

Arthur Nussbaum

Das Nießbrauchsrecht des
BGB unter den
Gesichtspunkten der
Rechtstatsachenforschung.
Zugleich ein Beitrag zur
Kritik des BGB

BEITRÄGE ZUR KENNTNIS DES RECHTSLEBENS
HEFT II

DAS NIESSBRAUCHSRECHT DES BGB.
UNTER DEN GESICHTSPUNKTEN DER
RECHTSTATSACHENFORSCHUNG.

ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR KRITIK DES BGB.

VON

PROF. DR. ARTHUR NUSSBAUM



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH
1919

ISBN 978-3-642-51941-3 ISBN 978-3-642-52003-7 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-642-52003-7

A l l e R e c h t e v o r b e h a l t e n

Vorwort.

Der Wunsch, für eine Darstellung des deutschen Liegenschaftsrechts die rechtstatsächlichen Unterlagen zu beschaffen, führte mich vom Hypothekenwesen aus zunächst zu einer Untersuchung des Nießbrauchs. Sie war beim Eintritt der Ereignisse des Oktober 1918 fast beendet; innere und äußere Hemmnisse erschwerten und verzögerten sodann den Abschluß.

Die Schrift verfolgt wiederum rechtstatsächliche Ziele. Eine systematische Darstellung des gesamten Nießbrauchsrechts ist keineswegs beabsichtigt. Doch reichen die Erörterungen naturgemäß stellenweise tief in die Dogmatik hinein. Dabei hat die veränderte Betrachtungsweise, wie ich hoffe, auch in dogmatischer Hinsicht mehrfach neue Ergebnisse gezeigt.

Im ganzen führt die Untersuchung zu dem Schluß, daß die Vorschriften des BGB. über den Nießbrauch größtenteils nur auf dem Papier stehen, und daß sich die wissenschaftliche Behandlung des Gegenstandes vielleicht noch weiter als das Gesetz von der Wirklichkeit entfernt hat. Was wir in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien über den Nießbrauch finden, ist zu einem sehr beträchtlichen Teile gegenstandslos und überflüssig, während die für das Leben wirklich wichtigen Dinge durchweg zu kurz kommen. Ein ähnliches Bild hat die im ersten Heft dieser Beiträge enthaltene Untersuchung des Kommissionsrechts gezeigt. Wie mir scheint, wird sich für die meisten Gebiete des Privatrechts der gleiche Nachweis führen lassen. Diese Erkenntnis zu begründen und zu verbreiten, tut gerade jetzt vor allem not. Nur die Erforschung der Rechtswirklichkeit kann dazu verhelfen, den ungeheuren Ballast, den die dogmatische Rechtslehre mit sich führt, endlich als solchen zu erkennen und seinem verdienten Schicksal zu überliefern. Solange dies nicht geschieht, wird die Privatrechtswissenschaft zu einer ungehemmten Entwicklung und zu der so dringend nötigen lebendigen Mitarbeit an den Aufgaben der deutschen Zukunft nicht gelangen können.

Berlin, im Juli 1919.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Erstes Kapitel.

Die tatsächlichen Grundlagen des Nießbrauchsrechts.

	Seite
§ 1. Vorbemerkung	1
Örtliche Differenzierung des Reichsrechts, Besonderheiten des rheinischen Rechtsgebiets S. 2. — Benennung des Nießbrauchs S. 3.	
§ 2. Versorgungsnießbrauch	4
I. Der testamentarische Nießbrauch des überlebenden Ehegatten am Nachlaß S. 4. — Römisches und deutsches Recht S. 5. — Stellung des BGB. und der heutigen Praxis S. 6. — Vermögensnießbrauch als Vorerbschaft S. 8. — Schuldrechtliche Deutung des Erbschaftsnießbrauchs S. 11.	
II. Nießbrauch an Hypotheken usw. zum Zwecke der Versorgung S. 12.	
III. Nießbrauch zur Ausstattung eines Verlobten S. 14.	
IV. Nießbrauch für juristische Personen S. 15.	
§ 3. Vorbehaltener Nießbrauch, insbesondere bei Gutsübergaben	16
I. Rheinisches Rechtsgebiet S. 16. — Verhältnis zum Altenteilsrecht S. 17.	
II. Sonstige Nießbrauchsvorbehalte, insbesondere bei Hypotheken S. 19.	
§ 4. Sicherungsnießbrauch	20
I. Zweck S. 20.	
II. Typische Merkmale S. 21. — Örtliche Verbreitung S. 23. — Charakter der einschlagenden Prozesse S. 24.	
III. Sicherungsnießbrauch am Vermögen S. 25.	
§ 5. Sonstige Nießbrauchsfälle	25
I. Nießbrauch bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern? S. 26. — Grundstücksnießbrauch zur Begründung des Hausbesitzerprivilegs S. 27.	
II. Nießbrauch zu Umgehungszwecken S. 27, zum Zwecke der Steuerersparnis S. 28, zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung S. 30.	
III. Sonstige Fälle S. 31.	
§ 6. Gegenstände des Nießbrauchs	32
I. Grundstücke und Eigenhäuser S. 32. — Ideelle Grundstückshälften S. 33. — Gesamtnießbrauch S. 34.	
II. Nießbrauch an Hypotheken S. 34. — An Forderungen und Wertpapieren S. 35. — An Patentrechten u. dergl. S. 35. — Am Vermögen S. 36.	
§ 7. Gemeinschaftlicher Nießbrauch	37
Geteilter Nießbrauch S. 37. — Nießbrauch zur gesamten Hand S. 38.	
§ 8. Ersatzformen für den Nießbrauch	39
I. Schuldrechtliche Nutzungsrechte S. 39. — Unterlassene Eintragung des Nießbrauchs S. 40.	
II. Uneigentlicher Nießbrauch S. 41. — Nießbrauch am Erwerbsgeschäft S. 42.	
III. Abtrennung des Zinsrechts von der Hauptforderung, insbesondere bei Hypotheken S. 44.	
§ 9. Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch auf andere Rechte	49
I. Anwendung auf die ehemännliche und elterliche Nutznießung S. 49.	
II. Auf das Wohnrecht S. 56. — Auf das Pfründenrecht S. 57. — Landnutzung der Lehrer S. 59.	

Zweites Kapitel.

Die Entwicklung der Rechtsprechung.

	Seite
§ 10. Vorbemerkung	60
Übersicht über das Folgende S. 60.	
§ 11. Der höchstpersönliche Charakter des Nießbrauchs in der Rechtsprechung	61
I. Entscheidungen über Abtretung und Pfändung des Nießbrauchs S. 61. — Die Pfändung der Ausübung bei Mietsgrundstücken im Verhältnis zur Pfändung der Mieten S. 64. — Dingliche Wirkung der Übertragung? S. 66. — Kritik der Rechtsprechung S. 66.	
II. Verknüpfung der Nießbrauchsdauer mit dem Dasein der Berech- tigten S. 68. — Nießbrauchsbanken? S. 68.	
§ 12. Kollision des Nießbrauchers mit Vollstreckungsgläu- bigern des Eigentümers	69
I. Nießbrauch als Verfügung im Sinne des § 1124 BGB.; Stellung der Praxis S. 70. — Kritik S. 71.	
II. Zwangsverwaltung des nießbrauchsbelasteten Grundstücks S. 75. — Pfändung der Mieten bei Bestehen des Nießbrauchs S. 77.	
§ 13. Der Sicherungsnießbrauch in der Rechtsprechung . . .	79
Entwicklung der Rechtsprechung S. 79. — Ergebnisse der Recht- sprechung und Notariatspraxis S. 80. — Anfechtbarkeit S. 82. — Mangelnde Dinglichkeit S. 83. — Bedenken gegen den Sicherungs- nießbrauch S. 84.	
§ 14. (Zusatz) Öffentliches Recht, insbesondere Kosten- und Steuerfragen	85
Gerichts- und Stempelkosten S. 85. — Einkommen- und Vermögens- steuer S. 86. — Baupolizeiliche Verfügungen S. 87.	

Drittes Kapitel.

Zur Kritik der §§ 1030—1089 BGB.

§ 15. Vorbemerkung	88
Die technischen Mängel des BGB. S. 88. — Notwendigkeit einer Kür- zung des Gesetzes S. 89. — Typus der Nießbrauchsprozesse S. 90. — Ersitzung des Nießbrauchs? S. 90.	
§ 16. Gegenentwurf zu den §§ 1030—1089 BGB. nebst Er- läuterungen	91
A. Gegenentwurf S. 91. — B. Erläuterungen S. 94; Dingliche Abänderungen des Nießbrauchs S. 94. — Gefährdung der Rechte des Eigentümers S. 94. — Nießbrauch am Landgut S. 95. — Kün- digungsrecht des Eigentümers S. 97. — Dauer des Nießbrauchs S. 98. — Vererblichkeit S. 99. — Nießbrauch an Rechten S. 100, an Wertpapieren S. 102, am Vermögen S. 104.	

Anhang.

§ 17. Die Antichrese	106
Stand der Frage S. 107. — Die Antichrese in Preußen während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts S. 107. — Weitere Entwick- lung im 19. Jahrhundert S. 109. — Die Groß-Berliner Antichrese in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts S. 110. — Wieder- einführung der Antichrese? S. 113.	

Abkürzungen.

AK. Breslau	== Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
AK. Naumburg	== Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
AHGB.	== Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
ALR.	== Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.
AppG.	== Appellationsgericht.
ArchBürgR.	== Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPrax.	== Archiv für zivilistische Praxis.
BadRspr.	== Badische Rechtspraxis.
BadVerwGH.	== Badischer Verwaltungsgerichtshof.
BayNotZtschr.	== Zeitschrift für das bayrische Notariat.
BayObLG.	== Bayrisches Oberstes Landesgericht.
BayRpflZ.	== Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BayVerwGH.	== Verwaltungsgerichtshof für Bayern.
DJZ.	== Deutsche Juristenzeitung.
ElsLothrJZ.	== Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ElsLothrNotZtschr.	== Notariatszeitschrift für Elsaß-Lothringen.
Gruchot	== Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
HansGZ.	== Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr.	== Hessische Rechtsprechung.
JherJahrb.	== Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.
JW.	== Juristische Wochenschrift.
KGBI.	== Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
LeipZ.	== Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mot.	== Motive zum ersten Entwurf des BGB.
ecklZ.	== Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
OAG.	== Ober-Appellationsgericht.
OT.	== Obertribunal.
OVGiStS.	== Oberverwaltungsgericht in Steuersachen.
OVG.	== Oberverwaltungsgericht (im Zweifel preuß.).
PosMschr.	== Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
Prot.	== Protokolle der zweiten Kommission zur Beratung des Entwurfs zum BGB.
PrVerwBl.	== Preußisches Verwaltungsblatt.
Recht	== Zeitschrift „Das Recht“.
RGRKommentar.	== Kommentar zum BGB., herausgeg. von Reichsgerichtsräten.
RheinNotZtschr.	== Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben von dem Verein für das Notariat in Rheinpreußen.
Rspr.	== Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Fakmann.
SächsAnn.	== Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsArch.	== Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht.
Seuff.	== Seufferts Archiv.
StrA.	== Striethorsts Archiv für Rechtsfälle des Obertribunals.
VVG.	== Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.
Warn. (Erg.)	== Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen des Reichsgerichts (Ergänzungsband).
WürttJahrb.	== Jahrbuch der Württembergischen Rechtspflege.
ZDNotV	== Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
ZKirchR.	== Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.

Zitierweise für Entscheidungen.

RG. (25. VI. 10) 74,215 = Entscheidungen des Reichsgerichts vom 25. Juni 1910, abgedruckt in „Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen“, Bd. 74, S. 215.

RG. 3. II. 99) JW. 602 = Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Februar 1899, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1899, S. 602.

Erstes Kapitel.

Die tatsächlichen Grundlagen des Nießbrauchrechts.

§ 1. Vorbemerkung.

Was bedeutet der Nießbrauch in Wirklichkeit für das deutsche Rechtsleben? Man sollte meinen, an einer Stelle müsse darüber jedenfalls Aufschluß zu erhalten sein: nämlich in der amtlichen Begründung der geltenden gesetzlichen Regelung des Nießbrauchs, vor allem in den Motiven zum ersten BGB.-Entwurf. Allein dieses umfängliche Erzeugnis der mühseligen Gelehrtenarbeit eines und eines halben Jahrzehnts sagt uns nicht ein Wort über das Wo und Weshalb des Nießbrauchs. Diese Dinge lagen den Mitgliedern der ersten Kommission vollständig fern. In den Protokollen der zweiten Kommission wird die Frage wenigstens gestreift. Sie enthalten die Bemerkung (S. 4100), ein rechtsgeschäftlich begründeter Nießbrauch komme im wesentlichen nur in zwei Fällen vor, als testamentarisch geordneter Nießbrauch zugunsten des überlebenden Ehegatten und als vertragsmäßiger Nießbrauch in der Form der Leibzucht bei Gutsübergaben. Diese Angaben werden in der Reichstagsdenkschrift zum Entwurf des BGB. S. 136 wiederholt. Damit ist das Tatsachenmaterial, das die Vorarbeiten zum BGB. in bezug auf den Nießbrauch liefern, erschöpft. Nicht etwa, daß der Nießbrauch besonders ungünstig behandelt worden wäre! Es fehlte den Mitgliedern der Kommission, zumal denen der ersten, durchaus an der lebendigen Einsicht, daß die Aufgaben einer deutschen Gesetzgebung sich nach der Wirklichkeit des deutschen Rechtslebens, nicht nach dem Stande einer weltabgeschiedenen Theorie bestimmen müßten. So ist die unvergleichliche Gelegenheit, mit Hilfe des amtlichen Apparats die grundlegenden Tatsachen des deutschen Rechtslebens im großen Zusammenhange klarzustellen, unwiderbringlich versäumt worden. Wollen wir nun heute ein Bild von der Wirklichkeit gewinnen, so sind wir, abgesehen von Privatauskünften, in erster Linie auf die amtlichen Entscheidungssammlungen angewiesen. In dieser Hinsicht stehen wir heute allerdings günstiger da als vor dreißig und selbst vor zwanzig Jahren. Das viel beklagte Überhandnehmen juristischer Kantönli-Blätter in der Zeit vor dem Kriege

hat der Wissenschaft wenigstens den einen Nutzen gebracht, daß ein ganz gewaltiges Entscheidungsmaterial aus allen Teilen unseres Vaterlandes zusammengetragen wurde, denn erfreulicherweise ist in den Zeitschriften fast durchweg der Hauptwert auf die Entscheidungen gelegt. Dabei ist es für den Nießbrauch, wie überhaupt für alle dem Liegenschaftsrecht angehörigen oder mitangehörigen Rechtsbildungen besonders vorteilhaft, daß ein nicht geringer Teil der Entscheidungen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zumal dem Grundbuchverkehr stammt; man erhält dadurch zuverlässige Belege nicht nur über die pathologischen, sondern auch über die physiologischen Erscheinungen des Rechtsverkehrs. Würdigt man nun die veröffentlichten Entscheidungen besonders daraufhin, ob die mitgeteilten Tatbestände typischen Charakter zeigen oder nicht, und zieht man ferner Auskünfte zuverlässiger Fachleute mit heran, so darf man hoffen, ein einigermaßen zutreffendes Bild von der Rechtswirklichkeit zu erhalten; bezüglich der besonders wichtigen Groß-Berliner Rechtszustände kam dem Verf. seine auf langjährigen Erfahrungen und Beobachtungen beruhenden Kenntnis der Verhältnisse zustatten.

Eine grundlegende Einsicht, zu der jede rechtstatsächliche Untersuchung immer wieder führen wird, und die auch in der vorliegenden Arbeit ihre Bestätigung findet, ist die von der örtlichen Differenzierung des formal einheitlichen Reichsrechts. Für den Nießbrauch ist am meisten charakteristisch seine ganz unverhältnismäßig starke Verbreitung im ehemals französischen, insbesondere elsäß-lothringischen Rechtsgebiet. Man kann mit einer gewissen Übertreibung sagen, daß die Lehre vom Nießbrauch für die Zeit vor dem Kriege zum großen Teil eine elsäß-lothringische Sondermaterie war. Diese Erscheinung erklärt sich aus Nachwirkungen des früheren Rechtszustandes. Der Code civil läßt dem Ehegatten, der Deszendenten oder Aszendenten hinterläßt, bekanntlich die letztwillige Verfügung nur hinsichtlich eines Teils des Vermögens (portion disponible, Freiteil), gestattet ihm aber doch, in einem gewissen Umfange den nichtdisponiblen Teil mit einem Nießbrauch zu belasten, insbesondere zugunsten des Ehegatten (Art. 1094)¹⁾. Mußten diese und andere²⁾ gesetzliche Bestimmungen gewissermaßen schon wegen ihres juristisch-technischen Inhalts der Verbreitung des Nießbrauchs förderlich sein, so wirkte vor allem in gleicher Richtung die aus dem Code civil in das Bewußtsein der Bevölkerung sich einsenkende Tendenz, das Familienvermögen den Blutsverwandten

¹⁾ Vgl. hierzu Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts (1895), IV, 305 ff.

²⁾ Vgl. Code civil art. 917/8.

zu erhalten und den überlebenden Ehegatten eben nur zum Zwecke seiner Versorgung, also in der Form des Nießbrauchs, am eigenen Vermögen teilnehmen zu lassen. Unter dem 30. September 1903 sagt das Oberlandesgericht Colmar (ElsLothrJZ. 1904, 290), es sei „in Elsaß-Lothringen eine in allen Gesellschaftskreisen fast ausnahmslos geübte Sitte, daß Eheleute das von ihnen ererbte Vermögen ihren Blutsverwandten der Substanz nach erhalten und dem Ehegatten regelmäßig nur die Nutznießung zuwenden“. Aber auch unter Lebenden wurde dem elsäß-lothringischen Gatten häufig der Nießbrauch bestellt¹⁾. Auf diese Verhältnisse ist es zurückzuführen, daß bei der Beratung des BGB.-Entwurfs der Regelung des Nießbrauchs von elsäß-lothringischer Seite ein so besonderes Interesse entgegengebracht wurde; außer der Landesregierung traten der dortige Landwirtschaftsrat und Bauernvereine mit Abänderungsvorschlägen und Zustimmungserklärungen hervor²⁾. Die Sonderstellung Elsaß-Lothringens macht sich um so mehr bemerkbar, als der Nießbrauch in anderen Landesteilen, z. B. im benachbarten Württemberg, anscheinend so gut wie unbekannt ist³⁾.

Die Bezeichnung des Nießbrauchs im Rechtsleben ist nicht einheitlich, ebensowenig wie übrigens in der neueren deutschen Gesetzessprache. Das schweizerische Zivilgesetzbuch sagt „Nutznießung“, das österreichische ABG. „Fruchtnießung“, und dem ALR. und dem Kgl. Sächs. BGB. ist wenigstens die dem deutschen BGB. eigentümliche Unterscheidung von Nießbrauch und Nutznießung unbekannt. Der heutige deutsche Verkehr sieht in letzterer Hinsicht gleichfalls von einer scharfen Unterscheidung ab; man spricht von „Nutznießung“ statt „Nießbrauch“ und wohl noch häufiger von „Nießbrauch“ statt „Nutznießung“. Daneben finden sich besonders beim Nießbrauch an einer Hypothek Wendungen wie „Zinsgenuß“ (Zinsgenußrecht) u. dgl.⁴⁾. Immerhin ist, wie mir scheint, jedenfalls im norddeutschen Rechtsleben die gesetzliche Bezeichnung die ganz überwiegend gebräuchliche. Natürlich erbringt ihre Anwendung ebensowenig einen unbedingten Beweis für das Vorliegen eines wirk-

¹⁾ Vgl. unten S. 12, 33.

²⁾ Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. gefertigt im Reichsjustizamt III (1890), 246, 248, 249, 256, 260; (1891) VI, 571 f.; Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen, desgl. II (1891), 104 ff.

³⁾ Die württembergischen Entscheidungssammlungen (Jahrbücher der württ. Rechtspflege, Zeitschr. für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in W.) enthalten vom Nießbrauch kaum eine Spur (abgesehen von der für Württemberg statutarischen Nutznießung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des Verstorbenen). Vgl. auch Segall, ArchBürgR. 32, 429.

⁴⁾ Vgl. KG (29. IX. 08) Rspr. 18, 335; KG. (14. XI. 10) Jahrb. 40 A 275.

lichen Nießbrauchs wie der Gebrauch einer anderen Wendung einen Beweisgrund für die gegenteilige Annahme abgibt.

Unter den Anwendungsformen des Nießbrauchs kann man, abgesehen von einigen noch zu erwähnenden Spielarten, drei Hauptformen unterscheiden, von denen aber die beiden ersten ineinander übergehen, nämlich 1. den Nießbrauch zu Versorgungszwecken (Versorgungsnießbrauch), der regelmäßig auf letztwilliger Anordnung beruht, 2. den bei der Eigentumsübertragung vorbehaltenen Nießbrauch, wie er besonders in bauerlichen Gutsübergabeverträgen vorkommt, und 3. den Nießbrauch zur Sicherung einer Forderung (Sicherungsnießbrauch). Die vorstehende Reihenfolge soll nichts über die tatsächliche Bedeutung der drei Formen aussagen; sie ergibt sich von selbst, wenn man, von dem gesetzlichen Idealtypus des Nießbrauchs ausgehend, von den ihm nächststehenden zu den entfernteren Formen fortschreitet.

§ 2. Versorgungsnießbrauch.

Der Versorgungsnießbrauch, d. h. also derjenige, der zur Versorgung des Berechtigten bestimmt ist, war bekanntlich schon der maßgebende und sogar der alleinige Typus des römisch-gemeinen Rechts. Er bildete daher für die Verfasser des BGB. die gegebene Grundlage der gesetzlichen Regelung.

I. Der Versorgungsnießbrauch ist auf deutschem Boden — nicht etwa nur im rheinischen Gebiet — von alters her in einer bestimmten Form verbreitet gewesen, nämlich, wie die Protokolle ganz richtig hervorheben, als testamentarisch angeordneter Nießbrauch zugunsten des überlebenden Ehegatten (im rheinischen Rechtsgebiete erfolgt die Anordnung auch durch Erbvertrag¹⁾). Zahlreiche Entscheidungen des 19. Jahrhunderts, besonders aus Seufferts Archiv²⁾, bestätigen dies. Der Nießbrauch wird dem überlebenden Ehegatten gewöhnlich am ganzen Nachlaß oder einem Bruchteil bestellt, in ländlichen Verhältnissen zuweilen am Gute des Erblassers, was wirtschaftlich vielfach auf dasselbe hinauskommen dürfte. Regelmäßig

¹⁾ So bringt die Entsch. des RG. (4. III. 09) JW. 1909, 220 — Karlsruhe — die folgende offenbar typische Klausel eines (Ehe- und) Erbvertrages aus dem Jahre 1864: „Sollte diese Ehe kinderlos aufgelöst werden, so erhält der überlebende der beiden Ehegatten den ganzen Vermögensnachlaß des Vorabversterbenden zur lebenslänglichen kautionsfreien Nutznießung“.

²⁾ Nur beispielsweise sei hier hingewiesen auf OAG. Jena (9. IV. 40) Seuff. 4, 330; OAG. Celle (3. XI. 43) Seuff. 11, 249; (5. X. 64) Seuff. 19, 278; (13. X. 66) Seuff. 20, 348; OAG. Rostock (3. V. 89) Seuff. 47, 302; ferner RG. (5. IV. 82) 6, 208 (Frankfurt, gem. Recht); (19. XII. 83) 10, 264 (Naumburg, preuß. Recht); (11. V. 86) 16, 110 (Celle, gem. Recht) usf.

verbunden ist der Nießbrauch mit dem Rechte der freien Verfügung über die Nachlaßstücke („Dispositionsnißbrauch“ im Sinne Kohlers) und mit anderen Erleichterungen, z. B. mit ausdrücklicher Befreiung von der Kautionspflicht¹⁾. Erben sind gewöhnlich die Kinder, gelegentlich auch Stiftungen, wissenschaftliche Anstalten u. dgl. Lebt beim Tode der Ehegatte des Erblassers nicht mehr, so wird der Nießbrauch bisweilen einem Kinde zugewendet, während als Erben andere Kinder oder Geschwister des Erblassers eingesetzt werden. In der Praxis war es hauptsächlich eine Frage, die den Gerichten Zweifel verursachte, nämlich ob der Nutznießer die *cautio usufructuaria* leisten müsse. Das römische Recht hatte nicht einmal den testamentarischen Erlaß der *cautio usufructuaria* gestatten wollen²⁾, allein die deutsche Praxis ging ihre eigenen Wege, sie nahm bei dem Erbschaftsnießbrauch des überlebenden Ehegatten und übrigens auch bei dem Nießbrauch, den sich der Eigentümer bei Verschenkung seines Grundbesitzes vorbehält, d. h. gerade in den wichtigsten Nießbrauchfällen ein derogierendes deutsches Gewohnheitsrecht an⁵⁾.

Das Gesamtbild, das diese ältere Art des Nießbrauchs darbietet, ist von dem rein römischen Typus des Nießbrauchs wesentlich verschieden. Die römischen Juristen gingen durchaus von dem Nießbrauch an einzelnen Gegenständen, namentlich an Villen, Sklaven, Grundstücken aus; der *usufructus omnium rerum*⁴⁾ tritt in den Quellen ganz zurück und wird lediglich als Summe der Einzel-Nießbräuche aufgefaßt, nicht aber auf das Vermögen als Ganzes bezogen; von einer Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers ist nicht die Rede, im Gegenteil geht das Bemühen der Juristen vor allem dahin, den Eigentümer gegen mißbräuchliche Ausübung des Nießbrauchs zu sichern, weshalb die *cautio usufructuaria* im System des römischen Nießbrauchsrechts einen so wesentlichen Bestandteil bildet. Die ganze Auffassung des Verhältnisses ist bei den Römern durchaus nüchtern, der Gesichtspunkt des gegenseitigen Vertrauens der Parteien wird nicht in Betracht gezogen. Dies ist bei dem deutschen Nießbrauch, der auf dem Rechtsboden der Familie erwachsen ist, ganz anders. Er ist nicht ein römischer Nießbrauch, sondern eine Leibzucht oder, wenn man will, ein testamentarisch ausbedungener Beisitz in römischem Gewande.

¹⁾ Z. B. OT. (21. XI. 66) 57, 96; OAG. Rostock (17. II. 66) Seuff. 24, 453 (Erbpachtgehöf) und oben S. 4 Anm. 1.

²⁾ l. 6 prD. ut in poss. 36, 4; c. 7 C. eod. tit. 6, 54.

³⁾ Vgl. OAG. Jena (10. XII. 41) Seuff. 9, 259; OAG. München (17. X. 65) Seuff. 20, 79; OAG. Celle (5. X. 64) Seuff. 19, 278; AppG. Celle (21. IX. 75) Seuff. 31, 271; RG. (20. I. 85) 13, 170 ff.; Dernburg, Pandekten I § 248 II.

⁴⁾ Über ihn Simon, Der Vermögensnißbrauch nach röm. Rechte. Rost. Inaug.-Diss. 1903.

Das BGB. versucht, den Weg zum reinen römischen Recht zurückzufinden. Der Nießbrauch an einer Erbschaft ist in einen Anhang zum Anhang verwiesen, nämlich in den letzten zusätzlichen Paragraphen des Abschnitts „Nießbrauch an einem Vermögen“ (§§ 1085 bis 1089). Die §§ 1085—1088 haben auf ihn „entsprechende Anwendung“ zu finden. Für den unvermeidlichen Wegfall der cautio usufructuaria soll ein überängstlich ausgestaltetes Legalschuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer Ersatz schaffen. Eine Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers ist — abgesehen von dem unpraktischen Sonderfall des § 1048 — ausgeschlossen. Ein Erblasser ist auch nicht etwa auf Grund der allgemeinen Grundsätze des BGB. in der Lage, das Vermächtnis des Nießbrauchs durch letztwillige Zuwendung der Verfügungsbefugnis zu verstärken, im Gegenteil. Eine dingliche Loslösung der Verfügungsbefugnis vom Eigentum verbietet sich von vornherein, denn sie würde dem § 137 BGB. und dem Grundsatz von der Geschlossenheit der Sachenrechte zuwiderlaufen¹⁾. Man könnte vielleicht eine schuldrechtliche Gestaltung nach dem Vorbilde des Kommissionsrechts für zulässig halten, etwa derart, daß der Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber schuldrechtlich befugt wäre, über den Nießbrauchsgegenstand zu verfügen; das Vermächtnis der Verfügungsbefugnis würde dann also dahin gehen, daß der Erbe verpflichtet wäre, dem Bedachten nicht nur den Nießbrauch, sondern auch die schuldrechtliche Verfügungsbefugnis zu verschaffen, § 2174 BGB. Indessen wäre auch bei diesem Verfahren der Rahmen des Nießbrauchs gesprengt. Denn der wahre Wille der Parteien wäre trotz der schuldrechtlichen Verkleidung dahin zu bestimmen, daß der Berechtigte hinsichtlich der Sache sämtliche Befugnisse eines Eigentümers haben solle; und hiervon abgesehen stände die Zuwendung der freien Veräußerungsbefugnis über die ganze Erbschaft in Widerspruch mit dem gesetzlichen System der Nachlaßordnung, demzufolge eine solche Befugnis nur in der die Interessen der Erben berücksichtigenden Form der Testamentsvollstreckerschaft begründet werden kann. Darüber besteht in der Praxis, wenigstens dem Ergebnisse nach, kein Streit²⁾.

Damit ist nun aber auch der Nießbrauch im Verhältnis der Ehegatten fast unbrauchbar geworden. Die Absicht des heutigen deutschen Ehegatten geht vor allem dahin, dem überlebenden Teil eine würdige, von den Kindern unabhängige Stellung zu verschaffen.

¹⁾ KG. (25. V. 05) 30 A 96; (19. IV. 09) 38 A 127; Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (1912) 59 ff.

²⁾ RG. (11. XII. 07) Recht 1908 Nr. 533; KG. (6. VII. 05) 30 A 96; OLG. Darmstadt (28. III. 03) HessRspr. 1904, 130 und dort zitierte ältere Entscheidungen; OLG. Darmstadt (14. III. 13) HessRspr. 1913, 125.

Daher wird sogar die Vorerbschaft zugunsten des Ehegatten durchweg als befreite angeordnet, und selbst das genügt noch nicht; mehr und mehr bürgert sich die Sitte ein, den überlebenden Gatten zum alleinigen Erben und die Kinder nur zu Erben des Überlebenden zu berufen. Diese Entwicklung ist besonders dadurch gefördert worden, daß das RG. die Eintragung grundbuchlicher Verfügungen des befreiten Vorerben von dem Nachweis abhängig macht, daß die Nacherben die Verfügung genehmigt oder ihre Entgeltlichkeit anerkannt haben¹⁾. Man empfindet dies als unerwünschte und unnötige Belästigung des überlebenden Ehegatten. Der Gedanke vollends, daß den Kindern oder dem für sie bestellten Pfleger die mit dem Eigentum verbundene Verfügungsbefugnis allein zustehen soll, läuft den heutigen Anschauungen und Bedürfnissen vollkommen zuwider. Überdies kann es zur Beliebtheit des Erbschaftsnießbrauchs nicht beitragen, daß der Erbschaftsnießbraucher nach den §§ 1089, 1088 BGB. für die Verzinsung der Nachlassschulden schärfer als der Erbe, nämlich persönlich über die Mittel des Nachlasses hinaus haften soll.

Unter diesen Umständen wird der heutige deutsche Erblasser, wenn er über die Rechtslage zutreffend belehrt ist, im allgemeinen nicht daran denken, den Gatten nur zum Nießbraucher einzusetzen. Es fehlt aber anscheinend noch vielfach an der nötigen Aufklärung. Die Erklärung liegt darin, daß es sich hier um Fragen handelt, die im Gesetz keine ausdrückliche Entscheidung gefunden haben und trotz ihrer großen Bedeutung im Schrifttum einschließlich der Kommentare sehr wenig erörtert worden sind²⁾. Daher besteht auch unter den juristischen Praktikern offenbar nicht überall die erforderliche Klarheit; die älteren Formulare, die dem Ehegatten „Nutznießung und freie Verwaltung“ („Verfügung“) einräumen, werden nach wie vor weiter verwendet, und so konnte das OLG. Darmstadt in einer Entscheidung vom 14. März 1913 (Hess. Rspr. 1913, 125) feststellen, daß der aus der gemeinrechtlichen Zeit stammende, auf letztwilliger Verfügung beruhende Dispositionsnießbrauch der überlebenden Witwe auch unter der Herrschaft des BGB. in Hessen „vielfach üblich“ sei. Die Stellung, die das OLG. zu dieser Erscheinung einnimmt, ist eine ziemlich ungünstige, denn es erklärt die Zuwendung der Verfügungsbefugnis für unwirksam und erhält die Zuwendung des Nießbrauchsrechts als solche aufrecht, verwirft also die Annahme einer Vorerbschaft³⁾. Damit ist aber der Wille

¹⁾ RG. (12. VII. 05) 61, 228 ff.; (23. III. 07) 65, 214 ff.

²⁾ Der in der Praxis führende Kommentar von Staudinger-Herzfelder versagt in dieser Frage z. B. völlig; er bringt nur (in Anm. 2 zu § 2100) einen kurzen, unbestimmten Hinweis auf die Frage.

³⁾ Von dem gleichen Standpunkt scheint das OLG. Cassel (17. XII. 06) .Recht 1907 Nr. 469 auszugehen.

des Erblassers verkannt und den Beteiligten ein schlechter Dienst erwiesen. Vielmehr ist es im Sinne des BGB. offenbar geboten, die letztwillige Verfügung ihrem wesentlichen Inhalt nach tunlichst aufrechtzuerhalten und demgemäß die Zuwendung des Dispositionsnießbrauchs am ganzen Vermögen als Berufung zur Vorerbschaft zu deuten, wie dies vom Boden des ALR. aus bereits die preußische Praxis in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts getan hatte¹⁾. Das kann denn auch in Rechtsprechung²⁾ und Schrifttum³⁾ heute als die bei weitem vorherrschende Meinung gelten. Insbesondere hat sich das RG. in den Urteilen vom 16. Januar 1911 und 31. Januar 1918 zu ihr bekannt⁴⁾, in dem ersteren unter Aufhebung eines Urteils des OLG. Darmstadt (das sich aber, nach der erwähnten Entscheidung vom 14. März 1913 zu schließen, hierdurch von seiner Praxis anscheinend nicht hat abbringen lassen). Mit Recht wird dabei vom RG. die Annahme des Vorliegens einer Vorerbschaft nicht unbedingt an die testamentarische Zuwendung einer Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geknüpft⁵⁾, es wird auch kein Hindernis für jene Annahme darin erblickt, daß dem Bedachten die „Verfügung über die Substanz des Nachlasses“ ausdrücklich entzogen ist⁶⁾; entscheidend ist, ob sich die Stellung des Bedachten bei freier Würdigung des Willens des Erblassers im ganzen als die eines Erben darstellt. Einen etwas abweichenden Standpunkt nimmt das KG. ein. Obschon das KG. grundsätzlich auf dem Boden der herrschenden Meinung steht, faßt es in gewissen Fällen die Zuwendung der Verfügungsbefugnis über den Nachlaß als Berufung zur Testamentsvollstreckung auf; der gleichzeitig zugewendete Nießbrauch soll dann als solcher aufrechterhalten bleiben, der Bedachte (die Witwe) ist mithin Nießbraucherin und Testamentsvollstreckerin zugleich. Im „Jahrbuch für Entscheidungen des KG.“ sind zwei solcher Fälle mitgeteilt. Aber die Entscheidungen beruhen m. E. auf einer künstlichen und unhaltbaren Deutung des Sachverhalts, und es liegen auch hier nichts weiter als Vorerbschaften vor.

¹⁾ Vgl. OT. (11. VI. 66) Str. A 63, 218; Löwenstern, Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft (Marb. Inaug.-Diss. 1913) S. 4, Anm. 11.

²⁾ Außer den RG.-Entscheidungen (Anm. 4) vgl. KG. (9. III. 08) Rspr. 18, 330; (21. I. 09) Rspr. 18, 337; (19. IV. 09) Jahrb. 38 A 124 (Berlin); OLG. Colmar (3. II. 10) ElsLothrJZ. 1911, 201ff.; (3. VIII. 11) ebenda 1911, 597; (16. II. 11) ebenda 617 (anders noch unter Nachwirkung des französischen Rechts die Entsch. v. 30. IX. 03 ElsLothrJZ. 1904, 240); vgl. auch OLG. Rostock (11. II. 15) Rspr. 34, 283. Siehe andererseits KG. (24. X. 07) Rspr. 16, 70.

³⁾ Aus diesem vgl. Leonhard, Erbrecht III zu § 2180, Best. Hess. Rspr. 1901, 78; Erdmann, ArchZivPrax. 94, 297ff.; Bauer, DJZ. 1901, 205.

⁴⁾ JW. 1911, 283 (Darmstadt); 1918, 434 (Düsseldorf).

⁵⁾ Wie es die in Anm. 2 zitierten Entsch. des OLG. Colmar vom 3. II. 10 und 16. II. 11 tun.

⁶⁾ JW. 1918, 434.

In dem einen Falle¹⁾ war der Witwe „der Nießbrauch und die freie Verwaltung des Nachlasses“ mit allen Befugnissen vermacht worden, die nach dem westfälischen Gütergemeinschaftsgesetze vom 16. April 1860 der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft hat. § 10 dieses Gesetzes gewährt dem überlebenden Gatten nicht nur den Nießbrauch des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens, sondern auch die Verwaltung und Verfügung darüber in demselben Umfange, wie sie dem Manne während der Ehe zustehen; die Witwe ist deshalb (§ 3 des Gesetzes) berechtigt, selbständig über die zum Vermögen gehörigen Gegenstände durch lästige Verträge zu verfügen, insbesondere auch Grundstücke und Gerechtigkeiten zu veräußern und zu verpfänden, sowie Kapitalien, die auf den Namen der Frau, ihres Erblassers oder Geschenkgebers oder auf den Namen beider Eheleute geschrieben sind, aufzukündigen und einzuziehen. Daß nun vom Standpunkt des BGB. einer solchen Gestaltung des Verhältnisses allein die Annahme der Vorerbschaft entspricht, scheint mir auf der Hand zu liegen. Das KG. führt zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung — es handelt sich um eine Grundbuchsache — lediglich aus, es sei in dem zur Entscheidung stehenden Falle nach dem für den Grundbuchrichter maßgebenden Erbschein anzunehmen, daß der Witwe durch das Testament eine Verfügungsbefugnis im fremden Interesse erteilt sei, denn die Kinder seien nach dem Erbschein die ausschließlichen Erben und mithin die alleinigen Eigentümer des Nachlasses. Wenn also nach dem wahren Inhalt des Erbscheins die Witwe neben dem Nießbrauch auch die Verwaltung und Verfügungsbefugnis habe, so könne dies nur so aufgefaßt werden, daß der Witwe die Berechtigung zur Verfügung für die Erben zustehen solle, das eben sei Testamentsvollstreckerschaft. Das KG. geht also mit Rücksicht auf § 36 GBO. von dem Inhalte des Erbscheins als von einer unabänderlich gegebenen Voraussetzung aus²⁾ und gelangt lediglich durch die Auslegung des Erbscheins zu seinem auffallenden Ergebnis. Es erscheint nun mehr als zweifelhaft, ob die Auffassung des Kammergerichts von der Verfügungsbefugnis „in fremdem Interesse“ auch nur durch den mitgeteilten Inhalt des Erbscheins gerechtfertigt wird. Man wird im Gegenteil annehmen dürfen, daß der Erbschein schon mit Rücksicht auf seinen widerspruchsvollen Inhalt vom Grundbuchrichter als unrichtig hätte behandelt werden müssen. Daß die Verfügungsbefugnis „im fremden Interesse“ keineswegs gegen die Annahme einer Vorerbschaft spricht, ist jetzt auch vom RG.³⁾

¹⁾ KG. (25. V. 05) 30 A 92 (Duisburg).

²⁾ Vgl. hierzu Gütke, GBO.³ Anm. 17 zu § 36.

³⁾ In den oben S. 8 Anm. 4 angeführten Entscheidungen.

wiederholt anerkannt worden. Doch mag dies hier auf sich beruhen bleiben. Für uns kommt es nur darauf an, daß die im Erbschein niedergelegte Auffassung des Nachlaßrichters für die wissenschaftliche Beurteilung des streitigen Erbverhältnisses natürlich nicht maßgebend sein kann. Alle sachlichen Merkmale weisen aber, wie gezeigt, auf die Annahme einer Vorerbschaft hin.

Ähnlich liegt der Fall KG. (9. VI. 06) Jahrb. 32 A 88. Hier hatte der Erblasser ursprünglich Frau und Kinder zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt, in einem Nachtrage aber bestimmt, der Nachlaß solle bis zur Volljährigkeit des jüngsten Kindes ungeteilt im Nießbrauch und in der Verwaltung der Frau bleiben; im übrigen solle es bei dem ursprünglichen Testament sein Bewenden behalten. Das KG. findet hier ein Hindernis, die Witwe als Vorerbin aufzufassen, in ihrer durch den Testamentsnachtrag nicht beseitigten Gleichstellung mit den Kindern. Aber dieses Hindernis besteht m. E. nicht. Nacherbfall braucht nicht der Tod des Vorerben zu sein; oft ist es bekanntlich die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Es ist kein Bedenken, im vorliegenden Falle die Erreichung der Volljährigkeit durch das jüngste Kind als Nacherbfall anzusehen. Die Witwe wäre dann bis zum Nacherbfall Vorerbin, von da an Nacherbin (zu einem Teile). In dieser Annahme liegt nichts Unmögliches oder auch nur Ungewöhnliches, sie widerspricht auch keineswegs der nach dem Testament erforderlichen Gleichstellung der Witwe mit den Kindern, denn die Gleichstellung soll doch erst mit der Volljährigkeit des jüngsten Kindes beginnen. Auf diese Weise allein kommt man zu einer einfachen und natürlichen Lösung. Bezeichnend ist, daß weder die Witwe (bzw. ihr Rechtsbeistand) noch die Vorinstanzen auf den Gedanken gekommen waren, eine Testamentsvollstreckerschaft könne vorliegen. Eben deshalb hat das KG. die von der Witwe beantragte Umschreibung einer Nachlaßhypothek trotz der angeblichen Testamentsvollstreckerschaft der Witwe schließlich doch ablehnen müssen; denn die Witwe hatte begreiflicherweise nicht daran gedacht, dem Nachlaßgericht gegenüber gemäß § 2201 II BGB. das Amt des Testamentsvollstreckers anzunehmen; sie war daher nicht in der Lage, ein Testamentsvollstreckerzeugnis beizubringen (vgl. § 2368 BGB., 36 II GBO.). Unannehmbar ist auch der vom KG. folgerecht gezogene Schluß, daß die vor der Annahme des Amtes von der Witwe vorgenommenen Handlungen für den Nachlaß als unwirksam zu erachten seien. Das steht mit dem offenbaren Willen des Erblassers im Widerspruch. Weder soll die Witwe in einem Falle der vorliegenden Art erst durch das Gericht zur Verwalterin eingesetzt werden, noch sollen der Beginn des Nutzungs- und der

des Verwaltungsrechts auseinanderfallen¹⁾). Die Entscheidung muß deshalb auch in ihren praktischen Folgen als arg verfehlt bezeichnet werden. —

Selbst wenn sich aber im einzelnen Falle der Erbschaftsnießbrauch nicht als Vorerbschaft auffassen läßt — etwa bei gänzlichem Fehlen von Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen des Bedachten —, so braucht darum noch nicht notwendig ein echter Nießbrauch vorzuliegen. Es kann auch ein schuldrechtliches Verhältnis des Inhalts gewollt sein, daß der Bedachte von dem Erben die Erträge des Nachlasses verlangen kann. Eine solche Deutung wird besonders da am Platze sein, wo der angebliche Nießbraucher nur einen Teil dieser Erträge beziehen soll. So hatte das OVG. (10. IV. 18) PrVerwBl. 39, 529 sich mit einem Falle zu beschäftigen, in welchem der Erblasser seine Kinder zu Erben eingesetzt, seiner Ehefrau aber den Nießbrauch an einem „Viertel des Nachlasses“ vermacht hatte. In solchem Falle wäre es eine überaus künstliche, ja praktisch kaum durchführbare Konstruktion, einen echten Vermögens-(Erbschafts-) Nießbrauch anzunehmen, da die Erben dann hinsichtlich jedes einzelnen Nachlaßgegenstandes der Witwe den Nießbrauch zu je einem Viertel bestellen müßten (§§ 1085, 1089 BGB.). Man wird vielmehr den Willen des Erblassers in solchem Falle dahin verstehen müssen, daß die Ehefrau lediglich als Gläubigerin die Einkünfte des Nachlasses zu einem Viertel erhalten soll²⁾).

Sieht man nun von diesen immerhin seltenen Fällen schuldrechtlicher Art ab, so kann man zusammenfassend sagen, daß die noch vorkommenden Erbschaftsnießbräuche, insbesondere die des überlebenden Ehegatten, sich vom Standpunkte des BGB. aus bei näherer Prüfung wohl ganz überwiegend als Vorerbschaften herausstellen dürften³⁾, und daß auch die Verwendung des Ausdrucks

¹⁾ Anders liegt der Fall OLG. Stuttgart (11. XII. 12) Württ. Jahrb. 25, 26. Hier hatte die Witwe, die mit ihrem Mann in landesrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft gelebt hatte, an dem Erbeil der Kinder das gesetzliche Recht der statutarischen Nutznießung. Außerdem hatte ihr der Erblasser das unbeschränkte Verwaltungs- und Veräußerungsrecht zugebilligt. Wenn diese Bestimmung als Einsetzung einer Testamentsvollstreckerschaft gedeutet wurde, so ist dies damit zu rechtfertigen, daß die gesetzliche Grundlage der statutarischen Nutznießung feststand und von dieser Grundlage aus die testamentarische Bestimmung allerdings in anderer Weise nicht aufrechtzuerhalten war.

²⁾ Falls nicht etwa aus andern nicht mitgeteilten Bestimmungen des Testaments sich ergeben sollte, daß der Ehefrau die Stellung einer Erbin zugedacht war. Nach dem vom OVG. mitgeteilten Tatbestand sah der Zensit sie als Erbin an. — Anerkannt ist das Vorliegen eines schuldrechtlichen Verhältnisses in dem Falle des OLG. (27. V. 87) SächsAnn. 9, 131. Dagegen hat dasselbe Gericht in der Entscheidung vom 30. XII. 96 SächsAnn. 19, 43 das lebenslängliche Vermächtnis des Erträge eines Nachlasses als einen „beschränkten Nießbrauch“ im Sinne des § 627 SächsBGB. aufgefaßt.

³⁾ Bei gewissen Entscheidungen, so KG. (15. II. 06) 32 A 86 und KG.

„Nießbrauch“ für die Vorerbschaft mit der Einbürgerung der neuen Formulare mehr und mehr verschwinden wird. Der Einblick in die wirkliche Lage wird nur dadurch erschwert, daß die herrschende und richtige Auffassung des angeblichen Verwaltungsnießbrauchs sich noch nicht überall durchgesetzt hat, und daß vor allem die Beteiligten selbst naturgemäß von den hier erörterten Rechtsfragen nicht das Geringste wissen und unbefangen ihre rechtlichen Beziehungen auf der Grundlage des Testamentwortlauts im Sinne des Nießbrauchs behandeln. Hoch ist jedoch die Bedeutung dieses stets an erster Stelle aufgeführten Nießbrauchstypus keinesfalls mehr zu veranschlagen.

II. Versorgungszwecken dient zum großen Teil auch der in den Entscheidungen häufig auftretende Nießbrauch an einzelnen Gegenständen, insbesondere an Grundstücken und Hypotheken (unten § 5). Zum Teil handelt es sich hier sicherlich um Folgeerscheinungen von Erbschaftsnießbräuchen oder von irrtümlich als Nießbrauch angesehenen Vorerbschaften (§§ 1089, 1085 Satz 1)¹⁾; zum anderen Teil stammen diese Einzelnießbräuche aus Erbauseinandersetzungen. Letztere können Gelegenheit bieten, Nießbrauchsrechte zu begründen, die letztwillig nicht vorgesehen sind²⁾, wie denn schon die Römer das *iudicium familiae erciscundae* und *communi dividundo* als Entstehungsgrund des Nießbrauchs nennen³⁾. Vor allem kann der Nießbrauch an einem einzelnen Gegenstande auch auf Vermächtnis beruhen. Besonders Hypotheken sind dafür geeignet. Hierin und nicht in dem erbschaftlichen Verwaltungsnießbrauch der Witwe dürfte für die Gegenwart der Schwerpunkt des testamentarischen Nießbrauchs zu finden sein. Leider sind in dieser Hinsicht die Tatbestände der veröffentlichten Entscheidungen⁴⁾ nicht so genau mitgeteilt, daß sichere Feststellungen möglich wären.

Als Besonderheit des französisch-rheinischen Rechtsgebietes tritt an dieser Stelle das Rechtsgeschäft unter Lebenden als Grundlage für den Nießbrauch des Ehegatten auf⁵⁾. Einer dieser Fälle, den das OLG. Colmar in der Entscheidung vom 28. X. 07 Rspr. 15, 410 behandelt, verdient nähere Betrachtung. Hier hatten die in Fahrgemeinschaft lebenden Gatten ein Grundstück derart erworben, daß das nackte Eigentum in das Gesamtgut fiel, der vom Veräußerer

(24. X. 07) Rspr. 16, 70 ist der Inhalt des Testaments nicht genau genug mitgeteilt, um eine Beurteilung zu gestatten.

¹⁾ Ein charakteristisches Beispiel ist KG. (18. III. 15) 48 A 212.

²⁾ Vgl. z. B. RG. (16. X. 12) 80, 229 (Berlin); LG. Frankfurt a. O. (26. IX. 07) KGBl. 113; OVG. (1. XI. 14) 69, 10.

³⁾ I. 6 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ Unten § 4.

⁵⁾ RG. (aus dem Jahre 1884) JW. 1884, 317⁶⁹; OLG. Colmar (22. III. 09) ElsLothrJZ. 1910, 33 (Schenkung). Wegen des Erbvertrages oben S. 4.

gleichzeitig bestellte Nießbrauch aber beiden Ehegatten persönlich zustehen sollte. Der beabsichtigte Rechtserfolg wurde von dem OLG. darin gefunden, daß der Ertrag des Grundstücks nicht in das Gesamtgut fallen, sondern eingebrachtes Gut gemäß §§ 1552, 1059, 1524 BGB. werden solle, wobei sich das Innenverhältnis der Gatten nach den §§ 1060, 1024 BGB. bestimme; gleichzeitig werde beim Tode des einen Gatten dem Überlebenden der Nießbrauch auf Lebenszeit gesichert. Das OLG. setzt hinzu: „Sind hiernach sowohl der wirtschaftliche Zweck wie auch die von den Beteiligten dazu gewählte Rechtsform gesetzlich zulässig, so darf die juristische Konstruktion nicht im Wege stehen. Erst wird der Nießbrauch bestellt und dann das so belastete nackte Eigentum aufgelassen. Bei gleichzeitiger Beurkundung beider Rechtsübertragungen ist ein Vorbehalt stillschweigend miterklärt, daß die Eigentumsänderung nicht ohne die Nießbrauchsbestellung eingetragen werden soll.“ Durch diese Ausführungen des OLG. ist der Fall zum mindesten wirtschaftlich nicht klarer geworden. Denn ob die Früchte in das Gesamtgut fallen oder den Gatten auf Grund gemeinschaftlichen Nießbrauchs gemeinschaftlich gehören, kommt praktisch im ganzen auf dasselbe hinaus. An eine Trennung der Erträge und eine Auseinandersetzung der (bäuerlichen) Gatten nach den Vorschriften des BGB., wie sie sich das OLG. vorstellt, ist ernstlich nicht zu denken. Die ebenso einfache wie einleuchtende Erklärung des Falles erhielt ich durch Herrn Geh. Justizrat Keller-Straßburg, den verdienstvollen Herausgeber der elsäß-lothringischen Notariatszeitschrift: Die in der Entscheidung beschriebene Rechtsform war mit Rücksicht auf das elsäß-lothringische Erbschaftssteuergesetz gewählt worden, das den Erwerb von Todes wegen unter Ehegatten mit einer Steuer von 3⁰/₀ des Werts belegt. Das gilt auch von dem Nießbrauch, den ein Gatte dem andern testamentarisch oder sonst unentgeltlich zuwendet. Der eingeschlagene Weg soll diese Stempelpflicht vermeiden, da der Kaufpreis den Gegenwert sowohl für die Eigentumsübertragung wie für die Nießbrauchsbestellung bildet, mithin die Eintragung des Nießbrauchs anscheinend entgeltlich erfolgt. Bei der mit der Zersplitterung des Grundbesitzes zusammenhängenden Häufigkeit des Eigentumswechsels ist anzunehmen, daß derartige Geschäfte in Elsaß-Lothringen gar nicht so selten vorgekommen sind. Privatrechtliche Bedenken dürften in der Tat kaum vorhanden sein. Daß zugunsten eines Gatten an einer Gesamtgutsache ein begrenztes dingliches Recht bestellt werden kann, wird von der herrschenden Meinung in Theorie und Praxis mit Recht angenommen¹⁾. Auch reicht die Absicht der Steuerersparnis keines-

¹⁾ Vgl. Staudinger-Kober BGB.⁸ 5 zu § 1009.

wegs hin, das Geschäft als ein nichtiges Umgehungsgeschäft erscheinen zu lassen¹⁾. Eine andere Frage aber ist, ob nicht trotz des Umweges die Erbschaftssteuer gezahlt werden muß. Denn wenn auch die Nießbrauchsbestellung zwischen Käufer und Verkäufer als eine entgeltliche anzusehen sein mag, so erfolgt sie doch im Verhältnis unter den Gatten auf Grund einer Abrede, die sie im Innenverhältnis als unentgeltliche Zuwendung erscheinen läßt.

III. Gelegentlich findet der Versorgungsnießbrauch wohl auch Verwendung zur Ausstattung eines Verlobten. So behandelt das OVG. in einer Entscheidung vom 22. VI. 1911 (Entsch. in StS. 15, 196) einen Fall, in welchem ein Bruder dem andern bei dessen Verheiratung den Zinsgenuß von 105 000 M. deutscher Reichsanleihe auf Lebenszeit zuwendete; allerdings ist zweifelhaft, ob hier nicht in Wirklichkeit nur ein schuldrechtliches Verhältnis gewollt war. Aus den älteren Entscheidungen ist in diesem Zusammenhange noch eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 24. IV. 1893 (Entsch. in StS. 1, 365) zu erwähnen. Hier war dem Schwiegersohn vom Schwiegervater ein Nießbrauch an einem anscheinend städtischen Hausgrundstück bestellt worden, wogegen sich der Schwiegersohn verpflichtete, dem Schwiegervater eine Rente von 3000 M. zu zahlen. Der Versorgungscharakter des Nießbrauchs erscheint hier getrübt, weil der Überschuß über die 3000 M. möglicherweise den Gegenwert für die Verwaltungstätigkeit des Schwiegersohnes bilden sollte. Große Bedeutung scheint jedenfalls dieser Ausstattungsnießbrauch nicht zu haben. Kann oder will der Ausstattende nicht ein Kapital zur Verfügung stellen, so wird er sich für eine einfache Rente entscheiden, da durch die Nießbrauchsform das Kapital festgelegt (§ 1079) und eine umständliche Verwaltung notwendig wird (§ 1077f.)²⁾.

Ein Versorgungsnießbrauch liegt schließlich auch da vor, wo ein Lehrer an Stelle des Gehalts oder eines Gehaltsteils den Nießbrauch am Schullande erhält. Solche Fälle werden in der Rechtsprechung mehrfach erwähnt³⁾. Dieser Nießbrauch entspricht dem geistlichen

¹⁾ Unten S. 28 Anm. 3.

²⁾ Ein eigenartiges Beispiel bringt C. F. Koch in seinem (preußischen) Formularbuch 6. Aufl. 1862, S. 100. Hier bestellt ein Rittergutsbesitzer seinem Schwiegersohn, einem Leutnant, den Nießbrauch an einem Rittergute zur Ablösung einer dem Leutnant zwecks Erreichung des Heiratskonsenses zugesagten Rente von 600 Talern; diese Rente sollte gezahlt werden, bis der Schwiegersohn „eine dem Gehalt eines Hauptmannes gleichkommende jährliche Einnahme haben wird“. Der Schwiegersohn soll also durch die „Ablösung“ zugleich Gelegenheit erhalten, sich als Landwirt zu betätigen. Das Beispiel macht den Eindruck, als sei es der Wirklichkeit entnommen.

³⁾ OVG. (18. III. 95) 28, 319 (Gumbinnen), (1. XI. 04) 46, 136 Hannover). In Ostpreußen soll diese Form der Naturalentlohnung des Lehrers sehr verbreitet sein.

Pfründenrecht, wird aber durch den Vorbehalt im Art. 80 II EGBGB. nicht gedeckt und unterliegt daher schlechthin den Vorschriften des BGB., soweit er unter dessen Herrschaft begründet worden ist.

IV. Bei juristischen Personen kann der Nießbrauch natürlich nicht zur „Versorgung“ dienen. Die der Versorgung entsprechende Zweckbestimmung liegt bei ihnen da vor, wo der Nießbrauch dazu bestimmt ist, die juristische Person zur Erfüllung ihrer wesentlichen Aufgaben zu befähigen. Einen derartigen Fall aus der Provinz Schleswig-Holstein hatte das RG. in einem Urteil vom 20. März 1912 (Gruchots Beiträge 56, 1161) zu entscheiden. Es handelte sich hier um den Nießbrauch einer Schulgemeinde an dem Schulgebäude (Schulgrundstück), das im Eigentum des Schulpatrons stand. Die Schulgemeinde war durch das preußische Schulunterhaltungsgesetz vom 28. Juli 1906 aufgelöst worden. Ihr Vermögen sollte gemäß § 24 II desselben Gesetzes auf den neuen Schulverband übergehen. Der Patron vertrat jedoch den Standpunkt, daß der Nießbrauch erloschen sei, da er gemäß § 1061 BGB. mit dem Bestande der Schulgemeinde untrennbar zusammenhänge. Die hierin für das ländliche Schulwesen liegende Gefahr war nicht gering, da, wie das Urteil des RG. ausführt, derartige Nießbräuche an Grundstücken des Schulpatrons etwas „durchaus Gewöhnliches“ sind. Das RG. half aber durch die Erwägung, daß es sich hier um einen schon vor dem Jahre 1900 begründeten Nießbrauch handle — die Eintragung war allerdings erst 1902 erfolgt —, auf den nicht § 1061 BGB., sondern das Landesrecht Anwendung finde, und daß nach dem Sinne des Schulunterhaltungsgesetzes der Nießbrauch von der Gesamtrechtsnachfolge des Schulverbandes mitergriffen werde. Diese nicht ganz unanfechtbare Ansicht kann hier nicht näher geprüft werden, weil die Erörterung zu tief in die Entstehungsgeschichte des Schulunterhaltungsgesetzes hineinführen würde.

Das Vorkommen solcher Nießbräuche für „Realgemeinden“ wird auch in den BGB.-Protokollen (S. 4104) bestätigt¹⁾. Sie dürften als Umbildungen alter gutsherrlicher und gemeindlicher Agrarrechtsverhältnisse aufzufassen sein. In dem vom RG. entschiedenen Falle war die Verpflichtung des Patrons bezeichnenderweise ursprünglich auf Naturalleistungen gegangen. Die Eintragung des Nießbrauchs erfolgte, wie bemerkt, erst im Jahre 1902, sie sollte zugleich zur Sicherung der nunmehr auf den Geldfuß gebrachten Unterhaltungspflichten des Patrons dienen.

¹⁾ Vgl. auch Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht 360; Verhandlungen des preuß. Landesökonomiekollegiums, mitgeteilt in der Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entw. eines BGB. III, 251.

In welchem Zeitpunkt ein solches ursprünglich wohl öffentlich-rechtlich geartetes Nutzungsrecht der privatrechtlichen Behandlung fähig wird, dürfte oft schwer festzustellen sein. Für die berechnigte Körperschaft liegt es, um die grundbuchliche Eintragung zu erreichen, unter Umständen nahe, das Verhältnis als ein privatrechtliches hinzustellen. Über den Versuch einer bayrischen Schulgemeinde, ihr Nutzungsrecht an dem einer kirchlichen Stiftung gehörigen Schulgrundstück als Nießbrauch grundbuchlich eintragen zu lassen, berichtet Häckel, BayRpflZ. 1917, 491; das Gericht wies hier den Eintragungsantrag ab, weil es sich wegen der besonderen Beschaffenheit des Falles (Zusammenhang des Lehrer- mit dem Meßneramt) um eine öffentlich-rechtliche Last handele. Ebenso wies das BayObLG. (Entsch. vom 27. XII. 11 BayRpflZ. 1912, 53) den Antrag einer Kirchengemeinde zurück, die ihr Recht, die Toten in einem fremden Grundstück bestatten zu lassen, als Nießbrauch angesehen wissen wollte; hier wirkte allerdings neben dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Befugnis die Erwägung mit, daß das Recht der Kirchengemeinde sich inhaltlich nicht als Nießbrauch auffassen lasse¹⁾.

§ 3. Vorbehaltener Nießbrauch, insbesondere bei Gutsübergaben.

I. Wie schon erwähnt, nennen die Protokolle zum BGB. als zweiten Fall des Nießbrauchs den „vertragsmäßigen Nießbrauch in der Form der Leibzucht bei Gutsübergaben“. Es handelt sich hier also darum, daß der alte bauerliche Besitzer das Anwesen einem Kinde oder mehreren Kindern zu Eigentum überträgt, sich aber einen Nießbrauch vorbehält. Auch dieser soll in der Regel der Versorgung dienen, immerhin ist er nur ein Bestandteil eines in der Hauptsache auf einen andern Zweck gerichteten Rechtsgeschäfts.

Man begegnet dieser Form des Nießbrauchs am häufigsten wiederum im ehemals französischen Rechtsgebiet; die überwältigende Mehrzahl der einschlagenden Entscheidungen²⁾ stammt aus dieser

¹⁾ Einen Nießbrauch der Domfabrik in Straßburg i. E. an dem im Eigentum des Staates stehenden Dom und seinen wesentlichen Bestandteilen nimmt an Fahrner, ElsLothrJZ. 36, 287.

²⁾ LG. Colmar (30. I. 1900) ElsLothrNotZtschr. 1901, 279; LG. Colmar (22. VII. 04) ebenda 05, 81; OLG. Colmar (30. VIII. 04) ebenda 05, 33; OLG. Colmar (3. VIII. 07) ebenda 07, 371; LG. Colmar (21. V. 05) ebenda 08, 118; LG. Metz (4. III. 09) ebenda 09, 199; LG. Metz (10. VI. 09) ebenda 09, 381; LG. Metz (9. V. 13) ebenda 1913, 228; LG. Mülhausen (24. I. 14) ebenda 1914, 131; RG. (21. II. 13) ebenda 1914, 142 (Colmar); OLG. Colmar (16. VI. 03) ElsLothrJZ. 1904, 52 [= Rspr. 8, 100]; OLG. Colmar (23. X. 06) ebenda 1907, 485; OLG. Colmar (30. I. 11) ebenda 1911, 267 ff.; BayObLG. (3. VIII. 03) Entsch. 4, 602 (Pfalz); BayObLG. (16. I. 11) Entsch. 12, 55 (Pfalz).

Gegend. Regelmäßig wird der Nießbrauch für beide Eltern eingetragen. Dem Falle der Gutsüberlassung unter Nießbrauchsvorbehalt steht natürlich der Ankauf eines neuen Grundstücks für das Kind durch die Eltern unter gleichzeitiger Bestellung eines Nießbrauchs für die Eltern gleich¹⁾. Daß es sich hier um eine verbreitete, schon aus der Franzosenzeit überkommene Form handelt, wird ausdrücklich bestätigt²⁾. Auch im benachbarten Hessen enthalten die Übergabeverträge, wie einem Beschluß des LG. Gießen vom 14. Februar 1912³⁾ zu entnehmen ist, überaus häufig Nießbrauchsbestellungen für die überlebenden Eltern. Aus dem übrigen Deutschland finden sich für das Vorkommen dieses Nießbrauchs in neuerer Zeit nur vereinzelte Zeugnisse⁴⁾. Dagegen enthält die veröffentlichte Rechtsprechung des vormaligen Geheimen Obertribunals 6 oder 7 einschlägige Entscheidungen, nämlich 4 (5) aus Westfalen⁵⁾ und 2 aus der Provinz Posen⁶⁾. Erwähnenswert ist auch, daß der westfälische Bauernverein, der zu einzelnen Bestimmungen des ersten BGB.-Entwurfs Stellung nahm, hierbei forderte, daß der in Gutsüberlassungsverträgen enthaltene Nießbrauch für unveräußerlich erklärt werde⁷⁾. Das weist darauf hin, daß damals (1890/91) der Nießbrauch in Gutsüberlassungsverträgen vielfach Verwendung gefunden haben muß.

Allgemeiner gebräuchlich ist für die bäuerliche Gutsübergabe bekanntlich die Form, daß der Bauer dem Sohn (der Tochter, dem Schwiegersohn) das Gut zu Eigentum überträgt und sich nur das Recht des Altenteils (Auszuges) vorbehält. Dieses Recht ist aber vom Nießbrauch grundverschieden, denn der Nießbraucher zieht alle Früchte, hat aber auch allein das Grundstück zu bewirtschaften und sämtliche Lasten zu tragen, ganz im Gegensatz zum Altsitzer, dem durch den Übergabevertrag eine Art Ruhesitz oder doch jedenfalls eine wesentliche Einschränkung seiner Arbeitslast und Verant-

¹⁾ OLG. Colmar (16. VI. 03) *ElsLothrJZ.* 1904, 52 (= *Rspr.* 8, 100); LG. Colmar (21. V. 08) *ElsLothr. NotZtschr.* 08, 118; OLG. Colmar (30. VII. 04) ebenda 05, 33.

²⁾ Vgl. die Bemerkungen der Redaktion der *ElsLothrNotZtschr.* 1882, 34 zu dem Urteil des franz. Kassationshofes vom 19. I. 81. Eine Erläuterung des Brauches aus den wirtschaftlichen Verhältnissen heraus gibt *Seltenmeyer* ebenda 1883, 194.

³⁾ *HessRspr.* 1902, 183.

⁴⁾ BayrObLG. (13. XII. 09) *Entsch.* 10, 613 (Bamberg), vgl. auch BayObLG. (21. IV. 85) *Seuff.* 41, 39 (Bezirk nicht angegeben); KG. (12. X. 05) 30 B 8 (Ratibor). Nach *Segall*, *ArchBürgR.* 32, 429 ist der vorbehaltene Nießbrauch besonders häufig in Hessen-Nassau, Rheinhessen und Schlesien.

⁵⁾ OT. (25. VI. 53) *Str. A* 9, 264; OT. (27. I. 54) *Str. A* 12, 67; (30. III. 60) *Str. A* 37, 145; (16. XI. 60) *Str. A* 39, 215; OT. (19. VI. 76) *Entsch.* 78, 30 (?).

⁶⁾ OT. (20. X. 63) *Str. A* 51, 165; (13. XI. 71) *Str. A* 83, 119.

⁷⁾ Zusammenstellung der gutachtl. Äuß. (oben S. 3 Anm. 2) Bd. VI (Nachtr.) S. 571.

wortung für die letzten Lebensjahre verschafft werden soll. Wie ist nun mit dieser Anschauung und Gewohnheit der Nießbrauchsvorbehalt zu vereinen? Die Erklärung liegt in der Hauptsache darin, daß sich der vorbehaltene Nießbrauch regelmäßig nicht auf den gesamten Grundbesitz, sondern auf einzelne Teile bezieht, z. B. auf ein Gartengrundstück¹⁾, einen Acker²⁾ oder auf ein Wohnhaus (Auszugshaus)³⁾; der Altsitzer erhält dann also nicht nur eine bestimmte Stube, sondern ein kleines Haus für sich. Ferner wird mir aus Elsaß-Lothringen berichtet, daß dort in den Weinbaugegenden bei der Übergabe des Grundstücks die Eltern sich vielfach den Nießbrauch an einzelnen „Rebstücken“ (Weinbaugrundstücken) vorbehalten⁴⁾, und die mit dem Grundstück beschenkten Kinder die Verpflichtung übernehmen, die Rebstücke für den Nießbraucher zu bebauen, abzuernten und den Wein in die Fässer zu bringen. Es ist hiernach ersichtlich, daß der Nießbrauch im Rahmen des Übergabevertrages unter Umständen zur Ergänzung eines Ausgedinges oder Wohnrechts an einem andern Grundstück oder auch eines schuldrechtlichen Verhältnisses bestellt werden kann⁵⁾. Vorzugsweise wichtig sind diese Erklärungsgründe in Gegenden zersplitterten Grundbesitzes.

Der Zusammenhang kann aber auch ein anderer sein. Wenn nämlich der bäuerliche Besitzer ausschließlich die Regelung der Erbfolge vorwegnehmen, sich aber nicht gleichzeitig zur Ruhe setzen will, so wird die Übertragung des Hofes unter Vorbehalt des Nießbrauchs die geeignete Form zur Verwirklichung seiner Absichten sein. Es ist namentlich denkbar, daß in Gegenden geschlossener Güter und gewohnheitsmäßiger Anerbenfolge so verfahren wird; daraus dürfte das Vorkommen dieser Nießbrauchsform in Westfalen zu erklären sein.

Von einer weiteren Art der Verwendung des Nießbrauchs bei Gutsübergaben hat mir wiederum Herr Geheimrat Keller aus der elsässischen Praxis Mitteilung gemacht. Den Anlaß bietet der Umstand, daß in Elsaß-Lothringen geschlossene Güter für landwirtschaftliche Betriebe nur in geringer Zahl vorhanden sind und die Zwergwirtschaft vorherrscht. Wie nun Herr Geheimrat Keller mitteilt, besteht allgemein der Brauch, daß bäuerliche Brautleute vor ihrer

¹⁾ OLG. Breslau (30. VII. 10) Rspr. 22, 386.

²⁾ LG. Gießen (20. I. 13) HessRspr. 1913, 97.

³⁾ BayObLG. (21. IV. 85) Seuff. 41, 39.

⁴⁾ Ein Beispiel OLG. Colmar (23. X. 06) ElsLothrJZ. 1907, 485.

⁵⁾ Nießbrauch und Ausgedinge werden bisweilen wahlweise oder kumulativ miteinander verbunden KG. (12. X. 05) 30 B 9; OT. (30. III. 60) Str. A 37, 145, (23. X. 67) Str. 51, 165. Die alternative Verbindung ist auch mit der im Texte folgenden zweiten Erklärung zu vereinen.

Verheiratung von ihren Eltern mit Grundstücken ausgestattet werden. Diese bilden den Grundstock der neuen Wirtschaft. In den Ackerbaugegenden (Gegensatz: Weinbaugegenden) pflegt einem der Brautleute das sogenannte „Hofanwesen“ von den Eltern geschenkt zu werden; dazu gehören nicht nur Wohnhaus und Wirtschaftsgebäude, sondern auch Acker und Wiese. Doch umfaßt diese „Hofübergabe“ nicht alle Grundstücke der Eltern und geschieht regelmäßig auch nicht unentgeltlich. Üblich ist dabei der Vorbehalt des Nießbrauchs am Hofanwesen und Beiwerk für eine bestimmte Zeit, etwa $1\frac{1}{2}$ oder 2 Jahre nach der Heirat der jungen Leute. Während dieser Zeit müssen die letzteren in der häuslichen Gemeinschaft der Schenker des Hofanwesens für diese arbeiten und am gemeinschaftlichen Tische teilnehmen. Es handelt sich also um eine Probezeit. Der Volksmund sagt nicht, daß die Schenker sich den „Nießbrauch“, sondern daß sie sich die „Meisterschaft“ vorbehalten; diese „geht“ nach Ablauf der Probezeit auf die Beschenkten „über“. Zur Eintragung gelangt dieser kurzfristige Nießbrauch kaum jemals; er ist daher der Regel nach als Nießbrauch im gesetzlichen Sinne nicht anzusehen.

II. Die Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts unter Nießbrauchsvorbehalt zwecks Vorwegnahme einer letztwilligen Zuwendung beschränkt sich keineswegs auf die bäuerlichen Gutsübergaben, obwohl dieser Fall der wichtigste ist, und auch nicht auf Grundstücke. Zum Beispiel kann eine Übertragung von Hypotheken auf künftige Erben unter Nießbrauchsvorbehalt in der Absicht geschehen, die künftige Erbfolge oder die Erbesauseinandersetzung in Ansehung des Hypothekenkapitals tatsächlich vorwegzunehmen. Es kommt auch vor, daß eine vermögende Person einem Kinde, für dessen Zukunft sie sorgen will, unter Lebenden ein Kapital zuwendet, sich aber für die Lebenszeit den Nießbrauch vorbehält. Auf derartige Fälle mögen die in der Praxis nicht selten vorkommenden Abtretungen von Hypotheken unter Nießbrauchsvorbehalt ¹⁾ wesentlich zurückzuführen sein. Vereinzelt wird schließlich noch ein Nießbrauchsvorbehalt bei Übertragung des ganzen Vermögens erwähnt. Es handelt sich hier aber nicht um bäuerliche Verhältnisse. Dem einen Falle, der bereits aus dem Jahre 1847 stammt, liegt der Tatbestand zugrunde, daß westfälische Schmiedeleute ihre gesamten Vermögen einem Vetter übermachten ²⁾. In dem anderen, neueren Fall übertrug eine Frau ihr Vermögen unter Vorbehalt des Nießbrauchs und eines Unterhaltsrechtes auf ihre Geschwisterkinder; die Sparkassenbücher und Schuldscheine wurden „auf den Namen der Erwerber

¹⁾ Unten S. 35; vgl. oben S. 45 ff.

²⁾ OT. (3. VI. 58) Str. A 22, 1 ff.

umgeschrieben“¹⁾. Es ist möglich, daß hier nur die Begründung eines schuldrechtlichen Verhältnisses gewollt war²⁾. Jedenfalls ist diesen Vermögensübertragungen unter Nießbrauchsvorbehalt allgemeinere Bedeutung nicht beizumessen.

§ 4. Sicherungsnießbrauch.

I. Die bisher erörterten Formen des Nießbrauchs sind unter der Herrschaft des BGB. bei weitem überflügelt worden durch den Nießbrauch zu Sicherungszwecken. Dieser tritt bei städtischen Mietsgrundstücken auf. Der Eigentümer bestellt ihn einem Gläubiger, der dadurch in mancher Beziehung eine stärkere Sicherung erwirbt als durch die Eintragung einer Hypothek: denn der Nießbraucher erlangt ohne weiteres, also ohne daß es einer vorgängigen Beschlagnahme bedarf, ein unmittelbares Anrecht auf die Mieten, das oben-
 drein durch ihn selbst, nicht erst durch einen Zwangsverwalter geltend zu machen ist; dieses unmittelbare Anrecht schützt ihn zugleich — und das ist von besonderer Wichtigkeit — gegen die nachteiligen Folgen, die dem Hypothekengläubiger als solchem aus wirksamen Vorausverfügungen über die Mieten (Mietsabtretungen des Eigentümers oder Mietspfändungen der Gläubiger des Eigentümers) gemäß § 1124 BGB. erwachsen können. Gewöhnlich sind Nießbrauchseintragungen und hypothekarische Sicherheit miteinander verbunden. Doch kommt es vor, daß z. B. aus Gründen der Kostenersparnis von der Bestellung einer Hypothek für die zu sichernde Forderung Abstand genommen wird³⁾. Die Nachteile solcher Unterlassung sind allerdings erheblich, denn es ist auf Grund des bloßen Sicherungsnießbrauchs nicht möglich, die Hauptforderung oder die Zinsen in einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung geltend zu machen, auch bietet die bloße Nießbrauchsbestellung keine Grundlage für die Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde gemäß §§ 794 ff. ZPO.

Die äußere Form dieses Nießbrauchs wird durch den Widerspruch bestimmt, in dem sein Zweck zu dem der gesetzlichen Regelung steht, denn die letztere geht davon aus, daß der Nießbrauch der Versorgung des Berechtigten zu dienen habe. Die Kautelarjuris-

¹⁾ OLG. Colmar (28. IV. 10) ElsLothrJZ. 1911, 258.

²⁾ Unten S. 39 ff.

³⁾ Diese Fälle scheinen namentlich außerhalb von Berlin häufiger vorzukommen. Von den (vermutlich) hierhergehörigen Fällen seien genannt: RG. (22. I. 08) 68, 10 (Berlin); (3. II. 08) JW. 08, 199 (Berlin); (19. I. 15) JW. 399 (Berlin); RG. (28. IV. 86) 16, 2 (Dresden); RG. (5. XII. 06) 64, 416 (Dresden); (3. II. 08) 67, 378 (Elberfeld); OLG. Königsberg (7. X. 05) Seuff. 61, 14; OLG. Kiel (22. X. 06) Seuff. 62, 463; OLG. Cassel (7. VI. 10) Rspr. 26, 89; KG. (15. II. 02) Rspr. 4, 328.

prudenz sah sich daher vor die Aufgabe gestellt, die Normen des Nießbrauchsrechts im Sinne des Sicherungszweckes umzubiegen. Diese erwiesen sich aber als ziemlich spröde, denn das BGB. bestimmt den Inhalt der dinglichen Rechte in zwingender Weise. Der Einfluß des Parteiwillens auf die Gestaltung des dinglichen Rechts vermochte sich bei dieser Sachlage nur im Hinblick auf die Dauer des Nießbrauchs zu betätigen, nämlich den Nießbrauch schon vor dem Tode des Berechtigten zum Erlöschen zu bringen. Von dieser Möglichkeit wird beim Sicherungsnießbrauch zunächst insofern Gebrauch gemacht, als er nur auf wenige Jahre bemessen wird, etwa so, daß er über die Fälligkeit der zu sichernden Forderung hinaus noch einige Zeit in Kraft bleibt¹⁾. Das entspricht dem zeitlich begrenzten Daseinszwecke dieses Nießbrauchs, und man erspart so erhebliche Kosten, weil bei unbeschränkter und damit unbestimmter Dauer der $12\frac{1}{2}$ fache Jahresertrag der Wertberechnung zugrunde gelegt wird²⁾ und die Kosten des Nießbrauchs für Eintragung und Versteigerung sich, wenigstens in Preußen, ohnehin sehr hoch stellen. Abgesehen von dieser Verkürzung des Nießbrauchs findet sich bisweilen die dinglich wirkende Bestimmung, daß er ohne weiteres, also ohne Bewilligung des Gläubigers, erlösche, sobald der Gläubiger wegen der zu sichernden Forderung befriedigt sei³⁾. Weitere Umformungen des dinglichen Rechts für den Zweck der Sicherung erwiesen sich nicht als durchführbar. Der Verkehr wählte daher den Weg, die Einigung über das dingliche Recht durch schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Gläubiger zu ergänzen. Die Vereinbarungen zeigen typischen Inhalt⁴⁾. Hervorzuheben ist folgendes:

1. Oft wird bestimmt, daß der Nießbraucher die Einnahmen nach Bestreitung der allgemeinen Unkosten und Deckung der vorgehenden (unter Umständen auch der nachstehenden) Ansprüche auf die eigene Zins- und Hauptforderung zu verrechnen und dem Eigentümer darüber Rechnung zu legen habe. Nicht selten kommt aber auch die Abrede hinzu, daß der Eigentümer die Verwaltung als Vertreter des Nießbrauchers und für dessen Rechnung weiterführen solle; jedenfalls ist diese Erscheinung in Groß-Berlin häufig zu beobachten. Dabei tritt das Ziel des Sicherungsnießbrauchs besonders klar hervor: dem Gläubiger kommt es weniger darauf an, die Mieten tat-

¹⁾ Einige Beispiele: OLG. München Rspr. 33, 147 (2 Jahre); OLG. Düsseldorf Rspr. 20, 120 (5 Jahre); KG. 50 A 188 (5 Jahre); KG. 49 A 187 (2 Jahre $1\frac{1}{2}$ Monat, Verlängerung um je 2 Jahre).

²⁾ PreußGKG. vom 25. VII. 10 § 21 Ziff. 5 (vgl. dazu noch unten S. 85); BayGKG. vom 21. VIII. 14 Art. 36 in Verb. mit § 9 ReichsGKG. und § 9 ZPO.

³⁾ KG. (27. III. 07) 34 A 263.

⁴⁾ Formulare finden sich in dem „Formularbuch des Berliner Anwaltvereins“⁴ 495 ff. und in meinem „Deutschen Hypothekenwesen“ 84.

sächlich einzuziehen als gegenüber dem Eigentümer und dessen Gläubigern sich hinsichtlich der Mieten auf das bessere Recht berufen zu können.

2. Soweit nicht der Bestand des Nießbrauchs von dem Erlöschen der zu sichernden Forderung dinglich abhängig gemacht wird, begründet der schuldrechtliche Vertrag stets die Verpflichtung des Gläubigers, im Falle seiner Befriedigung die Löschung des Nießbrauchs zu bewilligen.

3. Üblich ist ferner im Hinblick auf § 1047 BGB. die Abrede, daß die Verpflichtung des Nießbrauchers, für die Dauer seines Rechts gewisse Lasten seines Grundstücks zu tragen, sich auf die Mittel beschränkt, die ihm aus den Grundstückseinkünften zufließen¹⁾.

4. Im einzelnen Falle kommen auch noch andere Abreden vor, denen jedoch der typische Charakter fehlt. Ich nenne in dieser Hinsicht die von dem Eigentümer ausgesprochene Bewilligung einer Vormerkung zur Erhaltung des zeitlich begrenzten Nießbrauchsrechts über die ursprüngliche Zeit hinaus²⁾ (richtiger zur Sicherung der Eintragung eines neuen Nießbrauchs nach Erlöschen des alten)³⁾, ferner die Ermächtigung des Nießbrauchers zum Abschluß langfristiger Mietsverträge ohne Rücksicht auf die Nießbrauchsdauer⁴⁾, zur Vornahme außergewöhnlicher Ausbesserungen sowie zur Einziehung von Versicherungssummen⁵⁾, ebenso werden bisweilen Kündigungsfristen für die Parteien vereinbart usw. Bemerkenswert ist, daß Bestimmungen über den Tod des Nießbrauchers — etwa dahin, daß der Nießbrauch für die Erben zu erneuern und diese Verpflichtung durch eine Vormerkung zu sichern sei — nicht vorkommen, obschon man sie theoretisch für erforderlich halten sollte. In der Praxis scheint es also einer derartigen Vorsorge nicht zu bedürfen. Die Erscheinung ist schwer zu erklären. Der Wunsch, die verhältnismäßig geringfügigen Kosten der Vormerkung zu ersparen — ohne welche die Verpflichtung wenig Wert hätte — kann kaum entscheidend sein. Der Hauptgrund liegt wohl darin, daß bei der Kurzfristigkeit des

¹⁾ Nach KG. (5. IV. 16) KGBl. 52 werden Abreden solcher Art erfahrungsmäßig fast immer getroffen.

²⁾ OLG. Düsseldorf (26. V. 09) Rspr. 20, 120.

³⁾ Vgl. KG. (28. VI. 07) 50 A 188.

⁴⁾ Vgl. § 1056 BGB. und dazu unten S. 977.

⁵⁾ Vgl. hierzu und zum Vorstehenden Formularbuch des Berliner Anwaltsvereins⁴ (1913), 497. Viel ist m. E. nicht damit gewonnen, daß dem Gläubiger die Befugnis zur Einziehung von Versicherungsbeträgen eingeräumt wird. Die Versicherungsgesellschaft kann auf Grund solcher Bestimmung schwerlich eine Zahlung an den Nießbraucher leisten, denn die Bestimmung enthält weder eine Abtretung der Rechte aus der Versicherung noch eine Vollmacht zur Annahme der Zahlung für den Eigentümer. Vgl. im übrigen über Nießbrauch und Versicherung Kisch im „Recht“ 1913, 763 ff. 789 ff.

Sicherungsnießbrauchs die Parteien den Fall des Ablebens nicht so sehr in Betracht ziehen.

Der Sicherungsnießbrauch hat nun in der letzten Friedenszeit, insbesondere aber seitdem die Rechtsprechung sich klar für seine Anerkennung entschieden hatte, d. h. etwa seit dem Jahre 1907, eine ganz außerordentliche Verbreitung erlangt. Die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit auf Fälle des Sicherungsnießbrauchs zu beziehen sind, läßt die Summe sämtlicher sonstigen Nießbrauchsentscheidungen weit hinter sich, selbst unter Einrechnung derjenigen, die für die tatsächliche Charakterisierung des Nießbrauchs keinen Anhalt bieten. Die überwältigende Mehrzahl der Entscheidungen stammt aus dem Kammergerichtsbezirk, d. h. also aus Groß-Berlin¹⁾, doch sind auch zahlreiche andere Oberlandesgerichtsbezirke vertreten, so Breslau²⁾, Celle³⁾, Cassel⁴⁾, Dresden⁵⁾ — dieser besonders stark —, Düsseldorf⁶⁾, Hamburg⁷⁾, Kiel⁸⁾, Königsberg⁹⁾, Naumburg¹⁰⁾, Posen¹¹⁾, Stuttgart¹²⁾, Zweibrücken¹³⁾. Wenn auch hiernach der Sicherungsnießbrauch als eine

¹⁾ Außer den S. 20 Anm. 3 bereits genannten Fällen A. Entsch. des Reichsgerichts: (3. II. 04) 56, 388; (16. III. 06) 63, 66; (22. I. 08) JW. 135; (25. X. 09) 72, 101; (25. XI. 10) JW. 1911, 97; (12. IV. 11) Warn. Erg.-Bd. 4 (1911) 396; (2. XI. 12) JW. 1913, 136; (21. XII. 12) JW. 1913, 330; (4. VII. 13) Recht Nr. 2842 u. 2853; (7. IV. 14) JW. 761; (19. VI. 15) JW. 998; (5. VI. 18) 93, 121. B. Entsch. des Kammergerichts: (15. XII. 02) 25 A 290; (16. VI. 05) Rspr. 11, 134; (9. VII. 06) Rspr. 13, 239; (11. XII. 06) KGBl. 07, 21; (30. I. 07) Rspr. 14, 131; (5./15. II. 07) Rspr. 14, 129; (28. II. 07) Rspr. 15, 370; (27. III. 07) 34 A 263 (= Rspr. 15, 367); (27. III. 07) 34 B 18; (10. X. 07) Rspr. 18, 150; (13. V. 08) Rspr. 18, 152; (23. I. 09) KGBl. 63; (24. II. 09) KGBl. 44; (6. XII. 09) Rspr. 20, 390; (26. XI. 09) Rspr. 20, 389; (8. I. 10) Rspr. 20, 98; (11. VII. 10) Rspr. 26, 85; (25. VII. 10) Jahrb. 41 B 292; (1. II. 11) Rspr. 26, 93; (3. III. 11) Rspr. 25, 264; (15. VI. 11) KGBl. 110; (24. I. 12) Rspr. 26, 95; (9. II. 12) Rspr. 26, 88; (23. V. 12) Rspr. 25, 264; (15. XI. 12) Rspr. 26, 91; ohne Datum KGBl. 1912, 110; (3. II. 13) Rspr. 29, 351; (12. X. 15) Rspr. 31, 338; (30. IX. 16) JW. 1431; (30. XI. 16) 49 A 187. C. LG I Berlin (5. VII. 07) KGBl. 93; (27. IV. 12) KGBl. 107.

²⁾ RG. (1. IV. 14) JW. 679; RG. (23. XI. 17) JW. 18, 176; RG. (24. IX. 12) JW. 1063; RG. (25. XI. 10) Recht Nr. 511 u. 611; OLG. Breslau (18. II. 17) Breslauer AK. 1917, 26.

³⁾ RG. (7. VI. 10) Rspr. 26, 89.

⁴⁾ RG. (23. X. 02) Rspr. 6, 121; RG. (18. I. 12) Rspr. 26, 141; RG. (28. VI. 15) Rspr. 33, 320.

⁵⁾ RG. (7. II. 06) Warn. Erg.-Bd. 4 (1911) 396; RG. (5. XII. 06) 64, 416; OLG. Dresden (11. XII. 03) Rspr. 9, 15; (25. II. 07) SächsAnn. 28, 371; (10. V. 07) SächsAnn. 29, 108; (19. II. 14) Seuff. 71, 284; (16. III. 16) SächsArch. 16, 428.

⁶⁾ RG. (3. II. 08) RG. 67, 378.

⁷⁾ RG. (12. II. 15) Rspr. 33, 319.

⁸⁾ OLG. Kiel (22. X. 06) Rspr. 15, 366.

⁹⁾ OLG. Königsberg (7. X. 05) Seuff. 61, 14.

¹⁰⁾ OLG. Naumburg (14. II. 08) AK. Naumburg 1908, 33.

¹¹⁾ RG. (7. II. 07) Rspr. 15, 369.

¹²⁾ RG. (28. IV. 06) Recht Nr. 1129.

¹³⁾ LG. Frankenthal (2. IV. 14) BayNotZtschr. 1914, 273.

gemeindeutsche Erscheinung anzusehen ist, so wurzelt er doch durchaus in Groß-Berlin. Damit ist schon seine wirtschaftliche Grundlage bezeichnet. Er hängt mit der großstädtischen Grundstückskrise zusammen, die sich in dem Jahrzehnt vor dem Kriegeausbruch entwickelte und von der außer Groß-Berlin u. a. gerade auch Dresden schärfer betroffen wurde¹⁾. Insbesondere waren es die zweitstelligen und sonstigen nachstelligen Hypothekengläubiger, die sich dieser Rechtsform zum Schutze gegen unredliche Machenschaften der Eigentümer und gegen Mietspfändungen persönlicher Gläubiger des Eigentümers bedienten; der erste Hypothekar tritt kaum je als Nießbraucher auf, er ist durch die gute dingliche Sicherung und die Rückendeckung, die ihm der nachstehende Hypothekar gewährt, genügend geschützt. Bisweilen waren es auch Bauhandwerker und -lieferanten, die mit Hilfe eines für einen Treuhänder bestimmten Nießbrauchs aus dem Grundstück zu retten suchten, was noch zu retten war²⁾.

Aus dieser wirtschaftlichen Grundlage erklärt es sich, daß die Entscheidungen über den Sicherungsnießbrauch immer wieder dasselbe Bild zeigen. Der Nießbraucher kämpft um die Mieten, nur die Gegner wechseln: bald ist es ein (anderer) Hypothekengläubiger, bald ein Mietszessionar, bald ein Pfändungsgläubiger, bald ein Zwangsverwalter, oft auch der Mieter selbst, der sich die eingetretene Verwirrung zunutze zu machen sucht. Diese ungesunden Verhältnisse haben in der Folgezeit dahin geführt, daß die Hypothekengläubiger sich in den hypothekarischen Schuldurkunden gegen spätere Nießbrauchsbestellungen zu sichern suchten: im Groß-Berliner Verkehr enthalten die Urkunden über die ersten Hypotheken durchweg, die Urkunden über die folgenden Hypotheken teilweise die Klausel, daß das Hypothekenkapital fällig wird, wenn der Eigentümer einen Nießbrauch am Grundstück bestellt — eine Bestimmung, deren Wirksamkeit freilich dadurch abgeschwächt wird, daß der Hypothekengläubiger nach der Grundbuchordnung (§ 55) von Nießbrauchseintragungen keine Nachricht erhält.

Die rechtliche Würdigung des Sicherungsnießbrauchs und der mit ihm zusammenhängenden Rechtsprechung soll dem § 12 der vorliegenden Arbeit vorbehalten bleiben. Hier war nur die tatsächliche Gestaltung darzulegen.

¹⁾ Vgl. Vilma Carthaus, Zur Geschichte und Theorie der Grundstücks-krisen in den deutschen Großstädten (1917) 154ff.

²⁾ Vgl. RG. (13. II. 07) BayRpflZ. 1907, 212; KG. (13. VII. 04) KGBl. 74 — eine unzutreffende Entscheidung, die die Entwicklung glücklicherweise nicht hat aufhalten können, denn die Nießbrauchsfälle der angegebenen Art sind in Groß-Berlin sehr häufig geworden.

II. Der Sicherungsnießbrauch tritt, wie bemerkt, im allgemeinen nur bei Mietgrundstücken auf. Doch findet sich in der Entsch. des RG. (21. X. 09) JW. 725 auch ein Beispiel für einen Sicherungsnießbrauch am ganzen Vermögen. Es handelt sich hier um einen Gastwirt, Eigentümer mehrerer Grundstücke, der in Schwierigkeiten geraten war und zur Abwendung des Konkurses mit dem Ausschuß seiner Gläubiger einen Vertrag geschlossen hatte, durch den er sich der freien Verfügung über die Grundstücke begab und den Ausschußmitgliedern die Verwaltung seines Vermögens und den Nießbrauch an demselben einräumte; die Unterschriften unter dem Vertrag wurden notariell beglaubigt. Nachträglich bestritt der Schuldner im Hinblick auf § 311 BGB. die Formgültigkeit des Geschäfts. Das RG. wies den Einwand zurück, weil in Wahrheit ein Nießbrauch nicht vorliege sondern der Schuldner sich nur zeitweilig der freien Verfügung über die Art der Verwendung seiner Vermögensnutzungen zugunsten von Personen begeben habe, die ein Recht auf Befriedigung aus der Substanz und den Nutzungen eben dieses Vermögens hatten. Weshalb aber diese Eigenschaft der Berechtigten und die nur zeitweilige Dauer ihres Verfügungsrechts mit dem Begriff des Nießbrauchs unvereinbar sein soll, ist nicht einzusehen, und selbst der Hinweis des RG., daß die Formvorschrift des § 311 ein besonders „inhalts-schweres“ Rechtsgeschäft voraussetze, erscheint nicht geeignet, die Anwendung der Nießbrauchsregeln irgendwie zu hindern. Vielmehr ist grundsätzlich in einem Falle der angegebenen Art das Vorhandensein eines Nießbrauchs anzuerkennen. Fraglich ist nur, ob diese Annahme nicht an der Verbindung des Nießbrauchs mit der Verwaltung scheitert ¹⁾, d. h. ob nicht in Wahrheit eine Übertragung des Eigentums gewollt war. Bei einer — nicht nur unwesentlichen — Beschränkung des Verfügungsrechts der Gläubiger würde sich auch dieses Bedenken erledigen. In dem Falle des RG. scheint aus dem Tatbestand jedenfalls so viel hervorzugehen, daß die Mitglieder des Gläubigerausschusses eine Auflassungs- oder Belastungsvollmacht, also eine nach außen wirksame Verfügungsmacht hinsichtlich der Grundstücke des Schuldners nicht erhalten hatten und nicht erhalten sollten; man wird also jedenfalls hinsichtlich der Grundstücke nicht ohne weiteres annehmen können, daß in Wahrheit eine Eigentumsübertragung gewollt war.

§ 5. Sonstige Nießbrauchsfälle.

I. Bisweilen wird ein Nießbrauch bestellt, um gewisse an sich untergeordnete Nebenwirkungen herbeizuführen, die das Gesetz ihm beilegt.

¹⁾ Oben S. 6.

a) Sowohl in der Literatur wie in der Praxis finden sich Versuche, die Rechtsform des Nießbrauchs für die Zwecke der sogenannten Sicherungsübereignung von Warenlagern fruchtbar zu machen: der Schuldner (Kaufmann) übereignet die Ware seinem Gläubiger durch *constitutum possessorium* derart, daß dem Schuldner ein Nießbrauch an der Ware bestellt und ihm außerdem eine Verkaufsermächtigung erteilt wird. Die Rechtswirkung, um derentwillen die Form des Nießbrauchs hier gewählt wird, ist lediglich die Begründung des mittelbaren Besitzes für den Gläubiger zwecks Ermöglichung des *constitutum possessorium*, §§ 930, 868 BGB. Bei dieser Konstruktion, deren Erfinder Zeiler¹⁾ ist, handelt es sich nicht um einen Sicherungsnießbrauch, sondern um eine Sicherungsübereignung unter Vorbehalt des Nießbrauchs; es liegt auch nicht ein uneigentlicher Nießbrauch (§ 1067 BGB.) vor, denn ein solcher würde das Eigentum dem Schuldner belassen²⁾, vielmehr würde es sich um einen Dispositionsnießbrauch handeln. Daß nun der Bewilligung der Veräußerungsbefugnis dingliche Wirkung nicht beigegeben werden kann, hat bereits Höniger³⁾ zutreffend dargelegt. Wenn er schon daraus die Wirkungslosigkeit der von Zeiler vorgeschlagenen Abrede herleitet, so kann ihm insoweit allerdings nicht gefolgt werden, weil die Veräußerungsbefugnis auch auf schuldrechtlicher Grundlage denkbar ist; aber entscheidend fällt gegen Zeiler ins Gewicht, daß der Eigentümer, wenn er sich nicht nur den Nießbrauch, sondern auch die Verfügungsbefugnis vorbehält, in Wahrheit nichts überträgt⁴⁾. Nur wenn die Verfügungsbefugnis mit wirksamen Einschränkungen zugunsten des Eigentümers umgeben ist, wie etwa beim Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes im gesetzlichen Güterstande zugunsten der Ehefrau, kann die Verbindung des Nutzungs- und Verwaltungsrechts als vom Eigentum inhaltlich verschieden anerkannt werden.

Es bedarf auch des Nießbrauchs nicht, um die Sicherungsübereignung an Warenlagern zu ermöglichen. Der Vorschlag Zeilers ist sowohl aus diesem Grunde wie infolge der gegen ihn bestehenden rechtlichen Bedenken in der Praxis nicht durchgedrungen. Nur in Hamburg scheint man von ihm mehrfach Gebrauch gemacht zu haben; jedenfalls hat das Hanseatische Oberlandesgericht in zwei Entscheidungen die Zulässigkeit einer mit Hilfe des Nießbrauchs-

¹⁾ ZDNotV. 1912, 70 ff., 176 ff.

²⁾ Vgl. Bonnet, Sicherungsübereignung von Warenlagern (Tüb. Inaug.-Diss. 1912) 46.

³⁾ Sicherungsübereignung von Warenlagern (1912) 59 ff.

⁴⁾ Vgl. oben S. 6 und dort zitierte Entscheidungen, insbesondere RG. (11. XII. 07) Recht 1908, Nr. 533: „Mit der uneingeschränkten Verfügungsbefugnis würde der Nießbraucher Eigentümer sein.“

vorbehalts bewirkten Sicherungsübereignung grundsätzlich anerkannt¹⁾. Bemerkenswert ist übrigens, daß in dem einen Fall die Klausel dahin ging, der Nießbraucher solle „gemäß § 1035, 1067 BGB. zur Veräußerung der das Warenlager bildenden Weine befugt sein“. § 1067 betrifft aber den uneigentlichen Nießbrauch. Dem Verfasser des Vertrages war also eine Verwechslung zwischen Dispositionsnießbrauch und uneigentlichem Nießbrauch untergelaufen. In der Tat sind diese Begriffe schwer auseinanderzuhalten. Auch dieser Umstand spricht gegen die Verwertbarkeit des Zeilerschen Vorschlages im geschäftlichen Verkehr²⁾.

b) Nach § 16 der preußischen Städteordnung vom 30. Mai 1853 mußte die Hälfte der Stadtverordneten aus Hausbesitzern bestehen; als Hausbesitzer galt nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes auch der Nießbraucher. In einem Urteil vom 16. März 1909 („Recht“ Nr. 645) sprach das preußische OVG., sicher mit Recht, aus, daß der Nießbrauch an einem Hausgarten zur Begründung des Hausbesitzervorrechts nicht genüge. Der knappe Tatbestand läßt nicht erkennen, ob der Nießbrauch eigens bestellt war, um die Anwendbarkeit des § 16 zu begründen. An sich würde dieser Beweggrund der Anwendung des § 16 nicht entgegengestanden haben, vorausgesetzt, daß in Wahrheit ein Nießbrauch bestellt werden sollte und nicht etwa nur ein Scheingeschäft vorlag³⁾.

II. Mit den vorstehenden Erörterungen haben wir uns bereits dem Gebiet der Umgehungs- und der anfechtbaren Geschäfte genähert.

a) Umgehung liegt da vor, wo die Absicht der Parteien nicht, wie in dem unter I erörterten Falle, nur auf die Erzielung rechtmäßiger Nebenwirkungen, sondern dahin geht, ein gesetzlich verbotenes Ziel auf Umwegen zu erreichen. Dieser Fall würde im Gebiet des Nießbrauchsrechts z. B. gegeben sein, wenn einer ausländischen juristischen Person ohne die zum Grundstückserwerb notwendige staatliche Genehmigung der Nießbrauch an einem Grundstück unter Umständen bestellt wird, die einer völligen Überlassung des Grundstücks an die juristische Person gleichkommen⁴⁾. Aus den gleichen Erwägungen heraus hat das RG. den sogenannten Options-

¹⁾ OLG. Hamburg (11. X. 1910) LeipZ 1911, 82; (19. I. 12) HansGZ. 1912, Beibl. 179.

²⁾ Bemerkt sei hier noch, daß eine nicht recht verständliche Bezugnahme auf den § 1067 sich in dem die Sicherungsübereignung behandelnden Urteil des OLG. Kiel (25. III. 08) Rspr. 18, 135 findet.

³⁾ Die Kommentare von Ledermann und Oertel zur Städteordnung behandeln die Frage nicht.

⁴⁾ Der im Text dargelegte Gesichtspunkt wird übersehen in Mot. III, 531 und Prot. 4105.

verträgen die Wirksamkeit versagt, die sich vornehmlich im Groß-Berliner Grundstücksverkehr entwickelt und große Verbreitung gefunden hatten. Die Parteien setzten hier an die Stelle der Grundstücksveräußerung ein bindendes und abtretbares notarielles Verkaufsangebot des Eigentümers, das in mannigfacher Weise verstärkt wurde, z. B. oft durch die Bestellung eines Nießbrauchs für den Empfänger des Angebots; andere Verstärkungsmittel waren die Erteilung einer Auflassungsvollmacht, die Bewilligung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung u. dgl. Nießbrauchsfälle dieses Ursprungs werden in der Rechtsprechung mehrfach erwähnt¹⁾. Zweck des ganzen Geschäfts war in der Hauptsache die Ersparnis der hohen Abgaben, die vom Eigentumswechsel erhoben werden. Das RG. deutete aber weitergehend den Willen der Parteien dahin, daß in Wahrheit eine Eigentumsübertragung gewollt sei, und erklärte die nur einseitig beurkundeten angeblichen Kaufangebote wegen Mangels der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form für nichtig²⁾. Damit dürfte der weiteren Verwendung dieser Geschäftsform ein Riegel vorgeschoben sein.

b) Dagegen lassen sich nicht etwa schon aus dem Zwecke der Steuerersparnis begründete Bedenken gegen die Wirksamkeit des Geschäfts herleiten. Die Parteien sind keineswegs verpflichtet, den abgabepflichtigen Weg zu wählen, sie dürfen sich vielmehr ohne Rechtsnachteil einer abgabefreien oder billigeren Rechtsform bedienen, vorausgesetzt nur, daß der rechtsgeschäftliche Wille sich eben in Wirklichkeit auf diese Form richtet³⁾. Will der Gesetzgeber die Steuerpflichtigen an solchem Ausweichen verhindern, so hat er von sich aus die geeigneten Gegenmaßnahmen zu treffen, wie dies z. B. durch § 6 des Zuwachssteuergesetzes vom 14. Februar 1911⁴⁾ geschehen ist. Diese Erwägungen sind für die Lehre vom Nießbrauch nicht ohne Bedeutung, weil mit der Bestellung des Nießbrauchs unter Umständen ähnliche Zwecke wie mit der Eigen-

¹⁾ RG. (9. VII. 10) JW. 801 (Berlin); OLG. Düsseldorf (26. V. 09) Rspr. 20, 120; (21. III. 12) Rspr. 25, 10; (22. XII. 14) KGBl. 1915, 51; (24. XI. 13) KGBl. 1915, 52; LG. Düsseldorf (6. II. 14) Rhein. NotZtschr. 1914, 55 — die Entsch. zeigt, zu welchen Verwicklungen die Abtretung des Optionsrechtes führen mußte —; anscheinend gehört auch BayObLG. (10. III. 16) Entsch. 17, 52 hierher.

²⁾ RG. (21. X. 14) Gruchot 59, 346; (27. X. 14) JW. 1915, 22; vgl. auch die beiden letzten KG.-Entscheidungen in voriger Anm.

³⁾ So RG. (13. III., 19. VI. 15) Recht Nr. 2432; OLG. Stuttgart (26. III. 12) Recht 1912 Nr. 1578; OVG. (11. III. 13) DJZ. 1914, 311, vgl. auch RG. (2. I. 03) Gruchot 47, 688; Jacob Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes (1917) 303 ff.

⁴⁾ „Die Besteuerung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein nach diesem Gesetze steuerpflichtiges Rechtsgeschäft durch ein anderes verdeckt wird, insbesondere an die Stelle des Eigentums ein Rechtsvorgang tritt, der es ohne Übertragung des Eigentums einem anderen ermöglicht, über das Grundstück wie ein Eigentümer zu verfügen.“

tumsübertragung erreicht werden können, und bei der wachsenden Bedeutung der Verkehrssteuern und der sonstigen Abgaben vom Eigentum der Gesichtspunkt der Steuerersparnis sicherlich zur Bestellung mancher Nießbrauchsrechte Anlaß gegeben hat und noch Anlaß geben wird. Aus der Rechtsprechung sind allerdings bestimmte Anhaltspunkte noch nicht zu entnehmen.

In diesem Zusammenhange ist auch Tarifstelle 11a Anm. b des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juli 1913 (RGBl. S. 639) zu erwähnen. Hier ist bestimmt, daß der Stempel sich nach dem Grundstückswert richtet, auch wenn auf dem Grundstück ein Nießbrauch ruht, zu dessen Beseitigung der Veräußerer nicht verpflichtet ist.

Die Bestimmung ist wörtlich dem preußischen Stempelsteuergesetz vom 30. Juni 1909 (GS. S. 535) Tarifstelle 32 (2) Ziffer 4 entnommen und wurde in der Kommission des preußischen Abgeordnetenhauses, aus deren Beratungen sie hervorgegangen ist, wie folgt begründet¹⁾: „Es kommt vor, daß der Erwerber sich zunächst einen Nießbrauch bestellen läßt und dann erst in einem zweiten Verträge das Grundstück erwirbt; da er sich schon im Besitz des Grundstücks befindet, so wird nur noch das nackte Eigentum verkauft und dafür ein geringer, mit dem Grundstückswert in keinem Verhältnis stehender Preis ausbedungen.“ Die Fassung der gesetzlichen Vorschrift entspricht aber diesen Erwägungen nicht, denn der Veräußerer könnte den Nießbrauch einer dritten Person bestellt haben; wenn er sich dann dem Erwerber gegenüber zu der Beseitigung des Nießbrauchs, etwa gegen besonderes Entgelt, verpflichtet, so würde nach dem Wortlaut der Bestimmung nur das „nackte Eigentum“ der Berechnung des Steuerwerts zugrunde gelegt werden können und die Absicht des Gesetzes also vereitelt sein, soweit die Nießbrauchsbestellung nicht als Scheingeschäft zu erweisen ist. Andererseits aber muß stets der volle Grundstückswert ohne Rücksicht auf Nießbrauch und Kaufpreis versteuert werden, wenn der Veräußerer zu der Beseitigung des Nießbrauchs nicht verpflichtet ist, mag auch bei der Bestellung des Nießbrauchs nicht die Spur einer Hinterziehungs- oder Simulationsabsicht obgewaltet haben²⁾. M. E. ist es aussichtslos, einen verständigen Sinn in die Vorschrift hineinzulegen. Wenn man nicht annehmen will, daß der Stempelgesetzgeber einfach dem ihm unsympathischen Grundstücksnießbrauch einen nicht lange überlegten Streich versetzen wollte, so bleibt nur die Deutung, daß lediglich ein parlamentarischer Unfall vorliegt, dessen Folgen durch bureaukratische Gedankenlosigkeit — nämlich bei Herübernahme der Vor-

¹⁾ Drucksachen von 1908/09, Nr. 560 AS. 40.

²⁾ KG. (11. VIII. 11) Rspr. 23, 290.

schrift in das Reichsstempelgesetz — verschleppt und verschärft worden sind¹⁾).

c) Bisweilen wird auch von überschuldeten Eigentümern der Nießbrauch dazu benutzt, um Gläubigern den Zugriff auf das Grundstück tatsächlich zu entziehen oder doch zu erschweren. Ein eigentümlicher Fall solcher Art beschäftigte im Jahre 1884 das OLG. Colmar²⁾. Hier hatte der Schuldner das Grundstück in der landesüblichen Weise freiwillig versteigern lassen und sich dabei den Nießbrauch vorbehalten. Dabei war zum Schaden der Gläubiger ein geringer Preis erzielt worden. Die Vollstreckung in den Nießbrauch aber war für die Gläubiger wirtschaftlich wenig aussichtsvoll und jedenfalls kein hinreichender Ersatz für die Zwangsvollstreckung in den Erlös des unbelasteten Grundstücks. Das OLG. ließ die Anfechtung des Geschäfts zu. Weit häufiger sind die Fälle, in denen der Eigentümer eines Miethauses zur Abwehr der Gläubiger einem Dritten den Nießbrauch bestellt³⁾. Die Schädlichkeit derartiger Machenschaften ist für die Hypothekengläubiger wesentlich dadurch verringert, daß nach ständiger Rechtsprechung die Nießbrauchsbestellung nicht als „Verfügung“ über die Mieten gilt und daher dem im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nicht einmal für den verfügungsfreien Zeitraum (§ 1124 II BGB.) entgegengesetzt werden kann⁴⁾.

Bisweilen taucht auch die Frage auf, ob der Nießbrauch nur anfechtbar oder aber, weil zum Schein bestellt, nichtig ist⁵⁾. Die Entscheidung ist Tatfrage. Hervorzuheben ist hier nur, daß die Anerkennung der Ernstlichkeit des Geschäfts nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob die Verwaltung durch den Nießbraucher oder in seinem Auftrage durch den Eigentümer geführt wird. Selbst wenn letzteres der Fall ist und der Nießbrauch nur in der grundbuchlichen Eintragung nach außen hervortritt, so kann seine Bestellung ernstlich gemeint sein, sofern dem Nießbraucher in seiner Eigenschaft als Gläubiger wirklich daran gelegen war, durch Erlangung des unmittelbaren Anspruchs gegen die Mieter eine Sicherung zu erreichen⁶⁾.

¹⁾ Vgl. auch Zuwachssteuergesetz vom 14. II. 11 § 11 II.

²⁾ OLG. Colmar (26. V. 84) ElsLothrNotZtschr. 195, 200.

³⁾ Ein großer Teil der oben S. 23 Anm. 1 zitierten Entscheidungen bezieht sich auf Anfechtungen aus solchem Anlaß.

⁴⁾ Unten S. 70 ff.

⁵⁾ RG. (6. VII. 11) Rspr. 26, 85 Anm.; KG. (10. X. 14) KGBl. 1915, 13.

⁶⁾ Anfechtbarkeit lag anscheinend auch in dem Fall des OLG. Dresden (8. VII. 09) SächsArch. 4, 623 vor. Hier hatte der klagende Ehemann seiner Frau trotz gesetzlichen Güterstandes den Nießbrauch an seinem Grundstück bestellt. Das OLG. ging auf die von dem Beklagten geltend gemachte Anfechtung nicht ein und wies die Klage schon deshalb ab, weil in der Nieß-

An anfechtbare Absichten dürfte auch in einem Falle zu denken sein, der einen Steuersenat des preußischen OVG. wiederholt beschäftigt¹⁾. Der Gesellschafter einer G. m. b. H. hatte seinen Geschäftsanteil (zu einem Teil) an seine Enkel abgetreten und sich Nutznießung, Verwaltung und Vertretung des Anteils auf Lebenszeit vorbehalten. Es entstand nun die Frage, ob ihm der auf den Anteil entfallende Geschäftsgewinn nach § 71 I des preußischen Einkommensteuergesetzes vom 19. Juni 1906 von seinem steuerpflichtigen Einkommen — zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung — abzuziehen sei. Dies wurde verneint. Mit Sicherheit ist der Zweck, den der Zensit mit seinen Maßnahmen verfolgte, nicht zu erkennen. Die Vermutung liegt nahe, daß er den Geschäftsanteil seinen Gläubigern entziehen wollte, sich aber dabei, wie die Entscheidung des OVG. ergibt, unversehens empfindliche steuerliche Nachteile zuzog. Nach unserer Auffassung hätte das ganze Abtretungsgeschäft einschließlich der Nießbrauchbestellung schon wegen der Verknüpfung des Nießbrauchs mit der Verwaltungsbefugnis als unwirksam behandelt werden müssen²⁾.

III. Schließlich finden sich in der Rechtsprechung noch einige ältere Fälle ohne allgemeinere Bedeutung. Erwähnenswert ist vielleicht ein auf „beliebigen Widerruf“ bestellter Nießbrauch, der in einer Entscheidung des OLG. Rostock³⁾ erwähnt wird. Der Tatbestand ergibt, daß die Widerruflichkeit als Härte empfunden wurde. Ferner hatte in einem sächsischen Falle aus dem Jahre 1885 ein Ziegeleibesitzer, der sich ein dingliches Recht auf Sandentnahme an einem fremden Grundstück sichern wollte, dafür den Nießbrauch gewählt. Weshalb er sich nicht mit einer persönlichen Dienstbarkeit — einer auch dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch bekannten Rechtsform — begnügte, ist aus dem Tatbestand nicht zu erkennen⁴⁾. Aber das sind Ausnahmeerscheinungen. Im ganzen fügen sich die veröffentlichten Fälle den aufgestellten Typen ohne Schwierigkeit ein.

brauchsbestellung eine Abänderung des gesetzlichen Güterstandes liege (?) und die darnach erforderliche Form des Ehevertrages gemäß § 1432 ff. BGB. nicht gewahrt sei.

¹⁾ OVG. (9. XI. 10) Recht 1911, S. 342 und (12. X. 12) Recht 1913, S. 72

²⁾ Oben S. 6.

³⁾ (4. VII. 61) Seuff. 16, 456.

⁴⁾ (19. VI. 85) Sächs. Ann. 8, 139.

⁵⁾ Vgl. schließlich noch OLG. Dresden (16. V. 89) Sächs. Ann. 10, 497.

§ 6. Gegenstände des Nießbrauchs.

I. Was im Rechtsleben Gegenstand des Nießbrauchs ist, ergibt sich im wesentlichen schon aus den früheren Ausführungen. In der überwältigenden Mehrzahl der Fälle sind es Grundstücke, so namentlich beim Sicherungs- und beim Vorbehaltsnießbrauch. Der Sicherungsnießbrauch bezieht sich, wie schon bemerkt, fast ausnahmslos auf Mietgrundstücke, der vorbehaltene Nießbrauch vorwiegend auf landwirtschaftlich genutzte Grundstücke. Daneben kommt in Übernahmeverträgen ein Wohnzwecken dienender Nießbrauch an (kleinen) Eigenhäusern vor¹⁾; auch sonst ist bisweilen, besonders im rheinischen Rechtsgebiet, ein Nießbrauch an Eigenhäusern anzutreffen²⁾. Es fragt sich, weshalb man hier nicht die näherliegende Form des Wohnrechts (§ 1093 BGB.) gewählt hat. Tatsächlich wird, wie das Entscheidungsmaterial zeigt, die Rechtsform des Wohnrechts überwiegend da verwendet, wo es sich um die Bewohnung einzelner Zimmer oder sonstiger Gebäudeteile handelt³⁾. Dagegen bezieht sich der Nießbrauch notwendig auf das Grundstück als Ganzes. Wenn das Landgericht Mülhausen auf Grund des § 1030 BGB. auch einen auf eine einzelne Wohnung beschränkten Nießbrauch am Hause zulassen wollte⁴⁾, so war damit meines Erachtens der Sinn des § 1030 verkannt. Dieser gestattet zwar, den Nießbrauch durch Ausschluß einzelner Nutzungen zu beschränken, läßt aber keineswegs zu, den Berechtigten von vornherein nur auf eine Einzelnutzung anzuweisen, ihm vielleicht gar nur die Bewohnung eines einzelnen Zimmers zu gestatten. Das ist dann kein Nießbrauch mehr, sondern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Es scheint sich bei der Entscheidung des LG. Mülhausen auch nur um einen vereinzeltten Mißgriff zu handeln. Jedenfalls soll in den anderen Fällen der Nießbraucher das ganze Haus bewohnen dürfen. Für die Wahl des Nießbrauchs und gegen die des Wohnrechts dürfte vielfach entscheidend sein, daß der Nießbraucher auch die Lasten des Grundstücks tragen muß (§ 1047), während dem bloß Wohnberechtigten diese Pflicht, die bei einem auf das ganze Gebäude sich erstreckenden Rechte an sich der Sachlage entspricht, nicht obliegt⁵⁾. In

¹⁾ Oben S. 18.

²⁾ RG. (18. III. 87) 18, 322 (OLG. Köln); Colmar (21. II. 13) ElsLothrJZ. 1914, 5; LG. Mülhausen (24. I. 14) ElsLothrNotZschr. 1914, 131.

³⁾ OLG. Stuttgart (23. IV. 13) Württ. Jahrb. 25, 305; OLG. Karlsruhe (13. X. 09) BadRspr. 10, 245 (hier sollte allerdings von der grundbuchlichen Eintragung abgesehen werden); BayObLG. (16. III. 08) 9, 162; RG. (16. III. 01) Gruchot. 46, 131 (Posen). Anders OLG. Hamburg (15. XI. 97) HansGZ. 1898, 279.

⁴⁾ In der oben Anm. 2 zitierten Entsch.

⁵⁾ Vgl. die Entsch. des OLG. Hamburg in Anm. 3 und die des LG. Mülhausen in Anm. 2.

anderen Fällen mag etwa die Rücksicht auf kleine Gärten u. dgl., die zum Hause gehören und deren Benutzung durch ein bloßes Wohnrecht nicht gesichert werden würde, für die Beteiligten ausschlaggebend sein.

Eine andere und zwar ausschließlich im rheinischen Rechtsgebiet anzutreffende Besonderheit ist der Nießbrauch an einer ideellen Grundstückshälfte¹⁾. Er tritt auch bei Grundstücken auf, die nicht im Miteigentum, sondern im Alleineigentum stehen. In einem derartigen Falle ist der Tatbestand etwas näher angegeben; die Ehefrau hatte dem Ehemann den Nießbrauch an der ideellen Hälfte einer ihr allein gehörigen Liegenschaft bestellt²⁾. Die rechtstatsächliche Erklärung für dieses ungewöhnliche, rechtlich zweifelhafte³⁾ Gebilde ist nicht leicht zu finden. Wahrscheinlich liegt eine Gewohnheit der Ehegatten zugrunde, gegenseitig den Überlebenden und die Kinder je zur Hälfte als Erben einzusetzen, dem Überlebenden aber außerdem an dem Erbteil der Kinder den Nießbrauch, sei es letztwillig⁴⁾ oder durch Vertrag unter Lebenden⁵⁾ zuzuwenden, wobei vielfach die Bestellung des Nießbrauchs an der Hälfte der Grundstücke praktisch genügen wird. Auf solche Weise wird ein Zustand erreicht, der der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht nur äußerlich ähnelt, sondern in der älteren Betrachtungsweise auch verwandt ist, da man bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Recht des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Gesamtgutanteils der Kinder bisweilen als Nießbrauch ansah⁶⁾. Nießbrauchsbestellung und Erbeseinsetzung bilden darnach eine Ergänzung der im rheinischen Gebiet herrschenden Fahrnisgemeinschaft, der die fortgesetzte Gütergemeinschaft als gesetzliche Einrichtung an sich fremd ist. Natürlich können im einzelnen Falle auch andere Gründe obwalten. So wäre es z. B. denkbar, daß die Bestellung des Nießbrauchs an

¹⁾ RG. (? 1884) JW. 317 Nr. 69 (rhein. Recht); OLG. Colmar (26. VI. 06); ElsLothrNotZschr. 06, 326; (14. VII. 06) ElsLothrJZ. 06, 572; OLG. Colmar (22. III. 09) ElsLothrJZ. 1910, 31; ElsLothrMinReskript in ElsLothrJZ. 1909, 272; LG. Trier (26. II. 13) RheinNotZschr. 1913, 69; KG. (23. XI. 16) 49 A 191 (Düsseldorf).

²⁾ Entsch. des LG. Trier in voriger Anm.

³⁾ Vgl. Güthe, Grundbuchordnung³ I Anm. 6 zu § 6 (S. 120 f.) und dort Zitierte. Die Ausführungen Güthes lassen hier die gewohnte Klarheit vermissen. Sehr entschieden für die Zulässigkeit des Nießbrauchs an einer ideellen Hälfte des im Alleineigentum stehenden Grundstücks Mot. III 404; Prot. 4058 (II).

⁴⁾ Ein Beispiel für ein solches Testament OLG. Colmar (16. III. 01) ElsLothrJZ. 36, 324.

⁵⁾ Schenkung von Todes wegen in dem Falle JW. 1884, 317.

⁶⁾ Vgl. z. B. Preuß. Gesetz vom 16. IV. 60 (GS. S. 165) § 7 III IV. Häufiger wurde der Beisitz als Nießbrauch konstruiert, vgl. Gengler, Deutsches Privatrecht⁴ 543.

der ideellen Grundstückshälfte der Verdinglichung des Rechts auf den halben Grundstücksertrag dienen soll.

Eine fernere Eigentümlichkeit des rheinischen, richtiger des elsäß-lothringischen Rechtsgebietes ist das Vorkommen eines einheitlichen Nießbrauchs an mehreren Grundstücken, also einer Art Gesamtnießbrauch¹⁾. Hervorgerufen wird diese Erscheinung natürlich wiederum durch die starke Zersplitterung des Grundbesitzes; für die Wahl des Gesamtnießbrauchs anstelle gesonderter Nießbräuche an den einzelnen Grundstücken ist offenbar lediglich der Kostenpunkt maßgebend, weil man davon ausgeht, daß bei mehreren gesonderten Nießbräuchen die Kosten für jedes einzelne Grundstück berechnet werden müßten, während im ersteren Falle nur ein einheitlicher Kostenbetrag anzusetzen sein würde. In der Tat läßt die elsäß-lothringische Praxis einen Gesamtnießbrauch in diesem Sinne da zu, wo die belasteten Grundstücke ein wirtschaftliches Ganzes bilden und die Aufhebung des Nießbrauchs an dem einen derselben den Wert des Nießbrauchs an den andern wesentlich beeinträchtigen würde²⁾. Indessen läßt sich materiellrechtlich eine solche Unterscheidung nicht rechtfertigen. Der angebliche Gesamtnießbrauch hat bezüglich jedes einzelnen Grundstücks durchaus keinen andern rechtlichen Inhalt als der Einzelnießbrauch. Der Gesamtbelastungsvermerk ist daher gegenstandslos; der Sachverhalt ist lediglich dahin aufzufassen, daß eine Mehrheit von Nießbräuchen entstanden ist³⁾.

Keinerlei Erwähnung in dem umfangreichen Entscheidungsmaterial finden bemerkenswerterweise der Nießbrauch am Walde (§ 1038 I BGB.), am Bergwerk oder einer andern Anlage zur Gewinnung von Bodenbestandteilen (§ 1038 I) sowie der Nießbrauch an einem Grundstück „nebst Inventar“ (§ 1048 II).

II. An zweiter Stelle steht unter den Nießbrauchsgegenständen die Hypothek, mithin gerade dasjenige Recht, das vom BGB. bei seiner eingehenden Regelung des „Nießbrauchs an Rechten“ nicht erwähnt wird. Die Zahl der einschlagenden Entscheidungen ist recht erheblich⁴⁾. Das ist leicht zu erklären. Der Nießbrauch er-

¹⁾ OLG. Colmar (21. I. 07) ElsLothrJZ. 1907, 148; LG. Straßburg (3. IV. 06) und (3. XI. 06) ElsLothrJZ. 1909, 151.

²⁾ ElsLothrMinReskript in ElsLothrJZ. 1909, 271.

³⁾ So auch Gütthe aaO. 6 zu § 49; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht⁴ I, 311.

⁴⁾ OT. (9. X. 74) StrA. 92, 301; OVGSt.S. (21. V. 97) 6, 137; (30. VI. 02) 11, 49; (24. III. 09) 14, 57; OVG. (21. IV. 10) 57, 23; LG. Mülhausen (27. XII. 03) ElsLothrNotZschr. 04, 120; KG. (25. V. 05) Rspr. 12, 138; OLG. Hamburg (2. VII. 06) Rspr. 16, 171; LG. Dessau (15. IX. 06) AK. Naumburg 06, 79; KG. (25. VII. 07) Rspr. 18, 202; OLG. Colmar (25. V. 07) Recht Nr. 812; (23. X. 09) ElsLothrNotZschr. 1910, 30; KG. (20. VI. 10) 40 A 163; RG. (29. VI. 10) 74, 78; KG. (14. XI. 10) 40 A 275; KG. (24. VI. 12) 43 A 227; RG. (6. II. 15) 86, 218; (23. II. 17) 89, 427.

fordert seiner Natur nach eine dauerhafte und gesicherte Unterlage. Beide Erfordernisse erfüllt die Hypothek, die erste deshalb, weil die Hypotheken ganz überwiegend auf langfristigen Forderungen beruhen. Der Ursprung des Hypothekennießbrauchs liegt entweder in einem Vorbehalt bei vorweggenommener Erbteilung oder in einer letztwilligen Zuwendung zum Zwecke der Versorgung oder in einer Erbesauseinandersetzung. Besonders in letzterem Falle kann sich der Hergang so gestalten, daß Nießbrauch und belastete Hypothek gleichzeitig entstehen, so z. B. wenn nach dem Tode des Vaters für die Kinder eine Erbgeldhypothek am Nachlaßgrundstück und an dieser für die Mutter der Nießbrauch eingetragen wird. Bei solcher Sachlage ergibt sich eine typische Rechtsfrage, nämlich ob bei gleichzeitiger Eintragung einer Hypothek und eines an dieser bestehenden Nießbrauchs gemäß § 19 GBO. außer der Bewilligung des Eigentümers auch die des Nießbrauchers beigebracht werden müsse. Das RG. (10. II. 02) Recht Nr. 1007, das KG. (24. VI. 12) 43 A 227, das OLG. Colmar (15. IX. 06) Recht 1907 Nr. 812 und das LG. Dessau (15. IX. 06) AK. Naumburg 1906, 79 haben die Frage im Gegensatz zum OLG. Hamburg (2. VII. 06) Rspr. 16, 71 und LG. Cöln (6. II. 05) RheinNotZtschr. 05, 67 mit Recht verneint, weil die Hypothek in unserm Falle von vornherein als eine belastete entsteht, während § 19 GBO. den Schutz des grundbuchlich bereits eingetragenen Berechtigten gegen etwaige Beeinträchtigungen seines Rechts bezweckt.

Nur vereinzelt wird ein Nießbrauch an einer hypothekarisch nicht gesicherten Forderung genannt¹⁾, und auch der Nießbrauch an Wertpapieren kommt nicht so häufig vor, wie man annehmen sollte²⁾. Bisweilen ist vom Nießbrauch an einem „Kapital“ die Rede, wobei es sich ebensowohl um eine Forderung wie um eine bestimmte Wertpapiermenge handeln kann³⁾. Wirtschaftlich ganz unverwertbar für den Nießbrauch sind die spezifischen Formen des kurzfristigen Kredits, wie insbesondere der Wechsel⁴⁾. Ein Nießbrauch am Wechsel dürfte daher kaum je vorkommen. Ebensowenig finden sich Spuren des Nießbrauchs an einem Patent- oder sonstigen Immaterialgüterrecht. Von hervorragenden Praktikern des Patentrechts⁵⁾ wird mir

¹⁾ RG. (14. XII. 86) JW. 18, 62; (1. XII. 92) JW. 93, 89; OVGSt.S. (9. I. 02) 11, 322. (Das Vorliegen eines Nießbrauchs ist hier zweifelhaft.)

²⁾ Ein Beispiel OLG. Braunschweig (7. V. 03) Rspr. 7, 40; vgl. auch unten S. 40.

³⁾ RG. (19. IV. 10) ElsLothrNotZtschr. 1910, 257, vgl. auch BadVerwGH. (5. III. 18) BadRspr. 1919, 7; RG. (10. V. 86) 15, 298 (Nießbrauch an einem Legat).

⁴⁾ Über einige angebliche Fälle des Nießbrauchs an GmbH-Anteilen S. 31, 39.

⁵⁾ Insbesondere von Herrn Justizrat A. Seligsohn-Berlin, der in seinem

bestätigt, daß ein solcher Nießbrauch, dem z. B. Kent, Patentrecht (1906) I 620ff und Riezler, Urheber- und Erfinderrecht (1909) 98ff. mehrere Seiten widmen, und über den man auch eine Dissertation hat schreiben lassen¹⁾, der deutschen Praxis unbekannt ist²⁾. Die adäquate Rechtsform der Nutzung ist auf patentrechtlichem Gebiete die Lizenz; der Verwertbarkeit des Nießbrauchs steht hier besonders die begrenzte Dauer des Patentrechts entgegen³⁾, sie hat zur Folge, daß dem Patentberechtigten (Patenteigentümer), wenn der Nießbrauch bis zum Ablauf des Patents fort dauert, überhaupt nichts verbleibt.

Der Nießbrauch am ganzen Vermögen spielt abgesehen von dem sogenannten Erbschaftsnießbrauch in der Rechtswirklichkeit nur eine sehr geringe Rolle. Einige Beispiele haben wir oben S. 19 und 25 kennen gelernt, aber sie sind zweifelhaft und vereinzelt. Auch in dem technisch so hoch entwickelten Groß-Berliner Rechtsverkehr ist der Nießbrauch am ganzen Vermögen unbekannt, wie denn auch das Formularbuch des Berliner Anwaltvereins für die Bestellung eines Vermögensnießbrauchs kein Beispiel bringt, obschon sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Über den Nießbrauch am Erwerbsgeschäft unten S. 42 ff.

Nach alledem ist es durchaus unzutreffend, wenn das RG. (27. II. 09) Seuff. 64, 413 ausführt: „Ohne Unbilligkeit kann verlangt werden, daß bei jedem (?) eingetragenen Nießbrauch mit der Möglichkeit des Bestehens der Berechtigung aus § 1086 (Vollstreckungsrecht der Gläubiger des Eigentümers in das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen) gerechnet wird, weil in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle (!) der Nießbrauch nicht Einzelnießbrauch, sondern Vermögensnießbrauch, insofern also nicht jener, sondern dieser das Gewöhnliche ist.“ Dieser Ausspruch des RG. kann zugleich als Beispiel für den Nutzen dienen, den die Rechtstatsachenforschung der Praxis unmittelbar zu bringen vermag! Auch in der Wissenschaft sind ähnliche Irrtümer wie beim RG. verbreitet. So sagt Wolff, Sachenrecht S. 378, am häufigsten sei der vermachte Nießbrauch an einem Nachlaß zugunsten des überlebenden Ehegatten, ein Einzelnießbrauch an Mobilien und an Rechten komme kaum je vor.

Kommentar zum Patentgesetz⁵ (1912) 171 hinsichtlich des Nießbrauchs lediglich auf die Ausführungen bei Kohler (unten Anm. 4) verweist. In dem Kommentar von Isay wird der Nießbrauch überhaupt nicht erwähnt.

¹⁾ Hermann, Nießbrauch und Pfandrecht an einem Patentrecht, Göttingen 1900.

²⁾ Die bei Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts 1900 S. 498ff. angeführten französischen Entscheidungen, die ich nicht nachprüfen konnte, sind vielleicht auf Fälle gesetzlicher Nutznießung zu beziehen, jedenfalls lassen sich bei der wesentlich andern Bedeutung, die der Nießbrauch für die französische Rechtspraxis hat, für Deutschland aus ihnen keine Schlüsse ableiten.

³⁾ Vgl. Kohler aaO.

§ 7. Gemeinschaftlicher Nießbrauch.

Verschieden von dem oben S. 93 erörterten Falle der Teilung des Gegenstandes, auf den sich der Nießbrauch bezieht, ist die Teilung des Nießbrauchsrechts selbst¹⁾. Ein derartig geteilter oder gemeinschaftlicher Nießbrauch — man kann ihn vielleicht auch Mitnießbrauch nennen — findet sich namentlich in Übergabeverträgen, indem sich die Eltern den Nießbrauch an dem übergebenen Grundstück vorbehalten oder auch ein Grundstück für die Kinder anschaffen und sich bei dieser Gelegenheit von dem Verkäufer den Nießbrauch bestellen lassen. Man hat bei Abfassung des BGB. an derartige konkrete Erscheinungen nicht gedacht, sondern den Gegenstand wiederum lediglich aus theoretischen Vorstellungen heraus behandelt. Das Ergebnis ist der § 1060. Er bestimmt, daß wenn ein Nießbrauch mit einem andern Nießbrauch (oder einem sonstigen Nutzungsrecht) bei gleichem Rang dergestalt zusammentrifft, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, die Vorschrift des § 1024 Anwendung finden soll, d. h. es soll jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen können. Hier ist also eine Mehrheit von Nießbräuchen vorausgesetzt, von denen jeder an sich das ganze Grundstück im vollem Umfange ergreift, und die daher rechtlich unvermittelt nebeneinander stehen. Regelmäßig nimmt aber der gemeinschaftliche Nießbrauch nicht diese Erscheinungsform, sondern die der ideellen Teilung an, insbesondere lautet für Ehegatten die typische Eintragung folgendermaßen: „Ein Nießbrauch für die Ehegatten X. Y. je zur Hälfte eingetragen . . .“ Die Eintragung solcher Nießbrauchsbruchteile hat das KG. (23. XI. 16), Jahrb. 49 A 192 mit Recht für zulässig erklärt²⁾. Das Rechtsverhältnis der Mitnießbraucher bestimmt sich in diesem Falle nach den Vorschriften über die Gemeinschaft, auch werden die Regeln des Miteigentums zum Teil (§ 1010 f.) sinngemäß herangezogen werden können. Endet das eine Bruchteilsrecht, z. B. durch Tod des Mitnießbrauchers, so entsteht, wie das KG. zutreffend ausführt, eine nach denselben Grundsätzen wie der Mitnießbrauch zu

¹⁾ Ganz unergiebig für unsere Untersuchungen ist der Aufsatz von Adamkiewicz, ArchBürgR. 31, 21 ff.

²⁾ Unzulässig ist dagegen die Eintragung in der Art, daß dem Nießbraucher die Hälfte der Einkünfte aus dem Grundstück zustehen soll, KG. (11. VII. 10) Rspr. 26, 85. — Die begriffliche Frage der Zulässigkeit des ideell geteilten Nießbrauchs ist vorzugsweise in der gemeinrechtlichen Literatur behandelt worden, vgl. z. B. Windscheid-Kipp, Pandekten I § 205 Anm. 6—9 und dort Zitierte. — Vom Standpunkt des BGB. leugnet die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Nießbrauchs v. Thur, Der Allgem. Teil des Deutsch. bürgerl. Rechts I (1910) 87, jedoch ohne Angabe von Gründen.

beurteilende Nutzungsgemeinschaft zwischen dem noch vorhandenen Mitnießbraucher und dem Eigentümer. Diese Lösung paßt nun aber nicht recht, wenn Ehegatten Mitnießbraucher sind; hier liegt es näher, daß nach dem Tode des einen Gatten dem andern der volle Nießbrauch zufallen soll. Demgemäß enthalten z. B. die hessischen Gutsübergabeverträge, wie eine Entscheidung des LG. Gießen (14. II. 12) HessRspr. 13 (1912) 183 erwähnt, häufig eine Klausel, derzufolge der Gutsübernehmer den Nießbrauch für beide „Übergeber“ (Eltern) mit der Maßgabe bestellt, „daß das Recht jedem der Übergeber je zur ideellen Hälfte, nach dem Ableben eines der Übergeber aber das ganze Recht dem Überlebenden allein zustehen soll“. Das LG. heißt diese Eintragung gut mit der Begründung, es werde durch die Klausel lediglich der Inhalt des Nießbrauchsrechts eines jeden Berechtigten, das bis zum Ableben des andern „naturgemäß“ durch dessen Mitberechtigung beschränkt sei, für den Fall dieses Ereignisses in der Weise ausgedehnt, daß ihm nun das ganze Recht unbeschränkt zustehen soll. Diese Ausführungen sind indessen unzutreffend; ihnen liegt die Vorstellung zweier nebeneinander bestehenden Vollnießbräuche (§ 1060) zugrunde; Nießbrauchsbruchteile können sich dagegen auch beim Wegfall eines Mitberechtigten nicht in ein Vollrecht verwandeln, ebensowenig läßt sich — mangels jeden gesetzlichen Anhalts — ein Anwachsungsrecht auf den Nießbrauchsbruchteil aufpfropfen¹⁾. Möglich ist die Vereinbarung, daß beim Tode des einen Mitnießbrauchers der andere einen neuen Bruchteil in Höhe des erloschenen erhält. Aber die Verknüpfung einer derartigen Vereinbarung, die naturgemäß als wechselseitige getroffen werden müßte, mit dem gemeinschaftlichen Nießbrauch wäre für die Praxis zu kompliziert.

Ob ein Nießbrauch zur gesamten Hand, insbesondere für Ehegatten in Gütergemeinschaft begründet werden kann, erscheint zweifelhaft. Die elsäß-lothringische Praxis hatte sich gegen die Zulassung eines gütergemeinschaftlichen Nießbrauchs ausgesprochen, und wohl mit Recht²⁾. Der höchstpersönliche Charakter des Nießbrauchs ist mit dem Gesamthandprinzip unverträglich. Denn dieses schließt eine wechselseitige Übertragung von Verfügungsbefugnissen in sich, die in bezug auf den Nießbrauch nicht möglich ist. Auch ließe sich beim Nießbrauch durch die Gesamthand nicht das erreichen,

¹⁾ A. M. KG. Jahrb. 49 A 192 im Anschluß an Predari, Grundbuchordnung⁷ 1 zu § 24.

²⁾ OLG. Colmar (13. XI. 07) Rspr. 16, 181 = ElsLothrNotZtschr. 08, 81 und (23. X. 09) ElsLothrNotZtschr. 10, 30; ebenso anscheinend v. Thur aaO. A. M. Gierke, Deutsches Privatrecht II, 685 Anm. 30 und S. 657 sowie für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft Wolff, Sachenrecht⁸ 397.

was durch sie hauptsächlich erreicht werden soll, nämlich die Anwachsung des Rechts des Erstversterbenden an das Recht des Überlebenden. Eine solche Anwachsung würde dem § 1061 widersprechen, demzufolge nach dem Tode des Berechtigten ein der Anwachsung fähiges Recht nicht mehr vorhanden ist. Keinesfalls könnte die Begründung eines Nießbrauchs für die Gesamthand als solche gutgeheißen werden, da hier die dem Nießbrauch wesentliche Verknüpfung des Rechts mit dem Leben einer bestimmten Person vollends aufgegeben wäre.

§ 8. Ersatzformen für den Nießbrauch.

Die tatsächliche Würdigung eines Rechtsinstitutes wäre unvollständig, wenn sie nicht die Ersatzformen berücksichtigte, die der Verkehr da auszubilden pflegt, wo die Urform unerwünschte Wirkungen hervorruft oder wo die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Urform fehlen. Diese Ersatzformen und sonstigen Zwischenbildungen pflegen auch dogmatisch viel Interesse zu bieten; die Rechtstatsachenforschung zeigt sich hier in ihrem heuristischen Wert für die Dogmatik. Das Nießbrauchsrecht bietet dafür ein gutes Beispiel, weil die schulmäßige Betrachtung trotz der scheinbar erschöpfenden systematischen Abwandlung aller Begriffe auch an dieser Stelle wieder viel übersehen hat.

I. Will der Eigentümer eines Kapitals, mag es in Wertpapieren oder einer Hypothek angelegt sein, einem Dritten den Genuß des Kapitals auf Lebenszeit oder auf eine andere Frist einräumen, so wird ihm die Form des Nießbrauchs oft schon deshalb nicht zusagen, weil sie, wie schon erwähnt, dem Nießbraucher weitgehende Rechte hinsichtlich des Kapitals selbst gewährt (vgl. BGB. §§ 1077—1079, 1081 f.). Der Eigentümer wird lieber die für ihn weniger lästige Form der schuldrechtlichen Vereinbarung wählen. Eine solche kann auch da vorliegen, wo die Beteiligten den Ausdruck „Nießbrauch“ verwenden. So hatte sich das OVG. in einer Entscheidung vom 9. Juli 1917¹⁾ mit einem Falle zu beschäftigen, wo ein Erblasser seine beiden Töchter zu Erben eingesetzt, seiner Witwe aber den „Nießbrauch“ an gewissen G. m. b. H.-Anteilen „mit der Maßgabe“ vermacht hatte, „daß ihr nur die Revenuen zustehen“ sollten; sobald die Töchter das 25. Lebensjahr erreicht hätten, solle der Nießbrauch „auf die Hälfte beschränkt“ werden. Der Fall bereitete den beteiligten Instanzen große Schwierigkeiten. Das OVG. nahm einen beschränkten Nießbrauch an. Niemand kam darauf, ob sich hier nicht hinter dem

¹⁾ Mitgeteilt von Kollmann im PreußVerwBl. 1918, 289.

Ausdruck Nießbrauch ein bloßes Forderungsvermächtnis verberge, und doch wird diese Deutung, die auch zu einer einfachen Lösung der Steuerfrage führt, allein dem Willen des Erblassers in ungezwungener Weise gerecht, denn es war offenbar nichts weiter gewollt, als daß die Witwe den Gewinn aus den Anteilen zunächst ganz und später zur Hälfte erhalten sollte¹⁾.

Bei der schuldrechtlichen Gestaltung des Verhältnisses ist die Rechtsstellung des Frucht-(Zins-)Berechtigten freilich eine wenig gesicherte. Aber um sie zu verbessern, braucht man nicht das schwere Geschütz des Nießbrauchs aufzufahren. Man wird vielfach z. B. mit Hilfe der Treuhandeinrichtung auskommen können. Lehrreich ist dafür die schon erwähnte Entscheidung des OVGSt.S. (22. VI. 11) 15, 196. Hier hatte X. sich anläßlich der Verlobung seines Bruders diesem und dem Schwiegervater gegenüber verpflichtet, dem Bruder den lebenslänglichen Zinsgenuß an einem Kapital von 105 000 M. einzuräumen. In Ausführung dieser Verpflichtung hinterlegte er die Papiere bei einer Bank in der Weise, daß die Verwaltung zwei Treuhändern übertragen wurde, von denen X. und der Bruder je einen ernannten; gleichzeitig bestimmte er, daß die fälligen Zinsen an den Bruder oder dessen Ehefrau zu zahlen seien. Das OVG. nahm hier Nießbrauch an. Unbedingt abzulehnen ist diese Auffassung nicht, denn nach § 1081 BGB. genügt zur Bestellung des Nießbrauchs die Einräumung des Mitbesitzes, und es ist anzunehmen, daß X. und sein Bruder durch die Treuhänder mittelbare Besitzer geworden waren, § 868 BGB.. (Das OVG. hat diese wichtige Frage allerdings nicht geprüft.) Im ganzen aber passen die Vorschriften des BGB. über den Nießbrauch an Inhaberpapieren hier sehr wenig. Insbesondere soll nach § 1081 I 1 dem Nießbraucher der Besitz der Zinsscheine allein zustehen, und nach § 1082 kann sowohl der Eigentümer wie der Nießbraucher die amtliche Hinterlegung des Stammpapieres, der Nießbraucher auch die Hinterlegung bei der Reichsbank fordern. Das alles ist hier ausgeschlossen. Die schuldrechtliche Konstruktion dürfte daher dem Parteiwillen besser entsprechen. In jedem Falle ist es möglich, auf rein schuldrechtlichem Wege das dem X. vorschwebende Ziel zu erreichen.

Hinsichtlich eines Grundstücks kann sich eine schuldrechtliche Ersatzform des Nießbrauchs daraus ergeben, daß die Eintragung des Nießbrauchs unterlassen wird. Wie wir gesehen haben, ist dies bei

¹⁾ Nicht beigespflichtet werden kann dagegen der Entsch. des OVG. (14. VI. 04) 46, 57 ff. Hier sollte ein Pfarrer den Nießbrauch an den Pfarrgrundstücken bis zur Höhe von 9000 M. haben und den Überschuß an die Pfarrkasse abführen. Das OVG. erachtete dies als unverträglich mit dem Begriff des Nießbrauchs. Mit Unrecht; es lag nur eine schuldrechtliche Bindung des Nießbrauchers vor.

der elsässischen „Meisterschaft“ die regelmäßige Erscheinung¹⁾. Es ist aber auch sehr wohl möglich, daß z. B. die Witwe aus Gründen der Kostenersparnis davon absieht, sich den ihr vermachten Nießbrauch am Nachlaßgrundstück eintragen zu lassen, wie ja überhaupt die Rücksicht auf die Kostenersparnis besonders in der ländlichen Bevölkerung in großem Umfange sowohl zur Unterlassung von Eintragungen wie auch von Löschungen führt. In allen derartigen Fällen ist das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten schuldrechtlicher Art, aber im Sinne des Nießbrauchsrechts auszulegen²⁾. Das Nutzungsrecht erlischt also im Zweifel mit dem Tode des Berechtigten, und es ist nicht abtretbar. Dagegen entsteht hier kein unmittelbarer Anspruch auf die Miet- und Pachtzinsen; natürliche Früchte fallen dem Nutzungsberechtigten, solange er sich nicht im Besitz des Grundstücks befindet, nicht schon bei der Trennung, sondern, wie bei der Pacht, erst mit der Besitzergreifung zu (§ 956, übrigens eine ziemlich doktrinaire Unterscheidung, zu der hier das Gesetz nötigt). Ob für den Eigentümer eine Verpflichtung zur Eintragung des Nießbrauchs besteht, ist nur nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden und bei der elsässischen Meisterschaft anscheinend richtiger zu verneinen.

II. Zu den Ersatzformen des Nießbrauchs gehört auch der uneigentliche Nießbrauch, denn an verbrauchbaren Sachen ist ein Nießbrauch jedenfalls praktisch nicht möglich. Es bedarf nicht der Ausführung, daß der uneigentliche Nießbrauch nicht ein Nießbrauch, d. h. ein begrenztes dingliches Recht an fremder Sache ist, sondern daß er lediglich ein schuldrechtliches Verhältnis erzeugt³⁾. Allzu groß ist die praktische Bedeutung des uneigentlichen Nießbrauchs nicht zu veranschlagen. Die Entscheidungssammlungen erwähnen ihn kaum jemals⁴⁾. Wolff, Sachenrecht S. 400 Anm. 9, nennt als „Hauptbeispiel des uneigentlichen Nießbrauchs“ den Nießbrauch am Nachlaß, wenn zu diesem verbrauchbare Sachen gehören. Nimmt man aber an, daß der Nießbrauch am Nachlaß in der überwiegenden Zahl der Fälle als Vorerbschaft und außerdem in andern Fällen zum Teil als ein schuldrechtliches Verhältnis zu deuten ist, so wird man auch diesem Beispiel keine erhebliche Bedeutung beimessen können.

¹⁾ An sich bestand in Elsaß-Lothringen der Eintragungszwang auch für die Zeit des Überganges in das Recht des BGB., vgl. Kisch, Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht (1905) 452, 721.

²⁾ Ein lebenslängliches Nutzungsrecht an einem Grundstück auf schuldrechtlicher Grundlage wird auch behandelt vom RG. (10. III. 17) Recht Nr. 1067 (Kammergericht.)

³⁾ Fiduziarisches Eigentum (Kohler, ArchZivPrax. 107, 262) liegt allerdings nicht vor, denn der uneigentliche Nießbraucher übt das ihm zufallende Eigentum keineswegs im Interesse des Bestellers (Ersatzberechtigten) aus.

⁴⁾ Höchstens kämen die S. 27 Anm. 1 und 2 genannten Entscheidungen in Betracht.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Lehre von dem Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft¹⁾. Das BGB. sagt von ihm nichts, doch erwähnt § 22 II HGB. die „Übernahme eines Handelsgeschäfts auf Grund eines Nießbrauchs“ — gegenüber dem AHGB. eine Neuerung, und zwar eine wenig glückliche. Im Anschluß an dieses Vorbild spricht dann VVG. § 151 II von dem Nießbrauch an einem (gewerblichen) Unternehmen. Auch in der Rechtsprechung wird der Nießbrauch an einem geschäftlichen Unternehmen mehrfach erwähnt, wobei als „Nießbraucherin“ die Witwe auftritt²⁾. Hieraus wird verständlich, daß die französische Jurisprudenz der Lehre vom Nießbrauch am Erwerbsgeschäft besondere Aufmerksamkeit zugewendet hat³⁾.

Mit Recht sagt das RG., daß der Nießbrauch an einem Handels- (Erwerbs)geschäft als Einheit rechtlich nicht bestehe⁴⁾. Es liegt deshalb überall, wo er als solcher auftritt, in Wahrheit eine Ersatzform vor, die der näheren rechtlichen Bestimmung bedarf. Ausgeschlossen ist die Deutung als „Nießbrauch am Vermögen“. Denn als solcher gilt nach dem zweifelsfreien Wortlaut und Sinn des § 1085 nur der Nießbrauch am gesamten Vermögen einer Person. Die Regelung des Nießbruchs an einem Sondervermögen, insbesondere an einem Handelsgeschäft hatte man absichtlich der Wissenschaft und Praxis überlassen⁵⁾. Häufig wird es sich bei dem „Nießbrauch“ an einem Geschäft in Wirklichkeit nur um ein Stück einer (Witwen-) Vorerbschaft handeln. Im übrigen muß man, wie das OVG.i.St.S. (6. VIII. 07) 13, 177 zutreffend darlegt, den Sinn der Zuwendung nach Lage des Einzelfalles zu ermitteln suchen. Die Absicht kann nämlich dahin gehen, daß das Geschäft während der Dauer des Nießbrauchs von der Witwe (um bei diesem Beispiel zu bleiben) betrieben werden und nach Erlöschen des Nießbrauchs an die Erben fallen soll. Bei einer Firma ist dann die Witwe im Handelsregister einzutragen. Es kann aber auch gemeint sein, daß die Erben das Geschäft betreiben und nur schuldrechtlich verpflichtet sein sollen, der Witwe den Reingewinn — etwa nach Abzug bestimmter Beträge — herauszugeben; hier sind die Erben im Handelsregister einzutragen. Der letztere Fall ist der einfachere und näherliegende, zum mindesten wenn der Witwe die Kenntnisse zur Leitung des Geschäfts fehlen. Er bietet rechtlich kaum Schwierigkeiten; ergibt sich in einem Geschäftsjahre ein Verlust, so wird § 1655 Satz 2 BGB. entsprechend anzuwenden

¹⁾ Vgl. Jacusiel, Nutzungsrechte am Erwerbsgeschäft (1906).

²⁾ RG. (29. IX. 04) 59, 32; (26. I. 09) 70, 226; OVG.i.St.S. (11. X. 95) 4, 154; (6. VII. 07) 13, 175; OLG. Dresden (24. I. 88) Seuff 45, 181.

³⁾ Oben S. 2 f.; Kohler, JherJahrb. 24, 230 ff.

⁴⁾ RG. (26. I. 09) 70, 232.

⁵⁾ Mot. III 559 f.

sein. Anders steht es mit dem ersten Fall¹⁾; es ist der, auf den sich § 22 II HGB. allein bezieht²⁾. Hier wird die Witwe notwendig Gläubigerin der Geschäftsforderungen ebenso wie Schuldnerin der Geschäftsschulden und zwar gemäß § 25 HGB. grundsätzlich auch der vor der Geschäftsübernahme entstandenen. Eine mündelsichere Anlage der eingehenden Geldbeträge (§ 1079) kommt natürlich nicht in Frage, das Geld ist vielmehr im Geschäft zu verwenden. Auch die Warenvorräte gehen in das Vermögen der Witwe über³⁾. Man kann hier von einem uneigentlichen Nießbrauch sprechen⁴⁾, allerdings mit der Maßgabe, daß die Witwe nach Beendigung des Nießbrauchs nicht „den Wert zu ersetzen hat, den die Sachen zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs hatten“ (§ 1067), sondern daß sie die noch vorhandenen Sachen in natura herauszugeben und daneben den Wertunterschied der übernommenen und der herauszugebenden Sachen zu erstatten bzw. zu beanspruchen hat⁵⁾. Dagegen erscheint die Anwendung der Vorschriften über den echten Nießbrauch möglich und geboten hinsichtlich der dauernden sachlichen Unterlagen des Geschäfts, z. B. des Geschäftsgrundstücks und des Geschäftsinventars. Hinsichtlich des letzteren müßte in analoger Anwendung des § 1048 der Witwe ein Verfügungsrecht über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zugestanden werden, und zwar unabhängig davon, ob der Geschäftsbetrieb mit einem Grundstück verbunden ist oder nicht⁶⁾. Was schließlich den Geschäfts-

¹⁾ Ein solcher ist behandelt vom OLG. Dresden (24. I. 88) Seuff. 45, 181.

²⁾ KG. (15. II. 06) Jahrb. 32 A 87 behandelt den Fall, daß zu dem mit dem Nießbrauch belasteten Nachlaß ein Anteil an einer offenen Handelsgesellschaft gehört. Das KG. will hier die Nießbrauchsbestellung gemäß § 1069 II für unwirksam erklären, weil der Gesellschaftsanteil nach §§ 707, 719 unübertragbar sei. Damit aber wird der Wille des Testators vergewaltigt. Zum mindesten muß dem Bedachten ein schuldrechtlicher Anspruch auf den Gewinn zugestanden werden, der dem Anteil an der Gesellschaft entspricht. Vermutlich aber lag überhaupt ein Fall der Vorerbschaft vor. Leider gibt der Tatbestand nicht den Wortlaut der testamentarischen Bestimmungen wieder.

³⁾ Die weitgehenden Ausnahmen, die Kohler JherJahrb. 24, 233 für Gemäldehandlungen, Bijouteriewarenhandlungen usw. aufstellt, sind m. E. nicht anzuerkennen. In solchen Fällen wird sich die zutreffende Lösung aus den Vereinbarungen der Parteien oder aus einer sachgemäßen Würdigung ihres Willens nach Lage des Einzelfalles finden lassen. Allgemeine Regeln haben hier m. E. wenig Wert.

⁴⁾ So auch Rudolf Isay, Recht am Unternehmen 160; Düringer-Hachenburg HGB. I, 258; andere, m. E. zu enge und unpraktische Auffassungen bei Pisco, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (1907) 130 ff. sowie in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts II, 229 ff.

⁵⁾ So zutreffend R. Isay 168 f., der nur insofern irrt, als er die wechselseitigen Ausgleichungsansprüche wegfallen lassen will, wenn keine Übernahmebilanz gemacht worden war. In Wirklichkeit wird durch das Fehlen der Bilanz nur die Berechnung des Ersatzbetrages erschwert, nicht aber der materielle Anspruch berührt.

⁶⁾ Ebenso Düringer-Hachenburg aaO. I, 257.

betrieb im ganzen anlangt, so folgt einfach aus dem sprachlichen Grundgedanken der Zuwendung des „Nießbrauchs“, daß das Geschäft mit dem Tode der Witwe oder mit dem Ablauf der bestimmten Zeit an die Erben fällt und die Witwe in der Zeit ihrer Inhaberschaft alles zu unterlassen hat, was geeignet sein könnte, dieses Recht der Erben für die Zukunft zu beeinträchtigen.

Nach allem ist der Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft von *dem Nießbrauch an einer Sache gründlich verschieden*. Schon aus diesem Grunde halte ich es nicht für glücklich, wenn Düringer-Hachenburg¹⁾ in alle Einzelheiten hinein und mit aller Ausführlichkeit hier das Schema des eigentlichen Nießbrauchs abwandeln. So ist es sicherlich unzutreffend, dem „Eigentümer“ (künftigen Inhaber) des Geschäfts bei einem seine Rechte gefährdenden Verhalten des „Nießbrauchers“ den Anspruch auf gerichtliche Verwaltung des Geschäfts gemäß §§ 1051 ff. BGB. (die ohnehin nur auf dem Papier stehen!) zu gewähren. Aber das von Düringer-Hachenburg an dieser Stelle eingeschlagene Verfahren erscheint mir auch methodisch bedenklich. Ganz abgesehen von der geringen praktischen Bedeutung des Gegenstandes schafft die durch den Schematismus ermöglichte weitgehende Detaillierung nur den Schein der Klarheit und Genauigkeit, in Wahrheit begünstigt sie eine unfreie Handhabung des Rechts. Erforderlich und fruchtbar ist für die Praxis allein die Aufstellung der wesentlichen Gesichtspunkte²⁾.

III. Einen Ersatz für die Bestellung des Nießbrauchs kann bei verzinslichen Forderungen auch die Abtrennung des Zinsrechts vom Hauptrecht bilden. Denn der Gläubiger kann dem Dritten den Zinsgenuß an der Forderung auch so verschaffen, daß er ihm unter Vorbehalt des Hauptrechts nur das Zinsrecht überträgt. Natürlich kann auch der Gläubiger bei Abtretung des Hauptrechts an den Dritten das Zinsrecht sich selbst vorbehalten; ebenso ist es möglich, daß das Zinsrecht nur zum Teil von dem Hauptrecht abgetrennt wird, etwa derart, daß bei Abtretung einer mit 5 % verzinslichen Forderung nur 4 % Zinsen abgetreten werden, während das überschießende Prozent dem bisherigen Gläubiger verbleibt. Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis hält eine derartige Trennung des Haupt- und Zinsrechtes bei der Hypothek mit dinglicher Wirkung für statthaft³⁾; dabei besteht unter den Vertretern der

¹⁾ aaO. I 255 ff.

²⁾ Übrigens soll dem Düringer-Hachenburgschen Werke übertriebener Schematismus nicht etwa allgemein vorgeworfen werden.

³⁾ Vgl. die Entscheidungen in Anm. 1 auf S. 47; aus der Literatur Predari, Grundbuchordnung² (1913) 1a zu §§ 23/24 — ihm folgt das RG. —; Güthe, GBO.³ Anm. 12 zu § 26; Fischer-Arnheim, Grundbuchrecht² (1913) 8 zu § 61; Wolff, Sachenrecht⁸ 539⁵; Biermann, Sachenrecht³ (1914) 7 zu

herrschenden Ansicht Einigkeit darüber, daß für das verselbständigte Zinsrecht die erleichternden Vorschriften des BGB. und der ZPO. über rückständige Hypothekenzinsen (§§ 1159, 1160 III BGB., 830 III 1, 837 II 1 ZPO.) nicht gelten, mithin zur Abtretung des bloßen Zinsrechts bei Briefhypotheken eine schriftliche Abtretungserklärung unter Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich ist. Es muß darnach regelmäßig zur Bildung eines Teilhypothekenbriefes kommen (§ 1152 BGB.); insbesondere hat das RG. wiederholt ausgesprochen, daß es zur Pfändung des Zinsrechts der Übergabe oder Wegnahme des Briefes gemäß § 830 I 1, 2 ZPO. bedürfe¹⁾.

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Abtrennung des Zinsrechts taucht zunächst da auf, wo die Abtretung einer verzinslichen Hypothekenforderung zu einem niedrigeren als dem eingetragenen Zinsfuß erfolgt. Im Zweifel wird hier anzunehmen sein, daß der Gläubiger auf den Zinsunterschied verzichten will²⁾, d. h. also, daß gleichzeitig mit der Abtretung eine Herabsetzung des Zinsfußes erfolgt, und es müßten schon schwerwiegende Gründe, insbesondere ein ausdrücklicher Vorbehalt vorliegen, um die gegenteilige Annahme zu rechtfertigen. Tatsächlich findet sich in der Rechtsprechung kein Beispiel für einen wirklichen Vorbehalt des Teilzinsrechts, der auch ziemlich unzweckmäßig wäre; um so häufiger kommt es vor, daß ein Hypothekengläubiger sich bei der Abtretung „den Zinsgenuß“ oder das „Zinsgenußrecht“ im ganzen auf Lebenszeit vorbehält. Das KG. hat in einem solchen Falle die Begründung eines Nießbrauchs als gewollt angesehen³⁾, das RG. hat jedoch in einem andern Falle entgegengesetzt entschieden⁴⁾. Beide Gerichte lassen die Entscheidung von einer Würdigung der Umstände des einzelnen Falles abhängen, gehen aber dabei von verschiedenen Gesichtspunkten aus. Beide Tatbestände sind nämlich in den wesentlichen Stücken gleich. Das RG. führt für seine Auffassung nichts weiter an, als daß die Zedentin erklärt habe, sich den Zinsgenuß vorzubehalten, und daß daraufhin die grundbuchliche Eintragung und Umschreibung stets „unbeschadet des Zinsbezugsrechts der Frau“ erfolgt sei. Hiernach gehe weder aus dem Grundbuch noch aus dem Parteivorbringen hervor, daß ein Nießbrauch bestellt worden sei. Aber dem ist entgegenzuhalten, daß es selbstverständlich nicht auf den gewählten Ausdruck, sondern auf die Sache ankommt. Das KG. ließ sich denn auch mit Recht von

§ 1158; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht⁴ II, 220; Huther, MecklZ. 1909, 123 ff. u. a.

¹⁾ RG. (29. II. 10) 74, 83; (7. I. 16) LZ. 462.

²⁾ Staudinger-Kober⁸ 4 b zu § 1158 und dort Zitierte.

³⁾ KG. (14. XI. 10) 40 A 275.

⁴⁾ RG. (6. II. 15) 86, 218.

der Annahme eines Nießbrauchs nicht dadurch abhalten, daß die Hypothek „unter Vorbehalt des lebenslänglichen Zinsgenusses“ dem Zessionar „zum Eigentum“ abgetreten war. Nicht ohne Grund bemerkt das KG. bei dieser Gelegenheit, daß der Ausdruck „Nießbrauch“ dem gewöhnlichen Sprachgebrauch weniger geläufig sei als „Zinsgenuß“.

M. E. ist hier mit der Würdigung der Umstände des Einzelfalls nicht weiterzukommen; man muß auf grundsätzliche Erwägungen zurückgehen. In dieser Hinsicht beruft sich das RG. — Predari folgend¹⁾ — darauf, daß die Form des Nießbrauchs sich vielfach als ein unzureichendes Mittel zur Wahrung des Gläubigerinteresses erweise, weil der Nießbrauch an die Person des Berechtigten geknüpft und nur der Ausübung nach ohne Umschreibungsmöglichkeit übertragbar sei. Darnach müßte man also wohl der Regel nach, wenn die Parteien nicht ausdrücklich vom Nießbrauch sprechen, die Abtrennung des Zinsrechts als gewollt ansehen. Aber das wäre höchst unerwünscht. Wie bereits in meinem „Deutschen Hypothekenwesen“ S. 98 dargelegt, ist die Abtretung künftig fällig werdender Zinsansprüche und damit auch die Abtretung von Zinsgenußrechten im ganzen ein außergewöhnliches Geschäft, das die Hypothek zerreißt und die Rechtslage verwirrt.

Aber man muß sogar noch weiter gehen. Die Abtrennung des Zinsrechts von der Hypothek ist überhaupt als unzulässig zu erachten. Allerdings ist zuzugeben, daß die zur Begründung dieser Ansicht bisher unternommenen Versuche nicht ausreichen. Wenn insbesondere das RG. 74, 78 ff. gegen mehrfache Entscheidungen des KG. und anderer Gerichte²⁾ darlegt, daß von einer verzinslichen Forderung das Zinsrecht durch Abtretung oder Zwangsvollstreckung losgelöst werden könne, so ist dem im allgemeinen unbedenklich zuzustimmen³⁾. Aber das RG. prüft nicht, ob nicht bei der Hypothek der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes Bedenken besonderer Art entgegenstehen, und das dürfte zu bejahen sein. Nach den Grundsätzen des Sachenrechts ist es den Parteien keineswegs freigestellt, von dem dinglichen Recht in gleicher Weise wie von bloßen Forderungen einzelne Teile abzulösen oder zu verselbständigen. Die Verselbständigung muß vielmehr von der Rechtsordnung zugelassen sein. Das BGB. aber erklärt die Abtretung des Zinsrechts nirgends für zulässig, es berührt überhaupt eine solche Möglichkeit nicht. Man kann die Zulässigkeit

¹⁾ aaO. S. 668.

²⁾ Unten S. 47 Anm. 1.

³⁾ Zutreffend ist in dem Urteil des RG. auch die Widerlegung der Ansicht Steins ZPO.⁹ I 1 zu § 857, daß sich das Zinsgenußrecht von dem Hauptrecht ebensowenig lösen lasse wie die Kündigungsbefugnis. In der 11. Aufl. hat Stein diese Ansicht aufgegeben.

auch nicht aus den allgemeinen Gesichtspunkten des Hypothekenrechts ableiten. Das verselbständigte und verbriefte Hypothekenzinsrecht wäre ein unnatürliches, neuartiges Gebilde. Es ginge nach Art der Rentenschuld auf wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück, unterschiede sich aber von ihr nicht nur durch den Hinzutritt der persönlichen Forderung, der an sich unschädlich wäre, sondern vor allem durch seine Abhängigkeit von dem Mutterrecht. Die Dauer des Zinsrechts müßte sich nämlich grundsätzlich nach der Dauer des Mutterrechts bestimmen, mithin unter Umständen darnach, ob und wann der Hauptgläubiger dem Schuldner oder der Schuldner dem Hauptgläubiger kündigt, wovon der Zinsgläubiger nichts zu erfahren braucht; ferner würde bei Tilgung der hypothekarischen Kapitalforderung das obligatorische Zinsrecht erlöschen, das dingliche hypothekarische Recht aber nach Tilgung der Hauptforderung gemäß § 1163 I 1 in vollem Umfange, also einschließlich des dinglichen Zinsrechts, auf den Eigentümer übergehen. Die hieraus sich ergebende Abhängigkeit ist unvereinbar mit der Selbständigkeit, die das Zinsrecht durch seine Verbriefung erhält. Die Vorschriften über den Hypothekenbrief und den Schutz des gutgläubigen Erwerbers verlieren ihren Sinn, wenn der Brief über die wesentliche Grundlage des Rechts keine Auskunft mehr zu geben vermag. Zugleich würde durch die Verselbständigung des Zinsrechts das Hauptrecht selbst gefährdet werden, denn der Eigentümer braucht nach § 1144 BGB. nur zu zahlen, wenn er den Hypothekenbrief und die sonstigen Urkunden erhält, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek notwendig sind; er kann aber Umschreibung oder Löschung sowohl des Stammrechts wie des Zinsrechts verlangen. Folglich muß er auch den Brief über das Zinsrecht erhalten, denn sonst wäre die Löschung nicht zu erreichen, §§ 42, 62 GBO. Wie aber soll sich der Kapitalgläubiger den Brief über das Zinsrecht beschaffen, der vielleicht an einen unbekannten Dritten gewandert ist?

Es ist undenkbar, daß das BGB., als es die Teilung der Hypothek zuließ, damit eine derartige, allen Regeln eines gesunden Realcredits widersprechende Abspaltung des Zinsrechts ermöglichen wollte. Man beabsichtigte, eine Teilung des Kapitals zuzulassen, weiter nichts. Das Gefühl für die Unnatur der herrschenden Meinung ist auch in der Praxis durchaus lebendig, denn ursprünglich hatte sie sich entschieden gegen die Verselbständigung des Zinsrechts ausgesprochen¹⁾, und man

¹⁾ KG. (27. I. 04) Rspr. 10, 89; (25. V. 05) Rspr. 12, 130; (11. I. 06) Rspr. 12, 130; LG. Güstrow (8. II. 06) MecklZ. 12, 130. — Die gegenteilige Meinung ist jedoch die herrschende geworden. Sie wird außer von RG. 74, 78ff vertreten von KG. (28. IX. 04) 29 A 184; (12. X. 05) Rspr. 12, 286; (23. V. 10) 40 A 273; (14. XI. 10) 40 A 275; vgl. auch BayObLG. (29. III. 17) 18 B 52

hat diese aus gesundem Empfinden kommende Meinung schließlich nur deshalb aufgegeben, weil man sie aus dem Buchstaben des Gesetzes allerdings in schlüssiger Weise nicht zu begründen vermochte.

Kommt man so zu dem Ergebnis, daß das hypothekarische Zinsrecht von dem Hauptrecht nicht getrennt werden kann, so muß das Gleiche für das mit der Hypothek verbundene persönliche Zinsrecht gelten, da Forderung und Hypothek gemäß § 1153 II untrennbar zusammengehören.

Eine Abtrennung des Zinsrechts von der Hypothek kann nun aber scheinbar so herbeigeführt werden, daß der Vollstreckungsgläubiger eines Hypothekennießbrauchers sich das Zinsrecht pfänden und überweisen läßt. Das RG. 74, 78 ff. hat ein solches Verfahren des Vollstreckungsgläubigers unbeanstandet gelassen. Allerdings kann es sich dabei wohl auch vom Standpunkt des RG. aus nur um die Überweisung zur Einziehung, keinesfalls auch um die Überweisung an Zahlungsstatt handeln (§ 857 III ZPO.). Aber selbst mit dieser Beschränkung ist das geschilderte Verfahren des Vollstreckungsgläubigers unzulässig. Dieser vermag nur die Ausübung des Nießbrauchs pfänden zu lassen, der Zugriff auf die Substanz der belasteten Hypothek selbst, von der doch das Zinsrecht ein Teil bildet, bleibt ihm verwehrt; die Pfändung ist in dieser Hinsicht grundsätzlich nicht anders zu behandeln als die Überweisung an Zahlungsstatt. Die Pfändung und Überweisung der künftigen Zinsen kann aber in dem vorausgesetzten Falle auch deshalb nicht gestattet werden, weil ungewiß ist, ob der Nießbraucher die Fälligkeit der Zinsen erleben wird. Ein Pfändungsbeschluß ist allerdings möglich, er darf jedoch nicht mehr aussprechen als eben die Pfändung der Nießbrauchsausübung. Im übrigen hat er in Anwendung der Vorschriften über die Forderungspfändung und -überweisung (ZPO. § 857 I) dem Schuldner (Nießbraucher) jede Verfügung über die Zinsen, insbesondere ihre Einziehung zu untersagen, dem Drittschuldner (Grundstückseigentümer) die Zahlung an den Nießbraucher zu verbieten und dem Vollstreckungsgläubiger das Recht zur Einziehung der Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs zu überweisen. Die Wegnahme des Hypothekenbriefes selbst kann hier gar nicht in Frage kommen, und wenn das RG (7. I. 16) LZ. 46, wie schon erwähnt, für die Pfändung des hypothekarischen Zinsrechts die Wegnahme des Briefes gemäß § 830 I 2 verlangt, so muß angenommen werden — leider ist der Tatbestand nicht genau mitgeteilt —, daß es sich dabei nicht um einen Nießbrauch, sondern um ein verselbständigtes Zinsrecht, mithin um eine u. E. überhaupt unzulässige Rechtsbildung gehandelt hat.

(*Verpfändung einer Hypothek unter Vorbehalt des Zinsgenusses*) und OLG. Hamburg (26. IV. 17) Rspr. 36, 197.

Der im vorstehenden erörterten Frage kommt eine erhebliche praktische Bedeutung zu. Das ergibt sich nicht nur aus der ansehnlichen Zahl von Entscheidungen, die ein vom Hypothekenskapital getrenntes Zinsrecht erwähnen, sondern vor allem aus der Erwägung, daß der Zinsvorbehalt häufig für den Hypothekengläubiger eine naheliegende Maßnahme sein wird, die sich im Vergleich zu der Begründung eines Nießbrauchs an der Hypothek namentlich durch ihre Billigkeit empfiehlt. Denn bei der Abtretung unter Zinsvorbehalt entstehen lediglich die Kosten der Abtretung, und zwar in bezug auf den Betrag der Hypothek abzüglich des Wertes des Zinsrechts; wird aber die Hypothek abgetreten und der Nießbrauch an ihr bestellt, so entstehen die Kosten der Abtretung hinsichtlich der ganzen Hypothek und außerdem die hohen Kosten der Nießbrauchsbestellung. Ferner sprechen für die Wahl des Zinsvorbehalts und gegen die Verwendung des Nießbrauchs sicherlich auch die von Predari hervorgehobenen Bedenken¹⁾. So würde es in der Tat den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs wenig entsprechen, auf eine Vermehrung der Hypothekennießbräuche hinzuwirken. Die hier vertretene Auffassung steht auch nur der dinglichen Trennung des Zinsrechts von der Hypothek entgegen. Gegen eine schuldrechtliche Vereinbarung des gleichen Inhalts ist nichts einzuwenden, und die schon vorliegenden Abreden sind u. E. in diesem Sinne zu deuten. Die dingliche Trennung des Hypothekenzinsrechts vom Hauptrecht aber ist mit so großen Mängeln behaftet, daß in diesem Punkte trotz der Bedenken gegen den Hypothekennießbrauch die Nachteile der herrschenden Praxis größer sind als ihre Vorteile.

§ 9. Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch auf andere Rechte.

Um die tatsächliche Bedeutung des Nießbrauchsrechts in ihrem vollen Umfange zu erkennen, müssen wir schließlich noch diejenigen Rechtsverhältnisse einer Betrachtung unterziehen, auf die kraft positiven Rechts Regeln des Nießbrauchsrechts für anwendbar erklärt worden sind²⁾. Dabei handelt es sich für uns wesentlich darum festzustellen, welche Tragweite in Wirklichkeit der Verweisung auf das Nießbrauchsrecht zukommt.

I. In erster Linie haben wir uns hier naturgemäß mit der elterlichen und ehemännlichen Nutznießung zu befassen. Daß das BGB. sie auch terminologisch vom Nießbrauch unterscheidet, ist

¹⁾ Oben S. 46.

²⁾ Übertragungen einzelner Überschriften (z. B. BGB. §§ 2128 II, 2135) bleiben hier beiseite.

ein Fortschritt, denn sie ist in der Tat eine wesentlich anders geartete Rechtsbildung. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie man die familienrechtliche Verwaltung und Nutznießung positiv auffassen will, ob insbesondere die herrschende Auffassung von dem „absoluten Herrschaftsrecht“ am eingebrachten bzw. Kindesvermögen¹⁾ dem Wesen der Sache voll gerecht wird; jedenfalls begründet die Nutznießung nicht wie der Nießbrauch ein begrenztes dingliches Recht an fremder Sache²⁾. Der Versuch des ersten Entwurfs zum BGB. (§ 1292), die Nutznießung des Ehemannes auf den Leisten des Nießbrauchsbegriffs zu bringen, ist glücklicherweise an dem Widerspruch der Kritik, insbesondere der germanistischen, gescheitert³⁾. Indessen ist die durch diesen Versuch bedingte Anlage der gesetzlichen Bestimmungen bestehen geblieben; sie äußert sich vornehmlich in den zahlreichen Verweisungen auf den Nießbrauch, die hier — bei der Regelung grundlegender Fragen des Ehelebens — überaus störend sind.

Unter den auf die Nutznießung anwendbaren Nießbrauchsregeln sind mehrere Gruppen zu unterscheiden.

a) Nach § 1383 erwirbt der Ehemann die Nutznießung des eingebrachten Gutes in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Nießbraucher; gleiches gilt nach den §§ 1652, 1686 für den Inhaber der elterlichen Gewalt hinsichtlich des Kindesguts. Sehr hoch ist die Bedeutung dieser Verweisung nicht zu veranschlagen. Daß der Nutznießer berechtigt ist, die Nutzungen der seinem Recht unterworfenen Sachen zu ziehen (vgl. § 1030 Abs. 1), ist zunächst nicht mehr als eine Tautologie. Der Zeitpunkt des Fruchtserwerbs bestimmt sich nach §§ 101, 954 BGB., d. h. nicht nach spezifischen Nießbrauchsregeln; daß dabei die Nutznießung im Sinne des § 954 BGB. einem Recht an fremder Sache gleich zu erachten ist, würde aus inneren Gründen auch ohne die §§ 1383, 1652 BGB. anzunehmen sein, wie denn auch von Theorie und Praxis dem Ehemann wegen seiner Nutznießung das Ablösungsrecht aus § 268 I BGB. zuerkannt wird, obschon § 268 ein „Recht an einem Gegenstande“ voraussetzt⁴⁾. Die Kernregel des Nießbrauchsrechts, wonach der Nießbraucher die Früchte nur *salva rerum substantia* ziehen darf (§ 1037), gilt für den Nutznießer wegen seiner weitergehenden Verwaltungsbefugnisse nicht. Unanwendbar sind ferner die Vorschriften über

¹⁾ Vgl. Wolff, Familienrecht 180².

²⁾ Siehe BayObLG. (29 IV. 10) 11, 311.

³⁾ Vgl. insbesondere von Gierke und Schröder; sehr beachtenswert auch die Ausführungen von Brühl, Verhandl. des 21. D. JurT. I, 172f.; ArchZivPrax. 73, 408ff. Vgl. die Zusammenstellung gutachtlicher Äußerungen zum Entwurf des BGB. IV, 131ff.

⁴⁾ Vgl. Wolff, Familienrecht 180³.

die Erlangung des Nießbrauchs am Zubehör (§ 1031), da dieses der Nutznießung kraft Gesetzes unterworfen ist, sodann diejenigen über den Wegfall des Nießbrauchs an einem in der Nießbrauchssache gefundenen Schatze (§ 1040), da die Nutznießung auch den Anteil der Ehefrau am Schatz ergreift, und endlich die Bestimmungen über die Rechte des Nießbrauchers an Forderungen, Grund- und Rentenschulden, Inhaberpapieren und in blanko indossierten Orderpapieren (§ 1074ff.), denn hier hat der Ehemann bzw. der Gewalthaber kraft seines Verwaltungsrechts durchweg eine wesentlich freiere Stellung. Unanwendbar sind ferner wegen anderweitiger Regelung der Nutznießung die Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067, vgl. dagegen §§ 1376f.) und der § 1060, weil das hier vorausgesetzte Zusammentreffen des Nießbrauchs mit anderen begrenzten dinglichen Rechten an derselben Sache auf der dinglichen Natur des Nießbrauchs beruht und daher in dieser Weise bei der Nutznießung nicht vorkommen kann. Alles dies kann als unstreitig und unzweifelhaft gelten¹⁾. Bestritten ist, wie weit die Vorschriften über den Nießbrauch am Walde (§ 1038) sich auf die Nutznießung übertragen lassen²⁾. M. E. ist die Übertragbarkeit zu verneinen, weil die im § 1038 vorgeschriebene Aufstellung des Wirtschaftsplanes einen Akt der Verwaltung darstellt und in dieser Hinsicht für den Ehemann (Gewalthaber) die Vorschriften über das gesetzliche Verwaltungsrecht maßgebend sind. Übrigens hatte schon die zweite Kommission (Prot. 5222f) mit Recht die Heranziehung des § 1038 für „teils überflüssig, teils dem ehelichen Verhältnis nicht entsprechend“ erklärt.

Was hiernach von der im § 1383 vorgeschriebenen Anwendung des Nießbrauchsrechts übrig bleibt, ist herzlich wenig. An erster Stelle wäre noch der § 1039 zu nennen: Der Nutznießer erwirbt auch das Eigentum an den im Übermasse gezogenen Früchten vorbehaltlich seiner schuldrechtlichen Ersatzpflicht, jedoch unter Wegfall der dem Nießbraucher obliegenden Pflicht zur Sicherheitsleistung, weil die letztere Frage durch die §§ 1391, 1394 anderweitig geregelt ist. Ferner bestimmt sich die Nutznießung an einem Mit-eigentumsanteil nach denselben Grundsätzen wie der Nießbrauch an einem solchen (§ 1066). Ebenso müßten die Nießbrauchsregeln nach § 1383 entsprechende Anwendung erfahren, wenn zum Nutznießungsgut eine Leibrente, ein Auszug u. dgl. (§ 1073) gehört. Aber hier

¹⁾ Nachweisungen bei Staudinger-Engelmann BGB.⁸ 5b, α, β, ε, ι, λ, ν zu § 1383 sowie 2b α, β, ε, ι, λ, ν zu § 1652; die Angabe, daß Rocholl (Eherecht des BGB 1900) 138 bezüglich des § 1060 eine abweichende Meinung vertrete, ist unzutreffend.

²⁾ Vgl. Staudinger-Engelmann, aaO. 5b γ zu § 1383 und 2b γ zu § 1652.

zeigt sich schon, wie vorsichtig man vorgehen muß und wie wenig die Verweisung auf den Nießbrauch im Grunde fruchtet. Soll wirklich der Auszügler kraft seiner ehemännlichen Nutznießung auch die seiner Ehefrau zustehenden Auszugsleistungen für sich beanspruchen können? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Um über den § 1383 hinwegzukommen, bleibt hier nichts übrig, als den Altenteilsvertrag, soweit er für die Frau besondere Leistungen auswirft, dahin zu verstehen, daß der Ehemann hinsichtlich dieser Leistungen auf das ihm durch die §§ 1383, 1073 höchst überflüssigerweise beilegte Recht verzichtet. Schließlich ließe sich noch sagen, daß die Grundsätze über den Nießbrauch an einer Versicherungsforderung (§ 1046) auch für den Nutznießer gelten. Allein bei näherem Zusehen schwindet die Bedeutung auch dieser Verweisung großenteils dahin. Man nehme zunächst den § 1046 II 1. Nach diesem können Nießbraucher und Eigentümer die Verwendung einer Versicherungssumme zur Wiederherstellung von einander beanspruchen, wenn dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Derselbe Anspruch würde zuvörderst dem Ehemann (Gewalthaber) gegen die Ehefrau (bzw. das Kind) schon auf Grund seines gesetzlichen Verwaltungsrechts zustehen; insoweit ist also die Verweisung auf den Nießbrauch überflüssig. Die Ehefrau ihrerseits aber hat gegen den Mann den gleichen Anspruch bereits auf Grund des § 1134, der den Ehemann zur ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet; übrigens wird der Wert ihres Anspruchs sehr stark dadurch beeinträchtigt, daß sie ihn erst nach rechtskräftiger Beendigung der Verwaltung und Nutznießung geltend machen kann (§ 1394 Satz 1), also in einem Zeitpunkt, in welchem es meist schon zu spät sein wird. Im Verhältnis zwischen Gewalthaber und Kind fällt diese zeitliche Beschränkung fort; ein Anspruch des Kindes auf Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung kann vielmehr während des Bestehens der elterlichen Gewalt — durch einen Pfleger — erhoben werden. Aber dieser Anspruch würde sich wiederum auch ohne die Verweisung auf den § 1046 aus dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Verwaltung ableiten lassen. Was ferner den § 1046 II 2 betrifft, demzufolge der Eigentümer die Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen kann, so ist diese Regel auf die Nutznießung überhaupt nicht anzuwenden, weil hier die Verwendung der Versicherungssumme dem Ehemann bzw. Gewalthaber kraft seines Verwaltungsrechts gebührt. Es bleibt noch der § 1046 I, der dem Nießbraucher der versicherten Sache den Nießbrauch an der Versicherungsforderung nach den Grundsätzen beilegt, die für den Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung gelten, d. h. nach den

§§ 1076—1079. Diese Bestimmungen betreffen aber gar nicht die „Art und Weise der Fruchtziehung“ (§§ 1383, 1652), sondern die Zahlungsannahme, Kündigung, Einziehung, Wiederanlegung hinsichtlich des Kapitals, und für diese Rechtshandlungen sind innerhalb des ehelichen und elterlichen Verhältnisses besondere Vorschriften maßgebend, §§ 1377 ff., 1630 I, 1642. § 1046 I scheidet mithin ganz aus. Alles in allem zeigt sich also, daß, wenn man der im § 1383 ausgesprochenen Verweisung auf den Grund geht, nur sehr wenig übrig bleibt, — so wenig, daß eine gesetzpolitische Berechtigung der Verweisung, zumal im Hinblick auf die durch sie hervorgerufenen Unklarheiten, nicht zu rechtfertigen ist.

b) Endet die Nutznießung, so soll gemäß §§ 1423, 1663 ein vom Nutznießer abgeschlossener, laufender Miets- oder Pachtvertrag ebenso behandelt werden, wie dies für einen Miet- oder Pachtvertrag des Nießbrauchers bei Beendigung des Nießbrauchs durch § 1056 vorgeschrieben ist. § 1056 verweist seinerseits auf die Vorschriften über den Eigentumsübergang während schwebenden Miet- oder Pachtvertrages, nicht ohne daß diese Vorschriften ihrerseits weitere Verweisungen brächten (§§ 575, 579). In der Sache selbst scheint es zunächst, als wenn dieser Bezugnahme auf den Nießbrauch hohe Bedeutung zukäme: wie oft werden nicht Mietverträge über Wohnungen oder Geschäftsräume durch den Ehemann oder durch den Inhaber der elterlichen Gewalt abgeschlossen, ohne daß die Parteien auch nur daran dächten, das Mietverhältnis mit dem Ende der Nutznießung erlöschen zu lassen! Sind diese Verträge nun alle, wie man nach dem Wortlaut der §§ 1423, 1663 annehmen müßte, der Gefahr vorzeitiger Auflösung ausgesetzt? Keineswegs. Das Kündigungsrecht der Ehefrau muß da wegfallen, wo sie dem Abschluß des über die Nutznießungszeit hinausgehenden Mietvertrages, sei es auch nur stillschweigend, zugestimmt hat. Das trifft namentlich dann zu, wenn der Ehemann den Vertrag als Bevollmächtigter der Ehefrau schließt. Überhaupt wird man da, wo die Frau der die Nutznießungszeit überschreitenden Vermietung trotz Kenntnis nicht widerspricht, der Regel nach ihre stillschweigende Zustimmung als erteilt annehmen dürfen. In dieser Hinsicht kann es keinen Unterschied machen, ob der Mann, was sich übrigens auch praktisch meist schwer feststellen lassen wird, im eigenen Namen oder in dem der Frau gehandelt hat¹⁾; auch in ersterem Fall muß in der Zustimmung zu dem über die Nutznießung hinausgehenden Mietvertrag nach Treu und Glauben ein Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht des § 1423

¹⁾ A. M. Planck³ 2 zu § 1423 und ihm folgend Staudinger-Engelmann⁶ 2e zu § 1375 und RGR.-Kommentar² 2 zu § 1423.

gefunden werden. Das Kündigungsrecht wird der Ehefrau daher im allgemeinen nur dann zuzubilligen sein, wenn der Ehemann gegen ihren Willen über die Nutznießungszeit hinaus vermietet oder verpachtet hat, und selbst in diesen Fällen kommt in Betracht, daß ihr Widerstand gemäß § 1379 durch das Vormundschaftsgericht gebrochen werden kann, falls die Vermietung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Grundstücks erforderlich ist. Was sodann das Kind unter elterlicher Gewalt betrifft, so soll dieses nach § 1663 das außerordentliche Kündigungsrecht nur genießen, wenn der Vater kraft seiner Nutznießung, nicht jedoch, wenn er kraft seiner Verwaltung verpachtet hatte¹⁾. Das ist eine überaus doktrinaire, in der Wirklichkeit kaum durchführbare Unterscheidung. Ein Fall, in welchem der Vater lediglich kraft seiner Nutznießung vermietet, läßt sich auf natürliche Weise, soweit ich sehe, überhaupt nicht konstruieren. (Ist dem Gewalthaber die Verwaltung ohne die Nutznießung entzogen, § 1666 II, so kann er auch nicht mehr als befugt angesehen werden zu vermieten.) Jedenfalls muß im Zweifel angenommen werden, daß der Gewalthaber kraft seines Verwaltungsrechts vermietet, und es ist bei verständiger Würdigung der Lebensverhältnisse nicht einmal zuzugeben, daß die entgegengesetzte Deutung im Zweifel da geboten sei, wo der Gewalthaber im eigenen Namen handelt²⁾. Hat aber der Gewalthaber kraft der Verwaltung vermietet oder verpachtet, so wird die Dauer des Vertrages nur durch die §§ 1643, 1822 Ziff. 1 begrenzt, wonach das Vormundschaftsgericht zustimmen muß, wenn das Vertragsverhältnis mehr als ein Jahr über die Erreichung der Volljährigkeit hinaus fortdauern soll. Die Grundsätze des Nießbrauchsrechts sind hier also unanwendbar.

Aus alledem erklärt es sich, daß über die scheinbar so wichtigen und für die Mieter so gefährlichen §§ 1423, 1663 BGB. keine einzige Entscheidung bekannt geworden ist. Dem § 1663 ist m. E. sowohl jede Bedeutung wie auch jede Berechtigung abzusprechen. Die Interessen des Kindes sind durch §§ 1643 Abs. 1, 1822 Ziff. 1 genügend gewahrt. Anders steht es mit dem Kündigungsrecht der Ehefrau. Dieses ist grundsätzlich berechtigt, aber seine Bedeutung ist sehr bescheiden und die Formulierung im § 1423 verfehlt; einerseits hätte die Beschränkung auf die ohne Zustimmung der Frau abgeschlossenen Verträge im Gesetz selbst zum Ausdruck kommen, andererseits aber die wiederholte Verweisung auf den Nießbrauch und von dort weiter auf das Mietrecht vermieden werden müssen³⁾.

¹⁾ Planck³ 2 zu § 1663; Staudinger-Engelmann³ 1b zu § 1663, RGR.-Kommentar 1 zu § 1663.

²⁾ Abweichend wiederum die in Anm. 1 Zitierten.

³⁾ Vgl. unten S. 98.

c) Schließlich sind die Regeln des Nießbrauchs noch als maßgebend erklärt für die Bemessung der Kosten, die der Ehemann bzw. Gewalthaber zwecks Erhaltung des eingebrachten Gutes bzw. des Kindesgutes zu tragen hat (§§ 1384, 1654). Die Anwendung des Nießbrauchsrechts gestaltet sich hier einfacher. Streitfragen sind nicht vorhanden. Wir können daher im allgemeinen auf das Schrifttum¹⁾ Bezug nehmen und uns mit einer Anführung der anwendbaren Einzelschriften begnügen: es sind § 1041 (gewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerungen) und § 1043 (Verwendung von Grundstücksbestandteilen zur außergewöhnlichen Ausbesserung und Erneuerung). Dagegen sind die §§ 1042, 1044, 1045, 1047 wegen der abweichenden Grundsätze des ehelichen und Elternrechts unanwendbar. Groß ist also auch der Ertrag dieser Verweisung nicht. Es hätte wohl genügt, ohne Verweisung die Grundsätze des § 1041 im ehelichen und elterlichen Vermögensrecht zu wiederholen. Die Regel des § 1043 aber ist hier noch entbehrlicher als im eigentlichen Nießbrauchsrecht²⁾.

Hinzuzusetzen ist, daß das BGB. bei der Ordnung der vertraglichen Güterstände vielfach auf die Regeln der Verwaltung und Nutznießung Bezug nimmt, vgl. z. B. in den §§ 1525 II, 1550 II, 1439. Die beiden letzteren Vorschriften verweisen auf die erstere, und diese auf die Bestimmungen über den gesetzlichen Güterstand. Letztere greift dann wieder, wie wir gesehen haben, auf den Nießbrauch zurück, der seinerseits (oben b) in doppelter Zurückverweisung aus dem Mietsrecht erklärt sein will. So kommen wir zu einer fünfgliedrigen, ja unter Umständen zu einer noch längeren Verweisungskette (§ 529). —

Das Ergebnis ist, daß dem Nießbrauchsrecht für die ehemännliche und elterliche Nutznießung eine weit geringere Bedeutung zukommt, als die gesetzlichen Bestimmungen auf den ersten Blick erkennen lassen. Keinesfalls ist es zutreffend, daß, wie Wolff, Sachenrecht 378, annimmt, die übertragene Bedeutung des Nießbrauchs erheblicher sei als seine eigentliche. Aber es ist durch die Art, wie das BGB. in der Nutznießungslehre auf den Nießbrauch Bezug nimmt, allerdings eine weitgehende Unklarheit entstanden. Die sich fortspinnenden Verweisungen sind unerträglich, und seltsam: je näher man einer Verweisung auf den Leib rückt, um so mehr verblaßt sie. Unbildlich gesprochen, die Verweisungen sind ungenau; die Pedanterie hat nicht einmal das geleistet, wozu sie sozusagen nach ihrem Be-

¹⁾ Vgl. Planck³ 2 zu § 1384; Staudinger-Engelmann³ 1b zu § 1384, 2 zu § 1654.

²⁾ Unten S. 90.

griff verpflichtet gewesen wäre. Statt einer einfachen klaren volkstümlichen Regelung, wie sie dem Gegenstande — es handelt sich um Grundlagen des Familienlebens — angemessen gewesen wäre, haben wir ein unübersichtliches Gewirr rechtlicher Beziehungen. Hier wie auch an manchen anderen Stellen unseres bürgerlichen Rechts das Unwesentliche vom Wesentlichen zu scheiden, die von dem Flechtwerk der gesetzlichen Bestimmungen überdeckte wirkliche Struktur der Lebensverhältnisse klarzustellen, scheint mir eine wichtige Aufgabe der Wissenschaft zu sein.

II. Die Anwendung einer größeren Zahl von Nießbrauchsvorschriften ist weiter vorgeschrieben hinsichtlich des Wohnrechts, § 1093 I 2.

Wenn auch das Wohnrecht als isolierte Erscheinung nicht allzuoft anzutreffen ist¹⁾, so kommt es doch nicht selten als Bestandteil des bäuerlichen Ausgedinges (Altenteils) vor. Dabei ist aber der Anwendung des Nießbrauchsrechts tatsächlich wohl nur eine sehr bescheidene Bedeutung beizumessen. Führt man die Anwendung durch, so läuft sie im wesentlichen nur auf eine pedantische Belehrung über selbstverständliche Dinge hinaus²⁾, wie denn überhaupt die im § 1093 I 2 enthaltene Anführung von 11 Paragraphen mehr an die Anmerkung eines Pandektenlehrbuchs als an ein Gesetzeswerk gemahnt. Grade in den praktisch wichtigen Punkten überwiegen die Verschiedenheiten zwischen Nießbrauch und Wohnrecht. Insbesondere liegt, wie bemerkt, die Lastentragung nur dem Nießbraucher, nicht dem Wohnberechtigten ob. Wichtig ist ferner, daß das Wohnrecht mangels entgegenstehender Vereinbarung einem andern nicht einmal der Ausübung nach überlassen werden kann. Wenn auch im allgemeinen der Nießbrauch da, wo er Versorgungszwecken dient, namentlich also im Rahmen von Altenteilsverträgen, gleichfalls nicht dazu bestimmt ist, andern zur Ausübung überlassen zu werden, so können doch besondere Umstände den Nießbraucher veranlassen, das Grundstück z. B. durch Verpachtung zu nutzen, und vor allem liegt ein wichtiger Unterschied darin, daß der Gläubiger des Nießbrauchers den Nießbrauch der Ausübung nach pfänden lassen kann, während eine Zwangsvollstreckung in das Wohnrecht überhaupt ausgeschlossen ist³⁾.

III. Eine recht interessante Anwendung finden die Nießbrauchsvorschriften zum Teil auf dem Gebiet des geistlichen Pfründenrechts,

¹⁾ Beispiele oben S. 32 Anm. 3.

²⁾ So empfängt man aus § 1036 in Verb. mit § 1093 Satz 2 die Belehrung, daß der Wohnberechtigte zum Besitze der Wohnung berechtigt ist.

³⁾ So mit Recht LG. Stuttgart (11. I. 83) JW. 95; OLG. Jena (5. IX. 83) Seuff. 39, 375.

dessen Regeln durch Art. 80 II EGBGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben sind. Unter Pfründe ist ein mit einer geistlichen Stelle untrennbar verbundener Komplex von Vermögensrechten zu verstehen, deren Verwaltung und Nutznießung dem jeweiligen Stelleninhaber zusteht¹⁾. An sich ist das Recht des Stelleninhabers wohl am nächsten dem des Vasallen verwandt²⁾. Die Landesgesetzgebung unterwirft jedoch das Pfründenrecht vielfach³⁾ den Grundsätzen des Nießbrauchs. Das ALR. II 11, 778 sagt geradezu: „Die Verwaltung und der Nießbrauch der Pfarrgüter gebührt dem Pfarrer“, und die preußische Rechtsprechung hat dazu häufig festgestellt, daß die Rechtsstellung des Pfarrers hinsichtlich des Pfarrgutes sich zwar nicht schlechthin, aber doch grundsätzlich nach den Regeln des Nießbrauchs bestimme⁴⁾. Das Gleiche gilt für das rechtsrheinische Bayern⁵⁾. Auch im früheren Königreich Sachsen wird das Recht des Pfarrers am „Pfarrlehen“ im allgemeinen nach den Grundsätzen des Nießbrauchs beurteilt⁶⁾. In Elsaß-Lothringen und der Pfalz ist ein französisches Dekret vom 6. November 1813 maßgebend. Gemäß Art. 4 EGBGB. sind an die Stelle der landesrechtlichen Vorschriften über den Nießbrauch die §§ 1030 ff. BGB. getreten. Doch nimmt der bayrische Verwaltungsgerichtshof an, daß in der Pfalz das Nießbrauchsrecht des Code civil in Geltung geblieben sei, weil es einen integrierenden Bestandteil des Dekrets vom 6. November 1813 bilde⁷⁾. Für Elsaß-Lothringen wurde die Anwendbarkeit des BGB. nicht bestritten⁸⁾. Schließlich sei erwähnt, daß das katholische Kirchenrecht besondere nießbrauchsähnliche Vorschriften über das Pfründenrecht aufstellt⁹⁾. Das ist von Bedeutung, wo, wie z. B. in Baden, die geltende staatliche Gesetzgebung das Pfründenrecht der kirchenrechtlichen Regelung überläßt¹⁰⁾.

Immerhin sind im größten Teile Deutschlands die §§ 1030 ff. BGB.

¹⁾ Vgl. Schön, Das evangelische Kirchenrecht in Preußen² (1910) II 157.

²⁾ Friedberg, Kirchenrecht⁶ (1909) 597 Anm. 11; Smend art. „Pfründe“ in Stengels Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes; aus der Praxis OLG. Dresden (28. XI. 77) Seuff. 35, 216.

³⁾ Z. B. nicht in Mecklenburg OLG. Rostock (14. XI. 05) MecklZ. 1906, 203; (31. I. 12) MecklZ. 1912, 243.

⁴⁾ Vgl. z. B. OT. (6. II. 55) Str. A 17, 7; (8. XI. 59) Str. A 35, 240; RG. (7. X. 80) 2, 329; RG. (17. II. 92) JW. 172; (19. X. 96) JW. 678; in dem Falle des OVG. (21. X. 13) 65, 158 wird ein privatrechtliches Verhältnis (Nießbrauch) anzunehmen sein.

⁵⁾ BayVerwGH. (8. I. 07) 29, 62; (3. IV. 08) ebenda 29, 61.

⁶⁾ OLG. Dresden (25. IX. 96) SächsAnn. 18, 227.

⁷⁾ BayVerwGH. (12. XII. 04) 24, 281.

⁸⁾ ZKirchR. (III F) 8, 269; Kisch, ElsLothr. Landesprivatrecht (1905) 727 ff.

⁹⁾ Jetzt Codex iuris Canonici art. 1472 ff.

¹⁰⁾ Dorner-Seng, Badisches Landesprivatrecht (1906) 579.

für das Recht des geistlichen Stelleninhabers maßgebend geworden, und man ist fast versucht zu sagen, daß sie für das in der Naturalwirtschaft stecken gebliebene, auf mittelalterlichen Rechtsvorstellungen beruhende Pfründensystem besser passen als für die modernen kapitalistischen Erscheinungsformen des Nießbrauchs¹⁾.

Nun führt allerdings Schön²⁾ aus, daß der Inhalt des Pfründenrechts sich bezüglich derjenigen Sachen und Rechte, die dem Pfründenrecht schon vor dem 1. Januar 1900 unterworfen waren, nach dem älteren Landesrecht bestimme; das BGB. gelange nur da zur Anwendung, wo das Grundstück erst nach dem 1. Januar 1900 Gegenstand eines Pfarrnießbrauchs geworden sei. Das ist zum mindesten sehr mißverständlich. Es ist zwischen den Rechtsverhältnissen der Pfründe im ganzen — z. B. in bezug auf Begründung und Aufhebung der Pfründe — und den Rechten des einzelnen Stelleninhabers an dem Pfründenvermögen zu unterscheiden. Nur das Recht des Stelleninhabers beurteilt sich kraft der früher erwähnten Landesrechte nach den Vorschriften über den Nießbrauch. Hierbei sind die §§ 1030 ff. des BGB., soweit sie für das Pfründenrecht überhaupt in Betracht kommen, überall da zugrunde zu legen, wo das Recht des Stelleninhabers nach dem 1. Januar 1900 entstanden ist, gleichviel aus welcher Zeit die Pfründe selbst stammt und nach welchem Recht somit ihre sonstigen Rechtsbeziehungen zu beurteilen sind.

Entscheidungen über das Recht des Pfründeninhabers sind in den Entscheidungssammlungen des preußischen Rechts nicht selten zu finden³⁾. Da das Gesetz auf den Nießbrauch verweist, so erachtete man die Zulässigkeit des Rechtsweges als selbstverständlich, so daß in dieser Hinsicht von einem Gewohnheitsrecht gesprochen werden kann. In neuerer Zeit ist es hauptsächlich die bayrische Praxis, in der das Pfründenrecht noch lebendig zu sein scheint, und zwar stammen die einschlagenden Entscheidungen vom bayrischen Verwaltungsgerichtshof⁴⁾, da man in Bayern das Pfründenrecht trotz der Heranziehung der Nießbrauchsvorschriften als öffentlich-rechtlich betrachtet — eine Auffassung, deren Berechtigung sich kaum nach allgemeinen begrifflichen Merkmalen, sondern nur nach den besonderen Verhältnissen der einzelnen Landesteile beurteilen lassen dürfte.

¹⁾ So befiehlt sich § 1038 mit dem Nießbrauch an einem Walde. Die gesamte Rechtsprechung zum Nießbrauchsrecht bietet kein Beispiel für eine derartige Erscheinung. Dagegen bezieht sich BayVerwGH. (3. IV. 08) 29, 61 auf eine Pfründenwaldung. Solche dürften naturgemäß auch sonst nicht selten vorkommen. Eingehend werden die Verhältnisse am Pfarrwald geregelt in ALR. II 11 §§ 804—814.

²⁾ aaO. II 157⁴.

³⁾ Vgl. oben S. 57 Anm. 4.

⁴⁾ Oben S. 57 Anm. 5 und 7.

Im ganzen hat das Pfründenrecht heutzutage an Bedeutung viel eingebüßt. Die Entwicklung drängt dazu, den Pfarrer von dem naturalwirtschaftlichen Pfründensystem unabhängig zu machen und ihn wie einen Beamten auf festes Gehalt zu setzen¹⁾. In der evangelischen Kirche Alt-Preußens ist das Pfründensystem bereits im wesentlichen als überwunden anzusehen; § 11 Abs. 2 des Pfarrbesoldungsgesetzes für die evangelische Landeskirche der älteren Provinzen vom 26. Mai 1909 GS. S. 117 bestimmt: „Ein Nießbrauch des Stelleninhabers am Stellenvermögen findet vorbehaltlich der Bestimmungen der §§ 12 und 21 nicht mehr statt.“ Dagegen hat die katholische Kirche an dem Pfründensystem noch festgehalten, nicht zuletzt auch wegen seines Zusammenhanges mit dem kanonischen Recht. Darauf dürfte die größere Bedeutung zurückzuführen sein, die dem Pfründenrecht noch gegenwärtig in Bayern zukommt.

Daß die Landnutzung, die ländlichen Lehrern vielfach an Gehaltsstelle zusteht, nicht unter den Begriff der Pfründe fällt, wurde bereits oben S. 14f. erwähnt. Daher können die in dieser Hinsicht noch bestehenden privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze nicht mehr als geltendes Recht anerkannt werden²⁾.

Die wesentlichen Ergebnisse des ersten Kapitels können wir etwa wie folgt zusammenfassen:

Die praktisch bei weitem überwiegende Form des Nießbrauchs ist der Sicherungsnießbrauch. Er ist anscheinend in ganz Deutschland verbreitet, hat aber seinen Hauptsitz in Groß-Berlin. Ihm folgt in weitem Abstände der in bauerlichen Gutsübergabeverträgen vorbehaltene Nießbrauch; er findet sich hauptsächlich in Elsaß-Lothringen und wird dort in seinen rechtlichen Erscheinungsformen durch die Bodenzersplitterung bestimmt. Ferner kommt die Zuwendung eines Nießbrauchs in Testamenten häufig vor, und zwar meist so, daß die Witwe zur Nießbraucherin des ganzen Nachlasses, regelmäßig mit dem Recht der freien Verfügung und Verwaltung, eingesetzt wird. Es handelt sich hier um Nachwirkungen des älteren Rechts, die vom Standpunkt des BGB. aus als eine unrichtig bezeichnete Vorerbenschaft der Witwe aufzufassen sind. Diese Auffassung ist aber noch nicht überall durchgedrungen. Daneben findet sich auch nicht

¹⁾ Siehe Meurer, Das Problem der Gehaltsaufbesserung auf dem Pfründengebiet, in der Festschrift für v. Burekhard (1910) 179ff. Vgl. auch den oben S. 40 Anm. 1 angeführten Fall.

²⁾ Vgl. z. B. Schulordnung für die Elementarschulen der Provinz Preußen vom 11. XII. 1845 GS. S. 1 § 22 in Verb. mit §§ 822ff. ARL II 11. Mit Unrecht werden diese Vorschriften als geltendes Recht behandelt vom OLG. Königsberg (23. IV. 18) PosMschr. 47.

selten das Vermächtnis des Nießbrauchs an einzelnen Nachlaßgegenständen sowie der lebenslängliche Vorbehalt des Nießbrauchs bei Schenkungen, durch die der Sache nach eine letztwillige Zuwendung vorweg genommen werden soll. Gegenstand des Nießbrauchs sind fast nur Grundstücke und Hypotheken, selten auch sonstige Kapitalien. Die gesetzlich vorgeschriebene Übertragung der Nießbrauchsvorschriften auf andere Rechtsgebiete wie insbesondere auf die elterliche und ehemännliche Nutznießung ist nur von sehr bescheidener Bedeutung.

Zweites Kapitel.

Die Entwicklung der Rechtsprechung.

§ 10. Vorbemerkung.

Stellt man innerhalb eines bestimmten Rechtsgebiets diejenigen Fragen zusammen, die in der Rechtsprechung behandelt worden sind, so ergibt sich regelmäßig ein Bild, das von der herkömmlichen, aus Lehrbuch und Lehrvortrag bekannten Darstellung erheblich abweicht. Die Rechtsprechung ist weit davon entfernt, ein Rechtsgebiet auch nur annähernd gleichmäßig durchzuarbeiten. Sie entwickelt sich stets an einigen wenigen, dogmatisch oft ganz untergeordneten Punkten des Systems und bringt hier bisweilen eine überquellende Fülle von Zweifelsfragen und Entscheidungen hervor. Solche Stellen des Systems werden dadurch nicht selten zum Ausgangspunkt neuer Rechtsbildungen, die nur noch äußerlich mit den gesetzlichen Vorschriften zusammenhängen. Zwischen den Stellen nun, an denen die Rechtsprechung Wurzel schlägt, dehnen sich regelmäßig — und das gilt leider namentlich vom BGB. — weite Strecken, die für das Rechtsleben mehr oder minder unfruchtbar geblieben sind, wodurch sich freilich die herkömmliche Dogmatik nicht behindert sieht, sie ebenso zu behandeln wie die Stätten des lebendigen Rechts. Das liegt daran, daß in der herkömmlichen Darstellung die spezifische Funktion der Rechtsprechung nicht genügend beachtet wird. Die Entscheidungen der höchsten Gerichte werden nicht anders behandelt wie Zitate aus dem wissenschaftlichen Schrifttum, sie sind wissenschaftliche Belege, weiter nichts, und verschwinden als solche in den Anmerkungen unter den Literaturangaben. Eine ganz andere Stellung aber kommt der Rechtsprechung bei einer dynamischen Betrachtung zu. Es handelt sich für uns selbstverständlich nicht um eine Wiederaufnahme des Begriffsstreites, ob die Gerichtspraxis als eine Quelle des objektiven Rechts anzusehen ist. Daß sie aber auf das Rechts-

leben in entscheidender Weise tatsächlich einwirkt, kann nicht zweifelhaft sein. Ähnliches gilt auch für die Kautelarjurisprudenz, deren wissenschaftliche Erforschung leider noch ganz im Argen liegt, so daß für unsere Untersuchungen nur sehr wenig Material aus ihr entnommen werden konnte. Was die Rechtsprechung betrifft, so ist es jedenfalls nur dann möglich, von ihrer tatsächlichen Bedeutung die richtige Vorstellung zu erhalten, wenn man ihre Ergebnisse isoliert und zueinander in Beziehung setzt. Man erhält auf solche Weise Zusammenhänge, die bei der üblichen Betrachtungsweise notwendig verborgen bleiben.

Im Bereich des Nießbrauchsrechts finden wir, abgesehen von einigen Einzelheiten, die wir schon im Rahmen des ersten Kapitels erledigen konnten¹⁾, hauptsächlich drei Ansatzpunkte der Rechtsbildung:

1. den höchstpersönlichen Charakter des Nießbrauchs, den die Rechtsprechung zu überwinden trachtet,
2. das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Vollstreckungsgläubiger (insbesondere auch hypothekarischem Vollstreckungsgläubiger des Eigentümers); hier hat die Praxis — freilich mit geringem Erfolge — versucht, die mangelhaften Vorschriften des Gesetzes zu ergänzen, und
3. den Sicherungsnießbrauch, der durch die Praxis geschaffen und ausgebaut worden ist.

§ 11. Der höchstpersönliche Charakter des Nießbrauchs in der Rechtsprechung.

I. Bekanntlich erklärt § 1059 den Nießbrauch für unübertragbar, läßt aber gleichzeitig die Übertragung der Ausübung zu. Im Anschluß daran gestattet § 857 II ZPO. die Pfändung der Ausübungsbefugnis durch Gläubiger des Nießbrauchers.

Über die rechtsgeschäftliche Übertragung der Ausübung liegen, soviel ich sehe, sechs veröffentlichte Entscheidungen vor, von denen nicht weniger als fünf das gleiche Thema behandeln: ein Gläubiger des Grundstückseigentümers hat die Mieten gepfändet; der Nießbraucher oder der Ausübungsberechtigte erhebt die Widerspruchsklage, und nun bemängelt der Beklagte die Aktivlegitimation des Widersprechenden. Das KG. bejaht in der Entscheidung vom 13. V. 1908 Rspr. 18, 150 das Widerspruchsrecht des Ausübungsberechtigten, weil ihm die Mietsforderungen durch die uneinge-

¹⁾ Insbesondere dem Verhältnis von Nießbrauch und Vorerbschaft oben S. 7 ff. Vgl. ferner S. 35 und 37 f.

schränkte Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs „übereignet“ seien. Umgekehrt wird in der Entscheidung vom 24. I. 12 Rspr. 26, 95 dem Ausübungsberechtigten im Hinblick auf die lediglich schuldrechtliche Natur seiner Rechtsstellung das Widerspruchsrecht grundsätzlich versagt. Das RG. (8. VI. 12) Gruchot 56, 976 = Warn. 5, 382 erklärt die letztere Auffassung — die Entscheidung betrifft übrigens einen anderen Streitfall — für „durchaus unzutreffend“, es sei rechtlich „nicht unmöglich“, daß der Nießbraucher einen Teil seines Rechts, z. B. die Befugnis zum Abschluß der Mietverträge, einem andern als Selbstvermieter für eigene Rechnung übertrage, oder die ihm aus eigenen Mietsverträgen zustehenden Mietsforderungen einem andern abtrete; in diesem Falle gingen die übertragenen Ansprüche in das Vermögen des Abtretungsempfängers über und sei dieser gegenüber einer Beeinträchtigung der Ansprüche widerspruchsberechtigt; soweit dagegen der Ausübungsberechtigte das Haus für den Nießbraucher zu verwalten und ihm Rechnung zu legen habe, seien die Mieten im Vermögen des Nießbrauchers geblieben und dieser widerspruchsberechtigt. Die gleiche Auffassung wird wiederholt in dem Erkenntnis vom 7. V. 1913 Warn. 1913, 510. Sie ist auch zugrunde gelegt einer Entscheidung des Kammergerichts vom 5. IV. 16 KG Bl. 52; hier war der Nießbraucher für den Ausübungsberechtigten die „vorgeschobene Person“ und daher verpflichtet, die erworbenen Rechte in dessen Interesse auszuüben und auf ihn zu übertragen; lediglich im Hinblick auf die erfolgreich durchgeführte Anfechtung dieser Abrede wurde die Aktivlegitimation des Ausübungsberechtigten gleichwohl verneint. Neben diesen fünf Entscheidungen, die zu der Legitimationsfrage ausdrücklich Stellung nehmen, ist noch RG. (5. VI. 18) 93, 122 zu nennen, wo es sich gleichfalls um einen Streit des Ausübungsberechtigten mit dem Pfändungsgläubiger um die Mieten handelte, die Sachlegitimation des ersteren sich aber ohne weiteres daraus ergab, daß die Mieten als Streitmasse zwischen ihm und dem Gläubiger hinterlegt worden waren. Ein abweichend gearteter Sachverhalt tritt nur in der Entscheidung des KG. (7. VI. 10) 40 A 254 auf. Hier handelt es sich um die Verpfändung des Nießbrauchs an einer Hypothek. Die Frage war, ob das durch die Verpfändung erworbene Recht als ein dingliches, der grundbuchlichen Eintragung fähiges zu erachten sei, und diese Frage wurde verneint. Schließlich mag noch die unmittelbar nicht hierher gehörige Entscheidung des RG. (9. VII. 10) JW. 801 erwähnt werden, wo ein unwirksamer Versuch vorlag, den mit einem „Offert-Vertrage“ verbundenen Nießbrauch an den Erwerber des Offertrechts abzutreten.

Dies wären die Entscheidungen über die rechtsgeschäftliche Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs. Was die Pfändbarkeit

anlangt, so gelten ihr vier Entscheidungen. Die wichtigste ist RG. (29. VI. 10) 74, 78. Hier war die Ausübung des Nießbrauchs an einer Briefhypothek gepfändet. Es handelte sich um die Form der Pfändung. Das RG. führt aus, mit der Pfändung sei das Gebot an den Schuldner (Nießbraucher) zu verbinden, sich jeder Verfügung über das eingetragene Recht zu enthalten, und diese Verfügungsbeschränkung bedürfe der grundbuchlichen Eintragung, um den Gläubiger gegen eine Vereitelung seines Pfändungspfandrechts, namentlich gegen eine Löschung des Nießbrauchs im Falle des Verzichts oder der Löschungsbewilligung des Nießbrauchers zu schützen. Im Anschluß hieran und an KG. 40 A 254 (siehe oben) verneint das KG. (18. III. 15) 48 A 212 in einem Falle, wo es sich um die Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück handelt, die Eintragbarkeit des Pfändungspfandrechts, will aber anscheinend die Eintragung der aus dem Pfändungsbeschlusse zu entnehmenden Verfügungsbeschränkung zulassen. Der Fall ist übrigens nach der tatsächlichen Seite nicht klar, möglicherweise liegt überhaupt nicht Nießbrauch, sondern Nutznießung oder Vorerbschaft vor. Zu diesen beiden Erkenntnissen treten dann noch je eine Entscheidung des OLG. Breslau (30. VII. 10) Rspr. 22, 386 und des LG. Gießen (20. I. 13) HessRspr. 1913, 97 hinzu. Beide Gerichte lassen es zu, die Ausübung eines Nießbrauchs, der auf Grund eines Auszugsvertrages bestellt ist, ohne Rücksicht darauf zu pfänden, ob der notwendige Unterhalt des Schuldners (Nießbrauchers) beeinträchtigt wird¹⁾. Hingewiesen mag schließlich noch werden auf OLG. Königsberg (3. XI. 97) PosMschr. 1, 107; hier ist die Rede von einer Pfändung des Nießbrauchsrechts, „insbesondere des Rechts, die Mieten für sich und für eigene Rechnung von den Mietern einzuziehen“.

Dies ist das Entscheidungsmaterial, das über die Abtretung und Pfändung der Nießbrauchsausübung vorliegt. Es gewährt ein wesentlich anderes Bild, als es sich bei einer theoretischen Betrachtung zeigen würde. Unter den sechs Fällen, in denen eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Ausübungsbefugnis vorlag, waren nach den Tatbeständen zunächst die des RG. Gruchot 56, 976 und Warn. 1913, 510 so beschaffen, daß der Ausübungsberechtigte Beauftragter des Nießbrauchers war. Aber auch der Fall des KG. Rspr. 18, 52 war in gewisser Hinsicht ähnlich geartet. Hier hatte ein siebenfacher Berliner Hauseigentümer seiner Schwägerin, übrigens in anfechtbarer

¹⁾ In dem Falle des OLG. Bamberg (5. IV. 00) Rspr. 1, 18 handelt es sich um die Pfändung des Anspruchs auf Bestellung eines vermachten Nießbrauchs; die Pfändung wird von dem OLG. — mit Unrecht — zugelassen. — Pfändung der Nießbrauchsausübung lag möglicherweise vor in dem unvollständig mitgeteilten Fall der Entsch. des RG. (7. I. 16) LZ. 412.

Weise, den Nießbrauch an den Grundstücken bestellt und diese hatte ihn einem andern zur Ausübung übertragen; die Früchte jedes Grundstücks sollten, soweit sie nicht zur Deckung der Lasten eben dieses Grundstücks dienten, zur Befriedigung der Realgläubiger der andern Grundstücke Verwendung finden. Leider ist der Tatbestand wiederum sehr unvollkommen mitgeteilt; immerhin ist bei solcher Sachlage zu vermuten, daß die Ausübung des Nießbrauchs nicht im Interesse des Ausübenden selbst erfolgte. Umgekehrt war in dem Falle KG. (5. IV. 16) KGBI. 52 der Nießbraucher anscheinend selbst Beauftragter des Ausübungsberechtigten, so daß dieser durch die Ausübung nur das empfing, was er materiell von vornherein zu fordern hatte. Ein Vorgang, den man auch in wirtschaftlichem Sinne als eine „Übertragung“ der Vorteile des Nießbrauchs auffassen könnte, lag eigentlich nur in dem Fall KG. Rspr. 26, 95 vor, dazu kommt der Versuch der Verpfändung des Nießbrauchs in KG. 40 A 254.

Man kann aus diesem dürftigen Material wohl nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß ein wirtschaftliches Bedürfnis für die Übertragung der Rechte des Nießbrauchers überhaupt fehle. Bei dem Sicherungsnießbrauch tritt ein solches Bedürfnis jedenfalls bisweilen auf. Denn es wäre hier das Naturgemäße, daß bei einer Abtretung der Hypothek der zu ihrer Sicherung bestellte Nießbrauch mitübertragen würde. Aber das ist eben nach Lage der Gesetzgebung unmöglich, und wenn der Verkehr das Ersatzmittel verschmäht, das in der Übertragung der Nießbrauchsausübung liegt, so ist dies nur ein Zeichen für die Unzweckmäßigkeit und Unbeliebtheit der Ersatzform. Dagegen wird sich beim letztwillig zugewendeten und beim vorbehaltenen Nießbrauch allerdings ein Bedürfnis nach einer Rechtsübertragung nur selten zeigen. Im ganzen erwecken diejenigen Fälle, die eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Ausübungsbefugnis zum Gegenstande haben, durchaus den Eindruck, daß diese ungeklärte Form in der Hauptsache zur Verdeckung minderwertiger Geschäfte verwendet wird.

Anders steht es natürlich mit der Pfändung der Nießbrauchsausübung. Der Nießbrauch ist vielfach ein wertvolles Recht. Ist sein Gegenstand, wie zumeist, ein Mietshaus oder eine Hypothek, so gehen die aus ihm entspringenden Ansprüche auf Geld und sind aus diesem Grunde ein besonders geeignetes Befriedigungsmittel. Für den Gläubiger eines verschuldeten Nießbrauchers liegt es daher nahe, sich an den Nießbrauch zu halten. Demgegenüber erscheint die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die sich mit der Pfändung der Nießbrauchsausübung befassen, gering. Die Erklärung dürfte darin zu finden sein, daß die Pfändung der bloßen Ausübungsbefugnis von der Praxis als unklar und ungewohnt empfunden wird.

Man pfändet einfach den Anspruch auf die künftig fällig werdenden Mieten oder Hypothekenzinsen¹⁾. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist unbedenklich anzuerkennen. Daß überhaupt künftig fällig werdende Ansprüche der Pfändung unterliegen, ist unzweifelhaft²⁾, und auch der Umstand, daß die Miets- und Zinsansprüche für den Nießbraucher zugleich bedingt sind, nämlich bedingt durch das Erleben ihrer Fälligkeit, kann hieran nichts ändern³⁾. Freilich ließe sich sagen, daß die Pfändung der künftigen Miets- oder Zinsansprüche sich sachlich von der Pfändung der Nießbrauchsausübung nicht unterscheiden lasse und daher als solche behandelt werden müsse; dies scheint die Meinung des RG. 74, 78 zu sein. M. E. ist ihr nicht zu folgen. Pfändet der Gläubiger des Grundstücksnießbrauchers z. B. nur einen Teil der Mieten, vielleicht nur eine einzelne Mietsforderung, so kann gewiß nicht von einer Pfändung der Nießbrauchsausübung gesprochen werden; diese ist unteilbar. Aber auch wenn man alle künftigen Mietforderungen pfändet, so mag zwar tatsächlich das gleiche Ergebnis erreicht werden wie bei der Pfändung der Ausübung, rechtlich ist aber bei dieser Pfändung das Ziel der Vollstreckung ein anderes, nämlich der Zugriff auf die unbestimmte Gesamtheit der Nießbrauchsbefugnisse. Von praktischer Bedeutung könnten diese Fragen werden, wenn man annimmt, daß auf den Ausübungsberechtigten mit den Befugnissen zugleich die Verpflichtungen des Nießbrauchers übergehen⁴⁾. Steht man auf diesem Standpunkt, so wird man dem Vollstreckungsgläubiger um so mehr raten müssen, sich mit der bloßen Mietpfändung zu begnügen.

Wie man sich aber auch hierzu stellen mag, jedenfalls kann es als sicher gelten, daß tatsächlich statt der ausdrücklichen Pfändung der „Ausübungsbefugnis“ die Pfändung der dem Nießbraucher künftig zufallenden Ansprüche bevorzugt wird. Bei landwirtschaftlichen Grundstücken kann die Pfändung der Früchte auf dem Halm, die allerdings erst einen Monat vor der gewöhnlichen Reife erfolgen darf (§ 810 I ZPO.), dem gleichen Zwecke dienen. Alle derartigen Pfändungen sind aber natürlich nichts Außergewöhnliches und bieten zu Entscheidungsveröffentlichungen im allgemeinen keinen Anlaß. Das darf bei Würdigung des Materials nicht übersehen werden.

Soweit nun in der Praxis die Übertragung oder Pfändung der Nießbrauchsausübung überhaupt erkennbar behandelt wird, steht dabei im Vordergrund die Frage, ob durch jene Akte eine dingliche Wirkung erzielt wird. Es ist aber zu beachten, daß die Frage in ver-

¹⁾ Vgl. RG. 74, 78; (7. I. 16) LZ. 462.

²⁾ Vgl. Stein ZPO.¹¹ 7 zu § 829.

³⁾ Vgl. RG. (17. III. 08) 67, 428; Stein aaO. 6 zu § 829 und dort Zitierte.

⁴⁾ Vgl. unten S. 99, 94.

schiedenem Sinne gestellt wird. Wenn das RG. Gruchot 56, 976 sich gegen die rein schuldrechtliche Auffassung der Übertragung wendet, so will es damit nur sagen, daß die Befugnisse des Nießbrauchers, namentlich auch die Ansprüche auf die Mieten, ihrer Substanz nach auf den Ausübungsberechtigten übergehen können, und daß dieser dann insoweit auch die Aktivlegitimation zur Erhebung der Widerspruchsklage erwerbe. Ob der Übertragung aber diese Wirkung zukomme, solle nur aus einer Würdigung des konkreten Parteiwillens entnommen werden können, wobei das RG. es für wesentlich erachtet, ob die abgetretenen Befugnisse und Ansprüche in das Vermögen des Abtretungsempfängers übergegangen oder aber in dem des Nießbrauchers verblieben sind.

Eine ganz andere Frage ist es, ob der bloß Ausübungsberechtigte auch ein Recht am Grundstück erlangt. Das wird von einer jetzt verbreiteten Meinung angenommen¹⁾, aber vom RG. 74, 83 f. und mit noch größerer Klarheit vom KG. (Jahrb. 48 A 212) verneint. Die Praxis läßt demzufolge die Eintragung der Ausübungsbefugnis nicht zu, wohl aber nach dem Rate von Predari²⁾ die Eintragung des mit der Pfändung verbundenen Veräußerungsverbots. Ausdrücklich wird die Zulässigkeit der letzteren Eintragung vom RG. freilich nur ausgesprochen für eine Pfändung des Hypothekennießbrauchs, aber für die Pfändung eines Grundstücksnießbrauchs muß, wie offenbar auch vom KG. angenommen wird, das gleiche gelten, da die Grundsätze über die Pfändung von Geldforderungen gemäß § 857 I ZPO. auf die Pfändung von Nießbrauchsrechten ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Nießbrauchs entsprechende Anwendung finden müssen. Die Wirkung der Eintragung des Verfügungsverbots ist aber, wie aus den Gründen des reichsgerichtlichen Urteils klar hervorgeht, die, daß die Löschung des Nießbrauchs auf Verzicht oder Löschungsbewilligung des Nießbrauchers von der Zustimmung des Pfändungspfandgläubigers abhängig wird. Das RG. lehnt es ab, sich hierfür auf die Annahme eines Pfändungspfandrechts am Nießbrauch selbst zu stützen; es läßt vielmehr die Frage nach dem Gegenstand des Pfandrechts offen. —

Die kritische Würdigung dieser Rechtsprechung muß m. E. der Praxis zunächst darin Recht geben, daß der Nießbraucher ein Recht an der belasteten Sache nicht zu übertragen vermag. Schüfe

¹⁾ Eccius bei Gruchot 50, 503 ff.; Wolff⁴, Sachenrecht 395; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung 304; Predari, GBO.² (1913) 1a zu §§ 23/24. A. M. besonders Güthe, GBO.³ (1913) I 198 Anm. 20; Planck, BGB.⁴ (1916) 2 zu § 1059; Biermann, Sachenrecht³, Anm. 1 zu § 1059; Fuchs, Grundbuchrecht (1902) I 2 zu § 1059; weitere Nachweisungen bei Güthe.

²⁾ GBO.¹ (1907) 440.

die Übertragung der Nießbrauchsausübung ein dingliches Recht, so könnte es nur denselben Inhalt haben wie der Nießbrauch selbst. Es wäre, wie Oertmann JherJahrb. 66, 144 sagt, ein Zweitnießbrauch. Daß aber der Erwerber nicht einen zweiten Nießbrauch, sondern etwas davon wesentlich Verschiedenes, Schwächeres erwerben soll, ist in dem Gesetz so deutlich zum Ausdruck gebracht, wie es nur möglich ist, ganz zu geschweigen von den unzweideutigen Äußerungen der Gesetzesmaterialien¹⁾. Es ist auch dem RG. darin beizupflichten, daß es für die Beurteilung, welche Ansprüche und sonstigen Befugnisse der Ausübungsberechtigte erwirbt, auf die Auslegung des Parteiwillens ankommt. Nur scheint mir die Formel, ob die Ansprüche usw. im „Vermögen“ des Nießbrauchers geblieben seien oder nicht, keine glückliche zu sein; m. E. kommt es darauf an, ob die Ausübung im Namen des Nießbrauchers oder im eigenen Namen des Ausübenden erfolgen soll, denn in letzterem Falle, und nur in diesem, steht der aus der Ausübung erwachsene Anspruch und damit die Widerspruchsbefugnis dem Ausübenden selbst zu.

Am auffallendsten ist an den Ergebnissen der Rechtsprechung, daß eine dinglich wirkende Sicherung des Erwerbers nur bei der Pfändung, nicht aber bei der rechtsgeschäftlichen Zuwendung (Abtretung oder Verpfändung) des Ausübungsrechts erreichbar sein soll. Dafür ließe sich anführen, daß bei der Pfändung ein richterliches Verfügungsverbot vorliegt, das an sich der grundbuchlichen Eintragung wohl als Grundlage dienen kann. Indessen ist es eben die Frage, ob die im § 857 I ZPO. vorgesehene „entsprechende Anwendung“ der Regeln über die Forderungspfändung den Erlaß des Verfügungsverbots rechtfertigt. Das ist m. E. zu verneinen. Das gerichtliche Verfügungsverbot ist nach der ZPO. § 829 ein wesentlicher Bestandteil des Pfändungsaktes und nur durch diesen begründet. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift würde voraussetzen, daß eine Pfändung des Nießbrauchs grundsätzlich in gleicher Art wie die einer Forderung statthaft wäre, und das ist nicht der Fall. Soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, kann vielmehr ein Pfändungspfandrecht nur an solchen Rechten entstehen, an denen nach dem BGB. auch ein vertragliches Pfandrecht möglich ist. Denn ersteres findet im letzteren sein Vorbild. Vermag aber das vertragliche Pfandrecht nicht an die Substanz des Nießbrauchs heranzukommen, so ist dies auch dem Pfändungspfandrecht unmöglich; beide müssen sich damit begnügen, die bloße Ausübung des Nießbrauchs zu ergreifen. Dann aber ist eine Beschränkung des Nießbrauchers in der Substanz seines Rechts nicht möglich. Wollte

¹⁾ Prot. 4100f.

man dieses unbefriedigende Ergebnis vermeiden, so hätte man eben den Nießbrauch für übertragbar erklären müssen.

Jedenfalls liegen die Dinge so, daß derjenige, der die Ausübung des Nießbrauchs im Wege des Rechtsgeschäfts erlangt hat, auch nach der Praxis gegenüber nachteiligen Verfügungen des Nießbrauchers keinen Schutz genießt. Die Protokolle der zweiten BGB.-Kommission 4104 meinen allerdings, ein ausreichender Schutz des Ausübungsberechtigten gegen die Wirkungen eines vom Nießbraucher ausgesprochenen Verzichts ergäbe sich aus § 1056 BGB. Nach diesem kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks, wenn der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet, sein außerordentliches Kündigungsrecht gegenüber Mietern und Pächtern, die mit dem Nießbraucher kontrahiert hatten, erst dann ausüben, wenn der Nießbrauch auch ohne den Verzicht erloschen wäre, d. h. der Verzicht hat in dieser einzelnen Beziehung keine Wirkung. Die Vorschrift schützt also den Ausübungsberechtigten nur dann, wenn er zugleich Mieter oder Pächter ist. Das aber trifft, wie die früheren Beispiele zeigen, in der Regel nicht zu.

II. Auch die Art, wie das BGB. die Dauer des Nießbrauchs mit dem Dasein des Berechtigten verknüpft, hat in der Praxis nicht zu befriedigenden Ergebnissen geführt. Sie ist störend zunächst beim Sicherungsnießbrauch. Nur mit schuldrechtlicher Wirkung läßt sich hier ausbedingen, daß der Nießbrauch auch dem Erben zustehen soll, und wenn dann nach dem Tode des Gläubigers der Eigentümer den Nießbrauch für den Erben bestellt, so haben die in der Zwischenzeit entstandenen dinglichen Rechte den Vorrang. Es ist vielleicht hieraus, vielleicht aber auch auf den vorübergehenden Charakter, der dem Sicherungsnießbrauch im ganzen zukommt, zurückzuführen, daß das Formular des Berliner Anwaltvereins für den Sicherungsnießbrauch¹⁾ eine Verpflichtung des Eigentümers, den Nießbrauch für die Erben des Gläubigers zu erneuern, überhaupt nicht vorsieht. Man hat nun, um der Einwirkung des Todesfalles auf den Nießbrauch zu begegnen, wohl auch empfohlen, den Nießbrauch zugunsten einer juristischen Person, insbesondere einer G. m. b. H. bestellen zu lassen. Erleichtert wird die Wahl dieser Form in der Tat dadurch, daß die juristische Person mit dem Gläubiger der zu sichernden Forderung keineswegs identisch zu sein braucht. Wolff, Sachenrecht 379 Anm. 9 spricht sogar von einem Plan, Nießbrauchsbanken zu schaffen, die den Nießbrauch dem Hypothekengläubiger oder dessen Erben der Ausübung nach überlassen sollten. Über einen solchen Plan ist jedoch sonst nie etwas bekannt geworden, jedenfalls ist er

¹⁾ Oben S. 21 Anm. 4.

m. W. nirgends zur Ausführung gelangt. Überhaupt scheint die Bestellung des Nießbrauchs für die juristische Person in der Absicht, die Unvererblichkeit zu umgehen, in der Wirklichkeit selten vorzukommen. Dabei spielt vielleicht die Kostenfrage eine Rolle. Die Kosten der Bestellung und Eintragung des Nießbrauchs sind schon an sich sehr bedeutend. Wenn dann noch dazu Kosten für die Gründung einer neuen G. m. b. H. oder Vergütungen für eine „Nießbrauchsbank“ hinzukämen, die bei der mit einem Nießbrauch verbundenen Verantwortung nicht gering bemessen werden könnten, so würden sie außer Verhältnis zu dem erzielten Nutzen stehen.

Noch größeren Bedenken als die Unvererblichkeit des Nießbrauchs unterliegt der Grundsatz, daß der für eine juristische Person bestellte Nießbrauch mit ihr erlischt, d. h. also auf einen etwaigen Gesamtrechtsnachfolger nicht übergeht. Einen wichtigen Fall des Nießbrauchs juristischer Personen haben wir bereits oben S. 15 erörtert; es ist derjenige der Realgemeinden. Müßten hier bei Ersetzung der alten agraren Körperschaftsform durch moderne zwangs-genossenschaftliche Bildungen die Nießbrauchsrechte erlöschen, so wäre dies ein großer und völlig ungerechtfertigter Nachteil. Wie das RG. hier in einem besonders bedeutungsvollen Falle geholfen hat, haben wir oben gesehen. Aber in anderen Fällen gibt es einen solchen Ausweg, wie ihn das RG. zugunsten der Schulverbände gefunden hat, nicht. Wird z. B. eine Aktiengesellschaft von einer anderen aufgenommen, sei es unter Vornahme einer Liquidation (§§ 303, 305 HGB.), sei es ohne solche (§ 306 HGB.), so erlöschen ihre Nießbräuche¹⁾, obwohl sonst alle Vermögensrechte auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Ein innerer Grund hierfür ist nicht zu erkennen. Für den Fall, daß eine juristische Person durch Konkurs erlischt (z. B. HGB. § 292 Ziff. 3), nimmt übrigens das RG. (1. IV. 16) BayRpflZ. 1916, 291 mit Recht an, daß hier der Nießbrauch für die Zwecke der Liquidation fortbestehe und im Falle des Zwangsvergleichs wieder auflebe²⁾.

§ 12. Kollision des Nießbrauchers mit Vollstreckungsgläubigern des Eigentümers.

Während der Gesetzgeber sich nach dem Vorbilde des römischen Rechts vor allem angelegen sein ließ, das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer hinsichtlich der belasteten Sache in alle Einzelheiten hinein zu regeln, hat die Praxis sich gerade mit dieser

¹⁾ KG. (17. VI. 18) Recht 1919 Nr. 71.

²⁾ Näheres hierüber bei Predari, Grundbuchordnung² (1913) 1 zu § 24.

Seite des Nießbrauchsrechts nur sehr wenig zu beschäftigen gehabt. Als unvergleichlich wichtiger hat sich ein anderer Fragenkomplex erwiesen, nämlich das Verhältnis des Nießbrauchers zu Vollstreckungsgläubigern des Eigentümers — insbesondere zu den hypothekarisch gesicherten Vollstreckungsgläubigern — hinsichtlich der Mietzinsen. Zu diesem materiell-rechtlichen Fragenkomplex tritt ein prozessualer hinzu: nämlich die Bahnung des Weges für den Hypothekengläubiger, gegen den Widerstand des Nießbrauchers die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück durchzusetzen.

I. Das Verhältnis zwischen Nießbrauch und Hypothek bestimmt sich natürlich grundsätzlich nach dem Range des Rechts. Das im Range bessere Hypothekenrecht geht dem Nießbrauch vor, und umgekehrt. Das gilt auch hinsichtlich der Ansprüche auf die Mietzinsen und zwar, wie die Praxis mit Recht annimmt, ohne Unterschied, ob der Mietvertrag von dem Nießbraucher oder von dem Eigentümer abgeschlossen ist¹⁾. Aber dieser klare Grundsatz wird dadurch verdunkelt und eingeschränkt, daß die Haftung der Mietzinsen zugunsten des Hypothekengläubigers bekanntlich erst mit der Beschlagnahme wirksam wird, und daß Vorausverfügungen, die der Eigentümer vor der Beschlagnahme trifft, gemäß § 1124 I 2 für einige Zeit Wirksamkeit behalten, nämlich für das laufende Vierteljahr und außerdem ausnahmsweise — vor der Novelle vom 8. Juni 1915 stets — für das folgende Vierteljahr. Hatte nun der Eigentümer vor der Beschlagnahme, die sich durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung oder auch durch Mietspfändung vollzieht, einen Nießbrauch bestellt, so entsteht die Frage, ob hierin eine „Verfügung“ über den Mietzins zu erblicken sei. Nach anfänglichem Schwanken²⁾ hat die Praxis, vom RG. geführt, die Frage endgültig verneint, also zuungunsten des Nießbrauchers und zugunsten des Hypothekengläubigers entschieden. In dem maßgebenden Urteil vom 22. Januar 1908 Entsch. 68, 10³⁾ stützt sich das RG. hauptsächlich auf folgende etwas komplizierte Erwägung: Werde das ganze Grundstück veräußert, so trete der Erwerber gemäß § 571 I nicht kraft eines rechtsgeschäftlichen Aktes, sondern unmittelbar kraft Gesetzes in die Mietsverhältnisse seines Vorgängers ein. Läge also dem Eintritt hier keine „Verfügung“ zugrunde, so könne man eine solche auch da nicht unterstellen, wo das Grundstück mit einem Nießbrauch belastet werde, denn in diesem Falle finde ja ge-

¹⁾ OLG. Celle (18. I. 12) Rspr. 26, 141, vgl. auch RG. (22. I. 08) 68, 13.

²⁾ Vgl. KG. (15. II. 02) Rspr. 4, 328.

³⁾ Ebenso z. B. RG. (21. XII. 12) 81, 147; (7. IV. 14) JW. 761; KG. (5/15. II. 07) Rspr. 14, 129; (28. XI. 18) KGBl. 19, 8; OLG. Königsberg (7. X. 05) Seuff. 61, 14.

mäß § 577 die Vorschrift des § 571 I entsprechende Anwendung. Durchschlagend ist dies schwerlich. Das RG. stellt einen engen Begriff der Verfügung auf, dem sich mit mindestens demselben Recht ein weiterer gegenüberstellen läßt. Man kann wohl nicht bestreiten, daß das Recht des Nießbrauchs auf der Bestellung durch den Eigentümer, also auf einem rechtsgeschäftlichen Akt beruht und von vornherein seinem wesentlichen Inhalt nach auf die Fruchtziehung gerichtet ist. Zwischen den Bestellungsakt und die rechtliche Erfassung der Mieten das Gesetz als selbständigen Verursachungsgrund einzuschieben, wie das RG. es versucht, ist eine Konstruktion, die mindestens nichts Zwingendes hat. M. E. kommt man hier mit rein begrifflichen Zerlegungen nicht weiter, weil die Begriffe mehrdeutig sind. Man muß, was das RG. in der erörterten Entscheidung versäumt, auf den Zweck des Gesetzes zurückgehen, um von den mehreren möglichen Deutungen die auswählen, die dem Zweck am meisten entspricht. Danach aber kann man kaum bezweifeln, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung über die Mieten darstellt. Denn § 1124 ist aus der Erwägung heraus hervorgegangen, daß dem Eigentümer für einen gewissen Zeitraum die freie Verfügung über Nutzungen des Grundstücks und daher auch über die Mieten verbleiben müsse¹⁾. Erkennt man dies an, so fehlt es an jedem verständigen Grunde, die Bestellung des Nießbrauchs anders zu behandeln wie z. B. die Abtretung der Mieten oder die Verpachtung des Grundstücks.

Sicherlich wirkte bei dem RG. im Unterbewußtsein das Bestreben mit, den Realkredit zu schützen, nämlich die Hypothekengläubiger vor nachteiligen Folgen späterer Nießbrauchsbestellungen möglichst zu bewahren. Aber der Mangel liegt eben im Gesetz selbst, das sich hier durch doktrinaire Vorstellungen von der Freiheit des Eigentümers bestimmen ließ. Versuche, derartige offenbare Fehlgriffe des Gesetzes im Wege der Auslegung zu beseitigen, werden stets nur Verwirrung stiften. Das zeigt gerade der vorliegende Fall. Denn nachdem die Rechtsprechung einmal den falschen Weg eingeschlagen hatte, wurde sie durch den Zwang der Verhältnisse immer weiter getrieben und schließlich in eine ganz unhaltbare Lage gebracht. Denn die Sicherungswirkung, um derentwillen der Nießbrauch regelmäßig bestellt wurde, erlitt durch die neue Praxis des RG. eine wesentliche Einschränkung. Das mußte die Gläubiger-Nießbraucher notwendig veranlassen, die Sicherungswirkung dadurch zu ergänzen, daß sie sich die Mieten außerdem abtreten ließen. Hätte nun die Praxis dieses Vorgehen gebilligt, so würde sich alsbald der Brauch eingebürgert haben, die

¹⁾ Vgl. mein „Deutsches Hypothekenwesen“ S. 77.

Nießbrauchsbestellung formularmäßig mit Mietsabtretungen zu verbinden, und die Ansicht des RG. wäre schnell ad absurdum geführt worden. So sah sich das RG.¹⁾ genötigt, die Mietsabtretungen an den Nießbraucher zu bekämpfen. Es erklärte sie für nichtig, da die Mietsforderung dem Nießbraucher bereits kraft eigenen Rechts zustehe, und er sie deshalb nicht nochmals durch Rechtsgeschäft erwerben könne; zur Übertragung einer Forderung sei „begrifflich“ ein empfangsfähiger Erwerber notwendig. Allein es ist schon an sich nicht einzusehen, weshalb der an der Mietsforderung Berechtigte sich nicht nach seiner Wahl auf den Nießbrauch oder die Abtretung stützen dürfen. Mit vollem Recht hatte das RG. in einer früheren Entsch. (Bd. 64 Bl. 420) die Pfändung und Überweisung der Mieten zugunsten des Nießbrauchers für statthaft²⁾ erklärt mit der Begründung, „daß der Nießbraucher nur berechtigt, nicht verpflichtet sei, sich auf den Nießbrauch zu berufen; gleichwie ein Rechtsgeschäft in seiner Gültigkeit nicht dadurch beeinträchtigt werde, daß dieselben Personen es unter sich nochmals vornähmen, so müsse es auch im vorliegenden Falle dem Berechtigten unbenommen sein, auf den erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß einen Anspruch zu stützen, den er auch kraft seines Nießbrauchsrechts hätte geltend machen können“. Was hier vom Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gesagt ist, gilt wörtlich ebenso von der Abtretung. Hierbei ist von besonderer Bedeutung, daß die Abtretung (wenigstens nach der Theorie des RG.) dem Empfänger größere Rechte an den Mieten verschafft als die Nießbrauchsbestellung. Weshalb in aller Welt sollte unter allen Menschen gerade der Nießbraucher unfähig sein, von dem Eigentümer dessen größere Rechte an den Mieten zu erwerben? Dafür läßt sich ein verständiger Grund schlechterdings nicht ersinnen. Und wie soll es gehalten werden, wenn, um mit Dittrich³⁾ zu sprechen, ein „ganz Schlauer“ sich erst die Mieten abtreten und dann den Nießbrauch bestellen läßt? Ein solcher Fall hatte, wie Dittrich übersieht, bereits dem KG. in zweiter und dem RG. in dritter Instanz vorgelegen⁴⁾. Das KG., das der Auffassung des RG. folgte und jeden Ausweg versperrt sah, unternahm, man möchte sagen, mit dem Mute der Verzweiflung, den Versuch, die Nießbrauchsbestellung als eine Rückübertragung der abgetretenen Mietsforderung (d. h. also als das gerade Gegenteil des wirklich Gewollten) zu deuten. Wenn das RG. hierzu bemerkt, „das überschreite die Grenzen der

¹⁾ RG. (2. XI. 12) 80, 316; (19. I. 15) 86, 135, ebenso KG. (30. IX. 16) JW. 1431. KG. (13. III. 12) Rspr. 25, 264 hatte die Abtretung noch zugelassen, ohne ein Bedenken aufzuwerfen.

²⁾ Ebenso RG. (19. I. 15) Recht Nr. 540.

³⁾ BayRpflZ. 1916, 88.

⁴⁾ RG. (4. VII. 13) Recht Nr. 2842 und 2853.

Auslegung“, das „RG. bewege sich auf dem Gebiete der Fiktion“, so wird man diese herbe Kritik nicht als ungerechtfertigt betrachten können. Nun aber das RG. selbst! Es nimmt an, daß die beabsichtigte Verstärkung der Rechte des Zessionars nicht habe verwirklicht werden können, weil die Absicht auf etwas rechtlich Unmögliches gegangen sei, d. h. es wird jetzt vom RG. sogar die Nießbrauchsbestellung, soweit sie einen Übergang der Mieten zur Folge hat, für unwirksam erklärt. Damit wird das Übel noch verschlimmert. Alle Gründe gegen die Annahme der „begrifflichen Unmöglichkeit“ des Rechtserwerbs treffen hier ebenso zu, wie in dem oben erörterten Falle. Außerdem ergeben sich hier aber noch neue Unklarheiten. Namentlich fragt sich, ob der Nießbrauch ganz oder nur zum Teil, nämlich insoweit er dem Berechtigten die Mietsforderung verschaffen soll, unwirksam sei. Anscheinend neigt das RG. der letzteren Auffassung zu. Diese ist aber jedenfalls mindestens dann nicht haltbar, wenn der Wille der Parteien, wie es gerade im Falle der reichsgerichtlichen Entscheidung zuzutreffen scheint, in der Hauptsache darauf gerichtet war, durch die Nießbrauchsbestellung eine Verstärkung der Mietsabtretung zu erzielen, denn dann ist diese Rechtsfolge für die Parteien die wesentliche, und wenn sie nicht erreicht wird, so muß das ganze Geschäft zusammenfallen. Hält man aber mit dem RG. die Nießbrauchsbestellung zwar grundsätzlich aufrecht, jedoch mit der Beschränkung, daß sie auf die Mieten keinen Einfluß hat, so bleibt vom Nießbrauch praktisch nicht mehr als der Name. Das wäre gleichfalls ein wenig erfreuliches Ergebnis.

Zu diesen Bedenken, die sich aus der veröffentlichten Rechtsprechung ergeben, treten aber noch andere. Wie steht es z. B., wenn der Nießbrauch, der dem Mietszessionar bestellt wurde, durch Tod oder Fristablauf erlischt? Da die Abtretung der Mieten nach der Auffassung des RG. nichtig ist, so kann nicht die Rede davon sein, daß die Mietsabtretung mit dem Erlöschen des Nießbrauchs wieder auflebe. Der Berechtigte oder sein Erbe ist also ohne jeden innern Grund um alle Rechte gebracht. Auf eine andere Folge hat Ury JW. 1915, 745 aufmerksam gemacht: Pfändet nämlich ein persönlicher Gläubiger des Eigentümers eine Mietsforderung, so geht der Nießbraucher kraft seines (älteren) dinglichen Rechts vor. Pfändet aber hiernach ein vorgehender Hypothekengläubiger, so ist die Pfändung des persönlichen Gläubigers als „Verfügung“ ihm gegenüber für das laufende und möglicherweise für das folgende Vierteljahr wirksam. Also der persönliche Gläubiger soll insoweit dem Hypothekengläubiger vorgehen, gleichzeitig aber dem Nießbraucher nachstehen, obschon dieser seinerseits dem Hypothekengläubiger nachsteht!!

Daß das RG. auf die Dauer mit sich selbst in Widerspruch

geraten muß, wird schon durch die bisherige Entwicklung erwiesen. In der Entscheidung vom 18. II. 1914 Bd. 84 S. 202 erkennt es für den im § 1124 II BGB. angegebenen Zeitraum eine Mietsabtretung, die der Nießbraucher seinerseits vorgenommen hatte, gegenüber dem beschlagnehmenden Hypothekengläubiger als wirksam an; d. h. der Nießbraucher kann seinem Rechtsnachfolger die bevorzugte Rechtsstellung des Verfügungsempfängers verschaffen, die ihm selbst versagt ist — ein handgreiflicher Widerspruch! Eine gewisse Unstimmigkeit liegt auch darin, daß die Rechtsprechung — es sind darüber allerdings bisher erst Oberlandesgerichtsentscheidungen ergangen¹⁾ — dem Nießbraucher gegen Vorausverfügungen des Eigentümers den Schutz der §§ 577, 573 zubilligt. Hiernach müßte doch das Recht des Nießbrauchers stärker sein als das des Verfügungsempfängers (Mietsessionars). Am bedenklichsten aber ist es, daß das RG., wie erwähnt²⁾, dem Nießbraucher gestattet, sich die Mieten pfänden und überweisen zu lassen; nur der Erwerb durch Abtretung soll ihm versagt sein. Für diesen Widerspruch eine auch nur einigermaßen ausreichende Erklärung zu finden, ist unmöglich. Der 5. Zivilsenat, der die fragliche Entscheidung (Bd. 80 S. 316) erlassen hat, bemerkt in dieser Hinsicht nur, er habe schon in einem anderen Erkenntnis Zweifel an der Richtigkeit des Urteils Bd. 64 S. 420 ausgesprochen, vielleicht sei dieses damit zu begründen, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß äußerlich eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Staates bilde. Damit soll offenbar gesagt sein, daß dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß als Staatsakt im Gegensatz zur Abtretung eine formelle Rechtsbeständigkeit eigen sei, die die besondere Behandlung der Pfändung und Überweisung erklärlich machen könne. Nicht ohne Grund bringt das RG. diese Meinung in zögernder und unsicherer Weise vor, denn einer näheren Prüfung hält sie nicht stand. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß mag formell wirksam sein, daraus folgt aber doch keineswegs, daß er auch ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung begründe. Die Entstehung des Pfandrechts bleibt ja auch in den zahlreichen Fällen aus, in denen der Beschluß ordnungsmäßig ergangen ist, aber die vom Gläubiger behauptete Forderung des Schuldners in Wahrheit nicht besteht. Ob ein Pfändungspfandrecht begründet wird, hängt von der materiellen Rechtslage ab, und wenn es zutrifft, daß man ein Recht nicht doppelt erwerben kann, so vermag eben der Nießbraucher auch kein Pfändungspfandrecht an der Mietsforderung zu erlangen. Der 5. Zivilsenat verweist selbst auf RG. 72, 241. Dort ist die Pfändung eigener Sachen des

¹⁾ OLG. Dresden (19. III. 04) Rspr. 8, 399; KG. (30. I. 07) Rspr. 14, 131.

²⁾ Oben S. 72.

Gläubigers für formell wirksam erklärt, obschon sie ein Pfandrecht für den Gläubiger aus materiellen Gründen nicht zu erzeugen vermag. Gerade dieses eigene Beispiel des RG. zeigt, daß die formelle Aufrechterhaltung der Pfändung ihrer materiellrechtlichen Wirkung nicht gleich zu setzen ist¹⁾.

Zu all diesen ungesunden Folgerungen, Widersprüchen und überschwierigen Problemstellungen²⁾ hätte es nicht kommen können, wenn man die Nießbrauchsbestellung als Verfügung im Sinne des § 1124 anerkannt hätte. Mißbräuchlichen Nießbrauchsbestellungen hätte lediglich durch eine scharfe Anwendung des Anfechtungsrechts entgegengetreten werden müssen, wie sie gegenüber den Mietsabtretungen jetzt durchgeführt wird³⁾. Die Abstellung dann noch verbleibender Unvollkommenheiten war der Gesetzgebung zu überlassen.

II. Unvergleichlich glücklicher als auf dem materiellrechtlichen Gebiet hat die Praxis auf dem prozessualen gewaltet. a) Hier hatte eine große Gefahr bestanden. Schon unter der Herrschaft des preußischen Rechts war die Wirksamkeit der Zwangsverwaltung, dieses unentbehrlichen Werkzeuges des Realkredits, dadurch abgestumpft worden, daß man die Zwangsverwaltung bei einem unter antichretischer Pfandnutzung stehenden Grundstück nicht zulassen wollte⁴⁾. Auch unter dem BGB. hatten mehrere einflußreiche Schriftsteller⁵⁾ sich bereits dafür ausgesprochen, beim Vorliegen eines Nießbrauchs eine eingeleitete Zwangsverwaltung gemäß § 28 ZVG. aufzuheben, solange nicht ein regelmäßiger nur auf Grund eines besseren dinglichen Rechts zu erlangender vollstreckbarer Titel gegen den Nießbraucher beschafft sei⁶⁾. Die Praxis zeigte auch anfänglich eine gewisse Hineigung zu diesem Standpunkt⁶⁾, doch trat noch rechtzeitig die Besinnung ein. Man läßt jetzt allgemein ohne Rücksicht auf einen eingetragenen Nießbrauch und ohne Rücksicht auf dessen etwaigen besseren Rang

¹⁾ Ein weiteres Bedenken gegen RG. 64, 420 äußert Stillschweig JW. 1916 1431. Er meint, der Nießbraucher könne die Mieten nicht pfänden, weil sie nicht dem Eigentümer, sondern ihm selbst zuständen, und nur Rechte des Vollstreckungsschuldners der Zwangsvollstreckung unterworfen werden könnten. In diesem Punkte dürfte sich jedoch die Meinung des RG. rechtfertigen lassen, vgl. unten S. 79.

²⁾ Auch das KG. JW. 1916, 1431 sagt, der Standpunkt des RG. sei ein formalistischer und erscheine bei freier Gesetzesauslegung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Erfordernisse nicht unbedenklich.

³⁾ Vgl. KG. (30. IX. 11) und (26. X. 12) KGBI. 1913, 99 ff.; KG. (28. XI. 12) Rspr. 26, 128; (14. VI. 17) KGBI. 18, 6; (4. III. 18) KGBI. 47.

⁴⁾ Unten S. 79.

⁵⁾ Jaekel, Kommentar zum ZVG.² (1904) Anm. 4 zu § 147, v. d. Pfordten, desgl. Anm. 1 zu § 146, Kretzschmar, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1904) 279 f.

⁶⁾ OLG. Cassel (24. V. 06) Rspr. 14, 207, vgl. auch LG. Dresden (4. IV. 05) SächsArch. 1906, 206.

die Zwangsverwaltung des Grundstücks als eine „beschränkte“ zu, d. h. sie wird vorbehaltlich des Rechts des Nießbrauchers angeordnet und hat dann zur Folge, daß der Verwalter sich auf die Ausübung der an sich dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher zustehenden, im wesentlichen überwachenden Befugnisse zu beschränken hat¹⁾. Diese beschränkte Zwangsverwaltung bietet u. a. den wesentlichen Vorteil, daß sie die allgemeinen Beschlagnahmewirkungen der Immobilien-vollstreckung zugunsten des betreibenden Gläubigers hervorbringt. Zu beseitigen ist die durch den Nießbrauch verursachte Beschränkung nur durch einen gegen den Nießbraucher erwirkten Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Die Beschaffung des Titels wird bei vollstreckbaren Urkunden (§§ 794 Ziff. 5, 800 ZPO.) wesentlich dadurch erleichtert, daß dem Hypothekengläubiger vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde auf Antrag auch gegen den später eingetragenen (und im Range nachstehenden) Nießbraucher als den Rechtsnachfolger gemäß § 727 ZPO. erteilt wird²⁾; das Gleiche gilt natürlich, wenn es nach Erlaß eines auf Grund hypothekarischer Klage ergangenen vollstreckbaren Urteils zur Bestellung eines Nießbrauchs kommt. Fehlt der vollstreckbare Titel, so muß der Gläubiger, um sein Recht gegen den Nießbraucher im Zwangswege durchsetzen zu können, ein Urteil auf Duldung erstreiten³⁾, in welchem Falle das Pfandgrundstück für die entstehenden Kosten nicht haftbar gemacht werden kann⁴⁾ — beides Nachteile, die von neuem zeigen, wie notwendig dem Hypothekengläubiger die vollstreckbare Form der Schuldurkunde ist.

Bis hierher können die Ergebnisse der Praxis als feststehend angesehen werden. Ungelöst ist noch der Zweifel, ob das Vollstreckungsgericht die Verwaltung ohne Rücksicht auf den Nießbrauch als unbeschränkte anzuordnen hat, wenn der Nießbraucher dem die Zwangsverwaltung beantragenden Hypothekengläubiger im Range nachsteht. Diese Frage ist eine andere als diejenige, ob es zur gewaltsamen Durchsetzung der Zwangsverwaltung gegen den Nießbraucher eines gegen ihn lautenden vollstreckbaren Titels bedarf. Hierzu ist allerdings der Schultitel unbedingt erforderlich. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Vollstreckungsrichter bei Anordnung der Zwangsverwaltung ein Recht, das der betreibende Gläubiger materiell nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, ausdrücklich vorbehalten

¹⁾ So besonders KG. (16. VI. 05) Rspr. 11, 134; (11. XII. 06) KGBI. 07, 21, auch RG. (3. II. 04) 56, 388. Von Schriftstellern sind für diese Lösung namentlich eingetreten Leschinsky, DJZ. 1906, 175 ff., Grohmann, SächsArch. 1906, 414 ff., Jaeckel-Güthe²⁾, Anm. 5 zu § 146. Dort auch weitere Literatur.

²⁾ KG. (3. III. 11) Rspr. 25, 264; (9. II. 12) Rspr. 26, 88.

³⁾ KG. (6. XII. 09) Rspr. 20, 390.

⁴⁾ Vgl. Mot. III 650. Analog für die Nutznießung LG. Leipzig (23. X. 01) ZblfG. 2, 678.

müßte. Im Gegenteil würde hier ein m. E. ein zu weit getriebener Formalismus liegen. Man kann nicht sagen, daß die unbeschränkte Fassung des Zwangsverwaltungsbeschlusses bereits eine Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher in sich schließt; läßt der Vollstreckungsrichter den Nießbrauch in dem Beschluß unberücksichtigt, so tut er nichts weiter, als sich gegenüber dem Verwalter der sachlich unbegründeten Anweisung zu enthalten, daß dieser die Rechte des Nießbrauchers von sich aus zu schonen habe. M. a. W.: ist die Zwangsverwaltung als unbeschränkt angeordnet, so ist der Verwalter dienstlich nicht gehindert, die Mieter aufzufordern, daß sie an ihn Zahlung leisten. Erhebt allerdings der Nießbraucher Widerspruch, so ist dieser auf dem Prozeßwege zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Nießbraucher (nicht zwischen Zwangsverwalter und Nießbraucher¹⁾) auszutragen, zumal wenn die Mieter zur Hinterlegung schreiten. Praktisch aber macht es einen nicht geringen Unterschied, ob der Zwangsverwalter sich schon kraft des gerichtlichen Bestellungsaktes verhindert sieht, die Einnahmen des Grundstücks an sich zu ziehen, oder ob er den Widerspruch des Nießbrauchers abwarten darf. Für die Zulässigkeit der unbeschränkten Verwaltungsanordnung bei schlechterem Range des Nießbrauchs haben sich das OLG. Breslau²⁾ und das LG. II Berlin ausgesprochen³⁾. Dagegen will das KG. so lange nur die beschränkte Zwangsverwaltung zulassen, bis ein vollstreckbarer Titel gegen den Nießbraucher erwirkt sei⁴⁾. Doch sind in der Entscheidung des KG. die verschiedenen Gesichtspunkte, die für die Fassung des Zwangsverwaltungsbeschlusses einerseits und für die Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher andererseits maßgebend sind, nicht auseinandergehalten.

Wie nun aber auch die Praxis zu diesem Punkte endgültig Stellung nehmen mag, jedenfalls erscheint in der Hauptsache die praktische Durchführbarkeit der Zwangsverwaltung gegenüber dem Nießbraucher hinlänglich gesichert und zwar lediglich durch eine sachgemäße und zwanglose Fortentwicklung der gesetzlichen Vorschriften.

b) Etwas anders verhält es sich mit der Mietspfändung auf Grund hypothekarischen Schuldtitels, die bekanntlich von der Praxis gleichfalls als Form der „Beschlagnahme“ anerkannt worden ist⁵⁾. Hier bedarf es, wenn an dem Grundstück ein Nießbrauch besteht und der Hypothekengläubiger Ansprüche des Nießbrauchers gegen

¹⁾ OLG. Cassel (7. VI. 10) ZblfG. 11, 543.

²⁾ (18. III. 03) AK. Breslau 55.

³⁾ (19. II. 15) KGBl. 63.

⁴⁾ KG. (26. IX. 09) Rspr. 20, 389, vgl. auch LG. Dresden (4. IV. 05) SächArch. 06, 206.

⁵⁾ RG. (3. IV. 11) 76, 118; Nußbaum, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1916) 37.

den Mieter pfänden will, unter allen Umständen der vorgängigen Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gegen den Nießbraucher und einer Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn¹⁾. Diese Notwendigkeit drängt sich besonders da auf, wo der Nießbraucher selbst die Mietsverträge abgeschlossen hat; sie besteht freilich auch, soweit der Eigentümer Vermieter war, da in diesem Falle mit der Entstehung des Nießbrauchs die Mietsansprüche gleichfalls auf den Nießbraucher übergehen, §§ 577, 571 BGB. Hätte nun die Praxis hieran festgehalten, so wäre die Beschlagnahme durch Mietspfändung überall da, wo die Hypothek nicht in vollstreckbarer Form aufgenommen ist, stark entwertet worden, denn der Hypothekengläubiger würde sich nicht ohne weiteres an die Mieten haben halten können. Infolgedessen hat das RG. einen Ausweg gewählt, der zwar außerordentlich kühn, aber doch gangbar ist und den Bedürfnissen des Lebens in erfreulicher Weise entgegenkommt. Wenn nämlich der Hypothekengläubiger die Mieten gegen den Eigentümer pfändet und nun der im Range nachstehende Nießbraucher die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. erhebt, so weist das RG. die Klage im Hinblick auf den schlechteren Rang des Nießbrauchs zurück, ohne einen vollstreckbaren Titel gegen den Nießbraucher zu fordern; den vollstreckbaren Titel zu verlangen, wäre nach Ansicht des RG. ein „ungerechtfertigter und unnötiger Umweg“, dem Hypothekengläubiger stehe das Vorrecht auf die Mietzinsen nach § 879 I 2 BGB. ohne weiteres zu, der Nießbraucher habe in Wahrheit nicht ein besseres Recht, wie es § 771 ZPO. voraussetze²⁾. Diese Entscheidung ändert also formell nichts daran, daß der Hypothekengläubiger zu einer Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher eines gegen diesen gerichteten vollstreckbaren Titels bedarf; praktisch aber befreit sie den Gläubiger von diesem Zwang und legt es ihm nahe, die Mieten, obwohl sie an sich dem Nießbraucher zustehen, einfach gegen den Eigentümer auf Grund eines gegen den letzteren lautenden Schultitels zu pfänden. Daß die Eröffnung dieses Weges dem materiellen Recht keinen Eintrag tut, bedarf nicht der Ausführung. Formell aber liegt der Einwand nahe, daß dem Eigentümer in dem vorausgesetzten Falle ein Recht auf die Mieten nicht zustehe und daher auch der Hypothekengläubiger im Wege der Pfändung gegen den Eigentümer sich ein solches Recht nicht zu beschaffen vermöge. Demgegenüber steht das RG. auf dem Standpunkt, daß der Eigentümer trotz der Bestellung des Nießbrauchs

¹⁾ RG. (5. VI. 18) 93, 124.

²⁾ RG. (21. XII. 12) 81, 150; ebenso RG. (7. IV. 14) JW. 761; (25. III. 16) Recht Nr. 1509/10.

der „Berechtigte hinsichtlich der Immobiliarmasse“ sei, er habe gewissermaßen als „Vertreter des unbeweglichen Vermögens“ zu gelten¹⁾. Die Berechtigung dieser Auffassung ist sicherlich nicht unzweifelhaft; es dürfte sich aber zu ihren Gunsten darauf hinweisen lassen, daß die über den Eigentümer weit hinausgreifenden Wirkungen der Grundstücksbeschlagnahme mit der Zustellung an den Eigentümer allein eintreten, § 22 I 1 ZVG. Auch die Mietspfändung stellt in gewisser Hinsicht eine Vollstreckung in das Grundstück dar; nimmt man hier gleichfalls eine Art Repräsentativfunktion des Eigentümers an, so wird darin eine zulässige Fortbildung der Grundgedanken des Gesetzes erblickt werden dürfen.

§ 13. Der Sicherungsnießbrauch in der Rechtsprechung.

Der entwickelte typische Sicherungsnießbrauch, wie wir ihn oben im § 4 geschildert haben, kann erst für das letzte Lustrum vor dem Weltkriege als eine in allen wesentlichen Beziehungen feststehende Erscheinung gelten. Vor dem BGB. war diese Art der Verwendung des Nießbrauchs ziemlich unbekannt. Ein vereinzeltes Gegenbeispiel bietet das einen sächsischen Fall betreffende Urteil des RG. (28. IV. 86) 16, 2; hier war einer offenen Handelsgesellschaft für eine aus geschäftlichen Verhältnissen herrührende, hypothekarisch nicht gesicherte Forderung ein Nießbrauch an einem Grundstück zur Sicherung bestellt worden. Größere Bedeutung dürfte dem Fall für die damalige Zeit nicht beizumessen sein. Sicher ist, daß im Geltungsbereich des ALR. die Praxis für die Zwecke des heutigen Sicherungsnießbrauchs die Form der Antichrese verwendete²⁾. Unter dem BGB. verhielten sich Praxis und Theorie gegen den Sicherungsnießbrauch anfänglich ablehnend. Mehrere Oberlandesgerichte erklärten eine Sicherungsabrede als dem Wesen des Nießbrauchs zuwiderlaufend und daher das ganze Geschäft für nichtig³⁾; eine Sondermeinung wurde vom OLG. Dresden (25. II. 07) Sächs. Ann. 28, 371 vertreten, das einen Sicherungsnießbrauch, obwohl er ausdrücklich als am Grundstück bestellt beurkundet war, nur als Nießbrauch an den Mietzinsen betrachtet wissen wollte, weil der Nießbraucher die Abgaben und Hypothekenzinsen aus dem Grundstück zu zahlen habe, mithin nicht die Früchte des Grundstücks selbst ziehe. Ferner versagte der erste Zivilsenat des KG. (15. XII. 02)

¹⁾ RG. (26. III. 16) Recht Nr. 1509/10.

²⁾ Unten S. 110 ff.

³⁾ OLG. Celle (23. X. 02) Rspr. 6, 121; KG. 8 ZS. (13. VII. 04) KGBl. 74; sowie noch später OLG. Posen (7. II. 07) Rspr. 15, 369 und OLG. Naumburg (14. II. 08) AK. Naumburg 1908, 33.

25 A 290 einem Sicherungsnießbrauch die Anerkennung, bei welchem die Abrede der Parteien auf Änderung des gesetzlichen Inhalts, insbesondere auf Verlängerung über den Tod des Nießbrauchers ging. Ob die bezügliche Abrede der Parteien nicht als schuldrechtliche aufgefaßt und aufrechterhalten werden könne, wurde vom KG. hier nicht näher geprüft, doch ging schon aus der Entscheidung hervor, daß der Senat gegen schuldrechtliche Einschränkungen sowie überhaupt gegen den Sicherungszweck des Nießbrauchs grundsätzlich nichts einzuwenden habe. Diese Meinung wurde dann in dem Beschluß vom 27. III. 1907 Jahrb. 34 A 263 mit aller Ausführlichkeit begründet, und unter dem 3. II. 08 sprach sich auch das RG. 67, 378 in gleichem Sinne aus¹⁾.

Seitdem ist der Sicherungsnießbrauch, obwohl sich die Theorie noch immer nicht recht mit ihm befreunden will²⁾, zu einem der gebräuchlichsten Rüstzeuge des Grundkredits geworden. Von der großen Zahl der veröffentlichten Entscheidungen und von der räumlichen Verbreitung des Sicherungsnießbrauchs haben wir bereits oben gesprochen, ebenso sind dort die typischen Merkmale angegeben, die sich am Sicherungsnießbrauch allmählich herausgebildet haben. Bei dieser Gelegenheit mußten wir die Rechtsprechung bereits soweit behandeln, wie die typischen Merkmale des Sicherungsnießbrauchs auf ihr beruhen. An dieser Stelle sind noch einige weitere Ergebnisse der Rechtsprechung und Notariatspraxis zusammenzustellen. Es sind in der Hauptsache die folgenden:

Bei Abtretung der Hypothek ist der zur Sicherung eingetragene Nießbrauch zu löschen, denn im Zweifel läßt sich die Absicht der Beteiligten weder dahin deuten, daß der Zessionar die Ausübung des Nießbrauchs erwerben soll, noch dahin, daß der bisherige Hypothekengläubiger die Rechte des Nießbrauchers für den neuen Gläubiger auszuüben habe³⁾. Ist das Erlöschen des Nießbrauchs dinglich an die Tilgung der Hypothek geknüpft, was nicht zu vermuten ist, so wird durch die Tilgung der Hypothek nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers erzeugt, die Löschung des Nießbrauchs zu bewilligen. Der Eigentümer tritt also Dritten gegenüber mit der Tilgung seiner Schuld nicht ohne weiteres in den vollen Genuß seines Eigentums, er ist insbesondere nicht befugt, gegenüber Mietern des Nießbrauchers das außerordentliche Kündigungsrecht

¹⁾ Vgl. auch RG. (12. IV. 11) Recht Nr. 2438.

²⁾ Vgl. Schneider, Recht 1907, 802; jetzt wieder Planck⁴ III 600 sowie unten S. 84.

³⁾ KG. (28. II. 07) Rspr. 15, 370. Der Widerspruch von Wolff, Sachenrecht⁸ Anm. 9 zu § 114 scheint mir nicht begründet.

aus § 1056 II auszuüben¹⁾. Ausgeschlossen ist eine „Verlängerung“ des auf bestimmte Zeit eingetragenen Nießbrauchs²⁾.

Was den Inhalt des Sicherungsnießbrauchs anlangt, so fehlt es in der Praxis noch an der erforderlichen Klarstellung, daß bei sinn-gemäßer Auslegung des Parteiwillens die Haftung des Sicherungs-nießbrauchers für die Grundstückslasten regelmäßig nicht über die Grundstückseinnahmen hinausgeht und die entgegenstehende disposit-ive Regel des § 1047 daher hier außer Anwendung bleiben muß. Jede andere Auffassung müßte zu ungerechtfertigten Schädigungen der Hypothekengläubiger führen, die ihre Lage durch den Nieß-brauch verbessern, nicht aber verschlechtern wollen. Die Recht-sprechung scheint jedoch mehr der gegenteiligen Auffassung zuzu-neigen³⁾. Dies ist auch in einem Falle hervorgetreten, in welchem der durch den Nießbrauch gesicherte Hypothekengläubiger sich in der üblichen Weise ausbedungen hatte, daß bei unpünktlicher Zins-zahlung das Hypothekenkapital fällig werden solle. Als nun der Gläubiger, da die Einnahmen zur Deckung der Zinsen nicht aus-reichten, die Zahlung des Kapitals verlangte, wies ihn das KG. zu-rück, da der Nießbraucher gemäß § 1047 die Zinsen der Hypothek dem Eigentümer gegenüber zu tragen habe! Ebenso unzutreffend und unbillig wie diese Entscheidung des KG. ist eine andere vom 9. II. 11 Rspr. 26, 93, die wegen des angeblichen Mangels einer positiven Vorschrift dem Eigentümer den Anspruch auf Rechnungs-legung gegenüber dem Sicherungsnießbraucher versagt. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Nießbraucher die Einnahmen des Grund-stücks in der vertraglich vorgeschriebenen Weise zu verwenden hat und insoweit die Verwaltung zugleich im Auftrag des Eigentümers führt, der an der sachgemäßen Verwendung der Einnahmen ein eigenes Interesse hat; der Anspruch auf Rechnungslegung ist deshalb aus den §§ 666, 259 zu rechtfertigen. Die zweifelhafte und wichtige Frage, ob der Nießbraucher Überschüsse der Verwaltung auf seine Stamm-forderung verrechnen darf oder sie für künftige Ausgaben einst-weilen zurückzulegen hat, wird vom OLG. Dresden (6. III. 16) Sächs.

¹⁾ KG. (10. X. 07) Rspr. 18, 150.

²⁾ KG. (28. VI. 17) 50 A 188; dies ist noch nicht erkannt in KG. (30. XI. 16) 49 A 187, wo übrigens zutreffend ausgeführt wird, daß eine Fristbestim-mung hinsichtlich des Nießbrauchs nicht durch Bezugnahme auf die Ein-tragungsbewilligung (§ 874 BGB.) eingetragen werden könne.

³⁾ Daß einschränkende Vereinbarungen regelmäßig getroffen werden, hebt KG. (5. IV. 16) KGBl. 16, 52 hervor, doch geht KG. (3. II. 13) Rspr. 29, 351 von der Annahme der unbeschränkten Haftung des Nießbrauchers aus; aller-dings lag der Fall hier besonders. In dem Falle des RG. (23. X. 09) 72, 101, in welchem § 1047 als anwendbar erachtet wurde, handelte es sich nicht um einen Sicherungsnießbrauch. Der Widerspruch Salingers JW. 1910, 461 ist daher unbegründet. Zutreffend Goldmann Gruchot 57, 631.

Arch. 428 treffend dahin beantwortet, daß die Verrechnung so lange zulässig sei, wie nach Würdigung aller Umstände die Deckung der besser berechtigten Ansprüche durch die zu erwartenden Einnahmen für die Zukunft gesichert erscheine.

Hinsichtlich der Anfechtbarkeit des Sicherungsnießbrauchs hat sich eine ständige, vorzugsweise vom RG. gepflegte Rechtsprechung dahin entwickelt, daß in erster Linie die Realgläubiger Anspruch auf die Grundstückseinkünfte hätten und ein persönlicher Gläubiger des Eigentümers sich deshalb durch eine Nießbrauchsbestellung nur soweit beschwert erachten könne, als ihm durch den Nießbrauch ein Überschuß der Grundstückseinkünfte über die Zinsen und Lasten hinaus entzogen werde¹). Damit ist der zugunsten eines Hypothekengläubigers bestellte Sicherungsnießbrauch der von persönlichen Gläubigern ausgehenden Anfechtung grundsätzlich entzogen, der Nießbraucher kann daher unbesorgt Hypothekenzinsen und andere Grundstückslasten aus den Mietseinkünften berichtigen²).

Weniger günstig ist bei der herrschenden Praxis zum § 1124 BGB. die Lage des Nießbrauchers gegenüber nachstehenden Hypothekengläubigern. Wenn der Nießbrauch später bestellt ist als die Hypothek eines dem gesicherten Gläubiger an sich nachstehenden Hypothekars, und nun der letztere die Mieten pfändet, so geht innerhalb des nach § 1124 II zugriffsfreien Zeitraums von ein bis zwei Vierteljahren der nachstehende Gläubiger vor, da nach der früher erörterten Rechtsprechung ihm gegenüber in der Nießbrauchsbestellung eine Verfügung über die Mieten nicht liegt und bei dem

¹) RG. (2. XII. 06) Gruchot 51, 1110; (12. IV. 11) WarnErg. Bd. 4 (1911) 396; (24. IX. 12) JW. 1063; (3. III. 14) JW. 597; (23. XI. 17) JW. 1918, 176. Ebenso OLG. Dresden (19. II. 17) SächsArch. 434, wo die mit der Beweislastfrage verbundenen Schwierigkeiten zutage treten.

²) KG. (5. IV. 16) KGBl. 52 spricht jedoch, anscheinend auf Grund ständiger Übung, die von dem persönlichen Gläubiger gepfändeten Mieten diesem dann zu, wenn der Hypothekengläubiger mit der Beschlagnahme der Mieten (bzw. der von den Mietern hinterlegten Beträge) länger als ein Jahr nach Fälligkeit der Mieten gewartet hatte, vgl. § 1123 II. Darnach darf es der Hypothekengläubiger in seiner Eigenschaft als Nießbraucher zu einem mehr als einjährigen Rückstande nicht kommen lassen, und da dies bisweilen, namentlich bei streitigen Mietsansprüchen, nicht zu vermeiden ist, so bleibt ihm nichts übrig, als sein Nießbrauchsrecht noch durch Mietspfändungen zu verstärken. Dieses ungesunde Ergebnis spricht gegen die Richtigkeit des kammergerichtlichen Urteils. War der Nießbraucher überhaupt befugt, die Mieten für die Realgläubiger zu verwenden, so werden die persönlichen Gläubiger des Eigentümers durch die Vorenthaltung der Mieten selbst dann nicht benachteiligt, wenn die Mieten gemäß § 1123 II aus der hypothekarischen Haftung ausgeschieden sein sollten. Die Unbilligkeit des Ergebnisses wird übrigens vom KG. anscheinend nicht verkannt; sie tritt in dem vom KG. entschiedenen Falle besonders dadurch hervor, daß hier der Nießbraucher im Hinblick auf die ausstehenden Mieten bereits Hypothekenzinsen bezahlt hatte und die dafür aufgewendeten Beträge nunmehr für ihn verloren waren.

Widerstreit des bloßen Nießbrauchsrechts mit der Hypothek der bessere Rang der letzteren ohne Rücksicht darauf entscheiden muß, daß der durch den Nießbrauch gesicherten Hypothek ein besserer Rang zusteht¹⁾; der Sicherungsnießbraucher muß also auf Grund seiner Hypothek schleunigst zur Beschlagnahme schreiten, um zu verhüten, daß die von dem nachstehenden Gläubiger ausgebrachte Mietspfändung auf die folgenden Vierteljahre übergreift.

Auffällig könnte es erscheinen, daß derjenige Punkt, der bei einer rein theoretischen Betrachtung als der schwächste des ganzen Sicherungsnießbrauchs erscheinen müßte, nämlich der Mangel der Dinglichkeit in bezug auf die wichtigsten Abreden, zu Entscheidungen niemals Veranlassung gegeben hat und, wie hinzugesetzt werden darf, auch sonst in der Praxis keine Störungen verursacht. Diese Erscheinung ist nicht leicht zu erklären. Es kommt wohl in Betracht, daß der Eigentümer durch die mangelnde Dinglichkeit nicht gefährdet wird, weil der Nießbraucher sein Recht nicht abtreten kann, und derjenige, der nur die Ausübung des Nießbrauchs erwirbt, sich die Einwendungen aus dem schuldrechtlichen Verhältnis entgegensetzen lassen muß. Andererseits ist auch der Gläubiger durch den Mangel der Dinglichkeit nicht gefährdet, weil die schuldrechtlichen Abreden im wesentlichen nur eine Beschränkung seiner Machtstellung bedeuten, und die fehlende Dinglichkeit daher für ihn keinen Nachteil in sich schließt. Daneben wirken auch rein wirtschaftliche Erwägungen mit. Ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück ist kaum zu veräußern, wenn nicht der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet; dieser hat aber seinerseits ein großes Interesse daran, die Veräußerung durch den Verzicht zu ermöglichen, weil so der Schuldner zu Gelde und in die Lage kommt, die durch den Nießbrauch gesicherte Forderung ganz oder zum Teil zu tilgen. Die Absicht der Beteiligten wird deshalb im Falle des Sicherungsnießbrauches regelmäßig gerade dahin gehen, daß durch die Grundstücksveräußerung der Nießbrauch sein Ende finden soll. Auch diese Erwägung trägt dazu bei, die Verdinglichung der Nebenabreden entbehrlich erscheinen zu lassen. —

Im ganzen ist hiernach das wirkliche Recht des Sicherungsnießbrauchs ein ziemlich kompliziertes Gebilde. Die sachgemäße Formulierung der erforderlichen Vereinbarungen stellt deshalb an die Rechts- und Geschäftskunde des Notars oder Sachwalters nicht geringe Anforderungen, zumal nicht zuletzt auch die kosten- und stempelrechtlichen Folgen sowie unter Umständen andere rechtliche Rückwirkungen des Nießbrauchs (z. B. auf Hypothekenklauseln der

¹⁾ RG. (7. IV. 14) JW. 761.

oben S. 24 erwähnten Art) berücksichtigt werden müssen. Immerhin lassen sich bei sorgfältiger Fassung des Vertrages die bestehenden Schwierigkeiten einigermaßen überbrücken, wofür schon die starke Verbreitung des Sicherungsnießbrauchs spricht. Es scheint auch nicht angebracht, die Entwicklung, wie es von Goldmann¹⁾ versucht wird, mit einer *nota levis maculae* zu behaften. Er bezeichnet die von der Praxis eingeschlagenen Wege als „Umwege“, sogar als „Schleichwege“, deren Betreten, wenn nicht geradezu verboten, so doch bedenklich sei. Goldmann geht hierbei davon aus, daß die Parteien nach der Rechtsprechung des KG. den schuldrechtlichen Vertrag vor dem Richter „sorgfältig geheimhalten“ müßten, damit dieser nicht Bedenken schöpfe und die Eintragung des Nießbrauchs verweigere. Indessen liegt hier ein Mißverständnis vor. Der Richter darf nach der Praxis des KG. aus dem typischen schuldrechtlichen Vertrag keineswegs Bedenken gegen die Eintragung des Nießbrauchs herleiten, und es besteht daher auch für die Beteiligten keinerlei Anlaß, sich „davor zu hüten, sich von dem Grundbuchrichter in die Karten blicken zu lassen“. Wenn man in der Praxis die Nebenabreden dem Grundbuchrichter nicht vorlegt, so erklärt sich dies einfach genug daraus, daß sie ihn nichts angehen und nicht in die Grundakten gehören. Aus den schuldrechtlichen Vereinbarungen und ihrer äußeren Behandlung läßt sich also jedenfalls kein Anlaß herleiten, in der Bestellung des Sicherungsnießbrauchs etwas Ungehöriges oder gar Unsittliches zu erblicken. Auch sonst besteht für eine solche Auffassung kein hinreichender Grund. Die Bestellung des Nießbrauchs ist vom BGB. als abstraktes Rechtsgeschäft ausgestaltet worden. Der Nießbrauch verhält sich deshalb gegenüber seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung unempfindlich und ist in dieser Hinsicht nicht anders zu beurteilen, als etwa die Eigentumsübertragung²⁾, die ja gleichfalls dem Zwecke der Sicherheitsbestellung dienstbar gemacht werden kann. Richtig ist nur, daß der Gesetzgeber an diese Art der Verwendung des Nießbrauchs nicht gedacht hatte, und daher viele einzelne Vorschriften des Nießbrauchsrechts in der Praxis eine ziemlich gewaltsame und nicht immer ausreichende Umbildung erfahren haben. Aber eine derartige Anpassung veralteter Rechtsinstitute an neue Verkehrsbedürfnisse ist bekanntlich in der Rechtsgeschichte eine ebenso verbreitete wie notwendige Erscheinung. Weder der Widerspruch zwischen Form und Inhalt noch selbst das Vorhandensein gewisser schädlichen Nebenwirkungen können

¹⁾ Gruchot 57, 633 und 627. Noch weniger werden die Ausführungen bei Planck⁴ III 600 der Entwicklung gerecht.

²⁾ RG. (12. IV. 11) Recht Nr. 2438.

es rechtfertigen, über solche Entwicklungen grundsätzlich den Stab zu brechen. Treten erhebliche Unvollkommenheiten auf, so muß die Gesetzgebung nachhelfen. Inwieweit solche Notwendigkeit für den Nießbrauch besteht, soll im letzten Teile dieser Arbeit erörtert werden.

§ 14. Öffentliches Recht, insbesondere Kosten- und Steuerfragen.

Schon bei früherer Gelegenheit¹⁾ habe ich darauf hingewiesen, wie notwendig es ist, bei der Darstellung der Privatrechtsinstitute ihre Beziehungen zum öffentlichen Recht, namentlich auch zum Kosten- und Steuerrecht zu beachten. Die der deutschen Dogmatik eigentümliche übermäßige Betonung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht hat dahin geführt, daß das Gefühl für die organische Zusammengehörigkeit der beiden Gebiete, wie sie sich im Leben täglich aufdrängt — die Privatrechtsinstitute reichen meist irgendwie in das öffentliche Recht hinein — der Rechtslehre mehr oder minder verloren gegangen ist. Die Privatrechtslehre verlegt sich dadurch den Weg zum Verständnis vieler Formen, deren sich der Verkehr bedient; es wird aber darüber hinaus eine zutreffende Gesamtwürdigung der Institute unter Umständen unmöglich gemacht. Das zeigt sich auch beim Nießbrauch. v

Was zunächst die Gerichtskosten anlangt, die für die Eintragung des Nießbrauchs erhoben werden, so hängen sie von der vereinbarten Dauer des Nießbrauchs ab; bei unbestimmter Dauer wird meist der Wert des jährlichen Ertrages mit $12\frac{1}{2}$ multipliziert²⁾. Dies ist, wie schon bemerkt, der Grund dafür, daß der Sicherungsnießbrauch regelmäßig nur auf die Dauer einiger Jahre bestellt wird. Bei der Berechnung des jährlichen Reinertrages will die preußische Praxis den Abzug der aus den Grundstückseinnahmen zu deckenden Hypothekenzinsen nicht gestatten, so daß sich die Kosten wesentlich erhöhen³⁾. Auch wird auf den Sicherungscharakter des Nießbrauchs keine Rücksicht genommen⁴⁾; der höhere Wert des Nießbrauchs ist daher für die Eintragung auch dann maßgebend, wenn die zu sichernde Forderung niedriger ist, obschon nach allgemeinen Kostengrundsätzen⁵⁾ bei der Sicherstellung einer Forderung der Betrag der letzteren entscheidet, wenn er der nie-

¹⁾ Rechtstatsachenforschung (1914), 25 f.

²⁾ Oben S. 21 Anm. 2.

³⁾ KG. (25. VII. 10) 41 B 292.

⁴⁾ KG. (27. III. 07) 34 B 18.

⁵⁾ GKG. vom 20. V. 1898 in Verb. mit § 6 ZPO.; PreußGKG. § 20 Ziff. 5.

drigere ist. Unverkennbar tritt in dieser Praxis eine gewisse Abneigung gegen den Sicherungsnießbrauch hervor. Das KG. 41 B. 291 spricht es geradezu aus, daß die gegenteilige Meinung „kosten-gesetzlich“ (d. h. fiskalisch) nicht befriedigen würde, weil sonst unter Umständen ein Nießbrauch „nahezu gebührenfrei“ wäre, was „weder durch wirtschaftliche noch auch durch rein rechtliche Erwägungen geboten erscheine“. Aber wenn ein Nutzungsrecht tatsächlich keine Nutzungen abwirft, so ist es doch erklärlich und nicht ungerechtfertigt, daß sich die Eintragungsgebühr sehr niedrig stellt. Auf einen freieren Standpunkt hat sich in einer bayerischen Kostensache das Landgericht Frankenthal (2. IV. 14) BayRpflZ. 1914, 273 gestellt. Es nimmt an, daß die Bestellung des Sicherungsnießbrauchs, wenn sie in dem notariellen Darlehnsvertrage erfolgt, einen Bestandteil des Darlehnsgeschäfts bilde und durch die notarielle Gebühr für den Darlehnsvertrag abgegolten sei. Zu den Gebühren der Eintragung treten — abgesehen von den Kosten für Entwurf und Beglaubigung der Eintragungsbewilligung — in Preußen noch erhebliche Stempelabgaben gemäß Tarifstelle 44 des Preuß. Stempelsteuergesetzes vom 30. VI. 1909 hinzu. Hier war die Praxis, da das Gesetz ausdrücklich den Reinertrag zugrunde legt, genötigt, bei der Berechnung des Jahreswerts den Abzug der Hypothekenzinsen zuzulassen¹⁾. Dagegen wird der Sicherungscharakter des Nießbrauchs wiederum unberücksichtigt gelassen, obschon der Satz, daß der Wert der Sicherstellung sich nach dem niedrigeren Betrage der Forderung richte, auch für das Stempelrecht gilt²⁾. Der Kapitalisierungsfaktor ist hier nicht, wie nach den Gerichtskostengesetzen, feststehend, sondern er hängt von dem Alter des Berechtigten derart ab, daß er sich um so niedriger stellt, je älter der Berechtigte ist³⁾. Im ganzen ist sonach für Preußen die Bestellung des Nießbrauchs an Liegenschaften und Liegenschaftsrechten wesentlich verteuert. In Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden ist wenigstens eine stempelsteuerliche Belastung des Nießbrauchs nicht vorgesehen.

Auch für die Einkommensteuer kann die Bestellung des Nießbrauchs von Bedeutung werden. Namentlich wird in Preußen⁴⁾ durch den Nießbrauch die gemeindliche Forensaleinkommensteuerepflicht⁵⁾ innerhalb der Gemeinde begründet, in der das belastete Grundstück liegt. Die Praxis der Gemeindesteuerbehörden bringt, wie mir bekannt, diesen Gesichtspunkt selbst dann zur Geltung,

¹⁾ Vgl. Heinitz, Stempelsteuergesetz³ 1009 Anm. 5.

²⁾ PreußStempStG. § 6 Ziff. 9.

³⁾ PreußStempStG. § 6 Ziff. 10.

⁴⁾ OVG. (30. I. 84) 17, 344 sowie (13. I. 16) PreußVerwBl. 1916/17, 435.

⁵⁾ §§ 33 Ziff. 2, 49 des preuß. Kommunal-Abgabengesetzes vom 14. VII. 1895.

wenn, wie es so häufig zutrifft, der Nießbrauch keinerlei Einnahmen abwirft. Die Folge der Forensalsteuerpflicht ist freilich für den Steuerpflichtigen in der Regel nicht eine Vermehrung, sondern eine Zersplitterung seiner Steuerlast, doch bedeutet diese wegen des notwendig werdenden Verkehrs mit mehreren Steuerbehörden eine fühlbare Belästigung des Nießbrauchers.

Für die Vermögenssteuern erfolgt die Kapitalisierung des Nießbrauchs ebenso wie bei der Stempelsteuer unter Berücksichtigung des Alters des Berechtigten¹⁾. Bei den Steuern vom Vermögenszuwachs, z. B. der Besitzsteuer, verringert sich also der Steuerwert des Nießbrauchs mit den Jahren von selbst, während der Steuerwert des nießbrauchbelasteten Eigentums in gleicher Weise steigt. Diesen rein rechnerischen Zuwachs muß der Eigentümer versteuern²⁾. Stirbt aber der Nießbraucher oder endet der Nießbrauch aus einem anderen Grunde, so erhöht sich das Vermögen des Eigentümers um den vollen Steuerwert des Nießbrauchs; ein Abzug dieses Betrages von dem steuerpflichtigen Vermögen ist nicht einmal für die Kriegssteuern zugelassen, da nach § 3 I des Kriegssteuergesetzes vom 21. VI. 1916 nur solche Beträge abgezogen werden dürfen, die durch Erbanfall oder auf andere Weise aus dem Nachlaß eines Verstorbenen von Todes wegen erworben sind, und die Befreiung des Eigentümers von dem Nießbrauch keineswegs einen Erwerb aus dem Nachlaß des Nießbrauchers darstellt³⁾. Diese höchst unbilligen Ergebnisse müssen sich als ein starkes Hindernis für die Neubildung von Nießbräuchen erweisen, so lange an der Besteuerung des Vermögenszuwachses — wenigstens in der bisherigen technisch höchst unvollkommenen Form — festgehalten wird.

Von den sonstigen öffentlich-rechtlichen Folgen ist noch zu erwähnen, daß nach OVG. (26. X. 15) 70, 419 die Polizeibehörden befugt sind, polizeiliche Verfügungen, die sich auf die Instandhaltung des Grundstücks beziehen, insbesondere also auch baupolizeiliche Anordnungen, an den Nießbraucher als solchen zu richten und von ihm die Befolgung zu erzwingen. Auch diese Folge darf bei der Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs nicht außer acht gelassen werden.

¹⁾ Vgl. z. B. Wehrbeitragsgesetz vom 3. VII. 13 § 22, Besitzsteuergesetz vom 3. VII. 13 § 13, Kriegssteuergesetz vom 21. VI. 16 § 2, Preuß. Ergänzungsteuergesetz vom 19. VI. 06 § 13 II.

²⁾ A. M. Sängner, JW. 1919, 156.

³⁾ Vgl. hierzu OVG. (28. IX. 18) JW. 19, 337 sowie Arlt im Deutschen Steuerblatt 1, 233 (mit mehreren Entscheidungen des OVG.).

Drittes Kapitel. Zur Kritik der §§ 1030—1089 BGB.

§ 15. Vorbemerkung.

Wenn Gierke¹⁾ den ersten Entwurf zum BGB. als ein in Paragraphen gegossenes Pandektenkompodium bezeichnet, seiner Fassung unnötige Breite und pedantische Umständlichkeit vorgeworfen hatte, so traf dieses Urteil auf keinen Teil des Werkes mehr zu als auf die Regelung des Nießbrauchs. Daran hat auch die Umarbeitung des Entwurfs nicht viel ändern können. Wohl hat man einige der ärgsten Schulmeisterstücke und Satzungetüme ausgemerzt²⁾, aber im ganzen hat doch dieser Teil des Gesetzes seinen ursprünglichen Charakter behalten. Wie sehr er äußerlich mißraten ist, zeigt sich am besten bei einem Vergleich mit den §§ 745 ff. des vortrefflichen Schweizer Zivilgesetzbuchs. Wie hart und unkünstlerisch klingt die Sprache des BGB. gegen die der Arbeit Hubers, wie unerträglich wirken die immer wiederkehrenden Verweisungen. Schlimmer noch ist es, daß das BGB. eine Art lehrbuchmäßiger Vollständigkeit anstrebt. Es ist, als wenn sich das Gesetz an den Rechtsschüler, nicht an den Volksgenossen und Richter wendet — als wenn den Verfassern des Gesetzes jegliches Vertrauen zum gesunden Rechtsgefühl und zur Intelligenz der Richter abhanden gekommen sei. Die Folge ist, daß die Regelung des Nießbrauchs unerträglich breit geworden ist; sie umfaßt 60 zum Teil recht lange Paragraphen, von denen bemerkenswerterweise der weitaus größte Teil in den 18 Jahren seiner Geltung noch niemals Gegenstand einer veröffentlichten Entscheidung geworden ist und, soweit man urteilen kann, auch sonst kein Leben gewonnen hat.

In sachlicher Hinsicht leidet das Gesetz vornehmlich an der fehlenden Berücksichtigung der Tatsachen und Bedürfnisse des Rechtsverkehrs. Man übersah, daß die gemeinrechtlichen Streitfragen, deren zähes Leben man mit dem Schwerte des Gesetzes zu beenden sich anschickte, überholt und gleichgültig geworden waren. So entbehrt die Regelung des Nießbrauchs ganz und gar der schöpferischen Gedanken.

Es wäre ungerecht, die Unvollkommenheiten des Gesetzes — die beim Nießbrauch nur schärfer hervortreten, an sich aber dem BGB. überhaupt anhaften — lediglich auf mangelnde persönliche Eignung der Kommissionsmitglieder zurückzuführen; sie sind ein adäquater Aus-

¹⁾ Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht (1889), S. 2, 28, 62.

²⁾ §§ 981, 987 des I. Entw., vgl. auch §§ 985 I und 988 I.

druck der geistigen Verfassung, in der sich die Rechtslehre des ausgehenden 19. Jahrhunderts überhaupt befand. Daher vermochte auch die an dem ersten Entwurf geübte Kritik, die größtenteils selbst recht doktrinär vorging, nur eine sehr beschränkte Wirkung zu erzielen¹⁾. Auf dem Gebiete des Nießbrauchs hat sie sogar mehrfach zur Verschlechterung des Gesetzes beigetragen²⁾.

Bei alledem darf freilich eines nicht vergessen werden. Würde selbst das BGB. technisch noch weniger geglückt sein, als es tatsächlich der Fall ist, so wäre das Gesetz uns doch ein kostbarer Besitz, den niemand missen möchte. Die Rechtseinheit, die es uns gebracht hat, ist eine Errungenschaft von so hoher ideeller und wirtschaftlicher Bedeutung, daß alles andere daneben zurücktritt. Nur bleibt es tief bedauerlich, daß das Werk nicht freier und schöner gestaltet worden ist. Es fehlt ihm die werbende Kraft, die der Code civil in so hohem Maße entfaltet hat, sie fehlt ihm sowohl im Verhältnis zum Auslande³⁾ wie im Verhältnis zum deutschen Volke selbst. Zu tief wurzelt dieses Gesetz in der geistigen Verfassung einer Epoche, die die Geschichte sicherlich als eine der innerlich unfruchtbarsten in der Entwicklung der dogmatischen Zivilrechtswissenschaft beurteilen wird, und die wir noch keineswegs überwunden haben.

Im folgenden soll nun versucht werden, unter Verwertung der in den ersten Kapiteln gewonnenen Ergebnisse die §§ 1030—1089 im einzelnen einer kritischen Bearbeitung zu unterziehen, und zwar in der Form eines „Gegenentwurfs“. Diese Form hat jedenfalls den Vorzug der Kürze und Übersichtlichkeit für sich. Der Verf. hat dabei geglaubt, von einer ausführlichen Wiedergabe der Erwägungen, die zu den einzelnen Vorschlägen des Gegenentwurfs geführt haben, absehen zu dürfen. Sie ergeben sich bei einem Vergleich mit den Vorschriften des BGB. meist von selbst. Nur einigen besonders erläuterungsbedürftigen Bestimmungen des Gegenentwurfs sind Begründungen beigegeben worden.

Ein in gesetzstechnischer Hinsicht grundlegendes Bedenken gegenüber der bisherigen Fassung der gesetzlichen Bestimmungen erhebt Wolff in seinem Sachenrecht 378. Er meint, das BGB. hätte wegen der überragenden Bedeutung der elterlichen und ehemännlichen Nutznießung diese bis ins einzelne regeln und beim Nießbrauch auf die entsprechenden Vorschriften verweisen sollen. Dem vermag ich

¹⁾ Die oben S. 3 Anm. 2 zitierte Zusammenstellung gibt einen bequemen Überblick.

²⁾ Vgl. S. 98f., 100.

³⁾ Daher vermögen in Österreich auch die Freunde einer Rechtsausgleichung mit Deutschland für eine Übernahme des BGB. nicht einzutreten, vgl. Em. Adler in „Recht und Wirtschaft“ 1919, 91.

nicht beizupflichten. Das logische Verhältnis der Begriffe ist nun einmal ein solches, daß der Nießbrauch als der allgemeine Begriff die Grundlage bildet. Es wäre unnatürlich, daß der Nießbraucher sich in die Rolle des Ehemannes oder des Vaters sollte versetzen müssen, um zu wissen, was für ihn Rechtsens sei. Auch ist der Nießbrauch immerhin wichtig genug, um einer in sich zusammenhängenden Regelung zu bedürfen.

Unbedingt erforderlich ist nur eine durchgreifende Kürzung der gesetzlichen Bestimmungen. Ein großer Teil der in den §§ 1030 bis 1089 enthaltenen Vorschriften ist von bloßer Pedanterie eingegeben und entbehrt jeder Daseinsberechtigung. Demgemäß sind von dem Gegenentwurf nicht übernommen insbesondere die §§ 1031, 1062 (Nießbrauch am Zubehör), 1040 (Schatz), 1043 (Verwendung von Grundstücksbestandteilen zur Ausbesserung), 1049 (Verwendungen in die Nießbrauchssache), 1050 (Folgen ordnungsmäßiger Ausübung des Nießbrauchs), 1053 (Unterlassungsklage), 1058 (Nichtidentität zwischen Nießbrauchsbesteller und Eigentümer), 1060 (Zusammentreffen des Nießbrauchs mit andern Nutzungsrechten), 1063 (Konfusion), 1064 (Aufhebung des Nießbrauchs), 1065 (Anwendung der Grundsätze des Eigentumsrechts auf die Nießbrauchsklagen), 1066 (Nießbrauch am Miteigentum), 1068 (ausdrückliche Zulassung des in den späteren Paragraphen geregelten Nießbrauchs an Rechten), 1070 (Nießbrauch an einem Leistungsanspruch), 1071 (Aufhebung des dem Nießbrauch unterliegenden Rechts), 1072 (Gründe der Beendigung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen), 1073 (Nießbrauch an der Leibrente). Wen dies zu radikal dünkt, der mag die §§ 755 ff. des SchwZGB. vergleichen, das den Stoff in 31 knappen Paragraphen bewältigt; er mag sich auch vergegenwärtigen, daß das veröffentlichte Entscheidungsmaterial des Nießbrauchsrechts kaum jemals einen andern Streit zeigt als den um die Früchte, insbesondere um die Mietzinsen¹⁾.

Abgelehnt ist in dem Gegenentwurf auch die Ersitzung des Nießbrauchs (§ 1033). Bereits der Entw. I hatte das praktische Bedürfnis für ihre Zulassung verneint. Die zweite Kommission (Prot. 4062) bejahte das Bedürfnis, weil bei gestohlenen, verlorenen und sonst abhanden gekommenen Sachen der gutgläubige Erwerber des Nießbrauchs nicht geschützt sei. Aber die in diesem Falle mögliche

¹⁾ Von dem oben genannten Typus der Nießbrauchsprozesse abweichend sind, soweit ich sehe, nur OLG. Dresden (19. II. 14) Seuff 71, 284 (der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, das Grundstück durch Kauf- und Beleihungslustige betreten zu lassen) sowie OT. (9. VI. 71) StrA. 82, 198 (Vorgehen des Hypothekengläubigers gegen eine die hypothekarische Sicherheit schmälernde Ausnutzung des Grundstücks durch den Nießbraucher). Siehe auch OT. (15. VI. 53) StrA. 9, 264.

Ersitzung des Eigentums durch den Besteller, der ja trotz der Bestellung mittelbarer Eigenbesitzer bleibt, reicht hin, denn mit der Ersitzung des Eigentums konvalesziert auch der vom Nichteigentümer bestellte Nießbrauch. Dazu kommt die äußerste Seltenheit des Nießbrauchs an beweglichen Sachen überhaupt. Ich glaube nicht, daß die einem praktischen Juristen jemals vorgekommen ist. Sie ist auch dem SchwZGB. unbekannt.

§ 16. Gegenentwurf zu den §§ 1030—1089 BGB. nebst Erläuterungen.

A. Gegenentwurf.

Art. I. (Zu § 1030 BGB.).

Dem Nießbraucher einer Sache gebühren ihre Nutzungen, soweit nicht einzelne von ihnen ausgenommen sind. Auch der Besitz der Sache steht ihm zu.

Art. II. (Zu § 1032 BGB.).

Die Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache geschieht nach den gleichen Grundsätzen wie die Übertragung des Eigentums. (§§ 929 bis 936.)

Werden die mit dem Nießbrauch verbundenen Rechte und Pflichten durch Einigung der Parteien abgeändert, so kann bei der Eintragung des Nießbrauchs zur Bezeichnung der Abänderungen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Art. III. (Zu §§ 1034 und 1035 BGB.).

Der Nießbraucher ist berechtigt, ein amtliches Verzeichnis der dem Nießbrauch unterliegenden Sachen aufnehmen und ihren Zustand gerichtlich feststellen zu lassen. Die gleichen Rechte stehen dem Eigentümer zu.

Art. IV. (Zu §§ 1036 und 1037 BGB.).

Der Nießbraucher hat die Sache ordnungsmäßig und im Einklang mit ihrer bisherigen Bestimmung zu bewirtschaften. Wesentliche Veränderungen sind ihm nicht gestattet.

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird.

Art. V. (Zu § 1038 BGB.).

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Eigentümer von dem Nießbraucher die Aufstellung eines fachmännischen Wirtschaftsplanes verlangen, nach dem der Nießbraucher den Wald zu bewirtschaften hat. Die Kosten des Planes trägt jeder Teil zur Hälfte. Der Eigentümer ist befugt, die Einhaltung des Planes zu überwachen.

Art. VI. (Zu § 1039 BGB.).

Fallen dem Nießbraucher durch Windbruch, Brand und andere ungewöhnliche Ereignisse Früchte im Übermaße zu, so sind sie oder ihr Erlös zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden. Ist die Wiederherstellung nicht erforderlich, so dienen die Früchte oder ihr Erlös zum Ausgleich von Ausfällen, die der Nießbraucher infolge des ungewöhnlichen Ereignisses erleidet. Bleibt dann noch ein Überschuß, so ist er dem Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs herauszugeben.

Art. VII. (Zu §§ 1041 bis 1044 BGB.)

Außergewöhnliche Ausbesserungen, Erneuerungen und Schutzmaßregeln liegen dem Nießbraucher nicht ob. Werden sie erforderlich, so hat er dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu erstatten. Schafft dieser nicht Abhilfe, so darf der Nießbraucher die notwendigen Arbeiten auf Kosten des Eigentümers ausführen.

Art. VIII. (Zu §§ 1045 und 1046 BGB.)

Der Nießbraucher hat die Sache zugunsten des Eigentümers auf eigene Kosten gegen Feuer und andere Gefahren zu versichern und laufende Versicherungen fortzusetzen, soweit dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

Nießbraucher und Eigentümer sind einander verpflichtet, über Forderungen aus der Versicherung nur gemeinschaftlich zu verfügen; ein Versicherungsschein ist gemeinschaftlich zu verwahren. Leistet der Versicherer Ersatz, so besteht der Nießbrauch an der Ersatzsumme fort; ist sie zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden, so kann der Eigentümer die Wiederherstellung selbst besorgen.

Auf die Versicherung der Früchte finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Art. IX. (Zu § 1047 BGB.)

Der Nießbraucher muß dem Eigentümer gegenüber für die Dauer des Nießbrauchs diejenigen Ausgaben tragen, die bei ordentlicher Wirtschaft aus den Nutzungen zu bestreiten sind. Dies gilt insbesondere von den Grundsteuern und den Hypothekenzinsen. Mehr als den Gesamtwert der Nutzungen braucht jedoch der Nießbraucher nicht aufzuwenden.

Art. X. (Zu § 1048 BGB.)

Ist ein eingerichtetes Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über einzelne Einrichtungsstücke innerhalb der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft verfügen, er hat aber Ersatz zu beschaffen. Ersatzstücke werden mit ihrer Einstellung Eigentum dessen, dem die Einrichtung gehört.

Art. XI. (Zu §§ 1051 bis 1054 BGB.)

Gefährdet der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblicher Weise, so hat das Prozeßgericht auf Verlangen des Eigentümers die gerichtliche Verwaltung des Nießbrauchs zuzulassen, wenn sie zum Schutze des Eigentümers erforderlich ist.

Das Gericht hat hierbei einen Betrag zu bestimmen, durch dessen Hinterlegung der Nießbraucher die Einleitung der Verwaltung abwenden und ihre Aufhebung herbeiführen kann.

Ist die Verwaltung zugelassen, so wird sie auf Antrag des Eigentümers durch das Vollstreckungsgericht angeordnet. Die Vorschriften über die Zwangsverwaltung finden sinngemäße Anwendung.

Art. XII. (Zu § 1055 BGB.)

Der Nießbraucher eines Landguts hat bei Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer die landwirtschaftlichen Erzeugnisse und den Dünger nach den gleichen Grundsätzen zurückzulassen, wie ein Pächter bei Beendigung der Pacht (§ 592).

Art. XIII. (Zu § 1056 BGB.)

Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so tritt nach der Beendigung des Nießbrauchs der Eigentümer in den Miet- oder Pachtvertrag nach denselben Grundsätzen ein, die gemäß §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574—576 und 539 im Falle der Veräußerung des Grundstücks für den Erwerber gelten. Der Eigentümer ist jedoch befugt, einen ohne seine Zustimmung geschlossenen Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Trifft der Eigentümer trotz Aufforderung durch den Mieter oder Pächter seine Entscheidung nicht in angemessener Frist, so erlischt das Kündigungsrecht.

Art. XIV. (Zu § 1057 BGB.)

Die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Wegnahme einer Einrichtung verjähren spätestens in sechs Monaten seit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer.

Art. XV. (Zu § 1059 BGB.)

Die Übertragung des Nießbrauchs kann durch letztwillige Verfügung oder Vertrag ausgeschlossen werden.

Art. XVI. (Zu § 1061 BGB.)

Der Nießbrauch dauert höchstens fünfzig Jahre. Er erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Art. XVII. (Zu § 1069 BGB.)

Der Nießbrauch an einem Recht wird nach den Vorschriften bestellt, die für die Übertragung des Rechts gelten. Soweit es zur Übertragung des Rechts der Übergabe einer Urkunde bedarf, genügt die Einräumung des Mitbesitzes.

Art. XVIII. (Zu §§ 1074 bis 1080 BGB.)

Dem Nießbraucher einer Forderung gebühren ihre Zinsen.

Über die Hauptforderung können Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich verfügen. Das gilt auch von Kündigungen. Zu wirtschaftlich gebotenen Verfügungen mitzuwirken, ist jeder Teil dem andern verpflichtet.

Für sich ist jeder Teil befugt, vom Schuldner die Leistung an beide Teile oder die Hinterlegung zu verlangen.

Kündigungen des Schuldners sind an beide Teile zu richten.

Art. XIX. (Zu §§ 1074 bis 1080 BGB.)

Wird der Gegenstand der Forderung vom Schuldner geleistet, so gebührt dem Nießbraucher daran der Nießbrauch. Geld ist nach näherer Bestimmung des Nießbrauchers mündelsicher anzulegen.

Art. XX. (Zu §§ 1074 bis 1080 BGB.)

Die Vorschriften der Art. XVIII—XX gelten sinngemäß auch für Grundschulden und Rentenschulden.

Art. XXI. (Zu § 1081 BGB.)

Ein Inhaber- oder Orderpapier, an dem ein Nießbrauch besteht, und ein dazu gehöriger Erneuerungsschein sind von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu verwahren. Auf Verlangen eines Teils sind die Papiere nach Wahl des Nießbrauchers bei einer Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank auf den Namen beider Teile zu hinterlegen. Die Verwahrung von Zins-, Renten- und Gewinnanteilsscheinen steht dem Nießbraucher allein zu.

Andere Urkunden, auf Grund deren die Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann (§ 808), sind vom Gläubiger und Nießbraucher der Forderung gemeinschaftlich zu verwahren. Die Art der Verwahrung wird im Streitfalle durch das Gericht bestimmt.

Art. XXII (Zu § 1082 BGB.).

Ist mit einem Wertpapier die Befugnis zur Teilnahme an einer Versammlung oder Ausübung eines Stimmrechts verbunden, so stehen Teilnahme und Stimmrecht dem Nießbraucher des Wertpapiers zu. Der Nießbraucher ist jedoch verpflichtet, in den das Kapital betreffenden Angelegenheiten die Interessen des Eigentümers zu wahren und seine Anweisungen zu befolgen.

Art. XXIII. (Zu § 1083 BGB.)

Eine bei Einlösung eines Wertpapiers gezahlte Prämie wird als Teil des Kapitals behandelt. Das Gleiche gilt bei einer Aktie von einem auf sie entfallenden Bezugsrecht.

Art. XXIV. (Zu § 1084 BGB.)

Im übrigen gelten für den Nießbrauch an einem Wertpapier sinngemäß die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung.

Art. XXV.

An verbrauchbaren Sachen erhält der Nießbraucher, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Eigentum, er ist aber verpflichtet, nach Beendigung der Zeit, für die der Nießbrauch bestellt war, den Wert zu ersetzen, den die Sachen bei der Bestellung hatten. Er kann die Sachen gerichtlich abschätzen lassen. Das gleiche Recht hat der Besteller.

Zusätze.

a) zu § 2100 BGB. als Abs. 2:

Als Einsetzung eines Vorerben gilt im Zweifel auch die Zuwendung des Nießbrauchs an einer Erbschaft.

b) zu § 1969 BGB. als § 1969a:

Ein Nachlaßgläubiger, dessen Anspruch nicht auf einem Vermächtnis oder einer Auflage beruht, kann aus dem Nachlaß Befriedigung ohne Rücksicht auf Rechte verlangen, die ein Dritter an einem Nachlaßgegenstande auf Grund eines Vermächtnisses oder einer Auflage erlangt hat.

B. Erläuterungen.

Zum Art. II Abs. 2:

Die Vorschrift hängt mit dem Art. XV zusammen, der die Übertragung des Nießbrauchs grundsätzlich gestattet. Läßt man nämlich die Übertragung des Nießbrauchs zu, so würde es wünschenswert sein, den Vereinbarungen über die Ausübung des Nießbrauchs in höherem Maße als bisher dinglichen Charakter beizulegen¹⁾. In der gegenwärtigen Praxis spielen, soviel bekannt, dingliche Abänderungen des Nießbrauchs, von der oben S. 21 erwähnten dinglichen Abkürzung des Nießbrauchs abgesehen, keinerlei Rolle. Um nun zu verhindern, daß das Grundbuch durch wörtliche Eintragungen aller in Betracht kommenden Veränderungen angefüllt wird, dürfte hier nach dem Vorbild des § 1115 die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zuzulassen sein.

Zum Art. XI.

Die Regelung im § 1051 BGB. ist unübersichtlich, un zweckmäßig und zum Teil unklar²⁾. Un zweckmäßig ist namentlich der im § 1051 vorgesehene Anspruch auf Sicherheitsleistung, schon weil die Vollstreckung sich sehr weitläufig gestaltet³⁾. Die wirksamere Einleitung der Verwaltung kann aber gemäß § 1052 I nicht schon auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren, sondern erst auf Grund eines rechtskräftigen Urteils nach weiteren zeitraubenden und unsicheren⁴⁾ Prozeduren (§ 1052 I 2) herbeigeführt werden. Bei unserem Prozeßverfahren können daher leicht Jahre vergehen, bis es zu der

¹⁾ Über den Umfang der Zulässigkeit solcher dinglichen Vereinbarungen nach geltendem Rechte Wolff, Sachenrecht⁸ 391.

²⁾ Vgl. Langerhans, DJZ. 1914, 502.

³⁾ Nämlich nach § 887 ZPO., vgl. KG. (1. VII. 01) Rspr. 3, 156.

⁴⁾ Über die hier bestehenden, der Rechtsverfolgung überaus hinderlichen Zweifel Planck⁴ 2 zu § 1052.

gerichtlichen Verwaltung auf Grund des § 1052 kommt. Demgemäß dürfte es das Richtige sein, die Sicherheitsleistung lediglich als Mittel zur Abwendung der gerichtlichen Verwaltung zuzulassen, den Anspruch des Eigentümers aber auf die Verwaltung selbst zu richten, wobei zwischen der dem Prozeßgericht obliegenden Zulassung und der dem Vollstreckungsgericht obliegenden Anordnung der Verwaltung zu unterscheiden sein dürfte. Einer Gefährdung des Nießbrauchers ist durch strengere Gestaltung der Klagevoraussetzungen vorzubeugen; es muß nicht nur eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Eigentümers vorliegen, sondern die Verwaltung muß auch zum Schutz des Eigentümers erforderlich sein, d. h. sie darf nicht gewährt werden, wenn nach Lage der Sache eine schwächere Maßnahme, z. B. die Verurteilung zur Vornahme von Instandhaltungsarbeiten oder zur Unterlassung schädigender Maßnahmen ausreichen würde. Andererseits würde die gerichtliche Verwaltung in dringenden Fällen auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugelassen werden können.

Abs. 1 Satz 2 des Gegenentwurfs schließt sich gesetztechnisch an das Vorbild des § 562 an. Eine sachliche Abweichung vom § 1054 liegt darin, daß dem Nießbraucher die Möglichkeit, die Verwaltung abzuwenden, immer gelassen werden muß; Bedenken vom Standpunkt des Eigentümers aus stehen hier nicht entgegen, da die zu leistende Sicherheit der Sachlage entsprechend hoch bemessen werden kann.

Übrigens ist die Tragweite der Bestimmungen über die Sicherheitsleistung und die gerichtliche Verwaltung des Nießbrauchs nicht allzu hoch einzuschätzen. Gerichtliche Entscheidungen zu den §§ 1052 bis 1054 sind überhaupt nicht bekannt geworden.

Zum Art. XII.

Der Gegenentwurf erhält von den verschiedenen Vorschriften, die der § 1055 BGB. infolge seiner Verweisungen in sich schließt, nur eine aufrecht.

Weggelassen ist zunächst der Abs. 1 des § 1055, da er etwas Selbstverständliches besagt. Er ist übrigens nicht einwandfrei gefaßt und höchstens geeignet, die an sich einfache Rechtslage zu verdunkeln¹⁾. Entbehrlich ist ferner der Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 591.

Schwierige Fragen ergeben sich bei der Prüfung der Anwendbarkeit des § 592. Es handelt sich hier wiederum um eine recht dunkle und anscheinend nicht genug überlegte Verweisung. Nach dem Entw. I § 1009 sollte der Eigentümer dem Nießbraucher die auf die Früchte verwendeten Kosten nur soweit ersetzen müssen, als die Trennung der Früchte in dem bei Beendigung des Nießbrauchs

¹⁾ Vgl. Wolff aaO. 390 Anm. 24.

„laufenden Wirtschaftsjahre“ erfolge. Bei der Pacht fehlte zunächst eine entsprechende Bestimmung, die zweite Kommission brachte sie aber als § 545 a (jetzt 592) hinein (Prot. 2116 f.), wobei das „Wirtschaftsjahr“ durch das „Pachtjahr“ ersetzt wurde. Zur Begründung wurde auf die Analogie des Nießbrauchs Bezug genommen. Eine weitere Aufklärung ist aus den Protokollen nicht zu gewinnen. Im Anschluß an die Einfügung des § 545 a strich die zweite Kommission den § 1009 und ersetzte ihn durch eine Verweisung auf die Vorschriften über die Pacht. Die Protokolle behaupten, daß diese Maßregel nur redaktionelle Bedeutung habe, setzen aber hinzu, man habe beschlossen, bei der Bezugnahme auf den jetzigen § 592 an die Stelle des Pachtjahres das „Nießbrauchsjahr“ zu setzen. Damit soll offenbar das Jahr gemeint sein, das jeweils mit dem Kalenderjahr zu laufen anfängt, an dem der Nießbrauch begonnen hat. Tatsächlich wurde der erwähnte Beschluß aber nicht ausgeführt, anscheinend weil die Redaktionskommission es für selbstverständlich hielt, daß man bei der entsprechenden Anwendung des § 592 das Nießbrauchs-jahr zugrunde legen würde. Diese Annahme hat sich, wie die einschlägige Stellung der Literatur zeigt¹⁾, auch als berechtigt erwiesen.

Tatsächlich ist jedoch eine äußerst unklare und wenig befriedigende Rechtslage entstanden. Zunächst muß man sich vergegenwärtigen, daß es einen recht erheblichen Unterschied macht, ob man das Wirtschaftsjahr oder das Nießbrauchsjahr zugrunde legt. In ersterem Falle begünstigt man den Nießbraucher in ungerechtfertigter Weise, denn man gesteht ihm einen Anspruch auf Ersatz seiner Bestellungskosten auch dann zu, wenn er seinerseits den Nießbrauch nach der Feldbestellung, aber vor der Ernte angetreten und daher die Früchte der Arbeit des Eigentümers gezogen hatte. Läuft z. B. das Wirtschaftsjahr vom 1. Oktober bis 30. September, so würde der Nießbraucher, der am 1. Juli antritt und dessen Nießbrauch schon am 1. Mai des nächsten Jahres endigt, nicht nur die Ernte des ersten Jahres, sondern auch Ersatz für die Bestellungskosten des zweiten Jahres erhalten. Darum war es richtig, die Bezugnahme auf das Wirtschaftsjahr aufzugeben. Es ist nur irreführend anzunehmen, daß die Änderung lediglich redaktionelle Bedeutung habe. Aber auch die Einführung des „Nießbrauchsjahres“ war m. E. kein glücklicher Griff. Will man den Inhalt des Gesetzes ohne Verweisung ausdrücken, so müßte es etwa in folgender Weise geschehen:

„Endet der Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstück vor der Ernte, so hat der Eigentümer die Kosten, die der

¹⁾ Staudinger-Kober, BGB.⁸ 2a zu § 1055, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht (1906) 1 zu § 1055; Planck²⁴ 4b zu § 1055; RGR-Kommentar zum BGB.² 3 zu § 1055; Biermann³ 2a zu § 1055.

Nießbraucher für die Bestellung des Grundstücks aufgewendet hat, zu ersetzen, falls der gewöhnliche Zeitpunkt der Ernte noch vor der nächsten Wiederkehr des Kalendertages eintritt, an welchem der Nießbrauch begonnen hatte. Kosten, die einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entsprechen; oder die den Wert der Früchte übersteigen, brauchen nicht ersetzt zu werden.“

Diese reichlich verwickelte Regelung ist m. E. schon deshalb kaum brauchbar, weil sich der gewöhnliche Zeitpunkt der Ernte nicht auf den Tag bestimmen läßt. Allerdings erklärt auch § 592 mittelbar den gleichen Zeitpunkt für maßgebend. Aber die entstehenden Schwierigkeiten sind bei der Pacht geringer, weil die Pachtjahre selbstverständlich regelmäßig so bestimmt werden, daß kein Zweifel bestehen kann, ob die Erntezeit vor oder nach Beginn des Pachtjahres liegt. Beim Nießbrauch, der an irgendeinem beliebigen Tage zu beginnen und zu endigen pflegt, verhält sich dies ganz anders. Überhaupt ist der Begriff des Nießbrauchsjahres eine verfehlte Nachbildung des Pachtjahr-Begriffs. Ein „Nießbrauchsjahr“ gibt es wirtschaftlich nicht im Gegensatz zum Pachtjahr, das von den Beteiligten nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt wird. M. E. wäre es das richtigste, beim Nießbrauch dem Vorbilde des römischen Rechts zu folgen und schlechthin den Zeitpunkt der Fruchtziehung ohne Ersatzpflicht des Eigentümers entscheiden zu lassen. Dem Nießbrauch haftet eben kraft der Unregelmäßigkeit seines Anfang- und Endzeitpunktes ein aleatorisches Moment an, das sich in befriedigender Weise nicht beseitigen läßt.

Beibehalten ist in dem Gegenentwurf mithin nur die Bezugnahme auf § 593. Darüber, ob die letztere Vorschrift an sich in vollem Umfange berechtigt ist, soll damit kein Urteil abgegeben werden.

Zum Art. XIII.

Nach dem Gegenentwurf soll das außerordentliche Kündigungsrecht des Eigentümers wegfallen, wenn dieser dem Mietvertrage zugestimmt hat. Dieser Grundsatz dürfte schon aus dem geltenden Recht zu rechtfertigen sein¹⁾, doch empfiehlt sich, Klarheit zu schaffen. Die Frage ist praktisch von großer Bedeutung. Die Aussicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht bedeutet nicht nur eine Beeinträchtigung des Mieters, sondern auch des Nießbrauchers, denn wenn sich der Mieter einer solchen Ungewißheit unterwerfen muß, so drückt dies naturgemäß auf den Mietzins. Daher ist es für alle Teile das einzig Richtige und wird sich im Leben meist von selbst ergeben, daß der Eigentümer zum Abschluß langfristiger Verträge

¹⁾ Vgl. das oben S. 53 über die Nutznießung Ausgeführte.

zugezogen wird; beim Sicherungsnießbrauch pflegt die Zustimmung dem Nießbraucher teils von vornherein erteilt zu werden, teils ergibt sie sich daraus, daß der Eigentümer selbst die Verträge als Vertreter oder Beauftragter des Nießbrauchers abschließt. Aus diesen tatsächlichen Verhältnissen dürfte sich auch erklären, daß der § 1056 zu veröffentlichten Entscheidungen noch keinen Anlaß gegeben hat, obwohl der in ihm vorausgesetzte Sachverhalt an sich leicht zu Rechtsstreitigkeiten führen könnte.

Die Verweisung auf das Mietsrecht, die der Gegenentwurf in einer verständlicheren Art zu geben sucht, ist nur als Notbehelf beibehalten, weil von der geltenden Fassung des Mietsrechts ausgegangen werden mußte. Bei einer umfassenden Umarbeitung des BGB. müßten nicht nur die §§ 521 ff. wesentlich vereinfacht, sondern auch der § 1056 in das Mietsrecht selbst hineingearbeitet werden. Die Verweisung käme dann ganz in Fortfall.

Nicht übernommen ist die Regel des § 1056 II 2, weil der Mieter in dem vorausgesetzten Falle auf eine bestimmte Dauer seines Rechts ohnehin nicht rechnen kann und gegen unlautere Machenschaften durch allgemeine Rechtsgrundsätze hinreichend geschützt ist.

Der Gegenentwurf sieht schließlich davon ab, die Wirksamkeit der Aufforderung, die der Mieter wegen der Ausübung des Kündigungsrechts an den Eigentümer richtet, daran zu knüpfen, daß der Mieter mit der Aufforderung die Stellung einer angemessenen Frist verbinde. Das BGB. stellt hier wieder übertriebene Anforderungen an die Rechtskunde des Publikums. Im Verkehr unter Vollkaufleuten mag sich dergleichen rechtfertigen lassen, aber nicht im bürgerlichen Verkehr. Die gelehrte Überstrenge des BGB., die sich ja an manchen anderen Stellen noch empfindlicher fühlbar macht, führt nur dazu, die weniger gewandten und daher schutzbedürftigeren Kreise der Bevölkerung zu benachteiligen.

Zum Art. XV.

Schon der erste Entwurf zum BGB. hatte sich im Gegensatz zum ALR. und zum Sächsischen BGB., aber in Übereinstimmung mit dem bayrischen Landrecht und dem Code civil unter eingehender Begründung für die Übertragbarkeit des Nießbrauchs ausgesprochen (Mot. III, 525 ff.). Nach anfänglichem Schwanken stieß die zweite Kommission (offenbar unter dem Einflusse Bähres, ArchBürgR. 2, 149 f.) diesen Beschluß um und erklärte den Nießbrauch für unübertragbar. Die Kommission schloß sich dabei der Meinung Bähres an, daß in den Hauptfällen, auf die das Gesetz berechnet werden müsse, der Nießbrauch ein „familiäres“ Gepräge, eine „persönliche Vertrauensstellung“ habe (Prot. 4097 ff.). Damit stehe es nicht im Einklang, daß der Nießbraucher eine andere Person an seine Stelle solle setzen

dürfen, am wenigsten könne man die Veräußerung des Nießbrauchs im Wege der Zwangsvollstreckung zulassen.

Aber diese Erwägungen sind selbst dann nicht überzeugend, wenn man davon absieht, daß die Hauptfälle des Nießbrauchs keineswegs durchweg den von der zweiten Kommission angenommenen Charakter haben. Gesetzt z. B., daß der Ehefrau oder einem Verwandten der Nießbrauch an einer Hypothek zugewendet wird, so ist es nicht einzusehen, weshalb es dem Nießbraucher verwehrt sein soll, sein Recht zu Gelde zu machen oder zu beleihen. Es ist eine übertriebene Empfindlichkeit, hierin einen unzulässigen Eingriff in das Familienverhältnis zu erblicken. Überdies wird der Eingriff durch das von der zweiten Kommission gewählte Mittel gar nicht vermieden: mag auch nur die Ausübung des Nießbrauchs übertragen oder gepfändet werden, so drängt sich tatsächlich ganz ebenso ein Dritter zwischen Nießbraucher und Eigentümer, wie bei der Abtretung oder Pfändung des Rechts selbst, und der Unterschied liegt nur darin, daß durch die geltende Bestimmung zahlreiche Mängel und Unklarheiten entstehen. Sie sind es, die m. E. entscheidend gegen die heute vorliegende Regelung ins Gewicht fallen. Die meisten dieser Mängel haben sich in der Rechtsprechung gezeigt und sind daher bereits oben S. 61 ff. von uns behandelt worden. Eine andere, in der Rechtsprechung noch nicht aufgetauchte Frage geht dahin, ob die Rechte des Eigentümers aus dem Legalschuldverhältnis nur gegenüber dem Nießbraucher oder auch gegenüber einem Ausübungsberechtigten bestehen. Die Prot. 4103, denen Wolff, Sachenrecht 396 folgt, nehmen ersteres an¹⁾. Aber dieses Ergebnis ist offenbar wenig befriedigend. Die angemessene Lösung wird auch hier nur durch die Übertragbarkeit des Nießbrauchs erreicht. Diese wird lediglich da auszuschließen sein, wo eine entsprechende letztwillige oder vertragliche Anordnung vorliegt. Der Ausschluß wird aber ebensowenig wie die vereinbarte Unabtretbarkeit einer Forderung (§ 399 ZPO.) einem Vollstreckungsgläubiger entgegengesetzt werden dürfen, vgl. § 851 II ZPO. Aus diesem Grunde ist auch eine entsprechende Änderung der ZPO. geboten²⁾.

Zum Art. XVI.

Die Unvererblichkeit ist nicht nur für den Fall des Sicherungsnießbrauchs ungeeignet, sondern es besteht vom Standpunkt der allgemeinen Interessen überhaupt kein Anlaß, es unmöglich zu machen,

¹⁾ Anders das SchwZGB. Art. 758 II, das damit die Übertragung der Ausübung einer Übertragung des Rechtes stark annähert.

²⁾ Etwa durch einen Zusatz zum § 857 III ZPO.: „Der Nießbrauch unterliegt der Pfändung, auch soweit seine Übertragung ausgeschlossen ist“. Außerdem wäre im § 857 IV 2 ZPO. das Wort „insbesondere“ zu streichen.

daß jemand sich und seinen Erben einen Nießbrauch an einem Kapital oder an einem Grundstück verschafft. Auch hat sich die Bestimmung, derzufolge ein für eine juristische Person bestellter Nießbrauch mit dieser erlischt, als eine wenig glückliche erwiesen, wie bereits oben S. 69 ausgeführt wurde. [Dagegen liegt allerdings ein allgemeines Interesse nach der Richtung vor, daß eine dauernde Trennung des Nutzungsrechts vom Eigentum vermieden wird. Sowohl die Erfahrungen, die man mit dem „Obereigentum“, als auch diejenigen, die man mit dem antichretischen Pfandrecht gemacht hat¹⁾, sprechen gegen die Zulassung solcher Trennung²⁾. Daher kann man es auch nicht billigen, daß das BGB. — übrigens in ziemlich widerspruchsvoller Weise — es gestattet, den Nießbrauch für die Zeit des Bestehens einer juristischen Person, also hier auf unbeschränkte Zeit, zu bestellen. Der erste Entwurf hatte die Höchstdauer des Nießbrauchs juristischer Personen im Anschluß an das gemeine Recht auf 100 Jahre festgesetzt, auch das SchwZGB. Art. 749 Abs. 2 folgt dieser Regel. Für die Mehrheit der zweiten Kommission war, wie die Protokolle 4103 ff. ergeben, lediglich die Rücksicht auf die Nutzungsrechte der Realgemeinden und ähnlicher Körperschaften maßgebend. Um diesen Rechten aber ihre bisherige Dauer zu retten, bedurfte es keiner besonderen Vorschrift, weil die Endigungsgründe der unter dem früheren Recht begründeten Nießbräuche sich nach dem alten Recht bestimmen. Für die Zeit des BGB. dürfte, was die juristischen Personen anlangt, in der Hauptsache nur die Bestellung von Nießbräuchen für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Betracht kommen. Hier fehlt es an jedem Bedürfnis für die Zulassung einer unbeschränkten Dauer. Zudem kann — besonders wo der Gegenstand die Kosten lohnt — die geltende Regelung leicht dazu benutzt werden, die zeitliche Beschränkung des Nießbrauchs bei physischen Personen zu umgehen. Wenn in Anknüpfung an das ALR. I 12 § 423 die Höchstgrenze auf 50 Jahre festgesetzt wird, so dürfte allen Bedürfnissen genügt sein.

Zu den Art. XVII—XX.

Besonders arg mißraten sind die Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten. Die pedantische Sucht, dem Richter gewissermaßen die Hand zu führen, und die doktrinaire Denkrichtung sind hier bis zur Unerträglichkeit gesteigert. In siebzehn Paragraphen, die reichlich mit Verweisungen gespickt sind, ist scheinbar jede Denk-

¹⁾ Unten S 107f.

²⁾ Übrigens hatten schon die Römer ähnliche Bedenken, l. 56 D. de usufr. 7, 1; l. 8 D. de usu et usufr. 33, 2.

möglichkeit untergebracht. Dabei sind aber diejenigen konkreten Fragen, die am ehesten der Regelung bedurft hätten, übersehen worden. Insbesondere wird der Nießbrauch an der Hypothek, der doch, wie wir gesehen haben, den bei weitem überwiegenden Typus des Nießbrauchs am Rechte bildet, weder im Gesetz noch übrigens auch in den Motiven irgendwo erwähnt. Infolgedessen ist dem Gesetzgeber z. B. der Widerspruch entgangen, der darin liegt, daß nach den §§ 1069, 1154 zur Bestellung des Nießbrauchs an einer Briefhypothek die Übergabe des Hypothekenbriefs gehört, während doch dem gemeinschaftlichen Verfügungsrecht des Nießbrauchers und Gläubigers ebenso wie im Falle des § 1081 II der Mitbesitz entsprechen würde; zur Geltendmachung der hypothekarischen Zinsansprüche bedarf ja der Nießbraucher des Hypothekenbriefs nicht, § 1160 III. (Der Gegenentwurf sucht hier durch Art. XVII Satz 2 Abhilfe zu schaffen.)

Eine scharfe Kritik der §§ 1068—1084 hat das Schweizer ZGB. geliefert, indem es ihnen im ganzen drei knappe klare Artikel entgegenstellt¹⁾. Übrigens hat auch der Entwurf des ungarischen Zivilgesetzbuchs²⁾, der dem BGB. im Sachen- und besonders im Nießbrauchsrecht eine sehr weitgehende und stellenweise ziemlich blinde Gefolgschaft leistet, sich hier zum großen Teil ablehnend verhalten. Ebenso findet sich in den älteren Kodifikationen nichts, was sich den §§ 1068—1084 an die Seite stellen ließe.

Für den Forderungsnießbrauch ergibt sich die natürliche Grundlage der gesetzlichen Regelung von selbst; sie besteht in den Sätzen, daß die Zinsen dem Nießbraucher allein zufallen, während die Verfügung über das Kapital dem Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich gebührt. Diese natürliche Grundlage der Regelung ist im BGB. verschoben; denn es verlegt den grundlegenden Unterschied in eine verschiedene Behandlung des Kapitals, indem es den Nießbraucher einer unverzinslichen Forderung für befugt erklärt, die Forderung selbst zu kündigen und einzuziehen. Damit hat der Nießbrauch an der unverzinslichen Forderung einen grundsätzlich anderen Charakter erhalten als derjenige an der verzinslichen Forderung, was auch äußerlich darin zum Ausdruck kommt, daß zunächst der erstere in den §§ 1074, 1075, der letztere aber hiervon getrennt in den §§ 1077—1079 behandelt wird. Dieser Zwiespältigkeit, die keiner anderen Kodifikation bekannt ist, fehlt die innere Berechtigung. Die Mot. III 544 führen zur Begründung aus, daß der Nießbraucher der unverzinslichen Forderung „in Abhängigkeit von dem Gläubiger gerate und sein Recht wesentlich geschwächt werden würde“, wenn

¹⁾ SchwZGB. Art. 773—775.

²⁾ „Gesetzentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn“, veröffentlicht durch das Kgl. Ungarische Justizministerium (Budapest 1914), §§ 560 ff.

man ihm nicht ein selbständiges Recht zur Einziehung der Forderung gebe. Aber die „Abhängigkeit“ könnte doch nur in der Notwendigkeit des wechselseitigen Zusammenwirkens mit dem Gläubiger gefunden werden; wenn man aber indessen dieser Abhängigkeit Anstoß nimmt, so ist nicht recht einzusehen, weshalb sie bei verzinslichen Forderungen aufrecht erhalten bleiben soll, zumal der Zinsfuß unter Umständen ganz niedrig und für den Nießbraucher unlohnend sein kann. Mit viel größerem Recht ließe sich sagen, daß der Gläubiger gefährdet wird, wenn der Nießbraucher ein selbständiges Recht auf die Einziehung der Forderung erhält. Das BGB. sieht sich denn auch genötigt, auf halbem Wege stehen zu bleiben und dem Nießbraucher die Befugnis zu anderen Verfügungen zu versagen. Diese Regelung ist schon von Dernburg, *Bürgerliches Recht*⁴ Bd. 3 S. 631 als schematisch und wenig praktisch bezeichnet worden. Es liegt namentlich ein Widerspruch darin, daß der Nießbraucher nach dem BGB. in der Lage ist, von einer ihm zustehenden Kündigung — etwa gegen Zahlung einer Vergütung von seiten des Schuldners — abzusehen und dadurch den Bestand der Schuld zu verlängern, während er nicht befugt ist, eine Stundung zu bewilligen. Gesetztechnisch kommt außerdem in Betracht, daß der Nießbrauch an einer unverzinslichen Forderung naturgemäß eine äußerst seltene, wirtschaftlich zunächst geradezu unverständliche Erscheinung ist. Er kann wohl nur so vorkommen, daß zu einem mit einem Nießbrauch belasteten Nachlaß eine unverzinsliche Forderung gehört, und selbst hier wird die Unverzinslichkeit meist nur vorübergehend sein. In jedem Falle entspricht es einer natürlichen Betrachtung der Dinge, bei der gesetzlichen Regelung des Nießbrauchs von der verzinslichen Forderung auszugehen; das Bedürfnis für eine Sonderregelung des Nießbrauchs an der unverzinslichen Forderung ist überhaupt zu verneinen.

Zu den Art. XXI—XXIV.

Das BGB. geht davon aus, daß Wertpapiere, an denen ein Nießbrauch besteht, grundsätzlich von dem Nießbraucher allein zu verwahren sind, da hier zur Entstehung des Nießbrauchs die Übergabe des Wertpapiers gehört und dieser die Einräumung des Mitbesitzes nicht ohne weiteres gleichsteht¹⁾. Diese Regelung steht, wie wir es ähnlich schon bei der Briefhypothek feststellten, in Widerspruch damit, daß die Verfügung über das verbrieft nießbrauchbelastete Recht grundsätzlich eine gemeinschaftliche sein soll. Immerhin enthält sie einen berechtigten Kern. Mit Rektapapieren, insbesondere Hypothekenbriefen, kann der Nießbraucher, abgesehen von Fälschungen u. dgl. nicht leicht Mißbrauch treiben, auch wenn er sie allein verwahrt.

¹⁾ Vgl. Wolff, *Sachenrecht*⁸ 409 bei Anm. 2.

Soweit aber die Verwahrung durch den Nießbraucher ohne Gefährdung des Eigentümers möglich ist, wird man ihr um ihrer Einfachheit willen den Vorzug geben müssen; ergibt sich dann im Einzelfalle die Besorgnis einer Beeinträchtigung des Eigentums, so muß die einstweilige Verfügung aus § 940 ZPO. aushelfen. Eine andere Beurteilung ist jedoch da geboten, wo der Nießbraucher durch den Besitz des Papiers tatsächlich die Möglichkeit der selbständigen Einziehung der Hauptleistung erhält. Hier muß der Eigentümer im Zweifel als gefährdet gelten. Das BGB. nimmt dies nur bei den Inhaberpapieren und den in blanko indossierten Orderpapieren an. Aber bei den Orderpapieren, die nicht in blanko, sondern auf den Namen des Nießbrauchers indossiert sind — und zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Orderpapier ist die Indossierung erforderlich (§ 1069 I)¹⁾ — ist die Lage des Eigentümers ganz ebenso gefährdet; das gleiche gilt für den Gläubiger, für dessen Anspruch ein Legitimationspapier (§ 808) gebildet ist, z. B. für den Inhaber eines Sparkassenguthabens. Die gemeinschaftliche Verwahrung ist also richtiger auch für diesen Fall vorzuschreiben. Allerdings ist, wie bereits die Prot. 4136 bemerken, die Hinterlegung bei Sparkassenbüchern nicht zweckmäßig. Daher schlägt der Gegenentwurf vor, die Art der Hinterlegung im Streitfalle durch das Gericht bestimmen zu lassen.

Die Vorschrift des jetzigen § 1084 erscheint entbehrlich, zumal wenn die gegenwärtige Zerlegung des Titels über den Nießbrauch wegfällt und die Regel des jetzigen § 1067 an den Schluß des Titels gestellt wird. Andererseits dürfte es sich empfehlen, die in den Art. XXII, XXIII Satz 2 des Gegenentwurfs enthaltenen Vorschriften neu aufzunehmen, um den aufgetretenen Zweifeln zu begegnen. In der Frage, wem die Teilnahme an der Versammlung und die Ausübung des Stimmrechts zusteht, nimmt der Entwurf eine vermittelnde Stellung ein, wie sie in ähnlicher Weise namentlich von Gierke, Sachenrecht 694 Anm. 75, Planck BGB.⁴ Anm. 2 zu § 1081 und im

¹⁾ Manche, wie Hacker, HoldMschr. 1906, 191f. und Jacobi in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV 1, 471 halten ein „Indossament zu Nießbrauchszwecken“, das als solches äußerlich kenntlich sein soll, für möglich. Aber die Art. 9ff. WO., die für das Recht des Indossaments allgemein maßgebend sein müssen — vgl. HGB. §§ 365, 222 Abs. 2, 224, ScheckG. § 8 Abs. 2, RBankStatut vom 21. Mai 1875, RGBl. 203 § 5 Abs. 2 — wissen von einem derartigen Indossament nichts. Seine Zulassung würde auch der Natur des Indossaments und den Verkehrsbedürfnissen widersprechen. Das Indossament muß, das ist sein Wesen, kurz, stereotyp, eindeutig sein. Die freie Bildung von Zusätzen kann hier nicht geduldet werden. Übrigens ist der Wechsel, wie S. 35 erwähnt, aus wirtschaftlichen Gründen für den Nießbrauch ganz ungeeignet. Der Wirklichkeit dürfte demgemäß das „Indossament zu Nießbrauchszwecken“ völlig unbekannt sein, nicht einmal die Lehrbücher des Wechselrechts (Grünhut, Lehmann) wissen von ihm.

Kommentar der Reichsgerichtsräte Anm. 3 zu § 1068 vertreten wird¹⁾. Daß das Bezugsrecht zum Kapital gehört und mithin dem Eigentümer zufällt, entspricht der schon jetzt herrschenden Meinung²⁾.

Zu den Zusätzen.

Der Gegenentwurf hält besondere Vorschriften über den Nießbrauch am Vermögen nicht für erforderlich. Er stellt nur für den Fall des Nießbrauchs an einer Erbschaft eine Auslegungsregel auf. Was zunächst den Nießbrauch am Vermögen eines Lebenden anlangt, so ist er in Wirklichkeit von so geringer Bedeutung³⁾, daß zu seiner gesetzlichen Regelung kein Anlaß besteht. Man könnte vielleicht geltend machen, daß die §§ 1085—1088 dadurch, daß sie dem Vermögensnießbraucher im wesentlichen Lasten auferlegen, unerwünschten Nießbrauchsbestellungen am ganzen Vermögen entgegenträten und insofern prohibitiv wirkten. Aber nicht einmal dies ist zutreffend. Wollen die Parteien der Anwendung der §§ 1085 ff. entgehen, so brauchen sie nur von der Bestellung des Nießbrauchs am Vermögen abzusehen und statt dessen den Nießbrauch an den wichtigsten einzelnen Vermögensgegenständen des Eigentümers zu bestellen. Einen solchen Fall hatte das OLG. Dresden (13. III. 05) SächsArch. 1904 S. 511 zu beurteilen. Hier hatte der Schuldner den Nießbrauch an zwei Grundstücken bestellt, die seine einzigen verwertbaren Vermögensgegenstände bildeten. Daß hier kein Fall der §§ 1085 ff. vorlag, nahm das OLG. mit Recht an. Die Anknüpfung weittragender Folgen an den Vermögensnießbrauch ist gesetztechnisch auch deshalb wenig am Platze, weil es kaum möglich ist, eine Grenze zwischen dem Nießbrauch an einzelnen Gegenständen und dem Nießbrauch am ganzen Vermögen zu ziehen. Man fühlt sich unliebsam an berühmte Streitfragen der Scholastik erinnert, wenn man die Unterscheidung durchzuführen sucht.

Der Beachtung des deutschen Gesetzgebers wert ist allein der Nießbrauch an einer Erbschaft. Aber vom Standpunkt des BGB. aus kann das Bedürfnis für eine solche Rechtsform nicht anerkannt werden. Das BGB. stellt dem Erblasser schon die folgenden Formen zur Verfügung: die gewöhnliche (beschränkte) Vorerbschaft, die befreite Vorerbschaft und das Vermächtnis der Forderung auf den Er-

¹⁾ Dem Eigentümer legen das Stimmrecht bei Lehmann GZ. 51, 402; Dernburg, Sachenrecht⁴ (1908) 637; Kretschmar, Sachenrecht (1906) 1 zu § 1083; Goldmann-Lilienthal II § 66 Anm. 21, dem Nießbraucher dagegen Jacobi in Ehrenbergs Handbuch III 1, 472 (unter Aufgabe der in seiner Schrift „Die Wertpapiere“ [1901] 356 vertretenen Meinung) und Hacker, HoldMschr. 1906, 186.

²⁾ KG. (12. V. 11) Rspr. 24, 139; BayObLG. (18. I. 18) Rspr. 36, 282; Gierke aaO. 694 Anm. 75; Staub HGB.⁹ Anm. 11 zu § 282, RGR.-Kommentar 3 zu § 1069 u. a.; a. M. Staudinger-Kober BGB.⁸ 6 zu § 1082; Planck BGB.⁴ 2 zu § 1081; Meili HoldMschr. 1900, 4 ff.

³⁾ Vgl. oben S. 36.

trag des Nachlasses. Die Notwendigkeit, daneben noch einen Erbschaftsnießbrauch zu schaffen, läßt sich weder aus Gesichtspunkten des Wirtschaftslebens noch aus solchen des Familienlebens ableiten. Die Zwecke, die mit dem Erbschaftsnießbrauch verfolgt werden, finden in der Form der Vorerbschaft vollkommen ihre Befriedigung; daß daneben noch der Erbschaftsnießbrauch vorkommt, ist, wie wir gesehen haben, wesentlich auf Mißverständnis zurückzuführen und wirkt in jedem Falle verdunkelnd und verwirrend. Natürlich kann es sich nicht darum handeln, die Zuwendung des Erbschaftsnießbrauchs zu verbieten, vielmehr wird es praktisch vollkommen ausreichen, sie im Zweifel als beschränkte Vorerbschaft zu deuten; die Vorschrift, die dies besagt, wird zweckmäßigerweise dem (auch seinerseits abänderungsbedürftigen) § 2100 als Abs. 2 anzugliedern sein. Die Fassung unseres Vorschlages läßt es zu, das angebliche Nießbrauchsvermächtnis im einzelnen Falle als Zuwendung einer Forderung auf den Ertrag des Nachlasses oder auch als Zuwendung eines echten Nießbrauchs an den einzelnen Nachlaßgegenständen aufzufassen. Aber die letztere Auslegung wird schon wegen der weitgehenden Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die sie für die Beteiligten mit sich bringt, kaum jemals im Sinne des Erblassers liegen.

Der neue § 1969a, den der Gegenentwurf vorschlägt, beruht lediglich auf einer Verallgemeinerung eines in dem § 1086 bereits enthaltenen Grundgedankens. § 1086 ist zu eng gefaßt. Es ist widerspruchsvoll, den Nachlaßgläubiger gegenüber dem Nießbraucher nur dann zu schützen, wenn ein Nießbrauch am Vermögen vermacht ist, nicht aber dann, wenn sich das Vermächtnis auf einzelne, vielleicht auf die wertvollsten Nachlaßstücke bezieht; und nicht nur der mit einem Nießbrauch Bedachte, sondern auch der mit einem andern dinglichen Recht, z. B. einem Pfandrechte Bedachte wird gegenüber solchen Nachlaßgläubigern, deren Recht nicht auf Vermächtnis beruht, also namentlich gegenüber den Gläubigern des Erblassers zurücktreten müssen, wenn sie wegen ihres Anspruchs aus dem Nachlaß Befriedigung suchen. Daher will der Gegenentwurf alle die, denen ein dingliches Recht an einem Nachlaßgegenstande vermacht ist, nötigen, die Zwangsvollstreckung der besser berechtigten Nachlaßgläubiger in den belasteten Nachlaßgegenstand zu dulden. Eine dahingehende Vorschrift, die ihren Platz zweckmäßig etwa hinter dem § 1969 finden würde, wäre für das Verhältnis der Gläubiger untereinander die naturgemäße Folge aus dem schon durch § 226 II 5KO. und § 1991 IV BGB. anerkannten Grundsatz, daß die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen den andern Nachlaßverbindlichkeiten nachstehen¹⁾.

¹⁾ §§ 737, 738 ZPO. würden gleichfalls sinngemäß zu ändern sein.

Ablehnend verhält sich der Gegenentwurf gegen die persönliche Haftung des Nießbrauchers für die Zinsen der Nachlaßforderungen (§ 1088). Diese Haftung geht nicht nur über die Erträge hinaus, die der Nießbraucher aus dem Nachlaß zieht¹⁾, sie dauert auch da fort, wo ein Teil der dem Nießbrauch unterworfenen Gegenstände untergeht. Das sind Ergebnisse, die dem Zweck des letztwillig zugewendeten Nießbrauchs durchaus widerstreiten. Andererseits liegt ein Widerspruch darin, daß die Haftung beim Einzelnießbrauch nicht eintritt, auch wenn er sich etwa auf das einzige ertragreiche Stück des Nachlasses, z. B. das Nachlaßgrundstück, bezieht.

Überflüssig sind ferner die ganz im Kleinlichen sich verlierenden, nur scheinbar deutlichen Vorschriften des § 1087. Auch hier besteht kein Anlaß, bei unzureichendem Nachlaß den Erben verschieden zu behandeln, je nachdem der Nießbrauch am Nachlaß oder an einzelnen Nachlaßgegenständen vermacht ist. Auch in letzterem Falle hat der Erbe bei unzureichendem Nachlaß gemäß § 1991 IV vor dem Vermächtnisnehmer die anderen Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Er kann daher die Erfüllung des Vermächtnisses zurückhalten, wenn er des vermachten Gegenstandes zur Deckung besser berechtigter Nachlaßforderungen bedarf, mögen sie auch erst später fällig werden. Der Erbe kann sogar kondizieren, wenn er in Unkenntnis der Überschuldung an den Vermächtnisnehmer im voraus geleistet hatte²⁾. Damit ist der Erbe gegenüber dem Vermächtnisnießbraucher hinreichend geschützt.

Entbehrlich ist schließlich auch eine dem § 1086 Satz 2 entsprechende besondere Berücksichtigung des uneigentlichen Nießbrauchs. Denn hier entsteht mit dem Eigentumsübergang auf den sogen. Nießbraucher eine Forderung des Nachlasses (Erben) gegen den Nießbraucher, die ihrerseits ohne weiteres dem Zugriff der Nachlaßgläubiger unterliegt.

Anhang.

§ 17. Die Antichrese.

Das Rechtsinstitut der Antichrese zeigt zahlreiche Berührungspunkte mit dem Nießbrauch. Insbesondere ist der Sicherungsnießbrauch in gewisser Weise eine Nachbildung der Antichrese. Diese unterscheidet sich aber von ihm vorteilhaft dadurch, daß bei ihr Pfand- und Nutzungsbefugnisse regelmäßig³⁾ zu einer organischen

¹⁾ Vgl. Wolff, Sachenrecht⁸ 417 Anm. 16.

²⁾ RG. (13. VI. 08) JW. 487; Planck, BGB.³ 5 zu § 1991.

³⁾ Allerdings ist die Antichrese auch ohne Pfandrecht denkbar, vgl. KG. (12. X. 91) 11, 161 und für das gemeine Recht Dernburg, Pandekten II, § 241 unter Ziff. 4.

Einheit verschmolzen sind; namentlich entstehen und vergehen sie miteinander, wobei die unnatürliche Beschränkung der Dauer auf die Lebenszeit des Berechtigten wegfällt. Es ist daher begreiflich, daß bei der Beratung des BGB. mehrfach Stimmen laut wurden, die sich dafür aussprachen, die Antichrese in das neue bürgerliche Recht zu übernehmen¹⁾. Das Gesetz ist indessen diesem Vorschlage nicht gefolgt, er ist aber neuerdings von Goldmann in einem vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrage, der bei Gruchot 57, 617ff. veröffentlicht worden ist, wieder aufgenommen worden. In der an den Vortrag anschließenden Erörterung sprach sich auch Gierke, der früher anders geurteilt hatte²⁾, für die Antichrese aus³⁾. Auch Wolff, Sachenrecht⁴⁾ § 129 Anm. 22 gibt seinem Bedauern über die Beseitigung der Antichrese Ausdruck. Die Frage hat daher, zumal, wie erwähnt, mit einer Reform des Hypothekenrechts zu rechnen ist, aktuelles Interesse.

An sich ist die Antichrese für die deutsche Rechtsentwicklung nichts Fremdartiges. Es ist bekannt, daß das deutsch-rechtliche Nutzpfand an Grundstücken, die sog. ältere Satzung, sich nach der Rezeption in einzelnen Gebieten als Antichrese sehr lange erhalten hat, teilweise sogar bis ins 19. Jahrhundert⁴⁾. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde sie wegen der großen volkswirtschaftlichen Nachteile, die ihr anhaften, vielfach verboten⁵⁾. Im landrechtlichen Preußen blieb sie jedoch auf der Grundlage des ALR. I 20 §§ 139ff., 224ff. in Geltung. So war hier für eine Ausbildung des Instituts im Rahmen der neueren wirtschaftlichen Entwicklung Gelegenheit geboten. Die Ergebnisse waren sehr bemerkenswert und verlohnen eine eingehendere Betrachtung.

Über die Verhältnisse der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gibt die Preußische Gesetzesrevision Pensum III Mot. I S. 197/198 (1839) genauere Auskunft. Der Gesetzesrevisor spricht sich entschieden gegen die Antichrese aus. Er meint, der antichretische Pfandgläubiger müsse unwillkürlich sein Augenmerk dahin richten, entweder zur baldigen Befriedigung die nächsten höchstmöglichen Nutzungen zu ziehen, oder, um länger im Besitz zu bleiben, nur das

¹⁾ R. Kindel, Recht an der Sache (1889) 415; Rausnitz, KGBl. 1895, 41ff.

²⁾ „Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht“ 369.

³⁾ Jahresber. der Jur. Gesellschaft 1913, 33.

⁴⁾ Vgl. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht (1871) 3; Maurenbrecher, Rheinpreußische Landrechte (1830) I 285f. Anm. 110.

⁵⁾ Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II 2, 145. Vorbilder dafür bot bereits das justinianische (Nov. 34) und das kanonische Recht (cap. 6 X de pign 3, 21; cap. 8 X de usuris 5, 19). Nov. 34 untersagte den Landwirten die antichretische Verpfändung ihres Ackers und Wirtschaftsgüter.

Nötigste herauszuwirtschaften. Beides seien Verhältnisse, die der Kultur überhaupt schädlich seien. Ferner sei der antichretische Pfandvertrag eine fast unvermeidliche Prozeßquelle. „So selten“, sagt der Gesetzesrevisor, „das Geschäft jetzt an sich ist, so habe ich es niemals sich ohne Prozeß auflösen sehen, und zwar von so schwieriger Art, daß meist die Kosten dem Gegenstande nicht angemessen blieben.“ Endlich zeige die Seltenheit in allen Provinzen, in denen das Hypothekenwesen bestehe, die Überflüssigkeit der Antichrese und die Überzeugung von ihrer nachteiligen Wirkung für die Landeskultur. Am häufigsten finde man sie noch bei kleinen ländlichen Grundstücken, und zwar teils weil die Zerstückelung sonst untersagt sei und die Kulturgesetze dort langsamer ins Leben träten, teils aber bei solchen Bauern, die in Verfall gerieten, ohne Konsens der Hypothekengläubiger nicht verkaufen könnten, wohl aber von den nach Land gierigen Hausleuten noch Geld bekämen, wenn sie Ackerteile zur Benutzung abträten. Das Geschäft sei dann doppelt schädlich. Es mache die Erhaltung des Bauern immer unmöglicher, weil seine Einnahmen mit dem Grund und Boden abnähmen; den Gläubiger aber täusche die Sicherheit des Besitzes, dessen er bald bei der Subhastation verlustig werde.

Nach dieser Schilderung ist anzunehmen, daß die Antichrese in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts (oder zu der weiter zurückliegenden Zeit, als der Gesetzesrevisor seine praktischen Kenntnisse sammelte) vereinzelt noch im kleinbäuerlichen Grundbesitz vorkam, im ganzen aber wenig Freunde fand.

Besondere Verhältnisse scheinen in denjenigen Städten Altpommerns obgewaltet zu haben, die mit dem lübischen Recht belehnt waren. Hier war es bis zu dem Edikt vom 9. Oktober 1807, betreffend den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner (GS. 1806/10 S. 170) üblich gewesen, landwirtschaftliche Grundstücke an Stadtfremde zu antichretischem Pfandrechte auf lange Frist auszutun. Ein solcher Fall aus der Stadt Stolp ist in der Entscheidung des OT. (31. V. 69) 61, 105 behandelt. Hier hatte ein gewisser Dr. G. im Jahre 1802 zwei Kossäten ein antichretisches Pfandrechte an Feldgrundstücken in der Stolper Gemarkung gegen ein Darlehn von 350 Talern auf die Dauer von 20 Jahren derart bestellt, daß sich der Vertrag jeweils um 20 Jahre verlängerte, wenn er nicht ein Jahr vor Ablauf gekündigt wurde; die Pfandgläubiger sollten die Nutzungen an Stelle der Zinsen ohne Rechnungslegung genießen. Dieses Landnutzungs- und Forderungsrecht wurde dann mehrfach abgetreten. Der Fall war offenbar typisch; es handelte sich darum, die nach dem lübischen Stadtrecht verbotene Eigentumsübertragung an Stadt-

fremde durch die Pfandrechtsform zu umgehen¹⁾. Das führte auf die Dauer zu so unklaren und ungesunden Rechtszuständen — vielleicht zielen auch die Äußerungen des Gesetzesrevisors gerade auf diese Verhältnisse ab —, daß die Gesetzgebung einschreiten mußte. Die Verordnung vom 26. September 1845 (GS. S. 678), „betreffend die in Alt-Pommern an Grundstücken auf städtischen Fluren unter Herrschaft des lübischen Rechts vor dem Jahre 1808 geschlossenen antichretischen Pfandverträge“, ordnete daher die Ablösung der Pfandrechte und unter gewissen Voraussetzungen ihre Überführung in die Form des Eigentums an. Die Begründung der Verordnung besagt, daß die lange Dauer jener Pfandverträge „die Eigentumsverhältnisse an den pfandrechtlichen Grundstücken auf eine den öffentlichen Interessen nachteilige Art verdunkelt habe, daß die meisten dieser Verträge durch eine Veränderung der Gesetzgebung ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hätten und das Bedürfnis fühlbar geworden sei, in vielen Fällen dem Verkehr gänzlich entzogene Grundstücke demselben wieder zurückzugeben“²⁾.

Im ganzen wird man nach alledem für Preußen die Bedeutung der Antichrese in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts nur als sehr bescheiden zu veranschlagen haben. Im weiteren Verlaufe des 19. Jahrhunderts scheint sie dann allmählich ganz außer Übung gekommen zu sein. So sagt C. F. Koch bereits in der ersten Auflage seines Kommentars zum Allgemeinen Landrecht (1853, zu 1, 20 § 139), die Antichrese sei nur noch wenig in Gebrauch. Auch Dernburg bemerkt noch in seinem Preußischen Privatrecht 4. Aufl. (1881) Bd. 1 S. 340 Anm. 8, der Vertrag sei fast ganz aus dem Leben verschwunden³⁾. Hiermit stimmt der Befund überein, der dem veröffentlichten Entscheidungsmaterial zu entnehmen ist. In den 83 Bänden der

¹⁾ Das lübische Stadtrecht von 1586 I 2, 5 verbot allerdings den Bürgern auch, ihr „Erbe, Rente oder Eigentum an Gäste oder Fremde, welche unsere Bürger nicht sind, zu versetzen oder zu verpfänden, zu verkaufen oder zu treuen Händen zuschreiben zu lassen“, doch fehlte das Verbot der Verpfändung in den älteren Fassungen, die den Bewidmungen zugrunde lagen. Übrigens wurden auch in der lübischen Praxis durch den Rat Dispense von dem Veräußerungsverbot erteilt (vgl. Rehme, Lübecker Oberstadtbuch 205), wobei die Befreiung eher für die Verpfändung als für die formelle Weggabe des Eigentums bewilligt sein mochte.

²⁾ Vgl. auch den Auszug aus der Denkschrift der Pommerschen Stände beim OT. 61, 109.

³⁾ In den späteren Auflagen fehlt diese Bemerkung. In dem „Preußischen Hypothekenrecht“ Bd. 2 (1891) S. 261 sagt Dernburg mit Bezug auf die Antichrese, „derartige Verträge seien im Leben bei landwirtschaftlichen Grundstücken nicht häufig, eher begegneten sie bei Wohnhäusern, auch bei industriellen Unternehmungen, z. B. Pferdebahnen, seien sie vorgekommen(?)“. In diesen Ausführungen Dernburgs kommt bereits der Umschwung zum Ausdruck, der sich im Ausgange des 19. Jahrhunderts vollzog.

Entscheidungen des Obertribunals (1837—1879) sowie den 100 Bänden des Striethorst'schen Archivs (1851—1879) findet sich außer dem oben bereits behandelten pommerschen Falle OT. 61, 105 nur ein einziger, übrigens gleichfalls aus Pommern stammender Fall, in dem das Bestehen einer Antichrese angenommen wurde — ein bäuerlicher Besitzer hatte seinem Gläubiger Wiese und Ackerland in Antichrese gegeben (OT. vom 2. I. 78 Entsch. 81, 169). In vier andern Entscheidungen wird das Bestreben einer Antichrese verneint, in einer freilich nur deshalb, weil die nach ALR. I 20, 227 ff. erforderliche gerichtliche Bestätigung fehlte (OT. 23. X. 62 Str. A 40, 66)¹⁾. In keinem der erwähnten fünf Fälle aber hatten — und das ist wesentlich — die Parteien selbst von Antichrese, Nutzpfund u. dgl. gesprochen, also diesen Vertragstypus bewußt gewollt. Auch OT. 81, 169 und ähnlich Str. A 40, 66 leiten die Anwendbarkeit des Begriffs der Antichrese nur daraus ab, daß die Summe der für den Gläubiger vertraglich ausbedungenen Befugnisse eben der Sache nach eine Antichrese darstelle. Gerade hieraus darf mit Sicherheit gefolgert werden, daß die antichretische Pfandform als solche dem Grundstücksverkehr fremd geworden war.

In überraschender Weise tritt nun mit dem Ende des 19. Jahrhunderts, vornehmlich im letzten Jahrzehnt, ein auf Groß-Berlin beschränkter Umschwung ein. Es liegen außer einigen Mitteilungen aus der erstinstanzlichen Praxis²⁾ nicht weniger als 12 veröffentlichte Entscheidungen des KG.³⁾ und zwei oder drei des RG.⁴⁾ vor, die sich mit Groß-Berliner Antichresen aus dem letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts befassen. Dazu kommt eine Verfügung (d. i. ein Beschluß) des KG. vom 17. Oktober 1877, in welchem der „Abschluß von Pfandnutzungsverträgen“ bereits als „beliebt“ bezeichnet wird⁵⁾. Übrigens wendet sich das KG. auch in einer Entscheidung vom 4. Mai 1900 KGBl. 1900, 69 gegen die von Habicht⁶⁾ im Anschluß

¹⁾ Die drei anderen Entscheidungen sind OT. (10. XI. 53) Str. A 11, 40, OT. (2. XII. 62) Str. A 46, 343 und OT. (21. VI. 77) Str. A 97, 262.

²⁾ LG. I Berlin (17. V. 97) KGBl. 105; LG. I Berlin (25. II. 99) KGBl. 78; AG. Charlottenburg (28. VII. 91) KGBl. 95; AG. I Berlin (20. III. 97) KGBl. 87.

³⁾ (12. X. 91) Jahrb. 11, 161; (12. VII. 92) KGBl. 103; (11. IV. 94) KGBl. 95; (11. V. 95) KGBl. 80; (30. XII. 95) Jahrb. 15, 125; (30. V. 96) KGBl. 63; (17. VI. 96) KGBl. 63; (29. VI. 97) KGBl. 106; (28. X. 97) KGBl. 117; (22. IV. 99) KGBl. 56; (4. V. 1900) KGBl. 69; ferner KGBl. 1899, 78.

⁴⁾ RG. (3. III. 00) Gruchot 44, 959; (27. X. 00) 47, 56; (9. III. 01) Seuff. 56, 265 — preußischer Fall aus dem Jahre 1894 ohne nähere Herkunftsbezeichnung.

⁵⁾ (Johows) Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der preußischen Appellationsgerichte 8, 312.

⁶⁾ Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse (1899) 358.

an die BGB.-Motive¹⁾ geäußerte Ansicht, daß die Antichrese sich nur in einzelnen Fällen erhalten habe.

Bemerkenswert ist in diesem Entscheidungsmaterial vor allem, daß es sich durchweg um eine bewußte Anwendung der antichretischen Form handelt. Zugleich ergibt das Material, daß auch mit der neuen Anwendung der Antichrese ungewöhnlich viel rechtliche Zweifelsfragen und Schwierigkeiten verbunden waren. Besonders forderte die Rechtsprechung, gestützt auf ALR. I 7 § 7, zur Gültigkeit der Antichrese die körperliche Übertragung des Grundstücksbesitzes auf den Gläubiger, wobei als notwendig erachtet wurde, daß er den Mietern vorgestellt werde und so „das Vermögen erlange, über das Grundstück mit Ausschließung anderer zu verfügen“; ja es wurde der Fortbestand der gültig begründeten Antichrese ohne Rücksicht auf die grundbuchliche Eintragung davon abhängig gemacht, daß der Gläubiger den Besitz behalte²⁾. Das antichretische Recht fiel also namentlich dann fort, wenn der Eigentümer für den Gläubiger die Verwaltung führte, die Mietsverträge abschloß usw.³⁾. In einem nicht unerheblichen Teile der Entscheidungen wird daher das Bestehen einer rechtsgültigen Antichrese verneint. Die Folgerung liegt nahe, daß die große Zahl der einschlagenden Veröffentlichungen aus der Rechtsprechung nicht so sehr auf die Verbreitung des Instituts als auf die Menge juristisch „interessanter“ Fragen zurückzuführen ist, zu denen die Antichrese Anlaß gab, und daß umgekehrt gerade die zahlreichen rechtlichen Zweifel und Unvollkommenheiten der Verbreitung des Instituts hinderlich im Wege standen. Aber auch wenn man dies zugibt, so läßt sich nicht bezweifeln — und Mitteilungen älterer Praktiker haben es mir bestätigt —, daß das Institut in Berlin vielfältig zur Anwendung gelangt ist.

Dieses Wiederaufleben der Antichrese hängt nun, wie sich aus den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen ohne weiteres ergibt, mit der Entwicklung des Groß-Berliner Baukredits — und des Groß-Berliner Bauschwindels zusammen, der gerade in den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts einen Höhepunkt erreichte. Anders als beim Sicherungsnießbrauch ist aber der Wunsch der Hypothekengläubiger, sich gegen Mietsabtretungen zu sichern, dabei ursprünglich nicht die treibende Kraft gewesen, denn der Mißbrauch der Mietsabtretungen ist erst durch das BGB. aufgekommen, dessen § 1124 dazu gleichsam herausforderte⁴⁾. Vielmehr lag die Ursache, jeden-

¹⁾ III 630. Bei Abfassung der BGB.-Motive war freilich die Nachblüte der Antichrese noch nicht zur Entfaltung gelangt.

²⁾ KG. (30. V. 96) und (17. VI. 96) KGBI. 63.

³⁾ KG. (12. VII. 92) KGBI. 103.

⁴⁾ Das preußische Recht (§ 31 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai

falls anfänglich, vorwiegend in dem Wunsch gewisser Eigentümer, den Gläubigern bei der Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten zu bereiten. Schon die oben erwähnte Verfügung des KG. vom 17. Oktober 1877 bezeichnet die Antichrese als ein „beliebtes Mittel, die Anlegung von Mietsarresten zu verhindern“, und Rausnitz²⁾ findet eine andere Erklärung für das Umsichgreifen der Antichrese darin, daß mit ihrer Hilfe die Durchführung einer Zwangsverwaltung zu verhindern sei; nach § 143 des preuß. ZVG. vom 30. Juli 1883 wurden nämlich die Rechte des antichretischen Gläubigers durch die Zwangsverwaltung nicht berührt, gleichviel welchen Rang der betreibende Gläubiger hatte³⁾. Das waren nun freilich wenig erfreuliche Motive. Aber sie werden auch nicht die einzigen gewesen sein. Zum Teil wird es sich für die Hypothekengläubiger einfach darum gehandelt haben, die Verwaltung eines notleidenden Grundstücks vorübergehend selbst zu übernehmen oder sich den tatsächlichen Zugriff auf die Mieten zu erleichtern.

Es ist hiernach erklärlich, daß Rausnitz aus der Berliner Praxis heraus gegen die Absicht einer Abschaffung der Antichrese Widerspruch erhob. Er führte dabei u. a. folgendes aus:

„Da der Nießbrauch im neuen Gesetzentwurf selbstverständlich vorgesehen ist, so ist die Gefahr vorhanden, daß die Zwecke, die heute mit der Antichrese verfolgt werden, später mit Hilfe des Nießbrauchsrechts erreicht werden. Notwendige Bedürfnisse des Verkehrs lassen sich nicht durch einfache Gesetzesparagrafen beseitigen. Kommt der Verkehr nicht auf geradem Wege zum Ziel, so bedient er sich des krummen. Gibt ihm das Gesetz keine klare, die wirtschaftlichen Endzwecke ersichtlich machende Form für das Geschäft, so wählt er das sogenannte verdeckte Rechtsgeschäft, d. h. er bedient sich einer Rechtsform, die ursprünglich zur Befriedigung eines ganz anderen wirtschaftlichen Bedürfnisses gegeben ist und der er sich so viel wie möglich anpaßt. Überall, wo die Befriedigung des Verkehrs durch verdeckte Rechtsgeschäfte geschieht, leiden erfahrungsgemäß seine Moral und Sicherheit.“

Sicherlich wirkt die Richtigkeit dieser Prophezeiung verblüffend. Und trotz alledem vermögen wir eine Wiedereinführung der Antichrese keineswegs zu befürworten.

1872) ließ die Vorausverfügung nur für ein Vierteljahr zu, vgl. Turnau, Grundbuchordnung⁴ (1888) 8b zu § 31. Daher weiß z. B. Dernburg, Preußisches Hypothekenrecht II (1891) 156 von derartigen Mißbräuchen nichts, wie aus seiner ganzen Darstellung unverkennbar hervorgeht. Auch die BGB.-Motive schweigen darüber; freilich würde daraus allein noch kein Beweisgrund hergeleitet werden können.

¹⁾ KGBl. 1895, 41 ff.; vgl. auch RG. (4. III. 00) Gruchot 44, 959.

²⁾ Vgl. auch AG. Charlottenburg (28. VII. 91) KGBl. 95.

Man kann die Berechtigung eines solchen Instituts nicht lediglich nach den Berliner Bedürfnissen beurteilen. Daß die Antichrese bei landwirtschaftlichen Grundstücken nachteilig wirkt, kann nach den gemachten Erfahrungen nicht bezweifelt werden; es genügt, auf die Gründe des preußischen Gesetzesrevisors hinzuweisen, die bei einem höheren Kulturstand der Landwirtschaft doppelt ins Gewicht fallen. Es läßt sich nicht einmal erweisen, daß die Antichrese dem städtischen Grundbesitz wesentliche Vorteile gegenüber der Nießbrauchsform brächte. Gewiß würden durch ihre Einführung einige technische Unvollkommenheiten, die der Verwendung des Nießbrauchs anhaften, beseitigt werden, aber dieses Ziel ließe sich auch durch eine Verbesserung des Nießbrauchsrechts erreichen; die Schaffung einer neuen dinglichen Rechtsform wäre dazu nicht nötig. Entscheidend aber fällt m. E. gegen die Wiedereinführung einer, sei es auch nur auf städtische Grundstücke beschränkten Antichrese die folgende Erwägung ins Gewicht: Will man wirklich einen vollwertigen Ersatz für den Sicherungsnießbrauch bieten, so müßten Vorausverfügungen über die Mieten — und damit auch Mietspfändungen seitens persönlicher Gläubiger — gegenüber der Antichrese ebenso unwirksam sein wie gegenüber dem Nießbrauch, m. a. W. die Verfügungsfreiheit des Eigentümers und die Eingriffsmacht der persönlichen Gläubiger müßten bei der Antichrese auch für das Viertel- oder Halbjahr in Wegfall kommen, für die sie durch den § 1124 BGB. in der Fassung des Gesetzes vom 8. Juni 1915 noch aufrechterhalten worden sind. Gestaltet man aber die Antichrese in solcher Weise aus, so würde sich natürlich jeder Hypothekengläubiger antichretische Befugnisse ausbedingen, die Antichrese würde also — vielleicht in Verbindung mit formularmäßigen Verwaltungsvollmachten für die Eigentümer — die allgemein verkehrsfähige Form der Hypothek werden. Damit wäre aber eine neue schwere Komplikation in unser ohnehin wenig übersichtliches Hypothekenrecht hineingetragen, und noch dazu ohne alle Not. Der richtige Weg ist demgegenüber nicht die Schaffung einer neuen Hypothekenart, sondern allein die Abstellung der Mängel, die der ordentlichen (Verkehrs-)Hypothek nach dem BGB. anhaften, vor allem eben die grundsätzliche Beseitigung auch des zeitlich beschränkten Eingriffsrechts der persönlichen Pfändungsgläubiger in die Mieten gegenüber dem Hypothekengläubiger. Das Reichsgesetz vom 8. Juni 1915 ist ein Fehlschlag gewesen¹⁾. Wird nach der angegebenen Richtung hin tatkräftig vorgegangen und unser Hypothekenrecht im Sinne einer Festigung des Realkredits gründlich umgestaltet, so werden sich nicht nur die bisherigen Befürworter

¹⁾ Vgl. meine „Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung“ (1916) 161 ff.
Nußbaum, Nießbrauchrecht.

der Antichrese wegen ihrer Beschwerden für befriedigt erklären können, sondern es wird auch ein wesentlicher Rückgang des Sicherungsnießbrauchs eintreten. Damit würde sich dann auch die Harmonie zwischen der tatsächlichen Gestaltung und der ursprünglichen Zweckbestimmung des Nießbrauchs wiedereinstellen. Möge man bei der auf die Dauer unausbleiblichen Reform des deutschen Hypothekenrechts auch diesen Zusammenhang nicht übersehen.