

This is a PREPRINT of a piece that appeared as: C. G. van der Merwe and M. von Hinden, 'Wegenot, Eigentumsgarantie und öffentliches Interesse – Der Notweg in Deutschland und Südafrika', in J. Basedow, U. Drobnig, et al., ed., *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), pp. 955–73. This Preprint is dated 30 September 2004.

WEGENOT, EIGENTUMSGARANTIE UND ÖFFENTLICHES INTERESSE DER NOTWEG IN DEUTSCHLAND UND SÜDAFRIKA *

CORNELIUS G. VAN DER MERWE UND MICHAEL VON HINDEN

I. EINFÜHRUNG

Seit der Anerkennung des privaten Grundeigentums ist die Erdoberfläche in einzelne rechtlich selbständige Grundstücke unterteilt. Diese rechtliche Trennung hebt den natürlichen Zusammenhang zwischen den einzelnen Grundstücken bekanntlich nicht auf. Eine sinnvolle Nutzung des Grundeigentums setzt nicht selten voraus, daß in der einen oder anderen Weise auf angrenzende Grundstücke eingewirkt werden kann. Dieses Interesse an einer möglichst optimalen Nutzung des eigenen Bodens durch Zugriff auf benachbarte Flächen kollidiert freilich mit den Interessen des betroffenen Nachbarn, der kraft seines Eigentums grundsätzlich befugt ist, fremde Einwirkungen auf sein Grundstück abzuwehren.

In dieses nachbarrechtliche Spannungsfeld gehört die Frage, ob der Eigentümer eines von den öffentlichen Wegen abgeschnittenen Grundstücks fremden Grund und Boden benutzen darf, um die erstrebte Anbindung an die öffentliche Infrastruktur zu erhalten. Dabei kann es z. B. darum gehen, daß ein bestimmtes Grundstück durch besondere Umstände (etwa eine Überschwemmung) nur vorübergehend seinen an sich vorhandenen Zugang zur Straße verloren hat. Denkbar ist aber auch ein dauerhafter Verlust des Zugangs durch nachträgliche Veränderungen der Grundstückssituation, etwa eine Teilung des Grundstücks oder eine Einziehung des öffentlichen Weges. Von besonderer Bedeutung ist schließlich, ob ein Recht zur Benutzung des fremden Grundstücks auch dann entsteht, wenn ein vorhandener Zugang für die gegenwärtige oder beabsichtigte Nutzung nicht ausreicht oder zumindest wesentlich ungünstiger wäre als der direkte Weg über das Grundstück des Nachbarn.

* Dieser Beitrag geht zurück auf ein Programm der University of Stellenbosch (Südafrika), in dessen Rahmen wissenschaftliche Assistenten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (darunter M. von Hinden im Jahre 1998) zu einem kürzeren Forschungsaufenthalt nach Südafrika eingeladen wurden, um dort an einer rechtsvergleichenden Studie mitzuwirken. – Beide Autoren möchten dem Institut und seinen Mitarbeitern für die ihnen während ihrer jeweiligen Tätigkeit in Hamburg gewährten vorzüglichen Arbeitsbedingungen herzlich danken. C. G. van der Merwe dankt im besonderen den Mitarbeitern der International Encyclopedia of Comparative Law, vor allem Herrn Drobnig und Frau Nedelmann, sowie den Herren Knudsen, Berg und Ellger für ihre Hilfsbereitschaft während seiner zahlreichen Aufenthalte in Hamburg. Sein Dank gilt zugleich der Alexander von Humboldt-Stiftung für großzügige finanzielle Unterstützung.

Im südafrikanischen Recht wird dieser nachbarrechtliche Interessenkonflikt auf der Grundlage der römisch-holländischen Rechtstradition durch das von der südafrikanischen Rechtsprechung im Wege des Fallrechts (*case law*) geprägte Rechtsinstitut des *way of necessity* gelöst. Demgegenüber enthält das deutsche Recht als typische Rechtsordnung des Civil Law in den §§ 917, 918 BGB seit nunmehr 100 Jahren eine gesetzliche Regelung des sog. Notwegrechts. Historisch greifen beide Rechtsordnungen zwar im Ausgangspunkt auf Grundsätze des römischen Rechts zurück, doch hat die Rechtsentwicklung aufgrund verschiedener Einflüsse und andersartiger klimatischer und landwirtschaftlicher Bedingungen über die Jahrhunderte einen unterschiedlichen Verlauf genommen. Diese divergierenden Entwicklungswege legen nach tradierter Vorstellung entsprechende inhaltliche Differenzen bei der rechtlichen Bewältigung vergleichbarer Konstellationen nahe. Zumindest für den Bereich des Schuldrechts wird die Existenz struktureller Unterschiede zwischen den abendländischen Rechtsordnungen von den Vertretern der sog. Konvergenzthese allerdings zunehmend in Zweifel gezogen¹. Die folgenden Überlegungen sollen dazu beitragen, die Diskussion um eine mögliche Konvergenz der Rechtsordnungen auf einen von der rechtsvergleichenden Forschung weitgehend vernachlässigten und gemeinhin als entlegen geltenden Teilbereich des Sachenrechts auszudehnen². Im Mittelpunkt steht dabei die Suche nach den Wertungen, die beiden Rechtssystemen bei der Lösung des nachbarlichen Interessenkonflikts zugrundeliegen.

II. HISTORISCHER HINTERGRUND

Sowohl in Deutschland als auch in Südafrika werden die jeweils maßgeblichen Rechtsinstitute hinsichtlich ihres historischen Ursprungs auf das römische Recht zurückgeführt. Als Urform des modernen Notweges gilt der *iter ad sepulchrum*, das römische Zugangsrecht zu einer auf einem fremden Grundstück gelegenen Grabstätte³. Üblicherweise wird angenommen, das römische Recht habe bis auf diesen aus heutiger Sicht fast befremdlichen Sonderfall kein eigentliches Notwegrecht (*via ex necessitate*) gekannt⁴. Diese Betrachtungsweise stimmt im Ausgangspunkt mit der individualistischen und absoluten Konzeption des Eigentumsbegriffs im römischen Recht überein, die Einschränkungen des absoluten Herrschaftsrechts grundsätzlich nicht zuließ. Im übrigen verringerte das Institut des *limes*, eines ca. 1,5 m breiten öffentlichen Streifens zwischen den einzelnen Grundstücken⁵, auch das praktische Bedürfnis nach einer Anerkennung eines allgemeinen Notwegrechtes. Gleichwohl finden sich in den Schriften der

¹ Siehe statt vieler Gordley, ZEuP 1 (1993) 498.

² Rechtsvergleichend bislang vor allem Bradbrook, 10 Sydney L. Rev. 39 (1982-1985); van der Merwe, 73 Tulane Law Rev. 1363 (1999).

³ D. 8 6 4; 11 7 10; 11 7 12 pr.; 47 12 5. Der *iter ad sepulchrum* konnte entweder durch eine Einigung mit dem Eigentümer des betroffenen Grundstücks oder durch eine (konstitutive) richterliche Entscheidung begründet werden. Näher Glück, Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandekten, Band VII (1808) § 628; Buch, Der Notweg (1919) 10 ff.

⁴ Vgl. Perozzi, Istituzioni di diritto romano, Band I (2. Aufl. 1928) 635 ff.; Bonfante, Corso di diritto romano, Band II 1 (1966) 259 ff.; Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano (2. Aufl. 1927) 181.

⁵ Siehe dazu etwa Fabricius in: Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft (1893-1973) 13.

Landvermesser (*agrimensores*)⁶ sowie in den Digesten⁷ Hinweise auf die Anerkennung eines Rechtes der Allgemeinheit auf Benutzung eines privaten Grundstücks, sofern etwa die *via publica* wegen einer Überschwemmung unpassierbar wurde. Bei genauerer Betrachtung läßt sich zumindest ansatzweise auch ein privater Notweg über benachbartes Land nachweisen, und zwar für den Fall, daß ein eingeschlossenes Landstück ansonsten unbestellt bleiben müßte⁸. Im Lichte des individualistischen Eigentumsbegriffs des römischen Rechts ist allerdings davon auszugehen, daß diese frühe Form des Notweges auf Fälle einer vollständig fehlenden Verbindung zum öffentlichen Weg beschränkt war (absolute Zugangsnot).

Nach dem Zerfall des römischen Reiches entwickelte sich im Gebiet des heutigen Deutschland eine germanische Rechtstradition, die im Vergleich zum römischen Recht wesentlich stärker von dem Gedanken gegenseitiger Rücksichtnahme unter den Gemeindegossen geprägt war. Das germanische Recht des Mittelalters zeigte sich daher auch aufgeschlossener gegenüber der Anerkennung einer dem modernen Notweg ähnlichen Berechtigung und gewährte einen sog. *uitweg*, welcher die entschädigungslose⁹ Benutzung von Nachbargrundstücken, etwa zum Erreichen der Kirche, des Dorfplatzes oder auch des öffentlichen Weges (insbesondere in der Saat- oder Erntezeit), erlaubte¹⁰. So bildete sich allmählich eine prägnante Regel heraus: “Das vordere Gut soll dem hinteren Weg und Steg geben.”¹¹ Mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde dann aus dem römischen *iter ad sepulchrum* und dem germanischen *uitweg* erstmals ein allgemeines Notwegrecht hergeleitet¹². Wie der *iter ad sepulchrum* entstand dieses Notwegrecht nicht von selbst, sondern mußte im Streitfalle als Notwegservitut (*servitus necessaria*) vom Richter bestellt werden, wobei der Begünstigte eine Entschädigung zu leisten hatte. Im einzelnen waren die Konturen dieses Rechtsinstituts noch unscharf; als sicher galt nur, daß eine *servitus necessaria* bei vollständigem Fehlen eines Grundstückszugangs verlangt werden konnte. Dem entsprach im wesentlichen auch die Rechtslage unter der Geltung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, obwohl dieses den Notweg nicht ausdrücklich erwähnte¹³.

Für das Recht Südafrikas, in dem das römische Recht “mit einer nirgends sonst auf der Welt erreichten Vitalität bis heute fortlebt”¹⁴, bildete der *iter ad sepulchrum*

⁶ *Frontinus*, De controversiis agrorum; *Hyginus*, De conditionibus agrorum. Relevante Textauszüge bei Levy, West Roman Vulgar Law: The Law of Property (1951) 106 f.

⁷ Vgl. D. 8 6 14 1: Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.

⁸ *Siculus Flaccus*, De conditionibus agrorum. Textauszüge bei Levy (oben N. 6) a.a.O. Weitere Hinweise auf eine frühe Form des Notweges finden sich in D. 8 2 41; D. 30 81 3; D. 8 3 23 3.

⁹ Auf diesen Unterschied zum heutigen Notwegrecht verweist Liver in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller (1959) 749, 761.

¹⁰ *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, Band II (3. Aufl. 1896-1897) § 101 (S. 332) m. w. Nachw.

¹¹ Vgl. *Schroer*, Das Notwegrecht im französischen, deutschen und schweizerischen Recht (1969) 6.

¹² *Figge*, AcP 160 (1961) 409, 410; *Schroer* (vorige Note) 13 ff.

¹³ Nach § 3 des Titels “Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegeneinander” mußte sich jeder Grundeigentümer solche Einschränkungen gefallen lassen, “ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde”. Hieraus leitete man einen entsprechend begrenzten Anspruch auf Begründung eines Notweges ab.

¹⁴ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996) § 16 VI (S. 227).

die geradezu zwangsläufige Grundlage für die Entstehung des heutigen *way of necessity*¹⁵. Freilich blieb die Rechtsentwicklung auch hier nicht unbeeinflusst von den genossenschaftlichen Vorstellungen des germanischen Rechts. Die oben beschriebene Regel, wonach das vordere Gut dem hinteren “Weg und Steg” geben soll, findet sich auch in den holländischen Stadtverordnungen des 17. und 18. Jahrhunderts¹⁶, deren Grundsätze als Bestandteile des römisch-holländischen Rechts im modernen südafrikanischen Recht fortwirken. Aus diesem Grund hat der *way of necessity* einen gleichsam hybriden Charakter, was in der südafrikanischen Rechtsprechung zu einiger Verwirrung geführt hat.

Einen deutlich unterschiedlichen Verlauf nahm die Rechtsentwicklung in beiden Ländern im 19. Jahrhundert mit der fortschreitenden Anglisierung des südafrikanischen Rechts einerseits und der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Deutschland andererseits. Zwar sind im südafrikanischen Sachenrecht nur vergleichsweise geringe Einflüsse des englischen Rechts zu verzeichnen (anders als etwa im Vertrags- oder im Handelsrecht), jedoch setzten sich die Grundsätze des Common Law in prozessualer Hinsicht weitgehend durch. So besteht bis heute die für das Common Law typische Bindung an Präjudizien (*precedent*). Eine Kodifizierung des allgemeinen Zivilrechts blieb aus, so daß richterliches Fallrecht – allerdings auf der Grundlage der römisch-holländischen Rechtstradition – die maßgebliche Rechtsquelle bildet.

III. RECHTSNATUR DES ZUGANGSRECHTS

Aufgrund der Vermischung römischer und germanischer Rechtstraditionen war die Rechtsnatur des Notweges in Deutschland bei der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches umstritten¹⁷. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich in bewußter Abkehr von der Figur der Notwegservitut für die sog. Nachbarrechtstheorie, die von der germanischen Vorstellung einer Gemeinschaft der Grundeigentümer geprägt war¹⁸. Danach gilt der Notweg nicht als dingliches Recht, sondern als „gesetzliche Beschränkung des Eigentums“¹⁹, weshalb die §§ 917, 918 BGB systematisch in den Titel über den „Inhalt des Eigentums“ aufgenommen wurden. Diese dogmatische Konstruktion hat wichtige praktische Konsequenzen: Anders als eine Grunddienstbarkeit kann der Notweg nicht in das Grundbuch eingetragen werden; damit ist auch ein gutgläubig lastenfreier Erwerb ausgeschlossen. Die Konstruktion wirkt sich zudem auf die Entstehung des Notwegrechtes aus. Anders als im römischen, im gemeinen und im preußischen Recht entsteht die Berechtigung nicht erst durch einen (konstitutiven) Richterspruch, sondern bereits *ex lege* mit dem

¹⁵ Vgl. etwa *Voet*, Commentarius ad Pandectas (1698-1704) 8 3 4; *van der Keessel*, Praelectiones ad Grotium (1793-1806) 2 35 7 und 8; *van Leeuwen*, Censura Forensis (1741) 1 2 14 34; *Christinaeus*, In Leges Municipales Mechlinienses (1661) 14 51 2.

¹⁶ Siehe etwa die entsprechenden Vorschriften von s’Hertogenbosch (1607) IX 43; dazu *van Leeuwen*, Costumen, Keuren, ende Ordonnantien van Rijnland (1667) Art. 280 Nr. 30. Siehe ferner *Fockema Andrea*, Het Oud Nederlandse Burgerlijk Recht, Band I (1906) Art. 280 Nr. 1.

¹⁷ Siehe *Säcker/Paschke*, NJW 1981, 1009, 1010. Auch nach Inkrafttreten des BGB war der Notweg Gegenstand einer lebhaften Diskussion im deutschen Schrifttum, wovon u. a. die 16 Dissertationen zeugen, die zwischen 1902 und 1916 über den Notweg erschienen; siehe die Nachweise bei *Säcker/Paschke*, NJW 1981, 1009 (N. 2).

¹⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, Sachenrecht (1896) S. 291 f.

¹⁹ Motive a.a.O.

Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen. Im Streitfall stellt das Gericht das kraft Gesetzes bestehende Notwegrecht nur deklaratorisch fest und konkretisiert nach Maßgabe des § 917 Abs. 1 S. 2 BGB den Verlauf des Notweges. Die Ausgestaltung des Notwegrechtes als gesetzliche Beschränkung des Eigentums hat Teile des deutschen Schrifttums sogar zu der Annahme veranlaßt, dem eingeschlossenen Grundeigentümer stehe bei einer Weigerung des betroffenen Nachbarn ein Selbsthilferecht zu²⁰. Überwiegend wird jedoch in Rechtsprechung und Schrifttum zu Recht davon ausgegangen, daß der Anspruch auf Duldung der Grundstücksbenutzung im Streitfall – wie grundsätzlich jeder Anspruch – gerichtlich geltend gemacht und sodann unter Einschaltung staatlicher Vollstreckungsorgane durchgesetzt werden muß²¹.

Die südafrikanische Rechtsprechung tendierte bis in die zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts dazu, den *way of necessity* wie eine gewöhnliche Wegeservitut (*servitude of way*) zu behandeln. Danach konnte ein *way of necessity* nur auf die für derartige Dienstbarkeiten vorgesehene Weise begründet werden²². In späteren Entscheidungen wurde anerkannt, daß die Wegenot als solche die Grundlage der Berechtigung bildet, weshalb ein Richterspruch heute auch in Südafrika grundsätzlich nur deklaratorische Wirkung hat²³. Allerdings kann der Eigentümer des eingeschlossenen Grundstücks einen bestimmten Verlauf des *way of necessity* erst dann beanspruchen, wenn das konkrete Benutzungsrecht nach Art einer gewöhnlichen Dienstbarkeit entstanden ist. Die südafrikanische Rechtsprechung differenziert somit zwischen der generellen Berechtigung zu einem *way of necessity* und der Festlegung seines exakten Verlaufs²⁴. Im Hinblick darauf ähnelt die Rechtslage der in § 917 Abs. 1 BGB getroffenen Unterscheidung zwischen der *ex lege* bestehenden Duldungspflicht (§ 917 Abs. 1 S. 1 BGB) und der im Streitfall gerichtlich zu klärenden Richtung des Notweges (§ 917 Abs. 1 S. 2 BGB). Insgesamt neigt das südafrikanische Recht – trotz der Anknüpfung an das römische Institut des *iter ad sepulchrum* – folglich eher zu einer dem deutschen Recht entsprechenden Konstruktion des *way of necessity* als inhaltliche Beschränkung des Eigentums. Jeder Inhaber eines Grundstücks, durch dessen Lage ein anderes Grundstück von den öffentlichen Wegen abgeschnitten wird, unterliegt der Duldungspflicht. Die Duldungspflicht ist mithin eine solche *propter rem* bzw. in *rem scriptae*²⁵.

IV. VORAUSSETZUNGEN DES ZUGANGSRECHTS

²⁰ Säcker in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI (3. Aufl. 1997) § 917 Rz. 21 ff.

²¹ Siehe etwa BGH NJW 1979, 1359; KG OLGZ 1977, 448; Roth in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (13. Aufl. 1996) § 917 Rz. 2.

²² Vgl. *Cadle v. Martens* (1882) 3 NLR 83, 84; *Naidoo v. Inanda Road Board* (1918) 39 NLR 64, 72; *Neilson v. Mahoud* 1925 EDL 26; *Rampersad v. Goberdun* (1929) 50 NLR 32.

²³ Siehe *Wilhelm v. Norton* 1935 EDL 143, 151; *Beukes v. Crous* 1975 4 SA 215 (NC).

²⁴ Siehe *Wilhelm v. Norton* 1935 EDL 143, 151; *Mazista Slate Quarries Ltd v. Oosthuizen* 1943 TPD 28, 31; *Wynne v. Pope* 1960 4 SA 37 (C); *Maree v. Raad van Kuratore Nasionale Parke* 1964 3 SA 727, 731 (O); *Beukes v. Crous* 1975 4 SA 215 (NC).

²⁵ Zu diesen Begriffen siehe *Yiannopoulos*, Civil Law of Property (3. Aufl. 1991) § 212.

Für die rechtsvergleichende Untersuchung sind die Voraussetzungen für die Benutzung des benachbarten Grundstücks von besonderem Interesse. Im deutschen Recht sind sie in § 917 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Danach muß „einem Grundstücke die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege“ fehlen. Aufgrund einer für die Rechtsordnungen des Civil Law stiltypischen abstrakt-analytischen Betrachtungsweise wird diese Wendung des Gesetzgebers in drei getrennt festzustellende Tatbestandsmerkmale unterteilt: das Fehlen einer Verbindung, die Ordnungsmäßigkeit der Nutzung des eingeschlossenen Grundstücks sowie die Notwendigkeit der erstrebten Verbindung²⁶. Dieser Unterschied gegenüber dem durch *case law* geprägten südafrikanischen Recht darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es in beiden Rechtsordnungen letztlich um die Entscheidung einiger besonders problematischer Fallgruppen geht, in denen der nachbarrechtliche Interessenkonflikt besonders deutlich zu Tage tritt. So steht die Berechtigung zu einem Notweg bzw. einem *way of necessity* in beiden Staaten außer Frage, wenn ein Grundstück durch ein anderes gänzlich von den öffentlichen Wegen abgeschnitten ist. Schwieriger und für die hier anzustellende Analyse aufschlußreicher sind die im folgenden behandelten Fälle, in denen trotz eines (zumindest ehemals) vorhandenen oder technisch herstellbaren Zugangs ein Bedürfnis nach einer Verbindung über benachbartes Land entsteht.

1. WEGENOT WEGEN UNZUREICHENDER ZUGANGSMÖGLICHKEIT

Für das deutsche Recht war bereits frühzeitig klar, daß ein Notweg nicht unbedingt eine vollständige Verbindungslosigkeit voraussetzt. Schon nach dem Wortlaut des § 917 Abs. 1 S. 1 BGB ist entscheidend, ob eine vorhandene Verbindung „zur ordnungsmäßigen Benutzung“ des Grundstücks ausreicht. Danach kann etwa bei großflächigen Grundstücken eine Verbindung für einzelne Grundstücksteile auch dann fehlen, wenn das Gesamtgrundstück durchaus einen Zugang zum öffentlichen Wegenetz besitzt. So bejahte das Reichsgericht einen Notweg in einem Fall, in dem der Grundeigentümer ansonsten einen 7 km langen Umweg hätte in Kauf nehmen müssen²⁷.

Der Bundesgerichtshof (BGH) äußerte sich in den sechziger Jahren zu der Frage, ob bei einer technisch möglichen, aber nur unter hohen Kosten zu realisierenden eigenen Zugangsmöglichkeit ein Notweg in Betracht komme²⁸. Im Grundsatz bejahte er dies, legte aber zum Schutze der Interessen des betroffenen Nachbarn einen strengen Maßstab an. Es reiche nicht aus, daß eine mögliche Verbindung über eigenes Land lediglich unbequemer oder in der Herstellung kostspieliger sei als der begehrte Notweg. Eine vorhandene Zugangsmöglichkeit bleibe nur dann außer Betracht, wenn durch die drohenden Aufwendungen die Wirtschaftlichkeit der Grundstücksbenutzung in Frage gestellt werde. Danach kommt es für die Ermittlung der Zumutbarkeit eines Rückgriffs auf eigene Ressourcen allein darauf an, wie sich die Kosten für die Verbindung über eigenes Land zum Gesamtertrag des

²⁶ Siehe etwa *Bassenge* in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (59. Aufl. 2000) § 917 Rz. 2 ff.

²⁷ RGZ 79, 116, 120.

²⁸ BGH NJW 1964, 1321; BGH WM 1968, 434, 435; siehe ferner OLG Koblenz NJW-RR 1992, 724.

Grundstücks verhalten; es genügt nicht, daß sie die Kosten für die Herstellung des Notweges übersteigen²⁹.

Das Bemühen der deutschen Rechtsprechung um eine Wahrung des Gleichgewichts nachbarlicher Interessen läßt sich anhand einer weiteren, praktisch recht wichtigen Fallgruppe illustrieren, in der es um das Abstellen von Kraftfahrzeugen geht. Der BGH hatte 1979 über die Klage einer Eigentümerin zu befinden, deren Wohngrundstück so bebaut war, daß nur der hinter dem Haus gelegene Teil zum Abstellen ihres PKW genutzt werden konnte. Dieser hintere Teil war wiederum nur über ein angrenzendes Grundstück zu erreichen, weil das Grundstück der Klägerin in nahezu voller Breite bebaut war. Der BGH gab dem Begehren der Klägerin nach Anerkennung eines Notwegrechtes nicht statt³⁰. Zur Begründung führte er aus, es fehle an der Notwendigkeit der Verbindung für die ordnungsmäßige Nutzung des klägerischen Grundstücks, denn zu Wohnzwecken könne ein Grundstück auch ohne die Möglichkeit des Abstellens von Kraftwagen genutzt werden³¹. Anders kann die Rechtslage folglich sein, wenn es um eine Zufahrt zu gewerblich genutzten Grundstücken geht. Das OLG München hat in einer neueren Entscheidung zudem anerkannt, daß eine Grundstückszufahrt für Kraftfahrzeuge „[i]m ländlichen Bereich an einer Gemeindeverbindungsstraße“ zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung gehört³².

Damit bleibt festzuhalten, daß sich das deutsche Recht von der früheren Beschränkung auf Fälle absoluter Verbindungslosigkeit eindeutig gelöst hat. Der Notweg soll allerdings nicht als Instrument zur bequemen Verwirklichung beliebiger Nutzungsinteressen auf Kosten des Nachbarn mißbraucht werden. Er wird daher nur dann gewährt, wenn erst die erstrebte Verbindung über das Nachbargrundstück die ordnungsmäßige Nutzung des eigenen Grundstücks erlaubt³³.

In Südafrika haben die unterschiedlichen historischen Wurzeln des Rechtsinstituts zu Meinungsverschiedenheiten über die Voraussetzungen eines *way of necessity* geführt. Den Anhängern eines von römisch-rechtlichen Vorstellungen geprägten absoluten und individualistischen Eigentumsbegriffs stehen die Befürworter einer eher kollektivistischen, an dem Ideal optimaler Bodennutzung zum Wohle der Gesellschaft orientierten Betrachtungsweise gegenüber.

Untersucht man zunächst die römisch-holländischen Quellen, so scheint die Gewährung eines *way of necessity* auf Fälle absoluter Verbindungslosigkeit beschränkt zu sein³⁴. So stellt etwa *Hugo Grotius* unmißverständlich fest, nur ein Grundstück ohne jeglichen Zugang zu öffentlichen Wegen komme für einen *way of necessity* in Frage³⁵. Bei näherer Betrachtung finden sich jedoch auch Stimmen, die das öffentliche Interesse an der Bewirtschaftung des Landes betonen. Ein Beispiel dafür ist *Ulricus Huber*, nach dessen Auffassung Sinn und Zweck des *way of*

²⁹ BGH NJW 1964, 1321, 1322; OLG Koblenz NJW-RR 1992, 724.

³⁰ BGHZ 75, 315 ff.

³¹ Dies soll dem BGH zufolge jedenfalls dann gelten, wenn in den umliegenden Straßen ausreichende Parkmöglichkeiten bestehen.

³² OLG München, NJW-RR 1993, 474.

³³ Vgl. *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch (9. Aufl. 1999) § 917 Rz. 2.

³⁴ Siehe etwa *van der Keessel* (oben N. 15) 2 34 8; *Voet* (oben N. 15) 8 3 4; *van der Aa*, Inleiding tot de Hedendaagsche Hollandsche Regsgeleerdheit en Praktijk (1810) 1 2 18 6.

³⁵ *Grotius*, Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid (1691) 2 35 8.

necessity darin bestehen, die Landwirtschaft zu fördern³⁶. Insgesamt bleibt aber festzuhalten, daß die römisch-holländischen Gelehrten eine Ausdehnung des Rechtsinstituts auf Fälle einer zwar vorhandenen, aber nicht ausreichenden oder wirtschaftlich unzumutbaren Verbindung tendenziell ablehnten.

Die südafrikanische Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht frei von Widersprüchen. Die Entscheidung *Saner v. Inanda Road Board*³⁷ aus dem Jahre 1892 markiert die wohl großzügigste Position innerhalb des Meinungsspektrums. Darin ging es um einen in der Region Natal entstandenen Rechtsstreit zwischen zwei benachbarten Farmern, über den aufgrund eines speziellen Gesetzes der Region zunächst ein sog. *Road Board* zu befinden hatte. Das *Road Board* gewährte einen *way of necessity*, obwohl das begünstigte Grundstück keineswegs gänzlich von den öffentlichen Wegen abgeschnitten war; die Strecke über das benachbarte Land war für den obsiegenden Farmer lediglich günstiger, weil er auf diese Weise den von ihm produzierten Zucker zu der nächstgelegenen Bahnstation (nicht nur zu einer entfernteren, aber ebenfalls noch erreichbaren Station) transportieren konnte. Das von dem betroffenen Nachbarn angerufene Gericht bestätigte den Ausspruch des *Road Board*. Getragen wurde diese Entscheidung offenbar von der Erwägung, daß nur durch die Gewährung des *way of necessity* eine optimale Ausnutzung des begünstigten Farmgrundstücks gewährleistet sei³⁸. Diese sehr weitgehende Rechtsprechung wurde in der Folgezeit dahingehend korrigiert, daß ein Grundeigentümer nicht unbedingt den günstigsten oder kürzesten Zugang zur Straße beanspruchen könne³⁹. Bestätigt wurde aber, daß ein *way of necessity* zur Verfügung stehe, wenn kein anderer angemessener und ausreichender Zugang („no other reasonable and sufficient access“) vorhanden sei⁴⁰.

Andere südafrikanische Urteile stellen zumindest vordergründig höhere Anforderungen an die Gewährung eines *way of necessity*. So wurde ein entsprechender Antrag in der Rechtssache *van Schalkwyk v. du Plessis*⁴¹ mangels ausreichender Notlage abgelehnt. Das Gericht stützte seine Entscheidung auf die Erwägung, die Benutzung des vorhandenen Zugangs zur Straße sei für den Kläger zwar lästig, nicht aber praktisch unmöglich („practically impossible“) ⁴². Diese Entscheidung wird im südafrikanischen Schrifttum teilweise als Beleg für einen der römisch-rechtlichen Tradition verpflichteten, am Ausschlußinteresse des Nachbarn orientierten Ansatz gewertet⁴³. Dies überzeugt jedoch bei näherer Betrachtung nicht. Denn in Wahrheit wurde der Antrag des Klägers primär deshalb abgelehnt, weil es sich bei dem benachbarten Grundstück um eine schmale und sehr intensiv

³⁶ *Huber*, Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt (1726) 2 43 19: Notweg greift zur Rettung der Landwirtschaft ein („tot reddinge van de land-bouw“).

³⁷ (1892) 13 NLR 225.

³⁸ Vgl. *Saner v. Inanda Road Board* (1892) 13 NLR 225, 227.

³⁹ *Ellman v. Werth* (1899) 16 SC 173; *Lloyd v. Oates* (1906) 27 NLR 60; *Gray v. Gray* (1907) 28 NLR 151, 154: „He is not entitled to go by the best and nearest road as long as he has a reasonably sufficient one, and there is nothing to show that he has not.“

⁴⁰ *Gray v. Gray* (1907) 28 NLR 151; *Carter v. Driemeyer* (1913) 34 NPD 1; *Illing v. Woodhouse* (1923) 44 NLR 166.

⁴¹ (1900) 17 SC 454. Siehe ferner *Trautman v. Poole* 1951 3 SA 200 (C).

⁴² (1900) 17 SC 464.

⁴³ Vgl. *Wille*, Principles of South African Law (6. Aufl. 1970) 220.

bewirtschaftete Fläche gehandelt hatte⁴⁴. Im Vordergrund stand somit nicht die Frage, ob der Kläger abstrakt eine ausreichende Wegenot dargelegt hatte, sondern die durch einen *way of necessity* drohende Belastung für den Beklagten. Die Beurteilung des Falles hätte durchaus anders ausfallen können, wenn das Grundstück des Beklagten breiter oder weniger intensiv bewirtschaftet gewesen wäre. Die eigentliche Bedeutung der *van Schalkwijk*-Entscheidung besteht darin, das Augenmerk auf die konkrete Situation des betroffenen Nachbarn gelenkt zu haben. Damit läuft die Gewährung des *way of necessity* auf eine umfassende Abwägung von Nutzungsinteressen hinaus, in deren Rahmen der betroffene Nachbar aufgrund seines Grundeigentums natürlich einen deutlichen Abwägungsvorsprung genießt.

Für das südafrikanische Recht bleibt somit festzuhalten, daß ein *way of necessity* grundsätzlich auch dann in Betracht kommt, wenn vorhandene Verbindungen über eigenes Land nicht ausreichen, um die angemessenen betrieblichen Bedürfnisse des eingeschlossenen Grundeigentümers zu erfüllen⁴⁵. Im Einzelfall sind die Anforderungen an die Wegenot allerdings um so höher, je stärker der *way of necessity* den Nachbarn in seinen konkreten Interessen beeinträchtigen würde. Damit dürften sich in der Praxis kaum nennenswerte Unterschiede zur Rechtslage in Deutschland ergeben.

2. WEGENOT AUFGRUND FREIWILLIGER DISPOSITIONEN

Es entspricht allgemeinen Grundsätzen des Rechts, daß eine selbst geschaffene Wegenot nicht zu Lasten benachbarter Grundeigentümer gehen darf. So enthält das deutsche Recht in § 918 Abs. 1 BGB einen gesetzlichen Ausschluß des Notweges, falls „die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird“. In Südafrika hat die Rechtsprechung ähnliche Grundsätze entwickelt. Gibt z. B. ein Grundeigentümer freiwillig ein Wegerecht auf, wirkt er an der Schließung einer öffentlichen Straße mit⁴⁶ oder versperrt er durch ein von ihm errichtetes Gebäude den Zugang zu seinem Grundstück⁴⁷, so scheidet ein *way of necessity* aus⁴⁸.

Die Rechtslage ist jedoch nicht immer so eindeutig wie in den vorgenannten Fällen. So hatten die südafrikanischen Gerichte aufgrund des teilweise enormen Ausmaßes der dortigen landwirtschaftlichen Betriebe mehrfach darüber zu befinden, ob die Wahl eines ungünstigen Ortes für den Bau eines Farmgebäudes einen *way of necessity* ausschließt, wenn im Falle einer Errichtung an anderer Stelle (desselben Grundstücks) die Wegenot entfielen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1913 wird dies – im Rahmen eines *obiter dictums* – noch unmißverständlich abgelehnt: „If he chooses to build his house in an inaccessible spot, he cannot claim a way of necessity through a neighbour’s land if his land abuts on a sufficient right

⁴⁴ Siehe *van Schalkwijk v. du Plessis* (1900) 17 SC 464: „But the inconvenience to the plaintiff is not so great as to justify the court in putting the defendants to the still greater inconvenience of having a cattle-tract through their narrow and cultivated strip of land“.

⁴⁵ Siehe *van Rensburg v. Coetzee* 1975 2 SA 320 (T) 321; bestätigt durch den Supreme Court of Appeal in *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 670F-671B.

⁴⁶ *Becker v. van Wyk* 1956 3 SA 13 (T).

⁴⁷ *Ross Executors v. Ritchie* (1898) 19 NLR 103.

⁴⁸ Für Deutschland siehe die entsprechenden Beispiele bei BGH ZMR 1975, 115, 116.

to a public road.⁴⁹ Diese Aussage hat sich jedoch zu Recht nicht einschränkungslos durchsetzen können. Zur Verdeutlichung möge die Entscheidung *Illing v. Woodhouse*⁵⁰ dienen, in der es um ein Farmgrundstück von etwa 5 bis 6 Meilen Länge ging. Der südliche Teil des Grundstücks, wo ursprünglich auch das Farmgebäude gestanden hatte, hatte einen Zugang zur Straße, war aber für den auf der Farm betriebenen Weizenanbau nicht geeignet. Als der Eigentümer ein neues Farmgebäude am nördlichen Ende des Grundstücks errichtet hatte (wo sich auch die Weizenfelder befanden), stellte sich heraus, daß der bestehende Zugang zur Straße für den landwirtschaftlichen Betrieb nicht mehr ausreichte. Obwohl diese Wegenot zweifellos von dem Farminhaber selbst verursacht worden war, gewährte das Gericht einen *way of necessity* über ein an das nördliche Ende angrenzendes Nachbargrundstück.

Hintergrund dieser Entscheidung dürfte sein, daß die eigenmächtige Disposition des Farminhabers hier eine möglichst effiziente Bewirtschaftung des Grundstücks zum Ziel hatte, welche nur durch eine Verlegung des Farmgebäudes gewährleistet werden konnte. Hier zeigt sich, wie sehr der *way of necessity* von dem Gedanken einer sinnvollen Nutzung des Bodens bestimmt wird: Wer zur Verwirklichung dieser Leitvorstellung handelt, fällt grundsätzlich in den Schutzbereich des Rechtsinstituts. Wer sich hingegen aus sonstigen Motiven selbst in Wegenot bringt, verwirkt sein Recht; denn er kann nicht erwarten, zur Verbesserung seiner persönlichen Situation nunmehr Dritte in deren Bodennutzung beeinträchtigen zu dürfen.

Aufgrund des wesentlich geringeren Ausmaßes der landwirtschaftlichen Betriebe sind derartige Fälle in Deutschland nicht in gleicher Weise relevant geworden. Die mit der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches betrauten Kommissionen beschäftigte eine andere Form selbst verursachter Wegenot, nämlich die Frage, ob eine Änderung oder Intensivierung der Grundstücksnutzung zu einem Notweg berechtigt. Der deutsche Gesetzgeber entschloß sich schließlich, das Notwegrecht zur Förderung einer dynamischen Bodennutzung bewußt entwicklungs offen gestalten. So wurde eine im ursprünglichen Entwurf zum heutigen § 917 BGB vorgesehene Beschränkung auf die „bisherige“ Benutzung mit dem Ziel gestrichen, einen Notweg auch zur Ermöglichung einer geplanten Nutzungsänderung gewähren zu können⁵¹.

Wird also für ein bisher brachliegendes Grundstück ein Notweg verlangt, weil der bestehende Zugang für eine vorgesehene gewerbliche Nutzung nicht ausreicht, so darf der Notweg nicht allein deshalb versagt werden, weil der vorhandene Zugang für die bisherige Nutzung ausreichend war. Ebenso kann ein Notweg zur Intensivierung der bisherigen Nutzung beansprucht werden. So liegt es etwa, wenn der aus betrieblichen Gründen erforderliche Einsatz schwerer Maschinen einen bisher genutzten Weg wegen dessen unsicheren Untergrundes als nicht mehr ausreichend erscheinen läßt⁵². Voraussetzung ist in solchen Fällen nur, daß die beabsichtigte Nutzungsweise ihrerseits den natürlichen Gegebenheiten (der „ordnungsmäßigen Benutzung“) entspricht. Hieran fehlt es nach einer Entscheidung

⁴⁹ *Carter v. Driemeyer* (1913) 34 NLR 1, 6 (per Broome J.).

⁵⁰ (1923) 44 NLR 166.

⁵¹ Siehe Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Band III (1899) 152 f.

⁵² *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 917 Rz. 23.

des Reichsgerichts, wenn auf dem eingeschlossenen Grundstück ein Unternehmen begonnen werden soll, das von vornherein nicht ohne eine umfangreiche Inanspruchnahme anderer Grundstücke durchführbar ist⁵³.

Auch dieser grundlegenden Entscheidung des deutschen Gesetzgebers liegt ersichtlich das Bestreben zugrunde, eine effiziente Nutzung des Bodens zu fördern. Änderungen der Bewirtschaftung von Grundstücken, wie sie gerade im Zeitalter der Industrialisierung geboten erschienen, sollten ermöglicht werden, soweit sie dem natürlichen Potential des Grundstücks entsprachen.

3. WEGENOT DURCH VERÄÜBERUNG VON GRUNDSTÜCKSTEILEN

Eine in der Praxis besonders häufige Fallgruppe für die Entstehung von Wegenot bildet die Veräußerung von Grundstücksteilen. Da das ursprünglich einheitliche Grundstück vielfach nur einen Zugang zur Straße besessen haben wird, kann durch die Veräußerung eines Teiles entweder der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von den öffentlichen Wegen abgeschnitten werden. Dies wirft dann keine Probleme auf, wenn die Frage des Zugangs zur Straße – wie zumeist – von den Parteien vertraglich geregelt wird. Sofern dies jedoch nicht der Fall ist, stellt sich die Frage, ob der eingeschlossene Grundeigentümer gleichwohl von seinem Vertragspartner, dessen etwaigem Rechtsnachfolger oder sogar von einem anderen (unbeteiligten) Nachbarn die Duldung eines Notweges verlangen kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 918 Abs. 2 BGB eine besondere Regelung für derartige Fälle geschaffen, die als Sonderfall des selbstverursachten Notwegebedarfs (§ 918 Abs. 1 BGB) betrachtet wird⁵⁴. Danach „hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden“. Der BGH hat entschieden, daß damit zugleich das Notwegrecht gegenüber Grundstücken anderer Nachbarn ausgeschlossen wird⁵⁵. Ein Notweg über das Grundstück eines Dritten ist im Zusammenhang mit Teilveräußerungen nur in einem ungewöhnlichen Ausnahmefall anerkannt worden, in dem alle Beteiligten sich über den Verlauf der Grundstücksgrenzen geirrt hatten⁵⁶. Die Berechtigung konkretisiert sich demnach auf dasjenige Grundstück, das bisher die rechtliche und tatsächliche Verbindung ermöglichte⁵⁷. Der spezielle Notweg nach § 918 Abs. 2 BGB gilt aber auch für und gegen alle Rechtsnachfolger der an der Veräußerung beteiligten Grundeigentümer⁵⁸.

Auch das südafrikanische Recht hat das Problem der Wegenot bei Veräußerung von Grundstücksteilen aufgegriffen. Sowohl in den römisch-holländischen Quellen⁵⁹ als auch in frühen Entscheidungen südafrikanischer Gerichte⁶⁰ findet sich

⁵³ RGZ 157, 305, 309.

⁵⁴ Vgl. etwa *Säcker* in: Münchener Kommentar (oben N. 20) § 918 Rz. 5.

⁵⁵ BGHZ 53, 166, 170 f.

⁵⁶ Vgl. OLG München, NJW-RR 1993, 474 (nach Auffassung des Gerichts fehlt es im Hinblick auf den schuldlosen Irrtum des Klägers an einer „willkürlichen Handlung“ i. S. d. § 918 Abs. 1 BGB, welche auch im Rahmen des § 918 Abs. 2 BGB erforderlich sei).

⁵⁷ *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 918 Rz. 7.

⁵⁸ *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 918 Rz. 8 m. w. Nachw.

⁵⁹ Siehe *van Leeuwen*, Rooms-Hollands-Regt (1686) 2 21 12.

⁶⁰ *Peacock v. Hodges* (1876) 6 Buch 65, 71; *Ridden v. Quinn* 1909 EDC 373, 377 f.; *Wilhelm v. Norton* 1935 EDL 143, 169 f.; ferner *Maree v. Raad van Kuratore vir Nasionale Parke* 1964 3 SA 727 (O) 732B.

die Regel, daß bei einer Grundstücksteilung das hintere Grundstück über das vordere einen Zugang zum öffentlichen Weg erhalten müsse. Dieses Recht zur Benutzung des Nachbargrundstücks als Folge einer Grundstücksteilung wird allerdings von den Grundsätzen über den *way of necessity* unterschieden. So besteht etwa Einigkeit darüber, daß die Benutzung – anders als bei einem *way of necessity* (dazu unten VI) – kostenlos zu gewähren ist. Der Sache nach soll es sich um eine stillschweigende Bestellung eines Wegerechts handeln, welches durch Eintragung in das entsprechende Register in eine gewöhnliche Dienstbarkeit umgewandelt werden kann⁶¹. Das südafrikanische Recht ähnelt in diesem Punkt den Regelungen des englischen und US-amerikanischen Common Law. Nach tradierten Grundsätzen des Common Law wird ein sog. *easement of necessity* ausschließlich (!) in der Fallgruppe der Veräußerung von Grundstücksteilen anerkannt; ein darüber hinausgehendes Notwegrecht ist nicht vorgesehen⁶². Sofern die strengen Voraussetzungen erfüllt sind, wird die Benutzung des fremden Grundstücks ebenfalls ohne Ausgleichs- oder Entschädigungspflicht gestattet. Das Institut wird maßgeblich auf einen hypothetischen Parteiwillen zurückgeführt, weshalb z. B. ein ausdrücklicher Ausschluß möglich ist.

In der Tat läßt sich nicht leugnen, daß sich die Fallgruppe der Veräußerung von Grundstücksteilen aufgrund der rechtsgeschäftlichen Verbindung zwischen den Parteien von anderen Fällen der Wegenot unterscheidet. Daher wurde auch bei der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Sonderbehandlung dieser Konstellation erwogen. Ein Antrag auf Einführung einer eigenständigen Vorschrift (damals § 110 a), die u. a. eine entschädigungslose Duldungspflicht vorgesehen hätte, wurde jedoch von der Ersten Kommission abgelehnt⁶³. Heute wird § 918 Abs. 2 BGB als Teil eines einheitlichen Notwegrechtes begriffen, so daß insbesondere auch die Entschädigungspflicht gemäß § 917 Abs. 2 BGB eingreift (näher dazu unten VI)⁶⁴.

Im Hinblick auf den beschriebenen Ausschluß eines Notweges über Grundstücke Dritter im deutschen Recht (§ 918 Abs. 2 BGB) verdient es schließlich noch Erwähnung, daß in einigen jüngeren südafrikanischen Entscheidungen Zweifel an einem zwingenden Vorrang des stillschweigend bestellten Wegerechts gegenüber einem *way of necessity* über Liegenschaften Dritter geäußert wurden. In der Rechtssache *Matthews v. Richmond Road Board*⁶⁵ hielt das Gericht einen solchen Vorrang wegen der enormen Größe der landwirtschaftlichen Betriebe in Südafrika für unangemessen. Wenn der Weg über das benachbarte Land des Dritten wesentlich kürzer sei als die Verbindung über das Grundstück des Veräußerers, könne ein *way of necessity* nicht kategorisch ausgeschlossen werden. Dieser Ansatz

⁶¹ Siehe *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 674E, 675B-C; ferner *van der Merwe/Lubbe*, 1979 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 123.

⁶² Zum englischen Recht siehe etwa Gale on Easements (16. Aufl. 1997) Rz. 3-86 ff.; *Sara*, Boundaries and Easements (1996) S. 249 ff.; für die USA siehe Restatement (3rd) of the Law of Property, Servitudes, Band 1 (2000) § 2.15 comment a. Zu der Tendenz vieler Staaten, diese fragmentarische Regelung des Common Law durch spezialgesetzliche Vorschriften zu ergänzen, siehe unten VII.

⁶³ Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 3852 ff. (abgedruckt in: *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I [1985] S. 492 f.).

⁶⁴ *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 918 Rz. 8. Falsch insoweit die Darstellung des deutschen Rechts bei *Bradbrook*, 10 Sydney L. Rev. 39, 54, 56 (1982-1985).

⁶⁵ 1967 3 SA 244 (N). Siehe ferner *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 674C.

zeugt erneut von dem Gedanken der Förderung einer möglichst effizienten Nutzung des Bodens.

V. VERLAUF DES NOTWEGES

Der nachbarliche Interessenkonflikt tritt besonders offen zu Tage, wenn es darum geht, den konkreten Verlauf des Notweges zu bestimmen. Nach deutschem Recht kann der wegebedürftige Eigentümer die „Herstellung der erforderlichen Verbindung“ verlangen (§ 917 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei mehreren möglichen Verbindungen über dasselbe Grundstück oder mehreren zur Verfügung stehenden Nachbargrundstücken kommt es zu einer Abwägung des Interesses an der geringsten Belastung durch den Notweg und des – oftmals gegenläufigen – Interesses an der größtmöglichen Effektivität der Verbindung. Dabei sollen auch die historisch gewachsenen Wegeverhältnisse Beachtung finden⁶⁶. Uneinigkeit besteht darüber, ob die widerstreitenden Interessen auf dieser Ebene annähernd gleichrangig zu berücksichtigen sind. Einige Stimmen im deutschen Schrifttum treten für eine prinzipielle Gleichrangigkeit ein⁶⁷, während andere die Interessen des belasteten Nachbarn bis zur Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit für den wegenotleidenden Grundeigentümer bevorzugen wollen⁶⁸. Diese Differenzen sind Ausdruck unterschiedlicher Auffassungen über die Funktion des Notwegrechtes im nachbarlichen Verhältnis: Wer die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) betont, wird die Interessen des eingeschlossenen Eigentümers nicht einseitig zurückdrängen wollen; letzteres erscheint hingegen geboten, wenn die Belastung des Nachbarn durch den Notweg gleichsam als Sonderopfer zur Überwindung einer Notstandssituation betrachtet wird.

In Südafrika greifen die Gerichte (bzw. die *Road Boards* in Natal) bei der Bestimmung des *way of necessity* auf Grundsätze des römisch-holländischen Rechts zurück⁶⁹. Danach ist der *way of necessity* unter möglichst geringer Beeinträchtigung der benachbarten Grundstücke und zugleich auf möglichst direktem Wege zur öffentlichen Straße festzulegen („*cum minimo damno et ex ea regione fundi quae proxime ducit in viam publicam*“)⁷⁰. Hieraus kann sich ein Zielkonflikt ergeben, wenn die kürzeste Verbindung über ein Grundstück verläuft, das durch den *way of necessity* erheblich beeinträchtigt würde. In einem solchen Fall wird der Eigentümer des eingeschlossenen Grundstücks auf den längeren Weg über ein anderes Grundstück verwiesen⁷¹. Sobald das betroffene Grundstück ermittelt ist, muß die kürzeste und zugleich schonendste Verbindung über diese Fläche festgelegt werden. Im römisch-holländischen Recht war dies grundsätzlich eine Strecke entlang der jeweiligen Grundstücksgrenzen, vermutlich aufgrund der Erwägung, daß die Nutzung des betroffenen Grundstücks im Grenzbereich am wenigsten ausgeprägt sei. In Südafrika wird diese strenge Vorgabe für unpassend gehalten, da angesichts

⁶⁶ Vgl. hierzu Art. 694 Abs. 2 des schweizerischen ZGB, wonach sich der Duldungsanspruch „in erster Linie gegen den Nachbarn [richtet], dem die Gewährung des Notweges wegen der früheren Eigentums- und Wegeverhältnisse am ehesten zugemutet werden darf“.

⁶⁷ So vor allem *Säcker/Paschke*, NJW 1981, 1009, 1013 ff.; *Säcker* in: Münchener Kommentar (oben N. 20) § 917 Rz. 27 ff.

⁶⁸ Siehe *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 917 Rz. 38 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. *Cadle v. Martins* (1882) 3 NLR 83; *Leask v. Pellew* (1890) 11 NLR 74; *Wilhelm v. Norton* 1935 EDL 143, 168.

⁷⁰ So *van der Keessel* (oben N. 15) 2 35 11. Siehe ferner etwa *van Leeuwen*, Rooms-Hollands-Regt (oben N. 59) 2 21 7-8; *ders.*, *Censura Forensis* (oben N. 15) 1 2 14 34; *Voet* (oben N. 15) 8 3 4; *van der Aa* (oben N. 34) 1 2 18 11; *Christinaeus* (oben N. 15) 14 51.

⁷¹ Vgl. *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 672H-673A.

wesentlich größerer Grundstücke (insbesondere im landwirtschaftlichen Bereich) auch ein anderer zumutbarer Verlauf in Betracht kommen könne⁷².

Beide Rechtsordnungen erkennen somit an, daß der eingeschlossene Grundeigentümer nicht unbedingt die kürzeste Verbindung zu den öffentlichen Wegen beanspruchen kann. Vielmehr ist nach einem möglichst schonenden Ausgleich der beiderseitigen Interessen zu suchen, wobei den Interessen des betroffenen Nachbarn besonderes Gewicht zukommt.

VI. ENTSCHÄDIGUNG

Nach deutschem Recht braucht der Nachbar die ihm auferlegte Beschränkung seiner Eigentümerbefugnisse nicht entschädigungslos zu dulden. Für die Dauer des Notwegrechtes steht ihm nach § 917 Abs. 2 BGB eine jährlich im voraus zu entrichtende Geldrente zu. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich bewußt gegen eine Kapitalentschädigung in Form einer einmaligen Zahlung, um der ungewissen Dauer des Notwegrechtes Rechnung zu tragen⁷³. Auf diese Weise sollten Auseinandersetzungen über eine teilweise Rückzahlung im Falle eines baldigen Erlöschens des Notweges vermieden werden. Bei der Bemessung der Rentenhöhe ist nach einer Entscheidung des BGH nicht auf den Vorteil oder Nutzen abzustellen, den der Berechtigte aus dem Notweg zieht, sondern allein auf den Umfang der dem verpflichteten Eigentümer durch die Duldungspflicht entstehenden Beeinträchtigung⁷⁴. Als entscheidender Rechnungsposten dient die Minderung des Verkehrswertes, die das gesamte Grundstück durch den Notweg erfährt⁷⁵.

Auch das südafrikanische Recht gewährt dem Nachbarn einen Ausgleich für die mit dem *way of necessity* verbundenen Einschränkungen, sofern nicht – wie bereits gezeigt wurde – die Wegenot als Folge einer Veräußerung von Grundstücksteilen ist. Anders als das deutsche Recht sieht das südafrikanische jedoch keine wiederkehrende Zahlung in Form einer Geldrente, sondern die einmalige Zahlung eines angemessenen Preises (*iustum pretium*) vor⁷⁶. Dessen Höhe orientiert sich sowohl an den Vorteilen des Berechtigten als auch an den mit dem *way of necessity* verbundenen Beeinträchtigungen.

VII. ERGEBNIS

Der Vergleich des deutschen und des südafrikanischen Rechts fördert erstaunliche Übereinstimmungen bei grundlegenden Wertentscheidungen – und sogar in vielen Detailfragen – zu Tage. Beide Rechtsordnungen haben auf unterschiedlichen Wegen umfassende Regeln für Fälle der Wegenot entwickelt, die in vergleichbaren Situationen oftmals zu denselben Ergebnissen führen. So haben

⁷² Siehe *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 675D.

⁷³ Siehe Motive III (oben N. 18) S. 292; vgl. ferner Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 3860 ff. (abgedruckt in: *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I [1985] S. 494 f.).

⁷⁴ BGHZ 113, 32, 34 f.

⁷⁵ BGHZ 113, 32, 35 f.

⁷⁶ Siehe z. B. bereits *Voet* (oben N. 15) 8 3 4; ferner *Wilhelm v. Norton* 1935 EDL 143, 178; *Wiles v. Praeg* 1952 1 SA 87 (T) 89; *van Rensburg v. Coetzee* 1979 4 SA 655 (A) 676A-676D.

sich beide Systeme von dem Konzept einer Beschränkung des Notweges auf Fälle absoluter Verbindungslosigkeit gelöst. Ein Recht zur Benutzung benachbarter Grundstücke wird auch dann erkannt, wenn bestehende Verbindungen über eigenes Land nicht ausreichen, um die angemessenen Bedürfnisse eines Grundstücks zu erfüllen. Auch eine Steigerung des Wegebedarfs aufgrund intensivierter oder geänderter Nutzung des Grundstücks kann im Einzelfall zu einem Notweg bzw. einem *way of necessity* führen, was im deutschen Recht besonders deutlich anerkannt ist. Gleichzeitig wird den Interessen des betroffenen Nachbarn an einer möglichst ungestörten Nutzung seines Grundeigentums Rechnung getragen. Nach beiden Rechtsordnungen ist bei der Bestimmung des konkreten Verlaufs des Notweges auf eine möglichst weitgehende Schonung des Nachbarn zu achten; zudem ist dieser für die ihm entstehende Beeinträchtigung zu entschädigen.

Natürlich offenbaren sich in einzelnen Bereichen auch Differenzen, etwa im Hinblick auf Fälle der Veräußerung von Grundstücksteilen (oben IV 3) oder bei der rechtlichen Ausgestaltung der Entschädigung (oben VI). Hierbei handelt es sich jedoch primär um rechtstechnische Unterschiede, die nicht auf erheblichen Wertungsdivergenzen beruhen. Auch versteht es sich von selbst, daß unterschiedliche klimatische Bedingungen und abweichende Nutzungs- und Bewirtschaftungsformen landestypische Problemfälle hervorgebracht haben, die für die jeweils andere Rechtsordnung nicht in gleicher Weise relevant geworden sind.

Entscheidend ist letztlich, daß beide Rechtsordnungen durch die Anerkennung eines allgemeinen Notwegrechtes ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht haben, sich von der römisch-rechtlichen Vorstellung absoluter und uneingeschränkter Herrschaft über privates Eigentum zu lösen. Die mit dem Notweg bzw. dem *way of necessity* einhergehende inhaltliche Beschränkung der Befugnisse des betroffenen Nachbarn zeugt von einer Sozialbindung des Eigentums, dessen „Gebrauch [...] zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ soll (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG). Die Anerkennung des Notwegrechtes bzw. des *way of necessity* trägt insoweit nicht nur einer individuellen Notlage, sondern auch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst sinnvollen Nutzung der natürlichen (Boden-) Ressourcen Rechnung⁷⁷. Als Beleg hierfür dienen insbesondere die Fallgruppen der Nutzungsänderung oder -intensivierung (oben IV 2).

Das öffentliche Interesse ergibt sich in diesem Zusammenhang vor allem aus den Besonderheiten des nachbarlichen Verhältnisses. Wie eingangs festgestellt wurde (oben I), hebt die rechtliche Aufspaltung des Bodens in selbständige Grundstücke den natürlichen Zusammenhang zwischen den einzelnen Flächen nicht auf. Das öffentliche Recht berücksichtigt diesen Zusammenhang vor allem im Bereich des Baurechts in vielfältiger Weise. Im privaten Nachbarrecht kann die Abhängigkeit des einen Grundeigentümers von einem freiwilligen Zugeständnis seines Nachbarn zu einer monopolartigen Situation führen, deren Folgen dem öffentlichen Interesse zuwiderliegen. So hat der Redaktor des sachenrechtlichen

⁷⁷ Diesen Gesichtspunkt unterschätzt *Roth* in: Staudinger (oben N. 21) § 917 Rz. 1. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von *Roth* zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf, OLGZ 1992, 208, wo allein (zutreffend) festgestellt wird, daß ein Notweg nicht für eine den Gemeinden obliegende Aufgabe der schlichten Hoheitsverwaltung (Herstellung eines im öffentlichen Gemeingebrauch stehenden Zugangs zu einem Kinderspielplatz) verlangt werden kann. Zu Hinweisen auf die Bedeutung des öffentlichen Interesses in den Materialien zum BGB siehe die folgende Note.

Vorentwurfs für das Bürgerliche Gesetzbuch, *Reinhold Johow*, bereits 1880 treffend formuliert: „Wenn aber auch das Zugangsbedürfnis hiernach ein subjektives ist, so liegt doch insofern ein öffentliches Interesse vor, als der Zwang der von einer Zugangsnoth betroffenen kleineren Grundbesitzer zur Veräußerung an die Umlieger – wobei wegen der Beschränktheit der Konkurrenz der Preis bedeutend heruntergedrückt wird – ein fühlbarer Mißstand sein würde.“⁷⁸

Erweitert man zum Abschluß die rechtsvergleichende Perspektive über die beiden hier näher diskutierten Rechtsordnungen hinaus, so fällt vor allem der abweichende Ansatz des englischen und US-amerikanischen Common Law⁷⁹ auf. Wie bereits angedeutet wurde (oben IV 3), ist ein *easement of necessity* nach Common Law nur für eine sehr spezielle Fallgruppe anerkannt, nämlich für die auf einer Teilveräußerung beruhende absolute Verbindungslosigkeit, und zwar ohne finanzielle Entschädigung zugunsten des betroffenen Grundeigentümers. Interessant ist, daß dieses begrenzte Konzept des Common Law mehr und mehr als unzureichend empfunden wird. Während der letzten drei Jahrzehnte haben viele US-amerikanische Bundesstaaten, einige australische Gliedstaaten sowie etwa Neuseeland gesetzliche Vorschriften erlassen, die ein allgemeines Recht auf Zugang zu eingeschlossenen Grundstücken vorsehen⁸⁰. Dieses Recht löst sich regelmäßig auch von dem nach Common Law bestehenden Erfordernis einer absoluten Verbindungslosigkeit und läßt es genügen, wenn die Benutzung des fremden Grundstücks „reasonably necessary“ ist. Soweit entsprechende gesetzliche Vorschriften noch fehlen, wird deren Erlaß im einschlägigen Schrifttum gefordert, um eben jene Mißstände zu vermeiden, die *Reinhold Johow* in der soeben zitierten Passage seiner Entwurfsbegründung bereits vor 120 Jahren angesprochen hat: *Bradbrook* hat das Konzept des Common Law aus australischer Sicht als eine überaus unbefriedigende Regelung nach dem Schema alles-oder-nichts („all or nothing“) bezeichnet, weil es entweder zu einer entschädigungslosen Belastung des Nachbarn oder zu einem für den eingeschlossenen Grundeigentümer unverhältnismäßig kostspieligen Zwang zum Erwerb eines rechtsgeschäftlichen Wegerechts führe⁸¹. Und so zeigt sich, daß ein aus deutscher Sicht recht entlegenes und etwas verstaubtes Rechtsinstitut im Lichte der Rechtsvergleichung durchaus seine aktuelle Bedeutung hat.

⁷⁸ *Johow*, Begründung zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht (1880) S. 603; abgedruckt in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1982). Zur Bedeutung des öffentlichen Interesses für das Notwegrecht führt *Johow* a.a.O. aus: „Der Gesichtspunkt, aus welchem allein im Falle der nicht verschuldeten Zugangsnoth die Forderung eines nachbarlichen Zugeständnisses sich rechtfertigt, ist derjenige des öffentlichen Interesses an der Benutzbarkeit des Grundbesitzes [...].“

⁷⁹ Gemeint ist hier das Common Law im engeren Sinne (in Abgrenzung zum parlamentarischen Gesetzesrecht und zur Rechtsmasse der *Equity*). Zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs siehe *Zweigert/Kötz* (oben N. 14) § 14 III (S. 185).

⁸⁰ Für die USA siehe etwa die Regelung Floridas, Fl. Stat. Ann. §§ 704.01-04; für weitere Nachweise zu Vorschriften aus anderen Bundesstaaten siehe Restatement (3rd) of the Law of Property (oben N. 62) Anhang zu § 2.15. Zu den Regelungen Queenslands, Tasmaniens und Neuseelands siehe *Bradbrook*, 10 Sydney L. Rev. 39, 46 ff. (1982-1985).

⁸¹ *Bradbrook*, 10 Sydney L. Rev.) 39, 45 (N. 30) (1982-1985).

ANGABEN FÜR DAS AUTORENVERZEICHNIS

- VAN DER MERWE, CORNELIUS G., Professor of Civil law, University of Aberdeen, Schottland; vormals Professor in Private law, University of Stellenbosch, Südafrika; BCL, University of Oxford; LLD, University of South Africa.

- VON HINDEN, MICHAEL, Dr. iur., Universität Hamburg; 1996-1999 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; z. Zt. Joseph Story Research Fellow, Harvard Law School, Cambridge/Mass.