Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 31 (1912)

Artikel: Die Nutzniessung am Handelsgeschäft

Autor: Kellerhals, F.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896502

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Nutzniessung am Handelsgeschäft.

Von Dr. F. Kellerhals.

Die Nutzniessung am Handelsgeschäft ist eine Erscheinung, die unser Interesse in mehrfacher Beziehung erregen kann. Zunächst bilden die Rechtsgeschäfte über gewerbliche Unternehmungen an und für sich schon ein anziehendes Problem, ganz besonders, wenn dauernde Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien begründet werden sollen. Unter diesen Tatbeständen ist offenbar die Nutzniessung für den Geschäftsherrn der einschneidendste und gefährlichste, weil sie ihm jede Nutzung des belasteten Vermögens entzieht, dem andern Teil aber ein weitgehendes Recht gewährt, das selbst dann nur modifiziert, nicht aufgehoben werden kann, wenn das unerlässliche gegenseitige Vertrauen gänzlich verschwunden ist. Wenn trotzdem die gesetzliche Nutzniessung des überlebenden Ehegatten (ZGB 462) die Möglichkeit bietet, dass dieses Rechtsverhältnis ohne, ja gegen den eigentlichen Willen des Geschäftsherrn und seiner Erben eintritt, so liegt schon hierin Anlass genug, sich über die Wirkungen des Niessbrauchs am Handelsgeschäft im Einzelnen Rechenschaft abzulegen. Denn nur bei Kenntnis derselben können die weiteren Fragen Beantwortung finden, wann dieser gesetzliche Ususfrukt den Interessen der Familie entspricht, und unter welchen Umständen den Kaufleuten anzuraten ist, gegen den Eintritt desselben Vorkehrungen zu treffen, ob dem überlebenden Ehegatten mit der in ZGB 463 vorgesehenen Rente besser gedient ist als mit der Ausübung seiner

Nutzniessungsrechte etc. Diese und ähnliche Fragen wird man sich namentlich in denjenigen Kantonen vorlegen müssen, welche ein ähnliches Erbrecht des Ehegatten bisher nicht kannten.

Der vorliegende Versuch, die Rechtsfolgen der Nutzniessung am Handelsgeschäft darzustellen, möchte zur Prüfung solcher Fragen Anregung und Material bieten, zugleich auch einen bescheidenen Beitrag liefern zum Ausbau unseres neuen Zivilrechts.

I. Allgemeine Grundlagen.

I. Die Rechtsgeschäfte über gewerbliche Unternehmungen werden nach der weit überwiegenden Ansicht als Rechtsgeschäfte über das Geschäftsvermögen erklärt. Die neueren Versuche, das Unternehmen als selbständiges Rechtsobjekt zu konstruieren, [1]) müssen m. E. schon daran scheitern, dass tatsächlich eine Uebertragung der Chancen in den meisten Fällen nicht möglich ist, wenn nicht grosse Teile des Geschäftsvermögens übernommen werden. So ist ein Hotelbetrieb mit einem Gebäude bestimmten Komfortes in bestimmter Lage untrennbar verbunden, ein Eisenbahnunternehmen zum mindesten mit den baulichen Anlagen; eine chemische Fabrik ist nicht mehr dieselbe, wenn nicht die wichtigsten Patente, Marken und Geheimnisse übergegangen

[1]) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Wien 1907): das Unternehmen ist eine Sache, aber weder eine körperliche noch eine unkörperliche, weder beweglich, noch unbeweglich. R. Isay, Das Recht am Unternehmen (Berlin 1910): Gegenstand der Rechtsgeschäfte am Unternehmen ist ein Immaterialgüterrecht. Aehnlich wohl Graubündner PR § 177 IV (bei Huber, Schweiz. PR III, 7). Nähere Belege für die herrschende Lehre sind überflüssig; nach Pisko S. 9/10 geht die österreichische Literatur mit der deutschen einig, ebenso die französische (vgl. Pandectes françaises, sub verbo: fonds de commerce, N° 5 ff., Thaller, Traité élémentaire de droit commercial N° 85—89).

sind. In den meisten Fällen kann auf die Erhaltung der Kundschaft nur gerechnet werden, wenn das Geschäft vom Erwerber in den bisherigen Lokalen fortgesetzt wird. Es fehlt somit dem Unternehmen eine wesentliche Eigenschaft der Rechtsobjekte: die Selbständigkeit; daraus ergeben sich die mannigfaltigen Unklarheiten und Widersprüche zwischen dem Recht an der einzelnen Sache und dem behaupteten Recht am Inbegriff, welche noch überall zu Tage getreten sind, wo man abstrakte Sammelbegriffe (Herde, Vermögen etc.) als Rechtsobjekte behandeln wollte.

In der weiteren Kontroverse über den Umfang des Vermögens, welches von einem Rechtsgeschäft über das Unternehmen betroffen sein soll, hat man sich heute darin geeinigt, dass es den Parteien freistehe, die Grenzen nach Belieben zu bestimmen innerhalb zweier Extreme. Im weitesten Sinne umfasst das Geschäft das gesamte Geschäftsvermögen, im engsten Sinne dagegen nur die Chancen, d. h. diejenigen Bestandteile des Vermögens, von deren Uebertragung im konkreten Fall der Uebergang der Kundschaft, die Fortdauer des Geschäftsbetriebes in der bisherigen Weise abhängt (BGer 22, 820/21, RG 25,4). Streitig ist nur noch die Frage, ob man sich in dubio für den engeren oder weiteren Begriff entscheiden soll; die herrschende Lehre nimmt mit Recht das letztere an.[2]) Das wirtschaftliche Interesse drängt beide Parteien zu dieser Lösung: nur so erspart der Veräusserer die oft mit Verlusten verbundene Liquidation; er könnte die versprochenen Lieferungen nicht mehr erfüllen, ohne dem Erwerber Konkurrenz zu bereiten; für die bestellten Waren und Rohstoffe hätte er keine Verwendung mehr. Umgekehrt tritt der Er-

[2]) Abweichend Regelsberger, Z. f. das gesamte Handelsrecht, 14, 1 ff. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 108. Stegemann, Die Vererbung des Handelsgeschäftes S. 34/35.

werber nur bei möglichst vollständiger Uebernahme des Vermögens in den laufenden Betrieb ein, die Vorräte entsprechen am besten den Bedürfnissen und Liebhabereien der Kundschaft, die Angestellten können am leichtesten beibehalten werden, die übernommenen Bestellungen sichern den Gang des Betriebs für die erste Zeit und knüpfen zugleich das Kreditverhältnis mit den Kunden und Lieferanten an (hiezu besonders Heinsen, Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages II, 135 ff.). Die Präsumption der Uebernahme des Geschäftes im Ganzen bedeutet eine Umkehr der Beweislast: der Veräusserer muss nachweisen, dass ein Aktivposten ausgeschlossen wurde, der Erwerber, dass er den Eintritt in eine Schuld abgelehnt habe. Der wirtschaftliche Zusammenhang übt hier eine ähnliche Wirkung aus wie bei den Pertinenzen.

Dass mit der Vermögensübernahme regelmässig ein Konkurrenzverbot verbunden wird, ändert an der Natur des Geschäftes als Kauf oder Niessbrauch an einem Vermögensinbegriff nichts; es werden auch sonst bei Verfügungsgeschäften obligatorische Verpflichtungen als Nebenabreden abgeschlossen (Garantieversprechen etc.). Nur beim Kleingewerbe erscheint das Wettbewerbsverbot als der wesentliche Teil der Vereinbarung und die Uebernahme von Vermögensstücken als nebensächlich, so dass hier die Auffassung zutrifft, welche Simon (in Z. f. das gesamte Handelsrecht 24, 118 ff.) für die Rechtsgeschäfte am Unternehmen allgemein vertritt: es handelt sich hier um einen Innominatkontrakt nach der Formel do ut facias, der zuweilen mit einem Vertrag nach dem Schema do ut des verbunden ist. Demnach kann die Nutzniessung an diesen Unternehmungen von der Pacht kaum unterschieden werden. Die folgenden Untersuchungen beschränken sich auf diejenigen Fälle, wo ein wirklicher Niessbrauch eintreten kann; unter den „Handelsgeschäften" sind daher hier alle Grossgewerbe mit Ausnahme der Landwirtschaft verstanden,

nicht aber diejenigen Gewerbe, die auch im Kleinbetrieb zum Handel gerechnet werden (Verordnung über Handelsregister etc. vom 6.V. 90 Art. 13 II Ziff. 1. lit.b—f.).

II. Nach der zu Grunde gelegten Anschauung fällt die Nutzniessung am Handelsgeschäft unter den Begriff des Vermögensniessbrauchs. Da das Vermögen als solches nicht Objekt dinglicher Rechte sein kann,[3]) so setzt sich das Rechtsverhältnis zusammen aus einer Summe einzelner Nutzungsrechte an den verschiedenen Vermögensbestandteilen und einem Legalschuldverhältnis, welches das Vermögen als Einheit behandelt. Im Folgenden ist das Hauptgewicht auf die Darstellung der obligatorischen Beziehungen der Parteien zu einander gelegt, weil darin vornehmlich die Besonderheiten des Niessbrauchs am Handelsgeschäft zu Tage treten. Vorerst muss jedoch zu einigen grundsätzlichen Fragen über die Nutzniessung Stellung genommen werden.

1. Entgegen der gemeinrechtlichen Theorie, welche dem verus ususfructus an unverbrauchbaren Sachen einen undefinierbaren quasi ususfructus an verbrauchbaren Sachen, Forderungen und anderen Rechten gegenüberstellte (B ü r k e l , Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 7), dehnt die heutige Doktrin allgemein und so auch das ZGB (vgl. Art. 773 mit 775) die Unterscheidung von eigentlichem und uneigentlichem Fruchtgenuss auf alle Objekte desselben aus. Uneigentliche Nutzniessung liegt überall dann vor, wenn das Recht, das der Niessbrauchsbesteller bisher inne hatte, ungeschmälert auf den Usufruktuar übergeht gegen die Verpflichtung zum Ersatz des Wertes nach Beendigung des Rechtsverhältnisses. Ein eigentlicher Fruchtgenuss an Sachen,

[3]) Treffend K o h l e r , Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, Arch. f. bürg. R. 22,1 ff.; a. M.: G i e r k e , DPR II § 104, III. P e t r a z y c k i , Einkommen I, 107 ff. (nur für den Ususfrukt, nicht für das Eigentum). H a n a u s e k , D. L. vom uneigentlichen Niessbrauch, S. 154 (nur für den Niessbrauch am Handelsgeschäft).

Forderungen, Aktien, Patentrechten etc. dagegen entsteht durch beschränkten Uebergang des Rechtes[4]): gewisse Befugnisse, die der Besteller bisher ausübte, fallen dem Nutzniesser zu, andere verbleiben beim Eigentümer oder sind gemeinsam auszuüben. Eine Abart des eigentlichen Ususfrukts stellt der Dispositionsniessbrauch dar: er beruht ebenfalls auf beschränktem Uebergang des Rechtes, doch tritt zu den gewöhnlichen Befugnissen eines Nutzniessers noch die Möglichkeit hinzu, über das Mutterrecht zu verfügen. Diese Einheit in der Struktur aller Fälle des eigentlichen Fruchtgenusses ist allerdings von denjenigen nicht anerkannt, welche für den Ususfrukt an Rechten an der m. E. unrichtigen Konstruktion eines Rechtes am Recht festhalten. Zur Erörterung dieser Kontroverse ist hier nicht der Ort; ich verweise auf Krückmann a. a. O. und die dort S. 145 ff. Zitierten (Hanausek, Mansbach, Kohler, Oertmann, Bekker, Brinz etc.). Die Regeln des Gesetzes sind grösstenteils auf den verus usufructus zugeschnitten; sie können für den Dispositionsniessbrauch meist zur Anwendung gebracht werden (nicht z. B. ZGB 760 III, 773); dagegen gelten für den Quasiususfrukt von den Normen der eigentlichen Nutzniessung nur ZGB 749 und 762 (wenn die Uebergabe vor der Sicherstellung erfolgte).

2. Wenn die drei Nutzniessungsarten: eigentlicher, uneigentlicher und Dispositionsniessbrauch bei allen Gegenständen möglich sind, so müssen weiter die Grundsätze bestimmt werden, nach denen die Aufteilung der Vermögensobjekte in dieser Hinsicht stattfindet. Dabei ist zunächst zu betonen, dass die Parteien hierin völlige Vertragsfreiheit geniessen (arg. ZGB 772); die wirt-

[4]) Ein konstitutives Element scheint mir in diesem Vorgang nicht zu liegen; der gebräuchliche Ausdruck: konstitutive und translative Sukzession ist daher vermieden (vgl. Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb; Arch. f. civ. Prax. 103, 139 ff., besonders 155 ff.).

schaftlichen Bedürfnisse sind jedoch gleichförmig genug, dass allgemeine Dispositivregeln aufgestellt werden können. Die ausschlaggebenden Unterschiede zwischen den drei Niessbrauchsarten liegen etwa in folgenden Momenten. Der eigentliche Nutzniesser muss in natura restituieren, der Dispositionsniessbraucher darf es tun, der Quasi-usufruktuar nicht. Die Verfügungsbefugnis geniesst der Dispositionsniessbraucher wie der uneigentliche Nutzniesser; dagegen nähert sich der Verfügungsniessbrauch dem eigentlichen darin, dass der Eigentümer dinglich gesichert ist, dafür aber die Lasten der nuda proprietas (Gefahr des zufälligen Untergangs, ausserordentlicher Reparaturen etc.) auf sich nehmen muss. Daraus lassen sich folgende Regeln ableiten:

a) Der Dispositionsniessbrauch eignet sich für die Nutzniessung an Gesamtheiten, die einer fortwährenden Ergänzung bedürfen, zu deren rationellen Nutzung also ein beschränktes Verfügungsrecht erforderlich ist, welche der Eigentümer aber doch nicht völlig aus der Hand geben kann (vgl. Kohler, Der Dispositionsniessbrauch, Jahrb. f. d. Dogmatik 24, 187 ff., besonders 229). Dahin gehören beim Handelsgeschäft z. B. die Bureaueinrichtungen, Werkzeuge, Maschinen (soweit sie nicht Bestandteile der Liegenschaften sind), Verlagsrechte, Patente und Marken nebensächlicher Art, endlich auch die Immobilien, welche der gewerbsmässigen Spekulation dienen (Baugeschäft). Ferner die Waren- und Rohstofflager in gewissen Ausnahmefällen, wo entgegen der Vermutung aus ZGB 772 I der Quasi-ususfrukt nicht angezeigt ist; so bei Waren, die sich so langsam umsetzen, bei Rohstoffen, die so langer Lagerung bedürfen, dass grosse Teile der Vorräte, die einst zurückgegeben werden sollen, schon lange vorher beschafft werden müssen, ferner bei Gegenständen, die einen solchen Wert repräsentieren oder so individuellen Charakter tragen, dass man nicht erst finito usufructu über den Ersatz des ganzen Inventars verhandeln kann (Antiquitäten, Raritäten, Bijouterien).

b) Der uneigentliche Niessbrauch tritt ein, wo eine Restitution der Gegenstände in natura gegen die Interessen des Eigentümers verstossen würde (Verjährung, Veralten etc.), ferner wenn ein Verfügungsrecht zur Nutzung erforderlich ist und der Eigentümer die etwas unsichere Stellung bei Quasiususfrukt den Lasten der nuda proprietas bei Dispositionsniessbrauch vorzieht. Hieher zählen die verbrauchbaren Sachen und die „verbrauchbaren Forderungen" (S t a m m l e r, Niessbrauch an Forderungen S. 74/75), d. h. diejenigen, welche zu einmaliger Geltendmachung bestimmt sind: Kaufpreis-, Werklohn-, Schadenersatz-, Warenlieferungsforderungen, Banknoten, Wechsel, Guthaben im Kontokorrentverhältnis etc., somit die Mehrzahl der gewöhnlichen Geschäftsforderungen. Ferner fallen unter den uneigentlichen Fruchtgenuss die zur Veräusserung bestimmten und daher für den konkreten Besitzer verbrauchbaren Gegenstände (mit den oben sub *a* erwähnten Ausnahmen), namentlich Modewaren, Viktualien, die rasch umgesetzt werden müssen, Massenartikel, für die im Notfall auch Ersatz in Geld genügt, weil sie sofort beschafft werden können. Aeusserst wichtige Objekte der uneigentlichen Nutzniessung sind endlich die Ansprüche des Geschäftsherrn aus den Dienstverträgen mit dem Personal. Wie schon OR 355 II beweist, sind diese nicht absolut unübertragbar, insbesondere können sie im Prinzip mit dem Geschäft zugleich abgetreten werden (ROHG, 1, 37 ff., 18, 370 ff.); sonst hätten es die Angestellten in der Hand, ihrem Arbeitgeber die Veräusserung des Unternehmens beinahe unmöglich zu machen durch grundlose Weigerung, beim Erwerber zu verbleiben. Gleicherweise gehen die Rechte auf den Niessbraucher am Geschäft über (a. M.: P i s k o, a. a. O. S. 23, E n d e m a n n, Sachenrecht S. 658) und zwar regelmässig zu uneigentlicher Nutzniessung. Nur bei den obersten Angestellten eines Unternehmens (Direktoren, Prokuristen, wissenschaftliche und technische Hilfskräfte) rechtfertigt sich eine Teilung der Befugnisse zwischen Nutzniesser und Gläubiger nach ZGB 773.

c) Beim verus ususfructus bleibt es somit für die Immobilien mit ihren Bestandteilen, für Bau- und Quellenrechte, Wasserrechtskonzessionen, für die wesentlichen Patente und Marken, sowie für die Rechte aus den wichtigsten Verträgen: mit dem höheren Personal, Lokalmiete, Tarifvereinbarungen, Abgrenzung gegenseitiger Interessensphären, Konkurrenzverbote (auch die Ansprüche hieraus sind auf den Geschäftsnachfolger übertragbar: RG 72, 435 ff.).

In zweifelhaften Fällen wird man dem Dispositionsniessbrauch den Vorzug geben dürfen vor dem eigentlichen, weil dadurch die Verwaltung vereinfacht wird; ferner ist der Quasiususfrukt seinerseits dem Dispositionsniessbrauch überlegen, weil der Kredit des Nutzniessers darunter leiden muss, wenn den Geschäftsgläubigern der Zugriff auf die Waren etc. entzogen ist. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nutzniesser eine so weit gehende Machtfülle des letzteren rechtfertigt.

Als die einzigen Güter, die sich nicht unter eine der drei Niessbrauchsarten einreihen lassen, weil sie überhaupt nicht Objekte subjektiver Rechte sind, bleiben Kundschaft, Kredit, Geschäftsgeheimnisse und ähnliche wirtschaftliche Güter. Soweit sie übertragen werden können, hat der Nutzniesser eines Handelsgeschäftes Anspruch darauf, dass sie ihm zur Nutzung überlassen werden. Das kann nur erreicht werden, wenn man den Eigentümer verpflichtet, alles zu tun, was dem Usufruktuar den Genuss ermöglicht, und alles zu unterlassen, was ihn hieran hindert. Der Eigentümer darf dem Niessbraucher keine Konkurrenz bereiten, er muss ihm die Geschäftsgeheimnisse mitteilen, er hat ihn in den Betrieb einzuführen. Das Rechtsverhältnis ist als Innominatkontrakt zu Niessbrauchszwecken zu charakterisieren. Durch diese Rechte und Pflichten unterscheidet sich die Nutzniessung am Handelsgeschäft vom Ususfrukt am Warenlager allein. Im Uebrigen sei schon

hier darauf hingewiesen, dass in Fällen, wo die Auslieferung der Geschäftsgeheimnisse zu gefährlich erscheint, der Zweck der Nutzniessung auch ohne Verwaltung des Betriebes durch den Berechtigten erreicht werden kann (vgl. unten S. 286 ff.).

3. Ein weiterer hier kurz zu erörternder Begriff ist die „gesetzliche Nutzniessung". Eine Definition desselben enthält das Gesetz nicht; aus den Materialien ist jedoch leicht zu entnehmen, dass darunter die „Nutzung"(jouissance, godimento) nach Güterverbindungsrecht, die „Nutzung" der Eltern und die als Intestaterbportion zugesprochene „Nutzniessung" (usufruit, usufrutto) verstanden wurde. Art. 797 des Teilentwurfes von 1899 lautete: „Die gesetzliche Nutzniessung (gesetzliches Erbrecht, ordentlicher ehelicher Güterstand, Elternrechte).."; in Art. 317 des Teilentwurfes von 1896 wird den Eltern die „Nutzniessung" am Kindesvermögen zugesprochen (französischer Text aber „jouissance"). Man vergleiche ferner die Erläuterungen zu Art. 755 III = ZGB 761 II und Huber zu Art. 753 = ZGB 758 in Prot. III. Session S. 135. Trotzdem ist eine von den vier Stellen, an denen die gesetzliche Nutzniessung auftritt, auf die Familiengüterrechte unanwendbar: sie können trotz ZGB 747 II im Grundbuch nicht eingetragen werden. Die Verweisungen in ZGB 201 I und 300 I setzen voraus, dass die Normen über die Nutzniessung auf die familienrechtliche „Nutzung" nicht Anwendung finden; überhaupt ist die „Nutzung" derart geordnet, dass die meisten Bestimmungen der Art. 745 ff. ausgeschlossen, modifiziert oder durch andere ersetzt sind. Dazu kommt der tiefgreifende Unterschied im Wesen der beiden Nutzungsrechte, welchen die neuere Doktrin mehr und mehr anerkennt: die Nutzniessung ist ein selbständiges Vermögensrecht, soweit sie Sachen zum Gegenstand hat, ein dingliches Recht; die Nutzung ist ein unselbständiges Statusrecht abhängig vom Eigentum der Frau oder des Kindes, sie ist niemals ein dingliches Recht, sondern die Folge eines Status, vergleichbar den

Nutzungsrechten der Markgenossen. Bei dieser Sachlage wird der den Materialien zu Grunde liegende Begriff nicht Stand halten können; man muss vielmehr den terminus in derselben Weise auslegen, wie es bei den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, gesetzlichen Wegrechten etc. üblich ist. Unter die „gesetzliche Nutzniessung" fallen demnach diejenigen Nutzungsrechte, die unmittelbar kraft Gesetzes entstehen, aber in allen andern Beziehungen den gewöhnlichen Nutzniessungsregeln unterstehen. Dies sind: die gesetzliche erbrechtliche Nutzniessung (ZGB 460, 462), der Ususfrukt am Ersatz- und Leistungsgegenstand nach ZGB 750 und 774 II, der Niessbrauch an den Akzessorien des Gegenstandes (z. B. nach OR 170) und die Nutzniessung, die der eine Ehegatte bei Gütergemeinschaft erwirbt, wenn dem andern bisher ein Fruchtgenuss zustand (vgl. Wieland, Art. 747). Auf alle diese Fälle ist ZGB 747, die Ausnahme vom Eintragungsprinzip, anzuwenden.

Gemäss dieser Auslegung sind im Folgenden die familienrechtlichen Nutzungsrechte nicht mitberücksichtigt.

II. Die Entstehung der Nutzniessung.

I. Die Entstehungsgründe des Ususfrukts sind: das Gesetz, Rechtsgeschäfte oder behördliche Anordnungen.

1. Unmittelbar das Gesetz in den eben genannten Fällen der „gesetzlichen Nutzniessung" (nur bei Gütergemeinschaft entsteht kein Niessbrauch, sondern es wird ein bestehender übertragen). Irgend ein Akt der Bestellung ist hier nicht erforderlich, insbesondere entsteht das Recht ohne Eintragung im Grundbuch. Um sein Recht aber gegen gutgläubigen Erwerb Dritter sicherzustellen, kann der Nutzniesser die Eintragung von sich aus erwirken (ZGB 747 II) und zwar auch nach der Vormerkung des Konkurses des Eigentümers, weil keine Verfügung des

Kridars erforderlich ist; auch haben die Gläubiger noch kein dingliches Recht erworben.

a) Den praktisch wichtigsten Entstehungsgrund des Usufrukts bildet wohl die gesetzliche Nutzniessung des überlebenden Ehegatten (ZGB 462); dagegen wird der Niessbrauch der Urgrosseltern und der Geschwister der Grosseltern (ZGB 460 II, III) kaum eine grosse Rolle spielen. Für beide Fälle statuiert ZGB 561 II die Entstehung unmittelbar ex lege.

b) Das Subrogationsprinzip erkennt das Gesetz ausdrücklich für die Ersatzgegenstände untergegangener oder enteigneter Niessbrauchsobjekte (ZGB 750 II, III) und für den Gegenstand der Leistung, wenn eine der Nutzniessung unterliegende Forderung erfüllt wird (ZGB 774 II). Wenn in Art. 750 dabei der Enteignung gedacht ist, so lässt sich hieraus entnehmen, dass die Subrogation über die Fälle des physischen Untergangs hinausgreift; so fällt unter die Nutzniessung auch der Ersatz, den der Dispositionsniessbraucher für veräusserte Gegenstände leistet (Wieland, Art. 766 Bem. 7, b, aa.). Dass in diesen Fällen die Nutzniessung ohne Bestellung durch den Eigentümer entsteht, ist für die Mobilien unbestritten, dagegen für die Grundstücke nicht durchweg anerkannt (ablehnend: Wieland, Art. 773/74 Bem. 7, c, Dernburg, bürg. Recht III, 533, Endemann, Sachenrecht S. 659). M. E. kann dieselbe Gesetzesnorm nicht bei Liegenschaften so völlig anders ausgelegt werden als bei Fahrnis; es handelt sich um eine gesetzliche Nutzniessung, für die ZGB 747 zur Anwendung kommt. Dass diese Abweichung vom Eintragungsprinzip nicht ausdrücklich vorgesehen wurde, kann nicht ins Gewicht fallen, weil das ZGB keine vollständige Kasuistik geben will; gerade die Ausnahmen in ZGB 656 II, 665 II sind nicht erschöpfend (Wieland, Art. 656 Bem. 2). Die Nutzniessung entsteht also ohne Eintrag, wenn eine dem Niessbrauch unterliegende Forderung auf Leistung eines Grundstücks erfüllt wird, und ebenso wenn der Usu-

fruktuar eines Baugeschäftes neue Immobilien als Ersatz beschafft (vgl. unten S. 293).

c) Bestandteile fallen von Gesetzes wegen unter die Nutzniessung, auch wenn sie erst nachträglich der Hauptsache eingefügt werden (ZGB 746 II, 642), ebenso Zubehörden, die nicht ausdrücklich vorbehalten wurden (ZGB 644 I). Dasselbe gilt für die Akzessorien der Gegenstände: Grunddienstbarkeiten, Grundlasten und andere subjektiv dingliche Rechte. Ausdrücklich anerkannt ist der gesetzliche Uebergang bei den Nebenrechten und Beweismitteln von Forderungen (OR 170, 166); der Niessbrauch am Pfandrecht entsteht immer gleichzeitig mit dem Fruchtgenuss an der Forderung. Zu den Akzessorien zählt m. E. auch die Forderung aus Sachversicherung (vgl. BGes über den Versicherungsvertrag = VVG Art. 54 ff.); der Ususfrukt erstreckt sich also auf diesen Anspruch (näheres unten S. 312 ff.).

2. Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Kausalgeschäft und dem Ausführungsgeschäft. Das letztere ist entweder ein Verfügungsgeschäft (Sukzession) oder ein originärer Erwerbsakt.

a) Der verfügungsgeschäftliche Erwerb setzt ein gültiges Kausalgeschäft voraus und ferner die Beobachtung der für die einzelnen Gegenstände vorgeschriebenen Verfügungsformen. Die Uebergabe der Mobilien wird sich beim Niessbrauch am Handelsgeschäft in der Form einer allgemeinen Einweisung in den Betrieb (Uebergabe der Schlüssel etc.) vollziehen. Für die Liegenschaften ist Eintragung im Grundbuch auf Grund der Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich; bei Forderungen schriftliche Zession (ZGB 746, OR 165). Diese Abtretungserklärung wird nicht jede Forderung einzeln aufzählen müssen, Formeln wie: „alle Geschäftsforderungen", „alle aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen Guthaben" etc. genügen. Zur Sicherung des ususfructus nominis gegen gutgläubige Zahlung des Schuldners an den Niessbrauchs-

besteller dient die Denuntiation (OR 167), wohl durch Zirkulare an die Debitoren. Besondere Regeln gelten für Wertpapierforderungen: die Uebergabe des Papiers ist erforderlich und tritt zugleich an Stelle der Denuntiation. Bei Ordrepapieren muss ferner entweder eine gewöhnliche Zession oder ein Indossament dazu treten; die Regel bildet wohl ein Indossament ohne Zusatz „zur Nutzniessung", weil die zu rascher Zirkulation bestimmten Ordrepapiere meist dem Quasiususfrukt unterliegen. Bei Inhaberpapieren genügt die Uebergabe, bei Namenpapieren muss eine schriftliche Zession erfolgen (OR 165, vgl. OR Entwurf 1905 Art. 1684 II, 1686 III). Eigentümlich geregelt ist der Quasiususfrukt an Forderungen: die Abtretung ist trotz schriftlicher Zession, Indossament etc. nicht rechtswirksam vollzogen, wenn der Anspruch auf Sicherstellung weder erfüllt noch durch Verzicht getilgt wurde (ZGB 775 III). Eine vermehrte Sicherheit wird dadurch kaum erreicht; denn ein illoyaler Nutzniesser — und nur gegen diesen richtet sich die Bestimmung — kann die Wertpapiere trotz des Mangels im Recht wirksam veräussern, andere Forderungen einziehen. Für Bestellung der Nutzniessung an Urheber- und Patentrechten genügt inter partes die mündliche Vereinbarung. Dritten gegenüber wird der Niessbrauch an Patentrechten, patentrechtlichen Lizenzen, Muster- und Modellrechten erst durch Eintragung wirksam; diese sollte also nicht versäumt werden. Ueber die Erfordernisse der Eintragung vgl. Patentgesetz Art. 9 III und Vollziehungsverordn. Art. 21 I; Muster- und Modellgesetz Art. 4, 19 und Vollziehungsverordn. Art. 13 III. Fabrik- und Handelsmarken sind nur übertragbar mit dem Geschäft zugleich; Dritten gegenüber ist Eintragung im Handelsregister und Bekanntmachung im Handelsamtsblatt erforderlich (Markengesetz Art. 11, 16). Der Besteller ist verpflichtet, die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abzugeben. Bei uneigentlichem Niessbrauch werden die Patente auf den Namen des Usu-

fruktuars umgeschrieben; eigentlicher und Dispositionsniessbrauch werden als „Aenderung im Besitz- und Genussrecht" eingetragen (Patentgesetz Art. 30 und Verordn. Art. 20 Ziff. 9; Muster- und Modellgesetz Art. 19, Verordn. Art. 17 Ziff. 14). Markenrechte lauten immer auf den Namen des Firmeninhabers; bei eigentlichem Niessbrauch liegt also, sofern der Usufruktuar die Firma führt, ein ähnliches Verhältnis vor, wie wenn Ordrepapiere durch einfaches Indossament nur zu eigentlicher Nutzniessung abgetreten werden: die Legitimation nach aussen geht weiter als das wirkliche Recht.

b) Originäre Entstehung tritt ein bei Erwerb bona fide und Ersitzung. Der erstere setzt ein gültiges Kausalgeschäft voraus; die letztere dient gerade zur Ausgleichung eines Mangels in dieser Beziehung.

α) Gutgläubiger Erwerb ist nur möglich beim Niessbrauch an Sachen und dinglichen Rechten, sowie bei Inhaber- und Ordrepapieren. Er soll den Erwerber gegen einen Mangel im Recht des Veräusserers schützen, wo nach der Lage der Dinge ein Vertrauen in dessen Recht gerechtfertigt war. Diese Legitimation bildet der Besitz bei Mobilien und Inhaberpapieren, die Eintragung bei Liegenschaften und die zusammenhängende Indossamentenreihe bei Ordrepapieren.

Neben diesem **gutgläubigen Erwerb** des Rechtes am Papier kommt auch der Erwerb der Ansprüche aus dem Papier in Betracht: Inhaber- und Ordrepapiere sind Skripturobligationen, bei formrichtiger Uebertragung können dem gutgläubigen Erwerber nur diejenigen Einreden entgegengesetzt werden, welche gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus dem Text selbst hervorgehen oder endlich dem Schuldner gegen den Erwerber persönlich zustehen (OR 847, 811, ZGB 866). Diese Wirkung des guten Glaubens nach Wertpapierrecht soll nach Hacker (Monatsschrift für Handelsrecht 15, 155; zustimmend Wieland, Art. 773/74 Bem. 10, d. aa.) beim Erwerb zu Nutzniessung ausgeschlossen sein. M. E. sind

die hiefür angeführten Argumente nicht stichhaltig. Von einem Widerspruch gegen den Begriff der konstitutiven Sukzession kann nicht die Rede sein, weil keine Rechtsnachfolge, sondern originärer Erwerb vorliegt. Dass der Schutz des guten Glaubens die Zirkulationsfähigkeit der Papiere erhöhen soll, ist richtig, ebenso dass dieses Motiv bei der eigentlichen Nutzniessung — aber nur bei dieser — nicht zutreffen kann. Daraus folgt aber noch nicht die Unanwendbarkeit der Regeln über den guten Glauben, weil ganz dieselbe Schlussfolgerung auch zur Ausschliessung des gutgläubigen Erwerbes des Nutzniessers bei Mobilien und Immobilien führen müsste. Entweder ist der gute Glaube in allen Fällen wirkungslos, wo eine Weiterveräusserung durch den Erwerber ausgeschlossen ist, oder der Gutgläubige wird geschützt, auch wenn er nicht veräussern, sondern selbst im Genuss bleiben will. Unser Gesetz hat — m. E. mit Recht — den letzteren Weg eingeschlagen (arg. ZGB 746 II, anders BGB Entwurf I). Uebrigens könnte der Beweis, dass eigentliche Nutzniessung und nicht Dispositionsniessbrauch vorliegt, recht schwer fallen, wenn Usufruktuar und Gläubiger unter einer Decke stecken, um dem Schuldner die Einreden abzuschneiden. Für Schuldbrief und Gült kommen alle drei Arten des gutgläubigen Erwerbs in Betracht: nach Mobiliarsachenrecht für das Recht am Papier, für den Inhalt des Rechts nach Wertpapier- und Grundbuchrecht (ZGB 865—867).

Bei Patenten können nichteingetragene Rechte dem gutgläubigen Nutzniesser nicht entgegengesetzt werden; dagegen kann das Patent samt der daraus abgeleiteten Nutzniessung trotz des besten Glaubens als nichtig gestrichen werden, wenn die Erfindung nicht neu war oder von einem Unberechtigten hinterlegt wurde. D. h. es gilt wohl das Eintragungs-, aber nicht das Oeffentlichkeitsprinzip. Verlangt der Verletzte statt der Nichtigerklärung die Abtretung des zu Unrecht erteilten Patentes, so haben der bisherige Patentinhaber und die Lizenznehmer einen Anspruch auf Erteilung einer Lizenz gegen angemessene Entschädigung,

sofern sie bona fide Veranstaltungen zur gewerbsmässigen Ausbeutung der Erfindung getroffen haben (Patentgesetz Art. 20); dasselbe muss auch für den Nutzniesser gelten. War der Niessbrauchsbesteller in gutem Glauben, so wird die Lizenz ihm bestellt und der Usufruktuar erwirbt Fruchtgenuss hieran gemäss ZGB 750 III; die Entschädigungssumme trägt der Besteller als ausserordentliche Last. Hat der Besteller diesen Anspruch nicht, so kann der Nutzniesser die Erteilung einer unveräusserlichen und unvererblichen Lizenz auf seinen Namen verlangen (eigentlich nur die Nutzniessung an einer Lizenz, die dem neuen Patentinhaber zustehen müsste!); die Entschädigung muss der Usufruktuar selbst aufbringen und kann den Besteller nur zum Ersatz anhalten, soweit dieser finito usufructu noch bereichert ist (ZGB 753, OR 423).

β) Eine Ersitzung der Nutzniessung findet nur statt, wenn Sachen die Objekte sind, d. h. wenn dingliche Rechte (Eigentum, Baurecht etc.) das Mutterrecht bilden. Die Frist beträgt fünf Jahre bei Mobilien, zehn bei Liegenschaften.

3. Der Erwerb des Niessbrauchs durch Verfügung einer Behörde tritt ein bei der ausserordentlichen Ersitzung an Grundstücken: der dreissigjährige ununterbrochene und unangefochtene Besitz in einem der durch ZGB 662 genannten Fälle gibt nur einen gesetzlichen Anspruch auf Zuerkennung der Nutzniessung, nicht das Recht selbst. Praktisch wichtiger sind die beiden andern Fälle. Die Nutzniessung entsteht durch konstitutives Urteil, wenn der Erbe ohne Grund sich weigert, den letztwillig vermachten Niessbrauch zu bestellen. Der obsiegende Usufruktuar kann die Eintragung im Grundbuch von sich aus erwirken (ZGB 665 II), beim Patentregister erfolgt sie von Amts wegen (Patentgesetz Art. 30 II). Zusprechung des Niessbrauchs im Erbteilungsverfahren ist nur bei der gesetzlichen Nutzniessung möglich, wenn die Beteiligten (Ehegatte und Erben oder mehrere Ur-

grosseltern) sich über die reale Teilung nach den ideellen Quoten nicht einigen können.

II. Bei der Nutzniessung am Handelsgeschäft bedarf es neben der Entstehung oder Bestellung des Rechtes am einzelnen Vermögensobjekt einer Abgrenzung der Rechte und Pflichten aus dem Legalschuldverhältnis, wenn die Parteien nicht Gefahr laufen wollen, später in kostspielige Prozesse verwickelt zu werden. Solche Vereinbarungen oder letztwillige Anordnungen sind selbst unter den nächsten Verwandten für diejenigen Fälle geradezu unerlässlich, wo zwischen dem Usufruktuar und den Erben oder unter mehreren Niessbrauchern eine Betriebsgemeinschaft einzutreten hat (Nutzniessung an einer Quote des Handelsgeschäftes; vgl. hiezu den interessanten Entscheid in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts 6, 160 ff.). Als Punkte, die einer Regelung besonders bedürftig sind, können folgende betrachtet werden:

In erster Linie ist festzusetzen, in welchem Umfang das Geschäftsvermögen der Nutzniessung unterliegen soll, welcher Quote des Nachlasses das Geschäft entspricht, wenn der Niessbrauch nach einer solchen bestimmt werden muss. Weiter ist zu entscheiden, wo eigentlicher, uneigentlicher oder Dispositionsniessbrauch Platz greift; das wird die Parteien zur Aufnahme eines Inventars mit Schätzung drängen. Eine Feststellung des Wertes der Chancen ist nur erforderlich, wenn das Handelsgeschäft als Quote des Vermögens zu berechnen ist; sonst genügt es, die durchschnittliche Rendite des Geschäftes während der letzten Jahre zu fixieren.

Aeusserst wichtig ist die Regelung der künftigen Leitung des Betriebes. Unpraktisch ist dabei jede Lösung, wo derjenige, der die Verwaltung führt, nicht auch unmittelbar für die Schulden haftet und den Gewinn oder Verlust zu spüren hat: so wenn der Nutzniesser auf eigene Rechnung, aber unter der Firma des Eigentümers handeln soll (so Dernburg in den früheren Auflagen

des bürg. Rechts und Kober, BGB 1085 Bem. 2), oder wenn umgekehrt der Eigentümer als Beauftragter des Nutzniessers das Geschäft leitet oder es auf eigenen Namen führt unter Ablieferung des jährlichen Reingewinns an den Niessbraucher (so Hanausek, D. L. vom uneigentlichen Niessbrauch S. 154, Dernburg, preuss. PR I, 710). Dagegen sind je nach der Lage der Dinge folgende Möglichkeiten zu empfehlen: Ist der Eigentümer der geeignete Verwalter, so kann er die Leitung des Geschäftes in seiner Hand behalten, wenn er die Nutzniessung durch eine genügende Rente ablöst (ZGB 463) oder den Betrieb als Pächter des Nutzniessers übernimmt; auf diese beiden Variationen muss der Usufruktuar aber nicht eintreten, sofern er nicht so unfähig ist, dass im Beharren auf selbständiger Geschäftsführung eine Verletzung der Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft (ZGB 755 III) liegt. Auf dieser Basis wird die von Rossel et Mentha, Manuel, II 127 ff. gesuchte Ausdehnung des Art. 463 eher begründet werden können, als auf Grund von ZGB 2 II. Ist umgekehrt der Niessbraucher der Sachverständige, so wird er das Unternehmen leiten in der Regel als Nutzniesser, d. h. unter der Pflicht, ein gleichwertiges Geschäft zu restituieren; wo aber auch für die spätere Zeit nicht die Aussicht besteht, dass der Eigentümer oder seine Erben den Betrieb fortführen werden, ist es einfacher, das Geschäft völlig auf den Niessbraucher zu übertragen gegen Sicherstellung des Ersatzes in Geld. Für den Fall endlich, wo keiner der Beteiligten zur Leitung des Betriebes geeignet ist und das Geschäft auch nicht mit Rücksicht auf heranwachsende Familienglieder erhalten werden muss, dürfte die Veräusserung oder Liquidation desselben ins Auge gefasst werden; der Erlös unterliegt der Nutzniessung. In dubio kann der Usufruktuar verlangen, dass die Leitung ihm übertragen werde [5]); er soll die

[5]) So die weitaus überwiegende Meinung, vgl. Wieland, Art. 766 Bem. 7, b, aa und dort Zitierte; ferner Kohler, Jahrb.

Nutzungen ziehen, er verwaltet die Sache (ZGB 755 II). Diese Lösung entspricht der Analogie der Pacht am besten; sie wurde auch während der Beratung des ZGB überall als die normale betrachtet: so in dem Antrag Martin:

> „L'usufruitier d'un fonds de commerce a le droit et l'obligation de continuer par lui-même ou par l'entremise d'un mandataire l'exploitation du commerce et doit restituer le fonds lors de la cessation de l'usufruit."

Prot. III. Session S. 143/144[6]) und ferner in den Voten von Bundesrat Brenner und der Ständeräte Schulthess, Hoffmann und Isler in Stenog. Bulletin 1906 S. 1373—75. Soweit Gegenteiliges nicht ausdrücklich bemerkt wird, ist im Folgenden stets dieser Normalfall zu Grunde gelegt.

Dass der Nutzniesser mangels gegenteiliger Abrede gemäss ZGB 775 I einen gesetzlichen Anspruch besitze auf Uebertragung des ganzen Unternehmens zu Quasiususfruct (W i e l a n d , Art. 766 Bem. 7, e, dd), wird man kaum billigen können. Eine extensive Interpretation dieser Bestimmung ist schon deshalb nicht angezeigt, weil sie ein Rudiment der alten Anschauung darstellt, dass der Niessbrauch an Rechten nur als Quasiususfruct konstruiert werden könne; ferner treffen für das Handelsgeschäft die Voraussetzungen gar nicht zu, von denen aus man in letzter Stunde zu diesem Kompromiss gelangte. Man dachte an Wertpapiere, bei denen eine gemeinsame Verwaltung zu umständlich wäre, bei denen das Interesse an hohem Ertrag demjenigen auf möglichste Sicherheit direkt entgegensteht, bei denen auch Ersatz in Geld möglich ist.

---

f. d. Dogmatik 24, 230 ff, B e h r e n d , Lehrbuch des Handelsrechts I, 210, S t e g e m a n n , a. a. O. S. 50, B a u d r y - L a c a n t i n e r i e , Précis de droit civil I N° 1552. Jetzt auch D e r n b u r g , bürg. R. III 541.

[6]) Der Antrag wurde abgelehnt, weil man die Materie überhaupt nicht regeln wollte.

Beim Niessbrauch am Handelsgeschäft ist das Verfahren nach ZGB 773 ohne dies nicht häufig, das Interesse beider Parteien geht ziemlich konform auf einen rationellen Betrieb, Ersatz in Geld ist immer ungenügend, weil der Erbe des Usufruktuars Konkurrent des Eigentümers bliebe, die Chancen also nicht restituiert würden. Dringend erforderlich ist eine Vereinbarung über das Schicksal der Passiven, die gesetzliche Regelung ist hier unzureichend (vgl. unten S. 320 ff.). Nur auf dem Wege des Vertrages kann endlich der Innominatkontrakt zu Niessbrauchszwecken bei Geschäftsgeheimnissen etc. näher präzisiert werden; zur gegenseitigen Sicherstellung müssen eventuell Kautionen oder Konventionalstrafen vereinbart werden.

III. Wirkungen der Nutzniessung am Handelsgeschäft.

1. Besitz und Verwaltung.

I. „Der Nutzniesser hat das Recht auf den Besitz . . . der Sache" (ZGB 755 I). Sache ist dabei in streng technischem Sinn zu verstehen; es gibt keinen Besitz an Forderungen, Urheberrechten etc. Bei der gesetzlichen Nutzniessung und bei Niessbrauchsvermächtnis entsteht der Anspruch auf Herausgabe resp. Uebergabe des Besitzes unmittelbar mit der Eröffnung des Erbgangs, er wird aber fällig erst, wenn der Erwerb der Erbschaft durch den Erben ein definitiver geworden ist (ZGB 562 II). Keinesfalls darf der Niessbraucher, der bereits Besitzer ist (überlebender Ehegatte), aus dieser Stellung verdrängt werden; denn dies wäre eine pro herede gestio, durch welche die Befugnis zur Ausschlagung verwirkt (ZGB 571 II) und somit die Fälligkeit des Besitzanspruchs des Usufruktuars herbeigeführt würde. Beruht die Nutzniessung auf einem inter vivos abgeschlossenen Kausalgeschäft, so bestimmt dieses den massgebenden Zeitpunkt der Uebergabe; bei Entstehung durch Anordnung einer Behörde entscheidet der Moment der Rechtskraft der Verfügung. Bei der uneigentlichen Nutzniessung an Objekten jeder Art und bei jedem Niessbrauch an

Wertpapieren wird der Anspruch auf Besitz erst fällig, wenn die Kaution geleistet ist (ZGB 760 II), sofern nicht darauf verzichtet wurde. Ist das Geschäft im Moment der Niessbrauchsbestellung verpachtet, so kann vorläufig nur der mittelbare Besitz eingeräumt werden; der Nutzniesser kann auf den nächsten zulässigen Termin kündigen (arg. OR 281). Das Analoge gilt, wenn Immobilien oder Teile solcher vermietet sind (OR 259/60); hier kann der Usufruktuar sogar verpflichtet sein, den Mietvertrag vollständig einzuhalten (Eintragung der Miete im Grundbuch).

Die Bedeutung des Besitzes für den Niessbraucher liegt zunächst mehr im Tatsächlichen: nur der Besitz ermöglicht ihm, die Nutzung selbst zu ziehen. Juristisch liegt das Hauptgewicht auf dem Besitzschutz für alle Sachen (ZGB 926—929) und namentlich auf dem Rechtsschutz des Besitzers bei Fahrnis: Vermutung aus dem Besitz und Fahrnisklage (ZGB 930—936).

Das Recht auf den Besitz endet normaler Weise bei Untergang der Nutzniessung; der Besitz selbst dauert aber fort bis zur tatsächlichen Restitution. Durante usufructu kann der Besitz nur durch den Richter entzogen werden in den Fällen von ZGB 762.

II. Der Nutzniesser besorgt die Verwaltung der Sache, hat aber bei der Ausübung dieses Rechtes nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft zu verfahren (ZGB 755 II,III). Recht und Pflicht stehen hier in enger Verbindung, nicht nur weil die Verwaltung an gewisse Schranken gebunden ist, sondern auch in dem Sinne, dass die Ausübung des Rechtes selbst zur Pflicht gestempelt wird. Gegenstand der Verwaltung ist nicht nur das einzelne Niessbrauchsobjekt; das Interesse richtet sich vielmehr auf die Verwaltung des Geschäftes, namentlich die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung bestimmen sich unter diesem Gesichtspunkt. Verwaltung eines Geschäftes bedeutet nichts anderes als Leitung des Betriebes; der Nutzniesser wird also — gegen-

teilige Vereinbarung vorbehalten — gemäss ZGB 755 II Prinzipal des Unternehmens. Er wird Kaufmann und Inhaber der Firma; diese muss auf seinen Namen lauten. Nach aussen unterscheidet sich die Stellung des Nutzniessers von der eines Eigentümers namentlich in der Haftung: er haftet mit seinem Privatvermögen und denjenigen Teilen des Geschäftsvermögens, die dem Quasiususfrukt unterliegen. Im Verhältnis zum Eigentümer zeigt sich seine Beschränkung darin, dass er an die Grenzen einer sorgfältigen Wirtschaft gebunden ist. Recht und Pflicht zur Verwaltung erstrecken sich zunächst auf die allgemeinen kaufmännischen Dispositionen: der Usufruktuar leitet den Betrieb, er nimmt Bestellungen an und gibt Aufträge auf, er schliesst die Verträge ab, leitet die Korrespondenz, er stellt das Personal an und bestimmt dessen Arbeitsordnung, er führt auch die im Betrieb entstehenden Prozesse durch. Dagegen sind diejenigen Streitigkeiten mit dem Eigentümer auszufechten, wo der Bestand eines diesem zugehörenden Rechtes in Frage steht: Grenzstreit bei Liegenschaften, Prozesse über die Neuheit der den Patenten zu Grunde liegenden Erfindungen etc. Soweit das Recht des Nutzniessers bei Unterliegen des Eigentümers gefährdet wäre, ist er interventionsberechtigt. Im Einzelnen sind die Befugnisse und Obliegenheiten sehr verschieden, je nach der Art des Niessbrauches, welcher die einzelnen Gegenstände unterliegen.

1. Ueber die Objekte der uneigentlichen Nutzniessung kann der Usufruktuar frei verfügen: er ist alleiniger Eigentümer oder Gläubiger, Wertpapiere nimmt er in seinen ausschliesslichen Besitz, die Forderungen kann er einziehen, stunden, zedieren. Aber selbst hier darf der Nutzniesser nur so verfahren, wie es den Bedürfnissen des Geschäftsbetriebes, den Regeln einer ordentlichen Verwaltung entspricht. So ist er verpflichtet, fortwährend für Ersatz der veräusserten Gegenstände zu sorgen, soweit es der Betrieb erfordert; er darf die Summe der

ausstehenden Forderungen nicht zu stark anwachsen lassen. Die Ersatzgegenstände bleiben Eigentum des Nutzniessers; es handelt sich somit nicht um den Ersatz nach ZGB 772 I, III, sondern um einen Ausfluss der Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung. Versäumt es der Usufruktuar, das Warenlager richtig zu assortieren, die Rohstoffvorräte zu ergänzen, so kann daher der Eigentümer wegen Gefährdung des Geschäftes einschreiten, auch wenn für den Ersatz der Objekte des uneigentlichen Niessbrauchs eine Sicherheit bereits geleistet wurde. Der Schuldner einer zedierten Forderung behält dem Usufruktuar gegenüber alle Einreden, die er im Moment der Denuntiation dem Niessbrauchsbesteller hätte entgegensetzen können (OR 169), ausgenommen bei Wertpapieren, sofern der Nutzniesser die Einrede nicht kannte und nicht kennen musste (OR 811).

2. Der Dispositionsniessbraucher kann frei verfügen, wie ein Eigentümer; aber der Eigentümer behält die nuda proprietas an den jeweilen vorhandenen Gegenständen und ist somit dinglich gesichert gegenüber den Gläubigern des Nutzniessers. Das Verfügungsrecht ist an die Schranken einer sorgfältigen Wirtschaft gebunden; bei Verletzung dieser obligatorischen Pflicht bleibt die Verfügung aber wirksam selbst bei mala fides des Erwerbers (Kober, BGB 1048 Bem. 1, a). Zum kaufmännischen Verfahren gehört es wiederum, dass für die abgehenden Stücke Ersatz beschafft wird, und zwar in dem Zeitpunkt und in der Weise, wie es den Bedürfnissen des Betriebes entspricht. An den Ersatzgegenständen erwirbt der Niessbrauchsbesteller Eigentum im Moment, wo sie dem Geschäftsinventar einverleibt werden, dem Nutzniesser fällt wieder der Dispositionsniessbrauch daran zu (dingliche Summission). Diese wichtige Eigentümlichkeit des Dispositionsniessbrauchs ist allerdings im Gesetz expressis verbis nicht ausgesprochen, aber doch mit Sicherheit zu erkennen. Ein deutlicher Fingerzeig hiefür liegt in der Regelung der Kautionspflicht: diese entsteht überall, wo der Eigentümer

auf einen obligatorischen Ersatzanspruch angewiesen ist (vgl. unten S. 332). Beim Dispositionsniessbrauch wird aber nicht einmal für diejenigen Fälle eine Kautionspflicht statuiert, wo der Nutzniesser von seinem Verfügungsrecht Gebrauch gemacht hat. Folglich muss nach der Meinung des Gesetzes eine dingliche Sicherheit bestehen, eben durch das nudum ius am Ersatzgegenstand. Verzögerung der Summission ist Gefährdung der Rechte des Eigentümers und löst als solche den Anspruch auf Sicherstellung aus. Andere Fälle, wo das Gesetz dem Nutzungsberechtigten die Fähigkeit beilegt, dem Vermögensherrn Eigentum an den Ersatzstücken zu verschaffen, zeigen ZGB 196 II und OR 284 II (vgl. auch BGB 1048). Entscheidend ist wohl der Umstand, dass nur diese Summission zu wirtschaftlich brauchbaren Resultaten führt [7]).

Bei Dispositionsniessbrauch an Immobilien (Baugeschäft) kann der Usufruktuar Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Mietverträge etc. in das Grundbuch eintragen lassen, er kann die Liegenschaften veräussern, parzellieren, zusammenlegen etc. Damit bei diesen Verfügungen die Eintragungsbewilligung des Eigentümers nicht erforderlich wird, muss der Dispositionsniessbrauch als solcher im Grundbuch bezeichnet werden. Der Nutzniesser kann dann über die Grundstücke verfügen wie ein gesetzlicher Vertreter, Willensvollstrecker etc. (vgl. Wieland, Art. 963 Bem. 4); eine Vollmachtserteilung durch den Eigentümer genügt nicht, weil sie im entscheidenden Moment widerrufen werden könnte. Beim Erwerb neuer Liegenschaften wird der Niessbraucher zur Vermeidung doppelter Spesen den Eintrag sofort auf den Namen des Eigentümers vornehmen lassen; das Kausalgeschäft mit dem Veräusserer kann die Form eines Vertrages auf Leistung an Dritte annehmen, oder der Niessbraucher zediert dem Eigentümer seinen Anspruch aus einem gewöhnlichen Vertrag. Als Stellver-

[7]) Vgl. besonders Kohler in den zitierten Aufsätzen (Jahrb. f. d. Dogmatik 24, 187 ff, Arch. f. bürg. R. 22, 1 ff.), Petrazycki, Einkommen I, 95 ff.

treter kann der Usufruktuar nur auf Grund besonderer Bevollmächtigung auftreten, weil er den Eigentümer anders nicht verpflichten kann. Mit dem Eintrag des Eigentümers erwirbt der Nutzniesser ex lege seinen Dispositionsniessbrauch.

Bei Wertpapieren kann der Usufruktuar Alleinbesitz verlangen und bei Ordrepapieren Vollindossament; denn er soll zur Verfügung legitimiert werden. Trotzdem verliert der Besteller die Gläubigerrechte nicht (Wieland, Art. 773/74 Bem. 10, d. aa u. Zit.). Die Einreden aus der Person des Bestellers kann der Schuldner dem Nutzniesser nur dann entgegenhalten, wenn er das Niessbrauchsverhältnis aufdeckt, wie beim Vollindossament zu Inkassozwecken (Wieland, Der Wechsel § 30), und wenn er nachweist, dass der Nutzniesser von der Mangelhaftigkeit seines Rechtes Kenntnis hatte; der gute Glaube wird geschützt und zugleich präsumiert (ZGB 3 I).

3. Beim eigentlichen Niessbrauch ist der Nutzniesser auf den Gebrauch und die Nutzung salva rerum substantia beschränkt; er kann über die Gegenstände nicht verfügen, insbesondere auch die Mietverträge nicht im Grundbuch eintragen lassen.

Handelt es sich um Forderungen, so kann der Usufruktuar diejenigen Ansprüche selbständig geltend machen, die als Nutzungen aus dem Rechtsverhältnis erscheinen: Zinsen, Dividenden, Verzugszinsen, Konventionalstrafen bei Konkurrenzverboten, die einzelnen Lieferungen bei Lieferungsverträgen. Bei der Verwaltung der Stammforderung haben Nutzniesser und Gläubiger zusammenzuwirken: hält der eine Teil eine Massregel für notwendig, so muss er vom andern Zustimmung verlangen oder diese durch richterliches Urteil ersetzen lassen. Dritten gegenüber kann keine Partei einseitig die Rechte der andern schmälern, ausgenommen bei Wertpapieren infolge gutgläubigen Erwerbs Dritter. Kündigungen und Mahnungen, die nur von einer Seite ausgehen oder nur an einen Teil gerichtet werden, bleiben

völlig wirkungslos (ZGB 773 II, Prot. III. Session S. 167 ff.). Dasselbe gilt, wenn der Nutzniesser ohne Zustimmung des Gläubigers, oder umgekehrt, die Hauptforderung zur Aufrechnung verwenden wollte. Einseitiger Verzicht, Vergleich, Stundung etc. berührt die Rechte des andern Teils nicht; dagegen widerstreitet es m. E. den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn der Verzichtende nicht bei seiner Erklärung behaftet wird, soweit es ohne Schädigung des andern geschehen kann (a. M. Wieland, Art. 773/74 Bem. 5, c.). Der Niessbraucher kann z. B. nicht nur auf einzelne Zinsraten verzichten, sondern auch einseitig eine Herabsetzung des Zinsfusses bewilligen oder die Zinspflicht ganz aufheben, aber nur für die Dauer seines Rechtes. Der Gläubiger darf auf sein nudum ius verzichten mit der Wirkung, dass er für alle Zeiten jeden Anspruch verliert, dass aber der Schuldner durante usufructu die Zinsen an den Nutzniesser entrichten muss wie bisher, eventuell auch die Hauptleistung zu Niessbrauch des Usufruktuars erfüllen muss. Wollte man dies nicht zulassen, so könnten die Parteien durch unentgeltliche Uebertragung des nudum ius auf den Schuldner denselben Erfolg doch herbeiführen: die Hauptforderung wäre durch Konsolidation untergegangen, aber die Nutzniessung müsste weiter bestehen. Die Theorie vom Recht am Recht wird sich allerdings mit diesen Vorgängen nie befreunden können; vom Standpunkt der beschränkten Rechtsübertragung aus liegen darin jedoch keinerlei Schwierigkeiten.

Für die Einreden des Schuldners gelten folgende Regeln: Wird die Hauptforderung geltend gemacht, gleichgültig von wem, so kann der Debitor die Einreden vorbringen, die er zur Zeit der Denuntiation dem Gläubiger gegenüber hatte — die Ausnahmen bei Wertpapieren vorbehalten. Klagt ein Teil allein, so hat der Schuldner ausserdem die Einrede der Nutzniessung und diejenigen Einwendungen, die ihm gegen den Kläger persönlich zustehen. Deckt der Schuldner trotz erfolgter Denuntiation den Ususfrukt nicht auf, so bleibt er dem nicht klagenden

Teil verpflichtet, sofern der unbefugt Vorgehende das eingezogene Kapital nicht gemäss ZGB 774 II verwendet (analog SchKG 205 I Satz 2). Gehen Nutzniesser und Gläubiger gemeinsam vor, so kann der Schuldner jedem diejenigen Einreden entgegenhalten, die ihm gegen diesen persönlich zustehen, unbeschadet der Rechte des Andern. Wenn z. B. der Usufruktuar auf zwei Jahreszinsen zum voraus verzichtet hat, zahlt der Schuldner nur eine Summe, die mit Zins und Zinseszins nach zwei Jahren das geschuldete Kapital erreicht $\left(\text{Barwert} = \frac{\text{Kapital}}{(\text{Zinsfaktor})^2}\right)$; dieser Betrag wird zinstragend angelegt mit der Bestimmung, dass die beiden ersten Jahreszinsen zum Kapital geschlagen und erst die folgenden dem Nutzniesser ausbezahlt werden. Oder wenn der Schuldner nach der Denuntiation eine Gegenforderung gegen den Gläubiger erworben hat, entsprechend z. B. der Hälfte des Kapitals, so wird die Hälfte des Betrages auf den Namen des Gläubigers, die andere aber auf den des Schuldners zinstragend angelegt und der Zins beider Summen dem Nutzniesser zugewiesen.

Bei Wertpapieren gilt dasselbe, was für den Dispositionsniessbrauch ausgeführt wurde, sofern der Niessbraucher voll legitimiert ist (einfaches Indossament, Alleinbesitz): der Schuldner kann Einreden aus der Person des Bestellers vorbringen, wenn er den Ususfrukt und die mala fides des Nutzniessers nachweist. Ist der Niessbraucher nur als solcher legitimiert, so hat der Schuldner eine von ihm allein ausgehende Klage zurückzuweisen bei Gefahr, vom Gläubiger noch einmal belangt zu werden. Die Einreden aus der Zeit vor der Niessbrauchsbestellung können dem Nutzniesser nur schaden, sofern die Präsumption seines gutgläubigen Erwerbs widerlegt wird (a. M. H a c k e r). Im Uebrigen gelten die eben ausgeführten Regeln.

Besondere Berücksichtigung verdient die äusserst wenig beachtete Nutzniessung an dauernden gegenseitigen Schuldverhältnissen (vgl. H a n a u s e k , D. L. vom un-

eigentlichen Niessbrauch §§ 19/20). Beim Fruchtgenuss am Mietrecht erhält der Usufruktuar dem Vermieter gegenüber die Stellung eines Untermieters (OR 264); im Verhältnis zum Mieter aber hat er nicht nur einen obligatorischen Anspruch, er ist beschränkter Zessionar. Für die Mietzinsen haftet dem Vermieter nur der Mieter, diesem gegenüber ist der Nutzniesser zur Erfüllungsübernahme verpflichtet. Endigt der Ususfrukt vor dem Mietverhältnis, so tritt der Mieter wieder in die Ausübung des Gebrauchsrechtes ein. Bei der Nutzniessung am Dienstverhältnis erwirbt der Niessbraucher dem Angestellten gegenüber die Befugnisse des Arbeitgebers: er teilt die Arbeit zu, gibt bindende Weisungen, übt die Disziplinargewalt etc. Dagegen richtet sich die Lohnforderung gegen den Niessbrauchsbesteller, sofern nicht eine Schuldübernahme stattgefunden hat; zur Erfüllungsübernahme ist der Nutzniesser verpflichtet. Kündigungen kann er bei eigentlichem Niessbrauch selbständig weder aussprechen noch entgegennehmen. Endigt das Dienstverhältnis vor dem Ususfrukt, so wird nichts restituiert; im umgekehrten Fall vereinigen sich alle Befugnisse wieder in der Hand des Gläubigers. Bei Werkverträgen ist zur Prüfung und Genehmigung des Werkes die Mitwirkung beider Teile erforderlich; doch tritt Quasiususfrukt ein, sobald das abgelieferte Werk zu den Objekten dieser Form gehört. Bei Lieferungsverträgen kann der Usufruktuar die einzelnen Lieferungen abrufen, er hat die Mängelrüge vorzunehmen; die Gegenstände der Leistung werden meist dem uneigentlichen Fruchtgenuss unterliegen. Handelt es sich um Konkurrenzenthaltungsverträge, so kann der Nutzniesser auf Schadenersatz, Konventionalstrafe und Unterlassung weiterer Zuwiderhandlungen klagen. Ersatz und Vertragsstrafe fallen an ihn ohne Restitutionspflicht; sie sollen den Ausfall an Gewinn ausgleichen, den er durch die Konkurrenz erlitten hat. Der Geschäftseigentümer kann nur auf Unterlassung weiterer Störungen klagen, nicht auf Ersatz. Zum Abschluss neuer Kontrakte an Stelle been-

deter Rechtsverhältnisse (Miet-, Dienstvertrag etc.) ist der Nutzniesser befugt kraft seines Verwaltungsrechtes; bei ungünstigen Verträgen kann der Eigentümer wegen Gefährdung einschreiten, ausserdem steht es ihm frei, seinerseits für Ersatz zu sorgen. Das neue Rechtsverhältnis unterliegt wieder der Nutzniessung (ZGB 750 II, III).

Der Beginn des Verwaltungsrechtes fällt zusammen mit dem Moment, wo der Niessbraucher in den Besitz eingewiesen wird. War der Usufruktuar bereits vorher im Betrieb tätig, so hat er seine Funktionen im Rahmen der bisherigen Stellung weiterzuführen bis zur Uebergabe. Das Verwaltungsrecht endet mit der Nutzniessung; doch sind die Erben des Usufruktuars verpflichtet, das Unternehmen als negotiorum gestores weiter zu betreiben, bis der Eigentümer selbst Fürsorge treffen kann (arg. OR 547 II). Soweit dies üblich ist, darf das Geschäft zunächst „wegen Todesfall" geschlossen werden. Dauert es voraussichtlich längere Zeit, bis der Eigentümer die Verwaltung übernehmen kann, so können die Erben des Nutzniessers Anordnung einer Beistandschaft für den Eigentümer verlangen.

2. Die Nutzung
insbesondere durch Uebertragung der Ausübung der Nutzniessung.

I. Der Niessbraucher hat das Recht auf die Nutzung der Sache (ZGB 755 I). Beim Handelsgeschäft kommen dabei nicht die Früchte einzelner Sachen in Betracht, somit auch nicht der Begriff der Frucht. Dem Nutzniesser gebührt vielmehr der jährliche absolute Reingewinn, der Aktivsaldo des Gewinn- und Verlustkontos (vgl. BGB 1655). Wenn Pisko, a. a. O. S. 133 dem Usufruktuar den Bruttoertrag als Frucht zuweist, so scheint dies praktisch auf dasselbe hinauszukommen, weil die Kosten des Betriebs zu Lasten des Nutzniessers fallen. Die Differenz beider Anschauungen zeigt sich bei der Verteilung des Gewinnes pro rata temporis in den beiden Jahren, wo der Niessbrauch beginnt und endet: nur der Gewinn, nicht auch die

Betriebskosten unterliegen diesem Verfahren (s. unten S. 328). So wäre es nach Pisko sehr wohl möglich, dass der eine Teil vom Bruttoertrag z. B. ¾ bezieht, während in den neun Monaten seiner Geschäftsführung vielleicht nur die Hälfte der Betriebsausgaben entstanden ist. Ferner ist für die Frage, ob die Rentabilität des Geschäftes erhalten sei, nur der Reingewinn, nicht der Bruttoertrag massgebend, ebenso beim Ersatz der Nutzung durch eine jährliche Rente (ZGB 463).

Der Reingewinn wird jährlich durch Inventar und Bilanz festgestellt; damit entsteht ein Ausgleichungsanspruch zwischen dem Geschäftsvermögen, dessen Barmittel ja Eigentum des Nutzniessers sind, und dem Privatvermögen desselben. Die Bilanz wird vom Niessbraucher als dem Verwalter des Vermögens aufgestellt; der Eigentümer hat das Recht, sie zu prüfen und mit den Büchern und Belegen zu vergleichen (arg. OR 541). Es gelten dabei folgende Grundsätze. Darzustellen ist der Stand des Geschäftsvermögens getrennt sowohl vom Privatvermögen des Nutzniessers als auch von dem des Eigentümers. Zu den Aktiven zählen sämtliche Gegenstände des Geschäftsinventars, auch wenn sie dem Quasiususfrukt unterliegen, ferner die ausstehenden Geschäftsforderungen, darunter auch die Ersatzforderungen des Eigentümers gegen den Nutzniesser; denn sie sind Forderungen des Geschäfts gegen das Privatvermögen des Usufruktuars. Auf der Passivseite der Bilanz figurieren die Geschäftsschulden, darunter die Ansprüche des Nutzniessers für Verwendungen und Neuerungen, ferner die Restitutionsforderung des Eigentümers; denn sie ist eine Forderung des Privatvermögens des Eigentümers gegen das Geschäftsvermögen. Das Privatvermögen wird als Gläubiger für das Anlagekapital gebucht. Die Beziehungen des Privatvermögens des Usufruktuars zum Geschäft sind auf dessen Kapitalkonto ersichtlich; dort erscheinen als Guthaben die Forderungen für Verwendungen und der Reingewinn, als Passiva die Ersatzforderungen des Eigentümers

und eventuell vorausbezogener Gewinn. Diese Passivposten verringern somit den Ausgleichsanspruch, aber nicht den Reingewinn, was bei der Prüfung der Erhaltung der Rendite von Bedeutung ist. Der Nutzniesser darf bei der Bilanz alle Vermögenswerte mit ihrem gegenwärtigen wirklichen Wert einsetzen, ohne die vielfach üblichen Abschreibungen bis auf minimale Summen vorzunehmen. Ist ein Minderwert eingetreten, für den er nicht haftet, so entspricht der Verminderung der Aktiven auch eine Reduktion der Restitutionsforderung des Eigentümers auf der Passivseite.

Ergibt sich statt des Gewinnes ein Verlust, so trägt diesen der Nutzniesser, d. h. er muss die Verminderung des Geschäftskapitals ersetzen, sofern er nicht nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (ZGB 752 III). Die Ersatzforderung wird aber erst bei Beendigung der Nutzniessung fällig; man lässt dem Usufruktuar Zeit, den Verlust durch spätere Gewinne auszugleichen. Trotz des Verlustes muss man dem Niessbraucher das Recht einräumen, die nötigen Subsistenzmittel dem Geschäftsvermögen zu entnehmen bis zu dem Betrage, der einem geschäftsleitenden Angestellten als Honorar zukäme (arg. OR 556 II); denn der Nutzniesser hat seine Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens gestellt. Was durch Verluste, solche Honoraransprüche oder falsche Berechnung der Bilanz aus dem Vermögen weggekommen ist, muss in den folgenden Jahren wieder eingespart werden, d. h. der Niessbraucher hat nur Anspruch auf den absoluten Reingewinn. Nur derjenige Verlust muss nicht wieder ausgeglichen werden, für den der Usufruktuar sich exculpieren kann, z. B. wenn durch Verlegung einer Strasse, eines Bahnhofs das Geschäftsgebäude an Wert eingebüsst hat. Solche definitive Verminderungen des Geschäftsvermögens hat der Nutzniesser aus späteren Gewinnen nicht zu ersetzen, so wenig er die Aufwendungen zu ausserordentlichen Lasten amortisieren muss.

Für die beiden Jahre, in denen der Niessbrauch beginnt und endigt, wird der Reingewinn der ganzen Rechnungsperiode zwischen dem Eigentümer und dem Usufruktuar pro rata temporis geteilt (ZGB 757). Wollte der bisherige Inhaber des Betriebes den von der letzten ordentlichen Bilanz bis zur Uebergabe erzielten Gewinn für sich beanspruchen, so würde dies bei allen Unternehmungen mit wechselndem Saisonbetrieb (Fremdenindustrie etc.) zu den unbilligsten Resultaten führen. Die entscheidenden Tage für diese Teilung sind bei der gesetzlichen Nutzniessung der Tod des Erblassers bei Beginn und der des Nutzniessers bei Beendigung des Rechtsverhältnisses. Beim rechtsgeschäftlich begründeten Niessbrauch ist der Zeitpunkt des Untergangs regelmässig derselbe; für den Beginn könnte man beim Niessbrauchsvermächtnis den Todestag des Testators als massgebend betrachten, an welchem der Anspruch auf Bestellung der Nutzniessung entsteht, oder den Moment, in welchem dieser Anspruch nach ZGB 562 II fällig wird, oder endlich den Zeitpunkt der tatsächlichen Bestellung des Rechtes. Trotzdem die Wortinterpretation (ZGB 757) zur letztern Möglichkeit hinführen müsste, ist m. E. der ersten der Vorzug zu geben. Nur dies entspricht den Intentionen des Testators; der Erbe sollte einstweilen keine Nutzungen ziehen, jedenfalls nicht für Saumseligkeit und trölerisches Hinausschieben der Annahme der Erbschaft prämiert werden. Eine gegenteilige Interpretation müsste den Nutzniesser zu Schadenersatzprozessen verleiten.

II. Statt die Nutzung unmittelbar selbst zu ziehen, kann der Usufruktuar die Ausübung des Niessbrauchs gegen Entgelt einem Andern überlassen und so den Ertrag auf indirekte Art beziehen. Nach ZGB 758 I ist der Fruchtgenuss wie im gemeinen Recht unübertragbar „dem Rechte nach", dagegen übertragbar „zur Ausübung". Wenn trotz der vielen Einwendungen gegen diese Uebertragung quoad exercitium das ZGB wie auch das BGB an dieser Institution festgehalten haben, so kann dies

nur so ausgelegt werden, dass nun das Recht des Nutzniessers entgegen der gemeinrechtlichen Praxis tatsächlich unübertragbar sein soll, d. h. der Usufruktuar kann seine Befugnisse weder durch vollkommene noch durch beschränkte Sukzession einem Andern verschaffen; er kann nicht darüber verfügen mit Ausnahme des Verzichtes und der Rangänderung. Der Ausübende erhält nur ein obligatorisches, niemals ein dingliches Recht; darum behält der Nutzniesser auch nicht nur ein nudum ius. Die Rechtsgeschäfte, die der Usufruktuar hiernach zur Uebertragung der Ausübung vornehmen kann, sind Miete, Pacht und Gebrauchsleihe. Die letztere ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Nutzniessung im konkreten Fall das Motiv zu Grunde liegt, dem Berechtigten die notwendigen Subsistenzmittel zu gewähren (W i e l a n d , Art. 758 Bem. 2); dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht immer massgebend. Dagegen sind Kauf und Schenkung m. E. nicht möglich; beides sind Rechtsgeschäfte, die eine Sukzession bezwecken, die durch Verfügung vollzogen werden müssen. Was die Parteien als Schenkung bezeichnen, stellt sich (OR 8 I) als eine Leihe auf unbestimmte Dauer dar; es gilt also OR 309 II, nicht OR 249 für den Widerruf. Dies entspricht gewiss der Situation besser, da doch der Nutzniesser haftbar bleibt für das Verhalten des „Beschenkten", da er den Niessbrauch gar nicht mehr unentgeltlich überlassen darf, sobald er die Erträgnisse zum eigenen Unterhalt bedarf. Der sogenannte Kauf wäre eine Miete mit einer Wette auf den Tod des Usufruktuars; die Uebertragung könnte aus wichtigen Gründen gekündigt werden (OR 269). Uebrigens wird ein solches Geschäft kaum vorkommen, sobald man mit der gemeinrechtlichen Praxis entschlossen bricht und dem Ausübenden keinen dinglichen Schutz gewährt. Der Nutzniesser eines Handelsgeschäftes kann demnach einzelne Gegenstände vermieten oder verpachten, sofern er sie nicht zum Betrieb des Gewerbes selbst bedarf. Er darf ferner das Unter-

nehmen als Ganzes verpachten, wenn seine Nutzniessung nicht unter den Begriff eines höchst persönlichen Rechtes fällt (ZGB 758 I). Diese Einschränkung der Uebertragbarkeit wurde in das Gesetz aufgenommen unter der Voraussetzung, dass die familienrechtlichen Nutzungsrechte unter den Normen der Nutzniessung stehen (Prot. III. Session S. 135); man wird sie aber auch dahin interpretieren dürfen, dass die Uebertragung ausgeschlossen ist, sobald nach dem ausdrücklichen Willen des Testators oder nach der Lage der Verhältnisse der Niessbraucher zur persönlichen Leitung des Betriebes verpflichtet erscheint. Aber auch in diesem Fall, wie bei der familienrechtlichen Nutzung, ist es nicht ausgeschlossen, dass der Usufruktuar einzelne Gegenstände vermietet oder verpachtet.

III. Das durch die Verpachtung des Geschäftes entstehende Rechtsverhältnis kann hier nur in seinen Grundzügen skizziert werden. Zum Abschluss des Vertrages ist der Niessbraucher berechtigt; er muss aber mit aller Sorgfalt zu Werke gehen. Der Eigentümer kann bei jeder Gefährdung seiner Interessen einschreiten, so auch wenn der Nutzniesser einen zu hohen Pachtzins gefordert hat, so dass der Pächter zum Schaden des Geschäftes nicht wird bestehen können.

Das Verhältnis zwischen Nutzniesser und Eigentümer erleidet durch den Pachtvertrag grundsätzlich keine Aenderung. Der Niessbraucher bleibt verpflichtet aus dem Legalschuldverhältnis, er haftet für jeden Schaden, der durch die Geschäftsführung des Pächters entsteht, er muss Kaution leisten, gegen ihn kann auf Anordnung der Beistandschaft geklagt werden. Der Beistand übernimmt in diesem Falle die Beaufsichtigung des Pächters und kann diesem gegenüber den Rücktritt vom Vertrag gemäss OR 294 erklären. Nur die eine Aenderung tritt ein, dass bei Beendigung der Nutzniessung der Eigentümer den Pächter in dubio noch sechs Monate dulden muss (arg. OR 281, vgl. BGB 1056).

Das Verhältnis zwischen Nutzniesser und Pächter steht unter den Normen des Pachtvertrages mit geringen Abweichungen. Der Pächter übernimmt in dubio die selbständige Leitung des Betriebes, er wird Firmeninhaber, die Firma muss auf seinen Namen lauten. In dieser Stellung als Geschäftsführer hat der Pächter dieselben Rechte und Pflichten, wie sie dem Nutzniesser selbst zukämen. Ob verbrauchbare Gegenstände (Waren, Rohstoffe, gewöhnliche Forderungen) verpachtet werden können, ist bestritten; regelmässig wird sie der Pächter im Interesse seines Kredites käuflich übernehmen. Ebenso liegt es im Interesse eines ungestörten Fortgangs des Geschäftes, wenn der Pächter nach aussen in die Passiven eintritt und die Vermögensverschiebung unter den Parteien wieder ausgeglichen wird. Hat der Pächter Bestandteile des Vermögens zu Eigentum übernommen, so kann er darüber frei verfügen, muss aber für Ersatz sorgen, soweit es der Betrieb erfordert. Bei Beendigung der Pacht muss der Nutzniesser das Warenlager, die Rohstoffvorräte wieder ankaufen, um dem Eigentümer ein betriebsfähiges Geschäft restituieren zu können. Statt den Kaufpreis bar auszulegen, wird er die Geschäftspassiven übernehmen. Auch die Gegenstände, die dem Dispositionsniessbrauch unterliegen, können dem Pächter käuflich übertragen werden; sind sie nur mitverpachtet, so erhält der Pächter trotzdem die Verfügungsbefugnis, soweit sie zum Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Es gibt auch eine Pacht mit Dispositionsrecht (vgl. OR 284 II). Der Pächter hat die gewöhnlichen Betriebskosten zu bestreiten, inbegriffen den ordentlichen Unterhalt des Geschäftsinventars; nur die ausserordentlichen Lasten fallen auf den Verpächter, der sie seinerseits auf den Eigentümer überwälzen kann. Dem Pächter haftet aber allein der Nutzniesser. An den Gegenständen des eigentlichen Niessbrauchs kann der Pächter kein Verfügungsrecht erhalten. Seine Befugnisse decken sich mit denen des Nutzniessers; dagegen

bleibt bei den Pflichten ein Ueberschuss auf Seiten des Usufruktuars, weil der Pächter die auf den Gegenständen lastenden Abgaben nicht übernehmen muss. Verletzt der Pächter seine Pflichten, namentlich die Regeln einer sorgfältigen Bewirtschaftung, so wird er dem Nutzniesser ersatzpflichtig; in schweren Fällen kann der Vertrag aufgelöst werden (OR 293/94).

Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Pächter steht unter analogen Regeln wie die Untermiete (ZGB 758 II, OR 289 III, 264 III). Der Eigentümer kann dem Pächter unmittelbar einen widerrechtlichen Gebrauch untersagen, Schadenersatz und Sicherstellung gegen weitere Zuwiderhandlungen verlangen. Im schlimmsten Fall steht ihm die Klage auf Aufhebung der Pacht zu (OR 261 II).

Ueberblickt man das wirtschaftliche Ergebnis der Verpachtung, so ist leicht ersichtlich, dass der Pachtzins nach Abzug der vom Nutzniesser zu tragenden Abgaben (OR 288) nie dem Reingewinn gleichkommen kann, den ein Niessbraucher durch eigenen Betrieb hätte erzielen können. Denn der Pächter muss nicht nur ein Aequivalent für seine Arbeit in Anrechnung bringen, sondern er beansprucht auch einen Anteil am sog. Unternehmerlohn und eine gewisse Risikoprämie. Dieser Ausfall kann aber für den Usufruktuar dadurch ausgeglichen werden, dass er seine eigene Arbeitskraft in anderer Stellung verwerten kann. Sind Teile des Geschäftsvermögens dem Pächter zu Eigentum abgetreten worden, so vermindert sich dadurch der Pachtzins; denn der Pächter wirtschaftet soweit mit eigenem Kapital. Dafür geniesst der Usufruktuar die Nutzung des hiefür bezahlten Kaufpreises.

So umständlich und verwickelt das Rechtsverhältnis bei Verpachtung an einen Dritten wird, so einfach gestaltet es sich, wenn der Geschäftseigentümer selbst die Stellung des Pächters inne hat; die Massregeln zur gegenseitigen Beaufsichtigung, die Kautionsforderungen

etc. fallen praktisch zum grössten Teile weg. Der Eigentümer darf schalten und walten, wie er will, unter zwei Einschränkungen: er muss den Pachtzins regelmässig bezahlen und darf das Geschäft ohne Zustimmung des Nutzniessers nicht veräussern oder liquidieren. Gegen Aenderungen des Betriebes, Erweiterungen, Umbauten, gefährliche Spekulationen oder knauserige Engherzigkeit braucht der Nutzniesser nicht einzuschreiten; auch bei der schlechtesten Wirtschaft kann der Eigentümer durch Sicherstellung des jährlichen Pachtzinses allen Klagen des Usufruktuars die Spitze abbrechen. Als ultima ratio bleibt endlich die Auflösung der Pacht; gerade dadurch unterscheidet sich dieses Rechtsverhältnis von der Umwandlung der Nutzniessung in eine Rente. Wo eine solche genügend sicher gestellt werden kann, ist diese Ablösung für beide Teile noch einfacher als die Verpachtung an den Eigentümer.

3. Wahrung des wirtschaftlichen Bestandes, Reparatur- und Versicherungspflicht.

I. Die vornehmste Pflicht des Nutzniessers geht dahin, den ihm zur Nutzung anvertrauten Gegenstand in solchem Zustand zu erhalten, dass er bei plötzlicher Beendigung seines Rechtes jederzeit der Restitutionsforderung in vollem Umfange genügen kann. Für den Niessbraucher eines Handelsgeschäftes ergibt sich daraus ein Doppeltes. Einmal muss er die Gegenstände, an denen ihm nur verus ususfructus bestellt wurde, in ihrem Bestand wahren. Wichtiger ist das Zweite: die Erhaltung des Geschäftes in seinem Dasein, in seiner individuellen Eigenart und in seinem Werte.

In erster Linie ist es Pflicht des Nutzniessers, für die Fortdauer des Geschäftsbetriebes zu sorgen, sei es durch eigene Verwaltung oder die eines Dritten; auch ZGB 764 I führt somit zu dem Resultat, dass der Niessbraucher zur Verwaltung verpflichtet ist. Nur im Einverständnis mit dem Eigentümer oder auf Grund

eines Urteils (ZGB 766) darf der Usufruktuar zur Liquidation schreiten.

Weiter ist es dem Niessbraucher untersagt, wesentliche Umgestaltungen an dem Geschäft vorzunehmen; er darf z. B. nicht ein Kolonialwarengeschäft in eine Drogerie oder eine Lokomotivfabrik in eine Kriegsmaterialienwerkstätte umwandeln (a. M. D e r n b u r g, bürg. Recht III, 513). Denn damit wechselt er die Kundschaft, die Lieferanten, er bedarf anderer Geschäftseinrichtungen, eines anders geschulten Personals, kurz er ändert die ganze geschäftliche Organisation. Dagegen ist es gestattet, in Zeiten schlechten Geschäftsganges den Betrieb zu reduzieren, an Stelle einzelner nicht mehr gangbarer Artikel neue zu führen; der Nutzniesser muss die Konjunkturen ausnützen, sich den wechselnden Bedürfnissen anpassen können. Die Grenze zwischen erlaubten und unerlaubten Aenderungen mag oft schwer festzustellen sein; bei Meinungsverschiedenheiten ist es Sache des Eigentümers, nach ZGB 759 gegen die Neuerung Einspruch zu erheben. Er hat dabei zu beweisen, dass es sich um eine wesentliche Veränderung handelt; der Nutzniesser kann die Klage zurückschlagen durch den Nachweis, dass sein Vorhaben für den Eigentümer nicht von erheblichem Nachteil sein wird (arg. ZGB 769 I) und vom Standpunkt des Nutzniessers aus ein berechtigtes Interesse bietet.

Endlich liegt es dem Niessbraucher ob, den Wert des Unternehmens zu erhalten, genauer den Wert des Geschäftsinventars (Aktiven abzüglich der Passiven) und den der Chancen. Beides ist scharf zu trennen; es geht nicht an, bei einer kleinen Erhöhung der Rentabilität, wie sie oft schon durch das längere Bestehen des Geschäftes herbeigeführt wird, den kapitalisierten Betrag dieser Vermehrung vom Inventar in Abzug zu bringen.

Der Wert des Inventars ist erhalten, wenn das Reinvermögen der Summe entspricht, welche das ursprüngliche Reinvermögen repräsentierte, und wenn

dieses Inventar zugleich den Bedürfnissen des Betriebes entsprechend zusammengesetzt ist. Die erste Bedingung wird genau genommen ohne Zutun des Nutzniessers automatisch erfüllt vermöge der gegenseitigen Ersatzforderungen. Das Hauptgewicht fällt demnach auf den zweiten Punkt: das Inventar muss so zusammengesetzt sein, dass der Betrieb fortwährend ohne Störung vor sich gehen kann. Daher erfüllt der Nutzniesser seine Obliegenheiten nicht, wenn er zwar keine Passiven hat, aber auch viel zu wenig Aktiven führt, wenn ausstehende Forderungen, namentlich gegen das eigene Privatvermögen einen zu grossen Teil des Inventars ausmachen.

Der Wert der Chancen beruht auf dem sog. Unternehmergewinn, d. h. dem Gewinn, der durch den Betrieb erzielt wird über die übliche Verzinsung der Kapitalien und einen angemessenen Lohn für die eigene Arbeit hinaus (vgl. Petrazycki, Einkommen II, 390 ff.). Dieser Wert ist demnach erhalten, wenn das Unternehmen nach Ausweis der letzten Bilanzen durchschnittlich denselben Reingewinn abwirft wie vor der Nutzniessung.

Das Mittel zur Erfüllung all dieser Pflichten ist eine sorgfältige, kaufmännische Verwaltung. Welche Vorkehrungen dazu gehören, ist oben zu skizzieren versucht; hier sind noch zwei vom Gesetz besonders hervorgehobene Obliegenheiten des Nutzniessers zu berühren: die Reparatur- und die Versicherungspflicht.

II. Die Reparaturpflicht normiert ZGB 764 in der Weise, dass der Niessbraucher die ordentlichen Ausbesserungen von sich aus vorzunehmen hat, während zur Ausführung der aussergewöhnlichen regelmässig keine Partei verpflichtet ist. Nur dann fallen auch solche Vorkehrungen in den Pflichtenkreis des Usufruktuars, wenn sie durch Nachlässigkeit im gewöhnlichen Unterhalt verursacht sind (Wieland, Art. 764/65 Bem. 1, a). Diese Regeln sind auf den verus ususfructus zugeschnitten und können nur dort buchstäblich zur Anwendung gebracht

werden. Dabei ist der Unterschied zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Reparaturen dahin zu formulieren, dass zur ersteren Kategorie alle diejenigen zählen, die regelmässig in kürzeren Zeiträumen wiederkehren, so dass man mit diesen Ausgaben von vornherein rechnen muss. Hauptreparaturen dagegen sind solche, die nicht aus den laufenden Einnahmen pflegen bestritten zu werden, die nicht wiederkehren oder doch nur mit so langen Zwischenräumen, dass sie für die Privatwirtschaft des Einzelnen nicht als periodisch betrachtet werden. Das bisherige kantonale Recht bietet hierüber oft eingehende Bestimmungen (ZGB 5 II); Anhaltspunkte gibt auch die Praxis des Mietvertrages (OR 263 II).

Bei den zahlreichen Gegenständen, für welche der Quasiususfrukt gewählt wurde, kann von einer Reparaturpflicht nicht die Rede sein; der Nutzniesser ist Eigentümer.

Auch beim Dispositionsniessbrauch kommt nicht die Erhaltung der einzelnen Sache, sondern nur die Wahrung des wirtschaftlichen Ganzen in Betracht. An Stelle der Reparatur einzelner Gegenstände tritt somit die Summission von Ersatzstücken. Schadhafte Waren werden in der Regel nicht repariert, sondern z. B. bei Ausverkäufen zu herabgesetzten Preisen veräussert; bei den Geschäftsutensilien liegt es im Interesse des Nutzniessers, kleinere Ausbesserungen vornehmen zu lassen, bei grösseren Schäden verlohnt es sich oft der Mühe nicht. Aber nicht nur darin liegt der Unterschied, dass in vielen Fällen die Anschaffung von Ersatzstücken an Stelle der Ausbesserung tritt, sondern auch der Umfang der Reparaturpflicht muss freier interpretiert werden. Es wird kein Ersatz beschafft und keine Reparatur vorgenommen, wenn der betreffende Gegenstand für den Betrieb entbehrlich ist; umgekehrt müssen oft Stücke, die noch völlig intakt sind, durch neue ersetzt werden, weil leistungsfähigere Hilfsmittel, modernere Artikel etc. notwendig sind. Mit dem Blick auf das Geschäft als Einheit bestimmt sich

endlich der Unterschied zwischen den ordentlichen und ausserordentlichen Reparaturen: auch der völlige Ersatz oder die gründliche Ausbesserung eines Gegenstandes kann zum gewöhnlichen Unterhalt des Inventars zählen. Hauptreparaturen liegen nur dann vor, wenn über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehende wichtige Vorkehrungen zum Schutze des Geschäftes notwendig werden. Die Grenze schwankt je nach dem Umfang des Unternehmens; als Beispiele von aussergewöhnlichen Massregeln seien erwähnt: der Uebergang vom Hand- zum Maschinenbetrieb oder vom Dampf zur Elektrizität, Umänderung einer Maschinenanlage infolge neuer Erfindungen, Erweiterung des Betriebes zur Behauptung einer Position im Konkurrenzkampf, Wechsel des Geschäftslokals, Umbau einer Werkstätte, die dem Fabrikgesetz unterstellt wurde, um sie mit den Bauvorschriften für Fabrikanlagen in Einklang zu bringen. In solchen Fällen ist der Nutzniesser verpflichtet, dem Eigentümer die Notwendigkeit einer Massregel anzuzeigen; beide Parteien sind berechtigt, die Aenderung vorzunehmen; will es der Eigentümer nach seinen Intentionen tun, so gebührt ihm der Vorrang (ZGB 764 II, III).

III. 1. Die Pflicht zur Versicherung besteht nur bei Gegenständen der eigentlichen Nutzniessung und des Dispositionsniessbrauchs; denn nur hier trägt der Besteller des Ususfrukts die Gefahr des zufälligen Unterganges. Dem Quasiusufruktuar ist die Versicherung des eigenen Risikos freigestellt. Ferner kann er nur zur Versicherung angehalten werden, soweit dies „nach ortsüblicher Auffassung zu den Pflichten einer sorgfältigen Wirtschaft gerechnet wird“ (ZGB 767 I). Demnach ist er nicht verpflichtet, den vollen Wert der Gegenstände zu versichern, soweit die Unterversicherung üblich ist. Weiter ist nach dieser Norm zu entscheiden, für welche Vermögensobjekte und gegen welche Gefahren die Versicherung verlangt werden kann. Geschäftsgebäude sind wohl überall gegen Feuer zu versichern, meist schon kraft öffentlichen Rechtes;

unter Umständen kann auch eine besondere Glasversicherung geboten sein (grosse Schaufenster in verkehrsreichen Strassen, Lichthöfe, Treibhäuser etc.). Die Mobiliarversicherung ist weniger verbreitet; doch dürfte sie gerade bei Kaufleuten am ehesten üblich sein, namentlich wenn grosse Summen auf dem Spiele stehen. So sind Warenlager, bei denen nur Dispositionsniessbrauch eintritt (Kunstgegenstände etc.), gegen Feuer und Diebstahl zu versichern. Bei Fuhrhaltereien und ähnlichen Betrieben kann die Viehversicherung verlangt werden. Solvenzversicherung dürfte dagegen kaum in Frage kommen, da die meisten Geschäftsforderungen dem Quasiususfrukt unterliegen; bei Wertpapieren tritt die Hinterlegung in den diebs- und feuerfesten Safes an Stelle der Versicherung.

2. Wo nach diesen Regeln die Pflicht zur Versicherung besteht, ist es Sache des Niessbrauchers, für den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu sorgen, sofern der Gegenstand nicht schon durch den Eigentümer versichert wurde. In beiden Fällen, ob nun der Nutzniesser oder der Eigentümer den Vertrag abgeschlossen hat, gilt in dubio das objektive Interesse als versichert (VVG 49 II), also das durch den Fruchtgenuss geschmälerte Interesse des gegenwärtigen Eigentümers und das Konkurrenzinteresse des Usufruktuars sowie allfälliger Pfandgläubiger. Ist durch ausdrückliche Vereinbarung nicht das volle objektive Interesse unter Versicherung gebracht, so ist der Nutzniesser seiner Pflicht nicht nachgekommen; denn die Versicherung „zu Gunsten des Eigentümers" verfolgt nicht nur den Zweck, dem Eigentümer den Schaden zu ersetzen, den er durch Verlust oder Entwertung des nudum ius durante usufructu erleidet, sondern es soll der volle Sachwert ersetzt werden. Nur dann ist eine Wiederherstellung der Sache aus der Entschädigungssumme möglich, nur dann ist die Fortdauer des Niessbrauchs am Ersatz berechtigt und zugleich gefordert durch das Prinzip, dass die Sachversicherung dem Ver-

sicherten nie mehr gewähren soll, als den Ersatz seines Interesses. Will der Versicherungsnehmer jeden Zweifel darüber ausschliessen, dass das volle objektive Interesse gedeckt sein soll, so mag er die Formeln „für Rechnung, wen es angeht" oder „auf eigene oder fremde Rechnung" anwenden. Notwendig ist dies nicht, da VVG 16 II nicht dahin interpretiert werden darf, dass immer Versicherung ausschliesslich auf eigene Rechnung gegeben ist, sobald Gegenteiliges nicht ausdrücklich festgesetzt wurde. Vielmehr genügt es, wenn der Wille, auf fremde Rechnung zu handeln, aus den Umständen erkennbar ist (R o e l l i, Kommentar zum VVG S. 252). Die Versicherung der Sache durch einen von mehreren Konkurrenzinteressenten gilt als ein solcher Umstand (VVG 49 II), sobald nicht erkennbar ausschliesslich auf das eigene subjektive Interesse Bezug genommen wird. In dem objektiven Interesse nicht inbegriffen ist das Ertragsinteresse des Nutzniessers (Separatinteresse), z. B. das Interesse, dass der Geschäftsbetrieb nicht durch eine Feuersbrunst zeitweise lahmgelegt werde (Chômageversicherung); soll auch dieses Interesse gedeckt sein, so muss dies ausdrücklich vereinbart werden.

3. Bei der Untersuchung des durch die Versicherung entstehenden Rechtsverhältnisses sind folgende Fälle auseinander zu halten:

a) Wenn der Eigentümer den Vertrag vor Bestellung der Nutzniessung abgeschlossen hat, so liegt zunächst eine Versicherung für eigene Rechnung vor; der Eigentümer ist Versicherungsnehmer und Versicherter zugleich. Tritt nun der Niessbrauch ein, so wird dadurch das Interesse des Eigentümers geschmälert; die Entschädigungssumme darf ihm also nicht mehr unbeschränkt zufallen, sondern nur belastet mit dem Ususfrukt (ZGB 750 III). Nun erhebt sich aber die weitere Frage, ob sich die Nutzniessung gleich wie das Pfandrecht (VVG 57, ZGB 822) auf den Versicherungsanspruch erstreckt oder erst an der ausbezahlten Entschädigungssumme wieder entsteht.

Bejaht man die zweite Möglichkeit (so Wieland, Art. 750 Bem. 3), so ergeben sich folgende Konsequenzen: Der Eigentümer allein hat einen Anspruch gegen den Versicherer, er kann ihn nach Eintritt des Schadens zedieren, darauf verzichten, ungünstige Vergleiche abschliessen; auch wenn er die Forderung geltend macht, so erhält der Nutzniesser zunächst nur einen Anspruch auf Bestellung des ihm nach ZGB 750 III zustehenden Ususfrukts, d. h. auf Uebertragung des Eigentums am Gelde. Er fällt also beim Konkurs des Eigentümers unter die grosse Masse der Chirographargläubiger. Hat der Eigentümer arglistig oder grobfahrlässig das befürchtete Ereignis selbst herbeigeführt, so geht der Niessbraucher leer aus, weil kein Ersatz geleistet wird (VVG 14). Auch die dem Usufruktuar im Rang nachstehenden Pfandgläubiger können den Versicherungsanspruch verwerten, bevor der Ersatz zur Auszahlung gelangt. Gerade der Umstand, dass die Chirographar- und nachgehenden Hypothekengläubiger durch den Eintritt des Schadens bedeutend besser gestellt werden, zeigt nicht nur die Unbilligkeit, sondern auch die Gefährlichkeit dieser Konsequenzen: wenn dem Eigentümer Konkurs droht, liegt für diejenigen, die vielleicht Tausende verlieren müssten, eine grosse Versuchung darin, dass sie sich teilweise oder ganz retten können, wenn „dem Zufall nachgeholfen wird".

Diese unerfreulichen Sätze entsprechen nun aber m. E. nicht der geltenden Rechtslage. Vielmehr erwirbt der Usufruktuar trotz des Schweigens des Gesetzes Nutzniessung auch am Versicherungsanspruch gemäss ZGB 746 II in Verbindung mit VVG 54. Die Versicherungsforderung geht auf den Erwerber des Eigentums eo ipso über, sofern dies nicht ausdrücklich abgelehnt wird; für den Erwerb der Nutzniessung gelten die Bestimmungen über den Erwerb des Eigentums, soweit es nicht anders geregelt ist. Es müsste also positiv im Gesetz stehen, wenn der Ususfrukt den Versicherungs-

anspruch nicht ergreifen sollte. Die Motive, welche für den Uebergang der Versicherung bei der Handänderung und Verpfändung sprechen, gelten auch bei der Nutzniessung; denn „jede Versicherung des Eigentümerinteresses umfasst ohne weiteres auch das schmälernde Interesse des dinglich Berechtigten, des sog. Konkurrenzinteressenten" (Botschaft zum VVG vom 2. Februar 1904 S. 71). Es handelt sich nicht um eine Eigentümlichkeit des Eigentums und des Pfandrechts, sondern um eine Eigenschaft des Sachversicherungsanspruchs: er haftet an der Sache (R o e l l i, Motive, zweiter Teil S. 64). Die Versicherungsforderung ist durch VVG 54 ff. zum akzessorischen Recht geworden: sie dient den an der Sache bestehenden dinglichen Rechten, sie geht mit diesen über oder sie geht unter, zum Uebergang ist eine besondere Zession nicht erforderlich.

Bei dieser Sachlage muss es verwunderlich erscheinen, dass das VVG die Frage nicht deutlich in der einen oder andern Weise entscheidet. Was bedeutet der Verweis auf das kantonale Recht in VVG 58? Hiezu ist Folgendes zu bemerken:

Der Entwurf von 1896 handelte in Art. 56 (= VVG 57) nur vom Mobiliarpfandrecht mit der damals richtigen Begründung (R o e l l i, Motive, zweiter Teil S. 68), dass „die verfassungsmässige Trennung der zivilrechtlichen Gesetzgebungsgewalt zwischen Bund und Kantonen" nicht gestatte, andere dingliche Rechte an fremder Sache zu berücksichtigen. Trotz der Verfassungsänderung von 1898 beschränkte sich auch der bundesrätliche Entwurf von 1904 (Art. 51) auf das Faustpfandrecht, und selbst die Aenderung, die der Ständerat vornahm, entsprang nicht der Einsicht, dass die Kompetenzgrenzen inzwischen geändert hatten, sondern man wollte nur das ohne Besitzübertragung bestellte Mobiliarpfandrecht (Viehverpfändung etc.) mit einschliessen (Stenogr. Bulletin 1905 S. 229). Daher blieb der Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts aufrecht. Nachdem nun das kan-

tonale Sachenrecht dem ZGB hat weichen müssen, ist dieses auch für die vorliegende Frage allein massgebend; denn VVG 58 sollte keine Durchbrechung der Rechtseinheit schaffen.

Hat der Nutzniesser auch ein Recht am Versicherungsanspruch — und dies steht abgesehen von den obigen Argumenten ausser Zweifel, sobald der Niessbrauch nicht an einer einzelnen Sache, sondern an einem Vermögensinbegriff bestellt wird, — so werden die oben skizzierten unhaltbaren Konsequenzen alle vermieden. Eigentümer und Niessbraucher machen den Anspruch gemeinsam geltend (ZGB 773), keiner kann durch einseitige Vergleiche, Vereinbarungen etc. die Rechte des Andern schmälern, zur Entgegennahme des Geldes wird der Eigentümer den Usufruktuar ermächtigen, nachdem er die ihm gebührende Kaution (ZGB 760 II) erhalten hat; die dem Nutzniesser nachgehenden Pfandgläubiger können den Anspruch nur belastet mit dem Fruchtgenuss verwerten. Selbst wenn der Eigentümer nach VVG 14 sein Recht verwirkt, kann dies m. E. dem Usufruktuar nicht schaden. Geht man nämlich von der Anschauung aus (siehe oben S. 274), dass der usus fructus nominis nicht ein dingliches Recht an der Forderung, sondern ein der ursprünglichen Forderung im Wesen gleichartiges, nur im Umfang beschränktes Recht gegen den Schuldner, hier den Versicherer, darstelle, so sind Nutzniesser und Eigentümer Anspruchsberechtigte (vgl. die Definition bei Roelli, Kommentar S. 207). Da der Niessbraucher sein Recht durch beschränkte Zession erworben hat, stehen ihm diejenigen Einreden entgegen, welche aus dem Vertragsverhältnis herzuleiten sind, wie es sich vor der Zession gestaltet hatte (Verletzung von Anzeigepflichten), sowie die sonstigen Einwendungen aus der Person des Eigentümers, soweit sie vor der Denuntiation entstanden sind (OR 169 I, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 567/68), ferner die Einreden gegen ihn persönlich und für Handlungen

des Eigentümers nach der Denuntiation, soweit dieser als Stellvertreter der Konkurrenzinteressenten auftreten konnte. Im Uebrigen kann jeder Anspruchsberechtigte durch seine Handlungen nur sein eigenes Recht verwirken (Roelli, Kommentar S. 222). Zündet der Eigentümer sein Haus an, so darf der Nutzniesser oder Pfandgläubiger nicht darunter leiden, so wenig der jetzige Eigentümer dadurch geschädigt werden kann, dass ein früherer den Brand verursacht. Für die Hypothekargläubiger hat das deutsche VVG dieses längst vertretene Postulat (vgl. Ehrenberg, Handbuch I, 309 ff, 467 ff.) verwirklicht; umsomehr muss im Interesse der Verkehrsfähigkeit unserer Schuldbriefe und Gülten die Auffassung bekämpft werden, dass unser Recht diese selbständige Stellung der dinglich Berechtigten ausschliesse. Wohl glauben die Motive (zweiter Teil S. 57), dass dies gegenwärtig noch nicht erreichbar sei; inzwischen hat aber der deutsche Gesetzgeber den Schritt gewagt und unser Gesetz hindert die Praxis nicht ein Gleiches zu tun, weil Nutzniessung und Pfandrecht am Versicherungsanspruch nicht in Widerspruch steht mit einem unabhängigen Recht der Konkurrenzinteressenten. Sie haben nicht Niessbrauch oder Pfandrecht an einer ihnen selbst zustehenden Forderung (so Hellwig, a. a. O. S. 558, widerlegt durch das deutsche VVG), sondern Anteil an der Forderung als Mitgläubiger aus Nutzniessung oder Pfand.

Sind die Konkurrenzinteressenten Anspruchsberechtigte, so hat dies umgekehrt zur Folge, dass sie ihr Recht verwirken, wenn sie selbst den Schaden herbeiführen (a. M. Roelli, Kommentar S. 208/09); auch dies entspricht durchaus der Billigkeit. Der Versicherer muss den Ersatz nicht auszahlen, bevor der Prozess, ob Brandstiftung durch einen Konkurrenzinteressenten vorliegt, entschieden ist; er läuft also nicht Gefahr, dem Verdächtigen zunächst das Geld hingeben zu müssen und nachher mit der Regressforderung leer auszugehen.

Nach VVG 54 gehen neben den Rechten auch die Pflichten aus dem Versicherungsvertrag auf den Erwerber über; bei der Singularität dieser Schuldübernahme ex lege und in Uebereinstimmung damit, dass auch der Vermögensniessbraucher nicht nach aussen haftbar wird, dürfte es genügen, den Nutzniesser dem Eigentümer gegenüber zur Entrichtung der Prämien zu verpflichten (ZGB 767 II), ohne ihn dem Versicherer direkt haften zu lassen (W i e l a n d , Art. 767 Bem. 4).

b) Nimmt der Eigentümer während der Dauer des Ususfrukts Versicherung, so erstreckt sich die Nutzniessung ohne Weiteres auf den Versicherungsanspruch, wie dies auch beim Pfandrecht der Fall wäre. Es treten also die eben dargestellten Rechtsverhältnisse ein.

c) Dieselbe Konstruktion wäre auch möglich für den Fall, dass der Niessbraucher seiner Pflicht entsprechend die Gegenstände unter Versicherung bringt; das deutsche Recht ist in diesem Sinne vorgegangen (BGB 1045/46), inkonsequenter Weise allerdings ohne dem Niessbraucher dieselbe gesicherte und unabhängige Stellung einzuräumen, wie den Hypothekargläubigern. Unser Gesetz schlägt jedoch hier einen andern für den Eigentümer wesentlich ungünstigeren Weg ein in Anlehnung an die von H e l l w i g , a. a. O. S. 538 ff. vertretene Auffassung der Versicherung für fremde Rechnung. Der Nutzniesser ist nach VVG 17 II ausschliesslich befugt, den Versicherungsanspruch geltend zu machen; er bedarf hiezu keiner Zustimmung des Eigentümers. Die vom Gesetzesredaktor zu Grunde gelegte Konstruktion ist folgende: Nach Hellwig ist es möglich, ein fremdes Interesse derart unter Versicherung zu bringen, dass alle Rechte aus dem Vertrag, auch die Forderung auf die Versicherungssumme dem Versicherungsnehmer zustehen (S. 538/39); doch muss zur Vermeidung der gefährlichen Wettassekuranzen in der Regel durch Nebenvertrag Leistung der Entschädigung an einen Dritten, den Interessenten, vereinbart werden. Dieser Nebenvertrag

kann aber unterbleiben, wenn der Versicherungsnehmer zum Interessenten in einem Rechtsverhältnis steht, das ihn zur Herausgabe des Erlangten an denselben nötigt; so bei der Nutzniessung (S. 543/44). Der Niessbraucher ist also allein der Versicherte; es ist Versicherung für fremde Rechnung, bei welcher der interessierte Dritte keine Rechte erhält, sondern auf das interne Verhältnis zum Versicherungsnehmer angewiesen bleibt (vgl. hiezu Roelli, Kommentar S. 244 ff., 255 ff.). Diese grundverschiedene Konstruktion führt natürlich auch zu ganz anderen Resultaten als in den obigen Fällen. Der Nutzniesser ist Versicherungsnehmer und Versicherter, er haftet für die Prämien. Die von J. Gierke (Jahrb. f. d. Dogmatik 40, 390 ff.) vertretene Auffassung, wonach der Niessbraucher als Vertreter des Eigentümers diesen berechtigt und verpflichtet, ist hier natürlich völlig ausgeschlossen. Der Usufruktuar verhandelt mit dem Versicherer bei der Schadensberechnung, er macht den Anspruch geltend. Führt er das befürchtete Ereignis herbei, so erlischt die Forderung völlig; tut es der Eigentümer, so bleibt dies versicherungsrechtlich ohne Folgen. An der Entschädigungssumme erwirbt der Niessbraucher nur Quasiususfrukt; er ist also zur Kaution verpflichtet (ZGB 760 II). Fällt er aber vorher in Konkurs, so ist der Eigentümer schutzlos; OR 401 II, auf den sich Roelli S. 256 stützt, greift streng genommen nicht durch, die Praxis wird sich aber wohl oder übel dieses Hilfsmittels bedienen müssen. Warum soll der Eigentümer nicht seine Zustimmung zur Auszahlung der Summe verweigern dürfen, bis er genügend sichergestellt ist? Will man ihn veranlassen, wegen verweigerter Kaution Beistandschaft zu begehren (ZGB 762)? Dies harmoniert wenig mit der minutiösen Sorgfalt, mit der das ZGB den Besteller der uneigentlichen Nutzniessung schützt (ZGB 760 II, 775 III); es dürfte auch kaum als Versicherung speziell „zu Gunsten des Eigentümers“ (ZGB 767) angesprochen werden. Wenn auch die vom Gesetzesredaktor gewählte Konstruktion keineswegs bin-

dend ist, so dass die Praxis nicht alle Konsequenzen daraus ableiten muss, so ist doch durch den Wortlaut von VVG 17 II das Eine nicht zu umgehen, dass der Usufruktuar ohne Zustimmung des Eigentümers, also ohne vorherige Kaution, die Entschädigungssumme erheben kann; nur abweichende Vereinbarung zwischen Nutzniesser und Eigentümer kann hier abhelfen oder eine Klausel des Versicherungsvertrages, welche die Sicherstellung des Eigentümers zur Bedingung der Auszahlung der Entschädigungssumme macht.

4. Eine weitergehende Versicherungspflicht, über die Versicherung der im Eigentum des Niessbrauchsbestellers verbleibenden Gegenstände hinaus, lässt sich aus ZGB 767 nicht ableiten. Dagegen kann die Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung des Geschäftes in Ausnahmeverhältnissen den Nutzniesser dazu zwingen, auch eigenen Schaden im Interesse des Geschäftsherrn zu versichern, wenn indirekt durch eine den Usufruktuar treffende Katastrophe die Interessen des Eigentümers ernstlich gefährdet erscheinen. Die Versicherung soll dem Nutzniesser über das Unglück hinweghelfen und indirekt für den Eigentümer die Gefahr des Ausfalls mit der Ersatzforderung vermindern. Eine solche Ausnahme liegt etwa vor, wenn bei Quasiususfrukt an grossen Lagern feuergefährlicher Gegenstände der Besteller auf Kaution verzichtet hat, sei es im Vertrauen auf die Loyalität des Nutzniessers oder weil eine genügende Sicherstellung diesen zu sehr belastet hätte. Bei Betrieben mit hoher Unfallgefahr (Maschinen-, Sprengstoff-, Zelluloidfabriken, Kinematographen etc.) kann die Haftpflichtversicherung, bei Unternehmungen, die grosse ungedeckte Kredite gewähren müssen, die Kreditversicherung dem Nutzniesser zur Pflicht gemacht werden, sobald er kein eigenes Vermögen besitzt, das den drohenden Gefahren gewachsen ist. Denn er hat für die Erhaltung des Kredites, des guten Rufes des Unternehmens zu sorgen, muss also alle Vorsichtsmassregeln ergreifen, um auch bei grossen Unfällen oder

Verlusten vor Zahlungsverlegenheiten gesichert zu sein; aus demselben Grunde kann auch die Kriegsversicherung bei Speditionsfirmen etc. in Frage kommen. Im Gegensatz zu der Versicherung nach ZGB 767 handelt es sich hier um die Versicherung eigenen Schadens; der Nutzniesser ist Versicherungsnehmer und Versicherter. Der Eigentümer erwirbt keine Rechte aus der Versicherung.

4. Passiven des Unternehmens.

Untersucht man die Rechtsfolgen, welche die Nutzniessung auf die Passiven des Unternehmens ausübt, so ergibt sich von selbst eine Unterscheidung der Geschäftsschulden je nach der Zeit, in der sie entstanden sind, und ebenso die Trennung des internen Verhältnisses zwischen Nutzniesser und Eigentümer vom externen den Gläubigern gegenüber.

I. Nach der grundsätzlichen Regelung des Vermögensniessbrauchs durch unser Gesetz (ZGB 766) bleiben die bei der Uebergabe des Geschäftes in den Besitz und die Verwaltung des Nutzniessers vorhandenen Schulden nach innen wie nach aussen eine Last des Eigentümers. Der Usufruktuar ist nur verpflichtet, die Zinsen derselben aufzubringen, soweit die Zinspflicht damals bereits bestand. Nach der Meinung des Gesetzes soll offenbar das Vermögen zur Hauptsache liquidiert werden, bevor der Niessbrauch bestellt wird; deshalb hat der Erbe bei der gesetzlichen und testamentarischen Nutzniessung das Vermögen nur soweit herauszugeben, als er die Gegenstände nicht zur Tilgung der Schulden bedarf (ZGB 561 II, 564). Somit haben die Gläubiger ein dringendes Interesse, vor der Uebergabe befriedigt zu werden. Nachher sind sie auf das verbleibende Vermögen des Erben angewiesen.

Bloss die gesetzliche Nutzniessung entsteht nur „soweit sie den Gläubigern des Erblassers gegenüber bestehen kann“ (ZGB 561 II); werden daher dem Niessbraucher Gegenstände übergeben, die zur Tilgung der Schulden

erforderlich gewesen wären, so wird der Usufruktuar soweit nur gutgläubiger Besitzer und kann erst durch Ersitzung dinglich gesichert werden. Erwerb bona fide ist ausgeschlossen, da kein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt; auch die Uebergabe durch den Erben begründet kein dingliches Recht mangels eines Kausalgeschäftes. Der Gläubiger kann daher, wenn er den Beweis führt, binnen fünf Jahren Gegenstände, die scheinbar der Nutzniessung unterliegen, als unbelastetes Eigentum des Erben ansprechen oder die Ersatzforderung aus scheinbarem Quasiususfrukt pfänden.

Beim testamentarischen Niessbrauch besteht ein Herabsetzungsanspruch des Erben gegen den Nutzniesser, wenn dieser Erbschaftsschulden bezahlen musste, die er zur Zeit der Niessbrauchsbestellung nicht kannte (ZGB 565). Diesen Anspruch können die Erbschaftsgläubiger pfänden; darüber hinaus können sie aber nichts ausrichten. Gewähren daher die Beteiligten den Geschäftsgläubigern nicht einen bessern Schutz, so werden diese alle vor der Niessbrauchsbestellung Befriedigung verlangen; dadurch wird der Erbe gezwungen, grosse Teile des Geschäftsvermögens (die Barmittel, ausstehenden Forderungen, Waren, Rohstoffe etc.) zurückzubehalten, d. h. das Geschäft wird vollständig desorganisiert. Zudem verliert der Erbe grossen Teils die Möglichkeit der Kompensation, da er mit den Gläubigern nicht mehr in Verkehr bleiben will; er bezahlt Lieferungen, deren heimliche Mängel sich erst später herausstellen. Vollends widersinnig wird die Lage, wenn es sich nicht um Geldzahlungen handelt, sondern um Leistungen, die nur der Inhaber des Betriebes erfüllen kann; der Eigentümer soll doch dem Nutzniesser keine Konkurrenz bereiten.

Die Regelung des Vermögensniessbrauchs durch das ZGB mag passen für den Nachlass eines Beamten, Gelehrten, eines unselbständig Erwerbenden, kurz für Verhältnisse, wo das Vermögen auseinanderfällt in eine Summe einzelner nutzbarer Gegenstände; das Handelsgeschäft

dagegen soll auch in der Hand des Nutzniessers ein Ganzes bleiben. Die Geschäftsschulden bilden einen Bestandteil dieser Einheit, nicht eine zufällige Last, die man ohne weiteres abtragen kann.

Demnach werden sich die Parteien in den meisten Fällen mit dem Uebergang der Zinspflicht auf den Nutzniesser nicht begnügen, sondern für das interne Verhältnis zunächst vereinbaren, dass der Niessbraucher für die gehörige Erfüllung der Forderungen zu sorgen habe (Erfüllungsübernahme); der Eigentümer gibt dafür das gesamte Geschäftsvermögen heraus, nicht nur das Reinvermögen. Nur auf diese Weise erhält der Usufruktuar ein zum Betrieb geeignetes Geschäft. An seiner Restitutions- und Kautionspflicht wird nichts geändert: er hat nur ein Reinvermögen in demselben Betrag zu restituieren und darf daher den Betrag der übernommenen Passiven von der Kautionssumme in Abzug bringen, die für sämtliche Objekte des uneigentlichen Niessbrauchs fällig wäre. Ausgeschlossen von dieser Erfüllungsübernahme bleiben wohl diejenigen Posten, die nicht zu den gewöhnlichen Geschäftsschulden gehören und nicht aus den laufenden Einnahmen sollen bestritten werden: Hypothekarschulden, Auszahlung des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters, Kosten von Neu- und Umbauten und ähnliche Auslagen, die zu den ausserordentlichen Lasten zählen würden, wenn sie durante usufructu entstanden wären. Hier überlässt es der Nutzniesser besser dem Eigentümer, sich mit den Gläubigern zu verständigen oder zu streiten. Liegt eine Vereinbarung über die Erfüllungsübernahme nicht vor, so ist sie als das allein Sachgemässe zu vermuten, sobald der Erbe nicht nur das liquidierte Reinvermögen herausgegeben hat. Wünscht der Eigentümer die Erfüllungsübernahme, so ist der Nutzniesser verpflichtet, sich dieser Aufgabe zu unterziehen (a. M. W i e l a n d, Art. 766 Bem. 7, c.); denn er darf nicht durch Ablehnung der Uebernahme die Geschäftsorganisation zerstören.

Trotz der Erfüllungsübernahme haben die Gläubiger noch keine genügende Sicherheit; der Nutzniesser läuft jetzt Gefahr, sämtliche Schulden sofort abtragen zu müssen und damit der für den Betrieb nötigen Mittel beraubt zu werden. So liegt es im allseitigen Interesse, wenn der Erfüllungsübernahme inter partes eine Schuldübernahme nach aussen hin folgt. Dies geschieht am einfachsten durch die Erklärung der Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven in den von OR 181 vorgeschriebenen Formen: Anmeldung im Handelsregister und Publikation im Handelsamtsblatt, Veröffentlichung durch Zirkulare oder öffentliche Blätter. Bei der Publikation durch Zirkulare genügt die Mitteilung an die Gläubigerschaft im allgemeinen; es können auch diejenigen Gläubiger sich darauf berufen, die keine Ankündigung erhalten haben. Wollen die Parteien einzelne Schulden von der Uebernahme ausschliessen, — so namentlich diejenigen, bei denen auch die Erfüllungsübernahme in dubio nicht stattfindet, — so muss dies entweder bei der Publikation selbst geschehen unter genauer Spezialisierung der Ausnahmen oder praktischer durch besondere Anzeige an die betreffenden Gläubiger. Die Publikation der Geschäftsübernahme genügt nicht, sie muss deutlich auf Uebernahme der Schulden lauten. Die Erklärung hat vom Nutzniesser auszugehen oder vom Eigentümer mit seiner Ermächtigung (OR 176 II). Auf Grund dieser einseitigen Willenserklärung gilt der Uebernahmevertrag zwischen Nutzniesser und Gläubiger als abgeschlossen ohne ausdrückliche Annahme gemäss OR 6, da bei der besonderen Natur des Geschäftes (Zuwachs von Rechten und an Sicherheit ohne Vermehrung der Pflichten) eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Eine Ablehnung der Schuldübernahme müsste der Gläubiger binnen angemessener Frist zu erkennen geben; er kann sich nicht erst später, wenn die Haftung des Eigentümers erloschen ist, darauf berufen, er habe der Uebernahme nicht zugestimmt; weiter ist die Ablehnung ausgeschlossen,

wenn der Gläubiger vorbehaltlos Zahlungen vom Nutzniesser entgegengenommen hat (OR 176 III). Kraft dieser formellen Erklärung haftet der Nutzniesser auch für Passiven, die er nicht übernehmen wollte, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden; doch hat er auch nur ein entsprechend vermindertes Vermögen zu restituieren. Die Schuldübernahme ist zunächst keine privative. Eigentümer und Niessbraucher haften mit ihrem ganzen Vermögen; der Gläubiger hat die Wahl, an welchen er sich halten will. Die Haftung des Eigentümers erlischt aber nach zwei Jahren von der Uebernahmeerklärung oder der später eingetretenen Fälligkeit der Forderung an. Die Einreden aus dem Schuldverhältnis können beide Schuldner erheben, und ausserdem jeder die in seiner Person begründeten.

Die Erklärung der Aktivenübernahme erspart den Beteiligten die Denuntiation der vollzogenen Zession an jeden einzelnen Schuldner; doch muss bei denjenigen Forderungen, die nur zu eigentlicher Nutzniessung abgetreten wurden, dies den Schuldnern angezeigt werden, weil sie sich sonst durch Leistung an den Nutzniesser allein befreien könnten. Dagegen hat die Aktivenübernahme auf das interne Verhältnis keine Einwirkung: es besteht trotzdem eigentlicher und Dispositionsniessbrauch, und soweit ist den Gläubigern des Nutzniessers der Zugriff auf das Geschäftsvermögen verwehrt. Das Geschäft als Ganzes ist damit nicht veräussert.

II. Für die während der Dauer der Nutzniessung begründeten Geschäftsschulden gelten folgende Regeln:

1. Im internen Verhältnis soll dem Niessbraucher nur der jährliche Reingewinn zufliessen; er hat also alle Ausgaben zu tragen, die durch den Betrieb des Unternehmens verursacht und üblicher Weise aus dem Bruttoertrag bestritten werden (ZGB 765 I). Dagegen ruhen alle nicht durch die gewöhnliche Verwaltung bedingten Lasten prinzipiell auf dem Eigentümer (ZGB 765 III).

a) Zu den vom Usufruktuar zu tragenden ordentlichen Betriebskosten zählen:

α. die Ausgaben „für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung der Sache" (ZGB 765 I), hier also die Auslagen für Löhne, Honorare und Gratifikationen an die Arbeiter und Angestellten, für den Unterhalt der Gebäude und des Materials, die Anschaffungskosten für Waren, Rohstoffe und Geschäftsutensilien, die Zinsen, Versicherungsprämien, die Entschädigungen bei Unfällen nach den Haftpflichtgesetzen, das Entgelt für die Hilfsdienste von Banken, Spediteuren, Kommissionären etc., ferner die Prozesskosten bei Streitigkeiten aus dem laufenden Betrieb und zum Schutz des Ususfrukts, die Ausgaben für Reklame oder bei Wohltätigkeitsveranstaltungen, denen sich der Nutzniesser nicht entziehen darf, um nicht dem guten Ruf des Geschäftes zu schaden etc.

β. Zinsen hat der Vermögensniessbraucher nicht nur für die auf den einzelnen Gegenständen ruhenden Schulden zu entrichten, sondern für alle verzinslichen Schulden, die zur Zeit der Nutzniessungsbestellung vorhanden waren (ZGB 766). Dabei ist der Usufruktuar zur Erfüllungsübernahme verpflichtet, d. h. er hat nicht nur dem Eigentümer die Auslagen für den Zinsendienst zu ersetzen, sondern er ist verpflichtet, die Zahlungen direkt und rechtzeitig an die Gläubiger gelangen zu lassen. Wo mit der Verzinsung eine Amortisation verbunden ist, hat der Nutzniesser nur das jeweils noch nicht zurückbezahlte Kapital zu verzinsen; die Rückzahlungen gehen zu Lasten des Eigentümers. Da dieser aber nach ZGB 765 III den Niessbraucher zum Vorschuss anhalten kann, so wird letzterer auch hier den Verkehr mit dem Gläubiger übernehmen. Betrifft der Fruchtgenuss nur das Handelsvermögen, so sind nur die Geschäftsschulden vom Usufruktuar zu verzinsen, nicht z. B. Hypothekarschulden auf Geschäftsliegenschaften, wenn sie für Privatzwecke begründet wurden. Umfasst der Niessbrauch eine Quote des Vermögens, so wird in dubio die gesamte Zinsen-

last des Vermögens nach denselben Quoten geteilt (Wieland, Art. 766 Bem. 4, c). Verzugszinsen hat der Nutzniesser nur zu zahlen, wenn er zur Erfüllung an den Gläubiger verpflichtet war.

γ. Von den Steuern und andern öffentlichen Abgaben treffen den Niessbraucher die indirekten Steuern und Gebühren, die bei Anlass des Geschäftsbetriebes fällig werden, wie Zölle, Stempelgebühren, Wirtschaftspatenttaxen, die Bussen wegen Uebertretung polizeilicher Bestimmungen (Fabrik-, Lebensmittel-, Ruhetagsgesetz etc.); bei Unternehmungen, die regelmässig Liegenschaften umsetzen, auch die Handänderungs- und Wertzuwachssteuer. Auf den Niessbraucher fallen ferner die jährlich wiederkehrenden direkten Steuern, die vom Geschäftsvermögen oder einzelnen Bestandteilen desselben erhoben werden: Einkommens-, Gewerbe-, Umsatz-, Warenhaus-, Bodensteuer etc. Die Vermögenssteuer trägt der Usufruktuar in vollem Umfang, wenn das Niessbrauchsvermögen das gesamte steuerbare Gut des Eigentümers umfasst, andernfalls nur anteilsgemäss. Handelt es sich dabei um Progressivsteuern, so ersetzt der Nutzniesser bei einer Teilung nach dem Verhältnis der Vermögensmassen, also nach der Proportion:

Anteil des Nutzniessers: Gesamtsteuerbetrag = Handelsvermögen: Gesamtvermögen

dem Eigentümer die effektiven Mehrauslagen nicht; denn dieser rückt durch die Addition des Geschäfts- und Privatvermögens in eine höhere Steuerklasse vor. Verpflichtet man aber den Usufruktuar, dem Eigentümer den vollen Mehrbetrag zu ersetzen, so entsteht eine Unbilligkeit dadurch, dass der Nutzniesser für ein und dasselbe Geschäftsvermögen mehr oder weniger bezahlen muss, je nachdem der Eigentümer über ein grosses Privatvermögen verfügt oder nicht.

Eine befriedigende Lösung ergibt sich m. E. nur dann, wenn der Fiskus die Vermögenssteuer beim Niessbraucher mit Rücksicht auf seine Vermögenslage erhebt. Dies

entspricht auch dem Grundgedanken der Vermögenssteuer: sie ist eine Abgabe von dem aus dem Vermögen ohne Arbeit zufliessenden Einkommen, eine „Ergänzungssteuer" zur Erwerbssteuer.

Hält sich der Staat dagegen an den Eigentümer, so erhält er zu wenig, wenn der Nutzniesser ein grösseres Privatvermögen besitzt als der Eigentümer, und zu viel im umgekehrten Fall. Nur wo die beiden Privatvermögen sich ungefähr die Wage halten oder beide die Summe übersteigen, bei der die Progression aufhört, kommt es für die Parteien und den Fiskus auf dasselbe hinaus, wer die Steuer entrichtet. Fraglich bleibt dabei nur, wer in denjenigen Fällen, wo der Staat vom Eigentümer mehr bezogen hat, als er vom Usufruktuar hätte erhalten können, den Schaden zu tragen hat: ob hier der Nutzniesser dem Eigentümer nur das ersetzt, was er hätte bezahlen müssen, oder was jener für das Geschäftsvermögen wirklich ausgelegt hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (ZGB 765 II) und in der Erwägung, dass der Niessbraucher das Vermögen übernehmen muss, wie es aus der Hand des Eigentümers hervorgeht, wird man das letztere annehmen müssen. Der Niessbraucher ersetzt also die Differenz zwischen dem vom Eigentümer entrichteten Betrag und der Steuersumme, die für das Privatvermögen desselben allein verfallen wäre.

Alle diese Lasten hat der Nutzniesser nur „im Verhältnis zu der Dauer seiner Berechtigung" zu tragen (ZGB 765 I). Darnach wären alle periodischen Leistungen in den beiden Jahren des Beginns und der Endigung des Niessbrauchs pro rata temporis zu verteilen: die direkten Steuern, Zinsen, Versicherungsprämien, Löhne, Mietzinsen, Abonnements auf Zeitschriften, Tagesblätter, für Reisen, Wasser, Telephon, Postfächer etc. etc. Bei der Fülle dieser in verschiedenen Perioden wiederkehrenden Ausgaben ist es aber kaum wahrscheinlich, dass die Parteien sich in praxi die Mühe nehmen, die Rechnung mehr als approximativ für die wichtigsten Posten durchzuführen.

Sicher findet keine Teilung der gesamten Betriebsausgaben während der beiden kritischen Jahre statt, wie dies beim Gewinn der Fall ist. Denn dadurch bliebe es bis zur Feststellung dieses Anteils in der Schwebe, wie hoch sich das dem Nutzniesser übergebene oder von ihm restituierte Reinvermögen belaufen habe; eine schlechte Verwaltung des übernehmenden Teils müsste den Betrag zu Ungunsten des andern herabdrücken. Die Ersatzforderungen könnten trotz der kurzen Verjährungsfrist (ZGB 754) nicht beglichen werden. Es liegt hier auch kein praktischer Grund zu einer Teilung vor; eine momentane Steigerung oder Verringerung des Reinvermögens dadurch, dass die Betriebskosten sich auf die einzelnen Jahreszeiten ungleich verteilen, wird durch die Restitutions- und Ersatzforderung vollkommen ausgeglichen. Demnach trägt der Niessbraucher die Lasten, wenn sie während der Dauer seiner Berechtigung entstehen; daran wird wirtschaftlich nichts geändert, wenn die Parteien bei Beginn und Ende des Rechtsverhältnisses eine Erfüllungs- oder Schuldübernahme vereinbaren.

b) Zu den ausserordentlichen Lasten, die der Eigentümer zu tragen hat, zählen:

a. die aussergewöhnlichen Betriebsausgaben, die bei besonderen Massnahmen zur Erhaltung des Geschäftes, den „Hauptreparaturen" im oben erörterten Sinn, entstehen. Hieher gehören die Prozesskosten bei Streitigkeiten über den Bestand des Rechtes des Niessbrauchsbestellers. Wenn der Nutzniesser interveniert, weil sein Recht nicht durch gutgläubigen Erwerb oder Ersitzung für alle Fälle gesichert ist, so trägt er im Falle des Unterliegens die Kosten der Intervention. Nur wo Nutzniesser und Eigentümer zugleich belangt werden, findet eine Teilung der Kosten statt. Hat der Usufruktuar als Streitgenosse oder Intervenient allein die Rechtsmittelinstanz in Anspruch genommen oder andere Prozesshandlungen ohne den Willen des Eigentümers eingeleitet, so trägt er die Mehrkosten, wenn der Erfolg ausbleibt.

β. Oeffentliche Abgaben zu Lasten des Eigentümers sind: die Erbschaftssteuer, überhaupt alle indirekten Steuern (Handänderungs- und Wertzuwachssteuer, Stempelgebühren etc.), die nicht durch Ereignisse des laufenden Betriebs ausgelöst werden, ferner die ausserordentlichen, nicht periodisch wiederkehrenden Abgaben, die einen Eingriff in das Kapital bedeuten, wie ihnen zum Teil auch ein Zuwachs an Kapital gegenübersteht (Anwänderbeiträge zu Strassenanlagen und -korrektionen, bei Bodenmeliorationen, Kriegskontributionen etc.).

Die Pflicht, die ausserordentlichen Lasten auf sich zu nehmen, wird dem Eigentümer sehr erleichtert nach dem Prinzip, dass er die Folgen der Aufwendung — den Verlust des Ertrages der aufgewendeten Summe und die Beschränkung der verfügbaren Mittel — erst nach beendeter Nutzniessung spüren soll, während der Usufruktuar damit belastet wird für die Dauer seines Rechtes. Dies kann in doppelter Weise erreicht werden: indem der Niessbraucher die erforderlichen Mittel dem Eigentümer unentgeltlich vorschiesst, oder so, dass der Betrag dem Niessbrauchsvermögen entnommen wird. Die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten steht dem Usufruktuar zu (ZGB 765 III). Nicht genügend ist es, wenn der Nutzniesser dem Eigentümer nur den jährlichen Zinsverlust ersetzen wollte; denn der Eigentümer erlitte dann die Beschränkung seiner Barmittel (a. M. Rossel et Mentha, Manuel II, 150). Als Verwertung von Gegenständen der Nutzniessung hat auch die Bestellung von Grundpfandrechten mit Rangpriorität vor der Nutzniessung zu gelten. Der unentgeltliche Vorschuss ist juristisch als unverzinsliches Darlehen zu bezeichnen; der Usufruktuar hat Anspruch auf Rückzahlung finito usufructu. Andernfalls wäre der Satz, dass der Eigentümer die ausserordentlichen Lasten zu tragen hat, in sein Gegenteil verkehrt. Vor Untergang der Nutzniessung kann die Rückzahlung verlangt werden, wenn gleichzeitig Gegenstände des Niessbrauchs zur Verwertung angeboten werden.

Nach beendetem Fruchtgenuss verjährt der Anspruch innert Jahresfrist (ZGB 754), sofern das Darlehen nicht noviert wird, wohl unter Zinsversprechen.

Hat der Eigentümer ordentliche Ausgaben aus seinem Privatvermögen bestritten, so hat er einen sofort fälligen Anspruch auf Ersatz (ZGB 765 II), bei ausserordentlichen Lasten auf Vorschuss oder Verwertung.

2. Nach aussen haftet immer derjenige, der die Verpflichtung begründet hat. Demnach haftet der Nutzniesser mit seinem Privatvermögen und denjenigen Teilen des Geschäftsvermögens, die durch uneigentlichen Niessbrauch auf ihn übergegangen sind, für die ordentlichen und ausserordentlichen Lasten, die durch ihn oder seine Angestellten im Rahmen ihrer Vollmacht übernommen werden. Der Eigentümer haftet für Geschäftsschulden, wenn die Vermögenssteuer laut Gesetz bei ihm erhoben wird, wenn er Hauptreparaturen ausführen oder Handlungen, welche der Nutzniesser pflichtwidrig versäumt hat, auf dessen Kosten vornehmen lässt (OR 98 I).

III. Bei Beendigung des Niessbrauchs sprechen dieselben Gründe für die Uebernahme der Schulden durch den Eigentümer wie bei Beginn für den Uebergang auf den Nutzniesser; auch hier käme es einer Desorganisation des Unternehmens gleich, wenn der Usufruktuar ein liquidiertes Reinvermögen restituieren dürfte. Im wirtschaftlichen Ergebnis lasten die vorhandenen Schulden doch auf dem Niessbraucher, weil er umsomehr Aktiven hinterlassen muss, je höher sich die Passiven belaufen. Verpflichtet zur Uebernahme ist der Eigentümer nicht, weil er das Geschäft liquidieren darf; insbesondere wird er sich für allfällige Ersatzforderungen in der Weise bezahlt machen, dass er einen entsprechenden Betrag der Passiven den Erben des Nutzniessers überlässt. Die Schuldübernahme nach OR 181 ist für den Eigentümer insofern gefährlicher als seiner Zeit für den Niessbraucher, als er für den Regressanspruch wegen heimlicher Schulden nicht durch Kompensations- und Retentionsmöglich-

keiten gedeckt ist. Doch kann eine Sicherheit hiefür bestellt werden; auch ist die Gefahr nicht grösser als für den Käufer eines Geschäftes. Diese Regressforderung fällt nicht unter die Verjährung nach ZGB 754.

5. Schutz der gegenseitigen Rechte.

I. Jede Verletzung der Pflichten, die das Legalschuldverhältnis dem Nutzniesser oder Eigentümer auferlegt, fällt unter die Regeln von OR 97 ff. über die Nichterfüllung von Vertragspflichten. So kann sich der Eigentümer ermächtigen lassen, Verwaltungshandlungen, die der Usufruktuar versäumt, auf dessen Kosten vornehmen zu dürfen (OR 98 I), soweit wenigstens eine derartige Ersatzvornahme möglich ist, z. B. bei ungenügender Reklame, Verweigerung der Versicherung oder Nachlässigkeit bei Reparaturen. Ebenso treten die Verzugsfolgen ein, wenn der Eigentümer bei der Bestellung des Niessbrauchs oder bei der Mitwirkung zur Verwaltung von Forderungen in Verzug gerät; endlich wird der Eigentümer schadenersatzpflichtig, wenn er dem Nutzniesser Konkurrenz bereitet (OR 98 II).

II. Zu diesen allgemeinen Normen treten die besonderen, speziell für die Nutzniessung berechneten Massregeln zum Schutz der gegenseitigen Rechte.

Hieher gehört das Inventar (ZGB 763); es dient dem Nutzniesser durante usufructu gegen den vindizierenden Eigentümer an Stelle der hier ausgeschlossenen Vermutung aus dem Besitz (ZGB 931 II) und dem Eigentümer finito usufructu zur Widerlegung der Vermutung aus dem Besitz, wenn der Niessbraucher selbständigen Besitz behauptet (ZGB 930). Ueberhaupt soll das Inventar die Restitution erleichtern. Bei uneigentlichem Fruchtgenuss tritt sinngemäss eine öffentlich beglaubigte Anerkennung über die Höhe der Ersatzforderung an seine Stelle; bei Dispositionsniessbrauch ist ein Inventar mit Schätzung zu empfehlen, damit feststeht, ob die Ersatzstücke gleichwertig sind.

Ein Schutz des Nutzniessers liegt in der Möglichkeit, die Liquidation eines unrentabeln Unternehmens verlangen zu können (ZGB 766). In zweifelhaften Fällen ist ein Vergleich möglich dahingehend, dass der Eigentümer das Geschäft übernimmt gegen Umwandlung des Niessbrauchs in eine Rente.

Gegen Uebergriffe des Usufruktuars verteidigt sich der Eigentümer mit der Klage wegen widerrechtlichen oder nicht angemessenen Gebrauches (ZGB 759); dabei ist nicht nur das objektiv „der Sache" nicht Angemessene zu berücksichtigen, sondern auch das subjektiv den Verhältnissen nicht Entsprechende, z. B. Vermietung von Geschäftslokalitäten, die für den eigenen Betrieb erforderlich wären.

Eingehender zu betrachten sind zwei Schutzmittel des Eigentümers: die Kaution und die Anordnung der Beistandschaft.

1. Die Kautionspflicht ist gegenüber dem früheren Recht dahin erleichtert worden, dass eine Sicherstellung nur geleistet werden muss, wenn der Eigentümer „eine Gefährdung seiner Rechte nachweist" (ZGB 760 I). Sie bleibt ganz ausgeschlossen, wenn die Nutzniessung auf einer donatio reservato usufructu beruht (ZGB 761 I). Eine Gefährdung liegt vor, in erster Linie sobald nicht für die Restitutionsforderung in vollem Umfang dingliche Sicherheit besteht, d. h. wenn Gegenstände zerstört, veräussert oder entwertet sind, die der Eigentümer sollte vindizieren können, wenn für die Objekte des Dispositionsniessbrauchs kein oder nur minderwertiger Ersatz beschafft wird. Einen dinglichen Anspruch erlangt der Eigentümer überhaupt nicht bei der uneigentlichen Nutzniessung; infolgedessen ist die Kaution hier naturale negotii. Die Gefährdung liegt immer vor, braucht also nicht nachgewiesen zu werden (ZGB 760 II, 775 II, III). Dabei ist es gleichgültig, ob der Quasiususfrukt an verbrauchbaren oder unverbrauchbaren Sachen, Forderungen, Patentrechten etc. bestellt wird; die Rechtsform, nicht das Objekt entscheidet (entgegen dem Wortlaut).

Eine Gefährdung erblickt das Gesetz ferner in der Wiederverheiratung des nutzniessungsberechtigten Ehegatten (ZGB 761 II, 464) und endlich beim Niessbrauch an Wertpapieren (ZGB 760 II, III). Im letzteren Fall ist nur das Objekt, nicht die Rechtsform massgebend; nur so hat die Erwähnung der Wertpapiere in Art. 760 II neben Art. 775 II eine Bedeutung. Die besondere Gefahr liegt wohl in den Kursschwankungen, welche den eigentlichen Niessbraucher leicht veranlassen mögen, Veräusserungen vorzunehmen, und die bei Dispositionsniessbrauch den zunächst vollgültigen Ersatz später zum ungenügenden stempeln können; ferner liegt ein gewisses Risiko vor, dass Wertpapiere verloren gehen, gestohlen werden oder durch Vermengung in das Eigentum des Niessbrauchers fallen, wenn man ihn nicht zur Hinterlegung zwingt.

Der Nutzniesser eines Handelsgeschäftes hat demnach ohne weiteres Sicherheit zu leisten für den Wert der dem Quasiususfrukt unterliegenden Gegenstände abzüglich des Betrages der Passiven (s. oben S. 322), ferner für die Wertpapiere und endlich für den kapitalisierten Wert der anvertrauten Geschäftsgeheimnisse; denn auch hier besteht keine dingliche Sicherheit. Dagegen kann für die Ueberlassung der Kundschaft unmittelbar nicht eine Kaution verlangt werden; der Wert der „Chancen" beruht auf der Rentabilität des Geschäftes, auf der Erwartung von Unternehmergewinn, und für die Erhaltung der Ertragsfähigkeit muss erst bei Gefährdung Sicherheit geleistet werden. Mit der Möglichkeit, wegen Gefährdung dieser Chancen Kaution zu begehren, besitzt der Eigentümer ein ausserordentlich wirksames Mittel, auf die Verwaltung durch den Nutzniesser einzuwirken; er muss nachweisen, dass die Gefahr einer dauernden Verminderung der Rendite naheliegt. Die Höhe der dadurch fällig werdenden Kaution ergibt sich durch Kapitalisierung des zu erwartenden Verlustes (näheres unten bei der Berechnung der Ersatzforderung wegen verminderter Chancen, s. S. 343/44).

Dass die Voraussetzungen der Kautionspflicht vorliegen, hat der Eigentümer nachzuweisen; ein Verschulden des Niessbrauchers ist nicht erforderlich, es genügt die objektive Tatsache der Gefährdung. Dagegen muss es dem Usufruktuar ermöglicht werden, das Begehren des Eigentümers zurückzuschlagen durch den Nachweis, dass ihn kein Verschulden treffe, dass er demgemäss den Minderwert nach ZGB 752 nicht zu ersetzen habe. Denn die Kautionspflicht geht nie weiter als die Restitutionspflicht.

Die Sicherheit kann geleistet werden durch Bestellung von Pfandrechten, durch Bürgschaften etc. Bei Wertpapieren, welche der eigentlichen Nutzniessung unterliegen, genügt die Hinterlegung „zu gesperrtem Depot" (ZGB 760 III); unbefugte Verfügungen sind dadurch ausgeschlossen. Bei Dispositionsniessbrauch wird der Usufruktuar eine andere, sein Verfügungsrecht weniger beeinträchtigende Art der Sicherstellung vorziehen; bei uneigentlicher Nutzniessung genügt die Hinterlegung nicht, weil die Titel doch in die Konkursmasse des Usufruktuars fallen müssten.

2. Eine besonders schwerwiegende Massregel zum Schutze des Eigentümers bedeutet die Aufhebung des Besitz- und Verwaltungsrechtes des Nutzniessers unter Anordnung einer Beistandschaft (ZGB 762). Sie kann nur in den vom Gesetz genau festgestellten Fällen verlangt werden: wenn der Niessbraucher eine Kaution binnen festgesetzter Frist nicht leistet, oder wenn er trotz Einspruchs des Eigentümers von einem widerrechtlichen Gebrauch nicht ablässt. Fortsetzung eines nicht angemessenen Gebrauches genügt nicht. In beiden Fällen braucht vor Einleitung der Klage ein rechtskräftiges Urteil, welches die Existenz der Kautionspflicht oder die Tatsache des rechtswidrigen Gebrauchs feststellt, nicht vorzuliegen; es soll vielmehr den Parteien ermöglicht werden, in einem Prozess alle Hilfsmittel zu erschöpfen. Glaubt der Usufruktuar, dass eine Sicherstellung nicht verlangt werden könne,

oder dass ein rechtswidriger Gebrauch nicht vorliege, so wird in bedingtem Urteil die Besitzentziehung ausgesprochen für den Fall, dass die Kaution nicht binnen bestimmter Frist geleistet wird, oder dass die Widerrechtlichkeit fortdauert. Ist der Niessbraucher offenbar nicht in der Lage, die Sicherheit aufzubringen, so hat es keinen Wert, ihn erst hiezu zu verurteilen.

Bei der Beistandschaft über ein Geschäftsvermögen tritt die Eigentümlichkeit ein, dass dem Nutzniesser auch der Besitz und die Verwaltung von Gegenständen entzogen werden, die kraft Quasiususfrukts in seinem Eigentum stehen. Das Geschäftsvermögen kann nicht auseinandergerissen werden.

Zuständig zur Anordnung der Beistandschaft ist der Richter des Geschäftsdomizils (arg. ZGB 396 II); die Ansicht, dass der Beistand von der Vormundschaftsbehörde ernannt werde (Rossel et Mentha, Manuel II, 144), steht im Widerspruch zu dem Gesetze (ZGB 762: so hat der Richter . . . eine Beistandschaft anzuordnen). Im Gegensatz zu den andern Fällen der Beistandschaft handelt es sich hier um den Schutz eines Dritten, nicht des Verbeiständeten; dies muss sich auch bei den Regeln über die Ernennung des Beistandes geltend machen. Die berechtigten, dem Nutzniesser entgegenstehenden Interessen des Eigentümers bilden keinen Ausschliessungsgrund, sie sollen gerade gewahrt werden. Deshalb ist m. E. der Eigentümer unter normalen Verhältnissen zur Uebernahme der Beistandschaft befähigt; er ist nur ausgeschlossen, wenn er mit dem Usufruktuar verfeindet ist, oder wenn ihre Interessen erheblich, mehr als begriffsnotwendig, auseinandergehen (a. M. Wieland, Art. 762 Bem. 2.). Umgekehrt sind diejenigen nicht wählbar, deren Interessen mit denen des Eigentümers kollidieren, oder die mit ihm verfeindet sind; darunter fallen möglicher Weise die Verwandten des Nutzniessers (trotz ZGB 380). Das Recht, eine Person seines Vertrauens zu bezeichnen,

wird man ebenfalls dem Eigentümer zulegen müssen (ZGB 381).

Der Beistand führt das Unternehmen im Namen und auf Rechnung des Nutzniessers; eine Aenderung der Firma findet nicht statt. Er steht dem Eigentümer gegenüber in den Pflichten eines Usufruktuars (ZGB 758 II), dem Niessbraucher gegenüber in denjenigen eines Beistandes. Er ist berechtigt und verpflichtet zur laufenden Verwaltung; bei wichtigeren Entscheidungen hat er die Zustimmung des Nutzniessers einzuholen (ZGB 419 II). Der Reingewinn wird an den Niessbraucher ausbezahlt nach Abzug eines angemessenen Honorars an den Beistand; dieses ist vom Richter festzusetzen (ZGB 417 II) und soll etwa dem Gehalt entsprechen, das ein mit der verantwortlichen Leitung des Geschäftes betrauter Angestellter beziehen würde. Eine Beteiligung des Beistandes an Gewinn und Verlust an Stelle oder neben einem fixen Gehalt dürfte zu empfehlen sein.

Die Beistandschaft endet, sobald der Nutzniesser nachträglich die Kaution leistet oder eine genügende Sicherheit dafür bietet, dass er den widerrechtlichen Gebrauch nicht wieder aufnehmen werde. Der Niessbraucher kann auf Wiedereinräumung des Besitzes klagen; nach geleisteter Kaution wird der Beistand auch ohne Zustimmung des Eigentümers den Besitz übertragen und sein Amt niederlegen können. Er hat mit dem Usufruktuar abzurechnen; die Ersatzforderungen desselben verjähren mit Ablauf eines Jahres (ZGB 454).

Da die Beistandschaft die volle Arbeitskraft des Kurators in Anspruch nehmen kann, wird die Wahl eines solchen recht schwierig sein, ein Grund mehr, den Eigentümer von diesem Amt nicht auszuschliessen. Unter Umständen muss eine andere Lösung des Konflikts gesucht werden: Ablösung der Nutzniessung durch eine Rente, Verpachtung des Unternehmens etc.

IV. Die Endigung der Nutzniessung.

I. Die Untergangsgründe des Niessbrauchs sind verschieden, je nachdem man die Beendigung des Rechtsverhältnisses im Ganzen oder den Untergang des Rechts am einzelnen Gegenstand in Betracht zieht.

1. Das Rechtsverhältnis als solches endet regelmässig durch den Tod des Usufruktuars, bei juristischen Personen durch Untergang der Rechtspersönlichkeit oder aber durch Ablauf von hundert Jahren seit der Bestellung (ZGB 749). Alle diese Grenzen sind durch ius cogens festgestellt; dabei spricht ZGB 749 nicht nur die Unvererblichkeit der Nutzniessung aus, sondern verbietet schlechtweg jede Fortdauer derselben über ein Menschenalter hinaus (Prot. III Session S. 131/32). Soll mehreren Personen hintereinander ein Ususfrukt als Vor- und Nachvermächtnis zugewendet werden, so muss der Nacherbe entgegen ZGB 545 im Zeitpunkt des Todes des Testators bereits leben (Rossel et Mentha, Manuel II, 135).

Der Streit, ob die Nutzniessung juristischer Personen mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes oder erst bei beendeter Liquidation erlösche, muss m. E. bald so, bald anders entschieden werden. Der Zeitpunkt der „Auflösung" ist massgebend in denjenigen Fällen, wo damit wirklich die Rechtspersönlichkeit erlischt, wo sofort der Zustand des Aufgelöstseins eintritt: so bei gerichtlicher Aufhebung wegen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweckes (ZGB 57 III, 78, 88 II), bei erfolgreicher Anfechtung einer Stiftung durch die Erben oder Gläubiger (ZGB 82), bei Untergang einer Korporation durch Ausscheiden sämtlicher Mitglieder. Bei den übrigen Endigungsgründen dauert die juristische Person während der Liquidation fort; es beginnt nur der Prozess des Aufgelöstwerdens (Identitätstheorie). Solange das Rechtssubjekt noch besteht, liegt auch kein Grund vor, die Nutz-

niessung enden zu lassen; selbst wo die Ausübung des Niessbrauchs den Zwecken der Liquidation widerspricht, ist noch der Ausweg möglich, das Recht quoad exercitium entgeltlich zu übertragen. Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ist eine Bestellung der Nutzniessung zu Gunsten der gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter ausgeschlossen; somit dauert das Recht im günstigsten Fall bis zum Tode des letzten der zur Zeit der Bestellung beteiligten Gesellschafter.

Weitere Untergangsgründe für das Rechtsverhältnis im Ganzen sind: Verzicht, Eintritt eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung, Beerbung des Eigentümers durch den Nutzniesser und die Umwandlung in eine Rente (ZGB 463). Diese muss dem durchschnittlichen Reingewinn entsprechen, den der Nutzungsberechtigte aus dem Geschäft hätte ziehen können; dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Nutzniesser entweder die eigene Arbeitskraft dem Unternehmen widmen oder einen Dritten für die Leitung desselben bezahlen müsste. Reingewinn liegt also erst vor nach Abzug eines angemessenen Lohnes für diese Arbeit. Als eine Beendigung eigentümlicher Art ist endlich zu erwähnen die Auflösung der Gütergemeinschaft: hier endet nur die Berechtigung desjenigen Ehegatten, der erst durch die Ehe Anteil am Nutzungsrecht des andern erwarb..

2. Besondere Untergangsgründe für das Recht am einzelnen Gegenstand (Untergang der Sache, Expropriation, confusio, Realisation vorgehender Pfandrechte, Verlust, Vermischung, Verarbeitung etc.) treten nur bei der eigentlichen Nutzniessung und beim Dispositionsniessbrauch ein; das obligatorische Verhältnis zwischen Eigentümer und Quasiusufruktuar erleidet durch diese Ereignisse keine Veränderung. Der Dispositionsniessbrauch am einzelnen Gegenstand endet durch Verfügung des Nutzniessers. Ein Untergang durch non-usus findet nur statt, wo auch das Mutterrecht durch Nichtgebrauch erlischt (Markenrecht).

3. Eine Erscheinung verwandter Art bildet für die Nutzniessung am Handelsgeschäft die Beschränkung der Gewerbefreiheit (Absinth-, Kunstweinverbot etc.): es endet eine Voraussetzung der Ausübung der Nutzniessung. Die Rechtsfolgen sind dieselben wie beim Untergang einzelner Objekte: Fortdauer der Nutzniessung an der Entschädigung und am Liquidationserlös.

II. Die Wirkung des Untergangs der Nutzniessung am einzelnen Gegenstand ist verschieden, je nachdem ein Ersatz geleistet wird oder nicht. Besteht keine Ersatzpflicht und wird ein solcher auch nicht freiwillig vorgenommen, so vermindert sich die Restitutionspflicht. Wird aus freien Stücken oder auf Grund einer Pflicht Ersatz geleistet, so dauert die Nutzniessung am Ersatzgegenstand ex lege, also ohne besondere Bestellung fort (ZGB 750 II, III). Zum Ersatz ist der Eigentümer nur verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen wird; der Nutzniesser dagegen, wenn er sich nicht exculpieren kann (ZGB 750 I, 752 I). Dritte sind zum Ersatz verpflichtet, sofern sie diese Pflicht vertraglich übernommen haben (Versicherung, Entwährung, Garantie), wenn sie durch unerlaubte Handlung den Schaden verursacht haben oder endlich ex lege (Enteignung, Eisenbahnhaftpflicht). Der Ersatzanspruch ist im allgemeinen sofort fällig, nur derjenige des Eigentümers gegen den Usufruktuar erst bei Beendigung des Rechtsverhältnisses. In allen Fällen, wo Dritte zum Ersatz verpflichtet sind, erwirbt der Niessbraucher m. E. Nutzniessung schon an der Forderung, nicht erst am geleisteten Ersatz; das Subrogationsprinzip, das mit ZGB 750 III anerkannt wurde, erfordert, dass alles dem Niessbrauch unterliege, was an Stelle der ursprünglichen Gegenstände tritt. Nur auf diese Weise erhält der Usufruktuar genügende Sicherheit; für die Versicherungsforderung ist dies oben eingehend begründet.

Infolge dieser Möglichkeit der Fortdauer am Ersatzgegenstand wird die Nutzniessung als solche auch dann

nicht beendet, wenn für sämtliche einzelnen Objekte solche Endigungsgründe eingetreten sind.

III. Die typischen Rechtsfolgen des Untergangs der Nutzniessung: Fälligkeit der Forderung auf Rückleistung und der gegenseitigen Ersatzansprüche gelten nur für die Beendigung des Rechtsverhältnisses im Ganzen. Nur in einem Falle kommen diese Ansprüche nicht zur Durchführung: bei Beerbung des Eigentümers durch den Niessbraucher; es kann hier ausserdem trotz Beendigung des Rechtsverhältnisses die Nutzniessung an Immobilien als Eigentümerdienstbarkeit weiterdauern (ZGB 735). Für die andern Fälle gilt:

1. Der Restitutionsanspruch bezweckt die Rückgabe des Vermögens, wie es sich normaler Weise gestalten musste.

a) Sein Inhalt geht bei den Gegenständen des Quasiususfrukts immer auf Ersatz des Wertes, den sie zur Zeit der Bestellung repräsentierten. Beim eigentlichen und Dispositionsniessbrauch ändert sich die Natur des Anspruchs, je nachdem der Untergang durch Rechtsgeschäft des Nutzniessers oder ohne seinen Willen eingetreten ist. Im letztern Fall, d. h. bei Endigung durch Tod, Zeitablauf oder Resolutivbedingung, geht das dingliche Recht mit dem Eintritt des Ereignisses unter. Der Anspruch des Eigentümers ist nur auf Herausgabe des Besitzes gerichtet; Forderungen, Urheber- und Patentrechte fallen ipso iure wieder an den Besteller, zu restituieren sind höchstens die Beweispapiere. Die Einträge im Grundbuch, Patentregister etc. kann der Eigentümer als materiell ungerechtfertigt von sich aus löschen lassen (W i e l a n d, Art. 748 Bem. 3). Beruht der Untergang dagegen auf einem Rechtsgeschäft des Nutzniessers (Verzicht, Vergleich, Umwandlung in eine Rente), so geht das Recht für jeden einzelnen Gegenstand erst durch Verfügung unter. Der Anspruch richtet sich auf Vornahme dieser Verfügung, die in den analogen Formen erfolgen muss, wie bei der Bestellung.

In beiden Fällen sind auch die Geschäftsgeheimnisse zu restituieren. Der „Besitzer" muss dem Eigentümer

die erforderlichen Mitteilungen machen, er darf seine Kenntnisse nicht mehr weiter ausbeuten oder gar verraten, eine Pflicht, deren Beobachtung wohl nur durch Konventionalstrafen sichergestellt werden kann. Zur Uebertragung der Kundschaft ist das Wesentliche geschehen durch die Uebergabe eines zum Betrieb geeigneten Unternehmens; es besteht aber weiter die Pflicht, dem Eigentümer die nötigen Aufschlüsse zu erteilen über schwebende Geschäfte, dringende Handlungen, dubiose Debitoren etc. Ferner hat der Nutzniesser[8]) sich in Zukunft der Konkurrenz zu enthalten, jedoch nur solange, bis der Eigentümer die Gelegenheit hatte, die alten Kunden an sein Geschäft zu ziehen; das Geschäft des Nutzniessers muss als ein neues Unternehmen erscheinen, nicht als Fortsetzung des bisher von ihm betriebenen.

b) Der Zeitpunkt der Fälligkeit dieser Restitutionspflicht bestimmt sich bei der rechtsgeschäftlichen Beendigung des Niessbrauchs nach dem Kausalgeschäft; in den andern Fällen wird der Anspruch mit dem Eintritt des Ereignisses fällig. Bei Tod des Nutzniessers darf der Eigentümer jedoch die durch Sitte und Brauch geheiligte Ruhe des Sterbehauses nicht durch übereilte Forderungen stören (ZGB 2). Andererseits braucht er aber nicht zu warten, bis die Erbschaft definitiv geregelt ist; er kann sich an jeden Besitzer halten. Dadurch gerät der Erbe in eine schwierige Lage, wenn er das Recht zur Ausschlagung nicht durch pro herede gestio verwirken will (ZGB 571 II). Die Uebergabe des ganzen Handelsgeschäftes ist ein Akt, der weit über die gewöhnliche Verwaltung hinausgeht: es sind die Eigentumsverhältnisse zu ermitteln, der Wert der als Ersatz beschafften Gegenstände ist zu schätzen, der Abzug für dubiose Debitoren zu berechnen, es gilt festzustellen, welche Vorschüsse und Verwendungen der Nutzniesser gemacht hat etc. Das wirksamste Hilfsmittel

---

[8]) „Nutzniesser" hier und im folgenden statt „der ehemalige Nutzniesser oder seine Erben", vgl. ZGB 752—754.

bildet hier das öffentliche Inventar (ZGB 580); die Schätzungen der Waren und Forderungen werden von Amts wegen vorgenommen (ZGB 581), die streitigen Ansprüche werden erledigt ohne Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis.

Unter normalen Verhältnissen werden die Erben des Niessbrauchers den unbestrittenen Teil des Geschäftsvermögens und damit die Verwaltung und Leitung des Betriebes sofort auf den Eigentümer übergehen lassen und nur diejenigen Gegenstände zurückhalten, bei denen die Eigentumsverhältnisse umstritten sind; ebenso erfüllen sie die Ersatzforderung, soweit sie dieselbe nach Abzug ihrer Gegenforderungen anerkennen.

2. Die Ersatzansprüche des Eigentümers bei anormaler Entwicklung der Vermögensverhältnisse betreffen zunächst den Ersatz für alle bei der Restitution fehlenden Objekte des eigentlichen und Dispositionsniessbrauchs, sowie für allfälligen Minderwert der vorhandenen. Der Nutzniesser befreit sich jedoch von der Haftung durch den Nachweis, dass ihn kein Verschulden trifft; die allmähliche Abnützung durch ordnungsgemässen Gebrauch gilt als Exculpationsgrund (ZGB 752). Durch die Restitution und diese Ersatzansprüche soll dem Eigentümer nach Abzug der übernommenen Passiven im ganzen ein Reinvermögen zugekommen sein gleich dem bei der Bestellung übergebenen zuzüglich dem Wertzuwachs, den sich der Nutzniesser nicht anrechnen darf (Liegenschaften, Wertpapiere in eigentlichem Niessbrauch), und abzüglich des Minderwerts, für welchen er sich nach ZGB 752 exculpieren konnte.

Der Niessbraucher muss aber nicht nur mathematisch ein gleichwertiges Reinvermögen übergeben, er haftet vielmehr auch dafür, dass das Ganze ein Geschäftsinventar bildet, wie es zur Fortsetzung des Betriebes im Moment erforderlich ist; Ersatz in Geld genügt nicht. Diese Haftung kann der Eigentümer aber nicht geltend machen, wenn er durch Ablehnung der

Passivenübernahme den Usufruktuar zur Desorganisation des Unternehmens genötigt hat.

Weiter haftet der Niessbraucher für die Erhaltung der Rentabilität des Geschäftes. Ob diese gewahrt ist, ergibt sich aus dem durchschnittlichen Reingewinn der letzten Jahre. Der für die Berechnung massgebende Zeitraum kann bei Unternehmungen mit stabiler Entwicklung kleiner angesetzt werden als bei Betrieben, wo gute und schlechte Jahre sich in buntem Wechsel folgen; ausserordentliche Ereignisse wie Krieg, allgemeine Krisen etc., sollten durch Vergrösserung der Frist möglichst paralysiert werden. Ist die Rendite zurückgegangen, so hat der Nutzniesser die Möglichkeit der Exculpation; doch wird der Beweis oft schwer fallen. Es müssen bestimmte Gründe aufgeführt werden, welche eine Verminderung der Chance herbeiführen mussten: Aenderung der Zolltarife, Erhöhung der Produktionskosten durch neue sozialpolitische Gesetze, Verweigerung von Hauptreparaturen durch den Eigentümer etc. Jede unverschuldete erhebliche Verminderung des Geschäftsvermögens während des Ususfrukts muss dabei in Rechnung gestellt werden, ebenso eine Erhöhung der Betriebsmittel. Das Reineinkommen aus einem Unternehmen setzt sich zusammen aus Kapitalzins und Bodenrente, Arbeitslohn und Unternehmergewinn; da der Arbeitslohn aber derselbe bleibt trotz der Veränderung des Betriebskapitals, so muss der Reingewinn der Vermehrung oder Verminderung der Kapitalien nicht genau proportional entsprechen. Der Ersatz für die verminderte Rentabilität beträgt im schlimmsten Fall den kapitalisierten Betrag des voraussichtlichen jährlichen Gewinnausfalls. In der Regel wird aber der Eigentümer im Stande sein, in längerer oder kürzerer Frist den Schaden wieder gut zu machen, sei es durch besondere Aufwendungen oder einfach durch richtige Leitung des Geschäftes. In diesem Fall sind die besonderen Auslagen zu ersetzen und ausserdem eine Summe, die durch den Ersatz des jährlich kleiner

werdenden Gewinnausfalls allmählich aufgezehrt wird.[9]) Dies gibt zugleich dem Eigentümer den Ansporn, durch seine Bemühungen das Geschäft wieder in die Höhe zu bringen.

3. Gegenforderungen kann der Nutzniesser geltend machen für Verwendungen und Neuerungen, zu denen er nicht verpflichtet war, so für Hauptreparaturen, die er selbst ausführte, für Aufwendungen zu besonderen Massregeln, die auf eine Erhöhung der Chancen abzielten (Beteiligung an Ausstellungen, Erwerb neuer Patente etc.); weiter für die Vorschüsse, welche dem Eigentümer bei ausserordentlichen Lasten gewährt wurden. Für die Ansprüche der ersten Art gelten die Regeln der negotiorum gestio (OR 422—424), für den Ersatz der Vorschüsse Darlehensgrundsätze; die Zinsen der ausgelegten Summe werden dem Nutzniesser in beiden Fällen nicht vergütet (arg. ZGB 765). Die Ersatzforderungen kann der Niessbraucher durch Kompensation zur Geltung bringen; soweit ein Ersatz nicht geleistet wird, kann er die von ihm erstellten Vorrichtungen wegnehmen unter der Verpflichtung, den früheren Zustand wieder herzustellen (ZGB 753 II).

Kein Anspruch auf Ersatz erwächst dem Nutzniesser aus dem Wertzuwachs, der ohne sein Zutun bei Liegenschaften, Wertpapieren etc. eingetreten ist, ebensowenig aus der Steigerung der Rentabilität des Geschäftes, soweit sie nicht auf besonderen Aufwendungen seinerseits beruht. Je länger ein Unternehmen besteht, desto grösser soll der Gewinn werden, weil die Betriebsunkosten mit der Schulung des Personals, den Erfahrungen des Prinzipals immer kleiner werden, weil die Firma im Publikum bekannt ist. Auch wenn das günstige Resultat zum Teil auf die besondere Tüchtigkeit des Niessbrauchers zurück-

---

[9]) Ist q der Zinsfaktor, a der Betrag der besonderen Aufwendungen und b_1, b_2, b_3 der Ausfall im ersten, zweiten, dritten Jahr, so ist der Ersatz $E = a + \frac{b_1}{q} + \frac{b_2}{q^2} + \frac{b_3}{q^3}$ usw.

zuführen ist, kann er keinen Rechtsanspruch auf Ersatz daraus ableiten, dass er seiner Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung nach dem Mass seiner Kräfte nachgekommen ist.

Damit wären wir am Schlusse unserer Betrachtungen angelangt; es erübrigt noch, auf die eingangs erwähnten Fragen zurückzuverweisen. Dabei wird man sich wohl dem Eindruck nicht verschliessen können, dass die Nutzniessung am Handelsgeschäft praktisch sehr wohl durchführbar ist, wenn die Beteiligten durch Familienbeziehungen miteinander verbunden sind, wie dies für den Usufrukt die Regel bildet, und daher nicht die konkurrierenden, sondern die gemeinsamen Interessen in den Vordergrund stellen. Insbesondere bieten die verschiedenen Variationen in der Ausübung der Verwaltung die Möglichkeit, das Verhältnis allen Situationen anzupassen. Die einzige Sicherungsmassregel, die den Parteien vielleicht noch zu empfehlen wäre, ist eine weitere Ausdehnung des in ZGB 463 ausgesprochenen Gedankens: nicht nur der überlebende Ehegatte, sondern jede Partei sollte jederzeit Umwandlung der Nutzniessung in eine Rente verlangen können, sofern die Umstände eine solche gerechtfertigt erscheinen lassen (E s c h e r , Art. 463 Bem. 1. R o s s e l et M e n t h a , Manuel II, 127 et suiv.).