

# „Sonstige Gegenstände“ im Rechtsverkehr

ALEXANDER PEUKERT \*

Erscheint 2010 in: Leible, Stefan/Lehmann, Matthias/Zech, Herbert,  
Unkörperliche Güter im Zivilrecht

## I. Sonstige Gegenstände: Begriff, Schutz und Rechtsverkehr

Der Gegenstandsbegriff des BGB umfasst zum einen alle Arten faktischer Rechtsobjekte, zum anderen verschiedene Typen von Rechten<sup>1</sup>. Aus dem Kreis der Güter, die menschliche Bedürfnisse befriedigen (die erste Kategorie von Gegenständen), regelt das BGB jedoch nur die Zuordnung von Sachen. Damit sind wie im römischen Recht (*res corporales*)<sup>2</sup>, aber anders als etwa im österreichischen ABGB<sup>3</sup>, nur „körperliche Gegenstände“ gemeint (§ 90 BGB). Das sind solche, bei denen die alltagsweltlich anerkannte Möglichkeit besteht, sie für sich betrachtet verwenden („anfassen“) zu können<sup>4</sup>.

Bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB zeigte allerdings das Phänomen beherrschbarer elektrischer Energie, dass es eine Vielzahl weiterer, vermögenswerter Güter gibt, die nicht vom Sachenrecht erfasst sind, weil sie nicht die erforderliche Körperlichkeit aufweisen<sup>5</sup>. Neben Erfindungen, Werken, Marken und weiteren immateriellen Gütern, die in speziellen Immaterialgüterrechtsgesetzen eine eingehende Regelung gefunden haben, zählen hierzu etwa der Goodwill eines Unternehmens, Betriebsgeheimnisse (Know-how), Bilder von Sachen, Sportveranstaltungen, Internet-Domains, Merkmale einer natürlichen Person wie Bildnis oder Name sowie digitale Daten, namentlich virtuelle Güter aus Online-Welten.

Erst nach mehr als 100 Jahren fanden diese Güter im BGB gesonderte Erwähnung. Im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 wurde in § 453 I BGB geregelt, dass die Vorschriften über den Kauf von Sachen nicht nur wie zuvor auf den Kauf von Rechten, sondern ferner auf den Kauf von „sonstigen Gegenständen“ entsprechende Anwendung finden. Die Begründung erläutert diese Ergänzung wie folgt:

„Gemäß Absatz 1 sind die Vorschriften über den Sachkauf auch auf den Kauf  
sonstiger Gegenstände“ entsprechend anzuwenden. Damit folgt die Vorschrift der

---

\* Univ.-Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster Herausbildung normativer Ordnungen, <http://www.jura.uni-frankfurt.de/peukert/>.

<sup>1</sup> Siehe *Binder*, ArchBürgR 34 (1920), 209 ff.; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl., 2007, 21 (Gegenstand als Oberbegriff, der alles umfasse, was Rechtsobjekt sein kann, also auch Rechte); *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbbd., Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., 1959, 760.

<sup>2</sup> Inst. 2.2.1: *Corporales hae sunt, quae siu natura tangi possunt: veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*

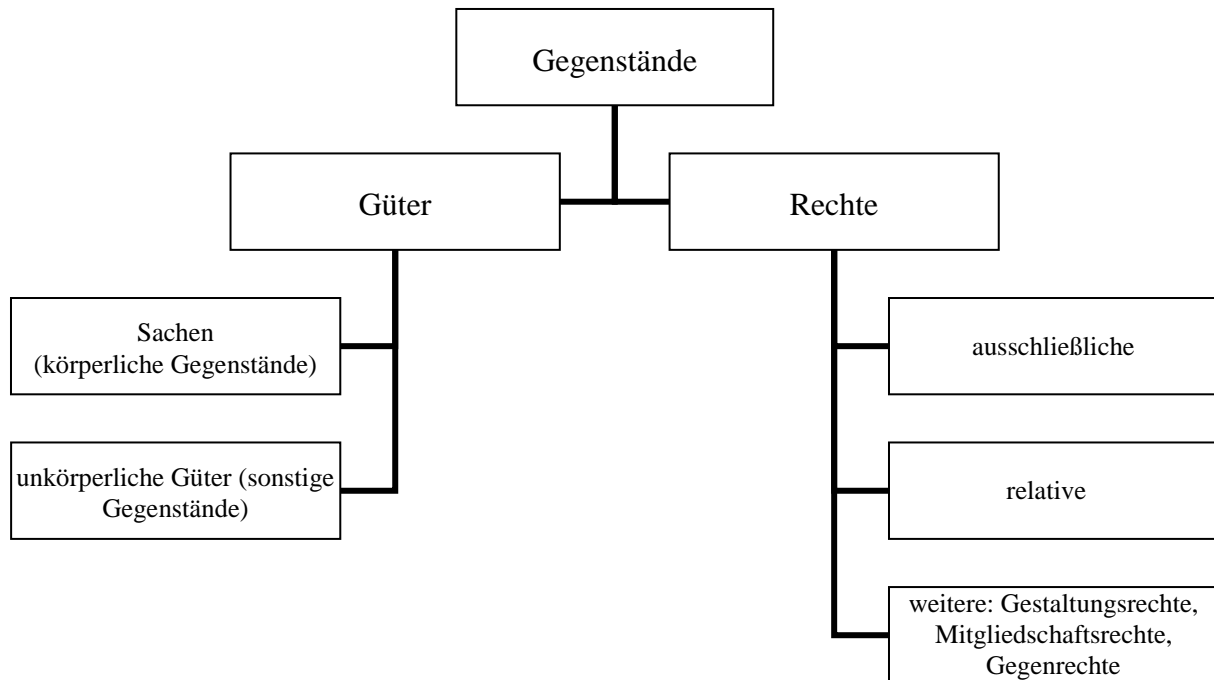
<sup>3</sup> §§ 285, 353 f. ABGB.

<sup>4</sup> RGRK/*Kregel*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Bd. I, §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, § 90 Rn. 13; *Soergel/Marly*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Bd. 1, §§ 1-103, 13. Aufl., 2000, § 90 Rn. 1; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 303 f.; *Redeker*, NJW 1992, 1739; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2007, Rn. 1174 (Sachen „grob gesagt“ alles, was man anfassen kann).

<sup>5</sup> Zu elektrischer Energie siehe RGZ 56, 403, 409 (1904); RGZ 58, 403, 409 (1904); RGZ 86, 12, 13 (1914) (aus der Berechnung des Preises nach Kilowattstunden sei kein Schluss für die Natur der elektrischen Energie zu ziehen); RG JW 1930, 1924; für das Haftpflichtrecht RGZ 67, 229, 232 (1907) („kein Körper“); für das Strafrecht RGSt 32, 165, 180 ff. (1899).

Rechtsprechung, die schon heute die Vorschriften des Kaufvertragsrechts, soweit sie passen, z. B. auf die entgeltliche Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen, von freiberuflichen Praxen, von Elektrizität und Fernwärme, von (nicht geschützten) Erfindungen, technischem Know-how, Software, Werbeideen usw. anwendet.“<sup>6</sup>.

Somit umfasst der Gegenstandsbegriff des BGB auf der Seite der Lebenswirklichkeit erstens körperliche Gegenstände (Sachen) und zweitens sonstige Gegenstände (unkörperliche Güter)<sup>7</sup>. Zu den Rechten als Kategorie des Rechts selbst zählen ausschließliche (insbesondere die auf Sachen bezogenen dinglichen Rechte), relative Rechte (Forderungen) und weitere Rechte, insbesondere die Gestaltungs- und Mitgliedschaftsrechte<sup>8</sup>:



Der folgende Beitrag ist den „sonstigen Gegenständen“ gem. § 453 I 2. Alt. BGB gewidmet, also allen vom Sachenrecht nicht erfassten Gütern. Im Vordergrund stehen dabei solche unkörperliche Güter, die auch in den Immaterialgüterrechtsgesetzen keine spezielle Regelung gefunden haben<sup>9</sup>. Die diesbezüglichen Diskussionen beschäftigen sich vorrangig mit der

<sup>6</sup> Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucks. 15/6040, 242.

<sup>7</sup> Die Begriffe „sonstige Gegenstände“ und synonym „unkörperliche Güter“ entsprechen daher nicht dem römisch-rechtlichen Begriff der res incorporales, der jedenfalls auch Rechte bezeichnet; siehe Inst. 2.2. Dem wird hier die strenge Unterscheidung zwischen der tatsächlichen Seins- (Güter) und der rechtlichen Sollensebene (Rechte) entgegengehalten.

Die Outline Edition des Draft Common Frame of Reference (siehe v. Bar u.a., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009) operiert mit einer Vielzahl von Begriffen, deren Bedeutung und Verhältnis zueinander einer gesonderten Analyse bedarf. Auffällig ist jedenfalls, dass Elektrizität im Rahmen des Kauf- und Schenkungsrechts als Vertragsgegenstand gesondert genannt wird (Art. IV.A – 1:101(2)(a), IV.H – 1:103(1)(b) DCFR), während die Vorschriften zum Erwerb und Verlust des „ownership“ (Anhang Definitionen: „Ownership“ is the most comprehensive right a person, the owner, can have over property, including the exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover the property.“) an „goods“ (Anhang Definitionen: „Goods“ means corporeal movables. It includes ships, vessels, hovercraft or aircraft, space objects, animals, liquids and gases.“) hierauf explizit keine Anwendung finden (Art. VIII. – 1:101(4)(b) DCFR). Relevant erscheinen ferner die ebenfalls definierten Begriffe „assets, corporeal, immovable property, incorporeal, intangibles, movables, property, right“.

<sup>8</sup> Dazu nur etwa *Medicus*, AT, Rn. 69.

<sup>9</sup> Auch schutzfähige Erfindungen, Werke, Marken, Designs usw. fallen als solche unter den Begriff des „sonstigen Gegenstands“. Zugleich bestehen an ihnen jedoch kodifizierte Ausschließlichkeitsrechte (wie an der

Frage, inwieweit eine bestimmte Person (z.B. das Energieunternehmen, der Sportveranstalter etc.) ggf. unter Annahme eines ungeschriebenen ausschließlichen Rechts exklusiv über die Nutzung „ihres“ Guts entscheiden und alle anderen hiervon ausschließen kann<sup>10</sup>. Nicht minder relevant und im Folgenden zu analysieren ist indes, ob und wenn ja wie der Vermögenswert eines unkörperlichen Guts rechtsgeschäftlich oder zwangsweise in Umlauf gebracht werden kann<sup>11</sup>. Der bloße Schutz vor unerlaubten Nutzungen ermöglicht dem Berechtigten zunächst einmal nur, seine tatsächliche Kontrolle über das Gut ungestört wahrzunehmen. In einer arbeitsteiligen Wirtschaft besteht jedoch in der Regel ein erhebliches Interesse, Dritten die Nutzung des Guts zu gestatten und auf diese Weise gegenseitige Transaktionsgewinne zu realisieren. Ferner mag der Berechtigte das unkörperliche Gut als Kreditsicherungsmittel einsetzen, seine Gläubiger wiederum werden auf den betreffenden Vermögenswert in der Einzel- und Gesamtvollstreckung zugreifen wollen. Nicht zuletzt ist fraglich, ob bezüglich dieser sonstigen Gegenstände eine Rechtsnachfolge von Todes wegen eintritt.

Die Rechtspraxis bestätigt die Bedeutung der Verkehrsfähigkeit sonstiger Gegenstände: Der Streit um eine angebliche Sacheigenschaft von Computerprogrammen und elektrischer Energie wurde primär in Bezug auf die durch § 453 I 2. Alt. BGB geklärte Anwendbarkeit des Sachkaufrechts geführt<sup>12</sup>. Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen werden unter anderem propagiert, um den Vereinen bzw. Sportverbänden eine vom Eigentum am Veranstaltungsort losgelöste, übertragbare Rechtsposition zusprechen zu können, mit der sich Verbandsvereinbarungen und Lizenzketten einfacher konstruieren lassen<sup>13</sup>. Die Frage nach ausschließlichen Rechten an der Internet-Domain als solcher wurde im Kontext der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Domain-Inhaber relevant<sup>14</sup>. Die Rechtslage in der Insolvenz war es, die den BGH zur Annahme bewegte, an nicht patentiertem Geheimwissen sei ein übertragbares „Ausschlussrecht“ anzuerkennen, das in die Insolvenzmasse falle und vom Insolvenzverwalter auf den Erwerber des Schuldnerunternehmens mit der Wirkung übertragen werden könne, dass der frühere Betriebs- und Geheimnisinhaber die Befugnis zur Nutzung seines Wissens verliert<sup>15</sup>. Die größte Aufmerksamkeit hat die Verkehrsfähigkeit ungeschriebener Rechtspositionen an unkörperlichen Gütern im Hinblick auf Bildnisse und

---

Sache das Eigentum), deren Inhalt, Schutz und Verkehrsfähigkeit jeweils spezialgesetzlich geregelt ist. Gegenstand eines Vertrags kann in diesen Fällen entweder das unkörperliche Gut als solches oder das daran bestehende Immaterialgüterrecht sein. Diese Unterscheidung kommt zum Beispiel bei Softwareverträgen zum Tragen. Jene können die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte gem. §§ 31 ff. UrhG im Sinne einer beschränkten Übertragung (Verfügung) umfassen; sie können sich aber auch auf die endgültige (dann Kauf gem. § 453 I 2. Alt. BGB) oder vorübergehende Verschaffung einer Kopie des Programms als „sonstigen Gegenstands“ beschränken. Nur die letztgenannte Gestaltungsvariante wird im Folgenden erörtert.

<sup>10</sup> Siehe die Nachweise für einzelne Beispielfälle bei *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 137 ff.

<sup>11</sup> So auch *Forkel*, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, 1972, 105, 106 f. (die der Schutzfrage nicht nachstehende Übertragungsfrage sei für geheimes Wissen vernachlässigt worden); insoweit zutreffender Fokus bei *Lochmann*, Die Einräumung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen. Zugleich ein Beitrag zur Einräumung von Nutzungs- und Verwertungsrechten im System des Privatrechts, 2005, 252 ff. Zur entsprechenden Beschränkung der Wirtschaftswissenschaften auf den Besitzschutz unter Außerachtlassung der Übertragbarkeit und insbesondere Verpfändbarkeit des Eigentums *Heinsohn/Steiger*, Eigentumsökonomik, 2006, 88 und passim.

<sup>12</sup> Für Computerprogramme BGH NJW 1988, 406 ff. (Kaufgewährleistungsrecht); BGH NJW 1993, 2436, 2438 (§ 381 II HGB); BGH NJW 1990, 320, 321 (Abzahlungsgesetz); BGH NJW 2007, 2394 m.w.N. (Mietrecht); Sacheigenschaft offengelassen von BGH CR 2002, 95 (Kaufgewährleistungsrecht). Für elektrische Energie RGZ 17, 269, 271-273 (1887); RGZ 56, 403, 404 (1904) (Steuer- und Vertragsrecht).

<sup>13</sup> De lege ferenda *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 2007, 85 (sonst Scheinlösungen, die am Kern der wirtschaftlichen Problematik vorbeigehen); *Mailänder*, Festschrift Geiß, 2000, 605, 611; im Ergebnis auch *Lochmann*, Fernsehübertragungsrechte, 243 ff. (Schutzbereich und Schutzdauer nicht eindeutig zu bestimmen).

<sup>14</sup> BGH NJW 2005, 3353 f.

<sup>15</sup> BGHZ 16, 172 ff. (1955) – *Dücko*; zustimmend unter Geltung der InsO BGH NJW 2006, 3424, 3426; ferner etwa *Ohly*, Festschrift Schricker, 2005, 105, 114. Ausdrücklich offengelassen wird die Frage der Pfändbarkeit von Know-how dagegen von BGH NJW 1989, 2536, 2537 m.w.N.

Namen prominenter Persönlichkeiten erfahren. Nachdem die Nena-Entscheidung bereits eine Diskussion ausgelöst hatte, ob Persönlichkeitsrechte übertragbar seien<sup>16</sup>, anerkannte das Marlene-Urteil die Vererblichkeit „vermögenswerter Ausschließlichkeitsrechte“, die seither vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (aPR) in seiner klassischen Gestalt und Funktion unterschieden werden<sup>17</sup>. Die ganz herrschende Meinung in der Literatur bejaht dementsprechend zumindest die beschränkte Übertragbarkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts sowie – mit Einschränkungen analog der §§ 113 ff. UrhG – die Zwangsvollstreckung in diese Befugnisse und ihre Verwertbarkeit in der Insolvenz<sup>18</sup>. In den letzten Jahren hat der millionenschwere Handel mit virtuellen Gegenständen aus Online-Spielen Zweifel aufkommen lassen, was eigentlich „Gegenstand“ einschlägiger schuldrechtlicher Verträge ist, und ob es eine „dingliche“ Ebene gibt, die vom Verpflichtungsgeschäft zu trennen ist<sup>19</sup>.

Mit letztgenannter Frage – nur Verpflichtung oder auch Verfügung? – ist die dogmatische Kernproblematik der rechtlichen Einordnung und damit zugleich der Verkehrsfähigkeit „sonstiger Gegenstände“ angesprochen<sup>20</sup>. Die Schuldrechtsreform hat mit § 453 I 2. Alt. BGB klargestellt, dass man jene verkaufen kann. Der Verkäufer verpflichtet sich, dem Käufer das faktische Gut (Unternehmen, Energie, Daten, etc.) tatsächlich zu verschaffen; der Käufer hat den Preis zu zahlen. Von diesen *Verpflichtungen* ist eine etwaige *Verfügung* zu unterscheiden<sup>21</sup>. Zu einer solchen<sup>22</sup> kann sich der Verkäufer wie beim „Sach“-Kauf überhaupt nur verpflichten, wenn ein Recht (wie das Eigentum an der zu verkaufenden Sache) besteht, das vom ehemals Berechtigten ohne Inhaltsänderung auf den Erwerber übertragen wird<sup>23</sup>. Jede Verfügung bzw. Übertragung bezieht sich auf ein bestimmtes subjektives *Recht*<sup>24</sup>. Das bestätigen das Sachen-<sup>25</sup> und Immaterialgüterrecht<sup>26</sup>. Durch Verpflichtungsgeschäfte werden

---

<sup>16</sup> BGH JZ 1987, 158 – *Nena*.

<sup>17</sup> BGHZ 143, 214 ff. (1999) – *Marlene*; ferner die Parallelentscheidung vom selben Tage BGH ZUM 2000, 589 ff. – *Der blaue Engel*. Ebenso in der Folgezeit BGH GRUR 2002, 690, 691; BGHZ 165, 203, 208 ff. (2005).

<sup>18</sup> OLG Hamburg ZUM 2004, 309, 311 (mit Verweis auf die entsprechende Rechtslage im Urheberrecht); LG Berlin AfP 2004, 455, 457; verfassungsrechtlich für zulässig erachtet wird diese Lösung von BVerfG NJW 2006, 3409, 3411 – *Marlene*; aus der Literatur etwa *Ullmann*, WRP 2000, 1049, 1052 (ohne eine rechtliche Verselbständigung der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts gebe es keine Vererblichkeit); *Wagner*, GRUR 2000, 717, 718 (Bedenken gegen die Übertragbarkeit der Rechtsposition seien gegenstandslos); *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, 65, 278 f.; *Ohly*, „volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, 260, 266; *Sosnitza*, Festschrift Ullmann, 2006, 387, 405 f.

<sup>19</sup> Siehe dazu *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 ff., bei deren Darstellung letztlich unklar bleibt, was genau Vertragsgegenstand ist (Abtretung der Nutzungsrechte des Veräußerers, aber analoge Anwendung des § 929 S. 1 BGB auf den „Rechtskauf“); dennoch zustimmend *Geis/Geis*, CR 2007, 721.

<sup>20</sup> *Helle*, RabelsZ 60 (1996), 448, 466.

<sup>21</sup> Siehe nur *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 99 ff. Schon deshalb verfehlt ist ein Verweis auf das „allgemeine Vertragsrecht“, so dass neben Verpflichtungen auch Verfügungen zulässig seien; so aber *C. Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, Ansatz einer Systembildung, 2002, 433 f., 439 f.

<sup>22</sup> Zum Begriff der Verfügung siehe Mot. I, 127 („Das dingliche Rechtsgeschäft kann zum Inhalte haben die Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte ...“); RGZ 111, 247, 250 (1925); BGHZ 1, 294, 304 (1951) (Kündigung und Anfechtung als Verfügung); BGHZ 75, 221, 226 (1979) (Verfügung über das Anwartschaftsrecht); v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, 1918/1957, 238; RGRK/*Steffen*, § 185 BGB Rn. 4; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl., 1979, 140; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, 32.

<sup>23</sup> *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, 38. Zur translativen, also zu einem endgültigen Rechtsverlust führenden Übertragung im Gegensatz zu einer konstitutiven Übertragung, bei der ein Recht geringeren Inhalts auf ein anderes Subjekt übergeht, v. *Tuhr*, AT II/2, 59 ff.

<sup>24</sup> Mot. I, 128 („Unter Verfügen versteht der Entwurf ... rechtliches Verfügen.“); v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910/1957, 319; *ders.*, AT II/2, 242; *Flume*, AT 2, 140; rechtsvergleichend *Gretton*, RabelsZ 71 (2007), 802, 844; zumindest unklar RGRK/*Steffen*, § 185 BGB Rn. 9 („Gegenstand der Verfügung ist jeder Vermögenswert.“); a.A. *Berkemeier*, Die Verwertung von Immaterialgüterrechten, 1984, 113 (die Verschaffung faktischer Exklusivität durch Mitteilung eines Geheimnisses sei eine Verfügung).

<sup>25</sup> §§ 873, 925 ff. BGB.

hingegen keine bestimmten Rechte *übertragen*, sondern in Gestalt der primären Leistungsansprüche neue relative, auf das Verhalten des Schuldners gerichtete Rechte *begründet*. Bei der verfügenden Übertragung ist das subjektive Recht *Gegenstand* des Rechtsgeschäfts, bei der Verpflichtung *Ergebnis*<sup>27</sup>. Mithin erweist sich die Anerkennung eines ungeschriebenen Ausschließlichkeitsrechts an unkörperlichen Gütern wie Energie gerade an dessen Umlauffähigkeit. Denn wenn eine Befugnis den Berechtigten wechseln kann, ohne ihren Inhalt zu verändern, signalisiert das die ideelle Existenz eines unverletzt gedachten, subjektiven Rechts<sup>28</sup>. Die Annahme eines im Konkurs übertragbaren, ungeschriebenen „Ausschlussrechts“ an Know-how bestätigt dies exemplarisch<sup>29</sup>.

Von diesen unabhängig von einer akuten Verletzung definierten und daher rechtsgeschäftlich und zwangsweise übertragbaren subjektiven Rechten (Vorbild Eigentum, § 903 BGB) ist der Schutz von Interessen und Gütern auf der Grundlage gesetzlicher Schuldverhältnisse, insbesondere des Deliktsrechts, kategorial zu unterscheiden<sup>30</sup>. Zwar genießt der nach Maßgabe der jeweiligen gesetzlichen Tatbestände (z.B. §§ 826 BGB, 3 UWG) Aktivlegitimierte ebenfalls im Verhältnis zu allen Dritten Schutz. Indes – und das ist der qualitative Struktur- und Wirkungsunterschied zu den Ausschließlichkeitsrechten – verwirklichen bzw. sanktionieren diese Ansprüche kein primäres subjektives Recht, sondern gehen direkt auf die jeweilige Grundlage im objektiven Recht zurück. Da es an einem selbständigen Verfügungsgegenstand unabhängig von der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands fehlt, kann der Interessen- und Güterschutz nicht als solcher rechtsgeschäftlich oder zwangsweise übertragen werden. Dies gilt insbesondere auch für die rechtsfortbildend anerkannten Rahmenrechte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am Gewerbebetrieb. Jene wurden zwar von der Rechtsprechung unter dem Titel des „sonstigen Rechts“ gem. § 823 I BGB entwickelt<sup>31</sup>. Sie unterscheiden sich aber in formeller und materieller Hinsicht grundlegend vom Sacheigentum und den Immaterialgüterrechten, indem sie anders als jene keinen fest definierten Schutzbereich aufweisen, dessen Verletzung die Rechtswidrigkeit indiziert<sup>32</sup>, als solche unstreitig nicht verkehrsfähig sind und ihrem Sinn und Zweck nach nicht der statischen Sicherung des Erworbenen gem. Art. 14 GG, sondern der Ermöglichung selbstbestimmter Persönlichkeitsentfaltung gem. Art. 2 I, 1 I und 12 I GG

---

<sup>26</sup> Siehe im deutschen Recht die §§ 15 PatG, 22 GebrMG, 11 II HalblSchG, 27-31 MarkenG, 29-32 GeschmMG, 11 SortSchG, 28-44 UrhG. Zum internationalen und europäischen Immaterialgüterrecht siehe die Art. 71-74 EPÜ, 21 TRIPS, 16-24 Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke v. 26.2.2009, ABl. L 11/1; 27-34 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster v. 12.12.2001, ABl. L 3/1; 22-29 Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates über den gemeinschaftlichen Sortenschutz v. 27.7.1994, ABl. L 227/1.

<sup>27</sup> Siehe die §§ 137 S. 2, 458 S. 1 (Verfügung über den gekauften Gegenstand), 893, 1365 I S. 1, 1423, 1812 I S. 2, 1819 S. 2, 1821 I Nr. 4, 5 BGB. Siehe aber auch § 2205 S. 3 BGB („unentgeltliche Verfügung“). Dazu Mot. I, 127 (Bedeutung der Scheidung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft); RGZ 117, 69, 71 (1927) (abstrakte Übertragung eines Wechsels); BGHZ 62, 133, 140 (1974); v. Tuhr, AT II/2, 250 ff.; *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, 31; *Flume*, AT 2, 141; *Thiele*, Zustimmungen, 26.

<sup>28</sup> *Gareis*, Festschrift Schirmer, 1900, 59, 82 (die Frage laute, ob man sich ein subjektives Recht nur unverletzt denken könne oder nicht).

<sup>29</sup> BGHZ 16, 172 ff. (1955) – *Dücko*.

<sup>30</sup> Siehe RGZ 47, 100, 101 f. (1900); OLG Brandenburg MMR 2006, 107, 108 (Verhaltensunrecht vs. absolutes Recht); *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 449 (die Rechtsordnung schütze die Interessen einer Person in doppelter Form, nämlich durch subjektive Rechte oder durch bloße Schutzpositionen); v. Tuhr, AT I, 55 f. (Unterscheidung zwischen geschützten Interessen und subjektivem Recht); *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 1467.

<sup>31</sup> Zur Prägung des deliktsrechtlichen Denkens durch diese subjektivrechtlich orientierte Eingangsnorm *Coing*, JZ 1954, 700; *Scheyhing*, AcP 158 (1959/1960), 503, 505 mit Fn. 5; v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 1996, Rn. 529.

<sup>32</sup> Zum Unterschied zwischen dem vom Erfolgsunrecht ausgehenden Indikationsmodell und den „offenen Verletzungstatbeständen“ aPR und Recht am Gewerbebetrieb BGH NJW 1979, 1351, 1352; BGH NJW 1980, 881, 882; BAG NJW 1999, 164, 166; OLG München NJW 2004, 224, 229; *Baur*, AcP 160 (1961), 465, 486; *Loewenheim*, ZHR 135 (1971), 97, 128.

dienen<sup>33</sup>. Die Differenzierung zwischen einem solchen, nur gesetzlichen (insbesondere deliktsrechtlichen) Güterschutz und subjektiven Ausschließlichkeitsrechten spiegelt sich im Kontext des Rechtsverkehrs in den Optionen „nur Verpflichtung“ oder „auch Verfügung“.

## II. Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Verwertung

### 1. Auffangklauseln zur Rechtsnachfolge

Fragt man vor diesem Hintergrund, ob im Hinblick auf „sonstige Gegenstände“ nicht nur Verpflichtungsgeschäfte, sondern darüber hinaus auch rechtsgeschäftliche oder zwangsweise Verfügungen in Betracht kommen, so stößt man auf generelle Auffangnormen im Zivil- und Prozessrecht, die den Eindruck erwecken, als könne man die Umlauffähigkeit unkörperlicher Güter bzw. daran bestehender Rechtspositionen auch ohne spezialgesetzliche Regelung anerkennen. Gem. § 413 BGB findet das Zessionsrecht auf die Übertragung „anderer Rechte“ entsprechende Anwendung. Nicht näher spezifizierte „Rechte“ können verpfändet (§§ 1273 f. BGB) und mit einem Nießbrauch belastet werden (§§ 1068 f. BGB). § 857 I ZPO eröffnet die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte“. Das Insolvenzverfahren erfasst gem. § 35 I InsO das „gesamte Vermögen“, das dem Schuldner gehört. Schließlich geht das „Vermögen“ (Erbchaft) einer Person mit ihrem Tode als Ganzes auf den oder die berufenen Erben über (§ 1922 I BGB).

Zumindest rechtsgeschäftliche Übertragung sowie Vererbung erscheinen überdies nicht rechtfertigungsbedürftig, weil dem Berechtigten ja nur *zusätzliche* Möglichkeiten eröffnet werden, den Wert des Gutes auszunutzen. Der tatsächlichen Verfügungsmacht wird eine rechtliche hinzugefügt. Aber auch allen Dritten bringt die Verkehrsfähigkeit eine Erweiterung ihrer Handlungsoptionen, weil sie an die Stelle des originär Berechtigten treten und sich den Vermögenswert zum gegenseitigen Vorteil einverleiben können<sup>34</sup>. Häufig heißt es daher, die Übertragbarkeit, Vererblichkeit und sogar die zwangsweise Verwertbarkeit ungeschriebener Rechtspositionen an sonstigen Gegenständen sei als „angemessenes Ergebnis“ im Interesse der Beteiligten nur zu verwerfen, wenn ihr „zwingende Einwände entgegenstehen“<sup>35</sup>.

### 2. Begründungsbedürftigkeit rechtsgeschäftlicher und zwangsweiser Rechtsnachfolge

Eine solche Betrachtungsweise verkennt jedoch die Verknüpfung rechtsgeschäftlicher und zwangsweiser Verwertung von Rechtspositionen<sup>36</sup>. Ausgangspunkt ist, dass der Zugriff der Gläubiger in der Einzel- und Gesamtvollstreckung mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols erfolgt und folglich dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt. Die Existenz eines gegen den Willen des Schuldners verwertbaren „anderen Vermögensrechts“ gem. § 857 I ZPO und die Zugehörigkeit eines Vermögensbestandteils zur Insolvenzmasse müssen daher rechtlich *begründet* werden.

Nichts anderes gilt für die auf den ersten Blick unproblematische, rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit und Verpfändbarkeit von „Rechten“. Denn die genannten allgemeinen

---

<sup>33</sup> Näher *Peukert*, Güterzuordnung, 174 ff., 825 ff. (zum aPR), 719 ff., 808 ff. (zum Recht am Gewerbebetrieb).

<sup>34</sup> Insoweit zutreffend *Forkel*, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, 105, 120.

<sup>35</sup> *Ohly*, *volenti non fit iniuria*, 162 ff. (während die Einwilligungsdogmatik ungeeignet sei, bestehe für die Rechtswissenschaft die Aufgabe, in Analogie zum Urheberrecht ein Persönlichkeitsvertragsrecht zu entwickeln); im Ergebnis ebenso für eine Umkehr der Argumentationslast *Pfister*, Das technische Geheimnis „know how“ als Vermögensrecht, 1974, 146; *Freitag*, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, 1993, 164 f.; *C. Ahrens*, Verwertung, 409 (wenn keine Bedenken bestünden, verlange § 413 BGB die Anerkennung dinglicher Lizenzen an Persönlichkeitsrechten); *Forkel*, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, 105, 109, 119 (es sei die Frage, ob für die Beschränkung der rechtlichen Möglichkeiten auf schuldrechtliche Verträge ausreichende Gründe bestünden).

<sup>36</sup> Im Einzelnen *Peukert*, Güterzuordnung, 654 ff.

Vorschriften des Zivil- und Prozessrechts gehen davon aus, dass vorbehaltlich der vom Vollstreckungsrecht selbst angeordneten Ausnahmen alle übertragbaren und verpfändbaren Rechte zugleich dem zwangsweisen Zugriff der Gläubiger unterliegen. Den Gläubigern soll in der Einzelzwangsvollstreckung als Befriedigungsmittel zur Verfügung stehen, was der Schuldner seinerseits im Wege der (beschränkten) Übertragung zu versilbern vermag<sup>37</sup>. Dieser Konnex betrifft zunächst die Rückkopplung der Verpfändung auf die vollständige Übertragung. Jeweils handelt es sich um Verfügungen über vorausgesetzte, subjektive Rechte. Der Unterschied besteht lediglich in der vereinbarten Reichweite der Rechtsnachfolge. Statt einer unbeschränkten Übertragung soll nur eine teilweise eintreten<sup>38</sup>. Die Verbindungslinie zur Zwangsvollstreckung deutet sich bereits in § 1277 BGB an, der bestimmt, dass der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem vereinbarten Pfandrecht grundsätzlich nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen kann. Wenn aber die Verfahren zur Verwertung des Pfandgegenstandes bei vereinbarten Pfandrechten und bei zwangsweiser Durchsetzung von Ansprüchen dieselben sind, dürfte auch der Anwendungsbereich dieser Abwicklungsmechanismen identisch sein. In gewissermaßen umgekehrter Perspektive bestimmen die §§ 803 f., 857 ZPO, dass die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte durch „Pfändung“ erfolgt, durch die der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht erwirbt, das im Verhältnis zu anderen Gläubigern wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht wirkt. Folglich bedient sich das Zwangsvollstreckungsrecht seinerseits der rechtsgeschäftlichen Instrumente des BGB; nur setzt es an die Stelle zweier übereinstimmender Willenserklärungen die gesetzliche Anordnung der erzwingbaren Gläubigerbefriedigung<sup>39</sup>. Wegen dieser Parallelen stellt das BGB die rechtsgeschäftliche Verfügung in verschiedenen Kontexten einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung gleich<sup>40</sup>.

Dass (beschränkte) Übertragung und Zwangsvollstreckung sich auf dieselbe Kategorie von Rechtspositionen erstrecken, erhellen überdies die §§ 1069 II, 1274 II BGB, 851, 857 III ZPO, wonach unübertragbare Rechte nicht mit einem Nießbrauch belastet, nicht verpfändet und auch nicht gepfändet werden können<sup>41</sup>. § 857 III ZPO war von der 1. Kommission sogar im heutigen § 413 BGB verortet worden und wurde erst später aus systematischen Gründen, aber ohne sachliche Änderung in die ZPO integriert, so dass entstehungsgeschichtlich ebenfalls kein prinzipieller Unterschied zwischen „anderen Rechten“ und „anderen

---

<sup>37</sup> So *Johow/Achilles*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 3, Grundbuchordnung, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und sachenrechtliche Vorlagen von 1876-1879, 1982, 890 ff. (pfändbar sei, was verwertbar sei; das Maß der Abtretbarkeit bestimme das Maß der Verpfändbarkeit); *Freudenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, 13; ferner am Beispiel des Rechts auf das Patent BGHZ 125, 334, 340 (1994).

<sup>38</sup> Siehe insbesondere die §§ 1069 II, 1274 II BGB; *Johow*, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 2, Beschränkt dingliche Rechte und materielles Zwangsversteigerungsrecht, 1982, 267 f. („Ist hier einmal der Uebertragungsakt gegeben, so liegt kein weiteres öffentliches Interesse vor, weshalb nicht auch das Recht partiell, unter beliebiger Ordnung der Konkurrenz des Übertragenden und Empfangenden übertragen werden sollte.“); *Johow/Achilles*, in: Schubert, Sachenrecht 3, 888 ff.

<sup>39</sup> RGZ 82, 227, 229 (1913); BGHZ 119, 75, 90 f. (1992). Zur Identität des bürgerlichrechtlichen und zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfügungsbegriffs RGZ 64, 415, 418 (1906). Zur bewusst offengehaltenen Überschrift der §§ 1273 ff. BGB mit „Pfandrecht an Rechten“ statt „Verpfändbarkeit der Vermögensrechte“ zur Einbeziehung des Pfändungspfandrechts *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht II, §§ 1018-1296, 1991, 1034; BGH NJW 1989, 2536, 2537.

<sup>40</sup> Siehe die §§ 161 I 2, 184 II, 883 II 2 BGB und *Gaul*, RPfleger 1971, 1, 7.

<sup>41</sup> Siehe z.B. RGZ 134, 91, 96 (1931) (Unpfändbarkeit eines vertraglichen Nutzungsrechts wegen dessen Unübertragbarkeit); BGHZ 56, 228, 232 f. (1971) (Grundsatz, dass die Pfändbarkeit von der Übertragbarkeit der Forderung abhängt); BGHZ 125, 334, 337 (1994) (Rechte, die übertragbar seien, seien auch pfändbar); BGHZ 154, 64, 69 (2003) (Recht auf Rückauflassung übertragbar und pfändbar); OLG Köln JR 1955, 225.

Vermögensrechten“ feststellbar ist<sup>42</sup>. Schließlich nimmt das BGB auf vollstreckungsrechtliche Aussagen Rücksicht, indem Pfändungsverbote zur Unübertragbarkeit von Forderungen und „anderen Rechten“ (§§ 413, 400 BGB) und damit wiederum zum Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Verpfändung führen<sup>43</sup>. Dieser Gleichklang aller drei Elemente des Rechtsverkehrsrechts wurde während der Entstehungszeit des BGB als „selbstverständliche Regel“ aufgefasst und entsprechend umgesetzt<sup>44</sup>. Zu erwähnen bleibt die systematische Zusammenfassung der Vorschriften über die Zulässigkeit der Verpfändung und der Pfändbarkeit von Immaterialgüterrechten, die ersichtlich demselben Konzept folgt<sup>45</sup>.

Wenn man also die Verkehrsfähigkeit einer Rechtsposition anerkennt, *dann* muss man sich der Zwangsverwertung als der anderen Seite der Medaille bewusst sein. Der im Nachgang der Marlene-Entscheidung befürwortete Gläubigerzugriff auf Rechte an der Persönlichkeit zeugt von dieser Konsequenz<sup>46</sup>. Will man diesen Zusammenhang nicht systemwidrig durchbrechen, muss mithin bereits die Bejahung der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit begründet und im Gesetz verankert werden.

Dieser Anforderung unterliegt auch die Entscheidung über die Vererblichkeit. Denn auch insoweit verknüpft das Gesetz den rechtsgeschäftlichen Verkehr gem. §§ 1922 ff. BGB mit der Zwangsverwertung. Insoweit gilt: Was vererblich ist, gehört zum haftenden Vermögen in der Nachlassinsolvenz. „Erbschaft“ (§ 1922 BGB) und „Nachlass“ (§§ 315 ff. InsO) bezeichnen dieselben Vermögensmassen<sup>47</sup>. Die Identität des vererblichen und des haftenden Vermögens ist darüber hinaus Grundlage des Systems der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten, das in einem Zusammenspiel von BGB und Insolvenzordnung etabliert wird<sup>48</sup>. Demnach hat der Erbe gem. § 1967 BGB für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich auch mit seinem Privatvermögen einzustehen, wenn die Haftung nicht auf den ererbten Nachlass beschränkt wurde<sup>49</sup>. Diese Haftungsbeschränkung tritt mit der Anordnung einer Nachlassverwaltung oder eben der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ein<sup>50</sup>. In diesem auf den „Nachlass“ bezogenen Sonderinsolvenzverfahren können wiederum nur

---

<sup>42</sup> Siehe *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241-432, 1978, 837 f. („Die Vorschriften über die Übertragung der Forderungen und über die Zulässigkeit der Pfändung von Forderungen finden auf die Übertragung und Pfändung anderer Rechte ... entsprechende Anwendung. Ein nichtübertragbares Recht ist insoweit, als die Ausübung einem Anderen überlassen werden kann, der Pfändung unterworfen ...“). Durch die Vorkommission des Reichsjustizamtes wurde der heutige § 857 III ZPO in die ZPO überführt; siehe *Jakobs/Schubert*, Schuldverhältnisse I, 838; Prot. II 1, 404.

<sup>43</sup> BGHZ (GS) 4, 153, 154 (1951) (Bewahrung der Existenzmöglichkeit des Schuldners auch vor der rechtsgeschäftlichen Weggabe von Vermögenswerten). Vollstreckungsrechtliche Wertungen spiegelt das BGB ferner in § 562 I S. 2 BGB, wonach sich das Vermieterpfandrecht nicht auf Sachen erstreckt, die der Pfändung nicht unterliegen (siehe OLG Frankfurt BB 1979, 136 f.), und in § 394 S. 1 BGB, der die Privatvollstreckung durch Aufrechnung gegen eine unpfändbare Forderung ausschließt (siehe BGH NJW 1955, 339 f.).

<sup>44</sup> Siehe *Jakobs/Schubert*, Schuldverhältnisse I, 777 (zur Entstehungsgeschichte des § 400 BGB: „Daß ein übertragbares Vermögensrecht sowohl der Verpfändung als auch der Pfändung zugänglich ist, wird im Sachenrecht ... und in der Civilprozessordnung als eine selbstverständliche Regel vorausgesetzt.“).

<sup>45</sup> Siehe die §§ 29 I Nr. 2 MarkenG, 30 I Nr. 2 GeschmMG; für die Gemeinschaftsrechte siehe die Art. 20 EU-MarkenVO 207/2009, 30 EU-GeschmMVO 6/2002, 24 EU-SortSchVO 2100/94.

<sup>46</sup> Oben Fn. 18.

<sup>47</sup> Mot. V, 603; BGHZ 98, 48, 53 (1986); Staudinger/*Marotzke*, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1922-1966, 2000, § 1922 Rn. 103 (vollkommen identische Begriffe); *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, 85 (was nicht zur Erbschaft gehöre, zähle auch nicht zum Nachlass).

<sup>48</sup> Siehe dazu auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO) v. 15.4.1992, BT-Drucks. 12/2443, 229; Staudinger/*Marotzke*, vor §§ 1967 ff. Rn. 5 ff.; *Hanisch*, Festschrift Henckel, 1995, 369 ff.

<sup>49</sup> Siehe zu dieser Struktur etwa Mot. V, 604; RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, 229; BGH NJW 2006, 2698, 2699; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, 517 ff.

<sup>50</sup> §§ 1975 ff. BGB.



Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden (§ 325 InsO)<sup>51</sup>. Mit diesem Konzept wird einerseits das Ziel verfolgt, den Erben vor dem Zugriff der Nachlassgläubiger auf sein Privatvermögen zu bewahren<sup>52</sup>; andererseits werden die Nachlassgläubiger vor der Konkurrenz der Gläubiger des Erben geschützt, indem ihnen der Nachlass als Haftungsmasse vorbehalten wird<sup>53</sup>. Diese Zwecke lassen sich nur vollständig erreichen, wenn das ererbte Vermögen vom Privatvermögen getrennt wird und anschließend *unverändert* dem Zugriff der Nachlassgläubiger unterliegt<sup>54</sup>. Wenn sich die Aussichten der Gläubiger auf Befriedigung durch den Erbfall nicht verschlechtern sollen und umgekehrt der Erbe nicht besser stehen soll als der Erblasser, geht das Gesetz ersichtlich davon aus, dass die in die Nachlassinsolvenz fallende Vermögensmasse und die Erbschaft gem. § 1922 BGB identisch sind<sup>55</sup>.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass sowohl die zwangsweise Verwertung in der Einzel- und Gesamtvollstreckung als auch die Übertragbarkeit und Vererblichkeit begründungsbedürftig sind. Es bedarf also einer Rechtsgrundlage, auf die die Eröffnung dieser Formen des Rechtsverkehrs zurückgeführt werden kann.

### 3. Blankettnormen zum Rechtsverkehr und Statik der materiellen Güterordnung

Überprüft man die oben aufgeführten Generalklauseln zum Rechtsverkehr (§§ 413, 1273, 1068, 1922 BGB, 857 ZPO, 35 InsO) auf ihre diesbezügliche Aussagekraft, so ergibt sich, dass es sich hierbei durchweg um Blankettnormen zum Wie der Rechtsnachfolge handelt. Sie verweisen auf eine vorausgesetzte materielle Güterordnung, aus der sich die „Rechte“ und Vermögensgegenstände ergeben, die dann übertragen, verpfändet, gepfändet, in Insolvenzbeschlagnahme genommen und vererbt werden können<sup>56</sup>.

Nur soweit „andere Rechte“ in und von der Rechtsordnung anerkannt sind, reicht der rechtsgeschäftliche Grundsatz der formlosen Übertragung (nicht: Übertragbarkeit) gem. § 413 BGB. Hierbei muss es sich um selbständige subjektive Rechte handeln (Spezialitätsprinzip). Das ist die Gemeinsamkeit der „Rechte“, die gem. §§ 413, 1068 I, 1273 I BGB formlos übertragen, mit einem Nießbrauch belastet und verpfändet werden können. Diese Normen sind für ihre Wirkungen nicht konstitutiv, sondern geben lediglich an, dass und für welche Art von Rechtspositionen die genannten Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Damit reflektieren sie den Grundsatz, dass „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“<sup>57</sup>.

Die Vorschriften zur Pfändung „anderer Vermögensrechte“ in der Einzelzwangsvollstreckung (§ 857 ZPO) und zur Definition der Insolvenzmasse in der Gesamtvollstreckung (§ 35 I InsO) bilden immerhin die gesetzliche Grundlage für das Verfahren der zwangsweisen Verwertung von Rechten bzw. des gesamten Vermögens. Ihnen kommt zwar im Hinblick auf die potentielle Reichweite des Vollstreckungsverfahrens sowie hinsichtlich der Art und Weise des hoheitlichen Zugriffs konstitutive Wirkung zu, sie geben aber nur die generell-abstrakten Voraussetzungen an, die für eine Pfändung bzw. den Insolvenzbeschlagnahme erfüllt sein müssen. Ob im Einzelfall ein pfändbares Vermögensrecht oder ein verwertbarer Vermögensbestandteil vorliegt, ist ihnen nicht zu entnehmen. Hierfür muss der Rechtsanwender auf Wertungen der

---

<sup>51</sup> MünchKomm/Siegmann, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 3, §§ 270-359, 2. Aufl. 2008, Anh. § 315 Rn. 7.

<sup>52</sup> RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, 229; BGHZ 108, 187, 194 (1989); Hüseemann, Das Nachlassinsolvenzverfahren, 1997, 125 ff.

<sup>53</sup> Mot. V, 604 f.; BGHZ 98, 48, 54 (1986); Windel, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998, 12.

<sup>54</sup> AK/Derleder, Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Erbrecht, 1990, § 1922 Rn. 4; Schmidt-Kessel, WM 2003, 2086.

<sup>55</sup> BGHZ 98, 48, 54 (1986); Schmidt-Kessel, WM 2003, 2086, 2088 f.

<sup>56</sup> Dazu im Einzelnen Peukert, Güterzuordnung, 534-659.

<sup>57</sup> D. 50.17.54 (Ulpian). Siehe nur etwa BGHZ 44, 288, 294 f. (1965) – Apfel-Madonna; BGH NJW-RR 1993, 669, 670.

materiellen Güterordnung zurückgreifen und die jeweiligen Rechte, Rechtspositionen bzw. Güter unter die §§ 857 I ZPO, 35 I InsO subsumieren.

In ihrer Reichweite unterscheiden sich Einzel- und Gesamtvollstreckung jedoch maßgeblich. Das Zwangsvollstreckungsrecht folgt dem Spezialitätsprinzip der Rechtsnachfolge unter Lebenden. Pfändbar sind nur selbständig übertragbare subjektive Rechte, die auch verpfändet werden können. Zur Befriedigung einzelner Forderungen steht den Gläubigern daher nur der statische Bestand übertragbarer, relativer und ausschließlicher subjektiver Rechte in der Hand des Schuldners zur Verfügung. Der Insolvenzbeschlagn geht darüber hinaus und erfasst das gesamte Vermögen (Universalitätsprinzip). Hierzu zählen neben subjektiven Rechten sämtliche Güter, deren potentieller Vermögenswert durch rechtlich zulässige Verpflichtungsgeschäfte realisiert werden kann. So fallen das Unternehmen als Gesamtheit einschließlich der Firma sowie das nicht patentierte Betriebsgeheimnis in die Insolvenzmasse, obwohl sie unpfändbar sind. Hinter diesem „Stufensystem zwangsweiser Haftung“ steht der Gedanke, dass erst mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung die Bemühungen des Schuldners abgebrochen werden, mit ihm bis dato verbliebenen „sonstigen Gegenständen“ wie dem Know-how zu wirtschaften<sup>58</sup>.

Die Rechtsnachfolge von Todes wegen folgt ebenfalls dem Universalitätsprinzip. § 1922 I BGB bezieht sich wie § 35 I InsO auf das Vermögen und nicht auf einzelne Vermögensrechte. Die Vorschrift bringt damit zum Ausdruck, neben selbständigen subjektiven Rechten jeden rechtlich zulässigerweise umsetzbaren Vermögenswert zu erfassen. Von dieser generellen Reichweite ausgenommen sind höchstpersönliche Rechtspositionen und Verbindlichkeiten, die mit dem Tode erlöschen. Weitergehende Aussagen sind der im Kern verfahrensrechtlich, nämlich auf Ausschluss der Sondererfolge gerichteten Norm, nicht zu entnehmen. Ob eine Rechtsposition im Einzelfall vererblich ist oder erlischt, bestimmt sich nach ihrem Inhalt und Zweck nach Maßgabe der einschlägigen gesetzlichen Regelung bzw. für vertragliche Befugnisse und Pflichten nach der jeweiligen Vereinbarung. Diese externe Wertung wird vom Erbrecht als Datum vorausgesetzt und im Hinblick auf das *Wie* der *Vererbung* aufgegriffen. *Was* im Einzelnen *vererblich* ist, lässt sich aus § 1922 BGB nicht ableiten. Erst recht verwandelt das Erbrecht unvererbliche Positionen und Vermögenswerte im Todesfall nicht in solche, die zum Nachlass gehören.

Nach alledem stellen die genannten Auffangklauseln keine Rechtsgrundlagen dar, um die Übertragbarkeit oder anderweitige Verwertbarkeit ungeschriebener Rechte an „sonstigen Gegenständen“ anzuerkennen. Das Rechtsverkehrsrecht setzt eine materielle Güterordnung voraus, für die verschiedene Verfahren der privatautonomen und zwangsweisen Verwertung bereitgestellt werden.

Jene materielle Güterordnung aber ist – wie andernorts ausführlich begründet<sup>59</sup> – planvoll lückenhaft. Ausschließliche, übertragbare Rechte an Gütern gibt es nur nach Maßgabe der Gesetze (numerus clausus, Art. 14 I 2 GG). Konkret sind dies das Sacheigentum und die kodifizierten Immaterialgüterrechte<sup>60</sup>. Der Rechtsprechung und selbstverständlich den Privatrechtssubjekten ist es verwehrt, ungeschriebene Ausschließlichkeitsrechte an weiteren, unkörperlichen Gütern/sonstigen Gegenständen herauszubilden<sup>61</sup>. Allenfalls ein deliktsrechtlicher, als solcher jedoch wie gezeigt unübertragbarer und unpfändbarer Schutz von Interessen am ungestörten Umgang mit Gütern kann von der Rechtsprechung fortentwickelt werden, wie dies zum Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit mit dem

---

<sup>58</sup> Näher unten III 3.

<sup>59</sup> Dazu umfassend *Peukert*, Güterzuordnung, passim.

<sup>60</sup> Oben Fn. 26.

<sup>61</sup> Hiervon dogmatisch und funktional zu unterscheiden ist die Frage nach einem numerus clausus der zulässigen Verfügungsgeschäfte über das Sacheigentum. Beschränkt wird insoweit nicht der Kreis der originären Ausschließlichkeitsrechte, sondern der Kreis der derivativen, beschränkten dinglichen Rechte; näher *Peukert*, Güterzuordnung, 7 ff. m.w.N.

aPR und zum Schutz der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit mit dem Rahmenrecht am Gewerbebetrieb denn auch geschehen ist. Scheinbare Lücken der Verkehrsfähigkeit beruhen somit auf Lücken jener Güterzuordnung und eigenständigen, materialen Wertungen des Rechtsverkehrsrechts<sup>62</sup>.

Folglich sind nur das Sacheigentum, die kodifizierten Immaterialgüterrechte, hiervon abgeleitete, beschränkt dingliche/gegenständliche Rechte sowie schließlich relative Rechte<sup>63</sup> nach dem Spezialitätsprinzip gesondert übertragbar, verpfändbar und in der Einzelzwangsvollstreckung pfändbar. Diese rechtsgeschäftlichen Aktstypen scheiden für unkörperliche Güter/sonstige Gegenstände als solche aus.

### III. Anwendungsbeispiele

Jenseits des Sachen- und Immaterialgüterrechts können somit lediglich die relativen Rechte, die aus dem Abschluss von Verpflichtungsgeschäften über sonstige Gegenstände (z.B. Anspruch des Käufers auf Verschaffung von Elektrizität, Know-how etc.) oder aus Verstößen namentlich gegen das Deliktsrecht (z.B. Schadensersatzanspruch wegen Geheimnisbruchs) hervorgehen, übertragen, gepfändet und verpfändet werden. Die rechtlich zulässige Möglichkeit, den Wert unkörperlicher Güter über Verpflichtungsgeschäfte zu realisieren, zieht ferner ihre grundsätzliche Einbeziehung in die Insolvenz- und Erbmasse nach sich, die sich nach dem Universalitätsprinzip auf das ganze Vermögen erstrecken. Diese Grundstrukturen seien nunmehr in Bezug auf einzelne „sonstige Gegenstände“ veranschaulicht.

#### 1. Wertrealisierung durch Abschluss von Verpflichtungsgeschäften

Die Möglichkeit, über grundsätzlich jedes Gut bindende Verpflichtungsgeschäfte abzuschließen, ist Ausdruck der Vertragsinhaltsfreiheit<sup>64</sup>. Der gesetzliche Rahmen für die privatautonome Ausübung der Vertragsfreiheit ist weit gesteckt. Das Gesetz besagt lediglich, dass der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung oder ein Unterlassen zu verlangen (§ 241 I BGB), und dass zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung seines Inhalts ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (§ 311 I BGB). Demnach ist es den Parteien unter dem Vorbehalt zwingenden Vertragsrechts anheimgestellt, ob sie relative Rechte begründen und welchen Inhalt jene haben. Schranken der Inhaltsfreiheit ergeben sich insbesondere<sup>65</sup> aus gesetzlichen Verboten, die sich gegen die privatrechtliche Wirksamkeit des Schuldverhältnisses und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg wenden (§ 134 BGB). Hierzu zählen auch generelle Verbote entgeltlicher Verpflichtungsgeschäfte über bestimmte Güter, z.B. Organe oder Gewebe, die einer Heilbehandlung zu dienen bestimmt sind<sup>66</sup>. Ferner kann ein Vertrag wegen

---

<sup>62</sup> Dazu auch unten IV.

<sup>63</sup> Seien sie privatautonom begründet (dazu oben) oder aus dem Verstoß gegen ein Gesetz, insbesondere das Deliktsrecht, das Bereicherungsrecht oder die §§ 677 ff. BGB zur Geschäftsführung ohne Auftrag hervorgegangen.

<sup>64</sup> Zur Abschluss- und Inhaltsfreiheit *Flume*, AT 2, 12 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, 2000, 53 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 15 Rn. 39 (Verträge könnten sich auf alle gesetzlich erlaubten Verhaltensweisen richten und alle Interessen zum Gegenstand haben).

<sup>65</sup> Zu anderen Arten, Gründen und Folgen der Fehlerhaftigkeit von Rechtsgeschäften nur *Heinrich*, Formale Freiheit, 296 ff.

<sup>66</sup> Siehe § 17 I S. 1 TPG („Es ist verboten, mit Organen oder Geweben, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben.“). Die Nichtigkeit von Verpflichtungsgeschäften wegen

Sittenwidrigkeit nichtig sein, wenn er nach seinem Gesamtcharakter zu missbilligen ist. Zu den anerkannten Fallgruppen des § 138 BGB zählt die sog. sittenwidrige Kommerzialisierung eines Lebensbereichs, für den sich nach Maßgabe der Rechtsordnung kein Markt entwickeln soll, auch wenn – wie etwa im Hinblick auf Radarwarngeräte – durchaus eine Nachfrage besteht<sup>67</sup>. Hier stellt sich die Rechtsordnung aus normativen Gründen gegen die Faktizität: „Missbräuchliche Praktiken, die sich in bestimmten Kreisen herausgebildet haben, sind im Rahmen des § 138 BGB nicht zu beachten.“<sup>68</sup>.

Für den Nachweis der Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäften in Bezug auf unkörperliche Güter/sonstige Gegenstände muss nicht einmal auf die generelle Zulässigkeit atypischer Verträge rekurriert werden<sup>69</sup>. Vielmehr zeigt bereits das besondere Schuldrecht, dass auch nicht zugeordnete Güter als solche Gegenstand von Verpflichtungsgeschäften sein können. In deutlichem Kontrast zu den Auffangklauseln der Übertragung, Verpfändung, Nießbrauchsbestellung und Pfändung, die als Vorschriften der Verfügungsebene durchweg auf *Rechte* Bezug nehmen, regelt § 453 I 2. Alt. BGB wie erläutert den Kauf *sonstiger Gegenstände*. Entsprechendes gilt für den Tausch (§ 480 BGB); und auch die Schenkung wird durch eine unentgeltliche Zuwendung aus dem „Vermögen“ charakterisiert (§ 516 I BGB), ohne dass es darauf ankommt, ob der Beschenkte um ein subjektives Recht (Eigentum, Immaterialgüterrechte, Forderung) oder einen sonstigen Gegenstand bereichert werden soll. Ebenso offen formuliert sind die vertragstypischen Pflichten für das Dauerschuldverhältnis Pachtvertrag, wonach der Verpächter den Gebrauch des verpachteten *Gegenstands* während der Pachtzeit zu gewähren hat. Insbesondere die Sonderregelung zur Verpachtung eines Betriebs (§ 583a BGB) verdeutlicht, dass hiermit wie im Kaufrecht neben subjektiven Rechten jedes Gut gemeint ist, das genutzt werden kann und potentiell Früchte i.S.d. BGB abwirft<sup>70</sup>.

Demnach können beispielsweise Know-how, Elektrizität und digitale Datensätze als sonstige Gegenstände verkauft werden. Dabei kommt es zu einem punktuellen Austausch in Gestalt der faktischen Verschaffung des Guts durch den Verkäufer einerseits<sup>71</sup> und der Kaufpreiszahlung durch den Käufer andererseits. Alternativ können die Parteien auch ein Dauerschuldverhältnis vereinbaren, wonach der Vertragspartner für eine gewisse Dauer zur Nutzung etwa von Know-how berechtigt ist (Pacht bzw. Lizenzierung)<sup>72</sup>.

Die zuletzt genannte Gestaltungsvariante kommt insbesondere auch für die Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen in Betracht. Wie die Erfahrung aus der Zeit vor der Anerkennung vermögenswerter Bestandteile des aPR lehrt, lässt sich die Kommerzialisierung von Bildnissen und Namen natürlicher Personen auf der Basis des „klassischen“ aPR und

---

Gesetzesverstoßes ist zu unterscheiden von Veräußerungsverboten, die sich auf das Verfügungsgeschäft beziehen; dazu v. *Tuhr*, AT II/2, 8 ff.; BGHZ 108, 364, 367 ff. (1989) (zu § 2 III PbfG als Verbot der Übertragung von Taxikonzessionen); BGH NJW 2007, 1196 ff. (Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen).

<sup>67</sup> Siehe dazu BGHZ 106, 269, 272 (1989); BGH NJW 1992, 310 (Hehlergeschäft); BGHZ 125, 206, 209 (1994); BGH NJW 1994, 187 f.; BGH NJW 2005, 1490 f. (Kaufvertrag über Radarwarngerät); BGH NJW 2006, 45 f. (Schenkweise); OLG Koblenz NJW 1999, 2904 f. (Titelhandel); OLG Schleswig ZGS 2005, 78 f. (Prostitution); LG Köln MDR 1964, 842 f. (Verpachtung einer Taxikonzession). Zu Exklusivvereinbarungen über persönlichkeitsrechtlich relevante Informationen BGH GRUR 1968, 209 f.; OLG München AfP 1981, 347, 348 (keine Sittenwidrigkeit, weil die betroffenen Informationen anderweitig verfügbar waren und der Vertrag gerade den Zweck hatte, eine weitestgehende Breitenwirkung durch Veröffentlichung zu erzielen).

<sup>68</sup> BGH NJW 1994, 187, 188 m.w.N. Damit steht die ohnehin zirkuläre Annahme „wenn Wert, dann Recht“ unter normativem Vorbehalt; dazu auch unten IV.

<sup>69</sup> Zu atypischen Verträgen nur etwa *Flume*, AT 2, 12; v. *Tuhr*, AT II/2, 1.

<sup>70</sup> Dazu *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, 1999, 85 f. (Pachtgegenstand sei alles, was ertragbringend verwertbar sei).

<sup>71</sup> Von „Veräußerung“ spricht dunkel BGH NJW 2006, 3424, 3426 (mit Verweis auf die Dücko-Entscheidung). Wie hier *Hauck*, Wirtschaftsgeheimnisse. Informationseigentum kraft richterlicher Rechtsfortbildung? Zum Konflikt zwischen Freiheit, Eigentum und Öffentlichkeit, 1987, 352.

<sup>72</sup> Für nicht patentiertes Geheimwissen nur etwa Benkard/*Ullmann*, Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn. 232 m.w.N.

entgeltlicher Verpflichtungsgeschäfte unproblematisch abwickeln<sup>73</sup>. Das Rahmenrecht aPR gewährt dem Einzelnen die Befugnis, selbst zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er sein Bild oder seinen Namen zu Markte trägt. Selbstverständlich darf er sich dazu der Hilfe Dritter bedienen, mit denen er gegen Entgelt kontrahiert. Dafür stehen ihm mehrere Aktstypen des Rechtsverkehrsrechts zur Verfügung, angefangen bei der in § 22 KUG angesprochenen, widerruflichen Einwilligung, über Schuldverträge, in denen sich der Betroffene bindend verpflichtet, Verwertungshandlungen des Vertragspartners gegen Zahlung dauerhaft zu dulden, bis hin zu Bevollmächtigungen gem. §§ 164 ff. BGB und Ermächtigungen Dritter, Verletzungen des aPR und seiner Ausstrahlungen im eigenen Namen außergerichtlich (Einziehungsermächtigung) und im Prozess (gewillkürte Prozessstandschaft) geltend zu machen<sup>74</sup>. Als Verpflichtungsermächtigung generell unzulässig ist lediglich die Ermächtigung eines anderen, gegenüber Dritten in Verletzungen des aPR einzuwilligen<sup>75</sup>. Außerdem mangelt es an einem umlauffähigen, selbständigen subjektiven Recht, das der Betroffene auch nur beschränkt im Wege der Verfügung zu übertragen vermag<sup>76</sup>. Dass diese Verwertungsoption ausscheidet, bedeutet in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Alternativen jedoch keine Beschränkung der Selbstbestimmung des Einzelnen, sondern ihre dauerhafte Bewahrung vor einer Indienstnahme durch den neuen Rechtsinhaber und insbesondere die Gläubiger, die sonst konsequenterweise auf ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht an der Person in der Einzel- und Gesamtvollstreckung zugreifen könnten<sup>77</sup>.

Entsprechendes gilt für die Aufzeichnung von Sportveranstaltungen. Auch insoweit kommen nur schuldrechtliche Gestattungsverträge mit Exklusivitätsabreden in Frage; eine Übertragung ungeschriebener „Rechte“ an der Veranstaltung scheidet aus<sup>78</sup>. Die offenbar übliche Zentralvermarktung von Sportveranstaltungen<sup>79</sup> lässt sich vertragsrechtlich dennoch realisieren: Entweder die Eigentümer/rechtmäßigen Besitzer der Veranstaltungsorte vereinbaren mit dem Verband, dass jener das Hausrecht für die betroffenen Veranstaltungen ausübt und dann im eigenen Namen die Gestattungsverträge mit den Sendeunternehmen abschließt, oder sie bevollmächtigen den Verband, diese Verträge in ihrem Namen abzuschließen<sup>80</sup>. Eine einheitliche Vermarktung lässt sich ferner dadurch erreichen, dass die örtlichen Veranstalter sich gegenüber dem Verband verpflichten, nur demjenigen Sendeunternehmen den Zutritt zu gestatten, gegenüber dem sich wiederum der Verband zur Ermöglichung von Übertragungen verpflichtet hat. Signifikante Nachteile im Vergleich zur Gewährung eines speziellen Ausschließlichkeitsrechts für Sportveranstalter sind daher im Kontext des Rechtsverkehrs nicht zu erkennen<sup>81</sup>.

---

<sup>73</sup> Ebenso *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, 320; *C. Ahrens*, Verwertung, 110 (mit diesem Ergebnis könne jeder Verwerter mehr oder weniger gut leben).

<sup>74</sup> Zur Ermächtigung *Schricker*, EWiR 1987, 79, 80.

<sup>75</sup> Dazu *Peukert*, Güterzuordnung, 551 ff.

<sup>76</sup> Die Differenzierung zwischen einer Verwertung auf der Basis von Verpflichtungsgeschäften einerseits und Verfügungsgeschäften andererseits fehlt etwa bei *Freitag*, Kommerzialisierung, 50.

<sup>77</sup> Insoweit ebenfalls ablehnend *Freudenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 27; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts vor und nach dem Tode. Grundlage für die Verwertung individueller Erkennbarkeit, 2005, 360.

<sup>78</sup> BGHZ 110, 371, 384 ff. (1990); OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 181, 184; *Hügi*, SpuRT 2003, 84, 87; *Winter*, ZUM 2003, 531, 535.

<sup>79</sup> Die zentrale Vermarktung der Veranstaltungen scheint unabhängig von der Sportart üblich zu sein; zum Fußball siehe BGHZ 165, 62 ff. (2005) – *Hörfunkrechte*; zum Galopprennsport BGH GRUR 2004, 527 ff.

<sup>80</sup> Diese Konstruktion scheitert, wenn der Verband im eigenen Namen agiert; siehe *Archner*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit der zentralen Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an Bundesligaspielen durch den DFB, 1999, 93; zu Regelungen in den Satzungen einzelner Sportverbände *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, 1999, 238 ff. Für eine Einwilligungsermächtigung hingegen wohl OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 181, 184 (obiter).

<sup>81</sup> Ebenso zur Rechtslage in der Insolvenz *Herr*, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen in der Insolvenz. Eine Untersuchung der Rechtslage in Deutschland und Frankreich, 2008, 242 (Rechtsvergleich

In Bezug auf den Handel mit virtuellen Gütern aus Online-Spielen kommt es darauf an, ob und wenn ja welche subjektiven Rechte als Verfügungsgegenstand in Frage kommen<sup>82</sup>. In Sonderfällen mag der Teilnehmer originärer Inhaber eines Urheberrechts an einem von ihm erschaffenen virtuellen Gegenstand geworden sein, über das er nach Maßgabe der §§ 29 ff. UrhG verfügen kann. In der Regel aber haben die Spieler nur relative Rechte gegen den Betreiber inne, die jenen insbesondere zur dauerhaften Gewährung des Zugangs und der Nutzung urheberrechtlich geschützter Figuren<sup>83</sup> sowie zur Speicherung der individuellen Spielsituation verpflichten. Soll diese gesamte Vertragsposition auf den Erwerber übergehen, indem der Zugangscod mitgeteilt und anschließend geändert wird, handelt es sich um einen durch Abtretung erfüllten Forderungskauf gem. § 453 I 1. Alt. BGB oder um eine unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betreibers stehende entgeltliche Vertragsübernahme<sup>84</sup>. Ist das Online-Spiel so programmiert, dass die virtuellen Gegenstände ohne Wechsel der Spielerposition weitergegeben werden können, bezieht sich der Kaufvertrag auf einen „sonstigen Gegenstand“ (§ 453 I 2. Alt. BGB); zu einem gesonderten Verfügungsgeschäft kommt es in dieser Konstellation mangels selbständigen subjektiven Rechts in der Hand des Verkäufers nicht.

Für die Entstehung eines Marktes mit unkörperlichen Gütern genügt nach alledem eine faktische oder durch deliktsrechtliche Abwehrensprüche rechtlich gesicherte Exklusivität, und schon werden Angebot und Nachfrage einen lebhaften Handel auf rein schuldrechtlicher Ebene auslösen. Die gesetzgeberische Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten und damit einer Verfügungsebene ist hierfür nicht zwingend erforderlich. Das Beispiel virtueller Güter aus Online-Welten bestätigt dies anschaulich, denn hier wird gerade mit der Illusion Geld verdient, man agiere ganz wie im „wirklichen“ Leben, obwohl die Spieler nicht Eigentümer, sondern nur Forderungsinhaber werden. In Märkten mit neuen unkörperlichen Gütern bestimmt sich also primär anhand von Schuldverträgen, wer welche Nutzungen vornehmen darf. Die hieraus erwachsenden relativen Rechte bilden den Vermögenswert der Vertragsgegenstände ab, sind ihrerseits verkehrsfähig und können daher durchaus als Bestandteile der materiellen Güterordnung aufgefasst werden<sup>85</sup>.

## 2. Vererbung

Da sich der Vermögenswert unkörperlicher Güter wie Know-how, Goodwill oder Internet-Domains durch schuldrechtliche Gestattungsverträge wirksam realisieren lässt, zählen sie auch ohne ein an ihnen bestehendes, ausschließliches Recht zum „Vermögen“, das gem. § 1922 BGB auf den Erben übergeht<sup>86</sup>. Diese Begründung scheint die von der Marlene-Entscheidung<sup>87</sup> bejahte Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des aPR zu stützen, denn auch jene lassen sich – wie soeben erläutert – durch Gestattungsverträge wirksam versilbern.

Hiergegen spricht jedoch die dargestellte Verknüpfung von Vererblichkeit und Nachlassinsolvenz. Was in den Nachlass fällt, steht den Gläubigern des Erblassers als Haftungsmasse zur Verfügung und kann zwangsweise verwertet werden<sup>88</sup>. Der konsequente

---

Deutschland/Frankreich); a.A. *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte, 56 (Verlegenheitslösungen). Zum fehlenden Schutzbedürfnis gegen unerlaubte Aufzeichnungen *Peukert*, Güterzuordnung, 817 f.

<sup>82</sup> Siehe auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2010, 408 ff. m.w.N.

<sup>83</sup> Dazu *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397, 401 ff.

<sup>84</sup> *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 411.

<sup>85</sup> Siehe *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, 247 (Verträge führten dem Rechtskreis der Persönlichkeit bestimmte Rechte, nämlich relative Forderungen zu); *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 75 ff.; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 510 (vertraglich geschaffene, besondere Güterzuordnung).

<sup>86</sup> Näher *Peukert*, Güterzuordnung, 640 ff.

<sup>87</sup> BGHZ 143, 214 ff. (1999) – *Marlene*.

<sup>88</sup> Oben III 2; ferner *Esch*, NJW 1984, 339, 342.

Insolvenzbeschlagnahme vererblicher persönlicher Merkmale eines Verstorbenen sowie ihre Versilberung durch den Nachlassverwalter<sup>89</sup> stehen aber im Widerspruch zum fortwirkenden Achtungsanspruch gem. Art. 1 I GG, der gerade verhindern soll, dass die Person nach ihrem Tod zum Objekt der Nachwelt und somit auch der Nachlassgläubiger wird. Die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts deshalb von der Nachlassinsolvenz auszunehmen<sup>90</sup> ist nur einer der Systembrüche, die notwendig sind, um die Vererblichkeitslösung der Marlene-Rechtsprechung ohne offensichtliche Verfassungsverstöße durchzuführen<sup>91</sup>. Dass das Persönlichkeitsrecht nicht zum vererblichen Vermögen zählen kann, lässt sich ferner daran ersehen, dass es in seiner vom Grundgesetz geforderten postmortalen Dimension allein auf die Interessen des Verstorbenen ausgerichtet ist, der Erbe hingegen mit dem ererbten Vermögen grundsätzlich nach eigenem Gutdünken verfahren kann<sup>92</sup>. Wenn die Rechtsprechung den Erben der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts ohne Rücksicht auf erbrechtliche Verfügungen von Todes wegen an die Interessen des Erblassers gebunden sieht<sup>93</sup>, ist das ein Anzeichen für eine ungeschriebene Sondererbfolge außerhalb der §§ 1922 ff. BGB. Eine solche „Ausweichlösung“ hat der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften indes ausdrücklich verworfen und allenfalls punktuelle Modifikationen des Erbrechts zugelassen<sup>94</sup>. Der Eindruck der Gesetzeswidrigkeit verstärkt sich in Anbetracht der vielfältigen Abweichungen von grundlegenden Konzepten des Erbrechts, die in der Literatur für die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts propagiert werden<sup>95</sup>, und denen ebenso der Rückhalt im Gesetz fehlt wie Vorschlägen zur analogen Anwendung urheberrechtlicher Spezialvorschriften<sup>96</sup>. Aus erbrechtlicher Sicht ist daher die ständige Rechtsprechung und ganz herrschende Meinung in der Literatur zutreffend, wonach das aPR als höchstpersönliche Rechtsposition nicht in den Nachlass fällt<sup>97</sup>. Einen „Grundgedanken des bürgerlichen Rechts, die Wahrnehmung solcher Vermögensinteressen den Erben zuzugestehen“, kennt das deutsche Privatrecht – anders als das

---

<sup>89</sup> Siehe *Wortmann*, Die Vererblichkeit vermögensrechtlicher Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, 2005, 394.

<sup>90</sup> Dafür *Lichtenstein*, Persönlichkeitsrecht vor und nach dem Tode, 360.

<sup>91</sup> Dazu näher *Peukert*, Güterzuordnung, 838 ff.; a.A. *Beuthien*, in: *Beuthien*, Persönlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode, 2002, 83, 86; *Klingelhöffer*, ZEV 2000, 327 f. (die Vererbung entspreche dem BGB); unklar *Wortmann*, Vererblichkeit, 296 (§ 1922 BGB trage nur „teilweise“).

<sup>92</sup> Konsequenz *Beuthien*, NJW 2003, 1220, 1222 (der Erbe brauche auf den Willen des Verstorbenen keine Rücksicht zu nehmen); *Fischer*, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, 2004, 243 ff. (der Erblasser müsse sich der erbrechtlichen Instrumente zur Bindung der Erben an seinen Willen bedienen; tue er dies nicht, könnten die Erben mit den vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts nach Belieben verfahren).

<sup>93</sup> BGHZ 143, 214, 226 (1999) – *Marlene*; BGHZ 165, 203, 209 (2005).

<sup>94</sup> Siehe BGHZ 68, 225, 229 f., 237 ff. (1977); BGHZ 98, 48, 50 ff. (1986) m.w.N.; BGHZ 108, 187, 192 f. (1989); BGH JZ 1998, 468; *Esch*, NJW 1984, 339 ff. Allgemein zu den Nachteilen von Sondernachfolgen außerhalb des Erbrechts *Windel*, Modi der Nachfolge, 14 f.

<sup>95</sup> Für eine Sonderrechtsnachfolge der Angehörigen und nicht der Erben *Magold*, Personenmerchandising. Der Schutz der Persona im Recht der USA und Deutschlands, 1994, 568; *Schulze Wessel*, Die Vermarktung Verstorbener, 2001, 140. Für *formlose* Anordnungen im Hinblick auf die Art und Weise der postmortalen Verwertung ohne Rücksicht auf das Erbrecht *Gregoritzka*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2000, 148; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, 209; *Wortmann*, Vererblichkeit, 318.

<sup>96</sup> Zur Übertragbarkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder im Rahmen der Erbauseinandersetzung gem. § 29 I UrhG *Gregoritzka*, Persönlichkeitsrechte Verstorbener, 149; ohne Begründung auch *Brändel*, Festschrift Erdmann, 2002, 49, 53; *Wortmann*, Vererblichkeit, 367 f., 394 (Einwilligungserfordernis für Pfändung und Nachlassinsolvenz gem. § 113 UrhG).

<sup>97</sup> Aus der erbrechtlichen Literatur siehe nur etwa *Soergel/Stein*, Bd. 9, 12. Aufl., 1992, § 1922 Rn. 23 ff.

Bundesverfassungsgericht meint – also nicht<sup>98</sup>. Im Gegenteil, § 22 S. 3 KUG sieht für das Recht am eigenen Bild als einer Ausprägung des vom Grundgesetz geforderten, postmortalen Persönlichkeitsschutzes explizit vor, dass die mit den Erben nicht notwendig personenidentischen *Angehörigen* die Interessen des Verstorbenen wahrnehmen<sup>99</sup>. Diese Wahrnehmungsbefugnis gilt auch für alle anderen, ggf. vermögenswerten Persönlichkeitsmerkmale.

### 3. Einzel- und Gesamtvollstreckung: Das Stufensystem zwangsweiser Haftung

Sonstige Gegenstände sind mangels eines selbständig übertragbaren „Vermögensrechts“ als solche unpfändbar. Der Einzelzwangsvollstreckung unterliegen allenfalls Forderungen, die aus Verpflichtungsgeschäften über unkörperliche Güter hervorgegangen sind. Auf diesem Wege lässt sich beispielsweise die Zwangsvollstreckung in Internet-Domains auch ohne ein umlauffähiges Ausschließlichkeitsrecht problemlos abwickeln<sup>100</sup>. Nach Auffassung der Rechtsprechung und herrschenden Meinung können die schuldrechtlichen Ansprüche des Inhabers einer Internet-Domain gegenüber der für die Top-Level-Domain .de zuständigen Registrierungsstelle DENIC<sup>101</sup> oder wegen des ohne weitere Voraussetzungen von der DENIC akzeptierten Inhaberwechsels sogar die Vertragsstellung als solche gepfändet werden<sup>102</sup>, soweit nicht ausnahmsweise namensrechtliche Bedenken bestehen, die Internet-Domain einer anderen Person als dem Schuldner zuzuweisen<sup>103</sup>. Im Pfändungsverfahren ist die DENIC als Drittschuldnerin gem. §§ 857 I, 829 ZPO zu beteiligen, da ihre Konnektierungsleistung zur Ausübung des gepfändeten Rechts erforderlich ist<sup>104</sup>. Die Verwertung erfolgt dann entweder durch Überweisung des Konnektierungsanspruchs an

---

<sup>98</sup> *Büchler*, AcP 206 (2006), 300, 343 (das Vererblichkeitsdogma brauche eine eigenständige Begründung, um die Leerstelle normativer Zuordnung zu schließen, die mit dem Ableben des Trägers entstehe); a.A. BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – *Marlene*.

<sup>99</sup> Verfehlt insoweit *Seifert*, NJW 1999, 1889, 1896 (§ 22 S. 4 KUG sei identisch mit der Erbfolgeregelung der §§ 1923 ff. BGB). Ebenso für die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des ausübenden Künstlers §§ 76 S. 4, 60 II UrhG; dazu *Peukert*, Die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers nach dem Tode, 1999, 124 ff.

<sup>100</sup> *Brock*, Die Zwangsvollstreckung in Internet-Domains unter besonderer Berücksichtigung des Kennzeichenrechts, 2005, 130 f. (die Zwangsvollstreckung in Internet-Domains könne auf der Grundlage der ZPO befriedigend durchgeführt werden); *Herrmann*, Die Zwangsvollstreckung in die Domain, 2004, 177 ff. (keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung der Pfändung von Domains).

<sup>101</sup> BGH NJW 2005, 3353 f.; LG Essen MMR 2000, 453 f.; LG Düsseldorf CR 2001, 468; LG Mönchengladbach NJW-RR 2005, 439. Anders die Begründung bei *Plaß*, WRP 2000, 1077, 1081 (Domain als ein „sonstiges vermögenswertes Recht“); LG Düsseldorf CR 2001, 468 (die Internet-Domain sei veräußerlich und damit als Vermögensrecht nach § 857 ZPO pfändbar). Prinzipiell gegen die Pfändbarkeit LG München MMR 2001, 319 ff.; offengelassen von LG München MMR 2000, 565 f.

<sup>102</sup> *Herrmann*, Zwangsvollstreckung in die Domain, 93 ff.; *Berger*, Rpfleger 2002, 181, 182; *Hartig*, GRUR 2006, 299, 300 f.; im Ergebnis ebenso, allerdings auf die „schuldrechtlichen Ansprüche“ des Inhabers an der Domain abstellend, LG Mönchengladbach NJW-RR 2005, 439; differenzierend *Brock*, Zwangsvollstreckung in Internet-Domains, 113 (alle Teilansprüche des Domain-Inhabers).

<sup>103</sup> Zu persönlichkeitsrechtlichen Grenzen der Pfändbarkeit im Einzelfall LG Mönchengladbach NJW-RR 2005, 439 m.w.N.; *Brock*, Zwangsvollstreckung in Internet-Domains, 129; *Herrmann*, Zwangsvollstreckung in die Domain, 114 ff. m.w.N.; für generellen Ausschluss der Pfändbarkeit aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen aber LG München MMR 2000, 565 f.

<sup>104</sup> LG Düsseldorf CR 2001, 468; *Herrmann*, Zwangsvollstreckung in die Domain, 107 ff.; *Berger*, Rpfleger 2002, 181, 185; a.A. *Viefhues*, MMR 2000, 286, 289; *Lwowski/Dahm*, WM 2001, 1135, 1142.



Zahlungs Statt zu einem Schätzwert<sup>105</sup> oder gem. §§ 857 I, 844 ZPO durch Versteigerung bzw. freihändigen Verkauf<sup>106</sup>.

Während unkörperliche Güter als solche unpfändbar sind, unterfallen sie grundsätzlich dem weiterreichenden Insolvenzbeschlagnahme, da ihr Wert durch entgeltliche Verpflichtungsgeschäfte rechtswirksam realisiert werden kann. Hinter dieser auf den ersten Blick widersprüchlichen Struktur des Vollstreckungsrechts steht ein Stufensystem zwangsweiser Haftung, das an der Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen exemplifiziert sei.

Da solches Know-how nur deliktsrechtlich vor Verrat und Verwertung geschützt ist<sup>107</sup>, scheidet eine Zwangsvollstreckung mangels eines subjektiven Rechts, das gepfändet, überwiesen und verwertet werden kann, aus<sup>108</sup>. Wollte man das Geheimnis als solches der Einzelvollstreckung unterwerfen, würden sich zudem unüberwindliche praktische Schwierigkeiten ergeben. Der Gläubiger ist darauf angewiesen, in den Besitz der Unterlagen oder Maschinen zu gelangen, in denen das Geheimnis verkörpert ist. Welche das sind, wissen weder er noch der Gerichtsvollzieher<sup>109</sup>. Wenn der Gerichtsvollzieher aus dem Gerichtsbeschluss erfährt, welchen Inhalt das Geheimnis hat und welche Sachen er dazu an sich nehmen soll, ist der Geheimnischarakter und damit der begehrte Vermögenswert für alle Beteiligten entfallen<sup>110</sup>. Außerdem sind Geschäftsunterlagen gerade dann, wenn sie wertvolles Know-how enthalten, gem. § 811 Nr. 11 ZPO unpfändbar, weil die Pfändung solcher Papiere zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der Betätigungsfreiheit des Schuldners führt<sup>111</sup>.

In diesem Pfändungsverbot kommt zum Ausdruck, dass das Unternehmen und die darin verkörperten immateriellen Werte wie Know-how und Goodwill weiterhin die Grundlage für den künftigen Erwerb bilden. Diese Güter, an denen keine pfändbaren Vermögensrechte bestehen, *sollen* erst im Insolvenzverfahren in Beschlag genommen werden. Zuvor können *einzelne* Gläubiger nur auf den statischen Bestand der Forderungen und sonstigen Vermögensrechte zugreifen, die der Schuldner z.B. durch Einsatz seines Geheimwissens bereits erworben *hat*. Nur der bereits realisierte Vermögenswert des Geheimnisses wird in die Einzelzwangsvollstreckung einbezogen – nicht jedoch das Know-how als solches<sup>112</sup>. Noch entscheidet der Schuldner selbst, wie er das Geheimnis wirtschaftlich verwerten möchte, um weiteres Einkommen zu erzielen. Sind diese Versuche jedoch gescheitert und der Schuldner zahlungsunfähig oder überschuldet, werden seine Bemühungen, eigenverantwortlich zu wirtschaften, durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgebrochen. Der Schuldner verliert in diesem Moment nicht nur die *Verfügungsbefugnis* über die ihm (noch) zustehenden Rechte,

---

<sup>105</sup> BGH NJW 2005, 3353, 3354; zweifelnd *Hanloser*, CR 2001, 456, 458 (hierfür fehle es regelmäßig am Leistungsinteresse des Gläubigers); *Herrmann*, Zwangsvollstreckung in die Domain, 144 ff.; anders *Platz*, WRP 2000, 1077, 1084 (der Gläubiger könne bei einer Überweisung zur Einziehung den Vertrag des Schuldners kündigen und seine eigene Registrierung beantragen); für Überweisung an Erfüllungs Statt *Berger*, Rpfleger 2002, 181, 185.

<sup>106</sup> AG Bad Berleburg CR 2003, 223 f.; LG Mönchengladbach NJW-RR 2005, 439; *Platz*, WRP 2000, 1077, 1084 f.; *Welzel*, MMR 2001, 131, 138; a.A. *Hanloser*, CR 2001, 344, 345; wohl auch *ders.*, CR 2001, 456, 458 (zeitweise Übertragung auf zahlungsbereiten Dritten).

<sup>107</sup> Siehe insbesondere §§ 17-19, 4 Nr. 9c UWG; ferner *Peukert*, Güterzuordnung, 167 ff., 396 ff.

<sup>108</sup> Ebenso *Hauck*, Wirtschaftsgeheimnisse, 175, 340 (allerdings aufgrund eines numerus clausus der übertragbaren Rechte und nicht wie hier aufgrund zwangsvollstreckungsrechtlicher Argumente).

<sup>109</sup> Erkennt von *Pfister*, Know-how als Vermögensrecht, 161 (im Einzelfall möge die Zwangsvollstreckung ins Leere fallen).

<sup>110</sup> Verkannt von *Pfister*, Know-how als Vermögensrecht, 162.

<sup>111</sup> OLG Frankfurt BB 1979, 136, 137.

<sup>112</sup> Siehe BGHZ 32, 103, 105 f. (1960); BGH MDR 1963, 308 (das Geschäft als solches, das nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sei, umfasse neben pfändbaren Teilen auch unpfändbare); BGH NJW 1990, 2931, 2932 f. (Unpfändbarkeit der Arzneimittelzulassung, deren Vermögenswert dem Gläubiger über die Pfändung privater subjektiver Rechte im Hinblick auf Herstellung und Vertrieb des Arzneimittels (Patente, Lizenzen) zukomme); entsprechend die Argumentation für unpfändbare Milchkontingente von LG Memmingen Rpfleger 1998, 120.

sondern auch die Befugnis zur *Verwaltung*<sup>113</sup> seines Gesamtvermögens und namentlich eines Unternehmens, das als Gewebe von Gütern, Rechten und Chancen mehr ist als die Summe seiner Teile. Erst jetzt werden ihm auch sonstige Gegenstände, deren potentieller Vermögenswert durch rechtlich zulässige Verpflichtungsgeschäfte realisiert werden kann, im Interesse der gemeinschaftlichen Befriedigung *aller* Gläubiger entzogen (§ 1 InsO). Dem Schuldner steht von nun an nur noch seine „nackte“ Arbeitskraft einschließlich der Möglichkeit zur Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen zur Verfügung, um wieder Vermögen zu erwerben. Eine weitergehende Schuldknechtschaft in Gestalt einer durchsetzbaren Verpflichtung des Schuldners, den Gläubigern durch fortgesetzten Vermögenserwerb Befriedigung zu verschaffen, ist mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Gesamtschuldners unvereinbar<sup>114</sup>.

Die Pfändung von Betriebsgeheimnissen zu bejahen, verkennt daher das gestufte Verhältnis von Einzel- und Gesamtvollstreckung. Der zulässige Insolvenzbeschlagnahme von Know-how als solchem führt entgegen der Dücko-Entscheidung auch nicht zu einer Verwandlung dieses sonstigen Gegenstands in ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht. Vielmehr ist der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners gesetzlich ermächtigt, das Geheimnis zu verkaufen oder zu lizenzieren und den Gemeinschuldner zur Unterlassung eigener Nutzung und Geheimhaltung selbst nach Abschluss des Verfahrens zu verpflichten<sup>115</sup>.

#### IV. Kritik und zugrundeliegende Wertungen

Die vorstehend herausgearbeiteten Strukturen des Rechtsverkehrs und die sich hieraus ergebenden Beschränkungen im Umgang mit „sonstigen Gegenständen“ sind Anlass vielfältiger Kritik. Diese wird im Namen allgemeiner Prinzipien geführt und soll nachweisen, dass eben doch übertragbare, vererbliche und den Gläubigern bereits in der Einzelzwangsvollstreckung zur Verfügung stehende Rechte an Sportveranstaltungen, Persönlichkeitsmerkmalen, Geheimnissen, Daten etc. anzuerkennen sind.

Insoweit wird häufig eingewendet, die hier vertretene Auffassung führe zu einer Zerstörung bzw. Verhinderung *wirtschaftlicher Werte*. Vielmehr gelte: Wo Wert, da (übertragbares) Recht<sup>116</sup>! Dass freilich die Forderung, wonach zu schützen ist, was schutzwürdig ist, zirkulär proklamiert und nicht begründet, leuchtet unmittelbar ein<sup>117</sup>. Der Vorwurf des Zirkelschlusses wird zu Recht auch gegen den Satz „wenn Wert, dann Recht“ erhoben. Denn der faktische Wert eines Guts für eine Person richtet sich stets nach den Handlungsmöglichkeiten, die ihr im Hinblick auf jenes zustehen. Diese Befugnisse ergeben sich aber aus der Rechtsordnung, deren Inhalt nun wiederum wirtschaftlichen Werten folgen soll<sup>118</sup>. Überdies konnte gezeigt werden, dass der Vermögenswert unkörperlicher, sonstiger Güter auch ohne Verfügungsebene

---

<sup>113</sup> Siehe § 80 I InsO.

<sup>114</sup> Zu den verbliebenen Bereichen der Personalvollstreckung nur *Baur/Stürmer/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., 2006, Rn. 22.1.

<sup>115</sup> Näher *Peukert*, Güterzuordnung, 631 ff. m.w.N.

<sup>116</sup> *Hubmann*, ZHR 117 (1955), 41, 57; *Ehmann*, Festschrift 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, 613, 665; *Weimann*, Software in der Zwangsvollstreckung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsnatur von Software, 1995, 68 („Findet sich ein Markt, ist der Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG für ein einzelnes Vermögensrecht erreicht.“); aus historischer Sicht *Müller-Erbach*, ZHR 88 (1926), 173 ff.; ebenso zum englischen common law *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2340 (1769) („... in short any thing merchandizable and valuable“), anders aber *Justice Yates a.a.O.*, 2357 („mere value does not constitute property“).

<sup>117</sup> Kritisch wie hier bereits *Binder*, ArchBürgR 34 (1920), 209, 257 f. (zum Eigenrecht an Elektrizität in der Herleitung von *Kloef*: „Das ist eine ganz schlechte, tadelnswerte Methode.“).

<sup>118</sup> *Cohen*, 35 Columbia L. Rev. 809, 815 (1935) („The vicious circle inherent in this reasoning is plain. It purports to base legal protection upon economic value, when, as a matter of actual fact, the economic value of a sales device depends upon the extent to which it will be legally protected.“); *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004).

rechtsgeschäftlich und zwangsweise realisiert werden kann, nämlich insbesondere über den Abschluss von Verpflichtungsgeschäften.

Andere Autoren bemängeln, die Ablehnung eindeutig definierter, übertragbarer Ausschließlichkeitsrechte beeinträchtige die *Rechtssicherheit*<sup>119</sup>. Doch ist das Gegenteil richtig. Die Gerichte von der Gesetzesbindung freizustellen, damit sie partikulare Interessen hinsichtlich ausschließlicher, fungibler Berechtigungen erfüllen mögen, bedroht vielmehr die gerade im Rechtsverkehr erforderliche Eindeutigkeit und Vorhersehbarkeit. Denn weder potentielle Rechtsinhaber, ihre Vertragspartner, Gläubiger noch sonstige Dritte würden verlässlich sagen können, ob und in welchem Umfang ihnen verkehrsfähige Befugnisse zukommen bzw. ob sie Ansprüchen wegen einer Rechtsverletzung ausgesetzt sind. Letztlich gibt man den Beteiligten Steine statt Brot und löst erhebliche Transaktionskosten aus; die andauernde Unsicherheit im Hinblick auf den Inhalt, die Dauer und die Verkehrsfähigkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts beweist dies anschaulich<sup>120</sup>. Ähnlich negative Folgen hätte es, auf den faktischen Vermögenswert als maßgebliches Kriterium der Verkehrsfähigkeit abzustellen<sup>121</sup>. Dies gilt insbesondere für die Einzel- und Gesamtvollstreckung. Würde man sich nämlich an diesem einzelfallabhängigen, unsicheren Maßstab orientieren, würde man nicht nur die Haftungsgrundlage *erweitern*, sondern – und das wird häufig nicht beachtet – dem Schuldner konsequent auch die Möglichkeit eröffnen, eigentlich pfändbare Rechte dem Zugriff der Gläubiger mit der Behauptung zu entziehen, sie seien im konkreten Fall wertlos. Den Gläubigerinteressen an einer effizienten und schnellen Vollstreckung wäre damit eher geschadet als gedient.

Eine dritte Argumentationslinie beklagt die vermeintliche Komplexität der vorstehenden Strukturen und beruft sich auf eine tatsächlich geübte Vertragspraxis, die sehr häufig auf der Basis übertragbarer Rechte operiere. Die hierin zum Ausdruck kommenden Verkehrsinteressen dürfe die Rechtsordnung nicht negieren<sup>122</sup>. Tatsächlich finden sich in der Praxis durchaus Klauseln, in denen sich eine Partei auf „ausschließliche Rechte“ – etwa an Sportveranstaltungen – beruft, die „übertragen“ würden<sup>123</sup>. Die mit derartigen Verträgen beschäftigten Gerichte können sich dieser Terminologie jedenfalls zur Darstellung des Tatbestands nicht entziehen und legen sie entgegen § 133 BGB nicht selten auch ihrer rechtlichen Bewertung zugrunde – mit entsprechenden Auswirkungen auf das Ergebnis<sup>124</sup>. Bei

---

<sup>119</sup> In diesem Sinne *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte, 85 (sonst Scheinlösungen, die am Kern der wirtschaftlichen Problematik vorbeigehen).

<sup>120</sup> Näher *Peukert*, Güterzuordnung, 849 f. Zur Forderung der ökonomischen Analyse nach eindeutig definierten property rights a.a.O., 100 ff.

<sup>121</sup> Siehe RGZ 52, 227, 230 f. (1902) (das Patent habe seinem Wesen und seiner Bestimmung nach, „wenn auch nicht immer tatsächlich, einen Vermögenswert“); BGHZ 154, 64, 69 (2003) (Vermögenswert als zusätzliches Kriterium der Pfändbarkeit von Gestaltungsrechten, nicht als originäre Voraussetzung); OLG Stuttgart NZM 2002, 884 (die Frage nach dem Vermögenswert des Rechts sei nicht entscheidend).

<sup>122</sup> *Sohm*, IherJb 53 (1908), 373, 385 mit Fn. 20, ferner 384 mit Fn. 17 („Welche Rechte veräußerlich sind, kann nicht nach Maßgabe eines Prinzips, sondern nur nach Maßgabe des Verkehrs entschieden werden.“), 392 (der Verkehr habe die neuen Vermögensrechte wie z.B. das Urheberrecht geschaffen); *Helle*, AfP 1985, 93, 99; *Freitag*, Kommerzialisierung, 164 f.; *Ohly*, volenti non fit iniuria, 159 ff. m.w.N.; *C. Ahrens*, Verwertung, 406; *Forkel*, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, 105, 108 f.

<sup>123</sup> Nachweise aus der Vertragspraxis bei *Gauß*, Der Mensch als Marke, 2005, 192 ff.; *Herr*, Übertragungsrechte, 46 f.; ferner die Klauseln der UEFA zu „Fernsehübertragungsrechten“ an Sportveranstaltungen, wiedergegeben bei KG NJWE-WettbR 1996, 187, 188 („Die UEFA, ihre Mitgliedsverbände, angeschlossenen Organisationen und Klubs sind die Inhaber der exklusiven Fernsehrechte an Fußballspielen, welche in ihren Wirkungskreis fallen.“); ferner *Dieckmann*, UFITA 127 (1995), 35, 36 f. (zu § 3 Lizenzspielerstatut DFB: „Das Recht, über Fernseh- und Rundfunkübertragungen von Bundesligaspielen und in internationalen Wettbewerbspiele mit Lizenzspielermannschaften Verträge zu schließen, besitzt der DFB.“).

<sup>124</sup> Siehe z.B. KG NJWE-WettbR 1996, 187, 188 (letztlich übertragbare Fernsehrechte); um Abgrenzung bemüht BGH NJW 1998, 756 (mit der Rede von „Vermarktungsrechten“ und – in Anführungszeichen – von „Übertragungsrechten“); deutlich hingegen RGZ 68, 49, 51 (1908) (die Rede vom „Eigentum“ am Geschäft im Rechtsverkehr, treffe „im juristisch-technischen Sinne“ nicht zu); BGH NJW 1990, 2931, 2932 (aus der

der Berufung auf solche Praktiken wird freilich übersehen, dass es Privatrechtssubjekten selbstverständlich versagt ist, durch ein- oder mehrseitige Erklärungen Verpflichtungen Dritter zu generieren, die sich hierzu nicht einverstanden erklärt haben. Genau dazu würde es aber kommen, wenn positiv-exklusive Befugnisse an Gütern durch Parteivereinbarung geschaffen werden könnten und fortan jedermann bestimmte Handlungen unterlassen müsste<sup>125</sup>. Das Trennungsprinzip und das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter, die auf der *Gleichheit der Privatautonomie*<sup>126</sup> aller Privatrechtssubjekte beruhen, schließen es daher aus, von einer üblichen, ggf. auf „Übertragung“ lautenden Vertragspraxis auf die Übertragbarkeit einer Rechtsposition zu schließen<sup>127</sup>. Wenn die Rechtsordnung kein Ausschließlichkeitsrecht vorsieht, und kein Privatrechtssubjekt durch rechtsgeschäftliche Erklärung ein solches, gegen jedermann gerichtetes subjektives Recht aus der Taufe zu heben vermag, dann erübrigt sich die Frage nach der Übertragbarkeit: Über ein Recht, das weder existiert noch durch Aktivitäten der Parteien künftig zur Entstehung gebracht werden kann, kann nicht verfügt werden<sup>128</sup>. Was in Geschäftsbedingungen und Verbandssatzungen zu lesen ist, ist der Versuch marktmächtiger Unternehmen, gegenüber dem Vertragspartner und dem Verkehr im Allgemeinen den Anschein der Existenz ausschließlicher Rechte zu erwecken und sich als verfügungsbefugter Rechtsinhaber zu gerieren, um zumindest faktische Exklusivität zu erlangen.

Schließlich wird geltend gemacht, es sei eine nicht gerechtfertigte Differenzierung und damit *ungerecht*, etwa den Träger eines Geheimnisses auf das Deliktsrecht und Verpflichtungsgeschäfte zu verweisen, während der Inhaber eines Patents über viel weitergehendere Ansprüche und rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten verfügt<sup>129</sup>. Indes nehmen solche Analogieschlüsse nur auf die Schutzinteressen einer bestimmten Person Rücksicht. Die Anerkennung übertragbarer Ausschließlichkeitsrechte verändert auch den rechtlichen Status der ausgeschlossenen Dritten, der Vertragspartner und der Gläubiger und berührt damit generell die Interessen der Allgemeinheit. Es ist daher in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass eine analoge Anwendung eines Gesetzes nicht schon damit begründet werden kann, dass bei einem nicht geregelten Tatbestand auf Seiten *eines* Beteiligten ein Interesse vorliegt, das der Gesetzgeber in anderem Zusammenhang

---

Kautelarpraxis, Arzneimittelzulassungen zu „übertragen“, könne für die Pfändbarkeit dieser öffentlich-rechtlichen Befugnis nichts abgeleitet werden); OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 181, 184 (dass Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen wie absolute Rechte gehandelt würden, ändere an der rechtlichen Bewertung nichts); LG Hamburg ZUM 2002, 655, 659 („Obwohl die Leistung des Veranstalters danach zunächst nur in seiner Einwilligung zur Duldung einer Live- und/oder sonstigen Berichterstattung aus dem Stadion besteht, kann man dabei untechnisch von ‚Hörfunkrechten‘ sprechen.“).

<sup>125</sup> BGH NJW 2005, 3353 f. („Der Domain kommt keine etwa mit einem Patent-, Marken- oder Urheberrecht vergleichbare ausschließliche Stellung zu. Diese Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie ihrem Inhaber einen Absolutheitsanspruch gewähren, der vom Gesetzgeber begründet worden ist und nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden kann.“); Schön, Der Nießbrauch an Sachen. Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, 1992, 261 f. (dass der absolute Rechtsschutz nicht der Privatautonomie unterliege, sei eine Selbstverständlichkeit).

<sup>126</sup> BVerfGE 89, 214, 232 (1993) (alle Beteiligten des Privatrechtsverkehrs können sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie berufen).

<sup>127</sup> So aber für elektrische Energie *Sohm*, IherJb 53 (1908), 373, 385; für die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts *Freitag*, Kommerzialisierung, 167 f.; *Roth*, Lizenzen an geschützten Stellungen ohne gesicherten Rechtscharakter, 2004, 194 ff. (Parteiinteressen gebieten Übertragbarkeit); *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999, 29 („Ist der Gegenstand marktgängig, kann der Inhaber anderen grundsätzlich durch Vertrag (§ 305 BGB) die Verwertung gegen Entgelt gestatten. Indes bleibt die Frage, ob ein solcher Verwertungsvertrag rechtlich zulässig ist. Ist das der Fall, so besteht ein umfassendes Persönlichkeitsgüterrecht.“).

<sup>128</sup> Zirkulär denn auch die Argumentation von *Lochmann*, Fernsehübertragungsrechte, 49 (ob eine Berechtigung übertragbar sei, richte sich danach, ob sie die Befugnis zur gebundenen, beschränkten oder translativen Rechtsübertragung „in sich trägt“).

<sup>129</sup> Zu derartigen Analogie-Argumenten *Peukert*, Güterzuordnung, 232 ff.

berücksichtigt hat. Denn eine solche Betrachtungsweise würde die Interessen der *anderen* Beteiligten zu Unrecht vernachlässigen<sup>130</sup>. Bei einem Vergleich zwischen Geheimnisschutz und Patent wäre insoweit etwa auf das gesetzgeberische Bestreben zu verweisen, Erfinder zu einer Offenlegung ihrer Neuerung zu veranlassen und dafür im Gegenzug ein zeitlich und sachlich beschränktes Ausschließlichkeitsrecht zu gewähren<sup>131</sup>.

Insgesamt erweist sich, dass die dogmatisch eigenständige Figur des „sonstigen Gegenstands“ Ausdruck einer ausdifferenzierten Privatrechtsordnung ist, die materiale Wertungen durch formale Unterscheidungen regulativ umsetzt (siehe Stufensystem zwangsweiser Haftung). Die isolierte Betrachtung ausgewählter Beispiele unkörperlicher Güter und spezieller Interessen fällt hinter diesen Status quo ebenso zurück wie pauschalisierende Alternativkonzepte unter Berufung auf einen idealisierten Vermögenswert oder „die“ Gerechtigkeit<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> BGHZ 105, 140, 143 (1988); BGHZ 110, 183, 193 (1990); BGHZ 120, 239, 251 f. (1992); BGH GRUR 2003, 622, 623 f. Zum verfassungsrechtlichen Gebot, Güterzuordnungen nicht einseitig auf den Begünstigten auszurichten, *Peukert*, Güterzuordnung, 708 ff.

<sup>131</sup> Siehe *Benkard/Rogge*, PatG Einleitung Rn. 1.

<sup>132</sup> Siehe dazu *Rüthers*, JZ 2009, 969 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, hrsgg. v. Jestaedt, 2008, 25 ff.