

Landesrecht Freistaat Bayern

## Bayerisches Nachbarrecht

von

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Roland Rudolf Saller

3. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66895 1

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Ein Anwenderecht kann sowohl durch **schuldrechtliche Vereinbarung** der Beteiligten begründet werden,<sup>179</sup> als auch dinglich durch Bestellung einer entsprechenden **Grunddienstbarkeit**.<sup>180</sup> Vor Inkrafttreten des BGB konnten Anwenderechte ferner auch nach „**örtlichem Herkommen**“ begründet werden. Allein auf letzteren Fall bezieht sich Art. 53 AGBGB.

## II. Anwenderechte nach örtlichem Herkommen, Art. 53 AGBGB

Anwenderechte nach örtlichem Herkommen waren in Bayern noch bei Inkrafttreten des AGBGB 1982 recht häufig anzutreffen, insbesondere in kleinstrukturierten Lagen der klassischen Ackerbaugebiete.<sup>181</sup> Historisch sind sie eng mit der sog. **Dreifelderwirtschaft** verknüpft.<sup>182</sup> Mit Fortschreiten der Flurbereinigung verlieren sie jedoch zunehmend an Bedeutung.

Art. 53 AGBGB regelt insoweit auf der Grundlage der bundesrechtlichen Ermächtigung in **Art. 124 EGBGB** – indem er die früheren Regelungen in Art. 76, 77 I und 79 AGBGB 1899 ohne sachliche Änderungen lediglich zusammenfasst – allein die Frage der Weitergeltung sowie des Erlöschens von vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 nach örtlichem Herkommen begründeten Anwenderechten.

### 1. Örtliches Herkommen

Örtliches Herkommen bedeutet örtliches Gewohnheitsrecht; es handelt sich also um ungeschriebenes Recht.<sup>183</sup> Seine Entstehung setzt voraus, dass eine **dauernde**<sup>184</sup> und **gleichförmige tatsächliche Übung** besteht, die auf einer **gegenseitigen Anerkennung** durch den betroffenen Personenkreis im Sinne einer übereinstimmenden Überzeugung von deren Rechtsverbindlichkeit beruht.<sup>185</sup> Diese muss sich wegen Fehlens einer gesetzlichen Vorschrift oder sogar gegen diese gebildet haben,<sup>186</sup> und sei es aufgrund eines Irrtums.<sup>187</sup> Ob einzelne Personen das allgemeine Handeln für unrechtmäßig halten oder selbst abweichend hiervon handeln, ist dabei ohne Belang. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Herkommen begründet dieses als Norm des *objektiven Rechts* nämlich entsprechendes Gewohnheitsrecht **allgemein** für sämtliche Grundstücke, die im örtlichen Geltungsbereich des Herkommens liegen und dessen sachlichen Voraussetzungen unterfallen.<sup>188</sup> Dies gilt dann ohne Rücksicht auf bestehende Gemeinde- und Gemarkungsgrenzen.<sup>189</sup>

<sup>179</sup> Dazu *Saller*, in: Grziwotz/Lüke/Saller, Teil 4 Rn. 146ff.

<sup>180</sup> BayObLGZ 4, 671, 676; BayObLGZ 1964, 161, 165. Allgemein zu Grunddienstbarkeiten *Grziwotz*, in: Grziwotz/Lüke/Saller, Teil 4 Rn. 152ff. (nach BGB) und unten Rn. 45 ff. (altrechtliche Dienstbarkeiten).

<sup>181</sup> Amtl. Begr., S. 22 (Nr. 4.5). Grund war die damals noch nicht einmal zur Hälfte erfolgte Flurbereinigung der landwirtschaftlich genutzten Flächen in Bayern.

<sup>182</sup> Ausführlich zur Dreifelderwirtschaft *Meisner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 7.

<sup>183</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 4.

<sup>184</sup> Das **Bayer. Landrecht** setzte für die Entstehung eines Herkommens regelmäßig eine 30-jährige Übung voraus (BayLR, Teil I, Kap. 2, § 15 Nr. 3). Im Geltungsbereich des **Gemeinen Rechts** hat das Gericht nach den obwaltenden Umständen von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die festgestellte Dauer der Übung ausreicht (BayObLGZ 1964, 161, 166; BayVGHE a. F. 13, 131, 132).

<sup>185</sup> BayObLGZ 1964, 161, 166; BayObLGZ 6, 236 (S. 240: aus gleichartigen Rechtsverhältnissen in mehreren Fällen folgt noch kein Herkommen; S. 242: es besteht auch keine Vermutung dafür, dass eine Übung auf einem Herkommen beruht); BayVGHE a. F. 13, 131, 133; RGZ a. F. 33, 198, 199ff. S. zum Ganzen *Meisner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 2.

<sup>186</sup> BayOGHZ 3, 245, 247.

<sup>187</sup> BayVGHE a. F. 13, 131, 136f.

<sup>188</sup> RGZ a. F. 33, 198, 199; BayObLGZ a. F. 9, 35, 36f.; BayOAG, SeuffBl. 15, 331, 332; BayVGHE a. F. 13, 172, 175f.; *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 4.

<sup>189</sup> *Meisner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 2; *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 4.

- 29 Im Streitfall hat das Gericht das maßgebliche örtliche Herkommen gem. § 293 ZPO **von Amts wegen** zu ermitteln.<sup>190</sup> Allerdings muss derjenige, der sich auf ein Anwenderecht nach örtlichem Herkommen beruft, zumindest die tatsächlichen Umstände darlegen und **beweisen**, aufgrund der vor 1900 ein entsprechendes örtliches Herkommen bestand, und welchen Inhalt es heute hat.<sup>191</sup> Ein Beweis des ersten Anscheins für das Bestehen eines Anwenderechts ist dabei nicht gegeben; vielmehr ist nach § 903 BGB zunächst von der Unbelastetheit des Grundeigentums des betroffenen Nachbarn auszugehen.<sup>192</sup>

## 2. Weiterbestehen

- 30 Am 1.1.1900 nach örtlichem Herkommen bestehende Anwenderechte bestehen auch nach diesem Zeitpunkt weiter. Dies ergibt sich aus der Rechtswirkungsklausel des Art. 78 AGBGB und folgt im Übrigen auch aus der Fassung des Art. 53 I AGBGB.<sup>193</sup> Eine **Neubegründung** nach örtlichem Herkommen ist demgegenüber nach dem 1.1.1900 **nicht mehr möglich**.

## 3. Inhalt und Umfang

### a) Allgemeines

- 31 Art. 53 I AGBGB definiert das Anwenderecht als Befugnis, bei der **Bestellung landwirtschaftlicher Grundstücke** die Grenze eines Nachbargrundstücks zu überschreiten. Es ist hiernach auf landwirtschaftlich genutzte Grundstücke beschränkt, was eine unmittelbare Nutzung zum Anbau und zur Gewinnung landwirtschaftlicher Früchte erfordert; die landwirtschaftliche Nutzung muss eine aktuelle sein, und zwar des konkret betroffenen Grundstücks.<sup>194</sup> Abgesehen von diesem Kerninhalt können Inhalt und Ausübungsvoraussetzungen eines Anwenderechts allerdings im Einzelnen je nach maßgeblichem **örtlichem Herkommen**, wie es sich am 1.1.1900 darstellte, verschieden sein; es kann hiernach namentlich allgemein für die Grundstücksbestellung gelten oder aber auf bestimmte Arbeiten oder landwirtschaftliche Bebauungsarten beschränkt sein.<sup>195</sup> So hängt es etwa von der jeweiligen örtlichen Übung ab, ob das Nachbargrundstück nur zum Wenden des Pflugs oder Ge spanns benutzt, oder ob dieses auch beim Eggen und Pflügen betreten werden darf; ebenso ob das Recht nur ausgeübt werden darf, wenn das Nachbargrundstück nicht bestellt ist,<sup>196</sup> oder ob es nur bei Gegenseitigkeit ausgeübt werden darf; Gleiches gilt für die Frage, ob es nur auf Äckern besteht oder auch auf Wiesen;<sup>197</sup> möglich ist ferner das Verbot des Einzäunens des pflichtigen Grundstücks oder des Errichtens von Gebäuden oder anderen baulichen Anlagen hierauf. In manchen Gegenden ist das Recht schließlich nur anerkannt, wenn sich der Eigentümer bei der Bestellung seines Grundstücks nicht durch das Ziehen von Querfurchen helfen kann.

---

<sup>190</sup> BayObLGZ 1964, 161, 166f. (auch zur revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit). S. ferner *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 4 (zu alten Feld- oder Polizeiordnungen, in denen Anwenderechte nicht selten ihren Ausdruck fanden, als Quelle für deren Bestehen und Inhalt).

<sup>191</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 18.

<sup>192</sup> *Meisner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 5; *Bayer/Lindner/Grziwotz*, S. 142.

<sup>193</sup> Amtl. Begr., S. 22 (Nr. 4.5).

<sup>194</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 3 i.V.m. Art. 48 Rn. 3 m.w.N.; vgl. auch § 201 BauGB und oben Teil 2 Rn. 121.

<sup>195</sup> *Steinert*, Art. 76 AGBGB 1899 Anm. 2. Ausführlich zum Ganzen: *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 11–13 m.w.N. und *Meisner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 4. S. ferner *Becher*, Materialien zum AGBGB 1899, Bd. 1, S. 93.

<sup>196</sup> Dazu BayObLGZ 4, 671, 675.

<sup>197</sup> Dazu BayObLGZ 4, 671, 675 (Anwenden auf Wiese); ferner BayObLGSt 1960, 22, 26 (Anwenden auf Wegrain und Feldweg).

Nicht vom Anwenderecht umfasst ist allerdings ein **Fahrtrecht** zum Erreichen der eigenen Ackerflächen.<sup>198</sup> Hier kann, sofern keine Einigung mit dem betroffenen Nachbarn über eine schuldrechtliche Gestattung oder über eine entsprechende Grunddienstbarkeit zu stande kommt, allenfalls unter den Voraussetzungen des § 917 BGB auf ein Notwegerecht zurückgegriffen werden.<sup>199</sup>

### b) Inhaltsänderungen

Alte Anwenderechte bestanden ab dem 1.1.1900 zunächst einmal mit ihrem bisherigen Inhalt fort. Dieser ist allerdings nicht statisch, sondern kann im Laufe der Zeit Änderungen unterworfen sein. Das gilt namentlich für den Fall, dass sich das zugrunde liegende **örtliche Herkommen ändert**,<sup>200</sup> auch wenn diese Änderung erst nach dem 1.1.1900 stattfindet; auch für eine solche Änderung müssen allerdings wie beim ursprünglichen Herkommen alle Voraussetzungen für die Begründung von örtlichem Gewohnheitsrecht erfüllt sein.<sup>201</sup> Nach den Gewohnheiten moderner Bewirtschaftung wird man etwa hinsichtlich des Umfangs eines fortbestehenden alten Anwenderechts heute grundsätzlich auch das Benutzen von Traktoren und Erntemaschinen als erlaubt ansehen müssen.<sup>202</sup> Von der soeben dargestellten Konstellation zu unterscheiden ist der Fall, dass sich ohne Änderung des Herkommens als solchen lediglich die Benutzung eines einzelnen duldingpflichtigen Grundstücks ändert – wozu dessen Eigentümer jederzeit berechtigt ist – und gegenüber der **neuen Benutzungsart** nach dem Herkommen ein Anwenderecht nicht gegeben ist. Das Anwenderecht erlischt hierdurch zwar nicht, es ruht aber, weil und solange die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Ausübung nicht vorhanden sind.<sup>203</sup>

### c) Rechtsnatur, Beteiligte, Ausübung

Das Anwenderecht ist **Teil des Eigentums** am begünstigten Grundstück; im gleichen Umfang werden die Eigentumsrechte des duldingpflichtigen Eigentümers aus §§ 903, 905 S. 1 BGB beschränkt.<sup>204</sup> Es ist nicht im Grundbuch eintragungsfähig.<sup>205</sup> **Berechtigter** ist der jeweilige Eigentümer des begünstigten Grundstücks bzw. die ihm gleichgestellten dinglich Berechtigten.<sup>206</sup> Diese haben es möglichst **schnell auszuüben**;<sup>207</sup> auch das Schikaneverbot des § 226 BGB ist zu beachten.<sup>208</sup>

## 4. Erlöschen

### a) Erlöschen durch Zeitablauf

Nach Art. 53 I AGBGB erlischt das Anwenderecht mit dem **Ablauf von 10 Jahren** 35 **nach der letzten Ausübung** auf dem konkreten Nachbargrundstück, und zwar allein im Verhältnis der beiden betroffenen Nachbargrundstücke, insoweit aber endgültig.<sup>209</sup> Es ist dabei gleichgültig, wer das Recht – berechtigt – ausübt, sodass auch die Ausübung etwa durch einen Nießbraucher oder Pächter genügt.<sup>210</sup> Ebenso gleichgültig ist umgekehrt der Grund

<sup>198</sup> Meisner/Ring/Götz, § 26 Rn. 4; Schulz, S. 66; Just, BayVBl. 1983, 289, 293.

<sup>199</sup> Ausführlich zum Notwegerecht Saller, in: Grziwotz/Lüke/Saller, Teil 4 Rn. 2ff.

<sup>200</sup> Zum Erlöschen des Anwenderechts infolge Wegfall oder Änderung des Herkommens s. unten Rn. 38.

<sup>201</sup> Meisner/Ring/Götz, § 26 Rn. 7. Zu den Voraussetzungen für ein Herkommen s. oben Rn. 28.

<sup>202</sup> Bayer/Lindner/Grziwotz, S. 142; Sprau, Art. 53 AGBGB Rn. 10.

<sup>203</sup> BayObLGZ 4, 671, 676. Die Erlöschenfrist des Art. 53 AGBGB ist in diesem Zeitraum gehemmt, s. dazu unten Rn. 36.

<sup>204</sup> BayObLGZ 4, 671, 674; BayObLGZ 1964, 161, 165; Meisner/Ring/Götz, § 26 Rn. 3.

<sup>205</sup> Sprau, Art. 53 AGBGB Rn. 6.

<sup>206</sup> Sprau, Art. 53 AGBGB Rn. 6.

<sup>207</sup> Sprau, Art. 53 AGBGB Rn. 10 (Rechtsgedanke des § 1020 S. 1 BGB).

<sup>208</sup> Henle/Schneider, Art. 76 AGBGB 1899 Anm. 4.

<sup>209</sup> Zur Hemmung des Fristlaufs durch Feststellungsklage s. unten Rn. 43.

<sup>210</sup> Ostler, Art. 53 AGBGB Anm. 2; Steinert, Art. 79 AGBGB 1899 Anm. 1.

einer Nichtausübung, etwa wegen anderer Bebauungsart auf dem begünstigten Grundstück oder der Verwendung von Maschinen.<sup>211</sup> Einseitige Handlungen des Eigentümers des belasteten Grundstücks, wie die Errichtung eines Zauns oder einer baulichen Anlage, können allerdings ein Erlöschen nie herbeiführen.<sup>212</sup>

- 36** Auf das Erlöschen durch Nichtausübung sind nach Art. 53 II 1 AGBGB<sup>213</sup> die für die Hemmung und den Neubeginn der Verjährung geltenden Vorschriften der **§§ 203, 204 I Nrn. 1, 4, 6 bis 9, 11 bis 14, II und III, §§ 205 bis 207, 209 bis 213 BGB entsprechend** anzuwenden. Es handelt sich dabei um die Neufassung der Verjährungsvorschriften des BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, die auf die am 1.1.2003 bestehenden und noch nicht erloschenen Anwenderechte ab diesem Zeitpunkt entsprechend Anwendung finden (Art. 77a AGBGB i. V. m. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB); Einzelheiten zum Übergangsrecht ergeben sich aus Art. 229 § 6 EGBGB. Da Art. 53 II 1 AGBGB nunmehr uneingeschränkt auf § 212 BGB verweist, führt auch ein *Anerkenntnis* des duldungspflichtigen Nachbarn zu einem Neubeginn der Erlöschenfrist.<sup>214</sup> Besteht ein *rechtliches Hindernis* für die Ausübung eines Anwenderechts, so ist die Erlöschenfrist während der Dauer von dessen Bestehen gehemmt.<sup>215</sup>

### b) Verzicht

- 37** Das Anwenderecht erlischt nach Art. 53 I AGBGB ferner durch Verzicht, und zwar allein im Verhältnis der beiden betroffenen Grundstücke, insoweit aber mit dinglicher Wirkung.<sup>216</sup> Der Verzicht muss in **öffentliche beglaubigte Form** (§ 129 BGB) abgegeben werden (Art. 53 II 2 AGBGB). Er ist eine unwiderrufliche, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des berechtigten Eigentümers und gegenüber dem Eigentümer des belasteten Nachbargrundstücks zu erklären (Art. 53 II 2 i. V. m. Art. 46 IV 2 AGBGB). Er kann auch von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden.<sup>217</sup> Ist das Grundstück des Berechtigten mit dem dinglichen Recht eines Dritten belastet, so gilt ferner § 876 BGB entsprechend (Art. 53 II 2 i. V. m. Art. 46 IV 3 AGBGB); dies bedeutet, dass für einen Verzicht auf das Anwenderecht auch die Zustimmung des Dritten erforderlich ist, es sei denn, dass dessen Recht durch den Verzicht nicht berührt wird.

### c) Änderung des örtlichen Herkommens

- 38** Das Anwenderecht erlischt ferner ganz oder teilweise, wenn und soweit das örtliche Herkommen **wegfällt** oder sich dergestalt ändert,<sup>218</sup> dass es eine weitere Ausübung nicht mehr vorsieht.<sup>219</sup> Dies kann der Fall sein, wenn aufgrund moderner landwirtschaftlicher Gerätschaften ein Befahren des Nachbargrundstücks nicht mehr erforderlich ist.<sup>220</sup> Seinem Wesen gemäß entfällt das Anwenderecht auch, sobald das duldungspflichtige Grundstück plane-

<sup>211</sup> *Ostler*, Art. 53 AGBGB Anm. 2; *Steinert*, Art. 79 AGBGB 1899 Anm. 2.

<sup>212</sup> *Meißner/Ring/Götz*, § 26 Rn. 9; *Reich*, Art. 53 AGBGB Rn. 4.

<sup>213</sup> I. d. F. des Gesetzes vom 24.12.2002 (GVBl. S. 975, ber. GVBl. 2003, S. 52).

<sup>214</sup> Demgegenüber verwies Art. 53 II 1 AGBGB a. F. nicht auf den entsprechenden § 208 BGB a. F., sodass vor dem 1.1.2003 durch ein Anerkenntnis keine Unterbrechung der Erlöschenfrist eintreten konnte; vgl. dazu *Bayer/Lindner/Grziwotz*, S. 142. Ob die numehrige sachliche Änderung beabsichtigt war, ist im Hinblick auf die Begründung des Änderungsgesetzes zum AGBGB (s. LT-Drucks. 14/9958, S. 11) zwar zweifelhaft, angesichts des klaren Gesetzeswortlauts aber ohne Belang.

<sup>215</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 15 (Rechtsgedanke des § 202 I BGB a. F.). An dieser Auffassung ist im Ergebnis trotz der numehr engeren Fassung von § 205 BGB n. F. festzuhalten, zumal nach der Begründung des Änderungsgesetzes zum AGBGB (s. LT-Drucks. 14/9958, S. 11) mit der Anpassung von Art. 53 AGBGB an die neuen Verjährungsvorschriften des BGB sachliche Änderungen nicht vorgenommen werden sollten. S. ferner BayObLGZ 4, 671, 676 (Ruhens des Anwenderechts) und hierzu oben Rn. 33.

<sup>216</sup> *Oermann*, S. 340.

<sup>217</sup> *Reich*, Art. 53 AGBGB Rn. 7.

<sup>218</sup> Zur Inhaltsänderung des Anwenderechts infolge Änderung des Herkommens s. oben Rn. 33.

<sup>219</sup> *Bayer/Lindner/Grziwotz*, S. 142; *Stadler*, 8 A 4; *Oermann*, S. 339f.

<sup>220</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 8.

risch als **Bauland** ausgewiesen bzw. bebaubar, und damit von der Feldmark zur Dorfmark wird.<sup>221</sup>

#### d) Flurbereinigung

Schließlich werden Anwenderechte im Rahmen der Flurbereinigung nach § 49 FlurbG durch den Flurbereinigungsplan regelmäßig als entbehrlich **aufgehoben**.<sup>222</sup> Wo dies nicht geschieht, ist gleichwohl zu prüfen, ob das örtliche Herkommen die weitere Ausübung eines Anwenderechts trotz Flurbereinigung weiter vorsieht.<sup>223</sup> Die Bedeutung des Anwenderechts geht aus diesen Gründen mit zunehmendem Fortschreiten der Flurbereinigung immer weiter zurück.

### 5. Verjährung

Das Anwenderecht kann zwar nach Art. 53 I AGBGB durch Zeitablauf erlöschen, es unterliegt hingegen **nicht** der Verjährung.<sup>224</sup>

## III. Rechtsschutz des Anwenderechts

Soweit das Anwenderecht auf einer **Grunddienstbarkeit** beruht, gelten für seinen Schutz gegen Beeinträchtigungen die allgemeinen Grundsätze zum Rechtsschutz bei Grunddienstbarkeiten, insbesondere die Abwehransprüche nach **§§ 1027, 1004 BGB** für den Eigentümer und nach **§§ 1029, 862 BGB** für den Besitzer des herrschenden Grundstücks.<sup>225</sup>

Aber auch der Berechtigte eines weiterbestehenden **Anwenderechts nach örtlichem Herkommen** kann sich gegen Beeinträchtigungen seines Rechts wehren. Da das Anwenderecht Teil des Eigentums an seinem hiervon begünstigten Grundstück ist, steht ihm gegen Beeinträchtigungen ein Abwehranspruch aus **§ 1004 I BGB** zu, für den Schutz des Besitzers des begünstigten Grundstücks gelten **§§ 1029, 862 BGB analog**.<sup>226</sup>

Schließlich kann auch eine **Feststellungsklage** (§ 256 I ZPO) auf Bestehen eines Anwenderechts in Betracht kommen, etwa zur Fristhemmung bei drohendem Erlöschen durch Zeitablauf nach Art. 53 I AGBGB.<sup>227</sup>

## IV. Coburgisches Recht

In den ehemals coburgischen Landesteilen konnten auch nach Inkrafttreten des BGB durch **Ortsstatut** zugunsten des Nachbarn noch Anwenderechte nach Maßgabe von Art. 24 § 7 CobAGBGB begründet werden. Soweit dies bis zum Inkrafttreten des AGBGB 1982<sup>228</sup> geschehen ist, sind diese Rechte auch für die Zeit danach durch Art. 78 AGBGB aufrechterhalten worden,<sup>229</sup> für sie gilt nunmehr ebenfalls Art. 53 AGBGB.<sup>230</sup>

<sup>221</sup> Vgl. OVG Bremen, NVwZ-RR 1990, 62, 63; LG Osnabrück, Rdl 1953, 336; LG Hanau, RdL 1957, 39; LG Lüneburg, NdsRpfl 1961, 149; s. ferner *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 9 (mit Bebauung).

<sup>222</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 2.

<sup>223</sup> *Bayer/Lindner/Grziwotz*, S. 142. S. ferner oben Rn. 38.

<sup>224</sup> *Sprau*, Art. 52 AGBGB Rn. 1; *Stadler*, 8 A 4.

<sup>225</sup> Ausführlich dazu *Grziwotz*, in: *Grziwotz/Lüke/Saller*, Teil 4 Rn. 315 ff.

<sup>226</sup> *Just*, BayVBl. 1985, 289, 293.

<sup>227</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 15, 17.

<sup>228</sup> Damit sind auch damals noch bestehende Ortsstatute als solche für die Zukunft beseitigt worden, vgl. Amtl. Begr., S. 44; *Ostler*, Art. 80 AGBGB Anm. 7.

<sup>229</sup> Amtl. Begr., S. 47; zweifelnd *Sprau*, Art. 78 AGBGB Rn. 5 f., der aber jedenfalls Art. 53 AGBGB als Spezialregelung zum Fortbestehen anwendet.

<sup>230</sup> *Sprau*, Art. 53 AGBGB Rn. 7.

## D. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten und Gemeindenutzungsrechte

### I. Altrechtliche Dienstbarkeiten

#### 1. Bedeutung und Zeitpunkt

- 45 Altrechtliche Dienstbarkeiten, die schon vor Anlegung des Grundbuchs bestanden, bleiben weiterhin bestehen (Art. 187 I 1 EGBGB).<sup>231</sup> Sie haben in Bayern vor allem als Wege-, Anwende-, Kirchgangs-, Weide-, Quell-, Holzbezugs-,<sup>232</sup> Wasserentnahme-,<sup>233</sup> Viehtränk-, Keller- und Fischereirechte<sup>234</sup> **Bedeutung**. Die Beteiligten sprechen – juristisch nicht korrekt – meist von Gewohnheitsrechten. Im alten Recht hießen sie Servituten und waren definiert als Rechte, deren „man sich zu eigenen Besten und Vortheil und fremden Gut zu erfreuen hat“.<sup>235</sup> Unter einer Dienstbarkeit (**Servitut**) wurde das dingliche Recht auf unmittelbare, aber beschränkte Nutzung einer fremden Sache verstanden. Wesentlich war, dass die belastete Sache dem Berechtigten unmittelbar diente, indem dieser entweder ihm vorteilhafte Einwirkungen auf den Sachkörper vornehmen oder eine ihm nachteilige Einwirkung auf die Sache durch den Eigentümer untersagen konnte. Die Dienstbarkeiten waren in Real- und Personalservituten eingeteilt, „je nachdem ein Gut dem anderen oder nur einer Person dienen“ musste.<sup>236</sup> Im Zweifel bestand eine Vermutung für eine Personal- und gegen eine Realervitut.<sup>237</sup>
- 46 Derartige Dienstbarkeiten konnten nur **vor Anlegung der Grundbücher** entstehen, also nicht mehr danach. Die Anlegung der Grundbücher erfolgte in den einzelnen Gerichtsbezirken unterschiedlich. Im Bezirk des OLG München sowie der Landgerichte Amberg, Regensburg und Weiden (Altbayern) war maßgeblicher Zeitpunkt der 1. Mai 1905, im Bezirk des (früheren) OLG Augsburg sowie der Landgerichte Bamberg, Hof, Ansbach, Fürth und Nürnberg der 1. Mai 1909 und im Bezirk der Landgerichte Aschaffenburg, Schweinfurt und Würzburg der 1. Oktober 1910.<sup>238</sup>
- 47 Gemäß Art. 10 I u. II BayÜbergangsG zum BGB in Verbindung mit Art. 187 II EGBGB war dem Landesgesetzgeber das Recht vorbehalten, eine Bestimmung über die Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeiten in das Grundbuch zu treffen. Er konnte anordnen, dass Grunddienstbarkeiten binnen einer bestimmten Frist im Grundbuch einzutragen sind; andernfalls sollten sie erlöschen. Eine entsprechende Verordnung wurde jedoch nicht erlassen.

<sup>231</sup> Vgl. Grziwotz, in: Grziwotz/Lüke/Saller, 4. Teil Rn. 377 ff.

<sup>232</sup> Zu Forst- und Forstnebenrechten einschl. Heim- und Almweiderechte sowie Forstvergünstigungen s. Art. 1 BayFoRG sowie BayObLG, MittBayNot 1977, 125; Foag, BayBgm. 1958, 184 ff.; Schmaltz, BayVBl. 1969, 59 ff.; J. Mayer, MittBayNot 1993, 333 ff.

<sup>233</sup> Vgl. Helmschmidt, MittBayNot 1960, 269.

<sup>234</sup> LG Landshut, MittBayNot 1977, 24; s. ferner Reimann, MittBayNot 1971, 4 u. ders., MittBayNot 1977, 179.

<sup>235</sup> v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavanicum Civilem, II. Theil, 1821, S. 649. Vgl. auch BayLR II, 7, § 1.

<sup>236</sup> v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavanicum Civilem, II. Theil, 1821, S. 654. Die Servitutes personales wurden in regulares und irregulares eingeteilt (ebenda, S. 654). Die „reales od praediales servitutes, auf teutsch Grunddienstbarkeiten supponiren allezeit zwey benachbarte Güter oder Praedia, wovon dasjenige, worauf Servitus passive haftet, Serviens, wovon das andere, welches aktive damit begabt ist, Dominans praedium genannt wird (ebenda, S. 655). Zur Frage der Anerkennung irregulärer Personalservituten nach bayer. Landrecht s. auch Birzer, Altrechtliche Dienstbarkeiten in der Oberpfalz, Diss. Regensburg, 1998, S. 35 sowie zum Gemeinen Recht BayObLGZ 1976, 226. Zur Abgrenzung von Personalobligationen s. BayObLGZ 1989, 216. Zur Begründung zugunsten einer juristischen Person s. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 1904, S. 586.

<sup>237</sup> Vgl. BayLR II, 7, § 3 Nr. 3. S. auch OLG München, Urt. v. 23.9.2004 – 14 U 124/03 (n.v.). Zum Inhalt regulärer und irregulärer Personalservituten s. Roth, Bayer. Civilrecht, 2. Theil, 1872, § 156.

<sup>238</sup> S. auch Fischer, AgrarR 1975, 132 u. Kamlah/Fischer, MittBayNot 1972, 221 u. MittBayNot 1973, 7.

sen.<sup>239</sup> Art. 10 BayÜbergangsG zum BGB wurde durch Art. 80 II Nr. 2 AGBGB 1982 aufgehoben. Für altrechtliche Dienstbarkeiten besteht deshalb in Bayern **kein Eintragungszwang**. Eine Ausnahme gilt für altrechtliche Dienstbarkeiten, die ein Wassernutzungsrecht zum Inhalt haben. Sie sind, wenn sie nicht bis 20.12.1966 bei der Kreisverwaltungsbehörde zur Eintragung im Wasserbuch (§ 87 WHG) angemeldet wurden, am 30.12.1973 erloschen (§ 16 WHG a.F)<sup>240</sup>. Die öffentliche Aufforderung an Inhaber alter Rechte und Befugnisse zur Eintragung (Art. 97 BayWG a.F) ist durch das Bayerische Staatsministerium des Innern vom 20.12.1963 erfolgt.<sup>241</sup> Die Anmeldung musste bis zum 20.12.1966 erfolgen, andernfalls erlosch die altrechtliche Wassergerechtigkeit nach Ablauf von zehn Jahren nach der öffentlichen Aufforderung, also spätestens am 20.12.1973.<sup>242</sup> Eine Ausnahme besteht nur für solche Rechte, die im Grundbuch eingetragen waren.<sup>243</sup> Dies ist mit Art. 14 I 1 GG vereinbar.<sup>244</sup> Eine Eintragung im Hypothekenbuch bzw. im Grundbuch konnte jederzeit gefordert werden.<sup>245</sup> Öffentlich-rechtlich (§ 20 WHG, Art. 75 BayWG) ist keine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich, wenn bis spätestens 1. März 1965 eine rechtmäßige Wasserbenutzungsanlage vorhanden war. Dabei muss die Wasserbenutzungsanlage insgesamt rechtmäßig gewesen sein, also nicht nur teilweise.<sup>239a</sup>

Verschiedene Rechte konnten nach altem bayerischem Recht nicht nur als Dienstbarkeiten entstehen. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, welche Art der Rechtseinräumung vorliegt. Beispiel ist das Kellerrecht. Es konnte nach gemeinem Recht nicht nur als Dienstbarkeit, sondern als selbständiges, grundstücksgleiches Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück begründet werden.<sup>246</sup> Solche Rechte waren die sog. **superficiarischen Rechte** bzw. superficies des gemeinen Rechts. Sie waren danach wie Grundstücke frei veräußerlich und vererblich.<sup>247</sup> Entsprechend landesrechtlicher Bestimmung konnten auch nach dem Inkrafttreten des BGB und nach Anlegung der Grundbücher die für Grundstücke geltenden Vorschriften und das Grundbuchwesen auf sie Anwendung finden (Art. 196 EGBGB, § 117 GBO). Bayern hat dies angeordnet (Art. 40 AGGVG<sup>248</sup>). Ein superficiarisches Recht wird damit zum grundstücksgleichen Recht und als solches beurteilt.

Ein weiteres Beispiel ist das **Stockwerkseigentum**. Stockwerkeigentum kann altes Eigentumsrecht sein, das frei veräußerlich und vererblich ist. Es kann sich aber auch um eine altrechtliche Dienstbarkeit handeln.<sup>249</sup> Es gibt sodann wiederum zwei verschiedene Arten altrechtlichen Stockwerkeigentums: Dies ist einmal das echte Stockwerkeigentum, nämlich das Eigentum an Teilen eines horizontal geteilten Gebäudes. Es bleibt nach Art. 182 S. 1 EGBGB nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften weiterhin bestehen; neues echtes Stockwerkeigentum kann aber seit Inkrafttreten des BGB nicht mehr begründet werden. Daneben gibt es das uneigentliche Stockwerkeigentum, bei dem es sich um Miteigentum am Grundstück, verbunden mit dem Recht auf ausschließliche Benutzung eines Teils des Gebäudes, handelt. Es bleibt nach Art. 131 EGBGB mit dem bisherigen landesrechtlichen Inhalt weiterbestehen.

<sup>239</sup> Vgl. BayObLGZ 1959, 478/480.

<sup>239a</sup> Vgl. BayVGH, BeckRS 2012, 52597 Rn. 24.

<sup>240</sup> Zur Fortgeltung der früheren Vorschrift s. § 21 II WHG. Vgl. auch Art. 75 BayWG. Zum Widerruf eines alten Wasserrechts s. §§ 9 I, 20 II 2 Nr. 1 WHG und dazu VGH Kassel BeckRS 2014, 57360 = NuR 2014, 871.

<sup>241</sup> Bekm. d. Staatsmin. d. Inneren v. 6.12.1963, Bayer. Staatsanzeiger v. 20.12.1963, Nr. 51/52, S. 1. S. dazu nur Grziwotz, BayVBl. 2007, 428f.

<sup>242</sup> Drost/Ell, BayWG, Stand: Juli 2010, Art. 75 Rn. 4 (Erlöschen spätestens zum 1.2.1974). Vgl. zu § 21 I WHG BeckOK UmweltR/Reinhardt, WHG, § 21 Rn. 5 u. 8.

<sup>243</sup> Bekm. d. Staatsmin. d. Inneren v. 6.12.1963, Ziff. 12, ebenda.

<sup>244</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 2005, 1394.

<sup>245</sup> Art. 44 BayÜbergangsG (BayBS III, S. 89); vgl. auch Art. 187 I 2 EGBGB.

<sup>246</sup> Vgl. LG Amberg, MittBayNot 1994, 45.

<sup>247</sup> Sprau, vor Art. 57 Rn. 52.

<sup>248</sup> Vgl. Art. 17 II AGGBOZVG a. F.

<sup>249</sup> Staudinger/Kanzleiter/Hönle/Hönle, Neubearb. 2013, Art. 184 EGBGB Rn. 13.

## 2. Begründung

- 50 Ob eine altrechtliche Dienstbarkeit entstanden ist, beurteilt sich nach altem Recht. Die Begründung altrechtlicher Dienstbarkeiten konnte in Bayern auf verschiedene Weise erfolgen (Art. 189 EGBGB).<sup>250</sup> Hauptsächliche Entstehungsgründe sind Übernahme durch Vertrag, Ersitzung, unvordenkliche Verjährung und Richterspruch.<sup>251</sup> Die Feststellung, welches Recht in der betreffenden Region in Bayern vor Inkrafttreten des BGB anzuwenden war, kann nur anhand der einschlägigen Quellen getroffen werden. Maßgeblich hinsichtlich des anzuwendenden Rechts ist der Ort der Lage des belasteten Grundstücks.<sup>252</sup> Neben den drei großen Rechtssystemen des bayerischen Landesrechts (Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis), dem preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) und dem Gemeinen Recht galten eine Reihe von Provinzialrechten (z. B. Ansbacher Provinzialrecht).

### a) Notarielle Verlautbarung

- 51 Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb war durch Errichtung einer notariellen **Urkunde**<sup>253</sup> und **Überlassung** des dienenden Grundstücks an den Berechtigten zum Gebrauch durch Übung auf Seiten des Berechtigten und Duldung auf Seiten des Verpflichteten möglich. Die notarielle Verlautbarung war nach Art. 14 BayNotariatsG vom 10.11.1861, das am 1.7.1862 in Kraft trat,<sup>254</sup> erforderlich. Sie betraf nur die Erklärung des Bestellers, also nicht den gesamten Bestellungsakt.<sup>255</sup> Diese Form war bis zum Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900, also nicht noch darüber hinausgehend bis zur Anlegung der Grundbücher, einzuhalten. Bis zum 1. 7. 1862 genügte die Beachtung der Schriftform.<sup>256</sup> Eigentümerdienstbarkeiten waren nach altem bayerischen Recht nicht möglich.<sup>257</sup> Ob dies auch galt, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks lediglich Miteigentümer des dienenden Grundstücks war, ist umstritten.<sup>258</sup> Die wohl h.M. lehnte dies ab. Allerdings ließ Art. 54 BayWasserbenützungsG 1852 zu, dass ein Miteigentümer ein ausschließliches Nutzungsrecht an dem gemeinschaftlichen Wasserlauf gegenüber seinem Miteigentümer erwerben konnte.<sup>259</sup>

### b) Stillschweigende Bestellung

- 52 Wurde ein Grundstück zum Vorteil eines anderen benutzt und war dies erkennbar, konnte stillschweigend ein Dienstbarkeitsverhältnis entstehen.<sup>260</sup> Hauptfall war die Veräußerung eines von mehreren bisher in der Hand eines Eigentümers befindlichen Grundstücks. Wurde ein Grundstück wegen eines wesentlichen, auch nach der Veräußerung fortduernden Bedürfnisses zum **Vorteil** des anderen **benutzt**, wandelte sich durch die Veräußerung das reine Benutzungsverhältnis, das während der Vereinigung der Grundstücke in der Hand eines Eigentümers als rein tatsächliches bestanden hatte, in ein rechtliches. Der tatsächliche Gebrauch, der sich in der Hand eines Eigentümers aus einem wirtschaftlichen Bedürfnis

<sup>250</sup> S. dazu BayObLG, DNotZ 1973, 370 u. *Sprau*, vor Art. 57 Rn. 17ff. Zu beachten ist, dass in Bayern neben zahlreichen Partikularrechten (z.B. dem Ansbacher Provinzialrecht) die aber wiederum teilweise keine Bestimmungen über Servituten enthielten, das bayerische Landrecht, das preußische Landrecht und das gemeine Recht galten.

<sup>251</sup> S. nur BayObLGZ 1996, 286/292; BayObLG, NJW-RR 1998, 304/305 u. *Fischer*, AgrarR 1975, 132/133 ff.

<sup>252</sup> BayObLGZ 1962, 70/73 u. BayObLGZ 1989, 203/208.

<sup>253</sup> Vgl. BayObLGZ 1962, 70/74.

<sup>254</sup> Art. 150 BayNotariatsG i.V.m. Art. 80 GerichtsverfassungsG v. 10. 11. 1861.

<sup>255</sup> Oermann, Bayer. Landesprivatrecht, 1. Alt., 1903, § 105 I 4 b. Zur früheren Formfreiheit des Ankenntnis des Eigentümers in der bayer. Pfalz OLG Zweibrücken, NJW-RR 2009, 1240/1241.

<sup>256</sup> *Fischer*, AgrarR 1975, 132/134.

<sup>257</sup> S. nur v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavanicum Civilem, II. Theil, 1821, S. 651 u. BayObLGZ 1962, 70/75 (res sua nemini servit) m. w. N.

<sup>258</sup> Vgl. dazu Roth, Bayr. Civilrecht, 2. Theil, 1872, § 152 Fn. 9. S. aber AG Gemünden a. M., Urt. v. 22.6.2009 – 11 C 675/07 (n.v.).

<sup>259</sup> Vgl. Art. 54 BayWasserbenützungsG 1852 (GBl. S. 489).

<sup>260</sup> BayObLGZ 11, 455/467; BayObLGZ 1962, 70/75 u. BayVerfGH, RdL 1961, 130. Vgl. auch *Sprau*, vor Art. 57 Rn. 20 m. w. N.