

## Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten?

Von Assessor DR. WOLFGANG DÄUBLER,  
Wiss. Assistent, Tübingen

I. *Die Problemstellung.* Unsere Rechtsordnung kennt unveräußerliche und veräußerliche Rechte. Während die Nicht-Vermögensrechte grundsätzlich zu den ersteren zu rechnen sind, geht das Gesetz bei den Vermögensrechten von der Veräußerlichkeit aus.<sup>1)</sup> So wird die Übertragbarkeit des Nießbrauchs sowie der Mitgliedschaft im eingetragenen Verein im Gesetz ausdrücklich normiert,<sup>2)</sup> während die §§ 903, 1154 BGB die Übertragbarkeit des Sacheigentums bzw. der Hypothek als selbstverständlich voraussetzen. Im folgenden soll die Frage untersucht werden, ob es möglich ist, einem kraft Gesetzes veräußerlichen Recht durch Vertrag diese Eigenschaft zu nehmen, es also zu einem „höchstpersönlichen“ zu machen. Denkbar wäre etwa, daß der Veräußerer einer Sache mit dem Erwerber vereinbart, daß dieser nur unveräußerliches Eigentum erhalten solle. Nahegelegender und wichtiger ist der Fall, daß der Eigentümer eine höchstpersönliche Grundschuld bestellen<sup>3)</sup> oder der Inhaber eines Patents eine unveräußerliche Lizenz erteilen will.<sup>4)</sup> Von erheblicher Bedeutung ist schließlich die Frage, ob auch bei Kapitalgesellschaften höchstpersönliche Mitgliedschaftsrechte geschaffen werden können.<sup>5)</sup>

II. *Die Bedeutung des § 399 BGB.* Einziger unmittelbarer Anhaltspunkt im Gesetz ist die Vorschrift des § 399 BGB. Sie bestimmt u. a., daß die Abtretbarkeit einer Forderung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden kann. Die Schaffung einer unveräußerlichen Forderung ist daher möglich. Freilich hat eine derartige Vereinbarung keine Wirkung gegenüber den Gläubigern des Forderungsinhabers: nach § 851 Abs. 2 ZPO wird die Pfändbarkeit der Forderung nicht berührt.

Man könnte nun daran denken, die Regelung des § 399 auf andere Rechte zu übertragen. Eine natürliche Handhabe hierfür bietet sich in Gestalt des § 413 BGB an, der die entsprechende Anwendung der §§ 398 ff. BGB auf die Übertragung sonstiger Rechte anordnet. Einem solchen Vorgehen stehen jedoch gewichtige Bedenken entgegen. § 413 BGB spricht die analoge Anwendung der §§ 398 ff. lediglich für den Fall aus, daß das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die §§ 398 ff., und damit auch § 399, gelten daher nur subsidiär.<sup>6)</sup> Der etwa anwendbare § 137 Satz 1 ginge ebenso vor wie ein etwaiger allgemei-

1) ENNECERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, I. Halbband, 15. Aufl. 1959, § 78 II 2.

2) § 1059 Satz 1 BGB bzw. § 38 Satz 1 BGB.

3) Siehe dazu RG, HRR 34 Nr. 557; OLG München, JFG 16, 191, 195 = HRR 38 Nr. 383; OLG Stuttgart, OLGZ 1965, 96; BAUE, Sachenrecht, 4. Aufl. 1968, § 4 IV; STAUDINGER-SEUFERT, BGB, 11. Aufl. 1956, § 877 Rn 4.

4) Vgl. Prot. III, 257 f.; HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, 1962, § 22 II 2 c. Zur Urheberrechtslizenz: § 34 URG.

5) Im Aktienrecht wird dies verneint: BAUMBACH-HUECK, Komm. zum AktG, 13. Aufl. 1968, § 68 Rn. 3; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, Komm. zum AktG, 1937, § 61 Rn. 6.

Für die GmbH wird diese Frage jedoch von der h. M. bejaht: RGZ 80, 175, 179; BAUMBACH-HUECK, Komm. zum GmbHG, 12. Aufl. 1966, § 15 Anm. 1 A; FEINE, Lehrbuch des GmbH-Rechts, in: VICTOR EHRENBURG Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 3. Abt., 1929, S. 370; FISCHER, GmbHRdsch. 53, 135; SCHOLZ, Komm. zum GmbHG, 4. Aufl. 1960, § 15 Rn. 42.

6) ERMAN-WESTERMANN, BGB, 4. Aufl. 1967, § 413 Anm. 3; ENNECERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, § 83, 3, sprechen zu Recht von einer „Rechtsfolgerschleichung aus Begriffen“, wollte man etwa die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten aus § 413 BGB und ihrer Eigenschaft als Rechte folgern.

ner Rechtsgrundsatz, der den rechtsgeschäftlichen Ausschluß der Veräußerlichkeit untersagen würde. Schon deshalb ist es nötig, zunächst – losgelöst von § 399 BGB – auf allgemeine Prinzipien zurückzugreifen.

Außerdem wäre es unerlässlich, zusammen mit § 399 BGB auch § 851 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden, da beide Vorschriften eine innere Einheit bilden. Damit ist aber oft den Interessen der Beteiligten nicht gedient, die für alle denkbaren Fälle – also auch den der Zwangsvollstreckung – einen Wechsel in der Person des Rechtsträgers ausschließen wollen. Diesen Erfolg können sie, wenn überhaupt, so jedenfalls nicht auf dem Wege über §§ 399, 413 BGB erreichen. Auch insoweit kann die Problematik nicht ohne Heranziehung allgemeiner Prinzipien ausgeschöpft werden.

III. Die Tragweite des § 137 BGB. 1. Stellt man zunächst nur auf den Wortlaut des § 137 Satz 1 ab, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, so betrifft die Vorschrift die hier angeschnittene Problematik offensichtlich nicht. Satz 1 setzt das Bestehen eines veräußerlichen Rechts voraus. Dies gilt auch für den Fall des Ausschlusses der Verfügungsbefugnis. Soll der Wortlaut überhaupt einen Sinn geben, so ist damit nur der Fall gemeint, daß die Verfügungsbefugnis nicht generell beseitigt, sondern nur dem Rechtsinhaber entzogen ist. § 137 Satz 1 BGB will daher seinem Wortlaut nach lediglich eine Trennung zwischen Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis verhindern. Die Rechtsprechung hat sich bislang im Anschluß an die Protokolle<sup>7)</sup> mit dieser eng am Wortlaut haftenden Auslegung begnügt, ohne der Frage nach Sinn und Zweck des § 137 BGB nachzugehen und eine zumindest entsprechende Anwendung auf den Fall der vertraglich vereinbarten Unveräußerlichkeit zu erwägen.<sup>8)</sup>

In Wahrheit stellt sich jedoch die Frage einer extensiven Auslegung oder analogen Anwendung des § 137 Satz 1 BGB mit voller Schärfe. Die Übertragung der Verfügungsbefugnis auf einen anderen hat für den Rechtsinhaber dieselbe Wirkung wie der Ausschluß der Veräußerlichkeit, der ja auch nur durch Vereinbarung herbeigeführt werden kann. Würde etwa die Befugnis des Grundschuldgläubigers zur Verfügung über sein Recht dem Eigentümer übertragen, so stünde er im Ergebnis nicht anders als der Inhaber einer höchstpersönlichen Grundschuld. In beiden Fällen wäre ihm eine Verfügung über sein Recht nur unter Mitwirkung des Eigentümers möglich. Entscheidend kommt es daher auf den Sinn des § 137 Satz 1 BGB an.

2. Nach MÜLLER-FREIENFELS<sup>9)</sup> soll § 137 Satz 1 BGB verhindern, daß Gegenstände durch private Vereinbarung dem Rechtsverkehr entzogen werden. Die Zulassung vertraglich geschaffener *res extra commercium* liefe auf die Gestattung einer privaten Fideikommißbildung hinaus und würde einer Selbstaufgabe der Privatrechtsordnung gleichkommen.<sup>10)</sup> MÜLLER-FREIENFELS beruft sich dabei insbesondere auf die Motive,<sup>11)</sup> die ausführen, ohne die Regelung des heutigen § 137 Satz 1 BGB könne der Berechtigte „sein ganzes Vermögen außer Kraft setzen“ und seinen Gläubigern entziehen. Seinem Sinn nach verbietet § 137 Satz 1 nach Ansicht von MÜLLER-FREIENFELS daher nicht die Trennung von Rechtszuständigkeit und Verfügungsbefugnis, sondern nur den rechtsgeschäftlichen Ausschluß der Veräußerlichkeit.

7) III, 257.

8) *BGZ* 90, 233, 237; 136, 395, 399; *BGHZ* 19, 355, 359 = *NJW* 56, 463; *BGHZ* 40, 156, 160 = *NJW* 64, 243; *OLG München*, *JFG* 16, 291, 295 = *HRR* 38 Nr. 383; *OLG Stuttgart*, *OLGZ* 1965, 96.

9) Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 129 ff.

10) Insoweit übereinstimmend OERTMANN, *Recht* 16, 56; SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, 1933, S. 218.

11) III, 77.

Diese Auffassung begegnet erheblichen Bedenken. Zunächst wirkt es befremdend, wenn im Ergebnis Rechtszuständigkeit und Verfügungsbefugnis getrennt werden können, obwohl dies dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 137 Satz 1 BGB zuwiderläuft. Doch kann diese Frage hier auf sich beruhen, da in unserem Zusammenhang nur die andere Seite der These, die Unmöglichkeit eines Ausschlusses der Veräußerlichkeit, von Interesse ist. Der Hinweis auf die Gefahr privater Fideikommißbildung vermag die Auffassung von MÜLLER-FREIENFELS nicht zu stützen. Das Fideikommißvermögen wird zwar durch Unveräußerlichkeit, daneben aber durch vom Stifter festgelegte bestimmte Regeln der Vererbung und durch die fehlende Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf den Stamm des Vermögens gekennzeichnet.<sup>12)</sup> Die letzteren beiden Voraussetzungen sind hier eindeutig nicht gegeben; die Vererbung ist nicht tangiert und der Ausschluß der Veräußerlichkeit hat nicht notwendig zur Folge, daß die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsgrundlage verringert wird, da ihre Belange unschwer durch entsprechende Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO gewahrt werden könnten. Es liegt daher keine „private Fideikommißbildung“ vor. Außerdem würde die Möglichkeit vertraglicher Schaffung von *res extra commercium* keinesfalls zu einer Selbstaufgabe der Privatrechtsordnung führen. Im Bereich der Forderungsabtretung hatte die Existenz des § 399 BGB bislang nicht zur Folge, daß die §§ 398 ff. BGB ihre Bedeutung für das Rechtsleben eingebüßt hätten. Insoweit widerlegt die Erfahrung die auf deduktivem Wege gewonnene These von MÜLLER-FREIENFELS. Gegen sie spricht weiter die systematische Stellung des § 137. Der Zusammenhang mit § 135 und § 136 zeigt, daß es ausschließlich um die Zulässigkeit und die Wirkungen von Verfügungsbeschränkungen, nicht aber um die Möglichkeit einer Änderung des Inhalts der Rechte selbst geht. Wäre es anders, so wäre es kaum verständlich, weshalb der Gesetzgeber keine der sich dann ergebenden weiteren Fragen geregelt hätte. So hat er etwa in allen anderen Fällen, in denen dem Rechtsträger die Verfügungsbefugnis fehlt, mehr oder weniger weitgehende Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Erwerber getroffen.<sup>13)</sup> Der Auffassung von MÜLLER-FREIENFELS kann daher nicht gefolgt werden.

3. Eine weit verbreitete Meinung sieht in § 137 Satz 1 eine „Grundrechtsnorm im Bereich des BGB“,<sup>14)</sup> ein „liberales Essentiale unseres bürgerlichen Vermögensrechts“.<sup>15)</sup> Nach dieser Auffassung<sup>16)</sup> will § 137 den einzelnen vor ökonomischer Abhängigkeit bewahren und ihm ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Selbstbestimmung sichern. Die „dingliche Verfügungsfreiheit“ wird ebenso wie die schuldrechtliche Vertragsfreiheit als unabdingbares Attribut der Rechtsperson angesehen, dessen Fehlen die Menschenwürde und den Kernbereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit antasten würde.<sup>17)</sup> Konsequenterweise lehnen die wichtigsten Vertreter dieser Auffassung die vertragliche Schaffung von *res extra commercium* ab, da auf diese Weise eine ähnliche Art wirtschaftlicher Abhängigkeit entstünde.<sup>18)</sup>

Diese Auffassung würde sicher dann naheliegen, wenn – wie in den Fällen des § 2302 und des § 1136 BGB – auch eine obligatorische Bindung der Verfügungsbefugnis ausgeschlossen wäre. In diesen Fällen hat in der Tat der Rechtsinhaber jene freie und unabhängige Stellung, die dem angesprochenen, von liberalem Gedankengut geprägten Ideal entspricht. Anders liegt es jedoch bei § 137 BGB. Nach seinem Satz 2 ist eine obligatorische Bindung der Verfügungsbefugnis rechtswirksam. Das

12) Zum Familienfideikommiß vgl. KAUFMANN, *JZ* 59, 522 m. w. N.

13) Vgl. § 135 Abs. 2 (rel. Veräußerungsverbot), § 2113 Abs. 3 (Nacherbschaft), § 2211 Abs. 2 (Testamentsvollstreckung), § 7 KO (Konkurs), § 1984 Abs. 1 Satz 2 mit § 7 Abs. 1 KO (Nachlaßverwaltung).

14) BAUR, *JZ* 61, 334; vgl. auch Sachenrecht, § 4 IV.

15) BOEHMER, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965, S. 281.

16) Neben den schon Genannten: KRÜGER-NIELAND in *RGRK*, 11. Aufl., 1. Band, 1. Teil, § 137 Anm. 1; STAUDINGER-COING, 11. Aufl. 1957, § 137 Rn. 1a; v. TUHR, *Allg. Teil*, 2. Band, 1. Hälfte, 1914, § 60 II (S. 369).

17) BAUR, *JZ* 61, 334.

18) So ausdrücklich BAUR, *Sachenrecht*, § 4 IV; STAUDINGER-COING, § 137 Rn. 1a; andeutungsweise auch BOEHMER, aaO S. 281. Die übrigen Vertreter nehmen zu dieser Frage nicht Stellung.

hat zur Folge, daß eine vereinbarungswidrig vorgenommene Verfügung zwar gültig ist, für den Rechtsinhaber jedoch eine Schadensersatzpflicht oder gegebenenfalls den Verfall einer Vertragsstrafe mit sich bringt. Das bedeutet, daß seine Freiheit im Ergebnis ebenso beschränkt ist wie bei der Zulassung dinglicher Verfügungsbeschränkungen. Für die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit spielt es keine entscheidende Rolle, ob wegen einer Beschränkung des rechtlichen Könnens schon die Verfügung als solche unwirksam oder ob wegen der Beschränkung des rechtlichen Dürfens die Verfügung zwar wirksam, aber u. U. mit erheblichen Vermögensnachteilen verbunden ist. In beiden Fällen wird sich ein vernünftig denkender Rechtsinhaber der Verfügung enthalten. Legt man daher § 137 Satz 1 BGB im Sinne eines „liberalen Essentiale“ aus, so muß man einräumen, daß der Gesetzgeber sogleich mit der anderen Hand das wieder nimmt, was er mit der einen zu geben im Begriffe war. Eine derartige Auslegung, die eine Norm weithin ihres Sinnes beraubt, kann nur dann in Betracht kommen, wenn keine andersartige, sinnvollere Interpretation möglich ist.

Dieser Einwand verstärkt sich noch, wenn man bedenkt, daß der schuldrechtliche Anspruch des § 137 Satz 2 BGB unbestrittenermaßen durch ein im Wege der einstweiligen Verfügung zu erwirkendes Veräußerungsverbot nach § 136 BGB gewissermaßen verdinglicht werden kann.<sup>19)</sup> Außerdem hält es die weit überwiegende Meinung für zulässig, eine auflösende Bedingung des Inhalts zu vereinbaren, daß das Recht vom Erwerber wieder an den Veräußerer zurückfällt, wenn der Erwerber darüber verfügt.<sup>20)</sup> Hier wird nicht nur das rechtliche Dürfen, sondern in Wahrheit sogar das rechtliche Können eingeschränkt. Auch rechtstechnisch besteht daher kein Unterschied mehr zu der von § 137 Satz 1 BGB angeblich so strikt verbotenen Begründung von „dinglicher Abhängigkeit“. Die weit überwiegende Meinung hätte sich damit eines krassen Falles von Gesetzesumgehung schuldig gemacht, ohne daran irgendwie Anstoß zu nehmen.

Schließlich spricht gegen die hier erörterte Auffassung noch folgende Erwägung: Sowohl die dingliche Verfügungsfreiheit als auch die schuldrechtliche Vertragsfreiheit sind Ausfluß der rechtsgeschäftlichen Betätigungsfreiheit, d. h. der allgemeinen Handlungsfreiheit auf rechtsgeschäftlichem Gebiet, die ihre letzte Wurzel heute in Art. 1 und 2 GG hat. Zu dieser Freiheit gehört auch das Recht, auf sie in gewissem Umfang zu verzichten. Jeder Vorvertrag stellt insoweit einen teilweisen Verzicht dar. Die Möglichkeit, eine Beschränkung dieser Freiheit zu vereinbaren, muß nun freilich eine Grenze finden, damit der einzelne nicht qua rechtsgeschäftlicher Handlungsfreiheit auf diese selbst verzichtet, sich gewissermaßen selbst entmündigt. Wo diese Grenze im Einzelfall zu ziehen ist, unterliegt dem Ermessen des Gesetzgebers. Im geltenden Recht sind derartige „Begrenzungsnormen“ insbesondere in § 138 BGB und in § 310 BGB zu finden. Würde man nun § 137 Satz 1 als Norm zur Verhinderung einer Selbstentmündigung ansehen, wie dies die hier abgelehnte Auffassung tut, so wäre er auch zu diesen „Begrenzungsnormen“ zu rechnen. Dann aber wäre er in seiner keine Ausnahmen kennenden Starrheit ein entschiedener Fehlgriff des Gesetzgebers. Es wäre nahezu unverständlich, weshalb die dingliche Verfügungsfreiheit als Teil der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit eines derart absoluten Schutzes teilhaftig werden sollte. In vielen Fällen wäre die Gefahr einer Preisgabe der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit – anders als bei §§ 138, 310 BGB – auch nicht im entferntesten gegeben. Von Selbstentmündigung könnte nicht die Rede sein, wenn jemand etwa Inhaber einer unveräußerlichen

Grundsuld oder Lizenz wäre. § 137 Satz 1 würde in den meisten Fällen nicht die Gefahr einer Selbstentmündigung bannen, sondern ein beträchtliches Hindernis für die Entfaltung der angeblich von ihm geschützten Freiheit darstellen. § 137 Satz 1 BGB kann daher nicht als „liberales Essentiale“ unserer Rechtsordnung aufgefaßt werden.

4. Eine weitere, wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung sieht in § 137 Satz 1 eine Vorschrift, die der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dient.<sup>21)</sup> Eine nähere Begründung dieser These wird meist nicht gegeben. Eingehende Erörterungen finden sich nur bei FLUME.<sup>22)</sup> Nach seiner Ansicht wäre der Rechtsverkehr beeinträchtigt, wenn die Rechtszuständigkeit durch den Ausschluß oder die Beschränkung der „Verfügungsfähigkeit“ in der verschiedenartigsten Weise gestaltet werden könnte. Für FLUME ist § 137 Satz 1 BGB eine konsequente Ergänzung des unsere Rechtsordnung beherrschenden Prinzips, daß eine Rechtszuständigkeit nur in bestimmten, von der Rechtsordnung festgelegten Typen begründet werden kann. FLUME kann sich dabei weithin auf die in den Motiven und Protokollen zum BGB gegebene Begründung stützen.<sup>23)</sup> Der Entwurf I hatte in § 796 eine dem heutigen § 137 Satz 1 BGB entsprechende Vorschrift enthalten, die jedoch auf das Sachenrecht beschränkt war. Nach den Motiven handelte es sich bei dieser Bestimmung um eine Konsequenz des numerus clausus der Sachenrechte.<sup>24)</sup> Die zweite Kommission machte aus dem § 796 E I die heutige Vorschrift des § 137 Satz 1, da sie der Ansicht war, auch bei Forderungen und Immaterialgüterrechten müsse eine dingliche Beschränkung der Verfügungsmacht ausscheiden.<sup>25)</sup> Die sich aufräuhende Frage, ob man auch dann noch § 137 Satz 1 als Konsequenz eines – notwendigerweise über den Bereich des Sachenrechts hinausgehenden – numerus clausus ansehen kann, fand freilich keine Erörterung.

Die Frage des von FLUME angesprochenen allgemeinen Typenzwangs ist für unser Problem von größter Tragweite. Bejaht man die Existenz eines allgemeinen numerus clausus der „Rechtszuständigkeiten“ und sieht man § 137 Satz 1 als seine Konsequenz an, so folgt daraus, daß jede Beschränkung der Verfügungsbefugnis einen Verstoß gegen den Typenzwang und damit die Schaffung eines neuartigen Rechts darstellen würde. Daraus müßte man schließen, daß auch der rechtsgeschäftliche Ausschluß der Veräußerlichkeit mit dem Typenzwang nicht zu vereinbaren und daher unzulässig wäre.

Gegen die Annahme eines allgemeinen Typenzwangs bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Im Bereich der Immaterialgüterrechte ist es beispielsweise möglich, Lizenzen der verschiedensten Art zu begründen.<sup>26)</sup> § 32 URG bestimmt für das Urheberrecht ausdrücklich, daß Nutzungsrechte „räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt“ eingeräumt werden können. Die Vorstellung eines Typenzwangs läßt sich hiermit schwerlich vereinbaren. Die Entstehung eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder eines Rechts am Arbeitsplatz<sup>27)</sup> ließen sich nur als contra legem entwik-

21) FLUME, § 17, 7; HEFERMEHL in SOERGEL-SIEBERT, § 137 Rn. 1; LANGE, Allg. Teil, 8. Aufl. 1966, § 50 IV (S. 318); OERTMANN, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927, § 137 Anm. 2 a β; PALANDT-DANCKELMANN, § 137 Anm. 2.

22) § 17, 7.

23) Die Tatsache, daß sich sowohl MÜLLER-FREIENFELS wie FLUME zur Begründung ihrer konträren Auffassungen auf die Motive berufen können, zeigt, wie wenig die Problematik des § 137 bei der Schaffung des BGB durchleuchtet wurde.

24) Mot. III, 77.

25) Prot. III, 257.

26) HUBMANN, aaO (Fußn. 4) § 22 II 2; ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. 1960, S. 300 für das bis 1965 geltende Urheberrecht.

27) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., 7. Aufl. 1963, § 46 Fußn. 3 m. w. N.

19) BGH, LM Nr. 2 zu § 137 BGB; HEFERMEHL in SOERGEL-SIEBERT, § 137 Rn. 9; PALANDT-DANCKELMANN, § 137 Anm. 2; STAUDINGER-COING, § 137 Rn. 8; ERMAN-WESTERMANN, § 137 Anm. 2; FURTNER, NJW 66, 182.

20) ERMAN-WESTERMANN, § 137 Anm. 4; HEFERMEHL in SOERGEL-SIEBERT, § 137 Rn. 10; PALANDT-DANCKELMANN, § 137 Anm. 2; STAUDINGER-COING, § 137 Rn. 3a; s. A. FLUME, Allg. Teil, Band II, 1965, § 17, 7.

kelte Rechtsinstitute erklären. Die Möglichkeit unterschiedlicher Ausgestaltung des GmbH-Geschäftsanteils als reines Vermögensrecht oder als Personenrecht<sup>28)</sup> würde dem Typenzwang widersprechen, da es hierfür an jeder ausdrücklichen Ermächtigung im Gesetz fehlt. Die Annahme eines allgemeinen Typenzwangs würde zudem ein schweres Hindernis für die Rechtsentwicklung darstellen, da sich neue Rechte nur contra legem bilden könnten.<sup>29)</sup>

Auch wenn man dem nicht folgen sollte und geneigt wäre, die „Elastizität“ der Lizenz und des GmbH-Geschäftsanteils als Ausnahmen vom allgemeinen numerus clausus zu betrachten und die rechtspolitischen Bedenken als de lege lata unbeachtlich abzutun, so müßte man zumindest anerkennen, daß es keinerlei Argumente dafür gibt, daß die Rechtsordnung auch die inhaltliche Ausgestaltung der „Rechtzuständigkeiten“ genau bestimme und so den Beteiligten jeden Spielraum nehme. Vielmehr ist der Rechtssicherheit bereits dann gedient, wenn die in Frage stehenden Rechte in ihrem Wesen bestimmt sind; eine darüber hinausgehende Bindung der Beteiligten würde einen übermäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen. Historisch betrachtet wäre sie ein Rückschritt, da selbst im Sachenrecht, dem „Kernland“ des numerus clausus, in der modernen Gesetzgebung eine Tendenz zur Gewährung inhaltlicher Gestaltungsfreiheit deutlich wird.<sup>30)</sup>

§ 137 Satz 1 BGB kann daher keinesfalls als Ausdruck oder Ausfluß eines allgemeinen numerus clausus angesehen werden, da Veränderungen in der Verfügungsbefugnis das Wesen des Rechts unberührt lassen.

Dennoch muß FLUME und den im Ergebnis mit ihm Übereinstimmenden<sup>31)</sup> insoweit zugestimmt werden, als sie den Sinn des § 137 Satz 1 BGB in der Wahrung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sehen. Durch das Verbot der Trennung von Rechtzuständigkeit und Verfügungsbefugnis wird in der Tat die Sicherheit des Rechtsverkehrs erhöht. Jedermann, der mit dem Inhaber eines Rechts zu tun hat, kann auf Grund des § 137 Satz 1 sicher sein, daß dieser – und nur er allein – über das Recht verfügen kann. § 137 Satz 1 BGB verfolgt damit ähnliche Zwecke wie die Gutgläubensvorschriften der §§ 892 ff., 932 ff. BGB; er ist gleichermaßen der verkehrsfreundlichen Einstellung des BGB entsprungen. Da § 137 Satz 1 nicht den Rechtsinhaber, sondern den Rechtsverkehr schützt, stellt die Zulassung einer schuldrechtlichen Bindung keine Inkonsequenz dar. Die Tatsache, daß sich der Veräußerer schadensersatzpflichtig macht oder sonstige Nachteile zu gewärtigen hat, kann dem Erwerber gleichgültig sein. Auf diesem Hintergrund wird auch die Rechtsprechung verständlich, die eine Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs durch ein Veräußerungsverbot und die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bei der Übereignung für den Fall der Weiterver-

äußerung zuläßt.<sup>32)</sup> In beiden Fällen ist der Rechtsverkehr nicht beeinträchtigt, da die Gutgläubensvorschriften der §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3 BGB Platz greifen.

5. Die Tatsache, daß § 137 Satz 1 als eine vorwiegend den Verkehrsinteressen dienende Norm anzufassen ist, kann nicht dazu führen, auch den vertraglichen Ausschluß der Veräußerlichkeit als von § 137 Satz 1 verboten anzusehen. Richtig ist zwar, daß die Höchstpersönlichkeit eines Rechts den Verkehr in gewissem Umfang zu gefährden vermag, da Dritte meist mit der vom Gesetz als Regelfall angeordneten Veräußerlichkeit rechnen. Es ist jedoch nicht Aufgabe des § 137 Satz 1, den Rechtsverkehr vor den damit zusammenhängenden Gefahren zu schützen. Die allgemeine Frage, wie sich falsche Vorstellungen Dritter über den Inhalt eines Rechts auswirken, wird vom Gesetz von Fall zu Fall geregelt. Im Grundstücksrecht wird etwa der Dritte durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt; im speziellen Falle des § 399 BGB übernimmt gemäß § 405 BGB der Schuld-schein diese Funktion. Im Recht der Patentlizenz findet kein Schutz des Gutgläubigen statt. Hat somit der Gesetzgeber im Einzelfall die ihm erforderlich erscheinende Vorsorge getroffen, scheidet ein Rückgriff auf § 137 Satz 1 aus.

Die Frage, inwieweit die Vorstellungen Dritter vom Inhalt eines Rechts schützenswert erscheinen, hängt überdies eng mit der Frage des Typenzwangs zusammen. Nur soweit eine Beschränkung auf bestimmte, ihrem Inhalt nach festliegende Rechte vorhanden ist, kann ein Schutz des gutgläubigen Dritten ernstlich in Betracht kommen. Wie wir oben sahen, besteht ein derartiger Typenzwang jedenfalls nicht in der Weise, daß auch der Inhalt aller Rechte in allen Einzelheiten von vornherein festliegen müßte. Würde man nun § 137 Satz 1 BGB auf die vereinbarte Unveräußerlichkeit ausdehnen, so würde man hinsichtlich dieser speziellen Frage einen starren Typenzwang einführen. Das aber würde gegen die bestimmten Rechten oder bestimmten Gruppen von Rechten immanenten Ordnungsprinzipien verstoßen. Würde man etwa § 137 Satz 1 auf die Frage der Unveräußerlichkeit von Lizenzen an Immaterialgüterrechten übertragen, so würde dies im System dieser Rechte einen Fremdkörper darstellen, da die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Beteiligten eingeschränkt würde. Das aber kann nicht Ziel einer ausdehnenden Interpretation oder Analogie sein. Bedenkt man zudem noch den Wortlaut des § 137 Satz 1, den systematischen Zusammenhang mit §§ 135, 136 BGB, die eindeutig nur die Verfügungsbefugnis betreffen, sowie die rechtspolitischen Bedenken, die dem § 137 Satz 1 schon bei enger Interpretation entgegenstehen, so muß man zu dem Schluß kommen, daß § 137 Satz 1 lediglich die rechtsgeschäftliche Modifizierung der Verfügungsbefugnis, nicht aber den vertraglichen Ausschluß der Veräußerlichkeit betrifft.

IV. *Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze.* Ergibt sich somit weder aus § 399 BGB noch aus § 137 BGB eine Lösung des hier untersuchten Problems, so muß auf allgemeine Grundsätze unseres Zivilrechts zurückgegriffen werden.

Für die Möglichkeit eines vertraglichen Ausschlusses der Veräußerlichkeit spricht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Insbesondere im öffentlichen Interesse sind diesem Prinzip freilich Grenzen gesetzt.

28) DÄUBLER, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 8; FISCHER, GmbHRdsch. 53, 131; HACHENBURG-SCHILLING, Komm. zum GmbHG, 6. Aufl. 1956, Allg. Einl., Anm. 25, 26; HUECK, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 1963, § 2 IV; SCHEFFER, GmbHRdsch. 61, 81.

29) Dem kann auch nicht mit RAISER, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 55, entgegengehalten werden, der numerus clausus verbiete nur die Begründung neuer dinglicher Rechte im Einzelfall, stehe jedoch einer Rechtsfortbildung nicht im Wege. Diese kann nur in der Weise erfolgen, daß die Rechtsgenossen in einer großen Zahl von Einzelfällen vom überkommenen Rechtszustand abweichen und dieser „Massenungehorsam“ von Rechtsprechung und Rechtslehre gebilligt wird. Die Rechtsfortbildung kann daher nicht durch bloße Lückenausfüllung oder Weiterentwicklung vorhandener Rechtsinstitute erfolgen, sondern muß in Form einer Auflehnung gegen bestehende Regelungen vor sich gehen.

30) Vgl. § 2 ErbbauVO und § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG.

31) Siehe Fußn. 21.

32) ERMAN-WESTERMANN, § 137 Anm. 4; HEFFERMEHL in SOERGEL-SIEBERT, § 137 Rn. 10; PALANDT-DANCKELMANN, § 137 Anm. 2; STAUDINGER-COING, § 137 Rn. 3a; a. A. FLUME, § 17, 7.

Denkbar wäre, daß das BGB ein im öffentlichen Interesse bestehendes allgemeines Verbot der Schaffung von *res extra commercium* enthielte. Unsere Rechtsordnung kennt eine Reihe von Fällen, in denen das Eigentum an einer Sache nicht auf Dritte übertragen werden kann.<sup>33)</sup> Die Verkehrsunfähigkeit dieser Sachen beruht ausschließlich auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht; der Einfluß des öffentlichen Rechts ist unverkennbar. Daraus allein folgt freilich nicht, daß die Herbeiführung desselben Erfolges durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen wäre. Gerade mit Rücksicht auf die meist vorhandene öffentlich-rechtliche Zweckbindung muß ein *argumentum e contrario* ausscheiden, das vergleichbare Situationen voraussetzen würde.

Wie bereits dargelegt, verfolgt das bürgerliche Recht die allgemeine Tendenz, den Rechtsverkehr zu erleichtern. Dies zeigt sich in Vorschriften wie §§ 137 Satz 1, 892 ff., 932 ff. BGB sowie in der Bejahung des Abstraktionsprinzips. Daneben will das BGB aber auch den Güterumsatz als solchen fördern, d. h. es befürwortet einen von Zeit zu Zeit erfolgenden Wechsel in der Person des Rechtsträgers. Dies zeigt sich insbesondere in den erbrechtlichen Vorschriften, die die Bindung eines Vermögens an eine bestimmte Person auf 30 Jahre begrenzen.<sup>34)</sup> Nach Ablauf dieser Frist soll wieder ein freier Gütertausch möglich sein, die Sachen sollen wieder in vollem Umfang den Gläubigern des Rechtsinhabers zur Verfügung stehen. Grundlage für diese allgemeine Tendenz des BGB ist letztlich eine bestimmte aus der Gedankenwelt des Liberalismus stammende wirtschaftspolitische Konzeption, die glaubt, durch freien Gütertausch zu einer sinnvollen Ordnung des Wirtschaftsgeschehens zu kommen.<sup>35)</sup> Damit verwandt ist das Verbot der Neubildung von Familienfideikommissen sowie die Auflösung der im Jahre 1900 vorhandenen Rechtsverhältnisse dieser Art.<sup>36)</sup> In dieselbe Richtung weist schließlich das GWB, das durch den Schutz des Wettbewerbs als einer Institution unseres Wirtschaftslebens zumindest mittelbar den Gütertausch zu fördern bestimmt ist.

Für unser Problem folgt daraus, daß es nicht möglich ist, durch bloße Vereinbarung Güter „aus dem Verkehr zu ziehen“. Das bedeutet, daß alle die Rechte, die ein Gut in seiner Gesamtheit einem Rechtssubjekt zuordnen, kraft Gesetzes veräußerlich sein müssen.<sup>37)</sup> Es ist daher ausgeschlossen, durch Vereinbarung ein unveräußerliches Sacheigentum oder ein unveräußerliches Patentrecht zu schaffen.

Aus der letztlich wirtschaftspolitischen Motivation dieses Satzes folgen gleichzeitig seine Grenzen. Nicht berührt werden einmal Rechte, die gar keine Güter zuordnen, wie etwa Gestaltungsrechte. Dasselbe gilt für Mitgliedschaftsrechte, da durch deren Unveräußerlichkeit sich nichts an der Verkehrsfähigkeit der von der

Gesellschaft besessenen Güter ändert. Von größter praktischer Bedeutung ist schließlich die Feststellung, daß alle nur abgespaltenen Rechte, wie die beschränkten dinglichen Rechte und die Lizenz, sehr wohl als unveräußerliche geschaffen werden können. Die Verkehrsfähigkeit des Sach- oder Immaterialgutes wird durch das Bestehen einer unveräußerlichen Grundschuld oder Lizenz nicht gemindert. Die dem Inhaber des abgeleiteten Rechts zustehende beschränkte Rechtsmacht wird ausgeglichen durch die um so größere Rechtsmacht des Inhabers des Stammrechts. Mathematisch gesprochen bleibt die Gesamtsumme der Freiheit dieselbe. Der Inhaber des Stammrechts hat lediglich im Fall der Veräußerlichkeit des abgeleiteten Rechts mehr an Rechtsmacht übertragen als im Fall der Unveräußerlichkeit.

V. *Anwendung im Einzelfall.* 1. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß die *Stamm- oder Mutterrechte*, die *unmittelbar Güter zuordnen*, durch Vereinbarung nicht zu höchstpersönlichen gemacht werden können. Dazu gehört neben dem Alleineigentum das Miteigentum sowie das dingliche Anwartschaftsrecht. Davon erfaßt wird auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie Patent-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrechte.

Für die übrigen Rechte soll im folgenden eine kurze Darstellung der Rechtslage gegeben werden.

2. *Beschränkte dingliche Rechte.* Die Vereinbarung einer unübertragbaren Grundschuld oder Reallast könnte wegen Verstoßes gegen den *numerus clausus* der Sachenrechte unwirksam sein. Verbietet dieser jede Änderung des im Gesetz angeordneten oder vorausgesetzten Inhalts dinglicher Rechte, so ist die Begründung höchstpersönlicher Rechte ausgeschlossen; untersagt er dagegen nur, die Rechte in ihrem Wesen zu ändern, so dürften der Begründung unübertragbarer Rechte keine Hindernisse entgegenstehen.

Der *numerus clausus* dient in erster Linie der Rechtssicherheit.<sup>38)</sup> Einmal erfordern Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs die Typisierung der Sachenrechte; der Erwerber muß genau wissen, was er erwirbt. Zum andern muß der Inhalt eines jeden Rechts für Dritte erkennbar sein, da sie das Recht wegen seines absoluten Charakters respektieren müssen. Ein allzu großer Formenreichtum würde schließlich das Grundbuch zu sehr belasten und unübersichtlich machen. Daneben soll der *numerus clausus* den Eigentümer vor übermäßigen Belastungen und einer damit verbundenen Aushöhlung seiner Befugnisse schützen.<sup>39)</sup> Daraus folgt, daß ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der Inhalt dinglicher Rechte nicht verändert werden kann. Der Schutz des Erwerbers und Dritter, die das Recht respektieren müssen, verlangt eine unzweideutige Fixierung des gesamten Rechtsinhalts und nicht nur des Wesens des in Frage stehenden Rechts. Auch die Klarheit des Grundbuchs ist nur dann gewährleistet, wenn die Rechte auch in den Einzelheiten festliegen. Dazu kommt, daß es nur sehr schwer möglich wäre, eine einfache Inhaltsänderung

33) ENNECCERUS-NIPPERDEY, §§ 129, 130.

34) Vgl. § 2109, wonach der Nacherbfall spätestens nach 30 Jahren oder beim Tod des Vorerben eintreten muß. Dieselbe zeitliche Beschränkung enthält § 2162 für das bedingte und das befristete Vermächtnis, § 2210 für die Testamentvollstreckung.

35) Vgl. zum vorwiegend liberalen Charakter des BGB DÖLLE, Das BGB in der Gegenwart, in: Fünfzigjahrfeier des deutschen BGB, S. 15; ISELE, AcP 150, 1, 6; LANGE, Allg. Teil, § 3 III 2; PALANDT-DANCKELMANN, Einl., Anm. 3; RADBRUCH-ZWEIGERT, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl. 1952, S. 99.

36) Vgl. Gesetz v. 6. 7. 1938 (RGBl. 825) und zu den Einzelfragen PALANDT-DEGENHART, Anm. zu Art. 59 EGBGB.

37) Zutreffend PALANDT-DANCKELMANN, Einl., Anm. 3; Die freie Verfügung über die dem Einzelnen zugeordneten Rechtsgüter werde durch das BGB gewährleistet. Es wird also nicht auf das Recht als solches, sondern auf die Verkehrsfähigkeit des Rechtsobjekts abgestellt.

38) Zur Tragweite und Begründung des *numerus clausus* s. im einzelnen RGZ 48, 61, 63 (1901); RGZ 57, 342, 349; KG, HRR 31, 741; BAUR, Sachenrecht, § 1 II 2; EICHLER, Institutionen des Sachenrechts, Band 1, 1954, S. 54; HECK, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 23, 2; PALANDT-DEGENHART, Einl. vor § 854 Anm. 2b; STAUDINGER-SEUFERT, Band III, 1, 11. Aufl. 1956, Einl. Rn. 11; v. TUHR, aaO (Fußn. 16) S. 179; WESTERMANN, Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl. 1966, § 3 III; WIEACKER, Bodenrecht, 1938, S. 111 f.

39) So v. TUHR und WIEACKER, aaO (Fußn. 38). Das Argument überzeugt schwerlich, da auch mit den heute zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten der Eigentümer praktisch aller seiner Befugnisse beraubt werden kann.

von einer unzulässigen, das Wesen tangierenden Veränderung des Rechts zu unterscheiden.

Seinem Sinn nach verlangt der *numerus clausus* Beachtung auch dann, wenn im Einzelfall der von ihm geschützte Rechtswert der Rechtssicherheit nicht unmittelbar beeinträchtigt ist. Würde etwa durch Vereinbarung die Veräußerlichkeit einer Grundschuld ausgeschlossen, so ist sehr wohl denkbar, daß mit Rücksicht auf die Eintragung ins Grundbuch der Rechtsverkehr nicht beeinträchtigt wäre. Die Respektierung des Rechts durch Dritte wäre nicht erschwert, das Grundbuch wäre nicht unübersichtlich und eine übermäßige Belastung des Eigentümers schiefe ebenfalls aus. Dennoch kann ein solcher Einbruch in die Unveränderlichkeit der Rechtsinhalte nicht hingenommen werden. Mittelbar würde eben auch in diesen Fällen die Rechtssicherheit verletzt, da das Vertrauen in die Typisierung der Rechtsinhalte sich als falsch erwies. Um seine Funktion zu erfüllen, kann der *numerus clausus* keine Ausnahmen anerkennen; er gehört zum *ius strictum*. Konstruktiv findet sich eine Entsprechung in den §§ 104ff. BGB, die auch dann die Unwirksamkeit eines Geschäfts anordnen, wenn im Einzelfall die Interessen des Minderjährigen nicht gefährdet sind.

Verbietet somit der *numerus clausus* jede Inhaltsänderung bei dinglichen Rechten, so kann kein vertraglicher Ausschluß der Veräußerlichkeit erfolgen. Es ist daher nicht möglich, eine unveräußerliche Grundschuld oder Reallast zu begründen. Die §§ 399, 413 BGB können als subsidiäre Vorschriften daran nichts ändern.

Bei akzessorischen Rechten wie der Hypothek und dem Pfandrecht an beweglichen Sachen ist ein mittelbarer Ausschluß der Veräußerlichkeit in der Weise möglich, daß die gesicherte Forderung gemäß § 399 BGB unabtretbar gemacht wird. Da nach § 1153 Abs. 2 BGB und § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB eine isolierte Abtretung der Hypothek bzw. des Pfandrechts ausgeschlossen ist, können sie nicht auf Dritte übertragen werden.<sup>40)</sup>

3. *Nutzungsrechte an Immaterialgüterrechten.* Nach dem oben Gesagten bestehen keine Bedenken, unübertragbare Lizenzen zu begründen. Für die Lizenz am Urheberrecht ergibt sich dies aus § 34 URG, für die Lizenz an den übrigen Immaterialgüterrechten aus allgemeinen Grundsätzen.<sup>41)</sup>

Fraglich ist, ob der Ausschluß der Veräußerlichkeit auch einen Zugriff der Gläubiger des Lizenznehmers ausschließt. Von der Literatur wird diese Frage allgemein bejaht, ohne daß eine analoge Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO erörtert wird.<sup>42)</sup>

Für die Analogie spricht § 857 Abs. 1 ZPO, der die §§ 829ff. ZPO auf die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte“, damit also auch in eine Lizenz, für entsprechend anwendbar erklärt. Dem kann auch nicht mit der Begründung widersprochen werden, der Gläubiger des Lizenznehmers könne nicht mehr Rechte haben als dieser selbst, da § 851 Abs. 2 ZPO für den Fall einer Forderungspfändung ja gerade eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht. Entscheidend gegen die Pfändbarkeit spricht jedoch folgende Erwägung: Immaterialgüterrechte enthalten anders als Forderungen mehr oder weniger starke persönlichkeitsrechtliche Elemente. Die

Wahrung des Persönlichkeitsrechts geht den Interessen der Gläubiger grundsätzlich vor, ein allgemeines Prinzip, das in § 113 URG einen positiv-rechtlichen Niederschlag gefunden hat und das sich letztlich aus der durch die Grundrechte aufgestellten Wertordnung ergibt. Das Persönlichkeitsrecht des Urhebers oder Erfinders fordert nun, daß das von ihm geschaffene Geistesprodukt nur von Personen seiner Wahl genutzt wird. Das Werk würde zum reinen Handelsobjekt degradiert, wollte man dem Urheber oder Erfinder die Möglichkeit nehmen, über die Person des jeweiligen Inhabers der Lizenz zu bestimmen. Deshalb muß es unzulässig sein, daß eine Lizenz ohne Einwilligung des Inhabers des Stammrechts gepfändet und verwertet wird. § 851 Abs. 2 ZPO ist daher nicht anwendbar; die vereinbarte Unveräußerlichkeit wirkt auch gegenüber den Gläubigern.

4. *Mitgliedschaftsrechte.* Aus der Betrachtung auszuscheiden haben die Beteiligungen an Personengesellschaften, da sie gemäß §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB, 719 Abs. 1 BGB unveräußerlich sind.

Im Gegensatz dazu ordnet § 15 Abs. 1 GmbHG die Übertragbarkeit des GmbH-Geschäftsanteils an. Nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung an besondere Voraussetzungen geknüpft werden. Der Ausschluß der Abtretbarkeit wird von der herrschenden Meinung mit dem Argument bejaht, „besondere Voraussetzung“ i. S. des § 15 Abs. 5 GmbHG könne auch ein satzungsändernder Beschluß sein, der die Unveräußerlichkeit aufhebe.<sup>43)</sup> Dieser etwas gekünstelt anmutenden Beweisführung bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung nicht; die Möglichkeit des Ausschlusses der Veräußerlichkeit muß nicht aus § 15 Abs. 5 GmbHG abgeleitet werden, sondern ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. § 15 Abs. 5 GmbHG könnte nur dann für das hier zu erörternde Problem von Bedeutung sein, wenn seine Auslegung ergäbe, daß er zwar Beschränkungen der Abtretbarkeit, nicht aber deren Ausschluß zuläßt. Sein Wortlaut legt diese Auslegung zwar nahe; § 15 Abs. 5 GmbHG muß jedoch aus dem Gesamtzusammenhang des GmbHG heraus interpretiert werden. Dieses will einen flexiblen Gesellschaftstyp zur Verfügung stellen, der den Gesellschaftern weitgehende Freiheit bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen beläßt. Die GmbH wird den praktischen Bedürfnissen, denen sie ihre Entstehung verdankt, nur dann gerecht, wenn sie je nach den Intentionen der Beteiligten der AG oder der OHG angenähert werden kann. Eine Grenze findet die Gestaltungsfreiheit nur in den Vorschriften zum Schutze der Gläubiger und im Wesen der GmbH.<sup>44)</sup> Gegen dieses Grundprinzip des GmbHG würde verstoßen, wollte man in § 15 eine abschließende Regelung der Beschränkung und des Ausschlusses der Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils sehen. Es ist den Gesellschaftern daher unbenommen, über die vom Wortlaut des § 15 Abs. 5 erfaßte bloße Beschränkung der Abtretbarkeit hinauszugehen und sie ganz auszuschließen. Der Schutz der Gläubiger wird durch entsprechende Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO gewährleistet, was mangels persönlichkeitsrechtlicher Momente im Mitgliedschaftsrecht keinen Bedenken be-

40) Vgl. RG, HRR 34 Nr. 557.

41) HUBMANN, aaO (Fußn. 4) § 22 II 2c; ULMER, aaO (Fußn. 26) S. 300 m. w. N.

42) BAPPERT-MAUNZ, Komm. zum VerfG, 1952, § 28 Rn. 34 m. w. N.; FROMM-NORDEMANN, Komm. zum URG, 1966, § 112 Rn. 4; HUBMANN, aaO (Fußn. 4) § 22 V 2 und Festschrift Lehmann, 1956, S. 829; ULMER, aaO (Fußn. 26) S. 308.

43) Vgl. etwa BAUMBACH-HUECK, aaO (Fußn. 5) § 15 Anm. 1 A. Außer den bereits Fußn. 5 Genannten bejahen die Möglichkeit eines Ausschlusses der Veräußerlichkeit: HACHENBURG-SCHILLING, aaO (Fußn. 28) § 15 Anm. 2, freilich mit der Einschränkung, daß gleichzeitig ein Austrittsrecht besteht; WIELAND, Handelsrecht, Band II, 1931, S. 323; a. A. sind nur BRODMANN, Komm. zum GmbHG, 1924, § 15 Anm. 5; VOGEL, Komm. zum GmbHG, 2. Aufl. 1956, § 15 Anm. 2.

44) Vgl. HACHENBURG-SCHILLING, Allg. Einl. Anm. 19ff.; SCHOLZ, Einl. II.

gegnet.<sup>45)</sup> Das Wesen der GmbH wird durch die Existenz höchstpersönlicher Mitgliedschaftsrechte nicht tangiert, da der Wechsel in der Mitgliedschaft nicht zu ihren Essentialien gehört, sondern im Gegenteil vom Gesetz durch Aufstellung von Formerfordernissen erschwert wird.

Die Übertragbarkeit der Inhaberaktie beruht auf einem ungeschriebenen aktienrechtlichen Grundsatz. Eine abweichende Satzungsbestimmung würde gegen das Wesen der AG als einer Publikumsgesellschaft verstoßen und wäre unwirksam.

Die Namensaktie ist zwar ebenfalls übertragbar, doch kann gemäß § 68 Abs. 2 AktG die Abtretung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Trotz der äußeren Ähnlichkeit mit § 15 Abs. 5 GmbHG hat § 68 Abs. 2 AktG eine andere Funktion. Das Aktienrecht gewährt anders als das GmbH-Recht den Beteiligten grundsätzlich keine Gestaltungsfreiheit. Nur ausnahmsweise kann die Satzung von dem starren System gesetzlicher Normativbestimmungen abweichen. § 68 Abs. 2 AktG kann als eine dieser Ausnahmen grundsätzlich keine Ausdehnung erfahren; er steckt die äußerste Grenze ab, bis zu der die Verkehrsfähigkeit der Namensaktie beschränkt werden kann. Dazu kommt, daß auch die mit Namensaktien ausgestattete AG eine Publikumsgesellschaft ist, die den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt. Es erscheint deshalb zumindest zweifelhaft, ob unveräußerliche Namensaktien nicht gegen das Wesen der AG verstoßen und schon deshalb unzulässig sind.<sup>46)</sup>

5. *Gestaltungsrechte.* Gegen den Ausschluß der Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Freilich erlangt diese Feststellung nur selten praktische Bedeutung. Soweit sie nicht schon kraft Gesetzes höchstpersönlich sind, können sie nur zusammen mit der ganzen Vertragsposition übertragen werden, aus der sie entspringen. Für die Vertragsübernahme ist jedoch die Zustimmung des Partners und damit des Gestaltungsgegners erforderlich.<sup>47)</sup> Nur dann, wenn ausnahmsweise der Rechtsinhaber die Abtretung selbständig vornehmen kann – zu denken wäre etwa an den Fall der Abtretung einer Grundschuld und des dazu gehörenden Kündigungsrechts – nur dann ist die vereinbarte Unabtretbarkeit des Gestaltungsrechts von Bedeutung.

### Eine „Gebühr“, die keine Gebühr ist

*Zum Beschluß des BVerfG betreffend die Verfassungsmäßigkeit der gebührenpflichtigen Verwarnung gem. § 22 StVG<sup>1)</sup>*

Von Oberstaatsanwalt FRANZ CORDIER, Frankfurt/Main

Die Begründung des angeführten Beschlusses zwingt zum Widerspruch. Zwar gebraucht das Gesetz selbst den Ausdruck „Gebühr“. Das hätte aber das BVerfG nicht hindern dürfen zu prüfen, ob der Betrag, den der Polizeibeamte bei einer Verwarnung unter dem Namen „Gebühr“ einzieht, wirklich eine Gebühr im Sinne des Gebührenrechtes darstellt. Wie in jedem Lehrbuch des

45) Daß durch Satzungsbestimmungen die Pfändbarkeit des Geschäftsanteils nicht beschränkt werden kann, ist allgemeine Meinung: s. SCHOLZ, § 15 Rn. 84 m. w. N. und BGHZ 32, 151 = NJW 60, 1053.

46) Im Ergebnis übereinstimmend BAUMBACH-HUECK, AktG, § 68 Fußn. 3; GADOW-HEINICHEN, Großkomm. zum AktG, Band 1, 2. Aufl. 1961, § 61 Anm. 7; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, aaO (Fußn. 5) § 61 Rn. 6.

47) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1967, § 31 III.

1) NJW 67, 1748.