

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu. Die Grundsätze, nach denen sich die Hofzugehörigkeit rechtlich unselbstständiger Grundstücksteile richtet, sind in Rechtsprechung und Schriftum nicht eindeutig geklärt. Die Rechtssache hat deshalb grundsätzliche Bedeutung (§ 24 Abs. 1 LwVG).

## 5. Liegenschaftsrecht – Nachweis des Bestehens einer altrechtlichen Dienstbarkeit

(*Saarländisches OLG*, Urteil vom 4. 7. 2007 – 1 U 451/06)

**EGBGB Art. 186**

**CC Art. 688; 690**

### Zu den Beweisanforderungen an das Bestehen einer altrechtlichen Dienstbarkeit.

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten darüber, ob die Grundstücke des Bekl. in der Gemarkung M., Flur 6, Nr. ...6/1, Nr. ...1/229 und Nr. ...3/229 zu Gunsten der Gartengrundstücke der Kl. zu 1) und 2) in der Gemarkung M., Flur 6, Nr. ...1/1, 258, ...6/309 und ...7/309 sowie zu Gunsten des Grundstücks des Kl. zu 3) ebenfalls in der Gemarkung M., Flur 6, Nr. ...0/283 mit einer (altrechtlichen) Grunddienstbarkeit belastet sind. Mit vorliegender Klage begehren sie zum einen ein Überfahrtsrecht über die vorbezeichneten Grundstücksparzellen des Bekl. sowie Beseitigung der auf diesen Parzellen aufgebrachten Hindernisse und Freihaltung der Durchfahrt.

Zur Begründung haben die Kl. vorgetragen, dass die streitgegenständlichen Parzellen des Bekl. schon seit urdenklichen Zeiten Teile eines Weges seien, der von den Eigentümern der dahinter gelegenen landwirtschaftlich genutzten Grundstücke als Feldwirtschaftsweg genutzt worden sei. An den genannten Grundstücken des Bekl. bestehe eine altrechtliche Dienstbarkeit zu ihren Gunsten. Dies folge aus einem Übersichtshandriss des Königlich Preußischen Katasters im Regierungsbezirk T., Kreis M., Bürgermeisterei M., Gemeinde M. betreffend Flur 6, aus einem dem Handriss vorausgestellten Vermerk vom 30. 4. 1831 sowie aus den von ihm vorgelegten Katasterauszügen.

Der Bekl. hat die Voraussetzungen für die Entstehung einer altrechtlichen Dienstbarkeit nach Code Civil bestritten. Der Handriss und der dazugehörige Vermerk seien zum Nachweis des Vorhandenseins eines Wegerechts keineswegs ausreichend. Die Urkunden enthielten nämlich weder einen Vertrag über die Begründung einer Grunddienstbarkeit noch eine besondere Anerkennung. Die Verkündung der einzelnen Eigentumsverhältnisse reiche hierfür nicht aus.

Das LG hat der Klage insgesamt stattgegeben. Dagegen hat der Bekl. Berufung eingelegt.

#### Aus den Gründen:

II. Die form- und fristgerecht eingelegte sowie ordnungsgemäß begründete Berufung des Bekl. ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässig. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Abweisung der von den Kl. erhobenen Klagen.

A. Entgegen der Auffassung des LG stehen den Kl. die geltend gemachten Ansprüche auf Gestattung der Durchfahrt über die im Eigentum des Bekl. stehenden streitgegenständlichen Parzellen sowie auf Beseitigung der aufgebrachten Hindernisse und Freihaltung der

Durchfahrt auf der Grundlage einer altrechtlichen Dienstbarkeit nicht zu. Die Kl. haben nicht den hinreichenden Nachweis geführt, dass die streitgegenständlichen Grundstücke zu Gunsten der Kl. mit einer entsprechenden Dienstbarkeit in Form eines Wegerechts belastet sind. Für die Entstehung dieses Rechts sind indes die Kl. darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BayObLGZ 1989, 203, 209; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl., Art. 184 EGBGB Rn. 3).

1. Den geltend gemachten Ansprüchen steht zunächst nicht entgegen, dass zu Gunsten der Kl. eine entsprechende Grunddienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen ist. Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches belastet war, sind mit dem sich aus den damaligen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen geblieben, soweit sich nicht aus den Art. 192 – 195 EGBGB etwas anderes ergibt, Art. 184 S. 1 EGBGB. Für altrechtliche Grunddienstbarkeiten bestimmt Art. 187 Abs. 1 EGBGB weiter, dass sie auch zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, wenn nicht das Landesrecht etwas anderes bestimmt, Art. 187 Abs. 2 EGBGB, was vorliegend nicht der Fall ist (Palandt/Bassenge, 65. Aufl., Art. 187 EGBGB Rn. 3). Die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbes durch den Bekl. nach § 892 BGB bestand mithin von vorneherein nicht.

2. Zur hinreichenden Überzeugung des Senates steht indes nicht fest, dass nach den vor Inkrafttreten des BGB geltenden Gesetzen zu Gunsten der heutigen Grundstücke der Kl. und zu Lasten des Grundbesitzes des Bekl. ein Wegerecht des begehrten Inhalts und Umfangs bestellt worden war.

a) Die Voraussetzungen für ein Wegerecht richten sich nach den Vorschriften des Code Civil (Art. 184 EGBGB i. V. m. Art. 686 ff. CC) als dem vor dem Inkrafttreten des BGB im Bezirk Trier geltenden Recht. Die einschlägigen Vorschriften unterscheiden für den Erwerb von Grunddienstbarkeiten zwischen ständigen und nicht ständigen Grunddienstbarkeiten (Art. 688 Abs. 1 CC: servitudes continues ou discontinues) und zwischen sichtbaren und nicht sichtbaren Grunddienstbarkeiten (Art. 689 Abs. 1 CC: servitudes apparentes ou non apparentes). Das Wegerecht zählte nach der Systematik des CC zu den nicht fortwährenden Servituten (Art. 688 Abs. 3 CC). Diese konnten grundsätzlich nur rechtsgeschäftlich durch einen Titel („par titre“) – das ist ein durch jedes Beweismittel beweislicher Vertrag (vgl. Cretschmar, Rheinisches Zivilrecht, 3. Aufl., Seite 113, Anm. zu Art. 690) – erworben werden. Fehlte ein solcher Titel, konnte er auch durch besondere Anerkennung von Seiten des Eigentümers des belasteten Grundstücks ersetzt werden (Art. 695 CC), wobei ein mündliches Anerkenntnis genügte. Dieser „titre recognitif“ erforderte mithin keine Form, er konnte auch aus konkludenten Handlungen gefolgt werden (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27. 5. 2002 – 7 U 218/01; OLG Köln OLGR 1993, 208; OLG Düsseldorf OLGR 2000, 138, 139 = RNotZ 2001, 44; RGZ 20, 348; Dehner, Nachbarrecht, 7. Aufl. EL 1999, § 36 B zu § 36 zu 3. [Seite 7]). Bloßer Besitz, selbst wenn er unvordenklich war, war nicht hinreichend, um nicht fortwährende Servitute zu begründen (Art. 691 Abs. 1 u. 2 CC).

b) Der dem Übersichtshandriss vorangestellte Vermerk des Scheffen L. vom 30. 4. 1831 mit dem Wortlaut: „dass der Katastergeometer H. nach vorheriger Verkündung des hierzu bestimmten Tages in meiner Gegenwart den versammelten Grundeigentümern die Parzellen-Handrisse der Flur VI genannten Dorfflur vorgelegt, die Namen der in diesen Handrisse eingeschriebenen Grundeigentümern deutlich verlesen, alle hiergegen gemachten Erinnerungen notiert und die Vorschriften der §§ 69, 70, 71 und 72 der Instruktion vom 12. 3. 1822 befolgt habe, wird denselben hiermit bescheinigt“, enthält weder ausdrücklich eine bestimmte Vereinbarung der vormaligen Eigentümer der streitgegenständlichen Grundstücksparzellen („titre constitutif“) i. S. des geltend gemachten Wegerechts noch ein hierauf gerichtetes ausdrückliches Anerkenntnis des Rechtsvorgängers des Bekl. („titre recognitif“). Auch für eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Grundstückseigentümern außerhalb dieser Urkunden ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte, zumindest haben die Kl. solche nicht aufgezeigt. Entgegen der Auffassung der Kl. sind aber darüber hinaus auch keine ausreichenden Indizien vorhanden, die für die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten der Kl. außerhalb dieser Urkunden durch Anerkenntnis des Rechtsvorgängers des Bekl. und damit durch „titre recognitif“ sprechen bzw. die zwingend darauf schließen lassen, dass bei Erstellung der vorgenannten Urkunden bereits vom Bestehen einer früher einmal begründeten Dienstbarkeit ausgegangen wurde.

c) Soweit das LG ausgeführt hat, durch den mit dem Handriss und den dazugehörigen öffentlichen Urkunden, die die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hätten, dokumentierten Vorgang sei zu Lasten der damaligen Eigentümer der betroffenen Grundstücke des Bekl. auch das sich aus dem Handriss ergebende Wegerecht entstanden, kann dem nicht gefolgt werden.

Unabhängig davon, dass die von den Kl. auf Anforderung des LG vorgelegte beglaubigte Kopie der Handrisskarte nicht mit der mit der Klageschrift überreichten unbeglaubigten Kopie übereinstimmt und mithin noch immer keine den Erfordernissen des § 435 ZPO genügende Urkunde vorgelegt wurde, kann dem Vermerk des Scheffen L. gerade nicht entnommen werden, dass „keine Erinnerungen gegen die Parzellen Handrisse der Flur 6 genannten Dorfflur“ erhoben wurden. Vielmehr heißt es dort, dass „alle hiergegen gemachten Erinnerungen notiert wurden“, woraus zu folgern ist, dass Einwendungen erhoben wurden, die auch notiert wurden. Allerdings lässt sich der in dem Vorprozess eingeholten Auskunft entnehmen, dass neben der Anmerkung des Scheffen L. kein weiteres Protokoll vorhanden ist, das dokumentierte Erinnerungen enthält. Mithin bleibt gerade im Unklaren, ob, von wem und mit welchem Inhalt diese geltend gemacht wurden. Hinzukommt Folgendes: Der Handriss war das Ergebnis einer stückweisen Vermessung der in der Gemarkung M., Flur 6 gelegenen Liegenschaften. Diese wurden vor Ort gefertigt. Der Handriss wurde im Kataster- und Vermessungsamt registriert und archiviert und diente der Aktualisierung der amtlichen Flurkarte. Nach erfolgter Bekanntmachung wurden die Handrisse vom Katastergeometer in den Kataster übernommen. Der Kataster, eine von den Vermessungsämtern geführte öffentliche Einrichtung, dient und diente der Ersicht-

lichmachung bestimmter tatsächlicher Grundstücksverhältnisse. Abweichungen zwischen den Handrisse und dem Kataster durfte es nicht geben. Hiervon ausgehend, kann dem Handriss und dem Vermerk weder nach seinem Erklärungswert noch seiner Zweckbestimmung eine unmittelbar rechtsbegründende Wirkung i. S. eines Wegerechts zu Gunsten bestimmter (einzelner(?), sämtlicher(?)) Eigentümer der in der Flur 6 gelegenen Grundstücke zuerkannt werden. Dass die damals anwesenden Eigentümer der in der Flur 6 gelegenen Parzellen in Bezug auf den gestrichelt eingetragenen Weg ein rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein in dem von den Kl. gewünschten Sinne hatten, erscheint nicht nur zweifelhaft, sondern eher fern liegend.

d) Nach Auffassung des Senates können die Angaben im Übersichtshandriss in Verbindung mit der Eintragung eines Weges in die Flurkarte und dem Inhalt des Vermerks des Scheffen L. vom 30. 4. 1831 auch nicht als gewichtiges ausreichendes Beweisanzeichen dafür gewertet werden, dass die Bet. bei Erstellung der Urkunden vom Bestehen einer irgendwann früher begründeten Dienstbarkeit ausgingen und eine solche bestand. Dem Handriss in Verbindung mit dem Vermerk des Scheffen L., der sich ausweislich der in dem Vorprozess eingeholten Auskunft auf die Angaben im Übersichtshandriss, im Einzelhandriss und auf die Flurkarte bezieht, sowie dem weiteren Umstand, dass auf der Urkarte zu Flur 6 in M. eine gestrichelte Linie eingezeichnet ist, kann zwar entnommen werden, dass bereits damals der Feldweg existierte und in dem Handriss und in der Urkarte berücksichtigt war. Da der Weg in den Kataster übernommen wurde, ist von seiner Existenz zum damaligen Zeitpunkt auszugehen. Es kann zudem zugunsten der Kl. unterstellt werden, dass der Feldweg als solcher von Anrainern benutzt wurde, ohne dass sich die Rechtsvorgänger des Bekl. wie auch die übrigen durch den Weg betroffenen Grundstückseigentümer gegen eine solche Nutzung verwahrt hätten. Diese Umstände erlauben indes nicht den sicheren Rückschluss auf eine irgendwann einmal zuvor erfolgte Begründung einer entsprechenden Dienstbarkeit durch (ggf. auch formloses) Anerkenntnis des Rechtsvorgängers des Bekl. („titre recognitif“). Die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Übersichtshandrisses und des Vermerkes ein Feldweg vorhanden war, der bis zur Anlegung der Grundbücher (Art. 186 EGBGB) und auch in der Folge – ggf. infolge bloßer Dul dung durch die jeweiligen Rechtsvorgänger des Bekl. – genutzt wurde, könnte allenfalls zur Begründung einer Ersitzung oder eines Erwerbs durch unvordenkliche Verjährung herangezogen werden, Erwerbstatbestände, die das Klagebegehren indes nicht stützen können. Das Recht, über ein fremdes Grundstück seinen Weg zu nehmen, ist – wie bereits ausgeführt – nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 688 Abs. 3 CC eine nichtständige Dienstbarkeit. Nichtständige Dienstbarkeiten konnten, ob sie sichtbar waren oder nicht, nicht durch 30-jährigen Besitz (Art. 690 CC) und auch nicht durch unvordenkliche Verjährung erworben werden (vgl. hierzu OLG Zweibrücken NJW-RR 2003, 1316).

e) Zwar verkennt der Senat nicht, dass das Bestehen altrechtlicher Dienstbarkeiten aus der Zeit vor Anlegung der Grundbücher heutzutage infolge Zeitalters oftmals nur noch sehr schwer festgestellt werden kann. Dies gilt

umso mehr, wenn dafür besondere schriftliche Erwerbs-titel nicht vorliegen und solche Titel wie nach dem Code Civil für die Entstehung des Rechts auch nicht erforderlich waren. Dennoch können die vorgelegten Urkunden wie auch der Umstand, dass der Weg im Kataster eingetragen war und auch seit urdenklichen Zeiten als Zufahrtsweg genutzt wurde, nicht als ausreichende Beweisanzeichen für die Begründung einer altrechtlichen Dienstbarkeit in Gestalt eines Wegerechtes gerade zu Gunsten des Grundbesitzes der Kl. und zulasten des Grundbesitzes des Bekl. gewertet werden.

Insoweit unterscheidet sich vorliegender Fall auch grundlegend von den Sachverhalten, die der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 10. 11. 1999 (OLGR Düsseldorf 2000, 138 = RNotZ 2001, 44) und des OLG Zweibrücken vom 26. 6. 2003 (NJW-RR 2003, 1316) zugrunde lagen. In der erstgenannten Entscheidung konnten der Urkunde des Notars bereits ausreichende Indizien dafür entnommen werden, dass im Zeitpunkt der Beurkundung bereits ein Servitut in Form eines Wege-rechtes an der streitbefangenen Gasse bestand. In der durch das OLG Zweibrücken entschiedenen Streitigkeit haben bei den Liquidationsverhandlungen zur Aufstellung des Urkatasters die damaligen Besitzer sowohl der herrschenden als auch der dienenden Grundstücke eine „Dienstbarkeit“ in Gestalt eines „Durchfahrts-rechts“ durch den Hofraum des Grundbesitzes der dortigen Bet. zu 1) gesondert angegeben. Dementsprechend war ohne Weiteres anzunehmen, dass die betreffenden Grundstückseigentümer damals die Belastung mit einer „Dienstbarkeit“ als ihrer Rechtsüberzeugung nach richtig angegeben haben und es mithin zuvor zu einer zumindest formlosen Bestellung der entsprechenden „Servitut“ gekommen sein muss. An solchen konkreten Indizien, die sichere Rückschlüsse auf eine auch nur formlose Bestellung einer Dienstbarkeit erlauben, fehlt es im Streitfall ersichtlich. Vielmehr bleibt völlig im Unklaren, ob, mit welchem Inhalt und insbesondere zugunsten welcher konkreten Grundstücke eine solche Dienstbarkeit bestellt wurde.

Nach alledem ist der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon überzeugt, dass die streitgegenständlichen Grundstücke des Bekl. zugunsten der Kl. mit einer altrechtlichen Dienstbarkeit in Gestalt des reklamierten Wegerechts belastet sind, so dass dem Klage-begehrten insgesamt der Erfolg zu versagen war.

B. Soweit die Kl. zur Nutzung ihrer in Rede stehenden landwirtschaftlichen Grundstücke auf ein Durchfahrtsrecht über die streitbefangenen Grundstücke des Bekl. angewiesen wären, was nach der Sachdarstellung des Bekl. im Übrigen keineswegs zutrifft, bliebe diesen unbenommen, im Wege einer gesonderten Klage einen Anspruch auf Duldung eines Notwegs gemäß § 917 Abs. 1 BGB gegen den Bekl. zu verfolgen, der allerdings hinsichtlich seiner rechtlichen Voraussetzungen der besonderen Darlegung bedarf. Im Hinblick darauf, dass die Kl. sich in vorliegendem Rechtsstreit auch nicht hilfswise explizit auf ein Notwegerecht nach § 917 Abs. 1 BGB berufen und hierzu näheren Sachvortrag unterbreitet haben, bedurfte es einer Entscheidung des Senates hierüber nicht.

## 6. Erbrecht – Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 31. 7. 2007 – I-7 W 60/07)

### BGB § 2314

#### Zu den Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis i. S. des § 2314 BGB.

##### Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Das LG hat mit Recht zur Erzwingung der in seinem Teilanerkenntnisurteil vom 8. 11. 2006 ausgesprochenen Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Verzeichnisses ein Zwangsgeld in Höhe von 500,- € gegen die Schuldnerin festgesetzt.

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind erfüllt.

Die Schuldnerin ist zunächst ihrer Verpflichtung zur Vorlage des notariellen Verzeichnisses schuldhaft nicht nachgekommen. Der Einwand der Schuldnerin, sie habe inzwischen einen Notar mit der Erstellung des notariellen Verzeichnisses beauftragt, der Termin zur Unterzeichnung des Verzeichnisses sei bislang aber noch nicht zu stande gekommen, rechtfertige es nicht, von der Auferlegung eines Zwangsgeldes abzusehen, wie das LG zutreffend festgestellt hat.

Die Bekl. ist als Alleinerbin des Erblassers gemäß § 2314 BGB verpflichtet, dem Pflichtteilsberechtigten ein notarielles Nachlassverzeichnis vorzulegen. Denn bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 26. 1. 2006 haben die Gläubiger mit hinreichender Deutlichkeit die Vorlage eines notariellen Verzeichnisses bis spätestens 27. 2. 2006 verlangt. Mit weiterem anwaltlichen Schreiben vom 9. 2. 2006 ist der Schuldnerin eine weitere Frist zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses bis zum 15. 3. 2006 gesetzt worden. Trotz aller Fristsetzungen der Gläubiger, die in dem erkennbaren Bemühen erfolgt sind, den vorliegenden Prozess zu vermeiden, ist die Vorlage des notariellen Verzeichnisses nicht erfolgt. Es musste daher Klage erhoben werden und ist die Schuldnerin durch Teilanerkenntnisurteil des LG Mönchengladbach vom 8. 11. 2006 unter anderem zur Vorlage eines notariellen Verzeichnisses verurteilt worden. Selbst nach erfolgter Verurteilung hat sich die Schuldnerin nicht veranlasst gesehen, umgehend einen Notar mit der Erstellung eines notariellen Verzeichnisses zu beauftragen und insbesondere durch rechtzeitige Erbringung der erforderlichen Mitwirkungs-handlungen dafür Sorge zu tragen, dass die ihr auferlegte Verpflichtung zeitnah nach der Verurteilung auch erfüllt wird. Die Schuldnerin hat in keiner Weise vorgetragen, dass sie entsprechende Bemühungen entfaltet hat.

Die Schuldnerin hat nunmehr dargelegt, dass das notarielle Bestandsverzeichnis inzwischen erstellt und den Gläubigern auch übersandt worden sei. Im Zwangsvollstreckungsverfahren ist der Erfüllungseinwand zu berücksichtigen, wobei allerdings die Schuldnerin die Darlegungs- und Beweislast trägt. Aus der Vorlage der entsprechenden Urkunde vom 19. 6. 2007 ergibt sich natür-