

Mario Cebulla

**Die Pacht
nichtsächlicher Gegenstände**

Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände

Rechtspacht und Pacht
besonderer Gegenstände
im Wirtschaftsleben

von

Mario Cebulla



1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Mario Cebulla, wissenschaftlicher Assistent an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität
in Greifswald.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Cebulla, Mario:

Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände : Rechtspacht und Pacht besonderer
Gegenstände im Wirtschaftsleben / von Mario Cebulla. – Berlin ; New York :
de Gruyter, 1999

ISBN 3-11-016365-9

© Copyright 1999 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, D-10785 Berlin.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zu-
stimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfäl-
tigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbei-
tung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz: buslau intercom services, Berlin

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Umschlagentwurf: Thomas Beaufort, Hamburg

für Stefanie

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Historischer Abriss zur Entwicklung der nichtsächlichen Pacht	5
B. Der Gegenstand als Objekt der Pacht	17
I. Der Begriff des Gegenstandes im Recht	17
1. Rechtstheoretische Auseinandersetzung mit dem Gegenstandsbegriff	18
2. Fazit	24
II. Gegenstand im Sinne des Pachtrechts	26
1. Bildung von Untergruppen	26
2. Abgrenzung der unterschiedlichen Pachtsubstrate	61
III. Zusammenfassung des zweiten Teils	85
C. Die nichtsächliche Pacht im Wirtschaftsleben	87
I. Die Rechtspacht im Wirtschaftsleben	87
1. Rechtspachtverträge über dingliche Rechte	88
2. Rechtspachtverträge über immaterielle Rechte	94
3. Zwischenergebnis	147
II. Die Pacht Besonderer Gegenstände im Wirtschaftsleben	147
1. Die Unternehmenspacht	148
2. Pachtverträge aus der Werbewirtschaft (Kinowerbung / Verwertungsverträge; Bandenwerbung; Entfernungsschilder / Plakatwände / Plakatsäulen; Annoncenpachtverträge)	164
3. Merchandising	169
4. Know-How-Verträge	178
5. Franchising	190
D. Zusammenfassung	201
Literaturverzeichnis	205
Stichwortregister	233

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Historischer Abriß zur Entwicklung der nichtsächlichen Pacht	5
B. Der Gegenstand als Objekt der Pacht	17
I. Der Begriff des Gegenstandes im Recht	17
1. Rechtstheoretische Auseinandersetzung mit dem Gegenstandsbegriff	18
a) Der formale Gegenstandsbegriff	19
b) Der materielle Gegenstandsbegriff	19
c) Der Sohm'sche Gegenstandsbegriff	21
2. Fazit	24
II. Gegenstand im Sinne des Pachtrechts	26
1. Bildung von Untergruppen	26
a) Herkömmlicher Ansatz	27
aa) Sachen und Rechte	27
bb) Unternehmen und Unternehmensteile	31
cc) Stellungnahme	32
b) Funktionale Gliederung des Gegenstandsbegriffes	39
aa) Grammatikalische Auslegung des Gegenstandsbegriffes	40
bb) Historische Auslegung des Gegenstandsbegriffes	42
(1) Entstehungsgeschichte des § 581 Abs. 1 BGB	42
(2) Der Gegenstandsbegriff in der übrigen Rechtsetzungsentwicklung	45
(3) Zwischenergebnis	48
cc) Systematische Auslegung des Gegenstandsbegriffes	48
(1) Gesetzliche Normierungen der Unternehmenspacht	48
(2) Frucht recht des § 99 BGB	50
(a) Übliche Dogmatik	50
(b) Lösungsvorschlag: Funktionale Systematik von Pacht- und Frucht recht	53
(c) Zwischenergebnis	59
dd) Teleologische Auslegung des Gegenstandsbegriffes	60
c) Fazit	60
2. Abgrenzung der unterschiedlichen Pachtsubstrate	61
a) Definitive Einordnung der Pachtsubstrate	62
aa) Rechte im Sinne des § 581 BGB	62
(1) Dogmatisch inhaltliche Anforderungen an Rechte als Gegenstände der Pacht	67
(a) Vorliegen einer generellen Forderungszuständigkeit	67
(b) Spezifisch wirtschaftlich verwertbare Forderungszuständigkeit	67

(c)	Wesentliche Selbständigkeit des Vermögenswertes	72
(d)	Abstrakte Übertragbarkeit/Pfändbarkeit von Rechten	78
(2)	Spezifisch pachtrechtliche Anforderungen an Gegenstände	81
(3)	Zwischenergebnis	82
bb)	Besondere Gegenstände im Sinne des § 581 BGB	82
b)	Vertragssubstrat und Vertragscharakter	83
III.	Zusammenfassung des zweiten Teils	85
C.	Die nichtsächliche Pacht im Wirtschaftsleben	87
I.	Die Rechtspacht im Wirtschaftsleben	87
1.	Rechtspachtverträge über dingliche Rechte	88
a)	Dienstbarkeiten	88
aa)	Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1018 ff. BGB	88
bb)	Nießbrauch gemäß §§ 1030 ff., §§ 1068 ff. BGB	90
b)	Reallast	91
c)	Nutzungspfandrecht	93
d)	Erbbaurecht	93
2.	Rechtspachtverträge über immaterielle Rechte	94
a)	Patentlizenz	95
aa)	Streitstand	98
bb)	Argumente gegen den Lizenzvertrag als Rechtspacht	103
cc)	Stellungnahme	104
(1)	Zur Quasi-Dinglichkeit	104
(a)	Zum Wesen der ausschließlichen Lizenz	105
(b)	Zur dogmatischen Herleitung der Quasi-Dinglichkeit	106
(c)	Kritik an der herrschenden Ansicht zur konstitutiven Übertragung und Lösungsvorschlag	111
(2)	Zur Mehrfachlizenzierung	122
(3)	Zur Garantiehaftung	125
(a)	Strikte Begrenzung der geschuldeten Leistung	128
(b)	Die Verweisungsnorm des § 581 Abs. 2 BGB	129
(c)	Haftungsausschluß gemäß § 539 BGB	130
(d)	Zwischenergebnis	130
(4)	Zu sonstigen Argumenten gegen die Rechtspacht	130
dd)	Fazit	132
b)	Urheber- und verlagsrechtliche Nutzungsverträge	132
aa)	Rechtseinräumung im Sinne des Urheberrechtsgesetzes	142
bb)	„Dingliche Wirkung“ kraft gesetzlicher Anordnung	143
cc)	Gehalt abgespaltener Teilrechte	144
dd)	Fazit	147
3.	Zwischenergebnis	147
II.	Die Pacht Besonderer Gegenstände im Wirtschaftsleben	147
1.	Die Unternehmenspacht	148
a)	Unternehmenspacht als Rechtspacht	152

aa)	Das Recht am Unternehmen	152
bb)	Die Rechtsgesamtheit Unternehmen	154
cc)	Der Rechtspachtansatz in der heutigen Betrachtung	155
b)	Unternehmenspacht als Pacht besonderer Gegenstände	157
c)	Die sogenannte Teilunternehmenspacht	158
2.	Pachtverträge aus der Werbewirtschaft (Kinowerbung / Verwertungsverträge; Bandenwerbung; Entfernungsschilder / Plakatwände / Plakatsäulen; Annoncenpachtverträge)	164
3.	Merchandising	169
a)	Name oder Bildnis als Merchandising-Objekt	170
b)	Merchandising-Agenturverträge	176
4.	Know-How-Verträge	178
a)	Rechtsnatur des Know-how	179
b)	Kategorisierung der Know-how-Verträge	183
aa)	Know-how-Verträge als Dienstverträge	183
bb)	Know-how-Verträge als Lizenzverträge oder als Verträge sui generis	185
cc)	Know-how-Verträge als Pachtverträge	189
5.	Franchising	190
a)	Gegenstand des Franchising-Vertrages	191
b)	Kategorisierung des Franchising-Vertrages	195
D.	Zusammenfassung	201
	Literaturverzeichnis	205
	Stichwortregister	233

Einleitung

Der Pachtvertrag führt als gesetzlicher Vertragstypus des Bürgerlichen Gesetzbuches vergleichsweise ein Schattendasein. Das mag zum einen auf die Gesetzgebungstechnik des § 581 Abs. 2 BGB zurückzuführen sein, wonach hinsichtlich der meisten Fragen auf das Recht der Miete verwiesen wird. Es läßt sich aber auch anhand der eher als gering zu bezeichnenden Bearbeitung der Pacht in Rechtsprechung und Literatur verzeichnen – überwiegend tritt das Pachtrecht in seiner Bedeutung im Verhältnis zum Mietrecht zurück.¹

Ist jedoch die Pacht einmal Inhalt rechtswissenschaftlicher Diskussion, bezieht sich diese zumeist auf die Pacht von unbeweglichen Sachen, sei es die Pacht von Gewerberäumen oder seien es die landwirtschaftlichen Pachtverhältnisse. Stets erscheint das Pachtrecht in diesen überkommenen Zusammenhängen in der heutigen Zeit sein Bewenden zu haben. Dabei eröffnete der Gesetzgeber dem Pachtrecht durchaus einen weiten Kreis von Anwendungsmöglichkeiten, als er im Gegensatz zum Mietrecht ganz allgemein „Gegenstände“ zum möglichen Substrat des Pachtvertrages bestimmte. Und Gegenstände des Rechts sind in jedem Falle neben den beweglichen und unbeweglichen Sachen auch Rechte. Zudem war seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches anerkannt, daß Pachtverträge auch über Unternehmen im ganzen abgeschlossen werden können.

Der denkbar weite Anwendungsrahmen des Pachtrechtes vermochte indes nicht eine entsprechend große Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstitut hervorzurufen. Die einzige Diskussion um den Begriff des Gegenstandes fand zu Beginn des Jahrhunderts statt² und verlief weitgehend ungehört im Sande. Nur im Zusammenhang mit der Frage, ob denn auch ganze Unternehmen solche Gegenstände darstellen könnten, fanden sich in Ansätzen Untersuchungen.³

So verwundert es nicht, wenn die wirtschaftlichen Vertragsgestaltungen der Neuzeit das Pachtrecht alsbald vernachlässigten. Dies mag nicht

¹ Siehe statt vieler: *Wolf/Eckert*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, oder die Rechtsprechungsübersichten zum Miet- und Pachtrecht von: *Mezger* (WM 1964, 2 ff.; 1966, 238 ff.) und *Braxmaier* (WM 1968, 202 ff.; 1970, 26 ff.; 1972, 122 ff.; 1974, 90 ff. und fortlaufend).

² Siehe unten zum *Sohm'schen* Gegenstandsbeffriff: B I 1 c).

³ Siehe unten zur Unternehmenspacht, C II 1.

zuletzt auch mit dem Verständnis des Gegenstandsbegriffes im Zivilrecht zusammenhängen.

Der Begriff des Gegenstandes im Sinne des § 581 BGB wird nämlich inzwischen fast überwiegend dogmatisch-inhaltlich auf Rechte und Sachen reduziert. Daß dennoch auch Unternehmen zum Substrat von Pachtverträgen werden können, ist zwar nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen Verankerung der Unternehmenspacht in den §§ 583 a, 1822 Nr. 4 BGB anerkannt, aber vor dem Hintergrund dieser begrifflichen Beschränkung nicht nachvollziehbar: Denn ein Unternehmen stellt weder allein eine Sache, noch allein ein Recht, nicht einmal nur einen Inbegriff von Sachen und Rechten dar. Vielmehr ist das Unternehmen wesentlich auch bestimmt von den übrigen tatsächlichen Umständen, von seinen Chancen, von seinem good-will. Und dabei handelt es sich keinesfalls um Sachen und ebensowenig um Rechte.

Mit der vorliegenden Arbeit wird versucht, das Pachtrecht für moderne wirtschaftliche Bedürfnisse zu erschließen. Eine dahingehende Notwendigkeit besteht nicht, solange es sich um die Pacht von Sachen handelt. Insofern hat dieser Vertragstyp bereits einen angemessenen Stellenwert. Anders ist dies hinsichtlich des Rechts der nichtsächlichen Pacht. Diese spielt zwar in der Rechtsentwicklung eine durchaus beachtliche Rolle.⁴ Indes hat sie in der rechtlichen und rechtspraktischen Moderne kaum eine Bedeutung.

Dem zu begegnen ist es erforderlich, zunächst den Begriff des Gegenstandes im Sinne der Pacht zu ermitteln. Als nichtsächliche Gegenstände kommen, wie die Unternehmenspacht bereits zeigt, nämlich neben den Rechten auch sonstige Vermögensgüter in Frage, die nicht selbst als Sachen oder Rechte zu verstehen sind. Vor diesem theoretischen Hintergrund läßt sich zudem fragen, in welchem Maße das Pachtrecht im Hinblick auf Rechte und im Hinblick auf sonstige Vermögensgegenstände im heutigen Wirtschaftsleben von Bedeutung ist. Insbesondere hinsichtlich letzterer ist zu beobachten, daß die in Bezug auf moderne Vertragstypen wie etwa das Franchising, die Know-how-Lizenz u.ä. geführte dogmatische Diskussion oftmals auf den Vertrag sui generis zurückgegriffen hat. Bislang ist das Pachtrecht für die Typisierung von Verträgen des modernen Wirtschaftslebens kaum fruchtbar gemacht worden.

⁴ Siehe unten: A.

Der Versuch, auch neuzeitliche Vertragstypen denjenigen des Bürgerlichen Gesetzbuches zuzuordnen, bringt nicht nur den Gewinn systematischer Klarheit. Vielmehr fördert eine solche Zuordnung für sämtliche Rechtsanwender die Rechtssicherheit, macht Rechtsfolgen insbesondere für die mit der Vertragsberatung und Vertragserstellung beauftragten Rechtsanwälte vorhersehbar. Die mit dem Rückgriff auf die Figur des Vertrages sui generis verbundene Rechtsunsicherheit wird insbesondere hinsichtlich der Patentlizenz- und Know-how-Verträge seit langem beklagt.⁵ Dasselbe gilt indes für eine Vielzahl sonstiger moderner Vertragstypen. Dennoch sind Versuche, die jeweiligen Vertragstypen als Sonderformen der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten zu verstehen, bislang nicht auf hinreichender dogmatischer Grundlage unternommen worden. Dies zu ändern, soll ein Ziel dieser Untersuchung sein.

Darüber hinaus hat die neueste Vertragspraxis in der Form des Merchandising einen Verwertungsvertrag geschaffen, der bislang jedenfalls für zwei seiner wesentlichen Vertragssubstrate, nämlich Name und Bildnis überwiegend berühmter Persönlichkeiten, nach keinem der üblicherweise angebotenen dogmatischen Modelle rechtlich zulässig wäre. Denn die für das Lizenzrecht entwickelte Theorie der Teilrechtsübertragung versagt dort, wo wegen der Höchstpersönlichkeit der betreffenden Güter die Rechtsordnung nicht nur die vollständige, sondern auch deren teilweise Übertragung untersagt. Um das offensichtliche Mißverhältnis zwischen wirtschaftlichem Erfordernis sowie wirtschaftlicher Praxis zum einen und rechtlicher Unzulässigkeit zum anderen aufzulösen, wird in der vorliegenden Untersuchung unter anderem ein pachtrechtlicher Ansatz auch für Merchandising-Verträge erörtert

Dem Ziel der Arbeit entsprechend wird ein dreiteiliger Aufbau gewählt. In einem historischen Abriß zur nichtsächlichen Pacht wird deren Entwicklung in rechtlicher und praktischer Hinsicht zu analysieren sein. Dem folgt in einem zweiten Teil die theoretische Ermittlung des Gegenstandsbegriffes. Zunächst geht es darum, die Beschränkung des Gegenstandsbegriffes allein auf Sachen und Rechte zu beseitigen und an deren Stelle ein funktionales Verständnis des Pachtgegenstandes, nämlich in Form einer Dreigliederung in Sachen, Rechte und darüber hinaus in besondere Gegenstände zu setzen. Um zu ermitteln, welcher Art solche besonderen Gegenstände sind, bedarf es dann der Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechtes als Pachtsubstrat. Denn nur in der

⁵ *Stumpf*, Der Know-how-Vertrag, Rn. 31; *Gaul/Bartenbach/Gennen*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, Rn. K 18.

negativen Abgrenzung zu den Sachen und zu den Rechten ist der als sonstiges Pachtsubstrat taugliche besondere Gegenstand verständlich. In einem dritten Teil schließlich wird die Relevanz der nichtsächlichen Pacht in der wirtschaftlichen Praxis untersucht und zwar zunächst diejenige der Rechtspacht, dann diejenige der Pacht von besonderen Gegenständen.

A. Historischer Abriss zur Entwicklung der nichtsächlichen Pacht

Die Pacht ist im deutschsprachigen Rechtsraum ein allgemein bekannter und gesetzlich verankerter Vertragstypus.⁶ Allerdings liegt das Hauptaugenmerk bei der Pacht sicherlich auf derjenigen von Sachen und dort wiederum bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke.⁷ Die dahinter deutlich zurücktretende praktische und rechtswissenschaftliche Beachtung der nichtsächlichen Pacht führt zu der Frage, ob der vergleichsweise geringe Stellenwert des nichtsächlichen Pachtrechtes bereits aus ihrem historischen Verständnis herzuleiten ist. Der einleitende Blick in die Geschichte der Pacht nichtsächlicher Gegenstände kann nicht nur die Ursachen deutlich machen, sondern auch einen Ansatz zur Behebung bestehender Defizite liefern.

Verfolgt man die Rechtsfigur der Pacht zunächst im allgemeinen in die Geschichte zurück, stößt man bereits auf eine dogmatische wie terminologische Problematik: Sowohl die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht, wie auch überhaupt die Begrifflichkeit „Pacht“ sind allein

⁶ Bundesrepublik Deutschland: § 581 BGB; Österreich: §§ 1090, 1091 ABGB; Schweiz: Art. 275 OR.

⁷ Der offensichtliche Vorrang der Landwirtschaftspacht vor anderen Formen der Pacht mag folgendermaßen veranschaulicht werden: Allgemein besteht eine deutliche gesetzgeberische Tendenz, die Landpacht zu einer Sondermaterie des Zivilrechts auszugestalten. In Deutschland existierte dazu bis zur Gesetzesnovelle von 1985 das Landpachtgesetz vom 25.6.1952 (BGBl. I, S. 343). Im Zuge des Gesetzes zur Neuordnung des landwirtschaftlichen Pachtrechts vom 8.11.1985 (BGBl. I, S. 2065) gelangte das Landpachtrecht wieder zurück in das BGB, hat dort allerdings zumindest als eigener Untertitel „III. Landpacht“ seine Sonderstellung beibehalten. Eine weitere Besonderheit der Landpacht besteht in der ausschließlichen Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichtes für alle Streitigkeiten aus Landpachtverträgen, § 1 Ziff. 1a des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVG).

Auch Österreich hat der Landwirtschaftspacht eine rechtliche Sonderstellung eingeräumt: mit dem Landpachtgesetz (LPG) vom 26.11.1969 (BGBl 451) ist die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke sondergesetzlich geschützt worden, vgl. *Rummel-Würth*, ABGB, Band II, Vor § 1 LPG Rn. 1.

Die Schweiz schließlich faßte durch Bundesgesetz vom 6.10.1972 über Änderungen des bürgerlichen Zivilrechtes sämtliche die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke betreffende Vorschriften in den Art. 23 ff. des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bürgerlichen Grundbesitzes vom 12.6.1951 (EGG) zusammen, so daß nunmehr dort die Materie erschöpfend geregelt ist, vgl. *Reymond*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 40, S. 258. Auch dort ist jedenfalls hinsichtlich der Pacht nutzbarer Sachen im Regelfall ein landwirtschaftlicher Betrieb Gegenstand des Pachtvertrages, so: *Reymond*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 40, S. 259.

deutschrechtlichen Ursprunges.⁸ Das römische Recht kannte die Pacht nicht in ihrer heutigen Terminologie.

Dem römischen Recht war jedoch durchaus als möglicher Vertragsinhalt unser heutiges Pachtrecht bekannt.⁹ So unterschied man – ohne daß an diese begriffliche Differenzierung erkennbar weitere Rechtsfolgen geknüpft wurden – hinsichtlich der Überlassung von Liegenschaften den colonus als Pächter des fruchtbringenden Grundstückes von dem inquilinus¹⁰ als Mieter eines Hauses.¹¹

Auch gab es spezielle Rechtsfiguren, die eindeutig dem Pachtrecht im heutigen Sinne zuzuordnen sind, wenngleich sie nicht in das Bürgerliche Recht Eingang fanden. Zu diesen zählen insbesondere die sogenannte Teilpacht (*colonia partiararia*) als eine der partiarischen Pacht vergleichbare besondere Ausgestaltung der Gebrauchsüberlassung zur Fruchtgewinnung. Daneben existierte ein spezieller Pachtzinseraß (*remissio mercedis*), welcher dem Pächter in besonderen Unglücksfällen wegen der daraus entstehenden Ertragseinbußen zu gewähren war.¹²

Geregelt war diese Pacht zugleich mit der Miete im römischen Recht der Obligationen innerhalb eines der vier Konsensualverträge, nämlich der klassischen *locatio conductio*. Über Miete und Pacht hinaus umfaßte die *locatio conductio* auch die sogenannte Dienstmiete, also die uns heute bekannten Werk- und Dienstverträge.¹³

In ihrer ursprünglichen Bedeutung meinen 'locare' hinstellen und 'conducere' mitnehmen. Bildlich stellten nach Vorstellung der Römer Vermieter und Verpächter eine Sache hin, welche der andere Vertragspartner zu Gebrauchszwecken mitnimmt. Beim Werkvertrag stellt der Besteller wiederum eine Sache hin, die der Werkunternehmer mitnehmen soll, um sie zu be- oder verarbeiten. Schließlich sollte sich beim Dienstvertrag der Arbeitnehmer selbst hinstellen, damit der Arbeitgeber ihn

⁸ von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band III, S. 509.

⁹ Mayer-Maly, *locatio conductio*, S. 22 f., wenngleich er deutlich darauf abstellt, daß zwar die römischen Juristen die sie beschäftigenden Sachverhalte entsprechend der heutigen Unterscheidung von Miete und Pacht behandelten, allerdings die Kategorienbildung in ihrer theoretischen Durchdringung eindeutig vernachlässigten.

¹⁰ Auch als „habitor“ oder „insularius“ bezeichnet, vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, S. 718 f.

¹¹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 9. Aufl., S. 718 f.

¹² Vgl. dazu etwa: Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. 503 f.

¹³ Mayer-Maly, Römisches Privatrecht, § 18, S. 86; Honsell, Römisches Recht, § 48, S. 121; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, § 119 I, S. 324.

zur Beschäftigung mitnehme.¹⁴ Im späteren Verlauf haben die Begriffe dann die jeweilige Rechtshandlung selbst beschrieben: 'locare' stand für vermieten und 'conducere' für mieten. Der Schuldvertrag, die locatio (et) conductio, erfaßte also in seiner Bezeichnung bereits die beiden Hauptpflichten der Parteien und zwar anfangs noch unabhängig von einer Unterscheidung zwischen Sach- und Dienstmiete.¹⁵

Was letztlich Vertragsinhalt war, ob also ein Werk-, Dienst-, Miet- oder Pachtvertrag nach heutigem Verständnis geschlossen werden sollte, ergab sich in erster Linie aus den besonderen Umständen, insbesondere dem jeweiligen Substrat des zu schließenden Vertrages.¹⁶ Erst dem mittelalterlichen Rechtslatein entstammt eine erste Differenzierung insoweit, als jedenfalls Miet- und Pachtverhältnisse fortan unter der Bezeichnung der locatio conductio rei verzeichnet wurden.¹⁷

Im Verlauf des 16. Jahrhunderts und zwar im Zuge der Landrechtsreformationen setzte sich der Terminus „Pacht“ als neuzeitliche Beschreibung zeitlich begrenzter Nutzungs- und Fruchtziehungsverträge im wesentlichen durch.¹⁸ Von einer feststehenden Begrifflichkeit konnte hingegen noch keine Rede sein. Zum einen blieb der Ausdruck „Pacht“ zunächst noch auf die landwirtschaftliche Grundstückspacht beschränkt.¹⁹ Auch bestand noch lange nicht einmal dahingehend eine terminologische Übereinstimmung.²⁰

¹⁴ Vgl.: *Söllner*, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, S. 77; *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 152.

¹⁵ Vgl. insoweit: *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 9. Aufl., S. 718 m.w.N.; *Schulz*, Classical Roman Law, S. 542; zur Geschichte der locatio conductio im übrigen: *Burckhardt*, Zur Geschichte der Locatio Conductio, passim. Auch im deutschen Rechtsraum findet sich bis in das 19. Jahrhundert hinein diese Form der Vertragsbezeichnung. So spricht etwa *Leman*, Provinzialrecht der Provinz Westpreußen, S. 602 noch vom „Contract Miethens und Vermieihens“.

¹⁶ *Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, S. 256; vgl. auch: *Kaser*, Das römische Privatrecht, Band I, § 132, S. 565.

¹⁷ *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht, § 28 II, S. 117. Der Dienstvertrag hieß fortan 'locatio conductio operarum', der Werkvertrag schließlich 'locatio conductio operis', vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 118 ff., S. 322 ff.

¹⁸ HRG-*Scherner*, Stichwort: Pacht, S. 1398.

¹⁹ HRG-*Scherner*, Stichwort: Pacht, S. 1398.

²⁰ So spricht zwar das prALR bereits vom Pachtrecht, die generell dem prALR vorgehenden Provinzialrechte sprachen allerdings noch bis in das 19. Jahrhundert hinein von Mietverträgen, vgl. etwa für Westpreußen: *Leman*, Provinzialrecht der Provinz Westpreußen, S. 602 ff.

Das schweizerische Obligationenrecht²¹ und ihm folgend das BGB bilden endlich abschließend die uns heute bekannte Pacht in ihrer dogmatischen Form im Verhältnis zur Miete aus: Danach gewährt die Miete allein den Gebrauch des überlassenen Gegenstandes, die Pacht hingegen darüber hinaus auch dessen Ertrag.

In anderen europäischen Rechtsordnungen fällt eine dahingehende aktuelle Bestandsaufnahme unterschiedlich aus. Daß die Miete nur den Gebrauch, die Pacht dagegen über den Gebrauch der Sache hinaus auch den daraus folgenden Fruchtgenuß gewährt, kennt ausdrücklich zwar das italienische Recht. Dort bildet der Pachtvertrag (*il affitto*, Art. 1615 ff. *codice civile* [c.c.]) eine durch den Fruchtgenuß („e le altre utilità della cosa“!) vom Mietvertrag zu unterscheidende Sonderform des allgemeinen Bestandvertrages (*la locazione*, Art. 1571 c.c.). Dagegen bestimmt für das österreichische ABGB § 1091 schon unklarer: „Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Mietvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt“. Daß über die Nutzung hinaus dem Pächter auch die Früchte gebühren, ist erst aus systematischer Gesamtschau der §§ 1091, 1096, 1104 f., 1107 ABGB zu ermitteln.²² Das französische Zivilrecht schließlich kennt keine exakte Differenzierung zwischen Miete und Pacht.²³ Die „*louage*“ wird zwar gem. Art. 1708 *Code civil* [C.c.] – gleich der *locatio conductio* – in eine Sachmiete (*louage des choses*) und eine Dienstmiete (*louage d'ouvrage*) unterschieden. Die Sachmiete hingegen wird begrifflich nicht weiter in Miete und Pacht differenziert. Vielmehr finden sich in Art. 1711 C.c. lediglich Unterscheidungen zur Sachmiete an landwirtschaftlichen (*bail à ferme*) und nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken (*bail à loyer*) sowie an Tieren (*bail à cheptel*).

²¹ Art. 296 des Bundesgesetzes vom 14.7.1881 sowie Art. 275 des – jedenfalls für den hier interessierenden Inhalt – beinahe identischen Gesetzes vom 30.3.1911. Hinsichtlich der Rechtsänderungen vgl. im übrigen: *Oser*, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1926, S. 98 f.

²² Vgl.: *Rummel-Würth*, ABGB, Band I, § 1091 Rn. 1; *Dittrich/Tades*, ABGB, § 1091 E 5, E 5a.

²³ Vgl.: *Ferid/Sonnenberger*, S. 212, 2 J 2.

Unabhängig von den Begrifflichkeiten kannte das klassische römische Recht allerdings bereits die Möglichkeit, daß Vertragsinhalt der *locatio conductio* im Sinne eines Pachtvertrages auch ein Recht sein konnte.²⁴ Herzuleiten ist dies bereits aus der Mehrdeutigkeit des römischrechtlichen Begriffs der „*res*“. In der römischen Rechtssprache bezeichnete diese nämlich dreierlei: Einmal im engeren Sinne die einzelne, abgegrenzte und juristisch selbständige körperliche Sache unter Einbeziehung der Sklaven, welche *personae* wie auch *res* zugleich waren. Weiterhin als *res* im weiteren Sinne alles, was Gegenstand eines (privaten) Rechtes oder Zivilprozesses sein konnte und schließlich zuweilen sogar ein Vermögen als ganzes.²⁵ Unter die als „*res*“ möglichen Vermögensbestandteile fielen also neben den körperlichen Sachen (*res corporales*) jedenfalls auch sämtliche unkörperliche Vermögensgegenstände (*res incorporales*).²⁶ Tatsächlich läßt sich feststellen, daß der Begriff *res* grundsätzlich gleichbedeutend mit dem Begriff des Gegenstandes etwa gemäß § 581 BGB ist.²⁷ Die Begriffsinhalte der *res*, ihre Unterteilung in körperliche wie nichtkörperliche Gegenstände, blieben dann auch in der nachklassischen Phase aufrechterhalten.²⁸

Dagegen ist der Sachbegriff des deutschen Zivilrechtes vergleichbar eng und am ehesten vergleichbar mit den „*choses*“ des französischen Rechts, die das Objekt von Rechten und damit bewegliche und unbewegliche Sachen im Sinne des deutschen Sachenrechts meinen. Hinwiederum umfassen die „*bien*“ vergleichbar dem Begriff der '*res*' wieder sämtliche, auch nichtsächliche Vermögensgüter.²⁹ Ebenfalls weiter und damit der römisch-rechtlichen '*res*' verwandt ziehen das österreichische und italienische Zivilrecht den Umfang des Sachbegriffes: Gemäß Art. 810 c.c. ist eine Sache, was Gegenstand von Rechten sein kann.³⁰ Und § 285 ABGB bestimmt: „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauch des Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache ge-

²⁴ *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 119 II, S. 324; *Puchta*, Pandekten, § 365: „Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte seyn (*locatio conductio rerum*).“

²⁵ *Kaser*, Das römische Privatrecht, Band I, § 92, S. 376.

²⁶ *Sohm*, Institutionen des römischen Rechts, S. 218 f.

²⁷ *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Rn. 286; vgl. auch: *Meincke*: Die Institutionen Iustinians, JuS 1986, 262 ff., 266.

²⁸ *Kaser*, Das römische Privatrecht, Band II, § 237, S. 242.

²⁹ Vgl.: *Ferid/Sonnenberger*, S. 523, 3 A 32.

³⁰ „Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti“; siehe zum italienischen Sachbegriff auch: *Kindler*, § 13 Rn. 2, Seite 138.

nannt“. Mithin unterfallen dem österreichischen Sachbegriff über die körperlichen Gegenstände des § 90 BGB hinaus auch sämtliche immateriellen Güter.³¹ Dieser weite Sachbegriff galt schließlich auch lange in Liechtenstein: § 285 ABGB war dort durch Verordnung vom 18.2.1812 eingeführt und erst durch Art. S 141 Ziff. 1 des Gesetzes vom 31.12.1922 wieder aufgehoben worden.³² Das neue liechtensteinische Recht greift hingegen auf das dem BGB zugrundeliegende Begriffssystem der Sachen zurück.

Festzuhalten gilt es jedoch, daß Substrat der römischrechtlichen Rechtspachten zumeist öffentliche Rechte waren.³³ Allen öffentlichen Rechten voran ging es vorwiegend um die Steuerrechtspacht.³⁴ Durchaus praktiziert wurde die gewinnbringende Erhebung von Steuern und Zöllen durch Private.³⁵ Erst in zweiter Linie existierte die Verpachtung beispielsweise eines Wohnrechtes, des Nießbrauchs oder auch eines Rechtes auf eine periodische Leistung, etwa des Zehntrechtes.³⁶

Hat also bereits das frühmittelalterliche Recht den Anwendungsbereich der *locatio conductio* insofern erweitert, als auch nutzbare Rechte (*res incorporales*) als verpachtbar behandelt wurden, so bestand für das gemeine Recht ebenfalls stets die Möglichkeit, daß sowohl bewegliche als auch unbewegliche körperliche Sachen sowie auch Rechte Gegenstand eines Mietvertrages sein konnten.³⁷

³¹ Vgl.: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, S. 80; *dies.*, Bürgerliches Recht II, S. 6.

³² Liechtensteinisches Landesgesetzblatt Nr. 4, 1923

³³ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band I, § 88 I, S. 457; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 119 II, S. 324.

³⁴ *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 119 II, S. 324.

³⁵ *Hausmacher/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 321; *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht, § 28 II, S. 118.

³⁶ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 9. Aufl., S. 719 Anm. 8.

³⁷ Für die österreichische Rechtsentwicklung stellt *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, S. 284, allerdings ohne weitere Nachweise und Ausführungen fest, daß besondere Eigenheit des mittelalterlichen Rechtes unter anderem die Verpachtung von Rechten als Form der Kapitalanlage gewesen sei. Die Rechtsinstitute der Miete und Pacht hatten sich allerdings erst im Verlaufe des Mittelalters aus dem Grundtypus des Leihvertrages heraus als eigenständige Verträge gebildet (vgl. *Güter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 2 B, S. 10), so daß die seitens Floßmann aufgestellte These von der Rechtspacht als Eigenheit mittelalterlichen Rechts kaum bestätigt werden kann. Ganz anders, wenngleich unter Berücksichtigung der oben ausgeführten römischrechtlichen Praxis verschiedener Rechtspachtverträge kaum haltbar, umschreibt *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 423, als mögliche Pacht-

Dem folgten auch die ersten Kodifikationen.³⁸ So nennt etwa das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 als Gegenstand des Mietvertrages ausdrücklich „nutzbare Gerechtigkeiten“³⁹. Daneben sahen die neuzeitlichen Kodifikationsentwürfe, wie etwa der Dresdener Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866⁴⁰ sowie der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern aus den Jahren 1861 bis 1864⁴¹, die Möglichkeit vor, nutzbare Rechte zum Gegenstand eines Pachtvertrages zu machen.

Nicht so eindeutig drückte sich das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (prALR) aus, welches allgemein ohne weitere Unterscheidung im Ersten Teil, 21. Titel Verträge über Sachen zur Nutzung und zum Gebrauch aufführt.⁴² Den Sachen werden allerdings – vergleichbar insgesamt der römischrechtlichen Regelung – nach dem Ersten Teil, Zweiten Titel, § 7 prALR auch Rechte gleichgestellt. So kannte das preußische Privatrecht durchaus die Pacht etwa von Brücken- oder Straßenzöllen sowie Jagd- und Fischereigerechtigkeiten, mit-

gegenstände des mittelalterlichen deutschen Rechts lediglich Liegenschaften und bewegliche Sachen, vornehmlich Vieh.

³⁸ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band II, § 96 II, S. 481 f.

³⁹ Rechte waren, wie sich den §§ 1187, 1188 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen entnehmen läßt, taugliche Gegenstände eines Mietvertrages, Pachtverträge wurden danach lediglich über Sachen geschlossen. § 1187 dieses Gesetzbuches lautet: „Pacht- oder Miethvertrag ist der Vertrag, durch welchen der Eine dem anderen gegen einen Preis, Pacht- oder Miethzins, die Benutzung einer Sache überläßt oder zu überlassen verspricht. Wird die Benutzung einer fruchtbringenden Sache zum Zwecke der Fruchtziehung überlassen oder versprochen, so ist der Vertrag ein Pachtvertrag, außerdem ein Miethvertrag“. Der anschließende § 1188 hat den Wortlaut: „Gegenstände des Pacht- oder Miethvertrages können bewegliche oder unbewegliche Sachen sein, auch nutzbare Gerechtigkeiten, sofern die Ueberlassung ihrer Benutzung an Andere zulässig ist.“

⁴⁰ § 576 des Dresdener Entwurfes: „Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter, gegen eine vertragsgemäße Vergütung (Pachtzins, Pachtgeld), eine fruchtbringende Sache oder ein nutzbares Recht zur Fruchtziehung zu überlassen.“

⁴¹ Der aus dem Jahre 1861 stammende Entwurf des § 458 lautet: „Der Pachtvertrag besteht in der Uebereinkunft, wodurch Jemand dem Anderen die Ueberlassung einer Sache zum Fruchtgenusse oder der Ausübung eines nutzbaren Rechtes und dieser dafür eine bestimmte Vergütung (Pachtzins) zu leisten verspricht.“

⁴² Erster Teil, 21. Titel, § 259: „Eine Sache heißt verpachtet, wenn dieselbe jemandem gegen einen bestimmten Zins, nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Nutzung überlassen worden.“

hin also von Rechten.⁴³ Erstmals ging das Allgemeine Landrecht dann auch über die enge Grenze der Sachen und Rechte als denkbare Rechtsobjekte hinaus: Denn gem. Erster Teil, Zweiter Titel, § 32 prALR gelten auch Sachgesamtheiten bzw. ein Inbegriff von Sachen, sofern sie unter einer einheitlichen Bezeichnung geführt werden, als ein Ganzes und also als eine Sache. Auf diesem Wege konnte also auch ein Gegenstand zum Objekt eines Pachtvertrages werden, der weder eine Sache noch ein Recht darstellte. Einzige und auch sinnvolle Voraussetzung dieser Ausdehnung des Sachbegriffes war die im Verkehr übliche einheitliche Bezeichnung der Sachgesamtheit.

Eine bislang in der rechtsgeschichtlichen Betrachtung nur am Rande vermerkte⁴⁴ Vorläuferinstitution zur Rechtspacht stellte schließlich die gemeinrechtliche Rechtsfigur des Lehens dar. Denn die Möglichkeit, sämtliche liegenschaftlichen Rechte dem Vasallen zum Lehen hinzugeben, wurde im Verlauf des 19. Jahrhunderts zunehmend von der Rechtspacht verdrängt und zugleich eine Vielzahl neuerer Arten der Rechtspacht ausgebildet.⁴⁵ Die Rechtspacht löste damit allerdings ein Rechtsinstitut ab, das ohnehin seit etwa 1850⁴⁶ unterging.⁴⁷ Maßgeblich waren für das Absterben des Lehenswesens – neben seiner politischen Fragwürdigkeit als Ausdruck feudaler Gesellschaftsstruktur – vor allem wirtschaftliche Gründe.⁴⁸ Denn die grundsätzliche Unveräußerlichkeit

⁴³ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Band II, S. 466.

⁴⁴ Vgl. *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, S. 562; *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, S. 769, stellt für das schweizerische Recht fest, daß der Begriff „Lehen“ ursprünglich durchaus für Miete und Pacht stand.

⁴⁵ Vgl. *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, S. 562.

⁴⁶ Diesen groben Zeitpunkt nennt *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 233, für das Ende der Bedeutung des Lehenswesens, da ab 1850 die Schaffung individuellen Eigentums, gerade auch durch Beseitigung lehnherrlichen Obereigentums, im Vordergrund der Rechtsentwicklung gestanden habe. Tatsächlich begann spätestens 1848 mit der deutschen Allodifikationsgesetzgebung das Ende des Lehensverbandes; die Aufhebung des Obereigentums bei allen inländischen Lehnen mit Ausnahme der Thronlehen erfolgte in Preußen durch Gesetz vom 2. März 1850; vgl. *Brunner/Heymann*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 252.

⁴⁷ *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 432, wonach sich dieser Untergang ganz am Rande des bewegten 19. Jahrhunderts vollzogen habe und die letzten Reste des Lehenswesens erst mit der Monarchie im Jahre 1918 geendet hätten.

⁴⁸ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band II, § 76, S. 409.

und Unbelastbarkeit, die das Lehen auszeichneten,⁴⁹ stellten eine wirtschaftlichen Zwecken entgegenstehende Vermögensbindung dar.

Die stille Nachfolge durch die Rechtspacht konnte allerdings nur geschehen, weil Lehen und Rechtspacht ähnlichen Ursprungs und ähnlichen Inhaltes waren.

Zunächst liegt bereits die Herkunft beider Rechtsinstitute in der Leihe: Sowohl die Pacht⁵⁰ entstammt dem Grundtypus der Leihe als auch – bereits etymologisch – das Lehen.⁵¹ Zum anderen macht ihre inhaltliche Gestaltung die beiden Rechtsfiguren vergleichbar: Zwar oblag dem Lehnsmann oder Vasallen anfangs in erster Linie eine Treue- und Friedenspflicht gegenüber dem Lehnsherren als Gegenleistung für die Hingabe der Berechtigung.⁵² Es verblieb jedoch nicht bei der alleinigen Treueverpflichtung des Vasallen; als Gegenleistung für die Übertragung der Nutzungsrechte schuldete er späterhin bestimmte Abgaben an den Lehnsherren.⁵³ Inhalt des Lehnsvertrages konnten schließlich immer mehr auch einzelne Gerechtigkeiten (Markt- und Münzgerechtigkeiten) sein, mithin also Rechte.⁵⁴ Ausdrücklich spricht dies zum Lehnsrecht das prALR aus, wenn es feststellt: „Es können also nicht nur unbewegliche Sachen und Rechte (...) die Eigenschaft eines Lehens erlangen“.⁵⁵

Allein wesentlich in der Rechtsgeschichte war mithin nicht die Pacht von Sachen, insbesondere von landwirtschaftlichen Grundstücken. Auch bei der nichtsächlichen Pacht handelt es sich um eine Rechtsfigur, deren Wurzeln zum einen bis weit in die römische Rechtsgeschichte⁵⁶ und zum

⁴⁹ Noch nach dem prALR waren die Veräußerung wie die Belastung des Lehnsrechts grundsätzlich verboten, Erster Teil, Achtzehnter Titel, Erster Abschnitt, §§ 187 ff., 228 ff. prALR.

⁵⁰ *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 2 B, S. 10.

⁵¹ *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, S. 276; *Brunner/Heymann*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 202.

⁵² *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, S. 278; *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 15.

⁵³ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band I, § 3 III, S. 27 ff.

⁵⁴ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band I, § 3 III, S. 27 ff.

⁵⁵ Erster Teil, 18. Titel, § 26.

⁵⁶ *Burckhardt*, Zur Geschichte der Locatio Conductio, S. 14, gibt als Zeitraum, zu welchem die locatio conductio ein klagbarer Konsensualvertrag geworden war, etwa die Mitte des 7. Jahrhunderts an. Zuvor habe es sich bei Miete und Pacht noch um „faktische des Rechtsschutzes bare Ereignisse“ gehandelt, die allenfalls nach dem Zwölf Tafelgesetz bei Nichtbefriedigung die Privatpfändung im Wege der Selbsthilfe gestattet hätten.