

HENDRIKE DIESELHORST

Die Ausgestaltung der Grunddienstbarkeit

Studien zum Privatrecht

120

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 120



Hendrike Diesselhorst

Die Ausgestaltung der Grunddienstbarkeit

Mohr Siebeck

Hendrike Diesselhorst, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg, und der University of Cambridge (Gonville & Caius College); Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches und Römisches Recht der Freien Universität Berlin; Rechtsreferendariat in Berlin und Rom; Notarassessorin im Bereich der Notarkammer Brandenburg.

ISBN 978-3-16-163302-7 / eISBN 978-3-16-163303-4
DOI 10.1628/978-3-16-163303-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2023 von der Freien Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand im Juli 2023 statt. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Veröffentlichung bis November 2023 berücksichtigt werden.

Diese Dissertation entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Arbeitsbereich meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Cosima Möller, der mein herzlichster Dank gilt. Sie hat nicht nur das Thema der Arbeit maßgeblich angeregt, sondern mit zahlreichen fachlichen, aber auch persönlichen Gesprächen ganz wesentlich zu ihrem Gelingen beigetragen. Während der überaus lehrreichen und prägenden Zeit an ihrem Arbeitsbereich habe ich große akademische Freiheit genossen, die ich sehr zu schätzen weiß. Herrn Prof. Dr. Florian Rödl danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Anmerkungen.

Großer Dank gilt ferner allen Kollegen und Freundinnen, die mir während der Promotionszeit mit anregenden Diskussionen, kritischem Hinterfragen und gutem Zuspruch so oft zur Seite standen. Besonders hervorzuheben sind dabei Frau Dr. Philine Diesselhorst, Frau Dr. Katharina Funcke, Frau Dr. Anabel Guntermann und Frau Dr. Charlotte Schings, die die Endredaktion der Arbeit erheblich befördert haben.

Für die finanzielle und ideelle Förderung meines Studiums und meiner Promotion danke ich der Stiftung der Deutschen Wirtschaft, in deren vielfältigem und anregendem Programm ich immer wieder Inspiration und Motivation gefunden habe. Dank gilt außerdem der Kanzlei SOH Rechtsanwälte in Essen, die die Veröffentlichung dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenstipendium unterstützt hat.

Der größte Dank gebührt meiner Familie und meinem Verlobten, Friedrich Schulz-Gebeltzig, die mich während des Studiums und der Promotion liebevoll begleitet und stets ermutigt haben. Dies gilt ganz besonders für meinen Großvater, Werner Dießelhorst, der an meinem Werdegang und der Entstehung dieser Arbeit großen Anteil genommen und mir mit seinem Weitblick und seiner Zuversicht über so manche Hürde geholfen hat. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im März 2024

Hendrike Diesselhorst

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
<i>B. Zielsetzung, Gang und Methode der Untersuchung</i>	2
1. Teil: Die Grunddienstbarkeit im System des BGB	5
<i>A. Grundlagen des Rechts der Grunddienstbarkeiten</i>	5
<i>B. Der Inhalt der Grunddienstbarkeit</i>	38
<i>C. Grunddienstbarkeiten als Instrument zur Ausgestaltung des nachbarlichen Verhältnisses</i>	64
<i>D. Ergebnis zum ersten Teil</i>	74
2. Teil: Möglichkeiten der Ausgestaltung	75
<i>A. Dinglich</i>	75
<i>B. Im Rahmen des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses</i>	93
<i>C. Schuldvertraglich</i>	117
<i>D. Ergebnis zum zweiten Teil</i>	121
3. Teil: Grenzen der Ausgestaltung	123
<i>A. Rechtsprechungspraxis und Ansichten der Literatur</i>	123
<i>B. Sachenrechtliche Prinzipien</i>	134
<i>C. Institutsimmanente Grenzen</i>	166
<i>D. Allgemeine rechtsgeschäftliche und wettbewerbsrechtliche Grenzen</i>	192

<i>E. Ergebnis zum 3. Teil</i>	203
4. Teil: Folgerungen für die Praxis	205
<i>A. Einzelne positive Handlungspflichten als Inhalt von Grunddienstbarkeiten</i>	205
<i>B. Wettbewerbsbeschränkende Unterlassungsgrunddienstbarkeiten</i>	216
<i>C. Festlegung von Spezifika der Nutzung</i>	220
<i>D. Absicherung für den Fall der Veränderung tatsächlicher Umstände</i> ...	223
<i>E. Ausblick: Grunddienstbarkeiten als Mittel des Natur- und Umweltschutzes</i>	231
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	237
Literaturverzeichnis	245
Register	255

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
<i>B. Zielsetzung, Gang und Methode der Untersuchung</i>	2
1. Teil: Die Grunddienstbarkeit im System des BGB	5
<i>A. Grundlagen des Rechts der Grunddienstbarkeiten</i>	5
I. Die gesetzliche Regelung der §§ 1018–1029 BGB	5
II. Genese der heutigen Grunddienstbarkeiten und Bedeutung des historischen Vorverständnisses	7
1. Die Servituten des römischen Rechts	7
a) Grundlagen	7
b) Typengebundenheit	9
aa) Grabmalservitut	9
bb) Weideservituten	11
cc) Der Fall der Käseräucherei	11
c) Fazit	14
2. Entstehungsgeschichte der Grunddienstbarkeit des BGB	14
a) Konzeption des ersten Teilentwurfes	15
b) Motive des weiteren Gesetzgebungsverfahrens	18
c) Fazit	20
3. Bedeutung der Genese für Anwendung und Auslegung der §§ 1018 ff. BGB	21
a) Das Recht der Grunddienstbarkeiten als <i>droit constant</i>	23
b) Schlussfolgerungen	27
III. Beschränktheit der Grunddienstbarkeit	27
IV. Abgrenzungen	31
1. Besonderheiten in Abgrenzung zu anderen Arten von Dienstbarkeiten	31

a)	Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit	32
b)	Grunddienstbarkeit und Nießbrauch	32
aa)	Maßstab der Abgrenzung	33
bb)	Fazit	35
2.	Konkurrenz zur Baulast	36
<i>B.</i>	<i>Der Inhalt der Grunddienstbarkeit</i>	38
<i>I.</i>	Ausgestaltungsbedarf	38
1.	Ausgestaltung als gesetzliches Konzept	39
2.	Ausgestaltung als praktisches Bedürfnis	40
a)	Modalitäten der Nutzung, der Unterlassung oder des Ausschlusses	42
b)	Beendigung und Dauer der Grunddienstbarkeit	43
c)	Anpassung bei Änderung der Verhältnisse	43
3.	Fazit	44
<i>II.</i>	Auslegung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit	44
1.	Der Stand der Meinungen	45
2.	Die Bedeutung der Debatte	47
3.	Einbeziehung der dinglichen Einigung	49
a)	Wortlaut und Systematik	49
b)	Telos	51
c)	Historie	53
d)	Zwischenergebnis	54
4.	Maßstab der Auslegung	55
a)	§§ 133, 157 BGB als Regelfall der Auslegung	55
b)	Funktion und Rechtsnatur der Eintragung	57
c)	Verkehrsschutz	60
d)	Praktische Folgen	62
5.	Fazit	63
<i>C.</i>	<i>Grunddienstbarkeiten als Instrument zur Ausgestaltung des nachbarlichen Verhältnisses</i>	64
<i>I.</i>	Bestehende nachbarrechtliche Bezüge des Rechts der Grunddienstbarkeiten	66
1.	Funktionale Überschneidungen	66
2.	Das Erfordernis der Vorteilhaftigkeit als Ausdruck eines nachbarrechtlichen Charakters	68
3.	Fazit	71
<i>II.</i>	Konsequenzen	72
<i>D.</i>	<i>Ergebnis zum ersten Teil</i>	74

2. Teil: Möglichkeiten der Ausgestaltung	75
A. <i>Dinglich</i>	75
I. Exkurs: Die Grunddienstbarkeit als dingliches Recht, absolutes Recht und Sachenrecht	76
1. Gleichsetzung von Sachenrecht und dinglichem Recht?	76
2. Das „Wesen der Dinglichkeit“	78
a) Die Diskussion	78
b) Zentrale Charakteristika	80
3. Dinglichkeit und Absolutheit	80
4. Zusammenfassung und Fazit	81
II. Ausgestaltungen im Rahmen der dinglichen Einigung	82
1. Kerninhalt des dinglichen Rechts	83
a) Grundbuchrechtliche Vorgaben	83
b) Vorgaben des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes	83
2. Begleitende Regelungen	86
a) Problematik geringer Vorgaben	87
b) Diskutierte Gegenstände begleitender dinglicher Regelungen	88
3. Fazit	89
III. Die Grundbucheintragung als Voraussetzung der dinglichen Wirkung einer Grunddienstbarkeit	90
B. <i>Im Rahmen des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses</i>	93
I. Existenz und Herleitung des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses	93
1. Argumente der herrschenden Ansicht	93
a) §§ 1020 ff. BGB als Ausdruck einer allgemeinen Rücksichtnahmepflicht	94
b) Systematischer Vergleich mit dem Nießbrauch und dem Erbbaurecht	94
2. Die Gegenansicht <i>Ulshöfers</i>	95
a) § 1020 BGB	96
b) §§ 1021, 1022 BGB	96
c) § 1023 BGB	97
d) Zusammenfassung	98
3. Stellungnahme	98
a) Historie des Grunddienstbarkeitenrechts: Grundsatz des civiliter uti als Vorgänger des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses	99
b) Gesetzssystematik	101
c) Rechtliche und praktische Konsequenzen	103
4. Zwischenfazit	105
II. Inhalt des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses	105

1. Gesetzlicher Inhalt	106
2. Gewillkürter Inhalt	108
III. Dogmatische Einordnung des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses	110
1. Wirkweise	111
2. Verhältnis zum dinglichen Recht	113
a) Stellung der beiden Rechtsverhältnisse zueinander	113
b) Abgrenzung der Abreden im Rahmen des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses von dinglichen Begleitabreden ...	115
IV. Fazit	117
<i>C. Schuldvertraglich</i>	117
I. Im Rahmen des Kausalverhältnisses	118
II. Sonderfall Sicherungsgrunddienstbarkeit: Sicherungsabrede als <i>causa</i>	119
III. Sonstige schuldvertragliche Abreden	120
<i>D. Ergebnis zum zweiten Teil</i>	121
3. Teil: Grenzen der Ausgestaltung	123
<i>A. Rechtsprechungspraxis und Ansichten der Literatur</i>	123
I. Analyse der Rechtsprechung	123
1. Einschränkung der Vereinbarung positiver Handlungspflichten	124
2. Keine Beschränkung der Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht	125
3. Wesenskriterium des BayObLG	126
II. Ansätze in der Literatur	127
1. Ausgestaltungsfreundliche Ansätze	127
a) Hermann Amann: Unmittelbarer Zusammenhang mit der Ausübung	127
b) Burkhard Heß: Materielle Inhaltskontrolle	129
c) Sonstige	130
2. Strenge Ansätze	131
a) Rolf Stürner: Formelle Inhaltskontrolle	131
b) Sonstige	132
III. Zusammenfassung und Fazit	133
<i>B. Sachenrechtliche Prinzipien</i>	134
I. Einführung: Die Rolle von Prinzipien im Deutschen Sachenrecht	134
1. Die sachenrechtlichen Prinzipien als Rechtsprinzipien	135
2. Reichweite der sachenrechtlichen Prinzipien	136
II. Trennungs- und Abstraktionsprinzip	137
III. Typenzwang und Typenfixierung	140
1. Typenzwang als formale Ausgestaltungsgrenze	140

2. Materielle Begrenzung des Inhalts dinglicher Rechte durch die Typenfixierung	141
a) Ansätze zur Legitimation von Typenfixierung	142
aa) Anforderungen von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit	142
bb) Praktische Bedürfnisse	144
cc) Zwischenergebnis	145
b) Legitimation der Typenfixierung durch objektiv anerkannte Interessen	145
3. Konsequenzen für das Verhältnis von Privatautonomie und Sachenrecht	148
4. Konsequenzen für die Grunddienstbarkeit: Vorteilserfordernis als Ausdruck von Typenfixierung	149
a) Auslegung des § 1019 BGB anhand eines objektiv-individuellen Maßstabs	150
b) Parallelen zur römisch-rechtlichen utilitas	152
c) Keine Anwendbarkeit von § 1019 BGB auf das gesetzliche Begleitschuldverhältnis	152
5. Zwischenfazit	153
IV. Bestimmtheitsgrundsatz	154
1. Eigenständige Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes	154
2. Je-desto-Formel als Maßstab für Bestimmtheit	155
3. Systematisierung der Rechtsprechung anhand der je-desto-Formel	157
a) Abreden über den Kerninhalt der Benutzungsdienstbarkeit	157
b) Abreden über den Kerninhalt der Unterlassungs-/Ausschlussdienstbarkeit	158
c) Nebenabreden über den Ausübungsbereich	159
4. Zwischenfazit	161
V. Publizitätsprinzip	162
1. Keine originären inhaltlichen Vorgaben	162
2. Eintragung des Inhalts des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses	164
VI. Fazit	165
C. <i>Institutsimmanente Grenzen</i>	166
I. Interessen Dritter	166
1. Interessen etwaiger Rechtsnachfolger	166
2. Interessen anderer Realberechtigter	168
a) Interessen der Inhaber anderer dinglicher Nutzungsrechte	168
b) Interessen der Inhaber dinglicher Verwertungsrechte	168
3. Interessen sonstiger Dritter	170
II. Das Wesen der Grunddienstbarkeit	172

III. Das Verbot positiver Handlungspflichten	173
1. Ausnahmslose Geltung als abstrakter Grundsatz im dinglichen Rechtsverhältnis	173
2. Begrenzte Geltung im gesetzlichen Begleitschuldverhältnis	176
a) Fehlende Tauglichkeit als Maßstab für die Ausgestaltung des Begleitschuldverhältnisses	176
b) Präzisierung der §§ 1020–1022 BGB	177
aa) Definition der Unterhaltungspflicht	178
bb) Definition der Schonungspflicht i.S.v. § 1020 Satz 1 BGB	180
cc) Keine Notwendigkeit weitergehender Einschränkungen	182
3. Zwischenfazit	182
IV. Hinreichender Bezug zum Grundeigentum	183
1. Hintergründe	184
2. Vorgeschlagene Kriterien und ihre Bewertung	185
3. Abhilfe durch negative Ausfüllung	188
V. Die Regelungen zum gesetzlichen Begleitschuldverhältnis als <i>leges speciales</i>	190
VI. Fazit	192
<i>D. Allgemeine rechtsgeschäftliche und wettbewerbsrechtliche Grenzen</i>	192
I. Grenzen rechtsgeschäftlicher Nichtigkeitstatbestände, insbesondere § 138 BGB	193
1. Kein automatisches Durchschlagen des Nichtigkeitsvorwurfes auf das dingliche Recht	194
2. Fälle der Nichtigkeit des Inhalts einer Grunddienstbarkeit	195
3. Zwischenfazit	196
II. Begrenzung durch allgemeine rechtsgeschäftliche Inhaltskontrolle	197
1. Fehlende dogmatische Fundiertheit	198
a) Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip	198
b) Kein Fehlen der Richtigkeitsgewähr	198
2. Geringe Praktikabilität	201
III. Grenzen des speziellen Wettbewerbsrechts	202
IV. Fazit	203
<i>E. Ergebnis zum 3. Teil</i>	203
4. Teil: Folgerungen für die Praxis	205
<i>A. Einzelne positive Handlungspflichten als Inhalt von Grunddienstbarkeiten</i>	205
I. Einmalig stattfindende Handlungen	206
1. Erstmalige Herstellung oder Beseitigung einer Anlage	206

2. Rückbaupflicht nach Ende des Dienstbarkeitsverhältnisses	208
II. Spezielle Schonungs- und Unterhaltungspflichten	208
1. Verkehrssicherungspflichten	209
2. Kostentragungspflichten	211
III. Beseitigung natürlich sich entwickelnder Zustände	213
IV. Mitwirkungspflichten	214
<i>B. Wettbewerbsbeschränkende Unterlassungsgrunddienstbarkeiten</i>	<i>216</i>
I. Verbot der Verdinglichung einer positiven Handlungspflicht	217
II. Bezug zu den Befugnissen aus dem Grundeigentum	218
III. Vorteilhaftigkeit	219
IV. Fazit	220
<i>C. Festlegung von Spezifika der Nutzung</i>	<i>220</i>
I. Beidseitige begleitende Pflichten	221
II. Sonstige Spezifizierungen der Berechtigung	221
<i>D. Absicherung für den Fall der Veränderung tatsächlicher Umstände</i>	<i>223</i>
I. Die Rechtsprechung zur Anpassung der Grunddienstbarkeit an sich verändernde Verhältnisse	223
II. Strategien der Ausgestaltung	225
1. Minimierung des Risikos einer Anpassung durch präzise Formulierung	226
2. Einflussnahme auf das Ergebnis der inhaltlichen Wandlung	229
<i>E. Ausblick: Grunddienstbarkeiten als Mittel des Natur- und Umweltschutzes</i>	<i>231</i>
I. Mögliche Anwendungsfelder	231
II. Grenzen der natur- und umweltschützenden Anwendungsmöglichkeiten von Grunddienstbarkeiten	233
III. Fazit	235
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	237
Literaturverzeichnis	245
Register	255

Einleitung

A. Problemaufriss

Grunddienstbarkeiten spielen in unserem Wirtschaftsleben eine bedeutende Rolle.¹ Sie ermöglichen mit der Übertragung einzelner Nutzungsbefugnisse an Grundstücken eine effiziente Nutzung der Ressource Land. Grundstücke werden heutzutage nicht mehr nur mit klassischen Wege- oder Wasserleitungsrechten belastet. Mit dem technischen Fortschritt gewinnen zunehmend auch moderne Formen der Grunddienstbarkeit, etwa zur Verlegung von Telekommunikationsleitungen, zur dinglichen Absicherung von Wettbewerbsverboten oder zur Sicherung von Bezugspflichten², an Bedeutung. Grunddienstbarkeiten, die in der Regel auf Dauer angelegt sind und die Rechtsnachfolger der Begründerparteien³ binden, haben zudem einen erheblichen Einfluss auf den Wert eines Grundstücks, welcher entscheidend davon abhängen kann, ob es mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist beziehungsweise ob eine Grunddienstbarkeit an einem anderen Grundstück dem Eigentümer besondere Nutzungsrechte beziehungsweise Unterlassungs- oder Ausschlussansprüche einräumt.⁴

¹ So auch mit weiterführender Darstellung der Veränderungen der wirtschaftlichen Bedeutung von Grunddienstbarkeiten *Prütting*, Sachenrecht, S. 397.

² In Form der sogenannten Sicherungsgrunddienstbarkeit, deren Zulässigkeit freilich stark umstritten ist, vgl. hierzu 2. Teil, C. II.

³ Hinweis zur Verwendung des Begriffes „Parteien“: Der Leser wird sich im weiteren Verlauf der Arbeit zu Recht über die Nutzung des Parteien-Begriffes im Zusammenhang mit der Begründung einer Grunddienstbarkeit oder eines anderen dinglichen Rechts wundern. Dieser Begriff wird herkömmlich für Verträge, nicht für dingliche Rechte gebraucht. Seine Vermeidung bei der Bezeichnung der Begründer einer Grunddienstbarkeit lässt sich aber aufgrund der Thematik der Arbeit nur durch eine artifizielle Veränderung der Rechtssprache vermeiden, da viele hierfür relevante rechtstechnische Begriffe wie Parteivereinbarung oder Parteiautonomie den Parteien-Begriff aufgreifen. Außerdem ist die Ausgestaltung der verschiedenen, bei Bestellung einer Grunddienstbarkeit entstehenden Ebenen häufig ein einheitlicher Akt, sodass es gekünstelt erscheint, einmal von Parteien und einmal von Rechtsbegründern zu sprechen. Zwischen den Ebenen, insbesondere zwischen der dinglichen und der verdinglichten, soll in der Sache scharf unterschieden werden, vgl. später, 2. Teil. Die Verfasserin hat sich aber aus sprachlichen Gründen dafür entschieden, diese Unterscheidung begrifflich nicht immer mit höchster Präzision aufrechtzuerhalten.

⁴ *Herrler*, RNotZ 2016, 368.

Dem entspricht es, dass dem Recht der Grunddienstbarkeiten ein hoher Stellenwert in der Praxis, insbesondere der gerichtlichen und der notariellen, zukommt, wie sich nicht zuletzt an der Vielzahl der laufend hierzu ergehenden Entscheidungen erweisen lässt. Die große praktische Bedeutung von Grunddienstbarkeiten spiegelt sich allerdings nicht in ihrer Berücksichtigung in der universitären Juristenausbildung wider, in der sie nahezu gänzlich vernachlässigt werden. Ähnliches gilt für den wissenschaftlichen Diskurs, welcher sich der Thematik der Grunddienstbarkeiten nur sehr vereinzelt gewidmet hat. Die Folge ist nicht nur eine oftmals einzelfallbezogene und unvorhersehbare Rechtsprechungspraxis, sondern auch eine seit Inkrafttreten des BGB bestehende Unsicherheit über einzelne Fragen des Grunddienstbarkeitenrechts. Zu diesen bisher kaum geklärten Fragen zählt insbesondere die Problematik der Ausgestaltung von Grunddienstbarkeiten. Maß und Grenzen einer zulässigen privatautonomen Vereinbarung über den Inhalt von Grunddienstbarkeiten wurden bisher nur in Ansätzen ausgelotet.⁵ Diese Thematik ist jedoch nicht zuletzt deshalb von großer Brisanz, weil es sich bei der Grunddienstbarkeit um ein dingliches Recht handelt. Dingliche Rechte werden jedoch gemeinhin – im Sinne eines Gegenbegriffs zum Schuldrecht – als wenig ausgestaltungsfähig angesehen.⁶ Diese Annahme steht in einem Spannungsverhältnis zu der Anerkennung des mit Bestellung einer Grunddienstbarkeit *ipso iure* entstehenden gesetzlichen Begleiterschuldverhältnisses durch den BGH im Jahr 1985⁷, in dessen Rahmen die ganz herrschende Meinung einen verhältnismäßig großzügigen Gestaltungsspielraum annimmt.⁸ Die Debatte um die Reichweite der Ausgestaltungsmöglichkeiten von Grunddienstbarkeiten berührt damit einen der zentralen Grundsätze unserer Privatrechtsordnung, nämlich den der Trennung und Abstraktion von Sachen- und Schuldrecht. Ihr kommt damit nicht nur eine bedeutende Rolle für die Praxis zu, sondern auch für die Durchdringung einer dogmatischen Besonderheit des deutschen Sachenrechts.

B. Zielsetzung, Gang und Methode der Untersuchung

Dass bezüglich der Reichweite und Grenzen der privatautonomen Ausgestaltung von Grunddienstbarkeiten keine klaren Leitlinien existieren, ist angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung von Grunddienstbarkeiten ein unbefriedigender Zustand. Primäres Ziel der Arbeit ist es daher, für diesen Bereich des Rechts der Grunddienstbarkeiten Klarheit zu schaffen und Maßstäbe für die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen einer zulässigen Ausgestaltung

⁵ So auch *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, S. 406; *Oppermann/Scholz*, DNotZ 2017, 4; *Otto*, in: NK BGB, § 1020 Rn. 30; *J. Weber*, in: Staudinger BGB, § 1018 Rn. 143.

⁶ Diese Aussage ist in ihrer Pauschalität freilich nicht korrekt, vgl. später, 3. Teil, B. III. 3.

⁷ BGH Urt. vom 28.6.1985 – V ZR 111/84, BGHZ 95, 144.

⁸ Hierzu ausführlich noch später, 2. Teil, B.

von Grunddienstbarkeiten zu entwickeln. Hierzu soll der zentrale dritte Teil der Arbeit dienen. Daneben soll jedoch auch ein Beitrag zur dogmatischen Durchdringung des Rechtsinstituts geleistet werden, indem die Hauptproblematik in das System des deutschen Zivilrechts und insbesondere in die diesem zugrundeliegende Einteilung in Schuld- und Sachenrecht eingeordnet wird. Diesem Anliegen dienen die ersten beiden Abschnitte der Arbeit. Dort erfolgt zum einen eine Untersuchung grundlegender Eigenschaften des Rechts der Grunddienstbarkeiten und zum anderen eine Analyse der unterschiedlichen rechtlichen Verhältnisse, die mit Bestellung einer Grunddienstbarkeit entstehen. Zuletzt sollen als Endergebnis der Arbeit auch praktische Leitlinien entwickelt werden, die für die Handhabung einzelner problematischer Fälle von Nutzen sind. Hierzu sollen im vierten Teil umstrittene Ausgestaltungsvarianten erörtert und die im dritten Teil der Arbeit gefundenen Maßstäbe hierauf angewandt werden.

Methodisch wird die Untersuchung vor allem an die dogmatische Konstruktion der Grunddienstbarkeit anknüpfen. Daneben wird auch die historische Entwicklung des Instituts zu untersuchen sein, da seine Entwicklungsgeschichte sich nicht nur bis in das römische Recht zurückverfolgen lässt, sondern im Rahmen von Argumentationen bezüglich des zulässigen Inhalts und Umfangs von Grunddienstbarkeiten auch immer wieder herangezogen wird. Zu diesem Zweck sollen in einem einführenden Teil zunächst relevante Grundlagen und Hintergründe des Rechts der Grunddienstbarkeiten erörtert werden. Ferner soll darin der Gegenstand der Arbeit noch schärfer abgegrenzt und ihre Fragestellung weiter entfaltet werden.

1. Teil

Die Grunddienstbarkeit im System des BGB

A. Grundlagen des Rechts der Grunddienstbarkeiten

Ausgangsthese dieser Arbeit ist die Annahme, dass Grunddienstbarkeiten aufgrund einer sehr geringen gesetzlichen Vorgabedichte in besonderem Maße der Auslegung und Interpretation zugänglich und ihrer auch bedürftig sind. Aus diesem Grund sollen im ersten Teil der Arbeit die Entstehungsgeschichte dieses Rechtsinstituts, seine grundlegende dogmatische Konstruktion und die Rolle, die es in unserer Rechtsordnung einnimmt, beleuchtet werden.

Um die Ausgangsthese zu erhärten, soll zunächst der Inhalt der §§ 1018–1029 BGB analysiert werden.

1. Die gesetzliche Regelung der §§ 1018–1029 BGB

Das in den §§ 1018–1029 BGB geregelte Recht der Grunddienstbarkeiten zeichnet sich – betrachtet man nur den Wortlaut der Normen – durch eine besonders geringe gesetzliche Regelungsdichte aus. Die Vorschriften lassen sich einteilen in solche, die die Wirksamkeitsvoraussetzungen und den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit betreffen (§§ 1018, 1019 BGB) und solche, die das rechtliche Verhältnis zwischen dem Eigentümer des dienenden und dem des herrschenden Grundstücks nach Bestellung einer Dienstbarkeit regeln (§§ 1020–1029 BGB). Schon die geringe Anzahl der Regelungen, die inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen enthalten, zeigt, dass das Gesetz diesbezüglich verhältnismäßig abstrakt ist. Dies wird besonders deutlich im Vergleich zu den entsprechenden Regelungen in anderen Rechtsordnungen: So werden etwa in den §§ 487–503 des österreichischen ABGB einzelne Typen von Grunddienstbarkeiten wie das Recht der Dachtraufe (§ 489 ABGB) oder das Recht, Wasser zu schöpfen (§ 496 ABGB), inhaltlich genau beschrieben und konkrete Vorgaben für ihre Ausübung gemacht.

Die Bestimmungen über die Begründung und den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit, die sich dem Gesetzestext entnehmen lassen, beschränken sich zudem auf die ganz grundlegenden Vorgaben. Hierzu zählt vor allem der Katalog des § 1018 BGB, welcher die drei zulässigen Arten von Grunddienstbarkeiten aufzählt. Dies sind die Benutzungsdienstbarkeit (Var. 1), die Unterlassungsdienstbarkeit (Var. 2) und die Ausschlussdienstbarkeit (Var. 3). Damit sind zwar alle Gestaltungen, die sich nicht einer der Varianten zuordnen lassen, als

zulässige Inhalte von Grunddienstbarkeiten ausgeschlossen. Jedoch sind die drei Varianten des § 1018 BGB dermaßen offen formuliert, dass sie kaum als klar abgrenzbare Rechtsbegriffe gestaltet sind, sondern einen verhältnismäßig weiten Rechtstypus beschreiben.¹

Eine weitere inhaltliche Begrenzung der Ausgestaltung von Grunddienstbarkeiten regelt § 1019 Satz 1 BGB, wonach Grunddienstbarkeiten nur in solchen Belastungen bestehen können, die für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bieten. Der Vorteil muss schon nach dem Wortlaut des § 1019 Satz 1 BGB objektiv für das herrschende Grundstück bestehen. Es genügt nicht, dass bloß der derzeitige Eigentümer einen persönlichen Nutzen aus der Dienstbarkeit zieht.² Jedoch wird der Begriff des Vorteils selbst weit verstanden³ und es werden auch etwa bloße Annehmlichkeiten⁴, mittelbare oder künftige Vorteile⁵ als hinreichend erachtet.⁶

Der Umstand, dass sich dem Wortlaut des Gesetzes abgesehen von dem Erfordernis der Vorteilhaftigkeit kaum inhaltliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit entnehmen lassen, spricht auf den ersten Blick dafür, dass das Rechtsinstitut der Ausgestaltung durch die Begründer in besonderem Maße zugänglich ist und – bis auf die dargestellten – keinen gesetzlichen Inhaltsbeschränkungen unterliegt.⁷ Einige Autoren sprechen aus diesem Grund im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten sogar vom „Grundsatz der Inhaltsfreiheit“.⁸ Für die hier interessierende Frage, inwieweit Grunddienstbarkeiten der Ausgestaltung durch Parteivereinbarung zugänglich sind, gilt es daher zu untersuchen, ob sich dem Gesetz weitere, über den knappen Regelungswortlaut hinausgehende Vorgaben entnehmen lassen. Hierzu soll zum einen die Genese des Instituts analysiert werden, um dann deren Bedeutung für die Zwecke der Arbeit zu hinterfragen. Sodann sollen die Beschränktheit der Grunddienstbarkeit als eine ihrer grundlegenden dogmatischen Eigenschaften sowie ihre Eigenheiten gegenüber anderen, nah verwandten Rechtsinstituten dargelegt und hieraus mögliche Schlüsse für eine weitere inhaltliche Eingrenzung gezogen werden.

¹ *J. Weber*, in: Staudinger BGB, § 1018 Rn. 2.

² Ganz h.M., s. nur OLG München Urt. vom 9.8.1957 – 8 U 2009/56, NJW 1957, 1765; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, S. 542 f.; *Mohr*, in: MüKo BGB, § 1019 Rn. 3 f.; *J. Weber*, in: Staudinger BGB, § 1019 Rn. 4; *Wilhelm*, Sachenrecht, S. 1171.

³ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 452 ff.

⁴ Etwa die Erhaltung einer ruhigen Wohnlage, vgl. BGH Urt. vom 12.2.1971 – V ZR 115/68, WM 1971, 529, 530; BGH Urt. vom 17.3.1967 – V ZR 67/64, WM 1967, 582, 584; KG Urt. vom 10.4.1962 – 6 U 2085/61, JR 1963, 18, 19, oder des freien Ausblicks, OLG Hamburg Urt. vom 20.12.1917 – 6. ZS (Az. n. v.), OLGRspr 36, 161; *Finkenauer*, in: Schreiber/Ruge (Hrsg.), Immobilienrecht, S. 1236; mit weiteren Beispielen vgl. auch *Mohr*, in: MüKo BGB, § 1019 Rn. 3 und *J. Weber*, in: Staudinger BGB, § 1019 Rn. 4.

⁵ *Mohr*, in: MüKo BGB, § 1019 Rn. 3; *J. Weber*, in: Staudinger BGB, § 1019 Rn. 4 und 10.

⁶ Weiterführend zur Ausfüllung des § 1019 Satz 1 BGB vgl. 3. Teil, B. III. 4.

⁷ So auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 406; *Kazele*, in: BeckOGK BGB [Stand: 1.11.2023], § 1018 Rn. 12.

⁸ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, S. 406; *Mohr*, in: MüKo BGB, § 1018 Rn. 25.

II. Genese der heutigen Grunddienstbarkeiten und Bedeutung des historischen Vorverständnisses

1. Die Servituten des römischen Rechts

a) Grundlagen

Die Wurzeln der heutigen Grunddienstbarkeit des BGB lassen sich bis ins römische Recht zurückverfolgen. Und wie kaum ein anderes Institut des Sachenrechts ist die Grunddienstbarkeit noch heute von römisch-rechtlichen Grundsätzen und Vorstellungen beeinflusst.⁹ In den beinahe 1000 Jahren, die zwischen den frühesten römisch-rechtlichen Erwähnungen von Nutzungsrechten an Grundstücken in den XII Tafeln und ihrer Aufnahme in die Digesten liegen, haben die im römischen Recht als Servituten bezeichneten Nutzungsrechte jedoch viele, zum Teil einschneidende Entwicklungsschritte durchlaufen.¹⁰

Eine für das Verständnis der folgenden Ausführungen besonders wichtige Entwicklung ist eine terminologische: Die Verwendung des Begriffes *servitus* für eine Grunddienstbarkeit enthält mit großer Wahrscheinlichkeit eine bildliche Übertragung der ursprünglichen Wortbedeutung, mit der die Sklaverei, also die Dienstbarkeit eines Menschen für einen anderen Menschen, bezeichnet wurde.¹¹ Aus dieser Begriffshistorie lässt sich bereits ein erstes prägendes Merkmal der antiken römischen Servitut ableiten, nämlich das des doppelten Grundstücksbezuges. Aus der bekannten Institution der Dienstbarkeit eines Menschen für einen anderen Menschen wurde die Dienstbarkeit des einen Grundstücks für ein anderes Grundstück entwickelt. Die Unterwerfung eines Menschen durch eine Grunddienstbarkeit war hingegen – in Abgrenzung zur Sklaverei – ausgeschlossen.¹² Als *servitus* wurde dementsprechend bei den vorklassischen Juristen, den *veteres*, zunächst ausschließlich die Belastung eines Grundstücks zugunsten eines anderen Grundstücks bezeichnet.¹³ Erst unter der Rechtswissenschaft des *Servius*

⁹ Honsell/Fargnoli, Römisches Recht, S. 91; Rainer spricht im Zusammenhang mit der Aufnahme der Ausschlussdienstbarkeit, § 1018 Var. 3 BGB, sogar davon, hier sei „reines Römisches Recht“ bewahrt worden, in: FS Ankum, S. 415, 424; Walter/Maier, NJW 1988, 377, 386; J. Weber, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 1018–1029, Rn. 17. Vgl. für eine detaillierte Übersicht über die Kontinuitäten im Dienstbarkeitsrecht des alten Roms und des BGB Möller, Die Servituten, S. 387 ff.

¹⁰ So in Bezug auf Dienstbarkeiten im Allgemeinen auch Mayer-Maly, Römisches Recht, S. 95. Für eine umfassende Darstellung der Entwicklungsgeschichte der Servituten s. Möller, Die Servituten, S. 39 ff.

¹¹ Möller, Die Servituten, S. 21.

¹² Vgl. zu dieser inhaltlichen Beschränkung der antiken römischen Servitut sogleich, 1. Teil Fn. 19.

¹³ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, S. 217, die allerdings davon ausgehen, dass die ausschließliche terminologische Erfassung von Belastungen eines Grundstücks zugunsten eines anderen Grundstücks bis in die Zeit des klassischen Rechts bestand; Möller, Die Servituten, S. 21 ff.

Sulpicius im 1. Jahrhundert v. Chr. erfolgte eine gemeinsame Systematisierung aller Rechte an Grundstücken, der *iura praediorum*, die auch andere dingliche Rechte wie insbesondere den Nießbrauch (*ususfructus*) erfasste.¹⁴ Eine Zusammenführung der Begriffe *servitus* und *iura praediorum*, die *Justinian* später auch in die *Digesten* aufnahm, führte der Jurist *Marcian* im 3. Jahrhundert n. Chr. durch. Er teilte die dinglichen Nutzungsrechte an Grundstücken in *servitutes personarum* (persönliche Dienstbarkeiten) einerseits und *servitutes praediorum* (Grunddienstbarkeiten) andererseits ein.¹⁵ Der Begriff *servitus* bezeichnete danach sowohl das Dienen zugunsten eines Grundstücks als auch das Dienen zugunsten einer Person. Die unseren heutigen Grunddienstbarkeiten nach ihrem Sinn und Zweck – der Nutzbarmachung bestimmter Bestandteile eines Grundstückes für einen anderen Grundstücksinhaber –, aber auch nach ihren wesentlichen formalen Eigenschaften entsprechenden Institute sind die *servitutes praediorum*, auf welche sich die folgende Darstellung beschränkt. Sie hält sich daher an das ursprüngliche Begriffsverständnis, sodass mit dem Ausdruck *servitutes* keine Personal-, sondern nur Prädialservituten gemeint sind.

Zu den wesentlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen von Servituten im klassischen römischen Recht zählten insbesondere die Nützlichkeit (*utilitas*) der Servitut für das herrschende Grundstück¹⁶ sowie die hinreichende räumliche Nähe (*vicinitas*) von herrschendem und dienendem Grundstück¹⁷. Ferner musste die Ausübung der Servitut auf Dauer möglich sein (*perpetua causa*).¹⁸ Inhaltlich waren Servituten grundsätzlich auf ein Dulden oder Unterlassen (*pati vel non facere*) beschränkt¹⁹ (dies ist der später so bezeichnete Grundsatz „*servitus in faciendo*

¹⁴ Vgl. mit ausführlicher Untersuchung des Verhältnisses der Begriffe *servitus* und *iura praediorum* Möller, Die Servituten, S. 21 ff.; diese Chronologie der Entwicklung beider Begriffe ist nicht unumstritten, vgl. hierzu m.w.N. ebd., S. 25 ff.

¹⁵ Vgl. *D. 8,1,1 Marcianus libro tertio regularum*; Kaser, Römisches Privatrecht II, S. 299; vgl. hierzu Möller, Die Servituten, S. 34 ff. mit ausführlicher Darstellung dieser Wandlung des *servitus*-Begriffs.

¹⁶ Vgl. *D. 8,1,8pr. Paulus libro quinto decimo ad Plautium* und *D. 8,1,15pr. Pomponius libro trigensimo tertio ad Sabinum*; hierzu s. auch 1. Teil, C. I. 2.

¹⁷ Vgl. *D. 8,3,7,1 Paulus libro quinto decimo ad Plautium* und *D. 8,4,7 Paulus libro quinto ad Sabinum*.

¹⁸ Vgl. *D. 8,2,28 Paulus libro quinto decimo ad Sabinum*.

¹⁹ *D. 8,1,15,1 Pomponius libro trigensimo tertio ad Sabinum*; Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 443; Mayer-Maly, Römisches Recht, S. 95; mit ausführlicher Exegese Möller, Die Servituten, S. 198 ff. Dieser Grundsatz wurde freilich unterschiedlich interpretiert und gerade im 1. Jahrhundert v. Chr. von *Servius* im Falle der *servitus oneris ferendi* als nicht berührt betrachtet. Aufgrund dieser konnte der Eigentümer des herrschenden Grundstückes den Eigentümer des dienenden Grundstückes nicht nur auf Duldung der Abstützung des Nachbarhauses, sondern auch auf die Zurücksetzung seines Grundstückes in den ursprünglichen baulichen Zustand verklagen, vgl. *D. 8,5,6,2 Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*. S. hierzu m.w.N. und ausführlicher Nachzeichnung sowie Interpretation der Debatte um die Zulässigkeit der *servitus oneris ferendi* Möller, Die Servituten, S. 198 ff.

*consistere nequit*²⁰). Sie konnten schließlich nicht unabhängig vom Grundstück übertragen werden.²¹

b) Typengebundenheit

Nicht eindeutig ist indes, inwieweit der Inhalt der römisch-rechtlichen Servituten der Willkür der Parteien unterlag. Klar ist, dass der Inhalt einer Servitut durch das Bestellungsgeschäft konkretisiert werden konnte.²² Es wird aber vielfach davon ausgegangen, dass die Servituten des römischen Rechts jedenfalls ursprünglich und zum Teil bis in die klassische Zeit hinein an bestimmte, feststehende Typen²³ gebunden waren.²⁴ Anerkannt war jedenfalls eine Einteilung in *iura praediorum rusticorum* (einem landwirtschaftlichen Zweck dienende Servituten) und *iura praediorum urbanorum* (einem städtischen Zweck dienende Servituten)²⁵. Innerhalb der erstgenannten Gruppe wiederum wurden seit der XII-Tafel-Zeit vier Grundformen von Servituten unterschieden, nämlich die Servituten *iter*, *actus*, *via* und *aquae ductus*.²⁶

aa) Grabmalservitut

In der Tat existieren Fragmente in den Digesten, aus denen sich ergibt, dass die Bestellung von Dienstbarkeiten bestimmten Inhaltes unzulässig war. So schreibt etwa *Javolen* im 10. Buch aus *Cassius*:

D. 8,4,4 *Javolenus libro decimo ex Cassio*: Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit: sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur.

²⁰ Deutsch: „Eine Grunddienstbarkeit kann nicht in einem Tun bestehen“.

²¹ Vgl. *D. 33,2,1 Paulus libro tertio ad Sabinum*; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 443; *Mayer-Maly*, Römisches Recht, S. 97.

²² Vgl. nur *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 444.

²³ Bewusst soll hier untechnisch von Typengebundenheit die Rede sein, um eine Assoziation mit den modernen Rechtsbegriffen Typenzwang, Typenfixierung, Typizität oder *numerus clausus* zu vermeiden. Zu der Abgrenzung dieser Begriffe s. 3. Teil, B. III.

²⁴ So *Honsell/Fagnoli*, Römisches Recht, S. 92; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 183; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 441; *Watson*, Law of Property, S. 176. *Mayer-Maly* hingegen beschreibt die Frage, ob im klassischen Recht Typengebundenheit herrschte, als umstritten, in Römisches Recht, S. 97. Unklar bleibt die Stellungnahme bei *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, S. 218, wo zwar die klassische Einteilung der Servituten in *iura praediorum rusticorum* einerseits und *iura praediorum urbanorum* andererseits betont wird, aber auch darauf hingewiesen wird, dass atypische Formen von Servituten zulässig waren; es bleibt indes offen, ob sich letztere Aussage erst auf die Zeit *Justinians* bezieht.

²⁵ *Gaius Inst. 2, 14*; *Just.*, in: Brieskorn et al. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht, S. 493 ff.; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 441; *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, S. 218.

²⁶ Vgl. *D. 8,3,1pr. Ulpianus libro secundo institutionum*; *Inst. 2,3pr.*; hinzu traten in späterer Zeit weitere Formen von Feldservituten. Für einen Überblick vgl. *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 441 f.

Daß ein Grabmal nur bis zu einer bestimmten Höhe aufgeführt werde, kann durch die Bestellung einer Dienstbarkeit nicht gesichert werden, weil an etwas, das nicht mehr menschlichem Recht unterliegt, keine Dienstbarkeit bestehen kann. Ebenso kann nicht einmal eine Dienstbarkeit des Inhalts Bestand haben, daß nur eine bestimmte Anzahl Menschen in einer Grabstätte beerdigt werden dürfe.²⁷

Es kann hiernach also weder eine Servitut in Form der städtischen Dienstbarkeit *altius tollendi* bestellt werden, durch welche die zulässige Höhe eines Grabmals beschränkt wird, noch kann im Wege der Servitut eine Belegungshöchstgrenze für ein Grab festgelegt werden.

Ob *Javolen* hier jedoch tatsächlich die Typengebundenheit von Servituten beschreibt, ist zweifelhaft. Die von ihm gegebene Begründung seiner Ansicht, dass nämlich etwas, das nicht menschlichem Recht unterliegt, nicht Gegenstand einer Servitut sein könne, spricht eher dafür, dass er die Ausgestaltungsmodalitäten von Gräbern aufgrund ihrer Heiligkeit als etwas ansieht, das menschlichem Recht im allgemeinen unzugänglich ist (*desinere* kann übersetzt werden als „aufhören“, d.h. das Grundstück, auf dem das Grabmal errichtet ist, hat – wörtlich übersetzt – aufgehört, menschlichem Recht zu unterliegen). Dass Gräber dann auch nicht Gegenstand von Servituten sein können, wäre bloße Konsequenz ihres Charakters als einer rechtlichen Regelung nicht zugänglicher *res sanctae*, und nicht etwa Ausprägung einer besonderen servitutenrechtlichen Regel.

Jedenfalls wird die Strenge einer Typengebundenheit der Servituten auch von solchen Vertretern der Literatur, die diese grundsätzlich annehmen, stets relativiert und es wird betont, dass sie schon durch die klassischen Juristen durchbrochen wurde, die auch den anerkannten Typen lediglich ähnliche Konstellationen immer wieder zuließen²⁸. Einige Autoren zweifeln sogar an der Existenz von Typengebundenheit überhaupt.²⁹ *Rainer* etwa kommt nach der Auswertung zahlreicher Digestenfragmente zu dem Schluss, dass es eine Typengebundenheit im Sinne einer inhaltlichen Beschränkung nicht gab, sondern es den römischen Juristen einzig um die Einhaltung der allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen bei Servituten ging, also etwa der Erfordernisse der Vorteilhaftigkeit für das herrschende Grundstück oder der hinreichenden Nachbarschaft zwischen den Grundstücken.³⁰

²⁷ Übersetzung nach *Behrends et al.* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*, Bd. II, S. 699.

²⁸ *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, *Römisches Recht*, S. 183; *Kaser*, *Römisches Privatrecht I*, S. 441; *Kaser/Knütell/Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, S. 218 f.

²⁹ *Bürge*, *Römisches Privatrecht*, S. 157; *Rainer*, in: FS Anikum, S. 415, 416 unter Verweis auf die Monographie von *Giuffrè*, *L'emersione dei „iura in re aliena“*.

³⁰ In: FS Anikum, S. 415, 419. In eine ähnliche Richtung weisen auch *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, wenn sie von einem „Verwischen der Grenze zwischen Konsequenzen der Typizität und allgemeineren Grundsätzen“ sprechen, in *Römisches Recht*, S. 183 Fn. 3. Diese Erklärung überzeugt zum Beispiel für die Stelle *D. 8,1,8pr. Paulus libro quinto decimo ad Plautium*, welche auch immer wieder als Hinweis auf eine bestehende Typengebundenheit im römischen Recht angesehen wird, etwa von *Bormann*, *Wettbewerbsbeschränkungen*, S. 26, Fn. 65; *Mayer-Maly*, *Römisches Recht*, S. 97.

Register

- Änderung der tatsächlichen Verhältnisse 43–44, 223–231
- Ausgestaltung, privatautonome 9–14, 82–90
 - bei den römischen Servituten 9–14
 - des dinglichen Kerninhalts 83–86, 158–159, 221–222
 - im Rahmen der dinglichen Einigung 82–90
 - von dinglichen Nebenabreden 86–89, 159–161, 221
- Auslegung von Grunddienstbarkeiten 44–64
 - Maßstab 55–63
- Ausübungsbereich 159–161

- Baulast 36–38
- Begleitschuldverhältnis *siehe* Gesetzliches Begleitschuldverhältnis
- Beschränkte persönliche Dienstbarkeit 31, 32
- Beschränktheit 27–31
- Bestimmtheitsgrundsatz 83–86, 154–162
 - je-desto-Formel 155–157

- Civiliter uti*, Grundsatz 99–101

- Dingliches Recht 75–90, 113–117
 - Abgrenzung zum gesetzlichen Begleitschuldverhältnis 113–117
 - beschränktes dingliches Recht *siehe* Beschränktheit
 - Dingliches Recht und Absolutheit 80–81
 - Dingliches Recht und Sachenrecht 76–78
 - „Wesen der Dinglichkeit“ 78–79
- Drittinteressen 166–172
 - Interessen Realberechtigter 168–170

- Droit constant* 23–26

- Eintragungsvoraussetzungen, grundbuchrechtliche 83
- Erbbaurecht 94–95

- Gesetzgebungsgeschichte 14–21
- Gesetzliches Begleitschuldverhältnis 93–117, 139, 152–153
 - Herleitung 93–105
 - Inhalt 105–110
 - Wirkweise 111–113
- Grundbucheintragung 90–92
- Grunddienstbarkeiten, wettbewerbsbeschränkende 193–196, 216–220
 - *siehe auch* Unterlassungsdienstbarkeit

- Handlungspflichten, positive *siehe* Leistungspflichten, positive

- Inhaltsfreiheit, Grundsatz der 5–6
- Inhaltskontrolle 129–132, 197–202

- Kontinuität 23–26
 - *siehe auch droit constant*
- Kostentragungspflichten 211–213

- Leistungspflichten, positive 8–9, 88–89, 124–125, **173–183**, 205–216
 - *siehe auch servitus in faciendo consistere nequit*, Grundsatz
 - Auf dinglicher Ebene 173–176
 - Auf Ebene des Begleitschuldverhältnisses 176–182
 - Beseitigung natürlicher Zustände 213–214
 - Einmalige Handlungen 206–208
 - Mitwirkungspflichten 214–216

- Schonungs- und Unterhaltungspflichten 178–182, 208–212
- Nachbarrecht, *pactiertes* 64–72
- Natur- und Umweltschutz 231–236
- Nichtigkeit 193–196
- Nießbrauch 31, 32–36, 94–95
- Numerus clausus* *siehe* Typenzwang
- Prinzipien, sachenrechtliche 143–166, 167–168
 - als Optimierungsgebote 135–136
- Privatautonomie im Sachenrecht 148–149
- Publizitätsprinzip **162–166**, 170
- Rezeption des römischen Servitutenrechts 14–21
- Schonungspflichten 180–182, 208–212
- Servitus in faciendo consistere nequit*, Grundsatz 8–9
- Servituten (römisches Recht) 7–14
 - *perpetua causa* 8
 - *utilitas* 8, 152
 - *utilitas* *siehe auch* Vorteil
 - *vicinitas* 8
- Sicherungsgrunddienstbarkeit 119–120
- Sukzessionswirkung 110–113
- Trennungs- und Abstraktionsprinzip **137–140**, 194–196, 198
- Typenfixierung *siehe* Typenzwang
- Typengebundenheit 9, 15–18
 - *siehe auch* Typenzwang
- Typenzwang 9, **140–153**, 170
 - im römischen Recht 9
- Unterhaltungspflichten 178–180, 208–212
- Unterlassungsdienstbarkeit 158–159, **183–190**, 216–219
- Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse *siehe* Änderung der tatsächlichen Verhältnisse
- Verdinglichte Wirkung *siehe* Gesetzliches Begleitschuldverhältnis, Sukzessionswirkung
- Verkehrssicherungspflichten 209–211
- Vorteil 6, 68–71, 149–153, 219–220
 - *siehe auch* Servituten (römisches Recht), *utilitas*
- Wettbewerbsrecht 192–204, **202–204**