

***Numerus clausus*-Prinzip im japanischen Sachenrecht**

*Katsuyuki Wada**

- I. Einführung
- II. Der *numerus clausus* im japanischen Zivilrecht
 - 1. Vorschrift des Art. 175 ZG und dingliche Rechte im ZG
 - 2. Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG
 - 3. Begründung des *numerus clausus*
 - 4. Ausnahme 1 – Traditionelle gewohnheitsrechtliche Rechte
 - 5. Ausnahme 2 – Eigentumssicherheiten
- III. Zusammenfassung

I. EINFÜHRUNG

Im heutigen internationalen Workshop geht es um das Thema „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“. In diesem Rahmen wurde Herrn Professor Heinze und mir eigentlich ein gemeinsames Unterthema, nämlich „dingliches Kreditsicherungsrecht“, zugewiesen. Wir haben dann aber zusammen entschieden, dieses Thema ein Stück weit zu erweitern und den Grundsatz des *numerus clausus* im Rahmen des Sachenrechts, das ja das dingliche Kreditsicherungsrecht enthält, zu behandeln. Denn dieser Grundsatz beschränkt – auf dem Gebiet des Sachenrechts – die Privatautonomie, und zwar die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Parteien.¹ Gerade deshalb scheint die Behandlung dieses Themas für den heutigen Workshop geeignet zu sein. Darüber hinaus war dieses Prinzip in letzter Zeit häufig unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten Gegenstand der internationalen Diskussion, was dieses Thema noch interessanter und aktueller macht.

Deshalb möchte ich im Folgenden den Grundsatz des *numerus clausus* im japanischen Recht erläutern. Zunächst stelle ich dessen Inhalt laut des japanischen Zivilgesetzes vor. Anschließend gehe ich auf den Sinn und

* Associate Professor of Law, Universität Kyōto.

1 H. KAWACHI, *Bukken-hō kitei no kyōkō hōsei* [Unabdingbarkeit der Vorschriften im Sachenrecht], *New Business Law* 1128 (2018) 18 f. stellt allerdings diese traditionelle Gegenüberstellung von *numerus clausus* im Sachenrecht und Privatautonomie in Frage. Er hebt die Funktion des *numerus clausus* hervor, das freiheitliche, selbstständige Eigentum sicherzustellen und die Verkehrssicherheit zu fördern, und sieht diesen als vereinbar mit der Privatautonomie an.

Zweck dieses Prinzips in der heutigen Rechtsordnung ein. Dabei werfe ich noch einen kurzen Blick auf die rechtsökonomische Diskussion. Schließlich behandle ich zwei konkretere Themen betreffend die Ausnahmen vom *numerus clausus*. Zum einen handelt es sich um traditionelle, gewohnheitsrechtliche (quasi-)dingliche Rechte, die auch die Rechtsprechung inzwischen anerkannt hat. Diese erste Kategorie von Rechten ist allerdings heutzutage nicht mehr so wichtig. Zum anderen konzentriere ich mich auf sogenannte Eigentumssicherheiten (z.B. die Sicherungsübereignung), die sich außerhalb des Zivilgesetzes in der Praxis entwickelt haben. Diese zweite Kategorie wirft zum Teil wegen des Fehlens gesetzlicher Regelungen immer noch verschiedene Probleme auf. Allerdings möchte ich Sie schon jetzt um Verständnis dafür bitten, dass ich in diesem kurzen Vortrag nur einen Überblick über den Diskussionsstand in Japan geben kann und sich mein Vortrag zum Teil mit dem sehr detaillierten Beitrag von Herrn Professor Heinze überschneidet.

II. DER NUMERUS CLAUSUS IM JAPANISCHEN ZIVILRECHT

1. *Vorschrift des Art. 175 ZG und dingliche Rechte im ZG*

Art. 175 des japanischen Zivilgesetzes (nachfolgend: ZG)² bestimmt: „Dingliche Rechte können nur insoweit begründet werden, als es in diesem und anderen Gesetzen vorgesehen ist“. Eine derartige Vorschrift, die den Grundsatz des *numerus clausus* deutlich zum Ausdruck bringt, ist rechtsvergleichend gesehen nicht unbedingt üblich. So gibt es z.B. auch im deutschen Recht keine ausdrückliche Vorschrift, aber auch dort gilt dieser Grundsatz als ein Grundprinzip im Sachenrecht. Dessen Bedeutung wird in Japan – ebenso wie in Deutschland – dahingehend verstanden, dass (1) „die dinglichen Rechte nach Zahl und Art im ZG und anderen Gesetzen erschöpfend geregelt sind“ (sog. *Typenzwang*) und (2) „der Inhalt der sonach möglichen Berechtigungen zwingend durch das Gesetz festgelegt ist“ (sog. *Typenfixierung*).³ Infolgedessen sind im ZG neben dem Eigentumsrecht (Art. 206 ff.) die folgenden zwei Typen von beschränkten dinglichen Rechten vorgesehen.⁴

2 *Minpō* [Zivilgesetz], Gesetz Nr. 89/1896.

3 Zum Beispiel S. WAGATSUMA/T. ARIIZUMI, *Shintei bukken-hō* [Sachenrecht, neue Fassung] (Tōkyō 1983) 27; TOKUMOTO in: Funabashi/Tokumoto (Hrsg.), *Shinpan chūshaku minpō 6 bukken 1* [Kommentar zum Zivilrecht 6, Sachenrecht 1, neue Fassung] (Tōkyō 2009) 220.

4 Selbstverständlich gibt es außerhalb des Zivilgesetzes zahlreiche Sondergesetze, die dingliche Rechte anerkennen. Beispielsweise sieht das Handelsgesetz (*Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899, nachfolgend: HG) ein besonderes Zurückbehaltungsrecht zwischen Kaufleuten (Art. 521 HG) und eine Sonderregelung über das Pfandrecht

Als dingliche Nutzungsrechte gelten das Erbbaurecht (Art. 265 ff.), das Erbpachtrecht (Art. 270 ff.), die Grunddienstbarkeiten (Art. 280 ff.) und das Allmenderecht⁵ (Art. 263, 294). Gegenstand dieser Nutzungsrechte sind ausschließlich Grundstücke. Anders als in Deutschland gibt es keine beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Dingliche Kreditsicherungsrechte sind das Zurückbehaltungsrecht (Art. 295 ff.), das Vorzugsrecht (Art. 303 ff.), das Pfandrecht (Art. 342 ff.) und die Hypothek (Art. 369 ff.). Bei den beiden letzteren Rechten (Pfandrecht und Hypothek) handelt es sich im Unterschied zu den beiden Ersteren um rechtsgeschäftlich zu begründende Rechte. Es ist bemerkenswert, dass es für bewegliche Sachen im ZG eigentlich keine Regelung für besitzlose Pfandrechte gibt.⁶ Hier existiert eine Gesetzeslücke, obwohl es tatsächlich in der Praxis Bedarf an besitzlosen Mobiliarsicherungsrechten gab, die es ermöglichten, zum Geschäftsbetrieb gehöriges Vermögen (z.B. eine Maschine oder ein Warenlager) als Kreditsicherheit zu verwenden. Allerdings ist, wie im Folgenden noch erläutert wird, die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen inzwischen gewohnheitsrechtlich bzw. durch die Rechtsprechung als wirksame Kreditsicherheit anerkannt.

2. Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG⁷

Zunächst verfasste ein französischer Jurist (namens *Gustave Émile Boissnade de Fontarabie*), der für die Schaffung eines neuen Rechtssystems nach Japan gerufen worden war, einen Gesetzentwurf, aus dem das sogenannte „alte“ japanische Zivilgesetz von 1890 hervorging. Obwohl es damals in Frankreich einen Streit darüber gab, ob der *numerus clausus* überhaupt vorhanden sei, nahm er dieses Prinzip für Japan an. Dies führte dazu, dass

(Art. 515 HG: Zulassung von Verfallklauseln) vor. Ferner gibt es verschiedene sondergesetzlich geregelte Arten von dinglichen Nutzungsrechten wie Fischereirechte und Bergrechte. Auch werden durch Sondergesetz verschiedene Hypotheken an der Vermögensmasse von Unternehmen anerkannt.

- 5 Das Allmenderecht ist das Mitbenutzungsrecht an einem Grundstück in einer Landgemeinde. Sein Inhalt regelt sich hauptsächlich nach örtlichen Bräuchen.
- 6 Es wurde jedoch später durch einige Sondergesetze eine sogenannte Mobiliarhypothek eingeführt, deren mögliche Gegenstände (z.B. Kraftfahrzeuge, Flugzeuge, Baumaschinen usw.) aber begrenzt sind und deshalb die Bedürfnisse der Praxis noch nicht völlig befriedigen.
- 7 K. SHICHINOHE, *Bukken hōtei shugi – hikakuhōteki • enkakuteki kōsatsu* [Numerus clausus Prinzip – aus rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Sicht], in: Keiō Gijuku Daigaku Hōgaku-bu (Hrsg.), *Keiō gijuku daigaku hōgaku-bu hōritsu gakkai kaisetsu hyakunen kinen ronbun-shū* [Festschrift zur 100-Jahr-Feier der Gründung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Keiō-Universität] (Tōkyō 1990) 586 ff., geht auf den Ursprung des *numerus clausus* im japanischen Zivilrecht – nämlich das französische und deutsche Recht – und die Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG ein.

einige Rechte (z. B. Erbbaurecht, Erbpachtrecht usw.) trotz damaliger anderer Auffassungen gesetzlich eindeutig als dingliche Rechte qualifiziert wurden. Es sollte klargestellt werden, welche Rechte dinglich sind und welche nicht. Boissonade hatte auch die absolute Wirkung dinglicher Rechte gegen jedermann hervorgehoben, und zwar als Grund dafür, dass der Grundsatz des *numerus clausus* verwirklicht und damit eine privatautonome Gestaltungsfreiheit ausgeschlossen werden sollte.

Nachdem die Inkraftsetzung des „alten“ Zivilgesetzes verschoben worden war, hatte auch der erste und zweite Entwurf des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Einfluss auf die Überarbeitung des japanischen Zivilgesetzes. Dabei hatte man wohl auch berücksichtigt, dass im Entwurf des BGB vom *numerus clausus* im Sachenrecht ausgegangen wurde. Dieses Prinzip wurde allerdings später im BGB nicht ausdrücklich geregelt.

In Japan hingegen hat dieser Grundsatz in Art. 175 ZG Ausdruck gefunden. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist laut den Verfassern folgende: (1) Gesetzliche Verdeutlichung der Dinglichkeit eines Rechts, (2) Verbot der rechtsgeschäftlichen Schaffung neuer dinglicher Rechte, (3) Ausschluss der Entstehung gewohnheitsrechtlicher dinglicher Rechte. Was den zweiten Punkt betrifft, haben sich vor allem die Eigentumssicherheiten im Wege des Richterrechts entwickelt. Was den dritten Punkt anbelangt, ist umstritten, wie ernst man die Intention der Verfasser für den Ausschluss gewohnheitsrechtlicher dinglicher Rechte nehmen sollte (rechtsdogmatisch stellt sich hier die Frage, ob auch das Gewohnheitsrecht von der Formulierung „in diesem und anderen Gesetzen“ in Art. 175 ZG umfasst ist). Wie dem auch sei, einige gewohnheitsrechtliche (quasi-)dingliche Rechte sind inzwischen durch die Rechtsprechung anerkannt.⁸

3. Begründung des *numerus clausus*

Es stellt sich die Frage, warum das *numerus clausus*-Prinzip im Sachenrecht gelten soll, mit anderen Worten, warum die Privatautonomie im Sachenrecht teilweise beschränkt werden soll. Dass der *numerus clausus* nur „teilweise“ die Privatautonomie beschränkt, beruht darauf, dass zwar Abschlussfreiheit im Rahmen des Typenzwangs und der Typenfixierung besteht, nicht aber eine inhaltliche Gestaltungsfreiheit.

⁸ Dass auch gewohnheitsrechtlich dingliche Rechte anerkannt werden sollten, ist auch in der Literatur die herrschende Meinung. Es wird nur darüber diskutiert, wie man dieses Ergebnis rechtsdogmatisch rechtfertigen kann. Dabei spielt nicht nur Art. 175 ZG eine Rolle, sondern auch Art. 35 des Durchführungsgesetzes zum Zivilrecht (*Minpō shikō-hō*, Gesetz Nr. 11/1898) und Art. 3 des Rechtsanwendungsgesetzes (*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*, Gesetz Nr. 78/2006). Zu diesem Streit TOKUMOTO (Fn. 3) 218 ff.

a) *Historischer Grund – Abschaffung feudaler Rechtsverhältnisse*

Ein historischer Grund ist die Abschaffung verschiedener feudaler Rechte an Grundstücken.⁹ Früher bestanden feudale Rechtsverhältnisse, die das Eigentum an Grundstücken einschränkten und auch mit dem Ständesystem in der Gesellschaft zusammenhingen. In diesem Kontext kam dem *numerus clausus* dahingehend Bedeutung zu, derartige feudale Rechtsverhältnisse auszuschließen und ein selbständiges und freiheitliches Eigentumsrecht zu schaffen. Zwar könnte dem *numerus clausus* auch heute noch die gleiche Funktion zukommen, im Sinne der Verhinderung des Wiederauflebens solcher feudalen Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft, aber diese Gefahr ist eher unrealistisch. Deshalb wäre es schwierig, den *numerus clausus* heutzutage nur mit diesem Argument zu begründen.

Das Ziel, ein selbständiges und freiheitliches Eigentum zu schaffen und dessen Einschränkungen so gering wie möglich zu halten, hängt auch mit dem Schutz des Eigentums vor Aushöhlung und Zersplitterung zusammen, wie Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag erläutert hat. Dass beschränkte dingliche Rechte gesetzlich klar definiert sind und es zur Begrenzung des Eigentums grundsätzlich einer gesetzlichen Regelung bedarf, dürfte noch immer zumindest eine symbolische Bedeutung für die Eigentumsfreiheit haben. Eine weitere Schutzmaßnahme gegen die Aushöhlung des Grundstückseigentums ist im Übrigen beispielsweise wohl auch darin zu sehen, dass 1992 ein nicht erneuerbares Mietrecht an Grundstücken eingeführt wurde. Ein Mietrecht an einem Grundstück zum Zweck der Errichtung eines Gebäudes wird unter bestimmten in einem Sondergesetz festgelegten Voraussetzungen¹⁰ verdinglicht. Die „normale“ Miete eines Grundstücks ist nach diesem Gesetz anders als bei dem nicht erneuerbaren Mietrecht (Art. 22) nur schwer zu kündigen; Art. 6 dieses Sondergesetzes verlangt einen berechtigten Grund,¹¹ um die „normale“ Miete zu kündigen. Diese Beschränkung der Kündigung könnte zu einer allzu großen Belastung des Grundstückseigentums führen.

9 WAGATSUMA/ARIIZUMI (Fn. 3) 25; TOKUMOTO (Fn. 3) 216.

10 Bei dem Sondergesetz handelt es sich um das Gesetz betreffend die Land- und Gebäudemiete bzw. Land- und Gebäudepacht (*Shakuchi shakuya-hō*, Gesetz Nr. 90/1991). Die Voraussetzung lautet, dass der Grundstücksmieter ein Gebäude auf dem Grundstück besitzt und er als Eigentümer des Gebäudes eingetragen ist (Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes). Dann kann der Eigentümer des Gebäudes sein Mietrecht am Grundstück auch Dritten entgegensetzen.

11 Man berücksichtigt dabei die Umstände beider Vertragsparteien, d.h. wie notwendig für jede Partei die Nutzung des Grundstücks ist, wie viel der Vermieter dem Mieter für das Wegziehen von dem Grundstück anbietet usw.

b) *Verkehrsschutz in Verbindung mit der Publizität der dinglichen Rechte*

Als materielleren Grund nennt man häufig die Absolutheit dinglicher Rechte. Ein dingliches Recht hat nämlich die Eigenschaft, dass es gegen jedermann wirkt (*absolute Wirkung* von dinglichen Rechten). Wenn Parteien ein derartiges absolutes Recht privatautonom beliebig begründen könnten, könnte ein Dritter im Rechtsverkehr (z.B. der Erwerber eines Grundstücks) durch die unerwartete dingliche Belastung benachteiligt werden. Deshalb sollte man dem *numerus clausus* folgen und damit die Zahl und den Inhalt dinglicher Rechte gesetzlich klar definieren.

Aber tatsächlich wäre dieser Grundsatz allein nicht ausreichend, um den hier angesprochenen Verkehrsschutz zu verwirklichen. Es kommt vielmehr auf die Publizität der dinglichen Rechte an, weil man erst durch die Publizität des betreffenden dinglichen Rechts mit dessen Existenz rechnen kann und soll, und umgekehrt ein publizitätsloses dingliches Recht in seiner Wirkung gegen Dritte beschränkt werden sollte (*Publizitätsprinzip* im Sachenrecht). Daher dient der *numerus clausus* genauer genommen der Durchsetzung des Publizitätsprinzips, indem es durch die Begrenzung der Zahl und des Inhalts dinglicher Rechte deren Publizität vereinfacht.¹² Was dingliche Rechte an Immobilien betrifft, würde die Möglichkeit der Schaffung beliebiger dinglicher Rechte das Eintragungssystem überlasten und, was dingliche Rechte an Mobilien betrifft, ist der Besitz als Publizitätsmittel gänzlich ungeeignet, um von den gesetzlichen Typen abweichende unterschiedliche Rechte bekannt zu machen. Im Zusammenhang mit diesem Unterschied hinsichtlich des Publizitätsmittels zwischen Immobilien und Mobilien wird auch die geringere Zahl der dinglichen Rechte an beweglichen Sachen im ZG begründet.

Wenn die Dinge sich aber so verhalten, wäre eigentlich entscheidend, welche Rechte im Eintragungssystem usw. bekanntgemacht werden können, und nicht ob das *numerus clausus*-Prinzip selbst weiter gelten soll. Denn, auch wenn man auf dieses Prinzip verzichtet und beliebig gestaltbare dingliche Rechte zulassen würde, können derartige dingliche Rechte ohne angemessenes Publizitätsmittel ohnehin nicht Dritten entgegengesetzt werden, was Sinn und Zweck der Schaffung neuer dinglicher Rechte beträchtlich verringern würde.^{13,14} Deshalb sollte man den *numerus clausus* immer

12 WAGATSUMA/ARIIZUMI (Fn. 3) 25; TOKUMOTO (Fn. 3) 216 f.

13 Wenn man beliebig gestaltbare dingliche Rechte, die jedoch gesetzlich mit keinem entsprechenden Publizitätsmittel vorgesehen sind, zulassen würde (Verzicht auf den *numerus clausus*), wäre der einzige Unterschied das Verhältnis zu unberechtigten Dritten (z.B. dem unberechtigten Besitzer eines Grundstücks). Denn nach japanischem Recht (Art. 177, 178 ZG) kann man einem solchen Dritten ohne berechtigtes Interesse ein dingliches Recht auch ohne dessen Publizität entgegengesetzen. Das japanische Recht folgt in dieser Hinsicht grundsätzlich dem Konsensualprinzip bei der Ei-

in Verbindung mit dem Publizitätssystem erörtern; eine isolierte Untersuchung des *numerus clausus* hingegen ergibt als solche wenig Sinn.

c) *Kostenverringerung für Dritte und Eintragungssysteme*

Aus ökonomischer Sicht kann man den oben erwähnten Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes mit dem Grund der Kostenverringerung in Verbindung setzen. Wie Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag ausführt, dient der Typenzwang (inklusive Typenfixierung) der Vermeidung eines unerwünschten Abwälzens von Informationskosten auf Dritte, wodurch die Zirkulationsfähigkeit von Mobilien und Immobilien gefördert werden kann. Außerdem hat der *numerus clausus* auch mit den Systemkosten des Immobilienregisters etwas zu tun, weil es das Registrierungssystem überlasten und das Register unübersichtlich machen würde, wenn beliebige dingliche Rechte im Register zu registrieren wären.

Es wird auch darauf hingewiesen, dass eventuell erhöhte Kosten für das Registrierungssystem durch eine entsprechende Kostenregelung oder Gebühr ausgeglichen werden könnten. Hier müsste man aber zunächst darüber nachdenken, ob es wirklich einen Bedarf gibt, die Möglichkeit der Eintragung beliebiger dinglicher Rechte trotz der erhöhten Kosten zu eröffnen. Dabei kann man wohl auch den Umstand nicht ignorieren, dass die damit verbundene zunehmende Unübersichtlichkeit des Registers für Dritte nachteilig wäre, weil z. B. im Immobilienverkehr in Japan – anders als in Deutschland – nicht unbedingt ein Sachverständiger, wie beispielsweise ein Notar, eingeschaltet werden muss und sich die Informationskosten für Dritte dementsprechend erhöhen könnten.

Wenn die Verringerung der Informationskosten, die durch den Typenzwang verwirklicht wird, so wichtig ist, stellt sich im Übrigen auch die Frage, warum das *numerus clausus*-Prinzip nur im Sachenrecht gelten soll, mit anderen Worten, ob man dieses Prinzip gegebenenfalls auch auf das Gebiet des Schuldrechts anwenden sollte.¹⁵ Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn eine Forderung wie eine Sache übertragen wird, also bei der Abtretung.

gentumsübertragung oder der dinglichen Rechtsänderung, d. h. die Wirkung der Übertragung usw. ohne Publizität wird nur im Verhältnis zu bestimmten Dritten begrenzt.

14 Vgl. H. HIRANO, *Bukken-hō oyobi tanpo bukken-hō to keiyaku jiyū – bukken hōtei shugi o megutte* [Sachenrecht und dingliches Sicherungsrecht sowie Vertragsfreiheit – zum *numerus clausus*-Prinzip], *Hōritsu Ronsō* 84-2/3 (2012) 401 ff. Auch er stellt den heutigen, selbstständigen Sinn des *numerus clausus* in Frage, weil schon das Publizitätsprinzip im Sachenrecht einen Verkehrsschutz bieten kann.

15 Zu dieser Fragestellung Y. NŌMI, *Shintaku to bukken hōtei shugi – shintaku to minpō no kōsaku* [Treuhand und *numerus clausus*-Prinzip – Interaktion zwischen Treuhand und Zivilrecht], in: Satō/Saitō (Hrsg.), *Gendai minji hōgaku no riron-jō* [Theorie der gegenwärtigen Zivilrechtswissenschaft Bd. 1] (Tōkyō 2001) 29, 50 ff.

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Forderungsabtretung (z. B. zum Zweck der Kreditsicherung) wäre es vielleicht denkbar, dass Informationskosten auch bei der Abtretung durch einen gewissen Typenzwang und eine gewisse Typenfixierung gesenkt werden könnten. Aber man muss hier berücksichtigen, dass es meistens um Geldforderungen geht, wenn die Rede von der Förderung des Abtretungsgeschäfts ist. Geldforderungen sind ohnehin inhaltlich sehr stark determiniert, so dass hier grundsätzlich kein Typenzwang und keine Typenfixierung erforderlich sind. Außerdem kann man bei einem Abtretungsgeschäft leichter als beim Sachverkehr Informationen über Geschäftsgegenstände erhalten, da man sich an den Schuldner wenden kann.¹⁶ Tatsächlich geht das japanische Abtretungsrecht genau davon aus, insoweit als die Anzeige der Abtretung an den Schuldner oder dessen Zustimmung zur Abtretung als Voraussetzung für die Drittwirksamkeit der Abtretung vorgesehen ist und erwartet wird, dass der Schuldner als „Auskunftsstelle“ oder „Informationszentrum“ jemandem, der die Forderung übertragen bekommen möchte, Auskunft erteilt (Art. 467 ZG).¹⁷

Was vertragliche Abtretungsverbote betrifft, wurde allerdings die gesetzliche Regelung im Zuge der Schuldrechtsreform von 2017 zulasten der Gestaltungsfreiheit der Parteien geändert. Demnach steht ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot der Wirkung der Abtretung nicht entgegen (Art. 466 Abs. 2 ZG). Dies bedeutet, dass der Zessionar trotz des Vorhandenseins eines Abtretungsverbots die abgetretene Forderung wirksam erwerben kann. Der Schuldner hat dabei nur das Recht, die Erfüllung an den Zessionar zu verweigern, und kann mit befreiender Wirkung an den bishe-

16 NŌMI (Fn. 15) 56 nennt diesen Umstand als Grund dafür, dass man auf dem Gebiet des Schuldrechts keinen *numerus clausus* braucht. Man kann hier theoretisch vom Schuldner als einem neutralen Dritten die Auskünfte über Abtretungsgeschäfte von der gegen ihn gerichteten Forderung erwarten.

17 Allerdings wurde im Jahr 1998 durch ein Sondergesetz zusätzlich auch ein digitales Register als weiteres Publizitätsmittel für die Abtretung eingeführt. Dieses Registrierungssystem wurde dann im Jahr 2004 auch auf die Übereignung von beweglichen Sachen erweitert. Daher heißt das jetzige Sondergesetz Gesetz über die Ausnahmen vom Zivilgesetz betreffend die Entgegenseitbarkeit bei der Übereignung beweglicher Sachen und der Abtretung von Forderungen (*Dōsan oyobi saiken no jōto no taikō yōken ni kansuru minpō no tokurei-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 104/1998, nachfolgend: ÜBSoG). Nunmehr ist auch die Eintragung ins Register als Voraussetzung der Entgegenseitbarkeit der Übereignung oder Abtretung gesetzlich anerkannt. Das Register soll den Beteiligten sicherere Informationen darüber liefern, ob die betreffenden Sachen oder Forderungen nicht schon an Andere übertragen wurden. Aber man muss darauf achten, dass diese Eintragung die Übergabe bei beweglichen Sachen oder die Anzeige oder Zustimmung bei Forderungen als Voraussetzung der Entgegenseitbarkeit der Übereignung oder Abtretung nicht komplett ersetzt, sondern beide Publizitätssysteme zurzeit nebeneinander existieren.

rigen Gläubiger leisten, sofern der neue Gläubiger wusste oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass es ein Abtretungsverbot gegeben hat (Art. 466 Abs. 3 ZG). Während die Abtretung einer mit einem Abtretungsverbot versehenen Forderung nach der alten Vorschrift (Art. 466 Abs. 2 ZG a.F.) gegenüber bösgläubigen oder grobfahrlässigen Dritten unwirksam war, bleibt im neuen Recht die Abtretung selbst – wie zuvor erläutert – stets wirksam. Mit dieser Reform wird die Förderung des Abtretungsgeschäfts (v. a. der Globalabtretung oder der Securitization) bezweckt. Hier wird im Interesse des Verkehrs die Gestaltungsfreiheit der Parteien über die Forderungseigenschaft der Übertragbarkeit beschränkt. Darin könnte man auch eine stärkere Typenfixierung im Schuldrecht sehen. Im Übrigen ist es bezüglich des Abtretungsverbots auch bemerkenswert, dass die Beschränkung der Wirkung des Abtretungsverbots – anders als in Deutschland (s. Art. 354a deutsches Handelsgesetzbuch) – im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts erfolgte, und dass nur Kontoforderungen von dieser Reform ausgenommen sind (Art. 466-5 ZG).¹⁸

4. Ausnahme 1 – Traditionelle gewohnheitsrechtliche Rechte

Wenn man das *numerus clausus*-Prinzip (Art. 175 ZG) streng anwendet, stellen sich noch weitere Fragen: Wie soll man (1) mit einem schon bisher gewohnheitsrechtlich anerkannten Recht und (2) mit einem im Geschäftsverkehr neu entwickelten Recht (meistens handelt es sich um Kreditsicherungsrechte) umgehen? Im Ergebnis erkennt die Rechtsprechung einen Raum für die Existenz von derartigen Rechten an. Man mag darin eine teleologische Reduzierung des Art. 175 ZG sehen. Zunächst möchte ich auf den ersten Typ, also die traditionellen gewohnheitsrechtlichen Rechte, eingehen. Was diesen Typ von Rechten betrifft, war es übrigens in Deutschland möglich, im Rahmen des Landesrechts derartige Rechte anzuerkennen (das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche hat dies zugelassen). Da das Regierungssystem in Japan stärker zentralistisch ist, mussten die Rechte auf anderem Wege (d. h. durch die Rechtsprechung) anerkannt werden.¹⁹

Als gewohnheitsrechtliche Rechte werden vor allem das Wasser- und Thermalquellenrecht genannt. Unter dem Wasserrecht ist heutzutage hauptsächlich ein Recht zu verstehen, das die Nutzung von Wasser aus Flüssen oder Reservoirien zum Zweck der Bewässerung ermöglicht. Die Rechtsprechung bejaht einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aufgrund des

18 Bezüglich Kontoforderungen bleibt es demnach bei der Wirkung des Abtretungsverbots nach der alten Vorschrift. Da es in der Gesellschaft weit bekannt ist, dass Kontoforderungen mit einem Abtretungsverbot versehen sind, ist deren Abtretung meistens unwirksam.

19 SHICHINOHE (Fn. 3) 592 f.

Wasserrechts. Dabei kann man eine tatsächliche Nutzung des Wassers durch Wasserwege und Dämme als gewohnheitsrechtliches Publizitätsmittel des Wasserrechts ansehen. Das Thermalquellenrecht ist ein Herrschaftsrecht an einer Thermalquelle, über das man unabhängig vom Eigentum am Grundstück, in dem sich die Thermalquelle befindet, verfügen kann. Um dieses Recht Dritten (z.B. dem Erwerber des Grundstücks) entgegenzusetzen zu können, braucht man nach der Rechtsprechung auch ein Publizitätsmittel. Das ist z.B. ein Schild oder eine Einrichtung, die das Benutzen der Thermalquelle regelt. Zusammenfassend lässt sich wohl daher sagen, dass ein gewohnheitsrechtliches, mehr oder weniger inhaltlich fixiertes Recht als (quasi-)dingliches Recht durch die Rechtsprechung anerkannt wird, wenn es ein tatsächliches Publizitätsmittel gibt. Denn eine solche Anerkennung läuft dem Zweck des *numerus clausus* (Verkehrsschutz) nicht zuwider.²⁰

5. Ausnahme 2 – Eigentumssicherheiten

a) Verwendung der Vormerkung zum Zweck der Kreditsicherung

Früher war es in der Praxis verbreitet, dass für den Fall der Nichterfüllung einer Geldschuld im Voraus die Leistung einer Immobilie an Erfüllung statt vereinbart wurde und der aus dieser Vereinbarung entstehende schuldrechtliche Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Immobilie durch eine Vormerkung gesichert wurde. Diese Konstruktion diente der Sicherung von Geldforderungen. Aufgrund der Vormerkung konnte der Berechtigte seine bevorzugte Rechtsstellung an der Immobilie auch gegenüber Dritten (z.B. einem Dritterwerber oder Pfändungsgläubiger der Immobilie) durchsetzen. Ein Problem sah man jedoch darin, dass – obwohl es sich dabei nach der Sache nur um eine Kreditsicherung handelte – der Berechtigte gegebenenfalls (vorbehaltlich der Möglichkeit des Wuchergeschäftsverbots bzw. der Sittenwidrigkeit) zum Behalten der gesamten Immobilie berechtigt war, auch wenn deren Wert den Betrag der „gesicherten“ Forderung überstieg (dies war sogar eines der Motive für die Verwendung dieser Konstruktion). Daneben gab es auch noch verschiedene andere Probleme, z. B. die Frage, wie der Berechtigte sein Recht durchsetzen kann oder bis wann der Schuldner den Gegenstand einlösen kann usw. Daher wurde in der Rechtsprechung ein neuartiges Sicherungsrecht entwickelt, was im Jahr 1978 zur Schaffung eines Sondergesetzes (Sicherungsvormerkungsgesetz, nachfolgend: SiVoG)²¹ führte. Nach diesem

20 H. NAKAO, *Bukken hōtei shugi* [Numerus clausus-Prinzip], in: Hoshino (Hrsg.), *Minpō kōza* 2 [Handbuch Zivilrecht Bd. 2] (Tōkyō 1984) 1 ff., gibt einen Überblick über die Rechtsprechung betreffend die hier angesprochenen, gewohnheitsrechtlichen dinglichen Rechte.

21 *Kari-tōki tanpo keiyaku ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 78/1978.

Gesetz wird eine Vormerkung zum Zweck der Kreditsicherung als Sicherungsvormerkung bezeichnet und unterliegt den Vorschriften des SiVoG. Z.B. ist nach Art. 3 Abs. 1 SiVoG der Berechtigte der Sicherungsvormerkung zum Ausgleich eines Überschusses bei der Verwertung des Sicherungsgegenstandes (Immobilien) verpflichtet. Die Zahlung des Ausgleichsbetrags und die Eintragung und Übergabe des Sicherungsgegenstandes muss dabei Zug um Zug erfolgen (Art. 3 Abs. 2 SiVoG). Diese Regelungen sind unabdingbar (Art. 3 Abs. 3 SiVoG). Aufgrund der sehr detaillierten und strengen Regelungen der Verwertung des Sicherungsgegenstandes wird die Sicherungsvormerkung heute jedoch kaum mehr verwendet.

Im Zusammenhang mit dem *numerus clausus* ist es zwar richtig, dass die Vormerkung den Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten relativiert. Aber dies bedeutet an sich keinen Verzicht auf dieses Prinzip, wie auch Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag ausführt. Da es außerdem inzwischen das Sicherungsvormerkungsgesetz gibt, kommt der *numerus clausus* hier nicht mehr in Frage, obwohl nicht unumstritten ist, ob das Sicherungsvormerkungsgesetz eine neue Art eines dinglichen Kreditsicherungsrechts geschaffen hat oder ob nicht nur dem mit einer Vormerkung verbundenen Kreditsicherungsvertrag gesetzlich eine gewisse Drittwirkung verliehen wird.

b) *Entwicklung der Sicherungsübertragung*²²

Die Sicherungsübertragung hat sich außerhalb des Zivilgesetzes in der Rechtsprechung entwickelt. Sowohl Immobilien als auch Mobilien und Forderungen können Gegenstand dieses Rechtsinstruments sein. Bei beweglichen Sachen gab es einen berechtigten Grund für diese Entwicklung, nämlich dass v.a. Unternehmen auch ein besitzloses Sicherungsrecht brauchten (in diesem Rahmen hat sich auch die Sicherungsübereignung der Sachgesamtheit, wie beispielsweise die Raumsicherungsübereignung in Deutschland, entwickelt). Bei unbeweglichen Sachen hingegen versuchten Gläubi-

22 Der einfache Eigentumsvorbehalt wird im Übrigen häufig angewandt. Auch hier stellt sich die Frage, ob man das Recht eines Vorbehaltseigentümers wie eine Art von Sicherungsrecht behandeln und die dingliche Rechtsposition eines Vorbehaltskäufers anerkennen sollte. Dazu gibt es auch parallele Diskussionen wie über das Rechtsverhältnis der Sicherungsübertragung. Andere Formen des Eigentumsvorbehalts, z.B. der verlängerte oder der erweiterte Eigentumsvorbehalt, sind allerdings nicht so stark verbreitet. In Japan war deshalb der in Deutschland sehr bekannte Streit um den Vorrang von Globalabtretung und verlängertem Eigentumsvorbehalt auch nicht Gegenstand großer Diskussionen. In letzter Zeit wird eher darüber diskutiert, wie ein Eigentumsvorbehalt durch einen drittfinanzierenden Finanzdienstleister zu behandeln ist (Vgl. OGH, 4.6.2010, Minshū 64, 1107 und OGH, 7.12.2017, Minshū, 71, 1925).

ger, genauso wie bei der Sicherungsvormerkung, durch die Sicherungsübertragung auf den die gesicherte Forderung übersteigenden Wert der Immobilie zu gelangen.²³ Auch hier hat die Rechtsprechung eingegriffen. Sie behandelte den Sicherungseigentümer substanziell wie einen Sicherungsnehmer und legte eine Ausgleichspflicht des Gläubigers fest (dies trifft auch auf bewegliche Sachen zu). Inzwischen erkennt die Rechtsprechung auch die dingliche Rechtsposition des Sicherungsgebers an, insoweit als dieser einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch geltend machen²⁴ und den Rückfall des Eigentums durch die Erfüllung der gesicherten Forderung, wenn die gesicherte Forderung bei Fälligkeit zeitgemäß getilgt wurde, auch Dritten (Pfändungsgläubiger des Sicherungsnehmers) entgegensetzen kann.²⁵ Diese Rechtsstellung des Sicherungsgebers könnte man als etwas Ähnliches wie ein Anwartschaftsrecht nach dem deutschen Recht ansehen. Wenn das Recht des Sicherungsgebers das Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers auf diese Weise dinglich beschränkt, könnte eigentlich ein Verstoß gegen den *numerus clausus* vorliegen, da sowohl dem Sicherungsnehmer als auch dem Sicherungsgeber eine Art neues dingliches Recht (sozusagen zwei vom Eigentum abgespaltene Rechte) zukommt. Das größte Problem stellt dabei die Publizität dar. Denn insbesondere in Bezug auf das Recht des Sicherungsgebers ist die Publizität nicht unbedingt ausreichend und dies würde theoretisch zu Bedenken gegen die Anerkennung der Drittwirkung des Rechts des Sicherungsgebers führen. Für eine grundlegende Lösung ist das Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig. In Bezug auf die Sicherungsübertragung von unbeweglichen Sachen muss man die Verbesserung des Immobilienregisters erwägen und bei der Sicherungsübereignung und -abtretung die Erweiterung des bestehenden Registersystems berücksichtigen.²⁶

Bislang wird auf diese Weise die konkrete Ausgestaltung der Sicherungsübertragung und -abtretung durch die Rechtsprechung vorgenommen. Dabei kann man zum einen eine gewisse Flexibilität und zum anderen eine gewisse Rigidität beobachten. Als Beispiel für Flexibilität ist die Verbindung zwi-

23 Bei Forderungen wird normalerweise die Sicherungsabtretung in Verbindung mit einer Einziehungsermächtigung, nicht das Pfandrecht an Forderungen, verwendet, um dem Schuldner (Sicherungsgeber) weiter den Geschäftsbetrieb durch die Einziehung der abgetretenen Forderungen zu ermöglichen. In der Regel handelt es sich dabei um die Globalabtretung, welche die Abtretung künftiger Forderungen enthält. Auch in Japan ist die Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen weitgehend anerkannt. Diese Auslegung wurde in der Schuldrechtreform von 2017 in der neuen Vorschrift des Art. 466-6 ZG zum Ausdruck gebracht.

24 OGH, 28.9.1982, Hanrei Jihō, 1062 (1983) 81.

25 OGH, 20.10.2006, Minshū, 60, 3098 (allerdings *obiter dictum*).

26 Das oben genannte Registersystem (Fn. 17) hat nur die Übereignung und Abtretung durch juristische Personen zum Anwendungsgegenstand (Art. 1 ÜbSoG).

schen der gesicherten Forderung und dem Sicherungseigentum („Akzessorität“) zu nennen. Bei den dinglichen Kreditsicherungsrechten im ZG ist es nicht zulässig, dass Gläubiger und Sicherungsnehmer auseinanderfallen. Aber nach der Rechtsprechung soll es bei der Sicherungsübertragung möglich sein zu vereinbaren, dass ein Dritter für einen anderen Gläubiger Sicherungseigentümer wird.²⁷ In Bezug auf die Rigidität kann man auf die oben angesprochene Ausgleichspflicht hinweisen. Nach der Rechtsprechung kann diese Pflicht privatautonom nicht ausgeschlossen werden.²⁸ Dabei geht es um den Schutz der unterlegenen Vertragspartei (des Schuldners). Dies ist v. a. im Fall des Verbraucherkredits wohl zutreffend. Es wäre aber auch denkbar, dass man eine Unterscheidung zwischen Verbraucherkrediten und Unternehmerkrediten trifft und bei Letzteren eine größere Gestaltungsfreiheit zulässt.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Obwohl der *numerus clausus* nach Art. 175 ZG als ein grundlegendes Prinzip im Sachenrecht gilt, ist es nicht vermeidbar, dass auch dieser Grundsatz im Zusammenhang mit traditionellen (nicht irrationalen) Gewohnheiten und im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklungen einer gewissen Flexibilität bedarf. Dementsprechend haben Rechtsprechung und Gesetzgebung einige Ausnahmen von diesem Prinzip entwickelt, und zwar auf eine Art und Weise, die substantiell möglichst vereinbar mit dem Sinn und Zweck des *numerus clausus* ist. Einige gesetzgeberische Weiterentwicklungen (z. B. in Bezug auf die Sicherungsübertragungen²⁹) bleiben allerdings noch abzuwarten.

Obwohl es wie erläutert einige Ausnahmen gibt, besteht – soweit ersichtlich – wohl kein Bedarf, den *numerus clausus* vollständig abzuschaffen und der Privatautonomie im Sachenrecht umfassend zur Durchsetzung zu verhelfen. Der Grundsatz des *numerus clausus* hat immer noch eine gewisse Bedeutung und es gibt wohl zunächst auch keinen positiven Grund, darauf zu verzichten. Den meisten praktischen Bedürfnissen hat man nämlich bisher z. B. im Wege eines Richterrechts entsprechen können.

27 Siehe die Entscheidung des OGH, 5.11.1918, Minroku, 24, 2122. Es ist jedoch fragwürdig, ob diese Rechtsprechung heutzutage noch gilt. Die Möglichkeiten dafür, dass ein Dritter für andere Gläubiger entweder Sicherungseigentümer wird oder das Sicherungsrecht an einem Gegenstand bestellen lässt, wurden inzwischen durch die Treuhand nach dem Treuhandgesetz von 2006 (*Shintaku-hō*, Gesetz Nr. 108/2006) erweitert (sogenannter „*security trust*“, vgl. Art. 3 Nr. 1 Treuhandgesetz).

28 OGH, 25.3.1971 Minshū, 25, 208.

29 Dagegen wird darauf hingewiesen, dass es in Bezug auf dingliche Nutzungsrechte aus praktischer Sicht keinen Reformbedarf gibt (H. HIRANO, *Bukken hōtei shugi to tōji-sha ishi* [Numerus clausus Prinzip und Parteiwillen], *Hōgaku Kyōshitsu* 417 (2015) 18).