

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 523

Altrechtliche Grunddienstbarkeiten

Von

Dennis Julien Rein



Duncker & Humblot · Berlin

DENNIS JULIEN REIN

Altrechtliche Grunddienstbarkeiten

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 523

Altrechtliche Grunddienstbarkeiten

Von

Dennis Julien Rein



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18136-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58136-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Ehefrau

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Auf meinem wissenschaftlichen Weg haben mich viele Menschen unterstützt, denen ich danken möchte. Allen voran möchte ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Thomas Finkenauer, M.A., danken. Er hat mich nicht nur fachlich geprägt, sondern auch charakterlich weiterentwickelt. Auf die Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, sowohl als studentische Hilfskraft als auch als akademischer Mitarbeiter, blicke ich deshalb sehr gerne zurück. Außerdem bin ich ihm zu Dank verpflichtet, da er die Arbeit nicht nur auf mannigfache Weise unterstützt, sondern mir auch den notwendigen akademischen Freiraum gewährt hat. Herrn Prof. Dr. Stefan Huber möchte ich zudem für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und für die darin enthaltenen wertvollen Hinweise danken.

Danken möchte ich ebenfalls meinen Lehrstuhlkollegen, deren Freundschaft mich mein Studium und meine Promotionszeit in bester Erinnerung behalten lässt. Namentlich hervorzuheben ist hierbei Herr Sebastian Schneider, der die Arbeit kritisch Korrektur gelesen hat.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinen Eltern und meiner Frau, die mich stets bedingungslos unterstützt haben. Vor allem meine Frau hielt mir stets den Rücken frei, sodass ich mich voll und ganz auf die Arbeit konzentrieren konnte.

Steinenbronn, im August 2020

Dennis Rein

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Historischer Teil	24
I. Gemeines Recht	24
1. Allgemeines	24
a) Unterscheidung zwischen gemeinem Recht und Partikularrecht	24
b) Abgrenzung einer Grunddienstbarkeit von anderen dinglichen Rechten	25
c) Unterteilung von Dienstbarkeiten	26
d) Voraussetzung an den Inhalt einer Grunddienstbarkeit	28
e) Spezieller Inhalt für bestimmte Grunddienstbarkeiten	29
f) Zusammenfassung	31
2. Entstehung	31
a) Vertrag	31
aa) Allgemeines	31
bb) Notwendigkeit einer <i>quasi traditio</i> ?	32
cc) Zusammenfassung	35
b) Vorbehalt	36
aa) <i>Deductio servitutis</i>	36
bb) <i>Patris familiae destinatio</i>	36
cc) Zusammenfassung	40
c) Trennung	41
d) Letztwillige Verfügung	41
e) Richterliche Verfügung	42
f) Ersitzung	43
aa) <i>Longa quasi possessio</i>	43
bb) Unvordenkliche Verjährung	49
3. Anpassung	50
4. Erlöschen	51
a) Vertrag	51
b) Konfusion	51
c) Verjährung	52
d) Wegfall ihrer Existenzbedingung	53
e) Nebenbestimmung	53

II. Beratung und Einführung des BGB/EG BGB	53
1. Preußisches Recht	55
a) ALR	55
b) Preußisches EEG	56
2. Sächsisches BGB	57
3. Sachenrechtlicher Teilentwurf	58
4. 1. Kommission	60
5. 2. Kommission	63
6. Würdigung	67
B. Nicht eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeiten	70
I. Anzuwendendes Recht, anwendbare Vorschriften	70
1. Grunddienstbarkeiten des BGB	70
2. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten	70
II. Entstehung	72
1. Ermittlung des maßgebenden Rechts	72
2. Die sogenannte Zwischenzeit	73
a) Rechtsbestellung während der Zwischenzeit	73
b) Dauer der Zwischenzeit	74
c) Entstehung nach der Zwischenzeit	76
3. Zusammenfassung	78
III. Fortbestand	79
1. Auslegung	79
2. Anpassung	82
a) Rechtsgeschäftlich	83
b) <i>Ipsa iure</i>	83
aa) Grunddienstbarkeiten des BGB	84
(1) Unterscheidung von Inhalt und Ausübungsintensität	84
(2) Dogmatische Begründung der Anpassung	86
(3) Anpassung des Inhalts	88
(4) Anpassung der Ausübungsintensität	90
bb) Altrechtliche Grunddienstbarkeit	91
(1) Anpassung des Inhalts und der Ausübungsintensität	91
(2) Anpassung bei ersessenen Dienstbarkeiten	95
c) Zusammenfassung	95
3. Inhaltliche Änderungen nach Art. 184 S. 2 EGBGB	96
a) Vereinbarung einer Unterhaltspflicht, §§ 1021, 1022 BGB	96
b) Verlegung auf einen anderen Grundstücksteil, § 1023 BGB	97
c) Zusammentreffen mehrerer dinglicher Rechte, § 1024 BGB	97

4. Kellerrecht	97
a) Stockwerkseigentum	98
b) Superfiziäres Recht/Erbbauerecht	99
c) Dienstbarkeit	100
IV. Anspruch auf Beseitigung einer Störung, § 1027 und § 1004 BGB	101
1. §§ 1027, 1004 BGB	101
2. Duldung eines Überbaus eines Dritten	101
3. Duldung eines Überbaus des Eigentümers des dienenden Grundstücks	102
4. Zusammenfassung	106
V. Besitzschutz	106
1. §§ 858 ff. BGB und § 1029 BGB	106
2. Art. 191 EGBGB	108
a) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 191 II EGBGB	109
aa) Objektive Tatbestandsvoraussetzung	109
bb) Subjektive Tatbestandsvoraussetzung	111
b) Verhältnis von Art. 191 II EGBGB zu § 1029 BGB	113
aa) Anwendbarkeit des Art. 191 II EGBGB auf moderne Grunddienstbarkeiten	113
bb) Schutzzumfang des Art. 191 II EGBGB	115
cc) Unterscheidung von § 1029 BGB und Art. 191 II EGBGB	115
3. Zusammenfassung	117
VI. Schadensersatzanspruch	118
VII. Erlöschen	119
1. Untergangsgründe nach früherem Recht	119
a) Rechtsgeschäftlicher Untergang	119
b) Die übrigen Erlöschensgründe	119
2. Untergangsgründe des BGB	120
3. Teilung des herrschenden und dienenden Grundstücks, §§ 1025, 1026 BGB	121
a) Überblick	121
b) Widersprüchliche Verweisung in Art. 184 S. 2 EGBGB	122
c) Zeitliche Geltung des Art. 184 S. 2 EGBGB i. V.m. § 1026 BGB	123
4. Verjährung, § 1028 BGB	125
5. Gutgläubiger Wegerwerb	126
6. Zwangsversteigerung und Flurbereinigung	128

C. Eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeiten	129
I. Grundbucheintragung	129
1. Art. 187 EGBGB	129
a) Der Eintragungsanspruch	129
b) Vormerkung und Widerspruch	130
2. Die formellen Anforderungen für die Eintragung	132
a) Anwendbarkeit der GBO-Vorschriften	132
b) § 19 GBO	133
c) Analoge Anwendung des § 894 BGB und des § 22 GBO	134
3. Eintragung in einem alten Grundbuch	136
4. Beweis im Grundbuchberichtigungsverfahren analog § 894 BGB	137
a) Beweismittel	137
b) Freie Beweiswürdigung des Richters nach § 286 ZPO	138
5. Zusammenfassung	139
II. Fortbestand	140
1. Art. 184 S. 1 EGBGB	141
2. Auslegung	144
3. Anpassung	147
a) Rechtsgeschäftlich, <i>Ipso iure</i>	147
b) Umwandlung	149
4. Teilweise Eintragung	150
III. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs	150
1. Für den Bestand einer Grunddienstbarkeit	150
2. Für den Inhalt und Rang einer Grunddienstbarkeit	153
a) Bestandsschutz nach Art. 184 S. 1 EGBGB oder Verkehrsschutz nach § 892 BGB?	153
b) Für den Rang der Grunddienstbarkeit	155
c) Zusammenfassung	156
3. Grundbucheintragung	156
a) Wirksame Eintragung	156
b) Eintragung in einem alten Grundbuch	157
c) Sonderkonstellationen	158
4. Maßgeblicher Zeitpunkt	158
5. Keine Kenntnis	159
IV. Besitzschutz, Beseitigungsanspruch und Schadensersatzanspruch	160
V. Erlöschen	160
1. Allgemeines	160

2. Zwangsversteigerung	161
a) Anwendbare Normen	161
b) Voraussetzungen des § 9 I EGZVG	162
c) Erlöschen einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit trotz § 9 EGZVG	165
D. Landesgesetzgebung	168
I. Württemberg-Hohenzollern/Württemberg-Baden	168
II. Baden-Württemberg	170
III. Bayern	171
1. Bayerisches Übergangsgesetz	171
2. Bayerisches AGBGB	173
IV. Bremen	175
V. Hamburg	178
VI. Hessen	180
VII. Rheinland-Pfalz	182
VIII. Neue Bundesländer	183
1. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten	183
2. Mitbenutzungsrechte, Art. 233 § 5 EGBGB	184
a) Rechtsnatur, Inhalt und Entstehens- sowie Erlöschensvoraussetzungen ..	184
b) Fortgeltung eines Mitbenutzungsrechts nach EGBGB	187
c) Zusammenfassung	189
3. § 8 GbBerG	190
a) Motive des Gesetzgebers	190
b) Voraussetzung für das Bestehenbleiben	191
c) Verhältnis von § 8 GbBerG und dem EGBGB	191
d) Verfassungsmäßigkeit	192
e) Zusammenfassung	194
E. Zusammenfassung und Ergebnisse	195
Literaturverzeichnis	201
Sachregister	212
Paragrafenregister	215

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht/Ausführungsgesetz
AgrarR	Agrarrecht
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
bay.	bayerisch
bay. LR	Bayerisches Landrecht von 1756
BayJMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayZ	Zeitschrift für die Rechtspflege in Bayern
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckOGK	Beck-online.Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Rechtsprechungssammlung von beck-online.de
BezG	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch von 1900
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWNotZ	Baden-Württembergische Notar-Zeitschrift
C.	Codex Iustinianus von 534
CC	Code civil – französisches Gesetzbuch zum Zivilrecht von 1804
CIC	Corpus Iuris Civilis
D.	Digesta Iustiniani von 533
ders.	derselbe
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
Dtz	Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
EFG	Eigentumsfristengesetz
EG	Einführungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGZVG	Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	die folgende Seite, die folgenden Seiten
Fn.	Fußnote
Gbl.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik von Deutschland von 1949
GS	Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten bis 1906 und Preußische Gesetzsammlung von 1907 bis 1945
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg(g.)	Herausgeber(s)
hrsg.	herausgegeben
i. f.	in fine (am Ende)
Inst.	Institutiones Iustiniani von 533
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JurionRS	Rechtsprechungssammlung auf jurion.de
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KEHE	Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Keller/Munzig – Kommentar
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LG	Landgericht
LRS	Badisches Landrecht von 1810
LT	Landtag
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
ND	Nachdruck
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz (DDR)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NK	Nomos Kommentar

NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PIPr	Plenar-Protokolle
PR	Preußisches Privatrecht
pr.	principium
preuß.	preußisch
preuß. EEG	Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke [...] v. 5.5.1872 – preußisches Eigentumserwerbsgesetz
Prot.	Protokolle
Prot. I	Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, metallographierte Abschrift und bei Jakobs/Schubert
Prot. II	Protokolle der 2. Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, abgedruckt in der amtlichen Ausgabe 1897–1899 und bei Mugdan
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar
RdL	Recht der Landwirtschaft
RegBl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SaBremR	Sammlung des bremischen Rechts
SachenR-DV	Sachenrechts-Durchführungsverordnung vom 20. Dezember 1994
sächs.	sächsisch
sächs. BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863
SchHA	Schleswig-Holsteinische Anzeiger
Seufferts Archiv	Seufferts Archiv für die Entscheidung der oberstersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sp.	Spalte
SR	Sachenrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
Striethorsts Archiv	Archiv für Rechtsfälle die zur Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind/herausgegeben und redigiert von Theodor Striethorst

SZ GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung
u. a.	und andere/unter anderem
v.	von/vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik von 1976
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZOV	Zeitschrift für offene Vermögensfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung von 1897

Einleitung

„Altrechtliche Dienstbarkeiten‘ – vor meinem geistigen Auge sehe ich bei der Erwähnung dieses Stichworts Notare innerlich seufzen, Grundbuchrechtspfleger zusammenzucken und Beteiligte verständnislos (oder hoffnungsfroh) nachfragen.“¹

Grunddienstbarkeiten sind beschränkte subjektiv-dingliche Rechte an einem Grundstück. Sie berechtigen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, ein fremdes Grundstück zu nutzen. Allerdings ist der Inhalt einer Grunddienstbarkeit begrenzt. Sie berechtigt, das dienende Grundstück in einer einzelnen Beziehung zu nutzen. Für ein umfassendes Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück muss bekanntlich ein Nießbrauch bestellt werden.

Altrechtlich werden Grunddienstbarkeiten genannt, wenn sie nicht nach § 873 BGB durch Einigung und Eintragung bestellt wurden, sondern nach den Vorschriften eines früheren Rechts. Da das deutsche Reich vor dem Inkrafttreten des BGB in viele einzelne Staaten zersplittert war, gab es entsprechend viele Rechtsordnungen, nach denen eine Grunddienstbarkeit bestellt werden konnte. Dennoch verband eine Rechtsordnung die deutschen Staaten, nämlich das gemeine Recht.

Bedeutsam werden diese alten Rechtsordnungen heutzutage wieder, wenn über ein lang ausgeübtes Nutzungsverhältnis an einem fremden Grundstück Streit entsteht. Das geschieht weit häufiger, als anzunehmen ist: Schätzungsweise mehr als 200 Urteile ergingen seit 1900 zu altrechtlichen Grunddienstbarkeiten und wurden publiziert, mehr als 100 Urteile wurden nach 1950 veröffentlicht². Nach der Jahrtausendwende wurden zumindest noch 40 Urteile zu einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit publiziert. Dass sich mehr Gerichte als die Anzahl der gefundenen Entscheidungen mit altrechtlichen Grunddienstbarkeiten befassen mussten, wird dadurch deutlich, dass zwei Drittel der gezählten Urteile durch Oberlandesgerichte ergingen. In 13 Fällen musste sogar der BGH entscheiden. Weit über 100 Jahre nach Inkrafttreten des BGB müssen sich folglich Anwälte und Gerichte immer noch in frühere Rechtsordnungen einlesen und versuchen, sie zu verstehen³. Nicht immer sind sie vergleichbar mit dem BGB, was die Arbeit zusätzlich erschwert. Ferner müssen Sonderfälle in den damaligen Rechtsordnungen wieder geprüft werden, die möglicherweise aus guten Gründen für das BGB nicht übernommen wurden. Da-

¹ Zeiser, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 14.3.2013 – 34 Wx 83/13, MittBayNot 2014, 54, MittBayNot 54, 55.

² Die Zahl basiert auf eigenen Recherchen.

³ Zurecht weist *Schneble*, 42 f. darauf hin, dass die alten Normen zwar in Vergessenheit geraten seien, aber sie dennoch in bestimmten Fällen fortwirkten.

rüber hinaus war früher die Rechtslage nicht weniger umstritten als heute. Unterschiedliche Meinungen und Lösungsansätze zu normalen⁴ oder besonderen⁵ Fallkonstellationen erschweren deshalb den Einstieg in das frühere Recht. Zusätzlich wird die Einarbeitung durch eine langwierige Suche nach den einschlägigen Gesetzen, nach aussagekräftiger Sekundärliteratur und durch eine andere Terminologie⁶ von Fachbegriffen erschwert⁷. Muss nun ermittelt werden, nach welchem früheren Recht sie bestellt wurden, kann das ebenfalls Schwierigkeiten bereiten⁸. Die Rechtsordnung in den deutschen Staaten blieb über die Jahrhunderte vor 1900 nicht unverändert. In Sachsen galten zum Beispiel vor 1900 das gemeine Recht, das gemeine Sachsenrecht (*ius commune Saxonicum*) und schließlich das sächs. BGB⁹.

Erkennbar ist des Weiteren der Einfluss der Zeit auf die Problemschwerpunkte, mit denen sich ein Gericht befassen muss. Besonders nach Inkrafttreten des BGB stellten sich Fragen zur Wechselwirkung der Rechtsordnungen, also wie und ob eine Norm des BGB auf die Rechtslage des früheren Rechts einwirkt. Heutzutage befassen sich die Gerichte überwiegend mit Beweisfragen. Denn behauptet jemand, ihm stehe eine altrechtliche Grunddienstbarkeit zu, muss er ihre Bestellung nach früherem Recht beweisen. Zwar stehen dem Berechtigten mehrere Beweismittel im Rahmen eines Strengbeweisverfahrens zur Auswahl; allerdings lebt heutzutage kein Zeuge mehr, der eine wirksame Bestellung etwa vor dem 1.1.1900 beschreiben kann.

Der Gesetzgeber wollte einen einheitlichen Rechtszustand für alte und moderne dingliche Rechte schaffen. Das ist ihm nur zum Teil gelungen. Heutzutage gibt es nur noch wenige Ausnahmen vom Eintragungsprinzip¹⁰; das heißt, es müssen grundsätzlich alle beschränkten dinglichen Rechte im Grundbuch eingetragen werden, um wirksam entstehen zu können. Anders ist es aber bei altrechtlichen Grunddienstbarkeiten. In großen Teilen Deutschlands mussten sie nicht in ein „Grund-“, „Hypotheken-“ oder „Servitutenbuch“ eingetragen werden. Sie entstanden außerhalb

⁴ S. nur den Streit über die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit im gemeinen Recht, unten A. I. 2. a) bb).

⁵ S. etwa den Streit über die „stillschweigende Bestellung“, unten A. I. 2. b) bb).

⁶ S. unten A. I. 4. b).

⁷ *Zeiser*, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 14.3.2013–34 Wx 83/13, MittBayNot 2014, 54, MittBayNot 54, 55; *Schneble*, 42 f.

⁸ S. BGHZ 42, 63, 64 f. mit der Frage, ob das ALR das gemeine Recht in Frankfurt a. M. verdrängte; RGZ 104, 147 musste prüfen, wann das Code Civil im Geltungsbereich des rheinischen Rechts galt.

⁹ *Dehmer*, Altrechtliche Grunddienstbarkeiten in Sachsen und Thüringen, 298, erläutert etwa, dass das AG Dresden, DtZ 1996, 153, die falsche alte Rechtsordnung für seine Entscheidung gewählt hat; richtigerweise hätte das Gericht prüfen müssen, ob die Dienstbarkeit wirksam nach dem sächs. BGB entstanden ist und nicht, wie es geprüft hat, nach dem *ius commune Saxonicum*.

¹⁰ Die Eintragungspflicht entfällt etwa für die Wertpapierhypothek und die Inhabergrundschuld gemäß §§ 1187 f., 1195. Eine Einigung nach § 873 I BGB genügt ebenfalls bei nicht eingetragenen oder vom Buchungszwang befreiten Grundstücken gemäß § 3 Abs. 2 GBO; vgl. *MüKo-Kohler*, § 873, Rn. 94.

eines entsprechenden Buches und wirkten trotzdem gegenüber Dritten. Mancherorts waren sie zudem nicht einmal eintragungsfähig¹¹. Nach zähen Verhandlungen in den Kommissionen zum BGB setzte sich das nun geltende Eintragungsprinzip für zukünftige Grunddienstbarkeiten durch. Allerdings nur für sie: Altrechtliche Grunddienstbarkeiten bleiben trotz Inkrafttreten des BGB nach Art. 184 S. 1 EGBGB mit ihrem Inhalt nach dem früheren Recht bestehen. Darüber hinaus müssen sie für ihren Fortbestand nicht eingetragen werden. Vor allem aber suspendiert Art. 187 I EGBGB den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für nicht eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeiten¹². Erwirbt jemand heutzutage ein laut Grundbuch unbelastetes Grundstück, dann geht er von dieser Rechtslage für sein neues Grundstück aus. Freilich wird er böse überrascht, wenn sein Nachbar ein nicht eingetragenes Recht auf seinem Grundstück ausübt. Dennoch konnte er sein Grundstück nicht gemäß § 892 BGB gutgläubig lastenfrei erwerben, da der öffentliche Glaube suspendiert ist. Ihm bleibt nur ein schuldrechtlicher Rückgriff auf den Verkäufer¹³. Allerdings rief der Gesetzgeber sehenden Auges diese Rechtslage hervor. Grunddienstbarkeiten sind nicht an das Leben des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gebunden, sondern an das Grundstück selbst. Deswegen können sie potentiell ewig bestehen bleiben. Deshalb sind auch heute noch zahlreiche nicht eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeiten wirksam – obwohl sie möglicherweise in vielen Fällen in Vergessenheit geraten sind.

Obwohl das Übergangsrecht nun seit mehr als 100 Jahren in Kraft ist, behandelte die Literatur altrechtliche Grunddienstbarkeiten stiefmütterlich. Vereinzelte Aufsätze, kurze Passagen in Monographien und nur kurze Verweise auf die Existenz alter Rechte in Lehrbüchern bilden die Grundlage für eine fast unveränderte Kommentierung der maßgebenden Normen seit 1900¹⁴. Es gab wohl Anfang des 20. Jahrhunderts wirtschaftlich interessantere und drängendere Fragen als die Überleitungsregeln für altrechtliche Grunddienstbarkeiten. Im Laufe der Zeit verloren diese nicht im Grundbuch eingetragenen Rechte zunehmend an Brisanz, obwohl noch der Redaktor des sachenrechtlichen Teilentwurfes Reinhold Johow fürchtete, dass an der Eintragungspflicht für Grunddienstbarkeiten das gesamte BGB scheitere¹⁵. Nichtsdestoweniger ist das Übergangsrecht auf keinem anderen Gebiet so wichtig wie für altrechtliche Grunddienstbarkeiten¹⁶.

¹¹ So zum Beispiel in Sachsen.

¹² *Wolff/Raiser*, § 111 I 3, nennt diese Ausnahme eine „bedauerliche Durchbrechung des Publizitätsgedankens“.

¹³ Notare müssen den Erwerber auf die Möglichkeit einer nicht im Grundbuch erkennbaren Belastung des Grundstücks hinweisen, die er nicht gutgläubig wegerwerben kann, s. etwa *Böhringer*, Unsichtbare Grundbuchbelastungen, 12.

¹⁴ Zum Beispiel verweist der Münchener Kommentar aktuell in seiner 7. Auflage 2018 auf die Erläuterungen der 5. Auflage 2010.

¹⁵ *Johow/Achilles*, Bd. 3, 948; s. zudem *Finkenauer*, Grunddienstbarkeiten, 224.

¹⁶ *Enneccerus/Kipp/Wolff*, § 111 I.