möglich, auch wenn dadurch die Persönlichkeitsrechte des Erfinders berührt werden sollten.[56]

Nach zutreffender Ansicht ist sogar weitergehend das Recht des Erfinders an der Erfindung übertragbar.[57] Zu diesem Recht gehört neben dem allgemeinen Erfinderrecht noch der Übertragungsanspruch aus § 8 PatG. Infolgedessen besteht aber kein Bedürfnis, um für das Recht auf Erfinderbenennung und -nennung eine *isolierte* Möglichkeit zur Übertragung anzunehmen, denn insoweit besteht kein isoliertes Verwertungsinteresse des Erfinders.

Das allgemeine Erfinderrecht kann daher allein im Hinblick auf das vermögenswerte „Recht auf das Patent" übertragen werden. Es kann daher auch nur insoweit belastet werden und Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Nach dem

---

[53] So überzeugend *Loh*, GRUR 1948, 233.
[54] *Loh*, GRUR 1948, 17.
[55] Vgl. nur BGH GRUR 2004, 272; NK-ArbeitnErfR/*Schwab*, § 7 Rn. 3.
[56] LG Nürnberg-Fürth GRUR 1968, 252, 253; BPatG GRUR 1987, 234; Benkard/*Melullis*, PatG, § 6 Rn. 17.
[57] Benkard/*Melullis*, PatG, § 6 Rn. 17.

Sukzessionsgedanken[58] müsste sich diese Belastung des Erfinderrechts am erteilten Patent und somit am Patent selbst und dem darin verkörperten Recht des Patentinhabers „aus dem Patent" fortsetzen.[59] Denn das allgemeine Erfinderrecht ist im Ergebnis ein Anwartschaftsrecht des Erfinders auf dieses Recht.[60] Die dagegen geäußerte Kritik,[61] die sich vor allem darauf stützt, dass der Erfinder die Erstarkung zum Vollrecht allein nicht in der Hand hat, die Anwartschaft also „entziehbar" sei, verkennt, dass es insoweit allein darauf ankommt, ob der Erfinder bereits eine derart geschützte Rechtsstellung innehat, die nach wertender Betrachtung als eine Vorstufe zum Vollrecht angesehen werden kann.[62] Dies ist für das Erfinderrecht aber zu bejahen, denn zum einen weist das Erfinderrecht bereits eine dingliche Rechtsnatur auf, was an der Möglichkeit der Vindikation gem. § 8 PatG deutlich wird.[63] Auch das BVerfG spricht insoweit vom Recht des Erfinders, das noch nicht zum Patentrecht „erstarkt" ist,[64] was ein Verständnis als „wesensgleiches Minus" zum Vollrecht[65] nahelegt. Zum anderen sprechen auch die dem Vollrecht vergleichbaren Möglichkeiten der Veräußerung, Belastung und somit zur umfassenden Verwertung des Erfinderrechts jedenfalls unter Wertungsgesichtspunkten dafür, dieses Recht als ein Anwartschaftsrecht anzusehen[66] und letztendlich die Übertragbarkeit und somit auch die Nießbrauchsfähigkeit zu bejahen.[67]

5. Rechte nach Patenterteilung und Fragen der Bruchteilsberechtigung

Nach der Patenterteilung ist das Recht *aus* dem Patent selbst ein vermögenswertes Recht, es gewährt also Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 BGB. Das Recht umfasst gem. § 9 S. 1 PatG die Berechtigung des Inhabers zur *alleinigen* Benutzung der patentierten Erfindung, einschließlich der in § 15 PatG genannten Verwertungsmöglichkeiten, sowie die Ausschließungsbefugnisse gegenüber

---

[58] Dazu und zum Nießbrauch am Anwartschaftsrecht noch unten F. II. (S. 343).

[59] BGH GRUR 1994, 602, 604 – Rotationsbürstenwerkzeug; *Liuzzo*, GRUR Int. 1983, S. 20, 25.

[60] *Bernhardt*, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, S. 76, 78; *Ahrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 7 Rn. 155; *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 253 ff.

[61] Vgl. die ausführliche Darstellung des Streitstands bei *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 247 ff.

[62] So die überzeugende Argumentation von *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 253 ff.

[63] BGHZ 73, 337, 343 – Biedermeiermanschetten; *Starck*, MuW 1937, 153, 154; *Mes*, PatG, § 8 Rn. 13.

[64] GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche.

[65] So die gängige Definition eines Anwartschaftsrechts, vgl. nur *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 46 unter Hinweis etwa auf BGHZ 28, 16, 21.

[66] *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 255 ff.

[67] Zur Übertragbarkeit und somit Pfändbarkeit (sogar) des Anwartschaftsrechts des Nacherben nach § 857 ZPO siehe etwa Zöller/*Stöber*, ZPO, § 857 Rn. 2.

Dritten (§§ 9, 10 PatG) einschließlich der flankierenden Verletzungsansprüche (§§ 139 ff. PatG). Das Recht ist übertragbar und nießbrauchsfähig. Daher sind alle der in § 15 Abs. 1 PatG genannten Rechte – das Recht auf das Patent, der Anspruch auf Erteilung des Patents und das Recht aus dem Patent – übertragbar, das Recht aus dem Patent auch in Teilen.[68] Diese Rechte können daher Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Die Nießbrauchsbestellung ist keine einzutragende Tatsache i. S. von § 30 PatG.

Möglich und in der Praxis nicht selten sind Gemeinschaftserfindungen. Nach § 6 S. 2 PatG steht den Erfindern das Recht auf das Patent dann gemeinschaftlich zu. Begründet wird damit eine Bruchteilsgemeinschaft gem. § 741 BGB.[69] Gegenstand der Bruchteilsgemeinschaft ist das Erfinderrecht einschließlich des Rechts auf das Patent[70] (dazu schon oben 1.). Alle Miterfinder erwerben gemeinschaftlich ein Patent (oder vergleichbar ein Gebrauchsmuster). An den aus dem Patent folgenden veräußerbaren Vermögensrechten der Erfinder besteht dann eine Bruchteilsberechtigung. Nicht zu Bruchteilen geteilt ist dagegen das Erfinderpersönlichkeitsrecht, denn dieses steht jedem Miterfinder gesondert und umfassend zu.[71]

Nach § 747 S. 1 BGB kann jeder Miterfinder über seinen Anteil am Recht verfügen, ein solcher Anteil ist daher insoweit auch als sog. Bruchteils- oder Anteilsnießbrauch[72] nießbrauchsfähig. Da aber gem. § 743 Abs. 1 BGB jedem Teilhaber nur der seinem Anteil entsprechende Teil der Früchte zusteht, kann auch der Nießbraucher nur einen entsprechenden Gebrauchsvorteil in Anspruch nehmen. Der Nießbraucher muss sich ferner an die Benutzungsregelungen halten, die zwischen den Teilhabern gem. § 746 BGB beschlossen wurden.

Nicht von der Bruchteilsberechtigung erfasst ist dagegen das Recht zur Nutzung der Erfindung, denn dafür bedarf es keines Patents (s.o.). Daher kann jeder (Mit-)Erfinder die Erfindung nutzen, es handelt sich dabei insbesondere nicht um einen „Gebrauch" des der Gemeinschaft zustehenden Gegenstands gem. § 743 Abs. 2 BGB, denn dieser ist das Patent als Schutzrecht und nicht die dadurch geschützte Erfindung.[73] Daher ist diese Nutzung nicht etwa auf den ideellen Anteil des jeweiligen Miterfinders an der Erfindung beschränkt, obwohl den Teilhabern der Bruchteilsgemeinschaft nach der Grundkonzeption der §§ 741 ff. BGB jeweils (nur) ein solcher Anteil zusteht.[74]

---

[68] Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth*/*Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 24.

[69] So schon RGZ 117, 47, 49; RG GRUR 1938, 256, 258; RG JW 1924, 1430. Zu Einzelproblemen auch *Hauck*, GRUR-Prax 2014, 430.

[70] MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 59.

[71] *Kraßer*, Patentrecht, § 19 V a) (S. 346 f.).

[72] Vgl. dazu *Adamkiewicz*, ArchBürgR 31 (1908), 21. Dazu auch oben AT Kap. 3 E. II. (S. 162).

[73] Dies klarstellend auch *Henke*, Die Erfindungsgemeinschaft, Rn. 521 f.

[74] *Kraßer*, Patentrecht, § 19 V b) (S. 348 f.).

Ergibt sich aus den Umständen und insbesondere aus den Vereinbarungen der Beteiligten, dass eine über eine Bruchteilsgemeinschaft hinausgehende Bindung der Miterfinder gewollt ist, kann eine Gesamthandsgemeinschaft vorliegen. Wird das Patent in das Gesellschaftsvermögen eingebracht – es bedarf hierzu einer vertraglichen Verpflichtung der Beteiligten, denn eine Erfindung mehrerer ist nicht automatisch eine „Gesellschaftserfindung" oder eine „gesamthänderische Erfindung"[75] – werden die §§ 741 ff. BGB von den §§ 705 ff. BGB verdrängt. Nach § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB soll es dem Miterfinder und Gesellschafter wegen der gesamthänderischen Bindung nicht möglich sein, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an einzelnen Gegenständen und somit der vermögensrechtlichen Seite der Mitgliedschaft[76] zu verfügen. Dieser Anteil wäre daher nicht übertragbar und somit auch nicht nießbrauchsfähig. Insoweit sind aber Modifikationen angezeigt, gerade im Hinblick auf die genannten vermögensrechtlichen Ansprüche. Darauf wird umfassend beim Parallelproblem im Rahmen des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen eingegangen.[77]

6. *Patentrechte und Nießbrauch*

Die in § 15 PatG genannten Rechte des Erfinders (respektive Patentinhabers) gewähren allesamt Gebrauchsvorteile im Sinne der obigen Definition. Wie bei allen subjektiven Ausschließlichkeitsrechten[78] ist dies vor allem das Recht zur Abwehr allen unberechtigten Gebrauchs der Erfindung. Dies gilt entsprechend für die Marke und für urheberrechtlich geschützte Werke. Anders als hier vertreten, folgt aus dem jeweiligen Schutzrecht – exemplarisch wurde dies für das Patent dargestellt – nach der herrschenden Ansicht auch das Recht zur Nutzung der durch das Ausschließlichkeitsrecht geschützten erfinderischen oder schöpferischen Leistung. Auch dies ist ein Gebrauchsvorteil im Sinne der obigen Definition. Unbeschadet dessen lässt sich als Zwischenergebnis für die in diesem Abschnitt behandelten Rechte gem. § 15 PatG festhalten, dass, soweit diese Rechte übertragbar sind, an ihnen ein Nießbrauch bestellt werden kann.

Ein gerade gegen die Sinnhaftigkeit des Nießbrauchs an Patentrechten sprechender Gesichtspunkt könnte freilich die zeitlich nur „endliche" Existenz dieses Ausschließlichkeitsrechts sein. Denn ein Nießbrauchsrecht soll eine denkbar langfristige Nutzung ermöglichen. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 PatG „dauert" ein Patent zwanzig Jahre. Diese Höchstdauer für das Grundpatent kann allenfalls

---

[75] MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 741 Rn. 63.

[76] Palandt/*Sprau*, § 719 Rn. 2. Zu Verfügungen über das Mitgliedschaftsrecht und den Nießbrauch an einem solchen Recht siehe unten Kap. 5 B.

[77] Unten Kap. 5 F.

[78] Zu diesem Begriff siehe *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rn. 9 (für Kennzeichenrechte); Benkard/*Scharen*, PatG, § 9 Rn. 4 (für das Patent); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 93 f. (für das Urheberrecht).

durch ein ergänzendes Schutzzertifikat gem. § 16a PatG um bis zu fünf Jahre verlängert werden, falls es sich bei der patentierten Erfindung um Arzneimittel[79] oder Pflanzenschutzmittel[80] handelt.[81] Mit dem Ende des Patentschutzes und dem damit verbundenen Untergang des Rechts aus dem Patent als Gegenstand der Belastung, endet auch der Nießbrauch an diesem Recht. Denn der (ehemalige) Patentinhaber kann dem Nießbraucher nicht mehr an Befugnissen vermitteln, als er selbst innehat. Nicht vergessen werden darf insoweit aber wiederum, dass das Recht zur Nutzung der patentierten Erfindung nicht aus dem Patent folgt, mit dem Ende des Patentschutzes also auch nicht endet. Da es sich dabei um die elementare Art der Nutzung einer patentierten Erfindung handelt, verliert dieses Problem mit dieser Erkenntnis auch evident an Relevanz. An diesem Recht des Erfinders – das nach Ablauf des Patentschutzes freilich kein Ausschließlichkeitsrecht mehr ist und jedenfalls insoweit an Wert verliert – kann also ein Nießbrauch ohne weiteres weiterbestehen.

Es ist freilich zuzugeben, dass der Faktor der zeitlichen Beschränkung des Patentschutzes – prima vista – mit dem (historischen) Grundgedanken des Nießbrauchs nicht vereinbar ist, der gerade von einer gewissen „Unendlichkeit" eines Gegenstandes ausgeht. Exemplarisch wird dies für den Nießbrauch an Sachen am Beispiel eines Grundstücks als Nießbrauchsgegenstand. Denn hier ist ein Untergang nur in Ausnahmefällen vorstellbar. Denkbar ist insoweit allenfalls ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb eines Dritten gem. § 892 BGB, durch Wegfall der Belastung in der Zwangsversteigerung, durch eine dauerhafte Unbrauchbarkeit des Grundstücks etwa aufgrund von Umwelteinflüssen oder durch die dauerhafte Untersagung der Nutzung aufgrund eines Hoheitsakts.[82]

Andererseits findet sich in den BGB-Regelungen zum Nießbrauch an Rechten (wie auch an Sachen) gerade keine wie auch immer geartete „Mindestlebensdauer" des Gegenstands des Nießbrauchs. Es gibt eben keine weitere Bedingung für die Nießbrauchsfähigkeit eines Rechts, als die Eigenschaft, Nutzungen zu gewähren, sowie seine Übertragbarkeit. Gerade ein – freilich werthaltiges – Patent kann über einen doch ansehnlichen Zeitraum eine sichere und nachhaltige Einkommensquelle für den Berechtigten darstellen.

Zudem geht auch das Gesetz offensichtlich davon aus, dass der Patentschutz die Lebenszeit des Erfinders überdauern kann, was an der Regelung des § 15 Abs. 1 S. 1 PatG deutlich wird, wonach die dort genannten Rechte auf die Er-

---

[79] Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel, v. 18.06.1992, ABl. EG Nr. L 182.

[80] Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel, v. 23.07.1996, ABl. EG Nr. L 198.

[81] Näheres dazu Benkard/*Grabinski*, PatG, § 16a Rn. 2 ff.

[82] Siehe auch die Beispiele bei Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 77 ff.

ben übergehen. Hier wird es ferner darauf ankommen, welcher Typ des Nießbrauchs von den Parteien im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit gewählt wurde (dazu oben AT Kap. 5). So kann ein vorbehaltener Nießbrauch, durch den nach Abtretung des Patents die Versorgung des Nießbrauchers sichergestellt werden soll, diesen Zweck durchaus über immerhin zwanzig Jahre erfüllen. Die zeitliche Beschränkung des Patentschutzes spricht also insgesamt nicht gegen die Zulässigkeit eines Nießbrauchs an den Rechten i.S. von § 15 PatG und die Nießbrauchsfähigkeit dieser Rechte.

Die vorstehenden Ergebnisse zur patentfähigen Erfindung und zu den Rechten aus dem Patent gelten entsprechend für die Rechte an einer gebrauchsmusterfähigen Erfindung und den Rechten aus dem Gebrauchsmuster. Insoweit bestimmt § 22 Abs. 1 GebrMG, dass die Rechte des Erfinders auf das Gebrauchsmuster, der Anspruch auf die Eintragung des Gebrauchsmusters und das letztendlich durch die Eintragung begründete Recht übertragbar sind. Sie können daher Gegenstand eines Nießbrauchs sein.

II. Rechte beim Gebrauchsmuster

Auch wenn das GebrMG anders als das PatG keine Erfindernennung vorschreibt, bedeutet dies nicht, dass dem Erfinder einer gebrauchsmusterfähigen Erfindung kein vergleichbarer persönlichkeitsrechtlicher Schutz zukommt.[83] Denn durch den Verweis in § 14 Abs. 3 GebrMG insbesondere auf die §§ 6, 7 Abs. 1, 8 PatG wird dem Erfinder – von der Erfinderbenennung und -nennung einmal abgesehen – damit grundsätzlich die gleiche Stellung zuerkannt, wie dem Erfinder einer patentfähigen Erfindung.[84] Das Recht auf das Gebrauchsmuster gem. § 14 Abs. 3 GebrMG i.V. mit § 6 Abs. 1 PatG ist daher vergleichbar dem Recht auf das Patent übertragbar – und ohnehin nutzbar gem. § 100 BGB – und kann Gegenstand eines Nießbrauchs sein.

Was die Dauer des Gebrauchsmusterschutzes betrifft, so beträgt diese bei entsprechender Aufrechterhaltung gem. § 23 Abs. 1, 2 GebrMG maximal zehn Jahre, ansonsten endet er nach drei Jahren. Die gegen einen Nießbrauch an Patentrechten vorgebrachten Bedenken (s.o.) ließen sich damit erst recht auch gegen einen entsprechenden Nießbrauch an Gebrauchsmusterrechten erheben. Auch wenn konzediert werden muss, dass diese (sehr) begrenzte Dauer der Existenz von Ausschließlichkeitsrechten tatsächlich mit der Grundidee des Nießbrauchs nur schwerlich in Einklang zu bringen ist, gilt das oben zu den Patentrechten Gesagte: gegen eine grundsätzliche Nießbrauchsfähigkeit derartiger Rechte spricht diese Tatsache nicht. Denn auch insoweit gilt, dass jedenfalls das Recht zur Nutzung der gebrauchsmusterfähigen Erfindung nicht aus

---

[83] *Kraßer*, Patentrecht, § 19 I 1 (S. 335 f.).
[84] Benkard/*Scharen*, GebrMG, § 14 Rn. 15.

dem Gebrauchsmuster folgt, sondern dem Erfinder auch ohne Erteilung des Schutzrechts zusteht. Wie beim Patent spricht daher die zeitliche Begrenzung des Schutzes nicht gegen die Nießbrauchsfähigkeit der im Zusammenhang mit einer gebrauchsmusterfähigen Erfindung dem Erfinder zustehenden Rechte.

III. Markenrechte

Das durch den Erwerb einer Marke nach § 4 MarkenG gewährte subjektive (Ausschließlichkeits-)Recht[85] nach § 14 MarkenG (Markenrecht als Recht *an* der Marke), gewährt Gebrauchsvorteile und damit Nutzungen i. S. von § 100 BGB. Denn durch das Markenrecht wird dem Inhaber nach überwiegender Ansicht sowohl das positive ausschließliche Benutzungsrecht an der Marke als auch ein negatives Verbietungsrecht gewährt.[86] Andere bezweifeln dagegen, dass dem Inhaber tatsächlich ein positives Benutzungsrecht gewährt wird und sehen allein die – negative – Ausschließungsbefugnis als tatsächlichen Inhalt des Markenrechts an.[87] Dieser Streit ist dem zum Inhalt eines Patents (sowie Gebrauchsmusters) vergleichbar, daher kann insoweit nach oben verwiesen werden kann.[88] Unstreitig ist jedoch, dass das Recht an der Marke ein Immaterialgüterrecht ist.[89] Die vermögensrechtliche Seite dieses Rechts wird insbesondere durch die §§ 27 ff. MarkenG verdeutlicht.[90] Dazu gehört etwa die in § 30 Abs. 1 MarkenG genannte Möglichkeit zur Lizenzvergabe, also der Möglichkeit einer Verwertung des subjektiven Markenrechts ohne dessen Vollübertragung. Dies stellt – neben der Nutzung der Marke durch den Inhaber selbst – einen geradezu typischen Fall der wirtschaftlichen Nutzbarkeit eines Markenrechts dar und ist daher ein Gebrauchsvorteil i. S. von § 100 BGB.

Sofern das Recht an der Marke übertragbar ist, ist es nießbrauchsfähig. Dass das nach den Vorgaben der § 4 Nr. 1, 2 oder 3 MarkenG entstandene Recht an der Marke ohne weiteres abtretbar und daher nießbrauchsfähig ist, wird von § 27 Abs. 1 MarkenG geregelt. Nießbrauchsfähig ist zudem bereits das durch die Anmeldung einer Marke begründete Markenanwartschaftsrecht.[91] Dabei handelt es sich um ein durch die Anmeldung einer Marke zur Eintragung in das Register beim Deutschen Patent- und Markenamt begründetes Recht.[92] Dessen

[85] *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rn. 10. Die Marke – also das Zeichen – selbst ist kein Recht, sondern ein immaterielles und verfassungsrechtlich geschütztes Gut, a. a. O. Rn. 11.

[86] *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rn. 12 m. w. N. zum Streitstand.

[87] *Ingerl/Rohnke,* MarkenG, § 14 Rn. 7 f. m. w. N.

[88] Vgl. oben I.

[89] BGH GRUR 2000, 709, 713 – Marlene Dietrich; BVerfG GRUR 1979, 773, 778 – Weinbergsrolle.

[90] *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14 Rn. 8; vgl. noch zum WZG BGH GRUR 1960, 490, 494 – Vogeler.

[91] *Fezer*, Markenrecht, § 29 Rn. 13.

[92] Vgl. nur *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, S. 194, auch zu den Fällen, wenn abweichend nicht von einem solchen Recht ausgegangen werden kann,

Übertragbarkeit wird durch den Verweis in § 31 MarkenG auf § 27 Abs. 1 MarkenG klargestellt. Der am Markenanwartschaftsrecht bestellte Nießbrauch erstreckt sich dann auf die durch die Eintragung begründete Marke.[93] Die nach § 29 Abs. 2 MarkenG mögliche Eintragung einer Nießbrauchsbestellung wirkt rein deklaratorisch.[94]

Dabei liegt die Bedeutung des Nießbrauchs bei einer Marke nicht nur in einer möglichen Sicherung der Lizenz für den Fall der Insolvenz des Markeninhabers zugunsten des Nießbrauchers (und Lizenznehmers, dazu unten C. II.). Gerade bei Kennzeichen kann eine Unsicherheit über das Bestehen von Markenrechten i. S. des § 4 Nr. 2 (Benutzungsmarke) und Nr. 3 (Notorietätsmarke) bestehen. Hier kann das Bestellen eines Nießbrauchs an einem durch Eintragung entstandenen Markenrecht Rechtssicherheit schaffen.[95] Auch insoweit kann der Nießbrauch also eine Sicherungsfunktion erfüllen. Zudem bestimmt der Gesetzgeber für Markenrechte sogar ausdrücklich – dies ist ein Einzelfall bei den Immaterialgüterrechten –, dass eine Marke „Gegenstand eines … dinglichen Rechts" sein kann, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 BGB. Er tut dies ebenso deutlich in Abgrenzung zur Möglichkeit einer Lizenzierung gem. § 30 BGB. Damit wurde die unter dem Warenzeichengesetz (WZG, außer Kraft seit dem 01.01.1995) gem. § 8 WZG geltende strenge Akzessorietät zwischen Marke und Unternehmen aufgegeben,[96] die Marke wurde insoliert verkehrs- und somit letztendlich auch nießbrauchsfähig.

Vergleichbar dem Nießbraucher eines Patentrechts[97] kann der Nießbraucher einer Marke im Falle einer Markenverletzung die Abwehrrechte aus den §§ 14 ff. MarkenG geltend machen.[98] Auf eine Mitwirkung oder Zustimmung des Markeninhabers kommt es nicht an. Anders als bei sonstigen Immaterialgüterrechten gibt es bei einer Marke gem. §§ 25, 26 MarkenG einen Benutzungszwang, um Ansprüche aus der Marke nicht zu verlieren oder die Aufrechterhaltung der Eintragung zu sichern, und darüber hinaus, um die Marke nicht zu entwerten oder – als Registermarke – durch Löschung sogar zu verlieren (§ 49 MarkenG). Aufgrund seiner besonderen eigentümerähnlichen Stellung und wegen §§ 1068 Abs. 2, 1041 S. 1 BGB trifft diese Pflicht den Nießbraucher. Dies gilt auch ohne besondere Vereinbarung,[99] denn eine Nichtbe-

---

etwa bei mangelhafter Markenanmeldung und bei der Anmeldung schutzunfähiger und damit nicht eintragungsfähiger Zeichen, a. a. O. S. 211 ff.

[93] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 16.

[94] *Fezer*, Markenrecht, § 29 Rn. 9.

[95] *Fezer*, Markenrecht, § 29 Rn. 14.

[96] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 16.

[97] Vgl. RG GRUR 1937, 670, 672.

[98] *Fezer*, Markenrecht, § 29 Rn. 13.

[99] Zurückhaltend *Fezer*, nachdem insoweit rechtsgeschäftliche Vereinbarungen getroffen werden „können" und der Nießbraucher zur rechtserhaltenden Benutzung verpflichtet werden „kann", Markenrecht, § 29 Rn. 13.

nutzung der Marke und somit eine „Nicht-Nutzziehung" würde dem Wesen des Nießbrauchs evident zuwiderlaufen.

Von einem Verlust des Markenschutzes nach den §§ 48 bis 51 MarkenG einmal abgesehen, spielt eine zeitlich begrenzte Lebensdauer anders als beim Patent für die Markenrechte grundsätzlich keine Rolle. Denn anders als Patent, Gebrauchsmuster und eingetragenes Designrecht kennt das MarkenG keine Höchstdauer des Markenschutzes. Bei Beachtung der jeweils geltenden Fristen kann Markenschutz vielmehr nach der gem. § 47 Abs. 1 MarkenG zunächst geltenden Schutzdauer von zehn Jahren beliebig um jeweils zehn Jahre verlängert werden, § 47 Abs. 2 MarkenG. Etwas anders gilt für den nach § 4 Nr. 2 MarkenG erlangten Markenschutz kraft Verkehrsgeltung. Denn dieser Schutz geht automatisch wieder verloren, wenn die insoweit anerkannten Voraussetzungen der Verkehrsgeltung eines Zeichens nicht mehr vorliegen, insbesondere beim Fehlen einer rechtserhaltenden Benutzung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise.[100] Insoweit ist zuzugeben, dass für den Nießbraucher eine Rechtsunsicherheit und ein gewisses ökonomisches Risiko nicht von der Hand zu weisen ist, auch wenn diese Tatsache allein nicht gegen die Nießbrauchsfähigkeit solcher Markenrechte spricht.

IV. Urheberrechte, Computerprogramme, verwandte Schutzrechte, Verlagsrecht

Wie bei Patent- und Markenrechten als gewerblichen Schutzrechten gilt auch in Bezug auf die im Folgenden behandelten Rechte, dass diese dem Inhaber Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 BGB gewähren. Dies zeigt sich vor allem an den Regelungen zu den urheberrechtlichen Verwertungsrechten, die in § 15 UrhG (nicht abschließend) genannt sind. Durch die Einräumung solcher Rechte hat der Urheber zum einen die Möglichkeit Einnahmen zu erzielen. Der Gebrauchsvorteil liegt somit im materiellen Verwerten*können* der schöpferischen Leistung. Zum anderen ist der Vorteil auch ideeller Natur und liegt in der Anerkennung des schöpferisch tätigen Urhebers für sein Werk, also der entsprechenden Zuordnung des Werks zum Urheber. Insoweit gibt es jedoch gewisse Grenzen der Übertragbarkeit, was wiederum gegen die Nießbrauchsfähigkeit solcher Rechte sprechen könnte.

1. Grenzen der Übertragbarkeit

Im Hinblick auf die Übertragbarkeit gilt bei Werken im Sinne des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) etwas anderes, als bei den schon dargestellten gewerblichen Schutzrechten (vgl. oben I. bis III.). Zwischen Urheberrechten und ge-

[100] Siehe dazu *Brämer*, Sicherungsabtretung von Markenrechten, S. 286; *Fezer*, Markenrecht, § 4 Rn. 214 ff.; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 59 Rn. 9.

werblichen Schutzrechten bestehen auch a priori wesentliche konzeptionelle Unterschiede. Denn anders als bei den gewerblichen Schutzrechten, die – grundsätzlich[101] – erst mit der Erteilung durch die zuständige staatliche Stelle wirksam als subjektives Recht tatsächlich entstehen,[102] entsteht der Urheberrechtsschutz bereits mit der Schöpfung des Werkes (ipso jure).[103] Dann entsteht das entsprechende subjektive Recht und dem Urheber (im Falle der Miturheberschaft auch mehreren Urhebern) werden die diesbezüglichen Befugnisse ausschließlich rechtlich zugeordnet. Auf eine Beendigung des Werks kommt es dabei nicht an.[104] Voraussetzung ist allein, dass die Schutzvoraussetzungen gem. § 2 UrhG vorliegen, dass es sich insbesondere um eine persönliche geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG handelt.

Ein weiterer wesentlicher und für die vorliegende Untersuchung sogar elementarer Unterschied des Urheberrechts zu den gewerblichen Schutzrechten besteht darin, dass dieses nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar ist; § 29 Abs. 1 Hs. 1 UrhG. Dem zuwiderlaufende Verfügungen sind nichtig,[105] es kommt allenfalls die Umdeutung in eine Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31 UrhG) in Betracht[106] (dazu sogleich). Diese Unübertragbarkeit unter Lebenden geht dogmatisch auf die dem Urheberrecht zugrundeliegende monistische Theorie zurück, die zuvörderst dem Schutz des Urhebers dient.[107] Danach gibt es beim Recht des Urhebers eine „unaufhebbare Verklammerung persönlichkeitsrechtlicher und vermögensrechtlicher Elemente".[108] Auf diese Weise soll der Urheber auch dann in der Lage bleiben, seine persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche – etwa wegen der Entstellung seines Werkes gem. § 14 UrhG – durchzusetzen, wenn er Anderen bereits ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt hat.[109] Wenn sich aber nach dieser Ansicht die ideellen (höchstpersönlichen) Elemente nicht von den – für den Nießbrauch relevanten – vermögensrechtlichen Elementen trennen lassen, kann das Urheberrecht nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers[110] als Ganzes nicht übertragen werden, vgl.

---

[101] Besonderheiten gelten etwa für die Benutzungsmarke und die Notorietätsmarke gem. § 4 Nr. 2, 3 MarkenG sowie für das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster nach der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001.

[102] Vgl. nur § 9 S. 1 PatG zu den Wirkungen eines Patents.

[103] Siehe nur Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhR, § 2 Rn. 12.

[104] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 197.

[105] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 15.

[106] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 17. Während bei gewerblichen Schutzrechten und auch bei anderen immateriellen Gütern (etwa bei Know-how und bei verwertbaren [besonderen] Persönlichkeitsrechten) in der Regel von „Lizenzen" gesprochen wird, wird im Urheberrecht der Begriff „Nutzungsrechte" verwendet.

[107] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 11; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 595.

[108] Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, Urheberrecht, vor §§ 12 ff. Rn. 10 ff.

[109] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 595.

[110] Vgl. die Amtl. Begr. in BT-Drucks. IV/270 S. 55.

auch §§ 399 Alt. 1, 413 BGB. Unübertragbar sind auch die dem Urheber zustehenden und zum Stammrecht gehörenden Verwertungsrechte gem. § 15 UrhG.[111] Eine translative Übertragung des Urheberrechts ist somit nicht möglich, aufgrund dieser Unübertragbarkeit ist ein Urheberrecht als Stammrecht auch nicht nießbrauchsfähig.[112]

Insoweit stellte sich jedoch die Frage, ob dieses Hindernis im Konzept der Vergemeinschaftung tatsächlich gegen eine Nießbrauchsfähigkeit sprechen kann. Denn in diesem Konzept wird gerade nicht auf eine Teil*übertragung* des Rechts abgestellt, um die Wirkung einer Belastung erklären zu können.[113] Ausreichend ist vielmehr, dass die Befugnisse, die für die tatsächliche Nutzung des Rechts relevant sind, im Zuge der Vergemeinschaftung vom Nießbraucher *ausgeübt* werden können. Im Hinblick auf die genannten ideellen Bestandteile des Urheberrechts wird dies indes zu verneinen sein, weil es sich dabei eben nicht um durch Dritte nutzbare Früchte oder Gebrauchsvorteile handelt, sondern um höchstpersönliche Befugnisse. Damit ist aber für die Nießbrauchsfähigkeit beim Urheberrecht das letzte Wort noch nicht gesprochen, denn die verwertungsrechtlichen Befugnisse des Urhebers – und allein auf diese kommt es beim Nießbrauch an – lassen sich sehr wohl vergemeinschaften und somit auch belasten. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

Möglich sind dem Urheber gem. § 29 Abs. 2 UrhG die Einräumung von Nutzungsrechten gem. § 31 UrhG, schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten sowie die Vornahme der in § 39 UrhG geregelten Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte, zu Änderungen etwa eines Werks- oder Werktitels. Die praktisch höchst relevante Einräumung von Nutzungsrechten, denn nur so wird der Urheber seine Verwertungsrechte gem. § 15 UrhG häufig überhaupt effektiv verwerten können, ist deswegen möglich, weil es sich dabei eben nicht um eine translative, sondern um eine konstitutive – im Ergebnis gebundene[114] – Rechtsübertragung handelt.

Die Nutzungsrechte werden in der Person des Erwerbers begründet, während die Position des Urhebers als Inhaber des Stammrechts unberührt bleibt, denn diese werden lediglich belastet.[115] Es kommt zu einer „Überlassung der Ausübung".[116] Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist eine solche gebun-

[111] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 11; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 593.

[112] Eine Ausnahme der Unübertragbarkeit ist gem. § 29 Abs. 1 Hs. 2 UrhG die Übertragung in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder im Wege der Erbauseinandersetzung an Miterben. Das Urheberrecht ist ferner gem. § 28 UrhG vererblich.

[113] Dazu umfassend oben AT Kap. 2 C. III. 2. (S. 113 ff.).

[114] So die von *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, begründete Nomenklatur, vgl. a. a. O. S. 44 ff.

[115] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 594.

[116] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 637 ff. mit einer ausführlichen Darstellung der diesbezüglichen Probleme. Wobei zu beachten ist, dass *Schack* entgegen der h.M. auch eine gebundene Übertragung insoweit nicht für möglich erachtet.

dene Rechtsübertragung auch ausreichend, denn eine isolierte Verwertung der Urheberpersönlichkeitsrechte – es geht hier um das Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG, das Recht des Urhebers auf Anerkennung seiner Urheberschaft gem. § 13 UrhG sowie den Entstellungsschutz gem. § 14 UrhG – dürfte ohnehin wirtschaftlich kaum relevant sein.

Für übertragbar weil abtretbar werden auch die gesetzlichen Vergütungsansprüche des Urhebers gehalten, etwa nach den §§ 46, 54 und 54c UrhG, obschon sich diese Ansicht nicht so leicht mit § 29 Abs. 1 Hs. 2 UrhG in Einklang bringen lässt.[117] Der Annahme der Übertragbarkeit ist aber deshalb zuzustimmen, weil es sich bei der Abtretung solcher Ansprüche im Ergebnis um die (gesetzliche) Einräumung von Nutzungsrechten handelt. Wenn es aber nach § 29 Abs. 2, § 31 UrhG möglich ist, dass solche Rechte vom Urheber rechtsgeschäftlich eingeräumt werden können, spricht nichts dagegen, dies auch auf derartige gesetzliche Rechte auszudehnen.[118] Dagegen spricht auch nicht § 63a UrhG, der zwar die Privatautonomie des Urhebers im Hinblick auf einen Verzicht (S. 1) und eine Abtretung (S. 2) dieser Ansprüche beschränkt. Dies gilt jedoch nur für Abtretungen „im Voraus", eine solche ist etwa an eine Verwertungsgesellschaft oder einen Verleger möglich. „Im Voraus" meint dabei den Zeitraum vor der Entstehung des jeweiligen Anspruchs.[119] Bezweckt ist damit ein Schutz des Urhebers. *Nach* Entstehung des Urheberschutzes können die in §§ 44a ff. UrhG genannten gesetzlichen Vergütungsansprüche aber durch Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB frei übertragen werden.[120] Die übertragbaren gesetzlichen Vergütungsansprüche des Urhebers sind daher unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen der Abtretung ebenfalls nießbrauchsfähig.

Von diesen Bedenken, die sich auf die (grundsätzliche) Unübertragbarkeit des Nießbrauchs gem. § 29 UrhG gründen, nicht berührt ist die Bestellung eines Nießbrauchs im Rahmen einer Erbauseinandersetzung oder in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen.[121] Denn nach § 28 Abs. 1 UrhG ist das Urheberrecht selbst – also das Stammrecht – vererblich. Im Hinblick auf das Stammrecht verdrängen daher die erbrechtlichen Regelungen des BGB die (Sonder-)Regelungen des UrhG.[122] Insoweit steht auch die Besonderheit des Urheberpersönlichkeitsrechts nicht entgegen, denn der Nießbrauch kann seinerseits gem. §§ 1059 S. 1, 1068 Abs. 2 BGB nicht übertragen werden, sondern ist vielmehr an eine bestimmte Person gebunden.[123] Dieser obliegt dann die

---

[117] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 18.

[118] So im Ergebnis auch Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 29 Rn. 18 m. w. N.

[119] Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, Urheberrecht, § 63a Rn. 12.

[120] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 597.

[121] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 100.

[122] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 28 Rn. 3 f., 9.

[123] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 100.

Wahrnehmung der (postmortal) bestehenden Persönlichkeitsrechte des Urhebers (Erblassers).

2. *Computerprogramme und Nießbrauch*

Computerprogramme (im Folgenden: Software) sind nach deutschem Recht „als solche“[124] nicht patentierbar, insoweit kommt kein Sonderrechtsschutz in Betracht.[125] Das Gut „Computerprogramm“ kann daher insoweit auch kein Gegenstand eines Rechts sein. Software kann indes urheberrechtlich geschützt sein, vgl. §§ 69a ff. UrhG. Für die in §§ 69a ff. UrhG geregelte Software gibt es keine Sonderbestimmungen zur Einräumung von Nutzungsrechten, daher sind die §§ 31 ff. UrhG anwendbar (dazu schon oben). Gerade bei Software kommt es im Hinblick auf die Insolvenz des Lizenzgebers zu den Rechtsunsicherheiten über den Bestand einer eingeräumten Lizenz, wenn der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht gem. § 103 InsO ausübt und sich für die Nichterfüllung des Lizenzvertrags entscheidet (dazu ausführlich unten C.). De lege lata sind derartige Softwareüberlassungsverträge nicht insolvenzfest.[126] Auch für diese Rechte wird daher die Möglichkeit eines Lizenzsicherungsnießbrauchs als Lösungsmöglichkeit zur insolvenzfesten Einräumung von Nutzungsrechten an Software diskutiert und letztendlich für möglich gehalten.[127]

Ganz lassen sich Softwareüberlassungsvereinbarungen aber nicht mit den bisher gefundenen Ergebnissen zu Verträgen über die Nutzung von Immaterialgüterrechten und zum Nießbrauch an derartigen Rechten in Einklang bringen. So wird bei Software zum Teil die Ansicht vertreten, es handele sich um eine Sache i. S. von § 90 BGB.[128] In Konsequenz daraus wäre der Nießbrauch an Software einer an Sachen[129] und wäre folglich nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Diese ältere Ansicht hat sich aber nicht durchgesetzt. Nach der heute überwiegenden Ansicht handelt es sich bei Software (wie auch bei sonstigen Daten) nicht um Sachen i. S. von § 90 BGB, es fehlt die notwendige Körperlichkeit.[130] Software ist freilich auch kein Recht, es ist vielmehr ein Immateri-

---

[124] Zu Besonderheiten bei sog. computerimplementierten Erfindungen vgl. nur *Kraßer*, Patentrecht, § 12 III 3 (S. 172 ff.).

[125] Vgl. dazu etwa *Melullis*, in: FS König, S. 341.

[126] A.A. *Wallner,* NZI 2002, 70. Dahingehend wohl auch BGH NJW 2006, 915 – Softwarenutzungsrecht, wobei die genaue Tragweite dieser Entscheidung auch heute noch durchaus umstritten ist, vgl. etwa *Ch. Berger*, NZI 2006, 380.

[127] *McGuire*, GRUR 2009, 13, 17; *Plath*, CR 2005, 613. Dazu noch unten C. II.

[128] *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287; *König,* NJW 1989, 2604. A.A. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128.

[129] So explizit *Bösert*, Nießbrauch an Computerprogrammen, passim.

[130] *Peukert*, in: FS Schricker, S. 149, 152 ff.; MüKo-BGB/*Stresemann*, § 90 Rn. 25; Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 90 Rn. 25. Dagegen soll das Löschen von Daten einen Eingriff in das Eigentum am Datenträger darstellen, vgl. dazu *Peukert*, in: FS Schricker, S. 149, 156.

algut.[131] Liegen die Voraussetzungen der §§ 69a ff. UrhG vor, ist es Bezugsobjekt eines Immaterialgüterrechts, es ist dann ein subjektives (Ausschließlichkeits- und Ausschließungs-)Recht.

Zum Schutzumfang ist dahingehend aber zu beachten, dass nur die konkrete Ausdrucksform der Software geschützt wird, nicht aber die dieser oder den Schnittstellen unterliegenden Ideen und Grundsätze.[132] Nicht isoliert geschützt sind ferner die Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematischen Konzepte als solche, die bei der Programmierung verwendet werden können bzw. verwendet worden sind, dies gilt auch für alle Algorithmen sowie alle Rechenregeln oder mathematischen Formeln sowie die Programmierhilfen und Werkzeuge.[133] Dahingehend können also auch keine isoliert nießbrauchsfähigen Rechte angenommen werden.

Richtig ist in diesem Zusammenhang freilich, dass „Sache" der Datenträger ist, auf dem sich die Software befindet (etwa CD-ROM, DVD oder Festplatte). Der Datenträger als reines Transportmedium und die Software sind aber voneinander zu unterscheiden, insbesondere wird die Software nicht durch das Überspielen auf den Datenträger zur Sache i. S. von § 90 BGB.[134] Dies gilt auch deshalb, weil Softwareanbieter aus Gründen der Einschränkung der Weiterverbreitung der Software zunehmend dazu übergehen, Software nicht fixiert auf einem Datenträger zu veräußern, sondern allein zum Download von der Anbieter-Homepage zur Verfügung zu stellen.[135] Dann aber fehlt jeder Sachbezug. Ansonsten müsste Software jeweils verschieden angesehen werden, einmal als Sache und einmal als Recht. Eine solche dogmatische und zudem auch praxisrelevante Einordnung kann aber nicht von der Art der Veräußerung abhängig gemacht werden.

Für nach § 69a UrhG immaterialgüterrechtlich geschützte Software gelten daher die für urheberrechtlich geschützte Werke gefundenen Ergebnisse zur Zulässigkeit eines Nießbrauchs. Sofern die Rechte des Rechtsinhabers übertragbar sind, sind sie auch nießbrauchsfähig. Am wirtschaftlich wertvollsten sind insoweit die ohne weiteres übertragbaren Rechte zur Verbreitung und Vervielfältigung von Software gem. § 69c Nr. 1 und 3 UrhG.

---

[131] So schon BGHZ 102, 135. Dagegen verwendet das OLG Hamm in NJW-RR 2013, 1136 in Bezug auf Software durchweg den Begriff „Eigentümer", um aber dann und ziemlich unvermittelt vom „wirtschaftlichen Eigentümer" zu sprechen, a. a. O. S. 1137. Nach steuerrechtlichem Verständnis – dahin gehört dieser Begriff – ist dieser aber eben nicht zwingend auch ein Eigentümer i. S. von § 903 BGB.

[132] Vgl. nur Loewenheim/*Lehmann*, Hdb. d. UrhR, § 9 Rn. 51.

[133] Loewenheim/*Lehmann*, Hdb. d. UrhR, § 9 Rn. 51.

[134] BGHZ 102, 135, 144; Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 90 Rn. 12; Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 90 Rn. 25; *Redeker*, NJOZ 2008, 2919.

[135] Seit der „Used-Soft"-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11 = GRUR 2012, 904, dort insb. Tz. 62) und der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch auf eine derartige „Veräußerung" von Software, dürfte (auch) dieses Geschäftsmodell freilich an Attraktivität verloren haben.

3. Verlagsrecht

Durch den Verlagsvertrag wird der Verfasser verpflichtet, dem Verleger das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen (§ 1 S. 1 VerlG). Der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten (§ 1 S. 2 VerlG). Nach § 8 VerlG ist das Verlagsrecht[136] ein Ausschließlichkeitsrecht.[137] Es erlaubt dem Inhaber (dem Verleger) exklusiv die Befugnis zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, soweit der Verfasser nach den §§ 2 bis 7 VerlG verpflichtet ist, sich der Vervielfältigung und Verbreitung zu enthalten und soweit sich nicht aus dem Vertrag etwas anderes ergibt.

In § 28 VerlG 1994 war die Übertragbarkeit dieser Rechte des Verlegers ausdrücklich vorgesehen, es konnte also auch ein Nießbrauch daran bestellt werden. Die praktische Bedeutung eines solchen Nießbrauchs wurde aber eher als gering angesehen.[138] Mit der Neufassung des Verlagsgesetzes im Jahr 2002 wurde § 28 VerlG ersatzlos gestrichen. Dass diese Rechte aber unbeschadet einer besonderen Regelung übertragbar sind, ergibt sich nunmehr aus den allgemeinen Regelungen des UrhG und insbesondere aus dem dortigen § 34 Abs. 1. Denn das VerlG ist in seiner Gesamtheit das speziellere Gesetz zum UrhG. Fehlen daher einzelne Sonderregelungen, ist insoweit zwingend auf das allgemeinere UrhG zurückzugreifen, eben auch bei der Frage der Übertragbarkeit von Nutzungsrechten. Dagegen findet sich in § 36 Abs. 2 VerlG noch eine einzelne speziellere Regelung zur Übertragbarkeit des Verlagsrechts. So kann der Insolvenzverwalter im Rahmen des Insolvenzverfahrens „die Rechte des Verlegers auf einen anderen" übertragen.

Wegen der Geltung der allgemeinen Regelungen des UrhG sind daher wie bei den Rechten des Urhebers die diesbezüglichen Besonderheiten einer Übertragung aus den §§ 31 ff. UrhG zu berücksichtigen. Es gelten daher für die Frage der Nießbrauchsfähigkeit des Verlagsrechts die für urheberrechtliche Nutzungsrechte gefundenen Ergebnisse,[139] so dass auch dieses Recht grundsätzlich als übertragbar und somit nießbrauchsfähig anzusehen ist.

V. Nießbrauch und „Endlichkeit" des Schutzrechts; verwandte Schutzrechte

Für die Rechte des Urhebers an seinen Werken gibt es keine wie für den Nießbrauch an gewerblichen Schutzrechten geäußerte Bedenken aufgrund der zeitlichen Beschränkung des Schutzes. Denn ein urheberrechtlich geschütztes

---

[136] Auch als „Verlegerrecht" bezeichnet, vgl. etwa *Schricker*, Verlagsrecht, § 28.

[137] *Kohler* vergleicht das Verhältnis des Verlagsrechts zum Urheberrecht des Autors („Autorrecht") mit dem des Nießbrauchs zum Eigentum, Das Autorrecht, S. 289.

[138] Vgl. nur *Schricker*, Verlagsrecht, § 28 Rn. vor Rn. 29.

[139] Oben IV. 1.

Werk wird erst nach Ablauf der Schutzfrist gemäß § 64 UrhG (70 Jahre post mortem auctoris) gemeinfrei.

Auf die auch im Urheberrechtsgesetz geregelten „Verwandte(n) Schutzrechte" gem. §§ 70 ff. lassen sich die vorstehend gefundenen Ergebnisse indes nicht ohne weiteres übertragen. Diese Rechte sind schon konzeptionell von den Rechten des Urhebers verschieden, insbesondere soll es insoweit keine derartig untrennbare Verbindung zwischen den Verwertungs- und den Persönlichkeitsrechten geben, wie für das Urheberrecht beschrieben.[140] Nach anderer und wohl herrschender Ansicht sollen dagegen jedenfalls auch dem ausübenden Künstler (§§ 73 bis 83 UrhG, „Interpretenrecht") ausgehend von der im Urheberrecht geltenden monistischen Theorie (dazu oben IV.) gewisse unübertragbare Rechte zustehen.[141] Dies gilt vor allem für die in den §§ 74, 75 UrhG geregelten Persönlichkeitsrechte, die wie auch die Urheberpersönlichkeitsrechte unübertragbar sind, dies gilt jedenfalls für den persönlichkeitsrechtlichen Kern.[142]

Unübertragbar meint in diesem Zusammenhang aber wiederum „nicht *translativ* übertragbar". So kann der ausübende Künstler gewisse Eingriffe in seine Rechte aus §§ 74, 75 UrhG durchaus zulassen, also auf einzelvertraglicher Grundlage insoweit auf ihre Ausübung bzw. Durchsetzung „verzichten".[143] Diese Ansicht ist überzeugend. Denn warum sollte ein Interpret im Ergebnis „vor sich selbst geschützt" werden, wenn er etwa sein Recht, als ausübender Künstler anerkannt zu werden, nicht ausüben will. Das Gesetz will und muss ihn insoweit nur vor einer kompletten Aushöhlung seiner Rechte schützen, vor allem in Fällen einer überlegenen Verhandlungsmacht der anderen Vertragspartei, etwa eines Tonträger- oder Filmherstellers. Übertragen werden können daher die Rechte des ausübenden Künstlers, die mit den Verwertungsrechten des Urhebers vergleichbar sind. Denn insoweit ist die Übertragung jedenfalls gebunden möglich, wenn auch nicht translativ. Bezüglich der Verwertungsrechte der ausübenden Künstler gem. §§ 77, 78 UrhG wird durch § 79 Abs. 1 S. 1 UrhG sogar ausdrücklich bestimmt, dass diese übertragen werden können.

Ferner ist das Verwertungsrecht an nachgelassenen Werken gem. § 71 Abs. 1, 2 UrhG ausdrücklich übertragbar. Dies gilt ebenso gem. § 85 Abs. 2 S. 1, § 87 Abs. 1 S. 1 und § 94 Abs. 2 S. 1 UrhG für die Verwertungsrechte des Tonträgerherstellers (gem. § 85 Abs. 1 UrhG), des Sendeunternehmens (gem. § 87 Abs. 1 UrhG) und des Filmherstellers (gem. § 94 Abs. 1 S. 1 UrhG).

Für den Datenbankhersteller gem. § 87a Abs. 2 UrhG fehlt dagegen eine Bestimmung der Übertragbarkeit seiner Rechte aus § 87b Abs. 1 UrhG zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe der Datenbank oder

---

[140] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 681.

[141] Vgl. nur Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff. Rn. 18; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, Urheberrecht, Vor §§ 73 ff. Rn. 10 m. w. N.

[142] Schricker/Loewenheim/*Vogel*, Urheberrecht, § 75 Rn. 16.

[143] Schricker/Loewenheim/*Vogel*, Urheberrecht, § 74 Rn. 11, § 75 Rn. 16.

wesentlicher Teile davon. Es ist jedoch unbestritten, dass der Datenbankhersteller seine Rechte ohne Einschränkung übertragen kann,[144] was sich jedenfalls aus Art. 7 (3) der sog. Datenbank-Richtlinie[145] ergibt, die den §§ 87a ff. UrhG zugrunde liegt.

Für die verwandten Schutzrechte gilt daher, dass an allen Rechten, die sich insbesondere auf die Verwertung eines solchen Rechts beziehen und die – jedenfalls gebunden – übertragen werden können, auch ein Nießbrauch bestellt werden kann. Anders als die erhebliche Schutzdauer des Urheberrechts von 70 Jahren post mortem auctoris, sind die verwandten Schutzrechte in ihrer durchweg kürzeren Schutzdauer eher mit den gewerblichen Schutzrechten vergleichbar. Wie auch dort spricht die „Endlichkeit" des Schutzes aber nicht gegen die Nießbrauchsfähigkeit dieser Rechte.

VI. Know-how

Im Kontext der Immaterialgüterrechte soll zuletzt auch auf Know-how eingegangen werden, obwohl es sich dabei gerade nicht um ein solches *Recht* handelt.[146] Der im deutschen Recht nicht legaldefiniert Begriff Know-how entstammt ursprünglich dem anglo-amerikanischen Rechtskreis.[147] Dort bezeichnete er zunächst jedwede Information, Praxiswissen, Technik oder Fertigkeit, also das zur Erreichung eines Ziels erforderliche Erfahrungswissen, das vorwiegend technischer Natur ist. Inzwischen hat der Begriff seine strenge Gewerbeorientierung eingebüßt und erfasst weitergehend als so genanntes *personal know-how* auch alle anderen Kenntnisse, die im Arbeitsprozess erworben werden können.[148]

Auf internationaler Ebene findet sich dieser also nicht mehr vorwiegend technisch verstandene Know-how-Begriff in Art. 39 TRIPS. Know-how können in diesem Sinne grundsätzlich vielmehr auch kaufmännische Informationen sein, vorausgesetzt sie werden von den sie kontrollierenden Personen als geheim behandelt und besitzen (deshalb) einen Marktwert.[149] In Deutschland

---

[144] Fromm/Nordemann/*Czychowski*, Urheberrecht, § 87b Rn. 34; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 744.

[145] Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Amtsblatt EG Nr. L 077 vom 27.03.1996, S. 20.

[146] Dazu schon oben AT Kap. 2 B. V. 4. b. (S. 66 ff.).

[147] Vgl. die Ausführungen des Gerichts in Mycalex Corp. v. Pemco Corp, 64 F. Supp. 420: „Know-how is … factual knowledge not capable of precise, separate description but which, when used in an accumulated form, after being acquired as the result of trial and error, gives the one acquiring it an ability to produce something which he otherwise would not have known how to produce in the same accuracy or precision found necessary for commercial success" (zit. nach *Skaupy,* GRUR 1964, S. 539).

[148] MüKo-UWG/*Ann*, 1. Aufl. 2006, Grundl Rn. 272.

[149] Umfassend Ann/Loschelder/Grosch/*Ann*, Praxishandbuch Know-How-Schutz, Kap. 1 Rn. 1 ff.

wird der Begriff Know-how weitgehend synonym mit dem Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses gebraucht, wobei diese Unterscheidung kaum relevant ist.[150] Damit gemeint sind im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende, nicht offenkundige und nur einem begrenzten Personenkreis bekannte Tatsachen, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem bekundeten oder erkennbaren Willen geheim bleiben sollen.[151]

Die Inhaberschaft von Know-how gewährt dem Inhaber Gebrauchsvorteile i. S. von § 100 BGB. Vergleichbar ist die Situation mit der des Erfinders einer patentfähigen (oder gebrauchsmusterfähigen) Erfindung. Denn ohne das erteilte Schutzrecht handelt es sich bei diesen Kenntnissen um nichts anders als eben Know-how. Ein Vorteil des Innehabens des Rechts an der Erfindung (dazu schon oben I.) ist neben dem Wissensvorsprung vor Wettbewerbern eben die Möglichkeit, die Erfindung zum Patent anzumelden und somit durch die Rechtsordnung formell ein gewerbliches Schutzrecht als subjektives Ausschließlichkeits- und Ausschließungsrecht erteilt zu bekommen. Der Erfinder kann aber auch eine andere Strategie wählen und somit die für die Geltendmachung des Rechts auf das Patent notwendige Offenlegung der Erfindung vermeiden. Denn er kann vielmehr die Erfindung – und also das entsprechende technische Know-how – geheim halten und als reines Wissen entweder selbst nutzen oder anderweitig verwerten, etwa durch Veräußerung bzw. Lizenzierung.

Dabei ist zu beachten, dass der Begriff „Lizenzierung" typischerweise für Immaterialgüterrechte „reserviert" ist und also auf Know-how nicht so einfach übertragen werden kann. Denn Know-how ist zwar ein immaterieller Wert, es ist Immaterialgut, aber eben kein Immaterialgüter*recht*.[152] Bei Know-how geht es bei der „Lizenzierung" anders als bei den Immaterialgüterrechten eben nicht um einen *Verzicht* auf die Geltendmachung von gesetzlich definierten und verliehenen Ausschließungsrechten durch den Inhaber, denn solche stehen dem Know-how-Inhaber schlicht nicht zu. Es geht vielmehr um die Zugangsgewährung zum (geheimen) Wissen, um eine Gestattung, was freilich im Ergebnis auch einen Verzicht des Inhabers auf eine nur ihm zustehend – allerdings eben faktische und nicht rechtliche – Vorzugsstellung bedeutet.[153] Zusammenfas-

---

[150] Ann/Loschelder/Grosch/*Ann*, Praxishandbuch Know-How-Schutz, Kap. 1 Rn. 18 ff.

[151] BGH GRUR 1955, 424 – Möbelpaste; GRUR 1961, 40, 43 – Wurftaubenpresse; GRUR 2003, 356, 358 – Präzisionsmessgeräte; RGZ 149, 329, 333; BayObLG WRP 2001, 285; BAG NJW 1983, 134; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 17 Rn. 4; Ann/Loschelder/Grosch/*Ann*, Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 1 Rn. 20.

[152] So auch *Troller*, GRUR Int. 1958, 385, 387; *Pfaff*, BB 1974, 565; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 299; Benkard/*Ullmann*, PatG, § 15 Rn. 140; *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 181 ff.

[153] Vgl. umfassend zur Lizenzierung von Know-how Ann/Loschelder/Grosch/*Maaßen/Wuttke*, Praxishandbuch Know-how-Schutz, Kap. 5 Rn. 37 ff.

send lässt sich die Funktion des Know-how-Schutzes als ein Investitionsschutz begreifen. Vergleichbar der Eigentumsdogmatik gibt es aber weniger eine Instituts-, denn eine bloße Wertgarantie. Erreicht wird dieser Schutz allein durch tatsächliche Zugangsbeschränkungen, insoweit ist Know-how-Schutz (bloßer) Zugangsschutz.[154]

Dass Know-how übertragen werden kann, ist freilich ebenso unstreitig, wie die Tatsache der Gebrauchsvorteile. Beim Verkauf von Know-how handelt es sich um ein Rechtsgeschäft über einen „sonstigen Gegenstand" i.S. von § 453 Abs. 1 BGB, es sind die Regelungen des Rechtskaufs anzuwenden.[155] Wie bei der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten wird bei Know-how von einem Vertrag sui generis ausgegangen, der – in der Regel als Dauerschuldverhältnis – der Rechtspacht gem. § 581 BGB jedenfalls angenähert ist (dazu noch unten C.).

Die beiden Voraussetzungen einer Nießbrauchsbestellung – Gewährung von Nutzungen i.S. von § 100 BGB und Übertragbarkeit – liegen also vor, Know-how müsste daher nießbrauchsfähig sein. Problematisch bei Know-how ist aber die Struktur als reines Wissen im Hinblick auf die Frage, ob daran überhaut ein (dingliches) Recht begründet werden kann. Dabei wird von Einigen in Zweifel gezogen, dass es sich bei Know-how überhaupt um ein „Recht" handelt,[156] was bei Ablehnung die Verneinung der Nießbrauchsfähigkeit notwendig nach sich zieht. Dem ist zuzustimmen. Gegen eine Qualifikation als Recht lässt sich vor allem der fehlende Zuweisungsgehalt sowie – als Kriterium eines ausschließlichen Rechts – die fehlende Ausschlusswirkung anführen.[157] Know-how ist daher kein subjektives Recht, sondern ein sonstiger Gegenstand des Rechtsverkehrs.[158] An Know-how kann daher mangels Qualifikation als subjektives Recht und somit taugliches Stammrecht kein Nießbrauch bestellt werden.

C. Nießbrauch an Immaterialgüterrechten und Verhältnis zu Lizenzen

Durch die gefundenen Ergebnisse im Bereich der dargestellten nießbrauchsfähigen Immaterialgüterrechte wird der Nießbrauch in die Nähe der Lizenz gerückt, der typischen Form einer Nutzungsbefugnis an solchen Rechten. Dies gilt entsprechend für andere immaterielle Güter, soweit diese vermögenswert

---

[154] *Ann*, GRUR 2007, 39, 43.

[155] Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 17 Rn. 4; Benkard/*Ullmann*, PatG, § 15 Rn. 234; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 299.

[156] Siehe nur *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 179 ff.

[157] *Ann*, GRUR 2007, 39, 43.

[158] *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 299.

sind und soweit über diese Verfügungen getroffen werden können (dazu noch unten F.).

Insoweit stellt sich jedoch die Frage, welche Rolle der Nießbrauch an einem solchen Recht eigentlich spielen kann, ob etwa eine „echte" Konkurrenzsituation zur Lizenz besteht. Letzteres ist freilich nicht anzunehmen. Denn der Lizenzvertrag hat sich in der Praxis als die wichtigste Form der Einräumung von Nutzungsrechten an Rechten des geistigen Eigentums[159] bewährt, weil insoweit flexible und vor allem detaillierte Regelungen zu den einzelnen Rechten und Pflichten der Parteien möglich sind, vor allem auch im internationalen Kontext. Der Lizenzvertrag kann insoweit durchaus als geradezu konkurrenzlos angesehen werden.[160] Dafür legt unter anderem die Fülle der Veröffentlichungen – allgemein und zu mannigfaltigen Detailproblemen – beredt Zeugnis ab.[161] Unter anderem wurden seit 2001 im deutschsprachigen Raum drei Habilitationsschriften[162] und eine Fülle von Dissertationen gerade zur Problematik der Lizenzverträge in der Insolvenz veröffentlicht.[163]

I. Vorbemerkung – Lizenzverträge in der Insolvenz

Jedenfalls für eine Fallgruppe wird der Nießbrauch an einem Immaterialgüterrecht aber jedenfalls als Ergänzung vor allem der einfachen (= nicht-ausschließlichen)[164] Lizenz als tauglich angesehen. Es geht um die schon angesprochene Problematik der Insolvenz insbesondere des Lizenzgebers (und Stammrechtsinhabers), bei der es verschiedene Überlegungen gibt, wie eine solche Lizenz „insolvenzfest" ausgestaltet werden könnte. Darüber werden ebenso kontroverse Diskussionen geführt wie zu den mehrmaligen aber letztendlich immer geschei-

[159] Unter diesen – freilich nicht unumstrittenen – Begriff werden gemeinhin die gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht subsumiert, vgl. umfassend – auch zur Kritik an diesem Begriff – *Ohly*, JZ 2003, 545; *Götting*, GRUR 2006, 353; *Goldhammer*, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, passim.

[160] Siehe nur *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. 3.

[161] Vgl. nur die Standardwerke *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Aufl. Heidelberg 2003; *Pagenberg/Beier*, Lizenzverträge, 6. Aufl., Köln/München 2008; *Pfaff/Osterrieth*, Lizenzverträge, 3. Aufl., München 2010; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Aufl. 2011; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Aufl., Köln 2013.

[162] *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen 2006; *McGuire*, Die Lizenz, Tübingen 2012.

[163] *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers – unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, Berlin 2005; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Köln 2006; *Scholz*, Lizenzen in der Insolvenz, Aachen 2010; *Daneshzadeh Tabrizi*, Lizenzen in der Insolvenz nach dem Scheitern des Gesetzes zur Einführung eines § 108a InsO, Tübingen 2011; *Heimberg*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, München 2011; *Pieger*, Die nicht-exklusive Patentlizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, Hamburg 2012; *Jelinek*, Lizenzen in der Insolvenz nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 2013.

[164] Zur Unterscheidung einfache/ausschließliche Lizenz siehe nur *McGuire*, Die Lizenz, S. 92 ff.

terten Versuchen des Gesetzgebers, insoweit eine gesetzliche (Neu-)Regelung zu schaffen.[165]

Die Relevanz dieser Thematik ergibt sich vor allem aus den wirtschaftlichen Folgen, die gerade bei der Insolvenz des Lizenzgebers den Lizenznehmer treffen können. Denn wird der Lizenzgeber insolvent, kann der Insolvenzverwalter den Lizenzvertrag gestützt auf § 103 Abs. 2 S. 1 InsO beenden (Einzelheiten dazu unten), der Lizenznehmer verliert unmittelbar die Berechtigung zur Nutzung beispielsweise eines patentierten Verfahrens oder er darf eine Marke nicht mehr verwenden.[166] Dies kann ruinöse Auswirkungen auf die wirtschaftliche Situation des Lizenznehmers haben, etwa dann, wenn eine Produktion von Waren wegen der Abhängigkeit von einem Schutzrecht nicht mehr möglich ist. Auch eine „Ersatzbeschaffung" wird in einem solchen Fall nicht ohne weiteres in Frage kommen, anders als bei der Beendigung etwa „nur" eines Liefervertrags.

Probleme entstehen zudem dann, wenn der zur Unterlizenzierung befugte Lizenznehmer[167] seinerseits Lizenzen an Dritte erteilt hat. Dann „bricht" – sinnbildlich gesprochen – bei insolvenzbedingter Beendigung des Grund-Lizenzvertrags die gesamte Lizenzkette[168] „zusammen", da der (erste) Lizenznehmer eben nicht mehr berechtigt ist das lizenzierte Immaterialgüterrecht zu nutzen. Er kann dann aber auch keine Nutzungsbefugnisse an seine Lizenznehmer vermitteln und wird so seinerseits vertragsbrüchig.

Als tauglich für eine „Insolvenzfestigkeit" des Lizenzvertrags und der Lizenz[169] werden diverse Lösungen diskutiert. Und anderem wird dafür auch die Bestellung eines sog. Lizenz-Sicherungsnießbrauchs als möglich angesehen.[170] Dass derartige Überlegungen überhaupt angestellt werden liegt an den Vorgaben der Insolvenzordnung (InsO). Denn während unter der Konkursordnung

[165] Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung für einen § 108a InsO vom 22.08.2007 und den weiteren Referentenentwurf des BMJ vom 23.01.2012, die beide nicht Gesetz wurden. Siehe zu diesen erfolglosen Bemühungen des Gesetzgebers nur *Koehler/Ludwig,* NZI 2007, 79; *Ch. Berger,* ZInsO-Praxis 2007, 1142; *Heim,* NZI 2008, 338, 341 f.; *Pahlow,* WM 2008, 2041; *Ganter*, NZI 2011, 833; *Wimmer*, ZIP 2012, 545.

[166] Würde der (ehemalige) Lizenznehmer das Verfahren weiter nutzen, wäre dies eine Patentverletzung i. S. von § 9 PatG.

[167] Beim hier zu betrachtenden einfachen Lizenznehmer muss der Lizenzgeber einer Unterlizenzierung ausdrücklich zustimmen, während der ausschließliche Lizenznehmer dafür bereits kraft der ihm erteilten als dinglich angesehenen Lizenz befugt ist, vgl. dazu nur *McGuire*, Die Lizenz, S. 732 ff., 738 ff.

[168] Der Begriff „Lizenzkette" steht nunmehr – seit Neufassung des § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG zum 01.01.14 – auch im Gesetz.

[169] Eine Trennung zwischen dem Lizenzvertrag, als dem der Einräumung der Lizenz zugrundeliegendem Schuldverhältnis, und der Lizenz, als tatsächlicher Gestattung der Nutzung eines Immaterialgüterrechts, ist nur bei der ausschließlichen Lizenz sinnvoll möglich. In dem hier zu betrachtenden Zusammenhang geht es dagegen um die nicht-ausschließliche (einfache) und nach ganz überwiegender Ansicht rein schuldrechtlich wirkende Lizenz. Das insolvenzrechtliche Schicksal der Lizenz ist insoweit untrennbar mit dem Schicksal des Lizenzvertrags verbunden.

[170] Dafür plädiert vor allem *Ch. Berger*, GRUR 2004, 20. Näher dazu unten II.

(bis 1999) Lizenzverträge durch § 17 Abs. 1 KO privilegiert wurden – insoweit konnte durchaus von einer „Insolvenzfestigkeit" gesprochen werden[171] – ist dies seitdem nicht mehr der Fall. Lizenzverträge werden wie sonstige Austauschverträge behandelt. Dabei bildet der „Lizenzvertrag" nach allgemeiner Ansicht einen Nutzungsvertrag eigener Art,[172] der der Rechtspacht zumindest angenähert ist.[173] Die Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers besteht in der Verschaffung einer Nutzungsmöglichkeit bzw. der Duldung der Nutzung für die Vertragsdauer. Hauptleistungspflicht des Lizenznehmers ist in der Regel die Zahlung der vereinbarten Lizenzentgelte. Ein Lizenzvertrag ist als gegenseitiger Vertrag gem. §§ 320 ff. BGB ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, das regelmäßig als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet ist.

Aus insolvenzrechtlicher Sicht relevant ist freilich weniger, ob ein Vertrag als Dauerschuldverhältnis einzuordnen ist. Entscheidend ist wegen § 103 Abs. 1 InsO vielmehr, ob der (gegenseitige) Vertrag von den Vertragsparteien noch nicht vollständig erfüllt wurde. Der Dauerschuldcharakter einer Vereinbarung wird jedoch häufig ein Indiz dafür sein, dass der Vertrag von keiner der beiden Vertragsparteien vollständig erfüllt wurde.[174] Auch der BGH stellt in seiner Entscheidung „Reifen Progressiv" den Dauerleistungscharakter der Nutzungsrechtsüberlassung fest.[175] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer weiteren Aussage des BGH, wonach der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht nicht „fortwährend in seinem Bestand vermitteln" müsse.[176] Insoweit – also bezüglich der Lizenzgewährung – könnte zwar eine vollständige Erfüllung angenommen werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ausgeschlossen ist, denn dafür bleibt auch dann noch Raum, wenn den Lizenzgeber auch nach der Lizenzeinräumung noch Nebenpflichten treffen, wenn die Parteien sonstige aus dem Lizenzvertrag resultierende Pflichten also noch nicht erfüllt haben.[177] Erforderlich ist allein, dass die Nebenpflichten noch zum funktionalen Synallag-

[171] Jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht ist dieser Begriff zutreffend. Unter rechtlichen Gesichtspunkten waren bzw. sind diese Verträge freilich ebenso von der Insolvenz des Schutzrechtsinhabers betroffen und es können sich diverse Folgeprobleme für die andere Vertragspartei ergeben, etwa in Bezug auf die Durchsetzung von Nebenpflichten gegenüber dem Insolvenzverwalter.

[172] Siehe nur BGH GRUR 1979, 768 – Mineralwolle.

[173] Exemplarisch BGH GRUR 2006, 435 – Softwarenutzungsrecht; *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 264 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge, Rn. 1043 ff. m. w. N. Weitergehend *Harke*, ZfPW 1 (2015), 85, der bei Lizenzverträgen sogar „eine gewisse Nähe zur Sachpacht" sieht, a. a. O. 100 f.

[174] *Pahlow,* Lizenz und Lizenzvertrag, S. 353.

[175] BGHZ 180, 344, 353 Rn. 20 – Reifen Progressiv.

[176] BGHZ 180, 344, 353 Rn. 20 – Reifen Progressiv.

[177] *Dieselhorst,* CR 2010, 69, 75; *Ch. Berger*, in: FS Kirchhof, S. 1, 7; *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO, § 103 Rn 25; Wandtke/Bullinger/*Bullinger,* Urheberrecht, §§ 103, 105, 108 InsO Rn. 7; LG Mannheim ZIP 2004, 576, 578. Weitergehend *Harke*, ZfPW 1 (2015), 85, der ein Nebeneinander von dinglicher Rechteeinräumung als einmalig zu erbringender Leis-

ma der gegenseitigen Hauptleistungspflichten gehören; nur dann sind sie von so wesentlicher Bedeutung, dass eine Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gerechtfertigt ist.[178] Für Lizenzverträge ist dies grundsätzlich zu bejahen, da eine vollständige Erfüllung erst bei Vertragsbeendigung anzunehmen ist.[179]

Anwendbar ist daher – jedenfalls analog – vor allem § 103 InsO mit dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters im Hinblick auf noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge.[180] Entscheidet sich der Insolvenzverwalter gem. § 103 Abs. 2 InsO gegen die Erfüllung des Lizenzvertrags, endet automatisch die Berechtigung des Lizenznehmers zur Benutzung des betreffenden Immaterialgüterrechts. Auf das Schicksal etwaiger Lizenzketten wurde bereits eingegangen. § 107 Abs. 1 InsO ist insoweit nicht anwendbar, auch nicht analog.[181] Nicht anwendbar auf Lizenzverträge ist zudem § 108 Abs. 1 S. 1 InsO, der für Miet- und Pachtverhältnisse, Dienstverhältnisse und Darlehensverhältnisse Sonderregeln enthält. Denn ungeachtet der Qualifikation von Lizenzverträgen als pachtähnliche Dauerschuldverhältnisse besteht nahezu vollständige Einigkeit darüber, dass Lizenzverträge nicht als „Miet- und Pachtverhältnisse" i. S. von § 108 Abs. 1 S. 1 InsO anzusehen sind.[182] Da keine planmäßige Regelungslücke vorliegt, scheidet eine analoge Anwendung der Vorschrift aus.[183] Anders als vor der Novellierung der Konkursordnung im Jahre 1999 zur nunmehrigen Insolvenzordnung sind Lizenzverträge über Immaterialgüterrechte daher de lege lata nicht „insolvenzfest".[184]

---

tung mit einem Dauerschuldverhältnis (Lizenzvertrag) insgesamt als unproblematisch ansieht, a. a. O. 96.

[178] *Dieselhorst,* CR 2010, 69, 75.

[179] *McGuire,* GRUR 2009, 13, 17.

[180] BGH GRUR 2006, 435 – Softwarenutzungsrecht; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 353 f.; Uhlenbruck/*Wegener,* InsO, § 103 Rn. 38; *Sosnitza*, in: FS Schricker, S. 183, 189; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge, Rn. 1123 ff.; Wandtke/Bullinger/*Bullinger,* Urheberrecht, §§ 103, 105, 108 InsO Rn. 5 ff.; *Fezer,* Markenrecht, § 29 Rn. 27; *Groß*, Der Lizenzvertrag, Rn. 494 ff.; Benkard/*Ullmann*, PatG, § 15 Rn. 50; Frankfurter Kommentar-InsO/*Wegener*, § 103 Rn. 23.

[181] *Wiedemann,* Lizenzen und Lizenzverträge, Rn. 1179 ff.; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. 658.

[182] MüKo-InsO/*Eckert*, § 108 Rn. 41; *Wiedemann,* Lizenzen und Lizenzverträge, Rn. 1123 jeweils m. w. N. A.A. *Fezer,* WRP 2004, 793, 799 ff. (analoge Anwendung auf Lizenzverträge).

[183] BGH NJW 1981, 2684; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1270; *Pahlow,* WM 2008, 2041, 2045; *McGuire,* GRUR 2009, 13, 17; *Hauck,* AcP 211 (2011), 626, 651.

[184] So die h.M. vgl. etwa *Dammler/Melullis*, GRUR 2013, 781; *Ch. Berger,* ZInsO-Praxis 2007, 1142; Wandtke/Bullinger/*Bullinger,* Urheberrecht, §§ 103, 105, 108 InsO Rn. 4.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge, Rn. 1123; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz, S. 76 f.; *Brämer*, Die Sicherungsabtretung von Markenrechten, S. 355 ff. So auch *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 356 f. A.A. *Fezer,* WRP 2004, 793, 809 (für Markenlizenzverträge); Frankfurter Kommentar-InsO/*Wegener*, Voraufl., § 108 Rn. 15 f. (bei „Sicherungsabtretung oder Übereignung"); *Brandt,* NZI 2001, 337, 341 (für die Übertragung von Softwarelizenzen aufgrund eines Leasingvertrags). Letzterer ist der Ansicht, insoweit sei der Begriff „Gegenstände" in § 108 Abs. 1 S. 2 InsO weit auszulegen.

II. Der Lizenzsicherungsnießbrauch als Lösung?

Zur Vermeidung dieser Folgen und um insgesamt eine „Insolvenzfestigkeit" von (einfachen) Lizenzen zu erreichen, werden diverse Lösungsansätze diskutiert. Nicht zielführend ist dabei die gleichwohl häufig anzutreffende Annahme, auch auf einfache Lizenzen könne § 47 InsO angewendet werden, denn dem Lizenznehmer stünde wegen des dinglichen Charakters (auch) einer solchen Lizenz ein entsprechendes Aussonderungsrecht zu.[185]

1. Einführung und Problemstellung

Diese Ansicht stützt sich auf eine Aussage des BGH im Zusammenhang mit dem Sukzessionsschutz für urheberrechtliche Nutzungsrechte, die ebenfalls in einer Kette erteilt worden waren.[186] Richtig ist insoweit aber nur, dass der BGH im Urheberrecht bei ausschließlichen wie auch bei einfachen Nutzungsrechten – wohl – von einem dinglichen Charakter ausgeht. Aber auch dann, wenn dies zutreffend sein sollte und möglicherweise sogar auf Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten übertragen werden könnte, folgt daraus noch keineswegs ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO, denn insoweit kann allenfalls von einer *Verdinglichung* eines obligatorischen Rechts gesprochen werden. Auf derartige Rechte findet § 47 InsO aber keine Anwendung.[187]

Ferner hat mittlerweile auch der BGH unverkennbar einen Rückzug von diesem aufsehenerregenden dictum[188] angetreten und hat in maßgeblichen Folgeentscheidungen[189] zum Sukzessionsschutz für urheberrechtliche Nutzungsrechte auf weitere Ausführungen zu deren Rechtsnatur verzichtet. Dieses Schweigen ist auch keineswegs als Bestätigung der Rechtsprechung in den Entscheidungen „Reifen Progressiv"[190] und „Vorschaubilder"[191] anzusehen.[192] Im Gegenteil, der BGH rudert insoweit augenscheinlich von der viel kritisierten

---

[185] So aber *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889; *Haedicke,* ZGE/IPJ 3 (2011), 377, 398 ff. jeweils insbesondere unter Hinweis auf die Entscheidungen BGHZ 180, 344 – Reifen Progressiv und BGHZ 185, 291 – Vorschaubilder, die freilich keinerlei Bezug zu insolvenzrechtlichen Fragestellungen aufweisen. Vgl. umfassend dazu *Hauck*, AcP 211 (2011), 626, 654 ff.; *ders.* GRUR-Prax 2013, 437. Dagegen auch *Ganter*, NZI 2011, 833, 835; *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345, 349 f.

[186] Vgl. BGHZ 180, 344, 353 Rn. 20 – Reifen Progressiv.

[187] Vgl. dazu umfassend *Hauck,* AcP 211 (2011), 626, 654 ff.

[188] Die Stellungnahmen vor allem zu „Reifen Progressiv" sind legion, vgl. – als Auswahl – *Scholz*, GRUR 2009, 1107; *Dieselhorst,* CR 2010, 69; *Pahlow*, GRUR 2010, 112; *Wündisch/Bauer,* GRUR Int. 2010, 641, 647 ff.; *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889; *Haedicke*, ZGE/IPJ 3 (2011), 377; *Ganter*, NZI 2011, 833.

[189] Vgl. die Entscheidungen BGH NJW 2012, 3301 – M2Trade; BGH GRUR 2012, 914 – Take Five.

[190] BGHZ 180, 344.

[191] BGHZ 185, 291.

[192] So aber in der Tat *von Frentz/Masch*, ZUM 2012, 886, 887.

und eher beiläufigen[193] Bemerkung[194] eines dinglichen Charakters des einfachen urheberrechtlichen Nutzungsrechts zurück. Schon allein deshalb, weil sich aus solchen Aussagen über eine (mögliche) Rechtsnatur keine materiellen Rechtsfolgen ableiten lassen.[195]

Was bleibt, ist aber weiterhin die für die Praxis höchst relevante Frage, wie es dem Lizenznehmer bei Insolvenz des Lizenzgebers gelingen könnte, das Schutzrecht weiter auszuüben, wenn der Insolvenzverwalter die Wahl der Nichterfüllung des Lizenzvertrags gem. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO getroffen hat.

2. Die Konstruktion des Lizenzsicherungsnießbrauchs

Einen durchaus überzeugenden Charme besitzt dabei die Idee eines Lizenzsicherungsnießbrauchs.[196] Dabei wird neben der Erteilung einer (schuldrechtlichen) Lizenz am Immaterialgüterrecht zugleich ein Nießbrauch als dingliches und absolutes Recht bestellt (zu diesen Begriffen siehe AT Kap. 4). In der Insolvenz des Lizenzgebers (Stammrechtsinhabers) und bei Wahl der Nichterfüllung des Lizenzvertrags gem. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter (dies ist der Sicherungsfall, dazu sogleich) kann der Lizenznehmer (Nießbraucher) dann das Immaterialgüterrecht gestützt auf den Nießbrauch weiter nutzen.

Die Bestellung eines solchen Nießbrauchs richtet sich gem. § 1069 Abs. 1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Handelt es sich bei dem zu sichernden Recht um ein Patent (genauer: um das Recht aus dem Patent gem. § 15 Abs. 1 S. 1 PatG,[197] s.o.), wird die nach § 15 Abs. 1 S. 2 PatG zulässige Übertragung durch (formlose) Einigung und Abtretung gem. §§ 413, 398 BGB vollzogen.[198] Anders als bei der Vollübertragung des Rechts bezieht sich die Einigung beim Nießbrauch inhaltlich auf die Bestellung desselben.

Ferner ist ein Sicherungsvertrag als causa abzuschließen. Darin ist der Sicherungsfall zu regeln, also der Zeitpunkt festzulegen, ab wann der (Lizenz- und) Sicherungsnehmer die Befugnisse aus dem Nießbrauch tatsächlich ausüben kann. Dies wird sinnvollerweise der Zeitpunkt sein, ab dem ihm seine Befugnisse aus der Lizenz bzw. dem Lizenzvertrag nicht mehr zustehen, was eben der Fall ist, wenn der Insolvenzverwalter gem. § 103 Abs. 2 S. 1 InsO die weitere

---

[193] *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345.

[194] Siehe die Nachweise in den Fn. 190 und 191.

[195] Siehe insoweit *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345, 349 f.; *Brinkmann*, NZI 2012, 735, 737 f.

[196] *Ch. Berger* GRUR 2004, 20.

[197] Zum Inhalt dieses Rechts siehe *Hauck*, ZGE/IPJ 5 (2013), 203, 218 ff.

[198] Siehe nur Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth/Hauck,* Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 8. Schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft ist dabei zumeist ein Kaufvertrag in der Form des Rechtskaufs gem. § 453 i. V. mit § 433 BGB, a. a. O.

Erfüllung ablehnt. Der sichernde Charakter des Nießbrauchs wird aber weniger in dieser Aussicht auf die tatsächliche Realisierung des Rechts liegen, sondern eher darin, dass der Insolvenzverwalter mit dem Wissen um den Nießbrauch von vornherein an der Erfüllung des Lizenzvertrags gem. § 103 Abs. 1 InsO festhalten wird. Denn auf diese Weise behält er für die Masse den Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühren, was beim Nießbrauch – jedenfalls ohne gesonderte Vereinbarung einer Gegenleistung – nicht der Fall wäre.[199] Das Sicherungsmittel „Nießbrauch" erfüllt hier also eher die Funktion eines „Druckmittels", was freilich angesichts von § 119 InsO, einer „masseschützenden Vorschrift",[200] die Frage aufwirft ob eine solche Konstruktion überhaupt zulässig ist.

3. Der Sicherungsnießbrauch als Umgehung gesetzlicher Regelungen?

Die Nießbrauchsbestellung parallel zur Lizenzierung könnte als ein Umgehungstatbestand gem. § 119 InsO angesehen werden, weil damit im Ergebnis das dem Insolvenzverwalter zustehende Wahlrecht aus § 103 InsO quasi entwertet wird. Denn die Wahl der Nichterfüllung bliebe faktisch wirkungslos, und insbesondere eine zumeist geplante Weiterveräußerung des Schutzrechts würde faktisch vereitelt, weil eine solche nur mit der Belastung möglich wäre. Für Erwerber wäre dies denkbar unattraktiv.

Gegen die Annahme, bei der Einigung über die Einräumung eines Nießbrauchs handele es sich um eine unwirksame Vereinbarung i. S. von § 119 InsO, spricht jedoch, dass es sich beim Nießbrauch um ein gesetzlich vorgesehenes, dinglich wirkendes, gem. § 47 InsO aussonderungsfähiges[201] und somit nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers „insolvenzfestes" Recht handelt.[202] Ferner ergibt sich aus § 108 Abs. 1 S. 2 InsO ausdrücklich, dass Vereinbarungen, die eine dingliche Sicherung für eine mögliche Nichterfüllungsforderung vorsehen, möglich sind.[203] Im Ergebnis kommt es daher auf die vertragliche Ausgestaltung der Nießbrauchsbestellung an. Wird der Nießbrauch durch Ausübungsbeschränkungen inhaltlich der Lizenz angenähert (dazu unten 4.) – und nur darauf dürfte sich ein Lizenzgeber einlassen –, so spricht auch nichts gegen die Zulässigkeit einer solchen Lizenzsicherungslösung.[204] Ferner könnte im Sicherungsvertrag vereinbart werden, dass bei Ausübung des Nießbrauchs – also für die Nutzung des Immaterialgüterrechts – eine lizenzgebührähnliche Zah-

---

[199] *Ch. Berger*, GRUR 2004, 20, 22.

[200] So zuletzt BGHZ 195, 348 Rn. 13 = NJW 2013, 1159.

[201] Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 66.

[202] Für eine Zulässigkeit des Lizenzsicherungsnießbrauchs ausdrücklich *Ch. Berger*, GRUR 2004, 20. Dagegen *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626, 628 f.

[203] MüKo-InsO/*Huber* § 119 Rn 58; Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, § 119 Rn. 5.

[204] Dahingehend auch *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 694.

lung zu leisten ist (entgeltlicher Nießbrauch,[205] dazu auch oben Kap. 1 A. II. 1), was den Vorwurf eines gläubigerbenachteiligenden Verhaltens zusätzlich entkräften würde.

Für diese Ansicht spricht auch die jüngere Rechtsprechung des BGH mit einer tendenziell durchaus großzügigen Sichtweise zur Insolvenzfestigkeit bedingter Verfügungen. So wurde die aufschiebend bedingte Übertragung einer Sache für zulässig erachtet, wenn der fragliche Gegenstand bis zur Insolvenzeröffnung entstanden ist und erst danach die Bedingung eintritt.[206] Für die Insolvenzfestigkeit reicht es daher aus, wenn aufschiebend bedingt eine *künftige* Sache[207] oder ein *künftiges* Recht übertragen worden ist, nachdem die ältere Rechtsprechung noch die Existenz der Sache/des Rechts im Zeitpunkt der bedingten Übertragung vorausgesetzt hatte.[208] „Bedingung" war in diesem Fall die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gem. § 103 Abs. 2 InsO, die so im Ergebnis „ins Leere" ging, was aber eben nicht als Fall des § 119 InsO angesehen wurde.[209]

Nach § 129 Abs. 1 InsO kann aber eine Rechtshandlung, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde und die Insolvenzgläubiger benachteiligt, vom Insolvenzverwalter angefochten werden. Ist die Anfechtung erfolgreich, muss gem. § 143 Abs. 1 S. 1 InsO dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung – hier kommt insoweit die Einräumung des Nießbrauchs in Betracht – aus dem Vermögen des Lizenzgebers und Rechteinhabers „veräußert, weggegeben oder aufgegeben [worden] ist", zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. In dieser Vorschrift spiegelt sich der Grundgedanke der Regelungen der Insolvenzordnung wider, nachdem zur Erhöhung der Verteilungsgerechtigkeit[210] der Gläubigerschutz und – vor allem – die Gläubigergleichbehandlung Vorrang vor gegebenenfalls verdrängten Einzelinteressen genießen.[211] Es kann so zur Benachteiligung einzelner Vertragsparteien zwecks Sicherung der Insolvenzmasse im Interesse aller Insolvenzgläubiger (par conditio creditorum) kommen. Jede Ausnahme von diesen Prinzipien muss mit Blick auf die Regelungsziele der InsO eigens gerechtfertigt werden.[212] Eine Berücksichtigung von Einzelinteressen, wie etwa die Befugnis zur Aussonderung eines dinglichen Rechts gem. § 47 InsO, die den Grundsätzen der Verwertung der Insolvenzmasse im

---

[205] Siehe zu diesem Begriff auch *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 347 ff.

[206] BGH NJW 2006, 915 – Softwarenutzungsrecht.

[207] Hier wird die üblicherweise verwendete Nomenklatur beibehalten, auch wenn Verfügungen ausschließlich über Rechte (und Rechtsverhältnisse) möglich sind.

[208] BGHZ 70, 75; 155, 87.

[209] Im Ergebnis so auch BGH NJW 2012, 1510 für den aufschiebend bedingt übertragenen Anspruch auf den Rückkaufswert einer Lebensversicherung.

[210] Uhlenbruck/*Pape*, InsO, § 1 Rn. 12.

[211] Siehe nur Uhlenbruck/*Pape,* InsO, § 1 Rn. 2 f.

[212] *Mock,* ZInsO 2007, 1121, 1122.

Interesse aller Insolvenzgläubiger ja gerade zuwiderläuft, ist daher eine gesetzlich vorgegebene Ausnahme von dieser Regel.[213]

Gegen das Vorliegen eines Anfechtungsgrunds gem. §§ 130 ff. InsO und somit eine Anfechtbarkeit der Nießbrauchsbestellung in der beschriebenen Konstellation spricht aber, dass weder eine die Insolvenzgläubiger gem. § 132 InsO unmittelbar benachteiligende Rechtshandlung, noch eine vorsätzliche Benachteiligung der Gläubiger durch den Schuldner (Rechteinhaber, Lizenzgeber) i. S. von § 133 InsO ersichtlich ist. Sonstige Anfechtungsgründe sind ebenfalls nicht einschlägig.

4. Sicherungsnießbrauch und Ausübungsbeschränkungen

Im Sicherungsvertrag sind ferner gem. §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 2 BGB zulässige Ausübungsbeschränkungen des Nießbrauchs zu regeln, jedenfalls dann, wenn die Lizenz bestimmten Beschränkungen unterliegt, was in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht ohne weiteres möglich ist.[214] Ihre Grenze finden derartige Beschränkungen – und findet somit die jedenfalls für den Lizenzgeber wünschenswerte Harmonisierung von Lizenz und Nießbrauch – im Charakter des Nießbrauchs als einem *umfassenden* Nutzungsrecht.[215] Denn der Nießbraucher darf grundsätzlich eben *sämtliche* Nutzungen ziehen, die sich dem belasteten Gegenstand entnehmen lassen.[216] Ferner ist die grundlegende Vorgabe des § 1036 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach der Nießbraucher bei der Ausübung „die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren [hat]". Relevant ist insoweit vor allem die „wirtschaftliche Bestimmung" der Sache zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung,[217] was über § 1068 Abs. 2 BGB entsprechend für den Nießbrauch an Rechten gilt.[218] Nach einer insbesondere auf § 1036 Abs. 2 BGB gestützten engen Auffassung sollen daher nur Randnutzungen ausgeschlossen werden können, „die nicht das wirtschaftliche Konzept" des Eigentümers und des Nießbrauchers prägen"[219] und „im Widerspruch zur wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Sache stehen".[220]

Hier konkurrieren nicht weniger als drei Grundprinzipien des Nießbrauchs miteinander: sein Charakter als umfassendes Nutzungsrecht, die Möglichkeit zur Beschränkung des Nießbrauchs durch den Ausschluss einzelner Nutzungen

---

213 Siehe dazu *Hauck*, AcP 211 (2011), 626, 658.

214 Zu den möglichen Beschränkungen einer Lizenz siehe Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth*/*Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 37.

215 Staudinger/*Frank*, § 1030, Rn. 55.

216 *Ch. Berger*, GRUR 2004, 20, 22.

217 Planck/*Brodmann*, § 1036 Ziff. 4 (S. 613).

218 Dazu schon oben AT Kap. 3 F. III. und VI. (S. 171 ff.).

219 *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 303.

220 Staudinger/*Frank*, § 1030, Rn. 55.

(§ 1030 Abs. 2 BGB) und die Verpflichtungen des Nießbrauchers gem. § 1036 Abs. 2 BGB. Diese Prinzipien müssen miteinander in Ausgleich gebracht werden. Dabei hat das erstgenannte Prinzip als (lediglich) allgemeiner Grundsatz des Nießbrauchsrechts hinter die beiden übrigen gesetzlich geregelten Grundsätze zurückzutreten. Dies gilt jedenfalls insoweit, als dieses Grundprinzip nicht durch eine extensive Beschränkung des Nießbrauchs gem. § 1030 Abs. 2 BGB gänzlich ausgehöhlt würde. Es kommt im Ergebnis also darauf an, einen angemessenen Ausgleich zwischen § 1030 Abs. 2 und § 1036 Abs. 2 BGB herzustellen, was auf eine Bestimmung der Reichweite des § 1036 Abs. 2 BGB hinausläuft.

Dabei ist zu beachten, dass die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen gem. § 1068 Abs. 2 BGB auf den Nießbrauch an Rechten „entsprechend" anzuwenden sind, was Raum lässt für eine Berücksichtigung gerade von Besonderheiten bestimmter Rechte. Ein insoweit für den Nießbrauch an Sachen geäußertes a priori einschränkendes Verständnis des § 1030 Abs. 2 BGB zu Gunsten des § 1036 Abs. 2 BGB („Kardinalnorm")[221] ist daher nicht überzeugend. Zu § 1036 Abs. 2 BGB bleibt zunächst festzustellen, dass es sich dabei auch um eine Vorschrift handelt, durch die das Nutzungsrecht des Nießbrauchers *begrenzt* werden soll. Es ist also eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Rechteinhabers.

a. § 1036 Abs. 2 BGB beim Nießbrauch an Rechten

Der Hauptanwendungsfall des § 1036 Abs. 2 BGB, der Nießbrauch an Grundstücken,[222] ist freilich konzeptionell gänzlich verschieden vom Nießbrauch an einem Recht, insbesondere bei einem hier zu betrachtenden Immaterialgüterrecht. Denn bei Grundstücken ist regelmäßig eine verschiedene wirtschaftliche Bestimmung möglich, anders als etwa bei beweglichen Sachen[223] und eben auch bei Rechten. Auch ein Patent wird vom Lizenznehmer und Nießbraucher kaum anders genutzt werden, als durch Anwendung (Ausführung) der geschützten Erfindung[224] einschließlich der Abwehrmöglichkeiten gegen Dritte. Eine Marke wird zur Kennzeichnung von Produkten oder Dienstleistungen verwendet werden, andere Nutzungen scheinen ausgeschlossen. Jedenfalls wird ein Schutzrechtsinhaber für andere Nutzungen kaum eine Lizenz erteilen, womit es bei Überschreitung automatisch zu einer Schutzrechtsverletzung kommt.

Die oben beschriebene Sichtweise lässt sich auch nicht mit den Aussagen in den Motiven begründen. Dort ist – freilich allein in Bezug auf den Nießbrauch

---

221 Vgl. *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 302.

222 Planck/*Brodmann*, § 1036 Ziff. 3 (S. 612 f.).

223 Planck/*Brodmann*, § 1036 Ziff. 3 (S. 612 f.).

224 Nach überwiegender Ansicht soll Hauptinhalt eines Patents die Gestattung der Nutzung der jeweils geschützten Erfindung sein. Vgl. dazu aber schon oben B. I. (S. 296 ff.). A.A. *Kraßer*, Patentrecht, § 1 I 2 (S. 1); *Hauck*, ZGE/IPJ 5 (2013), 203, 218 ff. m. w. N.

an Sachen, über den Nießbrauch an Rechten finden sich insoweit keine Aussagen – lediglich von einer „Fürsorgepflicht" des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer die Rede.[225] Diese Pflicht ist ferner eine objektive, auf subjektive Vorstellungen des Eigentümers soll es gerade nicht ankommen.[226] Nach anderer Ansicht ist dagegen der subjektive Wille des Eigentümers entscheidend.[227] Dies soll sich unter anderem aus der Formulierung „Bestimmung" ergeben, was als Festlegung eines Subjekts (Eigentümer) in Bezug auf ein Objekt (Gegenstand des Nießbrauchs) in der Form eines „Widmungsakts" zu verstehen sei.[228] Diese Argumentation ist nicht von der Hand zu weisen. Richtig ist insoweit jedenfalls, dass die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache bzw. des Rechts durch den Eigentümer/Inhaber zumindest ein Indiz dafür darstellt, wie der Nießbraucher mit dem Gegenstand zu verfahren hat.

Diese subjektive Sichtweise versagt aber dann, wenn es eine tatsächlich feststellbare Bestimmung nicht gibt, wenn der Gegenstand des Nießbrauchs vom Eigentümer/Inhaber beispielsweise bisher nicht genutzt worden ist. So muss etwa ein Patentinhaber die Erfindung nicht notwendig auch selbst nutzen. Zu denken ist etwa an reine Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen, die zwar patentierbare Erfindungen entwickeln, selbst aber nicht als Hersteller tätig sind, sondern die Schutzrechte ausschließlich durch Lizenzierung verwerten. In solchen Fällen bleibt nur der Rückgriff auf typische Nutzungen eines solchen oder eines vergleichbaren Gegenstands, was im Ergebnis eine objektivierte Betrachtung darstellt. Auch können die Parteien privatautonom eine von der bisherigen Bestimmung abweichende Nutzung vereinbaren. Dies wäre dann – folgt man der von *Schön* vorgeschlagenen Nomenklatur[229] – als *Umwidmung* der wirtschaftlichen Bestimmung anzusehen. Es ist daher nicht notwendig, eine starre Trennung zwischen „subjektiver" und „objektiver" Bestimmung durchzuführen. Entscheidend ist der Einzelfall und ist insbesondere die Berücksichtigung der Parteivereinbarung im Hinblick auf die wirtschaftliche Bestimmung des Nießbrauchsgegenstands i. S. von § 1036 Abs. 2 BGB. Insgesamt kommt dem § 1036 Abs. 2 BGB beim Nießbrauch an Rechten daher nicht annähernd die Bedeutung zu, wie beim Nießbrauch an Sachen.

b. Zwischenfazit

Insgesamt können daher Ausübungsbeschränkungen des Nießbrauchs an Immaterialgüterrechten vereinbart und kann eine Harmonisierung mit dem In-

---

[225] Mugdan, Motive III, S. 504 f.

[226] Soergel/*Stürner,* § 1036 Rn. 3; Planck/*Brodmann*, § 1036 Ziff. 3 (S. 613) und schon Mugdan, Motive III, S. 504 f.

[227] Staudinger/*Frank*, § 1036 Rn. 14; *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 56 ff.; einschränkend MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1036 Rn. 10.

[228] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 57.

[229] *Schön*, Nießbrauch an Sachen, S. 57.

halt der Lizenz erreicht werden, selbst wenn dies über die Beschränkung von Randnutzungen hinausgeht. Dieses Ergebnis entspricht auch neueren Ansichten in der Literatur zum Nießbrauch an Sachen. Danach ist § 1030 Abs. 2 BGB nach formalen und nicht nach materiellen Kriterien auszulegen.[230] Möglich ist daher die Bestellung eines Nießbrauchs, bei dem bestimmte und abschließend aufgezählte Nutzungsmöglichkeiten gem. § 1030 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden, auch wenn dem Nießbraucher damit faktisch nur noch eine einzige Nutzungsmöglichkeit verbleibt.[231] Nicht möglich ist indes eine von vornherein getroffene inhaltliche Beschränkung des Nießbrauchs auf eine Einzelnutzung. Denn damit würde es sich nicht um einen Nießbrauch handeln, sondern um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit.[232]

Während in einem Lizenzvertrag daher die Nutzungsmöglichkeiten abschließend – positiv – genannt sein können, ist bei der Nießbrauchsbestellung der umgekehrte Weg zu gehen und es sind alle Nutzungsarten auszuschließen, die dem Nießbraucher *nicht* zustehen sollen. Nur dieses Vorgehen wird dem Grundverständnis des Nießbrauchs als umfassendes Nutzungsrecht gerecht. Es steht zudem im Einklang mit dem Zweck des sachenrechtlichen Typenzwangs.[233]

Anders als beim Nießbrauch an Sachen und namentlich bei Grundstücken, kommt es dagegen nicht darauf an, ob insoweit die Unterscheidung zu den Grunddienstbarkeiten gem. §§ 1018 bis 1029 BGB sowie den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gem. §§ 1090 bis 1093 BGB gewahrt bleibt. Denn eine dahingehende Konkurrenzsituation ist beim Nießbrauch an Rechten nicht möglich, da – vom Sonderfall des Eigentums einmal abgesehen – ein Recht weder Gegenstand einer Grunddienstbarkeit noch einer persönlichen Dienstbarkeit sein kann. Insoweit ist es ja gerade der Lizenzvertrag mit der Lizenzerteilung, die aus wirtschaftlicher Sicht in die Nähe des Nießbrauchs gerückt werden.[234] Dem ist jedenfalls für die ausschließliche Lizenz auch zuzustimmen. Denn bei einer ausschließlichen Lizenz (auch: Exklusivlizenz) gibt es lediglich einen Lizenznehmer. Diesem steht das exklusive Recht zur Verwertung des lizenzierten Patents zu. Eine solche Lizenz ist nicht nur ein positives Nutzungsrecht, sondern darüber hinaus – und vor allem (s.o.) – ein selbständiges gegen jedermann wirkendes Ausschlussrecht.[235] Im Ergebnis ist die ausschließliche

---

[230] Staudinger/*Frank*, § 1030 Rn. 55; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 63; Soergel/*Stürner*, § 1030 Rn. 10. So auch schon die 1. Kommission, vgl. Mugdan, Motive III, S. 493 für die Frage der Abgrenzung von Nießbrauch und Dienstbarkeit.

[231] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rn. 63.

[232] *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 32. A.A. LG Mühlhausen ElsLothr-NotZschr. 1914, 131 für den Nießbrauch beschränkt auf die Bewohnung eines einzelnen Zimmers in einem Haus.

[233] *Stürner*, AcP 194 (1994), 265, 280 ff.

[234] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 6.

[235] St. Rspr. seit RGZ 76, 235, 236; 148, 146, 147; BGH GRUR 1992, 310, 312 – Ta-

Lizenz von einer beschränkten Übertragung des Immaterialgüterrechts (etwa nach § 15 Abs. 2 PatG) nicht zu unterscheiden.[236] Die Übertragungswirkung der ausschließlichen Lizenz zeigt sich auch darin, dass der Lizenznehmer, jedenfalls soweit die Lizenz reicht, in die Rechtsstellung des Rechteinhabers einrückt. Diesem verbleibt (lediglich) das Stammrecht, er bleibt aber neben dem Lizenznehmer verbietungs- und klageberechtigt.[237] Nach überwiegendem Verständnis ist die ausschließliche Lizenz daher ein (quasi-)dingliches Recht.[238]

5. *Der Sicherungsfall und die Folgen*

Tritt der Sicherungsfall ein und wird der Nießbrauch ausgeübt, erhält der Nießbraucher eine Stellung entsprechend dem Inhaber des Stammrechts. Er kann dann etwa selbst Lizenzen erteilen, auch wenn ihm dies vor der Ausübung als Inhaber einer lediglich einfachen (rein schuldrechtlichen) Lizenz nicht möglich war und wenn diesbezüglich keine inhaltliche Angleichung stattgefunden hat (s.o.). Inhaltlich kann die erteilte Lizenz freilich nicht über den Inhalt des Nießbrauchs hinausgehen. Auch angesichts dessen sind mögliche Beschränkungen des Nießbrauchs genau zu definieren.

Endet der Nießbrauch, dann sollen auch derartige Lizenzen enden, insbesondere könne § 1056 BGB auf solche Lizenzverträge nicht (analog) angewendet werden.[239] Bei § 1056 BGB handelt es sich um eine auf Miet- und Pachtverhältnisse an Grundstücken und Wohnraum anzuwendende Vorschrift, die einen Bestandsschutz für entsprechende Vertragsverhältnisse auch nach Beendigung des Nießbrauchs vorsieht. Mit Beendigung tritt der Eigentümer an die Stelle des Nießbrauchers in dessen Rechte und Pflichten aus dem Miet-/Pachtverhältnis ein.[240] Der Verweis auf die §§ 566 ff. BGB betrifft vor allem die grundsätz-

---

schenbuchlizenz; BGHZ 128, 220, 223 – Kleiderbügel; sowie Benkard/*Ullmann*, PatG, § 15 Rn. 95; *Kraßer*, Patentrecht, § 40 V c) aa) (S. 931 f.); Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, Vor §§ 28 ff. Rn. 80 ff.

[236] *Kraßer,* Patentrecht, § 40 IV a) 3 (S. 928 f.).

[237] *Kraßer,* Patentrecht, § 40 V b) (S. 931).

[238] St. Rspr., vgl. RGZ 57, 38, 40 – Bernardos'sches Verfahren; 83, 93, 94 f. – Gummiabsätze; BGH GRUR 1959, 200, 202 – Der Heiligenhof; BGH GRUR 1963, 563, 565 – Aufhängevorrichtung; BGHZ 83, 251, 256 – Verankerungsteil; vgl. auch *Kraßer,* Patentrecht, § 40 V c) aa) (S. 931 f.); Benkard/*Ullmann,* PatG, § 15 Rn. 92; Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth/Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 51; Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, Vor §§ 28 ff. Rn. 80 ff. („gegenständlich"). Anders *Sosnitza,* in: FS Schricker, der wegen der nach seiner Ansicht überwiegenden Gemeinsamkeiten der beiden Lizenztypen einen rein schuldrechtlichen Charakter auch der ausschließlichen Lizenz für möglich hält, a. a. O. S. 183 ff. Kritisch zur Annahme eines dinglichen Charakters auch *Hilty,* Lizenzvertragsrecht, S. 113 f., 237 ff., 761 ff.

[239] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 6. Dagegen schließt Palandt/*Weidenkaff*, § 581 Rn. 16 eine Anwendung der auf Sachen zugeschnittenen Vorschriften auf Rechte nicht aus, hält aber nur eine „beschränkte entsprechende" Anwendung für möglich, was immer das auch heißen mag.

[240] Planck/*Brodmann*, § 1056 Ziff. 2 (S. 648 f.).

liche gesetzliche Anordnung des „Kauf bricht nicht Miete“ aus § 566 BGB und die Sondervorschrift für die Nießbrauchsbelastung in § 567 BGB. Eine (entsprechende) Anwendung von §§ 566, 1056 BGB i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB auf Lizenzverträge, als ein nach überwiegender Ansicht der Rechtspacht angenäherter Nutzungsvertrag,[241] scheint daher zunächst nicht fernzuliegen. Freilich ist § 566 BGB strukturell nicht auf den Wegfall eines Rechts (bzw. einer Sache) zugeschnitten, sondern auf einen Eigentümerwechsel. Der Mietvertrag wird dann zum Schutze des Mieters mit dem Erwerber fortgeführt. Durchbrochen wird durch diese mieterschützende Ausnahmevorschrift der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen.[242] Die Beendigung des Nießbrauchs ist aber kein solcher Wechsel in der Person des Sacheigentümers oder Rechteinhabers, sondern der endgültige Wegfall eines Rechts, vergleichbar dem Untergang der (Miet- oder Pacht-)Sache. Auf einen solchen Fall ist § 566 BGB aber ohnehin nicht anwendbar, denn ohne existente Mietsache geht auch ein solcher Sukzessionsschutz ins Leere.

6. *Die Beendigung des Nießbrauchs und die Folgen*

Bei der Beendigung des Nießbrauchs verbleiben dem Lizenznehmer daher ähnlich wie beim endgültigen Wegfall eines Immaterialgüterrechts – etwa eines Patents durch Nichtigerklärung – allenfalls schuldrechtliche Ansprüche aus dem Lizenzvertrag wegen Nichterfüllung. Dies gilt aber nur bei ausdrücklicher Vereinbarung, denn der Schutzrechtsinhaber haftet ansonsten nicht für den Bestand eines Schutzrechts.[243] Die nachträgliche Vernichtbarkeit gehört zum Wesen vor allem der gewerblichen Schutzrechte, daher ist der Abschluss eines Lizenzvertrags wie die Vollübertragung eines solchen Rechts für alle Beteiligten ein gewagtes Geschäft.[244]

a. Besonderheiten bei gewerblichen Schutzrechten?

Eine Lösung dieses Problems im Sinne eines Fortbestands der Lizenzen auch bei Beendigung des Nießbrauchs, könnte sich aber aus den immaterialgüterrechtlich normierten Sukzessionsschutzvorschriften ergeben. Betrachtet man freilich zunächst die für Patent- und Markenrechte einschlägigen § 15 Abs. 3 PatG und § 30 Abs. 5 MarkenG, zeigt sich auch hier, dass diese Sukzessionsschutzvorschriften – vergleichbar der Regelung in § 566 BGB – nur für den Fall des Inhaberwechsels gelten sollen. Darin nicht geregelt ist das Schicksal der

---

[241] Exemplarisch BGH GRUR 2006, 435 – Softwarenutzungsrecht; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 264 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Rn. 1043 ff. m. w. N.

[242] BGHZ 107, 315, 320.

[243] Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth/Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 18, 50.

[244] BGH GRUR 1982, 481 – Hartmetallkopfbohrer.

Lizenz beim Wegfall des Rechts, insbesondere durch einen ex nunc wirkenden Verzicht des Rechteinhabers gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 PatG oder § 48 MarkenG.

Einige – vor allem Stimmen im Patentrecht – befürworten insoweit eine analoge Anwendung des § 1071 BGB. Danach wäre die Wirksamkeit des Verzichts von der Zustimmung des Lizenznehmers abhängig. Dies soll jedenfalls für den Fall einer ausschließlichen Lizenz gelten,[245] während dem einfachen Lizenznehmer von vornherein nur die Geltendmachung schuldrechtlicher (Schadensersatz-)Ansprüche wegen Pflichtverletzung bleibt. Andere lehnen diese Analogie ab, vor allem unter Hinweis auf die begrenzten Möglichkeiten des die Löschung vornehmenden Deutschen Patent- und Markenamts (DPMA), das Vorliegen einer Zustimmung tatsächlich nachprüfen zu können.[246] Letztere Ansicht ist überzeugend, denn eine Prüfpflicht des DPMA im Hinblick auf die Wirksamkeit eines Verzichts ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dies gilt auch dann, wenn eine Eintragung der ausschließlichen Lizenz in die Patentrolle gem. § 30 Abs. 4 S. 1 PatG erfolgt ist.[247] Für Markenrechte gilt dieses Ergebnis entsprechend. Insoweit ist anerkannt, dass der Verzicht bereits unmittelbar das Erlöschen der Marke bewirkt.[248] Denn dem Verzicht kommt insoweit eine Doppelnatur als Verfahrenshandlung und materiell-rechtliche Handlung zu.[249]

Infolgedessen ist bei der Beendigung eines Nießbrauchs an einem Patent und an einem Markenrecht auch von einer unmittelbaren Beendigung der Lizenzen auszugehen, die der Nießbraucher erteilt hat. Ein entgegenstehender Sukzessionsschutz zugunsten des Lizenznehmers kann nach derzeitiger Gesetzeslage nicht angenommen werden.

b. Urheberrechtliche Besonderheiten?

Anders stellt sich die Situation im Urheberrecht dar. Dort ist nicht nur die gesetzliche Regelung verschieden von derjenigen bei den dargestellten gewerblichen Schutzrechten. Auch die jüngste Rechtsprechung des BGH zum Sukzessionsschutz von Unterlizenzen legt hier ein abweichendes Ergebnis nahe. Inwieweit vor allem diese – neue – Linie der Rechtsprechung zukünftig auch auf gewerbliche Schutzrechte übertragen werden wird, bleibt abzuwarten.

Denn im Gegensatz zu den patent- und markenrechtlichen Regelungen erstreckt § 33 S. 2 UrhG den Sukzessionsschutz von Lizenzen ausdrücklich auch auf den Fall des Verzichts. Freilich sind einem Verzicht im Urheberrecht aber

---

[245] *Kraßer*, Patentrecht, § 26 A I a) 4 (S. 573); Busse/*Schwendy*, PatG, § 20 Rn. 19; Fitzner/Lutz/Bodewig/*Einsele*, Patentrechtskommentar, § 20 Rn. 11.

[246] *Groß*, Der Lizenzvertrag, Rn. 267; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. 1402.

[247] *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. 1403 f. mit dem überzeugenden Hinweis auf den Entwurf des Art. 49 Abs. 3 S. 2 GPÜ-E, Regel 12 AOGPÜ-E, nachdem ein solcher Verzicht auch ohne Zustimmung des Lizenznehmers möglich war.

[248] Vgl. BGH GRUR 2001, 337 – EASYPRESS.

[249] *Fezer*, Markenrecht, § 48 Rn. 3 f.

bereits grundsätzlich und anders als bei gewerblichen Schutzrechten Grenzen gesetzt, so dass diese Regelung möglicherweise im Ergebnis doch nur eine eingeschränkte Bedeutung hat. Denn wegen der beschriebenen engen vor allem persönlichkeitsrechtlichen Bindung des Urhebers zu seinem Werk, sind Verfügungen über das Urheberrecht „als Ganzes", also über das Stammrecht, von vornherein nicht möglich (s.o.). Ein Verzicht i.S. des § 33 S. 2 UrhG ist aber nichts anderes als eine Verfügung über ein Recht.[250] Auf das Stammrecht kann der Urheber daher mit der Folge einer Dereliktion nicht verzichten. Unverzichtbar sind auch die gesetzlich genannten Rechte des Urhebers, beispielsweise die Vergütungsansprüche in § 20b Abs. 2 S. 2 und § 63a S. 1 UrhG.

Auf einzelne Verwertungsrechte gem. § 15 UrhG soll der Urheber aber durchaus verzichten können, und zwar in dem Umfang, in dem er Nutzungsrechte einzuräumen vermag. Gedeutet wird ein solcher Verzicht zumeist als rechtfertigende Einwilligung in den Urheberrechtseingriff.[251] Im Ergebnis kann dies dann aber weniger als ein „echter" Verzicht im Sinne eines Erlasses gem. § 397 BGB, sondern eher als Erteilung einer einfachen Lizenz (nach überkommener Ansicht müsste es sich dabei um eine sog. negative Lizenz handeln) angesehen werden,[252] so dass insoweit eher § 33 S. 1 anzuwenden ist und nicht § 33 S. 2 UrhG, der den Sukzessionsschutz bestehender Rechte bei der weiteren Vergabe von Nutzungsrechten regelt.

Wegen dieser nur sehr eingeschränkten Möglichkeit eines Verzichts im Urheberrecht ist auch diese gesetzliche Regelung keine geeignete Grundlage für die Argumentation zugunsten eines Fortbestehens jedenfalls von urheberrechtlichen Nutzungsrechten bei Beendigung des Nießbrauchs. Was bleibt, ist der Vergleich mit den Tatbeständen der §§ 41, 42 UrhG und der dazu ergangenen jüngeren Rechtsprechung des BGH. Die §§ 41, 42 UrhG sind singuläre Vorschriften innerhalb der immaterialgüterrechtlichen Regelungen. Zudem zeigen sich an diesen Regelungen einmal mehr die Besonderheiten des Urheberrechts im Vergleich zu den gewerblichen Schutzrechten. Denn bei Patent- und Markenrechten gibt es keine vergleichbaren Regelungen zugunsten des Rechteinhabers. Über die §§ 41, 42 UrhG ist es dem Urheber möglich, in den dort abschließend genannten Fällen ein erteiltes Nutzungsrecht zurückzurufen. Dies gilt unbeschadet sonstiger zivilrechtlicher Ansprüche zur (vorzeitigen) Beendigung der Nutzungsüberlassung.[253]

---

[250] Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Grunert,* UrhG, § 33 Rn. 7.

[251] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim,* Urheberrecht, § 29 Rn. 25; Loewenheim/*A. Nordemann*, Hdb. d. UrhR, § 23 Rn. 11. Gänzlich gegen einen Verzicht auch nur einzelner Rechte des Urhebers wegen der „Ausstrahlungswirkung" des Stammrechts *Gamm,* UrhG (1968) § 29 Rn. 6 (unter Hinweis auf BGHZ 17, 266, 278 – Grundig-Reporter).

[252] Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, UrhR, § 29 Rn. 12.

[253] Siehe dazu insgesamt Schricker/Loewenheim/*Schricker/Peukert,* Urheberrecht, § 41 Rn. 12.

Infolge des Rückrufs erlischt gem. § 41 Abs. 5 UrhG das eingeräumte und vom Stammrecht (auch: Mutterrecht) abgespaltene ausschließliche und damit dingliche Nutzungsrecht und fällt an den Urheber zurück. Nicht geregelt ist in den §§ 41, 42 UrhG freilich, was in einem solchen Fall mit vom Nutzungsrechtsinhaber gegebenenfalls eingeräumten Nutzungsrechten (sog. Enkelrechten) geschieht. Der Gesetzgeber hat dies vielmehr ausdrücklich offengelassen.[254] Nach der wohl h.M. sollen in diesem Fall auch derartige Enkelrechte an den Urheber zurückfallen. Begründet wird dies vor allem mit dem im Urhebervertragsrecht herrschenden Zweckbindungsgedanken (vgl. § 31 Abs. 5 UrhG) und dem ohne weiteres einleuchtenden Argument, dass jemand (hier der Inhaber des an den Urheber zurückgefallenen Mutterrechts) einem anderen nicht mehr an Befugnissen (das meint das Enkelrecht) einräumen kann, als er selbst innehat, denn der Zweiterwerber leitet seine Rechtsstellung ausschließlich vom Ersterwerber ab.[255] Hat der Inhaber des Tochterrechts dieses aber durch den Rückfall verloren, fehlt der Anknüpfungspunkt für die Existenz des Enkelrechts. Das ist gemeint, wenn vom „Zusammenbruch" einer Lizenzkette die Rede ist.

Anders hat aber der BGH in jüngeren durchaus aufsehenerregenden Urteilen entschieden. Er hat zunächst für den Fall des wirksamen Rückrufs eines Nutzungsrechts nach § 41 UrhG festgestellt, dass entgegen der o.g. überwiegend geäußerten Ansicht ein einfaches Nutzungsrecht (Enkelrecht) beim Zweiterwerber bestehen bleibe. Dieser Sukzessionsschutz sei – obwohl nicht gesetzlich geregelt – mit dem Fall des § 33 S. 2 UrhG vergleichbar. Eine umfassende Interessenabwägung falle zugunsten der wirtschaftlichen Interessen des Inhabers des Enkelrechts aus.[256] Das Gericht hat diese Annahmen zum Sukzessionsschutz urheberrechtlicher Lizenzketten in den Entscheidungen „M2Trade"[257] und „Take Five"[258] bestätigt, auch über die Besonderheiten des urheberrechtlichen Rückrufs hinaus.

Angesichts dieser Entscheidungen kann jedenfalls für urheberrechtliche Nutzungsrechte durchaus die Ansicht vertreten werden, dass bei Beendigung eines Nießbrauchs an Urheberrechten vom Nießbraucher eingeräumte Enkelrechte nicht automatisch enden. Die Begründungen des BGH, die insbesondere in den beiden späteren Entscheidungen deutlich auf Abwägungsentscheidungen vor allem hinsichtlich der jeweiligen wirtschaftlichen Folgen des Verlustes der Nut-

---

[254] Vgl. BT-Drucks. 14/6433, S. 16.

[255] Siehe dazu Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, UrhR, § 31 Rn. 34; Schricker/Loewenheim/*Schricker/Peukert,* Urheberrecht, § 41 Rn. 12; OLG Karlsruhe ZUM-RD 2007, 76, 78; OLG München ZUM-RD 1997, 551, 553 – Das Piano; *W. Nordemann,* GRUR 1970, 174.

[256] BGHZ 180, 344, 352 Rn. 18 ff. – Reifen Progressiv, mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand.

[257] BGH GRUR 2012, 916.

[258] BGH GRUR 2012, 914.

zungsrechte basieren,[259] lassen sich auch ohne weiteres auf gewerbliche Schutzrechte übertragen, wobei insoweit die strukturellen Unterschiede zum Urheberrecht nicht vernachlässigt werden dürfen.[260]

D. Zwischenergebnis – Immaterialgüterrechte und Nießbrauch

Die Aussage in der älteren Literatur, wonach ein Nießbrauch an Immaterialgüterrechten „in der deutschen Praxis unbekannt" sei,[261] kann heute nicht mehr aufrechterhalten werden. Denn diese Fälle eines Nießbrauchs an Rechten existieren und ihnen kommt vor allem in der beschriebenen Form des Lizenzsicherungsnießbrauchs auch eine nicht zu leugnende praktische Bedeutung zu. Auch *Kohler* widmet dem „Niessbrauch an einem Patentgut" in seinem Handbuch von 1900 und seinem Lehrbuch von 1908 jeweils einen eigenen Abschnitt.[262] Über die Möglichkeit der Bestellung eines Nießbrauchs am „Autorrecht" – und allgemein an urheberrechtlich geschützten Werken – hatte er bereits im Jahr 1880 publiziert.[263]

Wie gezeigt wurde, können Immaterialgüterrechte als Stammrechte Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Dies kann als Grundsatz nicht überraschen, denn sie sind nach den hier erarbeiteten Kriterien subjektive Rechte. Ihre Belastung ist jedenfalls immer dann möglich, wenn die diesbezüglichen allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, das betreffende Recht also nießbrauchsfähig ist. Dahingehend ergeben sich aber durchaus Grenzen, weil bei einigen Immaterialgüterrechten – namentlich dem Urheberrecht – eine Übertragung des Stammrechts nicht möglich ist, ein Nießbrauch daher auch nicht *an diesen* bestellt werden kann. Bei solchen Rechten kann allenfalls eine Übertragung einzelner (Verwertungs-)Befugnisse in Frage kommen, so dass sich eine Belastung – als Vergemeinschaftung im schon beschriebenen Sinne – auch auf die Vergemeinschaftung dieser Befugnisse beschränken muss. Aus der Sicht des Nießbrauchs als Fruchtziehungsrecht ist dies aber auch ausreichend, da insoweit jedenfalls die wirtschaftlich relevanten vermögenswerten Verwertungsrechte übertragen und also auch belastet werden können.

---

[259] Siehe dazu nur *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345.

[260] Siehe dazu *Hauck*, AcP 211 (2011), 626, 636 ff.

[261] So *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB, S. 35 f. unter Hinweis auf „hervorragende Praktiker des Patentrechts", wie *Seligsohn* und *Isay*. Zu dieser Zeit gab es aber jedenfalls bereits die Dissertation von *Herrmann*, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrecht, Göttingen 1900 und die Arbeiten *Josef Kohlers* zum Patentrecht, dem herausragenden Immaterialgüterrechtler seiner Zeit, in denen jeweils auch auf die Nießbrauchsbestellung eingegangen wurde.

[262] *Kohler*, Handbuch des Deutschen Patentrechts, § 197 (S. 498 ff.); *ders.*, Lehrbuch zum Patentrecht, § 52 (S. 181 ff.).

[263] Vgl. *Kohler*, Das Autorrecht, S. 278 ff.

E. Lizenzen als Gegenstand des Nießbrauchs

Auch an einer Lizenz selbst, also an dem rechtsgeschäftlich begründeten Nutzungsrecht an einem Immaterialgüterrecht, kann ohne weiteres ein Nießbrauch bestellt werden. Dieser kann etwa der Sicherung des Unter-Lizenznehmers (Nießbrauchers) im Fall der Insolvenz des Haupt-Lizenznehmers dienen, quasi als *back up*. Denn für den Unter-Lizenznehmer ist der Haupt-Lizenz*nehmer* Lizenz*geber* (aus seiner Sicht also quasi der Rechteinhaber). Die Situation ist also vergleichbar der oben beim Lizenzsicherungsnießbrauch beschriebenen, nur eben innerhalb der Lizenzkette um eine Stufe „nach unten" verlagert.[264] Unerheblich ist dabei die Rechtsnatur der Lizenz als entweder rein schuldrechtlich – was überwiegend für die einfache Lizenz angenommen wird – oder als dinglich, was bei der ausschließlichen Lizenz nahezu ohne Einschränkungen anerkannt wird. Der Nießbrauch an einer einfachen Lizenz wird dabei als Nießbrauch an der Forderung aus dem Lizenzvertrag anzusehen sein. Da es dabei um den Forderungsinhalt der Nutzung des betreffenden Immaterialgüterrechts geht, handelt es sich um eine nicht-verzinsliche Forderung, so dass die §§ 1074, 1075 BGB anwendbar sind.[265]

Für die Bestellung eines solchen Nießbrauchs ist aber Voraussetzung, dass der Lizenznehmer über sein Recht verfügen kann. Grundsätzlich gilt, dass derartige Lizenzen Gegenstände des Rechtsverkehrs sein können, vor allem bei ausschließlichen Lizenzen soll der Lizenznehmer jedenfalls faktisch sogar in die Position des Stammrechtsinhabers eintreten.[266] Bei einfachen Lizenzen gilt dagegen der Grundsatz, dass der Lizenznehmer nicht zur Unterlizenzierung befugt ist, selbst also keine weiteren Lizenzen erteilen kann, sofern dies nicht ausdrücklich vertraglich durch den Lizenzgeber zugelassen wurde. Gerade einfache Lizenzen können auch personen- oder häufiger noch betriebsgebunden erteilt werden,[267] was ihre Verkehrsfähigkeit ebenfalls einschränkt. Derartige Beschränkungen wirken sich auch auf die Nießbrauchsfähigkeit einer Lizenz aus, so dass eine solche unter Umständen nicht möglich ist, weil über das Recht nicht verfügt werden kann, vgl. § 1069 Abs. 2 BGB.

Für Lizenzen an urheberrechtlich geschützten Werken – das UrhG spricht in § 31 von „Nutzungsrechten", was an dieser Stelle aber als „Lizenzen" verstanden werden kann – gilt wegen der engen persönlichkeitsrechtlichen Bindung an den Urheber (dazu schon oben B. IV.), dass jegliche Nutzungsrechte nur mit

---

[264] Konsequenterweise müsste insoweit vom Unterlizenz-Sicherungsnießbrauch gesprochen werden.

[265] Siehe für Einzelheiten unten Kap. 4 B. II. (S. 349 ff.).

[266] Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth*/*Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 39; Busse/*Hacker*, PatG, § 15 Rn. 64.

[267] *Kraßer*, Patentrecht, § 40 V d) (S. 933 f. mit Fn. 34); Fitzner/Lutz/Bodewig/*Loth*/*Hauck*, Patentrechtskommentar, § 15 Rn. 39; Busse/*Hacker*, PatG, § 15 Rn. 73.

Zustimmung des Urhebers übertragen werden können (§ 34 Abs. 1 S. 1 UrhG). Allerdings darf der Urheber seine Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern (§ 34 Abs. 1 S. 2 UrhG). Etwas anderes gilt aber für eine Übertragung „im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens" oder jedenfalls von Unternehmensteilen, § 34 Abs. 3 UrhG. Im Kontext des Nießbrauchs an einem Unternehmen (siehe oben Kap. 2 C.) sind derartige Nutzungsrechte also ohne weiteres übertragbar und damit insoweit auch nießbrauchsfähig. Dies gilt aber wiederum nicht für personen- und betriebsgebundene Lizenzen, die häufig gerade deswegen erteilt werden, um bei einem Wechsel des Unternehmensträgers einen solchen Übergang zu verhindern.

F. Die Nießbrauchsfähigkeit weiterer Rechte

I. Persönlichkeitsrechte

Bei den Persönlichkeitsrechten sind das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG und die besonderen Persönlichkeitsrechte voneinander zu unterscheiden. Zu letzteren zählen etwa das Urheberpersönlichkeitsrecht (s.o.), das Namensrecht gem. § 12 BGB und das Recht am eigenen Bild, §§ 22, 23 KunstUrhG. Die besonderen Persönlichkeitsrechte können als Teile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen werden. Wobei insoweit die Ansicht vorherrscht, darin eigenständige, insbesondere von der Rechtsprechung entwickelte Rechte zu sehen, die dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als speziellere und besonders ausgeformte Rechte quasi gegenüberstehen.[268] Diese divergierenden Ansichten zur dogmatischen Einordnung vermögen freilich nichts an der Anerkennung dieser subjektiven Rechte zu ändern.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt nicht nur ideelle, sondern auch kommerzielle Interessen. Insoweit ist es ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht.[269] Das ist nicht neu, denn der BGH hatte schon in der als grundlegend zu bezeichnenden „Paul Dahlke"-Entscheidung zutreffend herausgestellt, dass bestimmte Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht nur gegen Entgelt gestattet werden und dass Verletzungen deshalb vermögensrechtliche Ersatzansprüche auslösen können,[270] auch wenn bei dieser Entscheidung der ideelle Aspekt des Persönlichkeitsrechts im Vordergrund gestanden hatte. Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht erneut aufgegriffen wurde dessen vermögensrechtliche Seite

---

[268] Vgl. dazu nur Staudinger/*Kannowski*, Vorbem zu § 1 Rn. 21. Siehe zum Verhältnis auch *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 80 I 6 (S. 496 ff.).

[269] BGHZ 169, 340 Rn. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGHZ 143, 214, 220 – Marlene Dietrich; BGH NJW 2000, 2201, 2202 – Der blaue Engel. Kritisch zu dieser Entwicklung insb. *Schack,* JZ 2000, 1060. Umfassend dazu MüKo-UWG/*Ann/Hauck*, Grundl Rn. 166 ff.

[270] BGHZ 20, 345.

erst wieder in den beiden BGH-Leitentscheidungen „Marlene Dietrich“[271] und „Der Blaue Engel“[272]. Diese Entwicklung entspricht der allgemeinen ökonomischen Entwicklung, nach der das allgemeine Persönlichkeitsrecht als quasi werthaltiger Faktor nicht anders zu qualifizieren ist, als die besonderen Persönlichkeitsrechte, etwa das des Urhebers. Denn auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist in zahlreichen Elementen und Details einer selbständigen wirtschaftlichen Verwertung im Rechtsverkehr unterworfen.[273] Wertungsunabhängig ist die Entwicklung hin zur Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen eine Rechtstatsache und wird der Persönlichkeitsschutz durch die Anerkennung der kommerziellen Seite des Persönlichkeitsrechts darum zu Recht gestärkt. Die gilt vor allem für den Schutz über § 823 Abs. 1 BGB bei Fällen der Zwangskommerzialisierung.

Aufgrund dieser ökonomischen Komponente auch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, steht die Fähigkeit dieses Rechts, Nutzungen i.S. von § 100 BGB zu gewähren, außer Frage. Für dieses Recht und die genannten besonderen Persönlichkeitsrechte gelten ferner dieselben Grundsätze, die für das Urheberpersönlichkeitsrecht entwickelt wurden (s.o.). Danach sind die jeweiligen Stammrechte (translativ) unübertragbar und infolgedessen auch nicht nießbrauchsfähig. Soweit an diesen Rechten aber Nutzungsrechte bestellt werden können – dies wird wirtschaftlich vor allem bei den besonderen Persönlichkeitsrechten in Betracht kommen, etwa beim Recht am eigenen Bild gem. §§ 22, 23 KunstUrhG und am Namensrecht gem. § 12 BGB – ist auch eine Nießbrauchsbestellung möglich. Denn es handelt sich dann ebenfalls nicht um eine translative, sondern (nur) um eine gebundene Rechtsübertragung.

II. Anwartschaftsrechte

Anwartschaftsrechte sind übertragbare subjektive Rechte. Man wählt diese Bezeichnung in der Regel zur Beschreibung der Rechtsposition des Eigentumsvorbehaltskäufers, bevor dieser das Vollrecht Eigentum erwirbt, sofern der Veräußerer diese Stellung nicht mehr einseitig zu zerstören vermag.[274] Nach überzeugender Ansicht können Anwartschaftsrechte aber darüber hinaus an vielfältigen anderen Rechten als dem Eigentum anerkannt werden, etwa auch bei Immaterialgüterrechten in deren Entstehungsphase.[275] Es gibt also „Anwartschafts-

[271] BGHZ 143, 214 = BGH NJW 2000, 2195.
[272] BGH NJW 2000, 2201.
[273] *Ullmann*, WRP 2000, 1049, 1051.
[274] Vgl. etwa Staudinger/*Frank*, § 1068 Rn. 2; Staudinger/*Bork*, Vorbem zu §§ 158 ff Rn. 53; BGHZ 45, 186, 188 f.; 49, 197, 201; BGH NJW 1991, 2019, 2020.
[275] Dazu umfassend *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, passim. Siehe zum Anwartschaftsrecht des Erfinders und zum Markenanwartschaftsrecht schon oben B. I., III.

rechte an Rechten".[276] Anwendbar auf die Nießbrauchsbestellung sind die Vorschriften zur Übertragung des jeweiligen Vollrechts.[277] Durch die analoge Anwendung des § 1075 BGB soll sich der Nießbrauch dann am Vollrecht fortsetzen.[278] Diese Rechtsfolge ergibt sich freilich bereits unmittelbar aus der entsprechenden dinglichen Surrogation, so dass es des Rückgriffs auf § 1075 BGB nicht bedarf. Denn wenn die Vorstufe des Vollrechts belastet und eine entsprechende Vergemeinschaftung eingetreten ist, kann dieser Zustand durch die Entstehung des Vollrechts nicht zuungunsten des Berechtigten geändert werden.

III. Die Firma

Die Firma ist gem. § 17 HGB „der Name [eines Kaufmanns], unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt". Auch wenn dessen Rechtsnatur im Einzelnen umstritten ist, kann mit der überwiegenden Ansicht davon ausgegangen werden, dass es sich beim Recht des Inhabers *an* der Firma um ein subjektives Recht mit persönlichkeitsrechtlicher und vermögensrechtlicher Prägung handelt.[279] Dieses Recht, das zunehmend als ein Immaterialgüterrecht verstanden wird, ist daher ein Verfügungsgegenstand.[280] Die Übertragung „der Firma" ist gem. § 23 HGB aber nur zusammen mit dem Handelsgeschäft gestattet. Es gilt das Verbot der Leerübertragung, Firma und Handelsgeschäft sind akzessorisch.[281] Nach dem oben gesagten muss insoweit aber auf das Recht des Inhabers *an der Firma* abgestellt werden, weil „die Firma" – isoliert betrachtet – eben nur ein Name und daher schon kein Recht ist.

Aus dem Verbot der Leerübertragung ergibt sich bereits, dass eine Nießbrauchsbestellung isoliert am Recht an der Firma nicht möglich ist. Vergleichbar ist das Recht an der Firma daher auch nicht (isoliert) pfändbar, §§ 857 Abs. 1, 3, 851 Abs. 1 ZPO.[282] Daraus folgt aber auch, dass im Rahmen eines Unternehmensnießbrauchs auch das Recht an der Firma auf den Nießbraucher übergeht, sofern dieser beim Vollnießbrauch die Unternehmerstellung einnimmt.[283]

Von § 23 HGB seinem Zweck nach nicht erfasst soll dagegen eine nur schuldrechtliche Gestattung zur Nutzung der Firma sein, sofern keine Firmenver-

---

[276] Dies gilt freilich schon beim Recht Eigentum, wenn man insoweit eben zutreffend auf das Recht abstellt und nicht auf die Sache.

[277] BGHZ 18, 16, 21.

[278] Vgl. etwa Erman/*Michalski*, § 1069 Rn. 2; Staudinger/*Frank*, § 1069 Rn. 9.

[279] Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Zimmer*, HGB, § 17 Rn. 11.

[280] *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 12 Rn. 35.

[281] Siehe nur Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Zimmer*, HGB, § 23 Rn. 1.

[282] RGZ 68, 49, 55; 95, 235, 236; BGHZ 32, 103, 105 f.; 85, 221, 223; MüKo-BGB/*Damrau*, § 1273 Rn. 2.

[283] Dazu oben Kap. 2 C. III., IV. (S. 290 ff.).

dopplung vorliegt.[284] Auch das RG ging von einem schuldrechtlichen Gestattungsvertrag aus, bei dem nicht die Firma selbst, sondern das Recht zum Gebrauch der Firma unter Verzicht auf die eigene Weiterbenutzung einem anderen bewilligt wird.[285] Diese Konstruktion erinnert an die Übertragbarkeit des Ausübungsrechts beim Nießbrauch.[286] Dagegen wird heute zum Teil sogar angenommen, dass eine dinglich wirkende Übertragung des Rechts nach den §§ 413, 398 BGB möglich ist, die zu einer Änderung der Rechtszuständigkeit durch einen derivativen Erwerb führt.[287]

Letzterer Ansicht ist unter dem Vorbehalt zuzustimmen, dass es nicht zu der schon genannten Firmenverdoppelung und zu einem sonstigen Verstoß gegen die Firmengrundsätze der §§ 18 ff. HGB kommen darf. Insoweit kann daher auch die Nießbrauchfähigkeit des Rechts an der Firma bejaht werden. Wobei dahingehend anzumerken ist, dass die Nießbrauchsbestellung, auf die die Übertragungsvorschriften anzuwenden sind, unbeschadet dessen gerade keine Übertragung des Rechts darstellt. Daher besteht bei einer solchen Bestellung auch nicht die Gefahr einer Firmenverdoppelung und somit einer Täuschung des Handelsverkehrs. Für die Zulässigkeit eines solchen Nießbrauchs spricht ferner der Sinn und Zweck des § 23 HGB, durch den einem Firmenhandel der Riegel vorgeschoben werden sollte.[288] Dazu kommt es aber beim Nießbrauch augenscheinlich nicht, weil eben schon keine Übertragung des Rechts stattfindet. Inwieweit das Recht an der Firma aber tatsächlich Nutzungen abwirft, wird im Einzelfall zu beurteilen sein. Ausgeschlossen ist dies aber nicht, im Grundsatz ist dieses Recht daher ein nießbrauchsfähiges Recht.

IV. Verschaffungsansprüche

Ansprüche auf Verschaffung einer Sache können jedenfalls dann mit einem Nießbrauch belastet werden, wenn die zu verschaffende Sache nutzbar ist.[289] Da es sich bei solchen Ansprüchen um nicht-verzinsliche Forderungen handelt, sind die §§ 1074, 1075 BGB anwendbar. Gemäß § 1075 Abs. 1 BGB erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher erwirbt unmittelbar kraft Gesetzes einen Nießbrauch daran.[290]

---

[284] Vgl. BGHZ 122, 71.
[285] RGZ 9, 104, 106; 107, 31, 33.
[286] Dazu oben Kap. 1 D. III. (S. 259 ff.).
[287] Vgl. etwa *Canaris*, Handelsrecht, § 10 Rn. 30; MüKo-HGB/*Heidinger*, § 23 Rn. 11.
[288] Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Zimmer*, HGB, § 23 Rn. 8 f.
[289] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1069 Rn. 6.
[290] Zum Nießbrauch an Forderungen noch unten Kap. 4.

Zusammenfassung Kapitel 3

Im Anschluss an das obige (D.) Zwischenergebnis zum Nießbrauch an Immaterialgüterrechten wurde auf den Nießbrauch an Lizenzen und an weiteren Rechten eingegangen, die größtenteils gewisse Ähnlichkeiten aufweisen zu den Immaterialgüterrechten, die in diesem Kapitel umfassend behandelt wurden. Wichtigstes Ergebnis ist dabei, dass Lizenzen als Forderungen selbstverständlich Gegenstände von Nießbrauchsrechten sein können. Bei den Persönlichkeitsrechten wurde dargestellt, dass insoweit einmal mehr die Übertragbarkeit eine entscheidende Rolle spielt, um die Frage der Nießbrauchsfähigkeit beantworten zu können. Vergleichbar den Ergebnissen beim Urheberrecht gilt auch insoweit, dass allein die vermögensrechtlichen Teile dieser Rechte mit Nießbrauchsrechten belastet werden können, weil nur diese übertragbar sind. Nießbrauchsfähig sind ferner das Recht an der Firma – aber nicht die Firma selbst –, sowie Verschaffungsansprüche und Anwartschaftsrechte. Bei letzteren gilt zudem, dass sich ein Nießbrauchsrecht an einem solchen Recht am späteren Vollrecht fortsetzt.

Kapitel 4

Nießbrauch an Forderungen und an beschränkten dinglichen Rechten

Der in den §§ 1074 bis 1079 BGB geregelte Nießbrauch an Forderungen wird in speziellen Zusammenhängen auch an einigen anderen Stellen dieser Arbeit erwähnt. Einige dieser Vorschriften werden dort auch weitergehend besprochen, etwa beim Anteilsnießbrauch.[1] Im Folgenden soll in diesem Kapitel daher auf die dahingehenden allgemeinen Fragestellungen eingegangen werden. Gesetzessytematisch sind dabei die §§ 1074, 1075 BGB allein auf unverzinsliche Forderungen anzuwenden. Dagegen gelten die §§ 1077 bis 1079 BGB gem. § 1076 BGB ausschließlich für verzinsliche Forderungen.

Ferner können auch beschränkte dingliche Rechte als „Rechte" mit einem Nießbrauch belastet werden, wenn sie nießbrauchsfähig sind. Im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist der Nießbrauch an einer Grund- oder Rentenschuld gem. § 1080 BGB. Da auf diese die Regelungen für den Nießbrauch an Forderungen anzuwenden sind, werden sie ebenfalls in diesem Kontext dargestellt.

Dagegen werden andere beschränkte dingliche Rechte im Gesetz nicht als mit einem Nießbrauch belastbar erwähnt. Ausgeschlossen ist dies damit freilich nicht. Ob solche Rechte aber nießbrauchsfähig sind, muss mangels ausdrücklicher Regelung jeweils positiv festgestellt werden. Eine besondere Bedeutung kommt dabei der Übertragbarkeit des Rechts zu, die bei einigen solchen Rechten gerade ausgeschlossen ist. Ist sie zu verneinen, ist auch eine Nießbrauchsbestellung nicht möglich.

Nach der hier herausgearbeiteten Systematik[2] sind die insoweit zu belastenden Rechte Gegenstände 2. Stufe, da sie selbst Rechte an anderen Rechten sind, nämlich am jeweils belasteten Grundstückseigentum. Der Nießbrauch an einem solchen Recht ist ein Gegenstand 3. Stufe. Etwas anderes gilt bei Forderungen, diese sind Gegenstände 1. Stufe.

---

[1] Dazu unten Kap. 5.

[2] Siehe oben AT Kap. 2 a. E. (S. 140).

A. Forderungen

Im Gesetz geregelt wird der Nießbrauch an unverzinslichen und an verzinslichen Forderungen, wobei *Johow* insoweit davon ausging, dass letztere das „häufigste und geeignetste Objekt des Nießbrauchs" bilden werden.[3]

I. Verzinsliche Forderungen

Bei kraft Rechtsgeschäft verzinslichen Forderungen besteht der für den Nießbraucher nutzbare Ertrag des belasteten Gegenstands in den anfallenden Zinsen. Was dabei im Einzelnen Gegenstand der Forderung ist, ist unerheblich, es kommt allein auf die kontinuierlich anfallenden Zinserträge als Früchte an.[4] Denkbar ist freilich auch – entscheidend ist der Parteiwille –, dass die Bestellung des Nießbrauchs gerade auf die Zuwendung des Gegenstands der Forderung selbst gerichtet ist, auch wenn diese verzinslich sein sollte. In einem solchen Fall handelt es sich um einen Nießbrauch an unverzinslichen Forderungen und die dafür geltenden Vorschriften sind anwendbar (dazu unten II.).

Gemäß § 1077 BGB steht das Recht zur Kündigung und Einziehung der nießbrauchsbelasteten Forderung hinsichtlich seiner aktiven und passiven Seite Nießbraucher und Besteller/Gläubiger (nur) gemeinschaftlich zu. § 1077 BGB wirkt dinglich, also auch gegenüber dem Schuldner, während § 1078 BGB nur das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Gläubiger betrifft.[5] Nach § 1077 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Schuldner seine Leistung nur an Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich erbringen; Gläubiger und Nießbraucher haben nach § 1077 Abs. 2 BGB jeder für sich das Recht, Leistung an beide gemeinschaftlich oder – statt der Zahlung – Hinterlegung für beide zu verlangen. Die jeweilige Mitwirkungspflicht dazu bei Fälligkeit und ggf. zur Kündigung der Forderung ist in § 1078 S. 1, 2 BGB geregelt. Leistet der Schuldner dagegen ausschließlich an Gläubiger oder Nießbraucher, wird er von seiner Leistungspflicht dem anderen gegenüber nur dann frei, wenn dieser zugestimmt hat oder wenn die Voraussetzungen der §§ 1070, 407 Abs. 1 BGB vorliegen.[6]

Als Rechtsfolge führt die Leistung an Gläubiger und Nießbraucher bei zu leistenden Sachen zum Mitbesitz von Nießbraucher und Gläubiger, zum Eigentumserwerb des Gläubigers und zum unmittelbaren gesetzlichen Nießbrauchserwerb des Nießbrauchers am Gegenstand der Leistung.[7] Ist die Forderung jedoch – wie bei Geld – auf die Leistung verbrauchbarer Sachen gerichtet, soll

---

[3] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1333.

[4] Vgl. zur notwendigen Trennung zwischen dem Inhalt eines Rechts und den Nutzungen noch unten beim Stimmrecht im Kontext des Anteilsnießbrauchs (Kap. 5 E.).

[5] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1077 Rn. 1.

[6] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1077 Rn. 5.

[7] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1077 Rn. 4.

sich aus §§ 1075 Abs. 2, 1067 BGB ergeben, dass Gläubiger und Nießbraucher Miteigentümer werden.[8] Dagegen wendet sich aber zu Recht die h.M. Denn die Vorschriften über den Quasi-Nießbrauch finden auf verzinsliche Forderungen gerade keine Anwendung,[9] weil ansonsten das Verhältnis zwischen den §§ 1074, 1075 BGB und den §§ 1077 bis 1079 BGB verkannt würde. Anerkannt ist zudem, dass die §§ 1077 bis 1079 BGB dispositiv sind, dass dem Nießbraucher also nach dem Willen der Parteien eine stärkere Stellung eingeräumt werden *kann*.[10]

Der durch die Leistung herbeigeführte Zustand (Rechtsinhaberschaft des Gläubigers, Nießbrauch zugunsten des Nießbrauchers) ist freilich nur ein Zwischenzustand,[11] der erst durch Anlegung des geleisteten Kapitals sowie die Nießbrauchsbestellung daran gem. § 1079 BGB beendet wird. Die Anlage des Kapitals gem. § 1079 S. 1 BGB hat nach den für Mündelgeld geltenden Vorschriften zu erfolgen. Es gelten die § 1807 BGB, Art. 212 EGBGB. Gemäß § 1079 S. 2 BGB bestimmt der Nießbraucher über die Art der Anlage, was sinnvoll ist, weil ihm schließlich die Zinsen als Nutzungen i. S. von § 100 BGB und im Einzelnen als unmittelbare Rechtsfrüchte i. S. von § 99 Abs. 2 BGB[12] zustehen.

II. Unverzinsliche Forderungen

1. Allgemeines

Dagegen beginnt – wie *Johow* schreibt – die eigentliche Nutzung bei der unverzinslichen Forderung erst „mit dem Eingange der Leistung“,[13] also bei der Realisierung des jeweiligen Inhalts der Forderung. Dieser Vorgang ist ein einmaliger, weil eben – anders als bei verzinslichen Forderungen – keine kontinuierlichen Zinserträge als Nutzungen anfallen. Anwendbar sind insoweit (allein) die §§ 1074, 1075 BGB, die die Rechtsstellung des Nießbrauchers im Vergleich zu den §§ 1077 bis 1079 BGB für den Nießbrauch an verzinslichen Forderungen freilich stärken. Die Erklärung dafür ist einleuchtend. Denn weil der Nießbraucher insoweit eben nicht auf (laufende) Zinserträge als Früchte zurückgreifen kann, müssen seine Befugnisse – quasi als eine Art Kompensation für seine inhaltlich schwächere Rechtsstellung – gesetzlich erweitert werden, da ihm der Zugriff unmittelbar auf den Gegenstand der Forderung ermöglicht werden muss.

---

[8] Soergel/*Stürner,* § 1077 Rn. 1; *Wolff/Raiser,* Sachenrecht, § 121 II (S. 487).

[9] Staudinger/*Frank*, §§ 1077 f Rn. 13; RGRK-BGB/*Rothe*, § 1077 Rn. 2; Palandt/*Bassenge,* § 1077 Rn. 1; Erman/*Michalski*, § 1077 Rn. 1; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1077 Rn. 4.

[10] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1076 Rn. 4.

[11] Mugdan, Motive III, S. 554.

[12] Siehe nur Palandt/*Ellenberger*, § 99 Rn. 3.

[13] Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1333.

2. Die einzelnen Regelungen

Nach § 1074 S. 1 i. V. mit § 1075 BGB hat der Nießbraucher die Möglichkeit, unabhängig vom Gläubiger den Nießbrauch unmittelbar am nutzbaren Gegenstand der Forderung zu erlangen.[14] Damit wird das Grundprinzip der Trennung zwischen dem Inhalt eines Rechts und den durch das Recht gewährten Nutzungen durchbrochen. Wegen der ansonsten fehlenden Nutzbarkeit war dies freilich notwendig, weil derartige Forderungen anderenfalls nicht Gegenstand eines Nießbrauchs hätten sein können. Gerade beim Vermögensnießbrauch hätte dies zu Schwierigkeiten führen können, da die nicht-verzinslichen Forderungen dann von den belastbaren Gegenständen getrennt, also quasi aus dem Vermögen hätten ausgesondert werden müssen. Gemäß § 1074 S. 2 BGB ist der Nießbraucher zur ordnungsmäßigen Einziehung verpflichtet, da die Gesetzesverfasser diese Rechtsfolge durch §§ 1068 Abs. 2, 1036 Abs. 2, 1041 S. 1 BGB nicht mit hinreichender Klarheit als gegeben ansahen.[15]

Durch § 1074 S. 1 BGB wird dem Nießbraucher eine beschränkte Verfügungsbefugnis (vgl. § 1074 S. 3 BGB) über die Forderung gewährt. Aufgrund dieser gesetzlichen Einziehungsermächtigung ist allein er berechtigt, die Forderung einzuziehen. Zur Herbeiführung der Fälligkeit kann er die Forderung kündigen, § 1074 S. 1 Hs. 2 BGB, sowohl dem Schuldner als auch dem Gläubiger gegenüber.[16] Dabei legt ihm § 1074 S. 2 BGB zugleich freilich auch eine Einziehungspflicht auf.

Nach § 1075 Abs. 1 BGB hat der Schuldner an den Nießbraucher zu leisten. Eine Leistung an den Gläubiger hat dagegen nur unter den Voraussetzungen des § 1070 BGB befreiende Wirkung.[17] Eigentümer der geleisteten Sache oder Inhaber des geleisteten Rechts wird nach § 1075 Abs. 1 BGB aber der Gläubiger, ohne dass ein Durchgangserwerb beim Nießbraucher stattfindet.[18] Während die Leistungshandlung dem Nießbraucher gegenüber vorgenommen werden muss, tritt der Leistungserfolg unmittelbar beim Gläubiger ein. Der Nießbraucher ist also berechtigt, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen und dabei zu verlangen, dass die zum Leistungserfolg beim Gläubiger führenden Handlungen ihm gegenüber vorgenommen werden. Materiell-rechtlich ist der Nießbraucher daher bei der Mitwirkung an der Erfüllung als gesetzlicher Vertreter des Gläubigers anzusehen. Ein eigenes Recht, die Leistung zu fordern, hat der Gläubiger nicht.[19]

---

[14] Mugdan, Motive III, S. 544.

[15] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1074 Rn. 1 unter Hinweis auf Mugdan, Motive III, S. 544.

[16] Vgl. Staudinger/*Frank*, § 1074 Rn. 8; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1074 Rn. 8.

[17] Siehe zu § 1070 BGB oben AT Kap. 3 C. II. (S. 159).

[18] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1074 Rn. 3; Staudinger/*Frank*, § 1074 Rn. 3, unter Hinweis auf Mugdan, Motive III, S. 549.

[19] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1074 Rn. 3.

Zu den – wenigen – umstrittenen Fragen in diesem Kontext zählt diejenige, ob der Nießbraucher bei der Einziehung der nießbrauchsbelasteten Forderung mit dieser gegen eine dem Schuldner gegen ihn zustehende Forderung aufrechnen kann. Eine solche Befugnis des Nießbrauchers wird jedenfalls dann mit überzeugenden Argumenten bejaht, wenn die einzuziehende nießbrauchsbelastete Forderung auf die Leistung von Geld oder von vertretbaren Sachen gerichtet ist (vgl. §§ 1075 Abs. 2, 1067 BGB), weil dann die Aufrechnung einer Einziehung gleichkommt.[20] Nach a. A. soll dagegen jegliche Aufrechnungsbefugnis des Nießbrauchers entweder unter Hinweis auf § 1074 S. 3 BGB[21] oder jedenfalls auf die fehlende Gegenseitigkeit der Ansprüche abzulehnen sein.[22] Für die bereits angesprochene Leistung verbrauchbarer Sachen regelt § 1075 Abs. 2 Hs. 1 BGB den gesetzlichen Eigentumserwerb des Nießbrauchers. Halbsatz 2 verweist sodann für die weiteren Rechtsfolgen auf die Regelung in § 1067 BGB zum uneigentlichen Nießbrauch. Als Kompensation für den Eigentumserwerb hat der Nießbraucher an den Besteller Wertersatz gem. § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB zu leisten.[23]

Ist die Forderung auf eine vorzunehmende Handlung gerichtet – als Beispiele werden etwa Dienstleistungen aufgrund eines Altenteils genannt[24] –, so soll danach zu unterscheiden sein, ob darin – also in diesen Leistungen – Nutzungen des Rechts liegen.[25] Dies überzeugt aber nicht, da die §§ 1074, 1075 BGB Sondervorschriften für nicht nutzbare (sprich: unverzinsliche) Forderungen enthalten. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass dies nur für den Inhalt von Forderungen gelten sollte, die einer Verzinsung überhaupt fähig sind, dass solche Forderungen also insoweit privilegiert werden sollten. Letztendlich wird bei solchen Leistungen aber ohnehin entscheidend sein, ob sie wegen ihres häufig höchstpersönlichen Charakters überhaupt einer anderen Person als der des Gläubigers gegenüber erbracht werden können, ob die Forderung also übertragbar ist.[26] Eine Nießbrauchsbestellung an solchen Forderungen scheint überdies eher wenig praxisrelevant zu sein.

Ferner soll die analoge Anwendung von § 1075 Abs. 1 BGB bei der Nießbrauchsbestellung an einem Anwartschaftsrecht geboten sein. Der Nießbrauch setze sich dann unmittelbar am Vollrecht fort.[27] Einer Surrogation nach § 1075 Abs. 1 BGB bedarf es freilich für diese Rechtsfolge nicht, weil dies bereits un-

---

[20] Staudinger/*Frank,* § 1074 Rn. 16; *Erman/Michalski,* § 1074 Rn. 5; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1074 Rn. 13.

[21] Soergel/*Stürner,* § 1074 Rn. 3; RGRK-BGB/*Rothe,* § 1074 Rn. 6

[22] Palandt/*Grüneberg,* § 387 Rn. 5.

[23] Siehe zum uneigentlichen Nießbrauch oben AT Kap. 5 E.

[24] Vgl. MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1075 Rn. 9.

[25] Staudinger/*Frank,* § 1075 Rn. 11.

[26] Staudinger/*Frank,* § 1075 Rn. 11.

[27] Vgl. RGZ 83, 117, 120; RGRK-BGB/*Rothe*, § 1075 Rn. 3; Soergel/*Stürner*, § 1075 Rn. 2. Zur Nießbrauchsfähigkeit des Anwartschaftsrechts schon oben Kap. 3 F. II. (S. 343).

mittelbar aus der dinglichen Surrogation beim „Erstarken" des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht folgt.[28]

B. Leibrente

Der in § 1073 BGB geregelte Nießbrauch an einer „Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechts" wurde allein aus Gründen der Klarstellung in das Gesetz aufgenommen. Denn für derartige Rechte sei häufig zweifelhaft, ob es sich um einheitliche Rechte handele oder um eine bloße Mehrheit bedingter oder befristeter Ansprüche.[29] Das Verhältnis zwischen Leibrentenstammrecht und den einzelnen Leistungen daraus ist auch bis heute umstritten.[30] Wegen dieser Unsicherheiten kommt es daher auch hier zur Durchbrechung des Grundsatzes, dass dem Nießbraucher allein die Nutzungen des belasteten Rechts zustehen. Die Trennung zwischen dem Inhalt der Forderung und den daraus zu ziehenden Nutzungen wird aufgehoben. Was insoweit ein „ähnliches Recht" sein kann, wurde im Gesetzgebungsprozess letztendlich nicht weiter definiert, obschon noch von der 2. Kommission eine Fassung zumindest diskutiert wurde, in der sich die Formulierung „Urheber- oder ähnliche Rechte" fand.[31]

C. Grund-/Rentenschuld und Hypothek

Die Hauptfunktion des § 1080 BGB besteht in der Klarstellung, dass auch der Nießbrauch an einer Grundschuld (§ 1191 BGB) und an einer Rentenschuld (§ 1199 BGB) ein Forderungsnießbrauch ist. Dies erschien den Gesetzesverfassern deshalb als notwendig, weil insoweit allein eine Leistung „aus dem Grundstück" zu erbringen ist, ein *persönlicher* Forderungsschuldner also gerade nicht existiert.[32] Bei der Hypothek ist dies anders, da diese als akzessorisches Recht vom Bestand einer Forderung abhängt, insoweit also auch ein persönlicher Schuldner vorhanden ist. Ein solcher Nießbrauch wird zuvörderst einer an der der Hypothek zugrundeliegenden Forderung sein.[33] Dass die Hypothek in § 1080 BGB nicht erwähnt ist bedeutet also nicht, dass es sich dabei nicht um einen Forderungsnießbrauch handelt. Im Gegenteil, dass dem so ist ergibt sich

---

[28] So auch MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1075 Rn. 10.

[29] So die Begründung bei Planck/*Brodmann*, § 1073 Ziff. 1 (S. 674). Vgl. auch Mugdan, Motive III, S. 543.

[30] Staudinger/*Amann* (2002), Vorbem 18 ff zu §§ 759 ff.

[31] Vgl. Mugdan, Protokolle III, S. 4116.

[32] Mugdan, Motive III, S. 555 („entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Forderungsnießbrauch"). Die 2. Kommission strich das Wort „entsprechend", vgl. Mugdan, Protokolle III, S. 4134.

[33] Planck/*Brodmann*, § 1080 Ziff. 2; Staudinger/*Frank*, § 1080 Rn. 4.

bereits aus der Struktur der Hypothek selbst und musste daher nicht explizit geregelt werden. Die im Entwurf der 1. Kommission noch eigens erwähnte Eigentümerhypothek (§ 1035 BGB-E I) wurde von der 2. Kommission gestrichen, weil diese nach § 1177 BGB ohnehin eine Grundschuld ist[34] und unmittelbar unter § 1080 BGB subsumiert werden kann.

Der Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld ist inhaltlich auf die Früchte und Gebrauchsvorteile gerichtet, die diese Belastungen gewähren, also auf die Grundschuldzinsen und die einzelnen Rentenbeträge.[35]

Die Anwendung der §§ 1076 bis 1079 BGB oder der §§ 1074, 1075 BGB auf diese Rechte (über § 1080 BGB) ist wiederum davon abhängig, ob die Grundschuld verzinslich oder unverzinslich ist. Für die Ablösesumme bei der Rentenschuld gem. § 1199 Abs. 2 BGB gelten die §§ 1077 bis 1079 BGB,[36] weil die Situation der einer verzinslichen Forderung entspricht. Für die wegen der fehlenden Ablösbarkeit nicht genannten Reallasten (§§ 1105 bis 1112 BGB) ergibt sich aus § 1107 BGB, dass zu bewirkende Leistungen gem. § 1073 BGB dem Nießbraucher zustehen.[37] Sollten die Reallasten dagegen nach Landesrecht – ausnahmsweise – ablösbar sein, sind die §§ 1077 bis 1079 BGB entsprechend anwendbar,[38] da die Situation dann wiederum mit derjenigen bei verzinslichen Forderungen vergleichbar ist.

D. Dienstbarkeiten, Dauerwohnrecht

Bei den nicht in den Nießbrauchsvorschriften genannten Dienstbarkeiten – Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten – hängt die Nießbrauchsfähigkeit vor allem davon ab, ob das betreffende Recht übertragbar ist.

Dass Grunddienstbarkeiten nutzbare Recht sind, ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Denn gem. § 1019 BGB kann ein solches Recht nur bestellt werden, wenn damit Vorteile bei der Benutzung des Grundstücks für den Berechtigten verbunden sind. Grunddienstbarkeiten sind wegen ihrer Untrennbarkeit vom belasteten Grundstück aber nicht isoliert übertragbar und daher auch nicht nießbrauchsfähig.[39]

Dagegen ist ein Dauerwohnrecht i. S. von § 31 WEG gem. § 33 Abs. 1 S. 1 WEG veräußerlich. Es ist ein nutzbares Recht, weil es dem Inhaber jedenfalls Gebrauchsvorteile gewährt. Das Dauerwohnrecht ist daher nießbrauchsfähig,

---

[34] Vgl. Mugdan, Protokolle III, S. 4134.
[35] Planck/*Brodmann*, § 1080 Ziff. 2; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1080 Rn. 2.
[36] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1080 Rn. 2.
[37] Planck/*Brodmann*, § 1080 Ziff. 2.
[38] So RGRK-BGB/*Rothe*, § 1080 Rn. 2; Staudinger/*Frank*, § 1080 Rn. 4.
[39] Dazu schon oben AT Kap. 3 F. I. (S. 165 ff.).

wobei zur Wirksamkeit der Bestellung die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist.[40]

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist gem. § 1092 Abs. 1 S. 1 BGB nicht übertragbar und daher auch nicht nießbrauchsfähig.[41] Parallel zum Nießbrauch ist aber gem. § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB die Ausübung der Dienstbarkeit übertragbar. Dieses Recht kann als Forderung daher mit einem Nießbrauch belastet werden. Ebenso wie beim Nießbrauch ist sogar das Stammrecht selbst gem. § 1092 Abs. 2 BGB übertragbar, wenn das Recht einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zusteht. In § 1092 Abs. 2 Hs. 2 BGB wird unmittelbar auf die §§ 1059a bis 1059d BGB verwiesen.[42] Eine diesbezügliche Erweiterung enthält zudem § 1092 Abs. 3 BGB.

[40] Staudinger/*Frank*, § 1069 Rn. 25.
[41] Dazu schon oben AT Kap. 3 F. I.
[42] Siehe dazu oben Kap. 1 D.

Kapitel 5

Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

A. Mittelbare Unternehmensbeteiligung oder Ertragsnießbrauch

I. Einleitung: Problemstellung und Abgrenzung

Anders als noch in *Johows* Vorentwurf des Sachenrechts ist in den §§ 1069 ff. BGB der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen (Anteilsnießbrauch), seien es Anteile an Personen- oder an Kapitalgesellschaften, nicht ausdrücklich geregelt. Wie bereits ausgeführt wurde widerspricht dies der zunehmenden praktischen Bedeutung dieser Belastungsform, vor allem im Kontext von (vorweggenommenen) Nachfolgeregelungen.[1] Als Ausnahme dazu können allenfalls die §§ 1081, 1082 BGB angesehen werden, in denen es um den Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren geht. Wobei in diesen Vorschriften nicht eigentlich der Nießbrauch an Rechten geregelt wird, sondern geregelt werden allein Einzelheiten in Bezug auf den Besitz des jeweiligen Papiers. Auch darauf soll in diesem Kapitel eingegangen werden.

Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung ist der Grundsatz, dass Anteile an Personen- und Kapitalgesellschaften grundsätzlich nießbrauchsfähig sind, jedenfalls soweit sie übertragbare und nutzbare „Rechte" sind. Der BGH beschränkt sich dahingehend regelmäßig nur noch auf die Feststellung, dass „ein Nießbrauch an dem Anteil einer Personengesellschaft … rechtlich möglich [ist]".[2] Dass eine solche Nießbrauchsvariante aber möglicherweise Probleme aufwerfen kann, ergibt sich freilich schon daraus, dass neben den Regelungen des BGB zum Nießbrauch in diesem Kontext zudem die speziellen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten sind. Im Ergebnis stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob bzw. inwieweit eine Nießbrauchsbestellung im Hinblick darauf tatsächlich möglich ist, welche gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben und ob möglicherweise sogar ein Vorrang des Gesellschaftsrechts anzunehmen ist, dem sich die zivilrechtlichen Regelungen zum Nieß-

---

[1] Vgl. auch oben AT Kap. 5 mit der Darstellung der Nießbrauchstypen. So auch in der jüngeren Literatur *Goebel*, Testierfreiheit und Ehegattenschutz, S. 572 ff.; *Frank*, MittBayNot 2010, 96; *Kruse*, RNotZ 2002, 69 f. (wegen der Möglichkeit „sinnvoller Nachfolgeregelungen"). So auch *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, der aber auch betont, dass die diesbezügliche Vertragsgestaltung eine erhebliche Komplexität aufweise.

[2] Vgl. nur BGH NJW 1999, 571, 572, unter Hinweis auf BGHZ 58, 316 und BFH NJW 1995, 1818, 1819.

brauch im Kollisionsfall unterzuordnen haben. Solche Probleme sind im Kontext des Gesellschaftsrechts freilich nichts Neues. So stellen sich vergleichbare Vorrang- bzw. Konkordanzfragen etwa auch in Bezug auf die Geltung und Anwendung erbrechtlicher Vorschriften bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen.

Im Hinblick auf die bereits aus wirtschaftlicher Sicht dargestellten Nießbrauchstypen wird gerade beim Anteilsnießbrauch die Motivation der Parteien in der Versorgung Angehöriger bestehen (in vorweggenommener Erbfolge[3]), so dass es sich vor allem um eine Form des Vorbehaltsnießbrauchs handeln dürfte.[4] Gestaltungsvarianten können ein Zuwendungs- oder Vermächtnisnießbrauch sein, auch dem Sicherungsnießbrauch soll bei Gesellschaftsanteilen eine praktische Bedeutung zukommen.[5]

Der Anteilsnießbrauch als Form der „mittelbaren Unternehmensbeteiligung" – im Gegensatz zum Nießbrauch an einem Unternehmen als Variante einer Unternehmens*überlassung*[6] –, bewegt sich regelungssystematisch im Schwerpunkt zwischen Sachenrecht und Gesellschaftsrecht.[7] Eine wichtige Frage ist dabei, wie sich das Verhältnis darstellt zwischen dem Nießbraucher und der Gesellschaft, ob dem Nießbraucher insbesondere die volle Rechtsstellung eines Gesellschafters zukommt, der eigentliche Gesellschafter somit – jedenfalls faktisch – aus der Gesellschaft ausscheidet.[8] Fraglich ist also, ob beim Anteilsnießbrauch im Ergebnis von einem *Gesellschafterwechsel auf Zeit* gesprochen werden kann, wobei eine solche Rechtsfolge gerade bei Personengesellschaften mit dem Phänomen der besonderen persönlichen Bindung unter den Gesellschaftern kollidieren könnte. Ferner ist die Frage zu beantworten, wie eine Nießbrauchsbestellung am Gesellschaftsanteil mit dem für Mitgliedschaftsrechte geltenden Abspaltungsverbot zu vereinbaren ist.[9]

Nicht annähernd solche Probleme wirft dagegen der Nießbrauch allein an vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf, obschon auch insoweit noch nicht abschließend beantwortete Fragen existieren. Bei einem solchen Ertragsnießbrauch handelt es sich aber nicht um einen Anteilsnießbrauch im zuvor beschriebenen Sinne, denn belastet wird nicht das

---

[3] Vgl. aktuell OLG Stuttgart NZG 2013, 432 (Übertragung eines Kommanditanteils in vorweggenommener Erbfolge mit Nießbrauchsvorbehalt). Umfassend dazu *Kruse*, RNotZ 2002, 69.

[4] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 20. Zu den Typen ausführlich oben AT Kap. 5.

[5] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 20.

[6] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 a) (S. 1823). Zum Unternehmensnießbrauch umfassend oben Kap. 2. C.

[7] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 233. Dazu kommen ggf. Besonderheiten des Allgemeinen Teils des BGB, etwa bei der Frage der Nutzungen, sowie des Erb- und Familienrechts.

[8] Zu diesem Problem noch unten im Detail.

[9] Zum Abspaltungsverbot umfassend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 III 4 (S. 560 ff.); *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 78 ff.; *Gaubatz-Frenzl,* Das Stimmrecht des Nießbrauchers, S. 41 ff. und noch unten B. II.

Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters, so dass die gesellschaftsrechtlichen Berührungspunkte nur gering sind. Im Ergebnis ist ein solcher Nießbrauch ein „gängiger" Nießbrauch an Forderungen.

Mit solchen Fragen befasst sich dieses Kapitel, wobei die Darstellung nach einem einleitenden historischen Abschnitt noch unterscheidet zwischen der Belastung von Beteiligungen an Personengesellschaften und solchen an Kapitalgesellschaften. Da zu allgemeinen Problemen des Anteilsnießbrauchs und auch zu Detailproblemen etwa des Steuerrechts eine Vielzahl einschlägiger Stellungnahmen existiert,[10] beschränkt sich die folgende Darstellung auf die – noch immer – umstrittenen Problemfelder. Betrachtet werden ferner die Berührungspunkte zu den bereits erarbeiteten dogmatischen Grundlagen des Nießbrauchs an Rechten und insbesondere zum Konzept der Belastung eines Rechts als dessen Vergemeinschaftung.[11]

Abzugrenzen ist der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen dabei zur stillen Beteiligung an einer Gesellschaft gem. § 230 HGB als Form der Unterbeteiligung, denn beim Nießbrauch handelt es sich um eine dingliche Belastung der Mitgliedschaft. Dagegen steht einem Unterbeteiligten nach § 230 HGB kein dingliches Recht *an* der Hauptbeteiligung zu, sondern eine allein gesellschaftsrechtlich begründete Beteiligung *in Bezug auf* die Hauptbeteiligung.[12] Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist eine Innengesellschaft zwischen Haupt- und Unterbeteiligten, wogegen dem Gesellschafter und dem Nießbraucher beim Nießbrauch je verschiedenartige Befugnisse aus ein und demselben Mitgliedschaftsrecht zustehen. Wirkliche Abgrenzungsprobleme zwischen diesen Beteiligungsformen sind daher nicht ersichtlich.[13]

Dies gilt entsprechend für die im Vergleich zum Nießbrauch weitergehende Vollübertragung der Mitgliedschaft auf einen Treuhänder, obschon Treuhandverhältnisse in der Praxis oft Nießbrauchszwecken dienen sollen.[14] Kommt es daher zur Vollübertragung und wird jedoch vereinbart, dass der Treuhänder den Anteil (nur) „als Nießbraucher" erhalten soll, handelt es sich um einen Fall der eigennützigen Treuhand und nicht um einen Nießbrauch an Rechten, weil keine dingliche Bestellung eines Nießbrauchs erfolgen soll.[15] Der Treuhänder wird Vollinhaber des Anteils und somit Gesellschafter, nicht nur Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts *am* Anteil. So einfach diese Abgrenzung aber

---

[10] Vgl. nur die beeindruckende Aufzählung des Schrifttums bei MüKo-HGB/*K. Schmidt*, vor § 230 Rn. 7. Siehe zur steuerrechtlichen Behandlung der Einkünfte beim Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft *Jansen/Jansen*, Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 460 ff.; *Götz/Hülsmann,* Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 1201 ff; *Hochheim/Wagenmann*, ZEV 2010, 109.

[11] Dazu oben AT Kap. 2 C.

[12] MüKo-HGB/*K. Schmidt*, vor § 230 Rn. 11.

[13] MüKo-HGB/*K. Schmidt*, vor § 230 Rn. 11.

[14] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 b) (S. 1823).

[15] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 b) (S. 1823 f.).

auch scheinen mag, gerade beim Anteilsnießbrauch besteht – oder jedenfalls bestand – dahingehend eine erhebliche Divergenz, worauf noch einzugehen sein wird.

II. Johows Vorentwurf und die Entwürfe der Kommissionen

In § 340 BGB-Vorl sah *Johow* vor, dass der „Nießbrauch an einem Gesellschaftsantheile … dem Nießbraucher das Recht (gibt), die nach dem Gesellschaftsvertrage dem Besteller zukommenden … Zinsen und Gewinnantheile zu erheben und insoweit als Nutzungen zu behandeln …".[16] Seine Begründung dafür leitet er mit der Feststellung ein, dass ein solcher Nießbrauch „in den Gesetzgebungen gar nicht und in der Theorie nur sehr selten erwähnt" werde. Er selbst geht freilich auch nicht auf weitergehende dogmatische Fragen dazu ein. Er spart insbesondere eine Auseinandersetzung mit dem Problem aus, dass Anteile an Personengesellschaften seinerzeit und bis zu einem Urteil des Reichsgerichts im Jahre 1944[17] als unübertragbar angesehen wurde. Dies überrascht jedenfalls insoweit, als *Johow* zwar in seinem Entwurf keine Vorgabe dahingehend vorgesehen hatte, dass an einem nicht übertragbaren Recht kein Nießbrauch bestellt werden kann. In § 329 BGB-Vorl findet sich jedoch bereits die Regelung, dass sich die Nießbrauchsbestellung an einem Recht nach den jeweils geltenden Übertragungsvorschriften richten soll, eine Übertragbarkeit des Rechts also dafür Voraussetzung sein musste.

Johow befasst sich in der Begründung seines Entwurfs insgesamt ausschließlich mit Detailproblemen zum Inhalt des Fruchtziehungsrechts. Ebenfalls nicht erwähnt werden Fragen zur Stellung des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft, auch sonstige gesellschaftsrechtliche Probleme bleiben ausgeblendet.

Die 1. Kommission hat die Übernahme von *Johows* Vorschlag lapidar mit dem Hinweis auf die Unübertragbarkeit von Personengesellschaftsanteilen abgelehnt,[18] obwohl *Planck*[19] die Beibehaltung vorgeschlagen hatte und insoweit auf die Vorschrift zum Nießbrauch an verzinslichen Forderungen verweisen wollte.[20] In den Protokollen finden sich keine Hinweise darauf, dass sich die 2. Kommission überhaupt noch mit der Thematik befasst hat.

---

[16] Siehe den Abdruck in *Schubert*, Vorlagen Sachenrecht I, S. 70. Dazu kam § 341 BGB-Vorl mit einer Regelung zum Nießbrauch an einer „Kuxe", also an Anteilen an bergrechtlichen Gewerkschaften. Es handelte sich dabei um übertragbare Inhaberpapiere. Die 1. Kommission sprach sich gegen eine solche Regelung aus, vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 282 f.

[17] RG DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130. Zur Entwicklung der dahingehenden Rechtsprechung *Flume*, in: FS Larenz, S. 769, 770 ff.

[18] Mugdan, Motive III, S. 539.

[19] *Gottlieb Planck* war Mitglied der 1. BGB-Kommission und Redaktor des Familienrechts. Er war später Generalreferent der 2. BGB-Kommission.

[20] Vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht II, S. 280.

B. Anteile an Personengesellschaften – die Nießbrauchsfähigkeit

I. Der Gesellschaftsanteil als subjektives Recht

Beim Nießbrauch an Anteilen von Personengesellschaften ist indes noch früher als am Problem der Übertragbarkeit anzusetzen. Denn für die Nießbrauchsfähigkeit stellt sich eingangs bereits die Frage, ob eine solche Beteiligung überhaupt als subjektives „Recht" und somit als belastbarer Gegenstand i. S. der Regelungen zum Nießbrauch an Rechten anzusehen ist. Dahingehend ist nunmehr die Ansicht vorherrschend, dass der Anteil des Gesellschafters an einer Personengesellschaft ein subjektives Recht ist.[21] Dabei wird das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft auch als Mitgliedschafts*verhältnis*, das subjektive Recht des Gesellschafters als Mitgliedschafts*recht* bezeichnet. Der Begriff Mitgliedschaft[22] fasst diese beiden Phänomene zusammen. Es kommt insoweit quasi zu einer Überlappung von subjektivem Recht und Rechtsverhältnis, wobei über die dogmatische Struktur vor allem des Mitgliedschaftsrechts als einem subjektiven Recht im Einzelnen auch weiterhin Uneinigkeit besteht.[23] Für die Frage der Belastung sind diese beiden Phänomene aber notwendig zu trennen, denn belastet werden kann nur ein subjektives Recht. Wenig hilfreich sind daher Formulierungen wie diejenige, ob „die *Rechtsstellung des Gesellschafters … Gegenstand eines Nießbrauchs* im Sinne der §§ 1030, 1069 ff. BGB sein kann"[24] (Hervorh. im Original), denn dabei wird diese Trennung gerade aufgehoben. Darauf und auf die Frage nach der Bestimmung des Inhalts des Rechts wird im Folgenden näher eingegangen, ebenso auf die Folgen einer Belastung des Rechts mit der daraus resultierenden Vergemeinschaftung.

1. Zur Dogmatik der Mitgliedschaft als subjektives Recht und Rechtsverhältnis

In jüngerer Zeit hat sich vor allem *Habersack* umfassend der dogmatischen Analyse der Mitgliedschaft gewidmet. In seiner Untersuchung der Fragestellung, ob die Mitgliedschaft ein „sonstiges Recht" i. S. von § 823 Abs. 1 BGB ist, hatte er die wichtige Vorfrage zu beantworten, ob es sich dabei überhaupt um ein subjektives Recht handelt. In umfassender Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Schrifttum kommt er – zunächst – für Personengesellschaften zu dem Ergebnis, dass es sich dabei sowohl um ein Rechtsverhältnis handelt zwischen „Mitglied und Verband", als auch um ein subjektives Recht des Mit-

---

[21] Siehe dazu die Nachweise im folgenden Abschnitt.

[22] Der BGH verwendete den Begriff zuerst in BGHZ 81, 82.

[23] Vgl. etwa *Lutter*, AcP 180, (1980), 80, 102; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 1; *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 77. Zu subjektivem Recht und Rechtsverhältnis auch schon oben AT Kap. 3 B.

[24] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 47.

glieds, welches die verschiedenen, der Gesellschafterstellung entspringenden Mitsprache- und Vermögensrechte zum Inhalt hat.[25]

Gegen diese von anderen Autoren auch schon vordem vertretene Ansicht hatte sich in mehreren Beiträgen vor allem *Hadding* gewandt. Unter der Mitgliedschaft verstand er gerade kein „einzelnes subjektives Recht", über das verfügt werden könnte. Vielmehr handele es sich um die „Gesamtheit der einzelnen Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten" des Gesellschafters, die aus dem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und „u. U. [zu] den anderen Gesellschaftern" entstanden sind. Gegen eine Verfügung darüber spreche bereits das zivilrechtliche Spezialitätsprinzip.[26] Die Mitgliedschaft sei auch „nicht selbst ein Rechtsverhältnis", sondern sei vielmehr eine Stellung innerhalb des zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisses, von ihm auch als Gesellschaftsverhältnis bezeichnet.[27]

Gegen *Haddings* Ansicht lässt sich vor allem einwenden, dass die Annahme einer „Rechtsgesamtheit" bei der Mitgliedschaft die saubere Trennung vermissen lässt zwischen dem Recht und dessen Inhalt. Denn alle subjektiven Rechte bestehen aus einer Vielzahl einzelner Befugnisse des Inhabers, was für die konkrete Inhaltsbestimmung häufig gerade auch zu Schwierigkeiten führt.[28] Dies kann jedoch nicht gegen die Annahme der Existenz eines subjektiven Rechts angeführt werden. Denn nach *Haddings* Ansicht könnte unter Hinweis auf diese inhaltliche Vielgestaltigkeit für (nahezu) jedes auch unbestritten subjektive Recht dieser Charakter in Zweifel gezogen werden. Sein weiterer Einwand fußt auf der nicht überzeugenden Annahme einer Stellung innerhalb eines Rechtsverhältnisses (des „Gesellschaftsverhältnisses"), ohne dass diese Stellung selbst als Rechtsverhältnis anzusehen sei, denn eine solche bestünde „immer nur *zwischen* zwei oder mehreren Beteiligten (hier Mitglied und Gesellschaft sowie … zu den anderen Gesellschaftern)"[29] (Hervorh. im Original). *Haddings* Trennung zwischen dem Rechtsverhältnis und der Stellung des Gesellschafters innerhalb desselben ist einerseits zwar konsequent. Andererseits vermag er im Ergebnis aber gerade nicht zu unterscheiden zwischen der Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis und dem Mitgliedschafts*recht* des einzelnen

---

[25] Die Mitgliedschaft, S. 52 unter Hinweis auf *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 I 3 (S. 549 f.) und § 45 I 1 (S. 1305 ff.); *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 97 ff.; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 429 f. So auch schon *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 39.

[26] In: FS Steindorff, S. 31, 36 ff.

[27] *Hadding*, in: FS Steindorff, S. 31, 37.

[28] Siehe dazu exemplarisch oben AT Kap. II. C. 2. zur Inhaltsbestimmung des Rechts Eigentum. *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, spricht genau dies an (quasi im Vorgriff auf *Hadding*, denn dessen Stellungnahmen lagen zu dieser Zeit noch nicht vor), wenn er feststellt, dass „der Mitgliedschaft einzelne Befugnisse entspringen", was jedoch nicht dagegen spreche, diese „als *subjektives Recht*" aufzufassen, a. a. O. S. 39 (Hervorh. im Original).

[29] *Hadding*, in: FS Steindorff, S. 31, 37.

Anteilsinhabers (Gesellschafters) als subjektivem Recht. Er scheint insoweit vielmehr von einem Exklusivitätsverhältnis auszugehen, ohne dass er dies zu begründen vermag. Rechtsverhältnis und subjektives Recht schließen sich in ihrer Existenz aber gerade nicht gegenseitig aus.[30]

Freilich erschwerte auch das überkommene Verständnis der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als eines um Organisationselemente erweiterten Schuldvertrags,[31] die Annahme, bei der Mitgliedschaft könnte es sich um ein übertragbares subjektives Recht handeln. Allenfalls schien insoweit vertretbar, eine mit Zustimmung der Mitgesellschafter zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbarte Anteilsübertragung als Verfügung über eine Vertragsposition anzusehen.[32] Eine solche Betrachtung würde aber der – jedenfalls bei rechtsfähigen Außengesellschaften – heute anerkannten Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern[33] nicht gerecht. Vielmehr ist die Veräußerung des Gesellschaftsanteils einer GbR als Rechtsgeschäft über ein der selbständigen Verfügung fähiges Recht zu beurteilen.[34] Der Gesellschaftsanteil nähert sich daher bei der Personengesellschaft dem Geschäftsanteil der GmbH an, ohne dass es für die rechtliche Zulassung der Anteilsübertragung einer Analogie zu § 15 GmbHG bedarf.[35]

Im Ergebnis bleibt es daher bei der nunmehr ganz überwiegend vertretenen Ansicht, dass das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters als subjektives Recht,[36] die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis aufzufassen ist. Das Mitgliedschaftsrecht erfüllt daher die erste Voraussetzung, um nießbrauchsfähig zu sein.

2. *Zum Inhalt des Mitgliedschaftsrechts und dessen Kategorisierung*

Wie bereits angesprochen wurde, ist ebenso wie die dogmatische Struktur auch der Inhalt des Mitgliedschaftsrechts nicht unproblematisch zu bestimmen, was wiederum an die diesbezüglichen Unklarheiten über den Inhalt des Rechts Eigentum erinnert. Es soll sich dabei um „ein komplexes Bündel von Rechten und Pflichten“ zwischen Gesellschafter und Gesellschaft handeln,[37] um ein „Ge-

---

[30] Dazu schon oben AT Kap. III. C. 3.

[31] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 719 Rn. 22.

[32] *Pieper,* Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, insbes. S. 210 ff.; speziell für den Gesellschafterwechsel *Huber,* Vermögensanteil, S. 363 ff.

[33] MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer,* Vorbem zu § 705 Rn. 11.

[34] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 719 Rn. 22, unter Hinweis auf BGHZ 81, 82, 84; 71, 296, 299; 44, 229, 231. So auch schon *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 58 ff.

[35] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 719 Rn. 22.

[36] Dies bejahen in Auseinandersetzung mit *Haddings* Ansicht auch *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 237 f. und *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 343 ff. (subjektives Recht und Rechtsverhältnis).

[37] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 101.

flecht aus schuldrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen, vermögensrechtlichen und sachenrechtlichen Komponenten“[38]. Der BGH bezeichnet den Gesellschaftsanteil des Gesellschafters einer Personengesellschaft in ständiger Rechtsprechung als den „Inbegriff seiner Rechtsbeziehungen aus dem Gesellschaftsverhältnis zu der Gesellschaft, zu deren Vermögen und zu den übrigen Gesellschaftern“.[39] Dagegen ist nichts einzuwenden, auch wenn damit für eine konkrete Inhaltsbestimmung nicht viel gewonnen ist. Als Annäherung an eine Definition des Inhalts sind derartige Aussagen an dieser Stelle jedoch ausreichend, denn sollte es zur Belastung eines solchen Rechts kommen – und somit nach dem hier vertretenen Ansatz zu einer Vergemeinschaftung des Rechts (dazu anschließend) – wird ohnehin im Einzelnen zu ermitteln sein, welche konkreten Befugnisse dem Nießbraucher aus diesem „Bündel“ zustehen, damit der Zweck der Nießbrauchsbestellung erreicht werden kann. Entscheidend für den Inhalt des Rechts sind dabei die diesbezüglichen Regelungen im Gesellschaftsvertrag, dort werden in der Regel die Befugnisse der Gesellschafter definiert sein.

Habersack stellt ferner die Frage nach dem eigentlichen Zuweisungsgehalt der Mitgliedschaft. Er zeigt die diesbezüglichen Schwierigkeiten auf, denn insoweit soll kein „Gegenstand“ der Zuordnung erkennbar sein, weder ein körperlicher Gegenstand wie bei Sachen, noch ein unkörperliches Gut, wie bei Immaterialgüterrechten.[40] Er kommt daher zu dem Schluss, die Mitgliedschaft sei ein subjektives Recht sui generis.[41] Anders als diese an *Larenz* orientierte Kategorisierung der „Gegenstände“, hat die hier vertretene Ansicht zur Zuordnungsfunktion von Rechten dieses Problem freilich nicht. Denn danach werden durch subjektive Rechte eben keine Güter zugeordnet – sie werden allenfalls als Rechtsreflex *zugeteilt* –, sondern zugeordnet werden ausschließlich die den Inhalt des Rechtes ausmachenden Befugnisse zum Inhaber.[42] Zuzugeben ist aber, dass auch die hier vorgeschlagene Kategorisierung Schwierigkeiten hat bei der Einordnung der Mitgliedschaft, wenn diese strukturell verstanden wird als subjektives Recht *und* Rechtsverhältnis. Richtet man den Fokus jedoch auf die hier im Vordergrund stehende Frage der Nießbrauchsfähigkeit, ist dies aber unschädlich, denn relevant ist allein die subjektiv-rechtliche Seite der Mitgliedschaft, eben das Mitgliedschafts*recht*. Insoweit ist es ein Gegenstand 1. Stufe im Sinne der hier vorgeschlagenen Kategorisierung.[43] Es ist – wenn auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen (dazu sogleich) – nießbrauchsfähig, kann also mit einem Recht belastet werden.

---

[38] *Weidlich*, Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaft, S. 15.
[39] Vgl. etwa BGHZ 65, 79, 82.
[40] *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 99.
[41] *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 99 f.
[42] Dazu oben AT Kap. 2 C. (S. 87 ff.).
[43] Siehe oben AT Kap. 2 a. E.

3. Mitgliedschaftsrecht und Vergemeinschaftung

Bei der Belastung des Mitgliedschaftsrechts mit einem Nießbrauch kommt es – wie bei allen anderen Rechten auch – zur Vergemeinschaftung der den Inhalt des Rechts bildenden Befugnisse des Inhabers, in diesem Fall des Gesellschafters als Besteller. Als Folge der daraus resultierenden Zugangseröffnung kann allein der Nießbraucher diejenigen Befugnisse ausüben, die für die Erreichung des Nießbrauchszwecks notwendig sind. Zusätzlich kann und muss er aber möglicherweise – insoweit wie er unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten in die Stellung des Bestellers einrückt – auch weitere Befugnisse wahrnehmen bzw. Pflichten erfüllen. Dies ist aber – wie bereits erwähnt – keine Frage des Nießbrauchs-, sondern eine Frage des Gesellschaftsrechts. Darauf wird unter E. noch näher eingegangen.

II. Übertragbarkeit des Mitgliedschaftsrechts

Die Übertragbarkeit des Mitgliedschaftsrechts an einer Personengesellschaft i. S. von § 1069 Abs. 2 BGB wird seit der oben erwähnten Entscheidung des RG[44] nicht mehr in Frage gestellt, vor allem der BGH ist dem ausdrücklich gefolgt.[45] Sie ist jedoch an Bedingungen geknüpft. Ausgangspunkt der Übertragbarkeit sind zum einen die §§ 413, 398 ff. BGB, die für die Übertragung dieses subjektiven Rechts anzuwenden wären.[46] Ferner ist aber auch § 719 Abs. 1 BGB zu beachten, der – jedenfalls nach einer früher vertretenen Ansicht – gerade die Unübertragbarkeit eines solchen Anteils zum Inhalt hat. Nach der insoweit von einem gesetzlichen Veräußerungsverbot ausgehenden Rechtsprechung waren dem entgegenstehende Verfügungen nach § 135 BGB relativ unwirksam.[47] Die Verkehrsfähigkeit der Mitgliedschaft ist daher eigentlich eine Ausnahmeerscheinung.[48] Um aber die Übertragbarkeit des Anteils bejahen zu können wurde zunächst argumentiert, dass dies jedenfalls wegen der dispositiven Natur des § 719 Abs. 1 Fall 1 BGB möglich sei.[49]

Die heute überwiegend vertretene Ansicht sieht dagegen dieses Verbot schon als unanwendbar an, weil es ausschließlich die Beteiligung an der Gesamthand betrifft und nicht die hier allein interessierende Vermögensstellung des Gesellschafters.[50] Dies gilt erst Recht im vorliegend zu untersuchenden Kontext, denn nur die vermögensrechtliche Stellung des Gesellschafters kann Nutzungen gewähren, was aber für die Nießbrauchsfähigkeit unerlässlich, jedoch auch aus-

---

[44] RG DNotZ 1944, 195.
[45] Vgl. BGHZ 58, 316; 81, 82.
[46] *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 65, 104.
[47] RGZ 92, 398, 400; 93, 292, 294.
[48] *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 44.
[49] BGHZ 13, 179, 183; *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316, 325 f., 331 f.
[50] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 719 Rn. 4. So auch schon *Flume*, in: FS Larenz, S. 769, 773 ff.

reichend ist. Insgesamt kann aber jedenfalls dann von der Übertragbarkeit des Anteils an einer Personengesellschaft ausgegangen werden, wenn die anderen Gesellschafter zustimmen oder wenn dies – quasi als vorweggenommene Zustimmung – im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist.[51] Zum Teil wird dahingehend allenfalls zusätzlich gefordert, dass sich die Zustimmung konkret auf eine Nießbrauchsbestellung erstrecken muss und nicht nur – allgemein – auf Verfügungen über den Anteil.[52] Bis zur Erteilung der Zustimmung ist die Anteilsübertragung schwebend unwirksam.[53] Verweigert nur ein Mitgesellschafter seine Zustimmung, ist die Übertragung endgültig unwirksam.[54] Zulässig ist auch die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Mitgesellschafters. Der BGH spricht davon, dass in einem solchen Fall die Stellung dieses Gesellschafters durch den Nießbrauch „angereichert" werde.[55]

III. Nutzbarkeit des Mitgliedschaftsrechts und Rechtsnatur des Anteilsnießbrauchs

Ein Erfordernis der Nießbrauchsfähigkeit ist zudem, dass der Gesellschaftsanteil/das Mitgliedschaftsrecht Nutzungen zu gewähren im Stande ist. Ausgangspunkt der folgenden Betrachtung ist die insoweit vertretene Ansicht, dass die Gewinnansprüche des Gesellschafters als Nutzungen i. S. von § 100 BGB anzusehen sind. *K. Schmidt* spricht dahingehend von „Früchten eines Rechts".[56] Wie aber noch näher darzulegen ist, ist insoweit durchaus umstritten, ob für die Nießbrauchsfähigkeit tatsächlich unmittelbar auf diese Erträge abgestellt werden kann, oder nicht vielmehr darauf, ob *diese Erträge* nutzbar i. S. von § 100 BGB sind. Ist dies der Fall, könnte es letztendlich auch dahinstehen, ob die Erträge selbst Früchte oder Gebrauchsvorteile sind.[57] Denn die dann allein

---

[51] So die st. Rspr., vgl. BGHZ 58, 316; BGH MDR 1975, 385; BGH NJW 1999, 571; BFH NJW 1995, 1918, 1919, sowie die h.L., vgl. Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 54; MüKo-BGB/*Schäfer*, § 719 Rn. 27; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 106.

[52] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 33. A.A. *Frank*, MittBayNot 2010, 96, weil die „Beschwer" der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung eines Nießbrauchs geringer sei, als bei einer Vollrechtsübertragung. Dies überzeugt jedoch nicht, denn die vor allem gesellschaftsrechtlichen Folgeprobleme sind bei der Nießbrauchsbestellung weitaus komplexer als bei der Vollübertragung des Anteils. Die Belastung ist insbesondere kein „weniger" gegenüber einer Veräußerung, sondern ein aliud. Im Einzelnen unklar ist bei der Belastung vor allem die Stellung des Nießbrauchers in Bezug auf die Ausübung von Verwaltungsrechten (dazu sogleich), während die Rechtslage beim Gesellschafterwechsel vergleichsweise eindeutig ist. Daher ist der erstgenannten Ansicht zuzustimmen und eine konkrete Zustimmung gerichtet auf die Zulässigkeit der Nießbrauchbestellung ist erforderlich.

[53] BGHZ 13, 179, 185 f.

[54] BGHZ 13, 179, 187; BGH WM 1964, 878, 879; Soergel/*Hadding,* § 719 Rn. 15; Erman/*Westermann,* § 719 Rn. 9; MüKo-BGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 219.

[55] BGH DNotZ 1999, 607, 608.

[56] Gesellschaftsrecht, § 61 II 3 (S. 1825).

[57] Umfassend zu diesem Streit *Klönne*, Nießbrauch am Anteil einer OHG, S. 56 ff.

relevanten Zinserträge, die aus der Anlage dieses Kapitals resultieren, wären zweifelsohne mittelbare Rechtsfrüchte i. S. von § 99 Abs. 3 BGB, so dass insoweit von einer Nutzbarkeit i. S. von §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB ausgegangen werden könnte.[58] Zudem könnten die Verwaltungsbefugnisse des Gesellschafters und könnte insbesondere die Befugnis zur Stimmrechtsausübung als Gebrauchsvorteil eines Rechts i. S. von § 100 BGB anzusehen sein. Auf Einzelheiten zu dieser umstrittenen Frage wird noch gesondert eingegangen. Unbeschadet dessen kann an dieser Stelle jedoch festgehalten werden, dass die Nutzbarkeit des Mitgliedschaftsrechts an sich nicht in Frage zu stellen ist. Damit ist auch diese – letzte – Voraussetzung der Nießbrauchsfähigkeit des Mitgliedschaftsrechts erfüllt.

Was die Rechtsnatur eines solchen Nießbrauchs betrifft, so gilt auch hier das oben erarbeitete allgemeine Prinzip, wonach das belastende Recht die Rechtsnatur des belasteten Rechts notwendig teilt. Geht man also davon aus, dass die Mitgliedschaft insgesamt eine dingliche Rechtsnatur aufweist, muss auch der daran bestehende Nießbrauch ein dingliches Rechts sein.[59] Dieses Ergebnis kann freilich nicht auf den Ertragsnießbrauch als reinem Forderungsnießbrauch übertragen werden. Darauf wird noch gesondert eingegangen.

IV. Besonderheiten bei OHG und KG

Für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft als Personenhandelsgesellschaften und qualifizierte Formen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, gelten die bisherigen Ausführungen entsprechend. Auch bei diesen Gesellschaften sind freilich die §§ 717 S. 1, 719 Abs. 1 BGB für die Frage der Übertragbarkeit der Anteile anwendbar. Im Ergebnis ist aber mit den schon genannten Argumenten eine Übertragbarkeit zu bejahen, die Anteile sind insoweit also nießbrauchsfähig.

Insgesamt ist auch bei OHG und KG nicht zu bezweifeln, dass deren Anteile mit einem Nießbrauchsrecht belastet werden können. Offen sind lediglich Detailfragen, zu denen sich jedoch mehr und mehr eine Rechtsprechung herausbildet. So hat etwa das OLG Stuttgart jüngst den Nießbrauch an einem Kommanditanteil für in das Handelsregister eintragbar gehalten, weil *auch* der Nießbraucher wegen § 1071 BGB über Verwaltungsrechte die Gesellschaft betreffend verfügt. Nur aufgrund der Eintragung könne das Registergericht prüfen, ob eine Handelsregisteranmeldung von allen erforderlichen Personen unterzeich-

---

[58] Vom „Ersatz für die Überlassung von Erträgen" spricht *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts, S. 79.

[59] Dazu oben AT Kap. 4. Für die Dinglichkeit eines solchen Nießbrauchsrechts auch *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 605 f. („dingliche Rechtsgemeinschaft"); *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 236 f.; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 25; BGH DNotZ 1999, 607; OLG Düsseldorf DNotZ 1999, 440.

net worden ist.[60] Richtigerweise geht das Gericht also von der schon angesprochenen Rechtsgemeinschaft zwischen Besteller und Nießbraucher in Bezug auf das belastete Mitgliedschaftsrecht aus.

Was die vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters beim Ertragsnießbrauch betrifft, so wird für das Entnahmerecht gem. § 122 HGB (für die KG i. V. mit § 161 Abs. 2 HGB) vertreten, dass dieses wegen § 717 S. 1 BGB nicht abtretbar sei.[61] Es wäre dann auch nicht nießbrauchsfähig. Zunehmend setzt sich jedoch die differenzierende und letztendlich überzeugende Ansicht durch, dass die Nichtabtretbarkeit nur eine „grundsätzliche" ist, Ausnahmen also möglich sind. So ist eine Abtretung möglich, wenn die anderen Gesellschafter nicht mehr schützenswert sind und wenn eine Rücksichtnahme auf das gesellschaftsrechtliche Vertrauensverhältnis nicht länger geboten ist.[62] Sie ist ferner dann möglich, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss eine Abtretung des Entnahmerechts zugelassen haben.[63] Die Abtretung des Kapitalentnahmerechts soll zuletzt auch zulässig sein, wenn der Gesellschafter seinen Anspruch bereits geltend gemacht hat. Dann habe sich aus einer der höchstpersönlichen Entscheidung des Gesellschafters überlassenen Befugnis ein eigenständiges Vermögensrecht entwickelt.[64]

C. *Zwischenfazit*

Anteile an Personengesellschaften und Personenhandelsgesellschaften (Mitgliedschaftsrechte) sind subjektive Rechte, die übertragbar und nutzbar sind. Sie können daher mit einem Nießbrauch belastet werden. Ein Anteilsnießbrauch ist also möglich, es handelt sich dabei um einen Nießbrauch an Rechten gem. § 1068 BGB. Im Folgenden werden ausgehend davon die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen dargestellt, die sich aus einer solchen Belastung ergeben können. Eingegangen wird zudem auf den konkreten Inhalt des Nießbrauchs an Mitgliedschaftsrechten, also auf die Art und den Umfang der eigentlichen Nutzung des belasteten Gegenstands durch den Nießbraucher. Dies

[60] NZG 2013, 432 mit Verweis auf LG Aachen NZG 2009, 881; LG Oldenburg DNotI-Report 2008, 166; LG Aachen RNotZ 2003, 398; LG Köln RNotZ 2001, 170 und LG Köln, Beschl. v. 12.5.2000 – 89 T 10/00. Zustimmend *Wachter*, EWiR 2013, 413 f., unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des BGH, wonach auch die Tatsache der Testamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil im Handelsregister eingetragen werden kann (vgl. etwa BGH NJW-RR 2012, 730).

[61] RGZ 67, 13, 17 f.; *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 294; *Baumbach/Hopt,* HGB, § 122 Rn. 4; MüKo-HGB/*Priester*, § 122 Rn. 23 („grundsätzlich"). A.A. schon *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 97.

[62] Schlegelberger/*Martens*, HGB, § 122 Rn. 13.

[63] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 717 Rn. 30, 33.

[64] MüKo-HGB/*Priester*, § 122 Rn. 23.

gilt auch für den reinen Ertragsnießbrauch an den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters, der vom Anteilsnießbrauch zu unterscheiden ist. An diesen Ansprüchen kann ohne weiteres ein Nießbrauch als Belastung von Forderungen bestellt werden.

D. Nießbrauch an vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht von vornherein unproblematisch[65] ist die Bestellung eines Nießbrauchs an den in § 717 S. 2 BGB genannten frei übertragbaren vermögensrechtlichen Bezügen eines Gesellschafters aus einer geschäftsführenden Tätigkeit, insbesondere den Ansprüchen auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben.[66] Dies gilt jedenfalls dann, sofern insoweit keine gesellschaftsvertraglichen Einschränkungen getroffen wurden (mit der Folge des § 399 BGB).[67] Hier hat der Nießbrauch keine Auswirkungen auf die Mitverwaltungsrechte des Gesellschafters und beeinträchtigt die übrigen Gesellschafter „nicht über das normale Maß hinaus".[68] Ist von den Parteien allein die Belastung dieser Ansprüche gewollt, handelt sich um einen reinen Ertragsnießbrauch.[69] Die Belastung solcher schuldrechtlicher Ansprüche gegen die Gesamthand[70] ist als ein Nießbrauch an Forderungen nach den §§ 1074 ff. BGB zu beurteilen (dazu schon oben Kap. 4 A.).

---

[65] Siehe für eine Zulässigkeit nur Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 65; *Schulze zur Wiesche*, DStR 1995, 318, 319; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71; *Jansen/Jansen*, Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, Rn. 97. Soergel/*Stürner*, § 1068 Rn. 7a (der aber den praktischen Zweck in Frage stellt); A.A. *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 266, der einen solchen Nießbrauch als mit dem Abspaltungsverbot unvereinbar ansieht. Er sieht insoweit vor allem die Gefahr, dass der Besteller verleitet werde die bei ihm verbleibenden Verwaltungsrechte „zur Schädigung" des Nießbrauchers auszuüben.

[66] *Teichmann* bezeichnet diese vermögenswerten Ansprüche als „einfache Mitgliedsrechte", ZGR 1972, 1.

[67] Beck'scherOK-BGB/*Schöne*, § 717 Rn. 22; BGH WM 1978, 514, 515.

[68] *Petzoldt*, DStR 1992, 1171, 1172.

[69] Unzulässig ist die Vereinbarung eines Ertragsnießbrauchs aber beim Nießbrauch an Sachen, weil positive Leistungspflichten nicht dinglicher Inhalt eines Nießbrauchs (oder sonstiger Servituten) sein können, vgl. *Schön*, ZHR 158 (1992), 229, 264 f.; *ders.* Nießbrauch an Sachen, S. 319 ff., unter Hinweis auf den römisch-rechtlichen Grundsatz „Servitus in faciendo consistere nequit".

[70] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 717 Rn. 14; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 321 („schuldrechtlicher Anspruch gegen den Betriebsinhaber").

E. Gesellschaftsrechtliche Problemfelder bei Personengesellschaften

I. Kernproblematik und frühere Lösungsversuche

Hauptproblem im Kontext des Anteilsnießbrauchs ist, ob bzw. inwieweit der Nießbraucher in die Gesellschafterstellung einrückt. Dies gilt freilich nur dann, wenn die Nutzungen, auf deren „Ziehung" der Nießbraucher einen Anspruch hat, über den Zugriff auf den Gewinn der Gesellschaft hinausgehen (also kein bloßer Ertragsnießbrauch vorliegt), wenn man also die Verwaltungsbefugnisse des Stammrechtsinhabers ebenfalls als von der Belastung erfasst ansieht. Allein in diesen gesellschaftsrechtlichen Kontext gehört auch die noch zu erörternde Problematik des Abspaltungsverbots, nicht dagegen zur nießbrauchsrechtlichen Frage der Übertragbarkeit des Mitgliedschaftsrechts i.S. von § 1069 Abs. 2 BGB.[71]

Zunächst wurde zu dieser Problematik überwiegend die Ansicht vertreten, dass, wenn der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil selbst bestellt werden soll, der Nießbraucher für die Dauer seines Rechts die volle Gesellschafterstellung gegenüber den Mitgesellschaftern sowie außenstehenden Dritten einnimmt. Der Gesellschaftsanteil sollte ihm also auch „der Substanz nach" zustehen.[72] Infolgedessen würde der Nießbraucher zum „Gesellschafter auf Zeit", während der Besteller für die Dauer des Nießbrauchs aus der Gesellschaft ausscheiden sollte. Danach kommt es also durch die Belastung zu einem Gesellschafterwechsel. Dem Nießbraucher fallen alle aus der Gesellschafterstellung resultierenden Rechte und Pflichten (Geschäftsführung, Vertretung, Stimmrecht etc.) zu.[73] Da dem Nießbraucher bei dieser Gestaltung im Außenverhältnis jedoch mehr Rechte eingeräumt werden als ihm vor allem nach dem Inhalt des vertraglichen und des gesetzlichen Schuldverhältnisses eigentlich zustehen sollen, musste seine überschießende Rechtsposition im Innenverhältnis zum Besteller wieder eingeschränkt werden.[74] Notwendig geregelt werden musste zudem der „Rückerwerb" der Gesellschafterstellung nach Beendigung des Nießbrauchs,[75] etwa durch eine nur aufschiebend bedingt erfolgte Übertragung[76].

Eine solche weitgehende Lösung mit der Einräumung der vollen Gesellschafterstellung zugunsten des Nießbrauchers wurde bei Personengesellschaften hauptsächlich mit Verweis auf das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot

---

[71] So überzeugend *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 238 f.

[72] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 54; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 16; *Gschwendtner*, NJW 1995, 1875; *Petzoldt*, DStR 1992, 1172; Erman/*Michalski*, § 1069 Rn. 9; *Bitz*, DB 1987, 1506; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 b) (S. 1823 f.).

[73] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 54.

[74] Hierzu *Bitz*, DB 1987, 1506; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 55.

[75] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 55.

[76] Vgl. *Lindemeier*, DNotZ 1999, 876, 900.

für notwendig erachtet. Dieses Prinzip, welches auf dem Grundsatz der Verbandssouveränität sowie auf der Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsrechts beruht,[77] besagt, dass „die Mitgliedschaftsrechte von der Mitgliedschaft nicht trennbar sind".[78] Wobei die vom BGH gewählte Formulierung „Mitgliedschaftsrechte" die einzelnen *Befugnisse* des Gesellschafters meint und insbesondere die o.g. Verwaltungsbefugnisse betrifft.[79] Da es aber beim Nießbrauch dazu kommt, dass dem Nießbraucher ein Teil der gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsbefugnisse des Bestellers aufgrund des Nießbrauchs zufallen, jedenfalls soweit sie die Nutzungen betreffen, müsse er auch die Rolle des Gesellschafters ganz einnehmen, denn eine Abspaltung einzelner Befugnisse aus der Mitgliedschaft sei nicht zulässig.[80] Eine weitere Begründung der genannten Ansicht stellt auf den Charakter der Personengesellschaft als Leistungs- und Risikovereinigung ab.[81] Die Beteiligung eines Dritten sei daher nur dann gestattet, wenn dieser die Gesellschafterstellung selbst einnehme.[82]

II. Die neuere Ansicht und das Konzept der Vergemeinschaftung

Dieser „alles-oder-nichts"-Ansatz sah sich erheblicher Kritik ausgesetzt,[83] er kann nunmehr auch als überwunden gelten. Gegen die Konstruktion einer notwendigen Vollrechtsübertragung der Gesellschafterstellung auf den Nießbraucher während der Dauer des Nießbrauchs wurde zunächst eingewandt, dass sich diese im Ergebnis nicht von der – ebenfalls zulässigen – Gestaltungsvariante der eigennützigen Treuhand unterscheidet. Daher war insoweit auch von der „Treuhandlösung" die Rede,[84] die aber eben keine Nießbrauchsbestellung im eigentlichen Sinne war, sondern ein aliud. Nimmt man daher quasi automatisch eine solche Vollrechtsübertragung an, so führt dies zu einer offenen Missachtung der Parteiintention, nach der eben gerade kein inhaltlich derart ausgestaltetes Treuhandverhältnis begründet werden sollte, sondern eine auf das Ziehen von Nutzungen gerichtete Nießbrauchsbestellung beabsichtigt war.

Gegen die Notwendigkeit dieser „großen" Lösung mit der Annahme eines zwingenden Gesellschafterwechsels lässt sich auch nicht das gesellschaftsrecht-

---

[77] Nach überwiegender Ansicht ergibt sich das Verbot aus § 717 S. 1 BGB. Umfassend zur dogmatischen Herleitung *Gaubatz-Frenzl,* Das Stimmrecht des Nießbrauchers, S. 41 ff. m. w. N.

[78] BGHZ 3, 354; 20, 363, 364.

[79] BGHZ 3, 354, 357. Daneben gelten die Sozialverbindlichkeiten als nicht abspaltbar, vgl. *Gaubatz-Frenzl,* Das Stimmrecht des Nießbrauchers, S. 41.

[80] Vgl. *Petzoldt*, DStR 1992, 1172; *Bitz*, DB 1987, 1506.

[81] Von „Arbeits-und Haftungsgemeinschaft" spricht BGHZ 22, 186, 192.

[82] Hierzu Staudinger/*Frank,* Anh zu §§ 1068 f Rn. 58.

[83] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 61 II 1 b) (S. 1823 f.); *Petzoldt*, DStR 1992, 1171, 1172; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 137; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 54 f.

[84] Vgl. nur Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 54.

liche Abspaltungsverbot anführen. Denn betrachtet man sich den Anteilsnießbrauch unter dem hier vorgeschlagenen Konzept als Vergemeinschaftung des Mitgliedschaftsrechts, und verzichtet man entgegen der überwiegenden Ansicht auf die Annahme einer Abspaltung und Teilübertragung von mitgliedschaftsrechtlichen Befugnissen auf den Nießbraucher, so ist dieses Verbot – dessen tatsächlichen Inhalt an dieser Stelle einmal außer Acht gelassen – bereits nicht berührt. Denn es wird kein Teil eines Rechts *abgespalten und übertragen*, die betreffenden Befugnisse des Anteilsinhabers werden vielmehr – auf Zeit – vergemeinschaftet und, soweit für die Ausübung des Nießbrauchs nötig, vom Nießbraucher ausgeübt. Auch an dieser Stelle zeigt sich einmal mehr, dass das hier entwickelte Konzept auf das Phänomen des „Nießbrauchs an Rechten" besser passt als bisherige Modelle. Es ist daher zutreffend, wenn das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Gesellschafter als eine Art Rechtsgemeinschaft bezüglich des belasteten Anteils beschrieben wird.[85]

Für diese Lösung einschließlich des Vergemeinschaftungsgedankens lässt sich auch die Rechtsprechung des BGH zum vergleichbaren Problem der Ausübung eines Mitgliedschaftsrechts durch den Testamentsvollstrecker anführen. Denn auch insoweit soll das Verbot der Stimmrechtsabspaltung der letztwilligen Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung nicht entgegenstehen, weil der Testamentsvollstrecker bei der Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen in seinem Stimmrecht ohnehin beschränkt ist, soweit dies in die Rechtsstellung des Gesellschafters (Erbe) eingreift. In solchen Fällen ist er zur Mitwirkung nur mit Zustimmung des Erben befugt.[86] Folgte man dagegen der früher vertretenen Ansicht, müsste man auch insoweit von der Begründung einer vollen Gesellschafterstellung beim Testamentsvollstrecker ausgehen, was jedoch nicht überzeugen kann.

Für die hier vorgestellte Lösung spricht zudem die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur seit der grundlegenden Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit der Nießbrauchsbestellung an Personengesellschaftsanteilen in der Form des echten Ertragsnießbrauchs.[87] Eine Nießbrauchsbestellung nach § 1068 BGB an Personengesellschaftsanteilen, bei der der Nießbraucher nicht Gesellschafter, sondern (bloßer) dinglich Berechtigter des Anteils wird, der Besteller aber weiterhin Anteilsinhaber und damit Gesellschafter bleibt, ist rechtlich also ohne weiteres möglich. In Abgrenzung zur o.g. Treuhandlösung wird insoweit auch von der Nießbrauchslösung gesprochen.[88] Diese steht letztendlich als mögliche Gestaltungvariante bei Gesellschaftsanteilen alternativ neben dem reinen Ertragsnießbrauch, über den sie im Hinblick auf die dem Nießbrau-

[85] MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 96; *Rohlff*, NJW 1971, 1337, 1339; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 60.
[86] BGHZ 108, 187, 196 ff.
[87] BGH NJW 1999, 571.
[88] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 57.

cher zustehenden Befugnisse hinausgeht. Sie bildet ebenso eine Alternative zur Treuhandlösung, hinter der sie hinsichtlich der Übertragung von Verwaltungsbefugnissen auf den Nießbraucher aber zurückbleibt.

Es wäre ferner dogmatisch wenig überzeugend, einerseits die Nießbrauchsbestellung am Gesellschaftsanteil selbst zuzulassen, andererseits aber bei der Lösung der sich daraus ergebenden (gesellschaftsrechtlichen) Folgeprobleme den einmal gewählten Ausgangspunkt im Ergebnis zu negieren und die Vollrechtsübertragung mit entsprechender Bindung im Innenverhältnis zu fordern.[89] Ein so verstandener Vorrang des Gesellschaftsrechts würde die Belastungsform „Nießbrauch" in diesem Kontext faktisch obsolet machen, sie jedenfalls aber unattraktiv erscheinen lassen. Gerade in einem Bereich, in dem Gesichtspunkte wie die Versorgung naher Angehöriger und Nachfolgeregelungen eine besonders große Bedeutung haben, wäre eine Nießbrauchsbestellung dann kaum sinnvoll möglich. Überzeugend ist daher die Anerkennung der Zulässigkeit von Belastungen des Gesellschaftsanteils mit einem Nießbrauch auch deshalb, weil unbeschadet dessen weiterhin bei jedem einzelnen Mitgliedschaftsrecht die Option besteht, als Alternative zum Nießbrauch die Treuhandlösung zu wählen.

Freilich ist bei jeder Ausübung von Befugnissen seitens des Nießbrauchers zu prüfen, ob bzw. inwieweit damit die Gesellschafterstellung des Bestellers berührt wird. Somit wurde das Problem des Abspaltungsverbots nicht wirklich gelöst, sondern allenfalls auf eine untergeordnete Stufe verlagert.[90] Fraglich ist daher heute nicht mehr, *ob* die Nießbrauchsbestellung am Anteil zulässig ist, sondern – quasi als Folgefrage –, *inwieweit* dadurch die Struktur der Gesellschaft durch die „Beteiligung" des Nießbrauchers (als Nicht-Gesellschafter) modifiziert wird. Die diesbezüglichen Grenzen können freilich nur im Einzelfall bestimmt werden, sie ergeben sich sowohl aus den gesetzlichen Vorgaben des Gesellschaftsrechts als auch aus dem Gesellschaftsvertrag. Die Regelungen zum Nießbrauch werden dahingehend aber unproblematisch sein.

Insgesamt ist die beschriebene Lösung mit der Anerkennung des Anteils- sowie des Ertragsnießbrauchs auch sinnvoll. Denn damit wird den Parteien ein gestalterischer Handlungsspielraum belassen, was bei der o.g. „alles-oder-nichts"-Lösung gerade nicht der Fall war. Diese Ansicht steht auch im Einklang mit den bereits erwähnten Aussagen des BGH für den vergleichbaren Fall der Dauertestamentsvollstreckung, denn auch dort entsteht die Situation, dass ein Nicht-Gesellschafter (der Testamentsvollstrecker) durch seine Entscheidungen maßgeblich die „Politik" der Gesellschaft berührt. Dahingehend stellt der BGH aber so pragmatisch wie überzeugend fest, dass jedenfalls keine „unüber-

[89] *Escher/Haag*, in: Hdb. d. GesellschaftsR II, § 27 Rn. 18 ff.
[90] *Escher/Haag*, in: Hdb. d. GesellschaftsR II, § 27 Rn. 21.

windlichen Schwierigkeiten" bestünden, an denen das Institut „an sich" scheitern würde.[91]

Betrachtet man wie hier die Mitgliedschaft umfassend als subjektives Recht und Rechtsverhältnis, muss die Belastung zuletzt die Folge nach sich ziehen, dass die Vergemeinschaftung auch die Rechtsstellung des Bestellers im mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnis erfasst, dass also auch insoweit der Nießbraucher neben den Stammrechtsinhaber tritt. Im Hinblick auf das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot ist dies auch konsequent, denn damit wird eine Trennung dieser dualistischen Struktur der Mitgliedschaft gerade verhindert.[92] Wie weit diese Vergemeinschaftung der Stellung freilich geht, in welchem Umfang der Nießbraucher also an den mitgliedschaftlichen Teilhabe- und Verwaltungsrechten mitwirkt, ist eine Frage des Gesellschaftsrechts, worauf bereits eingegangen wurde und worauf unter F. II. nochmals eingegangen wird.

III. Anteilsnießbrauch bei der Einmann-Personengesellschaft?

Fraglich ist, ob ein Nießbrauchsrecht auch am Anteil einer Einmann-Personengesellschaft bestellt werden kann.[93] Dabei wird bereits über die Zulässigkeit einer derartigen Gesellschaftsform heftig gestritten. Denn eine solche Annahme steht prima vista im Widerspruch zur Rechtsnatur der Personengesellschaft als Schuldverhältnis (§ 705 BGB), was denknotwendig zumindest zwei (Gründungs-)Gesellschafter voraussetzt.[94] Jedenfalls *fortbestehen* soll eine solche Gesellschaft aber dann, wenn die ursprünglich mehreren Personen zustehenden Gesellschaftsanteile sich in einer Hand vereinigen und wenn einzelne dieser Anteile belastet, beschränkt oder mit Sonderrechten ausgestattet sind.[95] Gerade durch die Belastung soll die Existenz einer solchen Gesellschaft also möglich sein. Dem ist auch zuzustimmen. Denn im Ergebnis kommt es bei Personengesellschaften nicht darauf an, ob mehrere *Gesellschafter* existieren, sondern vielmehr darauf, ob mehrere *Anteile* existieren.[96] Während dies für die Fälle der Vor- und Nacherbschaft sowie der Treuhandübertragung aber weitgehend Anerkennung gefunden hat, ist diese Frage bei dinglichen Belastungen

---

[91] BGHZ 108, 187, 196.

[92] *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 110 f.

[93] Dies bejahend LG Hamburg, NZG 2005, 926 mit zust. Anmerkung *Baumann*, NZG 2005, 919.

[94] MüKo-BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 60 f.

[95] BGH NJW 1996, 1284; OLG Hamm ZEV 1999, 234. A.A. im Grundsatz für Personenhandelsgesellschaften MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 24, der aber bestimmte Ausnahmetatbestände anerkennt.

[96] MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 25; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 b bb) (S. 1309); *P. Ulmer,* ZHR 167 (2003), 103, 114 f. A.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 619: mit der Übertragung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte auf einen einzigen Erwerber erlischt die Gesellschaft und zugleich der an einem Anteil bestellte Nießbrauch, weil der Gegenstand, der dem Nießbrauch unterliegt, nicht mehr existiert.

(Nießbrauch, Pfandrecht) umstritten. Im Kern soll es darauf ankommen, ob eine Teilbarkeit des Mitgliedschaftsrechts in einen unbelasteten und einen belasteten Anteil trotz der Gesellschafteridentität zu rechtfertigen ist.[97]

Unter dem Konzept der Vergemeinschaftung wird dies im Ergebnis zu bejahen sein, denn es kommt eben nicht zu einer entsprechenden Spaltung des Rechts, sondern (nur) zu einer unterschiedlichen Zuordnung der Befugnisse, die den Inhalt des Rechts bilden. Die Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsrechts wird nicht in Frage gestellt. Ein Nießbrauchsrecht kann daher auch am Anteil einer Einmann-Personengesellschaft bestellt werden. Dafür spricht zudem die Bejahung der Möglichkeit eines Eigennießbrauchs. Denn wenn ein solcher unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten eines Gesellschafters möglich ist,[98] muss ein solches Recht auch fortbestehen, wenn sich der belastete Anteil mit anderen Anteilen in der Hand eines anderen Gesellschafters „vereint".[99] Dabei ist aber zu beachten, dass trotz der Vereinigung der Anteile diese als eigenständige Anteile erhalten bleiben. Gründe, die zwingend für ein Erlöschen des an einem der Anteile bestehenden Rechts sprechen würden, sind insoweit jedenfalls nicht ersichtlich.

F. Inhalt des Fruchtziehungsrechts – Ertragsnießbrauch und Anteilsnießbrauch

Inhaltlich sind der Nießbrauch an einem Mitgliedschaftsrecht und derjenige am Gewinnanspruch (Ertragsnießbrauch) auf die jeweiligen Nutzungen gerichtet, was freilich nichts Neues ist. Als Nutzungen eines Nießbrauchs am Gewinnanspruch – des vermögensrechtlichen Teils des Mitgliedschaftsrechts – werden einerseits die entnahmefähigen Erträge in Betracht kommen.[100] Insoweit wird auch vom Nießbrauch am Gewinnanteil gesprochen. Unterschieden wird dahingehend weiter, ob es sich um einen Nießbrauch an der einzelnen Gewinnquote oder am Gewinnstammrecht des Gesellschafters (des Bestellers) handelt,[101] wobei die Annahme eines „Gewinnstammrechts" an sich bereits umstritten ist.

Nutzungen könnten beim Nießbrauch am Mitgliedschaftsrecht darüber hinaus auch die aus der Belastung des Gesellschaftsanteils resultierenden Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers sein, wie insbesondere sein Stimmrecht.

---

[97] MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 25.

[98] Dazu oben AT Kap. 2 C. III. 2. h. (S. 134 f.).

[99] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 102a. Im Ergebnis so auch *Flume*, in: FS Larenz, S. 769, 794 f.

[100] Für Personengesellschaften so schon RGZ 170, 358, 369; BGHZ 58, 316, 317 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 3 (S. 1825); *Goebel*, Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 36.

[101] *Petzoldt*, DStR 1992, 1171, 1177.

Insoweit stellen sich dann die angesprochenen Fragen nach der eigentlichen Stellung des Nießbrauchers innerhalb der Gesellschaft. Diese Ansicht ist jedoch höchst umstritten, worauf im Anschluss an den Ertragsnießbrauch noch detailliert eingegangen werden wird.

I. Ertragsnießbrauch als Nießbrauch am Gewinnanteil

Wie schon erwähnt wurde, geht das Gesetz für „Ansprüche auf einen Gewinnanteil" in § 717 S. 2 BGB unproblematisch von deren Übertragbarkeit aus. Dies gilt über § 105 Abs. 3 und § 161 Abs. 2 HGB auch für die Personenhandelsgesellschaften. Die Nießbrauchsfähigkeit steht insoweit außer Zweifel. Es handelt sich dann, wenn der Nießbrauch auf diese Ansprüche beschränkt sein soll (Ertragsnießbrauch), um einen Nießbrauch an unverzinslichen Forderungen gem. §§ 1074, 1075 BGB, da die Ansprüche nur auf eine einmalige Auszahlung gerichtet sind und nicht kraft Rechtsgeschäfts ständig Zinsen abwerfen.[102] Die vermögensrechtliche „Teilhabe"[103] des Nießbrauchers am Unternehmensgewinn soll ferner die entnahmefähigen Dividenden[104] sowie die Zinserträge von Gesellschafter-Privatkonten[105] umfassen.

Blaurock bezeichnet die ausgeschütteten Gewinne als „Früchte", die dem Nießbraucher – unmittelbar – zustehen sollen.[106] Schon aus § 1075 Abs. 1 BGB könnte sich aber ergeben, dass dem Nießbraucher als Früchte letztendlich allein die Zinsen dieser Erträge gebühren, und nicht die Erträge selbst. Denn die Erträge bilden beim Nießbrauch am Gewinnanteil den eigentlichen Inhalt der Forderung, die durch den Nießbrauch belastet wird. Dem (Forderungs-)Nießbraucher gebührt aber grundsätzlich nicht der Inhalt der Forderung, sondern ihm gebühren allein die *daraus* zu ziehenden Nutzungen.[107] Da es sich bei den ausgeschütteten Erträgen in aller Regel um „verbrauchbare Sachen" – um Geld – handeln dürfte, ist aber nicht § 1075 Abs. 1, sondern ist § 1075 Abs. 2 BGB auf diese Konstellation anwendbar. Danach erwirbt der Nießbraucher tatsächlich „die Erträge" und § 1067 BGB ist entsprechend anwendbar.[108] Nicht einschlägig ist dagegen § 1079 BGB, der für eine solche Verzinsung der Erträge sprechen würde. Denn diese Vorschrift gilt ausschließlich für verzinsliche For-

[102] Zur Unterscheidung verzinslicher/unverzinslicher Forderungen schon oben Kap. 4 A.

[103] So *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 242 f.

[104] BGHZ 58, 316; BGH WM 1975, 174; *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 94 ff.; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 139.

[105] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 139 („kann nicht ernstlich bezweifelt werden").

[106] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 139. Auch *Frank* bezeichnet den Gewinn als „dem Nießbraucher gebührende(n) Ertrag", MittBayNot 2010, 96, 100; so auch *Schulze zur Wiesche*, DStR 1995, 318, 319; *Hadding*, in: Hadding/Schneider, Gesellschaftsanteile, S. 37, 67; *Teichmann*, ZGR 1972, 1, 7 f.

[107] Siehe zum Nießbrauch an Forderungen auch oben Kap. 4.

[108] Zu Folgefragen noch unten 2.

derungen sowie für den Fall, dass es – ausnahmsweise – zur unmittelbaren Auszahlung der verzinslichen Forderung an den Gläubiger kommt. Diese Situation ist aber von der hier beschriebenen verschieden. Auf die Tatsache, dass letztendlich beim Nießbraucher aber doch nur mögliche Zinserträge verbleiben, wird unten noch näher eingegangen.

Werden solche Gewinne ganz oder zum Teil nicht ausgeschüttet, soll dem Nießbraucher ein entsprechender Ausgleichsanspruch zustehen,[109] worauf im Folgenden ebenfalls noch eingegangen wird. Die Ansprüche des Nießbrauchers sollen aber jedenfalls nicht auf die stillen Reserven der Gesellschaft erstreckt werden können, da diese erst bei deren Auflösung aufgedeckt werden.[110] Dies soll entsprechend für andere außerordentliche Erträge gelten, etwa aus der Veräußerung von Anlagevermögen, weil es sich dabei um eine „Auskehrung der Substanz" der Gesellschaft handele[111] und diese Erträge daher nicht „bestimmungsgemäß" i. S. von § 99 Abs. 2 BGB seien.[112] Zudem spreche dafür auch der Rechtsgedanke des § 1039 Abs. 1 S. 1 (anwendbar über § 1068 Abs. 2 BGB) zu den Übermaßfrüchten mit einer entsprechenden Wertersatzverpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Besteller.[113]

Diese Ansicht würde aber dann an Überzeugungskraft verlieren, wenn es – wie bereits angesprochen – nicht auf diese Erträge ankäme, die dem Nießbraucher als Nutzungen zustehen, sondern nur auf die Zinsen, die diese Erträge abwerfen. Denn dann wäre nur dahingehend § 99 BGB anwendbar und wäre das Erfordernis „bestimmungsgemäß" überhaupt nur relevant. Wie unten noch weiter ausgeführt werden wird, ist dies auch der Fall, weil der Nießbraucher zwar gem. § 1074 S. 1 BGB einen Anspruch unmittelbar auf Auszahlung der Erträge hat. Bei ihm *verbleiben* wegen der Rückzahlungsverpflichtung letztendlich aber doch nur die aus diesem Ertrag zu ziehenden Zinsen als Nutzungen, und nur darauf kommt es hier an. Im Ergebnis ist es also mit der hier vertretenen Ansicht zu vereinbaren, dass das „bestimmungsgemäß" nicht unmittelbar relevant ist, dem Nießbraucher also auch außerordentliche Erträge *zur Nutzung* zustehen können. Die daraus zu ziehenden Zinsen können aber ohne weiteres „bestimmungsgemäß" i. S. von § 99 BGB sein.

1. Bestellung des Ertragsnießbrauchs und Entstehung des Anspruchs zugunsten des Nießbrauchers

Trotz zahlreicher Stellungnahmen zur Zulässigkeit des Ertragsnießbrauchs findet nahezu keine Auseinandersetzung statt mit dessen eigentlicher Bestellung. Allenfalls ist davon die Rede, dass insoweit der Nießbrauch am Gesellschafts-

[109] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 240.
[110] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 139; BFHE 167, 90.
[111] *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 100.
[112] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 245 unter Hinweis auf BGH WM 1975, 174.
[113] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 245.

anteil „beschränkt" werden könne.[114] Diese Nießbrauchsform als Forderungsnießbrauch ist aber keineswegs eine bloß qualitativ und quantitativ *andere* Belastung des Mitgliedschaftsrechts, ein Weniger zum Anteilsnießbrauch. Es handelt sich vielmehr um ein aliud.[115] Für die Bestellung des Nießbrauchs sowie für die Rechte und Pflichten der Parteien sind daher die für Forderungen geltenden allgemeinen Vorgaben anzuwenden (§§ 1074 bis 1079 BGB), jeweils abhängig davon, ob es sich um verzinsliche oder um unverzinsliche Forderungen handelt. Da der zu belastende Gegenstand aber quasi sukzessiv mit der jeweiligen bilanzmäßigen Feststellung entsteht (dazu sogleich), muss daher auch in jedem Fall ein Nießbrauch an der erst dann entstehenden Forderung des Gesellschafters bestellt werden. Wie bereits erwähnt wurde, entspricht der Zinsertragsanspruch seiner Natur nach einer unverzinslichen Forderung, so dass insoweit allein die §§ 1074, 1075 BGB anzuwenden sind.

Was die Rechtsnatur eines solchen Ertragsnießbrauchs betrifft, so gilt der bereits herausgearbeitete Grundsatz, dass diese von der Rechtsnatur des belasteten Gegenstands abhängt. Das Nießbrauchsrecht am Zinsertragsanspruch ist daher wie der Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft schuldrechtlicher Natur.[116]

Der dem Nießbraucher gem. § 1074 S. 1 BGB zustehende Auszahlungsanspruch entsteht frühestens dann, wenn der Gewinn bilanzmäßig festgestellt wurde, denn vor diesem Zeitpunkt besteht auch die Forderung des Stammrechtsinhabers[117] nicht, die belastet werden könnte.[118] Erst dann greift auch die Schutzvorschrift des § 1071 BGB zugunsten des Nießbrauchers. Bis dahin besteht insbesondere auch kein Schutz gegen Beschlüsse der Gesellschaft etwa zu Kürzungen bei der Gewinnausschüttung.[119] Der zur Korrektur dieses Ergebnisses vorgeschlagene Ausgleichsanspruch (s.o.) in analoger Anwendung des § 1049 Abs. 1 BGB, wird vor allem mit dem Argument begründet, dass kein notwendiger Zusammenhang bestehe zwischen Nutzungen und deren Entnahmefähigkeit.[120] Und in der Tat wird an diesem Problem deutlich, dass es auch in Bezug auf den Nießbrauch an Gewinnansprüchen zu Konflikten kommen kann zwischen den (allgemeinen) Regelungen des Nießbrauchs mit gesell-

---

[114] *Schulze zur Wiesche*, DStR 1995, 318, 319. Eine Ausnahme ist *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 402 ff.

[115] Wird dagegen ein Anteilsnießbrauch als Belastung des Mitgliedschaftsrechts bestellt, bedarf es der zusätzlichen Nießbrauchsbestellung an den jeweiligen Forderungen nicht, da dessen Gewinnbezugsrecht davon miterfasst wird.

[116] Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, im Verhältnis zwischen Besteller und Nießbraucher eine dingliche Wirkung anzunehmen; vgl. dazu oben AT Kap. 4.

[117] *Habersack* spricht insoweit vom Gewinnbezugsrecht des Gesellschafters, Die Mitgliedschaft, S. 86.

[118] *Sudhoff*, NJW 1971, 481, 483; *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 36.

[119] *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71 f.

[120] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 240 f.

schaftsrechtlichen Vorgaben, seien es solche aus Gesetz oder aus dem Gesellschaftsvertrag.

Dabei kann den von *Schön* dahingehend angeführten Beispielen eine gewisse Überzeugungskraft nicht abgesprochen werden.[121] Für die Berücksichtigung allein der entnahmefähigen Beträge spricht im Ergebnis aber, dass der Begriff Nutzungen in § 100 BGB – und insoweit relevant der Früchte eines Rechts i. S. von § 99 Abs. 2, 3 BGB – durch die Formulierung „gewährt" durchaus so zu verstehen ist, dass es für den Anknüpfungspunkt des Nießbrauchsrechts auf den Zeitpunkt der Nießbrauchsfähigkeit des Rechts ankommt, wenn die „Frucht" also tatsächlich anfällt. Daher sind nur die tatsächlich abfließenden Beträge nießbrauchsrelevant. Für einen diesbezüglichen Ausgleichsanspruch des Nießbrauchers ist kein Anknüpfungspunkt ersichtlich. Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass sich über § 1071 BGB hinaus in den Regelungen zum Nießbrauch keine Vorschrift findet, die sich mit dem Schicksal des Stammrechts *vor* der Belastung befasst.

Anderenfalls käme es ferner dazu, dass der Nießbraucher eine im Vergleich zum Stammrechtsinhaber quasi stärkere Stellung einnehmen würde, was aber die wirtschaftlichen Realitäten außer Acht ließe. Denn gerade in Bezug auf den Gewinn einer Gesellschaft handelt es sich um Erträge, die an den Erfolg des Unternehmens „am Markt" geknüpft sind, also an die unternehmerische Leistung des Trägers in einem sich ändernden wirtschaftlichen Umfeld. Davon ist die vermögensrechtliche Stellung des Gesellschafters betroffen, der Nießbraucher hat notwendig an solchen Schwankungen teil. Dies gilt freilich ebenso für den Fall des erfolgreichen Wirtschaftens und eines entsprechend hohen Gewinnanspruchs des Gesellschafters. Wie beim Nießbrauch an einem Unternehmen handelt es sich also beim Nießbrauch an Gewinnansprüchen um eine risikoaffine Belastungsform.[122]

2. *Inhalt des Ertragsnießbrauchs*

Wie bereits dargelegt wurde, steht dem Nießbraucher beim Nießbrauch am Gewinnanspruch gem. § 1074 S. 1 BGB „der Gewinn" (i. S. von § 721 BGB) selbst zu. Mit der Ausschüttung als Leistung[123] des Schuldners (der Gesellschaft) an den Gläubiger (den Gesellschafter/Besteller) erwirbt der Nießbraucher gem. § 1075 Abs. 2 BGB den ausgeschütteten Betrag unmittelbar, weil es sich dabei um „verbrauchbare Sachen" i. S. dieser Vorschrift handelt. Insoweit ist es daher durchaus zutreffend zu formulieren, dass dem Nießbraucher im Ergebnis der ausgeschüttete Gewinn *zusteht*. Bei ihm *verbleiben* aber letztend-

[121] Vgl. *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 241 f.

[122] Zum Lösungsversuch über die Annahme eines Nießbrauchs am Gewinnstammrecht noch unten 2.

[123] Auch wenn die Auszahlung an den Nießbraucher erfolgt, dürfte darin eine Leistung der Gesellschaft allein an den Gesellschafter zu sehen sein.

lich – im Sinne einer Vermögensmehrung – allein die Zinsen, die der Gewinn abwirft, da der Nießbraucher nach Beendigung des Nießbrauchs „den Gewinn" – bzw. einen entsprechenden Geldbetrag als Wertersatz – wieder an den Stammrechtsinhaber herauszugeben hat.[124] Es gelten die §§ 1074, 1075 Abs. 2, 1067 Abs. 1 BGB.[125] Konsequenterweise kann es sich auch nur insoweit um nießbrauchsrelevante „vermögensrechtliche Bezüge"[126] als Früchte i. S. von §§ 99 Abs. 2, 3, 100 BGB handeln.[127] Der terminus „gewährt" bezieht sich also letztendlich doch auf die erzielten Zinserträge und nicht auf den ausgeschütteten Gewinn selbst oder auf vergleichbare Erträge. Dem Nießbraucher steht es aber frei, ob er die erhaltenen Erträge verzinst und damit tatsächlich Nutzungen zieht. Tut er dies nicht, kann dies für ihn durch die Rückzahlungsverpflichtung zum „Nullsummenspiel" werden. Im Ergebnis ist der Ertragsnießbrauch dann nicht mehr als ein zinsloses Gelddarlehen.

Diese Ausführungen zeigen freilich, dass der Nießbrauch am Gewinnanspruch als ein nur wenig nachhaltig zu nutzendes Recht anzusehen ist. *Stürners* Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität kann insoweit durchaus zugestimmt werden.[128] Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf die Höhe der Erträge, die im Extremfall „null" betragen können und somit auch keine Zinserträge abwerfen.[129] Insbesondere unter Versorgungsgesichtspunkten ist daher fraglich, ob damit der Sinn und Zweck des Nießbrauchs überhaupt erreicht werden kann. Zur Sicherung einer gewissen Nachhaltigkeit gerade beim Nießbrauch mit Versorgungscharakter ist daher denkbar, dass Besteller und Nießbraucher einzelvertraglich einen Ausgleichsanspruch für den Fall vereinbaren, dass der Gewinn ein bestimmtes Niveau nicht erreicht. Ein solcher Anspruch ist aber nicht Teil des Nießbrauchs am Gewinnanspruch als Ertragsnießbrauch.

Angesichts dieser schwachen Stellung des Nießbrauchers[130] wurde versucht, diesem über die Konstruktion eines Nießbrauchs am *Gewinnstammrecht* einen nachhaltigen Vermögenszufluss zu sichern. Dabei sollte Gegenstand des Nießbrauchs ein von der Mitgliedschaft abzuspaltendes *Recht* des Gesellschafters *auf den Gewinn* sein.[131] Vorbild war der Nießbrauch an einer Leibrente gem. § 1073 BGB.[132] Dieses Recht sei das zu belastende Stammrecht und nicht die

---

[124] *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71.

[125] So *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 28.

[126] *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 36.

[127] BGH WM 1985, 1343.

[128] Soergel/*Stürner*, § 1068 Rn. 7a.

[129] Richtig ist insoweit, dass der Nießbraucher an den Verlusten der Gesellschaft nicht beteiligt ist, vgl. Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 18. Darauf kommt es aber ohnehin nur an, wenn man – unzutreffend – die Erträge selbst als die dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen ansieht. Stellt man dagegen richtigerweise auf die beim Nießbraucher verbleibenden Erträge ab (Zinsen), stellt sich diese Frage von vornherein nicht.

[130] *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71 f.

[131] Vgl. *Sudhoff*, NJW 1971, 481, 483 f.; *Siebert*, BB 1956, 1126.

[132] Vgl. *Huber*, Vermögensanteil, S. 414.

Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. Über diese Annahme sollte letztendlich eine Verdinglichung des rein schuldrechtlichen Gewinnanspruchs erreicht werden.[133]

Diese Konstruktion wurde und wird jedoch überwiegend abgelehnt.[134] Der BFH hat darin bereits keine Nießbrauchsbestellung gesehen, sondern eine Vorausabtretung künftiger Gewinnansprüche.[135] Unklar bleibt dahingehend bereits, womit die Existenz eines solchen Rechts eigentlich zu begründen ist, von reinen Zweckmäßigkeitserwägungen einmal abgesehen. *K. Schmidt* spricht insoweit daher zur Recht von einer „überflüssigen rechtskonstruktiven Notlüge" sowie von „Begründungskalamitäten".[136] Aber selbst dann, wenn man die Existenz eines solchen Rechts anerkennt, bliebe wiederum fraglich, wie diese Konstruktion und wie insbesondere die notwendige isolierte Übertragung dieses Rechts mit dem gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbot (§ 717 S. 1 BGB) zu vereinbaren wäre. Denn ein solches Recht wäre ein der Gesellschafterstellung immanentes Recht auf Beteiligung am Gewinn. Es würde einen unselbständigen Teil der Mitgliedschaft bilden und könnte nur mit deren Übertragung selbst auf ein anderes Rechtssubjekt übergehen.[137]

Ebensowenig überzeugend war auch der Vorschlag, die o.g. Wertersatzverpflichtung des Nießbrauchers gem. § 1067 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB abzubedingen,[138] so dass dieser im Ergebnis von der Rückzahlung des Kapitals befreit wäre.[139] Denn dann handelte es sich im Ergebnis nicht um eine Nießbrauchsbestellung, sondern um eine Übertragung des „belasteten" Rechts selbst. Dies kann man allenfalls als (modifizierten) uneigentlichen Nießbrauch (Quasi-Nießbrauch) i. S. von §§ 1068 Abs. 2, 1067 BGB ansehen, aber eben nicht als einen „echten" Nießbrauch an Rechten i. S. von § 1068 BGB.

In diesem Zusammenhang sollen noch in aller Kürze die Genussrechte (vgl. § 221 Abs. 3 AktG) erwähnt werden. Diese gewähren auf schuldrechtlicher Basis einzelne Vermögensrechte gegenüber der Gesellschaft, die denen von Gesellschaftern nachgebildet sind, ohne allerdings einen mitgliedschaftlichen Cha-

---

[133] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 28.

[134] *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 29; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 265 f.

[135] BFH NJW 1992, 335, 336.

[136] Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 9. Dahingehend auch *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 265 („hergeholte Unterstellung"); Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 ff Rn. 66 („Zweckkonstruktion"); *Gösele*, Nießbrauch als Ertragsbeteiligung, S. 72 („eigenartige Erscheinung").

[137] MüKo-HGB/*Priester*, § 121 Rn. 9; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer,* § 705 Rn. 153; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer,* § 717 Rn. 15; *Habersack,* Die Mitgliedschaft, S. 82 ff., 89 ff.

[138] Wobei dies aber nicht mit dinglicher Wirkung möglich ist, vgl. Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 ff Rn. 65.

[139] So etwa *Sudhoff*, NJW 1971, 481, 484; *Klönne*, Nießbrauch am Anteil einer OHG, S. 20.

rakter aufzuweisen.[140] Die Gestaltung von Genussrechten weist in der Praxis eine große Vielfalt auf, beispielsweise als Gewinnbezugsrechte, der Teilhabe am Liquidationserlös, als Rechte auf Sachbezüge oder zur Benutzung von Gesellschaftseinrichtungen. Genussrechte werden durch Vertrag mit der Gesellschaft begründet, wobei je nach Inhalt und Sachzusammenhang zusätzlich eine Regelung im Gesellschaftsvertrag erforderlich sein kann. Die §§ 293 ff. AktG sollen insoweit analog anzuwenden sein.[141] Genussrechte können als Genussscheine verbrieft werden.[142] Sie sind Forderungen, die ihrerseits mit einem Nießbrauch belastet werden können. Es gelten die §§ 1074 ff. BGB sowie die obigen Ausführungen zum Ertragsnießbrauch.

3. Sonstige Zahlungsansprüche des Gesellschafters als „Erträge"?

a. Das Auseinandersetzungsguthaben als Gegenstand der belasteten Forderung

Als weitere übertragbare Vermögensansprüche erwähnt § 717 S. 2 BGB den dem Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft nach den §§ 731 bis 735 BGB bzw. beim Ausscheiden gem. §§ 738 Abs. 1 S. 2, 740 Abs. 2 BGB zustehenden Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.[143] Für OHG und KG verweisen die §§ 105 Abs. 2 und 161 Abs. 2 HGB auf diese Vorschriften. Auch auf diese Ansprüche ist das Abspaltungsverbot des § 717 S. 1 BGB nicht anwendbar, wobei insoweit schon zu bezweifeln ist, ob es einer solchen gesetzlichen Ausnahme bedarf, weil diese Ansprüche nicht den Anteil an sich betreffen, sondern davon gelöste rein vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers. Anders als bei den schon dargestellten sonstigen Erlösen, bei denen bezweifelt wird, ob diese „bestimmungsgemäß" i. S. von § 99 Abs. 2, 3 BGB sind (oben 2., auch zu den Argumenten gegen diese Ansicht), sollen derartige Erträge aber bei der Frage der dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen Berücksichtigung finden.[144] Dagegen ist *K. Schmidt* der Ansicht, dass dem Nießbraucher das Auseinandersetzungsguthaben bei Auflösung der Gesellschaft nicht zustehen soll.[145]

Für die Begründung der Nießbrauchsfähigkeit des Auseinandersetzungsguthabens gibt es verschiedene Ansätze. Einmal soll sich der zuvor bestellte Ertragsnießbrauch automatisch an diesem Guthaben als dessen Surrogat fortset-

---

[140] BGH NJW 1993, 400. Kritisch dazu *Schön*, JZ 1993, 925, 927 ff.

[141] Scholz/*Emmerich,* GmbHG, §§ 293 ff. AktG Rn. 55.

[142] *Wicke*, GmbHG, § 29 Rn. 21.

[143] Wobei die Abtretbarkeit gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden kann, vgl. *Hanefeld*, Verfügung über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, S. 6 f.

[144] Siehe nur *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 403.

[145] Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 14.

zen.[146] Denkbar ist insoweit auch, den § 1075 BGB unmittelbar oder jedenfalls analog[147] anzuwenden. Dies bedeutet, dass, wenn dem Gesellschafter kein Gewinnanspruch wegen seines Ausscheidens oder der Auflösung der Gesellschaft (mehr) zusteht, sich der Inhalt seiner Forderung gegen die Gesellschaft entsprechend ändert, wofür gem. §§ 1068 Abs. 2, 1071 BGB die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich ist. Mit der Leistung auf diese inhaltlich geänderte Forderung erwirbt der Nießbraucher aber automatisch gem. § 1075 Abs. 1 Hs. 2 BGB den Nießbrauch am Gegenstand der Forderung, also am tatsächlichen Auseinandersetzungsguthaben.[148] Dagegen will *Wiedemann* in analoger Anwendung des § 1066 Abs. 3 BGB einen bloßen Anspruch des Nießbrauchers auf Bestellung eines Nießbrauchs an der umgewandelten Forderung anerkennen.[149] Wegen der Tatsache, dass es sich insoweit aber eher um den Fall einer inhaltlichen Änderung der Forderung des Gesellschafters und weniger um einen der Beendigung einer Bruchteilsgemeinschaft vergleichbaren Sachverhalt handelt, ist der ersten Auffassung mit der Anwendung des § 1075 BGB der Vorzug zu geben. Wegen der Tatsache, dass die Vorschrift des § 1066 Abs. 3 BGB nunmehr ganz überwiegend aber ebenfalls als Fall der dinglichen Surrogation angesehen wird,[150] ist der Nießbraucher freilich bei beiden Begründungsansätzen hinreichend geschützt.

b. Umwandlung der Gesellschaft und dingliche Surrogation

In Umwandlungsfällen gilt dies entsprechend, so dass sich der Nießbrauch aufgrund einer dinglichen Surrogation[151] an den neu entstehenden vermögensrechtlichen Bezugsansprüchen des Gesellschafters fortsetzt. Dafür spricht schon – beispielhaft für den Umwandlungstatbestand der Verschmelzung – § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 UmwG, wonach „Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften der übertragenden Rechtsträger … an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers weiter [bestehen]". Unbeschadet dessen kann sich aber wegen der Strukturänderung der Gesellschaft die Stellung des Nießbrauchers in qualitativer und in quantitativer Hinsicht durchaus ändern, ebenso wie dies für die Gesellschaftsanteile selbst der Fall sein kann. Dies ist jedoch im Falle eines reinen Ertragsnießbrauchs weniger relevant als beim Anteilsnießbrauch und insbesondere bei der Problematik der Verwaltungsrechte.[152] Darauf wird im Anschluss noch gesondert eingegangen.

---

[146] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 ff Rn. 69.
[147] So *Huber*, Vermögensanteil, S. 416.
[148] So auch *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 79.
[149] Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 403.
[150] Siehe nur Staudinger/*Frank*, Anh zu § 1066 Rn. 10; RGRK-BGB/*Rothe*, § 1066 Rn. 4; Soergel/*Stürner*, § 1066 Rn. 3; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1066 Rn. 28.
[151] Umfassend dazu *Sandhaus*, Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 179 ff.
[152] Vgl. *Sandhaus*, Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 223 ff. und S. 232 ff.

II. Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers beim Anteilsnießbrauch

Anders als bei den in § 717 S. 2 BGB genannten Ansprüchen berührt die Frage nach der Stellung des Nießbrauchers im Hinblick auf die Verwaltungsbefugnisse das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot aus § 717 S. 1 BGB. So stellt sich im Unterschied zum Ertragsnießbrauch beim Anteilsnießbrauch daher in Konkretisierung der schon angesprochenen gesellschaftsrechtlichen Problempunkte die Frage, inwieweit der Nießbraucher die gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungsrechte und insbesondere das Stimmrecht *anstelle* des Gesellschafters ausüben kann. Dies gilt auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten, wenn die Frage zu beantworten ist, ob der Nießbraucher eine Mitunternehmerstellung innehat und somit gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt.[153] Ausgangspunkt ist dabei die Frage, ob die Mitwirkungsbefugnisse des Gesellschafters, einschließlich der in diesem Zusammenhang besonders relevanten Befugnis zur Stimmrechtsausübung, als Nutzungen eines Rechts i. S. von § 100 BGB anzusehen sind, insbesondere als ein Gebrauchsvorteil.[154] Wäre dies der Fall, stünden derartige Befugnisse wegen §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB allein dem Nießbraucher zu, mit erheblichen Folgen für dessen Stellung innerhalb der Gesellschaft. Denn gerade beim Stimmrecht kommt dem Ausübenden ein bestimmender Einfluss auf die inneren und äußeren Geschicke des Verbandes zu.[155]

1. Stimmrechtsausübung als Gebrauchsvorteil?

Das von den Befürwortern eines solchen Gebrauchsvorteils durchweg zitierte Urteil RGZ 118, 266 – und mit diesem Verweis hat es dann auch jeweils sein Bewenden – lässt einen solchen Schluss jedoch nicht ohne weiteres zu. Denn das RG stellt gerade fest, dass „von einem Vorteil aus dem Gebrauch der Geschäftsanteile im strengen Wortsinne vielleicht nicht gesprochen werden [kann], … denn in Wirklichkeit vermittelte der Besitz der Geschäftsanteile diese Vorteile".[156] Letztendlich hält das Gericht insoweit eine allenfalls entspre-

---

[153] Umfassend dazu *Hochheim/Wagenmann*, ZEV 2010, 109, für den Vorbehaltsnießbrauch am Kommanditanteil. Vgl. zu diesem Thema aus steuerrechtlicher Sicht zuletzt BFH NZG 2014, 119. Dort hat das Gericht entschieden, dass, wenn sich der Schenker bei der Zuwendung einer Kommanditbeteiligung den Nießbrauch zu einer bestimmten Quote hiervon einschließlich der Stimm- und Mitverwaltungsrechte vorbehält, der mit dem Nießbrauch belastete Teil der Kommanditbeteiligung dem Erwerber „für sich genommen keine Mitunternehmerstellung" vermittele. Daher können für diesen Erwerbsteil auch keine Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 (Fassung vor 2009) ErbStG beansprucht werden.

[154] Vgl. AT Kap. 3 F. (S. 165 ff.). So etwa RGZ 118, 266, 268 f. (entsprechende Anwendung von § 100 BGB); zustimmend Staudinger/*Jickeli/Stieper*, § 100 Rn. 7 („ein Gebrauchsvorteil des in der Aktie verbrieften Mitgliedschaftsrechts"); *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 27 Rn. 15; Beck'scherOK-BGB/*Fritzsche*, § 100 Rn. 8; MüKo-BGB/*Stresemann*, § 100 Rn. 3.

[155] *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 1.

[156] RGZ 118, 266, 269.

chende Anwendung des § 100 BGB für möglich, ohne sich freilich überhaupt näher mit dieser Problematik zu befassen.

Die Gegenansicht lehnt es jedoch ab, die Befugnis des Gesellschafters zur Stimmrechtsausübung als Gebrauchsvorteil des Mitgliedschaftsrechts i. S. von § 100 Hs. 2 BGB anzusehen.[157] *Pohlmann* hebt dabei zu Recht hervor, dass das Stimmrecht schon begrifflich kein Ertrag der Mitgliedschaft sein kann. Es ist daher weder Rechtsfrucht gem. § 99 Abs. 2 BGB noch ein Gebrauchsvorteil. Denn der Begriff der Nutzungen i. S. von § 100 BGB ist wegen § 1030 Abs. 1 BGB (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB) nießbrauchsspezifisch auszulegen und somit rein vermögensrechtlich zu verstehen. Gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten gehören nicht dazu.[158] Ein solcher Vorrang des Gesellschaftsrechts lässt sich auch den Motiven zum Nießbrauch an Inhaberpapieren entnehmen. Dort wird der Verzicht auf weitergehende Regelungen mit der „von den Gesellschaftsstatuten abhängende(n) verschiedenartige(n) Gestaltung der Fälle" begründet.[159]

Diese Ansicht wird zudem durch § 1066 Abs. 1 BGB gestützt. Dort wird für den besonderen Fall des Nießbrauchs an einem Miteigentumsanteil explizit geregelt, dass der Nießbraucher die Verwaltungsrechte ausübt. Dieser Regelung bedürfte es aber nicht, wenn diese Rechte (als Befugnisse) schon als Nutzungen i. S. von § 1030 Abs. 1 BGB anzusehen wären. Auch fehlt eben in diesem Kontext eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelung, so dass eine solche hier besonders zu treffen war.[160] Besonders überzeugend ist jedoch das Argument, wonach die Ausübung des Stimmrechts *Voraussetzung* ist für den „Gebrauch" des Anteils, nicht aber ein durch diesen gewährter „Vorteil".[161] Es ist die „Inhaltsverwirklichung" des Rechts.[162] Anderenfalls wäre jede Rechtsausübung zugleich ein Gebrauchsvorteil, was aber bereits aus logischer Sicht abzulehnen ist.[163] Denn auch wenn sich dies für Gebrauchsvorteile noch begründen ließe, ist zu beachten, dass diese systematisch auf einer Stufe stehen mit den

---

[157] *Huber*, Vermögensanteil, S. 416; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 99; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 72; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 248 f.; *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 167 f.; *Dippel*, Nießbrauchsvorbehalt, S. 109; *Meyer*, Nießbrauch am GmbH-Geschäftsanteil, S. 204 f.; *Wedemann*, NZG 2013, 1281, 1282.

[158] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 72 unter Hinweis etwa auf *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 248 f.

[159] Mugdan, Motive III, S. 556.

[160] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 250.

[161] *Klönne*, Nießbrauch am Anteil einer OHG, S. 62; *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 204; *Wedemann*, NZG 2013, 1281, 1282.

[162] So trefflich *Bechtold*, Nießbrauch am Kommanditanteil, S. 121.

[163] Dahingehend auch schon *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 411.

(Rechts-)Früchten.[164] Die Ausübung eines Rechts und eine Fruchtziehung daran können aber nicht zusammenfallen.[165]

Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente dafür, die Befugnis zur Stimmrechtsausübung nicht als Gebrauchsvorteil eines Rechts und damit auch nicht als Nutzung i. S. von § 100 BGB anzusehen.

2. *Die Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers*

Aus diesem Ergebnis folgt freilich nur, dass dem Nießbraucher Mitverwaltungsbefugnisse nicht schon wegen §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 BGB als Nutzungen des Rechts zustehen. Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob oder inwieweit der Nießbraucher auf sonstige Weise in die Verwaltung der Gesellschaft einbezogen sein kann. Aus der Vielzahl der Stellungnahmen zu dieser Problematik lassen sich die im Folgenden darzustellenden Ansichten extrahieren.

Nach Ansicht einiger Autoren soll dem Nießbraucher die Befugnis zur Geschäftsführung zustehen.[166] Dies gilt auch für Informations- und Kontrollrechte gegenüber der Gesellschaft in Bezug auf die laufenden Angelegenheiten, so dass dem Besteller insoweit nur der nach § 716 Abs. 2 BGB unverzichtbare Mindestbestand verbleibt.[167] Geht man aber davon aus, dass der Nießbraucher im Ergebnis für die Dauer des Nießbrauchs in den Gesellschaftsverband einbezogen wird, und gesteht man ihm somit bestimmte Mitwirkungsbefugnisse zu, muss konsequenterweise dann auch eine Treuepflichtbindung des Nießbrauchers angenommen werden.[168] Etwas anders gilt aber dann, wenn die Verwaltungsrechte vertraglich dem Besteller vorbehalten sind, wobei auch in diesem Fall dem Nießbraucher ein eigenes Auskunfts- und Kontrollrecht gegen die Gesellschaft hinsichtlich der auf ihn entfallenden Erträge zustehen soll.[169] Dies ist aber keine Frage der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse, denn diese Befugnisse des Nießbrauchers folgen vielmehr bereits aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis.

---

[164] Dazu schon oben AT Kap. 3 F. III. (S. 171 ff.).

[165] *Superczynski*, Das Stimmrecht beim Nießbrauch an Aktien, S. 37 f.; *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 204.

[166] *Sudhoff,* NJW 1971, 481, 482; *Schön,* ZHR 158 (1994), 229, 263; a. A. *Teichmann,* ZGR 1972, 1, 9; Staudinger/*Frank,* Anh zu §§ 1068 f Rn. 73. *Frank,* MittBayNot 2010, 96, 99, hält jedenfalls eine vertragliche Übertragung des Geschäftsführungsrechts auf den Nießbraucher für zulässig.

[167] *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 147 f.; MüKo-HGB/*K. Schmidt,* Vor § 230 Rn. 21; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 82.

[168] MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 96; *Gaubatz-Frenzl*, Das Stimmrecht des Nießbrauchers, S. 115 ff.

[169] *Teichmann,* ZGR 1972, 1, 9; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer,* § 705 Rn. 99. Für vertragliche Lösungen auch *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 610 f.

In Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts wird der Meinungsstreit besonders erbittert geführt. Vom RG gibt es diesbezüglich keine klaren Aussagen. Die Frage wurde offengelassen[170] oder die Stimmabgabe durch den Nießbraucher wurde jedenfalls nicht beanstandet.[171] Ohne sich dahingehend insgesamt festlegen zu wollen, stellte der BGH in einer der wenigen Entscheidungen in diesem Kontext zumindest fest, dass dem Gesellschafter (Besteller) in jedem Fall die Befugnis verbleibt, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selbst abzustimmen.[172] Welche Beschlüsse aber Grundlagenbeschlüsse sind, ist freilich abermals umstritten. So hat der BGH dies etwa für die Mitwirkung beim periodischen Rechnungsabschluss bejaht,[173] wofür er wiederum mit überzeugenden Argumenten kritisiert wurde.[174] Der BGH scheint daher eher der Ansicht zuzuneigen, dem Nießbraucher nur diejenigen Befugnisse zuzuerkennen, die für die Ausübung des Nießbrauchs unverzichtbar sind und – quasi im Gegenschluss – insgesamt einen Verbleib der Stimmbefugnisse beim Besteller zu sehen.

Der BFH geht vergleichbar davon aus, dass der Anteilsinhaber einen „hinreichenden Bestand an vermögensrechtlicher Substanz" des nießbrauchsbelasteten Anteils und ebenso „einen hinreichenden Bestand an gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechten" zurückbehalte. Er trage insbesondere weiterhin das Unternehmerrisiko und kann Mitunternehmerinitiative ausüben, hat also die Möglichkeit der Ausübung von Stimm-, Kontroll-, und Widerspruchsrechten.[175] Dem Nießbraucher stehe für laufende Angelegenheiten freilich ein eigenes Stimmrecht zu, welches insoweit das Mitwirkungsrecht des Gesellschafters ausschließen soll.[176]

Gegen diese Sichtweise des nur ausnahmsweisen Übergangs der Kompetenz der Stimmrechtsausübung auf den Nießbraucher und auch nur in Bezug auf die laufenden Angelegenheiten, ließe sich einwenden, sie stehe im Widerspruch zur Einordnung des Nießbrauchs als dem umfassendsten (dinglichen) Nutzungsrecht und zur Regelung in § 1030 Abs. 2 BGB. Zu konzedieren ist aber dahin-

---

170 RG JW 1934, 976.

171 RG JW 1916, 409.

172 BGH NJW 1999, 571, 572.

173 BGH NJW 1999, 571.

174 *K. Schmidt,* ZGR 1999, 601, 605 f.: Grundlagenbeschlüsse sind nur solche, die die Mitgliedschaft substantiell berühren, wie bei Änderung der Gewinnverteilungsregelung oder sonstiger Vertragsänderung in Bezug auf Mitwirkungsrechte. Im Ergebnis so auch MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer,* § 705 Rn. 101, mit einem weiten Verständnis von dem Nießbraucher zustehenden Befugnissen in Bezug auf „laufende Angelegenheiten" in Abgrenzung zu den Grundlagenbeschlüssen. Zu Grundlagengeschäften auch umfassend *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 146 ff.

175 BFH BB 1994, 2474, 2476 f.; *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 419 f.; mit Einschränkungen *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 147 f.

176 BFH BB 1994, 2474, 2477. Zustimmend *Söffing/Jordan*, BB 2004, 353.

gehend wiederum, dass dies eben die notwendige Folge des diesbezüglichen Vorrangs der gesellschaftsrechtlichen Regelungen vor den (allgemeinen) Regelungen zum Nießbrauch an Rechten ist. Infolgedessen lässt sich zusammenfassen, dass die wohl h.M. jedenfalls für die Ausübung des Stimmrechts davon ausgeht, dass diese Befugnis allein dem Gesellschafter zusteht.[177] Als einzige Ausnahme wird die Stimmbefugnis des Nießbrauchers in Bezug auf laufende Angelegenheiten („Tagesgeschäft"[178]) anerkannt.[179] Ein vollständiger vertraglicher Stimmrechtsverzicht des Gesellschafters zugunsten des Nießbrauchers soll aber möglich sein.[180] Vertreten wird durchaus aber auch die quasi entgegengesetzte Ansicht, vor allem aus Gründen der Rechtsklarheit. Danach soll dem Nießbraucher insbesondere das Stimmrecht allein zustehen, wobei vertragliche Lösungen möglich und auch vorzugswürdig seien, so dass das Stimmrecht auch dem Anteilsinhaber (zurück-)übertragen werden könne.[181] Möglich soll auch ein vertraglich vereinbarter Stimmrechtsausschluss zulasten des Nießbrauchers als Beschränkung i. S. von §§ 1068, 1030 Abs. 2 BGB sein.[182]

Da wegen der Vielzahl der divergierenden Ansichten – auch abhängig von der jeweils betroffenen Befugnis – rechtssichere Aussagen über die Zuordnung der Befugnisse zum Nießbraucher oder zum Besteller kaum möglich sind, sollten die Parteien diese umfassend vertraglich regeln. Stellt man insoweit auf § 1030 Abs. 2 BGB ab (i. V. mit § 1068 Abs. 2 BGB), so ist eine solche Regelung Teil des gesetzlichen Schuldverhältnisses. Die Befugnisaufteilung kann also mit dinglicher Wirkung geregelt werden.[183] Insgesamt ist daher der oben genannte Grundsatz des Verbleibs der Verwaltungsbefugnisse beim Gesellschafter mit der Möglichkeit einer vertraglichen Lösung vorzugswürdig, weil damit dieser Problematik einiges an Brisanz genommen wird.[184]

---

[177] Vgl. etwa OLG Koblenz NJW 1992, 2163, 2164; Soergel/*Stürner*, § 1068 Rn. 8a; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 72; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 142 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II 3 (S. 1825); *ders.*, ZGR 1999, 601, 609 und die Nachw. in den vorstehenden Fußnoten.

[178] So *Daragan*, DStR 2011, 1347, 1348.

[179] Gegen jegliche Mitverwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers aber *Lindemeier*, DNotZ 1999, 876, 887 ff.

[180] Umfassend dazu *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 115 ff.

[181] *Wedemann*, NZG 2013, 1281, 1284 ff.

[182] *Teichmann*, ZGR 1973, 24, 26.

[183] *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 101, mahnt insoweit aber zur „Vorsicht", da zahlreiche Details noch nicht „hinreichend geklärt" seien.

[184] Für vertragliche Lösungen auch *Hepp-Schwab*, Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 194 f. Vgl. zu konkreten Gestaltungsvorschlägen etwa *K. Schmidt,* ZGR 1999, 601, 610 f.; *Wälzholz,* DStR 2010, 1786; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75 f. Siehe zu einer konkreten vertraglichen Gestaltung in Bezug auf einen vorbehaltenen Quotennießbrauch bei Übertragung (Schenkung) eines Kommanditanteils einschließlich der Stimm- und Mitverwaltungsrechte BFH NZG 2014, 119.

Einen anderen Weg geht dagegen *Schön*.[185] Aus seiner Annahme einer Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und Nießbraucher beim Anteilsnießbrauch folgert er konsequenterweise, dass die Verwaltungsbefugnisse beiden Parteien gemeinschaftlich zustehen müssen und dass der Nießbraucher notwendig in die Gesellschaftergruppe aufzunehmen ist.[186] Nießbraucher und Besteller üben die Stimmbefugnisse daher gemeinschaftlich in Übereinstimmung miteinander aus. Sie unterliegen deshalb bei der Willensbildung einem „präventiven Einigungszwang".[187] Kommt eine einheitliche Stimmabgabe nicht zustande, soll die Stimme verfallen.[188]

Im Hinblick auf das hier insgesamt für die Belastung eines Rechts vertretene Konzept der Vergemeinschaftung liegt es nahe, diesem Ansatz ebenso zu folgen. Der hier vertretene Vergemeinschaftungsansatz macht indes eine solche doch impraktikabel erscheinende Vorgehensweise[189] nicht wirklich notwendig. Denn trotz der Vergemeinschaftung des belasteten *Rechts* ist eine Aufteilung der einzelnen den Inhalt des Rechts ausmachenden *Befugnisse* durchaus möglich. Somit bleibt es im Ausgangspunkt bei der oben schon beschriebenen Lösung, wonach alle vermögensrechtlichen und somit nießbrauchsrelevanten Befugnisse dem Nießbraucher zustehen,[190] die verwaltungsrechtlichen Befugnisse dagegen weiterhin dem Gesellschafter (Besteller). Für die Befugnisse des Nießbrauchers stellt § 1071 BGB ein ausreichendes Schutzniveau dar. Es bleibt zudem dabei, dass vertraglich etwas Abweichendes zwischen den Parteien geregelt werden kann.

3. Exkurs – Ertragsansprüche des Anteilsnießbrauchers

Für den reinen Ertragsnießbrauch wurde die Lösung über die §§ 1074, 1075, 1067 Abs. 1 BGB bereits dargestellt. Beim Anteilsnießbrauch werden dagegen die vermögensrechtlichen Ansprüche als von der Belastung des gesamten Anteils mitumfasste Befugnisse des Inhabers anzusehen sein, so dass insoweit die genannten Regelungen zum Nießbrauch an nicht-verzinslichen Forderungen auch nicht anwendbar sind. Anderenfalls könnte der Anteilsnießbrauch als selbständige Gestaltungsvariante nicht sinnvoll vereinbart werden und jeder

---

[185] Wobei auch schon bei *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 412 ff. und bei *Heck* (Grundriß des Sachenrechts, § 120 Ziff. 11 [S. 476]) und *Brodmann* (GmbHR 1938, 11) ein solcher Vergemeinschaftungsansatz nachweisbar ist.

[186] ZHR 158 (1994), 229, 256 ff. Gegen eine Vergemeinschaftungslösung aber dezidiert MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 99.

[187] *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 261.

[188] ZHR 158 (1994), 229, 262.

[189] Siehe zur Kritik an der Vergemeinschaftungslösung *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 607, 608 f.; Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 16; *Hepp-Schwab*, Mitgliedschaft des Personengesellschafters, S. 157 f.

[190] So für den Nießbrauch am Kommanditanteil auch *Bechtold*, Der Nießbrauch am Kommanditanteil, S. 152 ff.

Anteilsnießbrauch wäre jeweils getrennt nach den betroffenen Ansprüchen zu bewerten. Denn im Ergebnis geht es beim Anteilsnießbrauch anders als beim Ertragsnießbrauch um die Erträge der Gesellschaft, und nicht um den Inhalt vermögensrechtlicher Forderungen gegen die Gesellschaft. Hier ist eine gewisse Parallele zum Unternehmensnießbrauch nicht zu leugnen.[191] Belastungsgegenstand ist eben der Anteil an der Gesellschaft selbst, und sind nicht die einzelnen Befugnisse des Gesellschafters.

Dies bedeutet aber auch, dass die oben angesprochenen auf den Anteil entfallenden entnahmefähigen Erträge in einem solchen Fall als die dem Nießbraucher unmittelbar zustehenden und auch verbleibenden Nutzungen anzusehen sind.[192]

4. Surrogation bei Umwandlung der Gesellschaft?

Umwandlungstatbestände wirken sich unmittelbar materiell-rechtlich auf die Anteile der betroffenen Gesellschaften aus. Sind diese – wie beim Anteilsnießbrauch – Belastungsgegenstand, werden dadurch auch jedenfalls mittelbar die daran bestehenden Rechte tangiert. Die Auswirkungen der Umwandlung einer Gesellschaft auf die in § 717 S. 2 BGB genannten vermögensrechtlichen Ansprüche wurde bereits behandelt. In Bezug auf die Mitgliedschaftsrechte, also im Kontext des Anteilsnießbrauchs, stellt sich insoweit ebenfalls die Frage, welche Folgen eine Umwandlung der Gesellschaft für den Nießbraucher hat. Für die Vornahme einer Umwandlung der Gesellschaft ist zudem fraglich, ob dafür – jedenfalls in Einzelfällen – die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich ist. Ausgangspunkt ist dabei das den Umwandlungstatbeständen zugrundeliegende Surrogationsprinzip, welches die Kontinuität der Mitgliedschaft sicherstellen soll, obschon dieses Prinzip nicht ausnahmslos gilt.[193] Daraus resultiert für einen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil der Grundsatz, dass dieser von einer Umwandlungsmaßnahme in seinem Bestand nicht betroffen wird, wenn die Maßnahme den Bestand des Anteils unberührt lässt.[194]

Bei einer Verschmelzung dürfte eine Zustimmung des Nießbrauchers zur Umwandlung im Innenverhältnis gegenüber dem Gesellschafter dann nicht erforderlich sein, wenn an den Gesellschafter des nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteils anlässlich der Umwandlung neue Anteile am übernehmenden

---

[191] Dazu oben Kap. 2. C. (S. 283 ff.).

[192] So auch *Kruse*, RNotZ, 2002, 69, 78; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 79; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 50. Zur Begründung dieses Ergebnisses ist hier die jedenfalls analoge Anwendung des § 1073 BGB denkbar. Dieser stellt klar, dass dem Nießbraucher bei der Belastung bestimmter Stammrechte solche Leistungen unmittelbar gebühren können.

[193] Grundlegend dazu *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 123 ff.

[194] *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 175.

Rechtsträger gewährt werden.[195] Denn bei einem solchen Anteilstausch findet eine gesetzlich angeordnete dingliche Surrogation statt (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Der Nießbrauch setzt sich dann automatisch am neuen Anteil fort, den der an der Umwandlung teilnehmende Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an der aufnehmenden Gesellschaft erhält.[196] Werden dagegen nach § 54 Abs. 1 S. 1 UmwG dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft keine Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft gewährt, geht der Nießbrauch mangels eines Stammrechts unter. In solchen Fällen wird im Innenverhältnis zum Schutz des Nießbrauchers dessen Zustimmung zur Umwandlung zu verlangen sein.[197]

Für bestimmte Spaltungsfälle sieht § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 UmwG vor, dass die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers entsprechend der im Spaltungs- und Übertragungsvertrag vorgesehenen Aufteilung Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger werden, und dass Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften des übertragenden Rechtsträgers an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaftsrechten des übernehmenden Rechtsträgers weiter bestehen. Auch insoweit kommt es also zu einer Surrogation zugunsten des Nießbrauchers.[198] Soweit dies allerdings nicht der Fall ist, etwa weil der übernehmende Rechtsträger Anteile am übertragenden Rechtsträger oder dieser eigene Anteile hält, wird – vergleichbar den schon dargestellten Grundsätzen zur Verschmelzung – überwiegend die Zustimmung des Nießbrauchers zum Spaltungsvertrag im Innenverhältnis zum Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für notwendig erachtet.[199] In Ausgliederungsfällen wird eine Zustimmung des Nießbrauchers zur Umwandlung gleichfalls nur in Ausnahmefällen erforderlich sein. Denn auch hier besteht anlässlich der Übertragung von Vermögen auf eine neu gegründete oder bestehende Tochtergesellschaft der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil der Muttergesellschaft unverändert fort.[200] Beim Formwechsel findet gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 UmwG ebenfalls eine „nießbrauchserhaltende" dingliche Surrogation statt.

Wegen des insgesamt aufgrund der Surrogationsregelungen bestehenden grundsätzlich ausreichenden Schutzes des Nießbrauchs, bedarf es insoweit – vorbehaltlich der genannten Ausnahmetatbestände – keiner Anerkennung entsprechender Mitwirkungsbefugnisse des Nießbrauchers. Eine Zustimmung des Nießbrauchers zur Umwandlung der Gesellschaft ist daher auch nicht erforderlich.

---

[195] Baumbach/Hueck/*Hueck/Fastrich,* GmbHG, § 15 Rn. 53.

[196] *Götz/Hülsmann,* DStR 2010, 2377, 2378; *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 177 f.

[197] So auch *Götz/Hülsmann,* DStR 2010, 2377, 2378.

[198] *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, S. 180 f.; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rn. 229.

[199] Lutter/*Teichmann*, UmwG, § 131 Rn. 74; *Götz/Hülsmann,* DStR 2010, 2377, 2378.

[200] *Götz/Hülsmann,* DStR 2010, 2377, 2378.

G. Anteile an Kapitalgesellschaften – GmbH und AG

Nach den dargestellten Divergenzen zum Anteilsnießbrauch bei Personengesellschaften kann es nicht überraschen, wenn dahingehend auch für Kapitalgesellschaften der Grundsatz gilt, dass „die Lage ebenfalls nicht eindeutig“[201] ist.

I. Allgemeines

Für den Anteilsnießbrauch bei Kapitalgesellschaften stellt sich anders als bei Personengesellschaften von vornherein aber jedenfalls nicht die Frage nach der freien Übertragbarkeit der Anteile. Denn Geschäftsanteile einer GmbH sind gem. § 15 Abs. 1 GmbHG[202] ebenso veräußerlich wie die Anteile an einer Aktiengesellschaft. Bei Inhaberaktien folgt dies aus § 1081 BGB,[203] bei Namensaktien aus § 68 AktG i. V. mit §§ 1069, 1070 BGB.[204] Daher ist etwa auch unstrittig, dass in den Nachlass fallende GmbH-Anteile ebenso wie Aktien der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen.[205] Während ein Nießbrauch bei Personengesellschaftsanteilen aber formfrei bestellt werden kann,[206] bedarf die Bestellung bei GmbH-Anteilen wegen § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB). Dies gilt auch beim Eigennießbrauch.[207] Ausnahmen gelten allein nach § 15 Abs. 5 GmbHG und § 68 Abs. 2 AktG. Existiert nach diesen Vorschriften eine gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsklausel und wird die notwendige Zustimmung der GmbH oder AG zur Nießbrauchsbestellung nicht erteilt, kommt eine Haftung des Bestellers gegenüber dem Nießbraucher in Betracht. Wegen der anfänglichen Unmöglichkeit der Bestellung und weil zwischen den Parteien zu diesem Zeitpunkt das Kausalgeschäft schon existiert, wird dies – bei Eintritt eines Schadens – ein Fall der Haftung des „Bestellers“ gem. §§ 311a, 275 Abs. 1, 4, 283 BGB auf Schadensersatz statt der Leistung sein.

---

[201] So etwa *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, Rn. 103. Einen aktuellen Überblick über die Gestaltungspraxis bietet *Barry*, RNotZ 2014, 401.

[202] Gerade in der Tatsache, dass dies eigens gesetzlich geregelt ist, zeigt sich aber auch der „fundamentale Unterschied der GmbH zur AG“, so *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 680.

[203] Dazu noch unten H.

[204] Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 20, 24.

[205] So die h.M., vgl. etwa *Priester*, in: FS Stimpel, S. 463, 464 f., unter Hinweis auf BGHZ 24, 106; 51, 209; BGH NJW 1976, 1692, 1693 und w.N. auch aus dem Schrifttum.

[206] Da der Nießbraucher nicht Gesellschafter wird, bedarf es zudem nicht der Eintragung der Nießbrauchsbestellung in das Handelsregister (§§ 107, 161 Abs. 2, 162 Abs. 3 HGB), vgl. *Hadding*, in: Hadding/Schneider, Gesellschaftsanteile, S. 66, 71,

[207] *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 63.

II. Inhalt des Nießbrauchs

Gerichtet ist der Nießbrauch auch bei solchen Anteilen auf die Nutzungen aus dem belasteten Mitgliedschaftsrecht. So sollen dem Nießbraucher bei der Belastung von Aktien die ausschüttungsfähigen Gewinne und soll ihm insbesondere die ausgeschüttete Dividende als Rechtsfrucht i.S. von § 99 Abs. 2 BGB zustehen.[208] Wie bei den entnahmefähigen Erträgen der Personengesellschaften stellt sich insoweit zunächst die Frage, ob zu differenzieren ist zwischen den Erträgen selbst und den daraus möglicherweise zu erzielenden Zinserträgen. Denn es stehen – wie umfassend dargelegt – beim Nießbrauch am Gewinnanteil einer Personengesellschaft dem Nießbraucher nur letztere als Nutzungen der jeweiligen Forderungen gegen die Gesellschaft zu, da für solche nicht-verzinslichen Forderungen die §§ 1074, 1075, 1067 BGB anzuwenden sind.[209] Fraglich ist daher, wenn etwa bei der AG pauschal von der „belasteten Aktie" gesprochen wird,[210] ob auch in diesem Fall nicht der Gewinnanspruch als Forderung gegen die Gesellschaft anzusehen und der Nießbrauch als ein solcher *an einer Forderung* zu kategorisieren ist. Sieht man dagegen allgemein „die Aktie" als Gegenstand des Nießbrauchs an, folgt daraus nahezu zwangsläufig auch, dass die Dividende die Nutzung darstellt, die dem Nießbraucher (unmittelbar) gebührt.[211] Diese Ausführungen gelten entsprechend für GmbH-Anteile.

Es wird also wie bei Personengesellschaften darauf ankommen, ob es sich um einen Anteilsnießbrauch handelt oder um einen bloßen Ertragsnießbrauch allein an den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Gesellschafters.[212] Insoweit kann also auch bei Kapitalgesellschaften eine Trennung vorzunehmen sein, obschon die praktische Bedeutung (noch) geringer als bei den Personengesellschaften sein dürfte.[213] In Betracht kommen insoweit die rein vermögensrechtlichen Ansprüche, die dem Gesellschafter gegen die Gesellschaft zustehen, etwa gem. § 29 Abs. 1 GmbHG und § 58 Abs. 4 AktG auf den Bilanzgewinn als Belastungsgegenstände. Handelt es sich daher um einen „bloßen" Ertragsnießbrauch, ist Ausgangspunkt die Tatsache, dass der Nießbrauch allein die vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters erfasst und eben nicht dessen Mitverwaltungsrechte.[214] Es kann dann aber auch nur insoweit auf gewährte

---

[208] So die h.M., vgl. nur *Scharff*, Nießbrauch an Aktien, S. 21 ff.; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 62.

[209] *Johow* hat einen Nießbrauch an „kurshabenden Werthpapieren" insgesamt als einen Nießbrauch an Forderungen angesehen, vgl. Schubert/*Johow*, Vorlagen Sachenrecht II, S. 1342 f.

[210] So *Scharff*, Nießbrauch an Aktien, S. 23.

[211] Siehe dazu noch die Ausführungen unter H. beim Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren.

[212] Zutreffend Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 24 („zwingend zu unterscheiden"); *Scharff*, Nießbrauch an Aktien, S. 10.

[213] *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 8 f.

[214] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 97 und dazu schon oben F. II.

Nutzungen ankommen. Konsequenterweise sind daher die genannten Ansprüche des Gesellschafters auf die ausschüttungsfähigen Erträge Forderungen gegen die Gesellschaft. Somit gilt wie bei den Personengesellschaften, dass dem Nießbraucher bei Anwendung der §§ 1074, 1075, 1067 BGB nicht die Erträge selbst als Nutzungen (Rechtsfrüchte) *verbleiben*, sondern allein die daraus erzielten Zinserträge. Wie bei den Personengesellschaften ist zudem die Annahme eines „Gewinnstammrechts" abzulehnen, welches belastet werden könnte.[215] Der Gewinnanspruch entsteht bei GmbH und AG erst mit dem entsprechenden Gewinnverwendungsbeschluss, vgl. § 29 GmbHG, § 174 AktG.

Für den Anspruch des Gesellschafters auf den anteiligen Liquidationserlös gem. § 72 GmbHG und § 271 Abs. 1 AktG gelten die obigen Ausführungen zum Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben bei Personengesellschaften entsprechend. Dabei handelt es sich jeweils um nutzbare und nießbrauchsfähige Erträge. Auch diese sind Forderungen gegen die Gesellschaft. § 1075 Abs. 1 Hs. 2 BGB ist analog anzuwenden, so dass der Nießbraucher unmittelbar ein Nießbrauchsrecht an diesem Guthaben erwirbt. Die dem Nießbraucher gebührende Nutzung ist auch hier im Ergebnis nicht der Ertrag selbst, sondern sind die zu erzielenden Zinsen.[216]

Handelt es sich dagegen nicht um einen bloßen Ertragsnießbrauch, sondern um die Bestellung eines Nießbrauchs am Mitgliedschaftsrecht (der Aktie, dem GmbH-Geschäftsanteil als Anteilsnießbrauch) selbst, gelten die Ergebnisse wie oben bei den Personengesellschaften. Dann stehen dem Nießbraucher unmittelbar die Erträge der Gesellschaft als Nutzungen zu (und verbleiben auch bei ihm), etwa die ausgeschüttete Dividende. Dahingehend stellen sich aber ebenso die Fragen zu den Verwaltungsbefugnissen des Nießbrauchers, worauf im Folgenden gesondert eingegangen wird.

Für die Bezugsrechte nach § 55 GmbHG und § 186 Abs. 1 S. 1 AktG ist die Ansicht vorherrschend, dass es sich dabei nicht um Surrogate eines bisherigen Rechts, sondern um aus der Mitgliedschaft neu entstehende selbständige Vermögensrechte des Anteilsinhabers handelt.[217] Jedenfalls beim Ertragsnießbrauch stehen diese Rechte dem Nießbraucher nicht als Nutzungen zu. Beim Anteilsnießbraucher kommt es dagegen nach überzeugender Ansicht darauf an, ob die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolgt ist. In diesem Fall erstreckt sich der Nießbrauch unmittelbar auch auf diesen neuen Geschäftsan-

---

[215] Vgl. nur *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 10 ff.

[216] *Scharff*, Nießbrauch an Aktien, S. 81 ff. A.A. die wohl h.M., vgl. Schlegelberger/*K. Schmidt*, HGB, Vorbem. § 335 Rn. 25; Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f, Rn. 104, 112 (jeweils für eine analoge Anwendung von §§ 1077, 1079 BGB). Gegen beide Ansichten *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 103 ff., der die analoge Anwendung von § 1046 BGB vorschlägt.

[217] Vgl. nur Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 105, 113.

teil,[218] denn die Situation ist mit der einer unmittelbaren dinglichen Surrogation jedenfalls vergleichbar.

III. Verwaltungsbefugnisse beim Anteilsnießbrauch (GmbH und AG)

Im Ergebnis gelten auch insoweit die gleichen Grundsätze wie beim Nießbrauch an Anteilen von Personengesellschaften.[219] Daher verbleiben die Verwaltungsbefugnisse und verbleibt insbesondere das Stimmrecht beim Gesellschafter. Dies gilt entsprechend für die mit dem Anteil verbundenen Pflichten. Einzelvertragliche Modifikationen sind aber auch hier möglich, vor allem in Bezug auf die Übertragung von Verwaltungsbefugnissen durch den Gesellschafter auf den Nießbraucher. Soll der Nießbraucher dagegen umfassende Verwaltungsbefugnisse erhalten, kann dies weitergehend auch durch eine treuhänderische Übertragung der Aktien/GmbH-Geschäftsanteile erreicht werden.[220] Dann handelt es sich freilich nicht um einen Nießbrauchssachverhalt. Dieser Grundsatz gilt auch für Befugnisse, die bei Personengesellschaften nicht vorkommen, wie beispielsweise dem Anfechtungsrecht des Aktionärs gem. § 245 AktG. Dieses Recht ist dem Stimmrecht wegen der Möglichkeit der unmittelbaren Einflussnahme auf die geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft jedenfalls vergleichbar und steht daher allein dem Aktionär zu.[221]

IV. Einwirkungen auf das Mitgliedschaftsrecht bei Kapitalgesellschaften

Ändert sich die Struktur der Gesellschaft durch eine Kapitalherabsetzung (vgl. §§ 222 ff. AktG) oder einen Umwandlungstatbestand, stellt sich wie auch bei Personengesellschaften die Frage nach den diesbezüglichen Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Nießbrauchers. Für Umwandlungstatbestände gilt wie bei Personengesellschaften, dass sich das Recht des Nießbrauchers aufgrund dinglicher Surrogation unmittelbar an den neu entstehenden Anteilen fortsetzt. Wie dort kann es aber durchaus zu qualitativen und quantitativen Veränderungen der Rechtsstellung des Nießbrauchers kommen, abhängig von diesbezüglichen Veränderungen des Anteils selbst. Einer Zustimmung des Nießbrauchers für derartige Umwandlungen der Gesellschaft bedarf es nicht.

---

[218] Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, § 15 Rn. 54; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Fastrich*, GmbHG, § 57m Rn. 14 (für GmbH-Anteile); Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 105, 113.

[219] Dazu oben F. II.

[220] Spindler/Stilz/*Dörr*, AktG, § 245 Rn. 16.

[221] Staudinger/*Frank*, Anh zu §§ 1068 f Rn. 123.

Bei einer Herabsetzung des Grundkapitals einer AG kommt es zur Minderung des Vermögens der Gesellschaft,[222] was sich zumindest mittelbar auch auf die Stellung des Nießbrauchers auswirkt.[223] Bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung kommt es zu einer Verringerung des Nennbetrags der Aktie (§ 222 Abs. 4 S. 1 AktG), was aber das Mitgliedschaftsrecht selbst (also die Rechtsstellung des Gesellschafters) und somit auch die Rechtsstellung des Nießbrauchers nicht berührt.[224] Kommt es dagegen zu einer solchen Herabsetzung durch Einziehung von Aktien gem. § 237 Abs. 1 AktG, kann ein solcher Fall – zunächst – als eine Veräußerung des Mitgliedschaftsrechts selbst aufgefasst werden, die der Nießbraucher zu dulden hat. Im Ergebnis kommt es jedoch sogar zu einer Vernichtung des Mitgliedschaftsrechts, so dass ein daran bestehender Nießbrauch untergeht. Wird ein Einziehungsentgelt bezahlt, soll sich der Nießbrauch im Wege der Surrogation aber daran fortsetzen.[225] Da es sich bei Gesellschafterbeschlüssen über eine Kapitalherabsetzung um Grundlagenbeschlüsse handelt, steht dem Nießbraucher insoweit keine Stimmbefugnis zu.

H. Zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren

Während der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen nicht gesetzlich geregelt ist, finden sich in den §§ 1081 bis 1084 BGB Vorgaben zum „Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren". Dabei handelt es sich im Ergebnis aber lediglich um weitergehende – aber abdingbare[226] – Vorschriften für einige Detailfragen, vor allem mit Bezug auf das Papier selbst, in dem Mitgliedschaftsrechte verkörpert sind. Dass ein solcher Nießbrauch „an sich" möglich ist, wird nicht geregelt, steht freilich auch nicht in Frage. Für den Nießbrauch insbesondere an Aktien, die unter diese Vorschriften fallen, gelten insoweit die Ausführen oben unter G. Nicht ableiten lässt sich aus den §§ 1081 Abs. 1 S. 1, 1082 BGB jedenfalls eine Verpflichtung von Nießbraucher und Anteilsinhaber zur gemeinschaftlichen Ausübung des Stimmrechts, weil ein solcher Sachverhalt in diesen Vorschriften schlicht nicht geregelt wird.[227]

---

[222] Vgl. nur Spindler/Stilz/*Marsch-Barner*, AktG, § 222 Rn. 1.

[223] Dies gilt entsprechend für die GmbH, da eine Kapitalherabsetzung auch dort nach denselben Grundsätzen möglich ist, vgl. *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 160.

[224] *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 160.

[225] *Scharff*, Nießbrauch an Aktien, S. 63 f.

[226] RG Recht 1908, 79; 1911, 1144; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1081 Rn. 1.

[227] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rn. 77. A.A. *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 264, der damit konsequenterweise seinem Ansatz einer Vergemeinschaftung des Stimmrechts folgt. Siehe zu den Argumenten dagegen aber schon oben F. II. 2.

I. Anwendungsbereich – Inhaber- und Orderpapiere

Die §§ 1081 bis 1084 BGB gelten für den Nießbrauch an Rechten, die in Inhaberpapieren oder blankoindossierten Orderpapieren verkörpert sind. Mit den Vorschriften reagierte der Gesetzgeber auf das im deutschen Recht allgemein herrschende Prinzip, dass das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt[228] und dass daher der Besitz des Papiers auch für die Geltendmachung des Rechts von besonderer Bedeutung ist.[229]

Anwendbar sind die Vorschriften zum einen auf Inhaberpapiere, also auf alle Wertpapiere, bei denen der jeweilige Inhaber das verbriefte Recht geltend machen kann. Im Einzelnen sind dies Inhaberaktien, Schuldverschreibungen auf den Inhaber (vgl. §§ 793 bis 807 BGB) unter Einschluss von Bundesschatzbriefen,[230] auf den Inhaber lautende Investmentanteilsscheine, Inhabergrund- und -rentenschuldbriefe und Inhaberschecks.[231] Erfasst sind zudem blankoindossierte Orderpapiere wie Scheck (vgl. Art. 14 ScheckG), Wechsel (Art. 11 Abs. 1 WG), Namensaktie (§ 10 Abs. 2 S. 1, § 68 AktG, § 13 Abs. 2 WG), Interims- oder Zwischenschein (§ 10 Abs. 3 AktG) sowie die kaufmännischen Orderpapiere gem. § 363 BGB.[232]

II. Die Regelungen im Einzelnen

Durch die §§ 1081 bis 1083 BGB werden modifizierende Regelungen zur Nießbrauchsbestellung, zur Aufbewahrung des Papiers sowie zum Prozedere der Einziehung vor allem des fälligen Kapitals getroffen. Die Bedeutung des § 1084 BGB erschöpft sich darin festzustellen, dass für bestimmte Papiere, die als verbrauchbare Sachen anzusehen sind, abschließend der § 1067 BGB zum uneigentlichen Nießbrauch gilt.[233] Insgesamt wird der Nießbrauch an in solchen Papieren verbrieften Rechten wie ein Nießbrauch an verzinslichen Forderungen behandelt.[234]

Bei Inhaberpapieren wie etwa Inhaberaktien erfolgt die Übertragung der insoweit verkörperten Mitgliedschaft und erfolgt somit auch die Nießbrauchsbestellung gem. §§ 929 ff. BGB durch Einigung und Übergabe (oder Übergabe-

---

[228] Vgl. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 24 Rn. 3. Dagegen gilt für Rektapapiere (Namenspapiere, aus denen nur der namentlich Benannte berechtigt sein soll) wie dem Sparbuch der Grundsatz, dass das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt, vgl. *K. Schmidt,* § 24 Rn. 5.

[229] MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1081 Rn. 1.

[230] LG Konstanz ZIP 1988, 904, 905.

[231] Staudinger/*Frank*, §§ 1081 f Rn. 3; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1081 Rn. 2.

[232] Umfassend zu den verschiedenen kaufmännischen Wertpapieren *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 24, auch zum diesbezüglichen numerus clausus.

[233] Siehe dazu oben AT Kap. 5 E.

[234] Dies klarstellend Mugdan, Motive III, S. 556 f. Zum Nießbrauch an Forderungen oben Kap. 4 A.

surrogat) des Papiers. Blankoindossierte Orderpapiere werden dagegen durch Einigung, Indossament und Übergabe übertragen, was ebenfalls für die Nießbrauchsbestellung gilt. Für kaufmännische Orderpapiere ordnet § 363 HGB an, dass diese durch Indossament übertragen werden können, wenn sie eine Orderklausel tragen.

Die Übertragung von Inhaberpapieren muss aber nicht zwingend „vom Papier her" erfolgen, denn das ließe die Unterscheidung zwischen dem Papier und dem in ihm verbrieften Recht außer Acht. So gilt etwa bei Namensaktien, dass das in der Aktie verkörperte Mitgliedschaftsrecht auch durch Abtretung gem. §§ 413, 398 BGB übertragen werden kann,[235] was dann auch entsprechend für die Nießbrauchsbestellung gilt. Über die analoge Anwendung von § 952 Abs. 2 BGB folgt das Eigentum an der Aktienurkunde bei dieser Übertragungsart der Mitgliedschaft.[236] Der Übergabe des Papiers bedarf es letztendlich also zur Wirksamkeit der Übertragung eines solchen Rechts nicht, was der BGH auch jüngst für Inhaberschuldverschreibungen bestätigt hat.[237]

In Bezug auf das in jedem Fall aber ebenfalls übergehende Papier sieht § 1081 Abs. 1 BGB zum Schutz des Eigentümers ein gemeinsames Besitzrecht (§ 866 BGB) mit dem Nießbraucher am Papier vor. Da wegen § 1069 Abs. 1 BGB zur Bestellung des Nießbrauchs jeweils die Übergabe des Papiers an den Nießbraucher notwendig ist, modifiziert § 1081 Abs. 2 BGB dieses Erfordernis, indem es anstelle der Übergabe mit der Begründung von Alleinbesitz den Mitbesitz genügen lässt. Eine Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers folgt aus dessen Stellung als Mitbesitzer aber nicht.[238] Auf vollindossierte Aktien ist § 1081 BGB dagegen nicht anwendbar.[239]

Wegen des wenig praktikablen Erfordernisses des Mitbesitzes[240] haben sowohl der Nießbraucher als auch der Eigentümer Anspruch darauf, dass das Papier sowie der dazugehörige Erneuerungsschein bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt werden, mit der Bestimmung, dass Herausgabe nur von Nießbraucher und Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann. Beide sind verpflichtet, an der Hinterlegung mitzuwirken. Die Kosten der Hinterlegung sollen im Fall des S. 1 beide Parteien zur Hälfte tragen, da die Hinterlegung im beiderseitigen Interesse erfolgt.[241] Das soll nach h.M. auch im Fall des S. 2 jedenfalls dann gelten, wenn dem Nießbraucher eventuelle Mehrkosten

---

235 Vgl. RGZ 86, 154, 157; BGH NJW 1958, 302, 303.
236 *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 51 f.
237 BGH NZG 2013, 903.
238 Staudinger/*Frank*, §§ 1081 f Rn. 16.
239 *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 48.
240 MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1082 Rn. 1.
241 MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1082 Rn. 2.

allein zur Last fallen, sollte eine andere als die in S. 1 genannte Hinterlegungsart vor allem seinem Interesse dienen.[242]

§ 1083 BGB betrifft die Situation bei Fälligkeit der Einziehung von Kapital. Für Forderungen bestimmt § 1078 BGB allgemein, dass Nießbraucher und Gläubiger (Besteller) einander zur Mitwirkung bei der Einziehung verpflichtet sind.[243] Die Vorschrift regelt dies in Abs. 1 speziell für die Nießbrauchskonstellationen des § 1081 BGB und ergänzt § 1078 BGB um Pflichten zur Mitwirkung an Maßnahmen der Vermögensverwaltung, vgl. § 1083 Abs. 1 Hs. 2 BGB. In Abs. 2 wird für die Wiederanlage des Erlöses auf § 1079 BGB verwiesen. Die Situation wird also gleichbehandelt mit derjenigen bei verzinslichen Forderungen, wenn es zur Auszahlung des Kapitals kommt. Das Kapital ist verzinslich anzulegen, die Zinsen des Kapitals – und nicht das Kapital selbst, einschließlich etwaiger Prämien – stehen dem Nießbraucher als eigentliche Nutzungen aus dem Nießbrauchsrecht zu.[244]

III. Schlussbemerkung zum Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren

Wegen des oben bereits erwähnten für Inhaberpapiere und für blankoindossierte Orderpapiere geltenden Grundsatzes, dass das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt, ergibt sich für diese Art des Nießbrauchs eine Nähebeziehung zwischen Rechten und Sachen. Der Gesetzgeber sah insoweit aber offensichtlich kein Problem darin, dass auch „Sachen" Nießbrauchsobjekte sein können, und stellt – in strenger, ansonsten aber nicht immer konsequent durchgehaltener Abstraktion – insoweit allein auf das im Papier verbriefte Recht ab. Nur dieses ist der nießbrauchsbelastete Gegenstand, weil das Papier letztendlich allein der „Fixierung" des Rechts dient, was aber wohl für die Annahme eines Nießbrauchs an Sachen für nicht ausreichend erachtet wurde.

Um der Bedeutung der Innehabung des Papiers wegen des o.g. Grundsatzes aber dennoch gerecht zu werden – und nur deswegen –, bedarf es der hier behandelten Vorschriften. Auch die 1. Kommission hat auf die Besonderheiten gerade der „Verkörperung" von Rechten in solchen Papieren hingewiesen, um die Eigenheiten eines solchen Nießbrauchs zu beschreiben. In den Motiven wird dazu klargestellt, dass es sich trotz dieser „Verkörperung" um einen Nießbrauch an Rechten handelt.[245] Dies erstaunt jedenfalls insoweit, als diese Hal-

---

[242] Staudinger/*Frank*, §§ 1081 f Rn. 15; Soergel/*Stürner*, § 1082 Rn. 1; MüKo-BGB/*Pohlmann*, § 1082 Rn. 2.

[243] Dazu schon oben Kap. 4.

[244] Vgl. dazu oben F. I. 2., 3.

[245] Vgl. Mugdan, Motive III, S. 556 f.

tung abweicht vom sonstigen dem BGB zugrundeliegenden „Körperlichkeitsdogma“ orientiert am engen Sachbegriff des § 90 BGB.[246]

Zusammenfassung Kapitel 4 und 5

Der in Kapitel 5 behandelte Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bildet den Abschluss des *Besonderen Teils* und zugleich dessen inhaltlichen Schwerpunkt. Denn wie dargestellt wurde, ergeben sich insoweit wie bei keinem anderen Komplex umfangreiche Probleme im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Nießbrauchsregelungen mit anderen gesetzlichen Vorschriften und namentlich mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts.

Im Anschluss an die Darstellung der Probleme der Nießbrauchsfähigkeit von Mitgliedschaftsrechten, die im Ergebnis bejaht werden konnte, war dabei – in einem ersten Schritt – zu trennen zwischen dem Anteilsnießbrauch (als eigentlichem Nießbrauch am Mitgliedschaftsrecht) und dem ebenfalls möglichen reinen Ertragsnießbrauch. Wie schon für den Unternehmensnießbrauch erörtert, ist letzterer ohne weiteres möglich, wobei es sich im Ergebnis um einen Nießbrauch an Forderungen handelt. Die diesbezüglichen Grundlagen wurden in Kapitel 4 dargestellt. Entscheidend ist insoweit die Weichenstellung zwischen verzinslichen und nicht-verzinslichen Forderungen.

Beim Anteilsnießbrauch stellt sich im nächsten Schritt die Frage – und dies ist das Kernproblem dieser Belastungsform – inwieweit dem Nießbraucher (auch) Verwaltungsbefugnisse zustehen, ob er also in einem bestimmten Umfang in die Gesellschafterstellung des Bestellers einrückt, oder ob ihm allein nießbrauchsrelevante Befugnisse zukommen sollen. Als Ergebnis dazu kann festgehalten werden, dass, angesichts vor allem der ratio des Nießbrauchs als Fruchtziehungsrecht, der Nießbraucher allein diejenigen Befugnisse ausüben kann, die die Fruchtziehung selbst betreffen. Weitergehende Verwaltungsbefugnisse stehen ihm dagegen nicht zu. Dies folgt zudem aus dem Vergemeinschaftungsgedanken, denn die Vergemeinschaftung kann nur insoweit zur Befugnisausübung seitens des Nießbrauchers führen, wie die Belastungsform ihrem Inhalt nach reicht.

Möglich sind insoweit aber abweichende einzelvertragliche Regelungen. Den Beteiligten steht dabei ein umfassender Gestaltungsspielraum zu, der freilich seine Grenzen findet in den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen sowie im Inhalt des Gesellschaftsvertrags.

---

[246] Umfassend dazu oben AT Kap. 2 V.

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Schlussbemerkung

In dieser Arbeit wurden alle eingangs aufgeworfenen Probleme untersucht. Dabei konnten die im Folgenden darzustellenden einzelnen Ergebnisse gefunden werden.

Der *Allgemeine Teil* dieser Arbeit diente dazu, zunächst die Grundlagen zu erarbeiten nicht nur für eine weitere vertiefte Darstellung des Nießbrauchs an Rechten, sondern darüber hinaus zur Erklärung des Phänomens von Rechten an Rechten und der Belastung überhaupt. Ausgehend vom nur schwer greifbaren Verständnis des Begriffs Gegenstand im BGB, erfolgte dabei eine nähere Beschäftigung mit den Begriffen Sache und (subjektives) Recht, also mit den beiden Gegenständen, an denen gemeinhin die Bestellung eines Nießbrauchs für möglich gehalten wird.

Dahingehend wurde jedoch das Ergebnis gefunden, dass ein Nießbrauchsrecht immer nur an einem Recht bestehen kann und in keinem Fall etwa an einer Sache. Daher kann es immer nur einen „Nießbrauch an Rechten" geben. Die gesetzliche Regelungssystematik ist daher so zu verstehen, dass die §§ 1030 bis 1067 BGB den besonderen Fall des Nießbrauchs am Recht Eigentum betreffen, während die §§ 1068 bis 1089 BGB auf alle sonstigen nießbrauchsfähigen Rechte anzuwenden sind.

Ferner wurde dem gängigen Verständnis der Belastung von Rechten als einer Abspaltung und Teilübertragung ein alternatives Konzept gegenübergestellt, das der Vergemeinschaftung und Zugangseröffnung. Die „Belastbarkeit" dieses Konzepts wurde anhand diverser Konstellationen überprüft, etwa dahingehend, ob insoweit Raum ist für einen einseitigen Verzicht des Stammrechtsinhabers auf das belastete Recht. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass dieses Konzept besser geeignet ist, das Phänomen der Belastung eines Rechts zu erklären, als die ebenfalls umfassend dargestellte herrschende Ansicht. Infolgedessen kommt auch dem Erfordernis der Übertragbarkeit eines Rechts nicht die entscheidende Bedeutung bei der Frage der Nießbrauchsfähigkeit zu. Ausreichend ist vielmehr, dass das Recht *vergemeinschaftet* werden kann. Die Vorgabe des Gesetzes, wonach für die Nießbrauchsbestellung die Vorschriften über die Übertragung des jeweiligen Rechts maßgeblich sind, vermag daran nichts zu ändern.

Dargestellt wurden zudem die überkommenen Ansichten zum Begriff des subjektiven Rechts, also des Phänomens, welches allein als Gegenstand einer

Belastung in Frage kommt. Auf die Schwierigkeiten, eine allgemeingültige Definition für diesen Begriff finden zu können, wurde umfassend eingegangen. In Bezug auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit konnte der wesentliche Inhalt eines subjektiven Rechts definiert werden als die Rechtsmacht eines Rechtssubjekts, autonom über den Zugang zu einem bestimmten Gut entscheiden zu können, also auch darüber, ob (und wenn ja, in welchem Umfang) eine Vergemeinschaftung des Rechts im oben beschriebenen Sinne herbeigeführt wird. Das subjektive Recht wurde ferner zum Phänomen des Rechtsverhältnisses abgegrenzt.

Eingegangen wurde im Anschluss daran auch auf die Rechtsnatur des Nießbrauchsrechts, mit dem Ergebnis, dass sich diese im Konzept der Vergemeinschaftung notwendig nach der Rechtsnatur des belasteten Rechts richtet. Ein Nießbrauchsrecht kann also nicht in jedem Fall als ein (beschränktes) *dingliches* Recht angesehen werden.

Anschließend wurden einzelne Nießbrauchstypen dargestellt, ausgehend vor allem von der Motivation der Parteien, gerade eine solche Belastungsform zu wählen. Dabei konnte für den nach überwiegender Ansicht als nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbarten Typ des Dispositionsnießbrauchs das Ergebnis gefunden werden, dass ein solcher de lege lata bereits existiert.

Ausgehend von den im *Allgemeinen Teil* erarbeiteten Grundlagen des Nießbrauchs an Rechten, war der *Besondere Teil* dieser Untersuchung zunächst dem Lebenszyklus eines Nießbrauchsrechts gewidmet, einschließlich des rechtlichen Verhältnisses der Beteiligten zueinander. Es wurde zudem untersucht, welche Folgen sich aus der grundsätzlichen Unübertragbarkeit des Nießbrauchsrechts für dessen Schicksal in Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz ergeben. Dabei war derjenigen Ansicht zu folgen, dass insoweit allein die übertragbare Ausübungsbefugnis beschlagnahmefähig ist und entsprechend in die Insolvenzmasse fällt.

Beim Vermögensnießbrauch lag der Schwerpunkt auf dem gesetzlich nicht geregelten Nießbrauch an einem Unternehmen. Es wurde festgestellt, dass ein solcher als Voll- oder Ertragsnießrauch möglich ist, wobei sich diese Belastungstypen elementar von einander unterscheiden. Für einzelne nicht in den Nießbrauchsvorschriften erwähnte Rechte wurde anschließend umfassend auf deren Nießbrauchsfähigkeit eingegangen. Der Schwerpunkt lag dabei auf den Immaterialgüterrechten, weil diesen nicht nur eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt, sondern weil sich gerade bei derartigen Rechten das Phänomen der Belastung besonders anschaulich darstellen lässt. Abzugrenzen war der Nießbrauch in diesem Zusammenhang von der in der Praxis vorherrschenden Verwertungsform der Lizenzierung solcher Rechte. Wobei dem Nießbrauch in diesem Kontext gerade eine Bedeutung als Sicherungsnießbrauch zukommen kann, um solche Lizenzierungsvereinbarungen im Ergebnis „insolvenzfest“ auszugestalten.

Nach der Darstellung der Besonderheiten des Nießbrauchs an Forderungen bildete der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen den Abschluss dieser Untersuchung, als einer aus wirtschaftlicher Sicht bedeutsamen und aus juristischer Sicht anspruchsvollen Belastungsform. Auch hierbei ist zu trennen zwischen den Formen des Ertrags- und des eigentlichen Anteilsnießbrauchs, was eine unterschiedliche Anwendung der Nießbrauchsvorschriften notwendig macht. Die wichtige Frage, ob dem Nießbraucher (auch) weitergehende Verwaltungsbefugnisse im Hinblick auf die Gesellschaft zustehen, musste im Ergebnis verneint werden, da dies schon mit der Grundidee des Nießbrauchs als einem *Fruchtziehungsrecht* nicht zu vereinbaren ist.

Aus diesen Ergebnissen lassen sich abschließend die folgenden Aussagen thesenartig extrahieren:

1. Der Nießbrauch an Rechten hat eine ca. 2000 Jahre alte Geschichte. Er entstammt dem römischen Recht und geht dort auf ein senatusconsultum zurück, mit dem der Nießbrauch an einem Vermögen (einschließlich eines Nachlasses) zugelassen wurde.

2. Der BGB-Gesetzgeber hat den Nießbrauch an Rechten als selbstverständlich in das „Sachenrecht" übernommen, wobei die Regelungen zum Teil heftig kritisiert worden waren, insbesondere wegen ihrer fehlenden Praxistauglichkeit.

3. Die Befassung mit den nicht nur für diese Untersuchung, sondern allgemein für das BGB-Sachenrecht elementaren Begriffen Sache und Recht, beginnt zumeist mit dem Überbegriff des Gegenstands. Diesem Begriff liegt jedoch im BGB sowie in anderen privatrechtlichen Vorschriften kein einheitliches Verständnis zugrunde. Infolgedessen sind bisherige dogmatische Systematisierungsversuche nicht widerspruchsfrei. Im Ergebnis kann der Begriff Gegenstand im BGB allein im Sinne von *Recht* verstanden werden.

4. Der Sachbegriff des BGB ist denkbar eng, er umfasst nur körperliche Gegenstände. Dieses Körperlichkeitsdogma durchzieht nicht nur das BGB-Sachenrecht, sondern spiegelt sich etwa auch in der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB wider.

5. Die Fixierung auf die Körperlichkeit bei Gegenständen des Rechtsverkehrs wird indes den praktischen Gegebenheiten nicht (mehr) gerecht. Sie führt insbesondere zu Problemen bei der dogmatischen Erfassung wirtschaftlich bedeutender unkörperlicher Phänomene, die nicht unter den Sachbegriff des BGB subsumiert werden können. Derartige Phänomene sind daher – juristisch betrachtet – „heimatlos".

6. Eine Abkehr vom Körperlichkeitsdogma ist daher geboten, was auch trotz des engen BGB-Sachbegriffs möglich ist. Notwendig ist dabei die konsequente

Abstraktion der Rechte von den Sachen und ist insbesondere die Fixierung allein auf Rechte, als den eigentlichen Regelungsgegenständen des BGB-Sachenrechts.

7. Im Ergebnis haben daher allein Rechte innerhalb des BGB-Sachenrechts eine Bedeutung. Dagegen sind Sachen *rechtlich* irrelevant. Dies gilt vergleichbar für den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB.

8. Für das Phänomen des Nießbrauchs bedeutet dies, dass es ausschließlich einen solchen „an Rechten" geben kann, denn auch der Sachnießbrauch ist als Nießbrauch am Recht Eigentum aufzufassen. Das Nießbrauchsrecht besteht insbesondere *nicht* an der Sache selbst.

9. In diesem Zusammenhang gilt zudem, dass durch Rechte einem Rechtssubjekt keine Güter zugeordnet werden, sondern allein *Befugnisse*. Auch gibt es keine *rechtlichen* Beziehungen zwischen Personen und Sachen, sondern ausschließlich zwischen Rechtssubjekten.

10. Angesichts dessen kann daher auch die dieser Untersuchung vorangestellte Frage nach der Möglichkeit von *Rechten an Rechten* ohne Einschränkung bejaht werden, weil eben allein Rechte taugliche Gegenstände einer Belastung sind.

11. Die Belastung eines Rechts ist dabei nicht – wie überwiegend angenommen wird – als eine Abspaltung von Befugnissen sowie eine Teilübertragung des Rechts anzusehen, sondern vielmehr als eine *Vergemeinschaftung* der dem Inhaber zustehenden Befugnisse.

12. Eine solche Belastung als Vergemeinschaftung ist eine Verfügung über das Recht in der Form einer Inhaltsänderung. Nießbrauchsfähig sind daher allein subjektive Rechte. Denn nur über diese kann verfügt werden und nur Befugnisse, die den Inhalt solcher Rechte bilden, sind einer Vergemeinschaftung fähig.

13. In diesem Kontext ist der Inhalt eines subjektiven Rechts zu definieren als die Rechtsmacht eines Rechtssubjekts, autonom über den Zugang zu einem Gut entscheiden zu können.

14. In seiner Bedeutung wird das subjektive Recht indes zunehmend vom Rechtsverhältnis verdrängt, wobei sich diese beiden Phänomene nicht ausschließen. Vielmehr können subjektive Rechte allein innerhalb von Rechtsverhältnissen vorkommen.

15. Auch beim Nießbrauch an Rechten ist bei den Nutzungen zwischen Früchten und Gebrauchsvorteilen zu unterscheiden. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Ausübung eines (Gestaltungs-)Rechts als dessen *Gebrauch* nicht zugleich ein *Gebrauchsvorteil* sein kann.

16. Die Rechtsnatur eines Nießbrauchsrechts richtet sich im Konzept der Vergemeinschaftung zwingend nach der Rechtsnatur des Stammrechts, es kann also dinglich oder schuldrechtlich sein. Maßgeblich für die Einordnung eines Rechts als *dinglich* ist dabei allein die Fähigkeit des Inhabers, sämtliche unberechtigte Eingriffe abwehren zu können.

17. Es gibt verschiedene Nießbrauchstypen, wobei es sich dabei nicht um gesetzlich definierte Gestaltungsmöglichkeiten handelt. Vielmehr geht es um eine Kategorisierung vor allem anhand der Motive der Parteien zur Bestellung gerade einer bestimmten Belastungsform.

18. Innerhalb des gesetzlich geregelten Vermögensnießbrauchs kommt dem nicht gesondert geregelten Unternehmensnießbrauch eine erhebliche Bedeutung zu. Insgesamt hat der Gesetzgeber beim Vermögensnießbrauch die Grundentscheidung getroffen, dass durch die Belastung die Existenz des (Sonder-) Vermögens als einer einheitlichen Haftungsmasse nicht in Frage zu stellen ist.

19. Nicht gesetzlich geregelt ist der Nießbrauch an Immaterialgüterrechten. Ein solcher Nießrauch ist freilich möglich, wobei insoweit immaterialgüterrechtliche Besonderheiten vor allem bezüglich der zum Teil nur eingeschränkten Übertragbarkeit bestimmter Stammrechte zu beachten sind.

20. Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Kontext der Gestaltungsvariante des Sicherungsnießbrauchs zu, vor allem im Hinblick auf eine „insolvenzfeste“ Ausgestaltung von Lizenzverträgen.

21. Ebenfalls möglich ist der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen. Insoweit gilt im Kollisionsfall der Vorrang gesellschaftsrechtlicher Regelungen gegenüber den Regelungen zum Nießbrauch. Daher stehen dem Nießbraucher (grundsätzlich) auch keine Verwaltungsbefugnisse zu.

Literaturverzeichnis

Adamkiewicz, Hugo, Der Nießbrauch am Bruchteil: Ein Beitrag zur Lehre vom Anteilsrecht, ArchBürgR 31 (1908), S. 21–44

Ahrens, Claus, Dingliche Nutzungsrechte, 2. Aufl., Berlin 2007. Zit.: *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte

ders., Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen 2008. Zit.: *Ahrens*, Gewerblicher Rechtsschutz

Aicher, Josef, Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Berlin 1975. Zit.: *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht

Amann, Hermann, Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten – Ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis, DNotZ 1989, S. 531–562

Ann, Christoph, Die Erbengemeinschaft, Köln et al. 2001. Zit.: *Ann*, Die Erbengemeinschaft

ders., Know-how – Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, S. 39–43

ders., Geheimnisschutz – Kernaufgabe des Informationsmanagements im Unternehmen, GRUR 2014, S. 12–16

Ann, Christoph/Hauck, Ronny/Maute, Lena, Auskunftsanspruch und Geheimnisschutz im Verletzungsprozess, Köln et al. 2011. Zit.: *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch und Geheimnisschutz

Auer, Marietta, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant: Eine Analyse der Rechtskritik Hohfelds, AcP 208 (2008), S. 584–634

Bähr, Otto, Ein weiterer Beitrag zum bürgerlichen Gesetzbuch, ArchbürgR, 2 (1889), S. 97–178

Bärwaldt, Roman, Keine Dereliktion eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, JuS 1990, S. 788–790

Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition: 34. Zit.: Beck'scherOK-BGB/*Bearbeiter*

Barry, Sebastian, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, RNotZ 2014, S. 401–422

Bartenbach, Kurt, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Aufl., Köln 2013. Zit.: *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag

Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform, NJW 2002, S. 1609–1615

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J. (Begr./Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 36. Aufl., München 2014. Zit.: *Baumbach/Hopt*, HGB

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 20. Aufl., München 2013. Zit.: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*, GmbHG

Baumann, Wolfgang, Der Nießbrauch am Anteil einer Einmann-Personengesellschaft, NZG 2005, 919

Baur, Fritz, „Nutzungen" eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958, S. 465–468

Baur, Fritz/Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009. Zit.: *Baur/Stürner,* Sachenrecht

Becher, Das Recht am Good will, NJW 1951, S. 540–542

Bechmann, August, Der Kauf nach Gemeinem Recht, Zweiter Theil, Erlangen 1884. Zit.: *Bechmann*, Der Kauf nach Gemeinem Recht II

Bechtold, Joachim, Der Nießbrauch am Kommanditanteil, Karlsruhe 1991. Zit.: *Bechtold*, Der Nießbrauch am Kommanditanteil

Becker, Christoph, Die „res" bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?, Köln et al. 1999. Zit.: *Becker*, Die „res" bei Gaius

ders., Sachen und andere Objekte des Rechtsverkehrs. Über den Gegenstandsbegriff des Zivilrechts und seine Herkunft, in: Wacke, Andreas/Baldus, Christian (Hrsg.), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa: ein praktischer Vergleich am Beispiel des Rechtsobjekts, Stuttgart 2002, S. 49–70. Zit.: *Becker,* in: Wacke/Baldus, Juristische Vorlesungen

ders., Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?, AcP 196 (1996), S. 439–490

Beermann, Christopher, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten. Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht, Münster 2000. Zit.: *Beermann*, Besitzschutz

Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kubisch, Berthold/Seiler, Hans, Corpus Iuris Civilis: Die Institutionen, 3. Aufl., Heidelberg 2007. Zit.: *Behrends/Knütel/Kubisch/Seiler*, Institutionen

Beil, Walter, Das Benutzungsrecht aus abhängigem und dominierendem Patent, GRUR 1948, S. 60–66

Bekker, Ernst Immanuel, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, Bd. 23 (1906), S. 1–30

Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., München 1998. Zit.: Bengel/Reimann/*Autor*, Hdb. d. Testamentsvollstreckung

Benkard, Georg (Hrsg.), Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., München 2006. Zit.: Benkard/*Bearbeiter*, PatG

ders., Persönlichkeitsrecht und Erfindungsschutz, GRUR 1950, S. 481–490

Benöhr, Hans-Peter, Die Grundlage des BGB – Das Gutachten der Vorkommission von 1874, JuS 1977, S. 79–82

Berberich, Matthias, Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010. Zit.: *Berberich*, Virtuelles Eigentum

Berger, Christian, Der BGH auf dem Wege zur Anerkennung der Insolvenzfestigkeit von Softwarelizenzen, NZI 2006, S. 380–383

ders., Auf dem Weg zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen – Kritik und Alternativen zum Regierungsentwurf eines neuen § 108a InsO, ZInsO-Praxis 2007, S. 1142–1146

ders., Absonderungsrechte an urheberrechtlichen Nutzungsrechten, in: Gerhardt, Walter et al., Insolvenzrecht im Wandel der Zeit – Festschrift für Richter am BGH Hans-Peter Kirchhof anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres, Recklinghausen 2003, S. 1–14. Zit.: *Berger*, in: FS Kirchhof

Bernhardt, Wolfgang, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 3. Aufl., München/Berlin 1973. Zit.: *Bernhardt*, Patentrecht

Binder, Julius, Der Gegenstand, ZHR 59 (1907), S. 1–78

ders., Vermögensrecht und Gegenstand, ArchBürgR 34 (1910), S. 209–260
Bitter, Georg, Wertverlust durch Nutzungsausfall, AcP 205 (2005), S. 743–794
Bitz, Horst, Der Nießbrauch an Personengesellschaften, DB 1987, S. 1506–1509
Blaurock, Uwe, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen: Formen mittelbarer Teilhabe an Gesellschaftsverhältnissen, Baden-Baden 1981. Zit.: *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen
Böcking, Eduard, Pandekten des römischen Privatrechts, 2. Band, Leipzig 1855. Zit.: *Böcking*, Pandekten
Böhmer, Werner, Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, S. 2561–2574
Bökelmann, Dieter, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, Tübingen 1971. Zit.: *Bökelmann*, Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch
Bösert, Bernd, Nießbrauch an Computerprogrammen, Köln 1992. Zit.: *Bösert*, Nießbrauch an Computerprogrammen
Boor, Hans Otto de, Gerichtsschutz und Rechtssystem – Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken, Leipzig 1941. Zit.: *de Boor*, Gerichtsschutz und Rechtssystem
Brandt, Sven, Softwarelizenzen in der Insolvenz – unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Lizenzgebers, NZI 2001, S. 337–343
Braun, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO): Kommentar, 6. Aufl., München 2014. Zit.: Braun/*Bearbeiter*, InsO
Brecher, Fritz, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953. Zit.: *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand
Bremer, Franz Peter, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte. Eine Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts, Leipzig 1867. Zit.: *Bremer*, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte
Brinz, Alois von, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, 2. Aufl., Erlangen u. a. 1873. Zit.: *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten
Brinkmann, Moritz, Schiedsverfahren über Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers – eine Gleichung mit drei Unbekannten, NZI 2012, S. 735–741
Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., München 2014. Zit.: *Brox/Walker*, BGB AT
Brüggemann, Gert, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986. Zit.: *Brüggemann*, Deliktsrecht
Bucher, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965. Zit.: *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis
Bürger, Andreas, Die Beteiligung Minderjähriger an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RNotZ 2006, S. 156–180
Buschmann, Arnold, Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 – Vorläufer und Muster des BGB, JuS 1980, S. 553–559
Busse, Rudolf/Keukenschrijver, Alfred (Hrsg.), Patentgesetz, Kommentar, 7. Aufl., Berlin/Boston 2013. Zit.: Busse/*Bearbeiter*, PatG
Bydlinsky, Peter, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), S. 287–328
Caemmerer, Ernst von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Dölle, Hans et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band 1 Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Tübingen 1953, S. 333–401. Zit.: *Caemmerer*, in: FS Rabel I

Canaris, Claus-Wilhelm, Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB, in: Deutsch (Hrsg.), Der Schadensersatz und seine Deckung: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Berlin 1995, S. 85–99. Zit.: *Canaris,* in: FS Steffen

ders., Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006. Zit.: *Canaris*, Handelsrecht

ders., Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Jakobs, Horst Heinrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, Köln 1978, S. 371–427. Zit.: *Canaris,* in: FS Flume I

Cebulla, Mario, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände: Rechtspacht und Pacht besonderer Gegenstände im Wirtschaftsleben, Berlin, New York 1999. Zit.: *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände

Coing, Helmut, Europäisches Privatrecht/1: Älteres gemeines Recht (1500–1800), München 1985. Zit.: *Coing*, Europäisches Privatrecht I

Coing, Helmut/Lawson, Frederick H./Grönfors, Kurt (Hrsg.), Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Frankfurt am Main/Berlin 1959. Zit.: *Autor,* in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht

Cosack, Konrad, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889. Zit.: *Cosack*, Sachenrecht

Dahl, Michael/Schmitz, Jan, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz des Lizenzgebers und die geplante Einführung des § 108a InsO, NZI 2007, S. 626–631

Dammler, Markus/Melullis, Klaus-Jürgen, Störung in der patentrechtlichen Lizenzkette, GRUR 2013, S. 781–789

Daragan, Hanspeter, Der Mitunternehmeranteil des Nießbrauchers, DStR 2011, 1347–1350

Darmstaedter, Friedrich, Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 151 (1950/51), S. 311–342

Deichmann, Philipp, Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, Wien, 1998. Zit.: *Deichmann*, Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher

Demel, Walter/Schubert, Werner, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811: Revidirter Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, Ebelsbach 1986. Zit.: *Demel/Schubert*, Entwurf eines BGB für Bayern

Dernburg, Heinrich, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Band 2, Leipzig 1864. Zit.: *Dernburg*, Pfandrecht II

Dieselhorst, Jochen, Zur Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen – Kritische Betrachtung auf Grundlage des BGH-Urteils „Reifen Progressiv", CR 2010, S. 69–75

Dippel, Hermann, Der Nießbrauchsvorbehalt bei der Übertragung des OHG-Anteils, Regensburg 1973. Zit.: *Dippel*, Nießbrauchsvorbehalt

Donellus, Hugo, Jurisconsulti et Antecessoris Opera Omnia: Commentarium de Jure Civili, Liber Decimus, Tomus Tertius, De servitutibus Personarum: Usufructu, Usu, Habitatione, Operis servorum, 1829. Zit.: *Donellus*, Opera omnia III

Dürig, Günter, Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW 109 (1953), S. 326–350

Dulckeit, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951. Zit.: *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte

Du Roi, Georg August Wilhelm, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, ius in re und obligation, AcP 6 (1823), S. 252–310

Ehlers, Kurt, Kann ein Erfinder die Nennung seines Namens auch bei andren als den amtlichen Veröffentlichungen über die Erfindung verlangen?, GRUR 1950, S. 359–364

Eichler, Hermann, Institutionen des Sachenrechts, Band 1, Berlin 1954. Zit.: *Eichler,* Institutionen I

ders., Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, Weimar 1938. Zit.: *Eichler,* Wandlungen

ders., Die Rechtsidee des Eigentums: eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Betrachtung, Berlin 1994. Zit.: *Eichler,* Rechtsidee

Ellger, Reinhold, Bereicherung durch Eingriff: das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, Tübingen 2002. Zit.: *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff

Engländer, Konrad, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin 1914. Zit.: *Engländer*, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft

Enneccerus, Ludwig, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts/1,1: Einleitung, Allgemeiner Teil, 11. Bearb., 25.–29. Aufl., Marburg, 1926. Zit.: *Enneccerus,* BGB AT

Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959. Zit.: *Enneccerus/Nipperdey,* BGB AT

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar,

– Band II §§ 759–2385, ProdHaftG, ErbbauRG, WEG, EGBGB etc., 13. Aufl., Köln 2011. Zit.: Erman/*Bearbeiter*

Exner, Adolf, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Recht, Leipzig 1873. Zit.: *Exner*, Kritik des Pfandrechtsbegriffs

Fabricius, Fritz, Zur Theorie des stückelosen Effektengiroverkehrs: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuld- und Sachenrecht, AcP 162 (1963), S. 456–484

ders., Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. I BGB. Unter Berücksichtigung des sog. „Rechts am Arbeitsplatz" und des sog. „Rechts auf den ungestörten Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft", AcP 160 (1961), S. 273–336

Fernandes Fortunato, Sérgio, Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ZJS 2009, S. 327–338

Fezer, Karl-Heinz, Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, München 1986. Zit.: *Fezer,* Teilhabe und Verantwortung

ders., Markenrecht, 4. Aufl., München 2009. Zit.: *Fezer*, Markenrecht

ders., Lizenzrechte in der Insolvenz des Lizenzgebers – Zur Insolvenzfestigkeit der Markenlizenz, WRP 2004, S. 793–809

Fikentscher, Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtschutz, 1958. Zit.: *Fikentscher,* Wettbewerb und gewerblicher Rechtschutz

ders., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976. Zit.: *Fikentscher*, Methoden des Rechts III

ders., Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, in: Biedenkopf, Kurt H. et al. (Hrsg.) Das Unternehmen in der Rechtsordnung – Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, Karlsruhe 1967, S. 261–304. Zit.: *Fikentscher*, in: FS Kronstein

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006. Zit.: *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht

Flume, Werner, Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft, in: Paulus, Christoph et al. (Hrsg.) Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 769–798. Zit.: *Flume*, in: FS Larenz

Forkel, Hans, Gebundene Rechtsübertragungen: Ein Beitrag zu den Verfügungsgeschäften über Patent-, Muster-, Urheber- und Persönlichkeitsrechte, Erster Band: Patent, Musterrechte, Urheberrecht, Köln et al. 1977. Zit.: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen

ders., Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse, in: Hubmann, Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 26. Januar 1973, Köln et al. 1973, S. 105–123. Zit.: *Forkel*, in: FS Schnorr von Carolsfeld

Frank, Johann, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, MittBayNot 2010, S. 96–104

Frentz, Wolfgang von/Masch, Christian L., Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers nach den Entscheidungen Reifen Progressiv, Vorschaubilder, M2Trade und Take Five des Bundesgerichtshofs – insolvenzfester Fortbestand der Lizenzen, ZUM 2012, S. 886–888

Friedrich, Walther J., Nießbrauch in neuem Gewand, NJW 1996, S. 32–33

Fromm/Nordemann (Hrsg.: Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd), Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl., Stuttgart 2014. Zit.: Fromm/Nordemann/*Bearbeiter,* UrhR

Fuchs, Eugen, Das Wesen der Dinglichkeit: Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889. Zit.: *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit

Füller, Jens Thomas, Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen 2006. Zit.: *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht?

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von, Urheberrechtsgesetz: Kommentar, München 1968. Zit.: *Gamm,* UrhG

Ganter, Hans Gerhard, Patentlizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, NZI 2011, S. 833–844

Gaubatz-Frenzl, Sascha, Das Stimmrecht des Nießbrauchers und des Testamentsvollstreckers in Personengesellschaften: Ein Beitrag zu Dogmatik und Funktion des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots, Frankfurt am Main 2007. Zit.: *Gaubatz-Frenzl,* Das Stimmrecht des Nießbrauchers

Geissler, Bernhard H., Das positive Benutzungsrecht – Ein deutsches Kuriosum, in: Ann, Christoph et al. (Hrsg.), Materielles Patentrecht: Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln et al. 2003, S. 133–151. Zit.: *Geissler*, in: FS König

Gierke, Otto von, Deutsches Privatrecht
– Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht (Leipzig 1895)
– Zweiter Band: Sachenrecht (Leipzig 1905). Zit.: *Gierke,* Deutsches Privatrecht, Bd.

ders., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889. Zit.: *Gierke,* Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs

Glück, Christian Friedrich von, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band 9, 1, Erlangen 1808. Zit: *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten IX

Godin, Reinhard Freiherr von, Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949. Zit.: *Godin*, Nutzungsrecht an Unternehmen

Goebel, Joachim, Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Außeneinflusses im Personengesellschaftsrecht, Berlin 2004. Zit.: *Goebel*, Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen

ders., Testierfreiheit und Ehegattenschutz: Zum Schutz der Vermögensinteressen und der Persönlichkeitsrechte des überlebenden Ehegatten vor und durch Verfügungen von Todes wegen, Berlin 2004. Zit.: *Goebel*, Testierfreiheit und Ehegattenschutz

Gösele, Jörg Hermann, Nießbrauch als Ertragsbeteiligung am Unternehmen und am Anteil einer Personengesellschaft, Tübingen 1964. Zit.: *Gösele*, Nießbrauch als Ertragsbeteiligung

Götting, Horst-Peter, Gewerblicher Rechtsschutz, 10. Aufl., München 2014. Zit.: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz

ders., Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353–358

Götz, Hellmut/Hülsmann, Christoph, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 10. Aufl., Herne 2014. Zit.: *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht

dies., Surrogation beim Vorbehaltsnießbrauch: Zivilrechtliche und schenkungssteuerliche Aspekte, DStR 2010, S. 2377–2382

Goldhammer, Michael, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, Tübingen 2012. Zit.: *Goldhammer*, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie

Goldmann, Eduard, Der Nießbrauch als Ersatz der Antichrese. Ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Berlin, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 57 (1913), S. 617–634

Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm, Deutsches Wörterbuch, 16 Bde. in 32 Teilbänden. Leipzig 1854–1961. Zit.: *Grimm*, Deutsches Wörterbuch

Groß, Michael, Der Lizenzvertrag, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2011. Zit.: *Groß*, Der Lizenzvertrag

Grunsky, Wolfgang, Probleme des Nießbrauchs an einem Unternehmen, Betriebs-Berater 1972, S. 585–588

Grzeszick, Bernd, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, S. 344–353

Gschwendtner, Hubertus, Nießbrauchbestellung am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1995, S. 1875–1876

Gsell, Beate, Substanzverletzung und Herstellung: Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz für Material und Produkt, Tübingen 2003. Zit.: *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung

Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 2 Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 4. Aufl., München 2014. Zit.: *Bearbeiter*, in Hdb. d. GesellschaftsR II

Habersack, Mathias, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2012. Zit.: *Habersack*, Sachenrecht

ders., Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges' Recht, Tübingen 1996. Zit.: *Habersack*, Mitgliedschaft

Haedicke, Maximilian, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung: Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das reformierte Schuldrecht, Tübingen 2003. Zit.: *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung

ders., Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff, JuS 2001, S. 966–973

ders., Dingliche Wirkungen und Insolvenzfestigkeit von Patentlizenzen in der Lizenzkette, ZGE/IPJ 3 (2011), S. 377–402

Hadding, Walther, Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache?, JZ 1986, S. 926–928

ders., Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte, in: Baur, Jürgen F. et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, S. 31–44. Zit.: *Hadding*, in: FS Steindorff

ders., Die Mitgliedschaft in einer OHG oder KG als Kreditsicherheit, in: Hadding, Walther/Schneider, Uwe (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, Berlin 1977, S. 37–82. Zit.: *Hadding*, in: Hadding/Schneider, Gesellschaftsanteile

Hanausek, Gustav, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht, Erlangen 1879. Zit.: *Hanausek*, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch

Hanefeld, Inka, Die Verfügung über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, Hamburg 1995. Zit.: *Hanefeld*, Verfügung über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben

Harder, Manfred, Zur Lehre vom Eigentümernießbrauch, DNotZ, 1970, S. 267–274

Harders, Dirk, Nießbrauch am Kommanditanteil – Rechtsfolgen, zwingendes Recht und seine Ausgestaltung, Bonn, 2002. Zit.: *Harders*, Nießbrauch am Kommanditanteil

Harke, Jan Dirk, Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht, Berlin 2005. Zit.: *Harke*, Location conductio

ders., Dingliche Rechtsverschaffung und schuldrechtliche Überlassung, ZfPW 1 (2015), S. 85–101

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., München 2013. Zit.: Harte/Henning/*Bearbeiter*, UWG

Hartmann, Gustav, Rechte an eigener Sache: Untersuchungen zur Lehre vom Eigenthumsrecht, Freiburg 1877. Zit.: *Hartmann*, Rechte an eigener Sache

Hattenhauer, Hans/Bernert, Günther (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 3. Aufl., Neuwied et al. 1996. Zit.: *Hattenhauer/Bernert*, ALR

Hauck, Ronny, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte am Beispiel einfacher immaterialgüterrechtlicher Lizenzen, AcP 211 (2011), S. 626–664

ders., Rechtsnatur und -wirkungen eines covenant not to sue nach deutschem und US-Patentrecht, ZGE/IPJ 5 (2013), S. 203–229

ders., Das Phänomen „Patent Privateering" – Auswirkungen und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit strategischer Patentübertragungen, WRP 2013, S. 1446–1454

ders., Patentlizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers, GRUR-Prax 2013, S. 437–440

ders., Ausgleichsanspruch des mitberechtigten Patentinhabers, GRUR-Prax 2014, S. 430–432

Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter, Römisches Privatrecht, 9. Aufl., Wien 2001. Zit.: *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, Aalen 1960, (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930). Zit.: *Heck*, Grundriß des Sachenrechts

ders., Grundriß des Schuldrechts, Aalen 1958, (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1929). Zit.: *Heck*, Grundriß des Schuldrechts

Hedemann, Justus Wilhelm, Die Lehre von den Rechtsgegenständen, ArchBürgR 31 (1908), S. 322–326

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, zitiert nach der Ausgabe von Lasson, Georg (Hrsg.), Leipzig 1911 (Erstdruck Berlin 1820, vordatiert auf 1821). Zit.: *Hegel*, Philosophie des Rechts

Heger, Martin, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, Berlin 2004. Zit.: *Heger*, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht

ders., Recht im „Alten Reich" – Der Usus modernus, ZJS 2010, S. 29–39

Heim, Sebastian, Lizenzverträge in der Insolvenz – Anmerkungen zu § 108a InsO-E, NZI 2008, S. 338–345

Hellwege, Phillip, Die Erhaltung der Nießbrauchssache – Römisches Recht, gemeines Recht und schottisches Recht, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 79 (2011), S. 81–119

Henke, Volkmar, Die Erfindungsgemeinschaft, Köln et al. 2005. Zit.: *Henke*, Die Erfindungsgemeinschaft

Henn, Günter, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag – Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. Heidelberg 2003. Zit.: *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag

Hepp-Schwab, Hermann, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil, Berlin 1998. Zit.: *Hepp-Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters

Herrmann, Otto, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900. Zit.: *Herrmann*, Nießbrauch und Pfandrecht

Hilbrandt, Christian, Der Bruchteil bei der Bruchteilsgemeinschaft – eine Untersuchung der Rechtsstruktur des Bruchteils, AcP 202 (2002), S. 631–661

Hill, Herbert, Der Sachbegriff im deutschen und österreichischen Zivilrecht, Gießen 1940. Zit.: *Hill*, Der Sachbegriff im deutschen und österreichischen Zivilrecht

Hilty, Reto, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001. Zit.: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht

Hirte, Heribert/Knof, Béla, Wem gehört die Lizenz? – für eine Dekonstruktion des Haftungsrechts in der Insolvenz, JZ 2011, S. 889–901

Hoesch, Ulrich, Eigentum und Freiheit: ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, Tübingen 2000. Zit.: *Hoesch*, Eigentum und Freiheit

Hoffmann, Jan Felix, Zession und Rechtszuweisung, Tübingen 2012. Zit.: *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung

Hofmann, Franz, Dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte, Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung, XXI. Jahrgang, Wien 1870, S. 33–34. Zit.: *Hofmann*, Dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte

Hofmann, Franz, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, Tübingen 2009. Zit.: *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte

Holtzendorff, Franz von (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, Band 1, 4. Aufl., Leipzig 1881. Zit.: *Autor*, in: Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft

Hruschka, Joachim, Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, JZ 2004, S. 1085–1092

Huber, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band 2, Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern 1914. Zit.: *Huber*, Erläuterungen

Huber, Ulrich, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970. Zit.: *Huber*, Vermögensanteil

Hubmann, Heinrich, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117 (1955), S. 41–81

Hüffer, Uwe, ZHR 161 (1997), S. 867–872 (Besprechung von Habersack, Mathias, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht)

Husserl, Edmund, Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums", Berlin 1933

Isay, Rudolf, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910. Zit.: *Isay*, Das Recht am Unternehmen

Isensee, Josef/Leisner, Walter (Hrsg.), Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957–1991, Berlin 1994. Zit.: *Autor*, in: Isensee/Leisner, Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland

– Band VI Grundrechte, Heidelberg 1989. Zit.: *Autor,* in: HStR Bd. VI (1989)

Jaeger, Thomas, Ausfall von Telefon, Fax und Internet: Genussschmälerung oder wirtschaftlicher Schaden?, NJW 2013, S. 1031–1035

Jänich, Volker, Geistiges Eigentum – eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen 2002. Zit.: *Jänich*, Geistiges Eigentum

Jakobs, Horst Heinrich, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, JZ 1993, S. 805–815

Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner (Hrsg.), *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen

– Band Sachenrecht II, §§ 1018–1296 (bearbeitet von Horst Heinrich Jakobs und Stefan Weber), Berlin, New York 1991. Zit.: *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachenrecht

Jansen, Rudolf/Jansen, Martin, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 8. Aufl., Herne 2009. Zit.: *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht

Janßen, Dirk/Nickel, Jörg R., Unternehmensnießbrauch – Zivil-, gesellschafts- und steuerrechtliche Gestaltung bei Einzelunternehmen, Personen- und Kapitalgesellschaften, Bielefeld 1998. Zit.: *Janßen/Nickel*, Unternehmensnießbrauch

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug) – Kommentar, 15. Aufl., München 2014. Zit.: Jauernig/*Bearbeiter*

Jhering, Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil, Erste Abtheilung, Leipzig 1865. Zit.: *Jhering,* Geist des römischen Rechts

ders., Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, Darmstadt 1964 (unveränderter Nachdruck der 13. Aufl., Leipzig 1924). Zit.: *Jhering,* Scherz und Ernst in der Jurisprudenz

ders., Der Zweck im Recht, Band 1, 3. Aufl., Leipzig 1893. Zit.: *Jhering,* Der Zweck im Recht

ders., Der Kampf um's Recht, Frankfurt am Main/Berlin 1992 (Neudruck nach der 18. Aufl., Wien 1913). Zit.: *Jhering,* Der Kampf um's Recht

ders., Der Besitz, JherJb 32 (1893), S. 41–98

Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949. Zit.: *Jörs/Kunkel*, Römisches Privatrecht

Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.), Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Aufl., München 2014. Zit.: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Bearbeiter*, HGB

Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, zit. nach Universal-Bibliothek Band Nr. 4508, Stuttgart 1998. Zit.: *Kant*, Die Metaphysik der Sitten

ders., Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, zit. nach Universal-Bibliothek Band Nr. 4507, Stuttgart 1998. Zit.: *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten

Kanzleiter, Rainer, Aufgabe des Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch Verzicht nach § 928 BGB? NJW 1996, S. 905–907

Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014. Zit.: *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht

Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl., Tübingen 1923. Zit.: *Kelsen,* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre

ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960. Zit.: *Kelsen,* Reine Rechtslehre

ders., Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521

Kipp, Theodor/Coing, Helmut, Erbrecht – Ein Lehrbuch, 14. Bearb., Tübingen 1990. Zit.: *Kipp/Coing*, Erbrecht

Kirchmann, Julius Herrmann von, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium philosophischer Werke, 2. Aufl., Berlin 1873. Zit.: *Kirchmann*, Grundbegriffe

Kipp, Theodor, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand Martitz zum 50jährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, Berlin 1911, S. 211–233. Zit.: *Kipp*, in: FS Martitz

Kisch, Wilhelm, Der Staat und die Entstehung von Schutzrechten an Geistesschöpfungen, GRUR 1951, S. 175–177

Kläver, Magdalena, Vermögensrechtliche Aspekte des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ZUM 2002, S. 205–210

Klein-Blenkers, Friedrich, Das Recht der Unternehmenspacht, Baden-Baden 2008. Zit.: *Klein-Blenkers*, Unternehmenspacht

Klinck, Fabian, Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, 124 (2007), S. 25–52

Klönne, Werner, Nießbrauch am Anteil einer offenen Handelsgesellschaft, Duisburg 1971. Zit.: *Klönne*, Nießbrauch am Anteil einer OHG

Klostermann, Rudolf, Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, Band 1, Berlin 1867. Zit.: *Klostermann*, Das geistige Eigentum I

Klühs, Hannes, Anfechtung von „vorbehaltenen" dinglichen Rechten in Überlassungsverträgen, RNotZ 2010, S. 516–520

Kluge, Christiane, Die Ausübungsüberlassung des Nießbrauchs, Aachen 2001. Zit.: *Kluge*, Die Ausübungsüberlassung des Nießbrauchs

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl., München 2014. Zit.: *Köhler*, BGB AT

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl., München 2015. Zit.: Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter*, UWG

Koehler, Philipp/Ludwig, Daniel, Die Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz, NZI 2007, S. 79–84

König, Michael, Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i. S. des § 90 BGB, NJW 1989, S. 2604–2605

Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, Deliktsrecht, 12. Aufl., München 2013. Zit.: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht

Kohler, Josef, Deutsches Patentrecht – systematisch bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französischen Patentrechts, Mannheim 1878. Zit.: *Kohler*, Deutsches Patentrecht

ders., Das Autorrecht – eine zivilistische Abhandlung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, Jena 1880. Zit.: *Kohler*, Das Autorrecht

ders., Forschungen aus dem Patentrecht, Mannheim 1888. Zit.: *Kohler*, Forschungen aus dem Patentrecht
ders., Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Mannheim 1900. Zit.: *Kohler*, Handbuch des Deutschen Patentrechts
ders., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
– Band 1 Allgemeiner Teil, Berlin 1906
– Band 2 Vermögensrecht, Berlin 1906. Zit.: *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I/II
ders., Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim und Leipzig 1908. Zit.: *Kohler,* Lehrbuch des Patentrechts
ders., Der Dispositionsnießbrauch, JherJb 24 (1886), S. 187–328
ders., (Beitrag ohne Titel), Annalen der Großherzoglich badischen Gerichte, Band 41, Jahrgang 1875, S. 100 ff., Nachdruck in *ders.*, Forschungen aus dem Patentrecht, Mannheim 1888, S. 117–124
ders., Substanzrecht und Wertrecht, AcP 91 (1901) S. 155–208
ders., Die Idee des geistigen Eigentums, AcP 82 (1894) S. 141–242
ders., Recht und Pflicht, ArchBürgR 6 (1892), S. 181–188
ders., Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 33 (1904), S. 211–234
ders., Verfügungsnutznießung, Verfügungsgemeinschaft und Gesamthandgut, AcP 107 (1911), S. 258–273
Korn, Klaus, Nießbrauchgestaltungen auf dem Prüfstand (Teil II), DStR 1999, S. 1512–1516
Kraßer, Rudolf, Patentrecht, 6. Aufl., München 2009. Zit.: *Kraßer*, Patentrecht
ders., Erfinderrecht und widerrechtliche Entnahme, in: Forkel, Hans/Kraft, Alfons (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung – Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 221–239. Zit.: *Kraßer*, in: FS Hubmann
ders., Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, Köln et. al. 1971. Zit.: *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte
ders., Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1973, S. 230–238
ders., Die Wirkungen der einfachen Patentlizenz, GRUR Int. 1983, S. 537–547
Krebs, Peter/Becker, Maximilian, Die Teilverdinglichung und ihre Anwendung auf Internetdomains, JZ 2009, S. 932–943
Kreittmayr, Wiguläus Xaver Alois, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil, München 1761. Zit.: *Kreittmayr*, Anmerkungen II
Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg (Hrsg.), NOMOS-Kommentar BGB, Erbrecht Band 5: §§ 1922–2385, 4. Aufl., Baden-Baden 2014. Zit.: NK-BGB/*Bearbeiter*
Krünitz, Johann Georg (Hrsg.), Oekonomische Encyclopädie oder allgemeines System der Staats- Stadt- Haus u. Landwirthschaft in alphabetischer Ordnung, erschienen 1773 bis 1858 in 242 Bänden. Zit.: *Krünitz*, Oekonomische Encyklopädie,
Kruse, Viola, Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personengesellschaft, RNotZ 2002, S. 69–87
Kühne, Eberhard, Versprechen und Gegenstand (Ein Beitrag zum System der Belastung), AcP 140 (1935), S. 1–63

Larenz, Karl, Rechtsperson und Subjektives Recht – zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Dahm et al. (Hrsg.): Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225–258. Zit.: *Larenz*, Rechtsperson und Subjektives Recht

ders., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989. Zit.: *Larenz*, BGB AT

ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987. Zit.: *Larenz*, Schuldrecht AT

ders., Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, JherJb 83 (1933), S. 108–177

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994. Zit.: *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2

Larenz, Karl/Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004. Zit.: *Larenz/Wolf,* BGB AT

Lauterbach, Wolfgang Adam, Collegii theorico-practici, a Libro Primo Pandectarum, Pars prima, Tübingen 1690. Zit.: *Lauterbach*, Collegii I

Lehmann, Matthias, Finanzinstrumente: Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände, Tübingen 2009. Zit.: *Lehmann*, Finanzinstrumente

Leinemann, Wolfgang, Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, Marburg 1969. Zit.: *Leinemann*, Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB

Leipold, Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Tübingen 2013. Zit.: *Leipold*, BGB I AT

Lemley, Mark, Property, Intellectual Property, and Free Riding, Texas Law Review Vol. 83 (2005), S. 1031–1089

Lenel, Otto, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Leipzig 1876. Zit.: *Lenel*, Exceptionen

Leonhardt, Peter/Smid, Stefan/Zeuner, Mark (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 3. Aufl., Stuttgart 2010. Zit.: *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO

Liebe, Victor Friedrich August von, Sachenrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Leipzig 1891. Zit.: *Liebe*, Sachenrechtliche Erörterungen

Lindemeier, Jörg, Die Belastung des Gesamthandsanteils im Grundbuch des zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücks – Zugleich ein Beitrag zu Zulässigkeit und Ausgestaltung des Nießbrauchs am Anteil einer Personengesellschaft, DNotZ 1999, S. 876–913

Liuzzo, Lamberto, Inhaberschaft und Übertragung des europäischen Patents, GRUR Int. 1983, S. 20–25

Loewenheim, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010. Zit.: Loewenheim/*Autor,* Hdb. d. UrhR

Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Schricker/Loewenheim, Urheberrecht: Kommentar, 4. Aufl., München 2010. Zit.: Schricker/Loewenheim/*Bearbeiter,* Urheberrecht

Löwisch, Manfred, Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970. Zit.: *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte

Loh, Wilhelm, Erfindernennung mit Rangfolge, GRUR 1948, S. 233–234

Lorenz, Stephan, Grundwissen – Zivilrecht: Besitzschutz, JuS 2013, S. 776–779

Lübtow, Ulrich von, Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte, Lahr 1949. Zit.: *Lübtow*, Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder

ders., Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten – Zugleich ein Beitrag zum Problem subjektloser Rechte, in: Nipperdey, Thomas et al. (Hrsg.), Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20 Jahrhunderts – Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band, Berlin et al. 1956, S. 328–387. *Lübtow*, in: FS Lehmann Bd. 1

Luig, Klaus, Das Privatrecht im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten" von 1794, AcP 194 (1994), S. 521–542

Lutter, Marcus, Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Kooperationsrechts, AcP 180 (1980), S. 84–159

Lutter, Marcus (Hrsg. von Bayer, Walter/Vetter, Jochen), Umwandlungsgesetz (UmwG) Kommentar, 5. Aufl., Köln 2014. Zit.: Lutter/*Bearbeiter*, UmwG

Madaus, Stephan, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP 212 (2012), S. 251–295

Manthe, Ulrich (Hrsg.), Gaius Institutiones: Die Institutionen des Gaius, Darmstadt 2004. Zit.: Gaius Institutiones

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand: 72. Ergänzungslieferung 2014. Zit.: Maunz/Dürig/*Bearbeiter*, Grundgesetzkommentar

McGuire, Mary-Rose, Die Lizenz: Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts, Tübingen 2012. Zit.: *McGuire,* Die Lizenz

dies., Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz – Zugleich eine Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, GRUR 2009, S. 13–22

dies., Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 25.07.2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, S. 1133–1134

McGuire, Mary-Rose/Zumbusch, Ludwig von/Joachim, Björn, Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien (Q 190), GRUR Int. 2006, S. 682–697

Medicus, Dieter, Die Forderung als „sonstiges Recht" nach § 823 Abs. 1 BGB? In: Deutsch, Erwin (Hrsg.) Der Schadensersatz und seine Deckung: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Berlin 1995, S. 333–345. Zit.: *Medicus,* in: FS Steffen

ders., Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Heidelberg 1994. Zit.: *Medicus*, BGB AT

Melullis, Klaus-J., Zur Sonderrechtsfähigkeit von Computerprogrammen, in: Ann et al. (Hrsg.), Materielles Patentrecht: Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln et al. 2003, S. 341–358. Zit.: *Melullis*, in: FS König

Mes, Peter, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz – Kommentar, 4. Aufl., München 2015. Zit.: *Mes*, PatG

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S. 521–526

Meyer, Christian, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, Köln 2002. Zit.: *Meyer*, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen

Meyer-Abich, Jann, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie: Leistung, Freiheit, Gewaltenteilung. Zur teleologischen Auslegung des Art. 14 Abs. 1 GG, Berlin 1980. Zit.: *Meyer-Abich*, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie

Mock, Sebastian, Was Lizenzverträge im Insolvenzverfahren mit engagierten Müttern, Studienkrediten und Abtreibungen verbindet, ZInsO 2007, S. 1121–1122

Möllers, Thomas M. J., Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Tübingen 1996. Zit.: *Möllers*, Rechtsgüterschutz

Mühlenbruch, Christian Friedrich, Ueber die s. g. juris und facti universitaes, AcP 17 (1834), S. 321–379

Müller-Hengstenberg, Claus D., Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, S. 3128–3134

Münchener Kommentare (Reihe)

– Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
– – Band 1 Allgemeiner Teil, §§ 1–240, ProstG, AGG, 6. Aufl., München 2012
– – Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 6. Aufl., München 2012
– – Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705–853, PartGG, ProdHaftG, 6. Aufl., München 2013
– – Band 6 Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 6. Aufl., München 2013
– – Band 9 Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 6. Aufl., München 2013. Zit.: MüKo-BGB/*Bearbeiter*
– Münchener Kommentar zum GmbHG
– – Band 2 §§ 35–52, München 2012. Zit.: MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*
– Münchener Kommentar zum HGB
– – Band 1 Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1–104a, 3. Aufl., München 2010. Zit.: MüKo-HGB/*Bearbeiter*
– Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
– – Band 1 §§ 1–79, 3. Aufl., München 2013
– – Band 2 §§ 80–216, 3. Aufl., München 2013. Zit.: MüKo-InsO/*Bearbeiter*
– Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht
– – Band 1 §§ 1–4 UWG, 1. Aufl., München 2006
– – Band 1 §§ 1–4 UWG, 2. Aufl., München 2014. Zit.: MüKo-UWG/*Bearbeiter*
– Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
– – Band 2 §§ 355–1024, 4. Aufl., München 2012. Zit.: MüKo-ZPO/*Bearbeiter*

Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich
– Band 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil
– Band 2: Recht der Schuldverhältnisse
– Band 3: Sachenrecht
– Band 4: Familienrecht. Jeweils Berlin 1899, zitiert nach Neudruck Aalen 1979. Zit.: Mugdan, Motive/Protokolle

Neuner, Carl, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Eine civilistische Ausführung nebst einem Anhange, den Grundriß zu einem neuen Systeme für die Darstellung des Pandektenrechts enthaltend, Kiel 1866. Zit.: *C. Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse

Neuner, Jörg, Der Redlichkeitsschutz bei abhanden gekommenen Sachen, JuS 2007, S. 401–411

Nieder, Heinrich/Kössinger, Reinhard/Kössinger, Winfried, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl., München 2011. Zit.: Nieder/Kössinger/*Bearbeiter*, Hdb. d. Testamentsgestaltung

Nordemann, Wilhelm, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers bei vorzeitiger Beendigung des Hauptvertrags im Urheberrecht, GRUR 1970, S. 174–176

Nußbaum, Arthur, Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des BGB, Berlin 1919. Zit.: *Nußbaum*, Das Nießbrauchsrecht des BGB

Oertmann, Paul, Der Dinglichkeitsbegriff, JherJb 31 (1892), S. 415–467

ders., Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123 (1925), S. 129–160

Oetker, Hartmut, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994. Zit.: *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis

Ohly, Ansgar, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, S. 545–554

Olzen, Dirk, Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs, JuS 1984, S. 328–335

Ost, Wolfgang, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts – Dargestellt am subjektiven Vermögensrecht, Tübingen 1965. Zit.: *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts

Osterrieth, Christian, Patentrecht, 4. Aufl., München 2010. Zit.: *Osterrieth*, Patentrecht

Otte, Gerhard, Schadensersatz nach § 823 I BGB wegen Verletzung der „Forderungszuständigkeit"?, JZ 1969, S. 253–258

Pagenberg, Jochen/Beier, Dietrich, Lizenzverträge, 6. Aufl., Köln/München 2008. Zit.: *Pagenberg/Beier*, Lizenzverträge

Pahlow, Louis, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen, 2006. Zit.: *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag

ders., Von Müttern, Töchtern und Enkeln – Zu Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, GRUR 2010, S. 112–119

ders., Lizenz und Lizenzvertrag in der Insolvenz – Von einer unbefriedigenden Rechtslage und einer verbesserungsbedürftigen Reform, WM 2008, S. 2041–2049

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München 2015. Zit.: Palandt/*Bearbeiter*

Paulus, Christoph G., Mobilien, Immobilien, Forderungen – und jetzt Wissen als Rechtsgut?, in: v. Wöhrn, Kirsten-Inger et al. (Hrsg.) Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 3–8. Zit.: *Paulus*, in: FS Wandtke

Paus, Bernhard, Der Unternehmensnießbrauch, Betriebs-Berater 1990, S. 1675–1683

Peifer, Karl-Nikolaus, Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht am Unternehmen, Tübingen 2001. Zit.: *Peifer*, Individualität im Zivilrecht

Petersen, Jens, Der Minderjährige im Schuld- und Sachenrecht, Jura 2003, S. 399–402

Petzoldt, Rolf, Vorerbschaft und Nießbrauchsvermächtnis, BB Beilage 6 /1975 zu Heft 13/1957, S. 1–14. Zit.: *Petzoldt*, BB 1975, Beil. 6

ders., Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, DStR 1992, S. 1171–1177

Peukert, Alexander, Das Sacheigentum in der Informationsgesellschaft, in: Ohly, Ansgar et al. (Hrsg.) Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 149–163. Zit.: *Peukert*, in: FS Schricker

ders., Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008. Zit: *Peukert*, Güterzuordnung

ders., „Sonstige Gegenstände" im Rechtsverkehr, in: Leible/Lehmann/Zech (Hrsg.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, Tübingen 2011, S. 95–121. Zit: *Peukert*, „Sonstige Gegenstände"

Pfaff, Dieter, Der Know how-Vertrag im bürgerlichen Recht – Dogmatische Einordnung, Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen, BB 1974, S. 565–570

Pfaff, Dieter/Osterrieth, Christian, Lizenzverträge – Formularkommentar, 3. Aufl., München 2010. Zit.: *Pfaff/Osterrieth*, Lizenzverträge

Pfanner, Klaus, Vereinheitlichung des materiellen Patentrechts im Rahmen des Europarats, GRUR Ausl. 1962, S. 545–554

Pieper, Helmut, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln 1963. Zit.: *Pieper,* Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt

Pisko, Oskar, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907. Zit.: *Pisko*, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs

Plath, Kai-Uwe, Nießbrauch an Software – Ein Konzept zur Lösung des Insolvenzproblems?, CR 2005, S. 613–619

Preu, Albert, Das Erfinderpersönlichkeitsrecht und das Recht auf das Patent, in: Forkel, Hans/Kraft, Alfons (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung – Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 349–358. Zit.: *Preu,* in: FS Hubmann

Preuß, Nicola, Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft, JuS 2006, S. 305–309

Priester, Hans-Joachim, Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, in Lutter, Marcus et al. (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin et al. 1985, S. 463–485. Zit.: *Priester*, in: FS Stimpel

Prütting, Hanns, Sachenrecht, 35. Aufl., München 2014. Zit.: *Prütting*, Sachenrecht

Puchta, Georg Friedrich, Ueber das Alter des Quasiususfructus, in: Blume/Hasse/Puchta/Puggé, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 3. Jahrgang Bonn 1829. Zit.: *Puchta*, Quasiususfructus

ders., Lehrbuch der Pandekten, 9. verm. Aufl., Leipzig 1863. Zit.: *Puchta*, Pandekten

ders., Cursus der Institutionen

– Band 1, 2. Aufl., Leipzig 1845

– Band 2, 2. Aufl., Leipzig 1846. Zit.: *Puchta*, Cursus der Institutionen

Pütter, Karl Theodor, Die Lehre vom Eigenthum nach Deutschen Rechten, aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen, Berlin 1831. Zit.: *Pütter*, Die Lehre vom Eigenthum

Radin, Margarete Jane, The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings, in: Columbia Law Review (1988), S. 1667–1696

Raeschke-Kessler, Hilmar/Christopeit, Joachim, Sukzessionsschutz für Lizenzketten (UrhG), ZIP 2013, S. 345–350

Raiser, Ludwig, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S. 465–473

ders., JR 1955, S. 118–119 (Besprechung von Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage 1953)

ders., Das Unternehmen als Organisation: Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre, Berlin 1969. Zit.: *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation

Redeker, Helmut, Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, S. 2917–2926

Regelsberger, Ferdinand, Pandekten, Band I, Leipzig 1893. Zit.: *Regelsberger*, Pandekten I

Reichel, Hans, Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen B.G.B., JherJb Bd. 42 (1901), S. 205–308

Reiff, Peter, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungssteuer, Berlin 1989. Zit.: *Reiff*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

Reinhardt, Rudolf, Das subjektive Recht in § 823 I BGB, JZ 1961, S. 713–719

Reinhardt, Gabriele, Der Nießbrauch in Code civil und BGB und seine Grundlagen im römischen Recht, Köln 2004. Zit.: *Reinhardt*, Der Nießbrauch in Code civil und BGB

Reuter, Dieter/Martinek, Michael, Gernhuber, Joachim (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 4 Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983. Zit.: *Reuter/Martinek*, HdbSchR 4

Rifkin, Jeremy, The Age of Access – The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience, New York 2000. Zit.: *Rifkin*, The Age of Access

Rogge, Rüdiger, Patente auf genetische Informationen im Lichte der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten, GRUR 1998, S. 303–309

Rohlff, Reimer, Die Verwendung des Nießbrauchs am Anteil einer Personengesellschaft zur Ersparung von Schenkungs- und Erbschaftssteuer, NJW 1971, S. 1337–1342

ders., Nießbraucher und Vorerbe als Testamentsvollstrecker, DNotZ 1971, 518–525

Roquette, Hermann, Wohnrecht und Mietrecht, NJW 1957, S. 525–528

Rossak, Erich, Pfändbarkeit, Pfändung und Pfandverwertung von Nießbrauch und Wohnungsrecht, MittBayNot 2000, S. 383–387

Roßhirt, Conrad Franz, Gemeines deutsches Civilrecht, Band 2, Heidelberg 1840. Zit.: *Roßhirt*, Gemeines deutsches Civilrecht

Rüfner, Thomas, Savigny und der Sachbegriff des BGB, in: Leible/Lehmann/Zech (Hrsg.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, Tübingen 2011, S. 33–48. Zit.: *Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB

Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 18. Aufl., München 2014. Zit.: *Rüthers/Stadler*, BGB AT

Sack, Rolf, Das Recht am Gewerbebetrieb, Tübingen 2007. Zit.: *Sack*, Der Gewerbebetrieb

Saenger, August, Gemeinschaft und Rechtsteilung, Marburg 1913. Zit.: *Saenger*, Gemeinschaft und Rechtsteilung

Sandhaus, Sebastian, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel: Unter besonderer Berücksichtigung einer mitverwaltungsrechtlichen Berechtigung des Nießbrauchers, Berlin 2007. Zit.: *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

Savigny, Friedrich Carl von, Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung, 1. Aufl., Gießen 1803. Zit.: *Savigny*, Das Recht des Besitzes

ders., System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840. Zit.: *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I

Schachtschneider, Karl Albrecht, Freiheit in der Republik, Berlin 2007. Zit.: *Schachtschneider*, Freiheit in der Republik

Schack, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2013. Zit.: *Schack*, Urheber- und Vertragsrecht

ders., Anmerkung zu BGH Urteil v. 1.12.1999 – I ZR 49/97 (KG) – Marlene Dietrich, JZ 2000, S. 1060–1062

Schapp, Jan, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, Berlin 1977. Zit.: *Schapp*, Das subjektive Recht

Scharff, Christian R., Der Nießbrauch an Aktien im Zivil- und Steuerrecht, Köln et al. 1982. Zit.: *Scharff*, Nießbrauch an Aktien

Scharr, Erwin, Römisches Privatrecht, Zürich/Stuttgart 1960. Zit.: *Scharr*, Römisches Privatrecht

Scherenberg, Oliver, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. InsO, Berlin 2005. Zit.: *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz

Schlegelberger, Franz (Begr.), Handelsgesetzbuch: Kommentar; hrsg. von Geßler, Ernst et al.

– Band III/2. Halbband, §§ 161–177a, §§ 335–342 (§§ 230–237 n. F.), 5. Aufl., München 1986. Zit.: Schlegelberger/*Bearbeiter*, HGB

Schmidt, Karsten, Handelsrecht (Unternehmensrecht I), 6. Aufl., München 2014. Zit.: *K. Schmidt*, Handelsrecht

ders., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 1997. Zit.: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht

ders., Stimmrecht beim Anteilsnießbrauch. Besprechung des Urteils BGH NJW 1999, 571, ZGR 1999, S. 601–612

ders., Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadensersatzansprüchen – Positive „Vertragsverletzung" und „sonstiges Recht" im Innenrecht des Vereins, JZ 1991, S. 157–162

Schmoekel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band I, Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen 2003. Zit.: HKK-BGB/*Bearbeiter*

Schnorr, Randolf, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB), Tübingen 2004. Zit.: *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen

Schön, Wolfgang, Der Nießbrauch an Sachen, Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, Köln, 1992. Zit.: *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen

ders., Ein Allgemeiner Teil der Genußrechte, JZ 1993, S. 925–934

ders., Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, ZHR 158 (1994), S. 229–270

Schönherr, Fritz, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, in: Brügger, Paul (Hrsg.) Homo Creator – Festschrift für Alois Troller, Basel 1976, S. 57–87. Zit.: *Schönherr,* in: FS Troller

Scholz, Franz (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl., Köln 2010

– Band 1 §§ 1–34. Zit.: Scholz/*Bearbeiter*, GmbHG

Scholz, Jochen, Zum Fortbestand abgeleiteter Nutzungsrechte nach Wegfall der Hauptlizenz – Zugleich Anmerkung zu BGH „Reifen Progressiv", GRUR 2009, S. 1107–1112

Schricker, Gerhard, Verlagsrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2001. Zit.: *Schricker*, Verlagsrecht

Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin/New York 1982, Nachdruck der Ausgaben aus den Jahren 1876–1888, Bände:

– Allgemeiner Teil, Redaktor: *Gebhard, Albert*
– Sachenrecht Teil 1, Redaktor: *Johow*, *Reinhold*
– Sachenrecht Teil 2/Beschränkte dingliche Rechte und materielles Zwangsversteigerungsrecht, Redaktor: *Johow*, *Reinhold*
– Anlagen: Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kommissions-Entwurf von 1885–1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887), Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888. Zit.: Schubert/*Verfasser,* Vorlagen oder *Schubert*, Anlagen Entwürfe BGB

Schüller, Hans-Christoph, Die Zwangsvollstreckung in den Nießbrauch, Bonn 1978. Zit.: *Schüller*, Die Zwangsvollstreckung in den Nießbrauch

Schünemann, Wolfgang B., „Unlauterkeit" in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, S. 925–945

Schulte, Rainer (Hrsg.), Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen, Kommentar, 9. Aufl., Köln, München 2014. Zit.: Schulte/*Bearbeiter*, PatG

Schulze, Reiner u.a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 8. Aufl., München 2014. Zit.: Schulze-BGB/*Bearbeiter*

Schulze zur Wiesche, Dieter, Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft, DStR 1995, S. 318–322

Schuppe, Wilhelm, Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887. Zit.: *Schuppe*, Der Begriff des subjektiven Rechts

Schwab, Martin, Architektenpläne als Gegenstand der Eingriffskondiktion, NJW 2013, S. 1135–1138

Schwab, Brent, Arbeitnehmererfindungsrecht – Handkommentar, 3. Aufl., München 2014. Zit.: *Schwab*, NK-ArbeitnErfR

Seligsohn, Arnold, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 2. Aufl., Berlin 1901. Zit.: *Seligsohn*, PatG

Seidl, Erwin, Römisches Privatrecht, Köln et al. 1963. Zit.: *Seidl*, Römisches Privatrecht

Siebert, Wolfgang, Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, S. 1126–1127

Skaupy, Walther, Know-how-Vereinbarungen und Kartellrecht, GRUR 1964, S. 539–546

Söffing, Günter/Jordan, Günther, Nießbrauch am Mitunternehmeranteil, BB 2004, S. 353–355

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1–103, 13. Aufl., Stuttgart 2000
- Band 15/1, Sachenrecht 2/1 §§ 985–1017, ErbbauVO, 13. Aufl., Stuttgart 2007
- Band 16, Sachenrecht 3 §§ 1018–1296, 13. Aufl., Stuttgart 2001. Zit.: Soergel/*Bearbeiter*

Sohm, Rudolf, Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905. Zit.: *Sohm*, Der Gegenstand

ders., Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung., ArchBürgR 28 (1906), S. 173–206

Sohm, Rudolph/Mitteis, Ludwig/Wenger, Leopold, Institutionen: Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 17. Aufl., Leipzig 1923. Zit.: *Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen

Somló, Felix, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917. Zit.: *Somló*, Juristische Grundlehre

Sontis, Johannes M., Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Paulus/Diederichsen/Canaris (Hrsg.) Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 981–1002. Zit.: *Sontis*, in: FS Larenz (1973)

Sosnitza, Olaf, Besitz und Besitzschutz. Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht, Tübingen 2003. Zit.: *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz

ders., Gedanken zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, in: Ohly, Ansgar et al. (Hrsg.) Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 183–196. Zit.: *Sosnitza*, in: FS Schricker

Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2014. Zit.: Spindler/Stilz/*Bearbeiter*, AktG

Stammler, Rudolf, Der Nießbrauch an Forderungen, Erlangen 1880. Zit.: *Stammler*, Nießbrauch an Forderungen

Starck, Die Erfindung als Rechtsgut, MuW 1937, S. 153–154

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

– Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 90–124; 130–133 (Allgemeiner Teil 3), unbezifferte Neubearbeitung 2012
– Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Allgemeiner Teil 4b), unbezifferte Neubearbeitung 2010
– Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535–555f; Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete (Mietrecht 1), unbezifferte Neubearbeitung 2014
– Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 562–580a; Anh zum Mietrecht: AGG (Mietrecht 3), unbezifferte Neubearbeitung 2014
– Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741–764, unbezifferte Neubearbeitung 2002
– Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), unbezifferte Neubearbeitung 2007
– Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823–825, Dreizehnte Bearbeitung 1999
– Buch 3 Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), unbezifferte Neubearbeitung 2012
– Buch 3 Sachenrecht, §§ 903–924, unbezifferte Neubearbeitung 2002
– Buch 3 Sachenrecht, §§ 925–984; Anhang zu §§ 929 ff, unbezifferte Neubearbeitung 2011
– Buch 3 Sachenrecht, ErbbauRG, §§ 1018–1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten), unbezifferte Neubearbeitung 2009
– Buch 3 Sachenrecht, §§ 1204–1296; SchiffsRG (Pfandrecht), unbezifferte Neubearbeitung 2009
– Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2012/2013. Zit.: Staudinger/*Bearbeiter*

Steinlechner, Paul, Das Wesen der juris communio und juris quasi communio: eine civilistische Abhandlung, Abtheilung 1: Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete, Innsbruck 1876. Zit.: *Steinlechner*, Das Wesen der juris communio I

Stjerna, Björn Ingve, Die Einrede des älteren Rechts im Patent- und Gebrauchsmusterverletzungsstreit, GRUR 2010, S. 202–208

Stöcker, Erhard, Dinglichkeit und Absolutheit: Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung der Kritik am Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Köln 1965. Zit.: *Stöcker,* Dinglichkeit und Absolutheit

Striezel, Julia, Der Handel mit virtuellen Gegenständen, Stuttgart, 2010. Zit.: *Striezel*, Der Handel mit virtuellen Gegenständen

Strohal, Emil (Hrsg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz

– I. Band Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913
– III. Band Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920. Zit.: Planck/*Bearbeiter*

Stürner, Rolf, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994), S. 265–294

Sudhoff, Heinrich, Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, S. 481–486

ders., Nochmals: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, NJW 1974, S. 2205–2211

ders. (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 6. Aufl., München 2005. Zit.: Sudhoff/*Bearbeiter*, GmbH & Co.

Superczynski, Dieter, Das Stimmrecht beim Nießbrauch an Aktien und GmbH-Geschäftsanteilen, Köln 1963. Zit.: *Superczynski*, Das Stimmrecht beim Nießbrauch an Aktien

Teichmann, Arndt, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – gesellschaftsrechtlicher Teil, ZGR 1972, S. 1–23

ders., Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Probleme der praktischen Gestaltung, ZGR 1973, S. 24–44

Thibaut, Anton Friedrich Justus, System des Pandekten-Rechts, Band 2, 2. Aufl., Jena 1805. Zit.: *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts

ders., Ueber die Natur der Rechte des Emphyteuta, in: Civilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814. Zit.: *Thibaut*, Civilistische Abhandlungen

Thur, Andreas von, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Berlin 1957, Nachdruck der 1. Auflage von 1910. Zit.: *Thur*, BGB AT

Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878. Zit.: *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht

Timmann, Tobias, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, Tübingen 2008. Zit.: *Timmann*, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG

Troller, Alois, Immaterialgüterrecht, Band II, 3. Aufl., Basel et al. 1971. Zit.: *Troller*, Immaterialgüterrecht II

ders., Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts, GRUR Int. 1958, S. 385–394

Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz, Insolvenzordnung – Kommentar, 13. Aufl., München 2010. Zit.: Uhlenbruck/*Bearbeiter*, InsO

Ullmann, Eike, Caroline v., Marlene D., Eheleute M. – ein fast geschlossener Kreis, WRP 2000, S. 1049–1054

Ulmer, Peter, Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft – ein überholtes Dogma?, ZHR 167 (2003), S. 103–116

Vangerow, Karl Adolph von, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Erster Band zweite Abtheilung, 3. Aufl., Marburg, Leipzig 1843. Zit.: *Vangerow*, Pandekten I/2

Vitriarius, Philipp Reinhard, Institutiones iuris publici Romano-germanici selectae, Lyon 1714. Zit.: *Vitriarius*, Institutiones

Wachter, Thomas, Kurzkommentar zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.1.2013 – 8 W 25/13 = ZIP 2013, 624, EWiR 2013, 413–414

Wächter, Carl Georg von, Pandekten, Band 1, Leipzig 1880. Zit.: *Wächter*, Pandekten I

Wälzholz, Eckhard, Aktuelle Gestaltungsprobleme des Nießbrauchs am Anteil an einer Personengesellschaft, DStR 2010, 1786–1790

Wagner, Gerhard, Rudolph von Iherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigten Reflexwirkungen, AcP 193 (1993), S. 319–347

Walleser, Fritz, Das Patentmonopol in der Marktwirtschaft, GRUR Ausl. 1963, S. 512–513

Wallner, Jürgen, Insolvenzfeste Nutzungsrechte und Lizenzen an Software, NZI 2002, S. 70–79

Walz, Rainer, Sachenrecht für Nicht-Sachen?: Kritik einer Systemanalogie, KritV 1986, S. 131–164

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014. Zit.: Wandtke/Bullinger/*Bearbeiter*, UrhR

Weber, Harald, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Steuerrechtliche Behandlung, 1. Teil: Kapitalgesellschaften, ZGR 1972, S. 24–51

Weber, Harald/Luther, Siegfried, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Steuerrechtliche Behandlung, 2. Teil: Personengesellschaften, ZGR 1973, S. 45–72

Weber-Grellet, Heinrich, Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), S. 316–334

Wedemann, Frauke, Das Stimmrecht beim Anteilsnießbrauch im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtssetzungslehre, NZG 2013, S. 1281–1289

Weidlich, Dietmar, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaft, Köln et al. 1993. Zit.: *Weidlich*, Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaft

Weinmann, Conrad, Die Rechtsnatur der Lizenz, Bern 1996. Zit.: *Weinmann*, Rechtsnatur der Lizenz

Wendehorst, Christiane, Rechtsobjekte, in Alexy, Robert (Hrsg.) Juristische Grundlagenforschung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B), Stuttgart 2005, S. 71–82. Zit.: *Wendehorst*, Rechtsobjekte

Wendt, Otto, Besitz und Innehabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt, AcP 74 (1889), S. 135–178

Wening-Ingenheim, Johann Nepomuk von, Das Pfandrecht an eigener Sache, AcP 6 (1823), S. 134–150

Wesenberg, Gerhard/Wesener, Gunter, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Aufl., Wien et al. 1985. Zit.: *Wesenberg/Weser*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte

Westermann, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., Karlsruhe 1966. Zit.: *Westermann*, Sachenrecht

Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl Heinz/Eickmann, Dieter, Sachenrecht, 8. Aufl., Heidelberg et al. 2011. Zit.: *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht

Wieacker, Franz, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943), S. 57–104

ders., Zum System des deutschen Vermögensrechts – Erwägungen und Vorschläge, Leipzig 1941. Zit.: *Wieacker*, System des deutschen Vermögensrechts

Wiedemann, Herbert, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München, Berlin 1965. Zit.: *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten

Wiedemann, Markus, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Köln 2006. Zit.: *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge

Wieling, Hans Josef, Sachenrecht Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006. Zit.: *Wieling,* Sachenrecht I

Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin/New York 2010. Zit.: *Wilhelm,* Sachenrecht

ders., Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin 2009. Zit.: *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht

Wimmer, Klaus (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl., Köln et al. 2015. Zit.: Frankfurter Kommentar-InsO/*Bearbeiter*

ders., Neue Reformüberlegungen zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, ZIP 2012, S. 545–557

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Aufl., Düsseldorf 1862. Zit.: *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts

ders., Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856. Zit.: *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts

ders., Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906, Bände I bis III. Zit.: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012. Zit.: *Wolf/Neuner*, BGB AT

Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina, Sachenrecht, 29. Aufl., München 2014. Zit.: *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht

Wolff, Martin/Raiser, Ludwig, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, 10. Aufl., Tübingen 1957. Zit.: *Wolff/Raiser,* Sachenrecht

Wündisch, Sebastian/Bauer, Stephan, Patent-Cross-Lizenzverträge – Terra Incognita?, GRUR Int. 2010, 641–649

Würthwein, Susanne, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?: Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, Tübingen 2001. Zit.: *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit

Zech, Herbert, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012. Zit.: *Zech*, Information als Schutzgegenstand

Zimmermann, Julia Bettina, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, Remscheid 1998. Zit.: *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung

Zimmern, Sigmund, Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?, AcP 7 (1824), S. 309–334

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung – Kommentar, 30. Aufl., Köln 2014. Zit.: Zöller/*Bearbeiter*, ZPO

Zöllner, Wolfgang, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München/Berlin 1963. Zit.: *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht

ders., Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, S. 392–440

Sonstige Quellen

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs

– Band III, 1. Teil §§ 854–1011, Berlin et al. 12. neubearb. Aufl 1979
– Band III, 2. Teil Anh. § 1011: ErbbauVO; §§ 1018–1203; Anh. § 1203: SchiffsRG, Berlin et al. 12. neubearb. Aufl. 1996. Zit.: RGRK-BGB/*Bearbeiter*

Zusammenstellung der gutachterlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt

– Band I: Aeußerungen zum Allgemeinen Teil, Osnabrück 1967, Neudruck der Ausgabe 1890
– Band III: Aeußerungen zum Sachenrecht, Osnabrück 1967, Neudruck der Ausgabe 1890. Zit.: Gutachterliche Äußerungen (Band)

Personen- und Sachregister

Abspaltungsverbot (gesellschaftsrechtliches) 368, 370, 372, 379 f., 382
Abstraktionsprinzip 237, 245
actio in iuriam 20
actio in rem *Siehe* Aktionensystem
actio servi corrupti 20
Aktionensystem 22, 145, 148, 193
allgemeines Persönlichkeitsrecht 65, 71, 342
Aneignungsrecht 94
Anteilsnießbrauch 26, 130, 242, 261, 282, 306, 356, 368, 370, 387, 390 f.
antíchrese 21
Anwartschaftsrecht 89, 305, 343, 351
Auseinandersetzungsguthaben 367, 392
ausschließliche Lizenz *Siehe* Lizenz
Ausschließungstheorie 101, 105
Aussonderungsrecht (in der Insolvenz) 40, 327
Ausübungsüberlassung 110, 114, 259, 264

Benutzungsmarke 311
Bereicherungsrecht 43, 74
Berliner Testament 206
beschränkte persönliche Dienstbarkeiten 10, 31, 249, 256
Betriebsgeheimnis *Siehe* Unternehmensgeheimnis
Bruchteilseigentum 117, 123
Bruchteilsgemeinschaft 62, 117, 123 f., 128, 163 f., 230, 306, 381
bundle of rights 103

cautio usufructuaria 18–20
Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis 61
corpus iuris civilis 13

Dauerschuldverhältnis 224, 234, 236 f., 248, 285, 322, 325
DENIC 73
Dereliktion 105, 128, 338
derelinquere usumfructum 255
Dispositionsbefugnis 29, 213–215, 217–220
Dividende 170, 391 f.
dominum 50
Dresdener Entwurf des BGB 59

Eigennießbrauch *Siehe* Eigentümernießbrauch
Eigenschaftsirrtum 43
Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 202
Eigentümernießbrauch 134, 253
Eigentumsherausgabeanspruch 167
Eigentumsverwirklichungsansprüche 100
einfache Lizenz *Siehe* Lizenz
Eingriffskondiktion 96, 112
Einheitstheorie *Siehe* Bruchteilseigentum
Emphyteuse 21
Entstellungsschutz 315
Erbbaurecht 21, 34 f.
Erbenbesitz 75 f.
Erbschaftsanspruch 275
Erfinderpersönlichkeitsrecht 302–306
Erfindung 40, 45, 82 f., 110, 120, 154, 183, 196, 296, 300, 305, 321
Ertragsnießbrauch 183, 286, 290, 356, 366–368, 370, 378, 391

Firmenverdopplung 345
Forderungsrechte 131, 190, 269
Forderungszuständigkeit 72 f., 200

Gaius 12, 17, 41, 48, 221
Gebhard, Albert 145

Gegenstand (Begriff) 25, 39 f., 42 f., 47 f., 52 f., 59, 78, 81 f., 115
geistiges Eigentum 51, 196
Genussrechte 379
Geschäftsgeheimnis *Siehe* Unternehmensgeheimnis
Gestaltungsgegenklage *Siehe* Gestaltungsrechte
Gestaltungsrechte 54, 159, 189
Gewinnanteil 367, 373 f., 391
Gierke, Otto v. 10, 58, 61, 122, 268
Goodwill 44, 52, 293 f.
Grunddienstbarkeiten 10–12, 21, 31, 167, 249
Gütergemeinschaft *Siehe* Vorbehaltsgut
Güterzuordnung 94 f.

Habersack, Mathias 82–87, 113, 117, 128, 131, 157, 199, 359, 362
Hartmann, Gustav 1
Heck, Philipp 33, 115, 139, 208
Hegel, Georg Friedrich Wilhelm 51, 58, 177, 412
Herrenlosigkeit *Siehe* Dereliktion
Hinterlegung 251, 348, 396
Hoffnungskauf 237

Immaterialgüterrecht 34, 82, 317
Immaterialgüterrechte 40, 45, 48, 53, 83 f., 159, 188–190, 269
Indossament 396
Inhaber- und Orderpapiere 223
in iure cessio 18
Insolvenzverfahren 179, 260, 318, 330
Interessentheorie 146, 149
Internetdomain 73
ius commune 22
ius excludendi 299
ius exclusivum 299

Jhering, Rudolf v. 144 f., 148–151
Johow, Reinhold 24–28, 59, 62, 134, 168 f., 215–217, 221 f., 255, 289, 348 f., 358
Justinian 16, 19, 41

Kant, Immanuel 57
Kapitalherabsetzung 393
Kapital-Renten-Modell 279
Kelsen, Hans 100–102, 152 f.
Know-how *Siehe* Unternehmensgeheimnisse
Kohler, Josef 1, 4, 29, 213–219, 297, 299, 340
Kombinationstheorie 144
Kommissionsentwurf (1885) 25, 221
Konsolidation 19, 122, 253
konstitutiver Rechtserwerb 125
Kraßer, Rudolf 53, 196

Larenz, Karl 78–80, 410, 414, 424
Leibrentenvertrag 170
Lizenz 35, 170, 248, 299, 300, 316, 323
Lizenzvertrag 35, 109, 157, 170, 301, 316, 324

mancipatio 58
Minderjährige 230–232
Miteigentum 63, 120
Mitgliedschaftsrecht 52, 81, 159, 207, 290, 357, 359 f., 362, 366, 371, 373, 391 f., 394, 396
mittelbare Unternehmensbeteiligung 207
monistischen Theorie (Urheberrecht) 319

Namensrecht 71, 342 f.
Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen 24, 26 f., 290
Nießbrauch gegen Entgelt 11, 234, 236, 238, 241, 264
Nießbrauchsbestellung 18, 35, 51, 89, 120, 123, 165, 231, 238 f., 271, 273, 278, 282, 284, 290, 344, 351, 358, 370, 396
Nießbrauchsfähigkeit 24, 42, 47, 76, 143, 314, 363
Nießbrauchsverzicht 25, 254 f.
Notorietätsmarke 311
numerus clausus (Sachenrecht) 210, 212, 219, 395
Nußbaum, Arthur 9, 28–30, 251, 256
Nutzungspfand 21, 33
Nutzungsrechte (urheberrechtliche) 272, 303, 313, 316, 318, 327, 338, 341
Nutzungsüberlassung 111

Orderklausel 396

Pachtvertrag 35, 238, 248
Paulus 15, 116
Personalservituten 13, 31
Procurator 113
Puchta, Georg Friedrich 113

quod vi aut clam 20

„Recht am Bild der eigenen Sache" 109
Recht am eigenen Bild 342 f.
Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 65, 68, 289, 293
Recht am Unternehmen 70, 293
Recht auf das Patent 163, 302, 304, 306
Rechtsbesitz 249
Rechtsfrüchte 170, 174, 349, 365, 392
Rechtskauf 236, 238
Rechtsobjekt (Begriff) 40–42, 48, 59, 81 f., 95, 288
Rechtsobjekte 48, 78
Recht zur Erfindernennung 302, 309
Registermarke 311
res corporales 12, 16, 23, 48, 58
res immobiles 13
res incorporales 12, 17, 23, 45, 48
res publica 43
res quae usu consumtur 17
right to exclude 103

Sachdarlehen 178
Sachherrschaftstheorie 97
Sachkauf 46
Savigny, Friedrich Carl v. 57–59, 62, 101, 146 f., 155, 267 f.
Schön, Wolfgang 1, 215, 217, 234, 242, 280, 377
senatusconsultum 13, 23, 28
Servitutenbesitz 249
servitutes personae *Siehe* servitutes personales
servitutes personales 13
servitutes praediorum 12
Sicherungsfall 209, 328
Sicherungsvertrag 211, 328 f.
Sicherungszweck 211
si uti frui prohibitus esse dicetur 20
Sklaven 12, 21
Sohm, Rudolf 3, 47–49, 52–56, 78 f., 113, 142
Sondervermögen 29 f., 255, 270 f., 281
sonstige Gegenstände 44, 53 f.
sonstiges Recht 65, 75, 110, 157, 202 f., 241, 265, 359
Spezialitätsgrundsatz 271, 285, 288
Stimmrecht (des Aktionärs) 173, 180, 368, 370, 373, 382 f., 385 f., 393
Sukzessionsschutz 109, 190, 203, 327, 337, 339
Superfizies 21
Surrogation 233, 261, 274 f., 281 f., 291, 344, 351, 381, 389, 393 f.

Testamentsvollstrecker 36, 243, 370
Thibaut, Anton Friedrich Justus 11, 50, 80
Thur, Andreas v. 54–56, 79, 113, 144
translativer Rechtserwerb 47, 125, 303, 314, 319, 343

Übertragungsverbote 229
Übertragungszwecktheorie 339
Ulpian 13 f., 16
universitates iuris 267
Unternehmensgeheimnis 111 f., 288
Unternehmensnießbrauch 219, 259, 293, 344
Unternehmenspacht 285
Unternehmensträger 69, 182, 286, 342
Untervermietung 108
Urheberpersönlichkeitsrecht 303, 342
Usus modernus 22
uti possidetis utile 20

Verdinglichung (obligatorischer Rechte) 70, 109, 210, 327
Verfügungsnießbrauch 212
Verfügungsobjekte 48, 78, 84
Vergütungsansprüche (des Urhebers) 315, 338
Verlagsvertrag 318
Vermächtnis 18, 233, 241–243
Vermögensnießbrauch 27, 281, 350
Vermögensvormundschaft 214
verwandte Schutzrechte 319 f.

vindicatio ususfructus 20
Vindikationslegat 18, 241
Vollstreckungsgegenstand 110
Vorbehaltsgut 270, 275
Vorbehaltsnießbrauch 207, 253
Vorentwurf (zum BGB) 24, 59, 145, 168, 215, 255, 355
Vorerbe 36, 241
Vorkaufsrecht 167, 179

Wahlrecht (des Insolvenzverwalters) 208, 238, 264, 316, 325, 329
Weimarer Reichsverfassung 71
Wendehorst, Christiane 84 f.
Wieling, Hans Josef 113, 126
Wilhelm, Jan 86 f., 115, 132
Willenstheorie 145, 147
Windscheid, Bernhard 58, 95, 145–147, 149
Wohnungsrecht 32

Zinserträge 171, 348 f., 365, 374 f., 378, 392
Zivilfrüchte 170
Zuweisungstheorie 73 f., 96, 108, 110, 112, 118, 202
Zuwendungsnießbrauch 206, 235