

# Gutachten

*zur Frage  
des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs  
bei den Art. 712a ff. ZGB (Stockwerkeigentum)*

vom 20. August 2018

verfasst von

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Universität Luzern, und  
Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Universität Freiburg  
im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern

## Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen .....	3
1. Gutachterauftrag .....	3
2. Schaffung und bisherige Entwicklung des geltenden Stockwerkeigentumsrechts (Übersicht) .....	3
3. Einige Rahmenbedingungen für eine mögliche Gesetzesrevision.....	6
A. Diversität der Stockwerkeigentumsverhältnisse .....	6
B. Freiheit und Zwang .....	6
C. Bedürfnis nach Rechtssicherheit .....	7
4. Grundsätzliche Bewährtheit des Stockwerkeigentumsrechts .....	7
II. Grundstrukturen des schweizerischen Stockwerkeigentums (Art. 712a–712c ZGB) ..	8
1. Gesetzliche Ausgangslage .....	8
2. Das Phänomen der fixen Raumzuteilung .....	9
3. Freiheit und Einschränkungen der Nutzung einer Sonderrechtseinheit .....	11
4. Besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen .....	14
A. Praktisches Bedürfnis, Gesetzeslücke, Rechtsnatur .....	14
B. Trägerschaft und Übertragung .....	15
C. Kostentragung und bauliche Massnahmen.....	16
D. Aufhebung .....	17
E. Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	17
5. Ausschluss eines Stockwerkeigentümers aus der Gemeinschaft.....	18
6. Vermutung von Art. 712b Abs. 3 ZGB .....	20
III. Entstehung und Untergang (Art. 712d–712f ZGB) .....	21
1. Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes .....	21
A. Lücke im ZGB, Regelung im Verordnungsrecht .....	21
B. Obligationenrechtliche Probleme (pro memoria).....	22
C. Sachenrechtliche Probleme .....	24
a. Aufteilungsplan .....	24
b. Mitwirkungsrechte der Stockwerkeigentümer bei .....	24
Planabweichungen .....	24
c. Konkurs des Verkäufers/Werkunternehmers .....	26
d. Anmerkung im Grundbuch und Anzeige .....	27
der Fertigstellung des Gebäudes .....	27

D.	Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	29
2.	Stockwerkeigentum gestützt auf ein Baurecht .....	30
IV.	Verwaltung und Benutzung im Allgemeinen (Art. 712g ZGB).....	33
1.	Bauliche Massnahmen .....	33
A.	Berechnung der Quoren .....	33
B.	Abgrenzung der einzelnen baulichen Massnahmen .....	34
C.	Qualifizierung baulicher Massnahmen im Partikularinteresse .....	
	einzelner Stockwerkeigentümer .....	35
2.	Sonderfall des Ersatzneubaus .....	37
3.	Schaffung und Rolle von Untergemeinschaften .....	
	bei kombiniertem Stockwerkeigentum .....	39
V.	Kosten und Haftung (Art. 712h–712k ZGB) .....	43
1.	Erneuerungsfonds .....	43
A.	Geltendes Recht und Rechtsvergleichung .....	43
B.	Vor- und Nachteile einer zwingenden Regelung .....	44
C.	Rechtliche Probleme des Erneuerungsfonds .....	45
D.	Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	47
2.	Gesetzliche Mittel zur Sicherung der Beitragsforderung .....	48
VI.	Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft (Art. 712l ZGB).....	52
1.	Im Allgemeinen .....	52
2.	Recht zur Geltendmachung von Mängeln .....	
	an den Sonderrechtsteilen insbesondere .....	54
3.	Recht zur Geltendmachung von Mängeln .....	
	an den gemeinschaftlichen Teilen insbesondere .....	54
4.	Stellungnahme .....	59
VII.	Versammlung der Stockwerkeigentümer (Art. 712m–712p ZGB).....	61
1.	Verweis auf das Vereinsrecht .....	61
2.	Ausschluss vom Stimmrecht bei gemeinschaftswidrigem Verhalten?.....	63
3.	Beschlussfassung und Protokollierung .....	65
4.	Sonderfragen bei Zweiergemeinschaften .....	68
VIII.	Zusammenfassung.....	69
1.	Grundsätzliche Bewährtheit des geltenden Stockwerkeigentumsrechts.....	69
2.	Sachfragen, für die klarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht .....	70
A.	Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes.....	70
B.	Stockwerkeigentum gestützt auf ein Baurecht .....	70
C.	Besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen.....	71
D.	Gesetzliche Mittel zur Sicherung der Beitragsforderung.....	71
E.	Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft .....	71
F.	Ausschluss eines Stockwerkeigentümers aus der Gemeinschaft .....	72
3.	Weitere bei einer Revision zu prüfende Sachfragen.....	72
	Literatur .....	74

## I. Vorbemerkungen

### 1. Gutachterauftrag

1. Am 11. Dezember 2017 wurden die beiden Gutachter beauftragt, den **gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712a ff. ZGB)** aufzuzeigen. Dies geschah im Anschluss an das Postulat (Caroni) Feller 14.3832 vom 25. September 2014 «Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum; Zeit für eine Gesamtschau». Mit der Annahme dieses Postulats hatte das Parlament den Bundesrat beauftragt, zu prüfen und in einem Bericht darzulegen, inwiefern im Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712a ff. ZGB) fünfzig Jahre seit seiner Einführung Anpassungsbedarf besteht.
2. Explizit vom Auftrag **ausgeklammert** wurden folgende beiden Themengebiete, die Gegenstand separater Arbeiten des Bundesamtes für Justiz bildeten:
  - Mängelrechte des Erwerbers von Stockwerkeigentum gegenüber dem Verkäufer bzw. (beim Erwerb ab Plan) gegenüber dem Werkunternehmer – Motion Fässler Osterwalder 09.3392 vom 29. April 2009 («Stärkere Rechte der Bauherrschaft bei der Behebung von Baumängeln») und Parlamentarische Initiative Gössi 14.453 vom 25. September 2014 («Für verbindliche Haftungsregelungen beim Kauf neuer Wohnungen»).
  - Fragestellungen im Zusammenhang mit der besseren Absicherung geleisteter Vorauszahlungen des Erwerbers von Stockwerkeigentum ab Plan.
3. Für die Untersuchung haben wir folgendes **Vorgehen** gewählt: In den weiteren Vorbemerkungen stellen wir zunächst (2.) übersichtsmässig die Schaffung und bisherige Entwicklung des geltenden Stockwerkeigentumsrechts dar. Anschliessend werden (3.) einige Rahmenbedingungen für eine mögliche Gesetzesrevision erläutert und (4.) die grundsätzliche Bewährtheit des geltenden Rechts festgehalten. Im Hauptteil (II.–VII.) untersuchen wir sodann – gegliedert in die zentralen Themen des Stockwerkeigentumsrechts – den gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Einzelnen. Den Abschluss (VIII.) bildet eine Zusammenfassung.<sup>1</sup> Rechtsprechung und Lehre wurden bis 1. Juli 2018 berücksichtigt.

### 2. Schaffung und bisherige Entwicklung des geltenden Stockwerkeigentumsrechts (Übersicht)

1. In der ursprünglichen Fassung des Zivilgesetzbuches, wie sie am 1. Januar 1912 in Kraft trat, war das Stockwerkeigentum bewusst nicht vorgesehen.<sup>2</sup> Die Rechtsgrundlage auf Bundesebene wurde erst durch das **Bundesgesetz über die Änderung des**

---

<sup>1</sup> Das Literaturverzeichnis befindet sich ganz hinten.

<sup>2</sup> Zu den Gründen im Einzelnen vgl. an Stelle vieler die Botschaft 1962, S. 1461 ff., sowie MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB, N 5 f. Dort (N 3 und 83 ff.) finden sich auch Ausführungen zu den vorangehenden Stockwerkeigentumsordnungen des kantonalen Privatrechts.

**vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19. Dezember 1963** geschaffen (Art. 712a–712t ZGB) und auf den 1. Januar 1965 in Kraft gesetzt.<sup>3</sup> Vereinzelt Bestimmungen fanden sodann Eingang in die Grundbuchverordnung.

Wesentliches **rechtspolitisches Ziel** der Wiedereinführung des Stockwerkeigentums war die **Förderung und breite Streuung des Wohneigentums in der Schweiz**: Angesichts der auch im internationalen Vergleich tiefen (Wohn-)Eigentumsquote sollte eine möglichst grosse Zahl von Mitbürgern die Möglichkeit erhalten, «Eigentümer ihrer Wohnung, Werkstatt oder Geschäftslokalität zu werden».<sup>4</sup> Ausserdem sollte verhindert werden, dass Bauland immer mehr in die Hände grosser Kapitalgesellschaften übergeht.<sup>5</sup>

2. Rechtsdogmatische **Basis** des Stockwerkeigentums war (und ist) das auf den 1. Januar 1965 ebenfalls revidierte **Miteigentum**: Stockwerkeigentum ist gemäss Art. 712a Abs. 1 ZGB «der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen». Ausserdem weisen die Art. 712a–712t ZGB enge Bezüge zum Grundbuchrecht auf.
3. Eine geringfügige materielle<sup>6</sup> **Revision** erfuhr das Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712e, 712f und 712g ZGB, samt Änderung einiger Bestimmungen des Miteigentumsrechts wie Art. 647 und 649a ZGB) durch die ZGB-Änderung vom 11. Dezember 2011 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), die am 1. Januar 2012 in Kraft trat.<sup>7</sup>

Weitere Bemühungen zur Revision von Einzelpunkten des Stockwerkeigentumsrechts hatten bis anhin keinen Erfolg. Diverse parlamentarische Vorstösse der Jahre 2012 und 2013 wurden von den eidgenössischen Räten abgelehnt oder aus zeitlichen Gründen abgeschrieben, so die Motion Filippo Leutenegger 12.3168 vom 14. März 2012 («Lockerung des Einstimmigkeitsprinzips im Stockwerkeigentumsrecht beim Ersatzneubau»), die Anfrage Chevalley 12.1127 vom 14. Dezember 2012 («Stock-

<sup>3</sup> Erlass AS 1964, S. 993 ff.; Inkraftsetzung AS 1964, S. 1005; zum Ganzen vgl. auch MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB, N 14 ff.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 49 ff.

<sup>4</sup> Botschaft 1962, S. 1469 mit Hinweis auf parlamentarische Vorstösse. Aus der parlamentarischen Beratung etwa Amtl.Bull. NR 1963, S. 185 und 187 (Votum Berichterstatter FURGLER); Amtl.Bull. StR 1963, S. 206 (Votum Berichterstatter BOLLA).

<sup>5</sup> Botschaft 1962, S. 1469; Amtl.Bull. StR 1963, S. 205 (Votum Berichterstatter BOLLA).

<sup>6</sup> Zu weiteren, eher formellen Anpassungen im Zuge der Schaffung oder Revision anderer Erlasse (Gerichtsstandsgesetz und Schweizerische Zivilprozessordnung) vgl. WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 159 ff. Zum Projekt der Abschaffung des Retentionsrechts vgl. hinten V./2.

<sup>7</sup> AS 2011, S. 4637 ff. Vgl. auch Botschaft zum Register-Schuldbrief, S. 5302 f. und 5308 f. In dieser Vorlage nicht weiterverfolgt wurde auf Grund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens das noch im Vorentwurf enthaltene Rechtsinstitut des «Raumrechts» (a.a.O., S. 5294 und 5300 f. mit Hinweis auf die Prüfung dieses Instituts durch das EJPD ausserhalb der Vorlage).

werkeigentum und energetische Erneuerung») und die Interpellation Vogler 13.3552 vom 20. Juni 2013 («Probleme bei der Sanierung von Stockwerkeigentum»).<sup>8</sup>

4. **Rechtstatsächliche Informationen** über die Verbreitung und «Realität» des Stockwerkeigentums bestehen nur in rudimentärer Form, von einigen wenigen statistischen Angaben abgesehen.<sup>9</sup> Immerhin lässt sich Folgendes festhalten:

- Die Wohneigentumsquote der Schweiz, verstanden als Anteil der in der eigenen Wohnung lebenden Haushalte, ist seit 1970 stetig gestiegen, und zwar von 28,5 Prozent im Jahr 1970 auf 38,2 Prozent im Jahr 2016.<sup>10</sup> Relativ am stärksten zugenommen hat die Anzahl der Wohnungen im Stockwerkeigentum, nämlich in der Periode von 2000 bis 2013 von 237'700 auf 404'876 (Zunahme von 70 Prozent).<sup>11</sup>
- Fügt man diesen durch die Eigentümer selbst bewohnten Stockwerkeinheiten die in der gleichen Rechtsform begründeten Zweitwohnungen und gewerblich genutzten Einheiten (Geschäftsräume, Büros, Lager usw.) hinzu, so ist die Schätzung plausibel, dass in der Schweiz seit 1. Januar 1965 *etwa eine Million Stockwerkeigentumsanteile* begründet worden sind.<sup>12</sup>
- Im Kanton Zürich stieg die Zahl der Eigentumswohnungen von 107'000 im Jahr 2000 auf 216'080 im Jahr 2015. Auch der Anteil der Wohnungen im Stockwerkeigentum in Mehrfamilienhäusern nahm in diesem Kanton von 5,4 Prozent im Jahr 1990 auf 18,1 Prozent im Jahr 2016 zu.<sup>13</sup>
- Was die *zivilprozessrechtliche Wirklichkeit* angeht, sind Streitfragen um das Stockwerkeigentum in den (publizierten) Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte relativ stark präsent, vor allem in den letzten zwei Jahrzehnten.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Zu den Einzelheiten dieser Vorstösse vgl. DÜRR, S. 268 ff. – Zu den überwiesenen Vorstössen des Jahres 2014 vgl. vorne I./1.

<sup>9</sup> Vgl. auch STEINAUER, 50 ans, S. 18 ff.

<sup>10</sup> Bundesamt für Statistik, Wohneigentumsquote in den Kantonen 2016, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/wohnverhaeltnisse/mieter-eigentuemer.html> (besucht am 11. Juli 2018).

<sup>11</sup> Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Taschenstatistik der Schweiz 2016 (Statistische Grundlagen und Übersichten 121-1600), S. 22 (abrufbar auch unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.350410.html>, besucht am 11. Juli 2018).

<sup>12</sup> CARONI, S. 6.

<sup>13</sup> Statistisches Amt des Kantons Zürich (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch des Kantons Zürich 2018 (28. Ausgabe, Februar 2018), S. 221 (abrufbar auch unter [https://statistik.zh.ch/internet/justiz\\_innere/statistik/de/daten/jahrbuch/\\_jcr\\_content/contentPar/downloadlist\\_0/downloaditems/163\\_1522993002832.spooler.download.1522992903332.pdf/jb\\_18\\_total.pdf](https://statistik.zh.ch/internet/justiz_innere/statistik/de/daten/jahrbuch/_jcr_content/contentPar/downloadlist_0/downloaditems/163_1522993002832.spooler.download.1522992903332.pdf/jb_18_total.pdf), besucht am 11. Juli 2018). Für die Zahlen aus dem Kanton Freiburg vgl. STEINAUER, 50 ans, S. 19 ff.

<sup>14</sup> Vgl. auch STEINAUER, 50 ans, S. 27 f.

### 3. Einige Rahmenbedingungen für eine mögliche Gesetzesrevision

#### A. *Diversität der Stockwerkeigentumsverhältnisse*

1. In mehrfacher Hinsicht lässt sich eine erhebliche **Diversität** der geschaffenen Stockwerkeigentumsverhältnisse feststellen, zum Beispiel:<sup>15</sup>
  - *Diversität nach der Grösse (Anzahl der Einheiten)*: Neben kleinen Gemeinschaften – mit zwei oder drei Stockwerkeinheiten – existieren mittlere oder grosse Stockwerkeigentumsgemeinschaften (allenfalls mit Dutzenden oder sogar noch mehr Einheiten).
  - *Diversität nach der Nutzung*: Ein Grossteil der Stammgrundstücke wird ausschliesslich zu Wohnzwecken genutzt; zusätzlich ist die Unterscheidung in Dauer- und Ferienwohnungen bzw. in Erst- und Zweitwohnungen möglich.<sup>16</sup> Andere Stockwerkeigentumsüberbauungen dienen ausschliesslich gewerblichen Zwecken oder mischen diese mit Wohnzwecken (gemischte Nutzung).
  - *Diversität nach der baulichen Aufteilung der Stockwerkeinheiten*: Neben dem «klassischen» horizontalen Stockwerkeigentum – bei dem die Einheiten hauptsächlich übereinander liegen, kommt auch vertikales Stockwerkeigentum (die Stockwerkeinheiten sind nebeneinander positioniert) vor.<sup>17</sup>
  - *Diversität nach der Art des Stammgrundstücks*: Stockwerkeigentum kann nicht nur auf einer Liegenschaft, sondern auch auf einem Baurechtsgrundstück errichtet werden (vgl. etwa Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).<sup>18</sup>
2. Die beschriebene Diversität zeigt, dass das Stockwerkeigentumsrecht – auch im Fall einer Revision – einer **Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen und unterschiedlicher Bedürfnisse** Rechnung tragen, also eine erhebliche Flexibilität aufweisen muss.

#### B. *Freiheit und Zwang*

1. Das geltende Stockwerkeigentumsrecht ist **relativ liberal ausgestaltet** und entspricht damit der soeben skizzierten Diversität der tatsächlichen Verhältnisse: Wer Stockwerkeigentum errichtet, soll – in den Schranken des Gesetzes – frei sein, die Strukturen den Bedürfnissen der zu schaffenden Gemeinschaft möglichst gut anzupassen.

Der Gesetzgeber kann sich mit anderen Worten in weiten Teilen darauf beschränken, **dispositive Regeln** zu erlassen, also Regeln, die gelten, wenn die Betroffenen nichts anderes vereinbaren. Auch dispositives Gesetzesrecht wirkt durchaus rechtsgestaltend, etwa indem das Gesetz auf Rechtsinstitute hinweist, die der Gemeinschaft im

---

<sup>15</sup> Vgl. auch STEINAUER, 50 ans, S. 21 ff.

<sup>16</sup> Zur Nutzung als Aparthotel vgl. etwa STEINAUER, 50 ans, S. 23 f.

<sup>17</sup> Vgl. hinten IV./3.

<sup>18</sup> Vgl. hinten III./2.

konkreten Fall besonders dienen können, beispielsweise die Einführung eines Vorkaufsrechts (Art. 712c Abs. 1 ZGB) oder die Schaffung eines Erneuerungsfonds (Art. 712l Abs. 1 und Art. 712m Abs. 1 Ziff. 5 ZGB).

2. Das Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Einzelem ist indessen nicht konfliktfrei. **Zwingende gesetzliche Regeln** drängen sich – allgemein gesagt – dort auf, wo Grundfragen der Eigentumsfreiheit (samt Investitionsschutz), des Persönlichkeitsschutzes und des Rechtsfriedens zur Diskussion stehen, also wo:
  - es um die Grundstrukturen des Stockwerkeigentums und namentlich um die Abgrenzung der Sonderrechtsteile von den gemeinschaftlichen Teilen geht;
  - grundlegende Rechte (Rechts- bzw. Minderheitenschutz) und Pflichten des Einzelnen betroffen sind;
  - Regeln für das gute Funktionieren und das friedliche Zusammenleben unerlässlich sind.

### C. *Bedürfnis nach Rechtssicherheit*

1. Die grosse Zahl der seit den 60er-Jahren des 20. Jahrhunderts geschaffenen Stockwerkeigentumsverhältnisse sowie deren Bedeutung für Gesellschaft und Volkswirtschaft bilden auch Anlass dafür, bei allfälligen Revisionen dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit besonders Rechnung zu tragen: Nicht nur für die betroffenen **Stockwerkeigentümer**, deren Interessen das Recht in erster Linie zu dienen hat, sondern auch für die **Grundbuch- und Notariatspraxis** sowie die **Verwalter von Stockwerkeigentum** besteht ein besonderes Bedürfnis nach Sicherheit und Klarheit der Rechtslage.
2. Wo sich gesetzgeberische Änderungen aufdrängen, ist sodann dem **Übergangsrecht** besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

## 4. Grundsätzliche Bewährtheit des Stockwerkeigentumsrechts

1. Das geltende Stockwerkeigentumsrecht wird in der Lehre – gesamthaft betrachtet und trotz punktueller Kritik – **überwiegend positiv bewertet**<sup>19</sup> und als geglückte Lösung,<sup>20</sup> ja bisweilen gar als «Wohneigentumsmodell der Zukunft»<sup>21</sup> bezeichnet. Es hat namentlich seit seinem Inkrafttreten einen substanziellen Beitrag zur Förderung und Streuung des Wohneigentums in der Schweiz geleistet.

---

<sup>19</sup> Zum Beispiel FRIEDRICH, Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?, S. 68 ff. und 83 (aus der Perspektive von 1986, also nach den ersten rund 20 Jahren seit dem Inkrafttreten der Art. 712a ff. ZGB).

<sup>20</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB, N 20. Im Tenor auch WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda, S. 196 f.

<sup>21</sup> CARONI, S. 7.

2. Auf diskutable oder verbesserungswürdige Punkte der gesetzlichen Regelung wird im Folgenden ausführlich einzugehen sein. Vorweg sei jedoch festgehalten, dass sich das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht in dogmatisch-struktureller Sicht auch nach der hier vertretenen Auffassung **grundsätzlich bewährt** hat. Das gilt namentlich für:
- die Grundstruktur des Stockwerkeigentums als besonders ausgestaltetes Miteigentum;
  - die grundsätzliche Unterteilung der Gebäudeteile in Sonderrecht und gemeinschaftliche Teile;
  - die Rolle des Grundbuchs und der Grundbuchämter sowie der Urkundspersonen bei der Errichtung von Stockwerkeigentum;
  - die Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümer im Allgemeinen;
  - die Stellung der Stockwerkeigentümerversammlung und des Verwalters; und
  - die Grundsätze zur Kostenverteilung.
3. An dieser positiven Grundeinschätzung vermag auch die **erhebliche Zahl von Gerichtsurteilen** zu stockwerkeigentumsrechtlichen Fragen<sup>22</sup> nichts zu ändern. Sie gehen zum einen Teil auf gesetzliche Lücken oder Unzukömmlichkeiten zurück (etwa beim Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes), auf die im Folgenden zurückzukommen ist.<sup>23</sup> Zum anderen Teil sind sie Ausdruck des gesellschaftlichen Zusammenlebens unterschiedlicher Persönlichkeiten auf engem Raum und mit unterschiedlichen Interessen,<sup>24</sup> wie dies etwa für das Nachbarrecht oder das Mietrecht ebenfalls zutrifft. Dass das Rechtsinstitut des Stockwerkeigentums eine «Quelle dauernder Streitigkeiten» bilde, lässt sich entgegen einigen ursprünglichen Befürchtungen nicht sagen.<sup>25</sup>

## II. Grundstrukturen des schweizerischen Stockwerkeigentums (Art. 712a–712c ZGB)

### 1. Gesetzliche Ausgangslage

1. Stockwerkeigentum ist gemäss Art. 712a Abs. 1 ZGB der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Beim Stockwerkeigentum handelt es sich demnach um eine **qualifizierte Form von Miteigentum** (an einem Grundstück), nämlich um jenes Miteigentum, das sich durch das beschriebene Sonderrecht zur exklusiven Benutzung und zum Innenausbau einzelner Teile

---

<sup>22</sup> Vgl. vorne I./2.

<sup>23</sup> Zum Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes vgl. hinten III./1.

<sup>24</sup> STEINAUER, 50 ans, S. 27 f.

<sup>25</sup> Zutreffend STEINAUER, 50 ans, S. 28.



des Gebäudes qualifiziert. Miteigentumsanteil und Sonderrecht sind unteilbar miteinander verbunden.<sup>26</sup>

2. Dem in Art. 712a und 712b Abs. 1 ZGB näher umschriebenen **Sonderrecht** nicht zugänglich sind kraft Gesetzes unter anderem der Boden der Liegenschaft (und das Baurecht, kraft dessen gegebenenfalls das Gebäude erstellt wird), die konstruktiv zentralen Bauteile sowie die Anlagen und Einrichtungen, die auch den anderen Stockwerkeigentümern für die Benutzung ihrer Räume dienen (Art. 712b Abs. 2 ZGB) – das sind nach der Lehre die sogenannten **gemeinschaftlichen Teile** (gemeinschaftlichen Bauteile).<sup>27</sup>
3. Soweit gewisse Teil des Gebäudes nicht von Gesetzes wegen oder (bei Begründung des Stockwerkeigentums oder durch spätere Vereinbarung) durch Rechtsgeschäft gemeinschaftlich erklärt worden sind, gilt nach Art. 712b Abs. 3 ZGB die **Vermutung**, dass sie zu Sonderrecht ausgeschieden sind.

## 2. Das Phänomen der fixen Raumzuteilung

1. Die beschriebene Dualität von Sonderrecht(en) und gemeinschaftlichen Teilen verlangt im – grundsätzlich öffentlich zu beurkundenden – Begründungsakt eine **klare Aufteilung und Zuordnung der vorhandenen Räume**, samt Angabe der Wertquoten der einzelnen Stockwerkanteile (Art. 712d Abs. 3 und Art. 712e Abs. 1 ZGB; Art. 68 Abs. 1 GBV).<sup>28</sup> Die Einreichung eines Aufteilungsplans ist sinnvoll und in der Praxis üblich,<sup>29</sup> im Fall der Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes sogar zwingend vorgeschrieben (Art. 69 Abs. 1 GBV). Dem Grundbuchverwalter, dem das Stockwerkeigentum zur Eintragung angemeldet wird (Art. 712d Abs. 1 ZGB), obliegt die Pflicht zu prüfen, ob die «räumliche Lage, die Abgrenzung und die Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten [...] im Begründungsakt klar und bestimmt angegeben» ist (Art. 68 Abs. 1 GBV, beachte auch Absatz 2).<sup>30</sup> Diese gesetzlichen Vorgaben führen unvermeidlicherweise zu einer **fixen Raumzuteilung**, was einer Flexibilisierung – wie sie bisweilen vorgeschlagen wird – entgegensteht. Die genannten Bestimmungen verfolgen indessen klare gesetzgeberische Ziele:<sup>31</sup> Zum einen soll der einzelne Stockwerkeigentümer genau wissen, wie weit sein Sonderrecht reicht, das er ungestört ausüben darf. Zum anderen sollen die Interessen aller Stockwerkeigentümer an der Erhaltung der gemeinschaftlichen Teile in einem möglichst einwandfreien bautechnischen Zustand geschützt werden. Insgesamt wird also Klarheit über die verschiedenen Herrschaftsbereiche geschaffen und

<sup>26</sup> Zum Beispiel LIVER, SPR, S. 89 ff.

<sup>27</sup> Zum Beispiel MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 6 ff. zu Art. 712b ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 9 und 113 ff. zu Art. 712b ZGB.

<sup>28</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 78 ff. zu Art. 712b ZGB sowie N 71 und 94 zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 12 ff. zu Art. 712b ZGB, N 58 zu Art. 712d ZGB sowie N 5 und 8 ff. zu Art. 712e ZGB.

<sup>29</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 712b ZGB.

<sup>30</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 80 zu Art. 712b ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 712b ZGB.

<sup>31</sup> Dazu etwa MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 5 und 71 ff. zu Art. 712b ZGB.

auf diese Weise Rechtsunsicherheit (und damit das Entstehen von Streitfällen) möglichst vermieden.<sup>32</sup>

2. Eine **gewisse Flexibilität** hinsichtlich der Raumzuteilung oder Nutzung bleibt indes den Beteiligten durchaus erhalten, wie folgende Beispiele zeigen:
  - Die Beteiligten können etwa – wenn sie die materiellen und formellen Voraussetzungen erfüllen – die räumliche Aufteilung nachträglich ändern, Räume tauschen oder (in den Schranken des zwingenden Rechts) gemeinschaftliche Teile in Sonderrechtsteile umwandeln oder besondere Nutzungsrechte oder Dienstbarkeiten an gemeinschaftlichen Teilen bestellen.<sup>33</sup>
  - Ausserdem kann – was etwas bei Autoeinstellhallen in der Praxis oft vorkommt – eine der Gemeinschaft dienende Anlage als Stockwerkeinheit im Miteigentum der Stockwerkeigentümer gehalten werden, unter Vereinbarung einer spezifischen Nutzungs- und Verwaltungsordnung für diese Anlage.<sup>34</sup>
  - Bei baulich geeigneten Räumlichkeiten, etwa Randzimmern, kommt schliesslich – wenn dies im Reglement festgelegt oder durch Beschluss so vereinbart ist – eine gewisse «Flexibilisierung» der Zuordnung oder Nutzung in Betracht, sei es durch Zuordnung des Randzimmers zu einer Stockwerkeinheit oder zu den gemeinschaftlichen Teilen (mit besonderem Nutzungsrecht einzelner Stockwerkeigentümer).<sup>35</sup> Daneben kann an Stockwerkeinheiten eine gewisse Flexibilisierung der Nutzung auf dienstbarkeitsrechtlichem Weg erzielt werden.<sup>36</sup> Eine flexible Regelung ist demnach (freilich in begrenztem Umfang) auf rechtsgeschäftlicher Grundlage möglich. Die Beteiligten und die Erwerbsinteressenten von Stockwerkanteilen werden allerdings hier bedenken müssen, ob für die Flexibilisierung von Zuordnung oder Nutzung nicht der Preis erhöhter Streit anfälligkeit zu zahlen ist.<sup>37</sup>
3. Solche nachträglichen Änderungen mögen an erhebliche materielle und formelle Voraussetzungen geknüpft (allenfalls Einstimmigkeitserfordernis) und bei gewissen Stockwerkeigentumsgemeinschaften praktisch schwer durchzuführen sein. Dies ist jedoch hinzunehmen. Eine weitergehende Flexibilisierung der Raumzuteilung wäre nach der hier vertretenen Auffassung nur um den Preis einer (schädlichen) Einbusse an Rechtssicherheit zu erzielen. Diesbezüglich besteht daher **kein Bedarf nach einem Eingreifen des Gesetzgebers**.

<sup>32</sup> Ähnlich WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 712b ZGB; HAAS, Sonderrechtsgegenstand, Nr. 341.

<sup>33</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 15 ff. und 24 f. zu Art. 712b ZGB. Zu den besonderen Nutzungsrechten vgl. hinten II./4.

<sup>34</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 25 ff. zu Art. 712b ZGB.

<sup>35</sup> Ausführlich RUSCH, Die wachsende Wohnung, Nr. 6 f. und 14 ff.

<sup>36</sup> RUSCH, Die wachsende Wohnung, Nr. 8 ff.

<sup>37</sup> RUSCH, Die wachsende Wohnung, Nr. 18 und 21.

### 3. Freiheit und Einschränkungen der Nutzung einer Sonderrechtseinheit

1. Die Befugnis, eine Stockwerkeinheit ausschliesslich zu benutzen (Art. 712a Abs. 1 und 2 ZGB), kann als **das wichtigste Recht des Stockwerkeigentümers** angesehen werden, das ihm eine «alleineigentümer-ähnliche» Stellung verschafft.<sup>38</sup> Innerhalb der gesetzlichen Schranken<sup>39</sup> ist grundsätzlich jede Art der Benutzung zulässig (*Grundsatz der freien Nutzung*).<sup>40</sup> Sie kann jedoch rechtsgeschäftlich durch die Gemeinschaftsordnung (Zweckbestimmung der gemeinsamen Sache und der Stockwerkeinheiten im Begründungsakt, im Reglement, in der Hausordnung oder in einem Beschluss) eingeschränkt sein.<sup>41</sup>
2. Die **Zulässigkeit von ursprünglichen Nutzungsbeschränkungen kraft der Gemeinschaftsordnung** hat die Praxis und Lehre wiederholt beschäftigt,<sup>42</sup> zumal das Gesetz zu dieser Frage nur sehr rudimentär Stellung nimmt (Art. 712c Abs. 2 und 3 ZGB). Typisches Ziel reglementarischer Nutzungsbeschränkungen ist die Begrenzung von Immissionen, und zwar regelmässig von solchen Immissionen, die nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln (Art. 684 ZGB) zulässig wären.<sup>43</sup> Nutzungsbeschränkungen sind jedoch nur in begrenztem Umfang zulässig:
  - Zum einen darf das Sonderrecht des einzelnen Stockwerkeigentümers – das mit dem Miteigentumsanteil untrennbar verbunden ist – nicht in seinem Wesensgehalt («Kerngehalt») ausgehöhlt werden, sodass die Nutzungsbeschränkung im Einzelfall stets nach Individual- und Gemeinschaftsinteressen abgewogen und an den allgemeinen Grundsätzen von Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 20 OR gemessen werden muss.<sup>44</sup> Erforderlich ist eine differenzierte Ordnung; generelle (ausnahmslose) Verbote, beispielsweise Haustiere zu halten oder zu musizieren, sind unzulässig.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 39 und 41 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 712a ZGB. Ähnlich schon die Botschaft 1962, S. 1490: «Einerseits verlangt der rechtspolitische Zweck der Einführung des Stockwerkeigentums, dass der Erwerber eines Stockwerkes an diesem eine möglichst umfassende und selbständige rechtliche Herrschaft habe. (...)».

<sup>39</sup> Zu diesen Schranken der Rechtsordnung ausführlich WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 38 ff. zu Art. 712a ZGB.

<sup>40</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 712a ZGB.

<sup>41</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 712a ZGB. Ausgeklammert bleiben hier Einschränkungen, die ein Stockwerkeigentümer zu Lasten seiner Einheit mit Dritten (Personen ausserhalb des Stockwerkeigentumsverhältnisses) vereinbart.

<sup>42</sup> Beispiele: BGE 111 II 330 ff. (336 ff.), E. 4–9; 139 III 1 ff. (4 f.), E. 4.3.2 und 4.3.3; BGer 5C.252/2003, E. 2.2; 5A\_816/2012, E. 2.3.2; 5A\_98/2017, E. 3; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 ff. zu Art. 712a ZGB.

<sup>43</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 712a ZGB.

<sup>44</sup> Aus der Rechtsprechung zum Beispiel BGer 5A\_98/2017, E. 3.2.2; BGE 139 III 1 ff. (4 f.), E. 4.3.2; aus der Lehre MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 72 ff. zu Art. 712a ZGB.

<sup>45</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 54 und 56 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 57 und 59 zu Art. 712a ZGB.

- Zum anderen verlangen Rechtsprechung und Lehre bei solchen Beschränkungen insofern ein gewisses Mass an Gleichbehandlung der Stockwerkeigentümer, als sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen von einer gewissen Schwere zu vermeiden sind.<sup>46</sup> Neben dem (freilich nur mit Einschränkungen anwendbaren) Gleichheitsgebot bleibt die allgemeine Rechtsmissbrauchsschranke (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu beachten, namentlich das Gebot der schonenden Rechtsausübung; Letzteres verbietet es der Mehrheit, bei gleichwertigen Handlungsmöglichkeiten ohne sachlichen Grund gerade jene Entscheidung zu treffen, die für eine Minderheit besondere Nachteile mit sich bringt.<sup>47</sup>
3. Soll die **Nutzung** einer Sonderrechtseinheit **nachträglich beschränkt werden**, so ist für die Beschlussfassung wie folgt zu unterscheiden:
- Gründet die Beschränkung in einer *Änderung der Zweckbestimmung der gemeinsamen Sache* (wesentliche Veränderung des Gesamtcharakters der Stammparzelle<sup>48</sup>), bedarf es nach Art. 648 Abs. 2 ZGB (i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) eines einstimmigen Beschlusses aller Stockwerkeigentümer, soweit diese nicht mit Zustimmung aller eine andere Ordnung vereinbart haben.<sup>49</sup> Zu beachten ist freilich, dass die Nutzungsänderung einer einzelnen Einheit für sich allein (ohne Änderung des Charakters der Stammparzelle) nicht zu einer Änderung der Zweckbestimmung führt.<sup>50</sup>
- Ebenfalls ein einstimmiger Beschluss nach Art. 648 Abs. 2 ZGB (i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) ist erforderlich, wenn zugleich die Zweckbestimmung der gemeinsamen Sache und die Nutzung der einzelnen Einheit(en) geändert werden sollen.
- Soll hingegen (nur) eine *Änderung der Nutzung einer Stockwerkeinheit* erfolgen, muss unterschieden werden:
    - Führt die Änderung der Nutzung der Einheit zu einer Änderung des Charakters der Stammparzelle (und damit zu deren Zweckänderung), bedarf es – wie oben – nach Art. 648 Abs. 2 ZGB (i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) eines einstimmigen Beschlusses aller Stockwerkeigentümer, soweit diese nicht mit Zustimmung aller eine andere Ordnung vereinbart haben.<sup>51</sup>
    - Bewirkt die Änderung der Nutzung der Einheit hingegen keine Zweckänderung der Stammparzelle, sondern stellt sie eine blosser Änderung der Benutzungsart dar, so kommt es auf die Schwere des Eingriffs an: Grundsätzlich geht die Pra-

<sup>46</sup> Grundlegend: BGE 131 III 459 ff. (465 f.), E. 5.4.3–5.4.5 (zum vorinstanzlichen Entscheid vgl. LGVE 2004 I Nr. 17, S. 36 ff., wo das Luzerner Obergericht in E. 3.2 die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsprinzips im Stockwerkeigentumsrecht grundsätzlich bejaht); ferner MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 128 zu Art. 712m ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 39 f. zu Art. 712a ZGB; Wirz, S. 147 f.

<sup>47</sup> BGE 131 III 459 ff. (462 f.), E. 5.3.

<sup>48</sup> BGE 144 III 19 ff. (23 f.), E. 4.1; BGer 5A\_79/2017, E. 5.2.3 (insoweit nicht in BGE 143 III 537 ff.); 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.3.

<sup>49</sup> BGE 144 III 19 ff. (23 f.), E. 4.1; BGer 5A\_98/2017, E. 3.2.2; BGE 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.3; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 43 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 53 zu Art. 712a ZGB.

<sup>50</sup> BGE 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.3 in fine; BGer 5A\_79/2017, E. 5.2.3 in fine (insoweit nicht in BGE 143 III 537 ff.); BGer 5A\_98/2017, E. 3.2.2 in fine.

<sup>51</sup> BGE 144 III 19 ff. (24), E. 4.1; 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.3.

xis in solchen Fällen von einer wichtigeren Verwaltungshandlung im Sinn von Art. 647b Abs. 1 ZGB (i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) aus, sodass die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer erforderlich ist, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt (Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten).<sup>52</sup> Soll jedoch die Nutzung einer Stockwerkeinheit in schwerwiegender Weise eingeschränkt werden, so ist nach bundesgerichtlicher Praxis ein einstimmiger Beschluss oder jedenfalls die Zustimmung des betroffenen Stockwerkeigentümers erforderlich.<sup>53</sup>

4. Da die Tragweite eines zentralen Rechts des Stockwerkeigentümers in Frage steht, ist durch den Gesetzgeber zu prüfen, ob die beschriebenen, durch Praxis und Lehre erarbeiteten Grundsätze als **explizite Normen in das Gesetz** (als Kodifizierung und allenfalls zur Präzisierung der Gerichtspraxis) aufgenommen werden sollen:
- In der Lehre ist namentlich vorgeschlagen worden, durch eine besondere Gesetzesnorm den *Kerngehalt des Sonderrechts* vor übermässigen Beschränkungen durch die Gemeinschaftsordnung zu *schützen*. So könnte festgeschrieben werden, dass Beschlüsse der Gemeinschaft, die zu einer wesentlichen Einschränkung des Sonderrechts führen, nur einstimmig oder nur mit Zustimmung der betroffenen Stockwerkeigentümer gefasst werden dürfen.<sup>54</sup> Dies hätte «eine gewisse warnende Wirkung»<sup>55</sup> und würde – zumindest programmatisch – die Stellung des einzelnen Stockwerkeigentümers bezüglich des Grundsatzes der freien Ausübung seines Sonderrechts stärken.
  - Heikler, aber wohl drängender wäre eine gesetzgeberische Klarstellung, inwieweit unter den Stockwerkeigentümern der *Grundsatz der Gleichbehandlung* Anwendung finden soll. Er steht in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Privatautonomie. Doch vermag eine minimale Gleichbehandlung im Gemeinschaftsverhältnis der Stockwerkeigentümer eine Streitverhütende Wirkung zu entfalten. Aus diesem Grund wird hier angeregt, die Schaffung einer solchen Gesetzesnorm zu prüfen. Ziel sollte es sein, wesentliche Ungleichbehandlungen der Stockwerkeigentümer hinsichtlich der Nutzung ihrer Einheiten nur dann zuzulassen, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind.

<sup>52</sup> BGE 144 III 19 ff. (23 f.), E. 4.1; 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.3; vgl. auch BGer 5A\_474/2017, E. 3.2.3.

<sup>53</sup> BGE 139 III 1 ff. (5), E. 4.3.2, u.a. mit Hinweis auf WIRZ, S. 176 und 195; BGer 5A\_79/2017, E. 5.2.2 (insoweit nicht in BGE 143 III 537 ff.); BGer 5A\_98/2017, E. 3.2.2. Die genannten Urteile nehmen (freilich nicht in ganz eindeutiger Weise) Bezug auf Art. 2 und 27 ZGB sowie auf Art. 19 f. OR.

<sup>54</sup> In ähnlicher Zielrichtung (aber abstrakter formuliert) schlägt WIRZ, S. 240, zu Art. 712a ZGB folgenden Abs. 1<sup>bis</sup> vor: «Der Kerngehalt des Sonderrechts ist zu wahren; namentlich dürfen die gewillkürten Akte der Gemeinschaft den Stockwerkeigentümer in seiner alleineigentumsähnlichen Rechtsposition nicht übermässig beschränken.»

<sup>55</sup> So WIRZ, S. 240.

## 4. Besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen

### A. *Praktisches Bedürfnis, Gesetzeslücke, Rechtsnatur*

1. Die gesetzliche Zweiteilung in Sonderrechtsteile und gemeinschaftliche Teile in Art. 712a f. ZGB erweckt den Anschein, dass die Nutzung des Grundstücks zwingend entweder exklusiv (für die Sonderrechtsteile) oder gemeinschaftlich (für die gemeinschaftlichen Teile; Art. 648 Abs. 1 ZGB) sein muss. Indessen hat sich das **praktische Bedürfnis** gezeigt, besondere (exklusive) Nutzungsrechte auch an gewissen gemeinschaftlichen Teilen vorzusehen, etwa an Autoabstellplätzen im Freien, Gartensitzplätzen oder Dachterrassen, besonders wenn Gartensitzplätze oder Dachterrassen nur über eine Stockwerkeinheit betreten werden können.<sup>56</sup> Solche besonderen Nutzungsrechte (auch als Sondernutzungsrechte bezeichnet) können namentlich auf dem Stockwerkeigentümerreglement oder auf einem Beschluss beruhen, sie können einem Stockwerkeigentümer aber auch mittels Dienstbarkeiten eingeräumt werden.<sup>57</sup>
2. Bei Inkrafttreten des Stockwerkeigentums enthielt das ZGB dazu keine Vorschriften. Doch hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung solche besonderen Nutzungsrechte zugelassen, soweit nicht der Zweck des betreffenden gemeinschaftlichen Teils (Eingangstür, Treppenhaus usw.) die Nutzbarkeit durch alle Stockwerkeigentümer erfordert.<sup>58</sup> Damit wurde höchstrichterlich implizit eine **Gesetzeslücke** bejaht.

In der ZGB-Revision vom 11. Dezember 2009 wurde ein neuer **Art. 712g Abs. 4 ZGB** (zusammen mit dem neuen Art. 647 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB) erlassen, der einen Teilaspekt solcher Rechte regelt, indem er anordnet, dass die «Änderung der reglementarischen Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte» zudem (also über die Mehrheit nach Abs. 3 hinaus) auch der Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer bedarf.<sup>59</sup> Die ursprüngliche Gesetzeslücke wurde damit in einem kleinen Bereich gefüllt.

3. Im Übrigen haben Lehre und Rechtsprechung zu den besonderen Nutzungsrechten mehrere Grundsätze erarbeitet, auf die im Folgenden näher einzugehen ist.<sup>60</sup> Zur **Rechtsnatur** solcher Rechte – die hier insoweit interessieren, als sie auf einem Reglement oder einem Beschluss der Stockwerkeigentümer beruhen<sup>61</sup> – ist vorweg festzuhalten: Diese Rechte sind dogmatisch zwar keine dinglichen Rechte, sondern basieren auf einer *schuldrechtlichen Grundlage*. Aber sind sie gemäss Art. 649a ZGB

<sup>56</sup> Zum Ganzen SCHMID/WOLFER, S. 230 ff.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 176 ff. (Beispiele in N 184), sowie N 167 ff. zu Art. 712g ZGB.

<sup>57</sup> Weitergehend WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 176 und 189 f., der auch die durch obligationenrechtlichen Vertrag (etwa Miete) eingeräumten Rechte zu den besonderen Nutzungsrechten zählt.

<sup>58</sup> Grundlegend zum Beispiel BGE 116 II 275 ff. (278 f.), E. 3b und c; ferner etwa BGer 5A\_11/2015, E. 2.4.2. Aus der Lehre etwa WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 183.

<sup>59</sup> In Kraft seit 1. Januar 2012 (AS 2011, S. 4637 ff.). Vgl. Botschaft zum Register-Schuldbrief, S. 5297 und 5309.

<sup>60</sup> Zum Folgenden vgl. SCHMID/WOLFER, S. 235 ff. mit Hinweisen.

<sup>61</sup> Ausgeklammert bleibt hier die dienstbarkeitsrechtliche Begründung solcher Rechte, die dem Dienstbarkeitsrecht folgt.

auch für spätere Erwerber eines Stockwerkanteils verbindlich und kommen daher *in ihren Wirkungen einem dinglichen Recht nahe*.<sup>62</sup>

## B. Trägerschaft und Übertragung

1. Die Einräumung besonderer Nutzungsrechte (durch Reglement oder Beschluss der Stockwerkeigentümer) gehört nach der hier vertretenen Auffassung zur Regelung des internen Verhältnisses der Stockwerkeigentümergeinschaft, weshalb als **Träger** solcher Rechte **nur ein oder mehrere Stockwerkeigentümer** in Betracht kommen; scheidet eine Person aus der Stockwerkeigentümergeinschaft aus, verliert sie das Nutzungsrecht. Dieses ist mit anderen Worten *untrennbar mit dem Stockwerkanteil verknüpft* und geht daher bei dessen Veräusserung auf den Erwerber der betreffenden Einheit über.<sup>63</sup> Strukturell weist das besondere Nutzungsrecht somit Parallelen zur Grunddienstbarkeit auf.<sup>64</sup>
2. Eine *abweichende Auffassung* lässt demgegenüber besondere Nutzungsrechte zu, die ohne Verknüpfung mit einer Stockwerkeinheit bestehen können.<sup>65</sup> Ausserdem können solche Rechte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts – mangels anderer Vereinbarung – auch ohne Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft durch schlichte *Abtretung von einem auf einen anderen Stockwerkeigentümer* (nicht aber auf einen Dritten) übertragen werden.<sup>66</sup> Diese Auffassung der individuellen Natur der besonderen Nutzungsrechte und der grundsätzlichen Abtretbarkeit (an einen anderen Stockwerkeigentümer) nähert diese Rechte in den Wirkungen stark den Personaldienstbarkeiten an.<sup>67</sup>

Diese Auffassung von der **«individuellen» Abtretbarkeit** eines besonderen Nutzungsrechts **unter Stockwerkeigentümern** (ohne Verknüpfung mit der Stockwerkeinheit) muss **abgelehnt** werden. Abgesehen von den grundsätzlichen Überlegungen (Notwendigkeit der Verknüpfung mit dem Stockwerkanteil) erscheint die Auffassung heute – seit dem Inkrafttreten von Art. 712g Abs. 4 ZGB – nicht mehr als haltbar.<sup>68</sup> Die Bestimmung ordnet nach dem Gesagten an, dass die Änderung der reglementarischen Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte «zudem» («en outre», «inoltre») – das heisst: über die Mehrheit nach Absatz 3 hinaus<sup>69</sup> – auch der Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer bedarf (vgl. auch Art. 647 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB). Daraus lässt sich schliessen, dass die Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft (doppeltes Mehr nach Art. 712g Abs. 3 ZGB) für die Übertragung besonderer

<sup>62</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 712g ZGB; BGE 122 III 145 ff. (148 f.), E. 4b (deutsche Übersetzung in ZBGR 79/1998, S. 324 ff.). Vgl. auch BGer 5A\_44/2011, E. 5.1.2; 5A\_11/2015, E. 2.4.2.

<sup>63</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 712g ZGB; SCHMID/WOLFER, S. 237 f. mit Hinweisen.

<sup>64</sup> SCHMID/WOLFER, S. 236.

<sup>65</sup> REY, S. 468 f.; ebenso BGer 5C.39/2006, E. 2.1 in fine (ohne nähere Begründung).

<sup>66</sup> BGE 122 III 145 ff. (148 f.), E. 4b und c (deutsche Übersetzung in ZBGR 79/1998, S. 324 ff.).

<sup>67</sup> SCHMID/WOLFER, S. 238 ff.

<sup>68</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 194.

<sup>69</sup> So auch die Auslegung in BGer 5A\_474/2017, E. 3.1.3.

Nutzungsrechte unter Stockwerkeigentümern nötig ist. Ein solches Zustimmungserfordernis halten wir nach dem Gesagten auch aus systematischen Überlegungen für sachgerecht.

3. Die **Übertragung** eines besonderen Nutzungsrechts **an einen Dritten** (an eine Person, die nicht Stockwerkeigentümerin ist) hält die Rechtsprechung für zulässig und verlangt dafür gestützt auf Art. 648 Abs. 2 ZGB die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben.<sup>70</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Übertragung an einen Dritten indessen unzulässig: Der Übergang eines besonderen Nutzungsrechts, das durch Reglement oder Beschluss begründet worden ist, auf eine Person, die nicht Teil der Stockwerkeigentümergeinschaft (und somit weder an Reglement noch an Gemeinschaftsbeschlüsse gebunden) wäre, muss zu unlösbaren Widersprüchen führen, insbesondere dann, wenn es um die Änderung oder Aufhebung solcher Rechte geht. Davon, dass die reglementarischen Nutzungsrechte nicht separat an Dritte übertragen werden können, geht unseres Erachtens denn auch Art. 712g Abs. 4 ZGB aus.

### C. *Kostentragung und bauliche Massnahmen*

1. Die **Tragung der Kosten** an gemeinschaftlichen Teilen, an denen ein besonderes Nutzungsrecht besteht, ist – nach Massgabe des Ausschlusses der übrigen Stockwerkeigentümer von der Nutzung – gemäss Art. 712h Abs. 3 ZGB zu entscheiden.<sup>71</sup>
2. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre finden die für die gemeinschaftlichen Teile geltenden Regeln zu den **baulichen Massnahmen** auch für jene Teile Anwendung, an denen besondere Nutzungsrechte bestehen.<sup>72</sup> Ob dies sachgerecht ist, erscheint aber als diskutabel.<sup>73</sup> Gewisse Befugnisse zur Vornahme baulicher Massnahmen können dem Inhaber des besonderen Nutzungsrechts nach der Lehre sodann durch Reglement oder Beschluss eingeräumt werden.<sup>74</sup> Wo die Grenzen einer solchen Ermächtigung verlaufen, ist indessen unklar.

<sup>70</sup> BGE 115 II 340 ff. (343), E. 2c (deutsche Übersetzung in ZBGR 72/1991, S. 280 ff.); bestätigt in BGE 122 III 145 ff. (147 f.), E. 4a (deutsche Übersetzung in ZBGR 79/1998, S. 324 ff.).

<sup>71</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 47 zu Art. 712h ZGB; SCHMID/WOLFER, S. 240 f.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 204 ff. (für das reglementarische besondere Nutzungsrecht), und N 90 ff. zu Art. 712h ZGB.

<sup>72</sup> BGer 5C.110/2001, E. 4; BGE 141 III 357 ff. (360 f.), E. 3.2; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 202 f., sowie N 140 zu Art. 712a ZGB; THURNHERR, Nr. 194 (mit Kritik in Nr. 199 ff.).

<sup>73</sup> In BGer 5C.110/2001, E. 4, bezeichnete das Bundesgericht die allgemeinen Regeln über bauliche Massnahmen zwar als anwendbar, hielt jedoch immerhin fest, «dass die in Art. 647c ff. ZGB vorgesehene Verwaltungsordnung für Miteigentumsbestandteile ohne besondere Nutzungsrechte besser passt als für solche mit besonderen Nutzungsrechten, weil an diesen primär die Berechtigten und an jenen alle Miteigentümer gleichermaßen interessiert und nutzungsberechtigt sind (Art. 648 Abs. 1 ZGB)».

<sup>74</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 202 f., sowie N 140 zu Art. 712a ZGB. Vgl. dazu auch hinten IV./1./C.



## D. *Aufhebung*

1. Für die Aufhebung (Änderung) eines **reglementarisch begründeten** besonderen Nutzungsrechts bedarf es nach **Art. 712g Abs. 4 ZGB** «zudem» der Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer, was diesen (im Ergebnis) ein Vetorecht einräumt und das Nutzungsrecht zu einem wohlerworbenen Recht werden lässt (vgl. auch Art. 647 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB).<sup>75</sup>
2. Die genannte Vorschrift bezieht sich indessen ausdrücklich nur auf reglementarisch begründete besondere Nutzungsrechte;<sup>76</sup> beruhen sie demgegenüber auf einem blossen **Beschluss** der Stockwerkeigentümergeinschaft, besteht kein Vetorecht. Es fragt sich, ob diese Differenzierung sachgerecht ist; erhebliche Investitionskosten können dem Berechtigten ohne Rücksicht auf die Art der Einräumung des Rechts erwachsen.

## E. *Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf*

1. In der heutigen Lebenswirklichkeit spielen die besonderen Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen eine **praktisch sehr bedeutende Rolle**. Es überrascht daher, dass sich das ZGB – mit Ausnahme von Art. 712g Abs. 4 ZGB (und Art. 647 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB) – nicht näher dazu ausspricht. Viele Fragen sind offen, was eine gewisse Rechtsunsicherheit schafft. Sodann ist nach dem Ausgeführten unklar, ob nach dem Inkrafttreten von Art. 712g Abs. 4 ZGB die (hier nicht als sachgerecht bewertete) bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abtretbarkeit solcher Rechte noch aufrechterhalten werden kann.
2. Der **Erlass von Gesetzesnormen** zu den besonderen Nutzungsrechten ist daher zu prüfen, etwa zu folgenden Fragen (in Stichworten):
  - Begründung solcher Rechte;
  - mögliche Trägerschaft und Übertragbarkeit (Festschreibung der Verknüpfung mit dem Stockwerkanteil);
  - Befugnisse des Berechtigten zu gewissen baulichen Massnahmen;
  - Vetorecht des Berechtigten gegen die Aufhebung auch dann, wenn das Recht nicht auf Reglement, sondern auf blossem Beschluss beruht;
  - übergangsrechtliche Fragen (Behandlung altrechtlicher Nutzungsrechte).

---

<sup>75</sup> BGer 5A\_474/2017, E. 3.1.3, unter anderem mit Hinweis auf WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 196, und N 171 zu Art. 712g ZGB.

<sup>76</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 172 zu Art. 712g ZGB.

## 5. Ausschluss eines Stockwerkeigentümers aus der Gemeinschaft

1. Ein Stockwerkeigentümer (Miteigentümer) kann nach **Art. 649b Abs. 1 ZGB**, der auch im Stockwerkeigentum Anwendung findet,<sup>77</sup> durch gerichtliches Urteil aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, wenn durch sein Verhalten Verpflichtungen gegenüber allen oder einzelnen Mitberechtigten so schwer verletzt werden, dass diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann. Zur Klage bedarf es nach Art. 649b Abs. 2 ZGB grundsätzlich der Ermächtigung durch einen Mehrheitsbeschluss aller Miteigentümer mit Ausnahme des Beklagten.
2. Das Bundesgericht bezeichnet diesen Ausschluss als «Radikallösung» und als «privatrechtliche Enteignung».<sup>78</sup> Angesichts der Radikalität der Massnahme darf ein Ausschluss nach der Praxis nicht leichthin angeordnet werden, sondern nur **als letztes Mittel** («ultima ratio»), wenn mildere Massnahmen (etwa Aussprachen, Vermittlung, weniger weit reichende rechtliche Mittel) versagen.<sup>79</sup> Die neuere Lehre verlangt zwar (entsprechend dem Gesetzeswortlaut) ebenfalls eine gravierende Pflichtverletzung, ohne jedoch generell ein vorgängiges Vermittlungs- oder Mediationsverfahren zu fordern.<sup>80</sup>
3. Nicht als genügender Ausschlussgrund wird grundsätzlich die **Nichtbezahlung von Beiträgen** betrachtet, zumal das Gesetz zur Sicherung der Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft in Art. 712i–712k ZGB andere Mittel zur Verfügung stellt.<sup>81</sup> Für diese Auffassung sprechen auch Gründe aus der Entstehungsgeschichte von Art. 649b ZGB: Der Vorentwurf von 1957 (Art. 649<sup>bis</sup> Abs. 2) zum Miteigentumsrecht hatte als Ausschlussgrund auch die Verletzung von finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft erwähnt (ebenso wie das deutsche Recht: § 18 Abs. 2 Ziff. 2 WEG<sup>82</sup>); er wurde jedoch nicht Gesetz, weil die Expertenkommission die Auffassung vertrat, das Betreibungsrecht biete gegen säumige Zahler genügend Behelfe.<sup>83</sup> Ob diese Auffassung zutrifft und ob im Stockwerkeigentumsrecht die Art. 712i–712k ZGB eine taugliche Alternative bilden,<sup>84</sup> sollte überprüft werden.

<sup>77</sup> Zum Beispiel BGE 113 II 15 ff. (17), E. 2; 137 III 534 ff. (535), E. 2.1.

<sup>78</sup> BGE 113 II 15 ff. (18 unten), E. 3; ähnlich BGE 137 III 534 ff. (537), E. 2.3.1.

<sup>79</sup> BGE 113 II 15 ff. (19 f.), E. 3; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 110 zu Art. 712g ZGB. Zum Ultima-ratio-Prinzip ausführlich STRITTMATTER, S. 45 ff.

<sup>80</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 211 f. zu Art. 712a ZGB.

<sup>81</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 712i ZGB; STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 1166b und 1351. Eine Ausnahme macht MEIER-HAYOZ (Berner Kommentar, N 10 zu Art. 649b und 649c ZGB) im Anschluss an ein Votum LIVERS in der Expertenkommission immerhin für den böswilligen Zahlungsverweigerer, der immer wieder betrieben werden muss; ähnlich STRITTMATTER, S. 49 f., und WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 11 zu Art. 712i ZGB.

<sup>82</sup> Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) vom 15. März 1951 (BGBl. I 175). Nach dem genannten § 18 Abs. 2 Ziff. 2 WEG liegt eine schwere Pflichtverletzung, die den Ausschluss aus der Gemeinschaft rechtfertigt, namentlich dann vor, wenn «der Wohnungseigentümer sich mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen zur Lasten- und Kostentragung (§ 16 Abs. 2) in Höhe eines Betrags, der drei vom Hundert des Einheitswerts seines Wohnungseigentums übersteigt, länger als drei Monate in Verzug befindet».

<sup>83</sup> MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 649b und 649c ZGB.

<sup>84</sup> Vgl. dazu auch hinten V./2.

Immerhin hat das Bundesgericht den Ausschluss eines Stockwerkeigentümers (aus einer Zweipersonengemeinschaft) geschützt, der systematisch mit seinen Beitragszahlungen im Rückstand war und der überdies nie an den Versammlungen teilnahm sowie sämtliche Beschlüsse der Versammlung anfocht.<sup>85</sup> Hier stand freilich nicht bloss die Missachtung finanzieller Pflichten gegenüber der Gemeinschaft zur Diskussion, sondern ein insgesamt krass gemeinschaftswidriges Verhalten: Der betreffende Stockwerkeigentümer entzog sich hartnäckig einer gemeinschaftskonformen Beschlussfassung, boykottierte jede Versammlung beharrlich, focht die gleichwohl gefällten Beschlüsse gerichtlich an, legte auf diese Weise die Entscheidungsfähigkeit der Gemeinschaft lahm und bedrohte diese damit in ihrer Existenz.<sup>86</sup>

4. Wenn die materiellen Voraussetzungen einer Ausschlussklage erfüllt sind, kann der fehlbare Stockwerkeigentümer versucht sein, den **gerichtlichen Ausschluss zu unterlaufen**, indem er seinen Miteigentumsanteil an einen Angehörigen verkauft oder verschenkt und die Stockwerkeinheit weiterhin bewohnt oder gewerblich nutzt. In der Lehre wird daher empfohlen, die Ausschlussklage mit einem Begehren auf Unterlassung der künftigen Nutzung zu kombinieren.<sup>87</sup> Nach vereinzelt Autoren gibt schon nach geltendem Recht die Ausschlussklage allein dem Gericht stets auch die Befugnis, bei Klageguteheissung gegen den fehlbaren Stockwerkeigentümer ein Nutzungs- und Gebrauchsverbot auszusprechen.<sup>88</sup> Dies erscheint nach der hier vertretenen Auffassung als fraglich, da der Ausschluss aus einer Miteigentümergeinschaft (Art. 649b ZGB) qualitativ etwas anderes ist als die Nutzung von Räumlichkeiten. Auch für diesen Fall ist daher eine (ergänzte) gesetzliche Regelung zu prüfen.
5. Der **Erllass von Gesetzesnormen** zur Frage des Ausschlusses ist daher zu prüfen, namentlich zu den Fragen:
  - ob beim geltenden Art. 649b ZGB generell ein vorgängiges Vermittlungs- oder Mediationsverfahren erforderlich ist, wie es die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt;
  - ob eine Verletzung finanzieller Pflichten (von einer gewissen Schwere; vgl. etwa § 18 Abs. 2 Ziff. 2 WEG) nicht ebenfalls als gesetzlicher Ausschlussgrund aufgeführt werden soll, und
  - wie Umgehungsmaßnahmen des fehlbaren Stockwerkeigentümers (etwa Verkauf oder Schenkung des Anteils an einen Angehörigen mit nachfolgender Weiternutzung) verhindert werden können (zum Beispiel Befugnis des Gerichts, mit dem Ausschluss dem Beklagten auch die Unterlassung künftiger Nutzung zu verbieten).

---

<sup>85</sup> BGer 5A\_577/2008, E. 2.

<sup>86</sup> So die Zusammenfassung in BGer 5A\_865/2011, E. 5.1.

<sup>87</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 224 zu Art. 712a ZGB.

<sup>88</sup> So STRITTMATTER, S. 101 f.

## 6. Vermutung von Art. 712b Abs. 3 ZGB

1. Für Teile, die weder kraft zwingender Gesetzesvorschrift noch kraft rechtsgeschäftlichen Aktes gemeinschaftlich sind, gilt nach Art. 712b Abs. 3 in fine ZGB die **Vermutung**, dass sie zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Nach der bundesrätlichen Botschaft kommt dieser Vermutung allerdings nur eine beschränkte Tragweite zu, da sie einzig für jene Objekte (Teile) gilt, die keine gemeinschaftliche Bedeutung haben.<sup>89</sup> Ausserdem ist die praktische Tragweite der Vermutung von Art. 712b Abs. 3 in fine ZGB offenbar gering, weil Art. 68 Abs. 1 GBV (Verordnungsrecht) die klare Angabe der räumlichen Lage, Abgrenzung und Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten im Begründungsakt verlangt.<sup>90</sup>

2. In der **Lehre** ist die Vermutung von Art. 712b Abs. 3 ZGB **kritisiert** worden, weil sie dem Vorrang der Gemeinschafts- gegenüber den Individualinteressen – als tragendem Grundsatz der Ausscheidung zwischen gemeinschaftlichen Teilen und Sonderrecht – widerspricht.<sup>91</sup> Ausserdem wirft die Regelung eine Reihe ungelöster Fragen auf, etwa wem ein solcher (Sonderrechts-)Teil zuzuordnen ist, wenn er sich nicht klar im Einflussbereich eines einzelnen Stockwerkeigentümers befindet, und wie (Beschluss? Quorum? Form? Grundbucheintrag?) die Klärung der Rechtslage bei einem in den Plänen versehentlich «vergessenen» Teil zu erfolgen hat.<sup>92</sup> Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Gestaltung wird in der Lehre vorgeschlagen, im Reglement die – sachgerechtere – gegenteilige Vermutung (Vermutung zu Gunsten der Zugehörigkeit zu den gemeinschaftlichen Teilen) aufzustellen.<sup>93</sup>

Wurde das Sonderrecht nicht einem einzelnen Stockwerkeigentümer konkret zugeordnet und lässt es sich auch nicht ohne Weiteres zuordnen, muss die Vermutung nach der hier vertretenen Auffassung dazu führen, dass der fragliche Sonderrechtsteil im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer steht. Es besteht in diesen Fällen mit anderen Worten im Ergebnis dennoch eine «Vergemeinschaftlichung» – nicht als gemeinschaftlicher Teil, sondern eben als Sonderrechtsteil im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer (nach Massgabe ihrer Wertquote).

3. Die Vermutung vom Art. 712b Abs. 3 in fine ZGB ist **vom Gesetzgeber zu überprüfen** und allenfalls durch die Vermutung zu ersetzen, wonach nicht zugewiesene Gebäudeteile zu den gemeinschaftlichen Teilen gehören. Hierbei sind die Fragen des Übergangsrechts zu bedenken.

<sup>89</sup> Botschaft 1962, S. 1489 f.; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 76 zu Art. 712b ZGB.

<sup>90</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 76 zu Art. 712b ZGB, und WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 186 zu Art. 712b ZGB, jeweils mit Hinweis auf die alte Grundbuchverordnung (Art. 33b Abs. 1 aGBV).

<sup>91</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 76 zu Art. 712b ZGB.

<sup>92</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 185 und 187 zu Art. 712b ZGB.

<sup>93</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 186 und 188 zu Art. 712b ZGB.

### III. Entstehung und Untergang (Art. 712d–712f ZGB)

#### 1. Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes

##### A. *Lücke im ZGB, Regelung im Verordnungsrecht*

1. Nach Art. 712d Abs. 1 ZGB wird das Stockwerkeigentum durch Eintragung in das Grundbuch begründet. Zur Frage, ob die Eintragung schon vor der Erstellung des Gebäudes erfolgen kann, schweigt sich das Zivilgesetzbuch (auf Gesetzesstufe) aus. Ihrer Natur nach sind die Sonderrechte gemäss Art. 712b Abs. 1 ZGB nur bei abgeschlossenen Räumen mit eigenen Zugängen zulässig, was ein vorhandenes (also erstelltes) Gebäude vorauszusetzen scheint.<sup>94</sup> Auf **Verordnungsstufe** lässt **Art. 69 GBV** die Möglichkeit der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes indessen zu, wenn mit der Grundbuchanmeldung der Aufteilungsplan eingereicht wird (Abs. 1). Die «Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes» (Randtitel) wird sodann in Art. 69 Abs. 2–4 GBV näher geordnet.<sup>95</sup> Ausserdem bestehen zum Thema inzwischen eine reichhaltige Rechtsprechung und Lehre.<sup>96</sup> Einzelne Kantone haben sodann – über blosse Zuständigkeitsvorschriften hinaus<sup>97</sup> – kantonale Normen erlassen.<sup>98</sup>
2. Die Behandlung des Themas in Judikatur und Literatur bildet einen starken Anhaltspunkt dafür, dass das Phänomen «Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan» häufig anzutreffen ist.<sup>99</sup> **Wirtschaftlich** verfolgt dieses Vorgehen **mehrere Zwecke**: Dem Ersteller des Gebäudes dient es dazu, die Finanzierung des Bauvorhabens – mindestens zum Teil – über die Erwerber der Stockwerkeigentumsanteile erhältlich zu machen und damit Finanzierungskosten zu sparen. Die Erwerber können sich, je nach Ausgestaltung, in dem von einer starken Nachfrage geprägten Wohnungsmarkt frühzeitig als Eigentümer eines Stockwerkanteils in das Grundbuch eintragen lassen,

<sup>94</sup> Zum Beispiel BIANCHI, S. 214.

<sup>95</sup> Bereits in der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 (seit 1. Januar 2012 nicht mehr in Kraft) war die Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes in analoger Weise geregelt (Art. 33c).

<sup>96</sup> Beispiele: BGE 107 II 211 ff.; 118 II 291 ff. = ZBGR 75/1994, S. 43 ff.; BGE 119 II 212 ff. = ZBGR 75/1994, S. 287 ff.; BGE 134 III 597 ff. (602), E. 3.3.1 (sehr kurz); 143 III 537 ff. (543 ff.), E. 4.3.1 und 4.3.2; ZR 89/1990, Nr. 76, S. 148 ff. (Zürcher Obergericht); BIANCHI, S. 211 ff.; STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, S. 1 ff.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 146 ff., und N 14 zu Art. 712l ZGB; DERSELBE, La vente d'une part-terrain, S. 39 ff.; KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, S. 115 ff.; SCHMID MEYER, S. 1 ff.; DUBOIS/MARTIN, S. 83 ff.

<sup>97</sup> Beispiele: Verordnung des Obergerichts (des Kantons Zürich) über die Geschäftsführung der Grundbuchämter und die Einführung des eidgenössischen Grundbuchs (Kantonale Grundbuchverordnung) vom 26. März 1958 (Nr. 252), § 35b; Arrêté du Conseil l'Etat du Canton de Vaud du 18 juin 1965 relatif à la propriété par étages (Nr. 211.43.1), besonders Art. 2.

<sup>98</sup> Beispiel: Beschluss des Staatsrats des Kantons Wallis vom 13. September 1966 betreffend das Stockwerkeigentum (Nr. 211.613), Art. 4.

<sup>99</sup> Nach WERMELINGER, Réflexions, S. 172, bilden die Fälle der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes die grosse Mehrheit. Ähnlich für den Kanton Graubünden mit Bezug auf grössere Wohnungsüberbauungen (im Jahr 2003) TRAUFFER, S. 478.

Wünsche zum Innenausbau verwirklichen und ihren Bankkredit mit einem Grundpfandrecht (an diesem Anteil) sichern.<sup>100</sup>

3. Angesichts der Tragweite der Frage nach der Zulässigkeit der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes und der gesetzlichen Ordnung von Art. 712b Abs. 1 ZGB, die für das Sonderrecht ein Abgeschlossenheitserfordernis (und damit wohl ein Gebäude) voraussetzt, **erstaunt** es sehr, dass **keine ausdrückliche Regelung auf Gesetzesstufe** besteht.<sup>101</sup> Bemerkenswerterweise sah sich das Bundesgericht erst recht spät – nämlich im Jahr 1981 – zur Klarstellung veranlasst, dass der Verkauf und die Pfandbelastung eines Stockwerkeigentumsanteils vor Erstellung des Gebäudes zulässig seien.<sup>102</sup> Erst damit zwar letztinstanzlich Rechtssicherheit über die ZGB-Konformität der Verordnungsregelung geschaffen. Eine ausführlich begründete Bestätigung dieser Rechtsprechung erfolgte im Jahr 2017; bei dieser Gelegenheit stellte das Bundesgericht klar, dass trotz noch nicht fertig gestellter Baute ab dem Grundbucheintrag in rechtlicher Sicht «vollwertiges» Stockwerkeigentum vorliege, dieses also weder provisorisch noch bedingt sei.<sup>103</sup>
4. In der Lehre ist freilich warnend darauf hingewiesen worden, dass der «Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan» für den Erwerber **mit erheblichen Risiken verbunden** ist.<sup>104</sup> In der Tat wirft diese Konstruktion eine Reihe juristischer Probleme (des Obligationen- und des Sachenrechts) auf, die sich durch eine explizite Regelung auf Gesetzesstufe (ZGB und OR) vermeiden oder jedenfalls vermindern liessen. Im Einzelnen:

## B. *Obligationenrechtliche Probleme (pro memoria)*

Die obligationenrechtlichen Probleme, welche der Erwerb von Stockwerkeigentum «ab Plan» aufwirft, bilden an sich nicht Gegenstand des Gutachterauftrags.<sup>105</sup> Sie sind jedoch teilweise **geeignet, den sachenrechtlichen Revisionsbedarf zu beeinflussen**, weshalb eine Auswahl von ihnen – in Stichworten – hier erwähnt sei:

1. Wie ist das Erwerbsgeschäft obligationenrechtlich zu **qualifizieren**: Kauf, Werkvertrag oder Innominatvertrag (gemischter oder kombinierter Vertrag)? Die Frage kann

<sup>100</sup> Vgl. auch BGE 107 II 211 ff. (215), E. 3; zu den Zwecken insgesamt FRIEDRICH, Praktische Fragen, S. 341; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 146.

<sup>101</sup> Kritisch zum Beispiel auch WERMELINGER, Réflexions, S. 172.

<sup>102</sup> BGE 107 II 211 ff. (215), E. 3 mit dem Hinweis: «Tel [also Verkauf und Pfandbelastung vor Erstellung des Gebäudes] est d'ailleurs le but de l'inscription anticipée de la propriété par étages».

<sup>103</sup> BGE 143 III 537 ff. (543 f.), E. 4.3.1: «... ni provisoire, ni en suspens sur le plan juridique». In casu lagen zwischen der Begründung des Stockwerkeigentums und der Fertigstellung der Gebäude mehrere Jahre (zu solch massiven Verzögerungen bei der Fertigstellung der Baute vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 148). Teilweise ähnlich bereits BGE 119 II 212 ff. (214 f.), E. 2c = ZBGR 75/1994, S. 287 ff.

<sup>104</sup> Zum Beispiel STEINAUER, 50 ans, S. 23, mit dem Hinweis, dass die Seriosität von Promotoren und Unternehmern sowie die durch die Banken vorgenommene Prüfung der finanziellen Machbarkeit das verbreitete Phänomen des «Kaufs ab Plan» erklären, «jusqu'au jour peut-être où quelques scandales retentissants mettront un point d'interrogation sur la réglementation de cette faculté ou, en tout cas, en montreront les lacunes». Vgl. auch DUBOIS/MARTIN, S. 84.

<sup>105</sup> Vgl. vorne I./1.

unter anderem den Beurkundungszwang beeinflussen.<sup>106</sup> Sie ist weiter relevant für ein Nachbesserungsrecht des Erwerbers bei Mängeln, das beim Werkvertrag von Gesetzes wegen besteht, nicht aber beim Kaufvertrag.<sup>107</sup>

2. Worauf richtet sich – bei werkvertraglicher Qualifikation – der **Erfüllungsanspruch des Erwerbers**? Kann er die (Real-)Erfüllung (Erstellung) der gesamten Stockwerkeigentumsüberbauung verlangen und einklagen? Wenn ja: Muss er einen Teil – namentlich: den seine Wertquote übersteigenden Teil – der Erstellungskosten an den gemeinschaftlichen Teilen im Aussenverhältnis (also gegenüber dem Hersteller) übernehmen?<sup>108</sup>

Hat demgegenüber der Erwerber – namentlich beim vertikalen Stockwerkeigentum mit einem Gebäude pro Stockwerkeinheit<sup>109</sup> – dann, wenn er ein Grundstück mit bewilligtem Projekt (ohne Fertigstellungspflicht des Verkäufers) erworben hat, seinerseits die Verpflichtung gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern, das betreffende Gebäude (seiner Einheit) fertigstellen zu lassen?<sup>110</sup>

3. Kann der einzelne Stockwerkeigentümer **Rechte wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen** geltend machen, und/oder kann dies die Stockwerkeigentümergeinschaft tun (Legitimationsfragen)?<sup>111</sup>
4. Welche **Schranken** gelten für die – in der Praxis auch bei Neubauten äusserst verbreiteten – **Freizeichnungsklauseln**? Was ist von der (ebenfalls weit verbreiteten) Abtretung von Mängelrechten durch den Generalunternehmer/Verkäufer an die Erwerber von Anteilen zu halten?<sup>112</sup>
5. Ist der Erwerber gesichert, wenn der **Bauunternehmer** vor der Fertigstellung der Baute in **Konkurs** gerät, sei es bezüglich der Rückerstattung geleisteter Zahlungen, sei es durch die Sicherstellung der Vollendung des Gebäudes?<sup>113</sup>
6. Ist der Erwerber genügend **gesichert gegenüber Bauhandwerkerpfandrechten**, welche die Bauhandwerker als Werklohn-Gläubiger des Verkäufers für ihre Arbeiten zu Lasten seines Grundstücks eintragen lassen können?<sup>114</sup>

<sup>106</sup> Zum Beispiel BIANCHI, S. 218 ff.; WERMELINGER, La vente d'une part-terrain, S. 52 ff.; SCHMID MEYER, S. 107 ff.

<sup>107</sup> Vgl. dazu STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, S. 5 ff.; KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, S. 118 ff.; siehe auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 154.

<sup>108</sup> Vgl. dazu STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, S. 12 f.; KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, S. 124 ff.; SCHMID MEYER, S. 247 ff.

<sup>109</sup> Zum Begriff des vertikalen Stockwerkeigentums vgl. hinten IV./3.

<sup>110</sup> Dazu WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 156.

<sup>111</sup> Vgl. dazu hinten VI.

<sup>112</sup> Vgl. dazu STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, S. 15 ff.; KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, S. 138 f.; KRAUSKOPF/MÄRKI, S. 69 ff.

<sup>113</sup> FOËX, promotion immobilière, S. 347, mit Hinweis auf die Sicherungsbehelfe des französischen Rechts.

<sup>114</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 150.

## C. *Sachenrechtliche Probleme*

### a. *Aufteilungsplan*

1. Art. 69 Abs. 1 GBV verlangt für die Grundbuchanmeldung einen Aufteilungsplan. Dass eine rechtskräftige Baubewilligung für das Projekt (für alle vom Stockwerkeigentum erfassten Gebäude und Umgebungsbauwerke) erteilt worden ist, wird damit nicht vorausgesetzt. Sinnvoll sind Verkauf und Pfandbelastung von Stockwerkanteilen «ab Plan» jedoch frühestens, wenn die **rechtskräftige Baubewilligung** vorliegt,<sup>115</sup> das Projekt also nach den öffentlich-rechtlichen Vorgaben als realisierbar erscheint. Wird das Baubewilligungsgesuch nie eingereicht oder abgewiesen, müssen bereits erfolgte Verkaufs- und Pfandbelastungsakte in beschwerlicher Weise rückabgewickelt werden, und es sind in solchen Konstellationen gar Missbräuche auf Seiten des Verkäufers/Promotors zu befürchten. Der Gesetzgeber sollte daher überlegen, ob die Grundbuchanmeldung erst zulässig ist, wenn (über den Aufteilungsplan hinaus) eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt.
2. Der von Art. 69 Abs. 1 GBV verlangte Aufteilungsplan ist ein privater Plan, der einen gewissen, freilich nur beschränkten **Informationswert** aufweist. Er nimmt insbesondere nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Der Erwerber eines Anteils wird also gerade nicht nach Art. 973 Abs. 1 ZGB im Vertrauen in die dort aufgezeichneten Abgrenzungen (Grenzen zwischen Sonderrechts- und gemeinschaftlichen Teilen) geschützt.<sup>116</sup> Die Wirkungen des Aufteilungsplans sind mit anderen Worten sehr beschränkt; dieser reduziert sich praktisch auf ein blosses Hilfsmittel.<sup>117</sup> Dennoch stellt sich die Frage, ob der Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht genauere Anforderungen an den Aufteilungsplan stellen sollte.

### b. *Mitwirkungsrechte der Stockwerkeigentümer bei Planabweichungen*

1. Im Vertrag über den Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan lässt sich der Verkäufer/Werkunternehmer häufig weitgehende **Vollmachten** von den Erwerbenden erteilen, namentlich für den Fall, dass beim Bau des Gebäudes von den Plänen abgewichen wird. Auf diese Weise kann der Verkäufer/Werkunternehmer bauliche Entscheide – gerade auch solche, die den Plänen widersprechen, die er aber für notwendig oder wünschbar hält – «selber» treffen, was er in der Regel damit rechtfertigt, dass Verzögerungen beim Bauen vermieden werden sollen.
2. Mit dem Erwerb eines Stockwerkeigentumsanteils wird der Erwerber indessen von Gesetzes wegen **Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft** und hat – ungeachtet des Umstandes, dass das Gebäude allenfalls noch nicht fertiggestellt ist – das unveräusserliche Recht, an den Versammlungen teilzunehmen und seine Mitwir-

<sup>115</sup> Ebenso WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 147.

<sup>116</sup> BGE 132 III 9 ff. (13), E. 3.3; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 55 zu Art. 712d ZGB; STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 1151b; BIANCHI, S. 215 und 225; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 104 zu Art. 712d ZGB.

<sup>117</sup> BGE 132 III 9 ff. (13), E. 3.3; NEF, S. 4.



kungsrechte auszuüben, namentlich sein Stimmrecht.<sup>118</sup> Eine Vertretung beim Stimmrecht und anderen Mitwirkungsrechten ist zwar grundsätzlich möglich.<sup>119</sup> Doch kann der Stockwerkeigentümer als Vollmachtgeber eine solche durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung nach der zwingenden Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 und 2 OR jederzeit beschränken oder ganz widerrufen.<sup>120</sup> Ausserdem darf die Vollmacht hinsichtlich ihres Umfangs nicht gegen zwingendes Recht verstossen, namentlich nicht gegen das Persönlichkeitsrecht des Vollmachtgebers (Art. 27 Abs. 2 ZGB).<sup>121</sup> Solche Vollmachten sind demnach «prekär» und schaffen nur eine vermeintliche Rechtssicherheit.

3. Bauliche Änderungen gegenüber den Plänen sind – wenn sie gemeinschaftliche Teile betreffen – wertungsmässig gleich zu behandeln wie **bauliche Massnahmen** bei vollendeter Baute, sodass die Art. 647c–647e ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB anwendbar sind.<sup>122</sup> Jeder Stockwerkeigentümer hat demnach das unentziehbare Recht, bei solchen Beschlüssen mitzuwirken, und die bauliche Änderungen sind nur nach Massgabe der Mehrheiten von Art. 647c ff. ZGB möglich. Diese Schranken der Vollmacht – namentlich ihr Widerruf – mögen zu Verzögerungen (und damit zu Verteuerungen) beim Bau führen; sie schützen aber das Interesse der Erwerber, dass bauliche Abweichungen von den Plänen nur nach Rücksprache mit ihnen und mit ihrer Zustimmung vorgenommen werden. Das ergibt sich schon aus der geltenden Rechtslage, könnte aber durch den Gesetzgeber klargestellt werden.
4. Führen bauliche Änderungen gegenüber dem ursprünglich Plan zu einer **Änderung der zum Sonderrecht gehörenden Räume**, so ist nach der hier vertretenen Auffassung die Anpassung des Begründungsaktes (in öffentlicher Beurkundung) nötig, was einen einstimmigen Beschluss der Stockwerkeigentümer – «Konsens» – voraussetzt. Die bundesgerichtliche Praxis zu dieser Frage ist allerdings unklar,<sup>123</sup> sodass eine Klarstellung durch den Gesetzgeber erwünscht wäre.
5. Ausserdem müssen auf Grund der Planabweichungen allenfalls die **Wertquoten angepasst** werden, was eine Eigentumsübertragung erforderlich macht, sofern die von der Anpassung betroffenen Miteigentumsanteile unterschiedlichen Stockwerkeigentümern gehören.<sup>124</sup> Für diesen letzteren Fall (neue Aufteilung der Wertquoten gegenüber dem ursprünglich eingereichten Plan) verlangt auch das Bundesgericht einen von allen Stockwerkeigentümern unterzeichneten berechtigten Plan, mit anderen

<sup>118</sup> BGE 143 III 537 ff. (543 f.), E. 4.3.1; WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 310; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 152, und N 16 f. zu Art. 712f ZGB; SCHMID MEYER, S. 41.

<sup>119</sup> WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 341.

<sup>120</sup> Zum Beispiel FOËX, promotion immobilière, S. 356.

<sup>121</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 160; DERSELBE, La vente d'une part-terrain, S. 45; WERMELINGER/STOLL, S. 337 f.

<sup>122</sup> Gl. M. WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 152; DERSELBE, La vente d'une part-terrain, S. 45.

<sup>123</sup> Relativierend (wenn auch nicht ganz eindeutig) BGE 119 II 212 ff. (215), E. 2c = ZBGR 75/1994, S. 287 ff., unter Hinweis auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz im betreffenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren.

<sup>124</sup> Vgl. dazu FRIEDRICH, Praktische Fragen, S. 342 und 344.

Worten Einstimmigkeit.<sup>125</sup> Ist während der Erstellung des Gebäudes gar die ursprüngliche Aufteilung in Sonderrechte und gemeinschaftliche Teile verändert worden, so genügt auch ein von allen Berechtigten unterzeichneter Plan nicht; vielmehr ist eine neue öffentliche Urkunde erforderlich, welche die neue Aufteilung festhält, und dies auch dann, wenn die Wertquoten unverändert geblieben sind.<sup>126</sup>

6. In diesem Zusammenhang ist freilich umstritten, ob einem Stockwerkeigentümer – über die Klage auf Berichtigung der Wertquoten nach Art. 712e Abs. 2 ZGB hinaus – ein **klagbarer Anspruch** darauf zusteht, dass ein anderer Stockwerkeigentümer seine **Zustimmung zu den bereinigten Aufteilungsplänen und zur Bereinigung der Begründungsurkunde** erteilt.<sup>127</sup> Das ZGB und die Grundbuchverordnung enthalten dazu keine Regelung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solcher Anspruch auf Berichtigung der grundbuchlichen Dokumentation zu bejahen. Das sollte indessen durch den Gesetzgeber klargestellt werden.
7. **Insgesamt** hat die geltende Regelung Stärken (Schutz der Erwerber) und Schwächen (eine gewisse Schwerfälligkeit; Anfälligkeit für Verzögerungen und damit Kostensteigerungen beim Bauen). Ausserdem gibt es Fragen, die durch die Rechtsprechung nicht geklärt sind, was Rechtsunsicherheit schafft. Dem Gesetzgeber wird empfohlen zu prüfen, ob es möglich sein soll, Planabweichungen in der Bauphase mit Erleichterungen (Quorum; Beurkundungsform) zu beschliessen. Die Fragen sollten gesetzlich klar geregelt werden.

c. *Konkurs des Verkäufers/Werkunternehmers*

1. Heikle Fragen, auf die das Gesetz keine Antwort bietet, stellen sich, wenn der Verkäufer/Werkunternehmer in der Bauphase in Konkurs gerät und aus diesem Grund die **Bauarbeiten nicht zu Ende führen kann**.<sup>128</sup> Darf in einem solchen Fall die Stockwerkeigentümergeinschaft mit einfachem Mehr (als «notwendige bauliche Massnahme») die Fortsetzung der Bauarbeiten – mit der entsprechenden Kostenbelastung für alle Stockwerkeigentümer nach Massgabe ihrer Wertquoten – beschliessen? Oder sind lückenfüllend die in Art. 712f Abs. 3 ZGB enthaltenen Wertungsgesichtspunkte (Untergang/Aufhebung des Stockwerkeigentums) beizuziehen, die auf

<sup>125</sup> BGE 119 II 212 ff. (215), E. 2c = ZBGR 75/1994, S. 287 ff., unter Hinweis auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz im betreffenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren; ebenso MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 58 zu Art. 712d ZGB.

<sup>126</sup> BGE 118 II 291 ff. (294), E. 3b = ZBGR 75/1994, S. 43 ff., besprochen von STEINAUER, BR/DC 1993, S. 106 f.

<sup>127</sup> Bejahend BRÜCKNER, S. 23, Fn. 78; verneinend NEF, S 12 (der dortige Hinweis auf MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 127 zu Art. 712a ZGB, ist allerdings nicht schlüssig). Verneinend aus der (erstinstanzlichen) Gerichtspraxis auch das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Kanton Bern) vom 11. November 2011, Nr. C11 09 1011 (erstinstanzliches Urteil, das in letzter Instanz zu BGer 5A\_438/2012 führte, welches sich zu dieser Frage nicht äussert); vgl. PFÄFFLI/EGGERMANN, Rz. 15 f. und 31; SCHMID MEYER, S. 195, Fn. 687, und S. 216.

<sup>128</sup> Zu möglichen Problemen beim Konkurs (oder Tod) des Käufers vgl. BIANCHI, S. 223 f.

die Zumutbarkeit des Vollendungsaufwandes für den einzelnen Stockwerkeigentümer abstellen?<sup>129</sup>

2. Ein solcher Konkursfall betrifft die Erwerber **rechtlich und finanziell** (oftmals) in existenzieller Weise. Die sich stellenden Fragen sollten vom Gesetzgeber geregelt werden.

*d. Anmerkung im Grundbuch und Anzeige der Fertigstellung des Gebäudes*

1. Bei der Grundbucheintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes hat das Grundbuchamt auf dem Hauptbuchblatt des Stammgrundstücks und auf den Blättern der Stockwerke die **Anmerkung** «Begründung des StWE vor der Erstellung des Gebäudes» einzutragen (Art. 69 Abs. 2 GBV). Damit werden Dritte, die in das Grundbuch Einsicht nehmen – namentlich etwa Personen, die einen Anteil erwerben oder sich daran oder an der Stammparzelle ein Grundpfandrecht einräumen lassen wollen –, darauf aufmerksam gemacht, dass das Gebäude (allenfalls) noch nicht fertig erstellt ist, was Missbräuchen vorbeugt.<sup>130</sup>
2. Innert dreier Monate nach der Bauausführung müssen sodann die Stockwerkeigentümer und der Verwalter nach Art. 69 Abs. 3 GBV dem Grundbuchamt die **Fertigstellung des Gebäudes anzeigen**, gegebenenfalls unter Beilage eines nach der Bauausführung berechtigten Aufteilungsplans. Diese Anzeige ist als Beleg zur Löschung der Anmerkung im Grundbuch erforderlich.<sup>131</sup> Sie wird von einem Teil der Lehre als Anmeldung (Antrag) zur Löschung der Anmerkung verstanden, obwohl Art. 69 Abs. 3 GBV dies nicht ausdrücklich sagt.<sup>132</sup>

Zur Frage, wer den berechtigten Aufteilungsplan unterzeichnen muss, gehen die Meinungen auseinander. Die mehrheitliche Lehre und ein Teil der kantonalen Praxis verlangen die Unterzeichnung durch sämtliche Stockwerkeigentümer.<sup>133</sup> Das Bundesgericht hat diese Auffassung als «troppo assoluta» bezeichnet, ohne indessen ein bestimmtes Quorum festzulegen; es verlangt immerhin dann einen von sämtlichen Stockwerkeigentümern unterzeichneten berechtigten Plan, wenn die Wertquoten gegenüber dem ursprünglich eingereichten Plan geändert werden sollen.<sup>134</sup> Die Frage,

<sup>129</sup> Vgl. dazu WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 155. Der Autor will Art. 712f Abs. 3 ZGB nur dann anwenden, wenn das Gebäude noch nicht zur Hälfte erstellt ist, die Stockwerkeigentümer bereits sämtliche Baukosten bezahlt haben und zur Fertigstellung des Gebäudes nun auch noch die Restkosten aufbringen müssten.

<sup>130</sup> Vgl. etwa LIVER, Die Anmerkung, S. 19; NEF, S 9 f.; SCHMID MEYER, S. 194.

<sup>131</sup> BGE 119 II 212 ff. (214), E. 2b = ZBGR 75/1994, S. 287 ff.; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 58 zu Art. 712d ZGB; TRAUFFER, S. 479.

<sup>132</sup> SCHMID MEYER, S. 197, mit ausführlichen Hinweisen zu den zur Anzeige legitimierten Personen sowie den erforderlichen Beschlüssen und Belegen (S. 199 ff.).

<sup>133</sup> FRIEDRICH, Praktische Fragen, S. 344; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 58 zu Art. 712d ZGB; TRAUFFER, S. 481; BIANCHI, S. 227; PFÄFFLI/EGGERMANN, Rz. 29; ZR 89/1990, Nr. 76, S. 148 ff. (150 f.), E. 3b und 4 (Zürcher Obergericht); a.M. NEF, S 11.

<sup>134</sup> BGE 119 II 212 ff. (215), E. 2c = ZBGR 75/1994, S. 287 ff., unter Hinweis auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz im betreffenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren. Vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 158.

wer den berechtigten Aufteilungsplan unterzeichnen muss, ist in der Praxis äusserst wichtig und sollte auf dem Gesetzes- oder Verordnungsweg klar geregelt werden.

3. Die Anzeigepflicht von Art. 69 Abs. 3 GBV wird indessen **in der Praxis nur selten erfüllt**,<sup>135</sup> sodass die betreffende Anmerkung auf vielen Grundbuchblättern noch jahrelang nach der Bauvollendung existiert. Das missachtet indessen nicht nur die genannte Verordnungsbestimmung, sondern widerspricht den fundamentalen Grundsätzen von Wahrheit, Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs. Die in Art. 69 Abs. 4 GBV vorgesehene Sanktion der Löschung des Stockwerkeigentums mit Umwandlung in gewöhnliches Miteigentum kommt kaum je zum Tragen,<sup>136</sup> auch deshalb nicht, weil dem Grundbuchamt die Möglichkeit fehlt, den Baufortschritt aller betroffener Gebäude zuverlässig zu überblicken.<sup>137</sup> Einzelne Autoren äussern Zweifel, ob eine bundesrätliche Verordnungsbestimmung (ohne Grundlage im ZGB) eine solch einschneidende, zum Untergang des Stockwerkeigentums führende Rechtsfolge anordnen darf.<sup>138</sup> Andere Autoren halten die Rückführung in gewöhnliches Miteigentum (Löschung des Stockwerkeigentums) für unverhältnismässig, soweit es nicht um gravierende Planabweichungen geht.<sup>139</sup>
4. Zweifelhaft ist sodann, ob eine solche **Löschung des Stockwerkeigentums** (mit Umwandlung in gewöhnliches Miteigentum) durch das Grundbuchamt allein vorgenommen werden könnte.<sup>140</sup> In der Literatur zur Grundbuchverordnung von 1910 hat FRIEDRICH für die Löschung die Einwilligung aller Stockwerkeigentümer oder ein gerichtliches Urteil verlangt.<sup>141</sup> Zu einem Gerichtsurteil kommt es allerdings nur dann, wenn einer der Stockwerkeigentümer klagt. Fehlt es daran, stellt sich die Frage, wie der Grundbuchverwalter vorgehen kann und soll. Nach Art. 69 Abs. 4 in fine GBV geschieht die Umwandlung in gewöhnliches Miteigentum «nach fruchtloser Fristansetzung und in Ermangelung eines Gerichtsurteils in sinngemässer Anwendung der Artikel 976a und 976b ZGB». Eine Löschung des Stockwerkeigentums von Amtes wegen durch das Grundbuchamt – nämlich auf Grund eines der in Art. 976 ZGB abschliessend geregelten Fälle<sup>142</sup> – scheidet damit wiederum aus.<sup>143</sup> Insgesamt

<sup>135</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 158; PFÄFFLI/EGGERMANN, Rz. 29; vgl. auch die statistischen Angaben von SCHMID MEYER, S. 224.

<sup>136</sup> Zu dieser Frage ist keine publizierte Rechtsprechung ersichtlich. Vgl. auch DUBOIS/MARTIN, S. 88.

<sup>137</sup> PFÄFFLI/EGGERMANN, Rz. 28.

<sup>138</sup> FOËX, La fin de la propriété par étages, S. 150; FASEL, N 10 zu Art. 69 GBV; DUBOIS/MARTIN, S. 92 ff., u.a. mit Hinweisen auf die rechtlichen Probleme, die bei der Schliessung der Stockwerk-Grundbuchblätter und beim Wegfall der Stockwerkeigentümergeinschaft entstehen. – Einzelne Kantone sehen für die Missachtung der Mitteilungspflicht Bussen vor (Art. 4 Abs. 2 des Beschlusses des Staatsrats des Kantons Wallis vom 13. September 1966 betreffend das Stockwerkeigentum [Nr. 211.613]).

<sup>139</sup> Zum Beispiel STEINAUER, Questions choisies, S. 304 (mit dem Hinweis, dass alsdann die einzige «Sanktion» darin besteht, dass die Nichtübereinstimmung von Aufteilungsplan und Wirklichkeit andauert und auch die genannte Anmerkung im Grundbuch fortbesteht); NEF, S 9; FASEL, N 19 zu Art. 69 GBV.

<sup>140</sup> Bejahend (zur GBV von 1910) TRAUFFER, S. 482; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 159, und N 112 zu Art. 712f ZGB.

<sup>141</sup> FRIEDRICH, Praktische Fragen, S. 342; vgl. auch die Hinweise bei FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch, S. 358, und SCHMID MEYER, S. 224 ff.

<sup>142</sup> Dazu STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 959 ff. und 992; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 627 ff.

vermag die geltende Regelung der Anmerkung in Art. 69 GBV die ihr vom Verordnungsgeber zugedachte Aufgabe nicht zu erfüllen, nämlich zu «bewirken, dass die Grundbuchbehörden die Herbeiführung des gesetzlichen Zustandes von Amtes wegen überwachen».<sup>144</sup>

5. Das Ziel von Art. 69 Abs. 2 GBV, mittels einer Anmerkung darauf hinzuweisen, dass das Gebäude (allenfalls) noch nicht fertiggestellt ist, verdient Zustimmung. Die beschriebene **Regelung über die Löschung** der Anmerkung ist aber **unbefriedigend** und sollte vom Gesetzgeber überdacht werden. Als Lösungen kommen in Betracht (in Stichworten):
- Pflicht derjenigen Person, welche die Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes beim Grundbuchamt anmeldet, zur Leistung einer Sicherheit (zum Beispiel durch Hinterlegung einer Geldsumme beim Grundbuchamt), die erst bei korrekter Anzeige der Fertigstellung freigegeben bzw. zurückbezahlt wird.
  - Pflicht der Kantone, durch eine Behörde (Bauamt oder dergleichen) die Fertigstellung der betreffenden Gebäude und allenfalls auch die Plankonformität der Ausführung zu prüfen und zu bescheinigen.<sup>145</sup>

#### D. Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf

1. Angesichts der zentralen Rechtsfragen, welche die Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes aufwirft, sollte eine **Regelung** – mindestens der wichtigeren Fragen – **auf formeller Gesetzesstufe (ZGB und OR)** erfolgen.<sup>146</sup> Die Normierung auf Verordnungsstufe genügt nicht. Sie wirft aus grundsätzlicher Sicht namentlich die Frage auf, ob für einschneidende Rechtsfolgen (wie etwa die nachträgliche Löschung des Stockwerkeigentums) überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.
2. Der **obligationenrechtliche Handlungsbedarf** wurde hier in Stichworten erwähnt. Er steht ausserhalb des Gutachterauftrags. Die offenen Fragen sind jedoch teilweise geeignet, den sachenrechtlichen Revisionsbedarf zu beeinflussen. Dies gilt namentlich für die Frage, wer Rechte wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen geltend machen darf. Auf die (sachenrechtliche) Frage nach der diesbezüglichen Stellung der Stockwerkeigentümergeinschaft, die sich in diesem Zusammenhang stellt, wird hinten zurückgekommen.<sup>147</sup>
3. **Sachenrechtlicher Handlungsbedarf** besteht zusammenfassend hinsichtlich folgender Punkte:

<sup>143</sup> Ebenso SCHMID MEYER, S. 229, mit Lösungsvorschlägen auf S. 229 ff.; DUBOIS/MARTIN, S. 91.

<sup>144</sup> So jedenfalls FRIEDRICH, Praktische Fragen, S. 343. Vgl. auch DUBOIS/MARTIN, S. 93.

<sup>145</sup> Zu einer «amtlichen Bestätigung» nach geltendem Recht vgl. Art. 68 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 3 Satz 2 GBV.

<sup>146</sup> Ebenso WERMELINGER, Réflexions, S. 172; DERSELBE, La vente d'une part-terrain, S. 42 f.

<sup>147</sup> Hinten VI.

- Soll – zum Schutz der Erwerber von Anteilen – die Grundbuchanmeldung zur Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes erst zulässig sein, wenn (über den Aufteilungsplan hinaus) eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt?
- Welchen Anforderungen muss der Aufteilungsplan genügen?
- Für den Fall, dass es in der Bauphase zu Abweichungen vom ursprünglichen Aufteilungsplan kommt, sollten mehrere Fragen geregelt werden:
  - Welche Vollmachten an den Unternehmer oder Promotor sind zulässig; wo sind die Grenzen?
  - Unterstehen bauliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Plan (an gemeinschaftlichen Teilen) den Art. 647c–647e ZGB, oder sind Erleichterungen angebracht? Wann ist der öffentlich beurkundete Begründungsakt anzupassen?
  - Hat ein Stockwerkeigentümer – über die Klage auf Berichtigung der Wertquoten nach Art. 712e Abs. 2 ZGB hinaus – einen klagbaren Anspruch darauf, dass ein anderer Stockwerkeigentümer seine Zustimmung zu den bereinigten Aufteilungsplänen und zur Bereinigung der Begründungsurkunde erteilt?
  - Soll die Anmerkung «Begründung des StWE vor der Erstellung des Gebäudes» (Art. 69 Abs. 2 GBV) beibehalten werden? Wer ist berechtigt und verpflichtet, die Fertigstellung der Baute zu melden, bei welchen Sanktionen? Ist eine Sicherheitsleistung oder die Mitwirkung einer Behörde (Bauamt) geboten?
  - Die in der Praxis äusserst wichtige Frage, wer bei baulichen Abweichungen vom ursprünglichen Plan den berichtigten Aufteilungsplan unterzeichnen muss, sollte (auf dem Gesetzes- oder Verordnungsweg) klar geregelt werden.
  - Soll die heute in Art. 69 Abs. 4 GBV vorgesehene Sanktion der Löschung des Stockwerkeigentums (mit Umwandlung in gewöhnliches Miteigentum) beibehalten werden? Wenn ja, kann der Grundbuchverwalter allein handeln, oder braucht es einen richterlichen Entscheid? Welche Verfahrensregeln sind einzuhalten?
- Wie ist das Schicksal der Baute beim Konkurs des Verkäufers/Unternehmers? Genügt ein einfacher Mehrheitsbeschluss über das Fertigstellen der begonnenen Baute (als notwendige bauliche Massnahme), oder ist auf die Zumutbarkeit für den einzelnen Stockwerkeigentümer Rücksicht zu nehmen, etwa mit einem Vetorecht oder der Möglichkeit eines Auskaufes?

## 2. Stockwerkeigentum gestützt auf ein Baurecht

1. Art. 712d ZGB lässt es zu, dass das zu Stockwerkeigentum auszugestaltende Grundstück ein selbständiges und dauerndes Baurecht ist (vgl. insbesondere Abs. 2 Ziff. 2 der Bestimmung). Art. 779I ZGB beschränkt die **Dauer** eines selbständigen Baurechts auf **höchstens 100 Jahre** (Abs. 1), wobei das Recht jederzeit auf eine neue Dauer von höchstens 100 Jahre verlängert werden kann; immerhin ist eine hierzu zum Voraus eingegangene Verpflichtung unverbindlich (Abs. 2). Damit kann ein Baurecht, welches das Stammgrundstück für Stockwerkeigentum darstellt, bei seiner Errichtung eine Dauer zwischen 30 und 100 Jahren aufweisen (Art. 655 Abs. 3

Ziff. 2 und Art. 779I Abs. 1 ZGB). Das Baurecht beruht entweder auf einem einseitigen Rechtsgeschäft des Grundeigentümers (Eigentümersdienstbarkeit) oder auf einem Baurechtsvertrag; in beiden Fällen bedarf es der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a Abs. 1 ZGB).

2. Mit Ablauf der vorgesehenen Dauer erlischt das Baurecht, und die bestehenden Bauwerke fallen dem Grundeigentümer heim (Art. 779c ZGB). Der Untergang des Baurechts führt notwendigerweise zum **Untergang des Stockwerkeigentums** (vgl. auch Art. 712f Abs. 1 ZGB). Soll das Stockwerkeigentum weiterhin bestehen, ist also eine Verlängerung des Baurechts unumgänglich; diese muss *vor* Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Dauer erfolgen, damit das Baurecht seinen Rang behalten kann.<sup>148</sup> Rechtlich gesehen, handelt es sich bei der Verlängerung des Baurechts im Sinn von Art. 779I Abs. 2 ZGB nicht um die Abänderung des bereits bestehenden, sondern um die *Errichtung eines neuen Baurechtsvertrags*.<sup>149</sup>
3. Baurechtsberechtigte sind die Stockwerkeigentümer, sei es, dass sie bereits an der Errichtung des Baurechts beteiligt waren, sei es, dass sie später einen Stockwerkeigentumsanteil erworben haben. Soll das Baurecht verlängert werden, bilden auf Seiten der Berechtigten diejenigen Personen die Vertragspartei, die in diesem Moment Stockwerkeigentümer sind.<sup>150</sup> Für die Verlängerung des Baurechts ist mit anderen Worten die **Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer** erforderlich. In der Praxis kann dies insbesondere bei grossen Stockwerkeigentümergeinschaften zu Problemen führen: Verweigert nur einer der Stockwerkeigentümer seine Zustimmung, kommt es zum Untergang des Baurechts und damit zum Untergang des Stockwerkeigentums. Dieses Ergebnis lässt sich schwer in Einklang zu bringen mit der Idee des Stockwerkeigentums, bei dem es sich um ein für die Dauer konzipiertes Miteigentum handelt (vgl. Art. 650 Abs. 1 ZGB). Das Problem resultiert auf Seiten des Dienstbarkeitsrechts aus dem für die Servituten geltenden Grundsatz der Beschränktheit der Belastung, der für das Baurecht dazu geführt hat, dass das Gesetz eine zeitliche Befristung vorsieht,<sup>151</sup> und auf Seiten des Stockwerkeigentums aus dem Einstimmigkeitserfordernis.
4. Es bleibt zu prüfen, ob das **geltende Recht** den Stockwerkeigentümern die Möglichkeit gibt, einer solchen Situation vorzubeugen. In der Lehre werden dazu zwei Ansätze diskutiert:<sup>152</sup>
  - *Verlängerung des Baurechts als Verfügung über die Sache (Art. 648 Abs. 2 ZGB)*: Nach der hier vertretenen Ansicht findet Art. 648 Abs. 2 ZGB auf die Verlängerung des Baurechts keine Anwendung, da es nicht um eine Verfügung über das Stammgrundstück, sondern um dessen Fortbestand geht. Die Norm würde im Übrigen nur dann eine Lösung bieten, wenn die Stockwerkeigentümer eine andere

<sup>148</sup> Vgl. dazu HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung, S. 111 mit Hinweisen.

<sup>149</sup> So ausdrücklich Amtl. Bull. NR 1964 II 375 (Berichterstatter AEBISCHER): «elle [= une corporation de droit public] peut ... renouveler le contrat de superficie ou plutôt le remplacer pendant sa validité par un autre contrat et ainsi prolonger la durée du droit de superficie». A.M. gestützt auf den Wortlaut der Bestimmung FREIMÜLLER, S. 62; ihm folgend ISLER, S. 118; vgl. auch WERMELINGER, Verlängerung, S. 672, der von einer «strukturbewahrenden Änderung des Vertrags» spricht.

<sup>150</sup> Ausführlich dazu WERMELINGER, Verlängerung, S. 666 f.

<sup>151</sup> Vgl. etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1268a.

<sup>152</sup> Siehe dazu WERMELINGER, Verlängerung, S. 672 ff.

Ordnung (konkret: das Genügen eines Mehrheitsbeschlusses) vereinbart hätten und diese andere Ordnung gestützt auf Art. 649a Abs. 1 ZGB auch Rechtsnachfolgern gegenüber verbindlich wäre. Letzteres wird von einem Teil der Lehre unter anderem mit der Begründung verneint, es handle sich nicht um eine Frage der Nutzungs- und Verwaltungsordnung, weshalb Art. 649a Abs. 1 ZGB nicht zur Anwendung komme.<sup>153</sup>

- *Verlängerung des Baurechts als Verwaltungshandlung*: Versteht man unter dem Begriff «Verwaltungshandlung» Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur «die sich einerseits auf den Zustand der Miteigentumssache (Erhaltung oder Verbesserung) und andererseits auf deren Bewirtschaftung (zweckentsprechende Verwendung) beziehen»<sup>154</sup>, lässt sich die Verlängerung des Baurechts nicht darunter subsumieren. Zunächst ist festzuhalten, dass sich Verwaltungshandlungen (anders als Verfügungen im Sinn von Art. 648 Abs. 2 ZGB) nicht auf das Baurecht (die Stammparzelle) beziehen können. Aus der soeben wiedergegebenen Begriffsbestimmung und den im Gesetz aufgezählten Beispielen (vgl. zum Beispiel Art. 647a Abs. 1 und Art. 647b Abs. 1 ZGB) ergibt sich ohne Weiteres, dass Verwaltungshandlungen ein körperliches Objekt betreffen. Das Baurecht stellt zwar ein Grundstück im Sinn des Gesetzes dar, es wird durch die Fiktion von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB aber nicht zu einem Sachobjekt.<sup>155</sup> Im Zusammenhang mit den Verwaltungshandlungen ist unter dem Begriff «Sache» deshalb die Baute zu verstehen. Mit dem Untergang des Baurechts würde zwar auch das Stockwerkeigentum untergehen, die Sache selber (die Baute) bliebe aber unverändert bestehen. Die Verlängerung des Baurechts zielt mit anderen Worten nicht auf die Erhaltung der Sache, sondern auf die Beibehaltung der bestehenden Eigentumsverhältnisse.

5. Nach dem Gesagten enthält das Miteigentums- und Stockwerkeigentumsrecht keine Regel, die sicherstellt, dass das Stockwerkeigentum auch dann über die ursprünglich vereinbarte Dauer des Baurechts weiterbestehen kann, wenn sich ein einzelner Stockwerkeigentümer (oder eine Minderheit von Stockwerkeigentümern) dem widersetzt. Weder die Botschaft<sup>156</sup> noch das Parlament<sup>157</sup> haben sich mit der besonderen Problematik des Baurechts als Stammgrundstück auseinandergesetzt. Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber die Problematik nicht erkannt hat und eine echte Lücke vorliegt.<sup>158</sup> Zu welcher Lösung ein Gericht in Anwendung von Art. 1 ZGB im konkreten Fall kommen würde, ist unklar, da das Gesetz keine Bestimmung kennt, die einen ähnlichen Tatbestand regelt, und ein Analogieschluss damit ausscheidet. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte auf Grund der bestehenden Rechtsunsicherheit ein **Eingreifen des Gesetzgebers** geprüft werden.

<sup>153</sup> Vgl. zum Beispiel STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 1256b; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 26 zu Art. 648 ZGB sowie N 18 zu Art. 649a und 649b ZGB; HANS HUBER, ZBGR 50/1969, S. 292; BRUNNER/WICHTERMANN, Basler Kommentar, N 28 zu Art. 648 ZGB. A.M. etwa PIOTET PAUL, Nr. 187 ff.; SCHMID, Formelle Aspekte, S. 448 f.; WERMELINGER, Verlängerung, S. 672 f.

<sup>154</sup> THURNHERR, Nr. 128 (im Original kursiv).

<sup>155</sup> BGE 118 II 115 ff. (118), E. 2; BGer 2C\_704/2013, E. 4.6.

<sup>156</sup> BBl 1962 II 1514 f.

<sup>157</sup> Amtl. Bull. NR 1963 I 219 ff.; Amtl. Bull. StR 1963 II 216 ff.

<sup>158</sup> Vgl. dazu WERMELINGER, Verlängerung, S. 675.



6. **De lege ferenda** liessen sich etwa folgende Lösungsansätze diskutieren (in Stichworten):
- Vorschreiben einer *Mindestdauer* des Baurechts für den Fall, dass das Baurecht als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen soll;
  - Möglichkeit des *Auskaufs* derjenigen Stockwerkeigentümer, die zur Verlängerung des Baurechts nicht Hand bieten wollen (vgl. auch Art. 712f Abs. 4 ZGB);
  - Einführung einer Bestimmung, die für die Verlängerung des Baurechts einen *Mehrheitsbeschluss* (zum Beispiel Zweidrittelmehrheit) genügen lässt;<sup>159</sup> allenfalls wäre eine solche erleichterte Beschlussfassung nur bei einer einmaligen Verlängerung von kurzer Dauer (beispielsweise nicht länger als 20 Jahre) einzuräumen, um das Quorum der Tragweite des jeweiligen Beschlusses anzupassen;
  - *Abschaffung* des Baurechts als Grundlage für Stockwerkeigentum (unter Beibehaltung bereits bestehender Fälle). Diese Radikallösung würde der Vereinfachung der Rechtsordnung dienen, da die Kombination von Stockwerkeigentum und Baurecht über das Problem der Verlängerung der Dienstbarkeit hinaus zu zahlreichen rechtlichen Unsicherheiten führt und deshalb als übermässig kompliziert angesehen werden muss.

#### IV. Verwaltung und Benutzung im Allgemeinen (Art. 712g ZGB)

##### 1. Bauliche Massnahmen

Mit Bezug auf die baulichen Massnahmen verweist Art. 712g Abs. 1 ZGB auf das Miteigentum. Damit finden die **Art. 647c–647e ZGB** Anwendung. Sofern diese Bestimmungen nicht zwingend sind (vgl. dazu Art. 647 Abs. 2 ZGB), können sie im Begründungsakt oder mit einstimmigem Beschluss durch eine andere Ordnung ersetzt werden (Art. 712g Abs. 2 ZGB).

##### A. Berechnung der Quoren

1. Das Gesetz unterteilt die baulichen Massnahmen in notwendige (Art. 647c ZGB), nützliche (Art. 647d ZGB) und luxuriöse (Art. 647e ZGB). Je nach Art der Arbeiten ist für die Beschlussfassung ein anderes **Quorum** erforderlich. Das Gesetz verlangt für die notwendigen baulichen Massnahmen die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer (unter Vorbehalt von Art. 647 Abs. 2 und Art. 647a ZGB), für die nützlichen baulichen Massnahmen die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt (unter Vorbehalt von Art. 647d Abs. 2

<sup>159</sup>

In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob ein Mehrheitsbeschluss lediglich für den Abschluss eines neuen Baurechtsvertrags mit ansonsten identischem Inhalt oder auch für die Abänderung einzelner Bestimmungen des bestehenden Baurechtsvertrags ausreichen könnte; ähnlich WERMELINGER, *Réflexions*, S. 179.

und 3 ZGB), und für die luxuriösen baulichen Massnahmen die Einstimmigkeit (unter Vorbehalt von Art. 647e Abs. 2 ZGB).<sup>160</sup>

2. Für das Stockwerkeigentum geht die herrschende Lehre auf Grund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB auf das Vereinsrecht davon aus, dass sich die Quoren für die baulichen Massnahmen zwar aus dem Miteigentumsrecht ergeben, die **Berechnung der Mehrheit** aber in **Art. 67 Abs. 2 ZGB** geregelt ist.<sup>161</sup> Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht geäussert. Folgt man der herrschenden Lehre, genügt für die notwendigen baulichen Massnahmen die Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Stockwerkeigentümer.<sup>162</sup> In der Literatur besteht ausserdem weitgehend Einigkeit darüber, dass bei den nützlichen baulichen Massnahmen sowohl die Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Stockwerkeigentümer als auch die Mehrheit sämtlicher Anteile zustimmen müssen.<sup>163</sup> Hingegen ist die Lehre mit Bezug auf die Frage gespalten, wie sich die für die luxuriösen baulichen Massnahmen erforderliche Einstimmigkeit berechnet.<sup>164</sup>
3. Im Zusammenhang mit Art. 67 Abs. 2 ZGB besteht in der Lehre eine **Kontroverse** darüber, wie die für die Annahme eines Beschlusses erforderliche Mehrheit zu ermitteln ist. Konkret ist umstritten, ob ungültige Stimmen und/oder Enthaltungen bei der Berechnung berücksichtigt werden müssen oder nicht. Werden sie mitgezählt, wirken sie sich im Resultat wie Nein-Stimmen aus.<sup>165</sup>
4. Geht man davon aus, dass der in Art. 712m Abs. 2 ZGB enthaltene Verweis auf das Vereinsrecht beizubehalten ist,<sup>166</sup> stellt sich die Frage, ob die für die Vereine seit über 100 Jahren bestehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Ermittlung der Mehrheit nicht zumindest für das Stockwerkeigentum behoben werden sollte. Insofern wäre der **gesetzgeberische Handlungsbedarf** zu prüfen.

## B. *Abgrenzung der einzelnen baulichen Massnahmen*

1. Das Gesetz gibt verschiedene **Kriterien für die Qualifizierung** von baulichen Massnahmen vor: Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache bei den notwendigen Massnahmen, Wertsteigerung, Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder der Gebrauchsfähigkeit bei den nützlichen Massnahmen, Verschönerung oder

<sup>160</sup> Zur besonderen Situation der Zweiergemeinschaft vgl. hinten VII./4.

<sup>161</sup> Vgl. dazu HÜRLIMANN-KAUP, Verwaltungshandlungen, S. 18, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>162</sup> Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 111 zu Art. 712m ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 187 zu Art. 712m ZGB; THURNHERR, Nr. 305.

<sup>163</sup> Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 115 zu Art. 712m ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 189 f. zu Art. 712m ZGB; THURNHERR, Nr. 307. Vgl. immerhin FRIEDRICH, Reglement, § 34 N 5 i.V.m. § 25 N 3 f.

<sup>164</sup> Für die Zustimmung aller an der Versammlung anwesenden oder vertretenen Stockwerkeigentümer zum Beispiel WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 192 zu Art. 712m ZGB; SCHMID, Formelle Aspekte, S. 440. Für die Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer etwa THURNHERR; Nr. 309; SCHMID, Baurechtstagung 2005, S. 41; HÜRLIMANN-KAUP, Verwaltungshandlungen, S. 19; sowie ausführlich HANDSCHIN/WYTENBACH, S. 71 ff.

<sup>165</sup> Vgl. zum Ganzen etwa HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 1274 ff.

<sup>166</sup> Vgl. aber hinten VII./1.

Ansehnlichkeit der Sache bzw. Bequemlichkeit im Gebrauch bei den luxuriösen Massnahmen. Im konkreten Fall ist anhand der individuellen Umstände nach einem objektiven Massstab darüber zu entscheiden, ob die Massnahme nützlich, notwendig oder luxuriös ist.<sup>167</sup> Das Gericht verfügt in diesem Zusammenhang über ein grosses Ermessen, welches das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung überprüft.<sup>168</sup>

2. Im Alltag bereitet die Qualifizierung einer konkreten baulichen Massnahme regelmässig Schwierigkeiten.<sup>169</sup> Das Problem akzentuiert sich bei Bauprojekten, die verschiedene bauliche Massnahmen umfassen.<sup>170</sup> Im Zusammenhang mit der Abgrenzung der nützlichen von den luxuriösen baulichen Massnahmen spricht sich ein Teil der Lehre dafür aus, im Zweifel von einer luxuriösen Massnahme auszugehen;<sup>171</sup> dadurch erhöht sich die Gefahr, dass die Arbeiten im konkreten Fall durch einen einzelnen Stockwerkeigentümer blockiert werden.<sup>172</sup> Auf Grund der grossen Bedeutung der baulichen Massnahmen für die Bewirtschaftung von im Stockwerkeigentum stehenden Liegenschaften empfiehlt es sich zu prüfen, inwieweit der Schwierigkeit der Qualifizierung durch eine **Änderung der Art. 647c–647e ZGB** entgegengetreten werden könnte. Nach der hier vertretenen Auffassung vermag die bestehende Dreiteilung durch die unterschiedlichen Zustimmungserfordernisse einen angemessenen Minderheitenschutz zu gewährleisten; sie ist deshalb beizubehalten. Um die Qualifizierung einer baulichen Massnahme zu erleichtern, liesse sich aber beispielsweise die Einführung folgender (widerlegbarer) *Vermutung* diskutieren: Eine nicht offensichtlich notwendige oder nicht offensichtlich luxuriöse bauliche Massnahme ist vermuthungsweise als nützlich zu qualifizieren.

### C. *Qualifizierung baulicher Massnahmen im Partikularinteresse einzelner Stockwerkeigentümer*

1. Beim Stockwerkeigentum finden die Art. 647c–647e ZGB lediglich auf **bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen** Anwendung.<sup>173</sup> Auch wenn derartige Bauarbeiten regelmässig im Interesse der Gemeinschaft liegen, kommen in der Praxis Fälle vor, in denen ausschliesslich Interessen einzelner Stockwerkeigentümer betroffen sind. Hier lassen sich etwa folgende *Beispiele* nennen:<sup>174</sup>

<sup>167</sup> Vgl. etwa MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 22 zu Art. 647c ZGB, N 11 zu Art. 647d ZGB und N 3 zu Art. 647e ZGB.

<sup>168</sup> BGer 5A\_323/2016, E. 5.1.2.

<sup>169</sup> Vgl. auch MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 22 zu Art. 647c ZGB: «Allgemeine Regeln gibt es nicht.»

<sup>170</sup> Vgl. dazu WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 142 zu Art. 712a ZGB; DERSELBE, Aktuelle Fragen, S. 146, unter Bezugnahme auf BGer 5A\_323/2016 und 5A\_798/2010, E. 4.6.

<sup>171</sup> WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 286 (unter Hinweis auf den grösseren Minderheitenschutz); FRIEDRICH, Reglement, § 26 N 2; THURNHERR, Nr. 191. Vgl. zu den baulichen Massnahmen im Partikularinteresse einzelner Stockwerkeigentümer ausserdem sogleich IV./1./C.

<sup>172</sup> Vgl. auch WERMELINGER, Aktuelle Fragen, S. 148.

<sup>173</sup> Vgl. etwa BGE 141 III 357 ff. (360 f.), E. 3.2; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 140 zu Art. 712a ZGB.

<sup>174</sup> Weitere Beispiele bei WERMELINGER, Partikularinteresse, Rz 20 und 23; DERSELBE, Aktuelle Fragen, S. 143 f.

- Ein Stockwerkeigentümer will an seinen im Sonderrecht stehenden Räumlichkeiten bauliche Veränderungen vornehmen, die auch gemeinschaftliche Teile (zum Beispiel eine tragende Wand) betreffen.
  - An einem gemeinschaftlichen Teil besteht ein besonderes Nutzungsrecht, und der berechnigte Stockwerkeigentümer plant bauliche Änderungen (etwa die Erneuerung des Bodenbelags einer Terrasse).
  - Ein Stockwerkeigentümer ist auf bauliche Anpassungen eines gemeinschaftlichen Teils angewiesen, um weiterhin in seinen Räumlichkeiten wohnen zu können (beispielsweise der Einbau einer Rampe für einen Rollstuhl).
  - Bei kombiniertem Stockwerkeigentum<sup>175</sup> sollen an einem der Häuser Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen werden, was nur den Stockwerkeigentümern dient, die dieses Haus bewohnen (zum Beispiel die Renovation der Fassade eines einzelnen Gebäudes bei einem aus vier Gebäuden bestehenden Stockwerkeigentum).
2. Es stellt sich die Frage, wie derartige bauliche Massnahmen mit Blick auf die Art. 647c–647e ZGB zu qualifizieren sind. Das Bundesgericht hat – nach einer nicht immer einheitlichen Rechtsprechung<sup>176</sup> – in BGE 141 III 357 ff. entschieden, dass **bauliche Massnahmen**, die **im ausschliesslichen Interesse eines oder weniger Stockwerkeigentümer** liegen, aus der Sicht der Gemeinschaft als **luxuriös** anzusehen sind, womit sie (unabhängig von der Bedeutung der Massnahme für den betreffenden Stockwerkeigentümer)<sup>177</sup> unter Art. 647e ZGB fallen. Der Entscheid ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen.<sup>178</sup> Tatsächlich kann ein solcher Automatismus den in den obigen Beispielen skizzierten Konstellationen nicht gerecht werden. Immerhin bleibt die Tragweite dieses Bundesgerichtsentscheids unklar, der im Zusammenhang mit einem besonderem Nutzungsrecht ergangen ist und bei dem es eine Rolle gespielt haben mag, dass die aus dem besonderen Nutzungsrecht berechtigten Stockwerkeigentümer beantragt hatten, die baulichen Massnahmen seien auf Kosten der Gemeinschaft vorzunehmen<sup>179</sup>.

Sollte der Entscheid über den Fall des besonderen Nutzungsrechts hinaus auf alle Konstellationen von Partikularinteressen Anwendung finden, muss Folgendes beachtet werden: Die Lehre ist sich uneinig darüber, inwieweit Art. 647e ZGB zwingenden Charakter hat. Es bleibt damit fraglich, ob eine Erleichterung des Quorums für luxuriöse bauliche Massnahmen im Reglement vorgesehen werden kann,<sup>180</sup> um eine Blockade von (für den Betroffenen allenfalls notwendigen) baulichen Massnahmen durch einen einzelnen Stockwerkeigentümer zu verhindern. Weiter ist offen, inwieweit einem aus einem besonderen Nutzungsrecht berechtigten Stockwerk-

<sup>175</sup> Vgl. dazu hinten IV./3.

<sup>176</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei WERMELINGER, Partikularinteresse, Rz 16.

<sup>177</sup> BGE 141 III 357 ff. (362 f.), E. 3.4.

<sup>178</sup> Vgl. insbesondere die Aufsätze von WERMELINGER, Partikularinteresse, und SCHWERY, Partikularinteresse.

<sup>179</sup> BGE 141 III 357 ff. (361), E. 3.3.

<sup>180</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei HÜRLIMANN-KAUP, Verwaltungshandlungen, S. 16.

eigentümer durch Beschluss der Gemeinschaft das Recht zur Vornahme baulicher Massnahmen eingeräumt werden kann.<sup>181</sup>

3. Auf Grund der unklaren Rechtslage und gestützt auf die Überlegung, dass die Art. 647c–647e ZGB auf den Sonderfall der baulichen Massnahmen im Partikularinteresse nicht zugeschnitten sind,<sup>182</sup> empfiehlt es sich, den **gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen**. Es gilt einen Ausgleich zu finden zwischen dem Interesse des einzelnen Stockwerkeigentümers an der Durchführung der baulichen Massnahmen und dem Schutz der übrigen Stockwerkeigentümer vor einer Beeinträchtigung durch eben diese Massnahmen. Hier wäre wohl die Bedeutung der baulichen Massnahme (notwendig, nützlich oder luxuriös) für den beantragenden Stockwerkeigentümer als ein wesentliches Kriterium heranzuziehen. Weiter wäre bei einer allfälligen Anpassung oder Ergänzung der Art. 647c–647e ZGB zu berücksichtigen, dass die Kosten grundsätzlich vom beantragenden Stockwerkeigentümer zu tragen sind (vgl. Art. 712h Abs. 3 ZGB).

## 2. Sonderfall des Ersatzneubaus

1. Hat ein Gebäude das Ende seiner Lebensdauer fast erreicht, ist ein Abbruch mit anschliessendem Neubau ökonomisch gesehen unter Umständen vernünftiger als eine Gesamtanierung.<sup>183</sup> Auch energetische oder wohnhygienische Gründe können für einen Ersatzneubau sprechen.<sup>184</sup> Wird der Zweck des Gebäudes beibehalten, handelt es sich bei den entsprechenden Bauarbeiten nach der Lehre um nützliche bauliche Massnahmen, die nach Massgabe von Art. 647d ZGB mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden können.<sup>185</sup> Da der Ersatzneubau in den seltensten Fällen mit dem ursprünglichen Gebäude identisch sein wird,<sup>186</sup> ist allerdings regelmässig mit einer Änderung der Wertquoten zu rechnen, die nach Art. 712 Abs. 2 ZGB der Zustimmung aller unmittelbar Beteiligten bedarf. In vielen Fällen werden sämtliche Stockwerkeigentümer von der Änderung der Wertquoten betroffen sein. Im Resultat ist damit **häufig Einstimmigkeit** erforderlich.<sup>187</sup> Je nach Grösse der Stockwerkeigentümergeinschaft kann es deshalb schwierig sein, einen Ersatzneubau durchzusetzen. Das geltende Recht sieht nur für den (Ausnahme-)Fall eine Lösung vor, dass das Gebäude seit mehr als 50 Jahren in Stockwerkeigentum aufgeteilt ist und wegen des schlechten baulichen Zustands nicht mehr bestimmungsgemäss genutzt werden kann.

<sup>181</sup> Vgl. WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 166 zu Art. 712a ZGB. – Zur Rechtslage beim kombinierten Stockwerkeigentum vgl. hinten IV./3.

<sup>182</sup> Ausführlich dazu THURNHERR, Nr. 199 ff.

<sup>183</sup> HAAS, Sonderrechtsgegenstand, Nr. 536. – Zu den verschiedenen Ansätzen zur Realisierung eines Ersatzneubaus vgl. MEIER, S. 94 ff.

<sup>184</sup> Vgl. auch Amtl. Bull. NR 2014, S. 242 (Votum BR SOMMARUGA).

<sup>185</sup> MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 647d ZGB; THURNHERR, Nr. 49 und 189; HAAS, Sonderrechtsgegenstand, Nr. 537, Fn. 1468. – Führt der geplante Neubau zu einer Zweckänderung, beurteilen sich die baulichen Massnahmen nicht nach den Art. 647c ff. ZGB, sondern nach Art. 648 Abs. 2 ZGB; BGE 130 III 441 ff. (443), E. 1 mit Hinweisen. In diesem Fall bedarf der Beschluss der Einstimmigkeit, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist.

<sup>186</sup> WERMELINGER, L'écoulement du temps, S. 71.

<sup>187</sup> WERMELINGER, L'écoulement du temps, S. 71 f.

Bei einer solchen Konstellation kann jeder Stockwerkeigentümer die Aufhebung des Stockwerkeigentums verlangen, wobei diejenigen, welche die Gemeinschaft fortsetzen wollen, die Aufhebung durch Abfindung der übrigen abwenden können (Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 und Abs. 4 ZGB). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, gibt es keine Handhabe, Stockwerkeigentümer, deren Zustimmung erforderlich ist und die sich einem Ersatzneubau widersetzen, zur Veräusserung ihres Anteils zu zwingen; ebenso wenig können sie dazu verpflichtet werden, die Erstellung des Ersatzneubaus zu dulden.

2. Die geltende Rechtslage wird von einem Teil der Lehre kritisiert.<sup>188</sup> In einer Motion wurde 2012 die Lockerung des Einstimmigkeitsprinzips verlangt, die in erster Linie über die Möglichkeit eines Ausschlusses der sich widersetzenden Stockwerkeigentümer erreicht werden sollte.<sup>189</sup> Der Bundesrat beantragte die Ablehnung. Während der Nationalrat die Motion deutlich annahm,<sup>190</sup> lehnte der Ständerat sie ab.<sup>191</sup>

Blosse Instandsetzungen stark sanierungsbedürftiger Bauten sind unter Umständen zwar kurzfristig wirkungsvoll, aber nicht nachhaltig.<sup>192</sup> Die Erstellung von Ersatzneubauten kann deshalb auch im öffentlichen Interesse liegen. Zu prüfen ist, ob Ersatzbauten durch eine Gesetzesänderung gefördert werden können, ohne dass die Rechtsposition der sich widersetzenden Stockwerkeigentümer übermässig eingeschränkt wird. Einen Stockwerkeigentümer, der seine Zustimmung verweigert, zur Veräusserung seines Anteils zu zwingen, wie in der erwähnten Motion vorgeschlagen, kommt einer Enteignung gleich. Ein derart massiver Eingriff in das Privateigentum lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht nicht mit dem Ziel der Förderung von Ersatzneubauten begründen, auch wenn diese im konkreten Fall aus ökonomischen, energetischen oder anderen Gründen wünschenswert sein sollten.<sup>193</sup> Als heikel erscheint uns auch, in solchen Fällen auf die Zustimmung der sich widersetzenden Stockwerkeigentümer zu verzichten; die daraus resultierende Relativierung des zwingenden Charakters von Art. 712e Abs. 2 ZGB liesse sich unseres Erachtens schwer rechtfertigen. Es wird deshalb **empfohlen, auf Gesetzesänderungen**, die in diese Richtung zielen, **zu verzichten**. Häufig wird der einzelne Stockwerkeigentümer seine Zustimmung verweigern, weil ihm die finanziellen Mittel fehlen. Dem lässt sich bis zu einem gewissen Grad mit einer ausreichenden Dotierung des Erneuerungsfonds<sup>194</sup> entgegenreten.

<sup>188</sup> Vgl. insbesondere WERMELINGER, Aktuelle Fragen, S. 164 («Armutzeugnis»); MEIER, S. 113 f.

<sup>189</sup> Motion Filippo Leutenegger 12.3168 vom 14. März 2012: Lockerung des Einstimmigkeitsprinzips im Stockwerkeigentumsrecht beim Ersatzneubau.

<sup>190</sup> Amtl. Bull. NR 2014, S. 243.

<sup>191</sup> Amtl. Bull. StR 2014, S. 879.

<sup>192</sup> Vgl. auch HAAS, Sonderrechtsgegenstand, Nr. 548.

<sup>193</sup> Kritisch auch HAAS, Sonderrechtsgegenstand, Nr. 573.

<sup>194</sup> Vgl. dazu hinten V./1.

### 3. Schaffung und Rolle von Untergemeinschaften bei kombiniertem Stockwerkeigentum

1. Stockwerkeigentum kommt in **verschiedenen Ausprägungen** vor. Im Normalfall steht auf dem Grundstück ein (einziges) Gebäude, das horizontal in Einheiten aufgeteilt ist (horizontales Stockwerkeigentum); denkbar ist aber auch eine vertikale Aufteilung, so zum Beispiel bei Reiheneinfamilienhäusern (vertikales Stockwerkeigentum). Stockwerkeigentum kann darüber hinaus an mehreren auf dem Grundstück stehenden Gebäuden gegeben sein, sei es in Form von vertikalem Stockwerkeigentum (freistehende Einfamilienhäuser), sei es in Form von kombiniertem Stockwerkeigentum, bei dem die einzelnen Gebäude ihrerseits horizontal in Einheiten aufgeteilt sind; hier kommt jedem Stockwerkeigentümer Miteigentum an sämtlichen Gebäuden zu.<sup>195</sup>

Der Gesetzgeber hatte bei Erlass der Art. 712a ff. ZGB den Fall des horizontalen Stockwerkeigentums vor Augen.<sup>196</sup> In der Praxis hat sich aber schon kurz nach Inkrafttreten der Bestimmungen das Bedürfnis gezeigt, Stockwerkeigentum an mehreren auf dem Grundstück stehenden Gebäuden zu begründen.<sup>197</sup> Obwohl das Gesetz diesen Fall nicht vorsieht, bejaht die ganz überwiegende Lehre auch hier die Zulässigkeit der Errichtung von Stockwerkeigentum.<sup>198</sup> Im Folgenden soll mit Bezug auf das **kombinierte Stockwerkeigentum** untersucht werden, ob diese spezielle Ausprägung Fragen aufwirft, die das geltende Recht nicht angemessen zu beantworten vermag.

2. Beim kombinierten Stockwerkeigentum bestehen in der Praxis häufig **Untergemeinschaften pro Gebäude** mit dem Zweck, die Nutzung und Verwaltung des jeweiligen Gebäudes (zumindest teilweise) dessen Bewohnern zu übertragen.<sup>199</sup> Die Errichtung solcher Untergemeinschaften ist ohne Weiteres zulässig, auch wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich vorsieht.<sup>200</sup> Allerdings bestehen *Schranken* hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung und der Abtretung von Kompetenzen:
  - Die Gemeinschaftsordnung kann den Untergemeinschaften keine rechtliche Selbstständigkeit im Sinn von Art. 712f ZGB einräumen, da es an der dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt.<sup>201</sup> Damit ist insbesondere ausgeschlossen, dass die Untergemeinschaften eigenes Vermögen erwerben.<sup>202</sup>

<sup>195</sup> Vgl. zum Ganzen MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 35 und 37 zu Art. 712a ZGB.

<sup>196</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 35 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 120.

<sup>197</sup> EGGEN, S. 214.

<sup>198</sup> Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 37 zu Art. 712a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB, N 120. A.M. mit Bezug auf das kombinierte Stockwerkeigentum immerhin SCHUMACHER, Stockwerkeigentum, S. 95 und 103.

<sup>199</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 156 zu Art. 712f ZGB. – Derartige Untergemeinschaften haben ihre Grundlage in der Gemeinschaftsordnung (in der Regel im Reglement) und damit eine rechtsgeschäftliche Basis; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 86 zu Art. 712b ZGB.

<sup>200</sup> Vgl. statt vieler WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 155 zu Art. 712f ZGB. Ausserdem BGE 117 II 251 ff. (255), E. 6b.

<sup>201</sup> Vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 155 zu Art. 712f ZGB.

<sup>202</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 171 zu Art. 712f ZGB.

- Die Errichtung von Untergemeinschaften hat auf die sachenrechtliche Zuordnung der gemeinschaftlichen Teile keinen Einfluss. Es ist deshalb nicht möglich, den Untergemeinschaften die Kompetenz einzuräumen, selbständig über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen zu beschliessen (vgl. Art. 647c ff. ZGB).<sup>203</sup>
3. **De lege lata** können den Untergemeinschaften nach dem Gesagten hinsichtlich der Nutzung und Verwaltung gemeinschaftlicher Teile und der Finanzen nur bestimmte Kompetenzen zugewiesen werden,<sup>204</sup> so zum Beispiel der Erlass eines Benutzungsreglements für die Waschküche des einzelnen Gebäudes oder die Verteilung der Kosten für die Reinigung des jeweiligen Treppenhauses.<sup>205</sup> In der Praxis führt diese Beschränkung insbesondere mit Bezug auf **bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen** zu Problemen, wenn es um Bauarbeiten an einem der Gebäude geht, die nur den Bewohnern dieses Gebäudes dienen (zum Beispiel: Renovation des Daches). Kritisch sind insbesondere folgende Punkte:
- Hinsichtlich des Beschlusses *stimmberechtigt* sind – unter Vorbehalt von Art. 68 ZGB<sup>206</sup> – sämtliche Stockwerkeigentümer. Es besteht damit das Risiko, dass bauliche Massnahmen nicht vorgenommen werden können, weil Stockwerkeigentümer, die keinen Bezug zum entsprechenden Gebäude haben, dagegen stimmen und das erforderliche Quorum deshalb nicht erreicht wird. Die Ablehnung mag im konkreten Fall auf die Befürchtung zurückzuführen sein, die anfallenden Kosten mittragen zu müssen. Allerdings ist gemäss dem zwingenden Art. 712h Abs. 3 ZGB bei der Verteilung der Kosten der Umstand zu berücksichtigen, dass bestimmte gemeinschaftliche Teile einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Diese Norm muss nach der hier vertretenen Auffassung dazu führen, dass Stockwerkeigentümer ohne jeglichen Bezug zu den betroffenen gemeinschaftlichen Teilen des fraglichen Gebäudes nicht kostenpflichtig werden.<sup>207</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 712h Abs. 3 ZGB zwar nur mit Zurückhaltung anzuwenden.<sup>208</sup> Das oberste Gericht bejaht aber ein Entfallen der Kostenbeteiligung beim kombinierten Stockwerkeigentum ausdrücklich, wenn Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen ausschliesslich den Bewohnern des von den Arbeiten betroffenen Hauses zugutekommen.<sup>209</sup>
- Nicht nur das Kostenrisiko, sondern verschiedenste (allenfalls auch sachfremde) Gründe können von den baulichen Massnahmen nicht betroffene Stock-

<sup>203</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 157 und 170 zu Art. 712l ZGB. A.M. hinsichtlich der baulichen Massnahmen offenbar THURNHERR, Nr. 325 (allerdings ohne Begründung und unter Bezugnahme auf eine deutsche Literaturstelle).

<sup>204</sup> Vgl. WERMELINGER, SVIT-Kommentar, N 225 zu Art. 712l ZGB: «Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann der Untergemeinschaft Aufgaben im gleichen Rahmen delegieren, wie sie an einen Verwalter, einen Delegierten oder einem Ausschuss Aufgaben übertragen kann.»

<sup>205</sup> Vgl. dazu die Aufzählung bei WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 169 und 172 zu Art. 712l ZGB. – Stockwerkeigentümer, die der Untergemeinschaft nicht angehören, sind im Rahmen der Delegation vom Stimmrecht ausgeschlossen; WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 340; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 712m ZGB.

<sup>206</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB vgl. hinten VII./1.

<sup>207</sup> Vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 102 zu Art. 712h ZGB.

<sup>208</sup> BGE 117 II 251 ff. (255), E. 6b; 112 II 312 ff. (315), E. 3b.

<sup>209</sup> BGE 107 II 141 ff. (144), E. 3. Vgl. auch MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 68 zu Art. 712h ZGB.



werkeigentümer dazu bewegen, die Bauarbeiten abzulehnen. Dass Personen, die keinerlei Interesse an den Arbeiten haben, beim kombinierten Stockwerkeigentum ein Stimmrecht zukommt, lässt sich schlecht rechtfertigen und ist in der Praxis schwer zu kommunizieren.<sup>210</sup>

- Haben Bauhandwerker bei kombiniertem Stockwerkeigentum an gemeinschaftlichen Teilen eines der auf dem Grundstück stehenden Gebäude Arbeiten erbracht, sind allfällige *Bauhandwerkerpfandrechte* nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung anteilmässig sämtlichen Miteigentumsanteilen zu belasten.<sup>211</sup> Diejenigen Stockwerkeigentümer, die keinerlei Interesse an diesen Arbeiten haben und deshalb intern keine Kosten übernehmen müssen, haften also den Bauhandwerkern quotenproportional mit ihrem Miteigentumsanteil für die noch offenen Werklohnforderungen. Diese Situation ist besonders riskant, wenn auf dem Grundstück noch nicht alle Bauten der Überbauung erstellt sind. Hier müssen die Stockwerkeigentümer der bereits bestehenden Bauten unter Umständen während Jahren mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten rechnen, ohne dass ihnen die Erstellung der noch fehlenden Gebäude einen Mehrwert bringen würde. Die Rechtsprechung ist in der Lehre denn auch teilweise auf Kritik gestossen.<sup>212</sup>

Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, die aus den Bauarbeiten resultierende Wertvermehrung falle der Liegenschaft als Ganzer an und könne deshalb nicht einzelnen Stockwerkeinheiten angerechnet werden; das gelte auch, wenn die Bauleistung nur für eines von mehreren Gebäuden erbracht werde.<sup>213</sup> BGE 141 III 357 ff. hält nun aber in anderem Zusammenhang fest, beim Stockwerkeigentum bilde nicht das Stammgrundstück sondern die einzelne Stockwerkeinheit das Objekt des Rechtsverkehrs; bestehe an einem gemeinschaftlichen Teil ein besonderes Nutzungsrecht zu Gunsten einer bestimmten Einheit, profitierten die übrigen Stockwerkeigentümer deshalb nicht von der Wertsteigerung, die diese Einheit durch Bauarbeiten am entsprechenden gemeinschaftlichen Teil erfahre.<sup>214</sup> Wenn aber im Partikularinteresse einzelner Stockwerkeigentümer stehende bauliche Massnahmen nicht zu einer Wertsteigerung der Stammparzelle führen, stellt sich die Frage, ob sich die bisherige Rechtsprechung über die quotenproportionale Aufteilung der Bauhandwerkerpfandrechte auf sämtliche Miteigentumsanteile noch aufrecht erhalten lässt oder ob die Aufteilung nicht vielmehr quotenproportional zwischen den Einheiten erfolgen muss, bei denen die Bauarbeiten zu einer Wertsteigerung geführt haben.<sup>215</sup>

<sup>210</sup> Vgl. auch WERMELINGER, Aktuelle Fragen, S. 165.

<sup>211</sup> BGE 125 III 113 ff. (117 f.), E. 3a (in casu ging es um den Kanalisationsanschluss eines Mehrfamilienhauses bei einer Überbauung von insgesamt sieben Mehrfamilienhäusern). Vgl. auch schon BGE 111 II 31 ff. (35 ff.), E. 4.

<sup>212</sup> BRITSCHGI, S. 175 ff.; SCHUMACHER, Stockwerkeigentum, S. 95 f. und 103 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1737a.

<sup>213</sup> BGE 125 III 113 ff. (117), E. 3a. – Unbestritten ist hingegen, dass bei Arbeiten an Teilen *im Sonderrecht* das Pfandrecht nur auf dem entsprechenden Miteigentumsanteil einzutragen ist; BGE a.a.O.

<sup>214</sup> BGE 141 III 357 ff. (362), E. 3.3; vgl. zu diesem Entscheid auch schon vorne IV./1./C.

<sup>215</sup> Vgl. den Sachverhalt von BGE 111 II 31 ff. (32), B., sowie das Rechnungsbeispiel bei BRITSCHGI, S. 184, Fn. 930. Nicht praktikabel wäre hingegen die Verteilung der Pfandsumme anhand des für die einzelne Einheit tatsächlich geschaffenen Mehrwerts; vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 128 zu Art. 712c ZGB.

4. Gestützt auf das Gesagte wird empfohlen, den **gesetzgeberischen Handlungsbedarf** mit Bezug auf das kombinierte Stockwerkeigentum **zu prüfen**, wobei folgende Überlegungen in Betracht gezogen werden könnten: Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine allgemeine Regelung der Untergemeinschaften nicht angezeigt, da das kombinierte Stockwerkeigentum wegen seiner Komplexität die Ausnahme bleiben sollte. Hingegen bietet es sich an, für die *Beschlussfassung über bauliche Massnahmen* an gemeinschaftlichen Teilen eine auf das kombinierte Stockwerkeigentum angepasste Regel einzuführen. Denkbar wäre, den Untergemeinschaften die Verantwortung über die gebäudespezifischen gemeinschaftlichen Gebäudeteile (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) sowie die gebäudespezifischen gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) zu übertragen; eine solche Regelung müsste allenfalls Anpassungen bei der Haftungsordnung im Innen- und Aussenverhältnis nach sich ziehen.<sup>216</sup> Sollte diese Lösung die Annahme einer Handlungsfähigkeit der Untergemeinschaft nach dem Vorbild von Art. 712l ZGB erforderlich machen, besteht (insbesondere im Aussenverhältnis) das Risiko unübersichtlicher Strukturen.<sup>217</sup> Ein anderer Ansatz, der aus unserer Sicht den Vorzug verdient, könnte darin liegen, die Stimmberechtigung bei solchen Konstellationen von Gesetzes wegen auf diejenigen Stockwerkeigentümer zu beschränken, deren Rechte durch die baulichen Massnahmen beeinträchtigt werden können.<sup>218</sup> Hier muss gelten, dass nicht kostenpflichtig wird, wer vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.<sup>219</sup> Die Stimmberechtigung führt umgekehrt allerdings nicht automatisch zu einer Kostentragungspflicht. So kann ein Stockwerkeigentümer etwa auch dann in seinen Rechten beeinträchtigt sein, wenn dem von ihm bewohnten Gebäude infolge der projektierten Bauarbeiten am anderen Gebäude Licht entzogen oder wenn das Erscheinungsbild des anderen Gebäudes verändert würde.

---

<sup>216</sup> So der Vorschlag von WERMELINGER, *Das Stockwerkeigentum de lege ferenda*, S. 199 f.

<sup>217</sup> HAAS, *Sonderrechtsgegenstand*, Nr. 563, hält aus diesem Grund bereits die blosser Übertragung der Kompetenz zur Beschlussfassung auf die Untergemeinschaft nicht für sinnvoll.

<sup>218</sup> In eine ähnliche Richtung geht § 22 Abs. 1 WEG: «Bauliche Veränderungen und Aufwendungen, die über die ordnungsmässige Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen, können beschlossen oder verlangt werden, wenn jeder Wohnungseigentümer zustimmt, dessen Rechte durch die Massnahmen über das in § 14 Nr. 1 bestimmte Mass hinaus beeinträchtigt werden. Die Zustimmung ist nicht erforderlich, soweit die Rechte eines Wohnungseigentümers nicht in der in Satz 1 bezeichneten Weise beeinträchtigt werden.» Die deutsche Regelung unterscheidet sich allerdings in verschiedener Hinsicht vom schweizerischen System. – Mit diesem Ansatz liesse sich allenfalls auch die ähnlich gelagerte Problematik beim vertikalen Stockwerkeigentum in Form von Einfamilienhäusern lösen. Gewisse Autoren schlagen für diese Fälle stattdessen vor, diejenigen Teile des jeweiligen Einfamilienhauses, die unter Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB fallen, für sonderrechtsfähig zu erklären; WERMELINGER, *Das Stockwerkeigentum de lege ferenda*, S. 198 f.; DERSELBE, *Zürcher Kommentar*, N 169 ff. zu Art. 712b ZGB; HAAS, *Sonderrechtsgegenstand*, Nr. 560 (mit Bezug auf die elementaren Gebäudeteile).

<sup>219</sup> Zur grundsätzlichen Parallelität von Stimmrecht und Kostenbeteiligung vgl. auch THURNHERR, Nr. 325, Fn. 987; WEBER, *Die Stockwerkeigentümergeinschaft*, S. 340 f.

## V. Kosten und Haftung (Art. 712h–712k ZGB)

### 1. Erneuerungsfonds

#### A. *Geltendes Recht und Rechtsvergleichung*

1. Unter einem Erneuerungsfonds wird allgemein eine von den Stockwerkeigentümern geäußnete, der Gemeinschaft zustehende Vermögensmasse verstanden, die den Zweck hat, grössere Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes – Arbeiten, zu deren Bestreitung die laufenden Beiträge nicht ausreichen<sup>220</sup> – zu finanzieren.<sup>221</sup> Das ZGB schreibt die Einrichtung eines solchen Fonds nicht vor, erwähnt ihn jedoch in zwei Bestimmungen ausdrücklich: So hat nach **Art. 712m Abs. 1 Ziff. 5 ZGB** die Versammlung der Stockwerkeigentümer die Befugnis, über die Schaffung eines Erneuerungsfonds für Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten zu befinden. Nach **Art. 712l Abs. 1 ZGB** gehört der Erneuerungsfonds – als Beispiel für die aus den Beitragsforderungen erzielten verfügbaren Mittel – zu dem Vermögen, das sich aus der Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft ergibt und das sie unter ihrem eigenen Namen erwirbt (vgl. indirekt auch Art. 712s Abs. 2 ZGB<sup>222</sup>).
2. In seinem Entwurf zum Stockwerkeigentumsrecht (1962) hatte der **Bundesrat** in Art. 712g Abs. 3 folgende Regelung vorgeschlagen: «Zur Deckung der gemeinsamen Kosten von Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten soll ein Erneuerungsfonds angelegt und durch jährliche Beiträge geäußnet werden.»<sup>223</sup>

In den **eidgenössischen Räten** war die Frage der Verbindlichkeit, einen solchen Fonds einzurichten, kontrovers:<sup>224</sup> Der Nationalrat wollte den Erneuerungsfonds für zwingend erklären,<sup>225</sup> doch setzte sich nach einigem Hin und Her schliesslich die Lösung des Ständerates durch, der an der *fakultativen Natur* festhielt.<sup>226</sup> Durch die Erwähnung des Erneuerungsfonds hat der Gesetzgeber immerhin zu erkennen gegeben, dass er eine solche Einrichtung für wünschbar hält.<sup>227</sup>

<sup>220</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 712m und N 55 zu Art. 712s ZGB.

<sup>221</sup> Ähnlich BLOCH, S. 17; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 88 zu Art. 712l ZGB. Vgl. auch ZR 102/2003, Nr. 51, S. 261 ff. (263), E. III./4a (Zürcher Obergericht).

<sup>222</sup> Zu den Aufgaben des Verwalters im Zusammenhang mit dem Erneuerungsfonds vgl. etwa MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 55 ff. zu Art. 712s ZGB.

<sup>223</sup> Botschaft BBl 1962 II, S. 1529, mit dem Randtitel «Verwaltung und Benutzung – Besondere Obliegenheiten».

<sup>224</sup> Zum Ganzen MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 712m ZGB mit Hinweisen.

<sup>225</sup> Amtl.Bull. NR 1963, S. 225 mit der Ergänzung des Entwurfs durch Art. 712h<sup>bis</sup>: «Zur Deckung ... ist ein Erneuerungsfonds anzulegen und durch jährliche Beiträge zu äufnen»; französisch: «... un fonds de rénovation alimenté par des contributions annuelles doit être créé». Eine nähere Erläuterung oder Diskussion dieses Kommissionsantrags fand im Nationalrat nicht statt.

<sup>226</sup> Amtl.Bull. StR 1963, S. 220 und 285 (Votum Berichterstatter BOLLA); Amtl.Bull. NR 1963, S. 530 f. (Voten FURGLER und GALLI; Festhalten am Beschluss des Nationalrates) und S. 685 (Zustimmung zum Beschluss des Ständerates).

<sup>227</sup> So MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 712l ZGB und N 46 zu Art. 712m ZGB.

3. Das **deutsche Recht** (§ 21 Abs. 4 und 5 WEG) ist in diesem Punkt verbindlicher formuliert, auch wenn unklar ist, ob es einen Erneuerungsfonds geradezu zwingend vorschreibt: Jeder Wohnungseigentümer kann eine Verwaltung verlangen, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht (Abs. 4). Zu einer ordnungsgemässen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung gehört «die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung» (Abs. 5 Ziff. 4).
4. In der **Lebenswirklichkeit** verfügen zahlreiche Stockwerkeigentümergeinschaften über einen Erneuerungsfonds, haben also dessen Nutzen erkannt.<sup>228</sup> Verlässliche schweizweite Statistiken zu dieser rechtstatsächlichen Frage sind aber nicht vorhanden.<sup>229</sup>
5. Besteht ein Erneuerungsfonds und wurden rechtswirksam Beitragspflichten beschlossen, so kann die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer diese Forderung (wie bei gewöhnlichen Beitragsforderungen) mittels des Pfandrechts von Art. 712i ZGB und des Retentionsrechts von Art. 712k ZGB sichern.<sup>230</sup> Die **Durchsetzung** der entsprechenden Beitragsforderung der Gemeinschaft geschieht demnach – im Zwangsvollstreckungsfall – auf dem Weg der Betreuung auf Pfandverwertung, die zur Verwertung des pfandbelasteten Stockwerkanteils oder der retinierten Gegenstände führt.

## B. *Vor- und Nachteile einer zwingenden Regelung*

1. Ein Erneuerungsfonds an sich hat zahlreiche gewichtige **Vorteile**: Er wird regelmässig über längere Zeit hinweg durch jährliche, betragsmässig überschaubare und damit für die einzelnen Stockwerkeigentümer erschwingliche und berechenbare Beiträge geäufnet. Wenn alsdann eines Tages grössere Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an den gemeinschaftlichen Teilen (zum Beispiel Aussenfassade, Dach, Heizung, Lift) anstehen, ergibt sich kein unüberwindliches Finanzierungsproblem. Das Vorhandensein eines Fonds mit substanziellen Mitteln erleichtert es, einen Beschluss über erhebliche bauliche Massnahmen zu fassen, ermöglicht einen sachgerechten Gebäudeunterhalt und fördert dadurch den Frieden unter den Stockwerkeigentümern.<sup>231</sup> Auch die Arbeit des Verwalters wird dadurch erheblich vereinfacht. Die Schaffung und regelmässige Äufnung eines Erneuerungsfonds erweist sich mit anderen Worten

<sup>228</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 712m ZGB.

<sup>229</sup> Für die Agglomeration Luzern vgl. immerhin HAASE/BRUNI/MAYER, S. 121 ff., betreffend die Studie «Erneuerungsfonds im Stockwerkeigentum – Eine empirische Analyse über das Stockwerkeigentum in der Agglomeration Luzern» des Instituts für Betriebs- und Regionalökonomie der Hochschule Luzern-Wirtschaft, 2011 (Studie abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/Wohnungsmarkt/studien-und-publicationen.html>, besucht am 11. Juli 2018).

<sup>230</sup> BGE 123 III 53 ff. (57), E. 3d; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 26 und 29 zu Art. 712i ZGB; STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 1355; BLOCH, S. 39; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 712i ZGB und N 39 zu Art. 712k ZGB; vgl. auch BGer 5A\_102/2007, E. 2.1 (referierend zu einem Urteil des Aargauer Obergerichts). – Zu den Sicherungsmitteln von Art. 712i und 712k ZGB vgl. hinten V./2.

<sup>231</sup> Ähnlich BLOCH, S. 18 ff.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 87 und 90 f. zu Art. 712l ZGB; DERSELBE, Der Erneuerungsfonds, S. 151.

für die grosse Mehrzahl von Gemeinschaften aus wirtschaftlicher Sicht als sehr nützlich und liegt regelmässig im Interesse aller Stockwerkeigentümer.<sup>232</sup> Der gute Unterhalt des Gebäudes liegt letztlich auch im öffentlichen Interesse.

2. Doch wird eine *zwingende* Rechtsvorschrift, einen Erneuerungsfonds einzurichten und zu öffnen, auf beträchtliche **Schwierigkeiten** stossen: Für kleinere Gemeinschaften mit finanzkräftigen Stockwerkeigentümern erweist sich ein solcher Fonds als unnötig. Er bindet finanzielle Mittel auf unabsehbare Zeit. Falls alle Stockwerkeigentümer sich einig sind, keinen Fonds zu schaffen, besteht gegen diesen Beschluss keine Sanktionsmöglichkeit.<sup>233</sup> Zahlreiche Fragen zum «richtigen» Fonds sind denn auch nicht rechtlicher, sondern wirtschaftlicher Natur.<sup>234</sup>
3. Schafft der Gesetzgeber einen zwingenden Anspruch auf Einrichtung und Öffnung eines Erneuerungsfonds, so kann die **Durchsetzung** dieses Anspruchs vernünftigerweise nur durch einen Stockwerkeigentümer geschehen. Die Regelung müsste demnach so lauten, dass jeder Stockwerkeigentümer einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einrichtung und Öffnung des Fonds hat – eine Regelung, die Bestimmungen wie Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 712g Abs. 3, Art. 712q Abs. 1 und Art. 712r Abs. 2 ZGB nachgebildet wäre.<sup>235</sup>

Praktisch würde diese Durchsetzung der Öffnungspflicht gegenüber den Stockwerkeigentümern – namentlich wenn sie finanzschwach sind – auf erhebliche Probleme stossen (gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs, Eintreibung der Mittel durch Zwangsvollstreckung), von der daraus folgenden Zwietracht innerhalb der Gemeinschaft ganz abgesehen. Es erscheint uns sodann auch fragwürdig, einen Stockwerkeigentümer, der den Beitrag in den Erneuerungsfonds (vorübergehend) nicht zu zahlen vermag, auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zur Veräusserung seines Stockwerkanteils zu zwingen, soweit keine grösseren Erneuerungsarbeiten anstehen.

### C. *Rechtliche Probleme des Erneuerungsfonds*

Schreibt das Gesetz zwingend einen Erneuerungsfonds vor oder wird – bei dispositiver gesetzlicher Regelung – ein solcher von den Stockwerkeigentümern vorgesehen, so ergeben sich folgende rechtlichen (und teilweise praktischen) Probleme, die vom Gesetzgeber geklärt werden könnten:

<sup>232</sup> So ausdrücklich das Votum von Ständerat BOLLA, Amtl. Bull. StR 1963, S. 220, der als Berichterstatter im Ständerat allerdings das vom Nationalrat vorgeschlagene Obligatorium des Fonds bekämpfte.

<sup>233</sup> Amtl. Bull. StR 1963, S. 220 und 285 (Votum Berichterstatter BOLLA).

<sup>234</sup> Vgl. auch HAASE/BRUNI/MAYER, S. 121 ff., betreffend die Studie «Erneuerungsfonds im Stockwerkeigentum – Eine empirische Analyse über das Stockwerkeigentum in der Agglomeration Luzern» (vorne Fn. 229). Danach verfügten in der untersuchten Region zwar rund 80 Prozent der Stockwerkeigentümergeinschaften über einen Erneuerungsfonds, doch betrug sein Beitrag an die Erneuerungskosten im Durchschnitt weniger als die Hälfte. Mehr als die Hälfte der Kosten für substanzielle Erneuerungsarbeiten mussten die Stockwerkeigentümer demnach selber aufbringen.

<sup>235</sup> WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda, S. 201; DERSELBE, Der Erneuerungsfonds, S. 166.

1. Die Grundfrage, welcher **Gesamtbetrag** durch die jährlichen Beiträge der Stockwerkeigentümer anzupeilen ist, muss primär nach wirtschaftlichen Überlegungen beantwortet werden. Der Betrag darf – falls der Zweck des Erneuerungsfonds, grössere Kosten zu decken, erreicht werden soll – nicht zu gering sein.<sup>236</sup> In der Lehre wird jedoch darauf hingewiesen, dass auch ein zu hoher Fonds-Gesamtbetrag zu vermeiden ist, da er beim Verkauf einer Stockwerkeinheit untrennbar damit verbunden ist (dazu sogleich) und dessen Kaufpreis in die Höhe treibt.<sup>237</sup> Bisweilen wird vorgeschlagen, den Gesamtbetrag so festzusetzen, dass er nur (aber immerhin) einen substantziellen Teil der mutmasslich anfallenden Erneuerungskosten – etwa die Hälfte – abdeckt, während der Restbetrag von den Stockwerkeigentümern selber aufgebracht werden muss.<sup>238</sup>
2. Was die **Verwaltung** des Erneuerungsfonds angeht, so ist es sinnvoll, diese Mittel getrennt vom sonstigen Vermögen der Gemeinschaft aufzubewahren/anzulegen und den Fonds nicht bloss als rechnerische Grösse der (sonstigen) laufenden Konti zu führen. Durch die Art der Verwaltung sollte mit anderen Worten der laufende gewöhnliche Unterhalt (finanziert durch die Beitragsforderungen im engeren Sinn) klar von den grösseren Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten (für welche der Erneuerungsfonds bestimmt ist) getrennt werden.<sup>239</sup> Ausserdem verlangt der Zweck des Fonds, dass die Mittel bei Bedarf rasch verfügbar sind und nicht spekulativ angelegt werden.<sup>240</sup> Das könnte durch den Gesetzgeber klargestellt werden.
3. Ob der **Beschluss über die Verwendung von Mitteln** aus dem Erneuerungsfonds eine wichtigere Verwaltungshandlung im Sinn von Art. 647b ZGB darstellt und demnach das doppelte Mehr erfordert, ist umstritten.<sup>241</sup> Die Frage könnte vom Gesetzgeber geklärt werden.
4. Bei der **Veräusserung eines Stockwerkeigentumsanteils** kann der Veräusserer keine Auflösung des Fonds oder die Rückzahlung einbezahlter Beiträge verlangen; vielmehr tritt der Erwerber diesbezüglich eo ipso in die Rechte (und Pflichten) des Veräusserers ein, zumal Fondsanteil und Stockwerkeinheit untrennbar miteinander verbunden sind.<sup>242</sup> Sodann ist davon auszugehen, dass der Erwerb des Fondsanteils durch den Kaufpreis der Stockwerkeinheit abgegolten ist, sofern die Kaufvertrags-

<sup>236</sup> Beispiele bei WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 94 zu Art. 712l ZGB: Aussetzung der Fonds-Beitragspflicht, wenn pro Stockwerkanteil Fr. 10'000.– einbezahlt oder wenn als Gesamtbetrag 10 Prozent des Gebäudeversicherungswertes erreicht sind. Andere Autoren schlagen tiefere Grenzen vor, zum Beispiel 5 Prozent (BLOCH, S. 63) oder 2 Prozent des Gebäudeversicherungswerts (FRIEDRICH, Reglement, S. 99 [§ 20]).

<sup>237</sup> BLOCH, S. 66.

<sup>238</sup> WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda, S. 201; DERSELBE, Der Erneuerungsfonds, S. 166.

<sup>239</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 57 zu Art. 712s ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 94 zu Art. 712l ZGB; DERSELBE, Der Erneuerungsfonds, S. 156.

<sup>240</sup> Ähnlich WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 94 zu Art. 712l ZGB.

<sup>241</sup> Differenzierend WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 104 zu Art. 712l ZGB; DERSELBE, Der Erneuerungsfonds, S. 155 und 165 f.

<sup>242</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 47 zu Art. 712m ZGB; BLOCH, S. 66; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 89 zu Art. 712l ZGB.

parteien nichts vereinbaren.<sup>243</sup> Diese beiden Punkte werfen indessen in der Praxis immer wieder Fragen auf und könnten vom Gesetzgeber klargestellt werden.

#### D. Zusammenfassung; gesetzgeberischer Handlungsbedarf

1. Ein Erneuerungsfonds ist – bei genügender Dotierung – für die grosse Mehrzahl von Stockwerkeigentümergeinschaften nützlich und dient letztlich dem guten Unterhalt des Gebäudes – einem Ziel, das auch im öffentlichen Interesse liegt. Dennoch muss die Umsetzung einer zwingenden Regel über Schaffung und Äufnung des Fonds auf erhebliche Schwierigkeiten stossen. Schon bei der Schaffung der Regeln über das Stockwerkeigentum waren sich National- und Ständerat im Jahr 1963 über die Zweckmässigkeit einer zwingenden Vorschrift nicht einig. **De lege ferenda** ist demnach **vorweg** zu überlegen:
  - ob die Vorteile einer zwingenden gesetzlichen Pflicht zur Schaffung und Äufnung eines Erneuerungsfonds die Nachteile wirklich überwiegen, oder ob die geltende Regelung, die auf Freiwilligkeit und Selbstverantwortung der Beteiligten basiert, nicht vorzuziehen ist;
  - ob allenfalls eine bloss «Soll-Bestimmung» im Gesetz – ohne durchsetzbaren Anspruch und ohne Sanktion – aufgestellt werden soll, so wie dies der Bundesrat im Jahr 1962 in seinem Entwurf in Art. 712g Abs. 3 vorgeschlagen hatte;
  - ob eine zwingende Pflicht allenfalls nur für bestimmte Kategorien von Stockwerkeigentum (zum Beispiel: nur für Grundstücke mit mehr als vier Einheiten zum Zweck des Wohnens oder nur für Grundstücke mit einem Kataster- oder Versicherungswert von mehr als CHF 2 Mio.) eingeführt werden soll.
2. **Entscheidet** sich der Gesetzgeber, die Errichtung und Äufnung eines Erneuerungsfonds **zwingend** vorzuschreiben, so ist die Durchsetzung des Anspruchs zu klären. Sie wäre nach der hier vertretenen Auffassung sinnvollerweise so zu gestalten, dass jeder Stockwerkeigentümer einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einrichtung und Äufnung des Fonds hat.
3. Bei **zwingender** Regelung, aber auch bei Beibehaltung der schon bis anhin geltenden **dispositiven** Regelung ist zu überlegen, ob der Gesetzgeber folgende **Fragen** regeln soll:
  - Welcher Gesamtbetrag ist für den Erneuerungsfonds anzuordnen? Soll der Betrag die mutmasslich anfallenden Erneuerungskosten vollständig decken, oder ist er allenfalls so festzusetzen, dass er nur (aber immerhin) einen substantziellen Teil der Erneuerungskosten deckt – zum Beispiel die Hälfte?
  - Sind Regeln über die Art der Verwaltung des Fonds aufzustellen?
  - Ist klarzustellen, mit welchem Quorum der Beschluss der Stockwerkeigentümer über die Verwendung von Fonds-Mitteln gefasst werden muss?
  - Sind Regeln zum Fonds für den Fall der Veräusserung eines Stockwerkeigentumsanteils aufzustellen (Untrennbarkeit von Stockwerkanteil und Fondsanteil/Rechts-

<sup>243</sup> BLOCH, S. 66.

übergang eo ipso auf den Erwerber als Klarstellung der geltenden Rechtslage; allenfalls Vermutung, dass der Erwerb des Fondsanteils durch den Kaufpreis der Stockwerkeinheit abgegolten ist)?

- Sind aus Billigkeitsgründen Vorschriften zum Schutz des Stockwerkeigentümers (vor einer raschen Zwangsverwertung seines Anteils) aufzustellen, der seine Beitragschuld an den Erneuerungsfonds vorübergehend nicht zu leisten vermag, sofern er im Übrigen seine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft erfüllt und keine grösseren Erneuerungsarbeiten anstehen (zum Beispiel Befugnis des Gerichts zur Anordnung der Stundung für bestimmte Zeit und in bestimmtem Umfang)?

## 2. Gesetzliche Mittel zur Sicherung der Beitragsforderung

1. Die Stockwerkeigentümer haben der Gemeinschaft nach Massgabe von Art. 712h ZGB und/oder der Gemeinschaftsordnung Beiträge an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung zu leisten. Da die Beitragsforderungen den wichtigsten Teil des Verwaltungsvermögens der Gemeinschaft bilden, hat der Gesetzgeber in **Art. 712i und 712k ZGB** mit dem Gemeinschaftspfandrecht und dem Retentionsrecht zwei Instrumente vorgesehen, mittels derer die regelmässige Bezahlung der Beitragsforderungen sichergestellt werden soll.<sup>244</sup>

- Beim *Gemeinschaftspfandrecht* nach Art. 712i ZGB handelt es sich um ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht, das dem Bauhandwerkerpfandrecht nachempfunden ist, ohne jedoch über ein Vorrecht zu verfügen. Der Anspruch auf Errichtung des Gemeinschaftspfandrechts steht der Gemeinschaft zu und richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer der Stockwerkeinheit (Realobligation). Er kann geltend gemacht werden vom Verwalter oder, wenn ein solcher fehlt, von jedem dazu durch Mehrheitsbeschluss oder durch das Gericht ermächtigten Stockwerkeigentümer sowie vom Gläubiger, für den die entsprechende Beitragsforderung gepfändet ist. Das Pfandrecht kann unter der Voraussetzung beansprucht werden, dass unbezahlte fällige Beitragsforderungen bestehen, die auf die letzten drei Jahre entfallen.<sup>245</sup> Es entsteht und erhält seinen Rang mit der Eintragung in das Grundbuch. Sofern der betreffende Stockwerkeigentümer weder die Pfandsumme anerkennt noch die Eintragung bewilligt, muss dafür die Pfandsumme gerichtlich festgestellt werden (vgl. auch Art. 76 Abs. 2 lit. d GBV).<sup>246</sup> Wegen der grundpfändlichen Sicherstellung unterstehen die Beitragsforderungen keiner Verjährung, sobald das Pfandrecht im Grundbuch eingetragen ist (Art. 807 ZGB).

<sup>244</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 712i ZGB und N 9 zu Art. 712k ZGB.

<sup>245</sup> In der Lehre ist umstritten, wie diese zeitliche Beschränkung zu verstehen ist. Nach der einen Meinung muss das Rechnungsjahr für die betreffende Beitragsforderung bereits abgelaufen sein (zum Beispiel WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 29 zu Art. 712i ZGB), nach der anderen geht es um die in den letzten drei Jahren entstandenen Forderungen, also auch um solche aus dem laufenden Rechnungsjahr (etwa MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 33 zu Art. 712i ZGB).

<sup>246</sup> Zum Verfahren vgl. etwa WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 74 ff. zu Art. 712i ZGB.



- Nach Art. 712k ZGB hat die Gemeinschaft ein *Retentionsrecht* wie ein Vermieter<sup>247</sup> an den beweglichen Sachen, die sich in den Räumen des betreffenden Stockwerkeigentümers befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Auch dieses Pfandrecht sichert die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen. Rechtlich gesehen handelt es um ein besitzloses gesetzliches Gesamtpfandrecht an Fahrnis.<sup>248</sup> Unter der Voraussetzung, dass fällige Beitragsforderungen nicht bezahlt worden sind, entsteht es in dem Moment, in dem die Fahrnissachen in die Räumlichkeiten des Stockwerkeigentümers eingebracht werden; der Gemeinschaft ist in diesem Zeitpunkt regelmässig nicht bekannt, welche Gegenstände unter das Pfandrecht fallen.<sup>249</sup> Anders als beim Gemeinschaftspfandrecht werden durch das Retentionsrecht laufend neue Forderungen gesichert, während solche, die vor mehr als drei Jahren entstanden sind, aus der Sicherung herausfallen.<sup>250</sup> Das Retentionsrecht hat als solches keinen Einfluss auf die Verjährung der gesicherten Forderungen, wobei der Eintritt der Verjährung die Gemeinschaft nicht daran hindert, das Pfandrecht geltend zu machen (Art. 140 OR). Immerhin unterbricht das Begehren um Aufnahme der Retentionsurkunde als Betreibungshandlung im Sinn von Art. 135 Ziff. 2 OR die Verjährung.<sup>251</sup> Ein solches Begehren ist erforderlich, wenn die Gemeinschaft die Zwangsverwertung der Retentionssachen vornehmen lassen will. Die in der Retentionsurkunde aufgeführten Gegenstände unterstehen dem Retentionsbeschluss, d.h. der Stockwerkeigentümer darf nicht mehr darüber verfügen und es kann die Rückschaffung von Gegenständen verlangt werden, die aus den Räumlichkeiten entfernt worden sind. Die Gemeinschaft muss die Betreibung auf Pfandverwertung fristgerecht einleiten, da der Retentionsbeschluss sonst erlischt; das Retentionsrecht als solches bleibt allerdings bestehen.<sup>252</sup>
2. Mit Bezug auf das **Verhältnis zwischen Gesamtpfandrecht und Retentionsrecht** gilt nach der herrschenden Lehre Folgendes: Bietet das Gesamtpfandrecht für die gesicherte Forderung hinreichende Sicherheit, so fällt das Retentionsrecht für diese Forderung dahin (vgl. auch Art. 898 Abs. 1 ZGB).<sup>253</sup>
3. **In der Praxis** werden die beiden gesetzlich vorgesehenen Sicherungsmittel als *umständlich* und damit als wertlos empfunden,<sup>254</sup> problematisch sind auch die Kosten und die lange Dauer der Verfahren.<sup>255</sup> In der Tat ist insbesondere die Errichtung

<sup>247</sup> In der Lehre ist umstritten, ob das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft trotz der Mietrechtsrevision von 1989, die das Retentionsrecht des Vermieters auf Geschäftsräume beschränkt hat, weiterhin auf Wohnräume anwendbar bleibt; vgl. dazu SCHNYDER/WIEDE, Basler Kommentar, N 11 f. zu Art. 283 SchKG mit Hinweisen.

<sup>248</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 712k ZGB.

<sup>249</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 37 zu Art. 712k ZGB.

<sup>250</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 29 zu Art. 712k ZGB.

<sup>251</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 59 zu Art. 712k ZGB.

<sup>252</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 71 f. zu Art. 712k ZGB.

<sup>253</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 62 zu Art. 712i ZGB und N 55 zu Art. 712k ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 33 und 82 zu Art. 712k ZGB sowie N 88 zu Art. 712i ZGB.

<sup>254</sup> So ausdrücklich WERMELINGER, Aktuelle Fragen, S. 165 f. Nach SCHNYDER/WIEDE, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 283 SchKG, spielt das Retentionsrecht in der Praxis eine geringe Rolle.

<sup>255</sup> WERMELINGER, Réflexions, S. 176.

eines Gemeinschaftspfandrechts aufwändig, da regelmässig ein Prozess (mit dem entsprechenden Prozessrisiko) hinsichtlich der Eintragung in das Grundbuch geführt und allenfalls die Betreuung auf Pfandverwertung eingeleitet werden muss. Hinzu kommt, dass für den Rang das Prinzip der Alterspriorität gilt und das Pfandrecht keinerlei Vorrecht genießt. Es ist also keineswegs sichergestellt, dass die Beitragsforderungen im konkreten Fall durch eine Zwangsverwertung gedeckt werden. Nach Durchführung einer Zwangsversteigerung wird das Pfandrecht unabhängig davon gelöscht, ob der Steigerungserlös die Beitragsforderung vollständig (oder auch nur teilweise) gedeckt hat.<sup>256</sup> Darüber hinaus geht der Anspruch auf Errichtung unter, wenn die Stockwerkeinheit zwangsverwertet wird, bevor das Pfandrecht eingetragen worden ist; er kann in diesem Fall gegenüber dem Ersteigerer des Anteils nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>257</sup>

Während die mit dem Gemeinschaftspfandrecht belastete Stockwerkeinheit in der Regel immerhin einen beträchtlichen Wert hat, kann die Gemeinschaft beim Retentionsrecht nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass die im konkreten Fall dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände einen Wert aufweisen, der nur schon den Aufwand der Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses rechtfertigt.<sup>258</sup> Das Retentionsrecht dient daher höchstens als ergänzende Sicherung für den Fall, dass das Gemeinschaftspfandrecht keine ausreichende Sicherheit bietet.

4. Die im Gesetz vorgesehenen Sicherungsmittel mögen im Einzelfall zwar taugliche Druckmittel darstellen, um einen säumigen Stockwerkeigentümer zur Zahlung zu bewegen,<sup>259</sup> sie sind nach dem Gesagten in der tatsächlichen Umsetzung aber schwerfällig und nicht immer erfolgsversprechend. Es sollte daher geprüft werden, ob **gesetzgeberischer Handlungsbedarf** besteht. Sollte dies bejaht werden, könnten folgende Hinweise und Überlegungen von Bedeutung sein:
- Für die Stockwerkeigentümergeinschaft wäre ein *unmittelbares gesetzliches Grundpfandrecht*, das allen eingetragenen Rechten vorgeht, interessant. Diese Lösung hat der Bundesrat aber seinerzeit ausdrücklich verworfen, da er eine Besserstellung der Gemeinschaft gegenüber den grundpfandgesicherten Darlehensgebern nicht für gerechtfertigt hielt.<sup>260</sup> Darüber hinaus steht sie im Widerspruch zum Publizitätsprinzip, dem der Gesetzgeber zu Recht eine grosse Bedeutung zumisst.<sup>261</sup>
  - Im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts wollte der Bundesrat zusammen mit dem Retentionsrecht des Vermieters auch dasjenige der Stockwerkeigentümergeinschaft aufheben. Zur Begründung führte er neben der möglichen Er-

<sup>256</sup> BGE 106 II 183 ff. (187 ff.), E. 2.

<sup>257</sup> BGE 106 II 183 ff. (190 ff.), E. 3.

<sup>258</sup> Vgl. auch Botschaft zum Sanierungsrecht, BBl 2010, S. 6494, hinsichtlich des Retentionsrechts des Vermieters.

<sup>259</sup> Vgl. WERMELINGER, SVIT-Kommentar, N 1 zu Art. 712k ZGB, wonach der Gesetzgeber der Gemeinschaft mit dem Gemeinschaftspfandrecht und dem Retentionsrecht «zwei ... wirkungsvolle Druckmittel eingeräumt» hat. Vgl. auch STEINAUER, 50 ans, S. 30.

<sup>260</sup> Botschaft 1962, S. 1519.

<sup>261</sup> Das zeigt sich unter anderem daran, dass mit der Revision des Immobiliarsachenrechts, die am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, bei den gesetzlichen Pfandrechten des kantonalen Rechts im Gegensatz zum bis anhin geltenden Recht neu der Grundsatz der Entstehung durch Eintragung gilt (mittelbare gesetzliche Grundpfandrechte); vgl. Art. 836 ZGB und Botschaft zum Register-Schuldbrief, BBl 2007, S. 5318.

schwerung einer Sanierung an, das Retentionsrecht des Vermieters bedeute eine stossende Privilegierung gegenüber anderen Gläubigern; ausserdem sei es als primäres Sicherungsinstrument nur von geringem Nutzen. Dieselben Argumente sprächen für eine Abschaffung des Retentionsrechts der Stockwerkeigentümergeinschaft.<sup>262</sup> Der Nationalrat verwarf den Vorschlag, die Retentionsrechte zu streichen.<sup>263</sup> Mit Bezug auf das Stockwerkeigentum wurde in der Debatte insbesondere darauf hingewiesen, dass ein Stockwerkeigentümer, der seine Beiträge schuldig bleibe, nicht einfach aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden könne und das Retentionsrecht der Gemeinschaft die Möglichkeit gebe, zumindest für einen Teil der Forderung Deckung zu erhalten.<sup>264</sup> Sollte de lege ferenda die Verletzung finanzieller Pflichten von einer gewissen Schwere als gesetzlicher Ausschlussgrund aufgeführt werden,<sup>265</sup> wäre die gleichzeitige *Streichung des Retentionsrechts* zu prüfen.

- Das Gemeinschaftspfandrecht sichert jeweils eine bestimmte Beitragsforderung. Wird die Schuld getilgt, kann der Stockwerkeigentümer von der Gemeinschaft die Löschung des Pfandrechts verlangen (Art. 826 ZGB). Bleibt er zu einem späteren Zeitpunkt die Bezahlung einer weiteren Beitragsforderung schuldig, muss die Gemeinschaft die Eintragung eines neuen Pfandrechts (mit einem neuen Rang) erwirken. Im Gegensatz dazu ermöglicht das Gesetz dem Baurechtsgeber, im Zusammenhang mit dem *Baurechtszins* in Art. 779i und 779k ZGB zukünftige Forderungen im Höchstbetrag von drei Jahresleistungen abzusichern (Maximalhypothek).<sup>266</sup> Das Pfandrecht kann jederzeit eingetragen werden und ist von der Löschung in der Zwangsverwertung ausgenommen (Art. 779k Abs. 1 ZGB). Eine Eintragung ist möglich, sobald das selbständige und dauernde Baurecht als Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist,<sup>267</sup> erfolgt sie in diesem Moment, steht das Pfandrecht nach dem Prinzip der Alterspriorität im ersten Rang, den es während der gesamten Baurechtsdauer behält.<sup>268</sup> Die Ausgestaltung des Pfandrechts zur Sicherung des Baurechtszinses liesse sich allenfalls für das Gemeinschaftspfandrecht fruchtbar machen.<sup>269</sup>

---

<sup>262</sup> Botschaft zum Sanierungsrecht, BBl 2010, S. 6493 f.

<sup>263</sup> Amtl.Bull. NR 2013, S. 605. Der Ständerat folgte dem Nationalrat ohne weitere Diskussion; Amtl.Bull. StR 2013, S. 444.

<sup>264</sup> Amtl.Bull. NR 2013, S. 605 (Votum AMHERD).

<sup>265</sup> Vgl. vorne II./5.

<sup>266</sup> STEINAUER, Les droits réels III, Nr. 2552a.

<sup>267</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 109 N 43.

<sup>268</sup> MÜLLER VIKTOR, S. 85 f.

<sup>269</sup> In diese Richtung auch WERMELINGER, Réflexions, S. 182.

## VI. Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft (Art. 712I ZGB)

### 1. Im Allgemeinen

1. Nach **Art. 712I Abs. 1 ZGB** erwirbt die Stockwerkeigentümergeinschaft unter ihrem eigenen Namen das sich aus ihrer Verwaltungstätigkeit ergebende Vermögen, wie namentlich die Beitragsforderungen und die aus ihnen erzielten verfügbaren Mittel, wie den Erneuerungsfonds. Die Gemeinschaft kann – im Bereich der ihr zustehenden Verwaltungsaufgaben<sup>270</sup> – unter ihrem Namen klagen und betreiben sowie beklagt und betrieben werden (Abs. 2).
2. Durch Art. 712I ZGB wird der Gemeinschaft eine **gewisse Vermögensfähigkeit und «eine beschränkte Handlungsfähigkeit** verliehen».<sup>271</sup> Sie kann auf diese Weise am Rechtsverkehr teilnehmen, ohne dass die einzelnen Stockwerkeigentümer solidarisch haften müssen, etwa gegenüber Lieferanten von Heizöl oder gegenüber Personen, die aus Art. 679 ZGB (Haftung des Grundeigentümers) oder Art. 58 OR (Haftung für Werkmängel) eine Schadenersatzforderung erwerben.<sup>272</sup> Die Gemeinschaft ist jedoch **keine juristische Person**, sondern eine blosser «Miteigentümergeinschaft mit körperschaftlicher Verwaltung».<sup>273</sup> Sie wird gelegentlich auch als «Verwaltungsgemeinschaft» bezeichnet.<sup>274</sup> Mangels Rechtspersönlichkeit kann die Gemeinschaft namentlich kein Grundeigentum im eigenen Namen erwerben.<sup>275</sup>
3. Zur **Verwaltung des Vermögens** gehören alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, welche dazu bestimmt sind, die gemeinschaftliche Sache zu erhalten, zu mehren oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen.<sup>276</sup> *Rechtsträger* («Rechtszuständigkeit») an den betreffenden Werten sind die einzelnen Stockwerkeigentümer, während die *Ausübung des Rechts* an diesem Verwaltungsvermögen kraft gesetzlicher Anordnung der Gemeinschaft zusteht,<sup>277</sup> was der Letzteren «eine gewisse Verselbständigung» verschafft.<sup>278</sup> Im Ergebnis wird dadurch die

<sup>270</sup> Botschaft 1962, S. 1491; PICCININ, Nr. 22 und 67.

<sup>271</sup> Botschaft 1962, S. 1491 (im Original ohne Fettdruck).

<sup>272</sup> Botschaft 1962, S. 1491; zu den genannten Kausalhaftungen vgl. auch MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 60 zu Art. 712I ZGB.

<sup>273</sup> Botschaft 1962, S. 1492, bezüglich der Vermögensfähigkeit mit Hinweis auf die Kollektivgesellschaft. Vgl. dazu zum Beispiel auch BGE 125 II 348 ff. (350), E. 2 («keine Rechtspersönlichkeit»); ebenso BGE 142 III 551 ff. (553), E. 2.2, und BGer 4A\_242/2016, E. 5 (insoweit nicht in BGE 142 III 623 ff.); MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 712I ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 712I ZGB.

<sup>274</sup> So BGE 114 II 239 ff. (241), E. 3; aus der Lehre etwa MÜLLER CHRISTOPH, S. 28; PICCININ, Nr. 15 («communauté de gestion»).

<sup>275</sup> BGE 142 III 551 ff. (553), E. 2.2; BGer 5A\_126/2015, E. 2; LIVER, SPR, S. 106; zustimmend, jedoch mit ganz engen Ausnahmen MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 67 zu Art. 712f und N 34 ff. zu 712I ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 50 und 52 ff. zu Art. 712I ZGB.

<sup>276</sup> BGE 142 III 551 ff. (553 f.), E. 2.2, mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 712g ZGB; ausführlich PICCININ, Nr. 44 ff.

<sup>277</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB, N 51, sowie N 4 f. zu Art. 712I ZGB; PICCININ, Nr. 18.

<sup>278</sup> BGE 142 III 551 ff. (553), E. 2.2.

Stockwerkeigentümergeinschaft freilich *in Teilbereichen der gemeinschaftlichen Verwaltung* so behandelt, wie wenn sie eine juristische Person wäre.<sup>279</sup>

Zum **Verwaltungsvermögen** – und damit in den Bereich der Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft – fallen nicht nur Beitragsforderungen, sondern auch Forderungen gegenüber Dritten, sofern sie mit der Verwaltung der gemeinsamen Sache zusammenhängen.<sup>280</sup> Die Frage, was das für Forderungen gegen Handwerker aus Nicht- oder Schlechterfüllung von Werkverträgen bedeutet, wird separat zu behandeln sein.<sup>281</sup>

4. Da die Handlungs-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit der Gemeinschaft ebenfalls auf den Bereich der Verwaltungsaufgaben (genauer: das sich aus der Verwaltungstätigkeit ergebende Vermögen) beschränkt ist, wirft die Frage, ob eine Gemeinschaft im konkreten Fall im eigenen Namen **prozess- oder betreibungsfähig** ist, in der Praxis erhebliche Probleme auf.<sup>282</sup> Sie hängt – wie der Umfang der Vermögensfähigkeit – vom Begriff der Verwaltung der gemeinsamen Sache ab.<sup>283</sup> Ansprüche, die nicht in einem funktionellen Zusammenhang mit der gemeinschaftlichen Nutzung und Verwaltung stehen, können daher nicht von der (oder gegen die) Stockwerkeigentümergeinschaft geltend gemacht werden.<sup>284</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung ist bei Grenzfällen – das heisst bei Bauteilen, deren Zuordnung heikel ist (Fenster, Innenseiten der Balkone) – immerhin eine gewisse Grosszügigkeit am Platz. Die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft ist für den Abschluss von Werkverträgen sodann auch dann zu bejahen, wenn die geplanten baulichen Massnahmen sowohl die gemeinschaftlichen Teile (Fassade) als auch Sonderrechtsteile (Fenster) betreffen.<sup>285</sup>

5. Will eine Stockwerkeigentümergeinschaft im eigenen Namen klagen, so betont das Bundesgericht, dass «nebst der prozessual erforderlichen Prozessfähigkeit in materieller Hinsicht ihre Sach- bzw. Aktivlegitimation, d.h. ihre Rechtszuständigkeit für den betreffenden Streitgegenstand, erforderlich» sei.<sup>286</sup> Diese Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung problematisch, da die Stockwerkeigentümergeinschaft eine blosse Verwaltungsgemeinschaft darstellt, während die Rechte am gemeinschaftlichen Grundstück den einzelnen Stockwerkeigentümern zukommt. Die Kontroverse ist praktisch bedeutsam, weil sie die Frage betrifft, wer Mängelrechte an

<sup>279</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB, N 49 ff., sowie N 5, 11, 14 und 46 zu Art. 712l ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1054; PICCININ, Nr. 11.

<sup>280</sup> Vgl. etwa WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 63 ff. zu Art. 712l ZGB.

<sup>281</sup> Vgl. hinten VI./ 3.

<sup>282</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 48 zu Art. 712l ZGB. Beispiel: BGE 142 III 551 ff. (Durchsetzung einer Grunddienstbarkeit durch die Gemeinschaft).

<sup>283</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 48 zu Art. 712l ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 125 zu Art. 712l ZGB.

<sup>284</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 70 und 90 zu Art. 712l ZGB; ähnlich PICCININ, Nr. 68 f. und 73.

<sup>285</sup> So bereits WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 116 zu Art. 712l ZGB.

<sup>286</sup> BGE 142 III 551 ff. (553), E. 2.2; BGer 4A\_242/2016, E. 5 (insoweit nicht in BGE 142 III 623 ff.), unter Hinweis auf BGE 114 II 239 ff. (241 f.), E. 3. Vgl. auch WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 129 f. und 141 zu Art. 712l ZGB.

gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes gerichtlich geltend machen darf. Darauf ist separat einzugehen (3.), doch drängt sich vorweg ein Hinweis zu den Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an Sonderrechtsteilen auf (2.).

## 2. **Recht zur Geltendmachung von Mängeln an den Sonderrechtsteilen insbesondere**

1. Geht es um die Geltendmachung von Mängeln (aus Kauf- oder Werkvertragsrecht) an den Sonderrechtsteilen, so ist zur Geltendmachung nur **der einzelne Stockwerkeigentümer** berechtigt – nämlich jener, der den betreffenden Vertrag mit der Verkäuferin oder dem Handwerker abgeschlossen hat.<sup>287</sup> Zwar gehören die Sonderrechtsteile dogmatisch, ebenso wie die gesamte Baute, zum Miteigentum (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Doch gewährt das Gesetz dem einzelnen Stockwerkeigentümer das Recht, seine Sonderrechtsteile (ausschliesslich zu benutzen und) innen auszubauen. Im Recht auf den Ausbau und Umbau enthalten ist die Befugnis, Mängel an diesen Sonderrechtsteilen durch den Werkunternehmer nachbessern zu lassen – obwohl durch die Nachbesserung in das gemeinschaftliche Eigentum (Miteigentum) aller Stockwerkeigentümer eingegriffen wird.<sup>288</sup> Bezüglich der Teile im Sonderrecht wird der einzelne Stockwerkeigentümer mit anderen Worten auch bezüglich einer Nachbesserung wie ein Alleineigentümer eines Hauses (Grundstücks) behandelt.
2. In der Lehre ist freilich auf das **Hauptproblem der Käufer und Besteller** in solchen Konstellationen hingewiesen worden, das seine Ursache allerdings nicht im Stockwerkeigentumsrecht, sondern im Obligationenrecht hat: In der Vertragspraxis erfolgt sehr häufig eine weitgehende Freizeichnung der Gewährleistungspflicht (verbunden mit einer problematischen Abtretung von Mängelrechten), was dem Käufer/Besteller die Durchsetzung seiner Rechte ausserordentlich stark erschwert.<sup>289</sup>

## 3. **Recht zur Geltendmachung von Mängeln an den gemeinschaftlichen Teilen insbesondere**

1. In das **Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer** – und damit in den Bereich ihrer Vermögens- und Prozessfähigkeit – fallen nach dem Gesagten Forderungen gegenüber Dritten, sofern sie mit der Verwaltung der gemeinsamen Sache zusammenhängen. Zu den Verwaltungsaufgaben der Gemeinschaft zählen unter anderem der Unterhalt, die Reparatur und die Erneuerung der gemein-

<sup>287</sup> Zum Beispiel RÜEGG, § 5 N 213; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 146 zu Art. 712i ZGB; PICCININ, Nr. 302 (Kauf) und Nr. 307 (Werkvertrag). Aus der kantonalen Rechtsprechung SJZ 80/1984, S. 166 f. (167, rechte Spalte, Abs. 3; St. Galler Kantonsgericht).

<sup>288</sup> SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 4, mit dem zutreffenden Hinweis, dass von den Mängelrechten des Bestellers stockwerkeigentumsrechtlich vor allem das Nachbesserungsrecht heikel ist, während die übrigen Mängelrechte (Wandelung, Minderung, Schadenersatz) nicht in das Miteigentum eingreifen; ebenso RÜEGG, § 5 N 213; VISCHER, S. 221.

<sup>289</sup> Zum Beispiel STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Nr. 24 ff.; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung, S. 153 ff.

schaftlichen Teile (Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), was die Befugnis einschliesst, Mängel an diesen Bauteilen zu beheben oder beheben zu lassen.<sup>290</sup> Zum Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft können daher auch *Forderungen gegen Handwerker aus Nicht- oder Schlechterfüllung von Werkverträgen* gehören. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist dies dann der Fall und kann die Gemeinschaft dann im eigenen Namen (gegen den Werkunternehmer, allenfalls gegen den Verkäufer) klagen.<sup>291</sup>

- wenn es um Werkverträge (über gemeinschaftlichen Teile) geht, welche die Gemeinschaft im eigenen Namen mit einem Werkunternehmer abgeschlossen hat,<sup>292</sup>
- wenn es um abtretbare Gewährleistungsansprüche an gemeinschaftlichen Teilen aus Kauf- oder Werkverträgen der einzelnen Stockwerkeigentümer geht und diese Letzteren sie an die Gemeinschaft (vertraglich) abgetreten haben.<sup>293</sup> Die gleiche Lösung gilt, wenn die ursprüngliche Bauherrin die Ansprüche aus ihren Werkverträgen mit den Unternehmern an die Stockwerkeigentümergeinschaft abgetreten hat.<sup>294</sup> In diesem Zusammenhang muss allerdings berücksichtigt werden, dass das Wandlungs- und das Minderungsrecht nach Rechtsprechung und vorherrschender Lehre nicht abtretbar sind, während das Nachbesserungsrecht abgetreten werden kann.<sup>295</sup> Die Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ist zwar abtretbar; doch betrifft sie nur den Schaden, den ein Stockwerkeigentümer als Besteller seines Werkvertrag erlitten hat; daher ist fraglich, ob die Gemeinschaft das Recht hat, diese Forderung nach Massgabe von Art. 712l ZGB geltend zu machen.<sup>296</sup>
- wenn ein Werkunternehmer sich gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet hat, die betreffenden Nachbesserungsarbeiten an den gemeinschaftlichen Teilen durchzuführen.<sup>297</sup>

Der **Beschluss** der Gemeinschaft, einen solchen Prozess gegen einen Handwerker einzuleiten (Aktivprozess), gehört nach der hier vertretenen Auffassung entsprechend seiner Tragweite und Risiken zu den wichtigeren Verwaltungshandlungen im Sinn

<sup>290</sup> BGE 106 II 11 ff. (21), E. 6; 109 II 423 ff. (425 f.), E. 1b und 1d; 114 II 239 ff. (242), E. 3.

<sup>291</sup> Vgl. dazu bereits SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 4; PICCININ, Nr. 308 ff.

<sup>292</sup> BGE 111 II 458 ff. (460), E. 3a; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 21 und 23 zu Art. 712l ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 68 und 142 zu Art. 712l ZGB; PICCININ, Nr. 26 und 50.

<sup>293</sup> BGE 111 II 458 ff. (461 f.), E. 3b–c (in den Regesten als «Präzisierung der Rechtsprechung» bezeichnet), wo eine Legalzession abgelehnt wird; bestätigt in BGE 114 II 239 ff. (242 und 245), E. 4a und 5b; PICCININ, Nr. 79. Zur Zugehörigkeit solcher abgetretener Forderungen zum Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft vgl. MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 26 f. zu Art. 712l ZGB.

<sup>294</sup> BGE 109 II 423 ff. (426), E. 1e.

<sup>295</sup> BGE 114 II 239 ff. (247), E. 5c; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2439 ff. mit Hinweisen.

<sup>296</sup> Eher verneinend GAUCH, Urteilsanmerkung, BR/DC 1987, S. 71, Ziffer 9 in fine; DERSELBE, Werkvertrag, Nr. 1496a; Frage offen gelassen in BGE 114 II 239 ff. (248), E. 5c/cc; bejahend PICCININ, Nr. 330. Zur Frage des Inhalts der vom Besteller an einen Dritten abgetretenen Schadenersatzforderung vgl. allgemein GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2445; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung, S. 162 f.; a.M. NUSSBAUMER, Nr. 931 ff.

<sup>297</sup> BGE 106 II 11 ff. (20 f.), E. 5 und 6.

von Art. 647b ZGB;<sup>298</sup> er erfordert demnach das doppelte Mehr von Köpfen und Wertquoten (Art. 647b Abs. 1 ZGB). Nach anderer Auffassung reicht indessen das einfache Mehr (nach Köpfen) aus.<sup>299</sup>

2. Die skizzierte bundesgerichtliche Rechtsprechung hat zur Folge, dass **die einzelnen Stockwerkeigentümer** als Käufer oder Besteller die vertraglichen Gewährleistungsansprüche an gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes **grundsätzlich selber** geltend machen können und müssen. Wählt ein Stockwerkeigentümer allerdings Nachbesserung, so wird durch die Bauarbeiten des Werkunternehmers in das gemeinschaftliche Eigentum (ausserhalb des Sonderrechts) eingegriffen, was im internen Verhältnis grundsätzlich voraussetzt, dass der Stockwerkeigentümer einen entsprechenden Beschluss (über bauliche Massnahmen) von der Gemeinschaft eingeholt hat.<sup>300</sup> In zwei Fällen erübrigt sich nach Rechtsprechung und Lehre ein solcher Beschluss (und ist demnach der einzelne Stockwerkeigentümer allein berechtigt, Nachbesserung vom Unternehmer zu fordern):

- einerseits dann, wenn der Mangel sowohl die gemeinschaftlichen Teile als auch die Sonderrechtsteile betrifft, die Nachbesserung an den ersteren aber ausschliesslich oder vorwiegend dazu dient, die Mängel an den Sonderrechtsteilen zu beheben.<sup>301</sup>
- andererseits dann, wenn es um notwendige bauliche Massnahmen an den gemeinschaftlichen Teilen geht, soweit sie gewöhnliche Verwaltungshandlungen darstellen, die von jedem Einzelnen vorgenommen werden dürfen (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c ZGB).<sup>302</sup> Damit sind freilich nur kleinere Ausbesserungen gemeint, nicht jedoch Bauarbeiten von erheblichem Umfang.<sup>303</sup>

Ein Teil der Lehre verlangt, dass die Versammlung über die Einwilligung in den Substanzeingriff hinaus auch bezüglich der Tragung und Verteilung jener Kosten be-

<sup>298</sup> WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 290; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 139 zu Art. 712a ZGB und N 69 zu 712t ZGB (unter Vorbehalt von Sonderfällen); ebenso als «Regel» (mit einzelfallbezogener Betrachtungsweise) HÜRLIMANN-KAUP, Verwaltungshandlungen, S. 24 oben; für eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise THURNHERR, Nr. 177, Fn. 555; PICCININ, Nr. 309 und 618; für das gewöhnliche Miteigentum auch MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 647b ZGB.

<sup>299</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 712t ZGB, mit dem Hinweis, dass es sich beim gewöhnlichen Miteigentum anders verhalte (dazu MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 647b ZGB).

<sup>300</sup> RASCHEIN, S. 74; SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 5 und 7 f.; RÜEGG, § 5 N 214; PICCININ, Nr. 317; VISCHER, S. 221 und 223. Der Sache nach ähnlich BGE 135 III 212 ff. (219), E. 3.2, wo das Bundesgericht die Befugnis des einzelnen Stockwerkeigentümers zu eigenmächtigen Umbauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen verneint, und zwar auch dann, wenn damit keine Beschädigungen oder Beeinträchtigungen verbunden sind – aber immerhin mit dem Vorbehalt von notwendigen baulichen Massnahmen, soweit sie als gewöhnliche Verwaltungshandlungen von jedem Einzelnen vorgenommen werden dürfen (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c ZGB).

<sup>301</sup> BGer 4C.151/2005, E. 4.1.3 (zu Mängeln betreffend die Schallisolation), mit Hinweis auf WEBER, Aktuelle Streitfragen, S. 18 f.

<sup>302</sup> BGE 135 III 212 ff. (219), E. 3.2; RASCHEIN, S. 73; SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 10 (rechte Spalte, lit. B./a); PICCININ, Nr. 317; VISCHER, S. 223.

<sup>303</sup> MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 5 und 8 zu Art. 647a ZGB; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 131 und 148 zu Art. 712a ZGB; THURNHERR, Nr. 169 und 185 f.



schliessen muss, die über den Nachbesserungsanspruch des antragstellenden Stockwerkeigentümers hinaus gehen.<sup>304</sup>

Probleme können sich sodann daraus ergeben, dass **mehrere Stockwerkeigentümer** Gewährleistungsansprüche bezüglich der gemeinschaftlichen Teile gegen den gleichen Werkunternehmer haben und **unterschiedliche Mängelrechte** – teils Minderung, teils Nachbesserung – geltend machen (wollen). Eine gewisse Bedeutung kommt nach der Lehre der zeitlichen Abfolge der Ausübung der Wahlrechte zu: Verlangt ein Stockwerkeigentümer Nachbesserung und wird diese von Unternehmer ordnungsgemäss ausgeführt, fehlt es für einen anderen, gleichermassen gewährberechtigten Stockwerkeigentümer an einem Minderwert des Werks, sodass dessen Minderungsrecht gegenstandslos wird.<sup>305</sup> Wird jedoch zunächst ein Minderungsrecht ausgeübt, ist die Situation heikel.<sup>306</sup>

3. Eine **Abtretung von Mängelrechten** durch die einzelnen Stockwerkeigentümer an die Gemeinschaft ist zwar möglich (während die Rechtsprechung eine Legalzession ausschliesst), kommt aber praktisch nur beim Nachbesserungsrecht in Betracht. Dieses Recht ist bezüglich der gemeinschaftlichen Teile nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch quotenbezogen: Der Vertragsschuldner (Werkunternehmer) schuldet dem einzelnen Stockwerkeigentümer – so das Bundesgericht – nur im Umfang von dessen Wertquote unentgeltliche Verbesserung, sodass der Letztere sich im Umfang der Wertquoten der übrigen Stockwerkeigentümer an den Verbesserungskosten beteiligen muss.<sup>307</sup> Ob er die ausserhalb seiner Quote stehenden Kosten, die er dem Werkunternehmer bezahlt hat, auf die übrigen Stockwerkeigentümer überwälzen kann, ist alsdann eine Frage der internen Auseinandersetzung.<sup>308</sup>

Im gleichen Entscheid lässt es das Bundesgericht zu, dass die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer – der einzelne Nachbesserungsansprüche abgetreten worden sind – gestützt auf einen Mehrheitsbeschluss nach Art. 647c ZGB i.V.m. Art. 712g ZGB mit Bezug auf notwendige bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen die Nachbesserung verlangen kann.<sup>309</sup> Hierbei hat sie «insoweit die Kosten zu tragen oder vorzuschliessen [und in der Folge den Stockwerkeigentümern als Beitragsforderungen nach Art. 712h ZGB zu belasten], als sie sich nicht auf zedierte, quotenmässig zu ermittelnde Gewährleistungsansprüche zu stützen vermag».<sup>310</sup>

<sup>304</sup> So SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 8 f.

<sup>305</sup> PICCININ, Nr. 321.

<sup>306</sup> Ausführlich PICCININ, Nr. 321 ff. mit Hinweisen.

<sup>307</sup> BGE 114 II 239 ff. (247), E. 5c/bb, in enger Anlehnung an GAUCH, Urteilsanmerkung, BR/DC 1987, S. 71, Ziffer 8; vgl. auch DENSELLEN, Urteilsanmerkung, BR/DC 1989, S. 97; SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 7 f. Kritisch nun aber GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1496a, wonach die Tragung der quotenüberschliessenden Verbesserungskosten durch den Stockwerkeigentümer, der Nachbesserung verlangt, «kaum überzeugt». Kritisch ferner RASCHEIN, S. 65 ff.; KÄSER, S. 234 f.; SCHWERY, Der quotenbezogene Nachbesserungsanspruch, S. 154; VISCHER, S. 224 f.

<sup>308</sup> BGE 114 II 239 ff. (247 unten), E. 5c/bb.

<sup>309</sup> BGE 114 II 239 ff. (247 f.), E. 5c/bb.

<sup>310</sup> BGE 114 II 239 ff. (248 oben), E. 5c/bb.

4. Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten: Die «quotenbezogene» Lösung des Bundesgerichts macht die Ausübung des Nachbesserungsrechts durch den einzelnen Stockwerkeigentümer (ausserhalb der kollektiven Geltendmachung) völlig unattraktiv und unpraktikabel. Bedeutend einfacher – wenn auch nicht gänzlich problemlos – ist die Geltendmachung solcher (abgetretener) Ansprüche durch die Gemeinschaft. Das hat in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung zu bedenkenswerten abweichenden Auffassungen geführt:
- ROLF WEBER bejaht *de lege lata* insofern eine Lücke des Gesetzes, als es um die Frage der Geltendmachung von Mängelrechten gegen Handwerker geht und die Behebung der Mängel im gemeinsamen Interesse der Stockwerkeigentümer liegt.<sup>311</sup> Das *Interesse an der Substanz des gemeinschaftlichen Grundstücks* sei so gross, dass es sinnvollerweise gemeinschaftlich geltend gemacht werden müsse; unergiebigkeit Streitigkeiten über den Umfang der Prozessfähigkeit der Gemeinschaft zu vermeiden, liege denn auch im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsökonomie.<sup>312</sup> Die Berechtigung der Gemeinschaft, Mängel (wohl: an gemeinschaftlichen Teilen<sup>313</sup>) gerichtlich im eigenen Namen geltend zu machen, müsse daher – schon nach geltendem Recht – bejaht werden, wenn die Mängelrechte von den Stockwerkeigentümern (Erstkäufern) rechtswirksam an die Gemeinschaft zediert worden seien.<sup>314</sup> Gleich zu behandeln sei der Fall, in welchem ein Handwerker (Werkunternehmer, Verkäufer), der aus Vertrag gewährleistungspflichtig sei und selber eine Stockwerkeinheit innehat, sich als einziger weigere, seine Gewährleistungsansprüche an die Gemeinschaft abzutreten.<sup>315</sup> Überhaupt sei der Gemeinschaft die gerichtliche Durchsetzung von Mängelrechten an gemeinschaftlichen Teilen grosszügig zu gestatten, damit nicht die Durchsetzung notwendiger baulicher Massnahmen (Art. 647c ZGB) – etwa am Lift – faktisch illusorisch werde.<sup>316</sup> Was die dogmatische Konstruktion einer solchen Lösung angehe, sei zu beachten, dass beim Stockwerkeigentum die obligationenrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses nicht überbetont, sondern auch das Gemeinschaftsverhältnis beachtet werden müsse, in welchem die ordnungsgemässe Instandhaltung der gemeinsamen Liegenschaft eine zentrale Gemeinschaftsaufgabe darstelle.<sup>317</sup> WEBER erwägt in der Folge verschiedene Möglichkeiten, deren eine (wie gesagt schon *de lege lata*) darin besteht, unter Betonung der dinglichen (sachenrechtlichen) Komponente des Rechtsverhältnisses die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer *ex lege* (also ohne entsprechende Zessionen) als Trägerin der Gewährleistungsansprüche anzusehen.<sup>318</sup> Dieser Stossrichtung ist beispielsweise das

<sup>311</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 124 (linke Spalte) und 125 (linke Spalte unten): Gewährleistungsansprüche als Teil des Verwaltungsvermögens, was der Gesetzgeber übersehen habe. Ob der Autor damit eine echte oder unechte Lücke anspricht, ist nicht völlig klar.

<sup>312</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 124.

<sup>313</sup> Die Ausführungen von WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 125 (rechte Spalte unten) deuten freilich darauf hin, dass sich seine Ausführungen auch auf die Sonderrechtsteile beziehen.

<sup>314</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 124.

<sup>315</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 124.

<sup>316</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 124.

<sup>317</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 125.

<sup>318</sup> WEBER, Zur Prozessfähigkeit, S. 125 f.

St. Galler Kantonsgericht gefolgt und hat eine Legalzession der Gewährleistungsansprüche an den gemeinschaftlichen Teilen bejaht.<sup>319</sup>

- Auch PETER LIVER widerspricht der bundesgerichtlichen Lösung, die er für unständig und unzweckmässig hält.<sup>320</sup> Der Anspruch auf Behebung von Baumängeln sollte nur einheitlich ausgeübt werden können, wofür es seiner Meinung nach genügt, wenn die Stockwerkeigentümer mit Mehrheitsbeschluss die Durchführung des Gewährleistungsprozesses an die Gemeinschaft beschliessen.<sup>321</sup>
- Einzelne **kantonale Gerichte** haben eine Legalzession bejaht.<sup>322</sup>

Das **Bundesgericht** hält indessen bis anhin vor allem unter Hinweis auf die relative Natur der in Frage stehenden Gewährleistungsrechte an seiner Konzeption fest, auch wenn es einräumt, dass im vorliegenden Kontext immer nur ein einziges Gewährleistungsobjekt (das in Stockwerkeigentum aufgeteilte Gebäude) der Mehrzahl individueller Forderung (der einzelnen Stockwerkeigentümer) gegenübersteht und «auch Praktikabilitätsgründe für eine darauf bezogene Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft sprechen».<sup>323</sup>

#### 4. Stellungnahme

1. Ausgangslage für die Regelung der Frage, wer Mängelrechte geltend machen und durchsetzen soll, ist die **obligationenrechtliche Grundlage der Gewährleistungsansprüche**: Die Ansprüche gegen die Werkunternehmer (Verkäufer) stehen den einzelnen Stockwerkeigentümern nach Massgabe der abgeschlossenen Verträge zu (Mängelrechte, Freizeichnungen, Fristen usw.).
2. Soweit es um **Mängel an den Sonderrechtsteilen** geht, bietet die geltende Rechtslage keine besonderen Probleme. Die Stockwerkeigentümer machen diesbezüglich ihre Gewährleistungsansprüche gegen die Werkunternehmer selbständig geltend, ohne einen Beschluss der Gemeinschaft zu benötigen.
3. Stehen **Mängel an den gemeinschaftlichen Teilen** zur Diskussion, überlagern sich obligationsrechtliche Überlegungen (Verhältnis Stockwerkeigentümer–Werkunternehmer) und sachenrechtliche Fragen (Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander; miteigentumsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit korporativen Elementen), sodass die Rechtssuchenden – wie dargelegt – mit einer «gesteigerten Komplexität»<sup>324</sup> konfrontiert sind. Soweit es um das Wandelungs-, Minderungs- oder Schadenersatzrecht der Stockwerkeigentümer geht, sind die Probleme mit den herkömmlichen juristischen Mitteln lösbar (allenfalls unter Vorbehalt des Minderungsrechts bei der gleich noch zu behandelnden Sonderfrage).

<sup>319</sup> SJZ 80/1984, S. 166 f. (167).

<sup>320</sup> LIVER, Urteilsbesprechung (zu BGE 111 III 458 ff.), ZBJV 123/1987, S. 145 ff. (147 f.).

<sup>321</sup> LIVER, Urteilsbesprechung, ZBJV 123/1987, S. 147 unten, mit Hinweis auf das deutsche Recht.

<sup>322</sup> Beispiel: SJZ 80/1984, S. 166 f. (167; St. Galler Kantonsgericht).

<sup>323</sup> BGE 114 II 239 ff. (246), E. 5b. Vgl. zu dieser Entscheidung die eher kritischen Besprechungen von REY und VOGEL, ZBJV 126/1990, S. 195 f. und 303 f.

<sup>324</sup> So zutreffend SCHUMACHER, BR/DC 1994, S. 3 ff.

Unbefriedigend ist nach unserer Auffassung jedoch die (geltende) Rechtslage beim **Nachbesserungsrecht**, das vom Bundesgericht ebenfalls strikt obligationenrechtlich gehandhabt und dem Berechtigten überdies nur «quotenbezogen» zugebilligt wird (auch wenn dieser letztere Punkt in der neueren Lehre immer mehr und mit guten Gründen auf Kritik stösst). Die bundesgerichtliche Lösung führt dazu, dass der Stockwerkeigentümer kostenmässig die unentgeltliche Nachbesserung nur bezüglich seiner Quote vom Werkunternehmer fordern kann. Ausserdem steht die Verfügungshoheit über die gemeinschaftlichen Teile – von Ausnahmefällen abgesehen – der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu; diese muss mit anderen Worten zustimmen, wenn der Werkunternehmer bei den von ihm geschuldeten Nachbesserungsarbeiten in die Substanz des Gebäudes eingreift. Alle diese Gründe führen im Ergebnis zu einer beträchtlichen Entwertung des Nachbesserungsrechts und zu einer Vereitelung des Rechtsschutzes des einzelnen Stockwerkeigentümers gegen seinen Vertragschuldner. Hier drängt es sich auf, ein **Eingreifen des Gesetzgebers** zu prüfen.

4. Eine **mögliche Lösung de lege ferenda** bestände darin, bezüglich der gemeinschaftlichen Teile die *Durchsetzung des Nachbesserungsrechts* – das von seinem Entstehungsgrund her dem einzelnen Stockwerkeigentümer zusteht – *als Angelegenheit der Gemeinschaft* zu behandeln. Damit liesse sich ein Gleichlauf zur Entscheidzuständigkeit der Gemeinschaft bezüglich der baulichen Massnahmen am Gebäude herstellen. Zu überlegen sind etwa die folgenden Varianten, allein oder in Kombinationen (in Stichworten):

- Gesetzliche Anordnung der Legalzession: Das Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht – allenfalls: die Forderung auf Nachbesserung nach Ausübung des Gestaltungsrechts – geht von Gesetzes wegen vom einzelnen Stockwerkeigentümer auf die Gemeinschaft über (Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft; allenfalls erweiterte Umschreibung in Art. 712I ZGB).
- Vorrang der Nachbesserung vor dem Minderungsrecht des einzelnen Stockwerkeigentümers, sofern die Gemeinschaft nicht anders beschliesst (allenfalls unter dem Vorbehalt, dass die einzelnen Werkverträge bezüglich der Gewährleistung im Wesentlichen gleich lauten). Die Gemeinschaft hat nämlich ein schützenswertes Interesse an intakten gemeinschaftlichen Teilen; bleiben diese mangelhaft, weil ein Stockwerkeigentümer es vorzieht, gegenüber seinem gewährspflichtigen Werkunternehmer den Werklohn zu mindern, müsste die Gemeinschaft früher oder später im Rahmen des Unterhalts für die Mängelbehebung aufkommen (in diesem Fall wäre freilich eine besondere Kostenbelastung des betreffenden Stockwerkeigentümers – an Stelle der Kostenverteilung nach Wertquoten – zu prüfen).
- Innerhalb der Gemeinschaft: Beschluss der Nachbesserung mit noch festzulegendem Quorum.
- Falls die Gemeinschaft nicht oder nicht binnen bestimmter Frist die Nachbesserung beschliesst: Rückfall des Nachbesserungsrechts (allenfalls: der Forderung auf Nachbesserung) an den einzelnen Stockwerkeigentümer.

Soll demgegenüber die Durchsetzung des Nachbesserungsrechts *weiterhin Sache des einzelnen Stockwerkeigentümers* bleiben, so ist Folgendes zu überlegen:

- Expliziter (gesetzlich angeordneter) Verzicht auf die «Quotenbezogenheit» des Nachbesserungsrechts (betrifft das Verhältnis des Nachbesserungsgläubigers ge-

gen den Nachbesserungsschuldner/Werkunternehmer, stellt also eine Frage des OR dar).

- Erleichterung des Quorums für bauliche Massnahmen, soweit es um Nachbesserungsarbeiten geht, die ein Werkunternehmer einem Stockwerkeigentümer schuldet. Allenfalls Anspruch des Stockwerkeigentümers auf Bewilligung durch die Gemeinschaft.

## VII. Versammlung der Stockwerkeigentümer (Art. 712m–712p ZGB)

### 1. Verweis auf das Vereinsrecht

1. Gemäss **Art. 712m Abs. 2 ZGB** finden auf die Stockwerkeigentümerversammlung die Vorschriften über die Organe des Vereins und über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen Anwendung, soweit die Bestimmungen des Stockwerkeigentums nicht etwas anderes vorsehen.<sup>325</sup> Die subsidiäre Anwendbarkeit des Vereinsrechts wurde in der Botschaft mit der grossen Vertrautheit der Bevölkerung mit diesem Rechtsgebiet begründet.<sup>326</sup>
2. Während sich der Verweis auf das Vereinsrecht mit Bezug auf die Anfechtung von Beschlüssen ohne Zweifel auf Art. 75 ZGB bezieht,<sup>327</sup> ist sein **Umfang** hinsichtlich der Organe weniger eindeutig. Die Organisation des Vereins ist in den Art. 64–69c ZGB geregelt (vgl. den Randtitel von Art. 64 ZGB). Aus Wortlaut und Systematik von Art. 712m Abs. 2 ZGB ergibt sich ohne Weiteres, dass die Art. 64–68 ZGB über die Vereinsversammlung grundsätzlich Anwendung finden. Ob sich der Verweis auch auf die Art. 69–69b ZGB bezieht, die sich mit dem Vorstand und der Revisionsstelle befassen, ist in der Lehre allerdings umstritten.<sup>328</sup> Einigkeit scheint immerhin darüber zu bestehen, dass über den Hinweis von Art. 712m Abs. 2 ZGB hinaus auch Art. 63 Abs. 2 ZGB insofern auf das Stockwerkeigentum anzuwenden ist, als die Stockwerkeigentümer einschlägige zwingende Bestimmungen des Vereinsrechts nicht durch die Gemeinschaftsordnung abändern können.<sup>329</sup>
3. Art. 712m Abs. 2 ZGB behält «besondere Bestimmungen» des Gesetzes vor. Nach der Lehre kommt das Vereinsrecht nur zur Anwendung, wenn das Stockwerkeigentumsrecht eine Frage hinsichtlich der Stockwerkeigentümerversammlung entweder

<sup>325</sup> Der Verweis umfasst auch einen allenfalls bestehenden Ausschuss; dieser Fall wird im Folgenden nicht weiter behandelt.

<sup>326</sup> Botschaft 1962, S. 1519. Vgl. auch Sten.Bull. NR 1963, S. 226 (Votum Berichterstatter FURGLER).

<sup>327</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 126 zu Art. 712m ZGB.

<sup>328</sup> Bejahend WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 118 und N 131 f. zu Art. 712m ZGB, allerdings mit Zurückhaltung hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 69 ZGB auf den Verwalter. STEINAUER, Les droits réels I, Nr. 1306, führt lediglich Art. 69 ZGB auf. JUNKER, S. 185, geht davon aus, dass Art. 69 ZGB auf den Verwalter Anwendung findet; Frage hingegen offengelassen bei RIE-MER, S. 258 (beide vor Inkrafttreten der Art. 69a f. ZGB). Verneinend etwa MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 712m ZGB; BÖSCH, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 712m ZGB.

<sup>329</sup> Vgl. statt vieler WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 118 zu Art. 712m ZGB mit Hinweisen.

gar nicht oder nicht vollständig beantwortet.<sup>330</sup> Da es sich beim Stockwerkeigentum um qualifiziertes Miteigentum handelt, bleibt in diesem Zusammenhang allerdings zu prüfen, in welchem Verhältnis die Art. 646 ff. ZGB zum Vereinsrecht stehen. Anders ausgedrückt: Fällt für den Fall, dass das Stockwerkeigentumsrecht zu einer bestimmten Frage schweigt, eine einschlägige Norm des gewöhnlichen Miteigentums unter die besonderen Bestimmungen im Sinn von Art. 712m Abs. 2 ZGB mit der Konsequenz, dass sie einer allfälligen vereinsrechtlichen Regelung vorgeht? Grundsätzlich wird die **Subsidiarität des Vereinsrechts** auch gegenüber dem gewöhnlichen Miteigentumsrecht bejaht.<sup>331</sup> Mit Bezug auf die Berechnung der erforderlichen Mehrheit bei notwendigen und nützlichen baulichen Massnahmen spricht sich allerdings eine Mehrheit der Lehre für den Vorrang von Art. 67 Abs. 2 ZGB aus, wonach die Anzahl der anwesenden (oder vertretenen) Mitglieder massgebend sind.<sup>332</sup> Darüber hinaus gibt es Stimmen, die etwa auch die bei luxuriösen Massnahmen grundsätzlich erforderliche Einstimmigkeit (Art. 647e Abs. 1 ZGB) und das Quorum für den Ermächtigungsbeschluss, der Voraussetzung für eine Klage auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers ist (Art. 649b Abs. 2 ZGB),<sup>333</sup> gestützt auf Art. 67 Abs. 2 ZGB berechnen wollen.<sup>334</sup> Es besteht damit eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Vereinsrecht und dem Recht des gewöhnlichen Miteigentums.

4. Der Verweis auf das Vereinsrecht mag eine gewisse Rechtfertigung darin finden, dass das Stockwerkeigentum neben der sachenrechtlichen auch eine körperschaftliche Komponente aufweist und damit in die Nähe des Vereins rückt.<sup>335</sup> Dennoch sind die Unterschiede in der Struktur nicht zu übersehen: Während der Verein einen idealen Zweck verfolgt (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB), «bilden die Stockwerkeigentümer eine Objektsgemeinschaft, die auf wirtschaftlichen Beziehungen beruht, indem durch Versammlungsbeschlüsse jeder einzelne grundsätzlich direkt betroffen wird (Beitragsordnung)»<sup>336</sup>. In der Lehre wird denn auch teilweise bezweifelt, dass der Verweis auf das Vereinsrecht immer zu angemessenen Lösungen führt.<sup>337</sup> Die Durchsicht der Art. 64–68 ZGB zeigt, dass lediglich die Art. 64 Abs. 3<sup>338</sup>, Art. 66 Abs. 2,

<sup>330</sup> MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 712m ZGB. – Mit Bezug auf die Anfechtung von Beschlüssen kommt Art. 75 ZGB ohne Weiteres zum Zug, weil das Stockwerkeigentumsrecht dazu nichts sagt.

<sup>331</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 119 zu Art. 712m ZGB.

<sup>332</sup> Vgl. dazu bereits vorne IV./1./A.

<sup>333</sup> Vgl. dazu auch vorne II./5.

<sup>334</sup> So insbesondere WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 192 zu Art. 712m ZGB und N 217 zu Art. 712a ZGB. Dass für den Ermächtigungsbeschluss die Mehrheit aller Stockwerkeigentümer erforderlich ist, ergibt sich aber bereits aus der Botschaft; vgl. Botschaft 1962, S. 1510: «Massgebend ist die Mehrheit der übrigen Miteigentümer, aber ihrer aller, nicht nur der in einer Versammlung anwesenden oder vertretenen, was für die Miteigentümer selbstverständlich ist, aber auch für die Stockwerkeigentümer gilt.»

<sup>335</sup> RIEMER, S. 258.

<sup>336</sup> WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 337.

<sup>337</sup> Vgl. etwa WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, S. 311; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 712m ZGB. FRIEDRICH, § 29 N 2, empfiehlt, die auf Grund des Verweises anwendbaren Regeln des Vereinsrechts bei Verfassen des Reglements einzeln darauf hin zu überprüfen, ob eine Anpassung an die Bedürfnisse der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich ist.

<sup>338</sup> Vgl. dazu PIOTET DENIS, S. 240 ff.

Art. 67 und 68<sup>339</sup> ZGB für die Stockwerkeigentümerversammlung von Bedeutung sind, da hinsichtlich der übrigen Bestimmungen Sonderregeln im Stockwerkeigentumsrecht bestehen.<sup>340</sup> Eine Regelung der in diesen Normen behandelten Fragen im Rahmen der Art. 712a ff. ZGB würde das Gesetz nur unwesentlich verlängern und hätte den Vorteil, dass die Besonderheiten der Stockwerkeigentümergeinschaft berücksichtigt werden könnten. Darüber hinaus liessen sich auf diese Weise die bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Berechnung der Quoren beseitigen. Aus den genannten Gründen wird mit Bezug auf die Regeln über die Stockwerkeigentümerversammlung empfohlen, **den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen**. Sollte für das Stockwerkeigentum eine eigenständige Verfahrensordnung erlassen werden, würde es sich im Sinn einer umfassenden Regelung anbieten, darin eine Bestimmung über die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung aufzunehmen, auch wenn der jetzige Verweis auf Art. 75 ZGB *inhaltlich* als wenig problematisch erscheint. Immerhin kann eine gewisse Rechtsunsicherheit dadurch entstehen, dass die Anfechtungsfrist mit Kenntnisnahme des Beschlusses durch den einzelnen Stockwerkeigentümer (statt wie bei den Kapitalgesellschaften und den Genossenschaften mit dem Beschlussdatum) zu laufen beginnt;<sup>341</sup> diese Regelung sollte gegebenenfalls vom Gesetzgeber überprüft werden.

## 2. Ausschluss vom Stimmrecht bei gemeinschaftswidrigem Verhalten?

1. Eine Stockwerkeigentümergeinschaft kann auf Dauer nur funktionieren, wenn sich alle Stockwerkeigentümer grundsätzlich gemeinschaftskonform verhalten. In der Praxis gibt es aber immer wieder Fälle, in denen ein einzelner Stockwerkeigentümer durch sein Verhalten die effiziente Verwaltung des Stockwerkeigentums erschwert oder gar gefährdet.<sup>342</sup> Ist die Situation für die übrigen Mitglieder nicht mehr zumutbar, besteht die Möglichkeit des Ausschlusses aus der Gemeinschaft (Art. 649b ZGB),<sup>343</sup> der aber als Ultima ratio hohen Hürden unterliegt. Während in der Praxis teilweise die Meinung zu bestehen scheint, dass die Stockwerkeigentümer über zu viele Mitwirkungsrechte verfügen,<sup>344</sup> bietet das Gesetz nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich einen guten Ausgleich zwischen den Interessen der Gemeinschaft und dem Minderheitenschutz. Im konkreten Fall kann das System aber zur **«Dikta-**

<sup>339</sup> Mit Bezug auf den Ausschluss vom Stimmrecht gemäss Art. 68 ZGB hat das Bundesgericht inzwischen zwar die Anwendbarkeit der Norm auf die Stockwerkeigentümerversammlung bejaht; BGE 134 III 481 ff. (485 f.), E. 3.4; BGer 5A\_709/2010, E. 4; 5A\_198/2014, E. 5.3.4. Die Meinungen in der Lehre sind aber geteilt; vgl. etwa die Hinweise auf die verschiedenen Ansichten bei WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 129 zu Art. 712m ZGB.

<sup>340</sup> Vgl. zu den einzelnen Bestimmungen WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 120 ff. zu Art. 712m ZGB; RIEMER, S. 259 ff.

<sup>341</sup> RIEMER, S. 266. Zu den verschiedenen Daten, die im Einzelfall fristauslösend sein können, vgl. TENCHIO, S. 135 ff.

<sup>342</sup> Vgl. etwa BGer 5A\_577/2008, Sachverhalt B. Zur pathologischen Querulanz vgl. WERMELINGER, Der Querulant, S. 85 ff. Ausführlich zu gemeinschaftswidrigen Verhaltensweisen DERSELBE, a.a.O., S. 96 ff.

<sup>343</sup> Vgl. dazu vorne II./5.

<sup>344</sup> So WERMELINGER, Aktuelle Fragen, S. 165.

**tur» eines Einzelnen** führen.<sup>345</sup> Das gilt namentlich, wenn ein Stockwerkeigentümer bei Entscheiden, die Einstimmigkeit erfordern, systematisch seine Zustimmung verweigert oder seinen Beitragspflichten dauerhaft nicht nachkommt, so dass die Gemeinschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Mithilfe eines zeitlich befristeten Ausschlusses dieser Person vom Stimmrecht könnten die übrigen Stockwerkeigentümer einerseits Entscheide fällen, ohne dass die Stimme des betreffenden Stockwerkeigentümers für die Berechnung des Quorums mitzählen würde (Durchbrechung von «Blockaden»). Andererseits hätten sie ein Druckmittel in der Hand, um den säumigen Stockwerkeigentümer zur Zahlung der ausstehenden Beiträge zu bewegen. Das Gesetz sieht lediglich eine (punktuelle) Ausschluss vom Stimmrecht vor, und zwar für den Fall, dass sich ein Stockwerkeigentümer in einem Interessenkonflikt befindet (vgl. Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 68 ZGB). Es stellt sich damit die Frage, ob über den Weg der Gemeinschaftsordnung ein genereller, aber zeitlich befristeter Stimmrechtsausschluss zur Sanktionierung von grob gemeinschaftswidrigem Verhalten eingeführt werden kann.

2. Die Lehre hält eine Erweiterung des in Art. 68 ZGB vorgesehenen Stimmrechtsverbots durch die Gemeinschaftsordnung in gewissen Fällen für zulässig.<sup>346</sup> Im Sinn einer Sanktionierung bejaht sie insbesondere die Möglichkeit, einen Stockwerkeigentümer, der genau umschriebene finanzielle Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft schuldhaft nicht erfüllt, vom Stimmrecht auszuschliessen.<sup>347</sup> Diese Lehrmeinung stützt sich auf einen Entscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum WEG aus dem Jahr 1965.<sup>348</sup> Der BGH hat allerdings 2010 entschieden, dass ein vorübergehender Ausschluss vom Stimmrecht wegen Verletzung finanzieller Pflichten selbst dann unzulässig ist, «wenn der Beitragsrückstand und die Dauer des Verzugs erheblich sind und der Wohnungseigentümer dadurch in schwerwiegender Weise gegen seine Pflicht verstösst, durch Leistung der auf ihn entfallenden Beiträge an der Sicherung der finanziellen Grundlage der Wohnungseigentümergeinschaft mitzuwirken»<sup>349</sup>. Das Stimmrecht stellt ein elementares Mitgliedschaftsrecht des einzelnen Stockwerkeigentümers dar,<sup>350</sup> weshalb es nach der hier vertretenen Ansicht im schweizerischen Recht ganz allgemein **unzulässig** ist, in der Gemeinschaftsordnung **einen temporären Ausschluss** als Sanktionsmöglichkeit für vorbestehendes Fehlverhalten **vorzusehen**.<sup>351</sup>

<sup>345</sup> WERMELINGER, *Réflexions*, S. 180.

<sup>346</sup> MEIER-HAYOZ/REY, *Berner Kommentar*, N 76 zu Art. 712m ZGB.

<sup>347</sup> WEBER, *Die Stockwerkeigentümergeinschaft*, S. 339; ihm folgend MEIER-HAYOZ/REY, *Berner Kommentar*, N 76 zu Art. 712m ZGB; WERMELINGER, *Zürcher Kommentar*, N 162 zu Art. 712m ZGB.

<sup>348</sup> Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 9. Februar 1965, teilweise publiziert in *NJW* 1965, S. 821 ff. (822), E. 3b.

<sup>349</sup> Urteil des BGH vom 10. Dezember 2010, publiziert in *NJW* 2011, S. 679 ff. (680), Ziff. 9. Zu beachten bleibt, dass nach deutschem Recht die Verletzung finanzieller Pflichten einen Grund für einen Ausschluss aus der Gemeinschaft darstellen kann (vgl. § 18 Abs. 2 Ziff. 2 WEG und dazu vorne II./5.) und ein Wohnungseigentümer nach § 25 Abs. 4 WEG (erst dann) sein Stimmrecht verliert, wenn er nach § 18 WEG rechtskräftig verurteilt ist. Anders als das ZGB kennt das WEG mit anderen Worten eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Stimmrechtsausschlusses infolge Verletzung finanzieller Pflichten.

<sup>350</sup> Vgl. etwa MEIER-HAYOZ/REY, *Berner Kommentar*, N 61 zu Art. 712m ZGB.

<sup>351</sup> Der Ausschluss aus einer bestimmten Versammlung (und damit auch ein Ausschluss vom Stimmrecht hinsichtlich der in dieser Versammlung behandelten Traktanden) ist hingegen dann zulässig,



3. Um insbesondere querulatorischem Verhalten entgegenzutreten zu können, wäre **de lege ferenda die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zu prüfen**, die einen vorübergehenden Ausschluss vom Stimmrecht als Sanktion für krass gemeinschaftswidriges Verhalten erlaubt. Diese Frage lässt sich nur im Zusammenhang mit einer allfälligen Anpassung von Art. 649b ZGB (Ausschliessung aus der Gemeinschaft)<sup>352</sup> und der Art. 712i und 712k ZGB (Sicherung der Beitragsforderung)<sup>353</sup> beantworten: Sollten die Hürden für die Ausschliessung aus der Gemeinschaft herabgesetzt werden, würde sich die Einführung einer Bestimmung über die vorübergehende Ausschliessung vom Stimmrecht nicht aufdrängen. Das gilt insbesondere, wenn de lege ferenda die Verletzung finanzieller Pflichten von einer gewissen Schwere als gesetzlicher Grund für einen Ausschluss aus der Gemeinschaft aufgeführt werden sollte.

### 3. Beschlussfassung und Protokollierung

1. **Art. 712n Abs. 2 ZGB** schreibt vor, dass Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung zu protokollieren sind und das Protokoll aufzubewahren ist. Beschlüsse der Gemeinschaft können also mündlich mit anschliessender Protokollierung in einer Stockwerkeigentümersammlung gefällt werden. Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 ZGB lässt darüber hinaus eine schriftliche Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg zu.<sup>354</sup>
2. **Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung** ist ein *ausserhalb einer Versammlung* mündlich gefasster Beschluss nichtig (sofern er überhaupt als Beschluss gelten kann), weil das Gesetz diese Beschlussvariante nicht zulässt.<sup>355</sup> Die Möglichkeit, einen Beschluss formlos zu fällen, wäre unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit problematisch, da einerseits Beschlüsse gemäss Art. 649a Abs. 1 ZGB auch für die Rechtsnachfolger eines Stockwerkeigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Stockwerkanteil verbindlich sind und andererseits die Berechnung der Anfechtungsfrist Schwierigkeiten bereiten würde. Darüber hinaus dient die Schriftlichkeit dem Rechtsfrieden, weil das Dokument die Rechtslage klar darlegt und dadurch Auseinandersetzungen zwischen den Stockwerkeigentümern zu vermeiden hilft.<sup>356</sup>

---

wenn eine Person durch ihr ungebührliches Verhalten den korrekten Ablauf der Versammlung massiv beeinträchtigt oder unmöglich macht; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 162 zu Art. 712m ZGB.

<sup>352</sup> Vgl. dazu vorne II./5.

<sup>353</sup> Vgl. dazu vorne V./2.

<sup>354</sup> BGE 127 III 506 ff. (509 f.), E. 3a; 136 III 261 ff. (268), E. 4.3. – Ob darüber hinaus eine Urabstimmung im Reglement vorgesehen werden kann, hat das Bundesgericht offengelassen; vgl. BGE 127 III 506 ff. (510), E. 3a; BGer 5A\_913/2012, E. 5.2.2; 5A\_198/2014, E. 7.3, jeweils mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen.

<sup>355</sup> BGE 127 III 506 ff. (511 f.), E. 3d.

<sup>356</sup> BGE 127 III 506 ff. (511), E. 3c.

Laut Bundesgericht hat aber auch ein *während einer Versammlung* gefasster Beschluss nur dann rechtliche Wirkung, wenn er aus dem Protokoll ersichtlich ist; dem **Protokoll** kommt in diesem Sinn **konstitutive Wirkung** zu.<sup>357</sup> Der Beschluss ist nichtig, wenn er im Protokoll nicht aufgeführt wird oder wenn es an einem Protokoll fehlt,<sup>358</sup> die gesetzlichen Formvorschriften lassen den Stockwerkeigentümern keinerlei Gestaltungsspielraum.<sup>359</sup>

3. Die Rechtsprechung zur konstitutiven Wirkung des Protokolls steht im Widerspruch zur **herrschenden Lehre**. Nach ganz überwiegender Meinung gilt ein in einer Stockwerkeigentümerversammlung ergangener Beschluss so, wie er gefasst worden ist. Gibt das Protokoll ihn gar nicht oder falsch wieder, liegt trotzdem ein gültiger Beschluss vor, sofern sich die Beschlussfassung nachträglich beweisen lässt. Art. 712n Abs. 2 ZGB enthält **keine Formvorschrift im Sinn von Art. 11 OR**, vielmehr dient das Protokoll lediglich Beweis- und Informationszwecken.<sup>360</sup>
4. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung mag unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit begrüssenswert sein.<sup>361</sup> Allerdings bestehen nach der hier vertretenen Ansicht beträchtliche Zweifel daran, dass sie den Willen des Gesetzgebers wiedergibt.<sup>362</sup> Geht man davon aus, dass sich aus Art. 712n Abs. 2 ZGB tatsächlich eine Formvorschrift ergibt, stellt sich die Frage nach deren Bedeutung (Beweis- oder Gültigkeitsform), die durch Auslegung zu ermitteln ist. Im Gegensatz zu den im Sachenrecht geregelten Gültigkeitsvorschriften beim Grundeigentum (Art. 657 Abs. 1 ZGB), bei den Dienstbarkeiten (Art. 732 Abs. 1, Art. 779a Abs. 1 ZGB) und bei den Grundpfandrechten (Art. 799 Abs. 2 ZGB) enthält der Wortlaut von Art. 712n Abs. 2 ZGB keinen Hinweis darauf, dass es sich um eine Gültigkeitsvorschrift handelt.<sup>363</sup> Zieht man die gravierenden Konsequenzen der Verletzung einer solchen Vorschrift in Betracht, spricht weiter die Tatsache, dass sich weder die Botschaft<sup>364</sup> noch das Parlament<sup>365</sup> in diese Richtung geäußert haben, gegen die Annahme einer Gültigkeitsvorschrift. Nichts anderes ergibt sich aus dem Zweck der Protokollierungspflicht, sollen doch die gefassten Beschlüsse aus Beweis- und Informationsgründen festgehalten werden.<sup>366</sup> Es empfiehlt sich deshalb, **de lege ferenda die Praxis des Bundesgerichts zu überprüfen**. Sollte sich aus der Überprüfung eine Bestätigung dieser Rechtsprechung ergeben, wären folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

<sup>357</sup> BGer 5C.254/2006, E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 127 III 506 ff. (510 f.), E. 3c.

<sup>358</sup> BGer 5A\_198/2014, E. 7.3 unter Hinweis auf Art. 11 OR.

<sup>359</sup> BGer 5A\_198/2014, E. 7.4.

<sup>360</sup> WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 151 f. zu Art. 712n ZGB mit Hinweisen. Vgl. immerhin HAAS, Fallstricke, S. 27 ff., der dem Protokoll «quasi konstitutive Rechtskraft» zuspricht.

<sup>361</sup> So WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 152 zu Art. 712n ZGB.

<sup>362</sup> Ähnlich WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 152 zu Art. 712n ZGB.

<sup>363</sup> Vgl. aber immerhin Art. 11 Abs. 2 OR, wonach Formvorschriften im Zweifelsfall Gültigkeitsvorschriften sind.

<sup>364</sup> Nach Ansicht des Bundesrates bedurfte Art. 712n ZGB keiner Erläuterung; Botschaft 1962, S. 1519.

<sup>365</sup> Art. 712n ZGB wurde im Parlament nicht diskutiert; Sten.Bull. NR 1963, S. 227; Sten.Bull. StR 1963, S. 221.

<sup>366</sup> HAAS, Fallstricke, S. 28. – Auch im Aktienrecht (Art. 702 Abs. 2 OR) hat das Protokoll im Übrigen lediglich Beweisfunktion; vgl. etwa TANNER, Zürcher Kommentar, N 208 zu Art. 702 OR.

- Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit würde es sich anbieten, in Art. 712n Abs. 2 ZGB ausdrücklich auf die konstitutive Wirkung des Protokolls hinzuweisen.<sup>367</sup>
- Hat das Protokoll konstitutive Wirkung, muss der einzelne Stockwerkeigentümer die Möglichkeit haben, die Berichtigung des Protokolls durchzusetzen, wenn dieses einen gefassten Beschluss gar nicht, nur unvollständig oder falsch wiedergibt. Das Gesetz schweigt sich über das einzuschlagende Verfahren aus. Die Lehre schlägt de lege lata vor, in der Gemeinschaftsordnung eine kurze Beanstandungsfrist (zum Beispiel 14 Tage nach Kenntnis des Protokolls) mit umgehender Beantwortungspflicht vorzusehen. Auf diese Weise soll es einerseits dem Stockwerkeigentümer ermöglicht werden, bei Bedarf fristgerecht eine Klage nach Art. 75 ZGB einzureichen. Andererseits gilt das Protokoll bei unbenutztem Ablauf der Frist stillschweigend als genehmigt, womit der Verwalter die Umsetzung der Beschlüsse einleiten kann, ohne eine Berichtigung des Protokolls befürchten zu müssen.<sup>368</sup> Für den Fall, dass der Protokollführer die beantragte Berichtigung verweigert, hält ein Teil der Lehre eine Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB für zulässig.<sup>369</sup> Das ist allerdings nur schon deshalb problematisch, weil das Gericht auf Grund der rein kassatorischen Natur dieser Klage keine Berichtigung des Protokolls anordnen kann.<sup>370</sup> Es wird deshalb empfohlen zu prüfen, ob ein spezielles Verfahren zur Durchsetzung des Berichtigungsanspruches in das Gesetz aufgenommen werden sollte.
- Bei Annahme einer konstitutiven Wirkung stellt sich weiter die Frage, welchen Inhalt das Protokoll mit Bezug auf die Beschlüsse zwingend aufzuweisen hat. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass der genaue Wortlaut der Beschlüsse sowie das jeweilige Abstimmungsergebnis (Anzahl der Ja-Stimmen, der Nein-Stimmen und der Enthaltungen unter Angabe der abstimmenden Wertquoten) wiedergegeben werden müssen.<sup>371</sup> Es ist allerdings unklar, ob ein Beschluss nur bei Fehlen des Wortlauts oder auch bei blossem Fehlen des Abstimmungsergebnisses als «nicht im Protokoll aufgeführt» im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt und wie präzise der Wortlaut sein muss, damit er den Anforderungen von Art.

<sup>367</sup> Das gilt umso mehr, als die entsprechende Rechtsprechung im Wesentlichen auf unpublizierten Entscheiden (insbesondere BGer 5C.254/2006, E. 3.1; 5A\_913/2012, E. 5.2.2; 5A\_198/2014, E. 7.3 und 7.4) beruht, die darüber hinaus mit keinem Wort Bezug auf die gegenteilige herrschende Lehre nehmen. Stattdessen berufen sie sich auf BGE 127 III 506 ff. (510 f.), E. 3c, der sich aber nur mit der (Un-)Zulässigkeit formloser Beschlüsse befasst, die *ausserhalb* der Versammlung gefasst werden.

<sup>368</sup> Vgl. zum Ganzen WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 157 zu Art. 712n ZGB. Nach HAAS, Fallstricke, S. 43 f., muss ein Berichtigungsanspruch gegen den Protokollführer auch ohne Grundlage in der Gemeinschaftsordnung bestehen.

<sup>369</sup> HAAS, Fallstricke, S. 44 ff.; ihm folgend DE ROCHE, S. 57. Nach WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 158 zu Art. 712n ZGB, ist die Anfechtungsklage zumindest bei einer willentlichen Falschprotokollierung gegeben; vgl. ausserdem DERSELBE, a.a.O., N 204 zu Art. 712m ZGB.

<sup>370</sup> Vgl. dazu HAAS, Fallstricke, S. 45 f., der es in bestimmten Fällen nicht ausschliesst, dass das Gericht den Protokollführer zur Berichtigung des Protokolls verpflichtet. Mit Bezug auf nicht in das Protokoll aufgenommene Beschlüsse vgl. ausserdem TENCHIO, S. 135; WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 222 zu Art. 712m ZGB. – Zur Problematik des Fristbeginns vgl. TENCHIO, S. 136 f.

<sup>371</sup> Vgl. dazu HAAS, Fallstricke, S. 36 mit Hinweisen.

712n Abs. 2 ZGB genügt. Es empfiehlt sich, dass der Gesetzgeber diese Fragen prüft.

#### 4. Sonderfragen bei Zweiergemeinschaften

1. Das Gesetz sieht **keine Mindestanzahl** von Stockwerkeigentümern vor. Eine Stockwerkeigentümergeinschaft kann damit auch aus zwei Parteien bestehen. Beschlüsse können in diesem Fall grundsätzlich nur einstimmig gefasst werden (vgl. Art. 67 Abs. 2 ZGB sowie Art. 712p [insbesondere Abs. 3] ZGB, wonach die Versammlung in jedem Fall nur beschlussfähig ist, wenn mindestens zwei Stockwerkeigentümer anwesend sind<sup>372</sup>). Das Miteigentumsrecht trägt der besonderen Situation der Zweiergemeinschaft einzig für den Fall des Ausschlusses eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft Rechnung, indem es in Art. 649b Abs. 2 ZGB jeder der beiden Parteien das Klagerecht zuspricht. Die unterschiedlichen Quoren, die der Gesetzgeber anhand der Bedeutung des zu fassenden Beschlusses festgelegt hat (vgl. insbesondere die Regelung bei den baulichen Massnahmen), spielen damit bei der Zweiergemeinschaft grundsätzlich keine Rolle.
2. Die Praxis zeigt, dass einerseits ein Bedürfnis besteht, Zweiergemeinschaften zu bilden. Andererseits kommt es bei solchen Konstellationen immer wieder zu Blockadesituationen, für die das geltende Recht letztlich nur die Lösung des Ausschlusses einer der beiden Parteien kennt. Ob ein Ausschlussverfahren im konkreten Fall erfolgreich ist, bleibt auf Grund der hohen Hürden<sup>373</sup> ungewiss. Während der Dauer des Verfahrens hat der sich gemeinschaftskonform verhaltende Stockwerkeigentümer ausserdem keine Handhabe durchzusetzen, dass die Gemeinschaft betreffende Beschlüsse gefasst werden, wenn sich die Gegenpartei dem widersetzt.<sup>374</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt schliesslich ein Ausschluss ausser Betracht, wenn sich beide Parteien grob gemeinschaftswidrig verhalten haben;<sup>375</sup> in diesem Fall lässt sich die Blockadesituation mit Hilfe des Rechts überhaupt nicht auflösen. Es wird deshalb **empfohlen zu prüfen**, ob für den Fall einer Zweiergemeinschaft (über den Fall von Art. 649b Abs. 2 ZGB hinaus) **Sonderregeln** erlassen werden sollten, die einer Blockade hinsichtlich der Beschlussfassung entgegenreten. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Lösung nicht darin liegen, einen Mehrheitsbeschluss nach Wertquote genügen zu lassen, da der Stockwerkeigentümer, der über die Mehrheit verfügt, den anderen Stockwerkeigentümer jeweils überstimmen könnte; bei

<sup>372</sup> Vgl. dazu RBOG 2004, S. 81 ff. (87 f.), E. 2b/ee, wonach Art. 712p Abs. 3 ZGB mit Bezug auf die Zweiergemeinschaft zwar zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, aber keine echte Lücke enthält (Obergericht TG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt sich das Ziel von Art. 712p Abs. 3 ZGB, die Durchführung einer zweiten Versammlung zu erleichtern, wenn die erste beschlussunfähig war, bei einer Zweiergemeinschaft nicht erreichen. Entzieht sich einer der beiden Stockwerkeigentümer hartnäckig einer gemeinschaftskonformen Beschlussfassung, kann diese für die Gemeinschaft existenzbedrohende Blockadesituation nur über einen Ausschluss des sich gemeinschaftswidrig verhaltenden Stockwerkeigentümers aus der Gemeinschaft aufgelöst werden; BGer 5A\_865/2011, E. 5.1.

<sup>373</sup> Vgl. dazu vorne II./5.

<sup>374</sup> Geht es um notwendige Verwaltungshandlungen, hat er nach Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB immerhin die Möglichkeit, an das Gericht zu gelangen.

<sup>375</sup> BGE 137 III 534 ff. (536 ff.), E. 2.3.1.

gleich grossen Anteilen würde eine solche Regelung ausserdem von vorneherein versagen. Denkbar wäre stattdessen, in einer Patt-Situation ein Recht auf Anrufung des Gerichts vorzusehen, das bei der Beurteilung der streitigen Frage die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und nach Ermessen (Art. 4 ZGB) entscheidet.

## VIII. Zusammenfassung

### 1. Grundsätzliche Bewährtheit des geltenden Stockwerkeigentumsrechts

1. Das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712a–712t ZGB), in Kraft seit 1. Januar 1965, hat sich nach der hier vertretenen Auffassung – gesamthaft betrachtet – **grundsätzlich bewährt**. Das gilt namentlich für die Grundstruktur des Stockwerkeigentums als besonders ausgestaltetes Miteigentum, die grundsätzliche Unterteilung der Gebäudeteile in Sonderrecht und gemeinschaftliche Teile, die Rolle des Grundbuchs und der Grundbuchämter sowie der Urkundspersonen bei der Errichtung von Stockwerkeigentum, die Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümer im Allgemeinen, die Stellung der Stockwerkeigentümerversammlung und des Verwalters sowie die Grundsätze zur Kostenverteilung.
2. Das Stockwerkeigentum hat in den letzten 55 Jahren namentlich einen substanziellen Beitrag zur **Förderung und Streuung des Wohneigentums** in der Schweiz geleistet und damit zentrale Erwartungen erfüllt, die der historische Gesetzgeber in dieses Rechtsinstitut gesetzt hatte.
3. Die grundsätzliche Bewährtheit schliesst **Verbesserungen durch den Gesetzgeber** nicht aus. Die nachfolgenden zusammenfassenden Ausführungen unterteilen den untersuchten Stoff in Sachfragen, für die nach unserer Auffassung ein klarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht (nachfolgend 2.), und weitere Sachfragen, für die aus unserer Sicht kein unmittelbarer legislatorischer Handlungsbedarf besteht, die jedoch – falls es zu einer Gesetzesrevision kommt – vom Gesetzgeber ebenfalls geprüft werden sollten (nachfolgend 3.).

Wertungsmässig sollte die Regelung von zahlreichen der aufgeworfenen Fragen auf der formellen Gesetzesebene (ZGB) erfolgen. Detailfragen könnten aber sehr wohl auf Verordnungsstufe normiert werden, sei es (wie bisher) in der Grundbuchverordnung, sei es in einer speziellen Stockwerkeigentumsverordnung.

## 2. Sachfragen, für die klarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht

### A. Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes

1. Die Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes ist derzeit auf Gesetzesstufe (Zivilgesetzbuch) überhaupt nicht geregelt, sondern nur auf Verordnungsstufe (Grundbuchverordnung) normiert und von der Gerichtspraxis zugelassen. Die Lückenhaftigkeit der Regelung lässt zahlreiche wichtige Wertungsfragen offen und überantwortet sie damit der Notariats-, Grundbuch- und Gerichtspraxis. Der Markt von Eigentumswohnungen ist ein Verkäufermarkt; die Art und Weise, wie die Bau- und Immobilienbranche zentrale Fragen löst, wahrt daher die **Interessen des Stockwerkeigentümers (und Erwerbers ab Plan)** oftmals nicht in genügender Weise. Die Errichtung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes sollte vom Gesetzgeber jedenfalls in den wesentlichen Punkten selber normiert werden (Aufteilungsplan, Mitwirkungsrechte der Stockwerkeigentümer bei Planabweichungen während des Bauens, Konkurs des Verkäufers/Werkunternehmers; grundbuchliche Anmerkung und Anzeige der Fertigstellung des Gebäudes).<sup>376</sup>
2. Die Lösung ist zusammen mit dem damit eng verbundenen Fragenkomplex «Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan» anzugehen, der ins Obligationenrecht gehört und über den Rahmen dieses Gutachtens hinausgeht.<sup>377</sup> **Obligationen- und sachenrechtliche Fragen** sind hier indessen eng miteinander verflochten.<sup>378</sup>

### B. Stockwerkeigentum gestützt auf ein Baurecht

1. Stockwerkeigentum, das nicht auf einer Liegenschaft, sondern auf einem Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) errichtet worden ist, geht bei Zeitablauf des Baurechts unter. Die vertragliche Verlängerung des Baurechts ist zwar möglich, setzt aber auf der Seite der Stockwerkeigentümer (Baurechtsberechtigte) Einstimmigkeit voraus. Demnach kann ein einziger Stockwerkeigentümer durch seinen Widerstand gegen die Baurechtsverlängerung den **Untergang des Stockwerkeigentums provozieren**.
2. Diese heute geltende Regelung ist **nicht sachgerecht**, gefährdet Investitionen und führt zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit, sodass sich der Gesetzgeber dieser Frage annehmen sollte.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> Vorne III./1., Zusammenfassung der sachenrechtlichen Fragen dort unter D.

<sup>377</sup> Vorne I./1.

<sup>378</sup> Vorne III./1./B.

<sup>379</sup> Vorne III./2.

### C. *Besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen*

1. Auch für die praktisch sehr bedeutenden besonderen Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen bestand lange keine gesetzliche Regelung im Stockwerkeigentumsrecht, und der durch die Revision vom 2009 geschaffene **Art. 712g Abs. 4 ZGB** (wie auch Art. 647 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB) regelt nur einen kleinen Teilaspekt.
2. Diese Lücke im Gesetz sollte durch eine **kohärente Regelung** geschlossen werden, unter Abwägung der Frage, ob die durch die Praxis geschaffenen Lösungen zu bestätigen oder anzupassen sind. Die zu regelnden Fragen betreffen etwa die Trägerschaft, die Übertragung solcher Rechte, die Kostentragung, die baulichen Massnahmen sowie die Aufhebung solcher Rechte.<sup>380</sup>

### D. *Gesetzliche Mittel zur Sicherung der Beitragsforderung*

1. Die Sicherungsmittel des Gemeinschaftspfandrechts und des Retentionsrechts (Art. 712i und 712k ZGB) haben sich in der Praxis als **umständlich** (Dauer und Kosten des Verfahrens) und damit als **wenig wirkungsvoll** erwiesen. Sie sollten daher vom Gesetzgeber überdacht werden. Eine Lösung könnte darin bestehen, das gesetzliche Pfandrecht beizubehalten, es aber in Anlehnung an die Vorschriften des Pfandrechts beim Baurechtsverhältnis zur Sicherung des Baurechtszinses (Art. 779i und 779k ZGB) auszugestalten.<sup>381</sup>
2. Hinzuweisen ist sodann auf die noch anzusprechende Überlegung, ob die Verletzung finanzieller Pflichten von einer bestimmten Schwere allenfalls als **gesetzlicher Ausschlussgrund** im Gesetz aufgeführt werden sollte.<sup>382</sup>

### E. *Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft*

1. Die Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft, vom Gesetzgeber eher eng gefasst (Art. 712l ZGB),<sup>383</sup> hat vor allem im Zusammenhang mit dem praktisch äusserst wichtigen Thema der **Geltendmachung von Baumängeln an den gemeinschaftlichen Teilen** Fragen aufgeworfen, und zwar einerseits generell und andererseits besonders beim Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan.<sup>384</sup> Der Rechtsschutz des Erwerbers von Stockwerkeigentum bei solchen Mängeln ist heute unbefriedigend, vor allem bezüglich des Nachbesserungsrechts. Die Normierung eines wirksamen Schutzes gehört systematisch primär in das **Obligationenrecht**.

<sup>380</sup> Vorne II./4., Zusammenfassung dort unter E.

<sup>381</sup> Vorne V./2.

<sup>382</sup> Vorne II./5. und VII./2.

<sup>383</sup> Vorne VI./1.

<sup>384</sup> Vorne VI./3.

2. Das **Sachenrecht** kann zu einer guten Lösung solcher Probleme beitragen, wenn es die Klagemöglichkeit (Aktivlegitimation) der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Geltendmachung solcher Mängel ermöglicht und sicherstellt, dass der Einzelne an der Wahrnehmung seiner Rechte gegen Verkäufer und Unternehmer nicht durch die Gemeinschaft (Entscheid über bauliche Massnahmen) gehindert wird. Eine mögliche Lösung besteht in der Anordnung einer **Legalzession** (gesetzlicher Übergang der oder einzelner Gewährleistungsrechte vom Stockwerkeigentümer an die Gemeinschaft).<sup>385</sup> Dadurch wird auch die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer aufgewertet. Jedenfalls sind bei dieser Frage aber die obligationen- und die sachenrechtlichen Normen eng aufeinander abzustimmen.

### F. *Ausschluss eines Stockwerkeigentümers aus der Gemeinschaft*

1. Die gesetzliche Regelung von **Art. 649 ZGB** ist zwar an sich sachgerecht. Das Bundesgericht stellt aber erhebliche Anforderungen an einen Ausschluss, indem es praktisch ein vorgängiges Vermittlungsverfahren verlangt, was die Ausschlussmöglichkeit stark einschränkt, auch gegenüber querulatorischen Personen. Zu prüfen ist vom Gesetzgeber, ob ein solches Verfahren im Gesetz festgeschrieben oder als Erfordernis beseitigt werden soll. Ausserdem sind gesetzliche Vorkehren zu treffen, damit ein vom Ausschluss bedrohter Stockwerkeigentümer den Erfolg einer solchen Massnahme nicht unterlaufen kann, etwa indem er den Miteigentumsanteil an einen Familienangehörigen verschenkt (und selber weiter nutzt).<sup>386</sup>
2. Angesichts der beschränkten Wirksamkeit der zur Sicherung der Beitragsforderungen vorgesehenen Mittel<sup>387</sup> ist sodann zu überlegen, ob die **Verletzung finanzieller Pflichten von bestimmter Schwere** nicht ebenfalls als gesetzlicher Ausschlussgrund aufgeführt werden soll.<sup>388</sup>

### 3. **Weitere bei einer Revision zu prüfende Sachfragen**

Für die folgenden Sachfragen besteht aus unserer Sicht kein unmittelbarer (klarer) legislatorischer Handlungsbedarf. Falls es jedoch zu einer Gesetzesrevision im Stockwerkeigentums kommt, sollten sie vom Gesetzgeber ebenfalls geprüft werden (in Stichworten):

1. Einschränkungen der Nutzung der Sonderrechtseinheit durch den betreffenden Stockwerkeigentümer (und Grenzen solcher Einschränkungen).<sup>389</sup>

---

<sup>385</sup> Vorne VI./4.

<sup>386</sup> Vorne II./5.

<sup>387</sup> Vorne V./2.

<sup>388</sup> Vorne II./5.

<sup>389</sup> Vorne II./3.



2. Sinn und Richtigkeit der Vermutung von Art. 712b Abs. 3 ZGB, wonach Gebäude-  
teile, die nicht zwingend gemeinschaftlich sind und nicht rechtsgeschäftlich als ge-  
meinschaftlich erklärt wurden, als zu Sonderrecht ausgeschieden gelten.<sup>390</sup>
3. Zweckmässigkeit der Regeln über die baulichen Massnahmen (Art. 712g Abs. 1  
i.V.m. Art. 647c–647e ZGB), namentlich hinsichtlich der Berechnung der Quoren  
und der Abgrenzung der einzelnen Massnahmen, und zwar generell sowie insbeson-  
dere bei Massnahmen, die im Partikularinteresse einzelner Stockwerkeigentümer ste-  
hen.<sup>391</sup>
4. Sonderregeln für Zweiergemeinschaften mit dem Ziel, Blockadesituationen zu ver-  
hindern oder zu vermindern, etwa durch Schaffung des Rechts jedes der beiden  
Stockwerkeigentümer, in einer Patt-Situation das Gericht zur Fällung eines Ermes-  
sentsentscheides anzurufen.<sup>392</sup>
5. Beschlussfassung (Stimmrecht) bei Untergemeinschaften im Fall des kombinierten  
Stockwerkeigentums.<sup>393</sup>
6. «Explizitere» Regelung des Erneuerungsfonds, sei es durch eine zwingende Vor-  
schrift, sei es durch dispositive Normen.<sup>394</sup>
7. Eigenständige Regelung einer «Verfahrensordnung» für die Versammlung der Stock-  
werkeigentümer. Vom Verweis auf das Vereinsrecht (Art. 712m Abs. 2 ZGB) sollte  
abgesehen werden.<sup>395</sup> Zu prüfen sind auch der Ausschluss eines Stockwerkeigentü-  
mers vom Stimmrecht bei gemeinschaftswidrigem Verhalten<sup>396</sup> sowie Regeln über  
die Beschlussfassung und Protokollierung<sup>397</sup>.

---

Luzern, 20. August 2018

Freiburg, 20. August 2018

Prof. Jörg Schmid

Prof. Bettina Hürlimann-Kaup

---

<sup>390</sup> Vorne II./6.  
<sup>391</sup> Vorne IV./1.  
<sup>392</sup> Vorne VII./4.  
<sup>393</sup> Vorne IV./3.  
<sup>394</sup> Vorne V./1.  
<sup>395</sup> Vorne VII./1.  
<sup>396</sup> Vorne VII./2.  
<sup>397</sup> Vorne VII./3.

## Literatur

BIANCHI FRANÇOIS, Quelques questions relatives à la vente sur plans d'une part de propriété par étages avant construction, in: Association des Notaires Vaudois (Hrsg.), Mélanges à l'occasion de son centenaire, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 211 ff.

BLOCH PATRICK, Le fonds de rénovation dans la propriété par étages, Lausanner Thèse de licence, Tolonchenaz 1988.

BÖSCH RENÉ, Kommentar zu Art. 712a–712t ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015.

Botschaft [Nr. 8607] des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 7. Dezember 1962, BBl 1962 II, S. 1461 ff. (zitiert: Botschaft 1962).

Botschaft [Nr. 07.081] zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff. (zitiert: Botschaft zum Register-Schuldbrief).

Botschaft [Nr. 10.077] des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, S. 6455 ff. (zitiert: Botschaft zum Sanierungsrecht).

BRITSCHGI ANDRÉ, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Luzerner Diss., Zürich 2008 (LBR Band 30).

BRÜCKNER CHRISTIAN, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 75/1994, S. 1 ff.

BRUNNER CHRISTOPH/WICHTERMANN JÜRIG, Kommentar zu Art. 646–651a ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015.

CARONI ANDREA, 50 Jahre Stockwerkeigentum: Zeit für eine Gesamtschau, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, S. 5 ff.

DE ROCHE MICHEL, Wenn der Stockwerkeigentümer nicht zahlt – Überlegungen zum Inkasso von Beitragsforderungen an die Gemeinschaft durch die Verwaltung, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, S. 51 ff.

DUBOIS THIERRY/MARTIN SOPHIE, Le sort de la mention «constitution de PPE avant la construction du bâtiment», not@lex 2017, S. 83 ff.

DÜRR DAVID, Das Stockwerkeigentum und sein bornierter Gesetzgeber – Unbotmässige Gedanken zum 50-Jahr-Jubiläum des schweizerischen Stockwerkeigentums, BN 2016, S. 263 ff.

EGGEN GERHARD, Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch, ZBGR 53/1972, S. 207 ff.

FASEL URS, Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar, 2. A., Basel 2013.

- FOËX BÉNÉDICT, Quelques questions relatives à la promotion immobilière, Semjud 125/2003 II, S. 339 ff. (zitiert: FOËX, promotion immobilière).
- DERSELBE, La fin de la propriété par étages, in: Foëx Bénédicte (Hrsg.), La propriété par étages aujourd'hui, Une alerte cinquantenaire, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 147 ff. (zitiert: FOËX, La fin de la propriété par étages).
- FREI HANSJÖRG, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1970.
- FREIMÜLLER HANS-ULRICH, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967.
- FRIEDRICH HANS-PETER, Stockwerkeigentum und Grundbuch, ZBGR 45/1964, S. 321 ff. (zitiert: FRIEDRICH, Stockwerkeigentum und Grundbuch).
- DERSELBE, Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1965 (zitiert: FRIEDRICH, Reglement).
- DERSELBE, Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum, ZBGR 47/1966, S. 321 ff. (zitiert: FRIEDRICH, Praktische Fragen).
- DERSELBE, Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?, ZBGR 67/1986, S. 65 ff. (zitiert: FRIEDRICH, Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?).
- GAUCH PETER, Urteilsanmerkung zu BGE 111 II 458, BR/DC 1987, S. 70 f. (zitiert: GAUCH, Urteilsanmerkung, BR/DC 1987).
- DERSELBE, Urteilsanmerkung zu BGE 114 II 239, BR/DC 1989, S. 96 f. (zitiert: GAUCH, Urteilsanmerkung, BR/DC 1989).
- DERSELBE, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011 (zitiert: GAUCH, Werkvertrag).
- HAAS NICOLA, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, Zürcher Diss., Zürich/Basel/Genf 2015 (zitiert: HAAS, Sonderrechtsgegenstand).
- HAAS RAPHAËL, Fallstricke bei der Protokollierung der Stockwerkeigentümerversammlung, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2014, Bern 2014, S. 23 ff. (zitiert: HAAS, Fallstricke).
- HAASE STEFAN/BRUNI STEFAN/MAYER AMELIE-THERES, Langzeitstrategien im Stockwerkeigentum, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 119 ff.
- HABS MARTIN, La propriété par étages sur les maisons familiales en habitat groupe, Lausanner Thèse de licence, Tolonchenaz 1989.
- HANDSCHIN LUKAS/WYTTENBACH MICHAEL, Der Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung und seine Anfechtung, in: Aebi-Müller Regina E. et al. (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Bern 2011, S. 45 ff.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Neuerungen beim Miteigentum und beim Stockwerkeigentum, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 71 ff. (zitiert: HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen).
- DIESELBE, Die Verwaltungshandlungen im Stockwerkeigentum, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 1 ff. (zitiert: HÜRLIMANN-KAUP, Verwaltungshandlungen).

DIESELBE, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, BN 2013, S. 103 ff. (zitiert: HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung).

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016.

ISLER PETER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Zürcher Diss., Bern 1973.

JUNKER MICHAEL, Stockwerkeigentum und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung in die Dogmatik des Stockwerkeigentums, recht 1995, S. 177 ff.

KÄSER ANDREAS, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. Zürich 2000.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes – Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in: Aebi-Müller Regina E. u.a. (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Bern 2011, S. 115 ff. (KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes).

DERSELBE, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung – noch immer umkämpft, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Baurechtstagung 2017, Freiburg 2017, S. 149 ff. (zitiert: KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL, Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan – Unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungs- und Informationspflichten der Notarinnen und Notare bei der Beurkundung des Wohnungskaufes, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 25./26. Oktober 2017, Bern 2017, S. 49 ff.

LIVER PETER, Die Anmerkung, ZBGR 50/1969, S. 10 ff. (zitiert: LIVER, Die Anmerkung).

DERSELBE, Das Eigentum, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Basel/Stuttgart 1977, S. 87 ff. (zitiert: LIVER, SPR).

DERSELBE, Urteilsbesprechung zu BGE 111 II 458, ZBJV 123/1987, S. 145 ff. (zitiert: LIVER, Urteilsbesprechung, ZBJV 123/1987).

MEIER RINALDO, Der Ersatzneubau beim Stockwerkeigentum – Herausforderungen und Lösungsansätze, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016, Bern 2016, S. 85 ff.

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. A., Bern 1981.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/REY HEINZ, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988.

MÜLLER CHRISTOPH, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Zürcher Diss., Bern 1973 (zitiert: MÜLLER CHRISTOPH).

MÜLLER VIKTOR, Der Baurechtszins und seine grundpfändliche Sicherung, Diss. Zürich 1968 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 287; zitiert: MÜLLER VIKTOR).

NEF URS CH., Die nachträgliche Änderung des Aufteilungsplans bei Stockwerkeigentum, ZBGR 82/2001, S. 1 ff.

NUSSBAUMER ARNAUD, La cession des droits de garantie, Freiburger Diss., Genf/Zürich/Basel 2015.

PFÄFFLI ROLAND/EGGERMANN KARINA, Änderungen im Stockwerkeigentum – Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, Jusletter vom 27. Mai 2013.

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, Freiburger Diss., Zürich/Basel/Genf 2015.

PIOTET DENIS, La protection des associés minoritaires de l'art. 64 al. 3 du Code civil et sa transposition dans la propriété par étages, in: Ziegler Andreas R./Kuffer Julie (Hrsg.), Les Minorités et le Droit/Minorities and the Law, Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson/Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson, Genf/Zürich 2016 (Recherches juridiques lausannoises, Band 60), S. 237 ff. (zitiert: PIOTET DENIS).

PIOTET PAUL, Nature et mutations des propriétés collectives, Bern 1991 (ASR Heft 528; zitiert: PIOTET PAUL).

PLATTNER PLACIDUS, Vertragsgestaltung beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan, BR/DC 2016, S. 14 ff.

RASCHEIN URS, Die Rechtsausübung der Stockwerkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, Diss. Zürich 1996.

REY HEINZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1996, Sachenrecht, ZBJV 134/1998, S. 463 ff.

RIEMER HANS MICHAEL, Die Anwendung des Vereinsrechtes auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, ZBGR 56/1975, S. 257 ff.

RÜEGG ERICH, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. A., Bern 2017, § 5 N 1 ff.

RUSCH ARNOLD F., Die wachsende Wohnung, Jusletter vom 10. Februar 2014.

SCHMID JÖRG, Renovation von Stockwerkeigentum – Konfliktpunkte und Lösungen, Baurechtstagung Freiburg 2005, S. 33 ff. (zitiert: SCHMID, Baurechtstagung 2005).

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017.

SCHMID JÖRG/WOLFER SIMON, Besondere Nutzungsrechte im Stockwerkeigentum, in: Girsberger Daniel/Luminati Michele (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen, FG zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 225 ff.

SCHMID JÜRIG, Formelle Aspekte der Willensäusserungen bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, ZBGR 88/2007, S. 439 ff. (zitiert: SCHMID, Formelle Aspekte).

SCHMID MEYER DIEL TATJANA, Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan – Ausgewählte Aspekte, Diss. Luzern 2015.

SCHNYDER ANTON K./WIEDE ANDREAS, Kommentar zu Art. 283 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG, 2. A., Basel 2010.

SCHUMACHER RAINER, Die Mängelrechte des Käufers von Stockwerkeigentum – gesteigerte Komplexität, BR/DC 1994, S. 3 ff., und 1995, S. 74 f. (zitiert: SCHUMACHER, BR/DC 1994 bzw. 1995).

DERSELBE, Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht: Komplexitätsfallen, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 65 ff. (zitiert: SCHUMACHER, Stockwerkeigentum).

SCHWERY NADJA, Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen im Stockwerkeigentum, BR/DC 2015, S. 151 f. (zitiert: SCHWERY, Freizeichnung und Abtretung).

DIESELBE, Der quotenbezogene Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers, BR/DC 2015, S. 153 f. (zitiert: SCHWERY, Der quotenbezogene Nachbesserungsanspruch).

DIESELBE, Das Partikularinteresse bei baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum, BR/DC 2016, S. 151 ff. (zitiert: SCHWERY, Partikularinteresse).

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I (...), 5. A., Bern 2012 (zitiert: STEINAUER, Les droits réels I).

DERSELBE, Les droits réels, Tome III (...), 4. A., Bern 2012 (zitiert: STEINAUER, Les droits réels III).

DERSELBE, Questions choisies en rapport avec la propriété par étages, ZWR 25/1991, S. 285 ff. (zitiert: STEINAUER, Questions choisies).

DERSELBE, 50 ans de propriété par étages – Un bilan, in: Foëx Bénédicte (Hrsg.), La propriété par étages aujourd’hui, Une alerte cinquantenaire, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 15 ff. (zitiert: STEINAUER, 50 ans).

STÖCKLI HUBERT, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 1 ff. (zitiert: STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan).

DERSELBE, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten vom Dezember 2013 zuhanden des Bundesamtes für Justiz, aufgeschaltet auf der Website des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht (zitiert: STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel).

STRITTMATTER RETO, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften – Mit- und Stockwerkeigentümergeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft und Gemeinderschaft, Diss. Zürich 2002.

TANNER BRIGITTE, Kommentar zu Art. 702 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft: Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018.

TENCHIO LUCA, Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen: Prozessuale Fragen für den Stockwerkeigentümer, die Gemeinschaft und den Verwalter, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, S. 131 ff.

THURNHERR CHRISTOPH, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Diss. Zürich 2010.

TRAUFFER BERNHARD, Aufhebung des Stockwerkeigentums, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Bern 2003, S. 461 ff.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015.

VISCHER MARKUS, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 96/2915, S. 217 ff.

VON SEGESSER ADRIAN, Stockwerkeigentum an Baurechtspartellen, Basler Diss. 1997, Zürich (ohne Jahr).

WEBER ROLF H., Die Stockwerkeigentümergeinschaft – Praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 1979 (zitiert: WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft).

DERSELBE, Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, SJZ 75/1979, S. 117 ff. (zitiert: WEBER, Zur Prozessfähigkeit).

DERSELBE, Aktuelle Streitfragen des Stockwerkeigentums, in: Seminar für Schweizerisches Baurecht (Hrsg.), Baurechtstagung 1989, Tagungsunterlage V, Freiburg 1989, S. 1 ff. (zitiert: WEBER, Aktuelle Streitfragen).

WERMELINGER AMÉDÉO, L'utilisation de l'unité d'étage dans un immeuble en propriété par étages, Diss. Freiburg 1992 (zitiert: WERMELINGER, L'utilisation de l'unité d'étage).

DERSELBE, La vente d'une part-terrain – état des lieux, not@lex 2010, S. 39 ff. (zitiert: WERMELINGER, La vente d'une part-terrain).

DERSELBE, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Teilband IV 1c: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Zürich/Basel/Genf 2010 (zitiert: WERMELINGER, Zürcher Kommentar).

DERSELBE, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda, in: Wermelinger Amédéo/Fellmann Walter (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2012, Bern 2012, S. 187 ff. (zitiert: WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum de lege ferenda).

DERSELBE, Die Verlängerung des Baurechts bei Stockwerkeigentum, in: Rumo-Jungo Alexandra et al. (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 663 ff. (zitiert: WERMELINGER, Verlängerung).

DERSELBE, Der Erneuerungsfonds: Fallstricke bei Einrichtung, Äufnung und Verwendung, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 147 ff. (zitiert: WERMELINGER, Der Erneuerungsfonds). (Ähnlich DERSELBE, Le fonds de rénovation dans la PPE: principes et pièges, in: BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE [Hrsg.], PPE 2015, Bern 2015, S. 37 ff.).

DERSELBE, Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zitiert: WERMELINGER, SVIT-Kommentar).

DERSELBE, Der Querulant im Stockwerkeigentum: Wie geht man mit ihm um?, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, S. 79 ff. (zitiert: WERMELINGER, Der Querulant).

DERSELBE, Partikularinteresse und Stockwerkeigentum, Über eine diskussionswürdige Erwägung des Bundesgerichts bei baulichen Massnahmen im Stockwerkeigentum, Jusletter vom 29. Februar 2016 (zitiert: WERMELINGER, Partikularinteresse).

DERSELBE, *Réflexions de lege ferenda – La propriété par étages a-t-elle développé des maladies d'enfance?*, in: Foëx Bénédic (Hrsg.), *La propriété par étages aujourd'hui, Une alerte cinquantenaire*, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 163 ff. (zitiert: WERMELINGER, *Réflexions*).

DERSELBE, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum – eine Übersicht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats*, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 25./26. Oktober 2017, Bern 2017, S. 125 ff. (zitiert: WERMELINGER, *Aktuelle Fragen*).

DERSELBE, *L'écoulement du temps dans la PPE*, in: Foëx Bénédic/Hottelier Bénédic (Hrsg.), *Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité, Les effets du droit de propriété dans le temps*, Zürich 2018, S. 55 ff. (zitiert: WERMELINGER, *L'écoulement du temps*).

WERMELINGER AMÉDÉO/STOLL HANSJÖRG, Sonderfragen beim Erwerb von Stockwerkeigentum, in: Schmid Jürg (Hrsg.), *Der Grundstückkauf – La vente immobilière*, Zürich 2010, S. 313 ff.

WIRZ PASCAL, *Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum*, Diss. Zürich 2008.