

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 115

**Die Mitgliedschaft  
des Personengesellschafters  
und der Nießbrauch an seinem  
Gesellschaftsanteil**

**Zur Abgrenzung von Personen- und Vermögensrecht  
im Recht der Personengesellschaften**

Von

**Hermann Hepp-Schwab**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HERMANN HEPP-SCHWAB**

**Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters  
und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 115**

# Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil

Zur Abgrenzung von Personen- und Vermögensrecht  
im Recht der Personengesellschaften

Von

Hermann Hepp-Schwab



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hepp-Schwab, Hermann:**

Die Mitgliedschaft des Personengeschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil : zur Abgrenzung von Personen- und Vermögensrecht im Recht der Personengesellschaften / von Hermann

Hepp-Schwab. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 115)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09197-3

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-09197-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meiner Familie*



## Vorwort

Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil von Personengesellschaftern ist ein Instrument der Nachfolge- oder Versorgungsregelung, er kann aber auch zu Sicherungszwecken eingesetzt werden. Jedoch ist der Nießbrauch am Personengesellschaftsanteil mit einer Reihe schwieriger und umstrittener zivil- und steuerrechtlicher Fragen verbunden. Daher weicht die Vertragspraxis nach wie vor auf Treuhandkonstruktionen aus, bei denen der Nutznießer als Gesellschafter in die Mitgliedschaft mit der Folge der persönlichen Haftung einrückt. Gerade das ist jedoch beim Versorgungsnießbrauch, aber auch beim Sicherungsnießbrauch im Regelfall nicht gewollt. Die Untersuchung klärt die Struktur des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil, wie er sich nach §§ 1068 ff., 1030 ff. BGB ergibt. Der Nießbraucher wird nicht Gesellschafter und unterliegt auch keiner persönlichen Haftung. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt auch beim Nießbrauch am Gesellschaftsanteil eines Personengesellschafters die dingliche Überlassung allein der vermögensrechtlichen Nutzungsbefugnisse zur Ausübung durch den Nießbraucher. Anerkannte gesellschaftsrechtliche Prinzipien werden nicht beeinträchtigt. Dogmatisch beruht diese Lösung auf der Trennung der personenrechtlichen Mitgliedschaft vom vermögensrechtlichem Gesellschaftsanteil des Personengesellschafters.

Die vorliegende Untersuchung ging aus meiner Tätigkeit bei Professor Dr. Ulrich Bälz hervor. Er hat mich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in tiefgreifende Systemfragen des Zivil- und Gesellschaftsrechts eingeführt. Ihm gilt mein besonderer Dank für diese Zusammenarbeit und seine Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit.

Weiter gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Jan Schröder für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Untersuchung lag der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Februar 1997 als Dissertation vor. Literatur und Rechtsprechung wurden zum Stand Januar 1998 aktualisiert.





## **Inhaltsübersicht**

### **Teil 1: Die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen**

§ 1 Einleitung .....	19
§ 2 Die Personengesellschaft als Subjekt des Personenrechts .....	26
§ 3 Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters .....	73
§ 4 Der Gesellschaftsanteil des Personengesellschafters .....	103

### **Teil 2: Die sachenrechtlichen Grundlagen**

§ 5 Der Nießbrauch als Ausübungsüberlassung .....	135
---	-----

### **Teil 3: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil des Personengesellschafters**

§ 6 Die Nutzung des Gesellschaftsanteils .....	160
§ 7 Die Rechtsstellung des Nießbrauchers am Gesellschaftsanteil .....	173
§ 8 Zusammenfassung in Thesen.....	206
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>210</b>



# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

### **Die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen**

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	19
I. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung .....	19
II. Der Anlaß für einen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil .....	20
III. Eingrenzung der gesellschaftsrechtlichen Fragestellung .....	21
1. Rechtssubjektivität als Frage des Personenrechts .....	21
a) Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit .....	21
b) Rechtssubjekte .....	22
2. Zum Ordnungsbereich des Personenrechts .....	23
3. Erscheinungsformen und Rechtsformen von Personengemeinschaften .....	25
<b>§ 2 Die Personengesellschaft als Subjekt des Personenrechts</b> .....	26
I. Von der Verbundenheitslehre zur Subjektslehre.....	26
1. Die Position des Bundesgerichtshofs .....	26
2. Die Personengesellschaft kein Rechtssubjekt .....	28
a) Gesellschafter als Subjekt: Verbundenheitslehre .....	28
b) Stellungnahme .....	30
3. Die Personengesellschaft als Rechtssubjekt: Gesamthandslehre .....	32
a) Rechtssubjektivität durch das Gesamthandsprinzip .....	32
b) Stellungnahme .....	35
4. Die Personengesellschaft als Rechtssubjekt: Subjektslehre .....	37
a) § 124 HGB als Grundlage der Rechtssubjektivität .....	37
b) Weitere Erscheinungsformen der Personengesellschaft .....	40

aa) Der nicht rechtsfähige Verein .....	40
bb) Die Vorgesellschaft .....	42
cc) Partnerschaftsgesellschaft und Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) .....	45
II. Der Gesellschaftsvertrag als Rechtsgrundlage der Rechtssubjektivität von Personengesellschaften .....	48
1. Der Gesellschaftsvertrag als personenrechtlicher Gründungsvertrag und Satzung der Personengesellschaft.....	48
2. Die Publizität der Personengesellschaft .....	50
III. Zur Abgrenzung der Außen- und Innengesellschaften .....	51
1. Stand von Rechtsprechung und Lehre .....	51
2. Kritische Würdigung .....	54
3. Personengesellschaft und Vermögensgemeinschaft als Gegensatz .....	55
4. Die gemeinsame Grundlage von Personengesellschaften und Vermögens- gemeinschaften .....	58
IV. Konsequenzen der Subjektslehre .....	60
1. Die Organisation der Personengesellschaft .....	60
a) Die Vertretung durch Organe .....	60
b) Die Willensbildung in Personen- und Vermögensgemeinschaften .....	67
2. Haftung .....	68
3. Die Liquidation der Personengesellschaft und die Vermögensausein- andersetzung bei der Vermögensgemeinschaft .....	69
4. Die Existenz der Personengesellschaft und der Mitgliederwechsel .....	70
5. Das auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbare Organisations- recht der §§ 109 bis 160 HGB .....	71
<b>§ 3 Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters .....</b>	<b>73</b>
I. Mitgliedschaft als subjektives Personenrecht und Mitgliedschaftrechtsver- hältnis als Status-Rechtsverhältnis des Personenrechts.....	73
1. Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis und subjektives Recht .....	73
a) Stand von Rechtsprechung und Lehre .....	73
b) Stellungnahme .....	77

Inhaltsverzeichnis	13
2. Die Mitgliedschaft als subjektive Rechtsstellung des Gesellschafters im Mitgliedschaftsrechtsverhältnis .....	79
a) Das Mitgliedschaftsrechtsverhältnis in der Personengesellschaft .....	79
b) Exkurs: Zum Begriff des subjektiven Vermögensrechts und dessen Schutz .....	80
c) Das subjektive Mitgliedschaftsrecht des Personengesellschafters .....	85
d) Mitgliedschaft als allgemeines Rechtsinstitut .....	90
3. Personenrechtliche Rechtsverhältnisse: Mitgliedschaft und Organwalterschaft .....	92
II. Die Ordnungsbereiche der Mitgliedschaft .....	93
III. Zur Treuepflicht des Personengesellschafters .....	95
IV. Der Rechtsschutz des Mitgliedschaftsrechts .....	99
1. Abwehransprüche auf Unterlassung und Beseitigung .....	99
2. Abwehrklage und actio pro societate .....	100
<b>§ 4 Der Gesellschaftersanteil des Personengesellschafters .....</b>	<b>103</b>
I. Mitgliedschaft und Gesellschaftersanteil .....	103
1. Der Zuweisungsgehalt des subjektiven Vermögensrechts .....	103
2. Zur allgemeinen Abgrenzung von Personen- und Vermögensrecht .....	105
a) Funktionsunterschiede .....	105
b) Zusammentreffen von Personen- und Vermögensrecht .....	108
3. Subjektives Vermögensrecht: Der Gesellschaftersanteil .....	110
II. Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft und den Gesellschaftersanteil .....	112
1. Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht? .....	112
a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	112
b) Meinungsstand in der Literatur .....	115
c) Stellungnahme .....	116
2. Die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft .....	118
3. Gesellschafterswechsel durch Übertragung des Gesellschaftersanteils .....	120
4. Zur Kritik an der Lehre von der Doppelsurrogation .....	122

5. Die Zustimmung zur Übertragung des Gesellschaftsanteils .....	125
III. Zum Rechtsschutz des Gesellschaftsanteils .....	127
IV. Vermögensrechtliche Vereinbarungen neben der Mitgliedschaft .....	129
1. Gegenstände der Koordinationsvereinbarungen unter Personengesell- schaftern .....	129
2. Die Rechtsformen der Koordination unter Personengesellschaftern .....	131
3. Austauschvereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter neben der Mitgliedschaft .....	132
4. Zum Verhältnis der ergänzenden Austausch- und Koordinationsver- einbarungen zur Mitgliedschaft .....	133

### *Teil 2*

## **Die sachenrechtlichen Grundlagen**

<b>§ 5 Der Nießbrauch als Ausübungsüberlassung .....</b>	<b>135</b>
I. Der Nießbrauch im System der subjektiven Vermögensrechte .....	135
1. Der Nießbrauch als beschränktes Recht .....	135
2. Der Nießbrauch als Ausübungsüberlassung .....	136
a) Stand von Rechtsprechung und Lehre: Teilung bzw. Abspaltung .....	136
b) Stellungnahme .....	138
c) Nießbrauch als Ausübungsüberlassung .....	140
3. Zur Ausübungsüberlassung .....	144
a) Anwendungsbereich der Rechtsfigur der Ausübungsüberlassung .....	144
b) Die Ausübungsüberlassung: Verfügung über die Herrschaftsbefug- nisse .....	150
c) Die Rechtsgrundlage der Lehre von der Ausübungsüberlassung .....	152
II. Die Rechtsbeziehungen zwischen Nießbraucher und Besteller .....	153
1. Die abstrakte und konkrete Nutzung des Rechtsgegenstandes .....	153
2. Rechtsgeschäftliche Beziehungen .....	155
a) Verpflichtung, Verfügung und Dauerschuldverhältnis .....	155
b) Rechtsgemeinschaft von Besteller und Nießbraucher? .....	157

3. Gesetzliche Schuldverhältnisse zwischen Nießbraucher und Besteller .. 159

*Teil 3*

**Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil  
des Personengeschafters**

**§ 6 Die Nutzung des Gesellschaftsanteils** ..... 160

    I. Die abstrakte und konkrete Nutzung des Gesellschaftsanteils ..... 160

    II. Die Nutzung des Gesellschaftsanteils ..... 161

        1. Der Kapitalanteil als Bemessungsgrundlage ..... 161

        2. Mitbeteiligungsbefugnisse ..... 162

            a) Gewinnanteil, Entnahmebefugnis und Wertsteigerung ..... 163

            b) Bezugsrecht ..... 164

            c) Ausschüttung von Rücklagen ..... 166

        3. Stimmbefugnis als Gebrauchsvorteil?..... 167

    III. Der Gegenstand der Nießbrauchsbestellung ..... 168

        1. Gegenstand allein der Gesellschaftsanteil ..... 168

        2. Gewinnstammrecht als Nießbrauchsgegenstand? ..... 170

        3. Die Gewinnansprüche als Nießbrauchsgegenstand ..... 171

    IV. Die Zulassung des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil ..... 172

**§ 7 Die Rechtsstellung des Nießbrauchers am Gesellschaftsanteil** ..... 173

    I. Gesetzliches Modell: Ertragsnießbrauch ..... 173

        1. Mitbeteiligung ..... 173

            a) Gewinn und Entnahmebefugnis ..... 173

            b) Ausübung von Bezugsrechten ..... 174

            c) Ausschüttung von Rücklagen ..... 176

            d) Die Abrechnung bei Beendigung des Nießbrauchs ..... 176

        2. Mitwirkungsbefugnisse des Nießbrauchers ..... 177

            a) Stimmbefugnisse des Nießbrauchers: Gewinnfeststellung und -verwendung ..... 177



b) Andere Modelle der Stimmverteilung .....	182
c) Zustimmungsbefugnisse des Nießbrauchers .....	183
3. Pflichten des Nießbrauchers .....	185
4. Aufhebung des Gesellschaftsanteils und Fortsetzung des Nießbrauchs ...	186
5. Einheitlicher Anteilsnießbrauch an Personengesellschaftsanteilen .....	188
<b>II. Gesellschaftsrechtliche Einwände gegen den Nießbrauch am Gesellschaftsanteil .....</b>	<b>188</b>
1. Abspaltungsverbot .....	188
a) Grundlagen und Anwendungsbereich .....	188
b) Nießbrauch als zulässige Abspaltung .....	191
2. Nutzung von fremder Leistung in einer Risikogemeinschaft .....	194
<b>III. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsräume .....</b>	<b>194</b>
1. Stimmbindungsabrede zwischen Nießbraucher und Besteller .....	194
2. Quotennießbrauch .....	195
3. Geschäftsführung und Vertretung durch den Nießbraucher: Nießbraucher als Treuhänder? .....	199
4. Beschränkung der Nutzung auf die laufenden Gewinne? .....	201
5. Die Steuerlast des Bestellers .....	203
<b>IV. Gesetzliche Schuldverhältnisse außerhalb der Rechtsbeziehung von Nießbraucher und Gesellschafter .....</b>	<b>204</b>
<b>V. Innengesellschaftliche Bindung des Gesellschaftsanteils und Nießbrauch am Gesellschaftsanteil .....</b>	<b>205</b>
<b>§ 8 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....</b>	<b>206</b>
I. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen .....	206
II. Nießbrauchsrechtliche Grundlagen .....	208
III. Nießbrauch am Gesellschaftsanteil .....	208
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>210</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Band (Jahrgang) und Seite
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) im Text: Aktiengesellschaft
ArbR	Arbeitsrecht
ArchBürglR	Archiv für Bürgerliches Recht, Band (Jahrgang) und Seite
AT	Allgemeiner Teil
AusfG EWIV-VO	Ausführungsgesetz zur EWIV-VO, BGBl. I 1988, S. 514
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Jahrgang und Seite
Begr.	Begründer
BGB AT	Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil
BT	Besonderer Teil
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	VO (EWG) Nr. 2137/85 vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 199 vom 25.7.1985
FS	Festschrift für
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Begr. von J.A. Gruchot, Band (Jahrgang) und Seite
HdB	Handbuch
Iherings Jb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band (Jahrgang) und Seite
Im Erg.	Im Ergebnis

Jb fG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Band (Jahrgang) und Seite
JbFSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
KG	Kommanditgesellschaft
LZ	Leipziger Zeitung für Deutsches Recht, Gegründet von Düringer, Jaeger und Könige, Jahrgang und Spalte
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerische Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB
OHG	Offene Handelsgesellschaft
PersGes	Personengesellschaft
RG Warn	Entscheidungen des Reichsgericht in Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, begr. von Otto Warneyer, Band (Jahrgang) und Nummer
Rspr OLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, Band (Jahr)und Seite
SaR	Sachenrecht
Sonderbeil.	Sonderbeilage Nummer (z.B. zu WM)
SR	Schuldrecht
StBJb	Steuerberaterjahrbuch
StG	Stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB)
UrhR	Urheberrecht
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZBIHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band (Jahrgang) und Seite

## *Teil 1*

# **Die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen**

## **§ 1 Einleitung**

### **I. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung**

Der Nießbrauch am Personengesellschaftsanteil ist ein von der Kautelarjurisprudenz mit Vorsicht behandeltes, aber vielfach eingesetztes Instrument<sup>1</sup> der Nachfolge- oder Versorgungsregelung. Eine Reihe schwieriger und selten einvernehmlich gelöster Fragen ist damit verbunden. Gleichwohl finden sich für die Nutzungsüberlassung am Personengesellschaftsanteil keine gleichwertigen Konstruktionen, die den Nießbrauch als dingliche Form der Nutzungsüberlassung verdrängen können. Die praktische Relevanz und die nach wie vor offenen dogmatischen Fragen sind Anlaß für den Versuch, das Personengesellschaftsrecht nach Personen- und Vermögensrecht abzugrenzen und daraus die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen (Teil 1) für den Nießbrauch am Gesellschaftsanteil als einer Form der Ausübungüberlassung am Gesellschaftsanteil (Teil 2 und 3) zu entwickeln.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die Bearbeitung zivilrechtlicher Fragen des Anteilsnießbrauchs. Deren Zentrum ist die Frage "nach 'Wesen und Rechtsnatur' der gesellschaftlichen Mitgliedschaft"<sup>2</sup>. Im ersten Teil wird die Struktur von Mitgliedschaft und Gesellschaftsanteil des Personengesellschafters behandelt. Aufgrund der Erkenntnis, daß die Personengesellschaft eine Außengesellschaft und ein Rechtssubjekt (§ 2) ist, wird die Mitgliedschaft als Rechtsstellung des Gesellschafters im organisationsrechtlichen Mitgliedschaftsrechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter entwickelt (§ 3). Von der Mitgliedschaft unterscheidet sich der Gesellschaftsanteil als das subjektive Vermögensrecht des Gesellschafters (§ 4).

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Bunke, DNotZ 1968, 5 f.; Bender, DB 1979, 1445; Finger, DB 1977, 1033; Handbuch Vermögensnachfolge/Esch, Rn. I 1316; Barz, in: Deutscher Notartag 1965, S. 52, 64 f. und Knur, ebenda S. 77 f.; Kreifels, in: FG Hengeler, S. 158; Petzoldt, GmbHR 1987, 381; Schüller, MittRhNotK 1980, 97, 107; Teichmann, ZGR 1972, 1; Weber/Luther, ZGR 1973, 45, 71 f.

<sup>2</sup> Vossius, BB 1988, Beil. 5, S. 14.

Im zweiten Teil wird die dogmatische Struktur des Nießbrauchs als Überlassung der Ausübung von Herrschaftsbefugnissen zu dinglichem Recht entfaltet (§ 5). Es folgen im dritten Teil die Darstellung der Nutzung des Gesellschaftsanteils allgemein sowie die Voraussetzungen für einen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil (§ 6) und abschließend der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil als Ausübungsüberlassung an den vermögensrechtlichen Befugnissen des Personengeschafters (§ 7).

## II. Der Anlaß für einen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil

Mit dem Nießbrauch verfolgen die Beteiligten im allgemeinen drei unterschiedliche Ziele<sup>3</sup>. Diesen Zielen entsprechen die drei Formen des Vorbehalts-, Versorgungs- und Sicherungsnießbrauchs<sup>4</sup>. Vorbehalts- und Versorgungsnießbrauch stehen im Regelfall im Zusammenhang mit Nachfolgeregelungen. Beim Vorbehaltsnießbrauch will der sich zurückziehende Gesellschafter weiterhin als Nießbraucher am Gesellschaftsertrag teilhaben und zumeist über Kontroll- und Stimmbefugnisse Einfluß behalten<sup>5</sup>. Beim Versorgungsnießbrauch soll der Gesellschafter-Erbe einen Dritten, im Regelfall einen Angehörigen oder eine dem Erblasser nahestehende Person, am Ertrag des Gesellschaftsanteils teilhaben lassen<sup>6</sup>. Der Sicherungsgeber will die Erträge des Gesellschaftsanteils dem Sicherungsnehmer dinglich zuordnen und vermittelt so dem Sicherungsnehmer als Kreditgeber rechtlich und verstärkt tatsächlich Einfluß auf die Tätigkeit der Gesellschaft.

---

<sup>3</sup> Bechtold, Nießbrauch, S. 3 ff.; Bitz, DB 1987, 1506.

<sup>4</sup> Gestaltungsbeispiele: Münchener Vertragshandbuch/Oldenburger, Formular II 10 Nießbrauchsvermächtnis, Versorgungsnießbrauch); Beck'sches Formularbuch/ Hengeler, Formular VIII. C. 20; Weber, DSzZ 1991, 530 ff. (Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt - Vorbehaltsnießbrauch); Vossius, BB 1988, Beil. 5, S. 13 ff. (Sicherungsnießbrauch).

<sup>5</sup> Vgl. den Fall in BGHZ 58, 316.

<sup>6</sup> Zu Gestaltungsfragen etwa Eden, Treuhandschaft, S. 263 ff., insbes. 265 ff. und Handbuch Vermögensnachfolge/Esch, Rn. I 529 ff., 1289 ff.

### III. Eingrenzung der gesellschaftsrechtlichen Fragestellung

#### 1. Rechtssubjektivität als Frage des Personenrechts

##### a) Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit

Die Verselbständigung schon der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Kernfrage für die Rechtssubjektivität der Personengesellschaften überhaupt. Während durch § 124 HGB für die Personenhandelsgesellschaften die Frage geklärt scheint, entbrennt sie an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in voller Schärfe, weil in den §§ 705 ff. BGB eine entsprechende Vorschrift fehlt. Die Rechtsentwicklung ist weit über den Meinungsstand der Gesetzesverfasser schuldrechtliche Zweck- und Vermögensgemeinschaft. Es wurde aber zunehmend erkannt, daß sie darüber hinaus eine eigenständige Organisation darstellen und der rechtlichen Verselbständigung<sup>7</sup> fähig sein kann.

Jedes Rechtssubjekt hat die Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, ist also in einem allgemeinen Sinn rechtsfähig<sup>8</sup>. Gleichzeitig sind bestimmte Rechtspositionen nicht jedem Rechtssubjekt zugänglich. Dieser Umstand erfordert die Unterscheidung zwischen der allgemeinen Fähigkeit zur Rechtsträgerschaft - Rechtssubjektivität - und der konkreten Fähigkeit, eine bestimmte Rechtsposition auszufüllen<sup>9</sup>. Gegenstand dieser Untersuchung ist allein die Rechtssubjektivität<sup>10</sup>. Es ist hier nicht zu klären, ob und in welchem Umfang Teilrechtsfähigkeit von Personengesellschaften besteht<sup>11</sup>, weil

---

<sup>7</sup>So jetzt auch BGHZ 116, 86, 88; BGH NJW 1992, 1615, 1616 f. und BGH NJW 1997, 2754, 2755. Vgl. auch BGH NJW-RR 1993, 1443, 1444.

<sup>8</sup>Zur Gleichsetzung von Rechtssubjektivität und Rechtsperson als technische Begriffe vgl. Larenz, BGB AT, § 2 II a; Ennecerus-Nipperdey, BGB AT, Bd. 1, § 83 I; Hübner, BGB AT, Rn. 74; Medicus, BGB AT, Rn. 1039; Soergel/Fahse Vor § 1 Rn. 3 und Timm NJW 1995, 3209, 3210.

<sup>9</sup>Anders Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 43 ff; MünchKomm/Gitter § 1 Rn. 5 ff. Dagegen z.B. Flume, Personengesellschaft, § 7 II S. 91 und K. Schmidt, GesR, § 8 III, V 1 und ders., Verbandszweck, S. 38 f.

<sup>10</sup>Zu einem philosophischen Ansatz Brecher, in: FS A. Hueck, S. 233, 238 f., 255 f. und weiter v. Lübtow, in: FS E. Wolf, S. 421 ff.

<sup>11</sup>Hierzu grundlegend Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 60 f. und passim. Weiter MünchKomm/Gitter, § 1 Rn. 5 ff.; Pawlowski, BGB AT, Rn. 112. Darauf baut die Lehre von den Personifikationen auf: Grundlegend John, Rechtsperson, S. 225 f., 230 ff. Weiter: Breuninger, BGB-Gesellschaft, S. 15 f., 17 ff.; MünchKomm/Reuter, Vor § 21 Rn. 2, 9 ff.; Pawlowski, BGB AT, Rn. 113 ff., insbes. 138. Mit Recht krit. K. Schmidt, GesR, § 8 V 1 b.