



Art. 740a ZGB – Erfahrungen und Erkenntnisse

ARNOLD F. RUSCH*

Die Verdichtung des Bauens führt dazu, dass bestehende Dienstbarkeiten und dazugehörige Vorrichtungen plötzlich vielen weiteren Grundstücken dienen müssen. Wie ist das Verhältnis zwischen den berechtigten Personen untereinander und gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks geregelt? Der diesbezüglich einschlägige Art. 740a ZGB ist seit 2012 in Kraft, was eine erste Bilanz über das bisher Geschehene und die noch verbleibenden Unklarheiten ermöglicht.

La densification des constructions a pour conséquence que les servitudes existantes et les installations y relatives doivent soudainement servir à plusieurs autres bien-fonds. Comment les rapports entre les ayants droit et à l'encontre du propriétaire du fonds servant sont-ils réglés ? L'art. 740a CC, déterminant en la matière, est en vigueur depuis 2012, ce qui permet de tirer un premier bilan sur ce qui s'est passé jusqu'à présent ainsi que sur les questions qui subsistent.

Inhaltsübersicht

- I. Wie lautet der Artikel?
- II. Was ist eine gemeinschaftliche Vorrichtung?
- III. Was bedeutet «dieselbe Dienstbarkeit»?
- IV. Wie definiert sich der Rang?
- V. Was bedeutet die Beteiligung an der Anlage?
- VI. Welche Regeln des Miteigentums lassen sich sinngemäss anwenden?
 - A. Vereinbarung und richterlicher Erlass einer Verwaltungs- und Nutzungsordnung
 - B. Kostenverteilung
 - C. Ausschluss eines Mitberechtigten?
 - D. Teilung?
 - E. Vorkaufsrecht?
- VII. Was bedeutet der Ausschluss des Verzichts auf die Dienstbarkeit gemäss Abs. 2?
- VIII. Erstreckt sich die Regelung auf gleiche Dienstbarkeiten unterschiedlichen Rangs?
- IX. Kann man Art. 740a ZGB auf Fälle anwenden, in denen auch der Eigentümer des belasteten Grundstücks an der Dienstbarkeitsanlage beteiligt ist?
 - A. Votum Schmidts
 - B. Art. 741 Abs. 2 ZGB als *lex specialis*
 - C. Mögliche An- und Vormerkungen
 - D. Ausschluss des mitberechtigten Eigentümers des herrschenden Grundstücks
 - E. Verwaltungshandlungen
 - F. Vereinbarung und Erlass einer Nutzungsordnung
- X. Fazit

I. Wie lautet der Artikel?

Art. 740a ZGB

¹ Sind mehrere Berechtigte gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt und ist nichts anderes vereinbart, so sind die für Miteigentümer geltenden Regelungen sinngemäss anwendbar.

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue./smart living lab.

² Das Recht, durch Verzicht auf die Dienstbarkeit aus der Gemeinschaft auszuschneiden, kann durch Vereinbarung in der für den Dienstbarkeitsvertrag vorgesehenen Form auf höchstens 30 Jahre ausgeschlossen werden. Die Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden.

II. Was ist eine gemeinschaftliche Vorrichtung?

Die Literatur erwähnt «*Leitungen, gebahnte Wege, Brücken, Luftseilbahneinrichtungen, Stege, Kloaken, Gräben, Kanäle, Brunnen, Schleusen, Quellen, Brennanlagen, Pumpanlagen, Mauern usw.*».¹ Da dies etwas antiquiert klingt, liefere ich auch ein paar Beispiele von Vorrichtungen neuerer Technik: Gemeinschaftliche Kläranlagen, sonstige Entsorgungsanlagen sowie gemeinsame Kraft- und Heizwerke.

Eine gemeinschaftliche Vorrichtung liegt auch bei einer *Baurechtsdienstbarkeit* mit mehreren Berechtigten vor, doch erweist sich Art. 740a ZGB für diesen Fall als nicht notwendig. Beim Baurecht wird der Dienstbarkeitsberechtigte Eigentümer der Baute (Art. 675 Abs. 1 ZGB). Mehrere Beteiligte einer Baurechtsdienstbarkeit stehen mangels eines Gesamthandverhältnisses automatisch unter den Regeln des Miteigentums (Art. 652 ZGB *e cont-*

¹ BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 741 N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Verfasser); vgl. auch PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730–744 ZGB, Die Grunddienstbarkeiten, Zürich 1980 (zit. ZK-LIVER), Art. 741 ZGB N 19; RUTH ARNET, Die gemeinschaftliche Dienstbarkeitsvorrichtung gemäss Art. 740a ZGB am Schnittpunkt von Dienstbarkeits- und Miteigentumsrecht, ZBGR 2017, 361 ff., 363.

rario), die im Unterschied zu Art. 740a Abs. 1 ZGB direkt und nicht bloss sinngemäss Anwendung finden.²

III. Was bedeutet «dieselbe Dienstbarkeit»?

Dieselbe Dienstbarkeit heisst nicht nur derselbe Inhalt, sondern auch derselbe Rang. Das steht zwar nicht im deutschen, wohl aber im französischen Gesetzestext: *«Lorsque plusieurs ayants droit participent par une servitude de même rang et de même contenu à une installation commune, les règles de la copropriété sont, sauf convention contraire, applicables par analogie.»* Tatsächlich geht auch die Botschaft vom zusätzlichen, ungeschriebenen Erfordernis desselben Ranges aus.³ Auch der Rechtsvergleich mit dem deutschen Recht zeigt, dass der Rang eine Rolle spielt.⁴

² Vgl. BGE 111 II 26 E. 5 und JÖRG SCHMID, Dienstbarkeitsanlagen, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Zürich 2017, 17 ff., 23 und 36 f.

³ Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 5283 ff. (zit. Botschaft ZGB), 5310: *«Sind mehrere berechnigte Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit – d.h. jeweils selbständige gleich lautende Dienstbarkeiten im gleichen Rang – auf dem belasteten Grundstück an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt, so stehen sie untereinander ebenfalls in einem Rechtsverhältnis und bilden in einem gewissen Sinne eine Schicksalsgemeinschaft. Es entspricht einem Bedürfnis, auch diese Rechtsbeziehungen subsidiär zu regeln»*; SCHMID (FN 2), 29 f.; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 740a N 2, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2017; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droit réels, Tome II, 4. A., Bern 2012, N 2283c; ETIENNE JEANDIN, Les dispositions relatives aux servitudes et au droit de superficie, in: Bénédicte Foëx (Hrsg.), La réforme des droits réels immobiliers, Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012, Genf 2012, 53 ff., 62: *«Cette disposition s'applique aux servitudes de même rang. En revanche en cas de rang différent c'est le principe de la priorité dans le temps qui s'applique; on aurait pu imaginer une construction plus nuancée, par l'octroi d'un droit de veto limité en faveur de l'inscription primée par une plus ancienne.»*

⁴ Vgl. § 1024 BGB: *«Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstück dergestalt zusammen, dass die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechnigte eine den Interessen aller Berechnigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen.»*

IV. Wie definiert sich der Rang?

Der Rang der Dienstbarkeiten definiert sich über das Prinzip der Alterspriorität (Art. 972 ZGB). Dies bedingt eine gleichzeitige Eintragung oder eine Einigung über die Gleichrangigkeit.⁵ Beim gestaffelten Bau von Häusern einer Siedlung mit gemeinsamer Anlage – beispielsweise einer Strasse oder einer Kläranlage – oder bei der späteren Verdichtung des Bestands könnte dies zu Problemen führen: Das Recht später angeschlossener Grundstücke würde nicht automatisch denselben Rang aufweisen.⁶ Sinnvoll ist es deshalb, die Dienstbarkeiten bereits für weitere, noch nicht überbaute Grundstücke zu antizipieren und gleichzeitig einer Eintragung zuzuführen. Erfolgt später eine Teilung der antizipiert berechtigten Grundstücke, so vervielfältigt sich die Dienstbarkeit zugunsten der geteilten Grundstücke, unter Beibehaltung desselben Ranges wie das früher ungeteilte Grundstück.⁷ Ob sich Art. 740a ZGB auch auf Dienstbarkeiten unterschiedlichen Rangs analog anwenden lässt, bildet Gegenstand der Überlegungen bei Titel VIII.

V. Was bedeutet die Beteiligung an der Anlage?

In diesem Zusammenhang kommt ein weiteres Element des Art. 740a Abs. 1 ZGB zum Vorschein. Als Voraussetzung für die Anwendung der Miteigentumsregeln statuiert der Text, dass man gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit *an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt sein muss*. Wie aber ergibt sich die *Beteiligung* an der gemeinschaftlichen Vorrichtung genau? Durch Zustimmung des bisherigen Dienstbarkeitsberechtigten, durch blosser Einräumung einer gleichlautenden Dienstbarkeit oder erst durch Beteiligung an den Erstellungs- oder Unterhaltskosten der Anlage? Das oben erläuterte Erfordernis des gleichen Ranges zeigt, dass es in diesen Fällen gar keine bisher berechtigten Personen gibt, die dazu ihre Zustimmung abgeben könnten. In Deutschland zeigt sich eine ähnliche Frage bei der Analyse des § 1020 BGB, der vom «Halten» einer Anlage spricht.⁸ *Halten* entspricht dort dem *Nutzen* einer Anlage und besteht unabhängig davon, wer diese

⁵ BGE 119 III 32 E. 1; STEINAUER (FN 3), N 2148, 2162; ARNET (FN 1), 381 ff.

⁶ Zu diesem Problem SCHMID (FN 2), 30 f.

⁷ BGer, 5A_602/2012, 21.12.2012, E. 4.1.

⁸ Dazu JOCHEN MOHR, Münchener Kommentar zum BGB, 7. A., München 2017, § 1020 BGB N 10 m.w.H.

errichtet hat.⁹ Es spricht viel dafür, die Beteiligung bereits aufgrund der inhaltsgleichen Berechtigung durch die Dienstbarkeit zu bejahen.¹⁰

VI. Welche Regeln des Miteigentums lassen sich sinngemäss anwenden?

A. Vereinbarung und richterlicher Erlass einer Verwaltungs- und Nutzungsordnung

Unter den mehreren Dienstbarkeitsberechtigten gelten die Regeln des Miteigentums für die Verwaltung und Nutzung.¹¹ Es ist insbesondere möglich, eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu vereinbaren und im Grundbuch anmerken zu lassen (Art. 740a Abs. 1 i.V.m. Art. 649a Abs. 2 ZGB).¹² Die Lehre hat dies schon vor Erlass des Art. 740a Abs. 1 ZGB bejaht, ebenso die Rechtsprechung.¹³ Dieser Anspruch hat sich schon damals auch auf die Regelung der Anlagennutzung durch den *Eigentümer des dienenden Grundstücks* erstreckt.¹⁴ Auch ist es möglich, für den Erlass einer solchen Ordnung den Richter anzurufen, sofern Uneinigkeit herrscht.¹⁵ Ebenso ermöglicht

der Rückgriff auf das Miteigentumsrecht, in Pattsituationen einen Verwalter einzusetzen.¹⁶

B. Kostenverteilung

Der Verweis auf die Regeln des Miteigentums führt dazu, dass sich die Kosten unter den Dienstbarkeitsberechtigten *ohne gegenteilige Abrede nach Köpfen* aufteilen (Art. 740a Abs. 1 i.V.m. Art. 646 Abs. 2 ZGB). Die Verteilung nach Köpfen dürfte in Zukunft den Regelfall bilden, da Dienstbarkeitsberechtigte kaum wie Miteigentümer Bruchteile definieren. Dieses Regime passt zum Miteigentum, jedoch nur beschränkt zum Dienstbarkeitsrecht. Dies zeigt schon die in Art. 741 Abs. 2 ZGB geregelte Konstellation, in der auch der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Vorrichtung mitbenützt. Seinen Kostenanteil muss er gemäss Art. 741 Abs. 2 ZGB *proportional zu seinem Interesse* leisten, was viel sinnvoller scheint. *De lege lata* ist es jetzt wohl so, dass die gleichrangigen Dienstbarkeitsberechtigten unter sich nach Köpfen für den Anteil haften, der ihrem gemeinsamen Interesse entspricht. Zwischen den Dienstbarkeitsberechtigten und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ist das Interesse relevant, zwischen den Dienstbarkeitsberechtigten die Anzahl Köpfe. Dieser Dualismus zweier verschiedener Regime wirkt nicht besonders durchdacht, auch wenn die Verteilung nach Köpfen den Vorteil der Einfachheit mit sich bringt. Der Gesetzgeber sollte dies *de lege ferenda* korrigieren und sämtliche Kostenverteilungen ohne spezielle Regelung anhand des Interesses vornehmen.

C. Ausschluss eines Mitberechtigten?

Verweist Art. 740a Abs. 1 ZGB auch auf Art. 649b ZGB? Die Botschaft sagt ja.¹⁷ Es muss möglich sein, jemanden

⁹ BGH, V ZR 156/05, 7.7.2006, E. II, in: MittBayNot 2006, 495; ZK-LIVER (FN 1), Art. 741 ZGB N 34.

¹⁰ SCHMID (FN 2), 29.

¹¹ KGer FR, 19.11.2003, E. 11, in: FZR 2003, 236.

¹² ROLAND PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, ZBGR 2012, 372 ff., 377 f.: «Sind mehrere Berechtigte gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt und ist nichts anderes vereinbart, so sind die für die Miteigentümer geltenden Regelungen sinngemäss anwendbar (Art. 740a Abs. 1 ZGB). In solchen Fällen kann beispielsweise eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung gemäss Art. 647 Abs. 1 ZGB in schriftlicher Form vereinbart werden, welche im Grundbuch als Anmerkung eingeschrieben werden kann.»

¹³ ZK-LIVER (FN 1), Art. 737 ZGB N 105: «In solchen Fällen muss eine Nutzungsordnung getroffen werden; gelingt ihre Vereinbarung nicht, kann ihre Festsetzung durch richterliches Gestaltungsurteil verlangt werden»; KGer FR, 19.11.2003, E. 8, in: FZR 2003, 236: «Au contraire de ce qu'il a fait pour la propriété par étages (art. 712m ss CC), le législateur n'a pas précisé comment doit être organisée la communauté des copropriétaires ordinaires [...]. Il appartient à ces copropriétaires et, par analogie, aux co-titulaires d'une servitude, de se donner une structure appropriée pour gérer les problèmes découlant de l'exercice collective de leur droit. Ils peuvent le faire en convenant d'un règlement d'administration et d'utilisation qui fixe également les règles relatives à l'assemblée des copropriétaires, respectivement des co-titulaires de servitudes, et à la prise des décisions.»

¹⁴ Vgl. die Angaben in FN 55.

¹⁵ ZK-LIVER (FN 1), Art. 737 ZGB N 105 (wörtliches Zitat in FN 13); vgl. die Einschränkungen bei BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 647 N 16: «Ein gewisses Bedürfnis für weitergehende richterliche Interventionen mag für unentscheidbare Fragen

bestehen, wenn die Uneinigkeit die Existenz, Funktion und Nutzung der Sache bedroht. Aber nicht jeder blockierte Gemeinschaftsabschluss kann Anlass sein, über das Gericht eine Ersatzanordnung zu erwirken (ähnlich Studer, 88). Das Gericht kann nur konkrete einzelne Handlungen anordnen, nicht aber eine generelle Nutzungs- oder Verwaltungsordnung (bzw. ein Stockwerkeigentümerreglement) aufstellen (KGer VS, ZWR 1985, 86, 95; KGer VS, ZWR 2000, 264, 266 = ZBGR 2002, 140, 142 = Schnyder, BR 2001, 81).»

¹⁶ Tribunal Cantonal VD, HC/2014/815, 20.10.2014, E. 3.3 ff.; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 647 N 54: «Dem Gericht sind mit dem Interventionsbegehren (oder allenfalls mit der Widerklage) konkrete Massnahmen zu beantragen (ZK-Haab, N 7). Das Gericht kann auch einen Verwalter einsetzen.»

¹⁷ Botschaft ZGB (FN 3), 5311: «Absatz 1 erklärt die für Miteigentum geltenden Regelungen als analog anwendbar. Diese Vorschriften betreffen die Verwaltungshandlungen, die baulichen Massnahmen und die Verfügung über die Sache, die Tragung der gemeinschaft-

aus der Gemeinschaft bezüglich der Dienstbarkeit auszuschliessen, doch wie handhabt man dann den in Art. 649b Abs. 3 ZGB vorgesehenen Verkauf des Anteils? *Grunddienstbarkeiten* kann man nur veräussern, indem man das herrschende Grundstück veräussert. *Personaldienstbarkeiten* kann man häufig gar nicht übertragen. HÜRLIMANN-KAUP und SCHMID zweifeln deshalb, ob der Verweis in Art. 740a Abs. 1 ZGB ausreicht, um den Eigentümer des Grundstücks zu einer Veräusserung des herrschenden Grundstücks zu zwingen.¹⁸ Sie schlagen als Ausweg die Errichtung einer Beistandschaft vor sowie die Möglichkeit, Konventionalstrafen zu vereinbaren.

Ich aber sage Ihnen: Der Ausschluss muss möglich sein. Man muss den Ausschluss *auf die Dienstbarkeit allein* beziehen und gegen Entschädigung vollziehen. Der Verweis in Art. 740a Abs. 1 ZGB bezieht sich also auf Art. 649b ZGB, nicht aber auf die Pflicht zur Veräusserung in Art. 649b Abs. 3 ZGB. Der Dienstbarkeitsberechtigte würde sein Recht verlieren, die Dienstbarkeit wahrzunehmen und die Anlage zu benützen. Passend dafür wäre das in Deutschland zur Dienstbarkeit gehörende *gesetzliche Schuldverhältnis*, das die Anwendung des § 281 BGB ermöglicht. Die deutsche Lehre wendet indes ausgerechnet bei den Dienstbarkeiten den besonders hilfreichen *Schadensersatz statt der ganzen Leistung*, der dem Rücktritt entspricht, nicht an (§ 281 Abs. 5 BGB).¹⁹ Auf die richtige Lösung kommt man in der Schweiz, wenn man sich die Gedanken zum unselbständigen Miteigentum ansieht, die gut zur dienstbarkeitsrechtlichen Situation passen. Beim unselbständigen Miteigentum kommt eine selbständige Veräusserung ebenfalls nicht in Frage.²⁰ Es muss dann ein *Ausschluss von der Dienstbarkeitsanlage sein, der wie bei einer Enteignung mit Entschädigung erfolgt*.²¹ Auch

lichen Kosten und Lasten (Art. 647a ff. ZGB), die Vereinbarung einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung (Art. 647 ZGB) sowie die Bestimmungen über den Eintritt des Erwerbers eines Anteils (Art. 649a ZGB) und über den Ausschluss aus der Gemeinschaft (Art. 649b ZGB).»

¹⁸ SCHMID (FN 2), 44, und BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, 25 ff., 47 f., beide m.w.H.; ARNET (FN 1), 386 f., lehnt die Möglichkeit des Ausschlusses ab.

¹⁹ BeckOK-ALEXANDER, in: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Jörg Mayer (Hrsg.), beck-online Grosskommentar zum Zivilrecht, München 2017, § 1020 BGB N 117 ff.

²⁰ BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 646 N 2.

²¹ Vgl. BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 649b N 5: «Bei dauernder Zweckbestimmung ist ein Ausschluss allerdings insofern problematisch, als die betroffenen Sachen oft in unselbständigem Miteigentum stehen und mit einem Ausschluss das Ziel nicht erreicht werden kann (vgl. Schneider, 153). Subjektiv-dingliches Miteigentum [...] kann nicht wie von Abs. 2 verlangt selbständig

diese Lösung funktioniert indes nur, sofern dadurch nicht eine Notlage entsteht, z.B. bei einer Wegnot im Sinne des Art. 694 ZGB.

D. Teilung?

Art. 740a ZGB verweist, nimmt man den Text der Botschaft²² für bare Münze, nicht auf die Regeln der Aufhebung und Teilung des Miteigentums (Art. 650 ff. ZGB). SCHMID erklärt dies mit dem Gesetzeswortlaut in Art. 650 Abs. 1 ZGB,²³ der keine Teilung vorsieht, wenn die Sache eine dauernde Zweckbestimmung aufweist.²⁴

E. Vorkaufsrecht?

Das Miteigentum sieht ein Vorkaufsrecht vor (Art. 682 Abs. 1 ZGB). Ein Vorkaufsrecht müsste sich jedoch auf übertragbare Personaldienstbarkeiten beschränken oder sich bei Grunddienstbarkeiten auf das ganze dienstbarkeitsberechtigte Grundstück erstrecken, was sich als nicht zweckmässig erweist.²⁵

VII. Was bedeutet der Ausschluss des Verzichts auf die Dienstbarkeit gemäss Abs. 2?

Art. 740a Abs. 2 ZGB sieht die Möglichkeit vor, den Ausstieg aus der Gemeinschaft durch Verzicht auf die Dienstbarkeit für maximal 30 Jahre auszuschliessen, da-

veräussert werden, sondern nur zusammen mit dem berechtigten Grundstück, das oft im Alleineigentum steht. Insofern müsste das Gericht die Auflösung der subjektiv-dinglichen Verknüpfung i.V.m. einer angemessenen Entschädigung durch die verbleibenden Gemeinschaftler anordnen, um den renitenten Miteigentümer vom Gebrauch der im unselbständigen Miteigentum stehenden Sache (z.B. Parkanlage oder Schwimmbad) auszuschliessen [...]; RETO STRITTMATTER, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften, Diss. Zürich, Zürich 2002, 110 f. zum Fall einer Miteigentümergeinschaft nach Art. 670 ZGB: «Eine Verurteilung zur Veräusserung des Miteigentumsanteils kommt demzufolge nicht in Frage. In Betracht fällt allenfalls – analog Art. 649c ZGB – die entschädigungspflichtige Ablösung des Rechts des pflichtvergessenen Miteigentümers»; vgl. ebenso BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 649c N 3 f.

²² Botschaft ZGB (FN 3), 5311.

²³ SCHMID (FN 2), 44 f.

²⁴ Vgl. allerdings BGer, II. Zivilabteilung, 18.6.1937, i.S. Jakob Morgenthaler gegen Traugott Morgenthaler, E. 2, in: ZBGR 1938, 42 ff., und ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. A., Bern 1981 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), Vor Art. 646–654 ZGB N 24.

²⁵ SCHMID (FN 2), 45.

mit sich niemand den Unterhaltspflichten entziehen kann. Die Regelung gemäss Abs. 2 bedarf für die realobligatorische Wirkung der Vormerkung im Grundbuch – im Unterschied zur Regelung gemäss Abs. 1, die in Analogie zu Art. 649a Abs. 1 ZGB auch für allfällige Erwerber direkt gilt.²⁶

Zu diesem Absatz existieren in der Lehre zwei Konzepte. SCHMID geht davon aus, dass eine entsprechende Vereinbarung den Verzicht auf die Dienstbarkeit verunmögliche: «Doch kann Art. 740a Abs. 2 ZGB die vom Gesetzgeber gewollte Wirkung der Vormerkung der Abrede eines Verzichtsausschlusses (nämlich die Bindung auch des Rechtsnachfolgers und damit die zahlenmässige Aufrechterhaltung der Gemeinschaft der Berechtigten) nur dann entfalten, wenn der Grundbuchverwalter bei abredewidrigem Verzicht auf die Dienstbarkeit einen allfälligen Löschantrag des Servitutsberechtigten abweist. Die Abrede eines Verzichtsausschlusses beschränkt insoweit die Verfügungsmacht des Servitutsberechtigten; dessen Verzicht auf die Dienstbarkeit ist unwirksam.»²⁷ ARNET misst demgegenüber dem Verzicht auf den Verzicht gemäss Art. 740a Abs. 2 ZGB keine Wirkung gegenüber dem Grundbuchverwalter zu. Der Verzicht auf die Dienstbarkeit kann gemäss ARNET trotz der Vereinbarung nach wie vor erfolgen, doch hat er keinen Ausschluss aus der Gemeinschaft mehr zur Folge, sondern Schadenersatz: «Der vertragswidrige Verzicht auf die Dienstbarkeit stellt hingegen eine Vertragsverletzung dar und löst zugunsten der verbleibenden Dienstbarkeitsberechtigten eine vertragliche Schadenersatzpflicht des verzichtenden Dienstbarkeitsberechtigten auf Erstattung des positiven Vertragsinteresses aus (Erfüllungsinteresse; Art. 97 OR). Im Rahmen der Vereinbarung gemäss Art. 740a Abs. 2 ZGB können die Rechtsfolgen der Vertragsverletzung, insbesondere auch eine Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) bzw. «Ablösungssumme» festgelegt werden.»²⁸

²⁶ Botschaft ZGB (FN 3), 5311: «Die Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden und erhält damit realobligatorische Wirkung»; vgl. TARKAN GÖKSU, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-GÖKSU), Art. 740a ZGB N 5: «Die Vereinbarung betreffend Verzicht auf die Dienstbarkeit kann im Grundbuch vorgemerkt werden. Damit erhält sie realobligatorische Wirkung und gilt für jeden Rechtsnachfolger [...]. Ohne Vormerkung bleibt die Vereinbarung demnach nur unter den ursprünglichen Parteien wirksam. Aus der Systematik ergibt sich, dass dies ausschliesslich für die Vereinbarung gemäss ZGB 740a II gilt; die abweichende Vereinbarung gemäss ZGB 740a I gilt mE auch ohne An- oder Vormerkung im Grundbuch für die Rechtsnachfolger (ZGB 649a analog; s ZGB 740a N 3).»

²⁷ SCHMID (FN 2), 49 f.

²⁸ ARNET (FN 1), 392.

VIII. Erstreckt sich die Regelung auf gleiche Dienstbarkeiten unterschiedlichen Rangs?

Für dieses Problem schlägt die Lehre bereits Lösungen vor. So wäre es erstens denkbar, Art. 740a Abs. 1 ZGB auch auf Dienstbarkeiten unterschiedlichen Rangs analog anzuwenden,²⁹ wie es der deutsche Wortlaut vorgibt und wie es ein altrechtlicher Freiburger Entscheid bei der Kostenverteilung und bei der Beschlussfassung schon praktiziert hat.³⁰ Zweitens schlägt PIOTET vor, den vorrangigen Dienstbarkeitsberechtigten ein Vetorecht einzuräumen, wenn sie Nachteile erleiden.³¹

Zur Veranschaulichung dient der folgende Fall: Es besteht ein Wegrecht zugunsten des Nachbargrundstücks. Zu dessen Ausübung hat der berechtigte Nachbar eine Strasse auf seine Kosten errichtet und stets auch unterhalten. Wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks später einem zweiten Nachbarn ein gleichlautendes Wegrecht einräumt, wie ist dann die Rechtslage?

Die Strasse gehört aufgrund des Akzessionsprinzips dem Eigentümer des dienenden Grundstücks.³² Er kann folglich dem zweiten Nachbarn ein gleichlautendes Wegrecht einräumen, ohne den ersten Nachbarn um Zustimmung bitten zu müssen.³³ Der zweite Nachbar muss sich

²⁹ SCHMID (FN 2), 31 f.

³⁰ KGer FR, 19.11.2003, E. 3, 11, in: FZR 2003, 236; dazu SCHMID (FN 2), 37 f.

³¹ DENIS PIOTET, Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Zürich 2012, 59 ff., 66 f.: «Mais la question la plus difficile à résoudre reste non tranchée: comment organiser les rapports entre bénéficiaires lorsque toutes les servitudes n'ont pas le même rang? L'égalité des droits de chacun et qui prévaut dans la copropriété ne pourrait aboutir à minoriser un bénéficiaire de droit plus ancien par des bénéficiaires de droit plus récents: ce serait aller contre le principe de la priorité dans le temps, soit en définitive imposer une forme d'expropriation privée sans indemnité au titulaire du droit le plus ancien, ainsi minorisé. D'un autre côté, si les titulaires des droits les plus récents sont appelés à l'entretien et aux réparations, et peuvent en exiger, il est difficile de les écarter en cas d'avis contraire à celui d'un droit plus ancien. Une solution serait d'admettre un droit de veto du droit le plus ancien lorsque l'application des règles de la copropriété met en péril concrètement et objectivement la priorité accordée à son droit. A tout le moins, si les parties peuvent régler conventionnellement ou mieux, réglementairement, ces difficultés, la solution ne peut en être que préférable à un régime légal obscur, aujourd'hui comme demain.»

³² ARNET (FN 1), 369; SCHMID (FN 2), 24; BGE 98 II 191 E. 2; 91 II 281 E. 3.

³³ ZK-LIVER (FN 1), Art. 731 ZGB N 84–89 und Art. 737 ZGB N 95, 97; vgl. STEINAUER (FN 3), N 2146; vgl. das Beispiel zweier Kiesabbaurechte in unterschiedlichem Rang in BGer, 5A_235/2011, 8.8.2011, E. 4.3, und zeitlich gestaffelt erteilter Wegrechte in KGer FR, 19.11.2003, Sachverhalt A und E. 3 f., in: FZR 2003, 236; vgl.

schon aufgrund des Art. 741 Abs. 1 ZGB am laufenden Unterhalt der Strasse gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks beteiligen.³⁴ Gegenüber dem vorrangigen Dienstbarkeitsberechtigten ergibt sich die Kostenbeteiligung aufgrund einer *doppelten Analogie*: Analog erfolgt schon aufgrund des gemischtrangigen Verhältnisses die Anwendung des Art. 740a Abs. 1 ZGB, der seinerseits auf die analoge Anwendung des Miteigentumsrechts weist (Art. 649 Abs. 1 i.V.m. Art. 646 Abs. 2 ZGB).³⁵

Verträgt sich die Nutzung des zweiten Nachbarn nicht mit dem Recht des ersten, vorrangigen Nachbarn, kann dieser gestützt auf den besseren Rang gegen den zweiten Nachbarn vorgehen – mit dem Besitzschutz oder der *actio confessoria*.³⁶ Er muss allerdings trotz des besseren Rangs sein Recht, sofern die gemeinsame Nutzung überhaupt möglich ist, auch gegenüber den nachrangigen Dienstbarkeitsberechtigten *schonend* ausüben.³⁷ Schonende Ausübung der Dienstbarkeit bedeutet indes nicht, dass er nur allernotwendigste Nutzungen vornehmen kann. Es bedeutet lediglich, dass er sich nicht *rechtsmissbräuchlich* verhalten darf.³⁸ Deshalb erscheint der oben erwähnte Anspruch auf richterlichen Erlass einer Verwaltungs- und Nutzungsordnung reichlich weit hergeholt. Der vorrangige Dienstbarkeitsberechtigte muss sich *keinerlei Einschränkungen* gefallen lassen. Die richterlich erlassene Verwaltungs- und Nutzungsordnung könnte bloss vorsehen, dass sich die *nachrangigen* Dienstbarkeitsbe-

rechtigten zurückhalten. Das von PIOTET vorgeschlagene Vetorecht scheint somit bezüglich der Nutzung unnötig, da sich die Verbotsmöglichkeit schon aus der *actio confessoria* ergibt. Das PIOTET'sche Vetorecht passt vordergründig wieder, wenn es um Verwaltungshandlungen gemäss Art. 647a ff. ZGB geht, bei denen sich der vorrangige Dienstbarkeitsberechtigte plötzlich durch die neuen Dienstbarkeitsberechtigten *überstimmt* sieht. Weshalb aber sollten sich die neu eingetretenen Dienstbarkeitsberechtigten ein Vetorecht gefallen lassen? Sie müssten aufgrund der miteigentumsrechtlichen Ordnung zwar nach Köpfen zahlen, hätten aber dennoch nichts zu sagen. Der Freiburger Entscheid, der ein gemischtrangiges Verhältnis unter den Dienstbarkeitsberechtigten beschreibt, betont gerade die herausragende Bedeutung des Stimmrechts in der Versammlung der dienstbarkeitsberechtigten Personen.³⁹

Ändert sich dabei etwas, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Strasse auch verwenden kann? Die Mitbenützung durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks stellt sogar den Normalfall dar,⁴⁰ es sei denn, die Dienstbarkeit sehe eine exklusive Nutzung vor. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks muss gegenüber dem ersten Nachbarn gestützt auf Art. 741 Abs. 2 ZGB den seinen Interessen entsprechenden Teil des Unterhalts

zum deutschen Recht OLG München, 34 Wx 206/14, 17.6.2014, E. 2, in: FGPrax 2014, 198, und HARTMUT SCHÖNER/KURT STÖBER, Grundbuchrecht, 15. A., München 2012, N 1127: «*Einzelne Dienstbarkeiten gleicher Art zugunsten der Eigentümer mehrerer Grundstücke können selbständig und mit unterschiedlichem Rang (§ 879 BGB) bestellt werden. Zur Bestellung eines Wegerechts an einem Grundstück ist eine Zustimmung des Berechtigten eines an demselben Grundstück bereits bestehenden Wegerechts nicht erforderlich. Der besserrangige Wegeberechtigte ist nicht befugt, den Inhaber eines nachrangigen Wegerechts von der Benutzung des Weges auszuschliessen oder ihn in der Ausübung seines Wegerechts zu behindern.*»

³⁴ Zur Frage, ob dazu auch die Erstellungskosten gehören, vgl. BSK ZGB II-PETITPIERRE (FN 1), Art. 741 N 9, und ARNOLD F. RUSCH, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Zürich 2017, 1 ff., 14 ff.

³⁵ KGer FR, 19.11.2003, E. 3, in: FZR 2003, 236.

³⁶ ZK-LIVER (FN 1), Einleitung N 37, Art. 731 ZGB N 89 und Art. 737 ZGB N 97 f., 186, 193; BGE 131 III 345 E. 2.3.1; 95 II 14 E. 3; 57 II 258 E. 2.

³⁷ ZK-LIVER (FN 1), Art. 731 ZGB N 89 und Art. 737 ZGB N 100.

³⁸ BGE 113 II 151 E. 4; vgl. BSK ZGB II-PETITPIERRE (FN 1), Art. 737 N 7: «*Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung der Dienstbarkeit nötig ist. Dieser Wortlaut lässt nicht etwa auf eine Pflicht des Berechtigten schliessen, auch im Rahmen des vereinbarten Umfangs der Dienstbarkeit nur eingeschränkt tätig zu sein. Die Ausübung darf lediglich nicht missbräuchlich sein (BGE 113 II 151, 153 E. 4).*»

³⁹ KGer FR, 19.11.2003, E. 10 f., in: FZR 2003, 236.

⁴⁰ ZK-LIVER (FN 1), Art. 737 ZGB N 95: «*Daraus folgt, dass das Dienstbarkeitsrecht ein Mitbenützungsrecht ist, sofern nicht die Ausschliesslichkeit der Ausübung der seinen Inhalt ausmachenden Befugnisse durch seinen Zweck gefordert oder durch den Erwerbgrund festgesetzt ist (Baurecht, Nutzniessung). Das Wegerecht, das Durchleitungsrecht, das Beholzungs- und Weiderecht hindern den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht, das Grundstück im übrigen frei zu nutzen und auch die inhaltlich gleichen Befugnisse seinerseits ebenfalls auszuüben. Sie schliessen den Eigentümer von der gleichen Art der Nutzung nur aus, wenn sie mit diesem Inhalt und Umfang begründet wurden, also als ausschliessliche Rechte errichtet worden sind*»; STEINAUER (FN 3), N 2284: «*Les ouvrages ou installations nécessaires à l'exercice de la servitude peuvent aussi profiter au propriétaire du fonds grevé; par exemple, il emprunte le chemin ou la passerelle, il prend de l'eau à la source. Dans ce cas, la charge de l'entretien incombe aux deux parties, en proportion de leur intérêt [...]*»; vgl. BSK ZGB II-PETITPIERRE (FN 1), Art. 737 N 4: «*Die Bestimmung ist auch hinsichtlich der Einschränkung des Belasteten nicht misszudeuten. Sie enthält keine Umschreibung des Mitgebrauches durch den Belasteten, genauso wenig wie sie den Inhalt der Dienstbarkeit umschreibt [...]. Bei der gemessenen Dienstbarkeit ist eine Mitbenützung der Dienstbarkeit durch den Belasteten ja bereits begrifflich ausgeschlossen. Für die ungemessene Dienstbarkeit besteht jedenfalls aufgrund Art. 737 keine gesetzliche Vermutung für die Zulässigkeit eines Mitgebrauchs. Nach der wohl richtigen Auffassung ist eine Mitbenützung durch den belasteten Eigentümer jedoch generell soweit zulässig, als sie keine erhebliche Behinderung in der Ausübung der Dienstbarkeit hervorruft [...]*»

übernehmen. Dies gilt auch, wenn der zweite Nachbar ein identisches, aber nachrangiges Wegrecht erhält. Im Verhältnis zwischen dem dienenden und den herrschenden Grundstücken erweist sich die Erweiterung des Berechtigtenkreises als dynamisch und stimmig.

Wie aber ist die Rechtslage, wenn der Eigentümer E des dienenden Grundstücks zeitlich gestaffelt den Grundeigentümern G1, G2 und G3 ein inhaltlich identisches Wegrecht erteilt, verbunden mit der jeweiligen Abrede, den Unterhalt der Strasse je hälftig aufzuteilen? VOLMER teilt dies für das deutsche Recht wie folgt auf: «Demzufolge muss auch die Unterhaltungspflicht gemäss dem Rangverhältnis aufgeteilt werden. G1 trägt entsprechend der getroffenen Vereinbarung die Hälfte der Unterhaltungskosten, der Eigentümer E (insoweit fiktiv) die andere Hälfte. Diese fiktive andere Hälfte wird nun im Hinblick auf die nachrangige zweite Grunddienstbarkeit erneut halbiert, sodass G2 $\frac{1}{4}$, der Eigentümer E (erneut fiktive) $\frac{1}{4}$ der Unterhaltungskosten trägt. Dieses fiktive Eigentümerviertel wird nun zwischen E und G3 erneut geteilt, sodass G3 $\frac{1}{8}$, E $\frac{1}{8}$ zu tragen hat.»⁴¹ VOLMER räumt sogleich ein, dass diese Rechnung nur für Dienstbarkeiten im Sinne eines Abbaurechts überzeugt, bei denen der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur noch über den ihm zustehenden Teil an der Nutzung verfügen kann. Bei einem Wegrecht, bei dem sich die Akteure gegenseitig nicht stören, wirkt die Kostenaufteilung für den erstangigen G1 stark benachteiligend. Es leuchtet insbesondere nicht ein, weshalb G1 trotz erweiterter Benutzungszahl nach wie vor die Hälfte des gesamten Unterhalts tragen muss, der aufgrund von Mitbenützung und Verschleiss durch G2 und G3 gestiegen ist. VOLMER schlägt deshalb vor, dieser Beeinträchtigung mit der *actio confessoria* zu begegnen.⁴²

Wendet man auf dieses Beispiel aufgrund des gemischtrangigen Verhältnisses Miteigentumsrecht analog an, überzeugen die Lösungen nicht richtig. Die Abmachung der je hälftigen Aufteilung derogiert die dispositive miteigentumsrechtliche Ordnung in Art. 649 Abs. 1 ZGB und Art. 646 Abs. 2 ZGB, die eine Verteilung nach Köpfen vorsieht. Alle Lösungen, bei denen am Schluss nicht der Eigentümer des dienenden Grundstücks den seinem Interesse entsprechenden Anteil und jede der drei berechtigten Personen einen Drittel des ihnen zusammen anzulastenden Unterhalts tragen muss, erweisen sich als nicht zielführend.

Das Recht des Miteigentums nähert sich einer solchen Ausweitung des Miteigentümerkreises dynamisch. Wenn zwei Miteigentümer bestehen, ist die vereinbarte Aufteilung des Unterhalts zu gleichen Teilen zielführend, nicht aber, wenn zwei weitere Miteigentümer hinzutreten – dadurch muss sich zwingend eine Anpassung prozentualer Quoten an der Unterhaltungspflicht ergeben, ansonsten die Vereinbarung ihren Sinn verliert. Beim normalen Miteigentum ist die Situation insofern anders, als sich der Kreis der Miteigentümer nur durch Zustimmung zumindest eines bisherigen Miteigentümers vergrössern kann: Ein Miteigentümer muss zwingend etwas abgeben. Gibt ein Miteigentümer etwas ab, rutscht der Nachfolger automatisch in die Position des Veräusserers mit allen Rechten und Pflichten nach (Art. 649a Abs. 1 ZGB). Die Ausübung des Wegrechts erweist sich im Gegensatz dazu als beliebig erweiterbar, solange sie keinen Stau verursacht. Es scheint deshalb überlegenswert, die Ausdehnung der Dienstbarkeit auf weitere berechnete Personen nur mit zwingender Zustimmung der vorrangigen Berechtigten zuzulassen. Der Verhandlungsdruck würde Raum für eine neue Regelung unter den Berechtigten schaffen. Dann geht es wieder auf – es entspricht auch den Überlegungen in der Botschaft, die bei Art. 740a Abs. 1 ZGB explizit auf Art. 649a ZGB verweisen,⁴³ der zum Ziel hat, den neu berechtigten Eigentümer wie bei einem Eintritt in eine juristische Person allen bestehenden Pflichten zu unterwerfen.⁴⁴ Gerade wenn sich die verschiedenen Nutzungen unterschiedlichen Ranges nicht ausschliessen, scheint der Gedanke des Miteigentums sinnvoll: Unter Miteigentümern gibt es gar kein Rangverhältnis.⁴⁵ Es wäre nicht zu rechtfertigen, dass G1 nach wie vor die Hälfte des Unterhalts bezahlen müsste, obwohl zwei weitere Nachbarn die Strasse mit ihm benützen und diese stärker abnützen. Deren Anteile wären, wie es im Miteigentumsrecht vorgesehen ist, ohne anderslautende Regel unabhängig von der tatsächlichen Nutzung nach Köpfen festzusetzen (Art. 649 Abs. 1 i.V.m. Art. 646 Abs. 2 ZGB).⁴⁶ Als mildere Lösung wäre das PIOTET'sche Vetorecht denkbar, sobald

⁴³ Botschaft ZGB (FN 3), 5311.

⁴⁴ BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN (FN 1), Art. 649a N 1: «Das Gesetz stärkt damit die Gemeinschaft und nähert sie einer juristischen Person an, indem der Neueintretende in einer vergleichbaren Lage steht wie bspw. derjenige, der einem Verein beiträgt (BGE vom 26.11.1998, ZWR 2000, 169, 171 f. [= ZBGR 2002, 153, 156 f.]; BK-Meier-Hayoz, N 12; Schneider, 187 ff.)»; dieser Gedanke findet sich auch in BGE, 5A_602/2012, 21.12.2012, E. 6.

⁴⁵ Vgl. BSK ZGB II-SCHMID (FN 1), Art. 972 N 3.

⁴⁶ SCHMID (FN 2), 40 m.w.H. Dabei ergibt sich eine Diskrepanz zur Art. 741 Abs. 2 ZGB, die den Eigentümer des berechtigten Grundstücks nur nach seinem Interesse unterhaltspflichtig macht.

⁴¹ MICHAEL VOLMER, Zur Unterhaltungspflicht bei Geh- und Fahrrechten unter Mitbenutzungsbefugnis des dienenden Eigentümers (§ 1021 BGB), MittBayNot 2000, 387 ff., 389.

⁴² VOLMER (FN 41), 390.

die beschriebenen Nachteile eintreten. Mich irritiert dabei allerdings der Gedanke, dass der vorrangige Dienstbarkeitsberechtigte das Heft in die Hand nehmen muss. Dieser Makel haftet auch der Konstellation an, bei welcher der vorrangige Dienstbarkeitsberechtigte die *actio confessoria* anstrengen muss. Passender wäre, wenn die nachrangigen Dienstbarkeitsberechtigten zuerst anklopfen und um Zustimmung der bisherigen Dienstbarkeitsberechtigten bitten müssen, die diese nur bei Nachteilen verweigern könnten.

Problematisch am obigen Beispiel ist überdies das Faktum, dass G1 auf seine Kosten die Strasse errichtet hat, die jetzt von zwei weiteren Personen benützt wird. Diese zahlen wohl Unterhalt, aber was ist mit den *Erstellungskosten*? Diese Problematik könnte man mit dem PIOTET'schen Vetorecht erfassen – oder mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Teilen der Lehre, die Erstellungskosten als *kumulierten Unterhalt* ebenso dem Art. 741 ZGB unterstellen,⁴⁷ oder eben mit einer zwingend erforderlichen Zustimmung der bisherigen Berechtigten, was Raum für eine mehr oder weniger freiwillige Beteiligung an den Erstellungskosten eröffnet. Tatsächlich würde dieses Verständnis auch dem Gedanken des Miteigentumsrechts entsprechen. Man kann nicht etwas weiter aufteilen, ohne das Einverständnis der bisherigen Beteiligten einzuholen oder zumindest die Kostenbeteiligung neu zu regeln.

Verneint man diese Ideen, bedarf es eines sicheren Mittels, um mindestens die anteilmässigen Erstellungskosten auf den neu hinzutretenden Dienstbarkeitsberechtigten abzuwälzen. Dafür bietet sich die *Ausübungsbedingung* an. Die Ausübungsbedingung für die Erstellungskosten könnte wie folgt lauten: «*Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat die Nutzung der Anlage zu dulden, sofern der Berechtigte vor der ersten Nutzung Fr. 10'000 an die Erstellungskosten bezahlt.*» Der Text könnte auch vorsehen, dass diese Zahlung an diejenige Person zu erfolgen hat, die für die Erstellungskosten

ten aufgekommen ist. Diese Ausübungsbedingung eignet sich auch zur Sicherung periodischer Ausübungsentgelte: «*Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat die Nutzung der Anlage zu dulden, sofern der Berechtigte jeweils bis zum Ende des Vormonats Fr. 100 bezahlt.*»⁴⁸ Kritiker werden dieser Lösung sofort entgegenhalten, dass sie obligatorische Leistungen verdingliche und zu den verpönten bedingten Eintragungen zähle. Beides ist nicht richtig. Die Ausübungsbedingung schafft keinen Anspruch auf Bezahlung, weder der Einkaufssumme noch des periodischen Entgelts. Es geht gar nicht um ein Entgelt, denn die ausbleibende Zahlung berechtigt den Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht zu deren Einforderung, sondern einzig zur Verweigerung der Duldung. Nicht die Eintragung der Dienstbarkeit erfolgt bedingt – das wäre nach Art. 47 Abs. 1 GBV⁴⁹ ohnehin nicht zulässig – sondern deren Ausübung. In Deutschland hat sich diese Lösung bewährt, in der Schweiz ist sie zumindest einmal auch praktiziert worden.⁵⁰ Die Ausübungsbedingung sollte eine *doppelte Publizität* aufweisen: Auf sie sollte erstens ein Stichwort im Dienstbarkeitstext hinweisen.⁵¹ Der Eintritt der Bedingung sollte sich überdies aus einer Urkunde ergeben, deren Inhalt eindeutig feststeht.⁵²

IX. Kann man Art. 740a ZGB auf Fälle anwenden, in denen auch der Eigentümer des belasteten Grundstücks an der Dienstbarkeitsanlage beteiligt ist?

A. Votum Schmid

Diese Frage hat SCHMID unlängst an einer Tagung aufgeworfen und als *prüfenswert* befunden.⁵³ Dass ein praktisches Bedürfnis nach einer solchen Ausgestaltung besteht, scheint klar. Steht eine Dienstbarkeitsanlage auf dem dienenden Grundstück – beispielsweise eine Brücke oder eine Quellfassung – und dient diese auch dem Eigentümer des dienenden Grundstücks, bilden die Mitei-

⁴⁷ BGE 124 III 289 E. 1c; vgl. BSK ZGB II-PETITPIERRE (FN 1), Art. 741 N 9: «*Als Beispiel sei genannt: Ein Grundeigentümer erstellt halb auf seinem und halb auf einem andern Grundstück eine Strasse, die im Moment der Erstellung nur seinem Grundstück dient. Er übernimmt daher die vollen Erstellungs- und Unterhaltungskosten. Später profitiert auch der andere Grundeigentümer hiervon. Anstatt die halben Erstellungskosten auf einmal zu bezahlen, wird dieser Betrag kapitalisiert und dem für die Unterhaltungskosten ohnehin zu bezahlendem monatlichen Beitrag zugefügt. Dies soll mangels Subsumption der Erstellungskosten unter Art. 741 nicht zulässig sein. Der Wortlaut der Bestimmung mag diese Auffassung stützen. Aus praktischen Gründen (Überbindungsproblematik!) wäre eine weitere Auslegung des Begriffes Unterhalt aber wünschenswert.*»

⁴⁸ Vgl. das ähnliche Beispiel bei FRANZ RIPPEN, Dienstbarkeit, Wohnrecht und Gegenleistung, DNotZ 1968, 404 ff., 406.

⁴⁹ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

⁵⁰ Appellationshof in Zivilsachen (Kt. Bern), 22.2.1933, E. IV.2, in: ZBJV 1936, 398.

⁵¹ ARNOLD F. RUSCH, Dienstbarkeiten mit Ausübungsbedingungen, Bedingungen zur Sicherstellung einmaliger und wiederkehrender Leistungen, ZBGR 2017, 84 ff., 87.

⁵² RUSCH (FN 51), 88 m.w.H.

⁵³ SCHMID (FN 2), 32 f.

gentumsregeln ein passendes Regime für die gemeinsame Anlage.

SCHMID schreibt dazu: «In beiden Punkten ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 740a ZGB prüfenswert (die, falls man sie bejaht, auch das Problem des Numerus clausus der möglichen Anmerkungen und Vormerkungen lösen würde). Doch ist Zurückhaltung am Platz, denn nicht alle Miteigentums-Regeln eignen sich für das Verhältnis von Eigentümer und Servitutsberechtigtem: Für die Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen hat es meines Erachtens dabei zu bleiben, dass entsprechende Entscheide nach Art. 641 Abs. 1 und Art. 737 ZGB zu treffen sind. Für die Tragung der Unterhaltskosten ist nicht Art. 649 ZGB, sondern Art. 741 ZGB (bzw. eine davon abweichende Parteiabrede) massgebend, und eine Ausschluss des Alleineigentümers nach Art. 649b ZGB scheidet aus.»⁵⁴ Nachfolgend möchte ich auf diese Überlegungen eingehen.

Ein Entscheid des Kantonsgerichts Waadt praktiziert dies. Es geht um ein Schwimmbad, das auf der Grenze zweier Nachbargrundstücke aufgrund einer Dienstbarkeit steht, je gegenseitig als herrschendes und dienendes Grundstück: «Selon l'art. 740a al. 1 CC, les installations de servitude servant à plusieurs bénéficiaires ou propriétaires de fonds dominants sont régies par les règles de la copropriété (simple) applicables par analogie. Cette solution valait déjà avant 2012 selon la jurisprudence et la doctrine (ATF III II 26, JT 1986 I 110; D. Piotet, Comment organiser les rapports d'usage entre les bénéficiaires de servitudes de même rang?, Mélanges P. Piotet, Berne 1990, p. 100 ss et les références citées). Les installations concernées sont celles nécessaires à l'exercice de la servitude, soit, au-delà des seuls éléments construits que sont la piscine et le pavillon en l'espèce, le local technique de la piscine, même entièrement sis sur la parcelle de base 1. La communauté de jouissance peut en effet porter sur une installation de servitude restée en propriété entière de l'un des immeubles intéressés (D. Piotet, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Bâle 2012, n. 134 p. 54 s.).»⁵⁵

B. Art. 741 Abs. 2 ZGB als *lex specialis*

Die Gemeinschaft zwischen den berechtigten und belasteten Grundstücken ergibt sich schon aus Art. 741 Abs. 2 ZGB. Das Gesetz erfasst und regelt dort die Konstellation

der vom Eigentümer des dienenden Grundstücks mitbenützten Anlage für die Belange des Unterhalts: Diesen haben die Parteien im Verhältnis ihrer *Interessen* zu leisten, doch können sie auch eine davon abweichende Verteilung beschliessen. Ergibt sich die abweichende Verteilung aus den Belegen, ist sie auch für Rechtsnachfolger verbindlich (Art. 741 Abs. 2 ZGB). Die miteigentumsrechtliche Regelung würde gleich aussehen, mit der Ausnahme, dass die Kostenanteile sich nach der Grösse des Miteigentumsanteils und nicht nach dem Interesse richten (Art. 649 Abs. 1 ZGB). Die Miteigentumsanteile sind ohne andere Feststellung gleich gross (Art. 646 Abs. 2 ZGB). Die davon abweichende Regelung im Miteigentumsrecht gilt für alle Rechtsnachfolger, auch wenn sie nicht im Grundbuch erscheint (Art. 649a Abs. 1 ZGB). Art. 741 Abs. 2 ZGB stellt somit eindeutig eine *lex specialis* zu Art. 740a Abs. 1 ZGB dar.

Der Entscheid des Walliser Kantonsgerichts sieht das anders, indem er bei Mitbenützung durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks die Anwendung von Art. 741 Abs. 2 ZGB ausschliesst.⁵⁶ Für den konkreten Fall lässt sich dies damit erklären, dass das Kantonsgericht auf die Anlage in Durchbrechung des Akzessionsprinzips Miteigentumsrecht direkt zur Anwendung brachte.

C. Mögliche An- und Vormerkungen

Was meint SCHMID, wenn er von einer Lösung des Problems des Numerus clausus der möglichen Anmerkungen und Vormerkungen spricht? Wer Pflichten oder Rechte des Eigentümers des herrschenden Grundstücks eintragen lassen will, stösst an Grenzen. Kann man beispielsweise dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks auch nebensächliche Pflichten auferlegen? Art. 730 Abs. 2 ZGB schliesst dies aufgrund des Wortlauts zumindest nicht aus, doch ist die Frage in der Lehre umstritten und in der Rechtsprechung noch nicht geklärt.⁵⁷ Ich bejahe diese Frage nicht nur aufgrund des Wortlauts. Die Unterhaltspflichten zählen potentiell auch zu den nebensächlichen Pflichten, die Art. 730 Abs. 2 ZGB erfassen will. Gerade dazu sieht Art. 741 Abs. 1 ZGB vor, dass die Verpflich-

⁵⁴ SCHMID (FN 2), 33.

⁵⁵ Tribunal Cantonal VD, HC/2014/815, 20.10.2014, E. 3.1; weitere Beispiele erwähnt SCHMID (FN 2), Fn 69.

⁵⁶ Tribunal Cantonal VS, Cour civile II, C1 12 205, 15.4.2014, E. 13.5.1.

⁵⁷ Vgl. die Hinweise bei RUSCH (FN 34), 10 f.; ausführlich dazu CYRIL GALLAND, Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Diss. Freiburg, Genf 2013, N 714–741 m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre (zur unklaren Rechtsprechung des Bundesgerichts insb. N 724, Fn 755). Er kommt zum Schluss, dass die nebensächliche Leistungspflicht nur den Eigentümer des dienenden Grundstücks treffen könne (N 741, 1000).

tung zum Unterhalt im Sinne einer dispositiven Norm dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks obliegt. Wer die Möglichkeit des Eintrags im Sinne des Art. 730 Abs. 2 ZGB verneint, kann über Art. 740a ZGB eine Lösung finden, indem eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung die Pflichten definiert (Art. 647 ff. ZGB).

Dasselbe muss für die Frage gelten, ob die Vormerkung auch dem Eigentümer des *dienenden Grundstücks* den Ausstieg während dreissig Jahren verbauen kann. Die Antwort lautet ja, und zwar auch unter – allenfalls analoger – Anwendung des Art. 740a Abs. 2 ZGB.⁵⁸ Es ist zwar streng genommen schon so, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht auf die Dienstbarkeit verzichten kann – er ist gar nicht dienstbarkeitsberechtigt. An der Anlage ist er jedoch eindeutig beteiligt. Ein Verzicht auf das Mitbenützungsrecht wäre aufgrund des *argumentum a maiore ad minus* möglich und würde sich gleich auswirken wie ein Verzicht auf die Dienstbarkeit.⁵⁹ Schon die blosser Nichtausübung bildet, sofern sie dauerhafter Natur ist, ein Indiz für den Interessenwegfall, auch wenn dieser keinen Verzicht darstellt.⁶⁰ Die Unterhaltspflicht des dienenden Grundstücks bemisst sich aber ausgerechnet nach dem Interesse (Art. 741 Abs. 2 ZGB). Mit der gleichen *ratio legis* wie beim Eigentümer des herrschenden Grundstücks kann es nicht angehen, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks sich der Unterhaltspflichten durch Verzicht auf die Mitbenützung der Dienstbarkeitsanlage lossagen kann. Wenn A und B und weitere Berechtigte beispielsweise zusammen eine Erdwärme-Heizungsanlage auf dem Grundstück des A betreiben, soll A folglich nicht aussteigen können, weil er plötzlich lieber mit Gas heizen möchte.

⁵⁸ Ebenso ARNET (FN 1), 393 f., die jedoch einen Verzicht des Dienstbarkeitsbelasteten nicht als Anwendungsfall von Art. 740a Abs. 2 ZGB erachtet, sondern unter Art. 732 und Art. 741 ZGB fallen lässt. Sie geht bezüglich Art. 740a Abs. 2 ZGB generell von einem anderen Konzept aus, das Art. 740a Abs. 2 ZGB keine absolute Wirkung verleiht und einen Verzicht auf die Dienstbarkeit nicht verunmöglicht, aber mit Schadenersatz sanktioniert (389 ff., insb. 391 f.; vgl. vorne, ob FN 28); nach SCHMID (FN 2), 49 f., muss der Grundbuchverwalter die Eintragung eines Verzichts auf die Dienstbarkeit bei Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 740a Abs. 2 ZGB verweigern.

⁵⁹ Zu den Voraussetzungen und Formen eines Verzichts vgl. CHK-GÖKSU (FN 26), Art. 734 ZGB N 7, und BGer, 5A_898/2015, 11.7.2016, E. 3.2.

⁶⁰ CHK-GÖKSU (FN 26), Art. 736 ZGB N 5.

D. Ausschluss des mitberechtigten Eigentümers des herrschenden Grundstücks

Das Miteigentumsrecht ermöglicht bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Gemeinschaft den Ausschluss eines Miteigentümers (Art. 649b Abs. 1 ZGB). Wenn die Fortsetzung der Gemeinschaft wegen des Eigentümers, auf dessen Grund die Anlage steht, unzumutbar wird, muss auch sein Ausschluss in Betracht kommen. Problematisch ist einzig die miteigentumsrechtliche Folge des Ausschlusses: Art. 649b Abs. 3 ZGB sieht als Folge des Ausschlusses die Veräusserung des Anteils vor, was beim Grundeigentum den Verlust des ganzen Grundstücks bedeuten würde. Der Ausschluss darf sich folglich wiederum nur auf die Mitbenützung der Dienstbarkeitsanlage durch den Eigentümer des herrschenden Grundstücks beziehen. Dieser hat – wie auch der Ausschluss eines Dienstbarkeitsberechtigten – gegen Entschädigung zu erfolgen.⁶¹

E. Verwaltungshandlungen

Erfordert die Ausübung der Dienstbarkeit die Errichtung einer Anlage, so darf der Berechtigte diese gestützt auf Art. 737 Abs. 1 ZGB errichten.⁶² In der Errichtungskompetenz ist die Kompetenz enthalten, die Anlage zu warten und zu diesem Zweck das Grundstück zu betreten. Überschreitet der Dienstbarkeitsberechtigte die Grenze der schonenden Rechtsausübung im Sinne des Art. 737 Abs. 2 ZGB, kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Klage aus Art. 641 Abs. 1 ZGB erheben. Wie sieht die Lösung nach Miteigentumsrecht aus? Hier gilt für Verwaltungshandlungen die Kaskade von Art. 647 ff. ZGB. Der Bau einer für die Dienstbarkeitsausübung notwendigen Anlage liesse sich als notwendige Massnahme im Sinne des Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB erfassen, für die stets eine Berechtigung besteht – auch gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks, der die Anlage mitbenützt. Überdies muss jeder Miteigentümer die gemeinsame Sache so nutzen, dass die Nutzung sich mit den Rechten der anderen verträgt (Art. 648 Abs. 1 ZGB), was mit dem Massstab von Art. 737 Abs. 1 ZGB vergleichbar ist.

⁶¹ Vgl. dazu die Hinweise oben, FN 21.

⁶² BGE 132 III 545 E. 3.3.1; ZK-LIVER (FN 1), Art. 741 ZGB N 28; STEINAUER (FN 3), N 2283a.

F. Vereinbarung und Erlass einer Nutzungsordnung

Die Möglichkeit, unter den gleichrangigen Dienstbarkeitsberechtigten eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu vereinbaren, war schon Gegenstand obiger Überlegungen.⁶³ Dies geht auch, wenn es nur eine berechnete und eine belastete Person gibt, die die Anlage mitbenutzen darf. Richtig hält PFÄFFLI fest: *«A und B sind zwei Nachbarn und haben eine gemeinschaftliche Heizanlage, welche sich auf dem Grundstück des A befindet. Dem Eigentümer des Grundstücks B wurde ein dingliches Mitbenützungsrecht an der Heizanlage als Dienstbarkeit eingeräumt. In einem solchen Fall könnte man meines Erachtens eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung auf den Grundstücken A und B anmerken; demzufolge müsste man auch die Vormerkung für den Lösungsverzicht auf dem Grundstück B zulassen.»*⁶⁴ Es fragt sich einzig, ob dies als Derogation des Art. 741 Abs. 2 ZGB nicht in den Belegen erscheinen muss. Sobald die Nutzungs- und Verwaltungsordnung den Unterhalt betrifft, wäre dies zu bejahen.

Sind sich die vielen Berechtigten über die Ausübung ihrer Rechte nicht einig, kann somit jeder von ihnen verlangen, dass darüber eine Nutzungsordnung erlassen wird. Dies ergibt sich kraft des Verweises in Art. 740a Abs. 1 ZGB beim gewöhnlichen Miteigentumsrecht aus Richterrecht⁶⁵ und beim Stockwerkeigentum als qualifiziertem Miteigentum aus Art. 712g Abs. 3 ZGB. Diese Lösung ist meines Erachtens auch dann anwendbar, wenn der Streit über die Nutzung der Dienstbarkeitsanlage zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem ebenfalls berechtigten Eigentümer des dienenden Grundstücks

ausbricht. Die deutsche Rechtsprechung hat dies in zwei stimmigen Entscheidungen explizit so festgehalten.⁶⁶

Es ging im *ersten* deutschen Fall um das Recht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, *«die (auf dem dienenden Grundstück befindlichen) Pkw-Abstellplätze mitzubedenzen und dieses Recht auch Dritten zu überlassen [...]»; es müssen den Berechtigten mindestens sechs Parkplätze, zwei davon markiert, zur Verfügung stehen»*.⁶⁷ Die Eigentümerin des dienenden Grundstücks klagte gegen den Berechtigten auf Unterlassung der Nutzung aller anderen Parkplätze ausser Nr. 1–6, da die auf dem herrschenden Grundstück gelegene Apotheke praktisch alle Parkplätze beanspruchte. Der BGH erfasste den Inhalt der Dienstbarkeit als Nutzungsrecht an allen Parkplätzen, wovon mindestens sechs dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks immer zur Verfügung stehen müssen. Ein Unterlassungsanspruch bezüglich bestimmter Parkplätze lasse sich aber gestützt auf § 1004 BGB erst begründen, nachdem eine Nutzungsordnung die vernünftige Aufteilung definiert habe. Deshalb stehe dem Eigentümer des belasteten Grundstücks kein direkter Abwehrensanspruch zu.⁶⁸ Diese beiden Klagen könne der Eigentümer des belasteten Grundstücks aber verbinden: Es sei die Nutzung zu unterlassen, die der *geschuldeten*

⁶³ Vgl. dazu die Hinweise oben, FN 12.

⁶⁴ PFÄFFLI (FN 12), 378.

⁶⁵ Vgl. Appellationshof BE, 28.2.1956, E. II.1, in: ZBJV 1957, 68 (Anrufung des Richters für eine einzelne Verwaltungshandlung); OGer LU, 23.12.1958, in: ZBJV 1959, 243 (gerichtliche Ernennung eines Verwalters bezüglich der *«Verpachtung des Landwirtschaftsbetriebes, der Vornahme von Reparaturen an Haus und Scheune usw.»*); BGer, 10.3.1960, E. 1, in: ZBGR 1963, 181 (gerichtliche Anordnung einer Verwaltungshandlung oder Ernennung eines Verwalters); vgl. die weiteren Hinweise bei BK-MEIER-HAYOZ (FN 24), Art. 647 ZGB N 33: *«Ist eine Verständigung oder ein Mehrheitsbeschluss nicht zu erzielen [...], kann jeder Miteigentümer auf dem Wege der Klage gegen die übrigen eine billigem Ermessen entsprechende Regelung der Verwaltung verlangen [...]». Die Klage geht auf Zustimmung zu einer bestimmten Art der Regelung oder auf richterliche Ernennung eines Verwalters; die ins Recht gefassten Miteigentümer können auf dem Wege der Widerklage die Anordnung anderer Massnahmen verlangen»*; vgl. explizit zum Dienstbarkeitsrecht schon vor Erlass des Art. 740a Abs. 1 ZGB ZK-LIVER (FN 1), Art. 737 ZGB N 105.

⁶⁶ BGH, V ZR 164/07, 19.9.2008, N 26, in: BeckRS 2008, 22468: *«Als Grundlage eines Anspruchs auf Vereinbarung einer Ausübungsregelung kommt aber § 745 Absatz II BGB in Betracht. Dürfen Berechtigter und Eigentümer, wie hier, nach dem Inhalt einer Dienstbarkeit das Grundstück in bestimmter Beziehung gleichberechtigt nutzen, liegt eine der Gemeinschaft vergleichbare Lage vor, die es rechtfertigt, auf die für diese geltenden Vorschriften zurückzugreifen. Das hat der Senat für die Pflicht zur Unterhaltung einer gemeinschaftlich genutzten Anlage entschieden [...]. Für die Ausübung der beiderseitigen Nutzungsbefugnisse gilt jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation nichts anderes. Zwar können Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten bei der Ausübung der Dienstbarkeit oder dem Gebot ihrer schonender Ausübung auch ohne Rückgriff auf das Gemeinschaftsverhältnis durch die Geltendmachung der Unterlassungsansprüche nach § 1004 BGB und, im umgekehrten Fall, nach § 1027 BGB geklärt werden. Anders liegt es aber dann, wenn, wie hier, das von der Dienstbarkeit gewährte Recht neben das Recht des Eigentümers tritt und das Verhalten des Berechtigten für sich genommen dem Inhalt der Dienstbarkeit entspricht. Die Beeinträchtigung des Eigentums liegt dann nicht in einem Verhalten des Berechtigten, das Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs sein könnte, sondern ergibt sich aus dem Fehlen einer Ausübungsregelung. Diese kann der Eigentümer in entsprechender Anwendung von § 745 Absatz II BGB, sei es durch eine Klage auf Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung, sei es durch eine Klage auf Unterlassung einer ihr widersprechenden Ausübung der Dienstbarkeit, durchsetzen»*; BGH, V ZR 42/04, 12.11.2004, E. II.2d.cc, in: NJW 2005, 894.

⁶⁷ BGH, V ZR 164/07, 19.9.2008, N 1, in: BeckRS 2008, 22468.

⁶⁸ BGH, V ZR 164/07, 19.9.2008, N 24–26, in: BeckRS 2008, 22468.

Nutzungsvereinbarung nicht entspreche.⁶⁹ Der Anspruch auf Erlass einer Nutzungsordnung ergebe sich nicht aus § 1024 BGB, da dieser nur kollidierende Nutzungsrechte an einem Grundstück erfasse, zu denen das Eigentum am Grundstück nicht zähle.⁷⁰ Der deutsche BGH wendet dafür § 745 Abs. 2 BGB⁷¹ analog an – diese Norm weist für das allgemeine Miteigentumsrecht den gleichen Regelungsgehalt wie Art. 712g Abs. 3 ZGB auf und schafft einen Anspruch auf Erlass einer vernünftigen Regelung der gemeinsamen Nutzung.

Im *zweiten* deutschen Fall löste der BGH die Frage, wie die Kostenanteile des Dienstbarkeitsberechtigten einerseits und des Eigentümers andererseits zu ermitteln sind. Der BGH verwies auf § 1024 BGB, der den Inhabern der zusammentreffenden Dienstbarkeiten einen dinglichen Anspruch auf eine den Interessen der Beteiligten nach billigem Ermessen entsprechende Benutzungsregelung gewährt. Dieser Anspruch entspreche inhaltlich wiederum dem § 745 Abs. 2 BGB aus dem Miteigentumsrecht. Die Kostenanteile des Eigentümers bemessen sich daher in Deutschland nach Miteigentumsrecht.⁷² Dieser Gedankengang ist in der Schweiz nicht nötig, da Art. 741 Abs. 2 ZGB direkt eine nach dem *Interesse* des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu bemessende Beteiligung am Unterhalt statuiert.

X. Fazit

Dem Bund wäre zu empfehlen, *de lege ferenda* Klarheit in allen noch offenen Fragen zu schaffen. Soll der Verweis auf das Miteigentum tatsächlich auch den Ausschluss ermöglichen? Soll Art. 740a ZGB wirklich auch das Verhältnis zum dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümer erfassen? Wäre es nicht sinnvoll, die Kostenbeteiligung nach dem Interesse statt nach der Zahl der Miteigentümer aufzuteilen? Den Notaren ist in der Zwischenzeit dringend zu empfehlen, alle offenen Fragen durch eine eindeutige Regelung zu erfassen.

⁶⁹ BGH, V ZR 164/07, 19.9.2008, N 24, in: BeckRS 2008, 22468.

⁷⁰ BGH, V ZR 164/07, 19.9.2008, N 25, in: BeckRS 2008, 22468.

⁷¹ Vgl. oben FN 66; § 745 Abs. 2 BGB: «Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen.»

⁷² Vgl. BGH, V ZR 42/04, 12.11.2004, E. II.2d.cc, in: NJW 2005, 894.