

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Bd. 68, 1903, S. 533 - 536

Hieber, Karl: Über die Einrede des Fahrrechts  
gegenüber der actio negatoria während der  
Übergangszeit (Bayer. Landrecht)

*Digitale Bibliothek des*

*Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*

2010-09-05T15:29:20Z

Erteilung der Vollstreckungsklausel gestellt werden kann, welche den Vorteil bietet, daß bei ihrer Verhandlung auf eine Erörterung der Hauptsache nicht eingegangen zu werden braucht und die Kosten hierbei erheblich geringer sind, als bei einem Streite über die Hauptsache.

## II. Über die Einrede des Fahrrechts gegenüber der actio negatoria während der Übergangszeit (Bayer. Landrecht).

Von k. Amtsrichter Karl Hieber in Neuburg a. D.

Gegenstand der nachstehenden Ausführungen ist die Frage, ob sich der Beklagte gegenüber einer wegen Störung des Eigentums an dem klägerischen Grundbesitz erhobenen Klage auf Grund der Einrede, ein Fahrrecht über dieses Grundstück zu haben, bis zum Inkrafttreten des Grundbuchrechts auf die Bestimmung des Bayer. Landrechts I. II Kap. VII § 11 Ziff. 2 berufen kann, welche lautet:

„Fundiert sich diese Klage (gemeint ist die actio negatoria) in der natürlichen Freiheit, folglich ist der Kläger, welcher dem Beklagten seine angemessene Gerechtfame nur simpliciter negiert, den Beweis zu machen nicht verbunden, sondern es muß vielmehr der Beklagte selbst die angebliche Servitut oder Gerechtfame, ungeachtet er etwa in possessione wäre, erweisen, er sei denn wenigstens in zehnjährigem ruhigen Besitze gewesen, welchenfalls die praesumptio pro libertate der pro possessione solange ausweicht, bis gleichwohl die Freiheit in petitorio genügend dargetan ist.“

Diese Frage ist in den mir bekannt gewordenen Fällen bejaht worden mit der Motivierung, daß die zitierte Stelle eine Vorschrift über Begründung von Rechten an Grundstücken und daher durch Art. 189 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten sei.

Ich halte diese Ansicht nicht für zutreffend.

Nach dem Art. 189 E.G. z. B.G.B. erfolgt während der Übergangszeit die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken nach den bisherigen Gesetzen.

Es ist hierbei zu beachten, daß bezüglich der Rechte an Grundstücken das bisherige Liegenschaftsrecht nicht vollkommen, sondern nur in dem eben angegebenen Umfang aufrecht erhalten worden ist. Es ist also genau zu prüfen, ob hier eine Bestimmung über Begründung von Rechten an Grundstücken im Sinne des Art. 189 a. a. D. gegeben ist (Übertragung, Belastung und Aufhebung kommen hier nicht in Betracht).

### I.

Ehe ich die hauptsächlichsten Gründe, welche zur Verneinung dieser Frage führen, behandle, seien zunächst die beiden folgenden nebenher erwähnt.

Das Landrecht behandelt am angeführten Orte die Einrede des Beklagten, daß ihm an dem Eigentume des Klägers eine „Dienstbarkeit oder andere dergleichen Gerechtigkeit“ zustehe. Unter einer Dienstbarkeit versteht das Bayer. Landrecht eine Gerechtsame, welcher man sich zu eigenem Besten auf fremdem Gute zu erfreuen hat; eine solche Dienstbarkeit ist u. a. auch der *Ususfructus* (Landrecht II. II Kap. VII §§ 1, 2 Ziff. 6, Kap. IX).

Ganz abgesehen von der noch viel weitergehenden Auslegung des Gesetzes durch die Rechtsprechung, wonach die Negatorienklage nicht bloß gegen Anmaßung einer Servitut, sondern auch gegen jeglichen anderweitigen Eingriff in das Eigentum sich richtet (vgl. Entsch. des Obersten Landesgerichts Bd. 3 S. 349, Bd. 7 S. 228), geht schon aus dem Gesetze selbst klar hervor, daß sich dasselbe nicht nur auf Rechte an unbeweglichen, sondern auch auf solche an beweglichen Sachen bezieht, also keineswegs eine auf das Immobiliarsachenrecht beschränkte Vorschrift ist (vgl. auch Entsch. Bd. 4 S. 353, Bd. 7 S. 42).

Es ist nun allerdings an sich nicht ausgeschlossen, daß diese Bestimmung durch den Art. 189 a. a. D. insoweit aufrecht erhalten ist, als sie sich auf die Rechte an unbeweglichen Sachen bezieht. Dies erscheint mir jedoch angesichts des erwähnten beschränkten Umfangs der Aufrechterhaltung nicht ohne weiteres außer Zweifel; es läßt sich darüber streiten, ob nicht der Gesetzgeber mit dem Art. 189 nur die ausschließlich auf das Immobiliarsachenrecht bezüglichen Bestimmungen im Auge gehabt hat.

Ein weiteres Bedenken gegen die Annahme, daß wir hier eine Vorschrift über Begründung von Rechten an Sachen vor uns haben, entnehme ich aus ihrer redaktionellen Behandlung. Dieselbe findet sich nicht etwa unter der Materie der Begründung von Rechten, sondern unter den Ausführungen über die *actio negatoria*, also einem wesentlich anderen Stoffe. Angesichts dieses unmittelbaren redaktionellen Zusammenhangs mit der bezeichneten Klage, wie ihn insbesondere die einleitenden und verbindenden Worte: „Fundiert sich diese Klage . . . , folglich ist u.“ andeuten, erscheint die ganze Ziff. 2 des § 11 a. a. D. vielmehr schon aus formellen Gründen — daß dies auch aus sachlichen, inneren Gründen der Fall ist, wird im folgenden gezeigt — als ein Bestandteil der Vorschriften des Bayer. Landrechts über die *actio negatoria*, der sich von dieser nicht trennen läßt und von deren Gültigkeit abhängt.

## II.

Doch nun zur genaueren Betrachtung des Gesetzestextes selbst.

Das Gesetz schreibt am angeführten Orte im wesentlichen vor, daß der negatorisch Beklagte die Existenz des von ihm eingewandten Rechtes beweisen muß, sofern er nicht den zehnjährigen ruhigen Besitz für sich hat,

welchenfalls der Gegner beweispflichtig wird. Gegenstand des Gesetzes ist also die Frage: Wer hat die Existenz, d. h. die Begründung des behaupteten Rechtes gegenüber der *actio negatoria* zu beweisen.

Man wird nun zwar wohl annehmen dürfen, daß zu den aufrecht erhaltenen Vorschriften über die Begründung von Rechten an Grundstücken auch diejenigen materiellen, allgemeinen und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Klage gegebenen Bestimmungen gehören, welche den Beweis der Begründung dieser Rechte regeln.

Mit einer solchen haben wir es aber hier nicht zu tun.

Denn die gegenwärtig erörterte Vorschrift über den Beweis des Rechtes ist keineswegs eine allgemein für Rechte an Sachen gültige; sie enthält nicht etwa einen schlechthin, also auch bei klageweiser Geltendmachung der Rechte an Sachen maßgebenden Satz des Inhalts, daß der angeblich Berechtigte sein Recht bei zehnjährigem Besitze nicht zu beweisen braucht, sondern sie ist — und dies hat seine große Bedeutung für die Beurteilung der ganzen Vorschrift — auf die einredeweise Geltendmachung des Rechtes gegenüber der Negatorienklage beschränkt und durch letztere bedingt. Ihr Schwerpunkt liegt also nicht in der Regelung des Beweises für die Rechte an Sachen, sondern in der Regelung der Beweislast für eine bestimmte Klage. Sie ist also auch inhaltlich ein wesentlicher Bestandteil der Vorschriften des Bayer. Landrechts über die *actio negatoria*, der ohne Gültigkeit der letzteren nicht bestehen kann.

Damit ist aber ihre Anwendbarkeit ausgeschlossen. Denn die *negatoria* des Landrechts ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt; es kann jetzt nur mehr die in ihren Wirkungen von der bisherigen *negatoria* abweichende Negatorienklage des § 1004 BGB. angestrengt werden, der eine derartige Beweisregel nicht kennt (vgl. hierher auch Staudinger, BGB. Num. 4 zu § 1004, woselbst diese Beweisregel als gegenstandslos bezeichnet ist).

Nun spricht die kritische Stelle außer dem oben wiedergegebenen Inhalte für den Fall des zehnjährigen ruhigen Besizes auch noch aus, daß die *praesumptio pro libertate* der *pro possessione* bis zum Beweise des Gegenteils ausweicht. Diese Worte bedürfen einer näheren Untersuchung, da hauptsächlich auf sie die Gültigkeit der behandelten Gesetzesstelle gestützt worden ist.

Was heißt *praesumptio pro possessione*? Die Antwort hierauf finden wir in den Annotationen II 2, 8 (5): Aus der *possessio* entspringt, wo nicht ein *jus*, doch eine *praesumptio juris pro possessore* dergestalt, daß er *pro domino vel proprietario* solange geachtet wird, bis der wahre Eigentümer kommt und sein Recht darlegt.

Diese Vermutung tritt natürlich bei der Negatorienklage gegenüber dem unbestrittenen Eigentume zurück, lebt aber bei zehnjährigem ruhigem

Besitz im Interesse des Besitzschutzes wieder auf; in diesem Falle wird bis zum Beweise des Gegenteils vermutet, daß der Beklagte das behauptete Recht tatsächlich erworben habe. Es liegt somit eine Vermutung der Begründung eines Rechtes vor.

Damit taucht nun die Frage auf, ob nicht eine Bestimmung über Vermutung der Begründung eines Rechtes zugleich eine Bestimmung über Begründung des Rechtes selbst ist, bezw. ob das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch auch solche Vermutungen aufrecht erhalten wollte und ob etwa von diesem Standpunkt aus die hier aufgestellte Vermutung sich als eine von der actio negatoria unabhängige selbständige Vorschrift darstellt.

Wenn man nun vielleicht auch die beiden ersten Fragen im allgemeinen bejahen will, so wird man doch hinsichtlich der konkreten Gesetzesstelle zu einer Verneinung derselben und damit auch der dritten Frage kommen müssen.

Aufrecht erhalten sind die Vorschriften, durch welche Rechte an Grundstücken begründet werden. Es müssen also Vermutungen, wenn sie unter die in Kraft bleibenden Vorschriften fallen sollen, selbst solche Rechte begründen.

Im gegenwärtigen Falle liegt aber eine Bestimmung, die ein dingliches Recht begründet, keineswegs vor. Mit der hier aufgestellten Vermutung wird für den Beklagten kein Recht an dem klägerischen Grundstücke begründet, sie schafft ihm nicht das Recht, über das Grundstück zu fahren; er kann ein solches Recht weder einem Dritten noch auch dem Kläger selbst gegenüber irgendwie aktiv geltend machen; würde er dies im Wege einer Klage versuchen, so müßte dieselbe ohne weiteres abgewiesen werden. Denn auch diese Vermutung ist hier auf die Verteidigung des Beklagten gegenüber der Negatorienklage beschränkt und sie hat, wenn sie nicht widerlegt werden kann, nur zur Folge, daß der Kläger den Beklagten an der tatsächlichen Fahrtnahme nicht hindern kann. Hiervon abgesehen äußert sich ihre Wirkung lediglich in der Verschiebung der Beweislast (vgl. Annotat. II, 2, 8, 5), also auf einem hier außerhalb des Rahmens des Art. 189 Einf.-Ges. liegenden Gebiete.

Abgesehen aber von den bisher angeführten Gründen ergibt sich die Unanwendbarkeit der vorwürfigen Bestimmung auch aus folgendem Gesichtspunkte.

Wie oben schon angedeutet, zielt dieselbe mit der Verschiebung der Beweislast zu Gunsten des Besitzers auf den Schutz im Besitz eines Rechtes, in unserem Falle also einer Grunddienstbarkeit, ab. Indem das Gesetz den Besitzer von dem Beweise seines Rechtes befreit und die Beweislast dem Gegner überbürdet, gewährt es dem Besitzer einen ganz erheblichen Schutz