

sui generis

M AN KEN UND

FT

Miteigentum an Grundstücken und
einfache Gesellschaft

Studie zur Koordination der
Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR

Nicole Roth

Nicole Roth

Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft

**Studie zur Koordination der Art.646 ff. ZGB
und Art.530 ff. OR**

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Nicole Roth

Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft

**Studie zur Koordination der Art. 646 ff. ZGB
und Art. 530 ff. OR**

*Für Johanna Roth-Schmid (1930-2020)
und Gertrud Güdel-Schifferle (1929-2020)*

Vorwort und Dank

Diese Dissertation wurde im Oktober 2020 fertiggestellt und im März 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende Oktober 2020 berücksichtigt.

Die Fertigstellung dieser Arbeit ist mir nur gelungen, weil ich von vielen Seiten unterstützt worden bin. Ich danke

- meiner Doktormutter Frau Professorin Ruth Arnet für Freiraum, Rat, kompetente und geduldige Betreuung meiner Dissertation sowie für alles, was ich während meiner Zeit als Assistentin bei ihr am Lehrstuhl lernen durfte;
- Herrn Professor Florent Thouvenin für die Übernahme des zweiten Gutachtens;
- lic. trad. Katharina Tschopp und M.A. Dani Wyler fürs sorgfältige Lektorat;
- meinen Freundinnen für geduldiges Zuhören und Humor;
- meinen Kindern für ansteckende Heiterkeit und den täglichen Perspektivenwechsel;
- meinem Ehemann für sehr viel Nachsicht und noch mehr Liebe;
- meinen Eltern für alles andere, wofür es keine Worte gibt.

Wettswil a.A., im Winter 2020

Nicole Roth

Inhaltsübersicht

Vorwort und Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXV

Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Denkanstoss	2
III. Beschrieb der zu untersuchenden Fallkonstellationen	3
IV. Vorgehensweise und Grobgliederung	4

1. Teil: Grundlagen	7
----------------------------------	----------

Kapitel 1: Eigentum	7
I. Übersicht	8
II. Grund- und Fahrniseigentum	9
III. Grundeigentum im Besonderen	11
IV. Gemeinschaftliches Eigentum	16
V. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 1	29

Kapitel 2: Miteigentum an Grundstücken	33
I. Erscheinungsformen und Entstehungsarten	34
II. Die Miteigentümergeinschaft	36
III. Der Miteigentumsanteil	40
IV. Im Miteigentum stehendes gemeinschaftliches Grundstück (Stammgrundstück)	55
V. Die Miteigentümerordnung sowie deren Ausgestaltungsmöglichkeiten	58
VI. Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft	76
VII. Beendigung von Miteigentum	80
VIII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 2	82

Kapitel 3: Einfache Gesellschaft	83
I. Übersicht	84
II. Definition	86
III. Entstehung und gemeinsame Zweckverfolgung	87
IV. Gesellschafter	88
V. Gesellschaftsvertrag	88
VI. Zwingende und dispositive Normen	90
VII. Gesellschaftsbeschlüsse	92
VIII. Beitragsleistungen	92
IX. Gesellschaftsvermögen	96
X. Besondere Erscheinungsformen	113
XI. Auflösung der einfachen Gesellschaft	114
XII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 3	116

2. Teil: Koordination der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR	117
---	-----

Kapitel 4: Allgemeines	117
-------------------------------------	-----

Kapitel 5: Analyse anhand der ersten Fallkonstellation	119
I. Allgemeines	119
II. Anwendungsbeispiel	122
III. Hinweise für die Praxis	123

Kapitel 6: Analyse anhand der zweiten Fallkonstellation	126
I. Allgemeines	127
II. Anwendungsbeispiel	129
III. Hinweise für die Praxis	133

Schluss	139
----------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXV

Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Denkanstoss	2
III. Beschrieb der zu untersuchenden Fallkonstellationen	3
IV. Vorgehensweise und Grobgliederung	4

1. Teil: Grundlagen	7
----------------------------------	----------

Kapitel 1: Eigentum	7
I. Übersicht	8
1. Sachenrecht	8
2. Dingliche Rechte	8
3. Eigentum und beschränkte dingliche Rechte	9
II. Grund- und Fahrniseigentum	9
1. Allgemeines	9
2. Besitz und Grundbuch als Publizitätsmittel	10
III. Grundeigentum im Besonderen	11
1. Gegenstand des Grundeigentums	11
2. Das Grundbuch	12
2.1 Allgemeines	12
2.2 Wirkungen des Grundbucheintrags	12
3. Erwerb von Grundeigentum	14
4. Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum im Besonderen	15
4.1 Verpflichtungsgeschäft	15
4.2 Verfügungsgeschäft	16
IV. Gemeinschaftliches Eigentum	16
1. Miteigentum	17
2. Gesamteigentum	18

3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Mit- und Gesamteigentum	20
4. Grundbuchliche Behandlung von gemeinschaftlichem Eigentum	22
5. Abgrenzung zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft	24
5.1 Gründe für Abgrenzungsschwierigkeiten	24
5.2 Halten und Verwalten einer Sache als hinreichender Gesellschaftszweck und sinnvolles Abgrenzungskriterium?	25
5.3 Auflösung versus Weiterbestand von (Gelegenheits) Gesellschaften nach dem Erwerb zu Miteigentum	28
V. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 1	29

Kapitel 2: Miteigentum an Grundstücken	33
I. Erscheinungsformen und Entstehungsarten	34
1. Übersicht über die Erscheinungsformen	34
2. Übersicht über die Entstehungsarten	35
2.1 Von Gesetzes wegen, durch richterliches Urteil bzw. behördliche Verfügung	35
2.2 Durch Rechtsgeschäft	35
II. Die Miteigentümergeinschaft	36
1. Definition	36
2. Beschlussfassung	37
2.1 Definition und Funktion des Beschlusses	38
2.2 Unterschiedliche Mehrheitserfordernisse	38
2.3 Pattsituationen	38
2.4 Beschlussfassungsverfahren	39
2.5 Subsidiäre Anwendbarkeit der Vereinsnormen	40
III. Der Miteigentumsanteil	40
1. Begriff und Funktion	40
2. Behandlung des Miteigentumsanteils als Grundstück	41
3. Grundbuchliche Behandlung von Miteigentumsanteilen ..	43
4. Erwerb	44
5. Belastung	44
6. Veräußerung und das Miteigentümvorkaufsrecht nach Art. 682 ZGB	45
7. Aufteilung	46
7.1 Spaltung der Miteigentumsberechtigung am Stammgrundstück	47

7.2 Gestuftes Miteigentum (copropriétés superposées) ...	49
<i>a Die Untergemeinschaften im Allgemeinen</i>	53
<i>b Die Untergemeinschaft der Miteigentümer</i>	
<i>zweiten Grades</i>	54
IV. Im Miteigentum stehendes	
gemeinschaftliches Grundstück (Stammgrundstück)	55
1. Allgemeines	55
2. Nutzung, Gebrauch und Verwaltung	
des Stammgrundstücks	55
2.1 Nutzung und Gebrauch des Stammgrundstücks	55
2.2 Verwaltung des Stammgrundstücks	56
3. Gewinn- oder Verlustverteilung bei der Veräußerung	
des Stammgrundstücks	57
V. Die Miteigentümerordnung sowie deren	
Ausgestaltungsmöglichkeiten	58
1. Allgemeines	58
2. Miteigentümerordnung	59
3. Gesetzliche Miteigentümerordnung	60
3.1 Allgemeines	60
3.2 Zwingende Normen	61
<i>a Art. 647 ZGB</i>	61
<i>b Art. 647d und 647e ZGB</i>	62
<i>c Art. 649a ZGB</i>	62
<i>d Art. 649b ZGB</i>	63
<i>e Art. 650 ZGB</i>	64
3.3 Dispositive Normen	64
4. Vereinbarte Miteigentümerordnung	65
4.1 Allgemeines	65
4.2 Beschluss und Form	65
4.3 Dogmatische Einordnung und Auslegung	66
4.4 Ausgestaltungsmöglichkeiten	67
4.5 Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung	69
<i>a Allgemeines</i>	69
<i>b Verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB</i> ..	69
4.6 Weitere Bestimmungen	72
<i>a Allgemeines</i>	72
<i>b Verstärkte Rechtswirkung aufgrund</i>	
<i>einer Vormerkung</i>	73
<i>c Obligatorische Wirkung</i>	74

4.7 Hinweise für die Praxis – mögliche Vorgehensweise bei der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung	75
VI. Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft	76
1. Veräußerung des Miteigentumsanteils	77
2. Verzicht auf den Miteigentumsanteil	77
3. Behördliche Verfügung	78
4. Ausschluss aus der Gemeinschaft der Miteigentümer	78
5. Tod eines Miteigentümers	80
VII. Beendigung von Miteigentum	80
1. Im Allgemeinen	80
2. Aufhebung auf Verlangen eines Miteigentümers im Besonderen	80
2.1 Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB	80
2.2 Durchführung der Aufhebung nach Art. 651 ZGB	81
VIII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 2	82
<hr/>	
Kapitel 3: Einfache Gesellschaft	83
I. Übersicht	84
1. Die einfache Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft	84
2. Systematische Einordnung	86
II. Definition	86
III. Entstehung und gemeinsame Zweckverfolgung	87
IV. Gesellschafter	88
V. Gesellschaftsvertrag	88
1. Allgemeines	88
2. Formvorschriften	88
3. Auslegung	89
4. Möglicher Aufbau	89
VI. Zwingende und dispositiven Normen	90
1. Zwingende Normen	90
1.1 Art. 531 OR	90
1.2 Art. 539 OR	91
1.3 Art. 541 OR	91
1.4 Art. 545 OR	91
2. Dispositive Normen	91
VII. Gesellschaftsbeschlüsse	92
VIII. Beitragsleistungen	92
1. Quoad dominium	94
2. Quoad usum	95
3. Quoad sortem	95

IX. Gesellschaftsvermögen	96
1. Regelinhalt von Art. 544 OR	96
2. Bildung und Zusammensetzung	97
3. Berechtigung im Allgemeinen	98
4. Anteilsmässige Berechtigung im Besonderen	101
4.1 Allgemeines	101
4.2 Kein konkludentes Zustandekommen	101
4.3 Rechtliche Konstruktion	102
4.4 Gesellschaftsvermögen bei Einlagen quoad usum? ..	104
4.5 Ausübung Gebrauchsrechte	106
5. Die Anteile der Gesellschafter	108
6. Veränderungen im Mitgliederbestand	110
7. Grundbuchliche Behandlung	111
8. Gewinn- und Verlustbeteiligung	112
X. Besondere Erscheinungsformen	113
1. Allgemeines	113
2. Die Unterbeteiligung im Besonderen	114
XI. Auflösung der einfachen Gesellschaft	114
XII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 3	116
<hr/>	
2. Teil: Koordination der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR	117
<hr/>	
Kapitel 4: Allgemeines	117
<hr/>	
Kapitel 5: Analyse anhand der ersten Fallkonstellation	119
I. Allgemeines	119
II. Anwendungsbeispiel	122
1. Ausgangslage	122
2. Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung ..	123
III. Hinweise für die Praxis	123
1. Übersicht	123
2. Unterschiedliche Rechtswirkungen der Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung	125
<hr/>	
Kapitel 6: Analyse anhand der zweiten Fallkonstellation	126
I. Allgemeines	127
II. Anwendungsbeispiel	129
1. Ausgangslage	129
2. Anteilsmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft	130

III. Hinweise für die Praxis	133
1. Übersicht	133
2. Einschränkung der Verfügungsfreiheit nach Art.646 Abs.3 ZGB im Besonderen	134
3. Fazit	136
<hr/>	
Schluss	139

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors / der Autorin sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

AEBI-MÜLLER REGINA E. / WIDMER CARMEN LADINA, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, in: Jusletter 12. Januar 2009

AEBI-MÜLLER REGINA E. / WOLF STEPHAN, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten – insbesondere güter-, erb- und sachenrechtliche Aspekte, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten, eingetragenen Partnern und nichtehelichen Lebenspartnern – EU-Erbrechtsverordnung, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 21./22. Oktober 2015, Bern 2015, S. 1 ff.

ARNET RUTH, Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»? in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 631 ff.

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934 (zit. BECKER, BK, N ... zu Art. ... OR)

BOSSHARDT MARTINA / HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Gemeinschaftliches Eigentum in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, unter Berücksichtigung der eingetragenen Partnerschaft, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten, eingetragenen Partnern und nichtehelichen Lebenspartnern – EU-Erbrechtsverordnung, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 21./22. Oktober 2015, Bern 2015, S. 91 ff.

BRÄM BEAT, Gemeinschaftlicher Erwerb durch Ehegatten, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 375 ff.

- Breitschmid Peter / Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEARBEITER/IN, CHK, N... zu Art.... ZGB)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Ausserbuchlicher Eigentumserwerb an Grundstücken, in: ZBGR 81/2000, S. 127 ff.
- Büchler Andrea / Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER/IN, KuKo, N... zu Art.... ZGB)
- DRUEY JEAN NICOLAS / DRUEY JUST EVA / GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2. Aufl., Bern 2000
- FASEL URS, Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. FASEL, N... zu Art.... GBV)
- FAVROD-COUNE PASCAL / VERNAZ MATTHIEU, Le bien détenu en copropriété par une société simple, in: Not@lex 1/2016, S. 1 ff.
- FELLMANN WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, in: ZBJV 133/1997, S. 285 ff.
- FELLMANN WALTER / MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Bern 2006 (zit. FELLMANN/MÜLLER, BK, N... zu Art.... OR)
- FLACHSMANN WALTER, Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung, Diss. Zürich 1928
- FORSTMOSER PETER / KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015
- FRIEDRICH HANS-PETER, Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1965 (Nachdruck 1972) (zit. FRIEDRICH, Reglement, § ... N...)

- FRIEDRICH HANS-PETER, Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, in: ZSR 75/1956, S. 5a ff. (zit. FRIEDRICH, Wiedereinführung des Stockwerkeigentums)
- FRIEDRICH HANS-PETER, Erfahrungen mit Stockwerkeigentum (Leicht geänderter und mit Anmerkungen versehener Text eines Referates anlässlich der «1. Tagung für Wohnungseigentum» in Zürich vom 22/24. Januar 1973), in: ZBGR 54/1973, S. 129 ff. (zit. FRIEDRICH, Erfahrungen mit Stockwerkeigentum)
- FRIEDRICH HANS-PETER, Stockwerkeigentum und Grundbuch, in: ZBGR 45/1964, S. 321 ff. (zit. FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch)
- Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. KUT, CHK, N... zu Art.... OR)
- FURRER MARTIN, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 1996
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. ...)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. ...)
- Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER/IN, BSK ZGBI, N... zu Art.... ZGB)
- Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER/IN, BSK ZGBII, N... zu Art.... ZGB)
- GENNA GIAN SANDRO, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz sowie der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern. 2008

- GIRSBERGER DANIEL / HUBER-PURTSCHERT TINA / MAISSEN EVA / SPRECHER JÖRG, Vertragsgestaltung und Vertragsdurchsetzung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- Haab Robert / Simonius August / Scherrer Werner / Zobl Dieter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641 bis 729, 2. Aufl., Zürich 1977 (zit. HAAB, ZK, N ... zu Art.... ZGB)
- HANDSCHIN LUKAS / VONZUN RETO, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N ... zu Art.... OR)
- HAUSHEER HEINZ / GEISER THOMAS / AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 6. Aufl., Bern 2018
- HOCH PATRICK M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 2000
- Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, KuKo, N ... zu Art.... OR)
- Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art.1-6 SchlT AG, Art.1-11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BEARBEITER/IN, BSK OR II, N ... zu Art.... OR)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE / GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA / ROBERTO VITO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017
- HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweiter Band: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern 1914 (zit. HUBER, Erläuterungen)
- Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Schuldbetriebs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, KuKo, N ... zu Art.... SchKG)
- JENNY FRANZ, Gesamteigentum und Grundbuch, in: ZBGR 40/1959, S. 193 ff.

KELLER JEANNE, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten des Familienrechts, Ausländerrechtsehen, Ehen zur Erleichterung des Grundstückserwerbs durch Personen im Ausland, Steuersehen, Steuerscheidungen, Rentenkonkubinate und ähnliche Erscheinungen, Diss. Zürich 1986

KNOBLOCH STEFAN, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: GesKR 2013, S. 551 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli-Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, OFK, N ... zu Art.... OR)

KUNZ ROMANO, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Diss. Zürich, Bern 1963

LIVER PETER, Das Eigentum, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, fünfter Band, Sachenrecht, erster Halbband, Basel/Stuttgart 1977 (zit. LIVER, SPR V/1)

LIVER PETER, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, in: Goop Adolf Peter (Hrsg.), Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Zürich 1963, S. 143 ff. (zit. LIVER, GS)

LIVER PETER, Der Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte und auf den Miteigentumsanteil, in: Jagmetti Riccardo L. / Schlupe Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 353 ff. (zit. LIVER, FS)

MEIER-HAYOZ ARTHUR

- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum,
- 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981;
- 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974 (zit.

MEIER-HAYOZ, BK, N ... zu Art.... ZGB)

MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER / SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § ..., N ...)

- MEIER-HAYOZ ARTHUR / REY HEINZ, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Bern 1988 (zit. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N ... zu Art.... ZGB)
- MENGIARDI RETO, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, Diss. Bern 1972
- MEYER MANUEL, Übriges Gesellschaftsrecht, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2015/2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 38 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Bern 1973 (zit. MÜLLER CHRISTOPH, Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer)
- MÜLLER KARIN, Der einseitige Verzicht auf den Miteigentumsanteil mit Anwachungsfolgen – Eine dogmatische Fehlkonstruktion von Lehre und Rechtsprechung?, in: Girsberger Daniel / Luminati Michele (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 201 ff. (zit. MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil)
- MÜLLER KARIN, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 2003 (zit. MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft)
- MUSTER ADRIAN, Nutzungsrechte an Grundstücken: Besteuerung als privates Ertragseinkommen, in: StR 66/2011, S. 806 ff.
- PIOTET PAUL, Copropriétés et sous-communautés, in: ZBGR 80/1999, S. 137 ff.
- REICHMUTH PFAMMATTER ALICE, Vertretung und Haftung in der einfachen Gesellschaft, Diss. St. Gallen 2002
- REINHARDT CHRISTINA, Immobiliareigentum der Ehegatten in der Errungenschaftsbeteiligung – kritische Auseinandersetzung mit der neueren Bundesgerichtspraxis, in: Schwenzer Ingeborg / Büchler Andrea / Cottier Michelle (Hrsg.), FamPra.ch 2014 – Die Praxis des Familienrechts, S. 159 ff.
- REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. REY, Sachenrecht)

- REY HEINZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, Sachenrecht, in: ZBJV 134/1998, S. 480 ff. (zit. REY, ZBJV)
- REY HEINZ, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten (schriftliche, mit Titeln und Anmerkungen versehene Fassung des Referats, gehalten anlässlich der GV des Vereins der Beamten und Angestellten der Notariate, Grundbuch- und Konkursämter des Kantons Zürich vom 4. April 1918), in: ZBGR 62/1981, S. 321 ff. (zit. REY, ZBGR)
- REY HEINZ / MAETZKE LUKAS, Schweizerisches Stockwerkeigentum, mit Anhängen: Musterreglement für Stockwerkeigentümer und Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, (Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II), 2. Aufl., Bern 2000
- Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. JUNG, CHK, N... zu Art.... OR)
- SCHMID AURELIA, Kapitel 45: Einfache Gesellschaft, in: [Münch Peter / Kasper Lehne Sabina / Probst Franz (Hrsg.)], Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 3. Aufl. Basel 2018 (zit. SCHMID AURELIA)
- SCHMID JÖRG, Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken, in: Jung Peter / Krauskopf Frédéric / Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 573 ff. (zit. SCHMID JÖRG)
- SCHMID JÖRG / BEELER-SUTA DARIJA, Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip für Erlass und Änderung einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung im Miteigentum?, in: BR/DC 6/2014, S. 292-293
- SCHMID JÖRG / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- SCHNEIDER BENNO, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973
- Schütz Jürg G. (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Bern 2015 (zit. BEARBEITER/IN, SHK, N... zu Art.... OR)

- SCHWARZ JÜRIG, Aktuelle Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2017 vom 28. November 2017 (Weiterbildung Recht), S. 57 ff.
- SIEGWART ALFRED, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rede, gehalten am 15. November 1935 zur feierlichen Eröffnung des Studienjahres, Freiburg 1936
- SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Zürcher Kommentar), V. Band: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften -, Art. 530-619 OR, Zürich 1938 (zit. SIEGWART, ZK, N ... Art. ... OR)
- SIMONIUS PASCAL / SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel / Frankfurt a.M. 1995 (zit. SIMONIUS/SUTTER, § ... N ...)
- STARK EMIL W. / LINDENMANN BARBARA, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. STARK/LINDENMANN, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. STEINAUER, Band I)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les pluralités de copropriétés sur un même immeuble, in: ZBGR, 1948-1998, Festschrift 50 Jahre Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter, Wädenswil 1998, S. 103 ff. (zit. STEINAUER, FS)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Questions choisies en rapport avec la propriété par étages, in: ZWR 4/1991, S. 285 ff. (zit. STEINAUER, ZWR)
- STUDER PETER, Zur Willensbildung in der Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1961, Winterthur 1964
- SUTTER-SOMM THOMAS, Eigentum und Besitz, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, fünfter Band, Sachenrecht, erster Teilband, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. SUTTER-SOMM, SPR V/1)
- THOUVENIN FLORENT, Der Kooperationsvertrag, Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Habil. Zürich 2015, Bern 2017

- THURNHERR CHRISTOPH, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Diss. Zürich 2010
- TSCHUDI FELIX, Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1956
- TUOR Peter / Schnyder Bernhard / Schmid Jörg / Jungo Alexandra (Hrsg.), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § ... N ...)
- VON STEIGER WERNER, Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Besonderer Teil: Die Personengesellschaften, in: von Steiger Werner (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, achter Band, Handelsrecht, erster Halbband, Basel/Stuttgart 1976 (zit. VON STEIGER, SPR VIII/1)
- VONZUN RETO, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaft, Diss. Basel 2000
- WEBER ROLF H., Die Stockwerkeigentümergeinschaft, praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 1979 (zit. WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft)
- WEBER ROLF H., Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft, in: ZBGR 60/1979, S. 144 ff. (zit. WEBER, ZBGR)
- WERMELINGER AMÉDÉO, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 712a-712t ZGB, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. WERMELINGER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
- Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BEARBEITER/IN, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR)
- WOLF STEPHAN, Erb- und (immobilien)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 9. März 2005, Bern 2005, S. 47 ff.
- ZOBEL DIETER, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich 2004

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BR/DC	Baurecht / Droit de la construction, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Freiburg)
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera = und so weiter
f./ff.	und folgende (Seite/-n, Randnote/-n)
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts (Olten)
Fn.	Fussnote/-n
FS	Festschrift
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapital- marktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	Gedächtnisschrift
GV	Generalversammlung
Habil.	Habilitationsschrift
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/-in
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S./i.S.v.	im Sinne / im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
ius.focus	aktuelle Rechtsprechung kompakt (Basel)
i.w.S.	im weiteren Sinne
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
kant.	kantonal/-e
KuKo	Kurzkommentar
lit.	litera = Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
m.V. / m.w.V.	mit Verweisen / mit weiteren Verweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note/-n
Not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Zürich)
Nr.	Nummer/-n
OFK	Orell Füssli-Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts, ab 1991: Die Praxis (Basel)
Rz.	Randziffer/-n
S.	Seite/-n
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SHK	Stämpflis Handkommentar
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel/Frankfurt am Main)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StR	Steuer Revue (Muri bei Bern)
system.	systematisch
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
Übest	Übergangsbestimmungen
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung/-en

VVAG	Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 (SR 281.41)
WEFV	Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 3. Oktober 1994 (SR 831.411)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer/-n
zit.	Zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sion)

Einleitung

I. Ausgangslage

Haben mehrere Personen eine Sache nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum, so sind sie nach Art. 646 Abs. 1 ZGB *Miteigentümer*. Eine *einfache Gesellschaft* ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Die Institute Miteigentum und einfache Gesellschaft stehen im Zentrum dieser Arbeit.

Der Konjunktion zwischen den beiden Instituten kommt im Rahmen dieses Dissertationsprojekts eine tragende Rolle zu: Es soll untersucht werden, ob und wie sich die Art. 646 ff. ZGB zum Miteigentumsrecht und die Art. 530 ff. OR zum Recht der einfachen Gesellschaft koordinieren lassen.

Die Abgrenzung und die damit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft werden in der Lehre sehr ausführlich abgehandelt. Demgegenüber wird im Schrifttum meist nur sehr knapp darauf hingewiesen, dass sowohl Miteigentum (als gemeinschaftliche Eigentumsform) als auch eine einfache Gesellschaft (ohne dabei Gesamteigentum nach Art. 652 ZGB zu begründen) *nebeneinander* bestehen können.¹ Obwohl Einigkeit darüber besteht, dass eine anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft zulässig ist, wird das dazu notwendige Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB zum Miteigentumsrecht und der Art. 530 ff. OR zum Recht der einfachen Gesellschaft nur rudimentär behandelt. An diesem Punkt knüpft die Arbeit an, indem unter anderem anhand von zwei Fallkonstellationen die Koordination der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR untersucht wird.

Der wissenschaftliche Beitrag der Arbeit besteht darin, *beide Institute je einzeln als auch in Bezug auf ihre Koordinationsmöglichkeiten fassbar zu machen*.² Aus der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den Rechtsinstituten

1 Vgl. etwa BRUNNER/WICHTERMANN, die ausführen, dass die Miteigentümer in der Gestaltung ihrer Miteigentümerordnung grundsätzlich frei seien. «Dabei ist auch eine körperliche Organisationsform (Verein, Genossenschaft) oder die Bildung einer einfachen Gesellschaft zulässig (...)» (BSK ZGB II, N 14 zu Art. 647 ZGB).

2 Dies gelingt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass mit der Gründung der einfachen Gesellschaft kein Wechsel der gemeinschaftlichen Eigentumsform einhergeht (vgl. dazu ausführlich hinten Kapitel 1.V.).

Miteigentum und einfache Gesellschaft ergeben sich weitere Erkenntnisse von praktischer Relevanz. So werden auch die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft dargestellt, allgemeine Hinweise für die Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung geliefert sowie die in der Lehre vorgebrachten Bedenken zur anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft besprochen.

II. Denkanstoss

Nachfolgend werden Situationen beschrieben, in denen das Bestehen eines Miteigentums- und eines Gesellschaftsverhältnisses denkbar erscheint. Auf die sogleich dargestellten Situationen wird im weiteren Verlauf der Arbeit nur noch vereinzelt eingegangen. Speziell erwähnt werden sie an dieser Stelle aus mehreren Gründen: Sie gaben den Denkanstoss für diese Arbeit und dienen der Veranschaulichung, in welchen Fällen die beiden Institute überhaupt *nebeneinander* Bestand haben können. Des Weiteren waren sie bei der Suche nach vorgeschalteten Fragen und der Auswahl der zu untersuchenden Fallkonstellationen hilfreich.

Eine Koexistenz von Miteigentum und einfacher Gesellschaft ist etwa in Bezug auf Konkubinatsverhältnisse bzw. faktische Lebensgemeinschaftsverhältnisse³ denkbar. Hier haben die Gerichte oftmals zu beurteilen, ob deren Auflösung nach den Regeln der einfachen Gesellschaft *erfolgen* kann.⁴ Die Gerichte sind angehalten, im Einzelfall zu prüfen, ob die konkreten Umstände die Anwendung der Regeln über die einfache Gesellschaft gebieten⁵ oder ob sich die Parteien in jeder Beziehung eine starke Selbständigkeit bewahrt haben und somit kein Raum für die Annahme einer einfachen Gesellschaft bleibt.⁶ Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Art. 530 ff. OR ist immer auch zu

3 In der Lehre wird der Begriff des Konkubinats immer seltener verwendet und durch Begriffe wie *eheähnliche Lebensgemeinschaft*, *Konsensualpartnerschaft* oder *faktische Lebensgemeinschaft* ersetzt (vgl. dazu auch den BGE 134 V 369, E. 6.3.1, in welchem das Gericht von Lebensgemeinschaft spricht). Im Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (12.3607) vom März 2015 zur Modernisierung des Familienrechts wird der Begriff der faktischen *Lebensgemeinschaft* verwendet (vgl. etwa S. 11). Gemeint sind damit all jene Paare (unabhängig vom Geschlecht), die auf Dauer zusammenleben möchten, für die eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft jedoch nicht in Frage kommt. Die faktische Lebensgemeinschaft wird im ZGB noch immer nicht als eigenes Rechtsinstitut anerkannt, weshalb es auch an einer allgemeinen gesetzlichen Umschreibung fehlt (vgl. dazu statt vieler AEBI-MÜLLER/WIDMER, Rz. 1).

4 Vgl. Urteil BGE 4C.195/2006 vom 12.10.2007, E. 2.1.

5 Vgl. zur Frage der analogen Anwendbarkeit der Regeln der einfachen Gesellschaft BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER, S. 106f.

6 BGE 108 II 204, E. 4a; vgl. auch Urteil BGE 4C.195/2006 vom 12.10.2007, E. 2.4.1.

beurteilen, ob die faktische Lebensgemeinschaft als Ganzes oder lediglich in Bezug auf gewisse Bereiche der Gemeinschaft (oder einzelne Vermögenswerte) dem Recht der einfachen Gesellschaft zu unterstellen ist.⁷

Auch ist das gleichzeitige Bestehen von Miteigentum und einer einfachen Gesellschaft dann denkbar, wenn die Partner ein Grundstück im Miteigentum erworben haben und das Gericht (im Rahmen der Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft) bezüglich des Gemeinschaftsverhältnisses der faktischen Lebensgemeinschaft als solchen oder hinsichtlich des gemeinschaftlichen Erwerbs und Haltens von Grundeigentum die Voraussetzungen der einfachen Gesellschaft als erfüllt erachtet. Weiter kann auch eine entsprechende Vertragsgestaltung zu einem Nebeneinander von Miteigentum und einfacher Gesellschaft führen. So sind in der Praxis Partnerschaftsverträge anzutreffen, in welchen zwei als Miteigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragene faktische Lebenspartner miteinander vereinbaren, dass sie (intern) eine einfache Gesellschaft bilden mit dem Zweck, das gemeinschaftliche Grundstück zu bewohnen, zu benützen, zu unterhalten und zu erneuern.⁸ Sinn und Zweck solcher Verträge ist wohl meist die gegenseitige Absicherung der Parteien für künftige Ereignisse wie etwa den Trennungsfall oder den Tod eines Partners.

III. Beschrieb der zu untersuchenden Fallkonstellationen

Zur besseren Veranschaulichung des Zusammenspiels der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR werden im Rahmen dieses Dissertationsprojekts zudem zwei Fallkonstellationen entworfen und analysiert. Die beiden Fallkonstellationen sind so ausgewählt, dass einerseits die Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR untersucht werden kann, wenn einzig ein Miteigentumsverhältnis zwischen den Beteiligten besteht, und andererseits, wenn die Beteiligten sowohl durch ein Miteigentums- als auch durch ein Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden sind.

7 Vgl. dazu etwa Urteil BGer 4A_383/2007 vom 19.12.2007, E. 3.4 und 4.2: Hier verneinte das BGer das Bestehen einer einfachen Gesellschaft in Bezug auf die faktische Lebensgemeinschaft, betrachtete allerdings in einem einzelnen Rechtsgeschäft (gemeinsamer Hauskauf) die Voraussetzungen als erfüllt (vgl. auch Urteilsbesprechung in ius.focus 2010 Nr. 177). Kritisch dazu AEBI-MÜLLER/WIDMER, Rz. 10 ff. m.w.H./V.; vgl. auch BGE 109 II 228, E. 2b; Urteil BGer 4A_441/2007 vom 17.01.2008.

8 Hätten die Parteien das Grundstück als Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft erworben und sich im Gesellschaftsvertrag, welcher den Rechtsgrund für den gemeinschaftlichen Erwerb gebildet hätte, für künftige Ereignisse gegenseitig abgesichert, wäre dies keine aussergewöhnliche Vorgehensweise gewesen. Dass aber, wie im oben beschriebenen Fall, die Miteigentümer eines Grundstücks eine einfache Gesellschaft bilden, ist m.E. weitaus seltener anzutreffen.

Bei der *ersten Fallkonstellation* sind die Beteiligten als Miteigentümer eines Grundstücks einzig durch dieses sachenrechtliche Verhältnis miteinander verbunden. Zur Koordinationsfrage der Art. 646 ff. ZGB mit den Art. 530 ff. OR kommt es dann, wenn die Miteigentümer beschliessen, dass die Art. 530 ff. OR ihre Miteigentümergeinschaft regeln sollen, ohne dass sie sich dabei zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen.⁹

Bei der *zweiten Fallkonstellation* sind die Beteiligten ebenfalls Miteigentümer eines Grundstücks (sachenrechtliches Verhältnis), zudem haben sich die Beteiligten zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen (gesellschaftsrechtliches Verhältnis). Als Beispiele für diese Konstellation dienen die eingangs beschriebenen Situationen (Ziff. II).

IV. Vorgehensweise und Grobgliederung

Zum Zwecke der Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellung wird im *ersten Teil* der Arbeit zunächst auf die Institute Miteigentum und einfache Gesellschaft eingegangen. Bei der Darstellung der beiden Institute soll ein besonderes Augenmerk darauf gelegt werden, wie die Art. 530 ff. OR im Miteigentumsrecht und wie die Art. 646 ff. ZGB im Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden können. Zudem ermöglicht diese Vorgehensweise sowohl einen sachen- als auch einen gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel auf die Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR. Dieser Teil der Arbeit bildet das Fundament der Untersuchung. Darauf aufbauend lassen sich dann im *zweiten Teil* der Arbeit zum einen grundlegende Ausführungen zum Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR ableiten. Zum anderen bietet die Analyse der gewählten Fallkonstellationen Gelegenheit, die Feinabstimmung der betreffenden Artikel genauer zu betrachten.

Die Dissertation setzt sich aus folgenden Kapiteln zusammen:

- Das *erste Kapitel* befasst sich mit dem Eigentum, insbesondere mit dem Grundeigentum und den gemeinschaftlichen Eigentumsarten. Weiter wird die Thematik zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft aufgegriffen und in diesem Zusammenhang auch im Einzelnen aufgezeigt, wie es dazukommen kann, dass ein Miteigentums- und ein Gesellschaftsverhältnis nebeneinander bestehen. Zudem wird erläutert, weshalb in der Folge

⁹ Im Schrifttum wird darüber hinaus die Möglichkeit erwähnt, dass die Miteigentümer eine einfache Gesellschaft gründen können mit dem Zweck, die Gemeinschaft zu organisieren. Vgl. dazu LIVER, SPR V/1, S. 56f.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 647 ZGB.

der Fokus auf den unbeweglichen Sachen (Grundstücken) liegt und die beweglichen Sachen ausgeklammert werden.

- Die Ausführungen im *zweiten Kapitel* gehen auf das Miteigentum an Grundstücken ein. Insbesondere liefert dieses Kapitel die Basis dafür, wie das Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR aus einer sachenrechtlichen Perspektive funktionieren kann.
- Das *dritte Kapitel* stellt die einfache Gesellschaft vor. Diese Ausführungen sollen eine gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise der Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR ermöglichen.
- Das *vierte Kapitel* beschreibt die Grundsätze, denen beim Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR Beachtung geschenkt werden sollte.
- Im *fünften Kapitel* wird mittels der ersten Fallkonstellation eine Möglichkeit, wie sich die Art. 646 ff. ZGB und die Art. 530 ff. OR koordinieren lassen, besprochen und anhand eines Anwendungsbeispiels dargestellt, gefolgt von einigen Hinweisen für die Praxis.
- Das *sechste Kapitel* analysiert angesichts der zweiten Fallkonstellation eine weitere Möglichkeit zur Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR. Auch hier dient ein Anwendungsbeispiel der Veranschaulichung. Weiter wird versucht, einen Bezug zur Praxis herzustellen.
- Das *letzte Kapitel* schliesst die Arbeit ab, indem in Form von Leitsätzen ein Überblick über die gewonnenen Erkenntnisse gegeben wird.

1. Teil: Grundlagen

In diesem Teil der Arbeit werden die Institute Miteigentum (Kapitel 1 und 2) und einfache Gesellschaft (Kapitel 3) erläutert. Die Darstellung der beiden Institute erfolgt jeweils mit einem besonderen Fokus darauf, wie die Art. 530 ff. OR im Miteigentumsrecht und wie die Art. 646 ff. ZGB im Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden können.

Kapitel 1: Eigentum

Im ersten Kapitel werden die sachenrechtlichen Grundlagen vorgestellt, beginnend mit einer Kurzübersicht zu den Begriffen Sachenrecht, dingliche Rechte und Eigentum sowie beschränkte dingliche Rechte (Ziff. I). Danach werden das Grund- und das Fahrniseigentum beschrieben (Ziff. II). Anschließend werden das Grundeigentum (Ziff. III) und das gemeinschaftliche Eigentum (Ziff. IV) dargestellt. Die für den weiteren Verlauf der Arbeit wesentlichsten Erkenntnisse werden am Ende dieses Kapitels aufgeführt (Ziff. V).

Diese grundlegenden sachenrechtlichen Ausführungen dienen neben der Einführung der für diese Arbeit zentralen Begriffe schliesslich auch dazu, das Dissertationsthema näher einzugrenzen. Es wird aufgezeigt, dass ein Wechsel der gemeinschaftlichen Eigentumsart bei beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht gleichermassen funktioniert, und erklärt, weshalb im weiteren Verlauf – und in Übereinstimmung mit dem Titel der Arbeit – auf die unbeweglichen Sachen (Grundstücke) fokussiert wird. Zudem wird versucht, dieses – bereits in der Einleitung mit zwei Situationen beschriebene – *Nebeneinander* von einem Miteigentums- und einem Gesellschaftsverhältnis gestützt auf die Ausführungen der Lehre zur Abgrenzung von Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft herzuleiten.

I. Übersicht

1. Sachenrecht

Der vierte Titel des ZGB mit seinen drei Abteilungen *Eigentum* (Art. 641-729 ZGB), *beschränkte dingliche Rechte* (Art. 729-918 ZGB) und *Besitz und Grundbuch* (Art. 919-977 ZGB) bildet den Kern des schweizerischen Sachenrechts.¹⁰

Regelungsgegenstand des Sachenrechts sind die Beziehungen zwischen Rechtssubjekten (Personen) und Rechtsobjekten (Sachen) sowie deren Verhältnis untereinander.¹¹ Das Sachenrecht bestimmt den Inhalt, die Begründung und die Beendigung der an einer Sache bestehenden Rechte (Sachenrechte) und ordnet diese Rechte einer Person zu.¹² Während das Sachenrecht die Entstehung und Übertragung (Verfügungsgeschäft) der an einer Sache bestehenden Rechte regelt, legen demgegenüber meist die Bestimmungen des Schuldrechts die Pflichten zur Begründung und Übertragung (Verpflichtungsgeschäft) dinglicher Rechte fest.¹³

2. Dingliche Rechte

Nach LIVER ist das Sachenrecht «der Inbegriff der Rechtsnormen, welche die dinglichen Rechte zum Gegenstand haben».¹⁴ Das dingliche Recht – als subjektives und absolutes Recht¹⁵ – wird von der neueren Lehre als Kombination von Unmittelbarkeit der Sachherrschaft mit der Ausschliessungsbefugnis gegenüber Dritten verstanden, welches dem dinglich Berechtigten die ausschliessliche Nutzungs- und Verfügungsbefugnis an einer Sache gewährleistet.^{16, 17}

Dingliche Rechte haben absoluten Charakter und entfalten als solche Wirkung gegenüber jedermann (*Erga-omnes*-Wirkung).¹⁸ Das Publizitätsprinzip (auch Grundsatz der Offenkundigkeit oder Offenlegungsprinzip genannt) bringt den Grundsatz zum Ausdruck, wonach bestehende sachenrechtliche

10 Vgl. zu den weiteren Rechtsquellen des Sachenrechts ARNET/BELSER, CHK, N 4 zu Art. 641 ZGB.

11 WOLF/WIEGAND, BSK ZGB II, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 641 ff. ZGB; vgl. ARNET/BELSER, CHK, N 1 zu Art. 641 ZGB.

12 WOLF/WIEGAND, BSK ZGB II, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 641 ff. ZGB.

13 ARNET/BELSER, CHK, N 1 zu Art. 641 ZGB.

14 LIVER, SPR V/1, S. 17; vgl. auch SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 38.

15 Vgl. zum dinglichen Recht als subjektives Recht MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil N 236 f. und zum dinglichen Recht als absolutes Recht N 242 ff.

16 Sog. Wirkung *erga omnes*.

17 REY, Sachenrecht, Rz. 208; SIMONIUS/SUTTER, § 1 N 3; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 14; WOLF/WIEGAND, BSK ZGB II, N 46 zu Vorbem. zu den Art. 641 ff. ZGB m.w.H. und w.V. zur Kontroverse in Bezug auf die Rechtsnatur dinglicher Rechte.

18 REY, Sachenrecht, Rz. 272.

Verhältnisse für die Öffentlichkeit ersichtlich sein müssen.¹⁹ Dementsprechend sieht das Gesetz Publizitätsmittel vor, welche die bestehenden dinglichen Rechte erkennbar machen.²⁰

Der Gesetzgeber unterteilt die dinglichen Rechte²¹ in zwei Kategorien: das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte.

3. Eigentum und beschränkte dingliche Rechte

Obwohl dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten das Merkmal der Dinglichkeit gemeinsam ist, unterscheiden sie sich sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht.²² Bezüglich des Umfangs differenzieren sie sich dadurch, dass das Eigentum im Gegensatz zu den beschränkten dinglichen Rechten an einer Sache ein Vollherrschafts- und nicht nur ein Teilherrschaftsrecht vermittelt. Hinsichtlich der Qualität unterscheiden sie sich insofern, als das beschränkte dingliche Recht nicht verselbständigte (Teil)Inhalte des Eigentums darstellt, sondern das Eigentum lediglich belastet bzw. beschränkt.

Der Gesetzgeber gliedert die Bestimmungen zum Eigentum in allgemeine Bestimmungen (18. Titel, Art. 641-654a ZGB), Grund- (19. Titel, Art. 655-712 ZGB) und Fahrniseigentum (20. Titel, Art. 713-729 ZGB). Die beschränkten dinglichen Rechte werden unterteilt in Dienstbarkeiten und Grundlasten (21. Titel, Art. 730-792 ZGB) sowie in das Grundpfand (22. Titel, Art. 793-883 ZGB). In Übereinstimmung mit der Systematik des Gesetzes lassen sich die beschränkten dinglichen Rechte inhaltlich daher in Nutzungs- und Verwertungsrechte unterteilen.²³

II. Grund- und Fahrniseigentum

1. Allgemeines

Wie soeben erwähnt, kennt das ZGB das Grund- und das Fahrniseigentum (Art. 655 ff. bzw. Art. 713 ff. ZGB). Die in den Art. 641-654 ZGB enthaltenen Bestimmungen über die Stellung des Eigentümers im Allgemeinen, über

19 Vgl. zum Publizitätsprinzip statt vieler: REY, Sachenrecht, Rz. 272 ff.

20 Vgl. zu den Publizitätsmitteln hinten Kapitel 1.II.1.

21 Vgl. zum dinglichen Recht als Strukturtypus (und insbesondere zu den einzelnen Merkmalen des dinglichen Rechts) REY, Sachenrecht, Rz. 199 ff. sowie RIEMER, S. 40 mit einer schematischen Übersicht der beschränkten dinglichen Rechte im System der subjektiven Rechte.

22 Vgl. dazu und zum Folgenden MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N257; REY, Sachenrecht, Rz. 226.

23 MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N262; REY, Sachenrecht, Rz. 228 ff.

Bestandteil, Frucht und Zugehör sowie über das gemeinschaftliche Eigentum gelten gleichermaßen für bewegliche wie für unbewegliche Sachen.²⁴ Demgegenüber enthält das Gesetz für den Erwerb, den Verlust und den Inhalt von Grund- und Fahrniseigentum je eine separate und in sich abgeschlossene Ordnung, wobei erstere durch die Vorschriften über das Grundbuch (Art. 942 ff. ZGB) und letztere durch die Vorschriften über den Besitz (Art. 919 ff. ZGB) formal ergänzt wird.²⁵

2. Besitz und Grundbuch als Publizitätsmittel

Während die Eintragung in das Grundbuch (als öffentliches Register) als Publizitätsmittel für Rechte an unbeweglichen Sachen dient (Art. 970 ZGB), stellt hauptsächlich der Besitz (Art. 919 ff. ZGB) das Publizitätsmittel für Rechte an beweglichen Sachen dar.²⁶ Der Besitz wird somit als Kennzeichen der dinglichen Rechte an Mobilien und der Grundbucheintrag als Kennzeichen der dinglichen Rechte an Immobilien herangezogen.²⁷ Die beiden Erscheinungsformen für dingliche Rechte verwirklichen damit das unser Sachenrecht beherrschende Publizitätsprinzip.²⁸

Für den Besitzer einer beweglichen Sache begründet Art. 930 Abs. 1 ZGB eine Eigentumsvermutung.²⁹ Der Besitz stellt die Vermutungsbasis dar, während das Eigentum die Vermutungsfolge ist.³⁰ Bei Alleinbesitz wird Alleinbesitz und bei Mitbesitz³¹ wird Mit- oder Gesamteigentum vermutet.³² Diese Rechtsvermutung (vgl. Art. 931 ZGB) steht lediglich dem selbständigen Besitzer zur Verfügung, und zwar sowohl dem mittelbar wie auch dem unmittelbar Besitzenden.³³ Die Eigentumsvermutung dient dem Besitzer neben der Auseinandersetzung um das Eigentumsrecht auch zum Nachweis seiner Aktivlegitimation zur Eigentumsfreiheitsklage und zu den übrigen Klagen

24 HAAB, ZK, N 1 das Grundeigentum, zu Vorbem.

25 HAAB, ZK, N 1 das Grundeigentum, zu Vorbem.

26 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 65 f. Neben dem Besitz als Publizitätsmittel für bewegliche Sachen gibt es weiter auch bestimmte Register, wie etwa das Eigentumsvorbehaltsregister oder das Schiffsregister.

27 Vgl. STARK/LINDENMANN, BK, N 23 zu Vorbem. Rechtsschutz zu Art. 930-937 ZGB.

28 Vgl. STARK/LINDENMANN, BK, N 23 zu Vorbem. Rechtsschutz zu Art. 930-937 ZGB m.w.V. zum Publizitätsprinzip. Vgl. zum Publizitätsprinzip auch vorne Kapitel 1.1.2.

29 ARNET/EITEL, CHK, N 1 zu Art. 930 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 82.

30 ARNET/EITEL, CHK, N 1 zu Art. 930 ZGB.

31 Vgl. zum Mitbesitz STARK/LINDENMANN, BK, N 53 ff. zu Art. 919 ZGB.

32 STARK/LINDENMANN, BK, N 41 zu Art. 930 ZGB.

33 STARK/LINDENMANN, BK, N 41 zu Art. 930 ZGB; vgl. zum selbständigen, unselbständigen, mittelbaren und unmittelbaren Besitzer STARK/LINDENMANN, BK, N 1 ff. zu Art. 920 ZGB.

zum Schutz seines Rechts.³⁴ Weiter führt sie – wie jede gesetzliche Vermutung – zur Beweislastumkehr.³⁵

Bei ins Grundbuch aufgenommenen Grundstücken ergibt sich die Vermutung des Rechts aus dem Grundbucheintrag (Art. 937 Abs. 1 ZGB).³⁶ Auch hier handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung, welche die Beweislast umkehrt.³⁷ Da das Grundbuch ein öffentliches Register des Bundesrechts ist, liegt ein Anwendungsfall von Art. 9 ZGB vor.³⁸ Die Rechtsvermutung besteht für sämtliche im Grundbuch eingetragenen Rechte (Eigentum, Grundpfandrechte, Grundlasten und Dienstbarkeiten) sowie auch für vorgemerkte obligatorische Rechte nach Art. 959 ZGB.³⁹ Anders als beim Besitz ergibt sich allein aus dem Grundbucheintrag die eindeutige Berechtigungsart (z.B. ob Alleineigentum oder Miteigentum besteht).⁴⁰ Art. 937 Abs. 1 ZGB berechtigt nun jeden im Grundbuch Eingetragenen zur Verfolgung desjenigen Rechts, das ihm gemäss Eintrag zusteht, und regelt damit die Legitimation zur Klage, während sich der Klageinhalt aus dem eingetragenen Recht (und nicht aus Art. 937 ZGB) ergibt.⁴¹

III. Grundeigentum im Besonderen

1. Gegenstand des Grundeigentums

Nach Art. 655 Abs. 1 ZGB sind die Grundstücke Gegenstand des Grundeigentums. Abs. 2 von Art. 655 ZGB definiert den Begriff des Grundstücks folgendermassen: «Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind: 1. Liegenschaften; 2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte; 3. die Bergwerke; 4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.» Der Wortlaut von Art. 655 Abs. 1 ZGB ist allerdings missverständlich formuliert.⁴² Denn einzig die Liegenschaften können Gegenstand des Grundeigentums sein.⁴³

34 ARNET/EITEL, CHK, N 1 zu Art. 930 ZGB m.w.V.

35 ERNST, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 930 ZGB.

36 Vgl. zu den Wirkungen von Art. 937 Abs. 1 ZGB auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 598ff.

37 STARK/LINDENMANN, BK, N 11 zu Art. 937 ZGB; ARNET/EITEL, CHK, N 2 zu Art. 937 ZGB.

38 STARK/LINDENMANN, BK, N 11 zu Art. 937 ZGB; ARNET/EITEL, CHK, N 2 zu Art. 937 ZGB.

39 ERNST, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 937 ZGB m.w.H. zum weiteren Geltungsbereich der Vermutung.

40 Vgl. STARK/LINDENMANN, BK, N 22 zu Art. 937 ZGB; ARNET/EITEL, CHK, N 1 zu Art. 919 ZGB und N 2 zu Art. 937 ZGB.

41 STARK/LINDENMANN, BK, N 22 zu Art. 937 ZGB; ARNET/EITEL, CHK, N 2 zu Art. 937 ZGB.

42 STREBEL, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 655 ZGB.

43 LIVER, SPR V/1, S. 123.

Im Gegensatz zu den Liegenschaften stellen die in Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2-4 ZGB aufgeführten Rechtsobjekte lediglich Rechte dar und können daher nur in gewissen Bereichen wie Grundstücke behandelt werden.⁴⁴

2. Das Grundbuch

2.1 Allgemeines

Das Grundbuch ist für das Grundeigentum von entscheidender Bedeutung: Es dient – wie gezeigt – der Publizität und somit der Offenlegung der bestehenden Rechtsverhältnisse.⁴⁵ Art. 942 Abs. 1 ZGB hält fest, dass über die Rechte an Grundstücken ein Grundbuch geführt wird. Weil jedermann verpflichtet ist, dingliche Rechte zu respektieren (*Erga-omnes*-Wirkung⁴⁶), müssen für sämtliche Personen, die von der Wirkung eines dinglichen Rechts betroffen sind oder sein könnten, die dinglichen Rechtspositionen auch erkennbar sein.⁴⁷ Die Marginalie zu Art. 970 ZGB heisst demgemäss «Öffentlichkeit des Grundbuchs».

Umgesetzt wird der Grundsatz der Offenkundigkeit des Grundbuchs, indem nach Art. 970 Abs. 1 ZGB jeder, der ein Interesse glaubhaft machen kann, einen Anspruch darauf hat, dass ihm Einsicht ins Grundbuch gewährt oder dass ihm daraus ein Auszug erstellt wird. Auch ohne das Vorliegen eines Interesses ist jedermann berechtigt, über die in Abs. 2 Ziff. 1-3 aufgeführten Daten (die Bezeichnung des Grundstücks und die Grundstücksbeschreibung; den Namen und die Identifikation des Eigentümers; die Eigentumsform und das Erwerbsdatum) Auskunft zu erhalten. Gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b und c GBV i.V.m. Art. 970 Abs. 3 ZGB sind auch die Dienstbarkeiten und Grundlasten sowie Anmerkungen (mit Ausnahme der in Art. 26 Abs. 1 lit. c GBV aufgelisteten Anmerkungen) öffentlich zugänglich.

2.2 Wirkungen des Grundbucheintrags

Art. 970 Abs. 4 ZGB legt – im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung⁴⁸ – fest, dass die Einwendung der Unkenntnis von Grundbucheinträgen ausgeschlossen ist. Dieser Grundsatz entspricht dem Prinzip der formellen Öffentlichkeit des Grundbuchs und wird als *positive Rechtskraft des Grundbuchs*

44 STREBEL, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 655 ZGB; LIVER, SPR V/1, S. 123; MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 655 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 1030. Als Objekte des Rechtsverkehrs sind sie in Bezug auf die Übertragung und Belastung den Liegenschaften gleichgestellt. Da ihnen als Rechte die Sachqualität fehlt, können sie nicht Objekte des Eigentums sein. Vgl. dazu LIVER, SPR V/1, S. 123; REY, Sachenrecht, Rz. 1030.

45 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 831; vgl. zum Publizitätsprinzip vorne Kapitel 1.I.2.

46 Vgl. zu den Publizitätsmitteln vorne Kapitel 1.II.2.

47 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 63; REY, Sachenrecht, Rz. 273.

48 ZOBL, Rz. 106 m.w.V.

bezeichnet.⁴⁹ Diese Fiktion – unwiderlegbare Vermutung – der Kenntnis der Einträge führt dazu, dass sich der Erwerber eines dinglichen (oder vormerkbaren persönlichen) Rechts nicht auf die Unkenntnis der durch das Grundbuch ausgewiesenen Rechtslage berufen kann, und dient daher der Verkehrssicherheit im Immobilienverkehr.⁵⁰ Weiter begründet sie die Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von Rechten am Grundstück.⁵¹ Der gutgläubige Erwerb von Rechten am Grundstück statuiert Art. 973 Abs. 1 ZGB: «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.»

Das Gesetz schreibt in Art. 971 Abs. 1 ZGB vor, dass, soweit für die Begründung eines dinglichen Rechts die Eintragung ins Grundbuch vorgesehen ist, dieses nur besteht, wenn es aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Negativ formuliert bedeutet dies, «dass ein nicht eingetragenes Recht als dingliches Recht nicht besteht, sofern die Eintragung für dessen Konstituierung gesetzlich gefordert ist».⁵² Diese Wirkung bezeichnet man als *negative Rechtskraft des Grundbuchs*.⁵³ Sie gilt nur im Anwendungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips.⁵⁴ Das *absolute Eintragungsprinzip* besagt, dass ein dingliches Recht am Grundstück nur entsteht, wenn es im Grundbuch (und zwar im Hauptbuch, Art. 972 Abs. 1 ZGB) eingetragen ist.⁵⁵ Das ZGB sieht demgemäss exemplarisch für den Eigentumserwerb in Art. 656 Abs. 1 ZGB vor, dass zum Erwerb des Grundeigentums eine Eintragung im Grundbuch erforderlich ist. Daraus folgt, dass Eigentum an Grundstücken (grundsätzlich) erst mit der Grundbucheintragung erworben wird; der Eintrag wirkt konstitutiv.⁵⁶ In Abs. 2 von

49 ZOBL, Rz. 106; SCHMID, BSK ZGB II, N 32 zu Art. 970 ZGB; vgl. auch ARNET, KuKo, N 7 zu Art. 970 ZGB. Abweichende Terminologie bei SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, welche die sich aus Art. 970 Abs. 4 ZGB ergebende unwiderlegbare Vermutung, dass die Grundbucheinträge bekannt sind, als *negative Publizitätswirkung des Grundbuchs* bezeichnen (Rz. 459 ff. und 597). Demgegenüber betrifft die *positive Rechtskraft des Grundbuchs* nach SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP die Grundbuchwirkungen zugunsten eines gutgläubigen Dritten (Art. 48 Abs. 3 SchlT ZGB), wie sie in Art. 973 Abs. 1 ZGB statuiert sind (Rz. 570 ff.).

50 SCHMID, BSK ZGB II, N 32 zu Art. 970 ZGB; vgl. dazu auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 459 f.

51 Vgl. SCHMID, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 970 ZGB.

52 ZOBL, Rz. 95 m.w.V.

53 ZOBL, Rz. 95 und 105; SCHMID, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 971 ZGB.

54 ZOBL, Rz. 105; vgl. zum absoluten Eintragungsprinzip etwa REY, Sachenrecht, Rz. 1319 ff.

55 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 572.

56 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 835; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 2. Das Eigentum als dingliches Recht an einem Grundstück entfaltet gemäss der Vorschrift von Art. 971 Abs. 1 ZGB seine Wirkung nur, wenn es aus dem Grundbuch ersichtlich ist, und entsteht nach Art. 972 Abs. 1 ZGB erst durch die Eintragung im Hauptbuch. Vgl. auch Art. 64 GBV.

Art. 656 ZGB erwähnt der Gesetzgeber – in einer nicht abschliessenden Aufzählung – Tatbestände wie Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder gerichtliches Urteil, bei denen Grundeigentum auch ohne entsprechende Eintragung im Grundbuch (und somit ausserbuchlich) übergeht (*relatives Eintragungsprinzip*⁵⁷).⁵⁸ Anders als beim absoluten Eintragungsprinzip wirkt der Grundbucheintrag beim relativen Eintragungsprinzip nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch.⁵⁹

Unter der Geltung des absoluten wie auch des relativen Eintragungsprinzips kann der Grundbucheintrag dennoch übereinstimmende Wirkungen entfalten.⁶⁰ So verschafft er der im Grundbuch eingetragenen Person zum einen die Wirkungen nach Art. 937 Abs. 1 ZGB (Vermutung aus dem Recht, Legitimationswirkung)⁶¹ und er erbringt zum anderen den Nachweis für die grundbuchrechtliche Verfügungsberechtigung nach Art. 965 Abs. 2 ZGB.⁶²

3. Erwerb von Grundeigentum

Beim Eigentumserwerb lassen sich grundsätzlich zwei Vorgänge unterscheiden. Zunächst muss ein gültiger Erwerbsgrund vorliegen, welcher dann im zweiten Vorgang ins Grundbuch eingetragen wird.⁶³ Zum rechtsgültigen Erwerb müssen Erwerbsgrund und Eintragung vereinigt sein.⁶⁴ Diesem System (absolutes Eintragungsprinzip⁶⁵) folgt der Gesetzgeber etwa bei der vertraglichen Übertragung von Eigentum oder bei Verfügungen von Todes wegen in Einzelnachfolge ausnahmslos.⁶⁶ Demgegenüber vermag im Anwendungsbereich des relativen Eintragungsprinzips⁶⁷ der Erwerbsgrund für sich allein bereits Eigentum zu erzeugen; es entsteht schon vor der Eintragung im Grundbuch.⁶⁸ Der Berechtigte kann allerdings erst dann über sein Recht verfügen, wenn es im Grundbuch eingetragen worden ist (Art. 656 Abs. 2 ZGB *in fine*, Art. 963 Abs. 2 ZGB).

57 REY, Sachenrecht, Rz. 1541 ff.

58 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 837; SCHMID, BSK ZGB II, N 26 zu Art. 963 und N 2 zu Art. 971 ZGB.

59 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 4.

60 SCHMID, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 971 ZGB.

61 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.II.2.

62 SCHMID, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 971 ZGB.

63 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 2.

64 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 3.

65 Vgl. zum absoluten Eintragungsprinzip vorne Kapitel 1.III.2.2.2.

66 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 834; REY, Sachenrecht, Rz. 1323; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 3.

67 Vgl. zum relativen Eintragungsprinzip vorne Kapitel 1.III.2.2.2.

68 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 4; vgl. BGE 135 III 585, E. 2.1f.

Unter der Marginalie «Erwerbsarten» nennt das ZGB die Übertragung (Art. 657 ZGB), die Aneignung (Art. 658 ZGB), die Bildung neuen Landes (Art. 659 ZGB), die Bodenverschiebung (Art. 660 ff. ZGB) und die Ersitzung (Art. 661 ZGB). Während die Übertragung als Eigentumserwerbsgrund derivativ wirkt, sind die übrigen Erwerbsarten originärer Natur.⁶⁹ Beim derivativen Erwerb leitet der Erwerber sein Eigentum vom vorherigen Eigentümer ab, wohingegen beim originären Erwerb das Eigentum eben gerade nicht vom Vorgänger abgeleitet wird und es demgemäss auch nicht ins Gewicht fällt, ob der Vorgänger rechtmässiger Eigentümer war oder nicht.⁷⁰

4. Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum im Besonderen

Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum bedarf es im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips, wie bereits erwähnt, des Abschlusses eines gültigen Grundgeschäfts (Verpflichtungsgeschäft) sowie der Grundbucheintragung (Verfügungsgeschäft). Dies ist Ausdruck des im schweizerischen Recht geltenden Kausalitätsprinzips⁷¹.

4.1 Verpflichtungsgeschäft

Kommt das Grundgeschäft gültig zustande, wird dadurch die Verpflichtung begründet, Eigentum zu übertragen.⁷² Das Verpflichtungsgeschäft vermittelt dem Erwerber gegenüber dem Veräusserer (nur) einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung.⁷³ Kommt der Veräusserer seiner Verpflichtung nicht nach, verleiht Art. 665 Abs. 1 ZGB dem Erwerber daher das Recht auf gerichtliche Zusprechung.

Das Verpflichtungsgeschäft ist entweder ein Vertrag oder eine Verfügung von Todes wegen.⁷⁴ Verträge auf Eigentumsübertragung müssen öffentlich beurkundet werden (Art. 657 Abs. 1 ZGB; Art. 216 Abs. 1 OR; vgl. aber Art. 657 Abs. 2 ZGB).

69 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, §100 N 7.

70 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 838 und 851 mit einer Auflistung der gesetzlichen Normen zum originären Eigentumserwerb.

71 Vgl. zum Kausalitätsprinzip etwa REY, Sachenrecht, Rz. 347 ff.

72 REY, Sachenrecht, Rz. 1326.

73 REY, Sachenrecht, Rz. 1328.

74 REY, Sachenrecht, Rz. 1327; vgl. zu den Typen von Grundgeschäften REY, Sachenrecht, Rz. 1341 ff.

4.2 Verfügungsgeschäft

Die Voraussetzungen für eine Eintragung ins Grundbuch – eine Grundbuchanmeldung und gültige Ausweise – legen Art. 963 und 965 ZGB fest (i.V.m. Art. 46 ff. GBV). Abs. 1 von Art. 963 ZGB sieht vor, dass Grundbucheintragungen grundsätzlich aufgrund einer schriftlichen Erklärung des verfügungsberechtigten Grundeigentümers erfolgen (Antragsprinzip). Als verfügungsberechtigte Grundeigentümerin gilt die im Grundbuch eingetragene Person (Art. 965 Abs. 2 ZGB).⁷⁵ Beim Erwerb von Grundeigentum stellt die Abgabe der schriftlichen Grundbuchanmeldung des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers das Verfügungsgeschäft dar.⁷⁶ Art. 965 Abs. 1 ZGB legt indes fest, dass mit der Abgabe der Grundbuchanmeldung zudem Ausweise über das Verfügungsrecht und über den Rechtsgrund erbracht werden müssen.⁷⁷ Aufgrund des bereits erwähnten Kausalitätsprinzips kann ein Verfügungsgeschäft nur dann Wirkungen entfalten, wenn ihm ein gültig abgeschlossenes Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt.⁷⁸ Art. 974 Abs. 2 ZGB sieht denn auch vor, dass ein Grundbucheintrag, welcher auf einem ungültigen Verpflichtungsgeschäft beruht, grundsätzlich ungerechtfertigt ist.⁷⁹

Die Erfüllungshandlung des Veräusserers liegt in der Abgabe der Grundbuchanmeldung.⁸⁰ Art. 972 Abs. 1 ZGB statuiert, dass dingliche Rechte mit der Eintragung im Grundbuch entstehen. Der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers ist daher erst dann erfüllt, wenn dieser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

Nach der Abgabe der Grundbuchanmeldung durch den Veräusserer folgt die sofortige Einschreibung im Tagebuch (Art. 948 ZGB). Art. 972 Abs. 2 ZGB sieht weiter vor, dass die Wirkung des Grundbucheintrags auf den Zeitpunkt der Tagebucheinschreibung zurückbezogen wird.

IV. Gemeinschaftliches Eigentum

Steht das Eigentum (als das qualitativ vollkommenste und quantitativ umfassendste dingliche Recht⁸¹) nicht einer einzelnen Person (Alleineigentum),

75 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.III.2.2.2.

76 SCHMID, BSK ZGB II, N 20 zu Art. 963 ZGB m.w.V.

77 REY, Sachenrecht, Rz. 1476 und 1481.

78 MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N 88.

79 STEINAUER, Band I, Rz. 144 sowie Rz. 139 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 348 und 1331.

80 REY, Sachenrecht, Rz. 1499.

81 REY, Sachenrecht, Rz. 603; vgl. zu den dinglichen Rechten auch vorne Kapitel 1.I.2.

sondern mehreren Personen gleichzeitig in der Weise zu, dass sich jede von ihnen in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache in der qualitativ gleichen Rechtsstellung wie die andere befindet, so liegt gemeinschaftliches Eigentum vor.⁸²

Das ZGB regelt das gemeinschaftliche Eigentum (Art. 646–654a ZGB) im 18. Teil unter den allgemeinen Bestimmungen zum Eigentum. Der Anwendungsbereich der Art. 646–654a ZGB erstreckt sich sowohl auf bewegliche wie auch auf unbewegliche Sachen.⁸³

Gemeinschaftliches Eigentum kann auf zwei Arten ausgeübt werden: indem entweder die Verfügungsmacht (i.S.v. Rechtsausübungsbefugnis) auf die einzelnen Teilhaber aufgeteilt oder indem die ungeteilte Verfügungsmacht an die Gesamtheit der Gemeinschaftler zugewiesen wird.⁸⁴ Demgemäss sieht das ZGB (abschliessend) zwei Erscheinungsformen des gemeinschaftlichen Eigentums, das Miteigentum und das Gesamteigentum, vor (Art. 646 ff. ZGB bzw. Art. 652 ff. ZGB).⁸⁵ Der im Sachenrecht geltende Grundsatz der Typengebundenheit⁸⁶ lässt keine anderen Arten von gemeinschaftlichem Eigentum zu.⁸⁷

Dem Gesamteigentum widmet das ZGB lediglich die Art. 652–654 ZGB; das Weitere ergibt sich aus den Vorschriften über die einzelnen Gemeinschaftsverhältnisse (Art. 653 ZGB).⁸⁸ Demgegenüber umfasst das Miteigentumsrecht die Art. 646–651 ZGB samt zahlreichen Einschaltartikeln.⁸⁹

1. Miteigentum

Laut Art. 646 Abs. 1 ZGB gelten zwei (oder mehrere) Personen dann als Miteigentümer, wenn sie eine Sache nach Bruchteilen und ohne äussere Abteilung in ihrem Eigentum haben. Dabei ist nicht die Sache selbst, sondern vielmehr die Ausübung des Eigentums daran geteilt.⁹⁰ Bei fehlender anderslautender Abmachung sind die Personen Miteigentümer zu gleichen Teilen (Art. 646

82 MEIER-HAYOZ, BK, N 10 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 603.

83 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB; vgl. zu den beweglichen und unbeweglichen Sachen MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N 168 ff.

84 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB.

85 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB. Vgl. zum gemeinschaftlichen Eigentum als Hauptanwendungsfall der Rechtsgemeinschaft hinten Kapitel 3.I.1.

86 Vgl. zum Grundsatz der Typengebundenheit etwa REY, Sachenrecht, Rz. 318 ff.

87 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 3 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB; vgl. zum Prinzip der Typengebundenheit SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 71 ff.

88 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 10; vgl. zum Gesamteigentum hinten Kapitel 1.IV.2.

89 Durch die Revision von 1963 wurde das Miteigentumsrecht bedeutend erweitert (BG vom 19.12.1963 über die Änderung des 4. Teils des ZGB, in Kraft seit 1. Januar 1965), TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 10; vgl. zum Miteigentum hinten Kapitel 1.IV.1.

90 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 732.

Abs. 2 ZGB). Gemäss Abs. 3 von Art. 646 ZGB hat jeder Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers und kann folglich seinen Anteil veräussern und verpfänden; auch kann der Anteil von seinen Gläubigern gepfändet werden.⁹¹

LIVER führt aus, dass die «Miteigentümer das nach seinem Inhalt und Umfang volle Eigentum an der Sache» haben, und demzufolge das Miteigentum nichts anderes als die mehrfache Zuständigkeit dieses Rechts darstellt.⁹² So auch REY, der die Auffassung vertritt, dass das Recht des einzelnen Miteigentümers nicht ein sich neben das Eigentum stellendes und dieses belastendes Bruchteilsrecht, sondern Eigentum i. S. v. Sacheigentum ist, auf das grundsätzlich alle Bestimmungen über das Eigentum Anwendung finden.⁹³

Das Recht jedes Miteigentümers geht auf die gemeinschaftliche Sache als Ganzes; es ist allerdings durch die Rechte der übrigen Beteiligten beschränkt.⁹⁴ Somit besteht an der in Miteigentum aufgeteilten Sache ein «Gesamtrecht», woran die Miteigentümer nicht individuell, sondern ausschliesslich gemeinsam zuständig sind (Art. 648 Abs. 2 ZGB).⁹⁵

Wie Alleineigentum kann auch Miteigentum aufgrund des Spezialitätsprinzips⁹⁶ immer nur an einzelnen, individualisierten Sachen und niemals an einer Sachgesamtheit bestehen.⁹⁷ Halten dieselben Personen mehrere Vermögensgegenstände im Miteigentum, müssen folglich ebenso viele Miteigentumsverhältnisse bestehen, wie gemeinschaftliche Sachen vorhanden sind.⁹⁸

2. Gesamteigentum

Nach Art. 652 ZGB liegt Gesamteigentum⁹⁹ vor, wenn mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum haben und das Recht eines jeden auf die ganze Sache geht. Art. 652 ZGB bestimmt nicht, in welchen

91 Vgl. zum Miteigentumsanteil hinten Kapitel 2.III.

92 LIVER, SPR V/1, S. 53.

93 REY, Sachenrecht, Rz. 629.

94 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 646 ZGB.

95 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 und 3 zu Art. 646 ZGB; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 150; LIVER, SPR V/1, S. 53 m.w.H.

96 Das Spezialitätsprinzip (auch Individualitätsprinzip genannt) ist der Grundsatz, wonach dingliche Rechte nur an einzelnen, individualisierten Sachen und nicht an Gesamtsachen (etwa einem Warenlager) entstehen können. Vgl. zum Spezialitätsprinzip REY, Sachenrecht, Rz. 333; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 70.

97 MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N 75 und 11 zu Art. 646 ZGB.

98 MEIER-HAYOZ, BK, System. Teil, N 11 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 3 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB.

99 Auch *gesamthänderisches Eigentum* oder *Eigentum zu gesamter Hand* genannt.

Fällen Gesamteigentum vorliegt.¹⁰⁰ Vielmehr besteht die *Funktion* von Art. 652 ZGB darin, «Gesamteigentum und damit die Ausübung von Eigentum zur gesamten Hand sachenrechtlich anzuerkennen».¹⁰¹

Im Wesentlichen setzt die *Entstehung von Gesamteigentum* Folgendes voraus: eine (vorbestehende) persönliche Verbindung (Grundverhältnis) zwischen zwei oder mehreren Personen auf gesamthänderischer Grundlage.¹⁰² Das *Grundverhältnis* kann entweder schon vor der Entstehung von Gesamteigentum existieren¹⁰³ oder es kann auch erst im Zusammenhang mit der Entstehung von Gesamteigentum und gerade mit diesem Ziel begründet werden¹⁰⁴.¹⁰⁵ Neben dieser zwischen den gemeinschaftlichen Eigentümern bestehenden persönlichen Verbindung ist auch deren *Anerkennung als Gesamthandverhältnis* durch die Rechtsordnung nötig.¹⁰⁶ Gemeinschaften bzw. deren Mitglieder vermögen nur dann Gesamteigentum zu begründen, wenn sie als Gesamthandschaften anerkannt sind.¹⁰⁷ Schreiben nun ausserhalb des Sachenrechts liegende Normen diesem primär persönlich wirkenden Grundverhältnis Gesamthandsqualität zu, anerkennen dies die Art. 652 ff. ZGB auch sachenrechtlich und verleihen dem gesamthänderischen Charakter des Grundverhältnisses dingliche Wirkung.¹⁰⁸

100 MEIER-HAYOZ, BK, N 16 zu Art. 652 ZGB; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 14 zu Art. 652 ZGB.

101 WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 652 ZGB.

102 MEIER-HAYOZ, BK, N 1 und 23 zu Art. 652 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 717 und 791; HAAB, ZK, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB und N 2 zu Art. 652-654 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 971 und 973; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB; JENNY, S. 196; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99, N 2; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 11 zu Art. 652 ZGB; WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 9 und 13 zu Art. 652 ZGB; vgl. dazu auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 73 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR, welche bezüglich der Notwendigkeit einer vorbestehenden persönlichen Verbindung zu bedenken geben, dass bei der einfachen Gesellschaft gerade das Gesamthandverhältnis das Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern zu einem eigentlichen Gemeinschaftsverhältnis mache. Vgl. zur Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand auch KUNZ, S. 1 ff.

103 Z.B. erwerben die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft kraft ihrer Gesellschaft das Gesamteigentum an einer Sache.

104 Z.B. werden die Erben mit dem Tod des Erblassers Mitglieder der Erbengemeinschaft und gleichzeitig Gesamteigentümer der Nachlassgegenstände (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB).

105 JENNY, S. 196; REY, Sachenrecht, Rz. 610.

106 HUBER, Erläuterungen, S. 39 f.; HAAB, ZK, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB und N 2 zu Art. 652-654 ZGB; WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 652 ZGB.

107 WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 652 ZGB.

108 WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 652 ZGB.

Für die Gesamteigentum begründenden Verbindungen besteht ein gesetzlicher *numerus clausus*.¹⁰⁹ Sie können ihren Entstehungsgrund entweder im Gesetz oder in einem Vertrag haben (Art. 652 ZGB).¹¹⁰ Zu den wichtigsten Anwendungsfällen des Gesamteigentums gehören die Gütergemeinschaft (Art. 222 Abs. 2 ZGB), die Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB) und die einfache Gesellschaft¹¹¹ (Art. 544 Abs. 1 OR).¹¹²

In der Regel (und in dieser Arbeit) werden die Gesamthandschaften des ZGB *Gemeinschaften* und diejenigen des OR *Gesellschaften* genannt.¹¹³

3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Mit- und Gesamteigentum

Wesentliche Unterschiede zwischen dem Miteigentum und dem Gesamteigentum bestehen in der *Entstehungsart der rechtlichen Beziehungen* zwischen den gemeinschaftlichen Eigentümern und in der *Berechtigung der einzelnen Beteiligten*.¹¹⁴ Im Einzelnen:

Die *Entstehung* von Gesamteigentum setzt – wie soeben beschrieben – eine besondere, auf Gesetz oder Vertrag begründete persönliche Verbindung (Grundverhältnis) zwischen den künftigen Gesamteigentümern voraus.¹¹⁵ Die Entstehung von Gesamteigentum stellt dann die sachenrechtliche Folge einer als Gesamthandschaft zu qualifizierenden Rechtsgemeinschaft¹¹⁶ dar.¹¹⁷ Die Beteiligten sind hier, neben der persönlichen Verbindung, auch durch ein sachenrechtliches Verhältnis (Gesamteigentum) miteinander verbunden.

109 HAAB, ZK, N 2 zu Art. 652-654 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB m.w.V.

110 WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 652 ZGB.

111 Vgl. zur einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.

112 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 794. Zu den Gesamthandsgemeinschaften gehört auch die Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB). Zu den Gesamthandsgesellschaften zählen weiter die auf der Gesellschaftsform der einfachen Gesellschaft beruhende Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 552 ff. und Art. 594 ff. OR) und die Miturheberschaft (Art. 7 URG) (BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB). Die Rechtsprechung anerkennt ferner die fortgesetzte Erbengemeinschaft (BGE 61 II 164, E. 1; 96 II 325, E. 6b) sowie die Treuhändergemeinschaft (BGE 78 II 445, E. 3) als Gesamteigentum begründende Verbindungen (DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 3 f. zu Art. 652 ZGB).

113 WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 652 ZGB m.w.V.; LIVER, SPR V/1, S. 109 Fn. 2.

114 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 609; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 150.

115 Vgl. dazu und zum Folgenden REY, Sachenrecht, Rz. 610 f.

116 Vgl. zum Begriff Rechtsgemeinschaft hinten Kapitel 3.I.1.

117 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB.

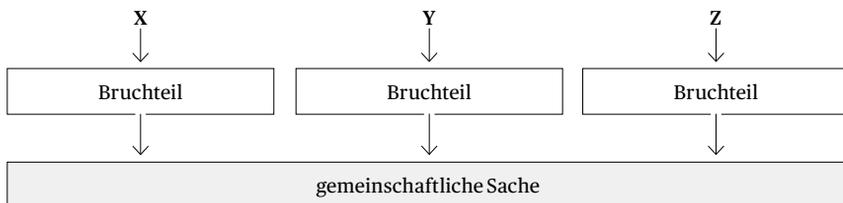
*Schematische Darstellung:*¹¹⁸ *Entstehung von Gesamteigentum*



Das Grundverhältnis zwischen X, Y und Z begründet (als sachenrechtliche Konsequenz) Gesamteigentum zwischen X, Y und Z an der gemeinschaftlichen Sache.

Für die *Entstehung* von Miteigentum ist ein Grundverhältnis zwischen den künftigen Miteigentümern hingegen nicht nötig: Die persönliche Gebundenheit der Beteiligten liegt in der Regel erst mit der Entstehung des Miteigentums vor.¹¹⁹ Anders als beim Gesamteigentum ist der Grund für die Entstehung eines die Beteiligten verbindenden Verhältnisses einzig «die durch die Gemeinsamkeit von Recht und Rechtsobjekt bedingte Folge des gemeinschaftlichen Eigentums».¹²⁰

*Schematische Darstellung:*¹²¹ *Entstehung von Miteigentum*



Zwischen X, Y und Z ist **keine** persönliche Verbindung erforderlich. Erst durch die Begründung von Miteigentum entsteht ein X, Y und Z verbindendes **sachenrechtliches Verhältnis** (Miteigentum).

Bezüglich der *Beschaffenheit der Rechtspositionen* an der gemeinschaftlichen Sache unterscheiden sich die beiden Eigentumsarten dahingehend, dass beim Miteigentum die einzelnen Teilhaber über ihre Anteile selbständig verfügen können (individualistische Eigentumsausübung, Art. 646 Abs.3 ZGB),

118 Vgl. dazu die Grafik bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 75 zur Rechtsausübung bei Rechtsgemeinschaften.

119 Vgl. dazu hinten Kapitel 2.II.1.

120 HAAB, ZK, N 4 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB; vgl. auch BRUNNER/WICHTER-MANN, BK, N 7 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB.

121 Vgl. dazu die Grafik bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 75 zur Rechtsausübung bei Rechtsgemeinschaften.

während die selbständige Verfügungsmöglichkeit den einzelnen Gesamteigentümern grundsätzlich¹²² fehlt (kollektivistische Eigentumsausübung).¹²³

Mit- und Gesamteigentum unterscheiden sich zwar hinsichtlich der Eigentumsausübung, nicht aber bezüglich der *Eigentumszuständigkeit*.¹²⁴ In beiden Fällen handelt es sich um gemeinschaftliches Eigentum und somit um ungeteiltes Eigentum.¹²⁵ Obwohl die Miteigentümer im Gegensatz zu den Gesamteigentümern¹²⁶ über ein Individualrecht – den Miteigentumsanteil – verfügen, liegt, wie erwähnt, keine körperliche Teilung der gemeinschaftlichen Sache vor.¹²⁷ An der Sache selbst sind Mit- oder Gesamteigentümer stets gemeinsam und niemals individuell zuständig (vgl. Art. 648 und 652 ZGB).¹²⁸ Hinsichtlich der Eigentumszuständigkeit an der Sache gibt es daher zwischen dem Miteigentum und dem Gesamteigentum keinen Unterschied; es liegt bei beiden Eigentumsformen eine Gesamtberechtigung vor.¹²⁹

4. Grundbuchliche Behandlung von gemeinschaftlichem Eigentum

Die Eintragung von gemeinschaftlichem Eigentum darf das Grundbuchamt nur vornehmen, wenn sich aus dem Ausweis über den Rechtsgrund (Art. 965 ZGB) oder aus einer schriftlichen Erklärung der gemeinschaftlichen Eigentümer ergibt, ob Mit- oder Gesamteigentum besteht bzw. entstehen soll.¹³⁰ Zudem müssen beim Miteigentum die Bruchteile angegeben und beim Gesamteigentum das die Gemeinschaft begründende Gemeinschaftsverhältnis dem Grundbuchamt nachgewiesen werden.¹³¹

122 Eine Ausnahme bildet der Liquidationsanteil.

123 REY, Sachenrecht, Rz. 612 und 613. Bezüglich der Eigentumsausübung hebt sich das Gesamteigentum durch das ihm eigene Prinzip des gesamthänderischen Handelns ab: Während beim Miteigentum einzig Verfügungen über die ganze Sache der Einstimmigkeit bedürfen (Art. 648 Abs. 2 ZGB), nutzen, verwalten und verfügen die Gesamteigentümer die gemeinschaftliche Sache grundsätzlich einstimmig (WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 13 zu Art. 652 ZGB).

124 MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 652 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 614.

125 MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 652 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 614.

126 Beim Gesamteigentum wird das gemeinsame Vermögen dinglich dem jeweiligen Personenkreis zugeordnet; vgl. dazu MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 211.

127 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 1 zu Art. 646 ZGB; SUTTER-SOMM führt dazu aus, dass «wenn nicht die Sache als Ganzes Objekt des Miteigentums wäre, [...] dies überhaupt kein Eigentumsobjekt [hätte], da es an einer ideellen Quote kein Eigentum geben kann» (SPR V/1, Rz. 150).

128 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 1 zu Art. 646 ZGB und WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 1 zu Art. 652 ZGB.

129 SUTTER-SOMM, SPRV/1, Rz. 150; MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 211; vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 614 und BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 1 zu Art. 646 ZGB.

130 BGE 96 II 325, E. 6b; MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 646 ZGB. Vgl. zum absoluten und relativen Eintragungsprinzip vorne Kapitel 1.III.2.2.2.

131 BGE 96 II 325, E. 6b; MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 646 ZGB.

Dementsprechend ordnet Art. 96 GBV an, dass beim Miteigentum neben der Bezeichnung der Person (Art. 90 Abs. 1 GBV) der Anteil jedes Miteigentümers mit dem Zusatz zu ½, zu ⅓ etc. angegeben werden muss (Art. 96 Abs. 1 GBV). Beim Erwerb durch Gesamteigentümer muss neben der Personenbezeichnung auch das Rechtsverhältnis, welches die Gemeinschaft oder Gesellschaft¹³² begründet hat, im Grundbuch eingetragen werden (Art. 96 Abs. 3 GBV).¹³³ Anmeldungen, welche die in Art. 96 GBV vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten, sind vom Grundbuchamt abzuweisen.¹³⁴

Neben der Art des gemeinschaftlichen Eigentums gehören zusätzlich beim Miteigentum die Bruchteile und beim Gesamteigentum das die Gemeinschaft begründende Rechtsverhältnis zu den durch das Grundbuch zu bezeugenden (Rechts-)Tatsachen.¹³⁵ Den betreffenden Angaben des Grundbuchs kommt verstärkte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB¹³⁶ zu, und sie nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.¹³⁷

Darstellung im Grundbuch bei Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
<p>Eigentum Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft X Y Z</p>

132 Vgl. zu den Gemeinschaften des ZGB und den Gesellschaften des OR Kapitel 1.IV.2.

133 Die Eintragung von abstraktem Gesamteigentum ist ausgeschlossen. Vgl. dazu SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 793; MEIER-HAYOZ, BK, N 23 zu Art. 652 ZGB; FASEL, N 13 zu Art. 96 GBV.

134 FASEL, N 9 zu Art. 96 GBV. Vgl. dazu auch HAAB, der darauf hinweist, dass es insbesondere bei älteren Eintragungen vorkommen könne, dass im Grundbuch mehrere Personen als Miteigentümer figurierten, die Bruchteile dagegen nicht angegeben seien (vgl. etwa BGE 95 II 400, E. 2) oder gar die Angabe der Art der Gemeinschaft fehle. Diesbezügliche Eintragungen seien zwar dennoch wirksam, aber unvollständig und daher unrichtig (gl.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 646 ZGB). Zur Vervollständigung der Angaben muss nach HAAB eine Berichtigung stattfinden, welche jederzeit aufgrund einer schriftlichen Erklärung sämtlicher Berechtigter erfolgen könne (ZK, N 9 zu Art. 646 ZGB).

135 Vgl. BGE 96 II 325, E. 2b; MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 9 zu Art. 646 ZGB.

136 BGE 96 II 325, E. 2b m.w.V. Vgl. zur «Vermutung des Rechts» auch Art. 937 ZGB und dazu wiederum vorne Kapitel 1.II.2.

137 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 9 zu Art. 646 ZGB. Vgl. zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs vorne Kapitel 1.III.2.2.2.

Darstellung im Grundbuch bei Miteigentum:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$

Während die gesonderte grundbuchliche Behandlung eines Gesamthandanteils nicht möglich ist, können bzw. müssen Miteigentumsanteile unter den in Art. 23 GBV genannten Voraussetzungen mittels eigenständiger Hauptbuchblätter im Grundbuch aufgenommen werden.¹³⁸

5. Abgrenzung zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft

Aufgrund des im Sachenrecht geltenden Grundsatzes der Typengebundenheit kommen als gemeinschaftliche Eigentumsformen nur *entweder* Miteigentum *oder* Gesamteigentum in Frage.¹³⁹ Wie sich sogleich zeigen wird, kann die Beurteilung dieser Entweder-oder-Frage bei gemeinschaftlichem Eigentum an einer Sache Schwierigkeiten bereiten. Im Einzelnen:

5.1 Gründe für Abgrenzungsschwierigkeiten

Besteht an *beweglichen Sachen* gemeinschaftliches Eigentum, ist die Art des gemeinschaftlichen Eigentums durch das Publizitätsmittel des Besitzes nicht eindeutig feststellbar.¹⁴⁰ Im Zweifel wird Miteigentum vermutet.¹⁴¹ Der Grund liegt darin, dass Miteigentum, im Gegensatz zu Gesamteigentum, ein primär sachenrechtliches Verhältnis darstellt und die zwischen den Beteiligten bestehende, persönliche Verbindung beim Gesamteigentum nicht für jedermann erkennbar ist.¹⁴²

138 FASEL, N 7 zu Art. 23 GBV; vgl. zur grundbuchlichen Behandlung von Miteigentumsanteilen vorne Kapitel 2.III.3.

139 Vgl. zum Grundsatz der Typengebundenheit sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum vorne Kapitel 1.IV.

140 Vgl. zum Besitz als Publizitätsmittel vorne Kapitel 1.II.2.

141 MEIER-HAYOZ, BK, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB; vgl. auch BGE 94 II 96, E. a; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 5.

142 MEIER-HAYOZ, BK, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB.

Wer nun behauptet, es liege Gesamteigentum statt Miteigentum vor, trägt dafür die Beweislast (Art. 8 ZGB).¹⁴³ Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft (nach Art. 652 ZGB i.V.m. Art. 544 Abs. 1 OR) wird also nur dann vermutet, wenn ein Gesellschaftsverhältnis nachgewiesen werden kann.¹⁴⁴ Folgerichtig wird bei gelungenem Nachweis von den Beteiligten der einfachen Gesellschaft vermutet, dass ihnen die Sachen des Gesellschaftsvermögens zu Gesamteigentum zustehen.¹⁴⁵

Zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einer (grundsätzlich) Gesamteigentum begründenden einfachen Gesellschaft und einer Miteigentümergeinschaft¹⁴⁶ kann es zum einen kommen, weil ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den gemeinschaftlichen Eigentümern auch konkludent entstehen kann¹⁴⁷, und zum anderen, weil die Verbindung zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln in der einfachen Gesellschaft «äusserst dürftig ausgestaltet» sein kann.¹⁴⁸ Für die Beteiligten (und auch für Dritte) ist daher häufig unklar, ob sie einzig durch ein Miteigentumsverhältnis miteinander verbunden sind oder ob zwischen ihnen ein (grundsätzlich) Gesamteigentum begründendes Gesellschaftsverhältnis vorliegt.¹⁴⁹ Trifft Ersteres zu, sind die Beteiligten Miteigentümer der gemeinschaftlichen Sache, trifft Letzteres zu, gehört ihnen die gemeinschaftliche Sache (anderslautende Vereinbarungen vorbehalten¹⁵⁰ und unter der Voraussetzung, dass die Sache *quoad dominium* in die Gesellschaft eingebracht worden ist¹⁵¹) zu gesamter Hand.

5.2 Halten und Verwalten einer Sache als hinreichender Gesellschaftszweck und sinnvolles Abgrenzungskriterium?

Den Abgrenzungsschwierigkeiten wirkte die Lehre entgegen, indem Kriterien entwickelt wurden, die bei Unklarheiten, ob Miteigentum oder Ge-

143 MEIER-HAYOZ, BK, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 720, beide mit w.V.

144 MEIER-HAYOZ, BK, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB; vgl. zum Gesamteigentum auch vorne Kapitel 1.IV.2.

145 Vgl. LIVER, SPR V/1, S. 56; SUTTER/SOMM, SPR V/1, S. 80 m.w.V.

146 Vgl. zur Definition der Miteigentümergeinschaft hinten Kapitel 2.II.1.

147 Vgl. zur Entstehung der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.III.

148 Vgl. LIVER, SPR V/1, S. 56.

149 So etwa LIVER, der ausführt, dass Miteigentümergeinschaft und einfache Gesellschaft keine scharf geschiedenen Personenverbindungen seien (SPR V/1, S. 56).

150 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

151 Vgl. zu den Beitragsleistungen in der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.VIII.

samteigentum infolge einfacher Gesellschaft besteht, herangezogen werden können.¹⁵²

Die traditionelle und wohl herrschende Lehre betrachtet das Bestehen (bzw. Fehlen) einer über das blosses Halten und Verwalten der gemeinsamen Sache hinausgehenden Zweckverfolgung der Beteiligten als sinnvolles Abgrenzungskriterium.¹⁵³ Die Verfechter dieser herkömmlichen Ansicht gehen davon aus, dass eine einfache Gesellschaft (und folglich eine vermutungsweise gesamthänderische Berechtigung der Beteiligten) immer dann bestehe, wenn die Gesellschafter das *gemeinschaftliche Eigentum als Mittel zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks* (der über die Verwaltungstätigkeit bezüglich der gemeinsamen Sache hinausgeht) einsetzen wollen. Demgegenüber bestehe immer dann Miteigentum, wenn die Beteiligten lediglich durch die *Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache* miteinander verbunden seien.¹⁵⁴ LIVER macht dazu zwei Beispiele:¹⁵⁵ Zwei Grundeigentümer sind etwa dann Miteigentümer, wenn sie ein Grundstück bloss deshalb erwerben, weil sie für ihre Häuser die freie Aussicht und den uneingeschränkten Zugang zur Strasse sicherstellen wollen. Erwerben sie das Grundstück allerdings mit der Absicht, es zu überbauen und danach weiterzuverkaufen, «haben sie als einfache Gesellschaft Gesamteigentum» daran.

Aus der Perspektive des anderen Teils der Lehre stellt u.U. bereits das Halten und Verwalten von gemeinsamen Vermögenswerten einen ausreichenden Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 530 Abs.1 OR dar.¹⁵⁶ Diese Lehrmeinung erachtet die herkömmliche Auffassung (allerdings) insoweit als richtig, als sie

152 In der Lehre wird – soweit ersichtlich – bei der Kontroverse darüber, ob blosses Halten und Verwalten einer Sache einen ausreichenden Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 530 Abs.1 OR darstelle, häufig nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden. Dementsprechend bezieht sich auch die nachfolgende Darstellung der Lehrmeinungen (ohne gegenteiligen Hinweis) auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Wie sich zeigen wird, wären je separate Betrachtungen zu den beweglichen und den unbeweglichen Sachen vor allem deshalb sinnvoll, weil die Publikationsmittel Besitz und Grundbuch nicht in gleicher Weise funktionieren (vgl. vorne Kapitel 1.II.2).

153 Vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 332 f.; LIVER, SPR V/1, S. 56; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 14 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB; SUTTER-SOMM, SPR V/1, S. 80; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 4 zu Art. 646 ZGB; FURRER, S. 60 f. und 63; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 103 und § 12 N 21; REY, ZBGR, S. 327 f.; SCHMID JÖRG, S. 578; THOUVENIN, Rz. 409 ff.; vgl. auch BGE 78 II 310 und BGE 68 III 44.

154 Bei der Miteigentümergeinschaft stehe (eben gerade) nicht die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks im Vordergrund.

155 LIVER, SPR V/1, S. 56; vgl. dazu auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 15 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB.

156 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 39 f. zu Art. 530 OR; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 113 f. und 508 ff. zu Art. 530 OR, je m.w.V. auf die deutsche Lehre; WOLF, S. 56 und AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 44.

zum Ausdruck bringt, dass das blosses Halten und Verwalten einer gemeinschaftlichen Sache allein noch keine einfache Gesellschaft ausmacht.¹⁵⁷ Ist das Halten und Verwalten eines gemeinsamen Vermögenswertes jedoch Gegenstand einer vertraglichen Zweckverfolgungspflicht unter den Beteiligten und daher mehr als nur die Folge gemeinschaftlichen Eigentums, kann das Halten und Verwalten (i.S.v. *Wahrnehmung von Eigentümerfunktionen*) einen zulässigen Gesellschaftszweck darstellen.¹⁵⁸

Für diese Auffassung spricht insbesondere, dass das Bundesgericht – soweit ersichtlich – die *Ehegattengesellschaft*¹⁵⁹, deren Zweck regelmässig nicht über das blosses Halten und Verwalten hinausgeht, nie aufgrund eines unzureichenden Gesellschaftszwecks verworfen hat.¹⁶⁰ Die herrschende Lehre zum Eherecht verweist in diesem Zusammenhang auf die den Ehegatten zustehende Rechtsgeschäftsfreiheit (nach Art. 168 ZGB), welche auch das Eingehen einer einfachen Gesellschaft ermögliche.¹⁶¹ Sie lässt dementsprechend die Ehegattengesellschaft ohne zusätzliches Zweckerfordernis zu und anerkennt das gemeinsame Innehaben, Verwalten und Nutzen gemeinschaftlicher Sachen als ausreichenden Gesellschaftszweck.¹⁶² Weiter ist auch in der Notariatspraxis einzelner Kantone die Grundstücksgesellschaft unter Ehegatten weit verbreitet.¹⁶³

Anerkennt man das Halten und Verwalten (i.w.S.) von gemeinschaftlichen Sachen als zulässigen Zweck einer einfachen Gesellschaft, geht (allerdings) das bis anhin ausschlaggebende Abgrenzungskriterium zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft verloren.¹⁶⁴ Als *Alternativkriterium* lässt sich aus der neueren Lehre Folgendes ableiten: Eine einfache Gesellschaft, die das Halten und Verwalten einer gemeinsamen Sache bezweckt, besteht immer dann,¹⁶⁵ wenn die Beteiligten *den Bestand*

157 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 39 zu Art. 530 OR.

158 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 39 zu Art. 530 OR.

159 Die Ehegattengesellschaft kann das blosses Halten, Verwalten und Nutzen eines Grundstücks oder anderen Vermögenswerten zum Zweck haben. Vgl. zur Ehegattengesellschaft etwa FELLMANN/MÜLLER, BK, N 270 ff. zu Art. 530 OR.

160 Vgl. dazu etwa BGE 130 III 248 und 110 II 119; Urteil BGer 5C.325/2001 vom 4.03.2002; 4C.20/2002 vom 18.06.2002, E. 3.3. Kritisch dazu THOUVENIN, Rz. 414.

161 Vgl. dazu und zum Folgenden AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 43 f. m.w.V. auf die h.L.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.38 und 14.74 f.; GENNA, S. 29; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 273 und 509 zu Art. 530 OR.

162 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 510 zu Art. 530 OR m.w.V.; AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 44.

163 AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 44 m.w.H. auf die bernische Notariatspraxis.

164 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 114 zu Art. 530 OR.

165 Selbstverständlich unter Beachtung der sich aus der Legaldefinition von Art. 530 Abs. 1 OR ergebenden allgemeinen Voraussetzungen.

*der Gesellschaft sowohl gewollt als auch ausdrücklich erklärt haben und wenn sie die Ausübung der gemeinschaftlichen Eigentümerfunktionen (als Gesellschaftszweck) zusammen wahrnehmen.*¹⁶⁶

5.3 Auflösung versus Weiterbestand von (Gelegenheits)Gesellschaften nach dem Erwerb zu Miteigentum

In der Literatur und Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – unumstritten, dass die durch die künftige Miteigentümer gemeinsam vorgenommenen Vorbereitungshandlungen zum anteilmässigen Kauf eines Vermögenswertes in der Regel dazu führen, dass sich diese Personen zu einer einfachen Gesellschaft (i.S. einer Gelegenheitsgesellschaft¹⁶⁷) zusammenschliessen.¹⁶⁸ Besteht keine Absicht, der traditionellen Lehre entsprechend die erworbene Sache für eine weitere Zweckverfolgung zu verwenden bzw. fehlt der neueren Lehre folgend der erklärte Rechtsbindungswille der Beteiligten, die Eigentümerfunktionen an der gemeinschaftlichen Sache zusammen wahrzunehmen, ist der Zweck dieser Gesellschaft mit dem Erwerb der Sache erreicht (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR).¹⁶⁹ Spätestens dann, wenn keine Ansprüche gegen den Verkäufer mehr bestehen, tritt die Gesellschaft deshalb ins Liquidationsstadium (vgl. Art. 545 Ziff. 1 OR¹⁷⁰). Infolgedessen kommen unter den beteiligten Miteigentümern fortan einzig die Bestimmungen der Art. 646 ff. ZGB zur Anwendung.¹⁷¹

Aus dem soeben Gesagten lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht folgender Umkehrschluss ableiten: Wird die gemeinschaftliche Sache für die Erreichung eines weiterführenden Zwecks eingesetzt (traditionelle Lehre) bzw. wollen und erklären die Beteiligten, die gemeinschaftlichen Eigentümerfunktionen gemeinsam wahrnehmen zu wollen (neuere Lehre), so kann nicht von einer Gelegenheitsgesellschaft ausgegangen werden, die sich infolge Zweckerreichung nach dem Erwerb der gemeinschaftlichen Sache

166 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 40 zu Art. 530 OR; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 114 zu Art. 530 OR; beide jeweils m.V. auf die deutsche Rechtsprechung. Kritisch dazu THOUVENIN, Rz. 411 ff.

167 Die Gesellschaft bezweckt den Abschluss des Kaufvertrags sowie den gemeinschaftlichen Erwerb der Sache. Die aus dem Vertrag erworbenen Rechte stehen den Erwerbenden, mangels gegenteiliger Vereinbarung, gesamthandschaftlich zu, vgl. dazu FURRER, S. 61.

168 BGE 116 II 707, E. 2a; SIEGWART, ZK, N 52 zu Vorbem. zu den Art. 530–551 OR, welcher in diesem Zusammenhang auf BGE 49 II 429 verweist; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 332; FURRER, S. 63; THURNHERR, Rz. 52; HOCH, Rz. 27; vgl. dazu auch BGE 110 II 287, E. 2a und 2c.

169 Vgl. FURRER, S. 61 und 63; THURNHERR, Rz. 52; SCHMID JÖRG, S. 577; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 332; SIEGWART, ZK, N 52 zu Vorbem. zu den Art. 530–551 OR; vgl. dazu auch BGE 78 II 310; 68 III 44.

170 Vgl. zur Auflösung der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.XI.

171 THURNHERR, Rz. 52; FURRER, S. 61; SIEGWART, ZK, N 52 zu Vorbem. zu den Art. 530–551 OR; VON STEIGER, SPR V/III, S. 332; vgl. SCHMID JÖRG, S. 577.

aufflöst.¹⁷² Vielmehr dauert in diesem Fall die einfache Gesellschaft weiter an, und die Gesellschafter müssten folgerichtig die gemeinsame Sache, anderslautende Vereinbarungen vorbehalten, als Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft erwerben.

V. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 1

Die vorherigen Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass immer dann, wenn das Vorhandensein einer einfachen Gesellschaft bejaht wird, grundsätzlich Gesamteigentum an der gemeinschaftlichen Sache besteht (Art. 652 ZGB), bzw. wenn zwischen den Beteiligten keine einfache Gesellschaft entstanden ist oder keine einfache Gesellschaft mehr besteht, diesen die gemeinschaftliche Sache anteilmässig gehört (Art. 646 Abs. 1 ZGB). Daraus resultiert, dass bei der Beantwortung der Frage, ob an einer gemeinschaftlichen Sache Miteigentum oder Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft vorliegt, grundsätzlich das Bestehen oder (eben) Nichtbestehen einer einfachen Gesellschaft die gemeinschaftliche Eigentumsart bestimmt.

Obige Ausführungen bezüglich beweglicher Sachen sind auf *unbewegliche Sachen* insbesondere aus zwei Gründen nicht vorbehaltlos übertragbar: Zum einen ergibt sich – im Gegensatz zu den beweglichen Sachen – bei unbeweglichen Sachen und bei bereits bestehendem gemeinschaftlichem Eigentum die Eigentumsart wegen des Eintragungsprinzips verbindlich aus dem Grundbuch.¹⁷³ Zum anderen ist in der Praxis beim gemeinschaftlichen Erwerb von Grundeigentum wohl eher selten der von den gemeinschaftlichen Eigentümern mit dem Grundstück künftig beabsichtigte Einsatz – und demzufolge die Annahme oder Nichtannahme einer einfachen Gesellschaft – für die Wahl der Eigentumsform entscheidend. Vielmehr steht es den Beteiligten in der Praxis (und entgegen der oben aufgeführten Lehre) grundsätzlich frei, ob sie das Grundstück als Mit- oder Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft erwerben wollen. Diese Wahlfreiheit wird indes oft durch Empfehlungen des Notars sowie regionale Gepflogenheiten beeinflusst.¹⁷⁴ Die Entscheidung über die Erwerbsart von Wohneigentum ist weiter etwa dann eingeschränkt, wenn die Erwerber unverheiratete oder in nicht registrierter Lebensgemeinschaft lebende Partner, Geschwister oder Freunde sind und sie

172 Vgl. dazu und zum Folgenden FURRER, S. 63, welcher auf BGE 99 II 315 hinweist.

173 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.II.2.

174 Vgl. dazu REINHARDT, S. 160. Nach REINHARDT ist die Erwerbsform des Miteigentums vor allem in der Ostschweiz und in der Westschweiz gebräuchlich (Fn. 6). Häufig ist Miteigentum als Erwerbsform auch im Kanton Zürich anzutreffen. Vgl. auch SCHMID JÖRG, S. 579 m.w.V.

Mittel der beruflichen Vorsorge für die Finanzierung einsetzen wollen. Art. 2 Abs. 2 lit. b WEFV¹⁷⁵ schreibt nämlich vor, dass diesfalls einzig Miteigentum als gemeinschaftliche Eigentumsform zulässig ist.¹⁷⁶ Werden zur Finanzierung Pensionskassenguthaben verwendet, ist es lediglich Ehegatten oder eingetragenen Partnern erlaubt, Wohneigentum als Gesamteigentümer zu erwerben.¹⁷⁷ Sind nun die gemeinschaftlichen Eigentümer – aus welchen Gründen auch immer – im Grundbuch als Miteigentümer eingetragen, ist es gestützt auf die vorherigen Ausführungen¹⁷⁸ denkbar, dass die einfache Gesellschaft auch nach getätigtem Grundstückserwerb weiter andauert bzw. zu einem späteren Zeitpunkt entsteht.¹⁷⁹ Mit dem Fortbestand oder der späteren Begründung der einfachen Gesellschaft geht dann allerdings *kein* Wechsel der gemeinschaftlichen Eigentumsart einher. Vielmehr ist weiterhin die im Grundbuch eingetragene Eigentumsart des Miteigentums massgebend.¹⁸⁰

Zur besseren Verständlichkeit hier nochmals die Darstellung im Grundbuch bei Miteigentum:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$

175 Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV) vom 3.10.1994, SR 831.411.

176 Vgl. dazu MUSTER, S. 811; BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER, S. 124. Lediglich Ehegatten oder in eingetragener Partnerschaft lebenden Paaren ist es nach Art. 2 Abs. 2 lit. c WEFV erlaubt, ein Grundstück im Gesamteigentum zu erwerben.

177 Nach Art. 2 Abs. 1 WEFV sind zulässige Objekte des Wohneigentums die Wohnung und das Einfamilienhaus. Zulässige Formen des Wohneigentums sind gemäss Art. 2 Abs. 2 WEFV das Eigentum und das Miteigentum, namentlich das Stockwerkeigentum.

178 Kapitel 1.IV.5.5.2 vorne beschreibt die Zweckverfolgung der einfachen Gesellschaft als Abgrenzungskriterium, ob Miteigentum oder Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft besteht. Kapitel 1.IV.5.5.3 vorne zeigt zudem auf, dass die künftigen Miteigentümer durch die gemeinsam vorgenommenen Vorbereitungshandlungen zum anteilmässigen Kauf eines Vermögenswerts eine Gelegenheitsgesellschaft bilden. Wird der gemeinsame Vermögenswert für die Erreichung eines weiterführenden Zwecks (gemäss Kapitel 1.IV.5.5.2 vorne) eingesetzt, kann die einfache Gesellschaft daher weiterbestehen, obwohl die Beteiligten als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind.

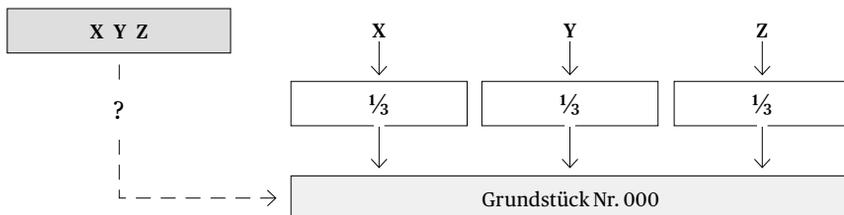
179 Vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 332; vgl. auch THURNHERR, Rz. 52 m.w.V. sowie BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER, Fn. 116.

180 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.4.

Denkt man das soeben Geschriebene zu Ende, liegt der Schluss nahe, dass die im Grundbuch als Miteigentümer eingetragenen gemeinschaftlichen Eigentümer (unter gegebenen Voraussetzungen) auch durch ein (grundsätzlich Gesamteigentum begründendes¹⁸¹) Gesellschaftsverhältnis nach Art. 530 ff. OR miteinander verbunden sein können. Setzen die Miteigentümer ihr Grundstück (anfänglich oder erst später) für einen weiterführenden Zweck ein bzw. besteht ein hinreichender Rechtsbindungswille, müsste folglich neben das Miteigentumsverhältnis (nach Art. 646 ff. ZGB) ein die Beteiligten umfassendes Gesellschaftsverhältnis (nach Art. 530 ff. OR) treten, allerdings und wie bereits gesagt bei gleichbleibender (aus dem Grundbuch ersichtlicher, vgl. Art. 970 Abs. 4 ZGB) gemeinschaftlicher Eigentumsart.¹⁸²

Schematische Darstellung:

Gesellschaftsverhältnis
(Grundverhältnis)



Die in dieser Darstellung gezeigten Eigentümer X, Y und Z sind gemäss Eintrag im Grundbuch und somit für jedermann erkennbar (Art. 970 Abs. 4 ZGB) Miteigentümer des Grundstücks Nr. 000 (Miteigentumsverhältnis). Das Gesellschaftsverhältnis zwischen X, Y und Z (nach Art. 530 ff. OR), welches eigentlich Gesamteigentum begründen würde, bleibt – für Dritte nicht erkennbar – ebenfalls bestehen. Miteigentums- und Gesellschaftsverhältnis bestehen daher nebeneinander.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses lässt sich festhalten, dass gemeinschaftliche Eigentümer gleichzeitig sowohl durch ein Miteigentums- als auch durch ein Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden sein können.¹⁸³ Ob und wie die beiden Verhältnisse nebeneinander Bestand haben können und welche Rechte den Gesellschaftern hinsichtlich des im Miteigentum stehenden Grundstückes zukommen, wird im weiteren Verlauf der Arbeit untersucht.

181 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.2.
 182 Vgl. zur rechtlichen Konstruktion einer einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung hinten Kapitel 3.IX.4.4.3.
 183 Vgl. zum Nebeneinander der beiden Verhältnisse auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 46 und 370 zu Art. 530 OR.

Bei den unbeweglichen Sachen lässt sich dieses *Nebeneinander* der beiden Verhältnisse besonders gut veranschaulichen, da die Eigentumsart (grundsätzlich¹⁸⁴) aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Art. 971 ZGB) und ein Wechsel der Eigentumsart zunächst eine entsprechende Grundbucheintragung und eine Eintragung im Grundbuch erfordert.¹⁸⁵

Anders gestaltet sich die Situation bei *beweglichen Sachen*.¹⁸⁶ Hier dient einzig der Besitz als Publizitätsmittel. Für Dritte ist daher – im Gegensatz zu den unbeweglichen Sachen – nicht sichtbar, ob Mit- oder Gesamteigentum vorliegt. In Bezug auf die gemeinschaftliche Eigentumsart liegt (vermutungsweise) Miteigentum vor, soweit die Beteiligten kein Gesamteigentum begründendes Verhältnis nachweisen können.¹⁸⁷ Ein Wechsel der Eigentumsart ist somit jederzeit (und ohne Registereintrag) möglich. Der Übergang vom Miteigentum zum Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft wird daher in der Literatur auch als *fliessend* bezeichnet.¹⁸⁸ Selbstverständlich können auch bei beweglichen Sachen Miteigentums- und Gesellschaftsverhältnis nebeneinander bestehen. Auch hier müssten die Beteiligten im Zweifelsfall wohl einen diesbezüglichen Nachweis erbringen können. Dieses Nebeneinander der beiden Verhältnisse ist bei beweglichen Sachen weit weniger gut «fassbar» als bei den unbeweglichen Sachen, bei welchen ein «statischer» Grundbucheintrag die gemeinschaftliche Eigentumsart jederzeit sichtbar macht.

In dieser Abhandlung soll unter anderem anhand von zwei Fallkonstellationen eine Analyse unternommen werden, wie die Art. 646 ff. ZGB und die

184 Im Rahmen des relativen Eintragungsprinzips ist es beispielsweise möglich, dass die Art des gemeinschaftlichen Eigentums ausserbuchlich wechselt. Etwa dann, wenn Ehegatten, die bis anhin als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen waren und unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung lebten, einen Ehevertrag abschliessen, darin vereinbaren, ihren Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (nach Art. 221 ff. ZGB) zu unterstellen und dass das gesamte Grundstück von der allgemeinen Gütergemeinschaft erfasst werden soll. Diesfalls entsteht bereits im Zeitpunkt der ehevertraglichen Begründung des neuen Güterstandes ausserbuchlich Gesamteigentum am betreffenden Grundstück (Art. 652 i.V.m. Art. 222 Abs. 2 ZGB). Vgl. dazu auch REY, Sachenrecht, Rz. 999.

185 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.III.3.

186 Vgl. zum Grundeigentum und Eigentum an beweglichen Sachen auch WOLF/WIEGAND, BSKZGB II, N18 zu Art. 641 ZGB.

187 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.5.1.

188 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, § 1 N 103. Die Formulierung der Autoren liesse sich m.E. allerdings dahingehend ergänzen, dass der Übergang in beide Richtungen und daher nicht nur *vom* Miteigentum *zum* Gesamteigentum, sondern grundsätzlich *zwischen* den beiden Verhältnissen fließend sein kann. Ähnlich VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 235. Vgl. zur Abgrenzung vom Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft vorne Kapitel 1.IV.5.

Art. 530 ff. OR miteinander koordiniert werden können. Mögliche Angleichungen können leichter untersucht werden, wenn fix vom Miteigentum als gemeinschaftlicher Eigentumsart ausgegangen werden kann. Die kommenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf das *Miteigentum an Grundstücken* und klammern die beweglichen Sachen aus.

Kapitel 2: Miteigentum an Grundstücken

Die nachfolgenden Ausführungen gehen auf das Miteigentum an Grundstücken ein und liefern die Basis dafür, wie das Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR aus einer sachenrechtlichen Perspektive funktionieren kann.

Aufgebaut ist dieses Kapitel folgendermassen: Zunächst werden Erscheinungsformen und Entstehungsarten von Miteigentum an Grundstücken aufgezeigt (Ziff. I.). Anschliessend wird mit der Miteigentümergeinschaft ein weiterer, für diese Abhandlung wesentlicher Begriff vorgestellt (Ziff. II.). Bei den darauffolgenden Ausführungen zum Miteigentumsanteil (Ziff. III.) liegt ein besonderes Augenmerk darauf, wie der Miteigentumsanteil aufgeteilt werden kann.¹⁸⁹ Auf die an dieser Stelle erarbeiteten Grundlagen zur rechtlichen Konstruktion des gestuften Miteigentums kann dann im dritten Kapitel, im Zusammenhang mit der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft und der Beurteilung der Frage, wie die Gesellschafter die Eigentumsrechte der zu Gebrauch in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteile ausüben können, verwiesen werden. Im Folgenden wird das im Miteigentum stehende gemeinschaftliche Grundstück (genannt Stammgrundstück) und dabei insbesondere dessen Nutzung, Gebrauch und Verwaltung durch die Miteigentümer besprochen (Ziff. IV.). Danach folgen die für die Untersuchung zentralen Grundlagen der Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung (Ziff. V.). Die Darstellungen der Möglichkeiten, wie ein Miteigentümer aus der Gemeinschaft ausscheiden kann (Ziff. VI.) und wie es zur Beendigung von Miteigentum kommen kann (Ziff. VII.), runden dieses Kapitel ab. Abschliessend werden die sich aus diesem Kapitel ergebenden und für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung zentralen Erkenntnisse in gekürzter Form wiedergegeben (VIII.).

189 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

I. Erscheinungsformen und Entstehungsarten

1. Übersicht über die Erscheinungsformen

Das Miteigentum an Grundstücken kennt verschiedene Erscheinungsformen: Zum einem wird zwischen dem *gewöhnlichen* (*schlichten*) und dem *qualifizierten* und zum anderen zwischen dem *selbständigen* und dem *unselbständigen* (*subjektiv-dinglichen*) Miteigentum unterschieden.¹⁹⁰

Das *gewöhnliche* Miteigentum¹⁹¹ ist im Gesetz in den Art. 646–651a ZGB, das Stockwerkeigentum als *qualifiziertes* Miteigentum in den Art. 712a–712f ZGB geregelt.¹⁹² Beim Stockwerkeigentum handelt es sich nach Art. 712a Abs. 1 ZGB um eine besondere Ausgestaltung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück.¹⁹³ Folglich kann Stockwerkeigentum – im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum – nur an unbeweglichen Sachen bestehen.¹⁹⁴ Beim Stockwerkeigentum ist, im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum, mit dem Miteigentumsanteil ein Sonderrecht verbunden. Mit diesem Sonderrecht erhält der Stockwerkeigentümer ein ausschliessliches Nutzungs- und Verwaltungsrecht an bestimmten Räumen und die Berechtigung, diese Räume baulich auszugestalten (Art. 712a Abs. 1 ZGB).

Ob *selbständiges* oder *unselbständiges* Miteigentum an einem Grundstück vorliegt, hängt davon ab, wem die Miteigentumsanteile zustehen.¹⁹⁵ Beim selbständigen Miteigentum¹⁹⁶ steht der Anteil einer individuell bestimmten Person zu, während beim unselbständigen Miteigentum¹⁹⁷ der Anteil dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zugeordnet ist (Art. 655a ZGB).¹⁹⁸

190 REY, Sachenrecht, Rz. 630ff.; weiter kann unterschieden werden zwischen modifiziertem und labilem Miteigentum, vgl. dazu REY, Sachenrecht, Rz. 639 f.

191 In dieser Arbeit wird das gewöhnliche Miteigentum behandelt. Wenn nachfolgend von Miteigentum die Rede ist, beziehen sich die Ausführungen dazu auf das gewöhnliche Miteigentum.

192 Art. 712g ZGB zum Stockwerkeigentum spricht in den Abs. 1 und 3 von «Verwaltungshandlungen» und «baulichen Massnahmen» und verweist diesbezüglich auf die Bestimmungen zum gewöhnlichen Miteigentum (also auf die Art. 647–647e ZGB). Vgl. dazu BÖSCH, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 712g ZGB m.w.V. Aufgrund dieser Verweisnorm wird in dieser Arbeit teilweise auf Literatur zum Stockwerkeigentum verwiesen.

193 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 726.

194 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 726.

195 REY, Sachenrecht, Rz. 632.

196 Bei den nachfolgenden Ausführungen zur grundbuchrechtlichen Behandlung von Miteigentum beziehen sich diese jeweils auf das selbständige Miteigentum.

197 Die grundbuchrechtliche Behandlung von unselbständigem Eigentum ist in Art. 95 GBV i.V.m. Art. 655a ZGB geregelt.

198 GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 5 zu Art. 646 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 632.

2. Übersicht über die Entstehungsarten

Miteigentum an Grundstücken kann entweder durch Gesetz, richterliches Urteil bzw. behördliche Verfügung oder durch Rechtsgeschäft entstehen.¹⁹⁹

2.1 Von Gesetzes wegen, durch richterliches Urteil bzw. behördliche Verfügung

Nach denselben gesetzlichen Bestimmungen, wie es im Allgemeinen zum ausserbuchlichen Erwerb von Grundeigentum²⁰⁰ kommen kann, kann auch Miteigentum entstehen.²⁰¹ *Von Gesetzes wegen* entsteht Miteigentum etwa dann, wenn die Regeln über die Ersitzung (Art. 661 f. ZGB) oder den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (Art. 973 ZGB) Anwendung finden.²⁰²

Durch Urteil kann Miteigentum an einem Grundstück dann entstehen, wenn gerichtlich ein Grundstück mehreren Personen, die nicht durch eine Gesamthandschaft miteinander verbunden sind, zu Miteigentum zugesprochen wird.²⁰³ *Durch behördliche Verfügung* erwerben mehrere an einer Grundstückszwangsversteigerung gemeinsam bietende Steigerer nach Art. 59 VZG mit dem Zuschlag Miteigentum zu gleichen Teilen, falls sie nichts anderes erklären.²⁰⁴

2.2 Durch Rechtsgeschäft

In den weitaus meisten Fällen entsteht Miteigentum durch gemeinsamen rechtsgeschäftlichen Erwerb.²⁰⁵ Zwei oder mehr Personen, die in der Folge als Miteigentümer auftreten wollen, schliessen zu diesem Zweck mit dem bisherigen Alleineigentümer ein Rechtsgeschäft ab (z.B. Kauf-, Schenkungs-, Tauschvertrag).²⁰⁶ Darüber hinaus kann der ursprüngliche Alleineigentümer auch lediglich einen Anteil seines Eigentumsrechts an eine andere Person übertragen, wodurch Miteigentum zwischen dem bisherigen und dem hinzutretenden Eigentümer entsteht.²⁰⁷

Weiter kann Miteigentum auch durch die Umwandlung von gesamthänderischem Eigentum in Miteigentum geschaffen werden.²⁰⁸ Dabei schliessen

199 REY, Sachenrecht, Rz. 711; vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 727 ff.

200 Vgl. zum Eigentumsübergang ohne Grundbucheintragung REY, Sachenrecht, Rz. 1541 ff.

201 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 19.

202 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 19.

203 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 20 zu Art. 646 ZGB.

204 REY, Sachenrecht, Rz. 719; MEIER-HAYOZ, BK, N 25 zu Art. 646 ZGB.

205 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 646 ZGB.

206 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 15.

207 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 15.

208 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 17.

die späteren Miteigentümer untereinander einen Begründungsvertrag ab.²⁰⁹ So können beispielsweise die Mitglieder einer Erbengemeinschaft durch Begründung von Miteigentum die Erbteilung vollziehen.²¹⁰

II. Die Miteigentümergeinschaft

1. Definition

Wie beschrieben sind nach Art. 646 ZGB mehrere Personen dann Miteigentümer, wenn sie eine Sache nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum haben (Abs. 1).²¹¹ Jedem einzelnen Teilhaber kommen für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Alleineigentümers zu: Er kann seinen Anteil veräussern bzw. verpfänden und dieser kann von seinen Gläubigern gepfändet werden (Abs. 3). Im Unterschied zum Gesamteigentum (nach Art. 652 ZGB) stellt Miteigentum diejenige Art des gemeinschaftlichen Eigentums dar, die kein Grundverhältnis unter den Beteiligten voraussetzt.²¹² Auch wenn kein vorgängig bestehendes Gemeinschaftsverhältnis für die Entstehung von Miteigentum erforderlich ist, kann ein solches dennoch vorliegen (wie etwa im Falle der Vereinbarung von Miteigentum in der einfachen Gesellschaft²¹³).²¹⁴

Spätestens im Zeitpunkt der Miteigentumsbegründung entsteht ein alle Beteiligten umfassendes, gesetzliches Gemeinschaftsverhältnis.²¹⁵ Dieses Verhältnis wird als Miteigentümergeinschaft bezeichnet und ist die Folge des gemeinschaftlichen Eigentums nach Art. 646 ff. ZGB.²¹⁶ Ihr Entstehungsgrund ist ein sachenrechtliches Verhältnis – anders als beim Gesamteigentum ist kein Grundverhältnis erforderlich²¹⁷.²¹⁸ Die Miteigentümer sind durch die Tatsache, gleichzeitig an der gleichen Sache anteilmässiges Eigentum zu

209 Vgl. dazu etwa REY/MAETZKE, Rz. 120 (Begründungsvertrag Stockwerkeigentum).

210 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 17.

211 Vgl. zur rechtlichen Konstruktion des Miteigentums vorne Kapitel 1.IV.1.

212 MEIER-HAYOZ, BK, N 1 und 6 zu Art. 646 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 611; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 4 zu Art. 646 ZGB; vgl. dazu auch vorne die Kapitel 1.IV.1/3.

213 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

214 HAAB, ZK, N 3 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 6 zu Art. 646 ZGB; vgl. dazu auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 646 ZGB; SCHNEIDER, S. 239.

215 HAAB, ZK, N 3 zu Vorbem. zu den Art. 646–654 ZGB; vgl. auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 646 ZGB; SCHMID JÖRG, S. 575.

216 LIVER, SPR V/1, S. 53; vgl. zur Miteigentümergeinschaft vorne Kapitel 2.II.

217 Vgl. zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten von Mit- und Gesamteigentum vorne Kapitel 1.IV.3.

218 LIVER, SPR V/1, S. 53 f.; vgl. SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 151 m.w.V.

haben, miteinander verbunden (vgl. Art. 646 Abs. 1 ZGB).²¹⁹ Rechtliche Beziehungen zwischen den einzelnen Miteigentümern entstehen notwendigerweise nur insoweit, «als die anteilmässige Rechtsausübung an der gleichen einheitlichen Sache dies erfordert».²²⁰ Durch die Begründung von Miteigentum entsteht folglich neben dem Tatbestand des anteilmässigen Eigentums auch eine Innenbeziehung zwischen den Miteigentümern.²²¹ Neben dem Miteigentumsanteil kommt somit jedem Miteigentümer ein Gemeinschaftsteilrecht zu, «dessen Inhalt von der Stellung abhängt, die der Miteigentümer in der Miteigentumsgemeinschaft hat».²²² Die den einzelnen Beteiligten in der Miteigentümergeinschaft zukommende Stellung wird durch die *Miteigentümerordnung*²²³ bestimmt.²²⁴

Der Erwerb eines Miteigentumsanteils bringt zwangsläufig den Eintritt in die Miteigentümergeinschaft mit sich, während der Austritt mit der Veräusserung des Anteils einhergeht.²²⁵

Die Miteigentümergeinschaft verfügt nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist – im Gegensatz zur Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712 ZGB) – auch nicht beschränkt vermögens-, handlungs-, prozess- und betriebsfähig.²²⁶ Die erwähnten Fähigkeiten stehen beim Miteigentum ausschliesslich den einzelnen Beteiligten zu.²²⁷

2. Beschlussfassung

Um das Zusammenspiel der Institute Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) und einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) analysieren zu können, wird sowohl die Willensbildung innerhalb der Miteigentümergeinschaft als auch jene im Recht der einfachen Gesellschaft thematisiert.²²⁸ Dadurch werden mögliche Unterschiede im Beschlussfassungsverfahren ersichtlich gemacht.²²⁹ Nachfolgende

219 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 5; HAAB, ZK, N 3 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB; SCHNEIDER, S. 239; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 646 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 4.

220 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 6 zu Art. 646 ZGB.

221 Vgl. SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 5; vgl. auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 vor Art. 646-654a ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 4; THURNHERR, Rz. 120.

222 Vgl. LIVER, GS, S. 175.

223 Vgl. zur Miteigentümerordnung hinten Kapitel 2.V.

224 Vgl. LIVER, GS, S. 175.

225 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 5 und 47.

226 BGE 103 Ib 76, E. 1; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB m.w.V. auf die kant. Rechtsprechung; vgl. auch DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 3 zu Art. 646 ZGB.

227 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB m.w.V.

228 Vgl. zur Beschlussfassung im Recht der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.VII.

229 Vgl. dazu hinten Kapitel 5.III.

Ausführungen befassen sich mit der Beschlussfassung innerhalb der Miteigentümergeinschaft.

2.1 Definition und Funktion des Beschlusses

MEIER-HAYOZ definiert den Beschluss der Miteigentümer als ein mehrseitiges Rechtsgeschäft²³⁰, welches in Angelegenheiten einer Personenverbindung eine Entscheidung herbeiführt, unmittelbar nur gegenüber den an der Personenverbindung Beteiligten wirkt und somit ausschliesslich die inneren Angelegenheiten der Miteigentümergeinschaft ordnet.²³¹ Der Beschluss beschränkt sich insofern auf die inneren Angelegenheiten der Miteigentümergeinschaft, als er – einmal gültig zustande gekommen – die Gemeinschaft erst dazu befähigt, die beabsichtigten rechtsbegründenden, rechtsändernden oder rechtsaufhebenden Geschäfte vorzunehmen.²³²

2.2 Unterschiedliche Mehrheitserfordernisse

In Bezug auf die Beschlussfassung hat das ZGB für das gewöhnliche Miteigentum drei Kategorien von Mehrheitserfordernissen festgelegt:²³³ Art. 647a Abs. 2, 647c und 649b Abs. 2 ZGB sehen ein einfaches Mehr nach Köpfen vor, Art. 647b Abs. 1, 647d Abs. 1 und 647e Abs. 2 ZGB ein einfaches Mehr nach Köpfen und Anteilen, während Art. 647 Abs. 1, 647e Abs. 1, 648 Abs. 2, 650 Abs. 2 und 681b Abs. 1 ZGB (i.V.m. Art. 647 Abs. 1 ZGB) die Zustimmung aller Miteigentümer und somit Einstimmigkeit verlangen.

2.3 Pattsituationen

Eine Pattsituation liegt immer dann vor, wenn sich die Miteigentümer nicht einigen können²³⁴ und auch kein Mehrheitsbeschluss²³⁵ zustande kommt. Dazu kann es beispielsweise kommen, wenn eine Miteigentümergeinschaft nur aus zwei Beteiligten besteht: Selbst wenn die Miteigentümer zu unterschiedlichen Quoten an der im Miteigentum stehenden Sache berechtigt sind, kann bei fehlender Einstimmigkeit keine Mehrheit herbeigeführt werden, da keiner gegenüber dem anderen über die gesetzlich vorgesehene Mehrheit

230 In der Lehre wird der Beschluss als Rechtsgeschäft *sui generis* eingeordnet, vgl. dazu SCHNEIDER, S. 118 m.w.V. (auch zum deutschen Recht).

231 MEIER-HAYOZ, BK, N 21 zu Art. 647 ZGB; vgl. dazu auch SCHNEIDER, S. 118.

232 SCHNEIDER, S. 118 m.w.H. zum Beschluss als Fiktion des gemeinsamen Willens, wenn nicht alle Beteiligten gleicher Ansicht sind, auf S. 119.

233 Vgl. dazu und zum Folgenden MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 647 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 35 zu Art. 647 ZGB.

234 Fehlende Einstimmigkeit.

235 Einfaches Mehr nach Köpfen oder einfaches Mehr nach Köpfen und Anteilen.

verfügt.²³⁶ Ähnlich liegt die Situation, wenn der Anteil eines Teilhabers einer Miteigentümergeinschaft – bestehend aus drei oder mehr Personen – mindestens $\frac{1}{2}$ beträgt: Die Erzielung eines qualifizierten Mehrs²³⁷ ist somit dann ausgeschlossen, wenn der zu $\frac{1}{2}$ Berechtigte dagegen stimmt.²³⁸

Kann eine Miteigentümergeinschaft keine Verständigung erzielen, so bleiben ihr grundsätzlich sämtliche Handlungen verwehrt, für welche das Gesetz ein Mehrheitserfordernis vorschreibt.²³⁹ Um bei einer mehrheitsunfähigen bzw. mehrheitlich unwilligen Gemeinschaft das Miteigentumsobjekt vor der Verwahrlosung zu schützen, gewährt Art. 647 Abs. 2 ZGB deshalb jedem Miteigentümer das Recht, beim Gericht um die Anordnung notwendiger Vorkehrungen zu ersuchen (Ziff. 1) oder in dringenden Situationen die erforderlichen Massnahmen selber und sofort vorzunehmen (Ziff. 2).²⁴⁰ Diese jedem einzelnen Miteigentümer zustehenden Rechte können weder aufgehoben noch beschränkt werden – auch nicht durch Mehrheitsbeschluss.²⁴¹

2.4 Beschlussfassungsverfahren

Bezüglich des Verfahrens der Beschlussfassung einer Miteigentümergeinschaft enthält das ZGB keine expliziten Bestimmungen.²⁴² Die Beschlussfassung kann deshalb mit oder ohne Versammlung,²⁴³ mündlich wie auch schriftlich erfolgen.²⁴⁴ Trotz fehlender gesetzlicher Gültigkeitsvoraussetzungen

236 MEIER-HAYOZ, BK, N 27 zu Art. 647 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 647 ZGB.

237 Einfaches Mehr nach Köpfen und Anteilen.

238 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 647 ZGB.

239 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 647 ZGB. In Fällen, in denen die beiden einzigen Miteigentümer derart zerstritten sind, dass deshalb ein Weiterbestand der Miteigentümergeinschaft undenkbar erscheint, können allenfalls die Ausschlussklage (Art. 649b ZGB) oder die Teilungsklage (Art. 650f. ZGB) Abhilfe schaffen; vgl. dazu BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 37 zu Art. 647 ZGB sowie zur Ausschlussklage hinten Kapitel 2.VI.4. und zur Teilungsklage hinten Kapitel 2.VII.2.

240 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 48 zu Art. 647 ZGB.

241 MEIER-HAYOZ, BK, N 53 f. zu Art. 647 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 46 zu Art. 647 ZGB: Der zwingende Art. 647 Abs. 2 ZGB bezweckt die Sicherung der Existenz und Funktionstüchtigkeit der gemeinschaftlichen Sache. Vgl. zu den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen im Miteigentumsrecht hinten Kapitel 2.V.3.3.2.

242 HAAB, ZK, N 6 zu Art. 647 ZGB; SCHNEIDER, S. 132; THURNHERR, Rz. 352; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 647 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 56; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 14 zu Art. 647 ZGB.

243 Oder auf dem Zirkularweg.

244 MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 647 ZGB; HAAB, ZK, N 6 zu Art. 647 ZGB; SCHNEIDER, S. 132; THURNHERR, Rz. 352, welcher mit Verweis auf deutsche Autoren (Fn. 1081 f.) davon ausgeht, dass somit sämtliche Förmlichkeiten bezüglich Einberufung und Traktandierung entfielen und auch telefonisch, schriftlich, per E-Mail oder auch stillschweigend gefasste Beschlüsse zulässig seien.

zum Beschlussfassungsverfahren ist die Lehre der Ansicht, dass sämtliche Miteigentümer rechtzeitig informiert werden müssen und die Möglichkeit erhalten sollen, an mündlichen Beratungen oder an Meinungsäusserungen auf dem Schriftweg sowie an der Abstimmung teilzunehmen.²⁴⁵ Die soeben erwähnten und/oder weitere Verfahrensvorschriften²⁴⁶ können von den Miteigentümern rechtsgeschäftlich festgelegt werden.²⁴⁷ Deren Nichtbeachtung hat zwar nicht die Ungültigkeit des Beschlusses zur Folge, kann aber einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Aufhebung des Miteigentumsverhältnisses darstellen und unter Umständen Schadenersatzansprüche auslösen.²⁴⁸

2.5 Subsidiäre Anwendbarkeit der Vereinsnormen

Im Gegensatz zum Stockwerkeigentum (Art. 712m Abs. 2 ZGB) fehlt im Miteigentum eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers zur subsidiären Anwendbarkeit des Vereinsrechts (Art. 60 ff. ZGB) auf die Versammlung und die Beschlussfassung der Miteigentümer.²⁴⁹ Dennoch erachtet die Lehre die Heranziehung der Vereinsnormen auch beim gewöhnlichen Miteigentum in gewissen Fällen als zulässig.²⁵⁰

III. Der Miteigentumsanteil

1. Begriff und Funktion

Der Miteigentumsanteil lässt sich als die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die dem einzelnen Miteigentümer in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache zukommen, bezeichnen.²⁵¹ Diese Rechte und Pflichten stellen eine Rechtsposition dar.²⁵² Der Miteigentumsanteil – verstanden als konkrete

245 MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 647 ZGB; vgl. auch SCHNEIDER, S. 132; HAAB, ZK, N 6 zu Art. 647 ZGB.

246 Sinnvollerweise sollten die Beteiligten auch Verfahrensvorschriften festlegen, welche Regelungen zur Protokollierung der Beschlüsse sowie zur Aufbewahrung des Protokolls zum Inhalt haben. Vgl. dazu THURNHERR, Rz. 353.

247 Mangels gesetzlicher Grundlage können die Miteigentümer jedoch nicht zur Übernahme solcher Regelungen verpflichtet werden; SCHNEIDER, S. 133.

248 HAAB, ZK, N 6 zu Art. 647 und N 3 zu Art. 650, 651 ZGB m.w.V. zum deutschen BGB; THURNHERR, Rz. 353; MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 647 ZGB; SCHNEIDER, S. 133. Vgl. bezüglich mangelhafter Beschlüsse BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 40 ff. zu Art. 647 ZGB.

249 MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 647 ZGB.

250 MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 647 ZGB. Die Heranziehung des Vereinsrechts kommt dann in Betracht, wenn eine Miteigentümergeinschaft körperschaftlich organisiert und auf Dauer berechtigt ist sowie eine grössere Anzahl von Miteigentümern umfasst; vgl. dazu STUDER, S. 27.

251 MEIER-HAYOZ, BK, N 43 zu Art. 646 ZGB; vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 643.

252 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 644.

Rechtsstellung – ist somit «die Rechtsposition des einzelnen Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache»,²⁵³

Der Umfang der Rechtsposition des einen, verglichen mit den übrigen Miteigentümern am gemeinsamen Rechtsobjekt, wird durch eine virtuell-abstrakte Verhältniszahl (Bruchzahl) zum Ausdruck gebracht.²⁵⁴ Es handelt sich beim Bruchteil (Quote) um «eine rein arithmetische Fixierung eines Miteigentumsanteils»,²⁵⁵

Der Bruchteil erfüllt verschiedene Funktionen: Er bestimmt zum einen das Ausmass der Mitberechtigung am Ertrag, am Erlös beim Verkauf²⁵⁶ oder der körperlichen Teilung der gemeinschaftlichen Sache, und er legt auch das Ausmass für allfällige Versicherungs- und Expropriationsentschädigungen sowie Schadenersatzansprüche fest. Weiter ist er massgebend für die Mittragung der Kosten und Lasten (Art. 649 ZGB), für die Fassung von Mehrheitsbeschlüssen und für die gegenseitige Gewährleistungspflicht nach der Teilung.²⁵⁷ Zum anderen wird der Miteigentumsanteil durch den Bruchteil verkehrsfähig gemacht.²⁵⁸ Indem Art. 646 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass jeder Miteigentümer seinen Anteil veräussern und verpfänden kann, wird der Miteigentumsanteil nämlich zum Objekt des Rechtsverkehrs erklärt.²⁵⁹

2. Behandlung des Miteigentumsanteils als Grundstück

Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 i.V.m. Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB sieht vor, dass die Miteigentumsanteile an Grundstücken wie Grundstücke behandelt werden. Daraus folgt, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Liegenschaften auch auf die Miteigentumsanteile an Grundstücken angewendet werden.²⁶⁰ Da es sich bei den Miteigentumsanteilen an Grundstücken um Rechte handelt und ihnen somit die Sachqualität fehlt, können sie allerdings nur zum Teil so behandelt werden, wie wenn sie Grundstücke wären.²⁶¹

253 REY, Sachenrecht, Rz. 644.

254 MEIER-HAYOZ, BK, N 43 zu Art. 646 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 645; vgl. auch LIVER, SPR V/1, S. 54.

255 REY, Sachenrecht, Rz. 645; LIVER, SPR V/1, S. 54; vgl. zur Unterscheidung von Quote und Anteil MENGIARDI, S. 46 ff. und MEIER-HAYOZ, BK, N 43 zu Art. 646 ZGB.

256 Vgl. dazu hinten Kapitel 2.IV.3.

257 MEIER-HAYOZ, BK, N 44 zu Art. 646 ZGB.

258 HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Rz. 04.199.

259 REY, Sachenrecht, Rz. 647; die Verkehrsfähigkeit zeigt sich besonders deutlich bei Miteigentumsanteilen an Grundstücken (vgl. zum Miteigentumsanteil als Grundstück i.S. des Gesetzes hinten Kapitel 2.III.3.).

260 REY, Sachenrecht, Rz. 1036; vgl. zu den Begriffen «Grundeigentum» und «Grundstücke» vorne Kapitel 1.III.

261 STREBEL/LAIM, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 655 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 655 ZGB.

Trotz fehlender Sachqualität nehmen die Miteigentumsanteile als selbständige Vermögensobjekte – und zwar unabhängig davon, ob sie mit eigenem Hauptbuchblatt im Grundbuch aufgenommen wurden²⁶² – am Rechtsverkehr teil (Art. 646 Abs. 3 ZGB).²⁶³ Die durch das Gesetz ermöglichte Verselbständigung des Miteigentumsanteils als eigenes Grundstück und die daraus resultierende Verkehrsfähigkeit der Rechtsposition des einzelnen Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache führt dazu, dass der im Anteil enthaltene Geldwert z.B. durch Verpfändung mobilisiert werden kann.²⁶⁴

Wird nun an einem Miteigentumsanteil wiederum Miteigentum begründet, liegt – zumindest nach Auffassung eines Teils der Lehre – *gestuftes Miteigentum (copropriétés superposées)*²⁶⁵ vor.²⁶⁶ Das Miteigentumsverhältnis am Stammgrundstück wird dabei als Miteigentum ersten Grades (*copropriété du premier degré*) und das Miteigentumsverhältnis an den Miteigentumsanteilen als Miteigentum zweiten Grades (*copropriété du deuxième degré*) bezeichnet.²⁶⁷ Dieser Lehrmeinung folgend, kann es auch im Rahmen der Aufteilung eines Miteigentumsanteils zum gestuften Miteigentum kommen.²⁶⁸

Jener Teil der Lehre, der davon ausgeht, dass auch beim gewöhnlichen Miteigentum gestuftes Miteigentum möglich ist, ist sich allerdings uneinig darüber, ob die Miteigentumsanteile zweiten Grades ebenfalls als Grundstücke i.S. des Gesetzes behandelt werden können.²⁶⁹ Insbesondere STEINAUER spricht sich dafür aus, dass es sich nicht nur beim Stockwerkeigentum, sondern auch beim gewöhnlichen Miteigentum bei den Miteigentumsanteilen

262 Vgl. zur grundbuchrechtlichen Behandlung von Miteigentumsanteilen hinten Kapitel 2.III.3.

263 STREBEL, BSK ZGBII, N 22 zu Art. 655 ZGB.

264 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 647.

265 Oder auch *cascades de copropriétés* oder *copropriétés à plusieurs degrés* genannt; STEINAUER, FS, S. 104.

266 REY, Sachenrecht, Rz. 661df. und 1054a; STEINAUER, FS, S. 104, 106 ff.; vgl. auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 15 zu Art. 646 ZGB; SCHMID, BSK ZGBII, N 22 zu Art. 943 ZGB.

267 STEINAUER, FS, S. 104, 106 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 1054a. A.M. PIOTET (S. 142): «la part de copropriété ne peut être l'objet d'une copropriété». In diesem Zusammenhang verweist PIOTET (u.a.) auf LIVER (SPRV/1, S. 52), der ausführt, dass das Objekt des Miteigentums eine Sache sein muss (vgl. dazu den Wortlaut von Art. 646 Abs. 1 ZGB). PIOTET kommt daher zu folgendem Schluss: «Les copropriétés superposées – une part de la copropriété de base étant l'objet d'une autre copropriété – n'existent pas» (S. 147, vgl. auch S. 142).

268 Vgl. dazu hinten Kapitel 2.III.7.2.

269 REY, Sachenrecht, Rz. 650a und 661e; befürwortend STEINAUER, FS, S. 103 ff., vgl. insbesondere S. 107; ablehnend PIOTET, S. 137 ff.; eher ablehnend REY, Sachenrecht, Rz. 650a und 1054c. Vgl. zum Begriff «Grundstück» vorne Kapitel 1.III.1.

zweiten Grades um Miteigentumsanteile an Grundstücken i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB handelt²⁷⁰ und sie demzufolge auch als selbständige Vermögensobjekte am Rechtsverkehr teilnehmen können.²⁷¹ In Bezug auf den zu Miteigentum aufgeteilten Stockwerkeigentumsanteil äussert sich REY zustimmend, da der Stockwerkeigentumsanteil aufgrund seiner realen Dimension²⁷² Sachqualität aufweise und eine Mehrheitsberechtigung an einem Stockwerkeigentumsanteil gesetzlich vorgesehen sei (Art. 712o Abs. 1 ZGB). Ob auch beim gewöhnlichen Miteigentum an einem Grundstück die Miteigentumsanteile zweiten Grades Grundstücke i.S. des Gesetzes sein können, erachtet er insbesondere aufgrund fehlender Sachqualität und fehlender gesetzlicher Grundlage als zweifelhaft.²⁷³

3. Grundbuchliche Behandlung von Miteigentumsanteilen

Bei gewöhnlichem Miteigentum sieht der Gesetzgeber die Möglichkeit vor, Anteile mittels eigenständiger Hauptbuchblätter ins Grundbuch aufzunehmen (Art. 23 Abs. 1 und 2 GBV).²⁷⁴ Diesfalls sind auf den für jeden Miteigentumsanteil einzeln zu eröffnenden Hauptbuchblättern (Art. 23 Abs. 3 lit. b GBV) Grundstücksbeschreibungen anzulegen, welche Angaben über den Bruchteil des Miteigentums sowie den Hinweis auf das in Miteigentum aufgeteilte Grundstück enthalten (Art. 23 Abs. 5 GBV).²⁷⁵ Auf dem Hauptbuchblatt des Stammgrundstücks wird in der Abteilung «Eigentum» anstelle der jeweiligen Miteigentümer die Grundstücksbezeichnung der Miteigentumsanteile eingetragen (Art. 23 Abs. 3 lit. a GBV). Zum einen führt die Belastung eines gewöhnlichen Miteigentumsanteils²⁷⁶ durch ein Pfandrecht zwingend zur Aufnahme des Miteigentumsanteils als eigenes Grundstück (Art. 23 Abs. 1 lit. a GBV i.V.m. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Zum anderen werden die Miteigentumsanteile auch

270 STEINAUER, FS, S. 107; REY, Sachenrecht, Rz. 1054b.

271 REY, Sachenrecht, Rz. 1054b.

272 Nach Art. 712a Abs. 1 ZGB hat der Stockwerkeigentümer das Recht, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen.

273 REY, Sachenrecht, Rz. 1054b.

274 Demgegenüber besteht beim Stockwerkeigentum (qualifiziertes Miteigentum) die gesetzliche Pflicht, die Anteile ins Grundbuch aufzunehmen (Art. 23 Abs. 1 lit. b GBV).

275 SCHMID, BSK ZGBII, N 17 zu Art. 942 ZGB. Sind einzelnen Miteigentümern im Rahmen einer vereinbarten Miteigentümerordnung (vgl. dazu hinten Kapitel 2.V.4.) besondere Nutzungsrechte zugewiesen worden, bildet dieser Hinweis nicht Bestandteil der Grundstücksbeschreibung. Besondere Nutzungsrechte betreffen nicht eine tatsächliche Situation zur Beschreibung des Grundstücks, sondern eine rechtliche; SCHMID, BSK ZGBII, N 17a zu Art. 942 ZGB.

276 Gewöhnliches Miteigentum ist in den Art. 646 ff. ZGB geregelt, während Stockwerkeigentum als qualifiziertes Miteigentum in den Art. 712a ff. ZGB normiert ist.

dann als eigene Grundstücke ins Hauptbuch aufgenommen, «wenn dies der Klarheit und Übersichtlichkeit dient» (Art. 23 Abs. 2 GBV).²⁷⁷

4. Erwerb

Erwerben zwei oder mehrere Personen ein Grundstück (Stammgrundstück) als Miteigentümer, kommt jedem Miteigentümer ein Miteigentumsanteil i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB (und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) zu.

Am Miteigentumsanteil i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB ist sowohl eine anteilmässige²⁷⁸ (nach Art. 646 ff. ZGB) als auch eine gesamthänderische Berechtigung (nach Art. 652 ff. ZGB) möglich.²⁷⁹ Halten die Beteiligten den Miteigentumsanteil wiederum im Miteigentum, liegt gestuftes Miteigentum vor, und die Beteiligten bilden eine sog. Untergemeinschaft.²⁸⁰

5. Belastung

Nach dem in Art. 646 Abs. 3 ZGB vorgesehenen allgemeinen Grundsatz kommen jedem Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers zu.²⁸¹ Unter den allgemeinen Bestimmungen zum Grundpfand (Art. 793 ff. ZGB) greift der Gesetzgeber diesen Grundsatz in Art. 800 Abs. 1 ZGB wieder auf: «Steht ein Grundstück in Miteigentum, so kann jeder Eigentümer seinen Anteil verpfänden» (vgl. aber auch Art. 648 Abs. 3 ZGB). Als selbständiges Rechtsobjekt unterliegt der einzelne Miteigentumsanteil auch dem Zugriff der Gläubiger und kann daher gepfändet bzw. zur Konkursmasse gezogen werden.²⁸²

Obwohl Art. 646 Abs. 3 ZGB lediglich von der Verpfändung eines Miteigentumsanteils spricht, kann der Anteil auch mit gewissen obligatorischen und beschränkten dinglichen Rechten belastet werden;²⁸³ denn im gleichen Artikel wird dem Miteigentümer hinsichtlich seines Anteils die Stellung eines

277 FASEL spricht sich dafür aus, dass auch beim gewöhnlichen Miteigentum (im Unterschied zum Stockwerkeigentum, bei welchem zwingend einzelne Hauptbuchblätter angelegt werden müssen) separate Miteigentumsblätter anzulegen seien, da dies der Klarheit im Rechtsverkehr dienlich sei (N 11 zu Art. 23 GBV).

278 Vgl. zur Frage, ob diese durch den anteilmässigen Erwerb entstehenden Miteigentumsanteile als Grundstücke i.S. des Gesetzes behandelt werden können, vorne Kapitel 2.III.3.

279 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 10 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB.

280 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 10 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB. Vgl. zum gestuften Miteigentum vorne Kapitel 2.III.2. sowie hinten Kapitel 2.III.7.2. Zur Untergemeinschaft der Miteigentümer vgl. hinten Kapitel 2.III.7.2.b.

281 Vgl. zur rechtlichen Konstruktion des Miteigentums vorne Kapitel 1.IV.1.

282 SCHMID-TSCHIRREN, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 800 ZGB m.w.V.

283 REY, Sachenrecht, Rz. 656.

Eigentümers eingeräumt.²⁸⁴ Demzufolge kann der Miteigentümer seinen Anteil beispielsweise auch mit einem Nutzniessungsrecht²⁸⁵ oder einem Rückkaufsrecht belasten.²⁸⁶

6. Veräußerung und das Miteigentümergekauftsrecht nach Art. 682 ZGB

Neben dem Recht, seinen Anteil belasten zu können, hat der Miteigentümer auch das Recht, diesen ganz oder teilweise (z.B. zu ¼) an einen Dritten oder einen anderen Miteigentümer zu veräußern (Art. 646 Abs. 3 ZGB).²⁸⁷ Bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück steht den übrigen Miteigentümern ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu (Art. 682 Abs. 1 ZGB).²⁸⁸ Dieses Vorkaufsrecht schützt die übrigen Miteigentümer vor unerwünschten Rechtsnachfolgern, denen ein Teilhaber seinen Miteigentumsanteil veräußern könnte.²⁸⁹ Die Entschlussfreiheit darüber, ob ein Miteigentümer seinen Anteil veräußern will oder nicht, wird vom gesetzlichen Vorkaufsrecht allerdings nicht tangiert.²⁹⁰ Der Miteigentümer kann seinen Anteil auch gegen den Willen der übrigen Beteiligten veräußern (oder auch verpfänden).²⁹¹

Das Miteigentümergekauftsrecht kann rechtsgeschäftlich ausgeschlossen oder abgeändert werden (Art. 681b ZGB); beides bedarf zur Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Der Ausschluss kann sich auf sämtliche künftigen oder lediglich auf eine bestimmte Anzahl von Vorkaufsfällen beziehen.²⁹² Weiter können die Beteiligten i.S. einer Abänderung des Vorkaufsrechts beispielsweise einen Übernahmewert festlegen (limitiertes Vorkaufsrecht) oder ein einzelnes oder mehrere Rechtsgeschäfte bezeichnen, welche den massgebenden Vorkaufsfall bilden sollten.²⁹³

284 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 657.

285 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.VIII.2 sowie Kapitel 6.III.2.

286 MEIER-HAYOZ, BK, N 63 und 69 zu Art. 646 ZGB.

287 MEIER-HAYOZ, BK, N 56 zu Art. 646 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 26 zu Art. 646 ZGB. Vgl. zur rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum auch vorne Kapitel 1.III.4.

288 SCHNEIDER, S. 241; vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 651.

289 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 30; vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 652.

290 SCHNEIDER, S. 241.

291 BGE 130 III 13, E. 5.2.1.

292 REY/STREBEL, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 681b ZGB m.w.V.

293 REY/STREBEL, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 681b ZGB m.w.V.

Nach Art. 681b Abs. 1 ZGB kann der Ausschluss oder die Abänderung des Vorkaufsrechts im Grundbuch nach Art. 959 ZGB vorgemerkt werden. Durch die Vormerkung entfalten die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen Wirkung gegenüber jedem Rechtsnachfolger (Art. 959 Abs. 2 ZGB).²⁹⁴

7. Aufteilung

Die folgenden Ausführungen zur Aufteilung von Miteigentumsanteilen bilden die Grundlage für die in Kapitel 3.IX.4. erwähnte Vorgehensweise, wie die Gesellschafter die Eigentumsrechte der zu Gebrauch in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteile ausüben können. Sie fallen daher eher ausführlich (und zur besseren Verständlichkeit durch grafische Darstellungen unterstützt) aus.

Der Eigentümer eines Miteigentumsanteils nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB kann seinen Anteil grundsätzlich weiter aufteilen.²⁹⁵ Dies kann zum einen in der Form geschehen, dass ein Miteigentümer einen Bruchteil seines Miteigentumsanteils an der gemeinschaftlichen Sache (Stammgrundstück) an einen Dritten oder an einen anderen Miteigentümer veräußert (nachfolgend unter 7.1 behandelt).²⁹⁶ Zum anderen kann Miteigentum auch aufgeteilt werden, indem an einem Miteigentumsanteil wiederum Miteigentum begründet wird (nachfolgend unter 7.2 behandelt).²⁹⁷ Diese zuletzt genannte Vorgehensweise der Aufteilung eines Miteigentumsanteils führt im Ergebnis zu dem in der Lehre kontrovers behandelten rechtlichen Konstrukt des *gestuften Miteigentums* (*copropriétés superposées*).²⁹⁸

294 Vgl. dazu auch hinten Kapitel 2.V.4.4.6.b.

295 LIVER, SPRV/1, S. 55; REY, Sachenrecht, Rz. 644 und 661a ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 26 zu Art. 646 ZGB.

296 STEINAUER, FS, S. 105 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 661a ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 646 ZGB; vgl. dazu auch MEIER-HAYOZ, BK, N 56 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 26 zu Art. 646 ZGB; PIOTET, S. 145.

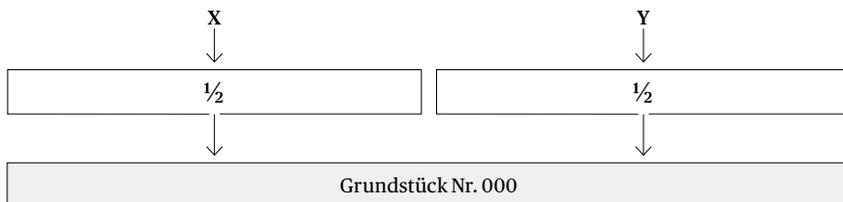
297 Detailliert beschrieben bei REY, Sachenrecht, Rz. 661a ff. und STEINAUER, FS, S. 106 ff., Schéma 1-4b. A.M. PIOTET, S. 145, welcher davon ausgeht, dass Miteigentum lediglich wie hinten in Kapitel 2.III.7.7.1 (Spaltung der Miteigentumsberechtigung an der gemeinschaftlichen Sache) beschrieben geteilt werden könne und die Ansicht vertritt, dass es kein gestuftes Miteigentum gebe (vgl. zum gestuften Miteigentum Kapitel 2.III.7.7.2). Er führt dazu Folgendes aus: «(...) il n'y a jamais superposition d'une copropriété à une autre il y a «division» d'une part de copropriété en parts nouvelles qui remplacent la part primitive.»

298 STEINAUER, FS, S. 106 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 661d ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 646 ZGB; a.M. PIOTET, S. 145. Vgl. zum gestuften Miteigentum und zur diesbezüglichen Kontroverse im Schrifttum hinten Kapitel 2.III.7.7.2.

In der Folge werden diese beiden Möglichkeiten, wie Miteigentum aufgeteilt werden kann, beschrieben und dargestellt.

Ausgangslage für nachfolgende Anwendungsbeispiele: X und Y sind Miteigentümer zu je 1/2 am Grundstück Nr. 000 (Stammgrundstück).

*Schematische Darstellung:*²⁹⁹



Darstellung auf dem Grundbuchblatt Nr. 000:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu 1/2 Y zu 1/2

7.1 Spaltung der Miteigentumsberechtigung am Stammgrundstück

Die Spaltung eines Miteigentumsanteils bewirkt die Aufteilung der bisherigen Miteigentumsanteilsberechtigung; es kommt zu einer Veränderung des bisherigen Bruchteilverhältnisses.³⁰⁰ In Bezug auf die Rechtszuständigkeit am Stammgrundstück ergibt sich daraus eine weitere Teilung. Das bedeutet, dass sich die eigentumsmäßige Berechtigung des Inhabers des neu gebildeten Anteils direkt und unmittelbar auf das Stammgrundstück bezieht. Dem entsprechend bildet der Eigentümer des neuen Anteils zusammen mit dem bzw. den bisherigen Miteigentümern eine einzige Rechtsgemeinschaft, während sämtliche Beteiligten einander gleichgeordnet sind.

²⁹⁹ Vgl. STEINAUER, FS, S. 105, Schéma 1.

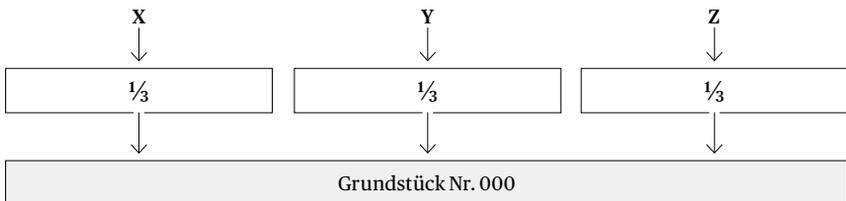
³⁰⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden REY, Sachenrecht, Rz. 661b f.

Anwendungsbeispiele «Spaltung»:

Die hälftigen Miteigentümer X und Y möchten einem Dritten (Z) ebenfalls Eigentümerstellung am Grundstück Nr. 000 zukommen lassen.

Z kann am Grundstück Nr. 000 Eigentümerstellung eingeräumt werden, indem X und Y ihre Miteigentumsanteile spalten und beide Z jeweils einen Teil ihres Miteigentumsanteils übertragen (vgl. nachfolgend Variante 1) oder indem lediglich X (oder Y) seinen Miteigentumsanteil spaltet und einen Teil davon an Z abtritt (vgl. nachfolgend Variante 2).

Variante 1: X und Y spalten ihre hälftigen Miteigentumsanteile jeweils in drei gleichgrosse Teile ($\frac{1}{2} : 3 = \frac{1}{6}$) und übertragen Z je einen Teil ($\frac{1}{6}$) und behalten zwei Teile ($\frac{2}{6}$) für sich. Im Ergebnis sind X, Y und Z je zu $\frac{1}{3}$ am Grundstück Nr. 000 berechtigt.

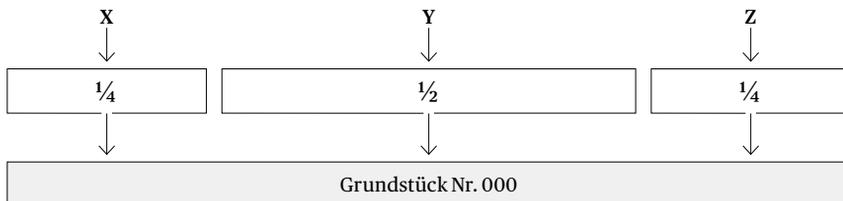
Schematische Darstellung nach der Spaltung (Variante 1):**Darstellung auf dem Grundbuchblatt Nr. 000 nach der Spaltung (Variante 1):**

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$

Variante 2:³⁰¹ X (oder Y) spaltet seinen hälftigen Miteigentumsanteil an Grundstück Nr. 000 ($\frac{1}{2}$) in zwei gleich grosse Teile ($\frac{2}{4}$) und überträgt Z die eine Hälfte ($\frac{1}{4}$) und behält den anderen Teil für sich ($\frac{1}{4}$). Dies hat zur Folge, dass Y zu $\frac{1}{2}$ und X und Z je zu $\frac{1}{4}$ am Grundstück Nr. 000 beteiligt sind.

301 Vgl. dazu STEINAUER, FS, S. 106; HAAB, ZK, N 26 zu Art. 646 ZGB.

Schematische Darstellung nach der Spaltung (Variante 2):³⁰²



Darstellung auf dem Grundbuchblatt Nr. 000 nach der Spaltung (Variante 2):

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
<p>Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{4}$ Y zu $\frac{1}{2}$ Z zu $\frac{1}{4}$</p>

Bei beiden Varianten bilden X, Y und Z nach der Spaltung – als einander gleichgeordnete Beteiligte (bei Variante 2 allerdings mit unterschiedlichen Bruchteilen) – eine einzige Rechtsgemeinschaft, was zur Folge hat, dass Z direkt (und unmittelbar) am Stammgrundstück Nr. 000 beteiligt ist.

Die soeben in Variante 2 beschriebene Spaltung eines Miteigentumsanteils ist grundsätzlich auch ohne die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer umsetzbar (vgl. Art. 646 Abs. 3 ZGB). Wird der durch die Spaltung entstandene neue Miteigentumsanteil veräußert, können die Miteigentümer ihr Vorkaufrecht nach Art. 682 Abs. 1 ZGB geltend machen.³⁰³

7.2 Gestuftes Miteigentum (copropriétés superposées)

Die Aufteilung eines Miteigentumsanteils kann auch erfolgen, indem die Zuordnung des Miteigentumsanteils (und nicht die Miteigentumsanteilsberechtigung am Stammgrundstück³⁰⁴) geändert wird.³⁰⁵ Im Ergebnis führt

302 Vgl. STEINAUER, FS, S. 106, Schéma 2.

303 Vgl. STEINAUER, FS, S. 106. Vgl. zur teilweisen Veräußerung eines Miteigentumsanteils und zum Miteigentümergebotsvorkaufrecht vorne Kapitel 2.III.6.

304 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.7.1.

305 REY, Sachenrecht, Rz. 661d f.

dieses Modell der Aufteilung zu einem gestuften Miteigentumsverhältnis.³⁰⁶ Wie bereits erwähnt, werden dabei die Miteigentumsanteile am Stammgrundstück als *copropriété du premier degré* und diejenigen an einem Miteigentumsanteil als *copropriété du deuxième degré* bezeichnet.³⁰⁷ In der Lehre wird diese Möglichkeit insbesondere von STEINAUER und REY näher umschrieben.³⁰⁸

Nach STEINAUER kann es auf zwei Arten zur Entstehung eines Miteigentumsverhältnisses zweiten Grades kommen.³⁰⁹ Zum einen, indem zwei oder mehrere Personen einen Miteigentumsanteil ersten Grades wiederum zu Miteigentum erwerben,³¹⁰ oder zum anderen dann, wenn ein Miteigentümer an seinem Anteil (ersten Grades) Miteigentum begründet (*constitution unilatérale*) und gleichzeitig diese Miteigentumsanteile zweiten Grades auf einen Dritten oder mehrere Dritte überträgt³¹¹. Im Unterschied zu STEINAUER erwähnt REY nur die erste Möglichkeit.

REY und STEINAUER gehen beide davon aus, dass beim gestuften Miteigentumsverhältnis das ursprüngliche Bruchteilsverhältnis bestehen bleibt und sich daher die ursprüngliche Berechtigung am Stammgrundstück nicht verändert.³¹² REY sieht darin eine *Veränderung der Zuordnung* des Miteigentumsanteils (ersten Grades).³¹³ Dabei wird die bis anhin auf einem bestimmten Miteigentümer zugeordnete Zuständigkeit geteilt und mehreren Rechtssubjekten zugewiesen.³¹⁴ Im Unterschied zur erstbeschriebenen Möglichkeit – Spaltung der Miteigentumsberechtigung am Stammgrundstück – wird hier «nicht die direkte eigentumsmäßige Zuständigkeit» am Stammgrundstück aufgeteilt, «sondern die Zuständigkeit an einem Miteigentumsanteil» (ersten Grades). Die Inhaber dieser neu gebildeten Miteigentumsanteile (zweiten Grades) bilden nach REY dann unter sich eine Untergemeinschaft³¹⁵.

306 REY, Sachenrecht, Rz. 661d f. und 1054a; vgl. dazu auch STEINAUER, FS, S. 106 ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N15 zu Art. 646 ZGB; sowie vorne Kapitel 2.III.2; a.M. PIOTET, S. 143.

307 STEINAUER, FS, S. 104 und 106 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 661e.

308 STEINAUER, FS, S. 106 ff., Schéma 3-4b; REY, Sachenrecht, Rz. 661d f.

309 Vgl. dazu und zum Folgenden STEINAUER, FS, S. 107.

310 Dazu STEINAUER, FS, S. 108, Schéma 4a.

311 Dazu STEINAUER, FS, S. 108, Schéma 4b.

312 REY, Sachenrecht, Rz. 661d; STEINAUER, FS, S. 106: «La copropriété initiale n'est pas modifiée par cette opération».

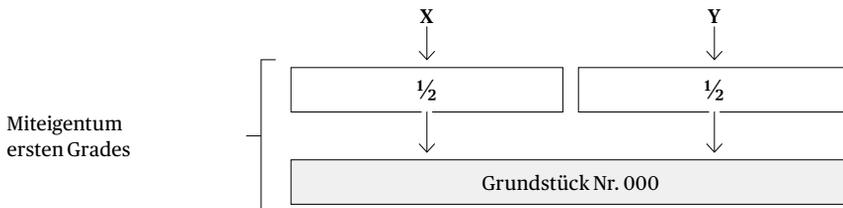
313 REY, Sachenrecht, Rz. 661d.

314 Vgl. dazu und zum Folgenden REY, Sachenrecht, Rz. 661d f.

315 Vgl. zur Untergemeinschaften der Miteigentümer zweiten Grades hinten Kapitel 2.III.7.2.b.

Ausgangslage für nachfolgendes Anwendungsbeispiel: X und Y sind Miteigentümer ersten Grades zu je 1/2 am Grundstück Nr. 000 (Stammgrundstück).

*Schematische Darstellung:*³¹⁶

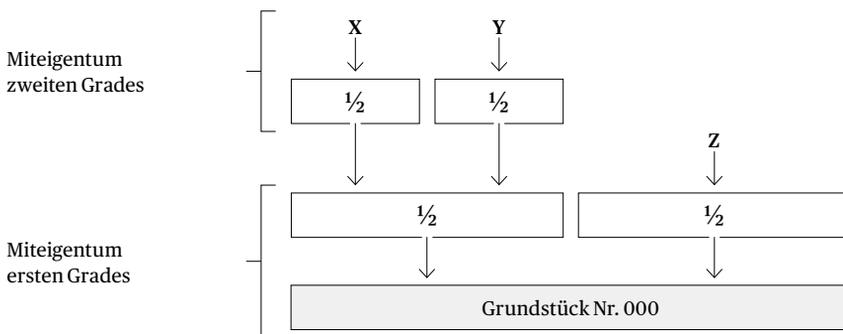


Darstellung auf dem Grundbuchblatt Nr. 000:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu 1/2 Y zu 1/2

X (oder Y) teilt seinen hälftigen Miteigentumsanteil (der formell bestehen bleibt) auf, indem er Z zu 1/2 daran berechtigt, während er selbst 1/2 für sich behält.

*Schematische Darstellung nach der Aufteilung:*³¹⁷



316 Vgl. STEINAUER, FS, S.105, Schéma 1.

317 Vgl. STEINAUER, FS, S.107f., Schéma 3 und 4b. Vgl. auch Schéma 4a: Bei diesem Beispiel sind A, B und C je zu 1/3 Miteigentümer (*premier degré*) eines Grundstücks. A veräußert seinen Anteil (1/3) zu Miteigentum (*deuxième degré*) an D und E.

Im Grundbuch erfolgt eine solche Aufteilung dadurch, dass zunächst die hälftigen Miteigentumsanteile von X und Y am Grundstück Nr. 000 gemäss Art. 23 GBV als eigenständige Hauptbuchblätter (nachfolgend Grundstück Nr. 001 und 002) ins Grundbuch aufgenommen werden.³¹⁸

Situation nach der Aufnahme der Miteigentumsanteile als eigenständige Hauptbuchblätter ins Grundbuch:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Die jeweiligen Miteigentümer der Grundstücke Nr. 001 zu ½ Nr. 002 zu ½
Grundstück Nr. 001
Grundstückbeschreibung ½ Miteigentum an Grundstück Nr. 000
Eigentum X
Grundstück Nr. 002
Grundstückbeschreibung ½ Miteigentum an Grundstück Nr. 000
Eigentum Y

Nun teilt X (oder Y) seinen hälftigen Miteigentumsanteil auf. Zu diesem Zweck begründet X (als Alleineigentümer) am Grundstück Nr. 001 wiederum Miteigentum und überträgt Z die Hälfte, während er die andere Hälfte für sich behält.³¹⁹

318 Vgl. zur grundbuchlichen Behandlung von Miteigentumsanteilen vorne Kapitel 2.III.2.

319 Wie bereits erwähnt wird im Schrifttum kontrovers behandelt, ob es sich bei Miteigentumsanteilen zweiten Grades auch um Miteigentumsanteile an Grundstücken i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB handelt (vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.2.). Bei der nachfolgenden Darstellung wird davon ausgegangen, dass auch die Miteigentumsanteile zweiten Grades Grundstücke i.S. des Gesetzes sind.

Mögliche Darstellung auf dem Grundbuchblatt Nr. 001 nach der Begründung von Miteigentum zweiten Grades und der Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an Z:

Grundstück Nr. 001
Grundstückbeschreibung ½ Miteigentum an Grundstück Nr. 000
Eigentum Alleineigentum Miteigentum X zu ½ Z zu ½

Am Grundstück Nr. 001 sind X und Z direkt berechtigt, während ihnen am Stammgrundstück Nr. 000 lediglich eine indirekte Berechtigung zukommt.³²⁰

Für den weiteren Verlauf der Arbeit ist die rechtliche Konstruktion des gestuften Miteigentums von Bedeutung: Bei der Beurteilung der Frage, wie die Gesellschafter die Eigentumsrechte der zu Gebrauch in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteile ausüben können,³²¹ wird im Schrifttum explizit auf die Ausführungen von REY zur Berechtigung der Miteigentümer an den Miteigentumsanteilen zweiten Grades verwiesen. Insbesondere die *Untergemeinschaft*, der beim gestuften Miteigentum die Inhaber der Miteigentumsanteile zweiten Grades angehören, wird in jenem Kontext mehrfach erwähnt.

Da der Begriff der Untergemeinschaft auch im Gesellschaftsrecht vorkommt und ihm hier wie dort unterschiedliche Bedeutungen zukommen, widmen sich die nachfolgenden Ausführungen zunächst den Verwendungszwecken des Begriffs der Untergemeinschaft im sachenrechtlichen Kontext.³²²

a Die Untergemeinschaften im Allgemeinen

Sowohl die Lehre als auch die Praxis geben dem Begriff der Untergemeinschaft unterschiedliche Inhalte.³²³ Es wird grundsätzlich zwischen *Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis* und *Untergemeinschaften auf*

320 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 661e.

321 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

322 Vgl. zum Begriff der Untergemeinschaft im gesellschaftsrechtlichen Kontext hinten Kapitel 3.X.2.

323 Vgl. zum Stockwerkeigentum WERMELINGER, ZK, N 153 zu Art. 712l ZGB.

rechtsgeschäftlicher Basis (bzw. auf Grundlage einer Nutzungs- und Gebrauchsregelung) unterschieden.³²⁴

Von Untergemeinschaft auf *rechtsgeschäftlicher Basis* ist dann die Rede, wenn sich mehrere (aber nicht sämtliche) Stockwerkeigentümer in einer Organisationsstruktur zusammenfinden, um bestimmte Interessen und Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen.³²⁵ Die betreffenden Stockwerkeigentümer können beispielsweise die gemeinsame Nutzung einschränken oder die Kostentragung festlegen, ohne dass dabei die sachenrechtliche Zuordnung verändert wird.³²⁶

Eine Untergemeinschaft auf *sachenrechtlicher Grundlage* besteht hingegen dann, wenn mehrere Personen an einem (gewöhnlichen) Miteigentumsanteil oder an einem Stockwerkeigentumsanteil berechtigt sind.³²⁷ Diese Personen haben die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum am gewöhnlichen Miteigentumsanteil bzw. am Stockwerkeigentumsanteil ergebenden Rechte und Pflichten zu teilen (vgl. etwa Art. 712o ZGB).³²⁸

b Die Untergemeinschaft der Miteigentümer zweiten Grades

Die Befürworter des Konstrukts des gestuften Miteigentums gehen nun davon aus, dass auch beim gewöhnlichen Miteigentum die Miteigentümer zweiten Grades eine Untergemeinschaft (auf sachenrechtlicher Basis) bilden.³²⁹

324 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 83 und 86 zu Art. 712b ZGB; WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 135 ff.; vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 153 zu Art. 712l ZGB, mit dem Hinweis, dass von Untergemeinschaft auch dann die Rede sei, wenn zwei Stockwerkeinheiten nur durch eine nichttragende Trennmauer voneinander getrennt seien.

325 STEINAUER, ZWR, S. 296; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 86 zu Art. 712b ZGB.

326 WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 137.

327 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 13 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, ZK, N 153 zu Art. 712l ZGB; PIOTET, S. 143 ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 10 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB.

328 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 13 zu Art. 712a ZGB.

329 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 646 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 661e. Vgl. auch STEINAUER, FS, S. 106, welcher zwar (soweit ersichtlich) nicht explizit erwähnt, dass die Miteigentümer zweiten Grades eine Untergemeinschaft (*sous-communauté*) bilden, dies allerdings wohl impliziert, indem er u.a. davon ausgeht, dass den Miteigentümern zweiten Grades bei den das Miteigentumsverhältnis ersten Grades betreffenden Abstimmungen nur eine Stimme zukommt, und dabei Art. 712o Abs. 1 ZGB erwähnt. A.M. PIOTET, S. 145, welcher davon ausgeht, dass Miteigentum lediglich, wie vorne in Kapitel 2.III.7.7.1 (Spaltung der Miteigentumsberechtigung an der gemeinschaftlichen Sache) beschrieben, geteilt werden kann und sich gegen das Konstrukt des gestuften Miteigentums ausspricht. Zu den Untergemeinschaften beim gewöhnlichen Miteigentum führt er Folgendes aus: «Quand deux personnes achètent chacune pour moitié une part de copropriété d'un quart, elles acquièrent chacune une part de copropriété d'un huitième et elles sont traitées dans la communauté des copropriétaires exactement comme les autres membres. Il n'y a pas lieu d'amettre alors une sous-communauté; car les règles de la communauté des copropriétaires peuvent s'appliquer directement aux nouveaux copropriétaires».

Diesfalls wäre, gleich wie die Untergemeinschaft an einem Stockwerkeigentumsanteil, somit auch die Untergemeinschaft der Miteigentümer zweiten Grades durch die mehrfache Zugehörigkeit der Rechte und Pflichten an einem Miteigentumsanteil gekennzeichnet.³³⁰ Am Stammgrundstück wären Miteigentümer zweiten Grades dementsprechend nicht direkt beteiligt, und sie können ihre Rechtszuständigkeit daher einzig mittelbar durch ihre Anteilsberechtigung am Miteigentumsanteil ersten Grades ausüben.³³¹

IV. Im Miteigentum stehendes gemeinschaftliches Grundstück (Stammgrundstück)

1. Allgemeines

Dem einzelnen Miteigentümer steht kein real ausscheidbares Teilstück, sondern das ungeteilte gemeinschaftliche Grundstück mit allen Bestandteilen zu.³³² Die Miteigentümergeinschaft kann daher nur gesamthaft über das Stammgrundstück verfügen oder dieses belasten (Art. 648 ZGB).³³³ Neben dem Individualrecht an einem Bruchteil enthält das Miteigentumsrecht also auch ein Gesamtrecht an der Sache bzw. am Stammgrundstück selbst.³³⁴

2. Nutzung, Gebrauch und Verwaltung des Stammgrundstücks

Den Miteigentümern steht das Recht zu, das gemeinschaftliche Grundstück zu nutzen sowie zu gebrauchen.³³⁵ Des Weiteren haben sie einen Anspruch auf Verwaltung (bzw. Mitverwaltung) des gemeinschaftlichen Grundstücks.³³⁶

2.1 Nutzung und Gebrauch des Stammgrundstücks

Die Nutzung und der Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache sind – in aller Kürze – in Art. 648 Abs. 1 ZGB geregelt: Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu gebrauchen und zu nutzen (und zu vertreten), als es mit den Rechten der anderen verträglich ist.

Die Lehre versteht die *Nutzung* der gemeinschaftlichen Sache in der Regel als Oberbegriff für sämtliche Vorteile jeder Art, die aus dem Miteigentum

330 REY, Sachenrecht, Rz. 661d; vgl. in Bezug auf das Stockwerkeigentum auch MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 83 zu Art. 712b ZGB.

331 REY, Sachenrecht, Rz. 661e.

332 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB; vgl. dazu auch vorne Kapitel 1.IV.1.

333 Vgl. ZOBL, Rz. 214 ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB.

334 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB.

335 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 647 ZGB.

336 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 647 ZGB.

fliessen.³³⁷ So umfasst die Nutzung der gemeinsamen Sache zum einen das Recht auf Ertragnisse sowie jeden Vorteil (ideell oder materiell), den die gemeinsame Sache durch ihren Gebrauch gewährt.³³⁸ An den Ertragnissen von natürlichen oder zivilen Früchten des gemeinschaftlichen Objekts ist jeder Miteigentümer im Verhältnis seiner Miteigentumsquote anspruchsberechtigt.³³⁹ Der *Gebrauch* (oder die Benutzung), als Untergruppe der Nutzung, meint dagegen die persönliche unmittelbare Verwendung der im Miteigentum stehenden Sache.³⁴⁰

In welchem Umfang ein einzelner Miteigentümer die gemeinschaftliche Sache nutzen und gebrauchen darf, wird grundsätzlich durch die Grösse seines Anteils bestimmt.³⁴¹ Die zulässige Nutzung der gemeinschaftlichen Sache wird allerdings durch den *tatsächlichen Gebrauch* – eine bloss denkbare Gebrauchsmöglichkeit genügt nicht – der anderen Miteigentümer beschränkt,³⁴² da das Gesetz in Art. 648 Abs. 1 ZGB jedem Miteigentümer, unabhängig von der Grösse seines Anteils, einen Gebrauchsanspruch gewährt.³⁴³ Über die Ausübung dieses Rechts müssen sich die Beteiligten untereinander verständigen, was insbesondere dann nötig ist, wenn nicht sämtliche Miteigentümer die gemeinschaftliche Sache gleichzeitig nutzen können, weil der Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache durch einen Miteigentümer die übrigen Miteigentümer ausschliesst.³⁴⁴

2.2 Verwaltung des Stammgrundstücks

Unter die gemeinsame Verwaltung fallen «alle der Natur und wirtschaftlichen Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache dienenden Massregeln tatsächlicher³⁴⁵ oder rechtlicher Art³⁴⁶, namentlich also solche, die der Erhaltung der Sache oder der Gewinnung der Nutzungen dienen».³⁴⁷ Für Verwaltungs-

337 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Art. 648 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 648 ZGB; vgl. dazu auch REY, Sachenrecht, Rz. 673 sowie 814 zur Nutzung beim Stockwerkeigentum.

338 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Art. 648 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 814.

339 REY, Sachenrecht, Rz. 814.

340 SCHNEIDER, S. 77; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 648 ZGB.

341 REY, Sachenrecht, Rz. 672; vgl. zur Nutzung und zum Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache auch MEIER-HAYOZ, BK, N 11 ff. zu Art. 648 ZGB; vgl. auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 648 ZGB.

342 GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 7 zu Art. 648 ZGB.

343 REY, Sachenrecht, Rz. 674; MEIER-HAYOZ, BK, N 17 zu Art. 648 ZGB.

344 REY, Sachenrecht, Rz. 674.

345 Wie etwa die Vornahme von Reparaturen oder die Durchführung von Umbauten.

346 Wie etwa Vermietungen, Verpachtungen oder die Hinterlegung von Wertpapieren.

347 MEIER-HAYOZ, BK, N 3 zu Art. 647 ZGB.

handlungen setzt das Gesetz folgende (dispositive) Regeln fest: Art. 647a ZGB betreffend gewöhnliche Verwaltungshandlungen und Art. 647b ZGB für die sogenannten wichtigeren Verwaltungshandlungen.³⁴⁸

Während bei der Nutzung der gemeinschaftlichen Sache die Eigeninteressen der einzelnen Miteigentümer im Vordergrund stehen, geht es bei der Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache hauptsächlich um «die Geschäftsführung im gemeinschaftlichen Interesse»^{349, 350}

Da beim Miteigentum mehreren Personen gleichzeitig das Recht zusteht, das gemeinschaftliche Grundstück zu nutzen und zu gebrauchen sowie Entscheide über dessen Verwaltung zu treffen, ist eine Regelung erforderlich, welche die Miteigentümergeinschaft organisiert.³⁵¹ Zu diesem Zweck hält das Gesetz eine Miteigentümerordnung³⁵² bereit, welche den Fortbestand der Gemeinschaft gewährleistet. Weiter können die Miteigentümer auch zusätzliche Regelungen erlassen oder von der gesetzlichen Miteigentümerordnung abweichen.³⁵³

3. Gewinn- oder Verlustverteilung bei der Veräusserung des Stammgrundstücks

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Miteigentum legen primär die Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache fest; eine allfällige Gewinn- oder Verlustverteilung des gemeinschaftlichen Grundstücks ist nicht ausdrücklich geregelt.

Aus dem im Miteigentum geltenden Anteilsprinzip (auch Prinzip der relativen Gleichbehandlung genannt) – welches insbesondere in Art. 649 Abs. 1 ZGB zur anteilmässigen Tragung der sich aus dem Miteigentum ergebenden Kosten und Lasten geregelt ist – ergibt sich die Vermutung, dass neben den Pflichten auch die Rechte am Miteigentum den Beteiligten im Verhältnis ihrer Anteile zustehen.³⁵⁴ Demzufolge wird auch ein aus dem Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks resultierender Gewinn (bzw. Verlust) im Verhältnis der Anteile auf die Miteigentümer verteilt.³⁵⁵ In Bezug auf den Verkauf des

348 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 750 ff. mit Beispielen zu den beiden Verwaltungshandlungen.

349 REY, Sachenrecht, Rz. 675 f.

350 REY, Sachenrecht, Rz. 676.

351 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 647 ZGB.

352 Vgl. zur gesetzlichen Miteigentümerordnung hinten Kapitel 2.V.3.

353 Vgl. zur vereinbarten Miteigentümerordnung hinten Kapitel 2.V.4.

354 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 649 ZGB; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK, N 2 zu Art. 649 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 2 zu Art. 649 ZGB.

355 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 44 zu Art. 646 ZGB.

gemeinschaftlichen Grundstücks durch die Beteiligten hat das Bundesgericht entschieden, dass die Miteigentümer Teilgläubiger der Kaufpreisforderung sind und daher unabhängig voneinander je ihren Anteil an der Forderung geltend machen können. Um die gesamte Kaufpreisforderung geltend machen zu können, müssen indessen sämtliche Miteigentümer als Teilgläubiger mitwirken.³⁵⁶

V. Die Miteigentümerordnung sowie deren Ausgestaltungsmöglichkeiten

In den anschliessenden Ausführungen wird die Miteigentümerordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten untersucht. Da in dieser Arbeit die Art. 646 ff. ZGB mit den Art. 530 ff. OR koordiniert werden sollen, wird bei der Darstellung der Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung speziell darauf geachtet, im Miteigentumsrecht Freiräume zu eruieren, um die Art. 530 ff. OR anwenden zu können.

1. Allgemeines

Treffen die Miteigentümer keine ihre Miteigentümergeinschaft betreffenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, gelten die gesetzlichen Bestimmungen der Art. 646 ff. ZGB. Im zweiten Teil der Arbeit soll anhand der ersten Fallkonstellation nämlich untersucht werden, wie die Miteigentümer ihre Miteigentümerordnung rechtsgeschäftlich so abändern können, dass, wo immer möglich, die Art. 530 ff. OR zur Anwendung gelangen.³⁵⁷

Die nachfolgenden Ausführungen haben also zum Ziel, Gestaltungsräume innerhalb der gesetzlichen Miteigentümerordnung³⁵⁸ zu eruieren. Zu diesem Zweck werden in einem ersten Schritt die Rahmenbedingungen für die

356 BGE 140 III 150, E. 2.2.3f. (Urteil besprochen in ius.focus 2014 Nr. 87): Die im Prozess unterliegende Partei hat vorgebracht, das verkaufte Grundstück sei als Gesamtsache veräussert worden, weshalb den Verkäufern der Kaufpreis nicht anteilmässig, «sondern gesamthaft zur gesamten Hand» zustehe. In der Entscheidbesprechung ius.focus 2014 Nr. 87 wird darauf hingewiesen, dass dieser Entscheid von grosser praktischer Bedeutung ist, da es viele Ehepaare und in faktischer Lebensgemeinschaft lebende Paare gibt, welche Grundstücke im Miteigentum halten und oftmals keine besondere vertragliche Regelung über die Art der Gläubigerschaft getroffen haben. Vgl. zur Teilgläubigerschaft und zur gemeinschaftlichen Gläubigerschaft statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3658 ff. sowie 3672 ff. Bei der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft kann zwischen der Gläubigerschaft zur gesamten Hand und der Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung unterschieden werden. Letztere ist zwar gesetzlich nicht vorgesehen, aufgrund der Vertragsinhaltsfreiheit indessen auch nicht ausgeschlossen (Rz. 3677).

357 Vgl. dazu hinten Kapitel 5.II.

358 Vgl. zur gesetzlichen Miteigentümerordnung hinten Kapitel 2.V.3.

Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung³⁵⁹ geklärt. Wie nachfolgend beschrieben, schränken sowohl zwingende Gesetzesvorschriften zum Miteigentum als auch allgemeine Rechtsgrundsätze die Gestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung ein. In einem zweiten Schritt werden die unterschiedlichen Rechtswirkungen untersucht, welche den einzelnen Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung zukommen. Dabei gibt es neben obligatorisch wirkenden Bestimmungen auch solche, die für einen späteren Rechtsnachfolger in jedem Fall verbindlich sind. Der Umstand, dass den einzelnen Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung unterschiedliche Rechtswirkungen zukommen, findet häufig erst dann Beachtung, wenn die vereinbarte Miteigentümerordnung angepasst werden soll oder wenn es zu personellem Wechsel innerhalb der Miteigentümergeinschaft kommt. Zu einer sorgfältigen Gestaltung der Miteigentümerordnung gehört es deshalb auch, Klarheit darüber zu schaffen, welche Bestimmungen von allfälligen Rechtsnachfolgern gesondert übernommen werden müssen. Vorab wird allerdings der Begriff der Miteigentümerordnung geklärt und auf die in dieser Arbeit gewählte Darstellung, die zwischen der gesetzlichen und der vereinbarten Miteigentümerordnung differenziert, hingewiesen.

2. Miteigentümerordnung

Die Miteigentümergeinschaft bezweckt das gemeinsame Halten und Verwalten des Stammgrundstücks.³⁶⁰ Die den einzelnen Beteiligten innerhalb dieser Gemeinschaft zukommende Rechtsstellung wird durch die *Miteigentümerordnung* bestimmt.³⁶¹ Sie organisiert die Personengemeinschaft der Miteigentümer.³⁶²

Zur Miteigentümerordnung gehören nach der hier vertretenen Auffassung (a) zum einen die jeweils *gesetzlichen Bestimmungen* zur Stellung des Miteigentümers bzgl. des Stammgrundstücks (Art. 647–649a ZGB), zur Verfügung und Zweckänderung (Art. 648 ZGB), zur Tragung der Kosten und Lasten (Art. 649 ZGB), zum Ausschluss aus der Gemeinschaft (Art. 649b f. ZGB), zur Aufhebung (Art. 650 f. ZGB) sowie zum Vorkaufsrecht (Art. 682 Abs. 1 ZGB)

359 Vgl. zur vereinbarten Miteigentümerordnung hinten Kapitel 2.V.4.

360 Vgl. zur Miteigentümergeinschaft vorne Kapitel 2.II; vgl. auch SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 5 sowie zum Halten und Verwalten einer Sache als hinreichendem Gesellschaftszweck vorne Kapitel 1.IV.5.5.2.

361 Ähnlich zum Begriff und Inhalt der Gemeinschaftsordnung beim Stockwerkeigentum WERMELINGER, ZK, N 181 zu Art. 712g ZGB; MÜLLER CHRISTOPH, Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, S. 67 ff.; FRIEDRICH, Reglement, § 50 N 3.

362 Ähnlich BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 647 ZGB; vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 819 zum Reglement der Stockwerkeigentümer.

und (b) zum anderen die von den Miteigentümern *getroffenen, rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen* (abgemachte Ordnung), von ihnen gefassten *Verwaltungsbeschlüsse* sowie die gerichtlichen *Urteile und Verfügungen* zur Miteigentümerordnung.³⁶³

Bei der Gestaltung einer Miteigentümerordnung geht es in erster Linie darum, dass die Beteiligten Miteigentümer eine Ordnung aufstellen, die auf eine Vielzahl die der Miteigentümergeinschaft betreffenden künftigen Lebenssachverhalte anwendbar ist. Bei den Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung bilden die gesetzlichen Normen den Ausgangspunkt. Bevor die rechtsgeschäftlich getroffenen Vereinbarungen (nachfolgend *vereinbarte Miteigentümerordnung* genannt) betrachtet werden, stehen deshalb zunächst die gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere deren Aufteilung in zwingendes und dispositives Recht im Vordergrund (nachfolgend *gesetzliche Miteigentümerordnung* genannt).

3. Gesetzliche Miteigentümerordnung

3.1 Allgemeines

In den Art. 647 ff. ZGB enthält das Gesetz verschiedene Normen zur Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache, die immer dann zur Anwendung gelangen, wenn die Miteigentümer von der Möglichkeit nach Art. 647 Abs. 1 ZGB, «eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Nutzungs- und Verwaltungsordnung» zu vereinbaren, keinen Gebrauch machen.³⁶⁴ Die gesetzliche Nutzungs- und Verwaltungsordnung enthält einen organisatorischen (Minimal-)Standard, welcher den Fortbestand der Gemeinschaft gewährleistet.³⁶⁵ Durch die gesetzlichen Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung werden insbesondere die Zuständigkeiten für Verwaltungshandlungen und somit die Grundsätze zur Willensbildung der Gemeinschaft festgelegt.³⁶⁶

363 Ähnliche Zuordnung bei WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 507 oder WERMELINGER, ZK, N 183 ff. zu Art. 712g ZGB. Als qualifiziertes Miteigentum sowie aufgrund von Art. 712g Abs. 1 ZGB gelten für «die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen die Bestimmungen über das Miteigentum» auch für das Stockwerkeigentum. Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit teilweise auch Schrifttum zum Stockwerkeigentum verwendet. Vgl. auch die bei SCHMID/HÜRLI-MANN-KAUP, Rz. 741 ff. vorgenommene Zuordnung.

364 Vgl. dazu REY, Sachenrecht, Rz. 677, welcher die Art. 647, 647a-e, 648 Abs. 2 und 3, 649a ZGB zur gesetzlichen Verwaltungsordnung zählt, sowie BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 12 zu Art. 647 ZGB, welche Art. 647 Abs. 2 bis Art. 649a und i.w.S. auch die Art. 649b-651 ZGB zur gesetzlichen Nutzungs- und Verwaltungsordnung zählen.

365 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 4 und 12 zu Art. 647 ZGB.

366 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 12 zu Art. 647 ZGB.

Die gesetzliche Miteigentümerordnung enthält, neben den Normen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks, weitere die gemeinschaftliche Ordnung der Miteigentümer betreffende Gesetzesvorschriften.³⁶⁷ Kennzeichnend für diese «weiteren Bestimmungen» ist, dass ihnen keine verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB zukommt, weil ihnen der direkte Bezug zur Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache fehlt.³⁶⁸ Diese weiteren gesetzlichen Bestimmungen der Miteigentümerordnung kommen ebenfalls immer dann zur Anwendung, wenn die Miteigentümer nicht – soweit zulässig – rechtsgeschäftlich etwas Anderweitiges vereinbart haben.

3.2 Zwingende Normen

Die Unterscheidung zwischen zwingenden und dispositiven gesetzlichen Normen zum Miteigentum spielt bei der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung eine zentrale Rolle, weil das zwingende Recht den Gestaltungsspielraum der Miteigentümer begrenzt. Die zwingenden Bestimmungen können nicht abgeändert werden und schützen so die einzelnen Beteiligten vor einem (womöglich unüberlegten) Verzicht auf grundlegende Befugnisse.³⁶⁹

Oft geht aus dem Gesetzestext nicht eindeutig hervor, ob eine Norm dispositiven oder zwingenden (bzw. einseitig zwingenden) Charakters ist.³⁷⁰ Diese Unterscheidung ergibt sich meist erst durch die Auslegung des Gesetzestextes.³⁷¹ Nachstehend werden anhand der Ausführungen der Lehre und in der Abfolge der Gesetzesartikel die zwingenden (bzw. einseitig zwingenden) gesetzlichen Bestimmungen zur gesetzlichen Miteigentümerordnung aufgeführt, welche reglementarisch nicht geändert oder aufgehoben werden dürfen:

a Art. 647 ZGB

Der zwingende Charakter des Abs. 1^{bis} von Art. 647 ZGB ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut: «Eine Änderung von Bestimmungen der Nutzungs- und

367 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 649a ZGB bezeichnen diese als «Bestimmungen der gemeinschaftlichen Ordnung, die nicht mit der Verwaltung und Nutzung in direktem Zusammenhang stehen». Vgl. dazu auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 748.

368 Ähnlich: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 748. Vgl. zur Bedeutung des Kriteriums «direkter Bezug zur Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache» und zur verstärkten Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB hinten Kapitel 2.V.4.4.5.

369 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 744.

370 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 647; vgl. bezüglich der Normen zum Stockwerkeigentum WEBER, ZBGR, S. 145; WERMELINGER, ZK, N 32 zu Art. 712g ZGB.

371 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 647 m.w.V.; zum Stockwerkeigentum WERMELINGER, ZK, N 33 zu Art. 712g ZGB.

Verwaltungsordnung über die Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte bedarf zudem der Zustimmung der direkt betroffenen Miteigentümer.»³⁷² Nach Abs.2 des Art.647 ZGB hat jeder Miteigentümer die Befugnis zu verlangen, «dass die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendigen Verwaltungshandlungen durchgeführt und nötigenfalls vom Gericht angeordnet werden» (Ziff.1), und «von sich aus auf Kosten aller Miteigentümer die Massnahmen zu ergreifen, die sofort getroffen werden müssen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren» (Ziff.2). Diese Befugnisse können, nach dem Wortlaut des Gesetzes, ebenfalls weder aufgehoben noch beschränkt werden, da die in Ziff.1 und Ziff.2 enthaltenen Vorschriften den unverzichtbaren Mindestinhalt der Verwaltungsrechte darstellen, indem sie die Existenz und die Funktionsfähigkeit des Stammgrundstücks gewährleisten.³⁷³

b Art. 647d und 647e ZGB

In der Lehre wird weiter erwähnt, dass auch die Absätze 2 und 3 des Art.647d ZGB sowie Art.647e ZGB (teilweise) der Disposition der Miteigentümer entzogen sind. Art.647d ZGB legt die Zustimmungserfordernisse der Miteigentümer für nützliche bauliche Massnahmen fest. Das in Abs.2 vorgesehene Vetorecht sowie der in Abs.3 normierte Vorbehalt sind (nach Auffassung dieses Teils der Lehre) zwingend.³⁷⁴ Das in den Abs.1 und 2 von Art.647e ZGB vorgesehene gesetzliche System bezüglich der Zustimmung für luxuriöse bauliche Massnahmen ist (nach Auffassung eines Teils der Lehre) auch als zwingend, allerdings lediglich als einseitig zwingend zu beurteilen.³⁷⁵

c Art. 649a ZGB

Zwingend ist zudem auch der Norminhalt von Art.649a ZGB.³⁷⁶ Gemäss Art.649a ZGB sind von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnungen und die von ihnen gefassten Verwaltungsbeschlüsse

372 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 747a; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 5 zu Art. 647 ZGB, je m.w.V.

373 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 46 f. zu Art. 647 ZGB.

374 MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 647d ZGB; SCHNEIDER, S. 109 ff.; WERMELINGER, ZK, N 62 zu Art. 712g ZGB m.w.V.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 647d ZGB m.w.H. auf die Rechtsprechung; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Rz. 04.212.

375 WERMELINGER, ZK, N 63 zu Art. 712g ZGB; FRIEDRICH, Reglement, § 26 N 5.

376 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 26 zu Art. 647 ZGB sowie N 1 zu Art. 649a ZGB; vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 368 zu Art. 530 OR und HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR; sowie zur verstärkten Rechtswirkung des Art. 649a Abs. 1 ZGB hinten Kapitel 2.V.4.4.5.b.

sowie die gerichtlichen Urteile und Verfügungen auch für einen späteren Rechtsnachfolger eines Miteigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Miteigentumsanteil verbindlich. Der zwingende Art. 649a ZGB hat eine Drittwirkung der gemeinschaftlichen Regeln zur Folge und ist daher für auf Dauerhaftigkeit angelegte Gemeinschaften³⁷⁷ von zentraler Bedeutung.³⁷⁸

d Art. 649b ZGB

Der Anspruch auf Ausschluss eines Miteigentümers nach Art. 649b ZGB kann nicht wegbedungen werden, auch nicht durch einstimmigen Beschluss, darüber ist man sich in der Lehre einig.³⁷⁹ Nach WEBER ergibt sich aus der Struktur der Miteigentümergeinschaft, dass «das Ausschlussrecht wenigstens in seinem Kerngehalt unabdingbar ist».³⁸⁰ Strittig ist hingegen die Zulässigkeit, die gesetzlichen Modalitäten des Ausschlusses abzuändern.³⁸¹

Da Art. 649b ZGB dem Schutz der Miteigentümer vor unzumutbaren Verhältnissen dient, gilt zumindest der Grundsatz der Ausschliessbarkeit eines Miteigentümers als zwingendes Recht und vermag die Ausgestaltungsmöglichkeiten wie folgt einzuschränken:³⁸² Zum einen dürfen die von den Miteigentümern beschlossenen Erleichterungen den Grundsatz, dass ein Ausschluss eines Miteigentümers (aufgrund der einschneidenden Wirkungen für den betroffenen Miteigentümer) nur als *ultima ratio* und somit lediglich bei Vorliegen wichtiger Gründe gerechtfertigt ist, nicht unterlaufen. Zum anderen darf eine beschlossene Erschwerung des Verfahrens keinesfalls dazu führen, dass den Miteigentümern «der Verbleib eines wirklich unzumutbaren Mitinhabers aufgedrängt werden kann».³⁸³ Die Frage, ob wichtige

377 Vor allem auch für Stockwerkeigentümergeinschaften.

378 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 649a ZGB;

379 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 649b ZGB; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 227; SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95; STEINAUER, Band I, Rz. 1618; MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 649b und 649c ZGB; SCHNEIDER, S. 154; FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 348; FRIEDRICH, Reglement, § 51 N 17; STUDER, S. 97 f.; WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 507 f.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Rz. 04.227.

380 WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 508.

381 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 649b und 649c ZGB; SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 649b ZGB; FRIEDRICH, Erfahrungen mit Stockwerkeigentum, Fn. 13; WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 507 f. Vgl. auch SCHNEIDER, S. 154 f., welcher Regelungen, die den Ausschluss erschweren, generell ablehnt.

382 Vgl. dazu und zum Folgenden SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95. Vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 752 f. m.w.V. auf die Rechtsprechung und Beispielen für Ausschlussgründe in Rz. 754 sowie HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Rz. 04.227 f.

383 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95.

Gründe vorliegen und dadurch die Fortsetzung des Gemeinschaftsverhältnisses unzumutbar ist, hat schliesslich der Richter zu entscheiden.³⁸⁴ Daraus ergibt sich, um mit SIMONIUS/SUTTER zu sprechen, «dass die von den Miteigentümern getroffene Regelung das richterliche Ermessen nicht ausschliessen kann».³⁸⁵

Den Miteigentümern steht es somit offen, die gesetzliche Ordnung zu präzisieren und bestimmte Härtefälle zu mildern.³⁸⁶ So können die Gemeinschaftler etwa vereinbaren, dass im Falle des gerichtlichen Ausschlusses eines Miteigentümers anstelle des Verkaufs des Miteigentumsanteils an einen Dritten die Übernahme des Anteils durch die übrigen Miteigentümer zum Verkehrswert treten kann.³⁸⁷ Die Möglichkeit des Ausschlusses eines Miteigentümers kann aber vorgängig nicht beseitigt werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Miteigentümer dies einstimmig beschliessen würden.³⁸⁸

e Art. 650 ZGB

Abgesehen von den im Gesetz genannten Ausnahmefällen kann das in Art. 650 Abs. 1 ZGB statuierte Recht eines jeden Miteigentümers, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, nicht dauerhaft ausgeschlossen werden.³⁸⁹ Der Aufhebungsanspruch kann demnach grundsätzlich als unentziehbar, jedoch nicht als unverzichtbar bezeichnet werden (Art. 650 Abs. 2 ZGB).³⁹⁰

3.3 Dispositive Normen

Gestützt auf die obigen Ausführungen dazu, welche Normen der gesetzlichen Miteigentümerordnung zwingend sind, kann hinsichtlich der restlichen gesetzlichen Bestimmungen davon ausgegangen werden, dass diese dispositives Recht darstellen.³⁹¹ Die Miteigentümer erhalten dadurch Raum, sowohl eigene Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB) als auch weitere die gemeinschaftliche Ordnung der Miteigentümer betreffende Bestimmungen auszuarbeiten.³⁹²

384 REY, Sachenrecht, Rz. 753.

385 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95.

386 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95.

387 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 95; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 230; MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 649b und 649c ZGB.

388 MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 649b und 649c ZGB; FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 348; STUDER, S. 98; SCHNEIDER, S. 154.

389 Vgl. SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 107; vgl. auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR.

390 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 8 zu Art. 650 ZGB.

391 Ähnlich: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 750 ff.

392 Vgl. zur vereinbarten Miteigentümerordnung nachfolgende Kapitel 2.V.4.

Nutzen sie diesen Gestaltungsfreiraum, entsteht eine *vereinbarte Miteigentümerordnung*.³⁹³

4. Vereinbarte Miteigentümerordnung

4.1 Allgemeines

Das Gesetz sieht die Möglichkeit der Miteigentümer, eine vereinbarte Miteigentümerordnung zu erstellen, in Art. 647 Abs. 1 ZGB vor: «Die Miteigentümer können eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren (...)». Aus dem Gesetzeswortlaut wird klar, dass damit Bestimmungen gemeint sind, welche die Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks betreffen und denen dann auch die verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a ZGB zukommt.

Nach der hier vertretenen Auffassung enthält allerdings nicht nur die gesetzliche, sondern auch die vereinbarte Miteigentümerordnung sowohl Bestimmungen, die die Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks betreffen, als auch noch zusätzliche *weitere Bestimmungen*. Der Grund für diese Unterteilung liegt in den unterschiedlichen Rechtswirkungen (entweder obligatorische oder verstärkte nach Art. 649a Abs. 1 ZGB oder aufgrund einer Vormerkung), die den einzelnen Bestimmungen zukommen.³⁹⁴

Die nachfolgenden Kapitel (2.V.4.4.2–4.4) über den Beschluss und über die Form der vereinbarten Miteigentümerordnung, über deren dogmatische Einordnung und Auslegung sowie über die Ausgestaltungsmöglichkeiten haben (grundsätzlich) für sämtliche und demzufolge auch für die weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung Gültigkeit.

4.2 Beschluss und Form

Der erstmalige Beschluss einer vereinbarten Miteigentümerordnung, die (auch) Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks zum Inhalt hat, welche von den dispositiven gesetzlichen Bestimmungen abweichen, bedarf der Zustimmung aller Beteiligten.³⁹⁵ Nach dem Gesetzestext kann die vereinbarte Miteigentümerordnung jedoch Abänderbarkeit mittels

393 MEIER-HAYOZ BK, N 37 ff. zu Art. 647 ZGB verwendet dafür den Begriff der «vereinbarten Verwaltungsordnung»; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 746 bezeichnen sie als «abgemachte Ordnung».

394 Vgl. dazu hinten Kapitel 2.V.4.5. f.

395 DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 5 zu Art. 647 ZGB; vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 747; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGBII, N 22 f. zu Art. 647 ZGB; Botschaft zum Registerschuldbrief, S. 5302; Urteile BGer 5A_11/2015 vom 13.05.2015, E. 2.4.3 und 5A_380/2013 vom 19.03.2014, E. 3.3.1, Entscheid besprochen in SCHMID/BEELER-SUTA, S. 292 f.

Mehrheitsbeschluss vorsehen (Art. 647 Abs. 1 ZGB).³⁹⁶ Betrifft die beabsichtigte Änderung allerdings Bestimmungen über die Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte, müssen die direkt betroffenen Miteigentümer zwingend zustimmen (Art. 647 Abs. 1^{bis} ZGB).³⁹⁷

Die vereinbarte Miteigentümerordnung kann zeitgleich mit der Begründung von Miteigentum oder aber zu einem späteren Zeitpunkt erlassen werden. Im Unterschied zum Stockwerkeigentum (Art. 712g Abs. 3 ZGB) können die einzelnen Miteigentümer nicht verlangen, dass eine vereinbarte Miteigentümerordnung zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks aufgestellt und im Grundbuch angemerkt werden soll.³⁹⁸

Für den Beschluss einer vereinbarten Miteigentümerordnung gilt *keine bestimmte Formvorschrift*. Somit können die Miteigentümer diesbezügliche Vereinbarungen formfrei (Art. 11 OR) vornehmen.³⁹⁹ Aufgrund der in Art. 8 ZGB statuierten allgemeinen Beweislastregel empfiehlt es sich allerdings, solche Vereinbarungen schriftlich festzuhalten.

Die vereinbarte Miteigentümerordnung kann nach ihrer Begründung angepasst, ergänzt oder auch wieder aufgehoben werden. Welches Quorum hierbei gelten soll, ergibt sich in erster Linie aus den von den Miteigentümern diesbezüglich getroffenen Vereinbarungen. Fehlen entsprechende Bestimmungen in der vereinbarten Miteigentümerordnung, müssen m.E., wie beim erstmaligen Beschluss einer vereinbarten Miteigentümerordnung, alle Miteigentümer einverstanden sein.

Schriftlichkeit sowie die Unterzeichnung durch alle Miteigentümer wird zudem immer dann verlangt, wenn die Beteiligten Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks im Grundbuch anmerken lassen möchten (Art. 649a Abs. 2 ZGB; Art. 80 Abs. 1 und 2 GBV).

4.3 Dogmatische Einordnung und Auslegung

Die von den Miteigentümern getroffenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen sind nach MEIER-HAYOZ «keine synallagmatischen Verträge, sondern solche gesellschaftsvertragsähnlichen Inhalts, ohne dass deswegen die Mit-

396 Botschaft Registerschuldbrief, S. 5302.

397 Vgl. zu den zwingenden sachenrechtlichen Normen vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

398 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 647 ZGB m.w.H. zur kantonalen Rechtsprechung. Vgl. zum Anspruch auf Erlass eines Reglements beim Stockwerkeigentum statt vieler REY, Sachenrecht, Rz. 830.

399 Dazu statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 749a, sowie BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 25 zu Art. 647 ZGB m.w.V. VONZUN geht davon aus, dass eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung, genauso wie die einfache Gesellschaft, stillschweigend vereinbart werden kann (Rz. 368). Vgl. zu den Formvorschriften der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.V.2.

eigentümergeinschaft als Gesellschaft aufgefasst werden müsste»;⁴⁰⁰ denn dazu fehle es der Miteigentümergeinschaft regelmässig an der erforderlichen *affectio societatis*^{401, 402}

Dogmatisch wird die vereinbarte Miteigentümerordnung von der Rechtsprechung und Lehre mehrheitlich als Vertrag mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag eingeordnet.⁴⁰³ Im Streitfall kommt bei der Auslegung der Vereinbarungen der Miteigentümer in erster Linie das für die Vertragsinterpretation massgebende Vertrauensprinzip zur Anwendung, falls sich der übereinstimmende und wirkliche Wille der Beteiligten nicht mehr feststellen lässt (Art. 18 OR).⁴⁰⁴ Nach MEIER-HAYOZ ist weiter zu beachten, dass insbesondere bei einer Gemeinschaft mit einer grossen Anzahl von Miteigentümern und mit häufig wechselnden Beteiligten bei der Auslegung der Vereinbarungen die Rücksichtnahme auf individuelle Besonderheiten zugunsten einer stärkeren Beachtung der objektiven und generalisierenden Betrachtungsweise zurücktrete (ähnlich wie im Falle der Auslegung von Statuten von juristischen Personen).⁴⁰⁵

4.4 Ausgestaltungsmöglichkeiten

Neben den erwähnten zwingenden sachenrechtlichen Normen⁴⁰⁶ müssen bei der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung allgemeine Rechtsgrundsätze (v.a. Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19/20 OR) beachtet werden.⁴⁰⁷ Insbesondere die unzulässige zweckwidrige Verwendung eines

400 MEIER-HAYOZ, BK, N 37 zu Art. 647 ZGB. Vgl. dazu auch FRIEDRICH, Wiedereinführung des Stockwerkeigentums, S. 234a; ähnlich auch WEBER, ZBGR, S. 153. Für Ausführungen zum körperschaftlichen Element vgl. BBl 1962, S. 1491.

401 Vgl. zur *affectio societatis* hinten Kapitel 3.III.

402 MEIER-HAYOZ, BK, N 37 zu Art. 647 ZGB, m.w.H. und w.V. zur einfachen Gesellschaft unter Mit- bzw. Stockwerkeigentümern.

403 Urteile BGer 4A_492/2015 vom 25.02.2016, E. 3.4.1 und 5A_380/2013 vom 19.03.2014, E. 3.1; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 22 zu Art. 647 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 749a; FELLMANN/MÜLLER qualifizieren die Nutzungs- und Verwaltungsordnung als *gesellschaftsvertragsähnliche Ordnung* (N 366 zu Art. 530 OR); ähnlich auch MEIER-HAYOZ, BK, N 37 zu Art. 647 ZGB. SIMONIUS/SUTTER schreiben der Nutzungs- und Verwaltungsordnung, zumindest im Zeitpunkt des Erlasses, den Charakter eines Vertrags zwischen den einzelnen Teilhabern zu, allerdings ohne den gesellschaftsrechtlichen Einschlag zu erwähnen (§ 14 N 51).

404 MEIER-HAYOZ, BK, N 44 zu Art. 647 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 749a m.w.V. auf die Rechtsprechung; vgl. zum Stockwerkeigentum auch WERMELINGER, N 166 zu Art. 712g ZGB.

405 MEIER-HAYOZ, BK, N 44 zu Art. 647 ZGB m.w.V.

406 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

407 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 24 zu Art. 647 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, Rz. 04.208; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 42 zu Art. 647 ZGB. Zu den Schranken der Vertragsfreiheit vgl. auch WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 37 ff.; FRIEDRICH, Erfahrungen mit Stockwerkeigentum, S. 134.

Rechts⁴⁰⁸ kann die Möglichkeiten zur Anpassung und Erweiterung der gesetzlichen Miteigentümerordnung einschränken.⁴⁰⁹ Eine zweckwidrige Verwendung (i.S. eines Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 ZGB⁴¹⁰) liegt dann vor, «wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt».⁴¹¹

Einheitliche Beurteilungsgrundsätze oder Regelungen in Bezug auf die unzulässige zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten fehlen.⁴¹² Um beurteilen zu können, ob einzelne oder sämtliche Regelungen der vereinbarten Miteigentümerordnung mit dieser im Widerspruch stehen und deshalb unzulässig sind, muss in einem ersten Schritt die gesetzgeberische Intention für das Rechtsinstitut Miteigentum ergründet werden.⁴¹³ Ganz allgemein lässt sich dazu sagen, dass die Gestaltungsfreiheit dann eingeschränkt ist, wenn sich deren Ausübung (Ausnützung) gegen den Sinngehalt des Instituts Miteigentum zu richten droht.⁴¹⁴ Sämtliche Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung dürfen daher die substanziellen Mindestrechte, ohne die wesensmässig nicht mehr von (Mit-)Eigentum gesprochen werden kann, nicht aushöhlen oder aufheben.⁴¹⁵ SIMONIUS/SUTTER rechnen in diesem Zusammenhang etwa die Verfügungsfreiheit der einzelnen Miteigentümer (Art. 646 Abs. 3 ZGB) dem «Wesen des Miteigentums» zu.⁴¹⁶ Unzulässige

408 Die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts wird in der Lehre auch als zweckwidrige Rechtsausübung oder Institutsmissbrauch bezeichnet. Vgl. dazu HONSELL, BSK ZGB I, N 51 zu Art. 2 ZGB m.w.H. zur Lehre.

409 Vgl. dazu WEBER, ZBGR, S. 159; vgl. im Einzelnen SIEGWART, S. 21 ff. Vgl. zum Begriff «Rechtsinstitut» KELLER, S. 1: unter «einem Rechtsinstitut oder einer Rechtseinrichtung ist eine *Summe von Rechtssätzen* zu verstehen, deren Aufgabe es ist, ein bestimmtes *Sachproblem zu regeln*».

410 A.M. WEBER, ZBGR, S. 159 f., welcher als Rechtsgrundlage des Institutsmissbrauchs nicht Art. 2 ZGB, sondern Art. 20 OR ansieht. Er ist der Ansicht, dass das betreffende Institut als (wenn auch auslegungsbedürftiges) Gebilde erfassbar sei, weshalb die Überschreitung der Grenzen nicht eine rechtsmissbräuchliche Ermessensausübung, sondern die Verletzung einer ungeschriebenen zwingenden Norm darstelle. Vgl. dazu auch HONSELL, BSK ZGB I, N 51 zu Art. 2 ZGB, der daraufhinweist, dass in vielen Fällen die Annahme eines als Rechtsmissbrauch qualifizierten Institutsmissbrauchs lediglich zu einer Duplizierung eines durch die Sittenwidrigkeitsschranke oder das Verbot der Gesetzesumgehung ohnedies erreichbaren Rechtsschutzes führe (m.w.V.).

411 HONSELL, BSK ZGB I, N 51 zu Art. 2 ZGB m.w.H. zur Rechtsprechung.

412 WEBER, ZBGR, S. 159; WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 45.

413 Vgl. WEBER, ZBGR, S. 159.

414 WEBER, ZBGR, S. 159; WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 45.

415 WEBER, ZBGR, S. 161; SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 28; vgl. dazu auch die Ausführungen von WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 47 zum Institutsmissbrauch beim Stockwerkeigentum.

416 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 28.

institutswidrige Regelungen liegen demzufolge beispielsweise dann vor, wenn sie die Nutzungsmöglichkeiten der einzelnen Miteigentümer zu stark einschränken.⁴¹⁷ Darunter fallen etwa Gebrauchsverbote, welche in keinem Zusammenhang mit der Zweckbestimmung des Gebäudes stehen (z.B. ein generelles Verbot für das Parkieren von Hybridautos in der im Miteigentum stehenden Unterniveaugarage).

4.5 Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung

a Allgemeines

Die nachfolgend zuerst besprochenen Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung der vereinbarten Miteigentümerordnung weichen von den dispositiven gesetzlichen Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung ab und/oder enthalten zusätzliche rechtsgeschäftlich getroffene Vereinbarungen, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Nutzung oder der Verwaltung des Stammgrundstücks aufweisen. Die Miteigentümer können in diesen Bestimmungen beispielsweise regeln, wie (und wann) die gemeinschaftliche Sache genutzt werden darf⁴¹⁸, welche Quoren für die Beschlussfassung der Beteiligten gelten sollen (ausserhalb der Anwendungsbereiche der Art. 647d und 647e ZGB⁴¹⁹), ob (und wie) ein Verwalter eingesetzt wird oder wie die gemeinschaftlichen Kosten⁴²⁰ aufgeteilt werden.⁴²¹

b Verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB

Die vereinbarten Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks wirken dahingehend *obligatorisch*, dass sie primär zwischen den

417 Vgl. dazu und zum Folgenden WEBER, ZBGR, S. 162.

418 Die Miteigentümer einer Unterniveaugarage können etwa die einzelnen Einstellplätze zuteilen und festhalten, dass im Gebäude keine Reparaturen oder Ölwechsel am Fahrzeug vorgenommen werden dürfen. Weiter können auch Teilzeitnutzungsrechte (Time-Sharing) vereinbart werden; vgl. dazu DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 8 zu Art. 647 ZGB. Obwohl auch beim gewöhnlichen Miteigentum ausschliessliche Nutzungsrechte an bestimmten Räumen oder Gebäudeteilen eingeräumt werden können und somit eine Annäherung an das Stockwerkeigentum stattfindet, ist es lediglich den Stockwerkeigentümern gestattet, einzelne Gebäudeteile innen auszubauen. Vgl. dazu BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 647 ZGB.

419 Vgl. zu den zwingend wirkenden Normen der gesetzlichen Miteigentümerordnung vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

420 Vgl. dazu BGE 123 III 53, E. 3, wonach einer Bestimmung, die den Erwerber einer Stockwerkeinheit verpflichtet, solidarisch mit dem Veräusserer für die Bezahlung von fälligen gemeinschaftlichen Kosten und Lasten aufzukommen, der unmittelbare Bezug zur gemeinschaftlichen Verwaltung und Nutzung der Sache fehle (Entscheid besprochen in ZBJV 1998, S. 484 ff.).

421 Vgl. dazu SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 50; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 13 zu Art. 647 ZGB, beide mit weiteren Beispielen.

beteiligten Miteigentümern Rechtswirkung entfalten.⁴²² Den zuvor beschriebenen gesellschaftsrechtlichen Einschlag⁴²³ verdankt die vereinbarte Miteigentümerordnung dem Umstand, dass sekundär all jene Bestimmungen *verstärkte Rechtswirkung* entfalten, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Verwaltung und Nutzung der gemeinschaftlichen Sache stehen (Art. 649a Abs. 1 ZGB).⁴²⁴ Durch die verstärkte Rechtswirkung wird das korporative Element gestärkt, und die Miteigentümergeinschaft nähert sich insofern einer juristischen Person an, als ein neu in die Gemeinschaft Eintretender sich in einer ähnlichen Rechtslage befindet wie z.B. derjenige, der einem Verein beitrifft.⁴²⁵ Kommt einer Bestimmung verstärkte Rechtswirkung zu, bedeutet dies, dass sie kraft Gesetzes und damit für jeden Erwerber eines Miteigentumsanteils (sowohl Universalsukzessoren [z.B. Erben] als auch Singularsukzessoren [z.B. Käufer]) verbindlich ist.⁴²⁶

Die soeben beschriebene verstärkte Rechtswirkung (auch Drittwirkung genannt⁴²⁷) ergibt sich aus Art. 649a Abs. 1 ZGB: «Die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung und die von ihnen gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile und Verfügungen sind auch für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Miteigentumsanteil verbindlich.» Diese Gesetzesvorschrift ist zwingend.⁴²⁸

Für die Drittwirkung von Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung in der Miteigentümerordnung⁴²⁹, aber auch von Verwaltungsbeschlüssen sowie von richterlichen Urteilen und Verfügungen ist, wie erwähnt, ein *unmittelbarer Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks*

422 Vgl. zur Beschränkung der Vertragswirkungen BUCHER/ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK ORI, N 38 zu Vorbem. zu Art. 1-40 OR.

423 Vgl. dazu soeben Kapitel 2.V.4.4.3 sowie TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 10.

424 BGE 142 III 220, E. 3.4.1; Urteil BGER 4A_492/2015 vom 25.02.2016, E. 3.4.1; BGE 123 III 53, E. 3a (= Pra. 86 (1997), Nr. 87; Entscheid besprochen in REY, ZBJV, S. 484 ff.); BGE 110 Ia 106, E. 4c; Urteil BGER 5A_499/2010 vom 20.12.2010, E. 6.1; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 748; MEIER-HAYOZ, BK, N 18 zu Art. 649a ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 704 und 829; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 100 N 14; WERMELINGER, ZK, N 232 zu Art. 712g ZGB; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 2 zu Art. 649a ZGB. vgl. dazu auch Urteil BGER 4P.113/2001, E. 3.c.aa. und 5C.177/2006, E. 4.1.

425 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 649a ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 12 zu Art. 649a ZGB m.w.H.; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 1 zu Art. 649a ZGB.

426 Vgl. etwa Urteil BGER 4A_492/2015 vom 25.02.2016, E. 3.4.1. Diese verstärkte Rechtswirkung wird häufig als *Drittwirkung* oder *realobligatorische Wirkung* bezeichnet: vgl. dazu WERMELINGER, ZK, N 99 f. zu Art. 712g ZGB.

427 Dazu statt vieler BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 649a ZGB.

428 Vgl. zu den weiteren zwingenden sachenrechtlichen Normen vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

429 Vgl. zur Definition der Miteigentümerordnung vorne Kapitel 2.V.2.

erforderlich.⁴³⁰ Dieser unmittelbare Zusammenhang ist beispielsweise gegeben, wenn die Miteigentümer von der dispositiven gesetzlichen Regelung abweichende Quoren für Massnahmen nach Art. 647a–647e ZGB vereinbaren.⁴³¹ Auch besteht bei einem auf gemeinschaftlichem Beschluss der Miteigentümer basierenden Vertrag zum Unterhalt eines gemeinschaftlich genutzten Stammgrundstücks ein direkter Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung.⁴³²

Der Erwerber eines Miteigentumsanteils (bzw. eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Anteil) übernimmt nicht nur das Eigentum (bzw. das beschränkte dingliche Recht am Miteigentumsanteil) und die damit verknüpften dinglichen Belastungen, «sondern tritt in das ganze Geflecht von obligatorischen Beziehungen ein, das im Laufe der Zeit zwischen den Miteigentümern entstanden ist»⁴³³.⁴³⁴ Neben den durch die Miteigentümer einst beschlossenen Bestimmungen über die Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache entfalten auch sämtliche später entstandenen – die Nutzung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache betreffenden – Verwaltungsbeschlüsse sowie sämtliche gerichtlichen Urteile und Verfügungen⁴³⁵ gegenüber Rechtsnachfolgern Wirkung (Art. 649a Abs. 1 ZGB).

Ob der Erwerber eines Miteigentumsanteils von den Rechten und Pflichten weiss, die mit dem Gemeinschaftseintritt einhergehen, ist für die Drittwirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB unerheblich.⁴³⁶ Soweit zumutbar, trifft den veräussernden Miteigentümer nur (aber immerhin) eine umfassende Aufklärungspflicht: Er muss seinen Rechtsnachfolger über Beschlüsse, richterliche Anordnungen und den Inhalt der die Nutzung und Verwaltung betreffenden Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung informieren.⁴³⁷ Nach Abs. 2 von Art. 649a ZGB können von den Miteigentümern zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks getroffene Vereinbarungen und Verwaltungsbeschlüsse sowie auch gerichtliche Urteile und Verfügungen im

430 Vgl. dazu Fn. 424.

431 DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 2 zu Art. 649a ZGB.

432 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 649a ZGB m.w.V. auf die Rechtsprechung.

433 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 73.

434 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 649a ZGB.

435 SIMONIUS/SUTTER weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Drittwirkung lediglich Entscheidungen zukommen könne, die gegenüber allen Miteigentümern ergangen seien und nicht bloss interne Streitigkeiten einzelner Miteigentümer betroffen hätten (§ 14 N 73).

436 Urteile BGer 4A_492/2015 vom 25.02.2016, E. 3.4.1, 5D_98/2012 vom 14.08.2012, E. 3.3 und 5C.177/2006 vom 19.12.2006, E. 4.1; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 649a ZGB.

437 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 649a ZGB.

Grundbuch angemerkt werden.⁴³⁸ Die in Abs. 1 von Art. 649a ZGB statuierte Drittwirkung hängt allerdings nicht von der Anmerkung im Grundbuch ab; Anmerkungen im Grundbuch haben lediglich deklarative Wirkung.⁴³⁹ Inwieweit der Veräusserer von seiner Aufklärungspflicht durch die Anmerkung enthoben wird, ist eine Frage des anwendbaren Vertragsrechts.⁴⁴⁰

4.6 Weitere Bestimmungen

a Allgemeines

Zu den weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung, die *nicht* in einem direkten Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks stehen, zählen wohl etwa Bestimmungen zu Änderungen im Mitgliederbestand der Gemeinschaft, zur Aufhebung der Gemeinschaft, zur Teilung des Stammgrundstücks oder zu Sanktionen bei Verstössen gegen die vereinbarte Ordnung.⁴⁴¹

Ob bei einer Bestimmung zur Streiterledigung ein direkter Zusammenhang mit der Verwaltung und Nutzung des Stammgrundstücks besteht, wird in Lehre und Rechtsprechung kontrovers behandelt.⁴⁴² In seinem jüngsten,

438 DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 5 zu Art. 649a ZGB. Die Anmerkung hat keine rechtsbegründende, sondern lediglich deklaratorische Wirkung; sie liefert Informationen über bestehende Rechtsverhältnisse und schafft damit eine gewisse Transparenz; Botschaft Registerschuldbrief, S. 5303.

439 DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 6 zu Art. 649a ZGB m.w.V auf die Rechtsprechung.

440 DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 6 zu Art. 649a ZGB m.w.V.; a.M. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 649a ZGB.

441 Siehe dazu WEBER, Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 484 sowie zu den Beispielen auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 13 zu Art. 647 ZGB und N 3 zu Art. 649a ZGB. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fehlt auch bei einer Bestimmung, welche den Erwerber einer Stockwerkeinheit mit dem Veräusserer für die Bezahlung von fälligen gemeinschaftlichen Kosten und Lasten solidarisch haften lassen will, der direkte Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung, BGE 123 III 53, E. 3 (= Pra. 86 (1997), Nr. 87).

442 Das BGer befasst sich im Entscheid 142 III 220 einmal mehr mit der gesetzlichen Sukzession nach Art. 649a Abs. 1 ZGB bei Schiedsklausel in einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung, ohne die Rechtslage abschliessend zu klären. Im BGE 110 Ia Nr. 23, S. 106 (= Pra. 73 (1984), Nr. 237, E. 4c) führt das BGer aus, die Bestimmung von Art. 649a ZGB gelte lediglich im Bereich der Nutzungs- und Verwaltungsordnung und nicht im gesamten Bereich der Beziehungen unter den Miteigentümern. Ob eine Schiedsgerichtsklausel i.w.S. eine Verwaltungsfunktion erfüllt, erachtet das BGer hier allerdings als fraglich. Vgl. dazu auch Urteil Kantonsgericht Waadt vom 27.09.2013 in ZBGR 97/2016, S. 114 ff. und JdT 162/2014 III 27, welches entschied, dass eine Schiedsklausel (enthalten in dem im Grundbuch angemerktem Nutzungs- und Verwaltungsreglement) eine verfahrensrechtliche Vereinbarung sei, auf welche Art. 649a ZGB nicht anwendbar sei. Aus diesem Grund sei das im Reglement vorgesehene Schiedsverfahren für den Dritterwerber eines Miteigentumsanteils nicht verbindlich, sofern er der betreffenden Reglementsbestimmung nicht schriftlich zugestimmt habe. FRIEDRICH hingegen

amtlich publizierten Entscheid zu dieser Thematik führt das Bundesgericht dazu aus, dass es bisher offen gelassen habe, ob eine Bestimmung zur Streiterledigung von Art. 649a ZGB erfasst werde, weist allerdings darauf hin, dass seine bisherigen Entscheide eher dahingehend zu verstehen seien, dass den Schiedsklauseln ein direkter Bezug zur Nutzung und Verwaltung fehlen würde.⁴⁴³ Der Entscheid macht deutlich, dass die Rechtslage in diesem Bereich nach wie vor unklar ist.⁴⁴⁴ Dennoch lässt sich aus den Ausführungen des Bundesgerichts nur (aber immerhin) Folgendes festhalten: Eine Schiedsgerichtsklausel in der vereinbarten Miteigentümerordnung gilt für diejenigen Miteigentümer, die beim Beschluss der Ordnung dazu ihr Einverständnis gegeben haben. Gleiches gilt, wenn die Miteigentümer die abgeänderte Miteigentümerordnung unterzeichnen. Ein neuer Miteigentümer ist an die Schiedsklausel nur dann gebunden, wenn er sie anerkennt. Die Miteigentümer sowie allfällige Rechtsnachfolger müssen sich also einer Bestimmung zur Streiterledigung ausdrücklich unterziehen, was für eine obligatorische Wirkung⁴⁴⁵ der Bestimmung spricht und der Grund dafür ist, weshalb sie in dieser Arbeit zu den «weiteren Bestimmungen» gezählt wird.

b Verstärkte Rechtswirkung aufgrund einer Vormerkung

Neben den Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung, denen aufgrund von Art. 649a Abs. 1 ZGB verstärkte Rechtswirkung zukommt, sieht der Gesetzgeber eine zusätzliche Möglichkeit vor, wie auch einzelne der weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam werden:⁴⁴⁶ Verzichten die Miteigentümer auf das in Art. 682 ZGB (i.V.m. Art. 681b Abs. 1 ZGB) normierte Vorkaufsrecht⁴⁴⁷ (bzw. ändern sie dieses ab) oder schliessen sie die Aufhebung des Miteigentums nach Art. 650 Abs. 2 ZGB⁴⁴⁸ rechtsgeschäftlich aus, kann diesfalls eine entsprechende Vormerkung im Grundbuch vorgenommen werden (Art. 959 ZGB).⁴⁴⁹

ist der Auffassung, dass eine Schiedsgerichtsabrede in der Gemeinschaftsordnung i.w.S. eine Verwaltungsfunktion erfülle und somit auch für einen Einzelrechtsnachfolger verbindlich sei (Wiedereinführung des Stockwerkeigentums, S. 217).

443 BGE 142 III 220, E. 3.4.1; SCHWARZ, S. 75.

444 Vgl. dazu und zum Folgenden BGE 142 III 220, E. 3.4.1 ff.; SCHWARZ, S. 76 f.

445 Vgl. zu den weiteren Bestimmungen mit obligatorischer Wirkung hinten Kapitel 2.V.4.4.6.c.

446 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BK, N18 zu Art. 649a ZGB sowie FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 344 ff.

447 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.6.

448 Vgl. dazu hinten Kapitel 2.VII.2.2.1.

449 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BK, N18 zu Art. 649a ZGB.

Nach Art. 959 ZGB können persönliche Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn das Gesetz deren Vormerkbarkeit ausdrücklich erwähnt (Abs. 1). Durch die Vormerkung erhalten die persönlichen Rechte Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Abs. 2). So verleiht die Vormerkung einer öffentlich beurkundeten Vereinbarung über den Ausschluss des Aufhebungsanspruchs (Art. 650 Abs. 2 ZGB) oder über die Aufhebung bzw. Abänderung des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Miteigentümer (Art. 681b Abs. 2 ZGB) verstärkte Rechtswirkung⁴⁵⁰; ein Rechtsnachfolger wird so behandelt, «wie wenn er der betreffenden Abrede zugestimmt hätte»⁴⁵¹.⁴⁵² Unterlassen die Miteigentümer eine entsprechende Vormerkung im Grundbuch und hat ein Nachfolger die Vereinbarungen nicht anderweitig übernommen, so wirken diese lediglich zwischen den am Rechtsgeschäft direkt Beteiligten.⁴⁵³

Anders liegt der Fall bei den Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung in der vereinbarten Miteigentümerordnung: Die darin von der Miteigentümergeinschaft getroffenen Vereinbarungen sind – unabhängig von einem Vorgang im Grundbuch – in jedem Falle auch für einen allfälligen Rechtsnachfolger verbindlich (Art. 649a Abs. 1 ZGB).⁴⁵⁴ Der Umstand, dass der Gesetzgeber die sich aus Art. 649a Abs. 1 ZGB ergebende verstärkte Rechtswirkung nicht auch auf Vereinbarungen über den Ausschluss des Aufhebungsanspruchs oder über die Aufhebung bzw. Abänderung des gesetzlichen Vorkaufsrechts erstreckt hat, wird in der Lehre kritisiert.⁴⁵⁵

c *Obligatorische Wirkung*

Die weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung – die in keinem direkten Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks stehen und denen auch keine verstärkte Rechtswirkung aufgrund einer Vormerkung zukommt – entfalten lediglich zwischen denjenigen Miteigentümern Rechtswirkung, die zugestimmt haben.⁴⁵⁶ Die Miteigentümer können ihr Einverständnis etwa in der Weise geben, dass sie bei der Begründung oder späteren Änderung der vereinbarten Miteigentümer-

450 In diesem Zusammenhang wird auch von einer realobligatorischen oder dinglichen Wirkung gesprochen; vgl. etwa SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 109 oder SCHMID, BSK ZGB II, N 27 zu Art. 959 ZGB. Vgl. zum Konzept der Realobligation auch ARNET, S. 631 ff.

451 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 349.

452 SCHMID, BSK ZGB II, N 27 f. zu Art. 959 ZGB.

453 REY/STREBEL, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 681b ZGB sowie BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 650 ZGB.

454 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b.

455 SCHNEIDER, S. 173 ff.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 650 ZGB; un-kritisch allerdings FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 345 und 348 f.

456 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 748.

ordnung die Ordnung unterzeichnen.⁴⁵⁷ Offen bleibt die Frage, ob eine weitere Bestimmung auch für diejenigen Miteigentümer gilt, die sie abgelehnt haben, den Beschluss über die Aufnahme dieser Bestimmung in die vereinbarte Miteigentümerordnung aber nicht angefochten haben.⁴⁵⁸

Damit die weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung auch allfällige Rechtsnachfolger obligatorisch zu binden vermögen, müssen sie von den Rechtsnachfolgern übernommen werden.⁴⁵⁹ Dies geschieht etwa dadurch, dass im öffentlich beurkundeten Grundstückskaufvertrag über einen Miteigentumsanteil ausdrücklich festgehalten wird, dass der Rechtsnachfolger sich den weiteren Bestimmungen in der vereinbarten Miteigentümerordnung unterzieht.⁴⁶⁰ Andernfalls bleiben sie für diesen unverbindlich. Folglich sind die weiteren Bestimmungen einer vereinbarten Miteigentümerordnung für einen Rechtsnachfolger auch dann nicht bindend, wenn die vereinbarte Miteigentümerordnung als Ganzes (inkl. die Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks betreffende Bestimmungen) im Grundbuch angemerkt ist (Art. 649a Abs. 2 ZGB; Art. 80 Abs. 1 und 2 GBV).

4.7 Hinweise für die Praxis – mögliche Vorgehensweise bei der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung

Die kommenden Ausführungen setzen sich mit einer zweckmässigen und allgemein gültigen Herangehensweise für die Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung, welche den unterschiedlichen Rechtswirkungen der Bestimmungen der Ordnung Rechnung⁴⁶¹ trägt, auseinander. Im Einzelnen:

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass eine vereinbarte Miteigentümerordnung sinnvollerweise in drei Teile gegliedert werden sollte: Im ersten Teil sollten die zwingenden Bestimmungen und somit die Schranken der Ausgestaltungsmöglichkeiten festgehalten werden. Der zweite Teil sollte sämtliche Bestimmungen, die einen direkten Zusammenhang zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks aufweisen (verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB⁴⁶²), enthalten und im dritten Teil sollten sich die weiteren Bestimmungen befinden. Bei den weiteren Bestimmungen sollte darauf hingewiesen werden, dass diese, soweit sie nicht im Grundbuch vorgemerkt

457 Vgl. SCHWARZ, S. 76.

458 Vgl. SCHWARZ, S. 76.

459 Beim Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück kann dies etwa im öffentlich zu beurkundenden Kaufvertrag geschehen.

460 Vgl. SCHWARZ, S. 76.

461 Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtswirkungen der einzelnen Bestimmungen in der vereinbarten Miteigentümerordnung vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b und 4.6.b/c.

462 Vgl. zur verstärkten Rechtswirkung nach Art. 649a ZGB vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b.

sind, für Rechtsnachfolger nur dann gelten, wenn diese die weiteren Bestimmungen übernommen haben.⁴⁶³

Davon ausgehend, dass die Miteigentümer eine vereinbarte Miteigentümerordnung beschlossen haben, ist es beispielsweise möglich, dass eine mit Mehrheitsbeschluss gültig vereinbarte Anpassung der die Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks betreffenden Bestimmungen (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB) auch denjenigen Miteigentümern und allfälligen Rechtsnachfolgern (verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a ZGB) entgegengehalten werden kann, die nicht zugestimmt haben. Demgegenüber kommen Anpassungen der weiteren (obligatorisch wirkenden) Bestimmungen bei fehlender Einstimmigkeit entweder gar nicht zustande oder finden künftig nur auf diejenigen Miteigentümer Anwendung, die mit der betreffenden Änderung einverstanden waren.⁴⁶⁴

Eine wie in dieser Arbeit vorgeschlagene Gliederung der vereinbarten Miteigentümerordnung schafft Klarheit über die an der Miteigentümergeinschaft nötigen Quoren bei Beschlussfassungen und sensibilisiert die Beteiligten dafür, welche Bestimmungen von allfälligen Rechtsnachfolgern *gesondert* (etwa mittels entsprechender Bestimmung im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag) übernommen werden müssen. Diese im Zusammenhang mit der Anpassung der Miteigentümerordnung verbundenen Schwierigkeiten können zwar nicht vollständig vermieden, aber zumindest entschärft werden, indem bereits bei der Ausarbeitung oder spätestens bei der Anpassung bzw. Ergänzung der vereinbarten Miteigentümerordnung geklärt wird, welche Wirkungen den einzelnen Bestimmungen zukommen bzw. welche Miteigentümer (oder allfällige Rechtsnachfolger) sich welche Bestimmungen entgegenhalten lassen müssen.⁴⁶⁵

VI. Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft

Ein einzelner Miteigentümer kann auf verschiedene Arten aus der Miteigentümergeinschaft ausscheiden: durch Veräußerung seines Anteils oder Verzicht auf eben diesen, durch behördliche Verfügung sowie durch Ausschluss

463 Vgl. zur obligatorischen Wirkung der weiteren Bestimmungen in der vereinbarten Miteigentümerordnung vorne Kapitel 2.V.4.4.6.c.

464 Vgl. zur obligatorischen Wirkung der weiteren Bestimmungen in der vereinbarten Miteigentümerordnung vorne Kapitel 2.V.4.4.6.c.

465 Vgl. dazu auch REY/MAETZKE, Rz. 488 m.w.V. auf die Rechtsprechung und WERMELINGER, ZK, N 152 ff. zu Art. 712g ZGB, welche sich zur ähnlichen, beim Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft bestehenden Problematik bezüglich Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln äussern.

aus der Gemeinschaft oder Tod.⁴⁶⁶ Demgegenüber ist die einfache Gesellschaft – aufgrund der engen persönlichen Bindung zwischen den Gesellschaftern – grundsätzlich nicht auf Veränderungen im Mitgliederbestand ausgerichtet.⁴⁶⁷

1. Veräußerung des Miteigentumsanteils

Nach Art. 646 Abs. 3 ZGB steht jedem Miteigentümer das Recht zu, seinen Anteil an einen Dritten oder einen anderen Miteigentümer zu veräußern.⁴⁶⁸ Jeder Miteigentümer kann seinen Anteil als Ganzes oder zu einem beliebigen Bruchteil auf einen Rechtsnachfolger übertragen, indem er ihn etwa verkauft⁴⁶⁹, eintauscht⁴⁷⁰ oder verschenkt⁴⁷¹.⁴⁷²

2. Verzicht auf den Miteigentumsanteil

Das Recht, auf den Miteigentumsanteil zu verzichten, ergibt sich aus Art. 646 Abs. 3 ZGB.⁴⁷³ Durch den Verzicht scheidet der Miteigentümer aus der Gemeinschaft aus. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre hat dies zur Folge, dass der Anteil, falls er unbelastet war, den übrigen Miteigentümern (ausserbuchlich) im Verhältnis ihrer Anteile anwächst. Unter gewissen Voraussetzungen wird somit das beim Gesamteigentum allgemein anerkannte Prinzip der Anwachsung (Akkreszenz⁴⁷⁴) auch beim gewöhnlichen Miteigentum für anwendbar erklärt.⁴⁷⁵ Ist der Miteigentumsanteil hingegen belastet, so werden die übrigen Miteigentümer im Verhältnis ihrer Quoten zu Miteigentümern am Verzichtobjekt und es entsteht eine Untergemeinschaft (auf sachenrechtlicher Grundlage⁴⁷⁶).⁴⁷⁷

466 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 781; STEINAUER, Band I, Rz. 1610 ff. Vgl.

467 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.6.

468 Vgl. REY, Sachenrecht, Rz. 651. Die Verfügungsfreiheit kann durch Sonderbestimmungen (etwa Art. 201 Abs. 2 ZGB) beschränkt sein (DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 12 zu Art. 646 ZGB).

469 Vgl. zum Grundstückskauf Art. 216 ff. OR sowie Art. 656 ZGB.

470 Vgl. zum Tauschvertrag Art. 237 f. i.V.m. Art. 216 ff. OR sowie Art. 656 ZGB.

471 Vgl. zur Schenkung Art. 239 ff. OR sowie Art. 656 ZGB.

472 Vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 646 ZGB; SCHNEIDER, S. 240.

473 Vgl. MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 210.

474 Vgl. zur Akkreszenz im Recht der einfachen Gesellschaft auch hinten Kapitel 3.IX.6.

475 LIVER, SPR V/1, S. 63 und 160; LIVER, FS, S. 353 f.; REY, Sachenrecht, Rz. 661 und 1557; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 25 f. zu Art. 646 ZGB; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 15 zu Art. 646 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 71 zu Art. 646 ZGB; HAAB, ZK, N 14 zu Art. 646 ZGB, SCHNEIDER, S. 251; BGE 129 III 216, E. 3.2.2. (= Pra. 92 (2003), Nr. 194).

476 Vgl. zur Untergemeinschaft auf sachenrechtlicher Grundlage vorne Kapitel 2.III.7.7.2.a.

477 Vgl. LIVER, FS, S. 370 ff.; BGE 129 III 216, S. 219; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 15 zu Art. 646 ZGB.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Miteigentümer mittels einseitiger, nicht empfangsbedürftiger (hingegen unbedingter, definitiver) Willenserklärung auf ihre Anteile verzichten können.⁴⁷⁸

3. Behördliche Verfügung

Gemäss Art. 646 Abs. 3 kann der einzelne Miteigentümer seinen Anteil verpfänden, und die Gläubiger eines Miteigentümers können dessen Miteigentumsanteil pfänden (vgl. Art. 23 VZG).⁴⁷⁹ Kommt es im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens zur Verwertung eines Miteigentumsanteils (vgl. Art. 73 VZG), wird der Ersteigerer mit dem definitiven Zuschlag Eigentümer des versteigerten Miteigentumsanteils kraft rechtsgestaltender amtlicher Verfügung (Art. 126 Abs. 1 SchKG), und der bisherige Miteigentümer scheidet aus der Miteigentümergeinschaft aus^{480, 481}

4. Ausschluss aus der Gemeinschaft der Miteigentümer

Nach Art. 649b Abs. 1 ZGB kann ein Miteigentümer durch richterliches Urteil aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, wenn er durch sein Verhalten (oder das Verhalten von Personen, denen er den Gebrauch der Sache überlassen hat) Verpflichtungen gegenüber einzelnen oder allen Miteigentümern so schwer verletzt hat, dass diesen nicht zugemutet werden kann, die Gemeinschaft fortzusetzen (Art. 4 ZGB).⁴⁸² Ob Unzumutbarkeit vorliegt oder nicht, hat das Gericht zu beurteilen.⁴⁸³

478 Vgl. zum Verzicht auf einen Miteigentumsanteil im Allgemeinen: MEIER-HAYOZ, BK, N 71 zu Art. 646 ZGB; LIVER, SPR V/1, S. 63; LIVER, FS, S. 353 f.; REY, Sachenrecht, Rz. 661; MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 210; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 26 zu Art. 646 ZGB. Vgl. zum (einseitigen) Verzicht auf einen Miteigentumsanteil und die Dereliktion eines Miteigentumsanteils auch STREBEL, S. 1121 ff. mit einer Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Vgl. zum Verzicht auf Miteigentumsanteile an Grundstücken: BGE 129 III 216, E. 3.2.2. (= Pra. 92 (2003), Nr. 194); LIVER, FS, 353 f.; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 25 zu Art. 646 ZGB; SCHNEIDER, S. 253. Die Ansicht der h.L. und der Rechtsprechung, wonach das Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft infolge Verzichts auf seinen Anteil dem Prinzip der Anwachsung (Akreszenz) unterstellt sein soll, wird von MÜLLER kritisiert (vgl. dazu MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 201 ff.).

479 STEINAUER, Band I, Rz. 1613 f.

480 Vgl. zum Eintritt in die und zum Austritt aus der Miteigentümergeinschaft vorne Kapitel 2.II.1.

481 Vgl. AMBERG, KuKo, N 14 zu Art. 127 SchKG.

482 Vgl. zur *ratio legis* von Art. 649b ZGB LIVER, GS, S. 181 f.

483 REY, Sachenrecht, Rz. 753.

Die Möglichkeit, einzelne Miteigentümer aus der Gemeinschaft ausschliessen zu können, rechtfertigt sich dadurch, dass die Gemeinschaft – insbesondere dort, wo sie eine enge persönliche Beziehung zwischen den Miteigentümern schafft – auf loyales Verhalten der Beteiligten angewiesen ist.⁴⁸⁴ Da der Ausschluss einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung des einzelnen Teilhabers darstellt, müssen zwingend wichtige Gründe dafür vorliegen.⁴⁸⁵ Zur Ausschliessung eines Miteigentümers kommt es daher nur dann, wenn alle anderen zumutbaren Massnahmen (wie etwa Aussprachen, Mahnungen, Schlichtungen) versagt haben.⁴⁸⁶

Zur Erhebung einer Ausschlussklage berechtigt ist der in seiner Rechtsposition an der gemeinschaftlichen Sache beeinträchtigte Miteigentümer unter der Voraussetzung, dass er durch Mehrheitsbeschluss aller Miteigentümer (mit Ausnahme des Beklagten) zur Klageerhebung ermächtigt wurde (Art. 649b Abs. 2 ZGB).⁴⁸⁷ Nach Abs. 2 von Art. 649b ZGB steht bei einer nur zwei Miteigentümer umfassenden Gemeinschaft jedem Teilhaber das Klagerecht zu. Die Ausschlussklage richtet sich gegen denjenigen Miteigentümer, der durch sein Verhalten die Fortsetzung der Gemeinschaft für den anderen Miteigentümer unzumutbar macht. Heisst das Gericht den Ausschluss des Beklagten gut, so verurteilt es ihn nach Art. 649b Abs. 3 ZGB zur Veräusserung seines Anteils und ordnet für den Fall, dass der Anteil nicht innert der angesetzten Frist veräussert wird, die öffentliche Versteigerung des Miteigentumsanteils an. Der Ausschluss aus der Gemeinschaft erfolgt dabei nicht unmittelbar durch den Richterspruch, sondern erst durch den Verkauf bzw. die Versteigerung des Miteigentumsanteils.⁴⁸⁸ Kommt es innerhalb der Frist nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Anteils (z.B. durch Verkauf), so kann auch ein verbleibender Miteigentümer den Anteil erwerben.

Inwieweit Erleichterungen bzw. Erschwerungen der Ausschliessung eines Miteigentümers möglich sind, ist in der Lehre umstritten. Einig ist man sich hingegen darüber, dass Art. 649b ZGB insoweit zwingendes Recht darstellt, als die Miteigentümer auch durch einstimmigen Beschluss die Möglichkeit des Ausschlusses nicht aufheben können.⁴⁸⁹

484 MEIER-HAYOZ, BK, N 2 zu Art. 649b und c ZGB.

485 MEIER-HAYOZ, BK, N 2 zu Art. 649b und c ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 752.

486 MEIER-HAYOZ, BK, N 2 zu Art. 649b und c ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 752; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 649b ZGB.

487 REY, Sachenrecht, Rz. 755.

488 Urteil BGer 5A_447/2014 vom 12.01.2015, E. 2.

489 MEIER-HAYOZ, BK, N 5 zu Art. 649b und c ZGB. Vgl. dazu auch vorne Kapitel 2.V.3.3.2.d (zwingende Normen in der gesetzlichen Miteigentümerordnung).

5. Tod eines Miteigentümers

Stirbt ein Miteigentümer, so fällt sein Miteigentumsanteil in die Erbmasse, und seine Erben werden kraft Universalsukzession (Art. 560 ZGB) Gesamteigentümer seines Anteils (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB).⁴⁹⁰ Im Rahmen der Erbteilung kann der Miteigentumsanteil geteilt und einzelnen Erben zugewiesen werden.⁴⁹¹

VII. Beendigung von Miteigentum

1. Im Allgemeinen

Im Unterschied zu den soeben dargestellten Konstellationen, in denen es zum Ausscheiden eines einzelnen Miteigentümers aus der Miteigentümergeinschaft kommen kann, sind sämtliche Miteigentümer immer dann betroffen, wenn es zur Beendigung des Miteigentums an der gemeinschaftlichen Sache kommt.⁴⁹² Als Gründe dafür werden in der Lehre etwa der Verlust oder Untergang (vgl. Art. 666 ZGB) des Grundstücks, der Untergang des Baurechts, an welchem Miteigentum begründet wurde, die Aufhebung durch Rechtsgeschäft (*contrarius actus*) oder die Aufhebung auf Verlangen eines einzelnen Miteigentümers genannt.⁴⁹³

Auf die zuletzt genannte Möglichkeit – Beendigung des Miteigentums infolge Aufhebung auf Verlangen eines Miteigentümers – wird im weiteren Verlauf der Arbeit zurückgekommen (Kollision von zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Miteigentum mit zwingenden Normen im Recht der einfachen Gesellschaft⁴⁹⁴), weshalb (nur) diese Beendigungsmöglichkeit nachfolgend noch genauer beschrieben wird.

2. Aufhebung auf Verlangen eines Miteigentümers im Besonderen

2.1 Aufhebungsanspruch nach Art. 650 Abs. 1 ZGB

Da die Miteigentümergeinschaft grundsätzlich als eine rein sachenrechtliche Nutzungsgemeinschaft strukturiert ist – indem sie keinerlei Verbunden-

490 Vgl. BRÄM, S. 395. Handelt es sich um einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB), so können die Erben erst über den Anteil verfügen, sobald sie im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sind. Damit der Grundbuchverwalter die Nachführung des Erbgangs und einer allfälligen Erbteilung im Grundbuch vornimmt, müssen ihm die Erben einen Erbschein (Art. 559 ZGB) sowie die Anmeldung zur Erbteilung vorlegen.

491 LIVER, SPR V/1, S. 55; vgl. zur Aufteilung von Miteigentumsanteilen vorne Kapitel 2.III.7.

492 Vgl. dazu SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 782.

493 Vgl. STEINAUER, Band I, Rz. 1631 ff.; vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 782 f.

494 Vgl. dazu hinten Kapitel 4.

heit zwischen den Miteigentümern voraussetzt⁴⁹⁵ -, gewährt Art. 650 Abs. 1 ZGB jedem Miteigentümer das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen.⁴⁹⁶ Der gesetzliche Anspruch auf Aufhebung des Miteigentums gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Der Aufhebungsanspruch kann zum einen dann nicht geltend gemacht werden, wenn dieser durch ein Rechtsgeschäft unter den Miteigentümern, durch Aufteilung des Stammgrundstücks zu Stockwerkeigentum oder durch die Bestimmung des Stammgrundstücks für einen dauernden Zweck ausgeschlossen ist (Art. 650 Abs. 1 ZGB). Art. 650 Abs. 2 ZGB legt zudem fest, dass der Aufhebungsanspruch auf vertraglicher Grundlage höchstens für 50 Jahre ausgeschlossen werden kann.⁴⁹⁷ Eine diesbezügliche Vereinbarung bedarf für Grundstücke zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und kann im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 650 Abs. 2 ZGB, Art. 78 Abs. 1 lit. d GBV).⁴⁹⁸ Zum anderen darf die Aufhebung nicht zur «Unzeit» verlangt werden (Art. 650 Abs. 3 ZGB). Unzeitig ist die Aufhebung dann, wenn sie für die anderen Miteigentümer (oder für einzelne unter ihnen) eine übermässige Belastung oder erhebliche Nachteile zur Folge hätte.⁴⁹⁹ Blosser mit der Aufhebung regelmässig verbundene Unannehmlichkeiten führen jedoch nicht zur Unzeitigkeit des Aufhebungsanspruchs.⁵⁰⁰ Ebenfalls keine Unzeitigkeit begründen rein subjektive Aspekte (z.B. starke emotionale Bindung an die gemeinschaftliche Sache).⁵⁰¹

2.2 Durchführung der Aufhebung nach Art. 651 ZGB

Sind sich die Miteigentümer einig, können sie in einem Aufhebungsvertrag (Teilungsvertrag) festlegen, auf welche Art das Miteigentum aufgelöst werden soll.⁵⁰² In Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung dieses Vertrags sind die

495 Vgl. zur Definition der Miteigentümergeinschaft vorne Kapitel 2.II.1.

496 REY, Sachenrecht, Rz. 721; vgl. dazu auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 18.

497 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 18.

498 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 18; vgl. zur verstärkten Rechtswirkung aufgrund einer Vormerkung vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b.

499 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 650 ZGB; vgl. dazu auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 18.

500 BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 650 ZGB m.w.V. auf die kantonale Rechtsprechung.

501 BRUNNER/WICHTERMANN, N 21 zu Art. 650 ZGB m.w.V. auf die kantonale Rechtsprechung. Im Streitfall entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB), ob Unzeitigkeit vorliegt oder nicht. Neben den Interessen des den Aufschub verlangenden Miteigentümers hat der Richter auch die Interessen des die Aufhebung begehrenden Miteigentümers angemessen zu berücksichtigen. Auf die Einrede der Unzeit kann lediglich im aktuellen Fall, nicht jedoch im Voraus verzichtet werden (MEIER-HAYOZ, BK, N 37 und 39 zu Art. 650 ZGB; REY, Sachenrecht, Rz. 729).

502 REY, Sachenrecht, Rz. 731.

Miteigentümer grundsätzlich frei.⁵⁰³ In Art. 651 Abs. 1 ZGB sind drei vertragliche Aufhebungsarten vorgesehen: die körperliche Teilung (soweit die Sache dies zulässt), sodann Verkauf der Sache und Teilung des Erlöses, wobei die Miteigentümer bestimmen können, ob der Verkauf öffentlich oder unter ihnen zu erfolgen hat, oder aber die Übertragung der ganzen Sache auf einen oder mehrere Miteigentümer und Abfindung (Auskauf) der übrigen.⁵⁰⁴

Können sich die Miteigentümer nicht über die Teilungsart einigen, so kann jeder von ihnen den Richter anrufen (Art. 651 Abs. 2 ZGB).⁵⁰⁵ Kraft gerichtlicher Anordnung wird die Sache körperlich geteilt oder, falls dies nicht ohne wesentliche Wertverminderung möglich ist, öffentlich oder unter den Miteigentümern versteigert. Nicht gesetzlich vorgesehen ist die gerichtliche Befugnis, die Sache dem einen Miteigentümer unter Abfindungspflicht der anderen zuzuweisen, wohl aber die Möglichkeit, bei ungleicher Festsetzung der Teile eine Ausgleichung in Geld zu bestimmen (Art. 651 Abs. 2 ZGB).⁵⁰⁶

VIII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 2

Um die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage zu beantworten, ob und wie sich die Art. 646 ff. ZGB zum Miteigentumsrecht und die Art. 530 ff. OR zum Recht der einfachen Gesellschaft koordinieren lassen, musste zunächst geprüft werden, inwiefern die gesetzlichen Bestimmungen zum Miteigentum ein diesbezügliches Vorgehen überhaupt ermöglichen. Oder anders ausgedrückt: Es musste geklärt werden, inwiefern das Miteigentumsrecht überhaupt Raum für die Anwendbarkeit der Art. 530 ff. OR bietet. Kapitel 2 liefert dazu die Grundlagen, indem aus einer sachenrechtlichen Perspektive aufgezeigt wird, dass anlässlich der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung Freiräume bestehen, um die Art. 530 ff. OR anwenden zu können.

Der Gestaltungsspielraum der Miteigentümer findet seinen Ausgangspunkt im dispositiven Recht.⁵⁰⁷ Die dispositiven Bestimmungen der gesetzlichen Miteigentümerordnung zeigen den Miteigentümern auf, wie sich die Rechtslage präsentiert, wenn sie keine vereinbarte Miteigentümerordnung

503 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 19; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 788; die allgemeinen schuldrechtlichen Schranken i.S. der Art. 19 und 20 OR sowie die speziellen Einschränkungen im Falle der Auflösung des Miteigentums durch körperliche Teilung müssen von den Miteigentümern beachtet werden; REY, Sachenrecht, Rz. 731.

504 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 19.

505 SIMONIUS/SUTTER, § 14 N 123.

506 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 99 N 20.

507 Vgl. GIRSBERGER/HUBER-PURTSCHERT/MAISSEN/SPRECHER, Rz. 20.

ausarbeiten. Kommen die Miteigentümer zum Schluss, von dieser Rechtslage abweichen zu wollen, können sie die dispositiven gesetzlichen Bestimmungen der Miteigentümerordnung abändern oder aufheben oder gänzlich neue Bestimmungen formulieren. Innerhalb dieses Gestaltungsraums können die Miteigentümer das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung bringen, indem sie beispielsweise die Art. 530–551 OR als ihre vereinbarte Miteigentümerordnung bestimmen.⁵⁰⁸ Die von den Miteigentümern rechtsgeschäftlich getroffenen Vereinbarungen finden ihre Schranken im zwingenden Recht: Sowohl zwingende sachenrechtliche Normen als auch allgemeine Rechtsgrundsätze müssen die Miteigentümer bei der Ausgestaltung ihrer Ordnung beachten.

Kapitel 3: Einfache Gesellschaft

Dieses Kapitel liefert die Grundlagen zur einfachen Gesellschaft und legt damit die Basis für einen gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel auf die Frage der Koordination der Art. 646 ff. ZGB mit den Art. 530 ff. OR.

Beginnend mit den Grundsätzen zur einfachen Gesellschaft (Ziff. I.–III.) werden danach der Begriff des Gesellschafters (Ziff. IV.) und die Grundzüge des Gesellschaftsvertrags vorgestellt (Ziff. V.). Anschliessend wird untersucht, welche der Gesetzesvorschriften zur einfachen Gesellschaft zwingendes Recht darstellen (Ziff. VI.). Das zwingende Recht zur einfachen Gesellschaft sowie zum Miteigentumsrecht⁵⁰⁹ ist im zweiten Teil der Arbeit – wenn untersucht wird, wo es zu Überschneidungen zwingender Regelungsinhalte der beiden Institute kommen kann – von Bedeutung (Kapitel 4). Hierauf wird die Willensbildung in der einfachen Gesellschaft beschrieben (Ziff. VII.) Die anschließenden Ausführungen zu den Beitragsleistungen zeigen die verschiedenen Gestaltungsformen auf, wie die Gesellschafter ihre Einlagen in die Gesellschaft einbringen können (Ziff. VIII.). Wie sich zeigen wird, stellt insbesondere die Einlage zum Gebrauch (*quoad usum*) für die einfache Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung und dementsprechend auch für diese Arbeit einen zentralen Bestandteil dar. In der Folge wird das Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft detailliert besprochen und die Möglichkeit der anteilmässigen Berechtigung erläutert (Ziff. IX.). Danach werden die besonderen Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft (Unterbeteiligung

508 Vgl. dazu die Analyse der ersten Fallkonstellation hinten in Kapitel 5.

509 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

im Besonderen) (Ziff. X.) und die Auflösung der einfachen Gesellschaft (Ziff. XI.) thematisiert, bevor die sich aus diesem Kapitel ergebenden und für den weiteren Verlauf dieser Arbeit wesentlichen Erkenntnisse kurz zusammengefasst werden (Ziff. XII.).

I. Übersicht

1. Die einfache Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft

In der Lehre wird die einfache Gesellschaft zu den *Rechtsgemeinschaften* gezählt.⁵¹⁰ Die Rechtsgemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass mehreren natürlichen oder juristischen Personen dieselben Rechte und Pflichten gemeinsam zustehen.⁵¹¹ Eine Rechtsgemeinschaft liegt demnach vor, «wenn mehrere Personen Träger ein und desselben Rechts sind».⁵¹²

Als häufigsten Fall der Rechtsgemeinschaft in der Praxis erwähnen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE die Gemeinschaft, die entsteht, wenn mehreren Personen gemeinschaftliches Eigentum an einer Sache zusteht.⁵¹³ Weder im ZGB noch im OR findet sich der Begriff der Rechtsgemeinschaft. Aus diesem Grund gibt es auch keine gesetzlich verankerten allgemeinen Bestimmungen zu dieser Personenmehrheit.⁵¹⁴ Der Begriff des *gemeinschaftlichen Eigentums* wird lediglich in der Marginalie zu den Art. 646-654a ZGB verwendet.⁵¹⁵ Bestimmungen enthält das Gesetz lediglich zu dessen Unterarten dem *Mit-* und dem *Gesamteigentum*⁵¹⁶.⁵¹⁷ Obwohl das gemeinschaftliche Eigentum als Hauptanwendungsfall der Rechtsgemeinschaft erachtet wird, ist die Rechtsgemeinschaft nicht ein ausschliesslich sachenrechtliches Institut.⁵¹⁸

Die Rechtsgemeinschaft dient als *Oberbegriff* für die Bruchteilsgemeinschaft und die Gesamthandsgemeinschaft.⁵¹⁹ Der Unterschied zwischen den

510 Vgl. etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 6 und 18 ff.; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 74 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR.

511 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 78; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 140.

512 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 78.

513 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 78; MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB und N 5 zu Art. 652 ZGB.

514 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 79; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 22 zu Art. 530 OR.

515 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 79.

516 Vgl. zum Mit- und Gesamteigentum vorne Kapitel 1.IV.1f.

517 MEIER-HAYOZ, BK, N 6 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB m.w.V.

518 SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 142f. m.w.H.

519 Vgl. etwa FELLMANN/MÜLLER, BK, N 75 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR; JUNG, CHK, N 7 und 20f. zu Art. 530 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 90 ff.; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 6f. zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB.

beiden Gemeinschaften liegt in der Art, wie die Beteiligten das gemeinschaftliche Recht ausüben:⁵²⁰ Bei der *Bruchteilsgemeinschaft* kann jeder Gemeinschaftler sein Recht anteilmässig ausüben.⁵²¹ Ihm kommt eine selbständige Verfügungsmacht über einen ideellen Bruchteil (Anteil, Quote) zu (vgl. Art. 646 Abs. 3 ZGB).⁵²² Über die Sache selbst können die Gemeinschaftler allerdings nur gemeinsam verfügen.⁵²³ Im Gegensatz dazu wird das Recht bei den *Gesamthandsgemeinschaften* (grundsätzlich⁵²⁴) durch die Gemeinschaftler in ihrer Gesamtheit ausgeübt (vgl. Art. 653 Abs. 3 ZGB).⁵²⁵ Die Gesamthandsgemeinschaft ist somit die kollektivistisch, die Bruchteilsgemeinschaft dagegen die individualistisch konzipierte Rechtsgemeinschaft.⁵²⁶

Der Rechtsgemeinschaft fehlt die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu erwerben.⁵²⁷ Demzufolge werden bei einer Rechtsgemeinschaft immer die einzelnen Gemeinschaftler selbst und es wird niemals die Gemeinschaft als solche berechtigt oder verpflichtet.⁵²⁸ Die Rechtsgemeinschaft verfügt, im Gegensatz zu den Körperschaften, nämlich über *keine eigene Rechtspersönlichkeit*.⁵²⁹

Lediglich einem Teil der Rechtsgemeinschaften kommt schliesslich *Gesellschaftscharakter*⁵³⁰ zu.⁵³¹ Dazu gehört neben der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft auch die einfache Gesellschaft.⁵³²

520 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 90; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 140; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 75 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR. Dazu und zum Folgenden auch MEIER-HAYOZ, BK, N 7 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB m.w.V.

521 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 75 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR.

522 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne Kapitel 1.IV.1 sowie Kapitel 2.III.

523 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 90.

524 Die gesetzlichen Bestimmungen der betreffenden Gemeinschaft können jedoch eine abweichende Vorschrift vorsehen (vgl. Art. 653 Abs. 2 ZGB).

525 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 75 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR.

526 MÜLLER KARIN, Verzicht Miteigentumsanteil, S. 204; MEIER-HAYOZ, BK, N 7 zu Vorbem. zu den Art. 646-654 ZGB; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 90 und 92.

527 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 83. Aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit wird die einfache Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft qualifiziert. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 3 sowie § 12 N 18; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 22 zu Art. 530 OR.

528 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 83.

529 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 83; vgl. dazu auch BGE 96 III 100, E. 1, S. 103; BGE 119 Ia 342, E. 2a, S. 345; BGer 4C.218/2000 vom 6.10.2000, E. 2a.

530 Eine Gesellschaft i.S. des Privatrechts ist nach MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE «eine vertraglich begründete und der gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes dienende Personenvereinigung» (§ 1 N 2); vgl. zum Begriff der einfachen Gesellschaft auch VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 235.

531 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 94.

532 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 94; vgl. zur einfachen Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 74 zu Vorbem. zu den Art. 530-551 OR.

2. Systematische Einordnung

Die einfache Gesellschaft ist in der zweiten Abteilung des Obligationenrechts zu den einzelnen Vertragsverhältnissen im dreiundzwanzigsten Titel eingeordnet. In der Lehre wird allerdings häufig die Meinung vertreten, dass die einfache Gesellschaft vielmehr dem allgemeinen Gesellschaftsrecht und somit der dritten Abteilung des Obligationenrechts (die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft) zuzuordnen sei.⁵³³ Ist man hingegen der Ansicht, dass unter allen Gesellschaften der vertragsmässige Charakter bei der einfachen Gesellschaft am stärksten ausgeprägt ist, lässt sich erklären, weshalb sie als einzige Gesellschaft in die zweite Abteilung aufgenommen wurde.⁵³⁴

Die einfache Gesellschaft ist in den Art. 530 ff. OR geregelt. Der Gesetzestext wird durch die Marginalien «A. Begriff», «B. Verhältnis der Gesellschafter unter sich», «C. Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten» und «D. Beendigung der Gesellschaft» in vier Abschnitte gegliedert.

II. Definition

Zu den kennzeichnenden Merkmalen der einfachen Gesellschaft gehören die sich aus dem Rechtsbindungswillen ergebende vertragsmässige Verbindung von mindestens zwei Personen mittels Gesellschaftsvertrag sowie eine über die blosser Vertragserfüllung hinausgehende gemeinsame Zweckverfolgung (vgl. Legaldefinition in Art. 530 Abs. 1 OR).⁵³⁵ Etwas konkreter lässt sich die einfache Gesellschaft umschreiben als eine auf einem Vertrag beruhende Gemeinschaft mehrerer Rechtssubjekte, welche mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln einen wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Zweck verfolgen (ohne aber ein kaufmännisches Unternehmen betreiben zu dürfen), während die einzelnen Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen primär, unbeschränkt und solidarisch für die Schulden der einfachen Gesellschaft haften.⁵³⁶

Als Rechtsgemeinschaft kommt der einfachen Gesellschaft (wie erwähnt) *keine eigene Rechtspersönlichkeit* zu.⁵³⁷ Sie kann folglich auch nicht ins Handelsregister eingetragen werden und hat weder Firma noch Sitz.⁵³⁸

533 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 1 zu Art. 530 OR und FELLMANN/MÜLLER, BK, N 4 ff. zu Vorbem. zu den Art. 530–551 OR, je m.w.V.

534 JUNG, CHK, N 5 zu Art. 530 OR.

535 JUNG, CHK, N 1 ff. zu Art. 530 OR.

536 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 13 zu Art. 530 OR m.w.H.; AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 41 f.

537 Vgl. vorne Kapitel 3.I.1.

538 SCHMID AURELIA, Rz. 01.

Im Gesellschaftsrecht ist die einfache Gesellschaft sowohl *Grund-* als auch *Subsidiärform*, deren gesetzliche Normen stets dann zur Anwendung gelangen, wenn die besonderen Voraussetzungen keiner anderen Gesellschaftsform erfüllt sind (Art. 530 Abs. 2 OR).⁵³⁹

III. Entstehung und gemeinsame Zweckverfolgung

Massgebend für die *Entstehung* einer einfachen Gesellschaft ist, dass sich mehrere Personen – mindestens deren zwei – vertraglich darüber einigen, die Erreichung eines bestimmten Zwecks gemeinsam fördern zu wollen (sog. *affectio societatis*; vgl. Art. 1 OR).⁵⁴⁰ Im Gesellschaftsvertrag müssen sich die Beteiligten – im Sinne von objektiv wesentlichen Punkten – daher über die gemeinsame Zweckverfolgung⁵⁴¹ und die Tatsache der Beitragspflicht jedes Gesellschafters verständigen.⁵⁴² Dass das Gesellschaftsverhältnis nach aussen offengelegt oder sonst bekannt ist, bildet keine Voraussetzung für die Entstehung.⁵⁴³

Der *Zweck* kann ideeller oder wirtschaftlicher Natur⁵⁴⁴ sein und darf weder unmöglich, widerrechtlich noch unsittlich sein (Art. 19 und 20 OR).⁵⁴⁵ Weiter müssen die Gesellschafter diesen Zweck gemäss Art. 531 Abs. 1 OR in irgendeiner Weise durch Beitragsleistungen fördern.⁵⁴⁶ Der Gesellschaftszweck als gemeinsames Ziel ist von den individuellen Zielen eines jeden Gesellschafters sowie dem konkreten Gegenstand der Gesellschaft zu unterscheiden.⁵⁴⁷

Haben die Gesellschafter einen rechtlichen Bindungswillen, welcher sich auf eine gemeinsame Zweckerreichung richtet, kann es vorkommen, dass sich die Beteiligten konkludent und daher möglicherweise unbewusst zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen (sog. *unbewusste Gesellschaft*⁵⁴⁸).⁵⁴⁹ Dass aber das konkludente Zustandekommen einer einfachen

539 MÜLLER, OFK, N 1 zu Art. 530 OR; vgl. dazu auch hinten Kapitel 3.X.

540 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 95.

541 Vgl. zum gemeinsamen Zweck FELLMANN, S. 294 ff. m.w.H.

542 AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 42 m.w.H.

543 FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 151. Vgl. zu den besonderen Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft auch hinten Kapitel 3.X.

544 Eine wirtschaftliche Zielsetzung liegt vor, wenn die Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil zugunsten ihrer Mitglieder bezweckt (SCHMID AURELIA, Rz. 1.1).

545 HANDSCHIN, BSK OR II, N 4 zu Art. 530 OR m.w.H. zur h.L.

546 JUNG, CHK, N 4 zu Art. 530 OR.

547 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 4 N 7 ff.; JUNG, CHK, N 4 zu Art. 530 OR.

548 MÜLLER, OFK, N 7 zu Art. 530 OR m.w.H. zur Rechtsprechung.

549 HANDSCHIN, ZK, N 5 zu Art. 530 OR; SCHÜTZ, SHK, N 9 zu Art. 530 OR m.w.V. auf die Rechtsprechung. Vgl. zum Rechtsbindungswille und zur unbewussten Gesellschaftsbildung auch THOUVENIN, Rz. 443 ff. und 453 ff.

Gesellschaft nicht vorschnell anzunehmen ist, stellte das Bundesgericht erst kürzlich (und in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung) fest.⁵⁵⁰

IV. Gesellschafter

Natürliche und juristische Personen sowie auch andere einfache Gesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Erbengemeinschaften als auch Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts können Mitglied einer einfachen Gesellschaft sein.⁵⁵¹

V. Gesellschaftsvertrag

1. Allgemeines

Da der Gesellschaftsvertrag die Mitglieder zu einer Zweckgemeinschaft vereinigt, bedarf dieser, um funktionsfähig zu sein, eines Mindestmasses an Organisation.⁵⁵² Enthält der Gesellschaftsvertrag keine organisatorischen Bestimmungen, gelten die – zum Grossteil dispositiv wirkenden – diesbezüglichen gesetzlichen Normen.⁵⁵³ VON STEIGER qualifiziert den Gesellschaftsvertrag als mehrseitigen Vertrag *sui generis*, «der sowohl schuld- als auch sozialrechtliche Elemente enthält».⁵⁵⁴

2. Formvorschriften

Der Vertrag unter den Gesellschaftern unterliegt *keiner besonderen Form*; er kann schriftlich, mündlich oder auch stillschweigend abgeschlossen werden (Art. 11 OR).⁵⁵⁵ Die einfache Gesellschaft entsteht häufig auch ohne Wissen und Bewusstsein der Gesellschafter.⁵⁵⁶ Insbesondere bei einfachen Gesellschaften mit wirtschaftlicher Zwecksetzung empfiehlt sich ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag.⁵⁵⁷

Die Erwerbsgeschäfte zugunsten der Gesellschaft sind von der Formfreiheit nicht erfasst, weshalb die allgemein vorgeschriebenen Formen (beim

550 Urteil BGer 5A_392/2017 vom 24.08.2017, E. 2.2 (Urteil besprochen in ius.focus 2017 Nr. 253).

551 MÜLLER, OFK, N 4 zu Art. 530 OR.

552 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 270; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 422 zu Art. 530 OR m.w.V.

553 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 270 f.

554 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 272 m.w.H. Vgl. zur «Doppelnatur» des Gesellschaftsvertrags ausführlich FELLMANN/MÜLLER, BK, N 414 ff. zu Art. 530 OR.

555 Dazu statt vieler VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 358.

556 Vgl. SCHMID AURELIA, Rz. O.4.

557 SCHMID AURELIA, Rz. O.4.

Erwerb von Grundeigentum etwa die öffentliche Beurkundung nach Art. 657 Abs.1 ZGB; Art. 216 Abs.1 OR⁵⁵⁸) zu wahren sind.⁵⁵⁹

3. Auslegung

Der Gesellschaftsvertrag wird (grundsätzlich⁵⁶⁰) nach den allgemeinen Regeln ausgelegt.⁵⁶¹ Bei unterschiedlichen Auffassungen in Bezug auf den massgebenden Inhalt des Gesellschaftsvertrags versucht der Richter zunächst, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Gesellschafter festzustellen (Art. 18 OR).⁵⁶² Lässt sich der wirkliche Wille auf diese Weise nicht ermitteln, erfolgt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.⁵⁶³ Dabei hat der Richter nach Treu und Glauben zu bestimmen, wie die massgebenden Erklärungen verstanden werden durften und mussten.⁵⁶⁴

4. Möglicher Aufbau

Die weitestgehend dispositiv gehaltene gesetzliche Ordnung⁵⁶⁵ der einfachen Gesellschaft ermöglicht es den Gesellschaftern, die für ihre Bedürfnisse erforderlichen Regelungen selbst zu treffen.⁵⁶⁶

Im Schweizerischen Vertragshandbuch wird der Mustervertrag für die einfache Gesellschaft inhaltlich wie folgt aufgebaut:⁵⁶⁷

- Zweck⁵⁶⁸
- Beitragsleistungen⁵⁶⁹
- Gewinn- und Verlustbeteiligung⁵⁷⁰
- Geschäftsführung
- Eigentumsordnung⁵⁷¹

558 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.III.3.

559 AEBI-MÜLLER/WOLF, S. 42.

560 Vgl. zu den Besonderheiten bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags FELLMANN/MÜLLER, BK, N 546 zu Art. 530 OR, welche sich bei ihren Ausführungen auf das deutsche Recht abstützen.

561 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 544 zu Art. 530 OR.

562 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1200 m.w.H.; KUT, CHK, N 41 zu Art. 18 OR.

563 WIEGAND, BSK ORI, N 1 zu Art. 18 OR m.w.V.; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 544 zu Art. 530 OR.

564 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 544 zu Art. 530 OR.

565 Vgl. zu den zwingenden und dispositiven Vorschriften der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.VI.

566 FELLMANN, S. 285; SCHMID AURELIA, Rz. 0.2.

567 Vgl. zum Mustervertrag der einfachen Gesellschaft SCHMID AURELIA, Kapitel VI.45.

568 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.III.

569 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.VIII.

570 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.8.

571 Vgl. dazu hinten Kapiteln 3.IX.1, 3 und 4.

- Gesellschafterbeschlüsse
- Gesellschafterwechsel⁵⁷²
- Informations- und Einsichtsrecht
- Treuepflicht/Konkurrenzverbot
- Vertretung der Gesellschaft/der Gesellschafter
- Haftung
- Dauer
- Vertragsänderungen
- Teilunwirksamkeit
- Gerichtsstand

Die Vertragspunkte Zweck, Beitragsleistungen, Gewinn- und Verlustbeteiligung, Eigentumsordnung und Gesellschafterwechsel spielen für diese Untersuchung eine wesentliche Rolle, weshalb (nur) sie nachfolgend noch detaillierter behandelt werden.

VI. Zwingende und dispositive Normen

Der Anwendungsbereich der einfachen Gesellschaft ist – nicht zuletzt wegen ihrer Funktion als Subsidiärform für Zweckgemeinschaften – praktisch grenzenlos.⁵⁷³

1. Zwingende Normen

In den Art. 530 ff. OR finden sich nur wenige zwingende Vorschriften⁵⁷⁴:

1.1 Art. 531 OR

Art. 531 OR befasst sich gemäss seiner Marginalie mit den Beiträgen. Abs. 1 von Art. 531 OR sieht dabei zwingend vor, dass jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten hat, welchen er in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit erbringen kann.⁵⁷⁵

572 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.6.

573 Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 3 Rz. 12 und 23.

574 JUNG, CHK, N 41 zu Art. 530 OR mit einer Auflistung der zwingenden gesetzlichen Normen. Der zwingende Charakter des Abs. 3 von Art. 535 OR ist nach JUNG allerdings umstritten. In Art. 535 OR ist die Geschäftsführung normiert. Abs. 3 sieht diesbezüglich vor, dass, sofern nicht Gefahr im Verzug vorliegt, die Einwilligung aller Gesellschafter zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, erforderlich ist. Vgl. zu den zwingenden und dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft auch die (nicht abschliessende) Übersicht von KNOBLOCH, S. 553 ff.

575 Vgl. zu den Beitragsleistungen hinten Kapitel 3.VIII.

1.2 Art. 539 OR

Die Marginalie zu *Art. 539 OR* lautet: «VI. Entzug und Beschränkung der Geschäftsführung.» Abs. 2 von *Art. 539 OR* legt zwingend fest, dass die Befugnis zur Geschäftsführung beim Vorliegen von wichtigen Gründen jedem Gesellschafter selbst dann entzogen werden kann, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht.

1.3 Art. 541 OR

Art. 541 OR normiert gemäss seiner Marginalie das Einsichtsrecht in die Gesellschaftsangelegenheiten und stellt mit seinen zwei Absätzen zwingendes Recht dar: Nach Abs. 1 kommt dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter das Recht zu, «sich persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten, in die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und für sich eine Übersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens anzufertigen». Haben die Gesellschafter eine Abs. 1 entgegenstehende Vereinbarung getroffen, ist diese nichtig (Abs. 2).

1.4 Art. 545 OR

Art. 545 OR steht unter dem Abschnitt «D. Beendigung der Gesellschaft» und befasst sich gemäss seiner Marginalie mit den allgemeinen Auflösungsgründen. Die Auflösung der einfachen Gesellschaft wird (grundsätzlich⁵⁷⁶) zwingend durch die in Abs. 1 (nicht abschliessend) aufgelisteten Gründe⁵⁷⁷ herbeigeführt.⁵⁷⁸ Abs. 2 legt verbindlich fest, dass «die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer oder, wenn sie auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist, ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden» kann.

2. Dispositive Normen

Auf den dispositiven Charakter der übrigen gesetzlichen Normen zur einfachen Gesellschaft weist der Gesetzestext an mehreren Stellen ausdrücklich hin.⁵⁷⁹ So sieht der unter dem Titel «Verhältnis der Gesellschafter unter sich»

576 Nach *Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR* führt der Tod eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der einfachen Gesellschaft, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel vereinbart wurde.

577 Vgl. zu den Auflösungsgründen Kapitel 3.XI.

578 JUNG, CHK, N 41 zu *Art. 530 OR* sowie N 1 und 3 zu *Art. 545-546 OR*.

579 Vgl. JUNG, welcher die *Art. 531 Abs. 2*, *Art. 533 Abs. 1* und *Abs. 3*, *Art. 534 Abs. 2*, *Art. 535 Abs. 1*, *Art. 540 Abs. 1*, *Art. 544 Abs. 1*, *Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2* und *Art. 548 Abs. 3 OR* ebenfalls zu den ausdrücklich dispositiven gesetzlichen Normen im Recht der einfachen Gesellschaft zählt (CHK, N 41 zu *Art. 530 OR*).

stehende Art. 531 Abs. 2 OR etwa vor, dass die Gesellschafter die Art und den Umfang der zu leistenden Beiträge selbst festlegen können und nur dann von allen Gesellschaftern gleiche Beiträge gefordert werden können, wenn «nicht etwas anderes vereinbart» wurde. Die dispositiven gesetzlichen Normen geben den Gesellschaftern die Freiheit, die Gesellschaftsform weitgehend ihren spezifischen Bedürfnissen anzupassen.⁵⁸⁰

VII. Gesellschaftsbeschlüsse

Im Recht der einfachen Gesellschaft erfolgt die Willensbildung durch Gesellschaftsbeschlüsse.⁵⁸¹ Laut Art. 534 Abs. 1 OR gilt grundsätzlich das *Einstimmigkeitsprinzip*.⁵⁸² Werden sich die Gesellschafter nicht einig, muss die vorgeschlagene Massnahme folglich unterbleiben.⁵⁸³ Allerdings kann ein Gesellschafter auf Zustimmung verklagt werden, falls sein «Nein» gegen die Treuepflicht verstösst.⁵⁸⁴ Kommt es mangels Einigung der Beteiligten zu einer Blockade in der Gesellschaft, wird die Gesellschaft – als *ultima ratio* – aufgelöst (Art. 545 OR).⁵⁸⁵

Nach Art. 534 Abs. 2 OR können die Beteiligten vom Grundsatz der Einstimmigkeit abweichen, indem sie im Gesellschaftsvertrag für die Beschlussfassung das Mehrheitsprinzip festlegen.⁵⁸⁶ Diesfalls stellt das Gesetz die Vermutung auf, die Mehrheit sei nicht nach der *Kapitalbeteiligung*, sondern nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen (*Kopfstimmprinzip*).⁵⁸⁷

VIII. Beitragsleistungen

Nach Art. 531 Abs. 1 OR hat jeder Gesellschafter zwingend einen Beitrag zu erbringen; darüber herrscht auch in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit.⁵⁸⁸

580 Vgl. JUNG, CHK, N 41 zu Art. 530 OR.

581 SETHE, KuKo, N 1 zu Art. 534 OR.

582 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 6 und 10 zu Art. 534 OR.

583 SETHE, KuKo, N 6 zu Art. 534 OR.

584 SETHE, KuKo, N 6 zu Art. 534 OR und N 5 zu Art. 535 OR.

585 BGE 110 II 287, E. 2c; SETHE, KuKo, N 6 zu Art. 534 OR.

586 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 6 und 10 zu Art. 534 OR; vgl. auch SETHE, KuKo, N 7 zu Art. 534 OR.

587 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 10 zu Art. 534 OR; SETHE, KuKo, N 7 zu Art. 534 OR; HANDSCHIN, BSK OR II, N 3 f. zu Art. 534 OR.

588 Urteil BGer 4A_509/2010 vom 11.03.2011, E. 5.5.1; HANDSCHIN, BSK OR II, N 1 zu Art. 531 OR; JUNG, CHK, N 1 zu Art. 531 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 43; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 63 zu Art. 531 OR; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 1 zu Art. 531 OR; THOUVENIN, Rz. 455 m.w.H.; a.M. BECKER, BK, N 1 zu Art. 531 OR.

Haben die Gesellschafter nichts anderes vereinbart, so haben sie nach Art. 531 Abs. 2 OR gleiche Beiträge zu leisten und zwar in der Art und dem Umfang, wie der vereinbarte Zweck es verlangt. Abs. 2 von Art. 531 OR ist dispositiver Natur und kommt daher nur zur Anwendung, wenn die Gesellschafter die Beitragsleistungen nicht geregelt haben.⁵⁸⁹

In der Festlegung der Beitragspflichten sind die Gesellschafter grundsätzlich frei und können deshalb bezüglich Art und Umfang ungleiche Leistungen vereinbaren.⁵⁹⁰ Als mögliche Beitragsleistungen erwähnt der Gesetzgeber Geld, Sachen, Forderungen sowie Arbeit (Art. 531 Abs. 1 OR). Die Lehre geht davon aus, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist und grundsätzlich jede Leistung, die zur Förderung des Gesellschaftszwecks geeignet ist, einen Beitrag darstellen kann.⁵⁹¹ Nicht entscheidend ist, ob die Leistungen einen Marktwert haben; ausschlaggebend ist einzig der Nutzen für die Gesellschaft.⁵⁹² So kann sich der Beitrag⁵⁹³ beispielsweise auf eine gelegentliche Raterteilung oder die Überlassung eines Nutzungsrechts beschränken.⁵⁹⁴ Bringt ein Gesellschafter eine Sache⁵⁹⁵ oder einen anderen Vermögenswert in die Gesellschaft ein, so kann er (grundsätzlich) unter drei verschiedenen Gestaltungsformen wählen.⁵⁹⁶ Möglich ist eine Einlage zu Eigentum (*quoad dominium*), zum Gebrauch (*quoad usum*) oder dem Werte nach (*quoad sortem*).⁵⁹⁷

589 HANDSCHIN, BSK OR II, N 2 zu Art. 531 OR.

590 Dazu statt vieler HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 33 zu Art. 531 OR.

591 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, § 12 N 45; HANDSCHIN, BSK OR II, N 5 zu Art. 531 OR; HANDSCHIN/Vonzun, ZK, N 3 zu Art. 531 OR.

592 HANDSCHIN, BSK OR II, N 5 zu Art. 531 OR; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 3 zu Art. 531 OR.

593 Der Begriff «Beitrag» kann i.e.S. wie auch i.w.S. verstanden werden. Unter den Begriff des Beitrags i.w.S. fallen sämtliche Leistungen der Gesellschafter, die zur Förderung des Gesellschaftszwecks erbracht werden. Hingegen versteht man unter Beiträgen i.e.S. Leistungen der Gesellschafter, die einen Vermögenswert haben; vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, BK, N 11 zu Art. 531 OR. Im Zusammenhang mit Beiträgen i.e.S. wird häufig auch der Begriff «Einlage» verwendet. Von einer Einlage wird dann gesprochen, wenn ein Beitrag in Form der Leistung eines Vermögenswerts besteht, welcher nach der Auflösung der einfachen Gesellschaft (oder dem Ausscheiden des Gesellschafters) an den leistenden Gesellschafter zurückzuerstatten ist; vgl. dazu HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 10 zu Art. 531 OR.

594 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, § 12 N 45; HANDSCHIN, BSK OR II, N 5 zu Art. 531 OR.

595 Aus sachenrechtlicher Sicht ist eine Sache «ein unpersönlicher, für sich bestehender Gegenstand, welcher der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann»; vgl. dazu REY, Sachenrecht, Rz. 66 m.w.V. Der Begriff Sache i.S.v. Art. 531 Abs. 1 OR geht weniger weit. Eine Sache kann nur als Beitrag in die Gesellschaft eingebracht werden, wenn rechtlich über sie verfügt bzw. Rechte an ihr begründet werden können. Sowohl bewegliche wie auch unbewegliche Sachen kommen in Frage. Vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, BK, N 34 zu Art. 531 OR.

596 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 48 zu Art. 531 OR; THOUVENIN, Rz. 457.

597 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 48 zu Art. 531 OR.

Als Rechtsgemeinschaft kann die einfache Gesellschaft nicht nur als Gesamthandsgemeinschaft (Art. 652 ff. ZGB), sondern auch als Bruchteilsgemeinschaft (Art. 646 ff. ZGB) ausgestaltet sein.⁵⁹⁸ Entscheiden sich die Gesellschafter für eine anteilmässige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen i.S.v. Art. 646 ff. ZGB⁵⁹⁹, stellt sich die Frage, wie die Gesellschafter ihre Miteigentumsanteile in die einfache Gesellschaft einbringen können. Die Lehre geht davon aus, dass bei einer anteilmässigen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen die Beiträge der Gesellschafter nicht *quoad dominium*, sondern lediglich *quoad usum* oder allenfalls auch *quoad sortem* eingebracht werden können.⁶⁰⁰

Der Vollständigkeit halber werden nachfolgend alle drei Möglichkeiten dargestellt, wie bei einer als Gesamthandsgemeinschaft ausgestalteten einfachen Gesellschaft die Beitragsleistungen erbracht werden können. Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit ist allerdings einzig das Konzept, wonach Sachen oder andere Vermögenswerte der Gesellschaft *quoad usum* überlassen werden, von Bedeutung. Bei der anteilmässigen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen können die Gesellschafter so ihre Beiträge (auch Miteigentumsanteile an Grundstücken) in die Gesellschaft einbringen. Detaillierte Ausführungen dazu liefert das kommende Kapitel 3.IX.4 (anteilmässigen Berechtigung im Besonderen).

1. Quoad dominium

Bei der Übertragung *zu Eigentum* gehen die Beiträge in das Gesellschaftsvermögen über.⁶⁰¹ Dadurch fallen die zu Eigentum übertragenen Sachen oder andere Vermögenswerte ins Gesamthandvermögen der Gesellschafter.⁶⁰² Für die Eigentumsübertragung der Einlagen ins Gesellschaftsvermögen gelten grundsätzlich die sachenrechtlichen Bestimmungen; wird ein Grundstück eingebracht, ist folglich die öffentliche Beurkundung erforderlich (Art. 657 Abs.1 ZGB; Art. 216 Abs.1 OR).⁶⁰³ Bei Forderungen richtet sich die

598 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 25 zu Art. 544 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 326 und 382; JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; vgl. auch BGE 105 II 204, S. 207 f. sowie hinten Kapitel 3.IX.3. f.

599 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

600 SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 57.

601 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 51 zu Art. 531 OR; SIEGWART, ZK, N 5 zu Art. 531 OR; BECKER, BK, N 6 zu Art. 531 OR; HANDSCHIN, BSK OR II, N 6 zu Art. 531 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 46; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 369.

602 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 137 zu Art. 531 OR m.w.V.; MEYER, S. 44; THOUVENIN, Rz. 457 m.w.V.

603 Vgl. HANDSCHIN, BSK OR II, N 6 zu Art. 531 OR; vgl. auch vorne Kapitel 3.V.2.

Übertragung nach dem Zessionsrecht (Art. 164 f. OR) und bei anderen übertragbaren subjektiven Rechten gelten die jeweiligen Sonderbestimmungen.⁶⁰⁴

2. Quoad usum

Bringen Gesellschafter Sachen oder andere Vermögenswerte zum blossen *Gebrauch* ein, erhält die Gesellschaft daran lediglich ein Nutzungsrecht, während das Eigentum weiterhin beim einbringenden Gesellschafter verbleibt.⁶⁰⁵ Dementsprechend liegt die Substanz einer Beitragsleistung *quoad usum* lediglich im Wert des an der Einlage bestehenden Nutzungsrechts.⁶⁰⁶

In Bezug auf die praktische Umsetzung⁶⁰⁷ einer Einbringung *quoad usum* wird im Schrifttum erwähnt, dass je nachdem, ob die einfache Gesellschaft die Einlage nur gebrauchen oder auch nutzen darf, entweder die Vorschriften zum Miet- oder zum Pachtvertrag (Art. 253 ff. OR bzw. 275 ff. OR) sinngemäss gälten.⁶⁰⁸ Auch wird die Begründung eines dem Miet- oder Pachtvertrag ähnlichen Rechtsverhältnisses (allerdings ohne Differenzierung zwischen Gebrauchen und Nutzen) oder die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte (z.B. einer Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB) in der Lehre aufgeführt.⁶⁰⁹

3. Quoad sortem

Erfolgt eine Einlage *dem Werte nach*, kommt der Gesellschaft zwar der volle wirtschaftliche Wert der Sache zu; eine formelle Eigentumsübertragung findet⁶¹⁰ (zunächst) allerdings nicht statt.⁶¹¹ Bei einer Einbringung *quoad sortem* kann der betreffende Gesellschafter (im Gegensatz zur Einbringung *quoad*

604 THOUVENIN, Rz. 457 m.w.V.

605 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 173 zu Art. 531 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 369; vgl. auch SIEGWART, ZK, N 19 zu Art. 531 OR; THOUVENIN, Rz. 457 m.w.V.; TSCHUDI, S. 32 und 51 ff. Vgl. auch BGE 105 II 204: Ein Grundstück wurde zur gemeinsamen Bebauung in die Gesellschaft eingebracht; das Eigentum daran wurde allerdings nie auf sämtliche beteiligte Gesellschafter übertragen. Bei Auflösung der Gesellschaft fiel deshalb das betreffende Grundstück an den Gesellschafter zurück, dessen Eigentum es geblieben war. Vgl. zur Unterscheidung der Einbringung *quoad usum* und *quoad dominium* Urteil BGer 4A_21/2014 vom 7.1.2015, E. 3. Vgl. dazu auch MEYER, S. 44 f.

606 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 79 zu Art. 531 OR.

607 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.4.5 sowie Kapitel 6.III.

608 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 80 ff. und 90 zu Art. 531 OR.

609 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 174 zu Art. 531 OR.

Vgl. zum Ganzen auch TSCHUDI, S. 32 und 52; HANDSCHIN, BSK OR II, N 7 zu Art. 531 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, § 12 N 46; THOUVENIN, Rz. 457 m.w.V.; sowie hinten Kapitel 6.III.2.

610 Anders als bei der Einbringung zu Eigentum.

611 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 86 zu Art. 531 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 166 zu Art. 531 OR; vgl. auch BGE 105 II 204, S. 207 f.

dominium) seine Einlage nach einer allfälligen Auflösung der einfachen Gesellschaft gestützt auf sein Eigentum wieder aussondern.⁶¹²

Der einbringende Gesellschafter verzichtet während der Dauer der Gesellschaft im *Innenverhältnis* gegenüber den Mitgesellschaftern auf seine Rechte als Eigentümer und verpflichtet sich zudem, «die von der Gesellschaft verlangten Verfügungsakte vorzunehmen»⁶¹³, wodurch die Einlage intern so behandelt wird, als ob sie zu Eigentum eingebracht worden wäre.⁶¹⁴ Im *Aussenverhältnis* behält der Einbringende solange sowohl das Eigentum, als auch das Gebrauchsrecht, bis die einfache Gesellschaft über die Einlage disponiert.⁶¹⁵ Kommen die Gesellschafter zum Entschluss, über die Einlage zu verfügen, hat der Einbringer die nötigen Handlungen vorzunehmen, die für die Übertragung der Einlage an die Gesellschafter selbst oder an einen Dritten notwendig sind.⁶¹⁶

IX. Gesellschaftsvermögen

1. Regelinhalt von Art. 544 OR

Art. 544 OR steht unter dem Abschnitt «C. Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten» und befasst sich gemäss seiner Marginalie mit der Wirkung der Vertretung.⁶¹⁷ Nach PESTALOZZI/HETTICH besteht die Wirkung der Vertretung darin, «dass durch Handeln eines Gesellschafters Berechtigungen und Verpflichtungen für sämtliche Gesellschafter entstehen».⁶¹⁸

Abs. 1 von Art. 544 OR sieht vor, dass «Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind», den «Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags» gehören. Nach Abs. 2 können die Gläubiger eines Gesellschafters – anderslautende Vereinbarungen vorbehalten – «zu ihrer Befriedigung nur den Liquidationsanteil ihres Schuldners in Anspruch nehmen». Haben die Gesellschafter nichts anderes vereinbart, so haften sie einem Dritten gegenüber solidarisch,

612 HANDSCHIN, BSK OR II, N 8 zu Art. 531 OR. Vgl. zur Auflösung der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3. XI.

613 SIEGWART, ZK, N 17 zu Art. 531 OR.

614 HANDSCHIN, BSK OR II, N 8 zu Art. 531 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 166 ff. zu Art. 531 OR; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 86 ff. zu Art. 531 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 46.

615 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 166 f. zu Art. 531 OR.

616 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 168 zu Art. 531 OR; vgl. zur Kontroverse der Formvorschrift bei Einbringung eines Grundstücks *quoad sortem* FELLMANN/MÜLLER, BK, N 169 zu Art. 531 OR.

617 KRAUSKOPF/GIRÓN, SHK, N 1 zu Art. 544 OR.

618 PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 1 zu Art. 544 OR.

wenn sie sich gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung diesem gegenüber verpflichtet haben (Abs. 3). Alle drei Absätze von Art. 544 OR stellen dispositives Recht dar.⁶¹⁹ Im Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter deshalb davon Abweichendes vereinbaren.⁶²⁰

2. Bildung und Zusammensetzung

Obwohl die Bildung von Gesellschaftsvermögen weder rechtlich verlangt (die Vermögensordnung nach Art. 544 Abs. 1 OR ist dispositiv⁶²¹) noch praktisch immer erforderlich ist, ist für die Erreichung des Gesellschaftszwecks häufig ein Vermögen notwendig und daher die Bildung eines solchen bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt.⁶²² Oftmals entsteht auch erst im Laufe der Zeit ein aus der gesellschaftlichen Tätigkeit resultierendes Gesellschaftsvermögen.⁶²³ Dieses wird aus den vermögenswerten Beiträgen der Gesellschafter (auch bereits der Beitragsforderung nach Art. 531 Abs. 1 OR), den Vermögensgegenständen, die durch die Geschäftsführung mittel- oder unmittelbar wirksam für die Gesellschaft erworben wurden, den Sach- und Rechtsfrüchten sowie aus den Surrogaten (wie etwa Mieteinnahmen oder Schadenersatzleistungen) gebildet.⁶²⁴

Das Gesellschaftsvermögen weist meist eine Aktiv- und eine Passivseite auf. In Bezug auf die Aktivseite kommen folgende Vermögenswerte in Betracht: Eigentum, beschränkte dingliche (Nutzungs-)Rechte, gesellschaftliche Gebrauchsrechte⁶²⁵, Pfandrechte zur Sicherung von Forderungen, Forderungs- und weitere Vermögensrechte (wie etwa Mitgliedschaftsrechte oder Immaterialgüterrechte).⁶²⁶ Tatsächliche Vermögenswerte wie etwa Know-how, Geschäftsbeziehungen oder Goodwill zählen, obwohl sie den Unternehmenswert zu beeinflussen vermögen, nicht zum Gesellschaftsvermögen im Rechtssinn.⁶²⁷ Auf der Passivseite setzt sich das Gesellschaftsvermögen aus den im Namen aller Gesellschafter wirksam eingegangenen Verbindlichkeiten

619 Vgl. dazu KRAUSKOPF/GIRÓN, SHK, N 1 zu Art. 544 OR sowie vorne Kapitel 3.VI. zu den zwingenden und dispositiven Normen im Recht der einfachen Gesellschaft.

620 KRAUSKOPF/GIRÓN, SHK, N 1 zu Art. 544 OR.

621 SETHE, KuKo, N 1 zu Art. 544 OR; vgl. auch Fn. 619.

622 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 380; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 20 zu Art. 544 OR; SIEGWART, ZK, N 1 zu Art. 544 OR.

623 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 380; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 20 zu Art. 544 OR.

624 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 544 OR.

625 Vgl. dazu hinten Kapitel 3.IX.4.

626 SIEGWART, ZK, N 2 ff. zu Art. 544 OR m.w.H und w.V.; vgl. auch JUNG, CHK, N 2 zu Art. 544 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 79 zu Art. 544 OR m.w.V.

627 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 544 OR.

oder sonstigen Verlusten zusammen.⁶²⁸ Die Gesellschaftsschulden stehen bei den Passiven der einfachen Gesellschaft im Vordergrund.⁶²⁹

3. Berechtigung im Allgemeinen

Das Obligationenrecht von 1881 sah in Art. 544 vor, dass Eigentum, welches an die Gesellschaft übertragen oder im Namen der Gesellschafter erworben wurde, den einzelnen Gesellschaftern *zu Miteigentum* gehörte.⁶³⁰ Dies hatte zur Folge, dass jeder Gesellschafter seinen Miteigentumsanteil am Gesellschaftsvermögen als selbständiges Rechtsobjekt veräußern und die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter unmittelbar darauf zugreifen⁶³¹ konnten.⁶³² Die Praxis empfand die direkte Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger der einzelnen Gesellschafter auf den Miteigentumsanteil als unbillig.⁶³³ Unter anderem deshalb gestaltete der Gesetzgeber bei der Revision des Obligationenrechts im Jahre 1911 das Gesellschaftsvermögen als Gesamthandvermögen aus⁶³⁴ – was allerdings aus dem aktuellen Gesetzestext nicht eindeutig ersichtlich ist, da nach Art. 544 Abs. 1 OR die Aktiven der Gesellschaft den Beteiligten *gemeinschaftlich* gehören. FELLMANN/MÜLLER bezeichnen den Gesetzestext an dieser Stelle deshalb als unpräzise: Aus den Materialien zu

628 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 544 OR; vgl. auch SIEGWART, ZK, N 1 und 6 zu Art. 544 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 82 zu Art. 544 OR.

629 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 82 und 98 ff. zu Art. 544 OR.

630 Wortlaut von Art. 544 Abs. 1 des OR von 1881: «Ist Eigentum an die Gesellschaft übertragen oder im Namen derselben erworben worden, so gehört es den einzelnen Gesellschaftern zu Miteigentum.» Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 22 zu Art. 544 OR; SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 544 OR.

631 Der Miteigentumsanteil der Gesellschafter konnte gesondert gepfändet und admasiert werden. Vgl. dazu auch hinten Kapitel 6.III.

632 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 22 zu Art. 544 OR; FELLMANN, S. 287 f. Nach FELLMANN/MÜLLER galt Gleiches auch für Forderungsrechte, die an die Gesellschaft übertragen oder im Namen der Gesellschaft erworben worden waren: Die Gläubiger bildeten eine Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung (im Unterschied zur Gläubigerschaft zu gesamter Hand als zweite Erscheinungsform der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft), was dem sachenrechtlichen Miteigentum nach Art. 646 ff. ZGB entspricht. Dabei ist jeder einzelne Gläubiger zusammen mit den übrigen Gläubigern (wie bei der Gläubigerschaft zu gesamter Hand) auf die gesamte Forderung berechtigt. Jedem einzelnen Gläubiger steht allerdings eine ideelle Quote zu, über die er selbständig verfügen kann. Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3673 f. und 3676 f.

633 Die direkte Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf Vermögenswerte der Gesellschaft wurde insbesondere deshalb als unbillig empfunden, weil die Gläubiger ohne Rücksicht auf die Rechte, welche die anderen Gesellschafter am betreffenden Aktivposten hatten, das Zugriffsrecht ausüben konnten; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 23 zu Art. 544 OR; FELLMANN, S. 287 f. m.w.H.

634 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 23 zu Art. 544 OR; FELLMANN, S. 287 f. m.w.H.

Art. 544 OR werde aber ersichtlich, dass *gemeinschaftlich* nicht als Oberbegriff für Mit- und Gesamteigentum nach Art. 646–654 ZGB, sondern als Gesamteigentum⁶³⁵ i.S.v. Art. 652–654 ZGB zu verstehen sei.⁶³⁶

Lehre und Rechtsprechung gehen einhellig davon aus, dass (falls die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben) Sachen und andere Vermögenswerte der einfachen Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern zu gesamter Hand gehören⁶³⁷ und somit nach Art. 652 ZGB das Recht jedes einzelnen Gesellschafters auf die ganze Sache (bzw. andere Vermögenswerte) geht.⁶³⁸

Wie vorne im Kapitel 1.IV. zum gemeinschaftlichen Eigentum bereits beschrieben, ist für die *Entstehung von Gesamteigentum* zum einen eine zwischen den künftigen Gesamteigentümern bestehende persönliche Verbindung erforderlich. Zum anderen bedarf es der Anerkennung dieser Verbindung als Gesamthandschaft durch die Rechtsordnung.⁶³⁹ Bei der einfachen Gesellschaft kommt das die Beteiligten miteinander verbindende Gesellschaftsverhältnis vertraglich zustande (Art. 530 Abs. 1 OR)⁶⁴⁰ und der einfachen Gesellschaft liegt (grundsätzlich) das Gesamthandprinzip zugrunde (Art. 544 Abs. 1 OR)⁶⁴¹. Die Art. 652 ff. ZGB verleihen nun dem gesamthänderischen Charakter des Gesellschaftsverhältnisses dingliche Wirkung, indem sie dessen Gesamthandqualität anerkennen.⁶⁴² Die Vermögenswerte der einfachen Gesellschaft gehören den Gesellschaftern zu gesamter Hand.⁶⁴³ Zwischen der Gesellschafterstellung und der gesamthänderischen (dinglichen) Berechtigung am Gesellschaftsvermögen besteht ein untrennbarer Zusammenhang.⁶⁴⁴

635 Vgl. zum Gesamteigentum vorne Kapitel 1.IV.2.

636 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 23 zu Art. 544 OR; FELLMANN/MÜLLER, OFK, N 2 zu Art. 544 OR; FELLMANN, S. 287 f. m.w.H. zu den Materialien; gl.M. VONZUN, S. 38.

637 BGE 137 III 455, E. 3.4 (= Pra. 101 (2012), Nr. 19) und 119 Ia 342, E. 2a (= Pra. 84 (1995), Nr. 264); Urteile BGE 4A_197/2012 vom 30.07.2012 und 4A_275/2010 vom 11.08.2010, E. 4.2.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 10 zu Art. 544 OR; SIEGWART, ZK, N 8 zu Art. 544 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 326 und 380 ff.; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 22 ff. zu Art. 544 OR; THOUVENIN, Rz. 509; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 3 zu Art. 544 OR. Vgl. zum Gesamteigentum vorne Kapitel 1.IV.2.

638 PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 3 zu Art. 544 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382.

639 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.2.

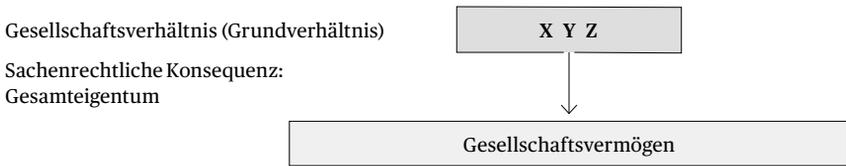
640 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.V.

641 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3.

642 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.2.

643 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3.

644 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 357 zu Art. 530 OR; dazu auch hinten Kapitel 3.IX.6.

*Schematische Darstellung:*⁶⁴⁵

Das Gesellschaftsverhältnis (einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR) zwischen X, Y und Z begründet (als sachenrechtliche Konsequenz) Gesamteigentum zwischen X, Y und Z an den Vermögenswerten der einfachen Gesellschaft.

Die gesamthänderische Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen *als Regelfall* schliesst eigenmächtige Verfügungen der einzelnen Gesellschafter über zum gemeinschaftlichen Vermögen zählende Vermögenswerte (grundsätzlich⁶⁴⁶) aus (vgl. Art. 653 Abs. 2 ZGB).⁶⁴⁷ Die Gesellschafter können nur gemeinsam, gegebenenfalls durch Stellvertreter, über das Gesellschaftsvermögen verfügen.⁶⁴⁸ Durch die gesamthänderische Bindung ist das Vermögen der Gesellschaft von den Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter geschieden.⁶⁴⁹ Die Privatgläubiger eines Gesellschafters können daher einzig auf das Privatvermögen ihres Schuldners zugreifen. Allerdings gehören die Liquidationsanteile der einzelnen Gesellschafter zu deren Privatvermögen, weshalb diese Anteile im Rahmen einer Zwangsvollstreckung auch von Privatgläubigern gepfändet oder vom Konkursamt admassiert werden können.⁶⁵⁰

Der Wortlaut von Art. 544 Abs. 1 OR («nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags») macht den dispositiven Charakter dieser Bestimmung deutlich.⁶⁵¹ Es wird allgemein angenommen, dass die Gesellschafter *ausnahmsweise* (und anstelle vom Gesamteigentum) auch Miteigentum an einzelnen oder sämtlichen ihrem Gesellschaftszweck dienenden, gemeinschaftlichen Sachen und anderen Vermögenswerten haben können.⁶⁵²

645 Vgl. dazu auch vorne Kapitel 1.IV.3.

646 Für bewegliche Sachen gilt das Prinzip der Gesamtverfügung nicht ausnahmslos (vgl. Art. 933 ZGB).

647 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 10 zu Art. 544 OR.

648 BGE 119 Ia 342, E. 2a; Urteile BGer 4A_197/2012 vom 30.07.2012, E. 4.1 und 4A_275/2010 vom 11.08.2010, E. 4.2; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382.

649 JUNG, CHK, N 3 zu Art. 544 OR.

650 JUNG, CHK, N 3 zu Art. 544 OR m.w.H. und w.V.

651 Urteil BGer 4C.4/2004 vom 20.04.2004, E. 3.3; statt vieler HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 13 zu Art. 544 OR.

652 BECKER, BK, N 2 zu Art. 544 OR; ENGEL, S. 719; FELLMANN, S. 290; FLACHSMANN, S. 14; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 20; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 51; KNOBLOCH, S. 553; REICHMUTH PFAMMATTER, S. 360; SCHNEIDER, S. 241;

4. Anteilsmässige Berechtigung im Besonderen

4.1 Allgemeines

Eine Berechtigung am Gesellschaftsvermögen i.S.v. Art. 646 ff. ZGB⁶⁵³ ist zulässig – darüber besteht Einigkeit.⁶⁵⁴ Beabsichtigen die Gesellschafter eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB, müssen sie dies zum Ausdruck bringen.⁶⁵⁵ Ohne entsprechende Vereinbarung gehört das Gesellschaftsvermögen den Beteiligten zur gesamten Hand.⁶⁵⁶ Die Lehre führt dazu aus, dass die Gesellschafter *ausdrücklich* – mittels einer entsprechenden Klausel im Gesellschaftsvertrag – *erklären* müssen, dass sie vom Regelfall des Gesamteigentums (nach Art. 652 ff. ZGB) abweichen wollen.⁶⁵⁷

4.2 Kein konkludentes Zustandekommen

Wie weiter vorne beschrieben, kann es vorkommen, dass eine einfache Gesellschaft ohne Wissen und Bewusstsein der Beteiligten und somit konkludent

SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382; VONZUN, S. 38; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 357 zu Art. 530 OR und N 25 zu Art. 544 OR; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 13 zu Art. 544 OR; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 5 zu Art. 544 OR; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 156; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB; SETHE, KuKo, N 1 zu Art. 544 OR, vgl. auch Urteil BGer 4C.4/2004 vom 20.04.2004, E. 3.3.

Ausserdem können die Gesellschafter bereits bestehendes Miteigentum im Rahmen der einfachen Gesellschaft weiterführen (FELLMANN/MÜLLER, BK, N 355 zu Art. 530 m.H. zur h.L.). Vgl. zur anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft auch hinten Kapitel 6.II.

653 Vgl. dazu die schematischen Darstellungen in den Kapiteln 1.V. (vorne) und 3.IX.4.4.3 (hinten).

654 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 21 f.; FELLMANN, S. 290; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 5 zu Art. 544 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 357 zu Art. 530 OR m.w.V.; MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 652 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 51; SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR; VONZUN, Rz. 85; LIVER, SPR V/1, S. 56; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 156; SCHMID JÖRG, S. 577, welcher in diesem Zusammenhang auf Art. 1 Abs. 2 VVAG verweist; HOCH, Rz. 8; vgl. auch Urteil BGer 4C.4/2004 vom 20.04.2004, E. 3.3. Vgl. auch THOUVENIN, Rz. 518 m.w.H. auf die BGB-Gesellschaft des deutschen und auf die société en participation des französischen Rechts.

655 Vgl. dazu Fn. 657.

656 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3.

657 JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR m.w.H.; vgl. auch SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 156; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, N 5 zu Art. 544 OR; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 30 zu Art. 652 ZGB; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646–654a ZGB, welche auf BGE 134 III 597 (= Pra. 97 (2009), Nr. 43) verweisen; DOMEJ/SCHMIDT, KuKo, N 3 zu Art. 652 ZGB. A.M. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 128 zu Art. 530 OR m.w.V. (vgl. dazu Fn. 660).

entsteht.⁶⁵⁸ Diesfalls gehören die Vermögenswerte der Gesellschaft den Mitgliedern (grundsätzlich⁶⁵⁹) zu gesamter Hand. Wie soeben aufgeführt, braucht es für die anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft hingegen eine ausdrückliche Erklärung der Gesellschafter und, worauf im nachfolgenden Kapitel (3.IX.4.4.4) eingegangen wird, die Einbringung der Miteigentumsanteile zum Gebrauch. Das soeben dargestellte Erfordernis der *Ausdrücklichkeit* verunmöglicht nach der hier vertretenen Meinung eine konkludente Entstehung der einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung der Mitglieder.⁶⁶⁰

An dieser Stelle wird nochmals auf die erste, in der Einleitung zu dieser Arbeit beschriebenen Situation, nämlich die faktische Lebensgemeinschaft, eingegangen:⁶⁶¹ Aufgrund der vorherigen Ausführungen wird nun deutlich, dass das Gericht bei der Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft *ohne ausdrückliche Erklärung* der Parteien zwar zum Schluss kommen kann, dass zwischen den Partnern eine einfache Gesellschaft besteht, nicht aber, dass sie ihre Vermögensverhältnisse den Art. 646 ff. ZGB unterstellt hätten.

4.3 Rechtliche Konstruktion

Eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB am Gesellschaftsvermögen ist wegen des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips⁶⁶² nur möglich, indem jeder einzelne Vermögenswert in die Mitberechtigung sämtlicher

658 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.III. und V.

659 Vgl. zu den Beitragsleistungen *quoad dominium* vorne Kapitel 3.VIII.1.

660 Eine andere Ansicht vertreten die Autoren FELLMANN/MÜLLER (BK, N128 zu Art. 530 OR m.w.V.). Bei ihren Ausführungen zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen einem blossen Miteigentumsverhältnis und einer als Bruchteilsgemeinschaft konzipierten einfachen Gesellschaft kommen sie zu folgendem Schluss: Neben dem Miteigentumsverhältnis liege immer dann auch ein Gesellschaftsverhältnis vor, wenn die gemeinschaftlichen Eigentümer ihre Beziehung durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zu einem persönlichen Zusammenschluss mit weitergehenden wechselseitigen Bindungen verdichten und sich gegenseitig auf ein dauerhaftes, keinem personellen Wechsel unterworfenen und unter besondere Rechtspflichten gestelltes Zusammenwirken bei der Nutzung der Sache festlegen würden. Einzig wenn ausgeschlossen werden könne, dass sich die Miteigentümer nicht hätten persönlich binden wollen, liege ein reines Miteigentümeverhältnis vor. FELLMANN/MÜLLER stellen (soweit ersichtlich) einzig auf den Rechtsbildungswillen der Gesellschafter als Abgrenzungskriterium ab, weshalb (entgegen der hier vertretenen Meinung) eine konkludente Entstehung einer einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung als denkbar erscheint.

661 Vgl. dazu vorne Einleitung II sowie SCHMID JÖRG, S. 579 f. m.w.H. und V.

662 Aufgrund des Spezialitätsprinzips (vgl. dazu vorne Fn. 96) kann sich eine Mitberechtigung immer nur auf einzelne Sachen oder andere Vermögenswerte beziehen (MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 57).

Gesellschafter fällt.⁶⁶³ Dementsprechend ist jeder Gesellschafter auch Miteigentümer an jedem zum Gesellschaftsvermögen zählenden Vermögenswert.⁶⁶⁴ Bei fehlender anderslautender Abmachung sind die Beteiligten bei beweglichen Sachen Miteigentümer zu gleichen Teilen (Art. 646 Abs. 2 ZGB).⁶⁶⁵ Bei unbeweglichen Sachen ergibt sich der Anteil jedes Miteigentümers aus dem Grundbuch (Art. 96 Abs. 1 GBV).⁶⁶⁶

Dinglich berechtigt an den Vermögenswerten des Gesellschaftsvermögens sind die einzelnen Miteigentümer und es kommt nicht zur durch die Rechtsordnung grundsätzlich vorgesehenen Entstehung von Gesamteigentum (vorne als sachenrechtliche Konsequenz bezeichnet). Die Art. 652 ff. ZGB verleihen dem Gesellschaftsverhältnis *keine gesamthänderische* und somit auch *keine dingliche Wirkung*.⁶⁶⁷ Das Gesellschaftsverhältnis zwischen den Beteiligten wirkt daher rein *obligatorisch*. Den Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB steht folglich lediglich eine Forderung gegenüber den Miteigentümern zu, dass diese die Vermögenswerte nur für die Zwecke der einfachen Gesellschaft verwenden dürfen.⁶⁶⁸

Bei der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft sind die Beteiligten nach der wohl überwiegenden Lehre somit neben dem Miteigentumsverhältnis (dingliche Wirkung) auch durch ein obligatorisch wirkendes Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden.⁶⁶⁹ Anders als bei der gesamthänderischen Berechtigung besteht bei der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft kein unauflöslicher Zusammenhang zwischen der Gesellschafterstellung und der dinglichen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen.⁶⁷⁰ Die fehlende Verbindung zeigt sich u.a. darin,

663 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 365 zu Art. 544 OR; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 57; THOUVENIN, Rz. 520. Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Art. 653 ZGB; a.M. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 17 f. zu Art. 544 OR.

664 MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 58.

665 Vgl. MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 58; vgl. auch vorne Kapitel 1.IV.1.

666 Vgl. dazu auch vorne Kapitel 1.IV.4.

667 Vgl. THOUVENIN, Rz. 967.

668 THOUVENIN, Rz. 966.

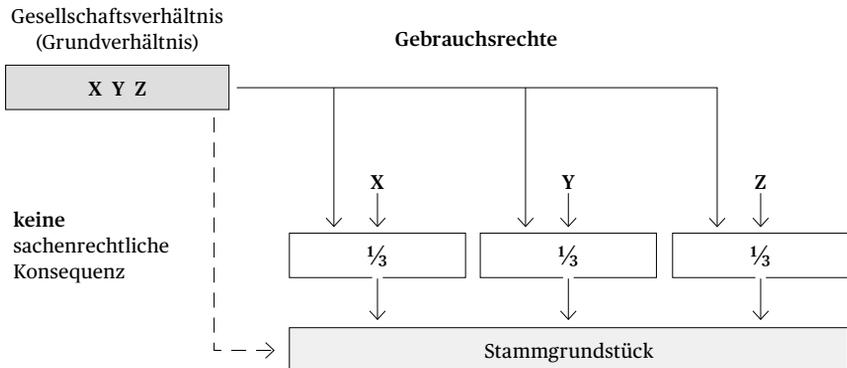
669 JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR schreibt dazu: «Das schuldrechtliche Gesellschaftsverhältnis und die dingliche Bruchteilsgemeinschaft bestehen dann nebeneinander». Gl.M. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 357 zu Art. 530 OR m.w.V.: «Gesellschaft und Bruchteilsgemeinschaft treten alsdann nebeneinander»; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 51 und 506. A.M. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 17 f. zu Art. 542 und N 17 zu Art. 544 OR; SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 156. Vgl. auch vorne Kapitel 1.V.

670 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 357 zu Art. 530 OR; JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; THOUVENIN, Rz. 524; vorne Kapitel 3.IX.6. Vgl. zur Problematik der Verfügungsfreiheit der Miteigentümer/Gesellschafter bezüglich ihres Miteigentumsanteils hinten Kapitel 6.III.

dass eine anteilmässige Berechtigung i.S.v. Art. 646 ff. ZGB an Vermögenswerten, die in die einfache Gesellschaft eingebracht werden sollen, bereits vor der Entstehung der einfachen Gesellschaft begründet und auch nach deren Auflösung weiter bestehen kann.⁶⁷¹

Die rechtliche Konstruktion einer einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung lässt sich folgendermassen darstellen:

*Schematische Darstellung:*⁶⁷²



X, Y und Z sind durch ein Gesellschaftsverhältnis nach Art. 530 ff. OR miteinander verbunden. Wenn sie im Gesellschaftsvertrag ihre Vermögensverhältnisse den Art. 646 ff. ZGB unterstellen, begründet das Gesellschaftsverhältnis daran **kein** Gesamteigentum. X, Y und Z bringen ihre Miteigentumsanteile (je 1/3) am Stammgrundstück *quoad usum* in die einfache Gesellschaft ein und der einfachen Gesellschaft (X, Y, Z) steht eine Forderung gegenüber X, Y und Z (als Miteigentümer) zu, dass sie ihre Einlagen nur für die Zwecke der einfachen Gesellschaft verwenden dürfen.

4.4 Gesellschaftsvermögen bei Einlagen quoad usum?

Anlass zur Diskussion gibt die Frage, ob bei einer anteilmässigen Berechtigung überhaupt ein Gesellschaftsvermögen besteht und wie die Miteigentumsanteile in die einfache Gesellschaft eingebracht werden können.⁶⁷³ Im Einzelnen:

Weiter vorne in dieser Arbeit wurden die drei Möglichkeiten beschrieben, wie Gesellschafter ihre Beitragsleistung in die Gesellschaft einbringen

671 THOUVENIN, Rz. 524 m.w.V. Vgl. dazu auch hinten Kapitel 6.III.

672 Vgl. dazu auch die schematische Darstellung vorne in Kapitel 1.V.

673 LIVER, SPR V/1, S. 56; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 51; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 365 zu Art. 530 OR; SCHNEIDER, S. 241f.; THOUVENIN, Fn. 1963; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB; SIEGWART, ZK, N 8 zu Art. 544 OR; JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; vgl. auch BGE 134 III 597, E. 3. Anders HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 17 zu Art. 544 OR und N 57 zu Art. 531 OR sowie SUTTER-SOMM, SPR V/1, Rz. 156.

können. Eine Einlage kann *quoad dominium*, *quoad usum* oder *quoad sortem* erfolgen.⁶⁷⁴ Bei der Einbringung *quoad dominium* geht der betreffende Vermögenswert sogleich ins gesellschaftliche Eigentum bzw. ins Gesamteigentum (nach Art. 652 ff. ZGB) der einzelnen Gesellschafter über.⁶⁷⁵ Bei der Einbringung *quoad sortem* bleibt die Einlage beim Einbringenden und geht nur dann ins Gesamteigentum der einzelnen Gesellschafter über, wenn die Gesellschafter dies beschliessen.⁶⁷⁶ Demgegenüber wird bei der Einbringung *quoad usum* der Gesellschaft einzig ein Gebrauchsrecht an der Einlage eingeräumt.⁶⁷⁷ Zur Aktivseite des Gesellschaftsvermögens zählen (wie bereits beschrieben⁶⁷⁸) nicht nur Vermögenswerte, die im Gesamteigentum der Gesellschafter stehen, sondern auch gesellschaftliche Gebrauchsrechte an Vermögenswerten.⁶⁷⁹ Diese Vermögenswerte werden *quoad usum*⁶⁸⁰ in die Gesellschaft eingebracht. Die dingliche Berechtigung des zum Gebrauch in die Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerts bleibt dabei unverändert.⁶⁸¹

Bei der Einbringung *quoad usum* ist eine spätere Übertragung ins Gesamteigentum der Gesellschafter – anders als bei *quoad sortem* eingebrachten Vermögenswerten – weder beabsichtigt noch vom Konzept her vorgesehen. Hier und auch im weiteren Verlauf der Arbeit soll allerdings die anteilmässige Berechtigung (i.S.v. Art. 646 ff. ZGB) am Gesellschaftsvermögen untersucht und somit nach einer Möglichkeit gesucht werden, wie die Gesellschafter ihre Miteigentumsanteile in die einfache Gesellschaft einbringen können, ohne dass die Anteile ins Gesamteigentum der einzelnen Gesellschafter übergehen. Die bei der Einbringung *quoad sortem* bestehende Option, die Einlagen zu einem späteren Zeitpunkt ins Gesamteigentum der Gesellschafter übertragen zu können, kann zu einer Umwandlung von der anteilmässigen zu einer gesamthänderischen Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen führen. In den kommenden Ausführungen und auch im zweiten Teil der Arbeit wird daher nur noch die Einlage *quoad usum* näher untersucht, weil nach der hier vertretenen Auffassung einzig bei diesem Konzept dauernd

674 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VIII.

675 Vgl. SIEGWART, ZK, N 8 zu Art. 544 OR; vgl. zur Beitragsleistung *quoad dominium* vorne Kapitel 3.VIII.1.

676 Vgl. vorne Kapitel 3.VIII.3.

677 Vgl. vorne Kapitel 3.VIII.2.

678 Vgl. vorne Kapitel 3.IX.2.

679 Vgl. zur Bildung und Zusammensetzung des Gesellschaftsvermögens vorne Kapitel 3.IX.2.

680 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VIII.2.

681 Vgl. SIEGWART, ZK, N 2 ff. zu Art. 544 OR; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 16 zu Vorbem. zu den Art. 646-654a ZGB; vgl. dazu die Analyse der zweiten Fallkonstellation hinten in Kapitel 6.

von einer anteilmässigen Berechtigung i.S.v. Art. 646 ff. ZGB ausgegangen und ein späterer Wechsel hin zur gesamthänderischen Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen werden kann.⁶⁸²

Der einfachen Gesellschaft (bzw. den einzelnen Gesellschaftern) steht bei der anteilmässigen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen bei einer *quoad usum*⁶⁸³ geleisteten Einlage eine Forderung auf Verwendung der Vermögenswerte für die Zwecke der einfachen Gesellschaft zu gegenüber den ihre Beiträge in diesen Formen leistenden Gesellschaftern.⁶⁸⁴ Diese Forderung wird nach THOUVENIN «von der Gesamtheit der Gesellschafter als gemeinschaftliche Gläubigerschaft in Form einer *Gläubigerschaft zur gesamten Hand* gehalten.»⁶⁸⁵ Die einfache Gesellschaft verfügt somit über eine «*gemeinschaftliche Forderung auf das Zurverfügungstellen der gemeinsamen Mittel.*»⁶⁸⁶

Im Sinne einer Kurzzusammenfassung lässt sich an dieser Stelle Folgendes festhalten: Vereinbaren die Gesellschafter eine anteilmässige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen, steht der einfachen Gesellschaft (und somit den einzelnen Gesellschaftern) eine Forderung gegenüber den Gesellschaftern zu, dass sie die eingebrachten Miteigentumsanteile nur für die Zwecke der einfachen Gesellschaft verwenden dürfen.⁶⁸⁷ Um die Gesellschafter an den Miteigentumsanteilen berechtigen zu können, werden die Anteile *quoad usum* (zum blossen Gebrauch) in die einfache Gesellschaft eingebracht. Die *quoad usum* eingebrachten Miteigentumsanteile zählen dabei als Gebrauchsrechte (und nicht als dingliche Rechte) zum Gesellschaftsvermögen.⁶⁸⁸ Eine solche Einbringung bezweckt einzig, die Gesellschaft an den betreffenden Miteigentumsanteilen zu berechtigen.⁶⁸⁹

4.5 Ausübung Gebrauchsrechte

Wie im vorangehenden Kapitel erläutert, bringen die Gesellschafter ihre Miteigentumsanteile an einer Sache oder an anderen Vermögenswerten *quoad*

682 Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass bei der anteilmässigen Berechtigung sowohl eine Einlage *quoad usum* als auch *quoad sortem* denkbar sei. Zu dieser Thematik wird auf die einschlägige Literatur verwiesen: SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR m.w.V.; gl.M. MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 51.

683 Die Ausführungen von THOUVENIN beziehen sich auch auf die Einbringung von Vermögenswerten *quoad sortem* (Rz. 966).

684 THOUVENIN, Rz. 966.

685 THOUVENIN, Rz. 966.

686 THOUVENIN, Rz. 967.

687 Ähnlich THOUVENIN, Rz. 966.

688 Ähnlich JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; vgl. auch THOUVENIN, Rz. 965 ff.

689 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 59 zu Art. 531 OR und N 16 zu Art. 544 OR.

usum in die Gesellschaft ein, falls sie ihre Vermögenswerte den Art. 646 ff. ZGB unterstellen. Bislang hat sich die Lehre noch kaum dazu geäußert, wie die Gesellschafter das Gebrauchsrecht an einem *quoad usum* eingebrachten Miteigentumsanteil ausüben können. Soweit ersichtlich setzen sich einzig die Autoren FELLMANN/MÜLLER und HANDSCHIN/VONZUN damit auseinander:

Die Autoren FELLMANN/MÜLLER sind der Ansicht, dass die Umsetzbarkeit des Konzeptes der Einlage *quoad usum* auf zwei verschiedene Arten erfolgen kann:⁶⁹⁰ Entweder in der Weise, dass zwischen dem Einbringer und den übrigen Gesellschaftern ein der Miete oder Pacht ähnliches Rechtsverhältnis begründet wird. Oder indem sich der Einbringer verpflichtet, den übrigen Gesellschaftern eine Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB einzuräumen.⁶⁹¹

Nach HANDSCHIN/VONZUN lässt sich die Berechtigung der einfachen Gesellschaft am betreffenden Miteigentumsanteil einerseits durch «eine (Auf-) Spaltung der Miteigentumsberechtigung des einbringenden Gesellschafters» bewerkstelligen.⁶⁹² «In diesem Fall beschränken sich die Verfügungsmöglichkeiten der Gesellschafter darauf, die Rechte und Pflichten eines Miteigentümers gemeinsam auszuüben.»⁶⁹³ Andererseits besteht, so HANDSCHIN/VONZUN weiter, «die Möglichkeit, eine Untergemeinschaft am weiterhin allein dem einbringenden Gesellschafter zustehenden Miteigentumsanteil zu begründen. Alsdann können die Mitgesellschafter des einbringenden Gesellschafters lediglich mittelbar, mit Hilfe der ihnen gesellschaftsvertraglich eingeräumten (obligatorischen) Mitwirkungsrechte, auf die Rechtsausübung des Miteigentümers Einfluss nehmen.» Beide Vorgehensweisen – sowohl die (Auf-)Spaltung der Miteigentumsberechtigung⁶⁹⁴ als auch die Bildung einer Untergemeinschaft⁶⁹⁵ am Miteigentumsanteil – basieren auf den Ausführungen von REY zur Aufteilung von Miteigentumsanteilen⁶⁹⁶ und verfolgen die

690 Vgl. dazu auch vorne Kapitel 3.VIII.2.

691 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 174 zu Art. 531 OR; vgl. vorne Kapitel 3.VIII.2. und zur Begründung einer Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB am zum Gebrauch in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteil auch hinten Kapitel 6.III.

692 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 16 zu Art. 544 OR. Vgl. dazu auch N 59 zu Art. 531 OR. Die Ausführungen der Autoren beziehen sich sowohl auf *quoad usum* als auch *quoad sortem* eingebrachte Vermögenswerte.

693 Vgl. dazu und zum Folgenden: HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 16 zu Art. 544 OR.

694 Für das Modell «Aufspaltung» kann auf Kapitel 2.III.7.7.1 (Spaltung der Miteigentumsberechtigung an der gemeinschaftlichen Sache) vorne verwiesen werden.

695 Für das Modell «Bildung einer Untergemeinschaft» kann auf Kapitel 2.III.7.7.2. (die Untergemeinschaft der Miteigentümer zweiten Grades) vorne verwiesen werden. Vgl. zum unterschiedlich verwendeten Begriff der «Untergemeinschaft» vorne Kapitel 2.III.7.2.b sowie hinten Kapitel 3.X.2.

696 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.7.

Absicht, den übrigen Gesellschaftern gegenüber dem einbringenden Gesellschafter gesellschaftsvertraglich und somit obligatorisch wirkende Mitwirkungsrechte am zum Gebrauch in die Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteil zu verschaffen.⁶⁹⁷

Die soeben dargestellten Möglichkeiten wie die Gesellschafter ihre Gebrauchsrechte an *quoad usum* eingebrachten Einlagen ausüben können, werden hinten im Kapitel 6 wieder aufgegriffen. Dort werden die erwähnten Möglichkeiten zum einen auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit und zum anderen auf ihre Praktikabilität hin überprüft.

5. Die Anteile der Gesellschafter

Nicht nur im Miteigentumsrecht (Art. 646 ff. ZGB), sondern auch im Recht der einfachen Gesellschaft trifft man den Begriff *Anteil* oft in verschiedenen Zusammenhängen an.⁶⁹⁸ Da in dieser Arbeit dem Miteigentumsanteil eine tragende Rolle zukommt und ein (noch grösseres) Begriffswirrwarr vermieden werden soll, werden nachfolgend der Anteil am Gesellschaftsvermögen, der Gesellschaftsanteil, der Vermögensanteil und der Kapitalanteil definiert und voneinander abgegrenzt.⁶⁹⁹

Kraft ihrer Mitgliedschaft sind die Gesellschafter – soweit gesellschaftsvertraglich nichts anderes vereinbart wird – am Gesellschaftsvermögen beteiligt.⁷⁰⁰ Der *Anteil am Gesellschaftsvermögen* stellt die Gesamtheit der verfügbungsfähigen Rechte eines Gesellschafters dar.⁷⁰¹ Diesen Anteil können die Gesellschafter (grundsätzlich⁷⁰²) an einen Dritten abtreten.⁷⁰³ Verfügen können die Gesellschafter über den Anspruch auf das, was ihnen zufällt, falls die einfache Gesellschaft in Liquidation tritt, oder das, was sie bei Austritt aus der Gesellschaft erhalten würden.⁷⁰⁴ Daneben können – sofern im Gesellschafts-

697 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 16 zu Art. 544 OR. Im Gegensatz zu den Ausführungen in N 16 zu Art. 544 OR erwähnen HANDSCHIN/VONZUN, in N 59 zu Art. 531 OR lediglich das Modell «Bildung einer Untergemeinschaft».

698 Vgl. zum Miteigentumsanteil vorne Kapitel 2.II.

699 MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 155 ff.; vgl. zum Verhältnis der Begriffe zueinander FELLMANN/MÜLLER, BK, N 49 ff. sowie 77 ff. zu Art. 544 OR; VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 384 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 25 ff. zu Art. 544 OR.

700 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 384; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 25 zu Art. 544 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 55 zu Art. 544 OR.

701 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 77 zu Art. 544 OR.

702 Das Gesetz kann solche Verfügungen ausschliessen; vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BK, N 17 zu Art. 653 ZGB.

703 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 77 zu Art. 544 OR.

704 MEIER-HAYOZ, BK, N 17 zu Art. 653 ZGB; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 55 zu Art. 544 OR; vgl. auch REY, Sachenrecht, Rz. 989.

vertrag nichts Gegenteiliges vereinbart wurde – auch alle Individualansprüche von Gesellschaftern⁷⁰⁵, die aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden müssen, an einen Dritten abgetreten werden.⁷⁰⁶ Zu den Individualansprüchen der Gesellschafter zählen auch die Vermögenswerte, die sie *quoad sortem* oder *quoad usum* in die Gesellschaft eingebracht haben. An den so eingebrachten Werten – und im Gegensatz zu den zu Eigentum (*quoad dominium*) eingebrachten – genießt die einfache Gesellschaft entweder ein Gebrauchsrecht, oder diese wurden mittels eines aussergesellschaftlichen Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellt.⁷⁰⁷ Der Verfügbarkeit des Anteils des Gesellschafters steht hier allerdings die Bindung an den Gesellschaftszweck bzw. ein aussergesellschaftliches Vertragsverhältnis gegenüber, die eine Verfügung über den Vermögenswert während der Dauer der vertraglichen Bindung in der Regel untersagen.⁷⁰⁸

Der Anteil am Gesellschaftsvermögen darf nicht mit dem *Gesellschaftsanteil* verwechselt werden. Der Gesellschaftsanteil hat sämtliche mitgliederschaftlichen Rechte und Pflichten zum Inhalt und ist daher materieller Ausdruck der Mitgliedschaft in der einfachen Gesellschaft.⁷⁰⁹

Unter *Vermögensanteil* wird der Anteil eines Gesellschafters am Wert des Gesellschaftsvermögens verstanden.⁷¹⁰ Er ergibt sich aus der «Beteiligung des Gesellschafters am gesamten Reinvermögen der Gesellschaft gemäss deren Bilanz, gegebenenfalls unter Einbeziehung stiller Reserven».⁷¹¹ Er ist lediglich ein gedachter, ideeller Anteil und somit kein Verfügungsobjekt.⁷¹² Im Liquidationsfall entspricht die Höhe des Vermögensanteils (sofern ein Aktivüberschuss besteht) «dem Anteil am Liquidationsergebnis, der jedem Gesellschafter nach Massgabe seiner Gewinn- und Verlustbeteiligung zusteht».⁷¹³ Er setzt sich aus den Einlagen, die die Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen

705 Z.B. Gewinnbeteiligungsanspruch, Honoraransprüche oder Ansprüche aus Art. 537 OR (FELLMANN/MÜLLER, BK, N 56 zu Art. 544 OR).

706 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 56 zu Art. 544 OR m.w.V.

707 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 37 zu Art. 544 OR sowie N 75 ff. zu Art. 531 OR. Vgl. zu den Beitragsleistungen vorne Kapitel 3.VIII.

708 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 37 zu Art. 544 OR. Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.4.4.3. f. und hinten Kapitel 6.III.2.

709 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 77 zu Art. 544 OR. Die Mitwirkungsrechte (wie etwa sein Stimmrecht) sind untrennbar mit der Gesellschafterstellung verknüpft und daher nicht abtretbar (FELLMANN/MÜLLER, BK, N 57 zu Art. 544 OR).

710 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 78 zu Art. 544 OR.

711 VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 385.

712 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 30 zu Art. 544 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 78 zu Art. 544 OR; a.M. VON STEIGER SPR VIII/1, S. 385.

713 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 29 zu Art. 544 OR.

geleistet haben, sowie aus den nicht ausgeschütteten Gewinnen zusammen.⁷¹⁴ Demgegenüber ist der *Kapitalanteil* bloss eine «Bilanzziffer» und bezweckt die Klarstellung der internen vermögensrechtlichen Verhältnisse.⁷¹⁵

6. Veränderungen im Mitgliederbestand

Anders als bei der Miteigentümergeinschaft⁷¹⁶ ist die einfache Gesellschaft (aufgrund der engen persönlichen Bindung zwischen den Gesellschaftern) grundsätzlich nicht auf Veränderungen im Mitgliederbestand ausgerichtet.⁷¹⁷ Im Gesetz ist der Gesellschafterwechsel daher auch nur ansatzweise bzw. lückenhaft geregelt (Art. 542 OR).⁷¹⁸

Art. 542 Abs. 1 OR legt fest, dass – sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde – ein Gesellschafter ohne das Einverständnis der übrigen Mitglieder keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen darf.⁷¹⁹

Sind alle Gesellschafter einverstanden, erfolgt der *Eintritt eines neuen Gesellschafters* mittels eines (grundsätzlich⁷²⁰) formfreien Aufnahmevertrags.⁷²¹ Dem eintretenden Gesellschafter wächst die Gesamthandsbeteiligung am Gesellschaftsvermögen automatisch an, während sich der Gesellschaftsanteil der bisherigen Gesellschafter anteilig reduziert (sog. Dekreszenz).⁷²² Die Gesellschafterstellung und die dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen stehen in einem untrennbaren Zusammenhang.⁷²³ Kommt es zum

714 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 29 zu Art. 544 OR; vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 385; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 66 zu Art. 544 OR.

715 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 78 zu Art. 544 OR.

716 Vgl. zum Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft vorne Kapitel 2.VI.

717 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 542 OR.

718 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 542 OR.

719 Allerdings können die Gesellschafter auch vereinbaren, dass Änderungen im Mitgliederbestand beispielsweise einem Mehrheitsbeschluss unterstellt sind (vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 23 zu Art. 542 OR; JUNG, CHK, N 2 zu Art. 542 OR).

720 Vgl. zu den Formvorschriften der einfachen Gesellschaft vorne Kapitel 3.V.2.

721 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 542 OR.

722 JUNG, CHK, N 2 zu Art. 542 OR. Gl.M. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 143 zu Art. 542 OR, welche ausführen, dass es in Bezug auf die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens keiner besonderen Übertragungshandlungen bedürfe. Falls Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, würden diese ausserbuchlich übergehen. A.M. BRÜCKNER, der die Auffassung vertritt, die bei der einfachen Gesellschaft (grundsätzlich) entstehende Gesamthandschaft umfasse nur jene Vermögenswerte, welche die Gesellschafter durch Einzelverfügung (*Singularsukzession*) in die Gesellschaft einbrächten (dies im Unterschied zur Güter- oder Erbengemeinschaft, wo die *Universal-sukzession* gilt). In Bezug auf zum Gesellschaftsvermögen gehörende Grundstücke wirke der Grundbucheintrag konstitutiv (S. 225). Vgl. zum absoluten und relativen Eintragungsprinzip vorne Kapitel 1.III.2.2.2 (Wirkungen des Grundbucheintrags).

723 Vgl. JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 144 zu Art. 542 OR.

*Ausscheiden eines Gesellschafters*⁷²⁴, erhöht sich die Gesamthandsberechtigung der übrigen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ebenfalls automatisch (sog. Akkreszenz).⁷²⁵

Anders liegt der Fall, wenn die Gesellschafter eine anteilmässige Berechtigung (nach Art. 646 ff. ZGB) am Gesellschaftsvermögen vereinbart haben.⁷²⁶ Diesfalls stehen die Gesellschafterstellung und das Eigentum an einem Miteigentumsanteil nicht in einem unauflöselichen Zusammenhang.⁷²⁷ Der Gesellschaftsanteil und die dingliche Berechtigung an einem Miteigentumsanteil bestehen vielmehr unabhängig voneinander und können daher auch getrennt veräussert werden.⁷²⁸ Soll der eintretende Gesellschafter auch Miteigentümer (nach Art. 646 ff. ZGB) sein, sind in Bezug auf die Miteigentumsanteile, die der einfachen Gesellschaft lediglich *quoad usum* überlassen wurden, Einzelrechtsübertragungen erforderlich.⁷²⁹ Obwohl dies nicht zwingend ist, wird es wohl häufig dem Willen der Gesellschafter entsprechen, dass die Gesellschafterstellung und die anteilmässige Berechtigung an einem Gegenstand, der zum Gebrauch in die Gesellschaft eingebracht wurde, bei derselben Person sind.⁷³⁰

7. Grundbuchliche Behandlung

Möchten die Gesellschafter ein Grundstück (i.S.v. Art. 655 ZGB) zu Gesamteigentum (*quoad dominium*⁷³¹) in die Gesellschaft einbringen, ist dafür eine *Beitragsvereinbarung*, auch Illationsvertrag genannt (Verpflichtungsgeschäft), und die Abgabe der Grundbuchanmeldung (Verfügungsgeschäft) erforderlich.⁷³²

724 Zum Ausscheiden eines Gesellschafters, ohne dass dies zur Auflösung der Gesellschaft führt (vgl. zur Auflösung der einfachen Gesellschaft hinten Kapitel 3.XI.), kommt es etwa, wenn die Fortsetzung der einfachen Gesellschaft nach dem Tod eines Beteiligten gesellschaftsvertraglich festgehalten wurde und die Gesellschaft nach dem Ausscheiden noch über mindestens zwei Gesellschafter verfügt. Vgl. dazu JUNG, CHK, N 3 zu Art. 542 OR.

725 JUNG, CHK, N 4 zu Art. 542 OR.

726 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.4.

727 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 131 zu Art. 542 OR; BGE 134 III 597, E. 3.3.2 (= Pra. 98 (2009), Nr. 43).

728 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 144 zu Art. 542 OR.

729 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 144 zu Art. 542 OR; MÜLLER KARIN, Übertragung Miteigentums, Rz. 383; vgl. auch JUNG, CHK, N 2 und 4 zu Art. 542 OR.

730 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 144 zu Art. 542 OR.

731 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VIII.1.

732 Vgl. BRÜCKNER, S. 225 sowie zur rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum vorne Kapitel 1.III.4.

Die Beitragsvereinbarung hat in Bezug auf das einzubringende Grundstück den Formerfordernissen von Art. 657 Abs.1 ZGB i.V.m. Art. 216 Abs.1 OR (öffentliche Beurkundung) zu genügen.⁷³³ Sowohl die Beitragsvereinbarung als auch die Grundbuchanmeldung können in den Gesellschaftsvertrag integriert werden.⁷³⁴ Möchten die Beteiligten nicht den gesamten Gesellschaftsvertrag als Beleg beim Grundbuchamt einreichen, können sie auch nur die Beitragsvereinbarung öffentlich beurkunden lassen.⁷³⁵

Im Grundbuch werden sämtliche Gesellschafter (mit den Angaben gemäss Art. 90 Abs.1 lit. a und b GBV) eingetragen. Nach Art. 96 Abs.3 GBV muss aus dem Grundbuch zudem das Rechtsverhältnis ersichtlich sein, das die Gesellschaft begründet.⁷³⁶

Zur Erinnerung nochmals die Darstellung im Grundbuch bei Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft an einem Grundstück:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft X Y Z

8. Gewinn- und Verlustbeteiligung

Haben die Gesellschafter nichts anderes vereinbart, bestimmt sich sowohl die Gewinn- als auch die Verlustbeteiligung nach Köpfen, und zwar unabhängig davon, welche Beiträge die Beteiligten geleistet haben (Art. 533 Abs.1 OR). Ist entweder nur die Gewinn- oder nur die Verlustbeteiligung geregelt worden, so gilt dies (grundsätzlich⁷³⁷) für beides (Art. 533 Abs.2 OR). Etwas anderes gilt für die Beteiligten einer Miteigentümergeinschaft. Aus dem im Miteigentum geltenden Anteilsprinzip ergibt sich, dass ein aus dem Verkauf des Stammgrundstücks resultierender Gewinn (bzw. Verlust) im Verhältnis der Anteile auf die Miteigentümer verteilt wird.⁷³⁸

733 BRÜCKNER, S. 226.

734 BRÜCKNER, S. 226.

735 BRÜCKNER, S. 226.

736 Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.4.

737 Vgl. dazu JUNG, CHK, N 2 zu Art. 533 OR.

738 Vgl. zur Gewinn- oder Verlustverteilung bei der Veräusserung des Stammgrundstücks vorne Kapitel 2.IV.3.

X. Besondere Erscheinungsformen

1. Allgemeines

Die einfache Gesellschaft ist eine Art «Auffangbecken im Gesellschaftsrecht»⁷³⁹; sind die Voraussetzungen einer anderen im Gesetz geregelten Gesellschaftsform nicht erfüllt, wird eine Gesellschaft als einfache Gesellschaft qualifiziert (Art. 530 Abs. 2 OR).⁷⁴⁰ Sodann sind die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft auch für andere Rechtsgemeinschaften oder Körperschaften von Bedeutung.⁷⁴¹ Kraft ausdrücklicher Verweisung ist beispielsweise das Recht der einfachen Gesellschaft auf das Innenverhältnis bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften anwendbar.⁷⁴² Ferner kommt eine analoge Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft auch bei gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnissen zum Zug.⁷⁴³ Im Rechtsalltag stellt sich diesbezüglich insbesondere die bereits in der Einleitung dieser Arbeit erwähnte Frage, ob und inwieweit die Bestimmungen von Art. 530 ff. OR auf faktische Lebensgemeinschaften⁷⁴⁴ anzuwenden sind.⁷⁴⁵

Für die Gründung einer einfachen Gesellschaft sind, wie soeben beschrieben, keine besonderen Gründungsvorschriften zu beachten.⁷⁴⁶ Folglich kann sie auch ohne Publizitätswirkung gegenüber Dritten entstehen.⁷⁴⁷ Die einfache Gesellschaft eignet sich aus diesem Grund als einzige Gesellschaftsform für stille oder verborgene gesellschaftsrechtliche Bindungen.⁷⁴⁸ Sie kann daher als stille Gesellschaft, als Unterbeteiligungsgesellschaft oder als sonstige Innengesellschaft ausgestaltet werden.⁷⁴⁹ Als Innengesellschaft tritt die einfache Gesellschaft im Aussenverhältnis nicht in Erscheinung.⁷⁵⁰

739 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 41; JUNG, CHK, N 24 zu Art. 530 OR.

740 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 41; vgl. auch vorne Kapitel 3.II.

741 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 42.

742 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 42.

743 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 155 ff. zu Art. 530 OR.

744 Vgl. zur Anwendbarkeit der Regeln der einfachen Gesellschaft auf faktische Lebensgemeinschaften vorne Einleitung II.

745 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 157 zu Art. 530 OR; HANDSCHIN, BSK OR II, N 18 zu Art. 530 OR.

746 HANDSCHIN, BSK OR II, N 15 zu Art. 530 OR.

747 HANDSCHIN, BSK OR II, N 15 zu Art. 530 OR.

748 HANDSCHIN, BSK OR II, N 15 zu Art. 530 OR.

749 JUNG, CHK, N 31 zu Art. 530 OR.

750 JUNG, CHK, N 31 zu Art. 530 OR. Innengesellschaften haben regelmässig kein Gesellschaftsvermögen, können aber durchaus auch Bruchteils- oder Gesamthandsvermögen bilden (vgl. dazu HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 und 32 zu Art. 530 OR).

2. Die Unterbeteiligung im Besonderen

Räumt ein Gesellschafter einem Dritten eine Beteiligung als obligatorische Mitberechtigung ein, liegt eine Unterbeteiligung vor.⁷⁵¹ Durch die Unterbeteiligung erhält der sogenannte Unterbeteiligte als Berechtigter vom Hauptbeteiligten (auch Oberbeteiligter genannt) einen obligatorischen Anspruch auf gemeinsame Ausnützung des Gesellschaftsanteils.⁷⁵² Oder anders ausgedrückt entsteht eine Unterbeteiligung dann, wenn «ein Gesellschafter mit einem Dritten eine zweite einfache Gesellschaft abschliesst, deren Zweck in der gemeinschaftlichen Ausnützung der Mitgliedschaft an der ersten Gesellschaft besteht».⁷⁵³ Im Unterschied zur stillen Gesellschaft⁷⁵⁴ setzt die Unterbeteiligung immer die Existenz eines zweiten Gesellschaftsverhältnisses voraus.⁷⁵⁵

Im Wesentlichen stimmt die Umschreibung der Untergemeinschaft auf sachenrechtlicher Basis⁷⁵⁶ mit der hier beschriebenen Unterbeteiligung überein. Die rechtliche Konstruktion der mehrfachen Zugehörigkeit der Rechte und Pflichten an einem Miteigentumsanteil bei der Untergemeinschaft ist mit jener der gemeinsamen Ausnützung eines Anteils an der einfachen Gesellschaft bei der Unterbeteiligung vergleichbar.

XI. Auflösung der einfachen Gesellschaft

Art. 545 OR legt (nicht abschliessend) Gründe fest, die zur Auflösung der einfachen Gesellschaft führen.⁷⁵⁷ In der Literatur werden die *Auflösungsgründe* nach unterschiedlichen Kriterien eingeteilt. So gliedert etwa STAEHELIN die

751 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 195 zu Art. 542 ZGB m.w.V. insbesondere auch auf die deutsche Lehre.

752 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 195 f. zu Art. 542 OR m.w.V.

753 SIEGWART, ZK, N 2 zu Art. 542 OR.

754 Nach MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE ist «die stille Gesellschaft eine grundsätzlich nach den Regeln der einfachen Gesellschaft zu beurteilende gesellschaftliche Verbindung, bei der sich jemand (der stille Gesellschafter) an der geschäftlichen Tätigkeit eines andern (des Hauptgesellschafters) mit einer in dessen Vermögen übergehenden Einlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, für die nach aussen nur der Hauptgesellschaftler auftritt und er allein aus der Geschäftstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird» (§ 15 N 4).

755 VON STEIGER, SPR VIII/1, Fn. 111.

756 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.7.7.2.a.

757 Vgl. zur Kollision von Art. 650 Abs. 1 ZGB mit Art. 545 OR (zwingende gesetzliche Vorschriften zum Miteigentum widersprechen zwingendem Recht in der einfachen Gesellschaft) hinten Kapitel 4.

Auflösungsgründe in objektive Ereignisse⁷⁵⁸ sowie in Auflösungsgründe, die auf einer Willensäusserung der Gesellschafter beruhen⁷⁵⁹.⁷⁶⁰ Demgegenüber stellen HANDSCHIN/VONZUN bei ihrer Unterteilung auf die unterschiedlichen Wirkungen der einzelnen Auflösungsgründe ab und teilen sie in gesetzliche unmittelbare oder mittelbare und vertragliche unmittelbare oder mittelbare Auflösungsgründe ein.⁷⁶¹

Mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes wird zunächst nicht die rechtliche Existenz der Gesellschaft berührt, sondern vielmehr eine *Zweckänderung* herbeigeführt.⁷⁶² Fortan bildet die Liquidation der Gesellschaft den neuen Gesellschaftszweck.⁷⁶³ Gemeinsame oder mit Dritten eingegangene Rechtsverhältnisse müssen aufgelöst, Schulden beglichen und die Aktiven auf die Gesellschafter verteilt werden.⁷⁶⁴ Beendet ist das Gesellschaftsverhältnis erst nach durchgeführter Liquidation.⁷⁶⁵

Die *Liquidation* der einfachen Gesellschaft regelt das Gesetz in den Art. 548-550 OR. Diese Bestimmungen sind dispositiver Natur.⁷⁶⁶ Die Gesellschafter können (vorgängig) im Gesellschaftsvertrag oder (im Nachhinein) im Liquidationsvertrag von den gesetzlichen Bestimmungen zur Liquidation abweichen.⁷⁶⁷

Nach Art. 548 Abs. 1 OR fallen die Sachen (Einlagen), «die ein Gesellschafter zu Eigentum eingebracht hat, nicht an ihn zurück». Der einzelne Gesellschafter hat jedoch Anspruch auf den Wert, für welchen die von ihm eingebrachten Einlagen von der einfachen Gesellschaft übernommen worden sind (Art. 548 Abs. 2 OR). Die Beteiligten haben bloss einen *Anspruch auf Versilberung* des Gesellschaftsvermögens und Anteil am Nettoerlös.⁷⁶⁸ Anders als bei

758 Zweckerreichung: Abs. 1 Ziff. 1; Tod eines Gesellschafters: Abs. 1 Ziff. 2; Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter: Abs. 1 Ziff. 3; Zeitablauf: Abs. 1 Ziff. 5; richterliches Urteil: Abs. 1 Ziff. 7.

759 Gegenseitige Übereinkunft: Abs. 1 Ziff. 4; Kündigung: Abs. 1 Ziff. 6.

760 STAEHELIN, BSK OR II, N 1 zu Art. 545/546 OR.

761 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 5 ff. zu Art. 545-547 OR. Während der Eintritt eines unmittelbaren Auflösungsgrundes ohne Weiteres die Auflösung bzw. Zweckänderung des Gesellschaftsverhältnisses zur Folge hat, führt ein mittelbarer Auflösungsgrund lediglich zu einem Auflösungsanspruch.

762 STAEHELIN, BSK OR II, N 1 zu Art. 547 OR.

763 STAEHELIN, BSK OR II, N 1 zu Art. 547 OR.

764 STAEHELIN, BSK OR II, N 1 zu Art. 547 OR.

765 DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 4 Rz. 60 m.w.H. zur Rechtsprechung.

766 STAEHELIN, BSK OR II, N 2 zu Art. 548/549 OR.

767 STAEHELIN, BSK OR II, N 2 und 14 zu Art. 548/549 OR.

768 BGE 105 II 207; STAEHELIN, BSK OR II, N 4 zu Art. 548/549 OR.

der Teilung von Miteigentum (Art. 651 ZGB) haben die Beteiligten keinen Realteilungs- oder Zuweisungsanspruch.⁷⁶⁹

XII. Weiterführende Erkenntnisse aus Kapitel 3

Als weiterführende Erkenntnisse dieses Kapitels lässt sich Folgendes festhalten: Eine anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft ist zulässig und ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 544 Abs. 1 OR; darüber sind sich Rechtsprechung und Lehre einig. Die Beteiligten einer einfachen Gesellschaft können folglich die Art. 646 ff. ZGB in der Weise zur Anwendung bringen, als sie anstelle von Gesamteigentum Miteigentum an einzelnen oder sämtlichen Vermögenswerten der Gesellschaft vereinbaren.

Die betreffenden Miteigentumsanteile werden diesfalls von den Gesellschaftern *quoad usum* in die Gesellschaft eingebracht.⁷⁷⁰ Die Zugehörigkeit der Miteigentumsanteile verändert sich dadurch nicht.⁷⁷¹ Lediglich die an den Miteigentumsanteilen bestehenden Gebrauchsrechte bilden Gegenstand des Gesellschaftsvermögens.⁷⁷²

769 STAEHELIN, BSK OR II, N 4 zu Art. 548/549 OR. Vgl. dazu vorne Kapitel 2.VII.2.1.

770 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.4.

771 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 59 zu Art. 531 OR.

772 Vgl. SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 531 OR und N 8 zu Art. 544 OR.

2. Teil: Koordination der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR

Im *ersten Teil* dieser Abhandlung wurde bei der Darstellung der Institute Miteigentum und einfache Gesellschaft darauf fokussiert, wie die Art. 530 ff. OR im Miteigentumsrecht und wie die Art. 646 ff. ZGB im Recht der einfachen Gesellschaft angewendet werden können. Auf den vorgängig erarbeiteten Grundlagen kann nun im zweiten Teil der Arbeit aufgebaut werden.

Der *zweite Teil* beginnt mit allgemeinen Ausführungen zum Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR (Kapitel 4). Anschliessend bietet die Analyse zweier Fallkonstellationen die Möglichkeit, die Feinabstimmung der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR einer etwas genaueren Betrachtung zu unterziehen (Kapitel 5 und 6).

Kapitel 4: Allgemeines

In diesem Kapitel wird auf die wichtigsten Grundsätze in Bezug auf das Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR eingegangen.

Die Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR wird – nach der wohl überwiegenen Lehre – durch die *zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Miteigentum* bestimmt.⁷⁷³ Im zweiten Kapitel wurde im Kontext der Miteigentümerordnung und ihrer Ausgestaltungsmöglichkeiten beschrieben, dass die zwingenden Bestimmungen der Art. 646 ff. ZGB die den Miteigentümern zukommenden substanziellen Mindestrechte sicherstellen.⁷⁷⁴ Widersprechen nun zwingende Vorschriften zur einfachen Gesellschaft diesen

773 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 368 f. zu Art. 530 OR; HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR; BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 26 zu Art. 647 ZGB; THOUVENIN, Rz. 522; a.M. FAVROD-COUNE/VERNAZ, S. 8 f. Sie kommen zum Schluss, dass das Sachenrecht die Regeln zur einfachen Gesellschaft nicht verdrängen kann: « (...) lorsque la réglementation de la copropriété est incompatible avec les limitations des dispositions du contrat de société simple, la synchronisation du régime de la copropriété avec les règles de la convention n'est pas possible (...) et les normes de droits réels qui sont contraires aux mécanismes de la société simple ne s'appliqueront pas. ».

774 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

grundlegenden Rechten, wäre durch die Anwendung dieser Vorschriften der *Sinngehalt des Instituts Miteigentum* bedroht.⁷⁷⁵ Eine unzulässige *zweckwidrige Verwendung* (i.S. eines Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 ZGB) des Rechtsinstituts Miteigentum wäre wohl die Folge davon. Kollidieren zwingende sachenrechtliche Normen zum Miteigentum mit zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen zur einfachen Gesellschaft, gelten daher die sachenrechtlichen.

Der Grossteil der zwingenden Vorschriften der beiden Rechtsinstitute funktioniert aufgrund seiner unterschiedlichen Regelungsinhalte – soweit ersichtlich – weitestgehend reibungslos nebeneinander.⁷⁷⁶ Einzig bezüglich der Aufhebung des Miteigentums nach Art. 650 ZGB und der Auflösung der einfachen Gesellschaft nach Art. 545 OR widersprechen sich die *zwingenden Normen*.⁷⁷⁷ Im Einzelnen:

Nach Art. 650 Abs. 1 ZGB hat jeder Miteigentümer das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, vorausgesetzt, dass die Aufhebung nicht durch ein Rechtsgeschäft, durch Aufteilung zu Stockwerkeigentum oder durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ausgeschlossen ist.⁷⁷⁸ Laut Art. 650 Abs. 2 ZGB kann die Aufhebung auf höchstens 50 Jahre ausgeschlossen und darf niemals zu Unzeit verlangt werden (die Art der Teilung und die Aufhebungsklage sind in Art. 651 ZGB geregelt).⁷⁷⁹ Demgegenüber sind in Art. 545 OR Auflösungsgründe statuiert, die (grundsätzlich) zwingend zur Auflösung der Gesellschaft führen (da die Aufzählung in Art. 545 OR nicht abschliessend ist, können diese zusätzlich durch vertragliche Auflösungsgründe ergänzt werden).⁷⁸⁰ Tritt nun etwa ein gesetzlicher oder vertraglich vereinbarter Auflösungsgrund ein, führt dies zwar zwingend zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, nicht jedoch zur Aufhebung des Miteigentums.⁷⁸¹

Das in den Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR enthaltene dispositive Recht kommt lediglich subsidiär und somit nur dann zur Anwendung, wenn die

775 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne Kapitel 2.V.4.4.4 (Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung).

776 Vgl. zu den zwingenden sachenrechtlichen Bestimmungen vorne Kapitel 2.V.3.3.2. und zu den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vorne Kapitel 3.VI.1.

777 Vgl. dazu auch FELLMANN/MÜLLER, BK, N 369 zu Art. 530 OR.

778 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.VII.2.

779 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.VII.2.

780 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.XI.

781 Unterstellen die Gesellschafter ihre Vermögensverhältnisse den Art. 646 ff. ZGB, stehen (anders als beim Gesamteigentum nach Art. 652 ff. ZGB) Gesellschafterstellung und das Eigentum an einem Miteigentumsanteil nicht in einem unauflöslchen Zusammenhang (vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.6.).

Betroffenen nichts anderes vereinbart haben.⁷⁸² Zum Widerspruch zwischen dispositiven Normen zum Miteigentum und dispositiven Normen zur einfachen Gesellschaft kommt es in den in dieser Arbeit behandelten Fallkonstellationen deshalb nicht, weil die Miteigentümer die Art. 530 ff. OR ausdrücklich zur Anwendung bringen *wollen* (Parteiwille) und diese dadurch den dispositiven Normen der Art. 646 ff. ZGB vorgehen.⁷⁸³

Kapitel 5: Analyse anhand der ersten Fallkonstellation

In diesem und im anschliessenden Kapitel wird jeweils anhand einer Fallkonstellation die in dieser Arbeit zu untersuchende Koordinationsfrage⁷⁸⁴ besprochen. Zunächst wird die bereits in der Einleitung erwähnte erste Fallkonstellation nochmals beschrieben, gefolgt von einer Kurzzusammenfassung der für die folgenden Kapitel relevanten Erkenntnisse aus dem ersten Teil (insbesondere Kapitel 2) der Arbeit (Ziff. I.). Darauf folgt die Besprechung eines auf der ersten Fallkonstellation basierenden Anwendungsbeispiels (Ziff. II.). Aus den so gewonnenen Erkenntnissen wird anschliessend versucht einen Praxisbezug herzustellen (Ziff. III.).

I. Allgemeines

Wie im Grundlagenkapitel zum Miteigentum an Grundstücken gesagt, entsteht spätestens im Zeitpunkt der Miteigentumsbegründung die Miteigentümergeinschaft als ein alle Beteiligten umfassendes gesetzliches Gemeinschaftsverhältnis.⁷⁸⁵ Welche Rechtsstellung den einzelnen Miteigentümern innerhalb der Gemeinschaft zukommt, wird durch die Miteigentümerordnung bestimmt.⁷⁸⁶ Die Miteigentümerordnung organisiert die Personengemeinschaft der Miteigentümer.⁷⁸⁷

Vereinbaren die Miteigentümer nichts anderes, so gilt die gesetzliche Miteigentümerordnung nach Art. 647 ff. ZGB.⁷⁸⁸ Möchten sie von der gesetzlichen

782 Gl.M., allerdings ohne Begründung, HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR m.w.V.

783 Vgl. dazu auch die Begründung hinten in Kapitel 6.I.

784 Vgl. dazu vorne Einleitung III.

785 Vgl. dazu vorne Fn. 215 und 360.

786 Vgl. dazu vorne Fn. 361.

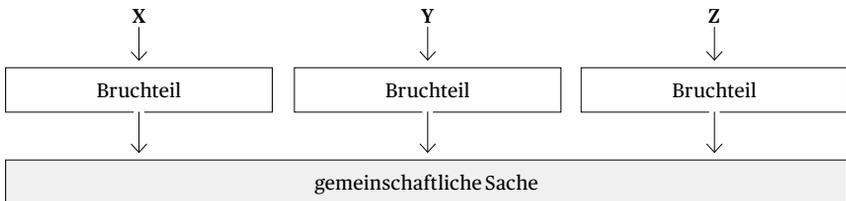
787 Vgl. dazu vorne Fn. 362.

788 Vgl. dazu vorne Fn. 364.

Miteigentümerordnung abweichen, so können sie eine vereinbarte Miteigentümerordnung beschliessen (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB).⁷⁸⁹

Bei der in diesem Kapitel zu untersuchenden ersten Fallkonstellation beschliessen die beteiligten Miteigentümer, dass die Art. 530 ff. OR ihre Miteigentümergeinschaft regeln sollen. Die Beteiligten sind dabei lediglich durch ein sachenrechtliches Verhältnis miteinander verbunden. Zwischen den Beteiligten besteht kein Gesellschaftsverhältnis nach Art. 530 ff. OR. Mit der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft, bei welcher die Beteiligten neben dem Miteigentumsverhältnis auch durch ein obligatorisch wirkendes Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden sind, befasst sich die zweite Fallkonstellation im nachfolgenden Kapitel.

*Hier nochmals die schematische Darstellung zur Entstehung von Miteigentum.*⁷⁹⁰



Zwischen X, Y und Z ist **keine** persönliche Verbindung erforderlich. Erst durch die Begründung von Miteigentum entsteht ein X, Y und Z verbindendes, **sachenrechtliches Verhältnis** (Miteigentum).

In der ersten Fallkonstellation wird davon ausgegangen, dass die Miteigentümer im Rahmen der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung beschliessen, dass die Art. 530 ff. OR und somit die Organisationsform der einfachen Gesellschaft ihre Miteigentümergeinschaft regeln sollen.⁷⁹¹

Diese Vorgehensweise bringt den Vorteil mit sich, dass die Miteigentümer eine – neben der gesetzlichen Miteigentümerordnung nach Art. 647 ff. ZGB – weitere funktionierende gesetzliche Organisationsform wählen können.⁷⁹² Im Unterschied zur gesetzlichen Miteigentümerordnung wird bei der Organisationsform der einfachen Gesellschaft die Gemeinschaft und somit der kollektivistische Gedanken (und nicht die einzelnen Miteigentümer) in den Vordergrund gestellt.⁷⁹³

⁷⁸⁹ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.1.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu vorne Kapitel 1.IV.3.

⁷⁹¹ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.

⁷⁹² Vgl. dazu auch SIEGWART, ZK, N 51 zu Art. 530–551 OR.

⁷⁹³ Vgl. dazu auch hinten Kapitel 5.III.

Beschliessen die Miteigentümer, dass die Art. 530 ff. OR ihre vereinbarte Miteigentümerordnung darstellen sollen, können nicht alle Bestimmungen zur Organisationsform der einfachen Gesellschaft bei der Organisation der Miteigentümergeinschaft zur Anwendung gebracht werden. Der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung setzt das zwingende Recht gewisse Grenzen:⁷⁹⁴ Zum einen müssen die zwingenden sachenrechtlichen Normen (vgl. Art. 647, 647d, 647e, 649a, 649b, 650 ZGB) beachtet werden.⁷⁹⁵ Das zwingende Miteigentumsrecht bezweckt den Schutz der einzelnen Miteigentümer vor einem Verzicht auf aus dem Institut des Miteigentums fließende, grundlegende Befugnisse und kann nicht verdrängt werden.⁷⁹⁶ Zum anderen schränken auch allgemeine Rechtsgrundsätze (v.a. Art. 2 [zweckwidrige Verwendung eines Rechts⁷⁹⁷] und Art. 27 ZGB sowie Art. 19/20 OR) die Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung zusätzlich ein.⁷⁹⁸

Durch den Beschluss der Miteigentümer, dass die Art. 530 ff. OR ihre vereinbarte Miteigentümerordnung darstellen sollen, *ergänzen* die Art. 530 ff. OR soweit rechtlich zulässig die gesetzliche Miteigentümerordnung. Weiter *ersetzen* sie die dispositiven Normen der gesetzlichen Miteigentümerordnung, wenn es zu Überschneidungen von Regelungsinhalten mit dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) kommt. Kollidieren zwingende Vorschriften der beiden Organisationsformen, gelten die zwingenden sachenrechtlichen Normen.⁷⁹⁹ Würden hingegen die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen zur einfachen Gesellschaft⁸⁰⁰ zur Anwendung kommen, wäre dadurch wohl der Sinngehalt des Instituts Miteigentum bedroht, was eine unzulässige zweckwidrige Verwendung (i.S. eines Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 ZGB) zur Folge hätte.⁸⁰¹ Ziehen Miteigentümer bei der Ausgestaltung ihrer vereinbarten Miteigentümerordnung die Anwendbarkeit der Art. 530 ff. OR in Betracht, müssen sie sich folglich darüber bewusst sein, dass die zwingenden sachenrechtlichen Normen zum Miteigentum den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen zur einfachen Gesellschaft vorgehen.⁸⁰²

794 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2 und 2.V.4.4.4 sowie Kapitel 4.

795 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

796 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

797 Vgl. dazu vorne Fn. 408 f.

798 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.4.

799 Vgl. dazu vorne Kapitel 4.

800 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VI.1.

801 Vgl. dazu vorne Kapitel 4.

802 Vgl. dazu vorne Kapitel 4; vgl. dazu auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR. A.M. FAVROD-COUNE/VERNAZ, S. 8 f., vgl. dazu Fn. 773.

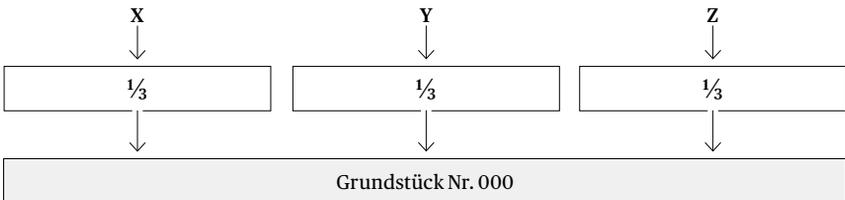
II. Anwendungsbeispiel

Als Nächstes wird die soeben beschriebene Fallkonstellation, bei der die Art. 530 ff. OR im Miteigentumsrecht angewendet werden sollen, anhand eines Beispiels dargestellt.

1. Ausgangslage

Die Ausgangslage bildet ein im Grundbuch eingetragenes Miteigentumsverhältnis: *X, Y und Z sind zu gleichen Teilen (je $\frac{1}{3}$) Miteigentümer des Grundstücks Nr. 000 und als solche im Grundbuch eingetragen.*

Schematische Darstellung:



Bestimmen die Miteigentümer die Art. 530 ff. OR als ihre vereinbarte Miteigentümerordnung, können sie mittels einer Anmerkung im Grundbuch darauf hinweisen (Abs. 2 von Art. 649a ZGB⁸⁰³).

Darstellung im Grundbuch:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$
Anmerkungen Nutzungs- und Verwaltungsordnung

803 Vgl. zu Art. 649a ZGB vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b.

2. Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung

Die Miteigentümer sind einzig durch ein Miteigentumsverhältnis miteinander verbunden und bestimmen die Art. 530 ff. OR als ihre *vereinbarte Miteigentümerordnung*. Eine diesbezügliche Vereinbarung der Miteigentümer kann grundsätzlich formfrei vorgenommen werden, wobei sämtliche Miteigentümer zustimmen müssen. Aus Gründen der Beweisbarkeit empfiehlt sich aber die Schriftform.⁸⁰⁴ Schriftform und die Unterschriften von sämtlichen Miteigentümern sind immer dann erforderlich, wenn die Beteiligten ihre Ordnung im Grundbuch anmerken lassen wollen (Art. 649a Abs. 2 ZGB; Art. 80 Abs. 1 und 2 GBV).⁸⁰⁵

Eine entsprechende Formulierung in der vereinbarten Miteigentümerordnung könnte wie folgt lauten:

Im Rahmen der Ausgestaltungsmöglichkeiten (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB) der Miteigentümerordnung – und unter Vorbehalt des zwingenden Rechts – vereinbaren die Miteigentümer X, Y und Z des Grundstücks Nr. 000 das Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) als ihre vereinbarte Miteigentümerordnung. Zwingende sachenrechtliche Normen zum Miteigentum gehen den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Normen vor. Ansonsten gilt für die Organisation der Miteigentümergeinschaft das Recht der einfachen Gesellschaft.

III. Hinweise für die Praxis

1. Übersicht

Bei der in diesem Kapitel zu behandelnden ersten Fallkonstellation ersetzen bzw. ergänzen, wie gezeigt und soweit zulässig, die Art. 530 ff. OR die Art. 646 ff. ZGB als vereinbarte Miteigentümerordnung.⁸⁰⁶ Diese Vorgehensweise bringt den bereits erwähnten Vorteil mit sich, dass die Miteigentümer – als Alternative zur gesetzlichen Miteigentümerordnung – eine weitere funktionierende gesetzliche Organisationsform übernehmen können.⁸⁰⁷ Anders als die gesetzliche Miteigentümerordnung stellt die Organisationsform der einfachen Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR die Gemeinschaft und somit den kollektivistischen Gedanken (und nicht die einzelnen Miteigentümer) in den Vordergrund.

804 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.2.

805 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.2.

806 Ähnlich SIEGWART, ZK, N 51 zu Art. 530–551 OR; vgl. auch VONZUN, Rz. 368.

807 Vgl. dazu auch SIEGWART, ZK, N 51 zu Art. 530–551 OR.

Organisieren die Art. 530 ff. OR die Miteigentümergeinschaft als vereinbarte Miteigentümerordnung, hat dies, wie aufgezeigt, zur Folge, dass zum einen die gesetzliche Miteigentümerordnung durch die Organisationsform der einfachen Gesellschaft – soweit rechtlich zulässig – ergänzt wird. Zum anderen verdrängen die Art. 530 ff. OR die dispositiven Normen der gesetzlichen Miteigentümerordnung dort, wo es zu Überschneidungen von Regelungsinhalten kommt. Kollidieren zwingende Vorschriften der beiden Organisationsformen, gelten die zwingenden sachenrechtlichen Normen.⁸⁰⁸

Gelten die Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung, führt dies beispielsweise dazu, dass die Miteigentümer einen im Rahmen der Veräusserung des Grundstücks erzielten Mehr- oder Minderwert nach Köpfen (Art. 532 OR) und somit zu gleichen Teilen zu tragen hätten bzw. davon profitieren würden, und zwar unabhängig von den im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteilen.⁸⁰⁹ Der dispositiv wirkende Regelinhalt des Art. 649 Abs. 1 ZGB («Die Verwaltungskosten, Steuern und anderen Lasten⁸¹⁰, die aus dem Miteigentum erwachsen oder auf der gemeinschaftlichen Sache ruhen, werden von den Miteigentümern, wo es nicht anders bestimmt ist, im Verhältnis ihrer Anteile getragen.») wird somit durch Art. 532 OR («Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen.») verdrängt. Ferner gilt für die Beschlussfassung der Miteigentümer⁸¹¹ (grundsätzlich⁸¹²) Art. 534 Abs. 1 OR («Gesellschaftsbeschlüsse werden mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst.») und somit der Grundsatz⁸¹³ der Einstimmigkeit.⁸¹⁴

808 Vgl. dazu vorne Kapitel 4.

809 Vgl. zur Gewinn- und Verlustverteilung im Miteigentumsrecht vorne Kapitel 2.IV.3. und zur Gewinn- und Verlustbeteiligung im Recht der einfachen Gesellschaft vorne Kapitel 3.IX.8.

810 Aus dem im Miteigentum geltenden Anteilsprinzip ergibt sich die Vermutung, dass neben den Pflichten auch die Rechte (etwa ein aus dem Verkauf des Stammgrundstücks resultierender Gewinn) am Miteigentum den Beteiligten im Verhältnis ihrer Anteile zustehen (vgl. dazu vorne Kapitel 2.IV.3.).

811 Vgl. zur Beschlussfassung der Miteigentümer vorne Kapitel 2.II.2.

812 Vgl. zu den in den Art. 647, 647d und 647e ZGB festgelegten Zustimmungserfordernissen der Miteigentümer vorne Kapitel 2.V.3.3.2.a und b (zwingende Normen) sowie zur Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR, welche durch die zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Miteigentum bestimmt wird, vorne Kapitel 4.

813 Weder aufheben noch beschränken lässt sich Art. 647 Abs. 2 ZGB. Vgl. zu den weiteren zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zum Miteigentumsrecht Kapitel 2.V.3.3.2.

814 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR; VONZUN, Rz. 368.

2. Unterschiedliche Rechtswirkungen der Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung

Wie im ersten Teil dieser Arbeit im Kapitel zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung gezeigt⁸¹⁵, kommen den einzelnen Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung je nach Regelungsinhalt unterschiedliche Rechtswirkungen zu (verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB⁸¹⁶ sowie aufgrund einer Vormerkung⁸¹⁷ oder lediglich obligatorische Wirkung⁸¹⁸).

Legen die Miteigentümer das Recht der einfachen Gesellschaft als ihre vereinbarte Miteigentümerordnung fest, ist es daher ratsam – neben der Auflistung der zwingenden Gesetzesvorschriften zum Miteigentumsrecht⁸¹⁹ – zu prüfen, welche der Bestimmungen der Art. 530 ff. OR die Nutzung und Verwaltung betreffen. Diesen Bestimmungen verleiht Art. 649a Abs. 1 ZGB, wie ebenfalls bereits beschrieben, verstärkte Rechtswirkung, während die weiteren Bestimmungen grundsätzlich⁸²⁰ obligatorisch wirken. Bei der Ausgestaltung der vereinbarten Miteigentümerordnung ist es daher sinnvoll, die unterschiedlichen Wirkungen, welche den einzelnen Bestimmungen der Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung zukommen, klar zum Ausdruck zu bringen. Eine wie im ersten Teil dieser Arbeit im Kapitel zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten der Miteigentümerordnung vorgenommene Unterteilung in *Bestimmungen zur Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks* und in *weitere Bestimmungen* erscheint daher als zweckdienlich.⁸²¹ Andernfalls können bei der Beschlussfassung der Miteigentümer oder bei Anpassung/Ergänzung der vereinbarten Miteigentümerordnung die den einzelnen Bestimmungen der Art. 530 ff. OR zukommenden Rechtswirkungen zu unklaren Verhältnissen zwischen den Miteigentümern führen.

Denkbar ist etwa folgender Fall: Für die künftigen Beschlussfassungen der Miteigentümergeinschaft gelten nicht mehr die im Miteigentumsrecht vorgesehenen Quoren,⁸²² sondern gilt (grundsätzlich⁸²³) Art. 534 Abs. 1 OR,

815 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.

816 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.5.b.

817 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.6.b.

818 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.4.6.c.

819 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.3.3.2.

820 Einzelne weitere Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung können auch vorgemerkt werden (vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.6.b).

821 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V.4.7.

822 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.II.2.2.2.

823 Vgl. dazu Fn. 812.

der besagt, dass Gesellschaftsbeschlüsse mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden (Grundsatz der Einstimmigkeit).⁸²⁴ Müssten die Miteigentümer in einer späteren Versammlung beispielsweise über eine luxuriöse bauliche Massnahme (Art. 647e ZGB) abstimmen, würden auch die in Abs. 2 von Art. 647e ZGB als Ausnahme zum im Abs. 1 von Art. 647e ZGB vorgesehenen Prinzip der Einstimmigkeit nicht mehr zum Tragen kommen.⁸²⁵ Folglich könnte nach der hier vertretenen Auffassung ein Miteigentümer eine geplante luxuriöse bauliche Massnahme verhindern, selbst wenn er durch die Massnahme nicht in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht dauernd beeinträchtigt wäre, sich nicht an den Kosten beteiligten müsste und sogar Schadenersatz erhalten würde, der beeinträchtigten Miteigentümern zustünde.

Weiter ist zu beachten, dass Art. 647e ZGB in direktem Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstücks steht, was also bedeutet, dass das vereinbarte Einstimmigkeitsprinzip wohl auch für allfällige Rechtsnachfolger Gültigkeit hätte (verstärkte Rechtswirkung nach Art. 649a Abs. 1 ZGB). Hier wird der kollektivistische Gedanke der Organisationsform der einfachen Gesellschaft erkennbar: Es kommt zu einer Stärkung des Minderheitenschutzes.

Eine detaillierte Überprüfung daraufhin, ob den einzelnen Normen zum Recht der einfachen Gesellschaft ein unmittelbaren Zusammenhang mit der Nutzung und Verwaltung des Stammgrundstückes zukommt, wäre für die Ausgestaltung der vereinbarten Miteigentümerordnung zweifelsfrei hilfreich, bildet aber nicht Gegenstand dieses Dissertationsprojektes.

Kapitel 6: Analyse anhand der zweiten Fallkonstellation

In diesem Kapitel wird mittels einer weiteren Fallkonstellation⁸²⁶ die für diese Untersuchung wichtige Koordinationsfrage analysiert. Kapitel 6 folgt dem gleichen Aufbau wie Kapitel 5. Auch in diesem Kapitel wird zu Beginn die zu besprechende Fallkonstellation nochmals erläutert und werden anschliessend in gekürzter Form die für die Analyse wesentlichen Grundlagen des ersten Teils der Arbeit (insbesondere Kapitel 3) dargestellt (Ziff. I.). In der Folge

824 Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR; VONZUN, Rz. 368. Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VII.

825 Vgl. zu den dispositiven sachenrechtlichen Normen vorne Kapitel 2.V.3.3.3.

826 Vgl. dazu vorne Einleitung III.

wird ein auf den Grundlagen der zweiten Fallkonstellation konzipiertes Anwendungsbeispiel besprochen (Ziff. II.), und es wird wiederum versucht, einen Bezug zur Praxis zu schaffen (Ziff. III.).

I. Allgemeines

Bei der in diesem Kapitel zu untersuchenden zweiten Fallkonstellation⁸²⁷ sind die Beteiligten Miteigentümer eines Grundstücks (sachenrechtliches Verhältnis) und Mitglieder einer einfachen Gesellschaft (gesellschaftsrechtliches Verhältnis). Das Grundstück soll in die einfache Gesellschaft eingebracht werden, ohne dass es zu einem Wechsel der gemeinschaftlichen Eigentumsart kommt.⁸²⁸

Die Grundlage für die Analyse, wie die Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR anhand dieser zweiten Konstellation koordiniert werden können, bildet der Wortlaut von Art. 544 Abs. 1 OR: «Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags.» Ungeachtet dessen, ob es sich beim Wort *gemeinschaftlich* um ein Versehen des Gesetzgebers gehandelt hat (der eigentlich *zu gesamter Hand* meinte⁸²⁹), sind sich Rechtsprechung und Lehre darüber einig, dass die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft auch eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB am Gesellschaftsvermögen vereinbaren können.⁸³⁰ Einigkeit besteht weiter auch darüber, dass eine anteilmässige Berechtigung den Ausnahmefall darstellt. Ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Übereinkunft wird daher vom Regelfall der gesamthänderischen Berechtigung ausgegangen.⁸³¹

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags müssen die Gesellschafter einzig die wenigen zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft (vgl. Art. 531, Art. 539, Art. 541, Art. 545 OR⁸³²) sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze⁸³³ beachten. Ihr Ausgestaltungsspielraum ist dementsprechend gross und bietet auch die Möglichkeit, eine anteilmässige

827 Vgl. dazu vorne Einleitung III.

828 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.4.4.4. Vgl. dazu auch SCHMID JÖRG, S. 579 ff.

829 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3.

830 Vgl. dazu und zum Folgenden vorne Kapitel 3.IX.4.

831 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3 sowie 3.IX.4.4.1.

832 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VI.1.

833 Die Ausführungen zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten der vereinbarten Miteigentümerordnung können hier singemäss übernommen werden (vorne Kapitel 2.V.4.4.4).

Berechtigung nach Art. 646 ZGB zu vereinbaren. Wollen die Gesellschafter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, müssen sie die anteilmässige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck bringen.⁸³⁴

Eine diesbezügliche Vereinbarung der Gesellschafter hat (nach der wohl überwiegenden Lehre⁸³⁵) zur Folge, dass neben dem Gesellschafts- auch (mindestens) ein Miteigentumsverhältnis besteht. Wie dargelegt, erscheint eine anteilmässige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen nur möglich, indem jeder einzelne Vermögenswert in die Mitberechtigung sämtlicher Gesellschafter fällt.⁸³⁶ Vereinbaren die Gesellschafter an sämtlichen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögenswerten eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB, so ist jeder Gesellschafter auch Miteigentümer an jedem zum Gesellschaftsvermögen zählenden Vermögenswert.⁸³⁷ Die Art. 652 ff. ZGB verleihen dem Gesellschaftsverhältnis keine gesamthänderische Wirkung.⁸³⁸ Dinglich berechtigt an den Vermögenswerten des Gesellschaftsvermögens sind die einzelnen Miteigentümer. Das Gesellschaftsverhältnis wirkt daher nur obligatorisch.⁸³⁹

Halten die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft die anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB im Gesellschaftsvertrag nur rudimentär fest (*«Bezüglich der gemeinschaftlichen Eigentumsordnung beschliessen die Mitglieder eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB»*), gestaltet sich die Situation bezüglich der Koordination der Art. 530 ff. OR und der Art. 646 ff. ZGB folgendermassen:⁸⁴⁰ Hinsichtlich der im Miteigentum gehaltenen Sache geht das zwingende Miteigentumsrecht dem Recht der einfachen Gesellschaft vor.⁸⁴¹ Demgegenüber gehen die dispositiv wirkenden Gesetzesvorschriften zum Miteigentum den Art. 530 ff. OR – in Form einer vereinbarten Miteigentümerordnung – nach.⁸⁴² Dadurch, dass sich die Beteiligten vertraglich (Parteiwille) zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen, kann nach

834 Vgl. dazu vorne Fn. 657 sowie vorne Kapitel 3.IX.4.4.2.

835 Vgl. dazu vorne Fn. 669.

836 Vgl. dazu vorne Fn. 662.

837 Vgl. dazu vorne Fn. 663.

838 Vgl. dazu vorne Fn. 667.

839 Vgl. dazu vorne Fn. 668.

840 Vgl. dazu auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR m.w.V.; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 368 ff. zu Art. 530 OR.

841 Vgl. dazu vorne Kapitel 4.

842 Vgl. dazu vorne Kapitel 4; vgl. dazu auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR m.w.V. sowie SCHMID JÖRG, S. 580.

der in dieser Arbeit vertretenen Meinung davon ausgegangen werden, dass die Art. 530 ff. OR die gesetzliche Miteigentümerordnung abändern, aufheben und ergänzen.

In diesem Bereich stimmen die Ergebnisse der beiden untersuchten Fallkonstellationen überein: Unabhängig davon, ob die Miteigentümer beschliessen, dass die Art. 530 ff. OR ihre Miteigentümergeinschaft organisieren sollen (erste Konstellation), oder ob die Gesellschafter eine anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft vereinbaren (zweite Konstellation), können die Art. 530 ff. OR bezüglich der im Miteigentum gehaltenen Sache einzig als vereinbarte Miteigentümerordnung zur Anwendung gelangen.

II. Anwendungsbeispiel

Bevor nun die zweite Fallkonstellation anhand eines Anwendungsbeispiels dargestellt wird, ist es notwendig, diese Konstellation zu präzisieren und deren Anwendungsbereich weiter einzuschränken, um weiterhin (nur) die Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR untersuchen zu können.

In der Folge wird wie bis anhin davon ausgegangen, dass bei der zweiten Fallkonstellation die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft gesellschaftsvertraglich eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB vereinbart haben. Eine notwendigerweise vorzunehmende Präzisierung betrifft das Gesellschaftsvermögen: Nachfolgend wird angenommen, dass der einzige zum Gesellschaftsvermögen zählende Vermögenswert ein Grundstück ist. Zudem wird festgelegt, dass sämtliche Mitglieder der einfachen Gesellschaft auch Miteigentümer des Grundstückes sind.

1. Ausgangslage

Als Nächstes wird die zweite Fallkonstellation zur besseren Verständlichkeit mittels eines Anwendungsbeispiels dargestellt.

X, Y und Z gründen eine einfache Gesellschaft, welche das gemeinsame Halten und Verwalten (i.w.S.⁸⁴³) des Grundstücks Nr. 000 bezweckt. Im Grundbuch sind X, Y und Z als Miteigentümer zu gleichen Teilen eingetragen. Das zwischen X, Y und Z bestehende Gesellschaftsverhältnis (nach Art. 530 ff. OR) ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich.

843 Vgl. bezüglich Halten und Verwalten einer Sache als hinreichender Gesellschaftszweck vorne Kapitel 1.IV.5.5.2.

Darstellung im Grundbuch:

	Grundstück Nr. 000
	Grundstückbeschreibung
Gesellschaftsverhältnis (Grundverhältnis)	Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$

2. Anteilsmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft

Damit es zu einer anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft im Sinne der soeben beschriebenen zweiten Konstellation kommen kann, sind nach der hier vertretenen Ansicht mehrere Schritte notwendig.

Zunächst braucht es eine ausdrückliche Erklärung der Beteiligten im Gesellschaftsvertrag⁸⁴⁴, dass sie am Gesellschaftsvermögen und somit am Grundstück Nr. 000 anteilmässig (nach Art. 646 ff. ZGB) berechtigt sein bzw. bleiben wollen. Eine diesbezügliche Formulierung im Gesellschaftsvertrag könnte wie folgt lauten:

Gesellschaftsvertrag zwischen X, Y und Z

X, Y und Z gründen eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR.

Zweck: *Der Zweck der einfachen Gesellschaft bildet das gemeinsame Bewohnen, Benützen, Unterhalten und Erneuern des Grundstücks Nr. 000.*

Eigentumsordnung: *Bezüglich der gemeinschaftlichen Eigentumsordnung beschliessen die Mitglieder eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB. Insbesondere soll das am Grundstück Nr. 000 bestehende Miteigentumsverhältnis weiterhin Bestand haben.*

Um der Gesellschaft am Grundstück Nr. 000 nur (aber immerhin) ein Gebrauchsrecht einräumen zu können, bringen die Beteiligten in einem nächsten Schritt ihre Miteigentumsanteile (je $\frac{1}{3}$) *quoad usum* in die Gesellschaft ein. Eine entsprechende Formulierung im Gesellschaftsvertrag könnte wie folgt lauten:

Beitragsleistungen: *X, Y und Z bringen ihre Miteigentumsanteile (je $\frac{1}{3}$ am Grundstück Nr. 000) zum Gebrauch in die Gesellschaft ein.*

844 Vgl. zum Gesellschaftsvertrag vorne Kapitel 3.V.

Der einfachen Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern steht in der Folge lediglich ein Gebrauchsrecht und somit eine Forderung gegenüber den einzelnen Beteiligten in ihrer Stellung als Miteigentümer zu, dass diese ihre Miteigentumsanteile am Grundstück Nr. 000 nur für die Zwecke der einfachen Gesellschaft (vgl. oben) verwenden dürfen.

Schliesslich stellt sich die Frage, wie die Beteiligten der einfachen Gesellschaft ihre Gebrauchsrechte an den *quoad usum* eingebrachten Miteigentumsanteilen ausüben können. Im Schrifttum dazu erwähnte Umsetzungsmöglichkeiten wurden bereits beschrieben.⁸⁴⁵

Die Autoren FELLMANN/MÜLLER erwähnen in diesem Zusammenhang zwei mögliche Vorgehensweisen: Entweder wird zwischen den Einbringern der Miteigentumsanteile (*quoad usum*) und der einfachen Gesellschaft (bzw. den Gesellschaftern) ein der Miete oder Pacht ähnliches Rechtsverhältnis begründet oder die Einbringer der Miteigentumsanteile räumen den Gesellschaftern eine Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB ein.⁸⁴⁶ Gesellschaftsvertraglich könnte dies wie folgt formuliert werden:

Ausübung der Gebrauchsrechte (nach FELLMANN/MÜLLER):

- *Begründung eines der Miete oder Pacht ähnlichen Rechtsverhältnisses:*
In Bezug darauf, wie die einfache Gesellschaft die Gebrauchsrechte an den Miteigentumsanteilen am Grundstück Nr. 000 ausüben können, kommen die Art. 253 ff. OR bzw. die Art. 275 ff. OR sinngemäss zur Anwendung.
- *Einräumung von Nutzniessungsrechten:*
X, Y und Z räumen sich gegenseitig an ihren Miteigentumsanteilen an Grundstück Nr. 000 Nutzniessungsrechte nach Art. 745 ff. ZGB ein. Die öffentlich beurkundeten Dienstbarkeitsverträge für die Begründung der Nutzniessungsrechte sowie die entsprechenden Grundbuchanmeldungen bilden integrierende Bestandteile dieses Gesellschaftsvertrags.⁸⁴⁷

845 Vgl. dazu auch vorne Kapitel 3.IX.4.4.5.

846 Vgl. dazu vorne Fn. 691.

847 Für die Eintragung eines beschränkten dinglichen Rechts kann auf die Ausführungen vorne in Kapitel 1.III.4. verwiesen werden. Der öffentlich beurkundete Dienstbarkeitsvertrag stellt das Verpflichtungs- und die Grundbuchanmeldung das Verfügungsgeschäft dar.

Darstellung der Nutzniessungsrechte im Grundbuch:

Grundstück Nr. 000
Grundstückbeschreibung
Eigentum Miteigentum X zu $\frac{1}{3}$ Y zu $\frac{1}{3}$ Z zu $\frac{1}{3}$
Dienstbarkeiten und Grundlasten a: Zum Miteigentumsanteil von X: Last: Nutzniessung zG von Y und Z b: Zum Miteigentumsanteil von Y: Last: Nutzniessung zG von X und Z c: Zum Miteigentumsanteil von Z: Last: Nutzniessung zG von X und Y

Demgegenüber schlagen die Autoren HANDSCHIN/VONZUN vor, mittels (Auf-)Spaltung der Miteigentumsberechtigung oder Bildung einer Untergemeinschaft am Miteigentumsanteil der einfachen Gesellschaft (bzw. den Gesellschaftern) obligatorisch wirkende Mitwirkungsrechte an den *quoad usum* eingebrachten Miteigentumsanteilen zu verschaffen.⁸⁴⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft die Vorgehensweise «Bildung einer Untergemeinschaft» den Fall, bei welchem nicht sämtliche Gesellschafter auch Miteigentümer sind und nicht alle Gesellschafter, sondern beispielsweise nur ein Gesellschafter einen Miteigentumsanteil an einem Vermögenswert *quoad usum* in die einfache Gesellschaft einbringt. Beim hier zu behandelnden Anwendungsbeispiel wird hingegen davon ausgegangen, dass sämtliche Mitglieder der einfachen Gesellschaft auch Miteigentümer des Grundstücks sind.⁸⁴⁹ Daher wird nachfolgend lediglich zur Vorgehensweise «(Auf-)Spaltung der Miteigentumsberechtigung» ein Formulierungsvorschlag für den Gesellschaftsvertrag gemacht:

Ausübung der Gebrauchsrechte (nach HANDSCHIN/VONZUN): *X, Y und Z verpflichten sich, die ihnen in ihrer Stellung als Miteigentümer am Grundstück Nr. 000 je einzeln zukommenden Rechte und Pflichten gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern auszuüben.*

848 Vgl. dazu vorne Fn. 692 ff. HANDSCHIN/VONZUN stützen sich dabei auf die Ausführungen von REY zur Aufteilung von Miteigentumsanteilen (vgl. dazu vorne Kapitel 2.III.7).

849 Vgl. dazu vorne Kapitel 6.II.

Einer kritischen Würdigung, namentlich auch hinsichtlich ihrer praktischen Folgen, wird die anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft im folgenden Kapitel unterzogen.

III. Hinweise für die Praxis

Wie dargelegt, ist eine Berechtigung am Gesellschaftsvermögen i.S.v. Art. 646 ff. ZGB zulässig.⁸⁵⁰ Auch bereits behandelt wurden die in der Lehre kontrovers beurteilten Fragen, ob bei einer anteilmässigen Berechtigung überhaupt ein Gesellschaftsvermögen besteht und wie die Miteigentumsanteile in die einfache Gesellschaft eingebracht werden können.⁸⁵¹ Daneben werden in der Lehre noch weitere Argumente vorgebracht, weshalb eine anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft vermieden werden sollte. Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen Überblick über die im Schrifttum vorgebrachten Bedenken liefern. Des Weiteren werden einzelne von der Lehre vorgeschlagene Lösungsansätze analysiert.

1. Übersicht

Bei der zweiten Fallkonstellation vereinbaren die Beteiligten einer einfachen Gesellschaft eine anteilmässige Berechtigung nach Art. 646 ff. ZGB.⁸⁵² Wie gezeigt hat diese Vereinbarung zur Folge, dass sowohl ein (obligatorisches) Gesellschaftsverhältnis als auch ein (dingliches) Miteigentumsverhältnis besteht.

Da bei der zweiten Fallkonstellation anders als bei der ersten Fallkonstellation sowohl ein sachen- als auch ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis besteht, muss insbesondere beachtet werden, dass die jeweiligen Gründe, die zur *Auflösung der Verhältnisse* führen, nicht übereinstimmen.⁸⁵³ In diesem Bereich wäre es daher sinnvoll, auf der Ebene der einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung am Gesellschaftsvermögen die gesellschaftsrechtlichen Auflösungsgründe (Art. 545 OR)⁸⁵⁴ gesellschaftsvertraglich und, soweit möglich, mit den Gründen, die zur Beendigung des Miteigentums⁸⁵⁵ auf der dinglichen Ebene führen, in Einklang zu bringen.

Im Schrifttum wird ganz grundsätzlich von der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft abgeraten.⁸⁵⁶ Neben dem soeben

850 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.3. f.

851 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.IX.4.

852 Vgl. dazu vorne Kapitel 6.II.

853 Vgl. dazu vorne Kapitel 4.

854 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VI.1.1.4. und 3.XI.

855 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.VII.

856 Statt vieler HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR.

dargelegten Problemfeld der unterschiedlichen Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft und des Miteigentums werden in der Lehre noch *weitere Bedenken* geäußert: So wird etwa vertreten, dass insbesondere die Normen zur Geschäftsführung (Art. 535 OR) und zur Organisation der einfachen Gesellschaft unvereinbar seien mit dem Miteigentumsrecht (z.B. widerspreche Art. 647 ZGB dem Einstimmigkeitsprinzip nach Art. 534 Abs. 1 OR⁸⁵⁷).⁸⁵⁸ Des Weiteren ist zu beachten, dass nach Art. 646 Abs. 3 ZGB den einzelnen Gesellschaftern in Bezug auf ihre Miteigentumsanteile die Rechte und Pflichten eines Eigentümers zukommen. Dementsprechend steht es ihnen frei, ihre Anteile zu veräußern, auch wenn der Zweck der einfachen Gesellschaft etwas anderes vorsieht. Somit besteht die Gefahr, dass die *quoad usum* in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteile nach einer allfälligen Veräußerung von Anteilen nicht mehr nach dem Willen der Gesellschafter verwendet werden können.⁸⁵⁹ Ferner können die Privatgläubiger der Gesellschafter die den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Miteigentumsanteile pfänden oder mit Konkursbeschluss belegen lassen (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Aufgrund des individualistischen Zuschnitts der Rechtsausübung bildet die anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft («Bruchteilsgemeinschaft») nach MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE daher «stets eine fragile Grundlage eines Gesellschaftsverhältnisses».⁸⁶⁰ Oder um mit MÜLLER zu sprechen: «Die Ausgestaltung der einfachen Gesellschaft als Bruchteilsgemeinschaft leidet damit an einem inneren Widerspruch zwischen der sachenrechtlichen Verfügungsfreiheit der Bruchteilsberechtigten einerseits und der gesellschaftsvertraglichen Bindung der Gesellschafter an den gemeinsamen Zweck andererseits.»⁸⁶¹

Die den Gesellschaftern in der einfachen Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung in ihrer Stellung als Miteigentümer zukommende individuelle Verfügungsmöglichkeit sollte daher – soweit möglich – beschränkt werden.⁸⁶²

2. Einschränkung der Verfügungsfreiheit nach Art. 646 Abs. 3 ZGB im Besonderen

Den einzelnen Gesellschaftern kommen in Bezug auf ihre Miteigentumsanteile die Rechte und Pflichten nach Art. 646 Abs. 3 ZGB zu. Nachteilig daran

857 Vgl. dazu vorne Kapitel 3.VII.

858 FAVROD-COUNE/VERNAZ, S. 3 ff.

859 Vgl. THOUVENIN, Rz. 521 sowie SCHMID JÖRG, S. 581.

860 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 90.

861 MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 54, welche auf VON STEIGER, SPR VIII/1, S. 382 f. Fn. 59 verweist.

862 Vgl. JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR.

ist, dass nun jeder Gesellschafter als Miteigentümer über seinen Anteil frei verfügen kann, auch wenn die Veräusserung des Miteigentumsanteils dem Zweck der Gesellschaft widerspricht.⁸⁶³ Ein einzelner Gesellschafter kann daher auch gegen den Willen der anderen Gesellschafter und ohne deren Zustimmung seinen Miteigentumsanteil veräussern.⁸⁶⁴ In diesem Fall wird der Gesellschafter nach Art. 536 OR i.V.m. Art. 538 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig. Häufig wird die Schadenersatzpflicht, die den Gesellschafter als Folge der Verletzung des Gesellschaftsvertrags trifft, die der Gesellschaft durch die unerlaubte Verfügung entstandenen Nachteile allerdings nicht auszugleichen vermögen.⁸⁶⁵ Das in Art. 682 ZGB statuierte gesetzliche Vorkaufsrecht schützt – soweit nicht rechtsgeschäftlich ausgeschlossen – die übrigen Miteigentümer nur (aber immerhin) vor unerwünschten Rechtsnachfolgern.⁸⁶⁶

Die dingliche Verfügungsfähigkeit (auch als die den einzelnen Gesellschaftern in Bezug auf ihre Miteigentumsanteile zukommende überschüssende Rechtsmacht bezeichnet⁸⁶⁷) kann auf verschiedene Weise beschränkt, wenn auch nicht aufgehoben werden.

Bezugnehmend auf das zweite Anwendungsbeispiel⁸⁶⁸ könnte eine obligatorisch wirkende Beschränkung der Verfügungsfreiheit nach Art. 646 Abs. 3 ZGB im Gesellschaftsvertrag etwa wie folgt lauten:⁸⁶⁹

Gesellschaftsvertrag zwischen X, Y und Z

Einschränkung der Verfügungsfreiheit: *Sollte ein Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter über seinen Miteigentumsanteil verfügen, wird er im Umfang von CHF xxx schadenersatzpflichtig.*

Da die sich aus Art. 536 OR i.V.m. Art. 538 Abs. 2 OR ergebende Schadenersatzpflicht den der einfachen Gesellschaft durch die Veräusserung eines Miteigentumsanteils entstandenen Schaden vielfach nicht abzudecken vermag,

863 Vgl. SCHNEIDER, S. 242; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 360 zu Art. 530 OR.

864 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 361 zu Art. 530 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 22; MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Rz. 53; SIEGWART, ZK, N 7 zu Art. 544 OR. Vgl. zur Veräusserung eines Miteigentumsanteils vorne Kapitel 2.III.6 und zur gemeinsamen Zweckverfolgung in der einfachen Gesellschaft vorne Kapitel 3.III.

865 MÜLLER KARIN, Übertragung Mitgliedschaft, Fn. 162; FELLMANN/MÜLLER, BK, N 361 zu Art. 530 OR; vgl. auch BRUNNER/WICHTERMANN, BSK ZGB II, N 17 zu Vorbem. zu Art. 646-654a ZGB.

866 Vgl. SCHMID JÖRG, S. 581; vgl. zum Miteigentümergebot vorne Kapitel 2.III.6.

867 HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 24 zu Art. 544 OR.

868 Vgl. vorne Kapitel 6.II.

869 Vgl. JUNG, CHK, N 21 zu Art. 530 OR; THOUVENIN, Rz. 522 m.w.V.; vgl. auch FAVROD-COUNE/VERNAZ, S. 12.

erscheint es sinnvoll, die Höhe eines allfällig zu zahlenden Schadenersatzes im Gesellschaftsvertrag zu beziffern.

Als Instrument, um die den Beteiligten in Bezug auf ihre Miteigentumsanteile zukommende Verfügungsmacht einzuschränken, wird in der Lehre auch die Möglichkeit einer Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB erwähnt.⁸⁷⁰ Die einzelnen Gesellschafter⁸⁷¹ räumen sich dabei gegenseitig ein Nutzniessungsrecht und somit ein beschränktes dingliches Recht⁸⁷² an ihren Miteigentumsanteilen ein. Die Pflicht zur Einräumung einer gegenseitigen Nutzniessung kann ebenfalls gesellschaftsvertraglich festgelegt werden. Hinsichtlich eines entsprechenden Formulierungsvorschlages im Gesellschaftsvertrag kann nach vorne (Kapitel 6.II, Ausübung der Gebrauchsrechte) verwiesen werden. Auch wenn sich die Gesellschafter gegenseitig eine dingliche Berechtigung⁸⁷³ in Form eines Nutzniessungsrechts einräumen, tangiert dies die Verfügungsfähigkeit der Beteiligten hinsichtlich ihrer Miteigentumsanteile grundsätzlich nicht.⁸⁷⁴

Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten: Weder eine vertragliche Beschränkung der Verfügungsfreiheit noch die Begründung von Nutzniessungsrechten an den Miteigentumsanteilen vermögen die Schwachstellen der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft hinsichtlich der individuellen Verfügungsmöglichkeiten (nach Art. 646 Abs. 3 ZGB) der Beteiligten auszugleichen. Der von MÜLLER vorgebrachte «innere Widerspruch» zwischen der sachenrechtlichen Verfügungsfreiheit, die den Beteiligten in ihrer Stellung als Miteigentümer zukommt, und der gesellschaftsrechtlichen Bindung der Beteiligten an den gemeinsamen Zweck der einfachen Gesellschaft bleibt bestehen.⁸⁷⁵

3. Fazit

Zusammenfassend bleibt zu bemerken, dass das Konzept der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft rechtlich zulässig und insgesamt zwar realisierbar, aber problematisch ist. Obige Ausführungen zeigen die Schwachstellen des Konzeptes deutlich auf. Immerhin haben die

870 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 174 zu Art. 531 OR. Vgl. dazu auch HANDSCHIN/VONZUN, ZK, N 90 ff. zu Art. 531 OR.

871 Vgl. zur einfachen Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft vorne Kapitel 3.I.1.

872 Vgl. zu den beschränkten dinglichen Rechten vorne Kapitel 1.I.3. In Bezug auf die Grundlagen zur Nutzniessung wird auf die einschlägige Literatur verwiesen (vgl. etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1335 ff.).

873 Vgl. zu den dinglichen Rechten vorne Kapitel 1.I.2.

874 Vgl. zur Veräusserung eines Miteigentumsanteils vorne Kapitel 2.III.6.

875 Vgl. Fn. 861.

Beteiligten die Möglichkeit, einige Unsicherheiten, welche die anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft mit sich bringt, gesellschaftsvertraglich und/oder mit der Ausarbeitung einer vereinbarten Miteigentümerordnung⁸⁷⁶ zu beseitigen. Weiter ist festzuhalten, dass das Konzept der anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft dogmatisch (noch) nicht so weit erfasst ist, dass es in der Praxis zur Anwendung empfohlen werden könnte.

876 Vgl. dazu vorne Kapitel 2.V., Kapitel 4 sowie Kapitel 5.II.2.

Schluss

Abschliessend soll in Form einer Zusammenfassung ein Überblick über die wichtigsten in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse gegeben werden.

Kapitel 1: Grundsätzlich bestimmt unter mehreren Eigentümern an einer Sache das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer einfachen Gesellschaft die gemeinschaftliche Eigentumsart. Bei beweglichen Sachen ist der Übergang von Miteigentum zu Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft (*et vice versa*) «fliessend»⁸⁷⁷ und jederzeit (formlos) möglich. Als Publizitätsmittel dient der Besitz (Art. 919 ff. ZGB). Im Gegensatz dazu setzt ein Wechsel der gemeinschaftlichen Eigentumsart bei den unbeweglichen Sachen (grundsätzlich) einen Registereintrag voraus. Hier dient das *Grundbuch als Publizitätsmittel* (Art. 970 ZGB). Liegt nun zwischen den gemeinschaftlichen Eigentümern einer beweglichen Sache eine einfache Gesellschaft vor (die, je nachdem, welcher Lehrmeinung gefolgt wird, entweder die gemeinschaftliche Sache für einen weiterführenden Zweck einsetzt oder deren Gesellschafter einen entsprechenden Rechtsbindungswillen geäussert haben), besteht daran Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft (Art. 652 ZGB). Demgegenüber geht bei *unbeweglichen Sachen die gemeinschaftliche Eigentumsart aus dem Grundbuch hervor*. Aus diesem Grund ist es daher denkbar, dass (gestützt auf das Abgrenzungskriterium hinsichtlich Miteigentum oder Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft) die im Grundbuch eingetragenen Miteigentümer eines Grundstückes zusätzlich auch durch eine einfache Gesellschaft miteinander verbunden sein können. Dieses *Nebeneinander* der beiden Institute *Miteigentum* und *einfache Gesellschaft* ist selbstverständlich auch bei beweglichen Sachen möglich. Bei unbeweglichen Sachen lässt sich aufgrund des Grundbucheintrags die Frage nach der gemeinschaftlichen Eigentumsart allerdings leichter ausklammern (der Übergang ist nicht formlos möglich, sondern benötigt, wie erwähnt, eine entsprechende Anmeldung und eine Eintragung im Grundbuch). Aus diesem Grund und wegen der praktischen Relevanz der Fragestellung für die rechtsgeschäftliche Gestaltung bei Grundstücken konzentrierten sich die Ausführungen dieser Arbeit auf das Miteigentum an Grundstücken und klammerten die beweglichen Sachen aus.

877 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 N 126.

Kapitel 2: Nach der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Gliederung wird zwischen der gesetzlichen und der vereinbarten Miteigentümerordnung unterschieden. Der sachenrechtliche Blickwinkel auf die Frage der Koordination der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR zeigt auf, dass sich im Rahmen der Ausarbeitung einer *vereinbarten Miteigentümerordnung* Freiräume ergeben. Einzig hier – und unter Beachtung des zwingenden Rechts – kann das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden.

Bei der Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung ist es nach der hier vertretenen Auffassung sinnvoll, darauf hinzuweisen, welche der Bestimmungen der Art. 530 ff. OR die Nutzung und Verwaltung des Grundstücks betreffen. Diesen Bestimmungen verleiht Art. 649a Abs. 1 ZGB nämlich verstärkte Rechtswirkung.

Kapitel 3: Vom Gesellschaftsrecht ausgehend lässt sich festhalten, dass zum einen eine *anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft* zulässig ist und dass zum anderen die Miteigentumsanteile der Gesellschafter lediglich zum Gebrauch (*quoad usum*) in die Gesellschaft eingebracht werden. Die so in die einfache Gesellschaft eingebrachten Miteigentumsanteile bilden dann nicht als gesellschaftliches Eigentum, sondern als *gesellschaftliche Gebrauchsrechte* Gegenstand des Gesellschaftsvermögens.

Kapitel 4: In Bezug auf das *Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB und der Art. 530 ff. OR* gilt folgender Grundsatz: Widersprechen zwingende Normen zum Miteigentum zwingenden Normen zum Recht der einfachen Gesellschaft, so gelten die *sachenrechtlichen Normen*. Äussern die Miteigentümer den Willen, dass die Art. 530 ff. OR ihre Miteigentümergeinschaft organisieren sollen (*erste Fallkonstellation*), oder kommen sie überein, eine einfache Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung zu gründen (*zweite Fallkonstellation*), hat dies zur Folge, dass das dispositive Recht der einfachen Gesellschaft dem dispositiven Recht zum Miteigentum vorgeht.

Kapitel 5: Bei der *ersten Fallkonstellation* sind die Beteiligten lediglich durch ein Miteigentumsverhältnis miteinander verbunden. Zur Frage der Koordination der Art. 646 ff. ZGB mit den Art. 530 ff. OR kommt es, wenn die Miteigentümer beschliessen, dass die Art. 530 ff. OR ihre Miteigentümergeinschaft regeln sollen. Die Bestimmungen zum Miteigentum lassen sich mit denjenigen zum Recht der einfachen Gesellschaft in der Weise koordinieren, dass die Miteigentümer die *Art. 530 ff. OR als ihre vereinbarte Miteigentümerordnung* bestimmen. Die Miteigentümer haben also die Wahl zwischen zwei funktionierenden gesetzlichen Organisationsformen: der gesetzlichen Miteigentümerordnung

nach Art. 647 ff. ZGB oder dem Recht der einfachen Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR als vereinbarte Miteigentümerordnung. Anders als bei der gesetzlichen Miteigentümerordnung wird bei der Organisationsform der einfachen Gesellschaft die Gemeinschaft und somit der kollektivistische Gedanken (und nicht die einzelnen Miteigentümer) in den Vordergrund gestellt.

Bei der Ausgestaltung der vereinbarten Miteigentümerordnung ist es ratsam, die unterschiedlichen Wirkungen, welche den einzelnen Bestimmungen der Art. 530 ff. OR als vereinbarter Miteigentümerordnung zukommen, klar zum Ausdruck zu bringen. Einzig den die Nutzung und Verwaltung des Grundstücks betreffenden Bestimmungen der Art. 530 ff. OR verleiht nämlich Art. 649a Abs. 1 ZGB verstärkte Rechtswirkung (was zur Folge hat, dass sie auch für einen allfälligen Rechtsnachfolger gelten). Alle weiteren Bestimmungen der vereinbarten Miteigentümerordnung wirken – sofern nicht vorgemerkt – lediglich obligatorisch und müssen folglich von allfälligen Rechtsnachfolgern ausdrücklich übernommen werden. Ohne entsprechende Übernahme vermögen die weiteren Bestimmungen einen Rechtsnachfolger daher nicht zu binden.

Kapitel 6: Bei der *zweiten* zu untersuchenden *Fallkonstellation* sind die Beteiligten sowohl durch ein Miteigentums- als auch durch ein Gesellschaftsverhältnis miteinander verbunden. Hier bildet der zum Ausdruck gebrachte Wille der Beteiligten im Gesellschaftsvertrag, eine *einfache Gesellschaft mit anteilmässiger Berechtigung* bilden zu wollen, die Grundlage für das Zusammenwirken der Art. 646 ff. ZGB mit den Art. 530 ff. OR. Ein solches Abweichen vom Regelfall der gesamthänderischen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft bedarf einer *ausdrücklichen Erklärung* im Gesellschaftsvertrag (Art. 544 Abs. 1 OR) und die Gesellschafter müssen nach der hier vertretenen Auffassung ihre Miteigentumsanteile *quoad usum* in die Gesellschaft einbringen.

Die anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft ist rechtlich zulässig und, wie sich gezeigt hat, auch umsetzbar. Das Konzept bringt allerdings diverse Problemfelder mit sich. Obwohl diese vertraglich festgelegt werden können, fehlt es dem Gesellschaftsverhältnis dennoch an einer soliden Basis, zumal die jedem Gesellschafter in Bezug auf seinen Miteigentumsanteil zukommende Verfügungsfreiheit (vgl. Art. 646 Abs. 3 ZGB) nicht aufgehoben werden kann.

Über die Autorin:

Nicole Roth studierte Rechtswissenschaft an der Universität Luzern und hat anschliessend ihr Doktoratsstudium an der Universität Zürich absolviert. Heute ist sie stellvertretende Grundbuch- und Notariatsinspektorin im Kanton Zug.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat vorliegende Arbeit am 10. März 2021 auf Antrag von Prof. Dr. Ruth Arnet und Prof. Dr. Florent Thouvenin als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *magna cum laude* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

sui generis Buchreihe

herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In dieser Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher in der *sui generis* Reihe erschienen:

- 001 – **Monika Simmler:** Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 – **Marc Thommen:** Introduction to Swiss Law
- 003 – **Silvio Hänsenberger:** Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 – **Mais A.M. Qandeel:** Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 – **Moritz Oehen:** Der Strafkörper im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 – **Jens Lehne:** Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 – **Lorenz Garland:** Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 – **Christoph Urwyler:** Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 – **Dominik Elser:** Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 – **David Henseler:** Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 – **Lorenz Raess:** Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 – **Christoph Hurni/Christian Josi/Lorenz Sieber:** Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 – **Emanuel Bittel:** Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht

- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
015 – Frédéric Erard: Le secret médical
016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 30. August 2021

© 2021 Nicole Roth

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-22-3

DOI: 10.38107/022

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

MITTEIGENTUM GRUNDSTÜCK EINFACHE GESELLSCHAFT

Obwohl Einigkeit darüber besteht, dass eine anteilmässige Berechtigung in der einfachen Gesellschaft zulässig ist, wird das dazu notwendige Zusammenspiel der Art. 646 ff. ZGB zum Miteigentumsrecht und der Art. 530 ff. OR zum Recht der einfachen Gesellschaft nur rudimentär behandelt.

An diesem Punkt knüpft die Arbeit an, indem die beiden Institute Miteigentum und einfache Gesellschaft je einzeln als auch in Bezug auf ihre Koordinationsmöglichkeiten bei Grundstücken untersucht werden. Aus der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den Rechtsinstituten Miteigentum und einfache Gesellschaft ergeben sich weitere Erkenntnisse von praktischer Relevanz. So werden auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Miteigentum und Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft dargestellt, allgemeine Hinweise für die Ausgestaltung einer vereinbarten Miteigentümerordnung geliefert sowie die in der Lehre vorgebrachten Bedenken zur anteilmässigen Berechtigung in der einfachen Gesellschaft besprochen.

sui generis

ISBN 978-3-907297-22-3

DOI 10.38107/022