

Privatautonomie und Typenzwang im Sachenrecht

*Christian Heinze**

- I. Einführung
- II. Privatautonomie und Typenzwang
 - 1. Typenzwang als sachenrechtlicher Grundsatz
 - 2. Rechtfertigung des Typenzwangs
 - 3. Spielraum für die Privatautonomie innerhalb des Typenzwangs
 - 4. Weiterer Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht
 - 5. Gegenbewegungen in jüngerer Zeit: Die Neuregelung der Sicherungsgrundschuld?
- III. Ergebnisse

I. EINFÜHRUNG

Während uns im Schuldvertragsrecht zahlreiche zwingende Vorschriften begegnen, die dem Schutz einer als unterlegen empfundenen Vertragspartei dienen und aus der Perspektive unseres Oberthemas „Privatautonomie und Eigenverantwortung“ skeptisch betrachtet werden können,¹ stellt sich der Befund im Sachenrecht anders dar: Unterschiedlich ist zunächst der Ausgangspunkt, insofern bereits der historische Gesetzgeber das Sachenrecht als im Regelfall zwingend, das Schuldrecht hingegen als im Regelfall abdingbar verstanden hat.² Die im Schuldvertragsrecht zuweilen beklagte Tendenz zum Ausbau des zwingenden Rechts zum Nachteil der Vertragsfreiheit lässt sich daher nicht in gleicher Weise beobachten. Eher mag man im Sachenrecht eine gegenläufige Entwicklung in Richtung des Ausbaus privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten beobachten, zum einen durch die richterrechtliche Erweiterung des Katalogs zulässiger Sachenrechtstypen,³ zum anderen (weniger offensichtlich, aber wirkmächtiger) durch die

* Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht, Direktor des Instituts für Rechtsinformatik, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

1 Dazu jüngst K. RIESENHUBER, Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei, in diesem Band, S. 3.

2 Nachweis unten Fn. 11.

3 Auf eine „Typenevolution“ im Sachenrecht durch gesetzgeberische (Erbbaurecht, Wohnungseigentum) und richterliche Billigung (Sicherungseigentum) weist A. RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizie-

Liberalisierung der Gestaltungsmöglichkeiten beim Inhalt der dinglichen Rechte, vor allem durch den Ausbau von Parteivereinbarungen mit quasinglinglicher Wirkung, also mit Wirkung auch für den Sonderrechtsnachfolger.⁴ Zudem ist der Rechtfertigungsgrund des zwingenden Rechts im Sachenrecht ein anderer als im Schuldrecht: Während im Schuldrecht der Schutz bestimmter Personengruppen (etwa Verbraucher, Mieter, Arbeitnehmer, Kapitalanleger) Zweck zahlreicher, wenn auch nicht sämtlicher zwingender Vorschriften ist, wird das zwingende Recht im Sachenrecht, vor allem der Typenzwang, überwiegend mit dem Schutz des Rechtsverkehrs und des Bedürfnisses nach Sicherheit, Klarheit und Vereinfachung gerechtfertigt.⁵ Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass jüngere Werke zur Selbstverantwortung im Privatrecht, also eines der beiden Oberthemen unserer Tagung, das Sachenrecht (weitgehend) aussparen.⁶

rendes Leuchtfeuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht* (Tübingen 2017) 91, 105, hin.

- 4 Diese sind vor allem im Erbbaurecht und im Wohnungseigentumsrecht anzutreffen, zur Drittwirkung von (an sich schuldrechtlichen) Sondernutzungsrechten und der Gemeinschaftsordnung zwischen den Wohnungseigentümern §§ 5 Abs. 4 S.1, 10 Abs. 3 WEG, siehe auch BGHZ 73, 145, 148: durch Eintragung erlange die Gemeinschaftsordnung dingliche Wirkung, ohne ein selbständiges dingliches Recht zu sein.
- 5 C. HEINZE, Einleitung zum Sachenrecht, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Neubearbeitung 2018, Berlin) Rn. 99 mit weiteren Nachweisen; ausführlich H. FLEISCHER, Der *numerus clausus* der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, in: Eger (Hrsg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag* (Wiesbaden 2008) 125, 127 ff.; C. KERN, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (Tübingen 2013) 452 ff.
- 6 In seinem einleitenden Überblick zum Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht wird das Sachenrecht im dogmatischen Überblick nicht erwähnt, siehe K. RIESENHUBER, *Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (Tübingen 2011) 1, 7 ff. Zwar findet das Insolvenzrecht Erwähnung, auch mit einem Beitrag von P. WINDEL, *Das Prinzip der Selbstverantwortung und das Insolvenzrecht*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (Tübingen 2011) 449. Allerdings vertieft dieser Beitrag nicht das Kreditsicherungsrecht, sondern fokussiert auf die Frage, wer durch das Insolvenzrecht zur Verantwortung gezogen werde. Im Beitrag von RÖTHEL (Fn. 3) wird das Sachenrecht als Beispiel für einen Ausbau der Gestaltungsfreiheit durch eine „Typenevolution“ (105) und als Beispiel für einen Ausbau der Gestaltungsbe-fugnisse aufgrund der Verkehrsbedürfnisse (108) genannt, zugleich aber gesagt, dass der *numerus clausus* im Sachenrecht heute kaum noch als Problem der Privat-autonomie diskutiert werde (103).

Angesichts des (zumindest in jüngerer Zeit) spärlichen Befunds zur Privatautonomie im Sachenrecht will sich der folgende Beitrag dem Oberthema unserer Konferenz, nämlich „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“ aus der Perspektive des Sachenrechts nähern, indem ausgehend von der traditionellen Diskussion um Privatautonomie und Typenzwang die Entwicklung der Privatautonomie im Sachenrecht und ihr Verhältnis zum Prinzip des Typenzwangs skizziert werden. Mit Blick auf bereits vorliegende Beiträge zum Insolvenzrecht⁷ soll dieser Bereich ausgespart und der Blick allein auf die Kernmaterie des Sachenrechts fokussiert werden.

Vorab ist noch eine begriffliche Erläuterung geboten: Im Folgenden wird der allgemeinere Begriff der Privatautonomie gegenüber dem Begriff der Vertragsfreiheit bevorzugt, weil nach wie vor mindestens terminologisch umstritten ist, ob die dingliche Einigung tatsächlich als Vertrag anzusehen ist, da sie – neben Eintragung oder Übergabe(surrogat) – lediglich ein Teil des Gesamttatbestands des Verfügungsgeschäfts ist.⁸ Selbst wenn man über diese terminologischen Unsicherheiten hinwegsehen mag, so existiert mit den nunmehr umfassend gestatteten Eigentümerrechten mindestens eine Kategorie dinglicher Rechte, die nicht durch Vertrag, sondern allein durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt begründet werden.⁹

II. PRIVATAUTONOMIE UND TYPENZWANG

1. *Typenzwang als sachenrechtlicher Grundsatz*

Bereits die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs¹⁰ gingen unter Verweis auf die Selbständigkeit des Sachenrechts davon aus, dass die Vertragsfreiheit im Sachenrecht keinen Platz habe.¹¹ Es könne den Beteiligten nicht frei

7 Oben Fn. 6.

8 Skeptisch etwa C. HEINZE, § 873 Erwerb durch Einigung und Eintragung, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2018, Berlin) Rn. 35 mit weiteren Nachweisen.

9 Dazu HEINZE (Fn. 8) Rn. 33.

10 Zur älteren Rechtsgeschichte KERN (Fn. 5) 67 ff.

11 Motive zum BGB Band III (Berlin 1896) 3 = B. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band III (Berlin 1899) 2: „Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es hat die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der

stehen, beliebige dingliche Rechte durch ihre Parteivereinbarung zu kreieren. Vielmehr müsse das Sachenrecht die Erwerbsvoraussetzungen ebenso wie den Inhalt der dinglichen Rechte „nach deren Wesen und Zwecke“ kraft zwingenden (Gesetzes¹²-)Rechts abschließend bestimmen.¹³ Anknüpfend an diese Formulierung ist heute im deutschen Sachenrecht der Typenzwang nahezu¹⁴ einhellig anerkannt: Die Parteien können über die gesetzlich begrenzte Zahl von Sachenrechten hinaus (*numerus clausus*) keine neuen Sachenrechtstypen schaffen oder bestehende Typen inhaltlich verändern;¹⁵ letzteres wird zuweilen auch als „Typenfixierung“ bezeichnet.¹⁶ Um es in den Worten der Rechtsprechung zu formulieren: „Die möglichen dinglichen Rechte und ihr Inhalt [sind] im Sachenrecht grundsätzlich erschöpfend dargestellt“, so dass die „die Teilnehmer am Rechtsverkehr nur in den gesetzlich abgesteckten Grenzen wirksam rechtsgeschäftlich handeln können“¹⁷ – der Typenzwang begrenzt die inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei sachenrechtlichen Rechtsgeschäften.¹⁸ Die herkömmliche Definition des

Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene.“ Die Einschätzung, dass sowohl der Verfasser des Vorentwurfs Johow wie die erste und zweite Kommission von diesem Grundsatz ausgingen, wird auch von den Autoren geteilt, die die Existenz des Typenzwangs im deutschen Recht in Abrede stellen, H. WIELING, Sachenrecht Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen (2. Aufl., Berlin 2006) § 1 II 4 f S. 26.

- 12 H. SEILER, Einleitung zum Sachenrecht, in: Staudinger (Hrsg.), Erwerb durch Einigung und Eintragung (Neubearbeitung 2012, Berlin) Rn. 38 nennt als zweite Quelle neben dem Gesetzesrecht das Gewohnheitsrecht.
- 13 Siehe auch Motive III 856 = Mugdan Band III 478: „Eine vorhergehende dingliche Bindung, welche mit dem Vertragsschlusse eintritt, wird nicht vorgeschrieben und kann auch nicht durch die Privatautonomie der Vertragsschließenden bestimmt werden“ (zur dinglichen Wirkung vor Anzeige der Verpfändung einer Forderung an den Schuldner“.
- 14 Zur vereinzelt Gegenansicht unten bei Fn. 20.
- 15 HEINZE (Fn. 5) Rn. 94.
- 16 BAUR / STÜRNER, Sachenrecht (18. Aufl., München 2009) § 1 Rn. 7; M. WELLENHOFER, Sachenrecht (32. Aufl., München 2017) § 3 Rn. 23; die Typenfixierung vom Typenzwang mitumfasst sehen SEILER (Fn. 12) Rn. 38; J. FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht? (Tübingen 2006) 371.
- 17 BGH NJW 1994, 2950, 2952; siehe auch BGHZ 23, 293, 299 (Akzessorietät zwingendes Merkmal des Pfandrechts und nicht durch Parteivereinbarung abdingbar); RGZ 88, 160, 162.
- 18 BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 7; W. RADKE, Bedingungsrecht und Typenzwang. Eine Untersuchung zu Grundlagen und Grenzen privatautonomer Gestaltung (Berlin 2001) 46 f.

Typenzwangs zielt auf den *numerus clausus* der dinglichen Rechtsgeschäfte, oder besser: der Inhalte dinglicher Rechtsgeschäfte: Die Parteien können rechtsgeschäftlich nur solche beschränkt dinglichen Rechte (derivativ) begründen, die der Gesetzgeber im Typenkatalog des Sachenrechts vorgesehen hat. Zumindest begrifflich ist davon die Frage zu unterscheiden, ob auch ein *numerus clausus* der originären Ausschließlichkeitsrechte besteht, ob also die Zahl der absoluten Rechte vom Gesetzgeber abschließend definiert ist oder ob es daneben den Gerichten frei steht, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung neue Ausschließlichkeitsrechte zu schaffen (z.B. Rechte an Daten, Persönlichkeitsrechte o.ä.).¹⁹

Gegen die Existenz eines Typenzwangs (zumindest für Geschäfte über bewegliche Gegenstände) im deutschen Sachenrecht wird – abgesehen von der Nichtexistenz eines solchen Grundsatzes im römischen Recht, im germanischen Recht und im preußischen Allgemeinen Landrecht – eingewandt, dass der Grundsatz durch die Anerkennung der Vormerkung und der dinglichen Wirkung der Grundstücksmieta und -pacht (§§ 566, 578, 581 Abs. 2 BGB), die gemäß § 823 Abs. 1 BGB auch gegenüber Dritten wirke, verwässert werde.²⁰ Völlig beseitigt werde er durch die Existenz des § 1007 BGB, der jedem Inhaber eines Besitzrechts eine dingliche Position verleihe, sobald er den Besitz erlange. In der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Herausgabeanspruchs nur des gutgläubigen Eigenbesitzers in § 945 Abs. 1 des Entwurfs des BGB auf alle Besitzer sei das Prinzip des *numerus clausus* für Mobilien aufgegeben worden, ohne dass der Gesetzgeber dies bemerkt hätte.²¹ Indes kann die Kritik nicht überzeugen: Zwar ermöglicht die Vormerkung ohne Zweifel die Sicherung schuldrechtlicher Erwerbsansprüche und damit eine gewisse Rückbindung an das schuldrechtliche Grundgeschäft. Indes liegt darin keine Aufgabe des Typenzwangs, weil der Erwerbsanspruch nach wie vor auf einen der im BGB geregelten Typen des dinglichen Rechts (z.B. Eigentum, Grundschuld) gerichtet sein muss. Auch der Sukzessionsschutz des Mieters und Pächters ist kein dingliches Recht und keine „Verdinglichung“, sondern bringt nur „eine Konsequenz der an verschiedenen Stellen des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Wertung, dass der nicht den unmittelbaren Besitz erlangende Erwerber keinen umfassenden Schutz verdient“²² (vgl. auch § 986 Abs. 2 BGB). Und schließlich

19 Zu dieser Differenzierung (und gegen Bezüge zwischen der Frage eines *numerus clausus* originärer gegenüber derivativen Rechtspositionen) A. PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (Tübingen 2008) 21 f.

20 WIELING (Fn. 11) § 1 II 4 f, S. 25 f.

21 WIELING (Fn. 11) § 1 II 4 f, S. 26.

22 M. HÄUBLEIN, § 566 Kauf bricht nicht Mieta, in: Säcker et. al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2016) Rn. 3. Daran ändert auch die „Drittwirkung“ über § 823 Abs. 1 BGB nichts, denn der deliktische Schutz ist nicht

hebt § 1007 BGB den Typenzwang auch für bewegliche Sachen bereits deshalb nicht auf, weil die Norm – abgesehen von ihrer geringen praktischen Bedeutung²³ – keine Ansprüche aus einem (besseren) Recht zum Besitz vorsieht, sondern jeweils erst ein relatives Anrecht des Anspruchstellers auf den Besitz schafft.²⁴ Es gibt mit anderen Worten kein hinter § 1007 BGB stehendes „Recht“, das den Anspruch rechtfertigt, sondern es geht rein pragmatisch darum, „den Streit zweier jedenfalls potentiell nichtberechtigter Personen um den Besitz einer beweglichen Sache“ zu entscheiden.²⁵ Zutreffend lässt sich § 1007 BGB daher als dinglicher Anspruch ohne dingliches Recht verstehen, weil es hier nicht um die Durchsetzung einer dinglichen Rechtsposition geht,²⁶ sondern lediglich um eine Regelung aus Gründen des Sachzusammenhangs im Sachenrecht.

2. *Rechtfertigung des Typenzwangs*

a) *Zur Zeit des Inkrafttretens des BGB*

aa) *Keine ausdrückliche Rechtfertigung*

Begibt man sich auf die Suche nach der Rechtfertigung des Typenzwangs, so ist der Ertrag in den Materialien zum BGB bescheiden.²⁷ Sie verweisen

auf Ausschließlichkeitsrechte begrenzt, sondern schützt auch einzelne faktische Positionen, etwa den berechtigten Besitz, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe. Mit anderen Worten ist ein Schutz über § 823 Abs. 1 BGB nicht zwangsläufig zugleich auch die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts, zur Diskussion um die Begrenzung des „sonstigen Rechts“ als Verweis auf andere Ausschließlichkeitsrechte PEUKERT (Fn. 19) 253 f.

23 C. BALDUS, § 1007 Ansprüche des früheren Besitzers, Ausschluss bei Kenntnis, in: Säcker et. al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2017) Rn. 1, 8.

24 K.-H. GURSKY, § 1007 Ansprüche des früheren Besitzers, Ausschluss bei Kenntnis, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2012, Berlin) Rn. 3.

25 GURSKY (Fn. 24) Rn. 3.

26 Zur Kritik GURSKY (Fn. 24) Rn. 3: „Sie übersehen damit, daß es neben den dinglichen Ansprüchen im engeren Sinne, also den sachenrechtlichen Rechtsverwirklichungsansprüchen, auch noch andere dingliche Ansprüche gibt, nämlich Ansprüche, die ebenfalls im Sachenrecht geregelt sind und im Insolvenzverfahren per se Aussonderungskraft haben, aber keine aktuelle dingliche Rechtsposition durchsetzen sollen.“

27 Siehe P. HECK, Grundriß des Sachenrechts (Tübingen 1930) § 23, 2, der auf die „eigentümlicherweise“ fehlende Erwähnung der legislativen Gründe verweist; FÜLLER (Fn. 16) 373: „Aussagen zum Typenzwang im Quellenmaterial sind krypt-

im Wesentlichen²⁸ auf die Eigenständigkeit des Sachenrechts, aus der sich ergebe, dass nur das Sachenrecht selbst über den Inhalt dinglicher Rechte entscheiden könne.²⁹ Die gesetzgeberische Zurückhaltung bei der Rechtfertigung eines grundlegenden sachenrechtlichen Prinzips wird zuweilen damit erklärt, dass dieses Prinzip wegen der Zugehörigkeit der dinglichen Rechte zu den absoluten Rechten so selbstverständlich erschien, dass es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedurfte.³⁰ Angesichts der lebhaften Diskussion im 19. Jahrhundert über den *numerus clausus* als Beschränkung der Privatautonomie³¹ erscheint der Verweis auf das Verständnis als bare Selbstverständlichkeit für die gesetzgeberische Begründungszurückhaltung zweifelhaft. Überzeugender dürfte es sein, die damalige Diskussion bei der Interpretation der Motive der Verfasser des BGB einzubeziehen.³²

bb) Typenzwang als Instrument zum Schutz des Eigentums vor willkürlicher Zersplitterung

Ein Erklärungsmodell für den Typenzwang³³ könnte danach sein, dass die Verfasser des BGB bewusst dem *ius ad rem* entgegen treten wollten,³⁴ also

tisch“, S. 374: „eher karg“, „Begründung der Begriffsjurisprudenz verhaftet und daher heute methodisch nicht mehr zeitgemäß“.

28 Zudem finden sich Anklänge an den Typenzwang als Kehrseite der Ausgestaltung der Sachenrechte als absolute Rechte, dazu unten Fn. 30.

29 Zitat bereits oben in Fn. 11.

30 SEILER (Fn. 12) Rn. 38.

31 S. HOFER, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen 2001) 250 ff. verweist auf eine lebhafte Diskussion über den *numerus clausus* als Beschränkung der Privatautonomie im 19. Jahrhundert. Auch W. WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Brauneder/Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen (Frankfurt a.M. 1987) 623, 625 ff., weist darauf hin, dass der Grundsatz des Typenzwangs nie unumstritten war. Noch im ausgehenden 19. Jahrhundert findet sich grundsätzliche Kritik am sachenrechtlichen Typenzwang, etwa unter Hinweis auf die fehlende Reaktionsmöglichkeit auf wirtschaftliche Veränderungen, siehe E. FUCHS, Das Wesen der Dinglichkeit (Berlin 1889) 66 f., O. VON GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Leipzig 1899) 281 f.; DERS., Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Berlin 1889) 106 ff. sah die Gefahr einer „Verknöcherung und Erstarrung“.

32 FÜLLER (Fn. 16) 373.

33 Keine geeignete, jedenfalls keine abschließende Rechtfertigung für den Typenzwang ist das im deutschen Recht herrschende Abstraktionsprinzip, weil durchaus auch eine sachenrechtliche Inhaltsfreiheit unter Geltung des Abstraktionsprinzips denkbar wäre, W. WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum

der im mittelalterlichen germanischen Recht bestehenden Möglichkeit, jedes auf eine bestimmte Sache bezogene Schuldverhältnis durch Einräumung der „Gewere“, also des Besitzes zu verdinglichen.³⁵ Für eine Abwehr des *ius ad rem* durch den Typenzwang sprechen die Ausführungen des Redakteurs des sachenrechtlichen Vorentwurfs Johow, der fürchtete, dass die Parteien – wie im alten Recht – das Eigentum aushöhlen könnten, wenn sie willkürlich einzelne Befugnisse als „verselbständigte Eigentumssplitter“³⁶ abspalten dürften.³⁷ Eine solche Befugnis zur willkürlichen Abspaltung von „Eigentumssplittern“ könnte man nämlich als Widerspruch zum Eigentumsbegriff des BGB als ausschließliches und ungeteiltes Recht (in Abkehr vom feudalen Ober- und Untereigentum) auffassen.³⁸

Gegen die Tragfähigkeit dieser Begründung ist eingewandt worden, dass an einem Konzept des ungeteilten Eigentums nach der Einführung des Erbaurechts und des Wohnungseigentums sowie des Sicherungseigentums heutzutage ohnehin nicht mehr festgehalten werden könne.³⁹ Dem ist indes zu entgegnen, dass die Eröffnung neuer Ausgestaltungen des Eigentums durch den Gesetzgeber (oder die Nutzung eines Instituts wie der Übereignung beweglicher Sachen mittels Besitzkonstitut zum Zwecke der Kreditsicherung)⁴⁰ keine hinlängliche Rechtfertigung bietet, nunmehr auch über die immerhin kraft Gesetzes neu eingeführten Formen den Parteien eine umfas-

Schuldrecht, AcP 190 (1990) 112, 118; RADKE (Fn. 18) 56; A. STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (Tübingen 1996) 112.

34 FÜLLER (Fn. 16) 373; siehe bereits HECK (Fn. 27) § 22/2, 3, der darauf verweist, dass die Ausführungen *Johows* das „Unterbewusstsein des Gesetzgebers“ beeinflusst hätten, ebenso RADKE (Fn. 18) 57.

35 Zum *ius ad rem* M. WOLFF/L. RAISER, Sachenrecht (10. Aufl., Tübingen 1957) § 2 II 1, S. 9; R. MICHAELS, Sachzuordnung durch Kaufvertrag (Berlin 2002) 61 ff.; siehe auch preußisches Allgemeines Landrecht (ALR) I 2 § 124, 132 ff., ALR I 10 § 25, ALR I 19 § 5 f.; ALR I 4 §§ 15 ff.

36 Zum Begriff O. VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band (Leipzig 1905) § 120 IV 7, S. 359.

37 R. JOHOW, Vorentwurf der Redaktoren zum BGB. Sachenrecht (Berlin 1982) 501. Gestattete man dies, so würde ein Recht verbleiben, dass die Rechtsordnung nicht mehr als Eigentum gelten lassen könne. ders., a.a.O. 502, wollte das Eigentum nicht als Summe abspaltbarer Befugnisse definieren.

38 Den *numerus clausus* der dinglichen Rechte als Folge des Eigentumsbegriffs des BGB sehen etwa WIEGAND (Fn. 33) 112, 117; DERS. (Fn. 31) 623, 627 ff.; Stadler (Fn. 33) 111 an.

39 Ablehnend FÜLLER (Fn. 16) 379 ff.

40 Entgegen weit verbreiteter Auffassung war dem Gesetzgeber des BGB die mögliche Nutzung der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB zum Zwecke der Kreditsicherung durchaus bekannt, und es spricht vieles dafür, dass sie in Kauf genommen wurde, siehe unten Text bei und nach Fn. 74.

sende Gestaltungsmacht einzuräumen. Im Gegenteil könnte man die Notwendigkeit gesetzgeberischer Intervention im Wohnungseigentums- und Erbbaurecht auch als Bekräftigung des Typenzwangs im Übrigen sehen, insofern Neuerungen eben durch den Gesetzgeber erfolgen müssen. Allerdings ist einzuräumen, dass der Typenzwang das Eigentum nicht generell vor einer der Verkehrs- und Nutzungsfähigkeit abträglichen Aushöhlung und Zersplitterung schützt, weil der *numerus clausus* nur die Zahl der zulässigen Typen, nicht aber die der möglichen Berechtigten begrenzt, so dass er die Zersplitterung der dinglichen Berechtigung in mehrere Berechtigte an den gesetzlich gestatteten Typen dinglicher Rechte kaum zu verhindern vermag.⁴¹ Diesem Zweck dienen andere zwingende Vorschriften des Sachenrechts, etwa die Übertragbarkeitsbeschränkungen der §§ 1059, 1092 BGB.

b) Rechtfertigung des Typenzwangs in jüngerer Zeit

Heutzutage wird der sachenrechtliche Typenzwang vor allem mit der Absolutheit der dinglichen Rechte und dem Schutz des Rechtsverkehrs durch Vorhersehbarkeit, Klarheit und Vereinfachung gerechtfertigt.

aa) Typenzwang als Kehrseite der Absolutheit dinglicher Rechte im Interesse ihrer Erkennbarkeit für Dritte

Eine häufig anzutreffende rechtsdogmatische Begründung sieht den Typenzwang gewissermaßen als Kehrseite der Absolutheit dinglicher Rechte – ein Gedanke, der zuweilen auch bereits als Motiv dem historischen Gesetzgeber zugeschrieben wird.⁴² Da absolute Rechte gegenüber jedermann wirken und von jedermann beachtet werden müssen, muss ihr wesentlicher Inhalt durch das Gesetz für jedermann klar erkennbar und vorhersehbar fixiert sein. Nur mit einem geschlossenen Katalog dinglicher Rechte könnten Dritte die Reichweite der Rechte an Sachen, denen sie ausgesetzt sein können, einordnen und sich darauf in ihrem Verhalten einrichten.⁴³ Gegen die-

41 Weitergehend M. HELLER, Yale Law Journal 108 (1999) 1163, 1168 ff.; DERS., Harvard Law Review 111 (1998) 621, 624, der in der Standardisierung auch einen Schutz vor Zersplitterung sieht.

42 Oben Fn. 30.

43 HEINZE (Fn. 5) Rn. 100; BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 10; R. LIEBS, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975) 1, 16 (auch mit Verweis auf die Sicherheit des Zwangsvollstreckungsrechts); R. STÜRNER, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994) 265, 276. Ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen dem Begriff des dinglichen Rechts und dem Typenzwang besteht oder ob eine ausdrückliche Untersagung der Drittwirkung obligatorischer Abreden auch ohne Typenzwang genügt hätte (so FÜLLER (Fn. 16) 375 f.), mag hier dahinstehen. Bei einer ausdrücklichen Untersa-

ses Erkennbarkeitsargument wurde eingewandt, dass es nur tragfähig sei, wenn das jeweilige Sachenrecht durch einen Publizitätsträger für Dritte auch erkennbar sei.⁴⁴ Dies sei aber durch den Besitz nicht gewährleistet, und auch bei den im Grundbuch einzutragenden dinglichen Rechten sei dies zweifelhaft, weil § 874 BGB eine Bezugnahme im Grundbuch auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung gestatte und letztlich der Publizität auch genügt werden könne, wenn Dritte bei einem offenen Katalog zulässiger dinglicher Rechte den Inhalt des jeweiligen Rechts aus dem Grundbuch erfahren könnten.⁴⁵ Indes greift diese Kritik nicht durch: Zum einen kann in die im Grundbuch in Bezug genommenen Urkunden unter den gleichen Voraussetzungen wie in das Grundbuch selbst Einsicht genommen werden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 GBO), und zum anderen muss auch bei Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung der Umfang der Belastung aus dem Grundbuch erkennbar bleiben (§ 44 Abs. 2 Satz 1 GBO). Deshalb ist zumindest bei den wirtschaftlich besonders bedeutsamen Liegenschaftsrechten durch das Grundbuch die Publizität in ausreichendem Maße gewährleistet. Und bei den Mobiliarsachenrechten könnte man aus der begrenzten Publizitätswirkung des Besitzes auch den gegenteiligen – auch rechtsvergleichend verifizierbaren – Schluss ziehen, dass hier gerade wegen der gegenüber den Grundbuchrechten geringeren Publizität ein umso höheres Bedürfnis an Standardisierung der möglichen dinglichen Rechte durch den Typenzwang besteht, um die Informationskosten zu senken.⁴⁶

bb) Begrenzung auf die gesetzlich fixierten Typen, da es an dem Konsens Dritter als Rechtfertigung der Verbindlichkeit fehlt

Das eher auf die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit für Dritte abzielende Argument lässt sich auch mit dem an der Rechtfertigung der Verbindlichkeit für jedermann ansetzenden Argument untermauern, dass eine unbegrenzte „Verdinglichung“ der von den Parteien frei gestaltbaren obligatorischen Befugnisse die unerwünschte Folge hätte, auch Dritte zu binden, die an der Entstehung des Rechts nicht beteiligt waren.⁴⁷ Dingliche Rechte als absolute Rechte binden auch an ihrer Begründung unbeteiligte Dritte, ohne dass diese ihrer Begründung zugestimmt hätten. Da es aber am Konsens

gung der Drittwirkung obligatorischer Abreden kann man mE daran zweifeln, ob es sich überhaupt um ein dingliches Recht, jedenfalls im Sinne des BGB, handelt.

44 W. SCHÖN, Der Nießbrauch an Sachen (Köln 1992) 244 (der selbst die Gegenansicht vertritt).

45 FÜLLER (Fn. 16) 384 f.

46 Dieses Argument findet sich in der US-amerikanischen Literatur, siehe *Restatement of the Law Fourth, Property (Draft 2017)* § 1.1 Comment d.

47 WIEGAND (Fn. 31) 623, 633 f.

oder einer sonstigen individuellen Rechtfertigung ihrer Verbindlichkeit gegenüber jedem Dritten fehlt, sollen diese Dritten auch nur an die gesetzlich vorgesehenen Typen dinglicher Rechte gebunden sein,⁴⁸ da nur insofern die gesetzlich angeordnete Verbindlichkeit die Einigung als Rechtfertigung einer Bindung ersetzen kann.

cc) Verringerung der Informationskosten für Grundbuchämter und Dritte und Sicherung der Verkehrsfähigkeit dinglicher Rechte

Neben der eher rechtsstaatlich-dogmatischen Begründung durch Verweis auf den Zusammenhang zwischen absoluter Geltung und Erkennbarkeit für Dritte sind in jüngerer Zeit auch stärker ökonomisch motivierte Gründe für den Typenzwang vorgebracht worden. Der Typenzwang dient danach der Rechtsklarheit und Vereinfachung nicht nur durch die Erkennbarkeit der bestehenden dinglichen Rechte, sondern auch durch die Verringerung der Informations- und Suchkosten: Stünde es den Parteien vollkommen frei, wie sie ihre dinglichen Rechte ausgestalten, müssten Dritte nicht nur in das Grundbuch und die Eintragungsbewilligung schauen, um sich über das Recht zu vergewissern, sondern sie müssten letztlich die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien durchforsten, die im Einzelfall durchaus kompliziert und umfangreich sein kann. Während die an einer Transaktion Beteiligten bei ihrer Ausgestaltung sowohl Nutzen wie Kosten komplexer oder ungewöhnlicher Gestaltungen berücksichtigen werden, dürften außergewöhnlich und individuell gestaltete dingliche Rechte bei später von ihnen betroffenen unbeteiligten Dritten in erster Linie höhere Informations- und Suchkosten sowie eine höhere Rechtsunsicherheit hervorrufen. Der Typenzwang dient daher auch der Vermeidung einer unerwünschten Externalisierung von Informationskosten auf Dritte. Dies ist gerade im Sachenrecht

48 Gegen diese Begründung mag man einwenden, dass es auch andere gegen Dritte wirksame Ausschließlichkeitsrechte gibt, ohne dass dort ein Typenzwang existiere, etwa im Immaterialgüterrecht. Indes bezieht sich dort die Typenfreiheit allein auf das Nutzungsrecht (Lizenz), dessen Anerkennung als dingliches Recht, auch wenn es nach deutschem Recht mit Sukzessionsschutz ausgestaltet ist, nach wie vor umstritten ist. Zudem lassen sich auch bei Lizenzen Ansätze für eine Typisierung finden, und dingliche Rechte an Sachen dürften – trotz des Bedeutungsgewinns immaterieller Güter – nach wie vor wichtiger für Investitionsentscheidungen sein als Nutzungsrechte an Immaterialgüterrechten. Auch mag man auf das Mietrecht verweisen, wo der Mieter zwar Sukzessionsschutz genießt, aber der Inhalt des Mietverhältnisses keinem generellen Typenzwang unterliegt, auch wenn für die Wohnraummiete zahlreiche zwingende Vorschriften existieren. Zum US-amerikanischen Recht C. MULLIGAN, A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property, *Tennessee Law Review* 80 (2013) 235 (sieht den *numerus clausus principle* im geistigen Eigentum als nicht existent an, spricht sich aber für eine Ausdehnung des Prinzips aus).

bedeutsam, weil die vom Sachenrecht erfassten Güter auf den Wechsel ihres Inhabers zugeschnitten sind und ein solcher im Interesse des volkswirtschaftlich notwendigen Güterumsatzes auch sinnvoll ist. Ein solcher Inhaberwechsel wird erleichtert, wenn der Erwerber von vorneherein wissen kann, welche Rechtsposition er erwirbt.⁴⁹ Damit dient der Typenzwang auch der Verkehrsfähigkeit dinglicher Rechte und der Erleichterung des Grundstücksverkehrs, weil die Grundbuchämter sämtliche denkbaren dinglichen Rechte kennen und (mit zumutbarem Aufwand und Kosten) sachgerecht registrieren können und weil Konflikte zwischen den unterschiedlichen vorgegebenen (beschränkt) dinglichen Rechten vermieden oder zumindest durch gesetzliche Vorschriften aufgelöst werden.

dd) Typenzwang als Instrument zur Sicherung der Handlungsfreiheit im Rechtsverkehr

Und schließlich mag man im Typenzwang auch eine Bekräftigung der Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit sehen: Durch die Anerkennung von absoluten Rechten werden im Regelfall die Handlungsspielräume unbeteiligter Dritter begrenzt. Wenn sich die Parteien nur der gesetzlich vorgeschriebenen dinglichen Rechte bedienen dürfen, dann ist sichergestellt, dass in der Existenz dieser Rechte liegende Freiheitsbeschränkung im Kern durch den Gesetzgeber und damit ein demokratisch legitimiertes Organ gestattet wurde und dass eine gewisse Stabilität der Sachenrechtsordnung gegeben ist, weil nicht ohne weiteres neue dingliche Rechte geschaffen werden können.⁵⁰ Zwar ist der Hinweis auf den Schutz der Handlungsspielräume Dritter bisher auf die Frage der Neubegründung originärer Ausschließlichkeitsrechte bezogen worden.⁵¹ Indes ist sie auch für die derivative Begründung beschränkt dinglicher Rechte von Bedeutung, denn auch in der Begrenzung der Zahl beschränkt dinglicher Rechte liegt eine Freiheits-sicherung Dritter, die insbesondere darauf vertrauen können, dass die Verfügungsfreiheit ihrer Vertragspartner nicht über die gesetzlichen Grenzen hinaus beschränkt ist. Die Verbindung zwischen Typenzwang und Handlungsfreiheit findet sich auch bereits in den Materialien im BGB. Aus dem Umstand, dass dingliche Rechte nur nach besonderen Vorschriften begründet werden können, wird die Konsequenz abgeleitet, dass die Verfügungs-

49 BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 10.

50 So ist die Zahl der legislativen und judikativen Erweiterungen des Typenkatalogs seit Inkrafttreten des BGB auch überschaubar, dazu unten II.3.a.

51 PEUKERT (Fn. 19) 22.

befugnis des Berechtigten mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden könne (siehe § 137 BGB).⁵²

3. *Spielraum für die Privatautonomie innerhalb des Typenzwangs*

Trotz des Typenzwangs sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit im Sachenrecht aber selbstverständlich nicht aufgehoben, was sich auch bereits in den Materialien zum BGB nachweisen lässt. Der verbleibende Gestaltungsspielraum ergibt sich zum einen aus einer flexiblen Handhabung des Typenzwangs im Sachenrecht selbst (dazu a), zum anderen aus dem vergleichsweise geringen Einfluss der allgemeinen zwingenden Vorschriften auf das Sachenrecht (dazu b).

a) *Flexibilisierungen innerhalb des Sachenrechts*

Zunächst ist festzuhalten, dass bereits seit dem Inkrafttreten des BGB eine flexible Handhabung der gesetzlich gestatteten Typen erlaubt war. Diese Flexibilität ist offensichtlich, soweit das Gesetz ausdrücklich oder implizit eine abweichende Typengestaltung gestattet. Noch bedeutsamer ist aber der Umstand, dass die gesetzlich geregelten Typen von vorneherein mehr oder minder ausgestaltungsbedürftig und daher auf die privatautonome Konkretisierung angewiesen sind.

aa) *Gesetzliche Gestattung abweichender Typengestaltung*

Es liegt auf der Hand, dass durch Vertrag zwischen den Beteiligten ein anderer als der gesetzliche Inhalt des dinglichen Rechts dann vereinbart werden kann, wenn das Gesetz selbst eine Änderung seiner entsprechenden Bestimmungen zulässt (z. B. §§ 1030 Abs. 2, 1031 i. V. m. 926 Abs. 1 Satz 2, 1059a Abs. 1 Nr. 1 a. E., 1062). Von den verschiedenen in den Materialien diskutierten Beispielen⁵³ sollen hier nur zwei erwähnt werden. So ist es zulässig, die

52 Motive III 77 = Mugdan Band III 42: „Der Entw. geht davon aus, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse eine allgemeine Wahrheit ist, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat (§ 295 Abs. 2). Dingliche Rechte können daher nur nach besonderen Vorschriften begründet werden. Die Konsequenz hiervon aber ist die, daß die aus dem Eigentume oder einem anderen Rechte an einer Sache fließende Befugniß des Berechtigten, über das Recht zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann, soweit nicht das Gesetz etwas Anderes bestimmt.“

53 Siehe auch Motive III 679 f. = Mugdan Band III 379 (Diskussion der Zulässigkeit einer Abweichung im Hypothekenrecht im Hinblick auf die *lex commissoria* (Pfandverfallsklausel), auf die Vereinbarung, dass die Veräußerung in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt werden soll und auf den Vertrag, durch welcher der Eigentümer sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern

Regeln zum Pfandverkauf in (heute) §§ 1233–1240 BGB sowohl zugunsten des Eigentümers wie – „bis zu einer gewissen Grenze“ – zugunsten des Pfandgläubigers durch Vertrag abzuändern (§ 1245 BGB).⁵⁴ Ein solcher Vertrag ist dinglicher Natur, auch wenn er nur die Legalverbindlichkeit zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger betrifft, weil er auch den jeweiligen Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam ist.⁵⁵ Ebenso ist es beispielsweise zulässig, den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067 BGB; z. B. aus Gründen der Insolvenzsicherung des Eigentümers) so auszugestalten, dass der Eigentümer und nicht der Nießbraucher Eigentümer wird.⁵⁶ Die beiden Beispiele

oder weiter zu belasten), Mugdan Band III 955 (Klarstellung des dispositiven Charakters bestimmter Vorschriften des Forderungspfandrechts).

- 54 Motive III 828 = Mugdan Band III 462: „Die Regelung des Pfandverkaufs in §§ 1169 – 1176 bestimmt den Normalinhalt des Rechtes des Gläubigers. Dieser Normalinhalt des Faustpfandrechts ist, soweit nicht eine vertragsmäßige Erweiterung desselben im Gesetze zugelassen wird, zugleich der Maximalinhalt. Wenn auch der gesetzliche Verkaufsmodus in der überwiegenden Zahl der Fälle den beiderseitigen Interessen entsprechen wird, so können doch auch Fälle vorkommen, in denen der Gläubiger erweiterte Rechte zu erhalten oder der Eigentümer die Rechte des Gläubigers zu beschränken wünscht. Das Gesetz würde Interessen, welche Berücksichtigung verdienen, vernachlässigen, wenn es den regelmäßigen Inhalt des Pfandrechts in Ansehung der Realisierung dieses Rechtes einer jeden vertragsmäßigen Abänderung schlechthin entzöge. Vertragsmäßige Beschränkungen des Gläubigers, z. B. auf die Realisierung seines Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung, müssen gewiß zugelassen werden. Aber auch vertragsmäßige Erweiterungen des Rechtes des Gläubigers sind bis zu einer gewissen Grenze zuzulassen. Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur, auch wenn er nicht das Veräußerungsrecht selbst, sondern nur die Legalverbindlichkeit betrifft, nach welcher der Gläubiger in einer gewissen Weise bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz zu verfahren hat; denn auch in letzterem Falle ist der Vertrag den Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam.“
- 55 Motive III 828 = Mugdan Band III 462: „Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur, auch wenn er nicht das Veräußerungsrecht selbst, sondern nur die Legalverbindlichkeit betrifft, nach welcher der Gläubiger in einer gewissen Weise bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz zu verfahren hat; denn auch in letzterem Falle ist der Vertrag den Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam.“
- 56 C. HEINZE, § 1067 Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 10, 17. Nach den Materialien sollte hingegen sowohl die Regelung des heutigen § 1067 BGB nach Vereinbarung der Parteien auch auf nicht-verbrauchbare Sachen ausgedehnt werden können, siehe Motive III 534 = Mugdan III 298: „Wegen der dispositiven Natur der Rechtsregel bleibt es möglich, daß die Beteiligten den Eintritt der Rechtsnorm ausschließen und auf verbrauchbare Sachen die Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen. Andererseits wird es den Beteiligten nicht verwehrt sein, auch bei nichtverbrauchbaren Sachen die Vorschriften über den quasi-ususfructus durch Vereinbarung eintreten zu lassen, ohne daß indessen für den

des Pfandrechts und des Nießbrauchs zeigen auf, dass auch das bei einzelnen beschränkt dinglichen Rechten (Dienstbarkeit einschließlich Nießbrauch, Pfandrecht) kraft Gesetzes entstehende Begleitschuldverhältnis durch die Parteien abweichend ausgestaltet werden kann, und zwar auch mit dinglicher Wirkung, soweit nicht der Kern des dinglichen Rechts umgestaltet wird oder das Verhältnis zu Dritten betroffen ist.⁵⁷

bb) Inhaltliche Ausgestaltungsbedürftigkeit eines gesetzlichen Typus

Außerdem wird für solche dingliche Rechte, die das Gesetz zwar anerkennt, die aber im Einzelfall hinsichtlich ihres Inhalts ausfüllungsbedürftig sind, den Parteien die Ausgestaltung dieser Rechte im Wege der Privatautonomie zugestanden. Unter den bereits bei Inkrafttreten des BGB anerkannten Typen betrifft dies insbesondere die Dienstbarkeiten.⁵⁸ Bei den Dienstbarkeiten hat sich das BGB bewusst gegen Auslegungsregeln oder Vorschriften dispositiven Inhalts zwecks Unterscheidung typischer Formen von Dienstbarkeiten gewandt und stattdessen – in den Grenzen der § 1018 BGB geregelt – drei Fälle der Benutzungs-, Unterlassungs- und Ausübungsdienstbarkeit – die Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit der Privatautonomie überlassen.⁵⁹ An dieser Grundentscheidung hält auch die heute herrschende

Fall einer Abschätzung der zum Nießbrauche gegebenen Sachen eine gesetzliche Vermutung, daß die Begründung des quasi-ususfructus beabsichtigt sei, aufzustellen ist, da eine solche Vermutung für viele Fälle nicht zutreffen würde und es besser ist, der Auslegung im einzelnen Falle nicht vorzugreifen. Die Regel, daß das begrenzte Recht durch die Privatautonomie nicht über seinen Normal- und zugleich Maximalinhalt erweitert werden könne, trifft nicht zu, da nicht die Bestellung eines begrenzten Rechtes und überhaupt nicht die Begründung einer besonderen Art von Recht an der Sache in Frage steht, sondern nur Eigentum verschafft werden soll.“

57 Zur Reichweite der Privatautonomie bei Ausgestaltung des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses beim Nießbrauch C. HEINZE, Vorbemerkung zu §§ 1030 ff., Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Nr. 7 ff.; bei der Grunddienstbarkeit J. WEBER, § 1018 Gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit, Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 142 ff.

58 Zwar sah das BGB von 1900 auch bereits den Typus des Erbbaurechts vor. Allerdings waren nach den damals geltenden Vorschriften eine Verdinglichung vertragsmäßiger Vereinbarungen nur auf Umwegen möglich, dazu M. RAPP, § 2 ErbbauRG, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 7. Die Regelungsmöglichkeiten des heutigen § 2 ErbbauRG wurden erst mit dem Gesetz über das Erbbaurecht (RGBl. 1919, 72) 1919 geschaffen.

59 Motive III 480 = Mugdan Band III 267 f.: „Da der Privatautonomie die Spezialisierung des Servituteninhalts überlassen bleibt, so könnte es sich nur darum handeln,

Auffassung nach wie vor fest und hat unterschiedlichen Vorschlägen, den Inhalt der Dienstbarkeit und ihres Begleitschuldverhältnisses auf die gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsformen (vgl. § 1021 Abs. 1 BGB) zurückzuführen, widerstanden,⁶⁰ so dass nur die „begriffswesentlichen Grenzen⁶¹“ des Typus die Privatautonomie der Parteien begrenzen.

Besonders ausgeprägt ist die inhaltliche Ausgestaltungsbedürftigkeit ferner beim *Erbbaurecht* und vor allem bei dem erst nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführten *Wohnungseigentum*.⁶² Beim Erbbaurecht gestattet das

ob Servituten verschiedenen Inhaltes [...] zu unterscheiden und Auslegungsregeln bz. Vorschriften dispositiver Natur zu geben sind, um die Lösung der der Privatautonomie gestellten Aufgabe zu erleichtern. [...] Der Code Art. 686, welchem der bayer. und der Hess. Entw. folgen, überläßt die Spezialisierung des Servituteninhaltes lediglich der Privatautonomie. Der Entw. hat sich diesem Vorgänge angeschlossen, da eine passende Ergänzung und Auslegung des Vertragswillens von lokalen Verschiedenheiten beeinflusst wird. Ob derartige Bestimmungen den Landesgesetzgebungen vorzubehalten seien, ist in dem EG zu entscheiden.“

60 Zum Meinungsstand WEBER (Fn. 57) Rn. 144 ff.

61 BGHZ 95, 99, 100 (zum Nießbrauch).

62 Eingeführt durch das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, BGBl. 1951 I 175. Ablehnend noch Motive III 45 f. = Mugdan Band III 25: „Vom Standpunkte des Entw. sind die Stockwerke eines Gebäudes wesentliche Bestandtheile desselben, mithin einem anderen Rechte als das Grundstück, aus dem das Gebäude sich befindet, nicht unterworfen. Der volkswirtschaftliche Grund freilich, welcher die §§ 782 und 783 [heutige §§ 93-95 BGB] rechtfertigt, trifft hier nicht zu, weil das Stockwerkseigenthum in den gedachten Gebieten so gestaltet ist, daß es die Trennung seines Gegenstandes von dem Gebäude ausschließt. Allein immerhin ist dieses Eigenthum gegenüber dem Suchbegriffe des Entw. eine Regelwidrigkeit, deren Aufnahme in das B G B nicht rätlich ist. [...] Die Unzutraglichkeiten, welche mit dem Vorhandensein mehrerer Haushaltungen unter demselben Dache verbunden sind, finden in dem Falle der Miethe ihr Korrektiv durch das Recht der Betheiligten, nach einer gewissen Zeit das Verhältniß zu lösen. Sie treten dagegen in ihrer ganzen Schärfe hervor, wenn die Inhaber der verschiedenen Stockwerke bz. Wohnungen durch ein dauerndes Recht an das Haus gefesselt sind. Kommt nun zu dem Sondereigenthume an diesen Lokalitäten noch ein Miteigenthum am Grund und Boden und an den der gemeinschaftlichen Benutzung gewidmeten Hausteilen hinzu, so hat man eine Gemeinschaft die durch ihre eigene indivision forcee eine Quelle fortwährender Streitigkeiten eröffnet. Durch den Hinweis auf die Sitte in den unbemittelten Volkskreisen, auf welche die Verfasser des bayer. Entw. sich berufen, läßt die Uebertragung derartiger Rechtsbildungen auf Gebiete, welchen sie bisher fremd gewesen sind, sich nicht rechtfertigen. Gewiß hat der Gesetzgeber die auf Begründung eines festen Heimes gerichteten Bestrebungen möglichst zu begünstigen. Aber er darf dies nicht auf die Gefahr hin, Verhältnisse zu schaffen, die ihrer ganzen Struktur nach dazu angethan sind, den Frieden in dem Inneren der Häuser zu gefährden. Das öff. Interesse erheischt vielmehr, die sich geltend machende Neigung zu solchen Verhältnissen zu bekämpfen“

Gesetz eine Verdinglichung vertraglicher Vereinbarungen, etwa zu Instandhaltung, Lastentragung- oder sogar Vertragsstrafen (§ 2 Nr. 1, 3, 5 ErbbauRG; siehe neben § 2 auch die §§ 5, 27 Abs. 1 32 Abs. 1 ErbbauRG). Diese Instrumente gestatten es den Parteien, auch über die im Gesetz ausdrücklich genannten, grundsätzlich abschließenden Verpflichtungen weitere zu verdinglichen, indem an ihre Nichterfüllung z.B. ein Heimfallrecht oder eine Vertragsstrafe geknüpft wird.⁶³ Noch stärker von der Parteivereinbarung abhängig ist der dingliche Inhalt des Wohnungseigentums, bei dem – abgesehen vom zwingenden Mindestinhalts des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 5 Abs. 2 WEG) – die Abgrenzung von gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum im Wesentlichen auf Parteivereinbarung (bzw. einseitigen Teilungserklärung) beruht (§§ 3 Abs. 1, 5 WEG). Hinzu kommt die Möglichkeit, nicht sondereigentumsfähige Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums wie etwa eine Gartenfläche durch Begründung „dinglicher“ Sondernutzungsrechte (§ 10 Abs. 3 WEG) faktisch einem Sondereigentümer zur alleinigen Nutzung zuzuweisen.

b) Geringer Einfluss der allgemeinen zwingenden Vorschriften auf das Sachenrecht

aa) Fortbestehen der Abschlussfreiheit

Zum Einfluss sachenrechtsexterner, allgemeiner zwingender Vorschriften ist hervorzuheben, dass die im Schuldvertragsrecht zuweilen zu beobachtenden Einschränkungen der Abschlussfreiheit im Sachenrecht kaum anzutreffen sind. So sind etwa die Benachteiligungsverbote des AGG auf die „Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ beschränkt (§ 19 Abs. 1 AGG) und damit im Sachenrecht nicht anwendbar. Auch das Kartellrecht dürfte, soweit es die Abschlussfreiheit begrenzt (also im Rahmen der Missbrauchsverbote des § 20 GWB und des Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), für sachenrechtliche Beziehungen kaum Bedeutung erlangen. Es ist sogar umstritten, ob das Kartellverbot des § 1 GWB, Art. 101 AEUV, das eher die Inhaltsfreiheit betrifft (dazu sogleich), auf sachenrechtliche Vereinbarungen i.S.d. §§ 873, 929 BGB anwendbar ist.⁶⁴ Zudem kann es,

⁶³ RAPP (Fn. 58) Rn. 3.

⁶⁴ Bejahend jüngst OLG Düsseldorf 7.1.2015, VI-U (Kart) 17/14, Rn. 22 (juris); verneinend J. MÜNCH, § 1027 Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, in: Herberger et. al. (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB (8. Aufl. 2017), Rn. 28: „Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Dienstbarkeiten, nach denen der Berechtigte den Vertrieb von Getränken auf den belasteten Grundstücken untersagen kann, als unbefristete dingliche Rechte inhaltlich zulässig. Das gilt selbst dann, wenn sie nur dem Zweck dienen sollen, eine Getränkebezugsverpflichtung zu erreichen oder

etwa bei den verbreiteten wettbewerbsbeschränkenden Dienstbarkeiten, an der erforderlichen Spürbarkeit fehlen.⁶⁵

bb) Geringer Einfluss auf die Inhaltsfreiheit

Vergleichsweise geringen Einfluss auf das Sachenrecht haben auch die Begrenzungen der Inhaltsfreiheit, die sich aus allgemeinen Vorschriften ergeben. So ist zwar das AGB-Recht auch auf sachenrechtliche Rechtsgeschäfte anwendbar, hat aber im Vergleich zum Schuldrecht geringere Bedeutung erlangt.⁶⁶ So existieren dingliche Rechtsgeschäfte wie die Auflassung, deren Inhalt sich von vorneherein inhaltlich auf die Eigentumsübertragung beschränkt, so dass für weitergehende, abweichende Vertragsklauseln kaum Raum besteht. Zudem scheidet die Begründung neuer Sachenrechtstypen als „von Rechtsvorschriften abweichende [...] Regelungen“ regelmäßig bereits am Typenzwang, ohne dass es des Rückgriffs auf die AGB-Kontrolle bedarf. Die Inhaltskontrolle hat in der Praxis deshalb vor allem bei Grundpfandrechten Bedeutung erlangt, wobei auch hier der Kontrollschwerpunkt eher auf anderen Fragen als kern-sachenrechtlichen Aspekten lag.⁶⁷ Schließlich finden auch die zahlreichen Vorschriften zum Schutz einzelner Personengruppen in der Regel auf das Sachenrecht keine Anwendung. Im Miet- und Arbeitsrecht versteht sich das von selbst, da es um die Regulierung von Schuldverträgen geht, wenn man einmal vom Vorkaufrecht des Mieters⁶⁸ (§ 577 BGB) absieht. Aber auch die allgemeine Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU und sogar die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU⁶⁹ sparen das Sachenrecht aus und fokussieren

abzusichern. Aufgrund des Abstraktionsgrundsatzes ist für den Bestand des vollwirksam begründeten dinglichen Rechts die zugrundeliegende schuldrechtliche Vereinbarung grundsätzlich ohne Bedeutung. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 1027 BGB kann unbegründet sein, wenn mit ihm der Abschluss eines inhaltlich unzulässigen Bierlieferungsvertrages erreicht werden soll. Das gilt jedoch nicht nur für diese Fälle, sondern allgemein, wenn eine Verbotsdienstbarkeit zu dem Zweck eingesetzt wird, eine nach anderen Rechtsvorschriften unzulässige Verpflichtung zu erzwingen“.

65 So auch im Fall des OLG Düsseldorf 7.1.2015, VI-U (Kart) 17/14, Rn. 25 (juris).

66 Dazu HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 42.

67 So bezieht sich ein erheblicher Teil der Rechtsprechung auf die Reichweite der Sicherungszweckabrede (zusammenfassend C. HEINZE, Die abstrakte Verkehrshypothek, AcP 211 (2011) 105, 135 ff.) und damit nicht auf die Ausgestaltung des dinglichen Rechts.

68 Dazu BGH DNotZ 2016, 847.

69 Zur Beschränkung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie siehe Art. 3 Abs. 1 lit. a, b RL 2014/17/EU; siehe auch das Umsetzungsgesetz BGBl 2016 I Nr. 12, das keine sachenrechtlichen Vorschriften ändert. Zur Ausnahme von Verträgen „über die Be-

auf die Regulierung des Darlehensvertrags. Von den größeren Verbraucherschutzvorhaben der vergangenen Jahre berührt daher nur das Risikobegrenzungsgesetz (dazu unten II.4.) das Sachenrecht. Auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zur sittenwidrigen Überforderung durch Angehörigenbürgschaften wird auf dingliche Rechte wie die Grundschuld nicht übertragen.⁷⁰

4. Weiterer Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht

Abgesehen von den bereits gesetzlich angelegten Flexibilisierungen im Sachenrecht hat die Privatautonomie seit Inkrafttreten des BGB weiter an Raum gewonnen. In der Literatur wird häufig auf die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen durch Gesetzgeber und Rechtsprechung verwiesen (dazu sogleich a)). Mindestens ebenso bedeutsam ist, dass die Kautelarpraxis durch die Kombination unterschiedlicher Typen dinglicher Rechte und ihre Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen durch das Institut der Bedingung (bei beweglichen Sachen) und der Vormerkung (bei Immobilien) den Gestaltungsspielraum maßgeblich ausgebaut hat (dazu unten b)).

a) Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen

Häufig wird im Zusammenhang mit dem Typenzwang auf die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen verwiesen. Bereits erwähnt wurden die Neugestaltung des Erbbaurechts und die Einführung des Wohnungseigentums durch den Gesetzgeber, die in besonderer Weise eine Verdinglichung schuldrechtlicher Beziehungen erlauben. Hintergrund war in beiden Fällen das wirtschaftliche Bedürfnis, durch die „Teilbarkeit“ des Volleigentums an Grundstücken die Handelbarkeit zu erhöhen und damit weiten Bevölkerungskreisen überhaupt erst den Erwerb von Wohneigentum zu ermöglichen bzw. dem Eigentümer die Möglichkeit zu geben, durch den Verkauf von Eigentumswohnungen Kapital für den Wiederaufbau der Wohnbebauung nach dem Zweiten Weltkrieg zu mobilisieren.⁷¹

Zudem wird in der Literatur auf die richterrechtliche Erweiterung durch „im Gesetz nicht vorgesehene dingliche Rechtsinstitute wie das Sicherungs-

gründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Immobilien aus der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU siehe Art. 3 Abs. 3 lit. e RL 2011/83/EU.

70 BGH NJW 2002, 2633; OLG Celle 3.9.2004, 4 W 123/04, OLGR Celle 2004, 604.

71 Dazu die Begründung zum Wohnungseigentumsgesetz, BT-Drs. 1/252 S. 13; dazu H. PAULICK, Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15. März 1951, AcP 152 (1952) 420 ff.

eigentum, die Anwartschaftsrechte und die Sicherungsgrundschuld“ verwiesen, die inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt seien.⁷² Indes kann man bei sorgfältiger Lektüre der Materialien des BGB bezweifeln, dass den Verfassern des Gesetzes tatsächlich die Möglichkeit eines Einsatzes der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB oder der Grundschuld zum Zwecke der Kreditsicherung unbekannt war. Vielmehr findet sich in den Materialien zu § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB (vormals § 223 Abs. 2 BGB) der Satz, „es kann keinen Unterschied machen [für die Verjährung], ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Übertragung eines Rechts (Eigentum, Grundschuld) sichergestellt worden ist“.⁷³ Speziell zur Sicherungsübereignung wurde in der zweiten Kommission ein Antrag verworfen, in § 930 BGB durch einen zweiten Absatz die Übereignung durch Besitzkonstitut auszuschließen, „wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll“.⁷⁴ Dieser Antrag wurde nach ausführlicher Diskussion abgelehnt,⁷⁵ so dass – auch mit Blick auf die Diskussion und die Praxis zum Zeitpunkt der Beratungen des BGB⁷⁶ – keine Rede davon sein kann, dass der historische Gesetzgeber die Sicherungsübereignung nicht kannte, sondern vielmehr dass er den Einsatz der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB zu Sicherungszwecken zumindest bewusst in Kauf genommen hat. Gleiches gilt für die zu Sicherungszwecken eingesetzte Grundschuld, die der Gesetzgeber ebenfalls als Instrument zur

72 R. GAIER, Einleitung zum Sachenrecht, in: Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2017) Rn. 11. Die manchmal in diesem Zusammenhang zitierte Treuhand gehört nicht hierher, da die Bindungen des Treuehmers i.d.R. keine Drittwirkung nach deutschem Recht haben. Auch im US-amerikanischen Recht wird die größere Flexibilität bei der Ausgestaltung des *trusts*, die im Widerspruch zum *numerus clausus* der dinglichen Rechte steht, damit erklärt, dass die entstehenden Rechte nur „*in equity*“, nicht „*in law*“ entstünden, J. DUKEMINIER/R. SITKOFF, *Wills, Trusts, and Estates* (9. Aufl., New York 2013) 397 f.: „Even if the settlor creates a wide array of exotic beneficial interests such as a life tenant, multiple remainders, and variety of executory interests, if those interests are in trust, third parties need deal only with the trustee“; T. MERRILL/H. SMITH, *Property: Principles and Policies* (3. Aufl., St. Paul/Minnesota 2017) 530.

73 Motive I 345 = Mugdan Band I 542; Bezug genommen in RGZ 57, 175, 177.

74 Protokolle III 197 = Mugdan Band III 626 (zum damaligen § 874a BGB).

75 Protokolle III 201 = Mugdan Band III 626 f.

76 Ausführlich H. GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung* –, AcP 168 (1968) 351, 359. Einschränkend M. BRINKMANN, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (Tübingen 2011) 118, der die Weiterentwicklung zu revolvingierenden Sicherheiten nicht mehr vom „dogmatischen Fundament“ der vom BGB-Gesetzgeber geschaffenen Sicherheiten gedeckt sieht.

Forderungssicherung ansah.⁷⁷ Ähnliches gilt für das Anwartschaftsrecht. In den Materialien zu § 132 in der Fassung des zweiten Entwurfs (eine Vorschrift, wonach ein bedingtes Recht vererblich sein sollte) findet sich eine Diskussion der Anwartschaft: Man war sich darüber einig, „daß die während des Schwebens der Bedingung bestehende Anwartschaft einen Vermögenswerth bilde, welcher wie jeder andere Vermögenswert auf die Erben übergehe“.⁷⁸ Da man sich ohnehin in diesem Punkt einig war, entschied man, die Vorschrift zur Vererblichkeit zu streichen, weil dann auch Regeln zur Veräußerlichkeit und Übertragbarkeit unter Lebenden nötig wären.⁷⁹ Auch wenn man zwischen Anwartschaft und Anwartschaftsrecht unterscheiden muss und jedenfalls die herrschende Meinung auch Anwartschaftsrechte ohne Bedingungs Zusammenhang anerkannt hat, so zeigen diese Ausführungen, dass dem Gesetzgeber die Existenz von Vorstufen zum Rechtserwerb durchaus bekannt war und er sie nicht verbieten, zugleich aber auch nicht positiv regeln wollte. Darin bereits eine Aufhebung des Typenzwangs zu sehen, geht zu weit,⁸⁰ denn immerhin handelt es sich um eine doch begrenzte Vorstufe zur Entstehung eines gesetzlich anerkannten Rechts. Zusammenfassend lässt sich daher resümierend, dass der Katalog der vermeintlichen richterrechtlichen Erweiterungen der sachenrechtlichen Typen bei sorgfältiger Gesetzeslektüre auf ein bescheidenes, wenn überhaupt vorhandenes Maß zusammenschrumpft.

b) Flexibilisierung durch Typenkombination und Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen

Bedeutsamer für die Entfaltung der Privatautonomie als die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen hat sich die Flexibilisierung durch die Kautelarpraxis erwiesen. Durch unterschiedliche Formen der Typenkombination, der Typenerweiterung und der Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen ist es gelungen, die gesetzlich vorgesehenen Sachenrechtstypen in unterschiedlichster Weise zu kombinieren und mit schuldrechtlichen Ansprüchen zu verknüpfen, so dass ersichtlich kein wesentlicher Bedarf für neue Typen entstanden ist. Diese Entwicklung soll im Folgenden an drei Beispielen illustriert werden.

77 Siehe Motive III 779: „Aber eine solche Abrede kommt nur als Motiv, nicht als Erforderniß der Begründung des Rechts in Betracht“.

78 Protokolle I 364 f. = Mugdan Band I 763.

79 Protokolle I 365 = Mugdan Band I 763.

80 FÜLLER (Fn. 16) 519.

aa) Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen

Es liegt auf der Hand, dass eine Verknüpfung des dinglichen Rechtserwerbs mit schuldrechtlichen Ansprüchen zu einer Flexibilisierung des Typenzwangs führen kann, weil der an sich allein durch die sachenrechtlichen Vorschriften definierte Erwerbsvorgang zusätzlich an schuldrechtliche Kriterien gebunden wird. Als Instrument für eine solche Flexibilisierung bietet sich bei zunächst die Bedingung (§ 158 BGB) an: Indem die Wirksamkeit oder der Fortbestand der dinglichen Einigung an bestimmte Bedingungen geknüpft wird, wird faktisch der dingliche Rechtserwerb und –erhalt (vorbehaltlich des gutgläubigen Erwerbs, § 161 Abs. 3 BGB) von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, zu denen etwa die Erfüllung schuldrechtlicher Ansprüche gehören kann. Prominentes Beispiel ist hier der Kauf unter Eigentumsvorbehalt, bei dem im Zweifel anzunehmen ist, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (§ 449 Abs. 1 BGB). Infolge der durch eine großzügige Bedingungsverknüpfung drohenden Destabilisierung des dinglichen Rechtsgeschäfts und seiner vom Gesetz intendierten Eigenständigkeit kann eine solche Bedingungsverknüpfung nur angenommen werden, wenn sie sich aus dem Verhalten der Parteien mit hinreichender Deutlichkeit ergibt.⁸¹ Sie scheidet zudem bei bedingungsfeindlichen Geschäften aus, zu denen im Sachenrecht die Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB), die Übertragung des Erbbaurechts (§ 11 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), die Einräumung und Aufhebung von Sondereigentum (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WEG) sowie die Veräußerung von Sondereigentum (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WEG analog) zählen. In diesen Fällen arbeitet die Praxis mit vormerkungsgesicherten Rückübertragungsansprüchen, indem die schuldrechtlichen Ansprüche auf Rückübertragung eines Grundstücks durch eine Vormerkung gesichert werden. Diese Verknüpfung schuldrechtlicher Rückübertragungsansprüche mit dem dinglichen Rechtserwerb, sei es direkt über den Bedingungs-zusammenhang oder indirekt über die Vormerkungssicherung des Rückübertragungsanspruchs, ist zwar eine Flexibilisierung (oder Destabilisierung) des dinglichen Rechtsgeschäfts, indes aber keine Aufgabe des Typenzwangs. Auf diesem Weg ist es zwar möglich, die Stabilität des Erwerbs eines gesetzlich gestatteten Sachenrechtstypus an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen, es kommt aber nicht zur Herausbildung neuer Sachenrechtstypen.

81 HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 148: „konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden realen Willen der Beteiligten erforderlich“.

bb) Typenkombination

Neben der Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen war die Kombination unterschiedlicher Sachenrechtstypen ein weiteres Instrument zum Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht. Anstelle der gesetzlich verwehrten Entwicklung neuer Typen haben sich die Parteien und ihre Berater dadurch zu behelfen gewusst, dass sie im Gesetz als zulässig akzeptierte Typen miteinander kombiniert haben oder indem sie ein bei einem Typus gesetzlich akzeptiertes Instrument auf einen anderen übertragen haben. So hat die grundsätzliche Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB) in der Praxis zu Problemen geführt, weil sie die Handelbarkeit des durch diese Dienstbarkeit gesicherten Wirtschaftsguts, z.B. einer Windkraftanlage, beschränkte. Um nicht auf allein gesellschaftsrechtliche Lösungen angewiesen zu sein, entwickelte die Praxis die Kombination der Dienstbarkeitsbestellung verbunden mit einer Verpflichtung des Eigentümers, dem Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger des ursprünglich Dienstbarkeitsberechtigten ebenfalls eine Dienstbarkeit zu bestellen, wobei dieser Anspruch durch eine Vormerkung gesichert wurde.⁸² So kann durch die Verbindung von Dienstbarkeit und Vormerkung eine faktisch (in gewissem Umfang) übertragbare beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden. Ebenso lässt sich die Akzessorietät der Hypothek ausschalten, indem man als gesicherte Forderung ein abstraktes Schuldversprechen und nicht die an sich zu sichernde Darlehensforderung bestimmt, so dass man die Hypothek faktisch zu einem nicht-akzessorischen Grundpfandrecht macht.⁸³ Schließlich sei auf die inzwischen im Immobiliarsachenrecht weitgehend anerkannte Möglichkeit zur Bestellung von Rechten an der eigenen Sache verwiesen, die das Gesetz zunächst nur für bestimmte dingliche Rechte vorsah (vgl. §§ 1009 Abs. 2, 1132 Abs. 2, 1168 Abs. 2, 1188 Abs. 1, 1196 Abs. 2 BGB).⁸⁴

5. Gegenbewegungen in jüngerer Zeit: Die Neuregelung der Sicherungsgrundschuld?

Bis hierher konnte ein vergleichsweise günstiges Bild der Privatautonomie im Sachenrecht gezeichnet werden. Nun mag man einwenden, dass der

82 C. REYMANN, § 1090 Gesetzlicher Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 44.

83 Dazu ausführlich HEINZE (Fn. 67) 105.

84 Dazu HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 218; HEINZE (Fn. 57) Rn. 30 ff.

Gesetzgeber mit seinen Eingriffen durch das Risikobegrenzungs-gesetz⁸⁵ auch im Sachenrecht die Privatautonomie zurückgedrängt habe. Indes sind die mit diesem Gesetz verbundenen Eingriffe im Bereich der Sicherungsgrundschuld begrenzt: Sie beschränken sich im Wesentlichen auf den Ausschluss des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs gemäß § 1157 Satz 2 BGB durch den neuen § 1192 Abs. 1a BGB und eine nunmehr zwingende sechsmonatige Kündigungsfrist für die Fälligkeit der Grundschuld (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der größere Teil der Änderungen betrifft das Darlehensrecht und z.T. die Zwangsvollstreckung. Wenn man sich zugleich vor Augen führt, dass der Ausschluss des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs bereits in ähnlicher Form, wenn auch mit anderen Mitteln, der Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprach, dann bleibt gerade mal eine zwingende Mindestkündigungsfrist. Es kommt hinzu, dass die Neuregelungen umgehungsanfällig sind, weil sie durch die Besicherung einer Forderung aus einem abstrakten Schuldversprechen mit einer Hypothek ohne weiteres ausgeschaltet werden können. Das dieser Weg in der Praxis – soweit ersichtlich – bisher kaum genutzt wird, zeigt, dass die Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit durch das Risikobegrenzungs-gesetz offenbar als nicht so schwerwiegend empfunden werden, dass sie die Attraktivität der Grundschuld mehr als nur geringfügig beeinträchtigt hätten.

III. ERGEBNISSE

Unser Streifzug durch die Beziehung von Privatautonomie und Typenzwang hat zu Tage gefördert, dass der Gestaltungsspielraum für die Parteien auch im Sachenrecht ungleich größer ist als es die grundsätzliche Zurückweisung der Vertragsfreiheit in den Gesetzesmaterialien zum BGB erwarten ließe. Der Typenzwang bewirkt zwar eine Begrenzung und Standardisierung der dinglichen Rechte, konkret des Eigentums und seiner Mitberechtigungsformen (Mit- oder Gesamthandseigentum), der Nutzungsrechte (Dienstbarkeiten), Verwertungsrechte (Grundpfandrechte) und Erwerbsrechte (Vorkaufsrecht, Vormerkung). Bei beweglichen Sachen kommt das Gesetz sogar mit noch weniger beschränkt dinglichen Rechten aus (Pfandrecht, Nießbrauch, ggf., wenn man es dazu zählen mag, Sicherungseigentum). Indes sind nur die Bausteine als solche gesetzlich fixiert, also Dauer und Inhalt des Rechts, Entstehungs- und Übertragungsvoraussetzungen und die rechtliche Ausgestaltung der Berechtigungsverhältnisse (Miteigentum oder Gesamthandseigentum), nicht die Gestalt des daraus errichteten Gebäudes, das auch von anderen Elementen wie etwa der Zahl und Ausgestaltung der

⁸⁵ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, BGBl. 2008 I 1666.

Berechtigten und dem Zuschnitt der vom jeweiligen dinglichen Recht betroffenen tatsächlichen Gegenstände (Grundstücksgrenzen, etc.) maßgeblich beeinflusst wird. Aber auch bei der Ausgestaltung der Bausteine belässt das Gesetz den Parteien erheblichen Spielraum. So besteht zum einen bei zahlreichen Typen eine mehr oder weniger große inhaltliche Ausgestaltungsfreiheit und -bedürftigkeit, die z.T. so weit reichen kann, dass der Inhalt des Rechts faktisch durch die Parteien definiert werden muss (wie etwa beim Wohnungseigentum). Zum zweiten haben die allgemeinen (also sachenrechtsexternen) zwingenden Vorschriften im Sachenrecht deutlich weniger Bedeutung als im Schuldrecht. Und zum dritten hat vor allem die Kautelarpraxis die gesetzlich eröffneten Flexibilisierungen genutzt, um durch die Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen und die Kombination zulässiger Typen den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen. Trotz Typenzwangs bleibt daher zu konstatieren, dass sich die Privatautonomie im Sachenrecht reger Entfaltung erfreut – ein Befund, der vielleicht auch manche Sorge im Schuldrecht zu relativieren hilft, insofern nicht jede Begrenzung der Handlungsfreiheit zwangsläufig das Ende aller Freiheit bedeutet.