Rechtshistorische Reihe

Herausgegeben von den Professoren Dres.,
H.-J. Becker, W. Brauneder, P. Caroni, B. Diestelkamp, G. Dilcher, F. Ebel,
H. Hattenhauer, R. Hoke, M. Kobler, G. Köbler, G. Landwehr, H. Nehlsen, W. Ogris, G. Otte,
K. O. Scherner, H. Schlosser, D. Schwab, H.-W. Strätz, W. Wadle, D. Willoweit

Band 60

Verlag Peter Lang
Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

Friedrich-Emil-Welti-Stiftung

Katalog
o.370/33

Wege europäischer Rechtsgeschichte

Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag
dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen,
herausgegeben von Gerhard Köbler,
o. Universitätsprofessor in Innsbruck

Verlag Peter Lang
Frankfurt am Main · Bern · New York · Paris

Juristische Bibliothek
Universität Bern

Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas

von

Wolfgang Wiegand

Die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte gehört zu jenen axiomatischen Grundlagen unserer Rechtsordnung, die so fest im Bewußtsein der Juristen verankert sind, daß sie als Selbstverständlichkeit empfunden werden. In exemplarischer Weise kommt das in der Einleitung zum Sachenrecht des Staudinger [1] zum Ausdruck.

'Die dinglichen Berechtigungen sind nach Art und Inhalt durch Gesetz und Gewohnheitsrecht abschliessend normiert. Es gibt nur die in diesen Rechtsquellen zugelassene, also eine begrenzte Anzahl von Sachenrechten, daher numerus clausus der Sachenrechte. Wollen die Parteien ihre Rechtsverhältnisse mit dinglicher Wirkung ausstatten, müssen sie sich demnach der im Sachenrecht zugelassenen Typen bedienen, daher Typenzwang (...). Das numerus clausus-Prinzip wird im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, liegt aber den maßgeblichen Vorschriften zugrunde und war im übrigen für die Gesetzesverfasser vor allem im Hinblick auf die Zugehörigkeit der dinglichen Rechte zu den absoluten Rechten so selbstverständlich, daß es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedurfte.'

Jeder Rechtshistoriker weiß um die Bedeutung derartiger Selbstverständlichkeiten: Zum einen sind sie es, die den Zugang zum Verständnis historischer Texte erschweren, ja oft unmöglich machen, zum anderen verbergen sich hinter ihnen häufig grundlegende, zu Axiomen verfestigte oder geschrumpfte Wertungsprozesse, die den Charakter einer Rechtsordnung entscheidend prägen. Es gehört zu den zentralen Aufgaben einer Rechtsgeschichte, die im Spannungsfeld zwischen kontemplativer Betrachtung der Vergangenheit und Mitgestaltung des geltenden Rechts steht, derartige Vorgänge nachzuzeichnen, soweit dies noch möglich ist [2]. Besondere Bedeutung kommt dabei der Aufhellung der dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts zu, die gewissermaßen als Brückenschlag verstanden werden kann: Historische Analyse der Entstehungszusammenhänge des geltenden Rechts als Beitrag zu dessen Verständnis und Fortentwicklung [3]. In diesem Sinne soll im folgenden nach Ausbildung, Bedeutung und Funktion des Numerus clausus der Sachenrechte gefragt werden. Daß

1) STAUDINGER-SEILER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1986, Einl. zu § 854 Rz 38.

2) Vgl. dazu die ebenso prägnanten wie klaren Bemerkungen KROESCHELLs in: Deutsche Rechtsgeschichte, Band I (7. Aufl., 1985) 10 ff.

3) Umfassende Diskussion bei DILCHER, Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft, in: Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984) 247 ff.; dazu WIEGAND, in: Rechtshistorisches Journal 4 (1985) 275 ff., sowie KLIPPEL, Juristische Zeitgeschichte, Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 4 (1985).

gerade dieses zentrale Dogma jetzt Gegenstand besonderen Interesses ist oder besser sein sollte, beruht auf einer Reihe teilweise interdependenter Gründe: In einer umfangreich angelegten und breit dokumentierten Reform soll das Schuldrecht des BGB reformiert werden, indem dogmatische Entwicklungen fort- und festgeschrieben [4], das Recht neuen Gegebenheiten und einem gewandelten Privatrechtsverständnis angepaßt wird. Fast parallel dazu hat eine 'Kommission für Insolvenzrecht' eine umfassende Reform des Konkursrechts in Angriff genommen, die in einem anderen Bereich den gleichen Zweck verfolgt: Hier geht es darum, die Konkursregeln wieder mit der Realität in Einklang zu bringen und veränderten Verhältnissen und Zielsetzungen Rechnung zu tragen [5]. Auffällig ist nun, daß in beiden Reformwerken die Bezüge zum Sachenrecht so gut wie keine Rolle spielen. Mag man dies bei einer Schuldrechtsreform als bedauerlich, aber allenfalls noch verständlich empfinden, so ist es schwer zu begreifen, daß die Wechselwirkung zwischen dem System der dinglichen Rechte und der Konkursordnung derart vernachlässigt wurde; dies um so mehr, als die vorgeschlagenen Reformen die traditionellen dinglichen Rechte gerade in einem ihrer Kernpunkte, der sogenannten Konkursbeständigkeit, in entscheidendem Maße beschneiden oder doch wenigsten tangieren. Jedem mit der historischen Entwicklung Vertrauten ist es jedoch geläufig, daß zwischen der Konkursfestigkeit von Rechtspositionen und dem Sachenrechtssystem evidente Interdependenzen bestehen [6].

Schon angesichts dieser Situation drängt sich ein Nachdenken über die bisherige Stellung der dinglichen Rechte in der Systematik des BGB auf. Als geradezu zwingend geboten erscheint dies jedoch, wenn man einen weiteren Umstand in Betracht zieht, der beide genannten Punkte berührt, besonders aber mit der Insolvenzrechtsreform in Verbindung steht: Durch die Ausbildung eines umfassenden und überaus komplexen Sicherungssystems sind im Bereich der beweglichen Sachen Rechtspositionen [7] entstanden, die mit gutem Grund als neue dingliche Rechte bezeichnet werden können: Dies gilt einerseits für das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, das sich zu einer dinglichen Rechtsposition gefestigt und verselbständigt hat, andererseits auch für das Vorbehalts- und Sicherungseigentum, die zu einem dinglichen Recht eigener Art geworden sind. Ohne auf die ökonomischen Hintergründe und die mit diesem System verbundenen rechtstechnischen Komplikationen näher einzugehen, die einen der wesentlichen Gründe der Insolvenzrechtsreform darstellen, kann man festhalten, daß das Sachenrechtssystem sich zumindest im Bereich der beweglichen Sachen im Umbruch befindet. Dieser Vorgang wird dadurch

4) Dokumentiert in den 'Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts', herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (1981 ff.).
5) Vgl. dazu 'Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht' (1985) und 'Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht' (1986), herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz.
6) Exemplarisch dafür ist die Untersuchung von HROMADKA, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971).
7) Dazu und zum folgenden STAUDINGER-WIEGAND, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1988 (im Druck), Anh. zu §§ 929-931 Rz I ff.

noch gefördert, daß neben den geschilderten Veränderungen im Rahmen der Kreditsicherung weitere Faktoren hinzukommen. Da ist einmal die zunehmende Anerkennung und Berücksichtigung der Treuhandtheorie, die nicht nur im Sicherungseigentum, sondern auch in sonstigen gebundenen Eigentumsformen ihren Niederschlag findet. Auch hier zeichnen sich grundlegende Veränderungen ab, die einerseits an ältere deutschrechtliche Modelle anknüpfen, andererseits aber eine deutliche Einflußnahme angelsächsischen Rechtsdenkens erkennen lassen [8]. Damit ist zugleich ein weiterer wichtiger Aspekt angesprochen, der die derzeitige Situation kennzeichnet: In zunehmendem Maße gewinnen anglo-amerikanische Institute, vor allem aber US-amerikanisches Rechtsdenken als solches Einfluß auf unser Rechtssystem. Diese hier nicht näher nachzuzeichnende 'Rezeption amerikanischen Rechts' [9] führt auch im Bereich des Sachenrechts zu neuen Fragestellungen und Problemen, die das Konzept unserer Sachenrechtsordnung und die ihm zugrundeliegende Struktur zu sprengen drohen. All das macht die Rückbesinnung auf die Grundlagen erforderlich, auf denen die Systematik des BGB beruht:

I. Der Numerus clausus im Gesetzgebungsverfahren

In der Sachenrechtsliteratur hat sich nur Philipp Heck [10] ausführlicher mit der Entstehung des Numerus-clausus-Prinzips befaßt. Er kommt zu dem Ergebnis: 'Die Materialien lassen eigentümlicherweise die legislativen Gründe für diese grundlegende Norm nicht deutlich erkennen'. In der Tat wirken die einschlägigen Passagen in den Motiven im Verhältnis zur fundamentalen Bedeutung der gesetzlichen Fixierungen eher karg. Das darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, daß - im Gegensatz zu der von Heck geäußerten Ansicht - die leitenden Gesichtspunkte bei einer näheren Analyse sehr deutlich hervortreten. Die Argumentation beschränkt sich allerdings auf wenige, fast apodiktisch anmutende Feststellungen, die sich bei genauer Betrachtung als Festschreibung einer Doktrin darstellen, die schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zu den Selbstverständlichkeiten in dem oben dargelegten Sinne gehörte, so daß ihre Richtigkeit kaum noch in Frage gestellt wurde. Infolgedessen lassen die Bemerkungen in den Motiven nur noch die Grundlinien der Entwicklung und die Zielsetzung erkennen. Es ist deshalb notwendig, die Argumentation selbst zu analysieren und in den Gesamtzusammenhang der Gesetzesentstehung zu stellen.

Die Begründung des Numerus clausus findet sich in den Motiven [11] unter den

8) Vgl. COING, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973), und speziell zu den hier einschlägigen Fragen WIEGAND, Trau, schau wem - Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland, in: Festschrift Coing Band II (1982), 565 ff.

9) Eine Abhandlung mit diesem Titel werde ich demnächst publizieren.

10) Grundriß des Sachenrechts (1930), §§ 22, 23. Zitat S. 88.

11) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band III (1888); die erwähnten Einteilungen und die folgenden Zitate finden sich auf S. 1-3.

'Allgemeinen Gesichtspunkten' im Titel 'Die dinglichen Rechte', der sich direkt an die 'Stellung des Sachenrechts in dem Systeme des Entwurfes' anschließt. Sie ist in zwei Abschnitte gegliedert, wovon der erste den 'Begriff des dinglichen Rechtes' und der zweite 'Die einzelnen Kategorien' betrifft.

1. Den Ausgangspunkt bildet die Festlegung der wesentlichen Kriterien des dinglichen Rechtes. Als solche gelten nach dem Entwurf die Erga-omnes-Wirkung, die das dingliche Recht mit anderen absoluten Rechten teilt. Während die Absolutheit 'nur als eine regelmäßig dem dinglichen Rechte beiwohnende Eigenschaft' angesehen wird, gilt es nun, jenes Element zu bestimmen, das das dingliche Recht von den sonstigen absoluten unterscheidet. In Abweichung von der für die Motive typischen Abstinenz in wissenschaftlichen Kontroversen scheut man sich nicht, sogar das 'Wesen der Dinglichkeit' zu beschreiben. Es besteht 'in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache'. Mit dieser Fixierung des Begriffs der Dinglichkeit ist eine weitere unabweisbare Konsequenz verbunden: 'Hieraus folgt zugleich, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Über Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesamtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht nicht üben'.

2. Nach dieser Festlegung des Begriffes wendet man sich den einzelnen Arten der dinglichen Rechte zu. Neben denjenigen des Corpus iuris werden auch neuere Entwicklungen in der Partikulargesetzgebung erwähnt, um dann diejenigen dinglichen Rechte aufzuzählen, deren Aufnahme der Entwurf vorsieht. Bemerkenswert ist nicht die Aufzählung selbst, sondern die Art der Fragestellung. Es wird überlegt, 'welche dinglichen Rechte das bürgerliche Gesetz zu regeln hat' und 'ob die Aufnahme des einen oder des andern Instituts dem Zweck der gegenwärtigen Kodifikation entsprechend ist'. Daraus ergibt sich ein erster ganz zentraler Befund: Die Gesetzesverfasser gingen davon aus, daß sie in ihrer Entscheidung frei seien; sie waren also nicht der Vorstellung verhaftet, daß eine bestimmte Art und Zahl von dinglichen Rechten vorgegeben sei und in das Gesetzbuch aufgenommen werden müsse. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß sie sich nicht für einzelne dingliche Rechte, sondern für das Prinzip des Numerus clausus als solches entschieden. Diese Entscheidung wird in einem sehr knappen, innerhalb der Erörterungen über die einzelnen Kategorien der dinglichen Rechte fast versteckten Abschnitt begründet, dem aber nicht nur für das Prinzip des Numerus clausus, sondern für das Gesamtsystem des Sachenrechts zentrale Bedeutung zukommt.

3. Äußerlich präsentiert sich die betreffende Passage als eine 'Ablehnung der Theorie vom Titel und Modus' (so die Marginalie). Nach einer kurzen Skizze der Konzeption des ALR heißt es:

'Der Standpunkt des Allgemeinen Landrechtes ist in der That unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkennung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechtes und des Rechts der Schuldverhältnisse. Der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechtes ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung desselben; er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf s e i n e m 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 Betheiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: Die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene.'

In dieser knappen Begründung sind nicht nur die ausschlaggebenden Gesichtspunkte für den Numerus clausus der dinglichen Rechte, sondern auch die zentralen Denkvoraussetzungen festgehalten, die das Sachenrecht und darüberhinaus das gesamte Vermögensrecht des BGB prägen. Dabei handelt es sich freilich nur um diejenigen Argumente, die die dogmatisch-systematischen Prämissen und Deduktionen betreffen, während rechtspolitische und ökonomische Faktoren nicht in die Betrachtung einbezogen werden, was natürlich nicht heißt, daß sie keine Rolle spielten. Ehe jedoch auf diese Hintergründe einzugehen ist [12], sind zuerst die ausdrücklich genannten Gesichtspunkte einer näheren Analyse zu unterziehen. Im wesentlichen handelt es sich um drei ineinandergreifende Argumente: Trennung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten, damit einhergehend die scharfe Grenzziehung zwischen Schuld- und Sachenrecht, dessen Selbständigkeit und Autonomie betont wird. Diesem Gegensatz korrespondieren Gestaltungsfreiheit des Obligationenrechtes und Typenzwang des Sachenrechts. Alle jene Gesichtspunkte sind in der Entwicklung des Privatrechtssystems seit Beginn des 19. Jahrhunderts angelegt. Es ist nicht die Absicht, noch könnte es gelingen, im Ramen dieser Skizze eine derartige Entwicklung auch nur zu schildern. Für die hier zu diskutierende Frage nach dem Stellenwert des Numerus-clausus-Prinzips genügt es aber auch, wenn im folgenden punktuell die wesentlichen Gesichtspunkte als mögliche entscheidungsbildende Faktoren einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

II. Die ausschlaggebenden Faktoren

A) Der Eigentumsbegriff

1. Zu den grundlegenden Veränderungen, die sich im Privatrechtssystem zu Beginn des 19. Jahrhunderts vollziehen, gehört die Neuformulierung des Eigentumsbegriffes [13]. Dabei geht es weniger um die Definition der Eigentümerbefugnisse, die seit Jahrhunderten mit der von Bartolus entwickelten Floskel umschrieben wurde, die sowohl den juristischen Humanismus also auch das Naturrecht überdauert hat: *jus de re corporali libere disponendi ... hic enim*

12) Dazu unten, II C.

13) Zum folgenden WIEGAND, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III (1976) 118 ff., und mit umfassenden Nachweisen KROESCHELL, Zur Lehre vom 'germanischen' Eigentumsbegriff, in: Festschrift Thieme (1977) 34 ff.

effectus dominii proprius est [14]. Die eigentliche Neuorientierung bezieht sich nicht auf diese Befugnisse als solche, sondern auf deren Zuordnung zum Rechtssubjekt sowie auf den Gegenstand des Eigentums. Es geht schlagwortartig um die Überwindung der Doktrin vom geteilten Eigentum und die Reduzierung des Eigentumsbegriffes auf die Herrschaft über körperliche Sachen [15]. Beide Entwicklungen verlaufen nicht nur parallel, sie bilden vielmehr Teilaspekte eines einheitlichen Vorganges [16], zu dem nicht nur die scharfe Trennung zwischen dinglichen und persönlichen Klagen und die damit verbundene Verselbständigung des Sachenrechts gehört, sondern vor allem und als zentrales Element die Durchsetzung des sogenannten abstrakten Eigentumsbegriffes. Dieser in seinen Grundzügen nie aufgegebene, im römischen Recht verankerte Begriff lag auch dem gelehrten Recht zugrunde. Dort freilich finden sich zugleich die ersten Ansätze zur Erweiterung und Ausdehnung, was gegen Ende des 18. Jahrhunderts sowohl unter partikularrechtlichen als unter naturrechtlichen Einflüssen zu einer breiten Auffächerung des Eigentumsbegriffes geführt hatte.

Dessen abrupte Verwerfung und rasches Verschwinden ist in Deutschland verknüpft mit einer berühmten Abhandlung von Thibaut 'Ueber dominium directum und utile' [17]. Dieser war freilich nur deshalb so großer Erfolg beschieden, weil sie in vielfacher Hinsicht dem Zeitgeist Rechnung trug. Das gilt ebenso für die methodologischen Aspekte wie für die ökonomischen Bedürfnisse. Entscheidend für die hier zu erörternden Zusammenhänge ist allein, daß sich dieser neuformulierte Eigentumsbegriff rasch verfestigt hat und zur Grundlage aller späteren Kodifikationen des 19. Jahrhunderts geworden ist [18]. Seine wesentlichen Merkmale lassen sich mit den Schlagworten Totalität, Absolutheit und Elastizität kennzeichnen. Auf exemplarische Weise hat Puchta in seinen 'Vorlesungen' diesen Eigentumsbegriff beschrieben:

'1. Der Gegenstand des Eigenthums ist eine Sache, ein körperlicher Gegenstand.
2. Das Eigenthum ist die totale Unterwerfung der Sache.
3. In der Totalität des Eigenthums liegt auch die Ausschließlichkeit desselben, nicht gegenüber anderen Rechten, sondern gegenüber anderem Eigenthum. Es können deshalb nicht mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein. Der Begriff des Eigenthums als der totalen Herrschaft über die Sache schließt ein danebenstehendes gleiches und höheres Recht aus. Ein Recht an der Sache muß ein jus in re aliena sein. Das jus in re hat
a) nicht die Totalität des Eigenthums, so umfassend es auch sein möge;
b) wenn das jus in re das Eigenthum noch so sehr mindert, so ist es doch dem Eigenthume gegenüber etwas zeitiges, von welchem das Eigentum befreit werden kann.' [19]

14) Zitat von WESENBECK, Commentaria in Pandectas iuris civilis et Codicis Justiniani (siehe bei WIEGAND, a.a.O. (Fn. 13), 119 Anm. 8). Zum usus modernus insgesamt KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band 10 (1984), sowie WESENER, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 279 ff.
15) Über die Korrelation dominium - res vgl. insbes. DULCKEIT, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951) 34 f., mit Nachweisen; näher dazu unten 3.
16) WIEACKER, Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941) 28 f.
17) Dazu insbes. WIEGAND, a.a.O. [Fn. 13], 118, 134 ff.
18) Zum schweizerischen Recht vgl. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf (2. Aufl. 1900) Band II 32 ff., sowie WIEGAND, a.a.O. [Fn. 8], 572 ff.
19) PUCHTA, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 4. Aufl., 1854 (herausgegeben von RUDORFF), §§ 144 und 146.

2. In bezug auf die Numerus-clausus-Problematik erscheinen zwei Gesichtspunkte wichtig: Die dinglichen Rechte an fremdem Eigentum werden als vorübergehende Erscheinungen betrachtet, die das Eigentum belasten, welches sich nach dem Wegfall dieser Rechte wieder auffüllt. Hieraus folgt, daß alle dinglichen Rechte an fremden Sachen gewissermaßen einen Ausnahmezustand darstellen und deshalb besonderer Begründung und somit auch der Typisierung bedürfen. Indessen ist weder im Zitat von Puchta noch irgendwo sonst in der Literatur des 19. Jahrhunderts die Forderung aufgestellt worden, daß es eine bestimmte, begrenzte Zahl dieser Rechte geben müsse [20]. Vielmehr finden sich bei allen Autoren Hinweise darauf, daß nach gemeinem Recht traditionell gewisse *jura in re aliena* überliefert seien, jedoch wird daraus nirgends der Schluß gezogen, daß es nur diese Gruppierungen dinglicher Rechte geben könne. Infolgedessen wäre es verfehlt, eine Begrenzung der Zahl der dinglichen Rechte daraus abzuleiten, daß gemeinrechtlich nur bestimmte Kategorien überliefert seien.

3. Der zweite wesentliche Aspekt, der durch das Puchta-Zitat verdeutlicht wird, ist derjenige der Beschränkung des Eigentumsbegriffs auf körperliche Sachen. Diese Begrenzung war schon in der oben wiedergegebenen Definition des Bartolus angelegt, jedoch durch eine Ausweitung des Sach- und eine mit ihr einhergehende Verbreiterung des Dominium-Begriffes überlagert worden. [21] Noch das Preussische Allgemeine Landrecht hatte folgendermaßen formuliert: 'Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist über die Substanz einer Sache oder eines Rechts mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder durch einen Dritten zu verfügen'. Diese sowie korrespondierende Regeln des ABGB [22] basieren auf dem naturrechtlichen Dominium-Begriff, dem auf der anderen Seite eine entsprechend breite Fassung des Begriffes des Herrschaftsobjektes *(res)* entspricht. Die Hand in Hand gehende Reduzierung beider Begriffe [23] bildet einen integralen Bestandteil des Gesamtprozesses, der in der Durchsetzung des neuformulierten Eigentumsbegriffes nur seine signifikanteste und am meisten beachtete Ausprägung findet. Parallel dazu verläuft die Auseinandersetzung um die Abgrenzung dinglicher und persönlicher Rechte sowie die schrittweise Verselbständigung des Sachenrechts.

20) Eine Ausnahme bildet allenfalls GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten (1797 ff.) 2, § 178, der annimmt, es könne 'a priori' nur vier Arten von dinglichen Rechten geben. Dazu THIBAUT, a.a.O. [Fn. 25], 41.

21) Nachweise bei WESENER, a.aO. [Fn. 14], und KLEMM, a.a.O. (Fn. 14); Übersicht bei COING, Europäisches Privatrecht Band I Älteres Gemeines Recht 1500-1800 (1985) §§ 29, 54.

22) ALR (8. Titel, I. Teil); ABGB § 353: 'Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum.' Zum Ganzen WIEGAND, a.a.O. [Fn. 13], 132, 139, mit Nachweisen.

23) Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 15 bis 17.

B) Die 'Autonomie' des Sachenrechts

1. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts bieten Theorie und Gesetzgebung in bezug auf die dinglichen Rechte ein gleichermaßen verwirrendes Bild. Ueber deren wesentliche Merkmale besteht ebenso Unklarheit wie über ihre Einteilung und Funktion [24]. In dieser Situation versucht Thibaut [25] mit seiner berühmten Abhandlung 'Über dingliches und persönliches Recht' die Diskussion in neue Bahnen zu lenken, was nur zum Teil gelingt. Die Debatte über die Dinglichkeit bestimmter Rechte oder umgekehrt die Frage danach, welche Rechte als dingliche zu betrachten seien, wird während des gesamten 19. Jahrhunderts weitergeführt. Dabei überlagern sich die Auseinandersetzung um den Begriff der Dinglichkeit und den Begriff der Obligation weitgehend und können voneinander nicht getrennt werden, wie etwa der Streit um die rechtliche Qualifikation des Pfandrechts auf anschauliche Weise belegt [26]. Ungeachtet der andauernden theoretischen Ungewißheit über den 'richtigen' Begriff der dinglichen Rechte, setzt sich allmählich jene Konzeption durch, die der Gesetzgeber dem BGB zugrunde gelegt hat. So heißt es exemplarisch bei Windscheid [27]: 'Die Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Sache, d. h. ein Stück der nicht mit Vernunft begabten Außenwelt ist, werden dingliche Rechte genannt'. In der Fußnote dazu verweist Windscheid auf 'andere jetzt beseitigte Auffassungen des dinglichen Rechts'. In den späteren Auflagen verwendet Windscheid (gleichbedeutend und gleichsetzend) den Begriff 'Sachenrechte' [28], wodurch die Konzeption noch verdeutlicht wird. Diese legt der Gesetzgeber - wie in den oben wiedergegebenen Zitaten aus den Motiven ersichtlich - seiner gesamten Deduktion zugrunde, in der die dinglichen Rechte als absolute qualifiziert werden, deren Eigenart und besonderes Merkmal in der Sachherrschaft besteht. Zwar hat Kipp [29] zurecht bemerkt, daß diese Feststellung in den Motiven 'nur wissenschaftliche Ansichten seien, durch welche dem bisherigen Streit der Boden nicht entzogen ist'. Dennoch sind die in den Motiven zu apodiktischen Aussagen verkürzte Festlegungen für das System des Sachenrechts und die Entstehung des Numerus clausus von entscheidender Bedeutung; denn die Beschränkung der dinglichen Rechte auf Sachenrechte in dem geschilderten Sinne ist ihrerseits nur Ausfluß eines breiter angelegten Theorems, das sowohl dem Vorentwurf wie den Motiven, aber auch schon den zuvor zitierten Passagen von Windscheid zugrunde liegt.

24) Exemplarisch HÖPFNER, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (7. Aufl., bearbeitet von WEBER) § 284 ff.; vgl. dazu THIBAUTs spöttische Bemerkungen (siehe Fn. 25).
25) THIBAUT, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, II. 2. Abhandlung; dazu und zum folgenden die (zum Teil eigenwillige) Darstellung von DUBISCHAR, Ueber die Grundlagen der schulmässigen Zweiteilung des Rechte in sogenannte absolute und relative (1961).
26) Dazu mit Nachweisen WIEGAND, Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, ZNR 1981, 1 ff.
27) Pandekten (4. Aufl., 1875) § 40.
28) Z. B. 7. Aufl. (1891) § 38.
29) WINDSCHEID-KIPP, 9. Aufl. (1906) § 38 a.E.

2. Ausgangspunkt und Basis der gesamten Entwicklung bildet das von Savigny im zweiten Buch des 'Systems' entworfene Vermögensrecht[30]. Nach der Explikation des Begriffes vom Rechtsverhältnis werden dessen mögliche Gegenstände fixiert: 'die unfreye Natur und fremde Personen.' In bezug auf die unfreie Natur wird das Rechtsverhältnis, dessen kennzeichnendes Element in der Willensherrschaft besteht, folgendermaßen konkretisiert:

'Die unfreye Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigenthum heißt.' [31]

Diesem Rechtsverhältnis zur unfreien Natur wird die Beziehung zu anderen Personen gegenübergestellt und unter dem Begriff der Obligation als 'Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person' zusammengefaßt. Damit ist die Basis geschaffen, für die Entwicklung eines umfassenden Vermögensrechtes:

'Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Gränzen ihres Wesens hin, erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht.' [32]

In den folgenden Paragraphen wird diese Konzeption des Vermögensrechts gegenüber dem Familienrecht und anderen Rechtsinstituten abgegrenzt, ehe sich Savigny wiederum der Differenzierung zwischen den Rechtsverhältnissen zur unfreien Natur und denjenigen zu anderen Personen zuwendet. Es geht hier um nichts anderes als um die Unterscheidung und Abgrenzung von Sachenrecht und Obligationenrecht. Ausgangspunkt der Savigny'schen Überlegungen bildet die Feststellung, daß man prima vista anzunehmen geneigt sein könne, daß eine klare und universelle Trennung schon durch den unterschiedlichen Gegenstand herbeigeführt werde.

'Bey genauerer Betrachtung aber zeigt sich hierin vielmehr ein sehr freyer Spielraum für mannichfaltige Bestimmungen des positiven Rechts verschiedener Völker. Und zwar finden wir diese Verschiedenheit theils in der Gränzscheidung zwischen Sachenrecht und Obligationen, theils in der Beziehung worin beide Rechtstheile zueinander gedacht werden.' [33]

Als Ergebnis einer Analyse, in die auch vereinzelte zeitgenössische Autoren, vor allem aber das französische und das preußische Recht einbezogen werden, kommt Savigny zu folgendem Ergebnis: 'Als sicheres Kennzeichen dieser Gränze dient das Daseyn einer in rem oder in personam actio'. Daraus ergibt sich praktisch mit Selbstverständlichkeit, daß zwischen beiden Bereichen der Vermögensrechte scharf geschieden werden muß. Im Hinblick auf die wechselseitige Beziehung zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht befürchtet er jedoch, daß der Unterschied 'leicht verdunkelt werden' könne. Die strenge Trennung beider Gebiete erscheint ihm jedoch wesentlich:

30) SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts (1840) Band I, Buch 2, §§ 52-57; die Zitatnachweise erfolgen nach Seitenzahl.
31) SAVIGNY, a.a.O. [Fn. 30], 338.
32) SAVIGNY, a.a.O. [Fn. 30], 339/340.
33) SAVIGNY, a.a.O. [Fn. 30], 371 ff.

'Das Römische Recht hält beide streng aus einander, und behandelt jeden Theil für sich als ganz unabhängig innerhalb seiner Gränzen. So das Eigenthum als selbständige Herrschaft über eine Sache, ohne Rücksicht auf die Obligation die etwa als Vermittlung und Vorbereitung dazu diente: die Obligation als selbständige Herrschaft über eine fremde Handlung, ohne Rücksicht auf das dingliche Recht worauf diese Handlung vielleicht abzweckt.' [34]

Alle Abweichungen von diesem als ideal empfundenen Zustand erscheinen Savigny als 'Abirrung'. Als solche betrachtet er sowohl die Konzeption des Allgemeinen Landrechts wie diejenigen des französischen Zivilrechts oder auch die von Domat [35], welche ihm allesamt nicht hinreichend die Selbständigkeit der beiden Teile des Vermögensrechts und deren Autonomie zu berücksichtigen scheinen.

3. Praktisch unmittelbar an diese von Savigny entwickelte Konzeption knüpft der Vorentwurf der Sachenrechts an, den Johow 1880 vorgelegt hat [36]. Der erste Titel der Einleitung, der die Überschrift trägt: 'Begriff des Sachenrechts und dessen selbständige Stellung in dem Bürgerlichen Gesetzbuche' beginnt mit einer Paraphrase der Savigny'schen Ausführungen aus dem System. Daran schließt sich eine knappe Skizze der Situation vor Savigny an, die in der Retrospektive folgendermaßen erscheint:

'Daß die Obligationen großentheils auf Begründung oder Uebertragung dinglicher Rechte abzwecken, und daß die dinglichen Rechte auch eine persönliche Richtung haben, indem sie mittelbar auch den Willen der ihnen gegenüberstehenden Personen ergreifen, hat der rationalistischen Theorie des vorigen Jahrhunderts das gesammte Rechtssystem als ein System persönlicher Rechte und Verpflichtungen erscheinen lassen; das Sachenrecht, das Obligationenrecht und das Erbrecht wurden durcheinander geworfen und die einzelnen persönlichen Rechtsbeziehungen nach äußerlichen verstandesmäßigen Gesichtspunkten gruppirt. Hand in Hand hiermit ging ein Beiseiteschieben des für den Charakter der Privatrechtsinstitute so wichtigen Unterschiedes zwischen den Sachen als den körperlichen und den Rechten als den unkörperlichen Vermögensgegenständen, man zog die Rechte in den Sachbegriff hinein, indem man sie unkörperliche Sachen nannte, und gelangte dazu, Rechtssätze, welche nur für Rechte an Sachen (im engeren und eigentlichen Sinne) eine Wahrheit sind, auch auf persönliche Rechte anzuwenden. Diese verwirrende Richtung der Theorie hat von den im Reiche geltenden Rechten insbesondere das preußische Allgemeine Landrecht und den Code Napoléon beeinflußt.'

Der Text ist gekennzeichnet durch eine distanzierte Überlegenheit, die durch das Bewußtsein geprägt wird, im Besitz der 'richtigen' Begriffe und Kategorien und des einzig angemessenen Systems zu sein. Von diesem Standpunkt aus fällt es nicht nur leicht, Urteile über die Vergangenheit zu fällen, der Besitz der Wahrheit ermöglicht es auch, mit der gleichen Selbstverständlichkeit die richtigen Grundsätze für das zukünftige Recht zu entwickeln. Das geschieht in dem folgenden Abschnitt, der die entscheidenden Weichenstellungen enthält:

'Der heutige Standpunkt der wissenschaftlichen Einsicht in die Natur des bürgerlichen Rechts fordert und ermöglicht nicht nur die Absonderung des Vermögensrechts von dem Familienrechte und dem Erbrecht, sondern auch innerhalb des Vermögensrechts die Scheidung in Sachenrecht und Obligationenrecht. Unter strengem Festhalten an dem für das Recht allein brauchbaren Sachbegriff im Sinne eines räumlich begrenzten Stückes der unfreien Natur muß das Sachenrecht beherrscht sein von der Einsicht, daß das erworbene Recht an der Sache etwas Selbständiges, Eigenartiges ist gegenüber der Obligation, die etwa als Vermittlung und Vorbereitung zu demselben gedient hat, daß die dinglichen Rechte eine unmittelbare Richtung auf die Sache und erst mittelbar eine persönliche Richtung haben.'

34) SAVIGNY, a.a.O. [Fn. 30], 374.
35) SAVIGNY, a.a.O. [Fn. 30], 374 mit Anm. 9; vgl. WIEACKER, a.a.O. [Fn. 16], 29 f.
36) Verwendet wird die Ausgabe von SCHUBERT. Die Zitierung erfolgt nach der Seitenzählung des Originals; die folgenden Texte finden sich in der Begründung S. 1-3.

Der Text macht auf anschauliche Weise deutlich, wie die verschiedenen Entwicklungen ineinandergreifen, so die Beschränkung des Sachbegriffes, dem seinerseits wieder die Reduktion und Veränderung des Eigentumsbegriffs korrespondiert [37]. Als entscheidend dabei erweist sich auch hier das Savigny'sche Konzept des Vermögensrechts, das gewissermaßen die Klammer oder auch den Überbau all dieser Teilaspekte bildet und dessen wesentliche Grundpositionen und Konsequenzen hier als selbstverständlich richtig begriffen und dargestellt werden. Mit dem Bekenntnis zu diesem Konzept ist auch die Entscheidung über das Sachenrecht gefallen: 'Der Entwurf hat deshalb zur Voraussetzung nehmen können, daß das Sachenrecht einen selbständigen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches bilden solle'. Mit dieser 'Autonomie' [38] des Sachenrechts sind alle weiteren Konsequenzen vorprogrammiert: Sämtliche Mischformen, die der scharfen Grenzziehung zwischen Sachenrecht und Obligationenrecht nicht entsprechen, werden als grundsätzlich 'falsch' verworfen. Alle theoretischen Bemühungen um irgendwie geartete 'relativ-dingliche Rechte' werden als im Ansatz verfehlt qualifiziert, selbst wenn in der Rechtswirklichkeit nach wie vor eine Vielfalt derartiger Erscheinungen beobachtet werden kann. Diese ändern nichts daran, daß 'Abirrungen' wie jene des preußischen ius ad rem oder der österreichischen 'persönlichen Sachenrechte' als mit dem Grundsatz unvereinbar betrachtet und deshalb im künftigen Recht ausgemerzt werden sollen.

Bei der anschließenden Erörterung [39] über die Einteilung der dinglichen Rechte wird dann deren geschlossene Zahl als selbstverständlich vorausgesetzt und nur nochmals in eindringlicher Weise vor einer 'Verschmelzung des Obligationenrechts in das Sachenrecht' gewarnt, weil dadurch 'der Klarheit des Ganzen, der Schärfe der Begriffe und einem festen und übersichtlichen System und der Konsequenz desselben, wie dem Zusammenhange mit dem gemeinen Rechtssystem sehr geschadet worden' [40] sei. Es müsse deshalb bei der Trennung zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht verbleiben, weil 'die Umwandlung dieser Forderungsrechte in dingliche weit über das Bedürfnis hinausgreift und das System verwirrt'.

4. In den Motiven zum Sachenrecht tauchen dann all diese Gesichtspunkte in komprimierter Form auf. Unter dem Titel 'Stellung des Sachenrechts in dem System des Entwurfs' wird die Autonomie des Sachenrechts auf nur einer halben Seite durch eine Zusammenfassung der Erwägungen des Vorentwurfs begründet und als eine derartige Selbstverständlichkeit präsentiert, daß weitere Erwägungen hierüber nicht erforderlich erscheinen. Daran schließen sich die oben [41] wiedergegebenen Texte über den Begriff des dinglichen Rechts und dessen einzelne Kategorien sowie die Schlüsselpassage über die Grenzziehung zwischen den Gebieten des Sachenrechts und des Schuldrechts an. Vor dem

37) Zum Verhältnis Eigentum/Sachbegriff siehe oben bei Fn. 15 und 21.
38) Mit diesem Begriff fasse ich die verschiedenen Elemente der Verselbständigung des Sachenrechts zusammen, die unter B dargelegt werden.
39) Vorentwurf Begründung S. 4 ff.
40) Zitat aus der preußischen Gesetzesrevision, wiedergegeben im Vorentwurf S. 8.
41) I 1-3.

Hintergrund der soeben skizzierten Verankerung im Savigny'schen System der Vermögensrechte, das im Vorentwurf zur Basis des Gesamtsystems gemacht wurde, verwundert die Knappheit der Begründung kaum mehr. Das axiomatisch-deduktive Formulieren beruht auf jener vor allem im Vorentwurf noch deutlich sichtbaren Überzeugung von der selbstverständlichen Richtigkeit des Systems, das als solches keiner weiteren Rechtfertigung mehr bedarf. Es werden nicht Positionen begründet oder eingenommen, sondern die richtigen Positionen werden mit knappen, feststellenden Sätzen fixiert. Insofern trifft das Urteil von Philipp Heck [42], wonach 'die Materialien ... eigentümlicherweise die legislativen Gründe für diese grundlegende Norm nicht deutlich erkennen' ließen, nicht zu. Die nähere Analyse hat gezeigt, daß das Gegenteil richtig ist: Die - allerdings auf wenige Kernsätze zusammengeschrumpfte - Begründung läßt das legislative Konzept ohne weiteres sichtbar werden. Es handelt sich dabei freilich nur um das dogmatisch-systematische Grundmodell, welches bereits in Savignys Vermögensrecht angelegt ist, und das nicht mit den rechtspolitischen Zielsetzungen oder metajuristischen Faktoren verwechselt werden darf, auf die noch einzugehen sein wird [43]. Gegenüber diesem Grundmodell und dessen Ausformulierung im Vorentwurf kommt nur ein neues Argument hinzu, das sich jedoch bei näherer Betrachtung eher als eine Verdeutlichung und Fortführung des Grundgedankens darstellt. Im Anschluß an die Erwägungen [44], mit denen die dinglichen und persönlichen Rechte sowie Schuld- und Sachenrecht abgegrenzt werden, wird aus der so begründeten Autonomie des Sachenrechts der Schluß gezogen, daß es nicht nur den Erwerb der dinglichen Rechte zu regeln, sondern auch 'den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen' habe. Daraus ergibt sich nun mit Notwendigkeit der folgende Schluß: 'Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen'. Damit ist der Typenzwang des Sachenrechts fixiert. Bei genauer Analyse erweist er sich jedoch nicht als wirkliche Neuerung; denn die Ablehnung der Mischformen des österreichischen und preußischen Rechts wird zwar mit der Notwendigkeit klarer Grenzziehung zwischen Schuld- und Sachenrecht begründet; im Kern aber geht es darum, obligatorischen Rechtsverhältnissen die Drittwirkung zu versagen. In den verpönten Bestimmungen des ALR und des ABGB waren Drittwirkungen gesetzlich vorgesehen und damit typisiert. Wenn schon derartige 'kalkulierbare' Mischformen als nicht mit dem System vereinbar angesehen wurden, so ist es eine pure Selbstverständlichkeit, daß die noch viel unkontrollierbarere privatautonome Gestaltung dinglicher Rechte an Sachen nicht akzeptiert werden konnte. Diese hätte ja im Ergebnis eine unmittelbare Einwirkung obligationenrechtlicher Abreden auf die sachenrechtlichen Rechtsverhältnisse bedeutet. Infolgedessen bedarf das Verhältnis zwischen dem

42) Siehe oben I vor 1.
43) Dazu unten II C.
44) Folgende Zitate aus Motive S. 3.

von privatautonomer Gestaltungsfreiheit beherrschten Schuldrecht und dem Sachenrecht auch insofern einer klaren Grenzziehung:

'Der Grundsatz der 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'.

Damit ist der Numerus clausus der dinglichen Rechte als sachenrechtliches Prinzip aus den Grundlagen des Systems deduziert und zugleich das permanente Spannungsverhältnis zwischen Schuld- und Sachenrecht konstituiert worden. Der Gesetzgeber wollte bewußt die Transformation bilateraler Vereinbarungen in drittwirksame Rechtspositionen unmöglich machen. Um diese Konzeption wirklich durchsetzen zu können, waren jedoch noch eine Reihe von 'flankierenden Maßnahmen' notwendig, deren Analyse zum einen das Gesamtsystem verdeutlicht, zum andern aber auch den Zugang zu den rechtspolitischen Leitvorstellungen und den außerjuristischen Faktoren eröffnet.

5. Die vom Gesetzgeber angestrebte Autonomie des Sachenrechts wäre eine Illusion geblieben, wenn nicht sichergestellt worden wäre, daß eine dingliche Wirkung obligatorischer Abreden oder eine privatautonome Kreation von Sachenrechten auch nicht mittelbar erreicht werden konnte. Die Möglichkeit dazu hätte sich ergeben [45], wenn man die im ALR und ABGB vorgesehene 'Beschränkung des Eigentums durch Willenserklärung' beibehalten hätte. Für die Beibehaltung sprachen nämlich gleich zwei Gründe: Einmal die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit, die als Kennzeichen des Privatrechts schlechthin galt und zudem die althergebrachte und auch der kommenden Gesetzgebung zugrundeliegende Definition des Eigentums, die dessen Wesen gerade darin sah 'über die Sache nach Willkür zu schalten'. Den sich daraus ergebenden gefährlichen Konsequenzen hält der Vorentwurf folgende Überlegungen entgegen:

'Das Verfügungsrecht des Eigenthümers findet seine natürliche Begrenzung durch den Begriff des Eigenthums. Dieser Begriff ist durch das objektive Recht gegeben und der Bestimmung durch Privatwillkür entrückt. Der Eigenthümer kann allerdings an sich mit der Sache machen, was er will, er kann dieselbe namentlich auch aus seinem Vermögen ausscheiden und also das Eigenthum aufgeben. Aber er kann nicht die Sache in seinem Vermögen behalten und gleichzeitig sein Eigenthum durch willkürliche Abtrennung einzelner Befugnisse, welche dasselbe verleiht, abschwächen. Dürfte er dies, so läge es in seiner Hand, das Eigenthum an einer bestimmten Sache in ein Recht umzuformen, welches die Rechtsordnung nicht mehr als Eigenthum gelten lassen könnte. Damit aber wäre der Eigenthumsbegriff selbst verflüchtigt.' [46]

In dieser Begründung und in den daran anschließenden Überlegungen zeigt sich sehr deutlich, wie der abstrakte Eigentumsbegriff, die Autonomie des Sachenrechts und die damit verbundenen Beschränkungen privatautonomer Gestaltungsfreiheit ineinandergreifen und sich letzlich als verschiedene Aspekte eines einheitlichen Konzepts erweisen.

Damit waren indessen noch nicht alle Varianten ausgeschlossen, mit denen eine obligatorische Bindung des Eigentums hätte erreicht werden können.

45) ALR I 8 § 25; ABGB § 357; dazu Vorentwurf S. 501.
46) Vorentwurf S. 501.

Eröffnet hätte sich dem Eigentümer immer noch die Möglichkeit, durch eine schuldrechtliche Abrede das Ausscheiden einer Sache aus seinem Vermögen zu verhindern [47]. Derartige vertragliche Veräußerungsverbote waren im gemeinen Recht geläufig, hatten jedoch nur obligatorische Wirkung. Der Vorentwurf greift die Frage als ein Problem des Sachenrechts auf und schlägt in § 91 die folgende Regelung vor: 'Die vertragsmäßige Verpflichtung des Eigentümers, die Sache nicht zu veräußern oder zu belasten, ist gegen Dritte wirkungslos'. Aus der Begründung zu dieser Vorschrift ergibt sich zweierlei. Einmal wendet auch sie sich gegen die vom gemeinen Recht abweichende Regelung des ALR, das unter gewissen Voraussetzungen die Drittwirkung derartiger vertraglicher Abreden anerkannt hatte. Insofern wird mit dieser Regelung nur die generelle Linie fortgeführt, die jegliche transitorische Wirkung obligatorischer Abreden im Sachenrecht unterbindet. Zum anderen aber wird an die Problematik der Selbstbeschränkung des Eigentümers angeknüpft. Nachdem betont worden ist, 'daß der Eigentümer nicht das Recht haben darf, willkürlich einer aus dem Eigentum fließenden Befugnis sich zu begeben' und infolgedessen Eigentumsbeschränkungen nur durch Gesetz oder Begründung gesetzlich vorgesehener dinglicher Rechte in Betracht kommen, wird diesem Fall derjenige gleichgestellt, in dem der Eigentümer sich selbst Verfügungsbeschränkungen auferlegen will. 'Dem Eigentümer kann auch nicht gestattet werden, sich willkürlich in der Befugnis zur Verfügung über das Eigenthum zu beschränken'. Begründet wird diese These damit, daß die rechtliche Gestaltungsfreiheit unverzichtbar sei und deshalb niemand auf seine Verfügungsfreiheit verzichten könne: 'Die Beschränkung des Eigenthümers in der Befugniss über das Eigenthum rechtlich zu verfügen, ist daher ebensowenig ein Gegenstand der Vertragsfreiheit wie die Beschränkung des Eigenthums selbst'.

Nun werden die Konturen der Gesamtkonzeption immer deutlicher: Gegenstand der Vertragsfreiheit ist die Willensherrschaft über fremde Personen, die nur 'inter partes' wirkt, dagegen ist die Willensherrschaft über die 'unfreye Natur' (Savigny) oder ein 'Stück der nicht mit Vernunft begabten Außenwelt' (Windscheid) der Disposition der Parteien entzogen. Derartige Herrschaftsrechte können nur in der gesetzlich vorgesehenen Weise begründet werden.

Im Verlaufe der Beratungen, in die auch eine entsprechende Parallelvorschrift des Obligationenrechts bezüglich der Übertragung von Forderungen einbezogen wurde, ist die Regelung aus dem Sachenrecht herausgenommen und als generelle Vorschrift in den Allgemeinen Teil eingefügt worden (heute § 137 BGB). Die dabei angestellten Überlegungen, die Liebs [48] einer ausführlichen Analyse unterzogen hat, verdeutlichen die bisher nur in Ansätzen sichtbar gewordene Zielsetzung, die die verschiedenen Aspekte verbindet. Zum einen wird mehrfach hervorgehoben, daß das Verbot rechtsgeschäftlicher Verfügungen sich zwar mit Selbstverständlichkeit aus dem gemeinen Recht sowie aus dem

47) Dokumentation, Begründung und Zitate aus Vorentwurf S. 536/7; Einzelheiten bei LIEBS, Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis, in: Archiv für die civilistische Praxis 175 (1975) 1 ff.
48) Insbes. S. 15 ff.; dort auch Nachweise der im folgenden wiedergegebenen Erwägungen.

System des Entwurfs ergebe, dennoch aber eine klarstellende Bestimmung erwünscht sei [49]. In den Beratungen zur Bedeutung und Tragweite von Veräußerungsbeschränkungen tauchen dann Argumente auf, die bei den systematisch-dogmatischen Erwägungen zum Numerus clausus nicht sichtbar geworden sind. Durch vertragliche Verfügungsbeschränkungen könne nicht nur im Wege der Verknüpfung mit zusätzlichen obligatorischen Abreden der Numerus clausus der dinglichen Rechte unterlaufen, sondern es können - noch weitergehend - ganze Teile des Vermögens der Zirkulation entzogen werden. Mit dem Wegfall der Übertragbarkeit wäre aber wegen der Verknüpfung von Zivil- und Vollstreckungsrecht auch der Zugriff Dritter auf die Vermögenssubstanz verwehrt gewesen. Diese Gefahren, die den Gesetzesverfassern deutlich vor Augen standen, spielten in den Beratungen der ersten und der zweiten Kommission eine wesentliche Rolle und waren letztlich ausschlaggebend für die generelle Formulierung des heutigen § 137 BGB [50]. Damit eröffnen sich aber auch Perspektiven auf die rechtspolitischen Zielsetzungen und diejenigen Motive, die neben den dogmatisch-systematischen Gründen für die Entscheidung zugunsten des Numerus-clausus-Prinzips ausschlaggebend waren.

C) Verkehrsinteressen und Verkehrsschutz

Die im Zusammenhang mit der Entstehung von § 137 BGB angestellten Erwägungen verdeutlichen eine erste Grundtendenz, die sich folgendermaßen beschreiben läßt: Es war das Bestreben der Gesetzesverfasser, möglichst wenige drittwirksame Rechtspositionen zu schaffen. Da die Erga-omnes-Wirkung als Kennzeichen aller absoluten, also auch der auf die Sachherrschaft gerichteten dinglichen Rechte gilt, bedeutet die Zulassung dinglicher Rechte zugleich die grundsätzliche Anerkennung drittwirksamer Rechtspositionen. In dieser Situation bieten sich zwei Wege an: Entweder man schränkt die Drittwirksamkeit sowohl im materiellen wie im Vollstreckungsrecht durch Sondervorschriften [51] ein oder man hält an der Absolutheit dinglicher Rechtspositionen fest, wie dies die Gesetzesverfasser von Anfang an konsequent getan haben, und sucht die Begrenzung in der Zahl. Daraus ergibt sich aber mit Notwendigkeit die Frage, wieviele solcher drittwirksamer Rechtspositionen zugelassen werden sollen bzw. dürfen. Räumt man den Parteien das Recht ein, beliebig derartige Rechte zu kreieren, so wird damit die Verkehrsfähigkeit der Waren praktisch der Parteidisposition unterworfen. Die Parteien könnten durch willkürliche Schaffung von dinglichen Rechten oder durch Vereinbarungen von Verfügungsbe-

49) In diesem Sinne wird § 137 BGB auch heute noch verstanden als eine Norm, deren Zweck unter anderem in der Absicherung des Numerus clausus der dinglichen Rechte bestehe. So ausdrücklich STAUDINGER-COING I, 11. Aufl., 1957, § 137 Rz 1a.

50) Vgl. Motive III, 77; Protokolle III, 256 f.; dazu vertiefend und klarstellend LIEBS, a.a.O. [Fn. 47], S. 17, 19 f.

51) Z.B. durch extensiven Gutglaubensschutz oder durch Einschränkung bzw. Aufhebung der Kongruenz von Vollstreckungsrecht und materiellem Recht (siehe dazu unten D).

schränkungen Gegenstände dem Rechtsverkehr und damit zugleich auch dem Gläubigerzugriff entziehen. Der letzte Aspekt zeigt die Tragweite einer derartigen Regelung deutlich. Auf eine Kurzformel gebracht, kann man sagen, daß die Zulassung solcher Verfügungsbeschränkungen mit den Interessen einer am Zirkulieren der Waren orientierten bürgerlichen Gesellschaft nicht vereinbar gewesen wäre. Es ist kein Zufall, daß die mit dem Numerus clausus in der geschilderten Weise verknüpfte Durchsetzung des abstrakten Eigentumsbegriffes letztlich ebenfalls auf den gleichen rechtspolitischen und ökonomischen Erwägungen beruht. Die Einführung des abstrakten Verfügungseigentums dient der Mobilisierung des Grundeigentums "; sie soll die dem Rechtsverkehr hinderliche Bindung des Grundeigentums durch die - aus der feudalistischen Epoche stammenden - Verfügungsbeschränkungen beseitigen. Die klare Zuordnung des Eigentums zu einem allein verfügungsberechtigten Eigentümer und die damit verbundene Verwerfung des geteilten Eigentums wäre ohne entsprechende Verkehrsinteressen nicht in einer so kurzen Zeitspanne durchsetzbar gewesen.

Parallel zum Verkehrsinteresse besteht aber auch das Bedürfnis nach Verkehrsschutz. Dritte sollen sich beim Erwerb von Sachen darauf verlassen können, daß nur die gesetzlich geregelten Beschränkungen dem Erwerb entgegenstehen oder die erworbene Sache belasten. Der gleiche Grundsatz soll jedoch auch für die Gläubiger gelten, die darauf vertrauen, daß der Sache keine unerkennbaren atypischen Rechte anhaften, die der Verwertung entgegenstehen könnten ".

D) Resümee

Das Prinzip der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte gehört bei der Ausgestaltung des BGB von allem Anfang an zu den nicht in Zweifel gezogenen Grundlagen. Dies ist darauf zurückzuführen, daß es sich nicht um ein bloß partielles oder auch nur sachenrechtliches Dogma handelt, sondern um ein tragendes Prinzip, dessen Stellenwert im Gesamtsystem bei der Nachzeichnung

52) Dazu WIEGAND. a.a.O. [Fn. 13], sowie Bandll und III der Reihe Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (hrsg. von COING und WILHELM) insgesamt; vgl. auch KROESCHELL, a.a.O. [Fn. 131 und MAYER-MALY, Eigentum und Verfugungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte, in: Ansprüche, Eigentums- und Verfugungsrechte (Schriften des Vereins fur Socialpolitik NF HO, 1984), 25 ff.

53) Auf augenfällige Weise kommt diese Grundhaltung in den Erläuterungen zum Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [vgl. Fn. 18) zum Ausdruck: 'Das Sachenrecht hat den dinglichen Rechten jene genaue *Abgrenzung* und zuverlässige *Erkennbarkeil* zu verschaffen, die für den Verkehr mit ihnen zur Herstellung der Rechtssicherheit und zugleich der Beweglichkeit, die für die Mehrzahl derselben zum eigentlichen Lebenselement gehören, unerlässlich sind Weit mehr als auf andern Rechtsgebieten bedarf es hier einer einfach gehaltenen, klaren, leicht und unverzüglich wahrnehmbaren Ordnung. Die Fälle sind hier häufig, wo, und wäre es auch auf Kosten der Billigkeit, eine sichere Rechtslage oder Ordnung überhaupt für den Verkehr als das wesentliche betrachtet wird, wobeies im übrigen den Beteiligten überlassen werden darf, sich mit der starren Regel nach ihren Verhältnissen abzufinden.' (a.a.O., S. 17).