

Buch 3

Sachenrecht

Abschnitt 4

Dienstbarkeiten

Titel 1

Grunddienstbarkeiten

Vorbemerkungen § 1018

ÜBERSICHT

I. Grundsätze, Begrifflichkeit, Strukturen	1–23	1. Römisch-rechtliche Vorgaben	38–40
1. Begriffsbildung	1, 2	2. Partikularrecht (18./19 Jh)	41–45
2. Grundprinzip	3–13	3. Konzeption des Vorentwurfs	46–54
a) Dinglichkeit der Befugnis	3–5	a) Gesamtstruktur	46, 47
b) Dienstbarkeiten und Vollrecht	6–9	b) Charakteristika	48–51
c) Dienstbarkeiten als Teilrecht	10–13	aa) Vierteilung	48
3. Normenstruktur	14–20	bb) Konzeptionelles	49–51
a) Detailbetrachtungen	14–17	c) Rechtstrias	52
b) Grundsatzopposition	18–20	d) Einzelfragen	53, 54
4. Typenausfällung	21–23	4. Änderungen bei den Beratungen	55–57
a) Grunddienstbarkeit (§§ 1018-1029)	21	a) Erste Kommission	55
b) Nießbrauch (§§ 1030-1089)	22	b) Konkordanz	56
c) Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090-1093)	23	c) Zweite Kommission	57
II. Abgrenzungen	24–37	5. Entwicklungsgang des BGB	58–60
1. Schuldrechtliche Vereinbarungen	24, 25	IV. Abschnittsstruktur	61–70
2. Baulasten	26–28	1. Dienstbarkeiten iES	61–63
3. Reallasten	29	2. Dienstbarkeiten iwS	64–67
4. Altrechtliche Dienstbarkeiten	30	3. Begleitschuldverhältnis	68–70
5. Nachbarrecht	31	V. Rechtsvergleich	71–93
6. Erbbaurechte	32	1. Frankreich	71–74
7. Dauerwohnrechte	33	2. Österreich	75–78
8. Selbstständige Gerechtigkeiten	34	3. Schweiz	79–82
9. Mitbenutzungsrechte	35, 36	4. Italien	83, 84
10. Altenteilsrechte	37	5. Niederlande	85, 86
III. Rechtsgeschichte	38–60	6. DDR-Rechtsordnung	87
		7. England und Wales	88–90
		8. Vereinigte Staaten	91–93

Schrifttum: J Kohler, Dienstbarkeiten alter und neuer Zeit, RheinZ 3 (1911), 409; Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, AcP 103 (1906), 155; H Westermann, Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum: eine Darstellung der subjektiv dinglichen Rechte und Pflichten im Bodenrecht, 1942; Hub, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, Diss Tübingen 1966, S 1-18; Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte (Schweiz), Bern 1986; Just, Das System der dinglichen Nutzungsrechte im römischen und im geltenden deutschen Recht, in: Festschr für Trusen, 1994, S 495-498, 504-507 [I 1-3 u II 1a]; R Stürner, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994), 265; Heß, Dienstbarkeit und Reallast im System dinglicher Nutzungs- und Verwertungsrechte, AcP 198 (1998), 489; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? [JP 105], 2006, S 197-215, 405-448, 451-460, 472-478, 484-488, 505-517, 556-564; Schmolke, Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht, WM 2010, 740; C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts [JP 170], 2013, S 35-251 (Historie, Vergleich, Dogmatik); Ulshöfer, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis [BR 443], 2015.

Historie: C Möller, Die Servituten: Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht, 2010; C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts

[JP 170], 2013, S 35-143, insbes S 38 f, 46-49, 57 f, 63 f [Römisches Recht], S 71-75 [Deutsches Recht], S 83 f, S 92 f [Rezeption], S 114-118 [BGB-Konzeption]; Rein, Altrechtliche Grunddienstbarkeiten [BR 523], 2021.

Auswahl zur Baulast: Zopfs, Dienstbarkeiten und bauliche Ordnung, Diss Münster 1962 u BfGBWR 1962, 193 u 214; Peus, Das Rechtsinstitut der Baulast, 1969; David, Die Baulast als bauaufsichtliches Instrument, 1970; Krawietz, Die Baulast als Rechtsinstitut, DVBl 1973, 605; Hagedorn, Die privatrechtlichen Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Baulast, 1985; Döring, Die öffentlich-rechtliche Baulast und das nachbarliche Grundverhältnis, 1994; Schwarz, Inhalt und Anwendungsbereich der Baulasten, 1994; Steinkamp, Das Verhältnis von Baulast und Dienstbarkeit, MittRhNotK 1998, 117; Schwarz, Baulasten im öffentlichen Recht und im Privatrecht, 1995; Masloh, Zivilrechtliche Aspekte der öffentlich-rechtlichen Baulasten, NJW 1995, 1993; Meinecke, Die zivilrechtliche Bedeutung der Baulast; Horst, Nachbarliche Wechselwirkung zwischen Grunddienstbarkeit und Baulast, DWW 2000, 110; Kraft-Zörcher, Die überlastete Baulast, NotBZ 2017, 130; Möller/Gotthelf, Zum Anspruch auf Bewilligung einer Baulast aus einer Grunddienstbarkeit, BauR 2020, 1219.

I. Grundsätze, Begrifflichkeit, Strukturen

1 1. **Begriffsbildung.** Dienstbarkeiten (und zwar iwS nach Rz 12 (ii)) sind **beschränkte dingliche Rechte**, die auf „Nutzung“ einer Sache oder eines Rechts (oder Belassen einer Sache) gerichtet sind. Durch die **Dinglichkeit**, sie dient der „unmittelbaren Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person“¹, unterscheiden sie sich von den obligatorischen Nutzungsrechten (Miete, Pacht, Leihe: Rz 24 iVm § 1018 Rz 160). Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind nur an Grundstücken möglich; Nießbrauch auch an Fahrnis und an Rechten. Grunddienstbarkeiten sind prinzipiell ewig², weil Grundstücke nicht untergehen (zumindest im Regelfall – Gegenbeispiel: Abspülung³); beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Nießbrauch vorgesehen auf Lebenszeit⁴ (Ausnahmen: §§ 1059a-d; 1092 Abs 2/3). Die Nießbrauchsausübung ist anlagegemäß aber überlassbar (§ 1059 Satz 2), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann immerhin überlassbar gestellt werden (§ 1092 Abs 1 Satz 2); für die Grunddienstbarkeit fehlt eine Regel, man toleriert aber hier sehr großzügig die Drittmittelnutzung, falls der Rechtsinhalt sie deckt (§ 1018 Rz 145 – zB Wegerecht für Besucher). Dienstbarkeiten betreffen *einzelne* Nutzungen (§§ 1018, 1090 Abs 1); der Nießbrauch erfasst prinzipiell *sämtliche* Nutznießung (§ 1030 Abs 1) und zusätzlich das Besitzrecht (§ 1036 Abs 1), einzelne Nutzungen können ausgeschlossen werden (§ 1030 Abs 2), was möglicherweise Abgrenzungsprobleme heraufbeschwört (§ 1030 Rz 22-24). Ein Wort vorab noch zur dogmatischen sachenrechtlichen **Typenfindung**⁵:

2 Die drei Rechte scheinen mithin durchaus divers; das BGB fasst diese zwar unter einen **gemeinsamen Oberbegriff** („Abschnitt 4. Dienstbarkeiten“ [§§ 1018-1093]), es sind dieses trotzdem **selbständig „konstruierte“ Rechtstypen**⁷ (trotz der Überschrift von Abschnitt 7 [„Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld“], welche hierbei genau anders herum ansetzt: schon mit „Trias“ im Titel: Vor § 1113 Rz 1 u 8). Man liest im Titel aus guten Gründen keine Einzahl, sondern völlig richtig Plural („Dienstbarkeiten“⁸); bei genauerer Betrachtung freilich liegen nur **inhaltlich zwei Grundtypen** vor, denn Grunddienstbarkeit (Titel 1) und beschränkte persönliche Dienstbarkeit

1 RGZ 53, 98, 100.

2 BGH NJW 1974, 2123, 2124 [c] {20}; KG GE 2019, 1179 [III 1] {38}.

3 BGHZ 41, 209, 215 [2] {15} (obiter).

4 Bestellung „auf immerwährende Zeiten“ bedeutet aber kein Oxymoron, meint bloß die lebenslang wirkende Bestellung (BGH WM 1985, 808, 809 [3] {11} = NJW 1984, 2474).

5 C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts [JP 170], 2013, nennt dies geschickt – übergreifender – Typizität: beschrieben „als Maß rechtlicher [!] Vereinheitlichung“ (aaO S 7 f) – abgrenzend im Verhältnis zu Typenfixierung (aaO S 24-26 iVm 12-18) und Typenzwang (aaO S 24-26 iVm 18-24).

6 Urfassung: 5. Abschnitt – wurde geändert durch Art 1 Abs 1 Nr 65 des Gesetz[es] zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl I Nr 61 S 3138 (3169) [in Kraft ab 01.01.2002 (Art 9 Abs 1 Satz 3)], das ergänzend die amtlichen Paragraphenüberschriften eingeführt hat: Art 1 Abs 2 Satz 3 bzw BGBl I Nr 61 S 3203.

7 Dieses sieht klar KG JFG 1 (1924) Nr 103, S 414, 415. Eher missverständlich hier BayObLGZ 1972, 364, 367 mit DNotZ 1982, 438, 440/441 [3a]: Unterarten.

8 Mot III S 475 = Mugdan III S 265: „Gattungsnamen“.

(Titel 3) unterfallen derselben Formung⁹; die Klammer bewirkt systematisch § 1090 Abs 2 (§ 1018 Rz 3, § 1090 Rz 40-42). Die Inhalte sind dieselben (§ 1018 Rz 43-47 bzw § 1090 Rz 17-20), klarer getrennt werden nur einfach die **subjektiv-dingliche** (§§ 1018-1029 – näher unten Rz 21) und **subjektiv-persönliche** (§§ 1090-1093 – näher unten Rz 23) Erscheinungsform¹⁰, welche das Gesetz idR sonst parallel führt (§ 1094 bzw § 1105), etwas räumlich voneinander (vgl dazu erg noch Rz 4 f, 18). Dagegen steht mit völlig eigenen Regeln (Rz 1 mit § 1018 Rz 57 [aa]), aber immerhin doch auch Optionen (§ 1018 Rz 62 f, 70 f), der **Nießbrauch** als Rechtsform (Titel 2 / §§ 1030-1089). Schöner wäre gewesen eine (Gesamt-) Überschrift mit „Dienstbarkeit [Singular!] und Nießbrauch“ oder uU auch „Dienstrecht [versucht die „Eindeutschung“ von Servitut] und Nießbrauch“. Dies stört jedoch heute kaum.

2. Grundprinzip. – a) **Dinglichkeit der Befugnis.** Dienstbarkeiten formen beschränkte dingliche Rechte (Rz 1). Das impliziert ein Doppelpes: (i) Es geht um **dingliche Positionen** mit Wirkungen gegenüber jedermann (vielleicht nicht aktuell, sondern quasi wachsam (alert), potentiell – jene „Außenweltbeziehung“ wird maßgeblich erst bei Gefährdung und Verletzung; es gibt keinen „Anspruch gegen jedermann“ – **Abwehrfunktion**); dazu tritt eine rechtlich begründete, dauerhaft gestaltete Befugniszuweisung („Innenweltbeziehung“ – **Gewährfunktion**), die gerade bei Dienstbarkeiten häufig offensichtlich erscheint (jedenfalls bei positiver Befugniszuweisung: Dulden, Fruchtziehung, Besitz; verborgener beim Unterlassen). Jenes ist die Sicht **vom „autonomen“ Teilrecht aus** (vgl Rz 10-13) und definiert, was „gewonnen“ ist. (ii) Es geht um **beschränkte Positionen im Vergleich zum Eigentum als Vollrecht** (vgl Rz 6-9); das beschreibt, was „verloren“ ist und führt zur inhaltlich prägenden Komponente, wogegen die erstere funktionell ansetzt und insbesondere den Unterschied zur „gewöhnlichen“, bilateral schuldrechtlichen Beziehung herausstellt (das muss indes auch der dingliche Anspruch ableiten – § 194 Abs 1: „Recht, von einem anderen ... [etwas] ... zu verlangen“).

Sachenrecht ist einschlägig, um **Rechtsobjekte („Sachen“) individuellen Subjekten (Personen) zuzuweisen**. Folgeerscheinung der Beschränktheit der Dienstbarkeiten (Rz 1 u 3) ist aber zudem eine von vornherein bilateral gegründete Rechtsbeziehung zwischen Eigentumsinhaber („Restnutzer“) und dinglich „beschränkt“ Befugtem („Teilnutzer“). Deshalb lässt man mit Recht hieraus ein **gesetzliches (Begleit-) Schuldverhältnis** entwachsen (Rz 25 (iii) u 67-69 iVm § 1018 Rz 159 u § 1020 Rz 1-3 bzw Vor § 1030 Rz 13-15). Dies ist bloß „Nebeneffekt“, niemals der Kern des Rechtes. Das **dinglich angelegte Verhältnis zwischen diesen beiden Personen** erschöpft sich aber gemeinhin in der – natürlich dinglich wirkenden – Abgrenzung ihrer jeweiligen individuellen Rechtssphären (welche ihrerseits strukturell sachenrechtliche Teilbarkeit voraussetzt – Stichwort: Typenzwang; Rz 8 f). Von daher ist Sachenrecht immer naturgemäß **objektiv dingliches Recht**; das fokussiert den Belastungsgegenstand.

Der **Berechtigte mag unmittelbar selbst bezeichnet werden (subjektiv-persönliches Recht)** oder nur indirekt über die Inhaberschaft von Grundeigentum¹¹ (**subjektiv-dingliches Recht**). Die Grunddienstbarkeit (§ 1018) erzeugt so besehen also insoweit zweifach Dinglichkeit: aus der Perspektive des Eigentümers (so wie in §§ 1030 Abs 1, 1090 Abs 1) und der Perspektive des Berechtigten (im Unterschied zu §§ 1030 Abs 1, 1090 Abs 1). Anders gesagt: das subjektiv-persönliche Recht bleibt objektiv-dingliches Recht, es geht um eine grundverschiedene Betrachtung

9 Westermann/Gursky/Eickmann, SachR, 2011⁸, Rz 122.2: „Spielarten einer Rechtsform“; wohl auch Baur/Stürner, SachR, 2009¹⁸, Rz 3.38. AA einerseits (Rechtstrias!) RGZ 55, 270, 273; KG OLGE 2 (1901), 120, 120; KGJ 51 (1919) Nr 73, S 291, 292; JFG 1 (1924) Nr 103, S 414, 415 mit 417 = JW 1923, 760; Wilhelm, SachR, 2021⁷, Rz 1990; RGKR/Rothe Rz 2 – andererseits (Konglomerat?) München HRR 1937 Nr 1082. Letztlich auch Stuttgart Justiz 1964, 285, 286 [II 2/3]; gleich

im Inhalt, anders im Rechte.

Ein Flüchtigkeitsfehler bei KGJ 20 (1900) Nr A 29, S A 91, 94 u Düsseldorf RNotZ 2018, 543, 546 Rz 20 [II] {21}: sie unterschlagen den Nießbrauch!

10 Tertium non datur: BayObLG Rpfleger 1976, 250 Nr 209 [S 250 li Sp]; siehe auch schon BayObLGZ 1965, 267, 270 [II 1].

11 Wegen dieses Topos H Westermann, Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum, 1942, passim, insbes S 56-61.

tungsweise. **Grunddienstbarkeit und dienendes Grundstück** sind objektiv dinglich verkoppelt, **Grunddienstbarkeit und herrschendes Grundstück** sind subjektiv-dinglich verkoppelt¹²; letzteres kann entfallen (beschränkte persönliche Dienstbarkeit), ersteres muss bestehen, andernfalls fehlt die Natur als Sachenrecht. Man würde das missverstehen, wenn man etwa ein subjektiv-dingliches Recht als Rechtsbeziehung zweier Grundstücke ansähe. Bei (subjektiv-persönlichen) **Personalrechten** scheitert solches natürlich ohnehin, bei (subjektiv-dinglichen) **Realrechten** geht es bloß um eine Identifikation des Rechtsinhabers¹³. Sie erfolgt **variabel und flexibel mittels der Inhaberschaft am Grundeigentum**.

- 6 b) **Dienstbarkeiten und Vollrecht**. Das deutsche Sachenrecht ermöglicht dem Eigentümer eine weitgehende „**Abspaltung**“ von Befugnissen, welche prinzipiell rechtlich allumfassend wirken (§ 903). „Abspaltung“ von dem umfassenden Voll- und Herrschaftsrecht an einer Sache (scil. Eigentum bzw. dominium) versteht sich als Belastung¹⁴; „Belastung“ aber beschreibt bloß die „negative“ Perspektive des Vollrechts zutreffend. Dennoch ist für den Inhalt eines beschränkten dinglichen Rechts ganz entscheidend auch die **Rückkopplung** zum Vollrecht maßgeblich¹⁵: „Abspaltung“, sollte man meinen, charakterisiert – gleichsam im Positiven – die wesensbegründende Herrschaftsbefugnis des beschränkten dinglichen Rechts („**Eigentumssplitter**“¹⁶).
- 7 So ganz schlicht verhält das sich indes aber bei Dienstbarkeiten nicht. In concreto steht (regelmäßig) eine Duldungspflicht des Eigentümers in Wechselwirkung zum Inhalt der Befugnis (vgl. § 1004 Abs. 2), hier in Form der Dienstbarkeit¹⁷. Dabei muss man aber weiterreichend noch differenzieren (arg. Rz. 21): bei „**positivem**“ **Rechtsinhalt** (Benutzungsbefugnis: Var. 1) realisiert sich zwanglos eine spiegelbildlich ausgestaltete Herrschaftsbefugnis, quasi eine Art Übertragungsakt; bei „**negativem**“ **Rechtsinhalt** (Verbotsbefugnis: Var. 2; Rechtsausschluss: Var. 3) erschöpft sich der Zugewinn indes in einem Nutzungsverzicht auf Seiten des Eigentümers, es fehlt an einer inhaltsgleichen „Abspaltung“ hinsichtlich der Herrschaftsmacht zugunsten des Berechtigten¹⁸. Die Koppelung mit dem Vollrecht äußert sich allein im Nutzungsmehrwert „diesen Nichts“ für das berechnete Grundstück (subjektiv-dingliche Berechtigung) bzw. für den Berechtigten (subjektiv-persönliche Berechtigung), also quasi „über Bande“. **Relevant ist also der Mehrwert**, weniger der Verzicht. Und das steckt für die Grunddienstbarkeit im Grunde auch hinter § 1019, ist aber an sich schon inhaltlich innerhalb des (Dienstbarkeits-) Begriffes¹⁹ angelegt. Die damit einherge-

12 Eichler, SR-Institutionen I, 1954, S. 18; auch erg. Hamm OLGZ 1980, 270, 271 [II 2] {13}: „ihrem Wesen nach“.

13 So bezeichnet das vielleicht noch bildhafter Enn/Wolff/Raiser, SachR, 1957¹⁰, § 2 VI, S. 16 – es meidet im Ansatz mögliche „schuldrechtliche“ Anklänge, verhindert so Irritation.

14 Mot III S. 2 = Mugdan III S. 1. Sehr schön auch RG JW 1915, 141 re Sp. (Nr. 4) – arg. § 1019 („Wesensmerkmal“).

15 Vgl. auch Heß AcP 198 (1998), 489, 491/492 [I] u. 501/502 [IV pr.] u. Staud/Seiler (2012) Einl. SachR Rz. 19, die zusätzlich ein – wenn vielleicht auch untergeordnetes – Zuordnungselement für erforderlich halten.

Ganz ähnlich zwar insoweit auch Rieländer, Mehrstufige Belastungen, 2021, S. 75 ff. u. 154: „echte“ (rechtsproduzierende Belastungen – indes wird hier die Rückkopplung nicht so schön akzentuiert.

16 Ganz allg. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 91 ff., insbes. S. 97 [§ 4 I]. Wegen Rangbildung siehe Stadler AcP 189 (1989), 425, 428-430 [B I 2].

Heck, SachR, 1930, unterscheidet hier anschaulich

Generalrecht und Spezialrechte (§ 19 [4], S. 74) und bemüht hierzu den sog. Teilungsgedanken (§ 21 [1], S. 79); Baur/Stürner, SachR, 2009¹⁸, sprechen – wie hier – insoweit von Aufspaltung (Rz. 1.6) und Abspaltung (Rz. 3.23 u. 35).

Dazu hin (nur Auswahl) vgl. Wilhelm, SachR, 2021⁷, Rz. 58, 113, 121 ff.; Erman¹⁶/Wilhelmi Vor § 903 Rz. 2 („Eigentumssplitter“); Jauernig¹⁸/Berger Vor § 854 Rz. 6.

17 RGRK-BGB¹²/Rothe Vor § 1018 Rz. 1; Heß AcP 198 (1998), 489, 491 [I].

18 OLG München ZfIR 2015, 303 (LS); vgl. Stadler AcP 189 (1989), 425, 429.

19 Zur (subjektiv-dinglichen) Grunddienstbarkeit (§ 1018 Rz. 5 u. § 1019 Rz. 3-5): BGH WM 1967, 582, 584 [II B 2] {21}; NJW 1983, 115, 116 [2] {11}; FGPrax 2018, 245, 248 Rz. 27 [III 2b ff.]; BGHZ 225, 136, 145/146 Rz. 24 [II 2b dd. (3b bb)] ...

... bzw. zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit [beides als Formen von Teilnutzung] (§ 1090 Rz. 33-38); BGHZ 41, 209, 212 f. [2] {13}; NJW 1984, 924, 924 [2] {11}; NJW 1985, 1025, 1025 [II 1] {9}; MittBayNot 2009, 374, 374 Rz. 11 [II 2b vor aa].

hende Verknüpfung von Voll- und Teilrecht charakterisiert die Art der Rückkopplung²⁰. Siehe noch – historisch – dazu bei Rz 46.

Begrenzt wird die „Abspaltung“ der dinglichen Befugnisse durch **Typenzwang** und **Typenfixierung**²¹, die das Eigentum im Bereich der Dienstbarkeiten davor bewahren, zum nudum ius zu werden²². Dennoch sind Dienstbarkeiten im Verhältnis zum Vollrecht weitreichend und facettenreich ausgestaltbar²³. Das zeigen besonders §§ 1018, 1090 Abs 1, welche „nur“ eine **Art „Rahmen“ vorhalten**²⁴. Besonders zum Tragen kommt hierbei das symbiotische Zusammenspiel der **beiden zentralen Grundmaximen**: Während der (Typen-) Zwang den normativen Rahmen vorgibt²⁵, führt die weniger festgelegte (Typen-) Fixierung der Beschaffenheit im Einzelnen zu einem besonderen Spannungsverhältnis²⁶. Folglich sind die zulässigen Dienstbarkeitstypen im Lichte des **numerus clausus** geprägt von einer **kautelarjuristischen Ausgestaltungspraxis**²⁷.

Die Praxis betont gemeinhin stärker die Bindung, sieht dagegen etwas weniger, dass **Typenzwang bloß normative Außengrenzen** errichtet, konstruktiv durch Enumeration – anders gesagt: ein Mehr geht nicht und auch kein aliud. §§ 1018/1090, 1030, 1090 Abs 1 begründen also danach eher Schranken²⁸. Das Letztere wäre freilich ein schließlich doppelter Fehlschluss, denn sie schaffen einerseits zunächst doch nur Möglichkeiten, erweitern die Anzahl gesetzlich möglicher dinglicher Rechte um **Formen von Dulden und Lassen** bezüglich *tatsächlichem* Verhalten (Rz 7 iVm 10-13) – dies steht quer zum Haften (§§ 1105 Abs 1 Satz 1, 1113 Abs 1, 1191 Abs 1, 1199 Abs 1 – aber „mobiliar“ ganz parallel auch § 1204 Abs 1) und Binden (§ 1094 Abs 1) mit inhaltlich von vornherein fix beschriebenen Rechtsinhalten (Versteigerung; Vorrangerwerb) und Auslösemomenten (Nichtzahlung; Vorkaufsfall). Dort fehlen größere Spielräume (es gibt solche trotzdem, namentlich die Bestimmung der Summenhöhe; aber zB auch § 1097). Dulden und Lassen ist **andererseits deutlich vielfältiger**, prall wie das Leben, ohne feste Inhalte. Nach innen hin besteht bei Dienstbarkeiten (iWS gem Rz 12 (ii)) viel Gestaltungsraum von Parteiseite aus²⁹, sei dies durch positive (§§ 1018, 1090 Abs 1) oder negative (§ 1030 Abs 2) Regel. Typenzwang **meint gerade nicht praktische Innengrenzen**.

c) **Dienstbarkeiten als Teilrecht**. Teilrechte (iura in re aliena) zeichnen sich durch Abgrenzbarkeit einerseits und Zusammengehörigkeit andererseits aus: Maßgeblich sind hierfür Kategorisierungsmerkmale, die sich sowohl an der **Herrschaftsmacht** (Inhalt, Umfang) sowie auch an der **Zuordnung** (Inhaberschaft, Zuständigkeit) orientieren können³⁰. Vorliegend wird ersteres klar

20 Nicht wirklich zielführend daher Uhlshöfer, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis [BR 443], 2015, 559 (57 f).

21 Dazu grundlegend C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts [JP 170], 2013, S 12-26.

22 Mot III S 262 f = Mugdan III S 145.

23 NK-BGB⁵/Otto § 1018 Rz 2; MünchKommBGB⁸/Mohr Vorb § 1018 Rz 1; so auch schon Soergel¹³/Stürmer § 1018 Rz 2. H Lehmann, Unterlassungspflicht, 1906, S 157 will sogar danach grundsätzlich weiter kategorisieren.

24 Eichler, SR-Institutionen II/2, 1960, S 583 [C I 1]: „Rahmenbestimmung“; Staud/Weber (2016) Rz 2: „überraschend große Typenoffenheit“. Verkannt von Schmolke WM 2008, 740, 744 [IV 1].

25 Baur/Stürmer, SachR, 2009¹⁸, Rz 1.7 bzw R Stürmer AcP 194 (1994), 265, 275 [IV 1]; Typenzwang als „Bausteine“; Staud/C Heinze (2018 mit Nachtrag von 2021) Einl SachR Rz 124.

26 Andere sehen auch den Typenzwang schon „vermindert“; Wilhelm, SachR, 2021⁷, Rz 1953 („elastische Handhabung“).

27 R Stürmer AcP 194 (1994) 265, 267 f [II 1].

28 Im Duktus so insbes Stuttgart Justiz 1964, 285, 285

[II 1] im Anschluss an Dittus NJW 1954, 1825, 1825 [II] („steckt ... sorgsam die Grenzen ab“); wohl auch BayObLGZ 1964, 1, 3 [II 2a] („Für Rechte mit unbestimmtem ... Inhalt ist hier kein Raum“) u Nürnberg CuR 2017, 153, 155 li Sp [4] {51} („zwingend die inhaltlichen Grenzen ... vorgeben und ... zugleich von anderen Sachenrechten abgrenzen“) – ferner: Schleswig SchlHA 2012, 19, 21 [I 2c] {27}: keinerlei „Mischformen“ statthaft; Frankfurt aM OLGR 2005, 782, 782/783 {12} u München NJW-RR 2011, 1587, 1587 [II 1] {8}: erst recht auch keine „Erweiterung“. Rechtspolitisch dies kritisierend Heck, SachR, 1930, § 73 [11] (S 307): Schattenseite des Typenzwangs.

29 Dazu vgl C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts [JP 170], 2013, S 116/117 mit S 117 f.

30 Wegen Einteilungen siehe sehr anschaulich: Heck, SachR, 1930, § 20 [2-6], S 76 f; Enn/Wolff/Raiser, SachR, 1957¹⁰, § 2 III-VI, S 13-17; Staud/Seiler (2012) Einl SachR Rz 22. Plastisch die Übersicht bei Baur/Stürmer, SachR¹⁸ (2009), Rz 3.46 [Anh] iVm Rz 3.36 ff.

favorisiert (Rz 2). Euphemistisch soll die **Nutzung** dann als prägendes Charakteristikum auftreten³¹: Grunddienstbarkeit/beschränkte persönliche Dienstbarkeit als tatsächliche Verwendung des Grundstücks (originäre eigentumsrechtliche Befugnis [Soergel¹³/Baur § 903 Rz 11-14, 33] – usus); Nießbrauch als der umfassende Gebrauchsvorteil, der dann zudem auch die „rechtliche Verwendung“ mitumfasse (usus/fructus). Gemein sei mithin „den Dienstbarkeiten“ iSd vierten Abschnitts (§§ 1018-1093) eine **tatsächliche Gewalt** über die Sache selbst, die entweder in sach- oder in wertbezogener Hinsicht für den Berechtigten vorteilhaft ist – und zwar als „**Nutzungsobjekt**“ (in Abgrenzung zu den Verwertungs- bzw Pfandrechten: mittelbar ist die Sicherheit aus dem Substanzwert maßgebend³²). Der „Metabegriff“ der Dienstbarkeit stellt damit auf einen weit ausgelegten Nutzungsbegriff ab, um schließlich ein Miterfassen des Nießbrauchs zu ermöglichen. Der Preis ist, dass dogmatische Kontur verschwimmt.

- 11 Hierdurch gerät vergessen, dass § 1018 und § 1090 neben positiven ebenso negative Inhalte fixieren können (Rz 7). Die „Nutzung“ scheint den Anschluss nur lediglich bei § 1018 Var 1 („das Grundstück ... benutzen darf“) bzw § 1090 Abs 1 Teils 1 („das Grundstück ... zu benutzen“) mithin zu suchen – aber was ist mit dem Rest? Beim Nießbrauch wäre Negatives demgegenüber schon gar nicht Rechtsinhalt, sondern zurückbleibende normale Rechtsmacht des Eigentümers (§ 1030 Abs 2). Die Nähe von Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit ist nicht nur systemisch gewollt (§§ 1090 Abs 1 Teils 2 [Definition] u Abs 2 [Ausformung] – in greifbarer Abgrenzung zu §§ 1030-1089), sondern zusätzlich auch dogmatisch geprägt (Rz 2). Man sollte die beiden – Nießbrauch und Servituten – niemals über denselben Kamm scheren.

- 12 Man muss hierzu drei Ebenen unterscheiden: (i) Die **rechtstheoretische Metagruppierung** der dinglichen – beschränkten – Teilrechte am Grundstück (üblicherweise Verwertungs-/Nutzungs-/Erwerbsrechte). Hier mögen dann Vorstellungen von „Nutzung“ mit hineinspielen, man sieht das untechnisch („Erhaltsrechte“ wäre treffender, aber sprachlich nicht so schön ...³³). (ii) Die **legislative Gruppierung** als Ausdruck von Systematisierung und Strukturbildung. Wer einmal wahrnimmt, dass der Gesetzgeber bewusst Plural benützt („Dienstbarkeiten“, vgl Rz 2), wird zweifeln, ob man denn damit tiefgründig Systembildung intendierte, nicht eher doch nur Zusammenfassung aus Praktikabilität. Im Singular wäre folglich die **Dienstbarkeit iW** anzusprechen, die Nießbrauch dann nolens volens eben mit inkludiert³⁴. (iii) Die **rechtspraktische Minigruppierung**, dh die Anwendungsfälle „echter“ Dienstbarkeiten, somit also die weitere (Unter-) Teilung nach Benutzungsrecht (§ 1018 Var 1 bzw § 1090 Abs 1 Teils 1), Verbotsbefugnis (§ 1018 Var 2 bzw § 1090 Abs 1 Teils 2), Rechtsausschluss (§ 1018 Var 3 bzw § 1090 Abs 1 Teils 2), dies alles unter einem Dach (§ 1018³⁵). Insoweit darf es ohne weiteres davon Kombinationen oder Vermischungen geben³⁶ (Näheres: § 1018 Rz 59, 167 [Var 1]; 105 [Var 1/2], 92 [Var 2] – auch aller drei³⁷); es geht um **eine Dienstbarkeit iES** als insgesamt singulärer, dinglicher Rechtstypus.

31 Mot III S 475 = Mugdan III S 265 („in einem weiten und nicht ganz korrekten Sinne“); Heck, SachR, 1930, § 20 [3], S 76/77 mit § 23 [6], S 89 u § 73 [1], S 303; Enn/Wolff/Raiser, SachR, 1957¹⁰, § 105 I pr, S 420 mit § 2 III 1, S 13; RGRK-BGB¹²/Rothe Vorb § 1018 Rz 1; Baur/Stürner, SachR, 2009¹⁸, Rz 3.36.

So auch einmal nebenbei KGJ 51 (1919) Nr 73, S 291, 292; vgl auch erg BayObLG MittBayNot 2002, 113, 113/114 [II 2b (1)] {16}.

Richtigerweise viel vorsichtiger eingangs BGB § 520 Satz 1 [Sn/1863]: „Eigentümer ... etwas zu dulden oder zu unterlassen hat“ – sogleich „Kehrtwendung“ aufgrund BGB § 521 Teils 1 [Sn/1863]: „kann jede zum Vortheile des Berechtigten gereichende Art der Nutzungen einer fremden Sache Gegenstand einer Dienstbarkeit sein“.

32 Realisiert durch Verwertung (§§ 1147, 1228); Heck,

SachR, 1930, § 20 [4], S 77 hat daher einerseits Recht (Mittel zum Zwecke!), vermengt andererseits freilich Haftung mit Leisten (letztendlich lediglich „mittelbare“ Sachenrechte?).

33 Bei Verwertungsrechten erhält man zunächst nur Sicherheit, bei Erwerbsrechten nur Erwerbschancen, beide Male nicht also schon gegenwärtige („Nutzen-“) Befriedigung.

34 BayObLGZ 1972, 364, 367; DNotZ 1982, 438, 440/441 [II 3a] {18}; „Unterart der Dienstbarkeit“.

35 Sehr schön hierzu Eichler, SR-Institutionen II/2, 1960, S 583 [C I 1]: „Rahmenbestimmung“.

36 Anders uU jedoch KG HRR 1929 Nr 387: „Kategorisierungspflicht“ nach den drei Inhaltsmöglichkeiten [?].

37 München FGPrax 2019, 111, 111 [II 2a] {33 mit 48 aE} [bpD].

Die Dienstbarkeit als gleichsam „verselbständigt“ Teilrecht impliziert **eigentumsanaloge Rechtsschutzgewähr**. Das wird durch § 1027 mit seiner Inbezugnahme von § 1004 teilweise legislativ bestätigt; ein Umkehrschluss (aus Nichtnennen der Vindikation) ist nicht hieraus angezeigt. Über § 96 käme man dann immer doch zur Beeinträchtigung herrschenden Grundeigentums, man darf indes ebenso unmittelbar die Herausgabe aufgrund § 1027 begehren, wenn Vorenthalten auch beeinträchtigt (§ 1027 Rz 4); die Beschränkung des § 1004 Abs 1 Satz 1 Teils 1 („in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes“) gilt dafür just nicht (was dann insoweit auf eine gesetzliche Rechtsfolgeverweisung hinausläuft). Daneben greift genauso der Schutz über § 823 Abs 1 (Schutz „sonstiger“ Rechte) und § 823 Abs 2 (§ 1027 Rz 14).

3. **Normenstruktur.** – a) **Detailbetrachtungen.** Nießbrauch und Servituten huldigen zudem völlig anderer Struktur, sind schon von daher kaum zusammenzubringen, sondern auseinanderzuhalten. Die **Gliederung der Servituten ist subjektzentriert** (Rz 21 u 24 iVm 2). Der Nießbrauch bedenkt – gleichsam wie ein Chamäleon – Objekte jeder Erscheinungsform: körperliche (Titel 1: Sachen (§§ 1030-1067)) und unkörperliche (Titel 2: Rechte (§§ 1068-1084)), Grundstücke wie Mobilien (§ 1030 Abs 1: „Nutzungen der Sache“ – vgl auch erg §§ 1032/1033) und dazuhin Mischformen (Titel 3: Vermögen (§§ 1085-1088); Erbschaft (§ 1089)), welchen sonst das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot entgegenstünde. Die **Gliederung beim Nießbrauch ist objektorientiert**, also total anders, und verglichen mit „klassischer“ Dienstbarkeit, die lediglich Immobilien anspricht (so wie auch Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grund- und Rentenschuld), schließlich ein Fremdkörper.

Nun gibt es aber manch Verkopplung von beschränkter persönlicher Dienstbarkeit und Nießbrauch, die jedoch insgesamt solch systematisch eindeutige Trennung nicht widerlegt. Es geht um: (i) Die „abirrende“ Verweisung des **§ 1090 Abs 2** auf § 1061. Sie besagt letztlich nichts, man hätte dies auch gerne direkt ausformulieren können („§ 1029d“³⁸ – siehe etwa auch die Parallelität von § 1027 und § 1065, dazu auch § 1027 Rz 1 u 3); die Lebenszeitbegrenzung ist allemal zwar prägend, bei anderen subjektiv-persönlichen Rechten indes auch per Verweisung festgelegt (§ 1098 Abs 1 Satz 1 iVm § 473) oder schlicht implizit mitgedacht (§ 1105). (ii) Die ausnahmsweise Übertragbarkeit per **§ 1092 Abs 2** iVm §§ 1059a-d. Die Regeln wurden später zugesetzt, zum gleichen Zeitpunkt, mit gleicher Intention (§ 1092 Rz 14), da lag eine Verweisung nahe, welche noch im originalen Regelungssystem ermangelte (gilt cum grano salis auch für § 1092 Abs 3 Satz 4). (iii) Das Spezifikum dinglichen Wohnrechts. Stärker nießbrauchsorientiert scheint daher bloß am Ende das dingliche Wohnrecht mit **§ 1093 Abs 1 Satz 2** und Einbeziehung vieler Einzelregeln³⁹ (§ 1093 Rz 45 f). Das verschafft einer singulären Einzelausformung gewissen nießbrauchsartigen Anstrich – aber nicht mehr. Man hätte sonst die Reallast wegen § 1021 Abs 2 (Anlagenunterhaltung nach Reallastgrundsätzen) bei den Dienstbarkeiten am Ende ebenso mitregeln müssen. – Ferner steht auch immer bloß die „entsprechende Anwendung“ hier im Raum, dh Rückgriff nur sinngemäß so, dass der prägende Rechtstypus erhalten bleibt. §§ 1090-1093 bleiben darum allemal immer führend.

Ein Wort am Ende zur Normästhetik. Schöner wäre allemal hier gewesen, von vornherein zwei Abschnitte zu separieren (scil Servituten einerseits, Nießbrauch andererseits) und sodann im ersten die **§§ 1018-1029 mit §§ 1090-1093 zusammenzuführen**⁴⁰ – etwa durch eine Eingangsformulierung bei § 1018 Abs 2 [△ § 1090] mit einer unverfänglichen parallelen Legaldefinition wie folgt: „Ein Grundstück kann in gleicher Weise zugunsten einer bestimmten Person belastet werden (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Insoweit gelten speziell §§ 1029a-c [△ §§ 1091-1093]; im Übrigen finden die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 entsprechende Anwendung.“ Das führte die beiden Unterformen bewusst zueinander, folgte dem **Ansatz bei § 1094**,

38 Wegen „a-c“ siehe Rz 16.

39 §§ 1031, 1034, 1036, 1037 Abs 1, 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062.

40 AA hier jedoch BayObLGZ 1953, 80, 85 [II B 3] (freilich doch bloß implizit).

1105 und deutet die rechte Systematik, wie sie dem Normenplan letzten Endes am besten entspreche. Man muss Nießbrauch und Servituten trotz Rz 15 total getrennt sehen.

- 17** Die Gesetzessystematik ist allemal gesetzesgenetisch bedingt: man wollte tradierten Formen gehorchend Blöcke normieren: subjektiv-dingliche Rechte einerseits (§§ 1018-1029 – servitutes rerum) und subjektiv-persönliche Rechte andererseits (§§ 1030-1093 – servitutes personarum). Dabei sind indes dann Inhaltsnähe (§ 1018 und § 1090 Abs 1) und Parallelität der Normierung (§ 1090 Abs 2) für die sog „**Dienstbarkeit ieS**“ (von Rz 1 mit 12 (ii)) „unter die Räder“ gekommen, oder vielleicht eher: etwas aus dem Blick geraten. Usus und fructus (§§ 1030-1089) war römischrechtlich das ursprüngliche Institut subjektiv-persönlicher Nutzung, einfach nur usus (§§ 1090-1092) das spätere Abspalten singularer Nutzungen aus stärker praktischen Gründen, besonders mit dem Blick auf die habitatio (heute: § 1093); siehe noch bei § 1090 Rz 20. Hiergegen stehen die tradierten (Grund-) Servituten. **Römisch-rechtlich**⁴¹ (Gai 2,14, 3; Inst 2,3) ist auch die lang gebräuchliche, weitere Unterscheidung von städtischen Servituten (urbanorum) und ländlichen Servituten (rusticorum), zu letzteren rechnen namentlich klassischerweise (Dig 8,3,1 pr) Wegerechte (iter [Fußweg], actus [Viehtrift], via [Fahrweg]) und Erlaubnisrechte zur Wasserführung (aquae ductus), welche daraufhin allmählich ausgeweitet wurden. Das sind – im Anschluss an Dig 8,1,⁴² – auch die **gemeinrechtlich anerkannten Typen** (näher siehe unten Rz 37–39 bzw 40–44). Die heutige gesetzliche Abfolge ist damit einfach erklärbar: sie folgt der allmählichen historischen Typisierung (und Inst 2,3-5), dh von der Grunddienstbarkeit über den Nießbrauch zu den Wohnbenutzungen (inklusive allfälliger Erweiterungen)⁴³.

- 18** b) **Grundsatzopposition**. Einen radikalen Gegenentwurf hat Jens Thomas Füller vorgelegt⁴⁴: **ersatzlose Streichung** des gesamten Abschnitts (§§ 1018-1093) zugunsten eines ins Schuldrecht einzustellenden eintragbaren Pachtrechts. Das BGB-System sei historisch geprägt, aber aktuell unhandlich (S 561: „Die Vielfalt der Dienstbarkeiten bildet ein hypertrophes System.“). Möglich wären zum einen demnach (sachenrechtliche) **Verdichtung** („Monismus“ mit Nießbrauch als Passepartout) oder – radikaler – eben andererseits (schuldrechtliche) **Verschiebung** zur Verhinderung diffuser Gemengelagen (iSv Rz 27). Eigentlich stecken hierhinter diese beiden Ansätze zusammen, denn die Dienstbarkeit ieS (gem Rz 12 (iii)) spielt keine nähere Rolle, Füller konzentriert sich vordergründig auf einsichtigere Parallelen zwischen **Pachtrecht und Nießbrauch**⁴⁵ (und streift en passant das dingliche Wohnrecht⁴⁶). Die *Einzelnutzung* ohne Vertragsband gerät infolgedessen arg vorschnell ins Hintertreffen.

- 19** Kann aber eine postmoderne vernetzte Gesellschaft ohne dingliche Wege- und Leitungsrechte auskommen? Wie will man denn Verbotungsrechte und Nachbarsausgleich insoweit „pachtrechtlich“ abbilden? Man kommt zudem auch nicht umhin, einen Sukzessionsschutz zu gewährleisten. Falls man das ganze Sachenrecht mit der Abrissbirne einmal „plattgemacht“ hat, dann stört wohl der **Schritt zum „verbrieften“ (grundbuchmäßigen) Schuldrecht**⁴⁷ letzthin auch nicht mehr wirklich. Und wenn man noch weitergehen will, genügt gar demnächst die Dokumentation (vielleicht sogar in einer „Blockchain“?). Nur kehrt man damit faktisch zum **früheren Zustand globaler „Verbücherung“ jedweder Befugnisse** zurück; der BGB-Fortschritt lag doch just darin, beliebige Typenvielfalt zurückzunehmen und Typisierung zu garantieren. Die Dienstbarkeit ieS

41 Dazu aufschlussreich Just, in: Festschr für Trusen, 1994, S 493, 494-498 [I 2 u 2].

42 Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

43 Näheres wegen der Binnenauffächerung („Inhalts-trias“ der Dienstbarkeit) bei Rz 21 mit Fn 50.

44 Eigenständiges Sachenrecht [JP 104], 2006, S 556 ff. Ganz ähnlich vorher auch bereits Säcker, in: Festschr für Boguslavskij, 2004, S 805, 810/811 [II 3] mit S 818 [IV 2.11].

45 Ebd S 561-563.

46 Ebd S 564.

47 Ebd S 556-558.

mit klaren Außengrenzen (Rz 2, 8, 21–23) und gleichzeitig innerer Flexibilität (Rz 9 iVm § 1018 Rz 43–47, aber vgl auch 51 aE) löst diese Spannung recht schlau⁴⁸.

Typenzwang und -fixierung (jene letztere mit insoweit ja inhaltlich bemerkenswerten Freiräumen, vgl Rz 8 f, 11 f) sind aber ein Dorn auch bei **ökonomischer Einschätzung** des vorgeformten Sachenrechts⁴⁹. Sie stört allemal schon die grundsätzlich eingeschränkte Verfügbarkeit (hindert das Handeln mit „property rights“ – das fokussiert von vornherein §§ 1090–1093 – aber: § 1092 Abs 1 Satz 2 sowie vor allem Abs 2 u 3!) bzw die Preisüberhöhung bei der Grunddienstbarkeit (letztlich Grundstückserwerb notwendig). Dagegen sollte das offen gestaltete Recht als solches jedoch insgesamt gut wegkommen. Im Grunde wäre allein insoweit die „immobiliare „Verankerung“ (§ 1019) bestreitbar. Jene impliziert aber dezidiert regionale Konflikte, welche weder Märkte noch (rationale) Preise indes kennen, sondern Probleme und Lösungen fordern⁵⁰. Es geht eher um **ökonomische Scheingefechte**, denn ernsthaft legislativen Ratschlag. Was problematisch war, ist längst nachgebessert worden (§ 1092 Rz 1 f mit 15 ff).

4. **Typenausfällung. – a) Grunddienstbarkeit (§§ 1018–1029).** Normsystematisch ist Ausgangspunkt die subjektiv-dingliche Gestaltung. Die Grunddienstbarkeit muss dem herrschenden Grundstück vorteilhaft sein (§ 1019: „praedio utilis“; „utilitas fundi“) und gilt darum eigens als dessen Bestandteil (§ 96). In der Praxis dient die Grunddienstbarkeit meistens der Gestaltung nachbarlicher Verhältnisse (Wege-/Leitungsrechte, Baubegrenzungen), in neuerer Zeit auch der Sicherung gegen Wettbewerb. Das Gesetz ist bemüht, die Freiheiten etwas einzuhegen und beschreibt enumerativ Anwendungsfälle (ohne sie aber strukturell ihrerseits weitergehend als „Mintypen“ oder Subformen zu begreifen iSv Rz 12 (iii) mit § 1018 Rz 43–47 bzw § 1090 Rz 17–19): – aa) **Benutzungsinhalt (Var 1)**. Der jeweilige Eigentümer des sog herrschenden Grundstücks darf das sog dienende Grundstück benutzen. – bb) **Verbotsinhalt (Var 2)**. Auf dem dienenden Grundstück dürfen gewisse (gemeint: einzelne) Handlungen nicht vorgenommen werden. – cc) **Ausschluss von Rechten (Var 3)**. Es darf ein Recht nicht ausgeübt werden, das sich aus dem Eigentum am dienenden Grundstück dem herrschenden Grundstück gegenüber ergibt. Die Reihung folgt hierbei der allmählichen historischen Entwicklung⁵¹ – vermutlich ganz unbewusst.

b) **Nießbrauch (§§ 1030–1089).** Er ist das umfassende (im Rahmen des § 1030 Abs 2 gewissermaßen lediglich „punktuell“ einschränkbare) dingliche Sach- oder Rechtsnutzungsrecht auf Frucht, Gebrauchsvorteile, Besitz (vgl § 100 bzw § 1036 Abs 1); Sachzugriff ist mit der Dienstbarkeit iES nicht allzeit verbunden (aber: § 1018 Var 1 einerseits, § 1029 andererseits). Der Nießbrauch ist unvererblich und grundsätzlich unübertragbar (§§ 1061; 1059 Satz 1), indes durchaus zur Ausübung überlassbar (§ 1059 Satz 2: „Nutzung per Drittem“). Er dient meist Versorgungszwecken (der Erblasser vermacht zB einem Angehörigen den Nießbrauch an seinem Vermögen; **Versorgungsnießbrauch**: Vor § 1030 Rz 6) oder bezweckt auch, einen Gläubiger zu sichern (**Sicherungsnießbrauch**: § 1030 Rz 36 f). Er bot noch einst zusätzliche steuerrechtliche Privilegien (**Zuwendungsnießbrauch**⁵²) und kann heute noch immer helfen, Schenkungssteuer bewusst zu drücken (**Vorbehaltsnißbrauch** mit multiplem Ausschöpfen der gewährten Freibeträ-

48 Anders sieht jenes Füller, ebd S 558–560: „Der Typenzwang ist jedoch eine Überreaktion auf dieses Problem“ (S 559) – letztendlich sehr unhistorisch. Näheres siehe bei C A Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts [JP 170], 2013, S 12 ff iVm S 116–118 bzw 228 ff, insbes S 233–235: Tendenzen zunehmender Typizität.

49 Insbes Schmolke WM 2008, 740, 742 ff [III „versus

V] – geschlagen dabei wird der Typenzwang, ohne überhaupt die Freiräume zu vermerken.

50 Deswegen zieht Schmolke WM 2008, 740, 745. [IV 2] – wenig plausibel – genau hier die maßgebende Grenzlinie – hony soit, qui mal y pense.

51 C Möller, Servituten, 2010, S 387.

52 BFH NJW 1991, 22 (LS); vgl zum alten Recht anstatt vieler Michel DStR 1986, 462.

ge⁵³). – Siehe auch Vor 1030 Rz 25 sowie erg zudem § 1068 Rz 23. Es gibt aber keinen (dinglichen) **Verfügungsnießbrauch**: § 1030 Rz 35.

- 23 c) **Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090–1093)**. Sie kann genau denselben Inhalt haben wie die Grunddienstbarkeit⁵⁴ (gem Rz 12 (iii) u 21 – jenes verklausuliert etwas § 1090 Abs 1, vgl § 1090 Rz 18–21). Rechtsinhaber ist jedoch nicht der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks, sondern eine bestimmte Person, deren persönliches Bedürfnis zudem auch – gemeinhin zumindest – noch den weiteren Umfang bestimmt (§ 1091 – Zweifelsregel!). Sie wirkt daher als **subjektiv-persönliches Recht**, ist unvererblich und unübertragbar (§ 1090 Abs 2 iVm § 1061 bzw § 1092 Abs 1 – gewisse Ausnahmen bringen § 1092 Abs 2/3). Die Schranke des § 1019 gilt für sie nicht, wohl aber fast alle weiteren gesetzlichen Vorgaben (§ 1090 Abs 2: §§ 1020–1029 mit Ausnahme von § 1025). Praktisch kommen in Betracht Nutzungs- und Ausbeuterechte aller Art (zB Fernleitungen, Pipelines, Wasserleitungen, Stromtrassen), Sicherung privatrechtlicher Bauvorschriften (zB für Wohnungsbau- und Siedlungsunternehmen), Wohnungsbesetzungsrechte, Wettbewerbs- und Gewerbeverbote etc; als eine Sonderform wird das **dingliche Wohnrecht** (§ 1093) noch dezidiert angeführt (seinerseits wiederum abzugrenzen vom Dauerwohnrecht gem WEG §§ 31 ff, Näheres gleich unten Rz 33 mit § 1093 Rz 5).

II. Abgrenzungen

- 24 1. **Schuldrechtliche Vereinbarungen**. Dienstbarkeiten sind privatrechtliche *dingliche* Grundstücksbelastungen zur (Nicht-) Nutzung von Grundstücken (im Unterschied zu Verwertungsrechten u Erwerbsbefugnissen). Doch können auch schuldrechtliche Vereinbarungen – uU auch parallel zur Dienstbarkeit – ein Nutzungsrecht gewähren (zB §§ 535, 581, 598 – vgl § 1018 Rz 160) oder Unterlassungspflichten begründen (§ 241 Abs 1 Satz 2 iVm § 311 Abs 1). Die Parteien profitieren bei der schuldrechtlich konzipierten Ausgestaltung von grundsätzlicher Privatautonomie, sind nicht etwa an die im Sachenrecht geltende Typenfixierung gebunden (vor allem die Entgeltlichkeit kann nicht zum dinglichen Rechtsinhalt gemacht werden⁵⁵); ihre Sonderrechtsnachfolger werden nicht ohne weiteres verpflichtet, § 566 Abs 1 ist aber insoweit anwendbar⁵⁶. Die Auslegung ist flexibler, nicht etwa durch gesetzliches Bestimmtheitsgebot, Klarheitsanforderungen, Eintragungszwang etc prädominiert. Man kann also sagen: **Kernwort ist hier die Dopplung**. Notwendig ist stets eine zweifelsfreie Abrede, aus der sich das Nebeneinander von Dienstbarkeit und zB Pacht⁵⁷ oder Miete⁵⁸ mit den verschiedenen Nutzungsinhalten ergibt⁵⁹; das immer als einen Ausnahmefall zu kategorisieren⁶⁰, geht indes wohl etwas weit (Parteiwille maßgeblich!). Siehe auch noch bei § 1018 Rz 19, 156 u § 1093 Rz 14.
- 25 Außerdem ist seinerseits nun wiederum davon folgendes abzugrenzen: (i) Das **Kausalverhältnis**, das der Dienstbarkeitsbestellung zu Grunde liegt (§ 1018 Rz 155–158) und ihr den nötigen

53 Schenkung unter Auflage iSv § 525 Abs 1, BFH ZEV 2016, 600, 600 {10 f}; Vorteil folgt aus Wegfall (ErbSchSteuRechtsreformgesetz v 24. Dezember 2008, BGBl I Nr 66 S 3018, [in Kraft ab 01.01.2019]) ErbStG § 25 aF und damit der Möglichkeit, den Kapitalwert des Nießbrauchs (gem BewG §§ 13–16) von dem Grundbesitzwert abzuziehen (Grenze ErbStG § 10 Abs 6 Satz 6).

54 Stuttgart Justiz 1964, 285, 286 [II 3].

55 BGH NJW-RR 2014, 1423, 1424 Rz 9 [II 1b aa]; siehe vor allem § 1018 Rz 157; Vor § 1030 Rz 15; § 1093 Rz 15.

56 BGH LM Nr 20 zu BGB § 398 bezieht sich nur auf das dingliche Recht, vgl noch erg § 1093 Rz 18.

57 Dazu BGH NJW 1963, 1247; 1974, 2123; s auch BGH NJW-RR 2000, 647.

58 BGH LM Nr 20 zu § 398 (ähnlich LG Hamburg

MDR 1988, 967; Frankfurt aM WuM 1989, 147): Aufhebung und Ersetzung der schuldrechtlichen Nutzungsbefugnis idR stillschweigend gewollt.

59 Wegen der Gestaltungsmöglichkeiten siehe bei BGH NJW-RR 2014, 1423, 1424 Rz 9–13 [II 1b aa] – maßgeblich ist Auslegung im Einzelfall: ebd S 1424/1425 Rz 14 [II 1b bb]. Zust Celle, B v 12.08.2020 – 4 W 34/20 zu 4 U 66/19 [II 2b aa mit bb vor (1)] {35–39}, BeckRS 2020, 50801 Rz 28–32.

60 Köln NotBZ 2006, 366, 367 [II] {9} im Anschluss an BGH NJW-RR 1991, 457, 458 [1b] {15} mweite-Nachw; aber am Ende so auch Celle, B v 12.08.2020 – 4 W 34/20 zu 4 U 66/19 [II 2b] {38 f}, BeckRS 2020, 50801 Rz 31 f. „Normalfall“ – leicht widersprüchlich hierzu Celle, U v 18.01.2021 – 4 U 66/19 [I 2d bb] {18}, BeckRS 2021, 25801 Rz 17: planerisches autonomes Entscheiden.