

§ 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB ersichtlich nämlich primär das Verpflichtungsgeschäft. Das Erfüllungsgeschäft ist gemäß § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann zustimmungsbedürftig, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft zustimmungsbedürftig war, aber die Zustimmung hierzu nicht eingeholt wurde.<sup>15</sup> Ein objektiv unter § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB fallender notarieller Kaufvertrag ist mithin auch ohne Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam, wenn der Erwerber zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes nicht wusste, dass es sich für seinen Vertragspartner um ein Gesamtvermögensgeschäft handelte. Die Auflassung ist vom Grundbuchamt unberührt von § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB antragsgemäß zu vollziehen.<sup>16</sup>

Anknüpfend an die eingangs dargestellte Prüfungskompetenz nach § 20 GBO kann der Rechtspfleger dementsprechend nur dann zu der Überzeugung kommen, dass das Grundbuch durch die Eigentumsbeschreibung unrichtig wird, wenn sowohl für das Vorliegen des objektiven als auch für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäftes konkrete Anhaltspunkte bestehen. Die begründete Besorgnis, dass das Grundbuch unrichtig wird, besteht nur in dem Maße, in dem die begründete Besorgnis besteht, dass § 1365 Abs. 1 BGB einschlägig ist. Dies wiederum setzt voraus, dass sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen. Die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes kann nicht über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB hinausgehen. Es wurde oben ausgeführt, dass sich die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB bei der Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände als Produkt der Abwägung zwischen den Belangen des durch § 1365 Abs. 1 BGB geschützten, nicht am Rechtsgeschäft beteiligten Ehegatten einerseits und der Sicherheit des Rechtsverkehrs sowie der nach § 1364 BGB den Regelfall darstellenden Verfügungsfreiheit des veräußernden Ehegatten andererseits darstellen. Die Besorgnis, dass das Grundbuch unrichtig wird, darf nicht als weiterer grundstücksspezifischer Belang zu Gunsten des nicht beteiligten Ehegatten in diese Abwägung eingestellt werden und zu einer das subjektive Tatbestandsmerkmal ignorierenden, quasi „überschießenden“ Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes führen. Es handelt sich bei dem Anliegen, das Grundbuch nicht unrichtig werden zu lassen, nur um einen spezifisch immobilienrechtlichen, vollzugstechnischen Annex zum Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 BGB, der von dem dargestellten materiellrechtlichen Abwägungsergebnis auszugehen hat. Ansonsten würde man die Erleichterung für den Rechtsverkehr durch das subjektive Tatbestandsmerkmal auf dem Weg über die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes für den Grundstücksverkehr faktisch aushebeln.<sup>17</sup> Daher ist das Grundbuchamt nur dann berechtigt und verpflichtet, durch Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten in der Form des § 29 GBO oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich aus den Eintragungunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Vornahme des notariellen Verpflichtungsgeschäftes sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht vorlagen.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Henrich, § 10 IV 1.

<sup>16</sup> BGH, NJW-RR 1990, 1154 f.

<sup>17</sup> In diese Richtung auch BayObLGZ 1967, 87, 92, wonach die Erleichterung durch die subjektive Theorie dem Immobiliargüterverkehr in gleicher Weise zugute kommen soll, wie dem übrigen Rechtsverkehr.

<sup>18</sup> BayObLG, MittBayNot 2000, 439; BayObLGZ 1967, 87.

Unabhängig davon wäre das subjektive Tatbestandsmerkmal des § 1365 Abs. 1 BGB vorliegend erfüllt gewesen, wenn es sich objektiv um ein Gesamtvermögensgeschäft gehandelt hätte. Maßgeblicher Gesichtspunkt hierfür ist, dass die Erwerberin die Lebensgefährtin des Veräußerers war. Da es sich bei der Kenntnis vom Gesamtvermögenscharakter eines Veräußerungsgeschäftes um eine innere Tatsache handelt, kann deren Vorliegen nur aus äußeren Tatsachen gefolgert werden.<sup>19</sup> Bei nahen Verwandten, die in Kontakt miteinander stehen, legen die Umstände die entsprechende Kenntnis nahe. Anders gewendet spricht in diesem Fall eine Vermutung für die Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse.<sup>20</sup> Gleiches dürfte für die Lebensgefährtin gelten, die mit dem Ehemann zusammenwohnt. In diesem Sinne entscheidet auch das OLG Hamm<sup>21</sup> in einem Beschluss vom 27.1.2004: In dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt veräußerte der Ehemann das streitgegenständliche Grundstück ebenfalls an seine neue Lebensgefährtin, welche bereits verschiedene Vermögensgegenstände von ihm übernommen hatte. Aus dieser Sachlagenlage durfte das Grundbuchamt dem OLG Hamm zufolge die Schlussfolgerung ziehen, dass der Erwerberin die Vermögensverhältnisse des Veräußerers bekannt waren und somit die subjektive Komponente des § 1365 Abs. 1 BGB vorlag.

Vom Ergebnis her betrachtet ist der hier erörterte Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG dennoch nicht zu beanstanden, da § 1365 Abs. 1 BGB schon am objektiven Tatbestand scheiterte. Mithin fehlte es bereits am objektiven Substrat für das subjektive Element des § 1365 Abs. 1 BGB. Da ein Beschluss im Urteilsstil und nicht im Gutachtenstil abgefasst wird, waren Ausführungen zum subjektiven Tatbestand entbehrlich und zwar unabhängig davon, ob dieser bei Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäftes zu bejahen oder zu verneinen gewesen wäre.

Notarassessorin *Brigitte Bauer*, LL. M. EUR., Weilheim

<sup>19</sup> MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 34.

<sup>20</sup> OLG Celle, FamRZ 1987, 942, 944; MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 34.

<sup>21</sup> MittBayNot 2006, 41 (in diesem Heft).

4. BGB § 1365; GBO § 20 (*Zustimmungserfordernis bei Verfügung über Grundstücksanteil an Lebensgefährtin*)

**Das Grundbuchamt ist berechtigt und verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bei der Verfügung über einen 3/4-Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück, der verbleibende 1/4-Miteigentumsanteil infolge dinglicher Belastungen praktisch wertlos ist. Auf vertraglich übernommene Gegenleistungen kommt es nicht an. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.1.2004, 15 W 9/03

*Aus den Gründen:*

Der Beteiligte zu 1 ist Alleineigentümer eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind im gesetzlichen Güterstand verheiratet, das

Scheidungsverfahren zwischen ihnen ist seit Juni 2001 rechts-hängig.

Der Beteiligte zu 1 hat mit notariellem Vertrag einen  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem vorbezeichneten Grundstück an seine Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 2, übertragen und auf-gelassen. Der Vertrag sieht als Gegenleistung ein Altenteilrecht bestehend aus einem Wohnrecht und der Verpflichtung des Beteiligten zu 2 zur Hege und Pflege des Beteiligten zu 1 in gesunden und in kranken Tagen vor. Als weitere Gegenleistung ist die Übernahme von  $\frac{3}{4}$  der auf dem Grundstück las-tenden Darlehensverbindlichkeiten vereinbart. Dem Grund-buchamt wurde eine Ausfertigung der Urkunde vorgelegt und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung veranlasst. Weiter wurde als einzutragende Belastung eines jeden Mit-eigentumsanteils der Ausschluss des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft während der Lebzeiten des Beteiligten zu 1 vereinbart.

Am 13.2.2002 hat die Beteiligte zu 3 beim Familiengericht einen dinglichen Arrest gegen den Beteiligten zu 1 zur Sicherung eines von ihr reklamierten Zugewinnausgleichsanspruchs erwirkt. Mit Schriftsatz vom 14.2.2002 hat sie eine Ausfertigung des Arrestbefehls beim Grundbuchamt vorlegen und die Eintragung einer Arresthypothek an dem oben bezeichneten Grundstück beantragen lassen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eigentumsumschreibung von der Vorlage einer Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 3 in grundbuchmäßiger Form abhängig gemacht, da der Beteiligte zu 1 mit dem  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil über einen Gegenstand verfüge, der nahezu sein gesamtes Vermögen aus-mache. Gegen die vom Landgericht zurückgewiesene diesbe-zügliche Beschwerde richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. (...)

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Ent-scheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 78 Satz 1 GBO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutref-fend von einer gem. § 71 Abs. 1 GBO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2 ausgegangen. Die Kammer war mit einer rechtsmittelfähigen Zwischenverfügung des Amts-gerichts befasst. Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO waren gegeben. Es ist allgemein anerkannt, dass das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet ist, durch Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt des Antrags auf Eigen-tumsumschreibung konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsver-bots nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben sind (vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 31, 33 m. w. N.). Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprü-fung stand.

Die Kammer hat im Ausgangspunkt die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes hinsichtlich einer Zustimmungsbedürftig-keit gemäß § 1365 BGB zutreffend beurteilt. Es geht hier um die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels aufgrund der von den Beteiligten zu 1 und 2 in der notariellen Urkunde vom 17.12.2001 erklärten Auflassung (§ 925 BGB). Die Wirksamkeit der Auflassung ist dem Grundbuchamt nachzu-weisen (§ 20 GBO).

Da die Beteiligten zu 1 und 3 unstreitig im Güterstand der Zu-gewinnsgemeinschaft lebten, ist die dingliche Einigung un-wirksam (§ 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn der Beteiligte zu

1 mit der Auflassung eines  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteils über sei-ner Vermögen im Ganzen verfügt hat. Nach ständiger Recht-sprechung des BGH (vgl. etwa BGH, NJW 1993, 2441 f.) ist letzteres auch dann anzunehmen, wenn die Verfügung nur einen einzelnen Vermögensgegenstand betrifft, dieser das Vermögen jedoch weitgehend ausschöpft. Maßgebend ist dabei ein Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfü-gung, wobei – abhängig von der Größe des Vermögens – ein Restvermögen von 10 bis 15% als unerheblich angesehen wird (BGH, NJW 1991, 1739 f.). In Fällen der Verfügung über einen Einzelgegenstand setzt die Anwendung des § 1365 BGB zusätzlich voraus, dass der Verfügungskontrahent weiß, dass es sich bei dem Vermögensgegenstand um das wesentli-che Vermögen des Verfügenden handelt oder er die Umstände kennt, aus denen sich dies ergibt (etwa BGH, NJW 1993, 2441; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl., § 1365 Rdnr. 9; *Kemper* in HK-BGB, 3. Aufl., § 1365 BGB Rdnr. 9).

Nicht ausdrücklich erörtert hat die Kammer in diesem Zu-sammenhang die Frage, ob das Grundbuchamt befugt war, diesen Gesichtspunkt aufzugreifen. Dies ist jedoch unschäd-lich, da eine solche Prüfungsbefugnis, wie bereits ausgeführt, hier zu bejahen war. Die Prüfungspflicht im Rahmen des § 20 GBO erstreckt sich auf alle Aspekte der Wirksamkeit der Auf-lassung, also grundsätzlich auch auf die Notwendigkeit und das Vorliegen einer Einwilligung nach § 1365 BGB. Aller-dings entspricht es nahezu allgemeiner Auffassung, dass die Vorlage einer Zustimmungserklärung des Ehegatten nur ver-langt werden kann, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonstigen des Grundbuchamt bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Voraussetzungen des § 1365 BGB erfüllt sind, also das betroffene Grund-stück das Vermögen des Verfügenden im wesentlichen aus-schöpft und dies dem Verfügungskontrahenten bekannt war (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1998, 31, 33; OLG Zwei-brücken, Rpfleger 1989, 95; BayObLG, Rpfleger 2000, 265; OLG Gelle, NJW-RR 2000, 384).

Nach diesen Grundsätzen waren das Grundbuchamt bzw. das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht befugt, die bean-tragte Eintragung von der Vorlage einer Zustimmungserklä-rung der Beteiligten zu 3 abhängig zu machen. Ein hinrei-chend konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Verfügung über einen  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil am hier betroffenen Grundstück einer solchen über das Vermögen im Ganzen gleichstand, er-gab sich für das Grundbuchamt aus der Tatsache der Arrest-vollstreckung und dem Inhalt des Arrestbefehls. Wenn das zu-ständige Prozessgericht, hier also das Familiengericht, es für hinreichend glaubhaft gemacht hält, dass der Verfügende bereits erhebliche Vermögenswerte übertragen hat, ist es bei der Übereignung eines mit einem Mehrfamilienhauses bebauten Grundstücks bzw. eines erheblichen Miteigentumsanteils an diesem durchaus nahe liegend, von dem Vorliegen der Voraus-setzungen des § 1365 BGB auszugehen.

Hinsichtlich der maßgeblichen Wertverhältnisse ist das Land-gericht jedenfalls im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der dem Beteiligten zu 1 verbleibende  $\frac{1}{4}$ -Miteigentums-anteil kein erhebliches Vermögen mehr darstellt. Dabei kann es letztlich dahinstehen, in welchem Umfang die dinglichen Belastungen von dem Verkehrswert des Gesamtgrundstücks abzusetzen sind. Selbst wenn man, entsprechend dem Vortrag der weiteren Beschwerde von einem Verkehrswert von 650.000 DM ausgeht, läge der rein rechnerische Anteil von einem Viertel deutlich unterhalb des unstreitigen Valuten-standes der an dem Miteigentumsanteil entstehenden Gesamt-grundschuld. Berücksichtigt man weiter, dass als dingliche Belastung des Miteigentumsanteils der bedingte Ausschluss

des Anspruchs auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft eingetragen werden soll, so liegt es auf der Hand, dass es praktisch kaum möglich sein wird, für ein derart belastetes und gebundenes Recht auf dem Immobilienmarkt einen Käufer zu finden. Der dem Beteiligten zu 1 verbleibende Miteigentumsanteil ist damit praktisch wertlos.

Zu Recht ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass es für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB nicht auf die von der Beteiligten zu 2 vertraglich übernommenen Gegenleistungen ankommt. Diese Sichtweise entspricht der ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa BGH, NJW 1993, 2441; *Kemper*, a. a. O., § 1365 Rdnr. 7).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Beteiligte zu 1 entgegen seinem Vorbringen in dem Zugewinnausgleichsverfahren weiteres Vermögen in nennenswertem Umfang hat. Der aus der Abtretung der Lebensversicherung resultierende bedingte Rückabtretungsanspruch kann rechnerisch allenfalls so berücksichtigt werden, dass bei der Bewertung des Grundstücks und des verbleibenden Miteigentumsanteils die Valutenstände der Belastungen um den Rückkaufswert reduziert werden, da die Abtretungen dieselben Verbindlichkeiten sichert, wie die Grundpfandrechte. Auch dann übersteigen die Valutenstände jedoch noch den rechnerischen Anteil von 1/4 an dem Wert des Gesamtgrundstücks. Das Vorhandensein weiteren Vermögens hat der Beteiligte zu 1 weder gegenüber dem Grundbuchamt noch gegenüber der Kammer geltend gemacht.

Zu Recht ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beteiligten zu 2 die Vermögensverhältnisse des Beteiligten zu 1 und damit der Umstand, dass 3/4 des Grundeigentums sein Vermögen im wesentlichen ausschöpften, bekannt waren. Die Kammer hat insoweit auf den unstreitigen Umstand abgestellt, dass die Beteiligte zu 2 die Lebensgefährtin des Beteiligten zu 1 ist und bereits verschiedene Vermögensgegenstände von ihm übernommen hatte. Die hieraus gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich des Kenntnisstandes der Beteiligten zu 2 liegen auf tatrichterlichem Gebiet und sind im Wege der Rechtsbeschwerde nur eingeschränkt überprüfbar. Relevante Fehler des landgerichtlichen Verfahrens sind insoweit nicht ersichtlich und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht geltend gemacht.

##### 5. BGB § 1018 (*Zulässigkeit einer Wärmebezugsdienstbarkeit*)

**Eine Grunddienstbarkeit ist nicht schon deswegen inhaltlich unzulässig, weil die Einhaltung der in ihr festgeschriebenen Unterlassungsverpflichtung den Eigentümer wirtschaftlich zu einem bestimmten Tun (Wärmebezug von einem Unternehmen) zwingt.**

OLG München, Beschluss vom 25.1.2005, 32 Wx 003/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Der Beteiligte ist Eigentümer eines Grundstücks. In Abteilung II des Grundbuchs ist unter lfd. Nr. 2 Folgendes eingetragen:

„Grunddienstbarkeit (Unterlassen des Errichtens, Betriebens, Bereitstellens und Beziehens von Wärme zur Raumheizung und Brauchwarmwasser sowie Heizanlagenbetriebsrecht) für den jeweiligen Eigentümer von BV Nr. 1 in Band ..., Blatt ...; gemäß Bewilligung vom 29.5.1992 und 5.6.1996 (UR ...); eingetragen am ...“

Die im Grundbuch bezeichnete Bewilligung lautet wie folgt:

„Der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks hat es zu unterlassen:

- a) auf dem dienenden Grundstück Anlagen zu errichten oder zu betreiben oder errichten und betreiben zu lassen, die der Erzeugung von Wärme zur Raumheizung und von Wärme zur Bereitung von Brauchwarmwasser dienen;
- b) auf dem dienenden Grundstück von Dritten Wärme oder Brauchwarmwasser zu beziehen oder beziehen zu lassen.“

Mit Schriftsatz vom 15.3.2004 legte der Beschwerdeführer beim Amtsgericht eine „Grundbuchbeschwerde“ ein und beantragte, die bezeichnete Grunddienstbarkeit zu löschen. Dieser Antrag wurde vom Grundbuchamt zurückgewiesen. Eine gegen die Zurückweisung eingelegte sofortige Beschwerde wies das Landgericht zurück. Gegen den Beschluss des Landgerichts wandte sich die weitere Beschwerde des Beteiligten, mit welcher er sein Lösungsbegehren weiterverfolgte. Das zulässige Rechtsmittel erwies sich als nicht begründet.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Beschwerde sei zulässig, jedoch unbegründet, weil eine Löschung im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht vorzunehmen sei; die Eintragung im Grundbuch sei nämlich inhaltlich zulässig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

2. Die sorgfältig und ausführlich begründete Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand:

a) Gemäß § 108 BGB kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit unter anderem sein, dass der Eigentümer des Grundstücks bestimmte Handlungen nicht vornehmen darf. Unstreitig ist es in der Rechtsprechung, dass eine positive Leistungspflicht nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann (vgl. hierzu BGH, WM 1984, 820, 821 = MittBayNot 1984, 126; WM 1985, 808, 809; 1985, 1003, 1004). Dies wird überwiegend aus dem Wortlaut und dem Kontext der Norm gefolgert (vgl. *Walter*, NJW 1988, 377, 387).

Daneben besteht Einigkeit darüber, dass die Dienstbarkeit keine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit des Eigentümers des belasteten Grundstücks enthalten darf. Es darf durch die Grunddienstbarkeit nur eine Unterlassungspflicht im Hinblick auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks normiert werden (vgl. BGHZ 29, 244, 248 = DNotZ 1959, 191).

b) Beide Gründe für die Unzulässigkeit einer Dienstbarkeit liegen nicht vor: Gestaltungen wie die in der eingetragenen Grunddienstbarkeit vorgenommene können zwar als lediglich formelle Unterlassungsdienstbarkeiten bezeichnet werden, da sie materiell im Ergebnis die gleiche Wirkung äußern wie eine positive Verpflichtung zur Vornahme der nach dem Umfang des Verbots allein noch erlaubten Handlung. Aus diesem Grund hat das Bayerische Oberste Landesgericht auch in früheren Entscheidungen (BayObLGZ 1976, 218; MittBayNot 1978, 213; 1982, 242) derartige Grunddienstbarkeiten regelmäßig für unzulässig gehalten. Das OLG Düsseldorf (MDR 1979, 758) hatte damals schon eine entgegengesetzte Auffassung vertreten.

Zu Recht hebt der BGH (MittBayNot 1984, 126) aber hervor, dass eine derartige Differenzierung zwischen einer materiellen und einer lediglich formellen Unterlassungsdienstbarkeit dem Gesetz fremd ist. Eine unmittelbare Rechtspflicht zur Unterlassung ist qualitativ etwas ganz anderes als ein faktischer Zwang zu einem positiven Tun, der sich erst aufgrund der tatsächlichen Besonderheiten des dienenden Grundstücks mittelbar ergibt, etwa weil der Eigentümer eines Gaststätten-