

## RzF - 11 - zu § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG

---

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 30.10.1969 - 1 a Z 49/68 = RdL 1970 S. 18

### Leitsätze

---

1. | Zum Fortbestand altrechtlicher, nicht eingetragener Grunddienstbarkeiten (Weiderechte).
2. | Zum Übergang örtlich gebundener Dienstbarkeiten auf die Ersatzgrundstücke.
3. | Zur Frage der Sonderung (Subrepartition).

### Aus den Gründen

---

Der Kläger ist Eigentümer des Gutes B.-Schwaige in der Gemeinde Z. Zu diesem Anwesen gehörten bis zum Abschluß der Flurbereinigung (4.1.1967) die im sog. Käseck (oder Kößeck) gelegenen Grundstücke Pl.Nr. 376, 409, 409 1/2, 409 1/3, 414 und 419 der Steuergemeinde Z.

Der Beklagte ist Eigentümer der B.-Stockschwaige in der Gemeinde P. Er nimmt an den Grundstücken im Käseck und den weiter östlich davon gelegenen Wiesen Z. ein Weiderecht (altrechtliche Grunddienstbarkeit) in Anspruch, zu dessen Ausübung er auch das Recht zum Durchtrieb seines Viehs durch die zwischen den Schwaighöfen der Parteien gelegene L.-Schwaige beansprucht. Der Kläger bestreitet dieses Weiderecht.

Mit der Klage hat der Kläger nach erfolgloser Abmahnung beantragt, den Beklagten unter Strafandrohung zu verurteilen, die Ausübung der Viehweide auf den oben genannten Grundstücken zu unterlassen und für den im Herbst 1955 entstandenen Weideschaden 330 DM nebst Zinsen zu bezahlen. Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt, da für die B.-Stockschwaige seit Menschengedenken das (Herbst-) Weiderecht an den Kößwiesen bestehe und kein über die ordnungsgemäße Abweisung hinausgehender Schaden entstanden sei.

Das LG hat mit Teilurteil vom 2.7.1957 dem Unterlassungsantrag stattgegeben, weil ein Weiderecht des Beklagten nicht nachgewiesen sei. Die Berufung des Beklagten ist am 10.2.1959 zurückgewiesen worden. Auf die Revision des Beklagten hat das BayObLG durch Urteil vom 27.2.1962 das Urteil des OLG vom 10.2.1959 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Vor der neuerlichen Entscheidung über die Berufung hatten sich die Eigentumsverhältnisse an den Kößwiesen infolge des Abschlusses der Flurbereinigung geändert. Der Kläger ist nunmehr Eigentümer des neu gebildeten ganz im Käseck gelegenen Grundstücks Pl.Nr. 236, das von seinen früheren Grundstücken die alten Pl.Nrn. 409, 409 1/2 und 409 1/3 ganz sowie die Pl.Nr. 414 zum Teil, nicht aber die alten Pl.Nrn. 376 und 419, umfaßt. In das neugebildete Grundstück sind jedoch auch weitere, früher selbständige Grundstücke einbezogen worden, die dem Kläger vorher nicht gehört haben, darunter die alten Pl.Nrn. 408 1/2 und 408 1/3.

Der Kläger hat deshalb den Unterlassungsanspruch hinsichtlich der alten Pl.Nrn. 376 und 419 in der Hauptsache für erledigt erklärt und Zurückweisung der Berufung des Beklagten mit der Maßgabe beantragt, daß die Viehweide auf dem Grundstück Pl.Nr. 236 der Steuergemeinde Z. zu unterlassen sei.

Das OLG hat weitere Beweise erhoben und sodann unter Abänderung des landgerichtlichen Teilurteils den Beklagten unter Strafandrohung verurteilt, die Ausübung der Viehweide auf dem den früheren Pl.Nrn. 408 1/2 und 408 1/3 entsprechenden Teil des neu gebildeten Grundstücks Pl.Nr. 236 zu unterlassen, den weitergehenden Unterlassungsanspruch abgewiesen.

1. Die einmal zugunsten des jeweiligen Eigentümers der B.-Stockschwaige entstandene Grunddienstbarkeit blieb nach dem Inkrafttreten des BGB bestehen (Art. 184 EGBGB) und bedurfte zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch nicht der Eintragung (Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB), da die nach Maßgabe der Art. 187 Abs. 2 EGBGB, Art. 10 Abs. 1 und 2 BayÜbergangsG zum BGB vorgesehene Verordnung über die Frist für die Anmeldung einzutragender Grunddienstbarkeiten bisher nicht ergangen ist.

Nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts sind auch bis zur Durchführung der Flurbereinigung die Voraussetzungen der in Art. 11 ff. BayÜbergangsG geregelten Erlöschenstatbestände nicht eingetreten.

2. Beizutreten ist dem Berufungsgericht auch darin, daß der Fortbestand des Weiderechts durch die Flurbereinigung nicht berührt wurde; Bedenken bestehen jedoch gegen die weitere Annahme, an die Stelle der alten belasteten Grundstücke sei nunmehr die Pl.Nr. 236 (mit Ausnahme der den früheren Pl.Nrn. 408 1/2, 408 1/3 entsprechenden Fläche) mit dem Weiderecht belastet.

a) Nach der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Auskunft des Flurb.Amts wurde das Flurbereinigungs-Verfahren, in das die streitbefangenen Grundstücke einbezogen waren, nach dem FlurbG vom 14.7.1953 durchgeführt und hat der Beklagte das Weiderecht bei der Flurb.Behörde nicht angemeldet (vgl. § 14 FlurbG). Diese Unterlassung hatte nur zur Folge, daß der Beklagte nicht als Nebenbeteiligter nach § 10 Nr. 2 d FlurbG zum Verfahren zugezogen wurde und der Flurb.Plan ohne Rücksicht auf sein Recht aufgestellt werden konnte; das Weiderecht selbst erlosch nicht, der Beklagte ist durch die unterlassene Anmeldung nicht gehindert, es außerhalb des Flurb.Verfahrens geltend zu machen (Seehusen-Schwede-Nebe, FlurbG 2. Aufl. § 14 Anm. 1 letzter Abs.; Steuer, FlurbG, 2. Aufl. § 14 Anm. 2; vgl. Seehusen, RdL 1954, 205 /208).

b) Nichts einzuwenden ist gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, das Weiderecht sei im Flurb. Verfahren nicht aufgehoben worden. Nach § 49 Abs. 1 Satz 1 FlurbG können Grunddienstbarkeiten aufgehoben werden, wenn es der Zweck der Flurbereinigung erfordert. Von dieser Möglichkeit hat die Flurb. Behörde nach der genannten Auskunft keinen Gebrauch gemacht; sie hat vielmehr über das beanspruchte Weiderecht "keine besondere Regelung getroffen"; und in dem vom Berufungsgericht herangezogenen Textteil zum Flurb.- Plan unter Q ausdrücklich bestimmt, daß an den Weideverhältnissen "nichts geändert" wird (vgl. unten c).

c) Das Berufungsgericht hat aber die weitere Auskunft des Flurb.Amts, die maßgeblichen Stellen aus dem Textteil zum Flurb.Plan und die Bestimmung des § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG mißverstanden, wenn es hieraus ohne weitere Feststellung folgert, das neu gebildete Grundstück Pl.Nr. 236 sei hinsichtlich des Weiderechts an die Stelle der alten Grundstücke getreten.

aa) Nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG tritt die Landabfindung hinsichtlich der Rechte an den alten Grundstücken und der diese Grundstücke betreffenden Rechtsverhältnisse, die nicht aufgehoben werden (§ 49), an die Stelle der alten Grundstücke.

Die privatrechtlichen Lasten und Beschränkungen der neuen Grundstücke sind im Textteil zum Flurb.Plan im Abschnitt P behandelt. Dort heißt es:

"I. Im Grundbuch eingetragene Altbelastungen

1. Die im Ersatzausweis bei den einzelnen Besitzständen als erlöschend bezeichneten Belastungen entfallen ohne Entschädigung für den bisher Berechtigten.

2. Die übrigen Belastungen nach den Abteilungen II und III des Grundbuches gehen auf die neuen Grundstücke über; sie sind im Ersatzausweis bei dem jeweiligen Ersatzgrundstück vorgetragen.

II. In das Grundbuch neu vorgetragene Belastungen

Die in das Grundbuch neu einzutragenden Belastungen werden mit dem Inhalt festgesetzt, wie sie bei den einzelnen Besitzständen im Ersatzausweis eingetragen sind.

III. Im Grundbuch nicht eingetragene Rechte

Alle Geh-, Fahrt-, Viehtrieb-, Trepp- und Anwandrechte sowie sonstige bisher im Flurbereinigungsgebiet bestehenden und im Grundbuch nicht eingetragenen Dienstbarkeiten erlöschen ohne Entschädigung für den bisherigen Berechtigten, soweit sie durch die Flurbereinigung entbehrlich werden und nicht unter Abs. II neu geregelt wurden. Ein nach altem Brauch übliches Trepprecht längs der Ackergrenzen bleibt bestehen.

Etwa sonst noch vorhandene, nicht entbehrlich gewordene Rechte und Dienstbarkeiten an oder zu Gunsten von Grundstücken im Flurbereinigungsgebiet oder an dessen Grenzen, die nicht im Grundbuch eingetragen sind, werden durch die Flurbereinigung nicht berührt, soweit sie nicht in den Flurbereinigungsverzeichnissen ausdrücklich aufgeführt sind. Sie bleiben im herkömmlichen Umfang bestehen und gehen von den einzelnen Grundstücken auf die Ersatzgrundstücke über ..."

In Abschnitt Q ist bestimmt:

"Q. Weiderechte

An den Weideverhältnissen wird durch die Flurbereinigung nichts geändert".

Die Auskunft des Flurb.Amts schließt wie folgt:

"Wenn im vorliegenden Fall das Weiderecht als Grunddienstbarkeit zu betrachten ist, gilt § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG und Abschnitt P III Satz 3 und 4 des Flurbereinigungsplans (Textteil), so daß das Weiderecht an den entsprechenden neuen Grundstücken von S. gegebenenfalls weiterbesteht.

Das Flurbereinigungsverfahren Z. ist seit dem 4.1.1967 nach § 149 Abs. 3 FlurbG beendet. Eine Änderung der Rechtsverhältnisse (Weiderechte) ist daher nicht mehr möglich".

bb) Unter den "entsprechenden Grundstücken" oder den "Ersatzgrundstücken", auf die das Weiderecht "übergegangen" ist, ist nicht etwa die neu gebildete Pl.Nr. 236 des Klägers schon deshalb zu verstehen, weil sie nach ihrer örtlichen Lage (im Kößbeck) alten, mit dem Weiderecht belasteten Grundstücken (Einlagegrundstücken) entspricht. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Entsprechend dem früheren Reichsrecht (§ 68 Nr. 1 Reichsumlegungsordnung - RUO) und dem bis zum Inkrafttreten des FlurbG (vgl. § 159, § 155 Abs. 1) für Bayern maßgeblichen Recht (Art. 10 Abs. 4, Art. 19, 20 Abs. 2 des Bayer. Flurbereinigungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.2.1932 - GVBl. S. 73 -, wiederingeführt durch Gesetz Nr. 24 vom 15.6.1946 - GVBl. S. 185 = BayFlurbG) gilt auch nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG der Surrogationsgrundsatz (vgl. dazu insbesondere von Spreckelsen, DJ 1937, 1074 ff.; Seehusen; RdL 1954, 205 ff. und 233 ff. Kaiser, RdL 1965, 140 ff.). Der "Landabfindung" (nach Art. 10 Abs. 4, Art. 20 Abs. 2 BayFlurbG den "Ersatzgrundstücken") wird durch die Worte "tritt ... an die Stelle" die rechtliche Stellung eines Surrogats (dem Wert nach, nicht nach der Örtlichkeit) der alten Grundstücke zugewiesen. Die neue im Flurb.Plan ausgewiesene reale Grundstücksfläche tritt als Surrogat an die Stelle des alten realen Grundstücks (vgl. BVerwGE 12, 1/5) mit der Folge, daß an ihr dieselben Rechtsverhältnisse bestehen, die an den alten Grundstücken bestanden; die Änderung betrifft nicht die Person des Eigentümers oder sonstigen dinglich Berechtigten, sondern den Gegenstand des Eigentums oder Rechts; der Flurb.Plan begründet daher nicht die Änderung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur die Änderung eines Sachverhältnisses (Seehusen-Schwede-Nebe, Anm. 3, Steuer, Vorbem. II, je zu § 68, und je mit weiteren Nachweisen).

Dingliche Rechte Dritter an den in die Flurbereinigung einbezogenen Grundstücken bleiben hiernach in ihrem Bestand grundsätzlich unberührt und gehen ohne weiteres von den durch die Abfindung ersetzten, mit dem Recht belasteten alten Grundstücken auf die Abfindungsgrundstücke über, die als volles Äquivalent des früheren Belastungsobjekts gelten; für Dienstbarkeiten gilt dies jedoch nur dann, wenn im Flurb.Plan keine anderweite Regelung getroffen ist (vgl. § 37 Abs. 2, § 58 Abs. 1 FlurbG), sie insbesondere nicht nach § 49 FlurbG aufgehoben wurden (Seehusen-Schwede-Nebe, § 68 Anm. 4; Seehusen, aaO S. 206, 233; Kaiser, aaO S. 140; von Spreckelsen, aaO S. 1076). Diese Grundsätze gelten auch für Grunddienstbarkeiten, die ein Weiderecht zum Gegenstand haben; denn das FlurbG enthält keine dem Art. 20 Abs. 1 BayFlurbG entsprechende Bestimmung, wonach Weiderechte - in Durchbrechung des Surrogationsgrundsatzes - mangels besonderer Regelung auf den Einlagegrundstücken verblieben (ebenso § 68 Nr. 1 RUO für örtlich gebundene Dienstbarkeiten, vgl. Hillebrandt-Engels-Geith, RUO § 68 Anm. 5).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß das Weiderecht des Beklagten an den Grundstücken des Klägers fortbesteht, die er für die mit dem Weiderecht belasteten Einlagegrundstücke als Landabfindung zugeteilt bekommen hat; denn das Weiderecht wurde weder aufgehoben noch wurde es besonders geregelt.

Dem Textteil zum Flurb.Plan kann jedenfalls keine besondere Regelung etwa dahin entnommen werden, daß das Weiderecht an den belasteten Einlagegrundstücken des Klägers fortbestehen soll. Wenn es dort in einem besonderen Abschnitt heißt, "An den Weideverhältnissen wird durch die Flurbereinigung nichts geändert", so ist damit nur klargestellt, daß Weiderechte weder aufgehoben noch einer besonderen Regelung unterworfen werden und daher zu den in Abschnitt P III Satz 3 und 4 genannten bestehen gebliebenen Grunddienstbarkeiten zählen, die der allgemeinen Regel der Surrogation unterworfen sind mit der Folge, daß sie an den "Ersatzgrundstücken" (der Landabfindung) fortbestehen und sich damit ohne Änderung auf der Seite des Berechtigten und des Verpflichteten nur das Belastungsobjekt verändert hat. Das ist auch die in der Auskunft zum Ausdruck kommende Meinung der Flurb.Behörde. Der Fortbestand des Weiderechts an den belasteten Einlagegrundstücken hätte der Regelung durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt bedurft, der die Person des neuen Verpflichteten (dem die belasteten Altgrundstücke als Abfindung zugeteilt wurden) hätte bezeichnen müssen (vgl. Seehusen, aaO S. 206). Dafür war schon wegen der unterlassenen Anmeldung (vgl. Steuer, § 49 Anm. 2) und des streitigen

Bestands des Weiderechts (vgl. § 12 Satz 2, § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 FlurbG) kein Raum. Daß es sich um eine örtlich gebundene Dienstbarkeit handelte (vgl. Seehusen-Schwede-Nebe, § 49 Anm. 1, 4 und § 68 Anm. 4 Abs. 2; Steuer, § 49 Anm. 7, 8) und nunmehr je nach der Lage der als Ersatz für die belasteten Grundstücke gegebenen Abfindungen das Weiderecht an mehreren nicht zusammenhängenden oder vom Beklagten nicht erreichbaren Grundstücken bestehen kann, ändert daran nichts; denn der zum Verfahren infolge unterlassener Anmeldung nicht oder wegen des fehlenden Nachweises seines Rechts nicht weiterhin zugezogene Beteiligte muß die sachliche Umgestaltung seines Rechtes gegen sich gelten lassen (von Spreckelsen, aaO S. 175; Seehusen-Schwede-Nebe, § 68 Anm. 3).

Auch wenn einem Beteiligten im Flurb.Plan eines seiner Einlagegrundstücke ganz oder zum Teil wieder zugeteilt wird, handelt es sich um eine Landabfindung im Sinne des § 68 Abs. 1 Satz 1 FlurbG (Seehusen-Schwede-Nebe, § 68 Anm. 3 Abs. 1 a.E.; BVerwG 12, 1/8 für das Umlegungsrecht). Das hat zur Folge, daß sich auch die etwaige Belastung eines solchen Ersatzgrundstücks nach derjenigen der alten Grundstücke richtet, an deren Stelle es getreten ist; ist es Abfindung für unbelastete andere Einlagegrundstücke des Beteiligten, so erhält er es unbelastet zurück, auch wenn es ursprünglich belastet war, während die Belastung auf dasjenige Ersatzgrundstück übergeht, mit dem er für sein ursprünglich belastetes Grundstück abgefunden wird. Daraus, daß die Pl.Nr. 236 zum Teil Kößwiesen umfaßt, die dem Kläger schon früher gehörten, folgt daher nicht etwa schon der Fortbestand des Weiderechts an den entsprechenden Grundstücksteilen (die zudem ihre rechtliche Selbständigkeit verloren haben).

d) Über den nunmehr auf die neu gebildete Pl. Nr. 236 bezogenen Unterlassungsanspruch ist hinsichtlich einer Teilfläche (die den früheren Pl.Nrn. 408 1/2 und 408 1/3 entspricht) bereits rechtskräftig entschieden, da der Beklagte keine Anschlußrevision eingelegt hat. Die Entscheidung im übrigen hängt nach dem Vorstehenden davon ab, für welche Einlagegrundstücke der Kläger mit der Pl.Nr. 236 abgefunden wurde. Darüber hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Das angefochtene Urteil muß wegen dieser Unterlassung erneut aufgehoben werden, soweit die Klage hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs abgewiesen ist; die Sache muß insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 ZPO).

e) Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

Das Berufungsgericht wird an Hand des Einlagen- und Ersatzausweises (vgl. § 80 Nr. 2 FlurbG und Nr. 15 d. Bek. vom 24.5.1960 JMBL. 1960, 95) oder nötigenfalls der Bewertungsunterlagen der Flurb.Behörde und weiterer Beweismittel festzustellen haben, für welche Einlagegrundstücke der Kläger mit der Pl.Nr. 236 abgefunden wurde.

Ergibt sich, daß die Pl.Nr. 236 allein Ersatzgrundstück (Landabfindungen) für mit dem Weiderecht belastet gewesene Einlagegrundstücke des Klägers ist, wäre die Klage hinsichtlich des Unterlassungsantrags wiederum abzuweisen; ist sie ausschließlich Abfindung für andere, nicht mit dem Weiderecht belastet gewesene Einlagegrundstücke, wäre der Klage insoweit stattzugeben (falls der Antrag nicht erneut geändert und auf die Ersatzgrundstücke bezogen wird).

Ist die Pl.Nr. 236 aber Ersatzgrundstück für mit dem Weiderecht belastet gewesen und andere Grundstücke, so stellt sich die Frage, an welchem Flächenteil der neuen Pl.Nr. das Weiderecht besteht. Die für solche Fälle in § 68 Abs. 2 FlurbG vorgesehene Bestimmung durch die Flurb.Behörde, welche Grundstücke oder Grundstücksteile an die Stelle der alten Grundstücke oder Berechtigungen treten, ist nach Abschluß des Flurb.Verfahrens durch die Schlußfeststellung (§ 149 Abs. 1 und 3 FlurbG) nicht mehr möglich. Die Befugnis der Flurb.Behörde zur Änderung und Ergänzung des Flurb.Plans endet mit der Rechtskraft der Schlußfeststellung (Seehusen-Schwede-Nebe, Anm. 3; Steuer, Anm. 7, je zu § 64 FlurbG). Maßnahmen nach § 68 Abs. 3 Satz 1 FlurbG (sog. reale Subrepartition) können zwar dann noch von der Katasterbehörde getroffen werden (Steuer, Seehusen-Schwede-Nebe, je Anm. 6 a.E. zu § 68); sie setzen aber eine Bruchteilsbestimmung nach § 68 Abs. 2 FlurbG voraus, die hier nicht getroffen ist. Bei dieser Sachlage bietet

sich, falls die Parteien sich nicht einigen, die Heranziehung der in den §§ 1023, 1024 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken an, die auch im Rahmen einer Unterlassungsklage zum Tragen kommen können (vgl. Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 1023 Rdnr. 1 unter a). Eine Feststellung, an welcher genau bezeichneten Grundstücksfläche das Weiderecht besteht, ist schon mit Rücksicht auf die Rechtskraftwirkung der Abweisung des Unterlassungsantrags erforderlich (vgl. BGH, NJW 1965, 42).