

Per E-Mail: egba@bj.admin.ch

Zürich, im Dezember 2024

Vernehmlassung 2023/64: Änderung des Stockwerkeigentumsrechts (Art. 712a ff. ZGB)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Jans, sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf der Revision des Zivilgesetzbuchs (Stockwerkeigentum) Stellung nehmen zu dürfen. Nachfolgend unterbreiten wir Ihnen unsere Vernehmlassung zu dieser bedeutenden Änderung des ZGB. Dabei äussern wir uns zunächst allgemein und gehen in der Folge detailliert auf die einzelnen Vorschläge ein.

SVIT als 360-Grad-Partner der Immobilienbranche

Vorab kurz zu uns: Der SVIT vertritt als Berufsverband die politischen und wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder, sei es in der Bewirtschaftung, im Verkauf, der Beratung, der Entwicklung oder der Bewertung. Der SVIT ist mit seinen Mitgliederorganisationen in allen Sprachregionen vertreten und kann so auf die spezifischen Bedürfnisse seiner Mitglieder eingehen. Im SVIT sind zehn regionale Mitgliederorganisationen und fünf Fachkammern (die Bewertungsexperten-Kammer SVIT, die Kammer Unabhängiger Bauherrenberater, die Schweizerische Maklerkammer, die FM Kammer der Schweizer Immobilienwirtschaft und die Fachkammer Stockwerkeigentum) zusammengeschlossen. Für seine Mitglieder dient der Verband als erfahrener 360-Grad-Partner, der nebst Know-how und einem hochkarätigen Netzwerk vielfältige Services am Puls der Zeit bietet und entwickelt.

Die nachfolgende Stellungnahme erfolgt in Kooperation mit unserer Fachkammer Stockwerkeigentum und wurde in Zusammenarbeit zwischen Herrn Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Ordinarius für Sachenrecht an der Universität Neuenburg und Verfasser des Zürcher Kommentars, Frau RA Stefanie Hausmann, Präsidentin der Fachkammer Stockwerkeigentum und Herrn RA Michel de Roche, vormaliger Präsident der Fachkammer Stockwerkeigentum ausgearbeitet.

I. Allgemeines zum Vorentwurf

A. Befürwortung einer Revision

Das Stockwerkeigentum wurde am 1. Februar 1965 in Kraft gesetzt und ist seither eine Erfolgsgeschichte der Immobilienwirtschaft. Es sind in diesem Zeitraum schätzungsweise rund eine Million Stockwerkanteile, grösstenteils in Form von Haupt- und Ferienwohnungen, entstanden. Das Stockwerkeigentum ist aus der Immobilienbranche nicht wegzudenken. Dennoch sind in den letzten Jahrzehnten einige «Alterserscheinungen» aufgetreten, die anzugehen sind. Deshalb äussert sich unser Verband grundsätzlich positiv zur Absicht, das Stockwerkeigentumsrecht zu modernisieren. Die nun abgegebene Vorlage ist als internes Erzeugnis beim Bundesamt für Justiz (BJ) entstanden. Dieses hat sich jedoch durch ein Expertengremium beraten lassen, dem auch Herr Prof. Dr. Amédéo Wermelinger und unser ehemaliger Präsident der Fachkammer Stockwerkeigentum, Herr RA Michel de Roche, angehörte. Es bleibt jedoch festzustellen, dass nicht alle Überlegungen der Expertengruppe in die Vorlage eingeflossen sind und letztere inhaltlich ziemlich eingeschränkt wurde, statt auch richtungsweisend in die Zukunft zu schauen, wie dies z.B. in der Motion Storni, 22.3573, «Stockwerkeigentumsrecht anpassen, um energetische Sanierungen, Fotovoltaikanlagen und Elektroauto-Ladeeinrichtungen an STWE-Liegenschaften rechtlich zu erleichtern» gefordert wurde.

B. Nicht in die Revision aufgenommene Punkte

Nachfolgend werden weitere Themen aufgeführt, die einer Regelung hätten zugeführt werden sollen, was leider nicht erfolgt ist (die Reihenfolge ist willkürlich):

1. Bauliche Massnahmen im Dienst der Nachhaltigkeit

Die erwähnte Motion Storni (22.3573) wurde am 9. Juni 2022 eingereicht, um das Stockwerkeigentumsrecht anpassen, um energetische Sanierungen, Fotovoltaikanlagen und Elektroauto-Ladeeinrichtungen an STWE-Liegenschaften rechtlich zu erleichtern (so auch bereits Anfrage Chevalley, 12.1127). Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion. Der Nationalrat nahm die Motion am 7. Juni 2023 mit 119 zu 66 Stimmen an. Vor dem Ständerat hat Kommissionspräsident Daniel Fässler Folgendes zu Protokoll gegeben (Hervorhebungen in fetter Schrift durch die Verfasser der Stellungnahme): «Die Kommission nahm im Übrigen davon Kenntnis, dass der Bundesrat beabsichtigt, im ersten Halbjahr 2024 einen Vorschlag zur Umsetzung der von den Räten angenommenen Motion Caroni 19.3410, «55 Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für ein Update», in die Vernehmlassung zu geben. In dieser Vorlage sollen punktuelle Anpassungen des Stockwerkeigentumsrechtes vorgeschlagen werden. Damit wird dem Anliegen der Motion Storni allenfalls Rechnung getragen. Ich bitte Sie in diesem Sinne, die Motion gemäss Antrag der Kommission abzulehnen.» Frau Bundesrätin Baume-Schneider hat dem Folgendes beigefügt: «Je précise encore que les travaux sur la motion Caroni 19.3410 sont déjà en cours et que la consultation est prévue d'ici à l'été 2024. Certaines réglementations pourront donc indirectement et ponctuellement faciliter quelque peu les rénovations énergétiques. Mais, je tiens aussi à le dire précisément, ce sujet n'est pas l'élément sensible du projet de modification de la loi.» Die Motion wurde «in diesem Sinne» vom Ständerat am 20. Dezember 2023 abgelehnt. Entgegen den vagen Versprechungen des Kommissionspräsidenten und der Bundesrätin hat nun die Vorlage diese Fragestellung in keiner Weise aufgenommen. Dies ist in der heutigen Situation bedauerlich. Natürlich können Auflagen zur Realisierung von baulichen Massnahmen den Privateigentümern mit Mitteln des öffentlichen Rechts auferlegt werden. Dies gilt es jedoch zugunsten der privatrechtlichen Regelungsautonomie zu vermeiden. Deshalb ist das Anliegen der Motion Storni auch im Sinne eines freiheitlich geregelten Staates Rechnung zu tragen, indem es die Privatautonomie aufrechterhält und weiterhin einen Mehrheitsentscheid für solche bauliche Massnahmen erfordern würde. Es ginge vorliegend aber immerhin darum, dass die baulichen Massnahmen im Dienste der Nachhaltigkeit statt wie heute mit dem qualifizierten Mehr (nützliche bauliche Massnahmen gemäss Art. 647d ZGB) neu mit dem einfachen Mehr (notwendige bauliche Massnahmen gemäss Art. 647c ZGB) beschlossen werden könnten. Dies würde erlauben, solche baulichen Massnahmen umzusetzen, wenn das Mehr der Köpfe mit dem Antrag an der Stockwerkeigentümerversammlung einverstanden ist.

2. Zwangsverwertung von Stockwerkanteilen

Die Zwangsverwertung von Stockwerkanteilen ist hauptsächlich der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (VZG, SR 281.41) unterstellt. Die Zwangsverwertung eines Stockwerkanteils ist aus verschiedenen Gründen sehr umständlich und mit unnötigen Hürden verbunden, sodass sich ein renitenter Schuldner während Jahren, in Extremfällen während über einem Jahrzehnt, erfolgreich gegen eine solche Zwangsverwertung wehren kann (siehe dazu: Wermelinger Amédéo / Varin Simon, Zwangsverwertung des Stockwerkanteils: Ein Buch mit 7 Siegeln?, in: 14. Tagung zum Stockwerkeigentum, Bern 2024, S. 1 ff.). Dabei ist insbesondere auf zeitraubende und nicht zielführende Verhandlungen (namentlich Art. 73e VZG), die rechtstheoretisch sogar mit der Auflösung des Stockwerkeigentums enden könnten (Abs. 3), zu verzichten. Es ist das Bundesgericht allgemein anzuweisen, dass – im Rahmen einer Teilrevision des ZGB zum Stockwerkeigentum – die entsprechende Verordnung auch zu überprüfen und zu überarbeiten sei.

3. Reglementsspflicht einführen

Das Reglement ist ein für das Stockwerkeigentum unverzichtbares Instrument, da die gesetzliche Regelung für das längere Zusammenleben in einem Gebäude nicht genügend detailliert ist. Heute verfügen die meisten modernen Stockwerkeigentümergeinschaften über Reglemente mit 20 und mehr Seiten. Hie und da trifft man jedoch auf eine Gemeinschaft ohne Reglement. Die Probleme sind vorprogrammiert, spätestens wenn Streit zwischen den Stockwerkeigentümern und Stockwerkeigentümerinnen¹ entsteht. Deshalb ist die Einführung einer gesetzlichen Reglementsspflicht für eine möglichst gute Verwaltungstätigkeit absolut sinnvoll. Diese Auffassung wird übrigens auch teilweise in der Lehre vertreten (siehe beispielsweise: Kohler Daniela, Nachbarrecht im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümer, Diss. Luzern 2016, N 223 ff.). Dabei ist auch festzustellen, dass die gerichtliche Durchsetzung des Reglements gemäss Art. 712g Abs. 3 ZGB nicht funktioniert und die Gerichte unnötigerweise belastet (siehe dazu: Martin-Rivara Irène, Le droit d'exiger judiciairement l'adoption de dispositions réglementaires, dans la propriété par étages et la copropriété ordinaire, Not@lex 2022, S. 123). Im Sinne der Privatautonomie ist jedoch darauf zu verzichten, nähere

¹ In dieser Stellungnahme verwenden wir in Übereinstimmung mit dem Gesetzesentwurf die geschlechterspezifische Formulierung «Stockwerkeigentümerin und Stockwerkeigentümer» u.ä.

inhaltliche oder formelle Vorgaben zum Reglement zu machen. Eine sehr kurze Bestimmung könnte wie folgt lauten und unmittelbar nach Art. 712e VE eingeführt werden:

Reglement über die Verwaltung und Benutzung

¹ Mit dem Begründungsakt ist ein Reglement über die Verwaltung und die Benutzung einzureichen.

² Dieses kann nachträglich durch Beschluss mit der Mehrheit der Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte anteilsberechtigt ist, abgeändert werden. Eine allgemeine Verschärfung der Änderungsvoraussetzungen ist unzulässig. Zulässig ist eine Verschärfung für die Abänderung einzelner, für die Gemeinschaft bedeutender, Bestimmungen.

Damit könnte Art. 712g Abs. 3 ZGB aufgehoben werden.

Um die Qualität solcher Reglemente muss man sich zudem keine grösseren Gedanken machen, da die Begründung des Stockwerkeigentums der öffentlichen Beurkundung untersteht und somit die Begleitung durch eine Urkundsperson sichergestellt ist, die eine Qualitätsgarantie ermöglicht.

4. Aufhebung von Art. 712p ZGB

Art. 712p ZGB führt eine Beschlussfähigkeitsvoraussetzung für die Stockwerkeigentümerversammlung ein. Diese erschwert und hemmt die Durchführung von Versammlungen insbesondere in Fremdenverkehrsarten stark. Zum Teil wird in solchen Orten die Verwaltung von Stockwerkeigentum massgeblich erschwert oder gar verunmöglicht. Es wurde nie eine stichhaltige Begründung für diese absolute Ausnahme im Privatrecht geliefert. Keine andere Gemeinschaft des Privatrechts kennt eine ähnliche Voraussetzung. Nach vorliegend vertretener Auffassung ist auf die Beschlussfähigkeitsvoraussetzung ersatzlos zu verzichten. Es liegt an den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern, sich für die Beschlussfassung in der Versammlung zu interessieren. Dies gilt umso mehr, als auch die Vertretung zulässig ist, womit sich die verhinderte Stockwerkeigentümerin und der verhinderte Stockwerkeigentümer dennoch zu den traktandierten Geschäften äussern können. Zudem wird heute in der Lehre die Auffassung vertreten, dass auch die Stockwerkeigentümerversammlung hybrid oder virtuell stattfinden kann, sofern die erforderlichen Grundlagen im Reglement vorhanden sind (siehe dazu: Wermelinger Amédéo, Virtuelles im Stockwerkeigentum, in: Anwaltsrevue 2023, S. 472). Dadurch hat sich der Bedarf für eine Beschlussfähigkeitsvoraussetzung nochmals erheblich reduziert.

5. Abänderung von Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 ZGB ermöglicht es jeder Stockwerkeigentümerin bzw. jedem Stockwerkeigentümer, die Aufhebung des Stockwerkeigentums zu verlangen, wenn dieses nicht mehr bestimmungsgemäss benutzt werden kann und bereits seit über 50 Jahren besteht. Dies ist kein Beitrag zu einer Lösungsfindung, sondern ein destruktives Instrument, das nach vorliegendem Kenntnisstand auch noch nie Anwendung gefunden hat. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht eine «Sanierungsbestimmung» erlassen werden müsste, die es dem Richter gemäss Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB erlauben würde, in erster Linie eine vorgeschlagene Wiederherstellung des bestimmungsgemässen Zustands anzuordnen, bevor im Worst Case dann wirklich die Auflösung des Stockwerkeigentums beantragt werden darf. In der heutigen Auslegung von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB dient diese Bestimmung lediglich der Anordnung von unbedingt notwendigen Massnahmen und nicht einer umfassenden Gesamtsanierung. Dies wurde von allen Parteien offensichtlich bisher auch so gelebt. Es wäre wichtig, dass vor der Auflösung des Stockwerkeigentums aber auch andere Lösungen vom Gericht abgewägt werden können. Eine entsprechende neue Bestimmung könnte entweder Art. 712f oder Art. 647 Abs. 2 ZGB ergänzen.

II. Zu den einzelnen Vorschlägen

Nachfolgend werden nur die für den Verband wichtigen Änderungsvorschläge kommentiert. Auf rein formelle und sprachliche Anpassungen (unter dem Titel: «Gendern») wird nicht näher eingegangen, da diese nicht der Vorlage zum Stockwerkeigentum eigen sind.

1. Art. 712b Abs. 4 VE-ZGB

Der heutige Art. 712b Abs. 3 ZGB stellt eine gesetzliche Vermutung auf, die in der Lehre weitgehend kritisiert worden ist: Ist ein Gebäudeteil sonderrechtsfähig im Sinne von Art. 712b Abs. 1 ZGB und wurde er nicht ausdrücklich zu einem gemeinschaftlichen Teil erklärt, dann wird er im Zweifelsfall dem Sonderrecht zugeschlagen. Der Art. 712b Abs. 4 VE-ZGB entflechtet diesen Grundsatz mit einem zweiten Grundsatz, der bereits im Art. 712b Abs. 3 ZGB enthalten ist. Zudem wird die gesetzliche Vermutung umgestossen. Die neue Bestimmung lautet wie folgt: «Für die nicht zum Sonderrecht ausgeschiedenen Gebäudeteile gilt die Vermutung, dass sie gemeinschaftlich sind.»

Dieser neue Grundsatz ist zu begrüßen. Er entspricht einer logischen Zuordnung von Gebäudeteilen, die nicht spezifisch bezeichnet werden.

2. Art. 712b^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Beim «ausschliesslichen Nutzungsrecht» handelt sich um ein durch die Praxis geschaffenes rechtliches Konstrukt zur Aufweichung der strengen und zwingenden Unterscheidung zwischen den Gebäudeteilen im Sonderrecht und den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen. Der Gesetzgeber hat dieses Recht erst im Rahmen der Gesetzesnovelle von 2009 in Art. 712g Abs. 4 ZGB ins Gesetz aufgenommen, aber nur sehr spärlich geregelt, da lediglich ein Vetorecht für den betroffenen Stockwerkeigentümer bzw. die betroffene Stockwerkeigentümerin im Fall der Änderung des ausschliesslichen Nutzungsrechts eingeführt worden ist. Art. 712b^{bis} ZGB schliesst die Regelungslücke, indem das ausschliessliche Nutzungsrecht ausführlicher geregelt werden soll. Aufgrund der herausragenden Bedeutung solcher Nutzungsrechte (Gartensitzplatz, Balkone, Dachterrassen, Aussenparkplätze usw.) wird die bessere gesetzliche Verankerung grundsätzlich begrüsst.

b. Abs. 1

Der erste Absatz ist der Begründung des Rechts gewidmet. Dabei wird präzisiert, dass es um Nutzungsrechte geht, die im Begründungsakt, im Reglement oder in einem Versammlungsbeschluss geregelt sein können. Damit ist der Entwurf umfassender als der heutige Art. 712g Abs. 4 ZGB, der sich ausdrücklich auf die reglementarisch verankerten ausschliesslichen Nutzungsrechte bezieht. Diese Flexibilität entspricht der Praxis und wird begrüsst.

Ebenso präzisiert der Gesetzgeber, dass das ausschliessliche Nutzungsrecht einem Anteil zugeteilt werden kann. Dies klärt eine Auseinandersetzung in der Lehre, ob das ausschliessliche Nutzungsrecht auch einem Stockwerkeigentümer oder einer Stockwerkeigentümerin (bzw. einem Dritten) «ad personam» eingeräumt werden könne. Die gewählte Formulierung scheint dies auszuschliessen. Dies ist ein Eingriff in die Privatautonomie. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist in den Erläuterungen nicht begründet, wieso diese Einschränkung sinnvoll sein soll. Man begnügt sich mit dem Satz: «Durch Anknüpfung an die Sonderrechte soll im Gesetz klargestellt werden, dass nur Personen innerhalb der Stockwerkeigentümergemeinschaft TrägerInnen von solchen ausschliesslichen Nutzungsrechten sein können und eine Zession an Dritte somit ausgeschlossen wird.» Eine solche Begründung wäre in einer bundesrätlichen Botschaft nachzuliefern, ansonsten im Zweifelsfalle zugunsten der Privatautonomie auf diese Einschränkung zu verzichten ist.

c. Abs. 2

Der erste Satz des Absatzes bestimmt das Quorum der Begründung, Abänderung, Übertragung und Aufhebung des ausschliesslichen Nutzungsrechts. Der Änderungsvorschlag ist deshalb zu begrüssen, weil die heutige Fassung nur von Abänderung spricht, womit namentlich die Begründung und die Übertragung nicht geregelt waren. Das Bundesgericht hatte deshalb mehrmals zu präzisieren, mit welchem Quorum das ausschliessliche Nutzungsrecht nachträglich eingeführt werden kann. Das qualifizierte Mehr nach Köpfen und Wertquoten entspricht der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Begründung. Bei der Übertragung wird eine Einschränkung gegenüber BGE 122 III 145 eingeführt. In diesem Entscheid befand das Bundesgericht, dass der einzelne Stockwerkeigentümer bzw. die einzelne Stockwerkeigentümerin ein ausschliessliches Nutzungsrecht intern einem anderen Anteil bzw. Stockwerkeigentümer oder einer anderen Stockwerkeigentümerin auch ohne Versammlungsbeschluss übertragen könne. Für die Übertragung an einen Dritten wurde hingegen die Notwendigkeit eines Versammlungsbeschlusses bestätigt. Neu wäre jede Übertragung dem Versammlungsbeschluss unterstellt. Das hat den Vorteil der Klarheit und der Nachvollziehbarkeit, wurden doch in der Vergangenheit ausschliessliche Nutzungsrechte zwischen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern hin- und hergeschoben, ohne dass dies in die Unterlagen und namentlich in ein Versammlungsprotokoll oder in das Reglement einfluss. Damit war der aktuelle Stand der Berechtigung nicht immer für alle Stockwerkeigentümerinnen klar. Mit der neuen Regelung könnten Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer die Übertragung von ausschliesslichen Nutzungsrechten von einem Anteil auf den anderen vereiteln, ohne dass sie von diesem Vorgang selbst betroffen sind. Dies ist grundsätzlich als Rückschritt zu betrachten. Aufgrund der Bedeutung von ausschliesslichen Nutzungsrechten ist jedoch wohl der Rechtssicherheit und der Nachvollziehbarkeit eine höhere Bedeutung beizumessen als der individuellen Ausgestaltungsmöglichkeit.

Noch einmal zu prüfen wäre unserer Ansicht nach, ob die nachträgliche Einräumung oder Abänderung von ausschliesslichen Nutzungsrechten mit qualifiziertem Mehr nach Köpfen und Wertquoten sinnvoll ist. Mit diesem, der bisherigen Rechtsprechung entsprechenden Quorum kann eine Mehrheit von Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern beispielsweise die bisher gemeinschaftliche Garten- oder Poolnutzung einer Minderheit einschränken, ohne dass diese sich dagegen wehren können. Das kann u.U. gravierende Folgen für die betroffene Minderheit haben, was nicht sachgerecht erscheint.

Der zweite Satz sieht die Möglichkeit der Stockwerkeigentümer und Stockwerkeigentümerinnen vor, einstimmig ein anderes Quorum zu bestimmen. Damit wird klargestellt, dass das gesetzliche Quorum dispositiv und nicht zwingend ist. Dies ist im Sinne der Privatautonomie zu begrüssen. Auch die Einstimmigkeit, die erforderlich ist, um vom gesetzlichen Quorum abzuweichen, entspricht dem allgemeinen System des Gesetzgebers (siehe Art. 712g Abs. 2 ZGB).

Vorbehalten wird jeweils die Zustimmung der aus dem ausschliesslichen Nutzungsrecht berechtigten Person. Dies entspricht der heutigen Rechtslage und ist zu begrüssen.

3. Art. 712e Abs. 1 VE-ZGB

Neu ist geplant, dass die für die Berechnung der Wertquoten angewendete Berechnungsformel anzugeben ist. Das ist ein Fortschritt hinsichtlich Transparenz. Eine solche Berechnungsformel, sei sie eine einfache Dreisatzrechnung, sei es eine komplizierte Excel-Tabelle, existiert bei der Begründung von Stockwerkeigentum immer. Die Abgabe derselben ermöglicht nebst der Transparenz auch eine Nachvollziehbarkeit dieses wichtigen Elements des Stockwerkeigentums. Der Mehraufwand in der Begründung des Stockwerkeigentums ist gering, die Begründer bleiben frei in der Berechnung der Wertquoten, für die Käufer und für die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer handelt es sich um eine sehr nützliche Information. Schliesslich erlaubt diese Transparenz in einer allfälligen Berichtigungsklage für die Wertquoten (Art. 712e Abs. 2 ZGB) die Darstellung der Ausgangslage. Zudem ermöglicht das Vorhandensein der ursprünglichen Berechnung eine einfache und faire Neuberechnung der Wertquoten, wenn durch bauliche Massnahmen Wertquotenänderungen erforderlich werden.

4. Art. 712e^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Der Aufteilungsplan ist gemäss der heutigen Definition lediglich ein zeichnerisches Hilfsmittel, das die Aufteilung der verschiedenen Stockwerkeinheiten untereinander aufzeigt. Er wird nur in jenen Fällen zwingend vorgeschrieben, in denen das Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes begründet wurde. Ansonsten kann er vom Grundbuchverwalter oder von der Grundbuchverwalterin eingefordert werden, wenn die Aufteilung aus den Unterlagen nicht klar genug hervorgeht. Gemäss Rechtsprechung und Lehre verfügt keine Stockwerkeigentümerin und kein Stockwerkeigentümer über einen Berichtigungsanspruch des Aufteilungsplans, wenn sich dieser im Nachhinein als unrichtig herausstellt, sei es, weil er fehlerhaft verfasst wurde, sei es, weil nachträgliche bauliche Veränderungen ausgeführt wurden. Dem will Art. 712e^{bis} VE-ZGB entgegenwirken. Es ist grundsätzlich zu begrüssen, dass hier eine Klärung erwirkt wird und dass dem Aufteilungsplan die notwendige Bedeutung zuteil kommt.

b. Abs. 1

Diese Bestimmung legt im Grundsatz fest, dass ein Aufteilungsplan mit dem Begründungsakt beim Grundbuchamt einzureichen ist. Der Aufteilungsplan als solcher wird nicht näher definiert. Insbesondere ist nicht klar, ob der Aufteilungsplan zu unterzeichnen ist und ob sonst eine Formvorschrift dazu besteht (Geometerplan, Architektenplan oder Laienplan). Im Sinne der Privatautonomie wird vorliegend davon ausgegangen, dass es keine Formvorschriften für das Verfassen des Aufteilungsplans gibt. Sollte dies vom Gesetzgeber anders gemeint sein, müsste er dies unmissverständlich festlegen.

c. Abs. 2

Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Gebäudeteile und auf das Sonderrecht bzw. die gemeinschaftlichen Teile. Es stellen sich zwei Fragen:

- Müsste sich der Aufteilungsplan nicht auch auf das Grundstück beziehen (Situationsplan)?
- Wäre es aufgrund deren Bedeutung nicht auch nützlich, dass ausschliessliche Nutzungsrechte im Aufteilungsplan aufgeführt werden?

Der Gesetzgeber spricht zwar von einer «geometrischen Darstellung» der Gebäudeteile. Dies allein sagt jedoch nach vorliegender Auffassung nichts über die Form des Aufteilungsplans aus (siehe vorstehend Bst. b).

Sinnvoll erscheint uns zudem die Klarstellung – zumindest in der Botschaft – was mit der «räumlichen Ausscheidung» genau gemeint ist. Unserer Auffassung kann dies nur die Grenzen zwischen den Sonderrechten und dem gemeinschaftlichen Eigentum betreffen, währenddem die interne Raumaufteilung – tragende Bauteile vorbehalten – nach wie vor Gegenstand der Freiheit der jeweiligen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer betreffen.

d. Abs. 3

Der Grundsatz der Aktualisierung des Aufteilungsplans ist essenziell. Der Gesetzgeber erwähnt jedoch nicht, wer, unter welcher Voraussetzung und in welcher Form legitimiert ist, den aktualisierten Aufteilungsplan einzureichen. Genau diese Frage ist heute sehr umstritten, weshalb sie einer Klärung zuzuführen ist. Dabei ist Folgendes zu beachten: Will man vermeiden, dass die Gerichte mit Gesuchen zu Abs. 4 überhäuft werden (siehe nachfolgend Bst. e), dann dürfen die Hürden für die Einreichung eines aktualisierten Aufteilungsplans nicht zu hoch gesetzt werden. Ein Mehrheitsbeschluss müsste dazu genügen. Will sich jemand gegen einen solchen Beschluss zur Wehr setzen, ist er oder sie auf den Gerichtsweg zu verweisen (Art. 75 ZGB). Im Sinne des Mehrheitsschutzes ist also zu vermeiden, dass die Grundbuchverwaltung für die Einreichung eines

aktualisierten Aufteilungsplans die Unterschrift aller Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer einfordert.

Bezüglich des Begriffs der «räumlichen Ausscheidung» gilt das vorstehend unter Bst. c am Schluss Ausgeführte.

e. Abs. 4

Hier wird jeder Stockwerkeigentümerin und jedem Stockwerkeigentümer ein – gerichtlich einklagbarer – Anspruch eingeräumt, den Aufteilungsplan berichtigen zu lassen, wenn dieser unrichtig erstellt wurde oder infolge von Veränderungen der räumlichen Ausgestaltung der einzelnen Gebäudeteile unrichtig geworden ist. Ein solcher einklagbarer Anspruch kann nur bestehen, wenn die Klägerschaft vorab versucht hat, diese Berichtigung innerhalb des Stockwerkeigentums zu erwirken. Es muss sich also um einen subsidiären Anspruch handeln, wie bei Art. 712g Abs. 3, Art. 712q und Art. 712r ZGB. Nach vorliegend vertretener Auffassung, ist dieser Grundsatz ausdrücklich in der Bestimmung festzuhalten.

5. Art. 712e^{ter} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Diese Bestimmung regelt eine besondere Begründungsform im formellen Recht, nämlich jene, in der die Begründung vor der Erstellung des Gebäudes erfolgt. Da es sich hierbei um die zahlenmässig bei weitem bedeutendste Begründungsform handelt und sie die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer mit sehr komplexen Fragen konfrontiert, ist eine solche Regelung auf Gesetzesstufe von essenzieller Bedeutung.

b. Abs. 1

Der erste Satz schreibt vor, dass für die Begründung vor Erstellung des Gebäudes eine rechtsgültige Baubewilligung beigebracht wird. Dies ist eine begrüssenswerte Anforderung, ist es doch wenig sinnvoll, ein Stockwerkeigentum einzutragen, von dem man gar nicht weiss, ob es in der gewollten Form überhaupt gebaut werden darf. Dabei ist jedoch ein Aspekt (allenfalls sogar im Gesetz oder in der GBV ausdrücklich) zu präzisieren: Die Grundbuchverwaltung hat weder eine Prüfungspflicht noch eine Prüfungsbefugnis, ob der Eintrag in allen Punkten der Baubewilligung entspricht. Zum einen wäre dies eine komplexe und nicht zu unterschätzende Aufgabe, die aus dem Grundbuchamt eine unnötige Prüfungsbehörde macht. Eine solche Pflicht würde die Eintragung des Stockwerkeigentums vielerorts massiv verzögern. Zum anderen ist es jederzeit möglich, eine Abänderung der bewilligten Baute durch die zuständige Behörde absegnen zu lassen. Eine solche Änderung hat zur Folge, dass der Aufteilungsplan gemäss Art. 712e^{bis} Abs. 3 und 4 VE-ZGB zu berichtigen ist. Wichtig an der Voraussetzung der Einreichung einer rechtskräftigen Baubewilligung ist einzig der Umstand, dass die Realisierung des Stockwerkeigentums zum Zeitpunkt der Begründung möglich ist und dass man im Nachhinein weiss, unter welchen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen das Stockwerkeigentum ursprünglich begründet worden ist.

Im zweiten Satz wird ausgeführt, dass das Grundbuchamt die Begründung vor Erstellung des Gebäudes auf den Hauptbuchblättern des Stammgrundstücks sowie der Anteile einzutragen hat. Dies entspricht dem heutigen Recht, wobei wohl aus Versehen eine terminologische Verwechslung entstanden ist. Dieser Sachverhalt ist nicht einzutragen, sondern anzumerken.

c. Abs. 2

Bei Fertigstellung des Gebäudes stellen die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer gemäss dieser Bestimmung die Ausführung der Arbeiten in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Aufteilungsplan fest oder erstellen einen berichtigten Aufteilungsplan. Gemäss den Ausführungen in den Erläuterungen verlangt eine solche Feststellung die Zustimmung aller Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer zum Aufteilungsplan. Das kann man durchaus so im Gesetz regeln. Praktikabel ist diese Norm jedoch nicht. Es ist allgemein bekannt, dass die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer in der Praxis fast nie in der Lage sind, eine solche Feststellung ohne abweichende Stimme zu fassen. Deshalb muss hier ein Vorgehen mit dem qualifizierten Mehr stattfinden können (Art. 647b ZGB). Ist jemand gegenteiliger Auffassung, so hat diese Person ihre Rechte im Rahmen von Art. 75 ZGB geltend zu machen. Alles andere führt – wie bis anhin – dazu, dass die Meldung an die Grundbuchämter nicht erfolgt. Hier fehlt es dem erläuternden Bericht am erforderlichen Praxisbezug. Aus dem Erwähnten ergibt sich, dass die Feststellung aufgrund eines Beschlusses mit dem qualifizierten Mehr durch die Verwaltung oder durch jede beauftragte Stockwerkeigentümerin bzw. durch jeden beauftragten Stockwerkeigentümer beim Grundbuchamt abgegeben werden kann. Sollte die Anmerkung bereits gestrichen worden sein, kann eine Stockwerkeigentümerin bzw. ein Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712e^{bis} Abs. 4 ZGB gerichtlich die Berichtigung des (ursprünglichen oder modifizierten) Aufteilungsplans beantragen. Die Quorumsvoraussetzungen sind – zur Klärung dieses Lehrstreits – in der Bestimmung aufzunehmen.

Bei Fertigstellung des Gebäudes stellen die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer mittels eines Beschlusses mit der Mehrheit der Köpfe, die zugleich zu mehr als der Hälfte anteilsberechtig sind, die

Ausführung der Arbeiten in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Aufteilungsplan fest oder erstellen einen berichtigten Aufteilungsplan.

d. Abs. 3

Die der Stockwerkeigentümergeinschaft gewährte Frist zur Meldung der Fertigstellung wird von heute drei auf künftig vier Monate erstreckt. Dagegen gibt es nichts einzuwenden. Die Einhaltung der Viermonatefrist setzt geradezu voraus, dass die Meldung nicht einstimmig bzw. durch Unterschrift aller Beteiligten zu erfolgen muss (siehe vorstehend Bst. c). Ansonsten kann bereits heute festgehalten werden, dass eine Pflicht eingeführt wird, die vielfach gar nicht eingehalten werden kann.

6. Art. 712e^{quater} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Heute ist die Thematik der Löschung der Anmerkung: «Begründung vor Erstellung des Gebäudes» in der GBV geregelt und muss als toter Buchstabe bezeichnet werden. Dieser Pflicht wird so gut wie nicht nachgelebt, mit dem Nachteil – für die Erwerber – dass eine gewisse Rechtsunsicherheit während Jahren oder gar Jahrzehnten bestehen bleibt. Dies gilt es zu auszuräumen. Deshalb ist es sinnvoll, wenn der Gesetzgeber ein Verfahren vorsieht, das zur Anwendung kommt, wenn die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ihrer Anmeldepflicht nicht nachkommen.

b. Abs. 1

Gemäss dieser Bestimmung setzt das Grundbuchamt den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern eine angemessene Frist, um ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die Arbeiten abgeschlossen sind und dies nicht innert Frist mitgeteilt wurde oder der ursprüngliche Aufteilungsplan nach der Fertigstellung des Gebäudes nicht berichtigt wurde, obwohl dies hätte geschehen müssen. Nach der vorliegenden Einschätzung ist es realitätsfremd, dass die Grundbuchverwaltung solche Anzeichen in ihrer ordentlichen Tätigkeit feststellt. Sicher darf diese Bestimmung nicht dazu führen, dass der Grundbuchverwaltung eine zusätzliche Kontroll- oder Überprüfungspflicht auferlegt wird oder solche Rechte eingeräumt werden. Die Grundbuchverwaltung hat sich mit den verfügbaren Mitteln in erster Linie mit den Eintragungen zu beschäftigen und muss diesbezüglich längere Eintragungsfristen tunlichst vermeiden. Es wäre der falsche Ansatz, nun noch eine zusätzliche Tätigkeit auf diese Aufgabenschreibung hinaufzupacken, welche die rasche Behandlung der Anmeldungen in Frage stellen würde. Dies gilt umso mehr, als die Erläuterungen in Ziff. 3.2 keine namhafte Zunahme der Tätigkeiten der Grundbuchämter prognostizieren («Gesamthaft dürften ihre Aufgaben auf gleichem Niveau bleiben oder leicht zunehmen»).

c. Abs. 2

Abs. 2 ist eine logische Folge des ersten Absatzes. Grundsätzlich ist die Massnahme nachvollziehbar, wenn man der gesetzlichen Pflicht Nachdruck verleihen will. Dabei ist wohl im Gesetz selbst zu präzisieren, dass die Grundbuchverwaltung den Geometer auf Kosten der Stockwerkeigentümergeinschaft zu beauftragen hat, wie dies in den Erläuterungen ausgeführt wird. Offen bleibt auch, was geschieht, wenn Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer mit dem Ergebnis der Vermessung nicht einverstanden sind. Gemäss den Erläuterungen kommt dann das Verfahren gemäss Art. 712e^{bis} (Abs. 4) VE-ZGB zur Anwendung. Nach vorliegend vertretener Auffassung ist dieser Umstand nicht hinreichend klar. Der Gesetzgeber sollte diese Möglichkeit des privatrechtlichen Vorgehens gegen einen Plan, der nach Massgabe des Vermessungsrechts erstellt worden ist, ausdrücklich regeln.

Gemäss dem 2. Satz wird der berichtigte Aufteilungsplan vom Grundbuchamt den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern übermittelt. Angesichts der Tatsache, dass Stockwerkeigentümergeinschaften mit 100 und mehr Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern existieren, stellt sich die Frage, ob diese Übermittlung an alle zweckmässig und im Aufwand gerechtfertigt ist, oder ob nicht eine Übermittlung an die Verwaltung (siehe Art. 712t Abs. 3 ZGB) genügen würde. Es wäre dann deren Aufgabe, bei Bedarf die interne Weiterleitung sicherzustellen.

Was offensichtlich erscheint, aber nicht klar geregelt ist und einer Erwähnung bedarf: Der berichtigte Aufteilungsplan ist als Beleg im Grundbuch – beim Stammgrundstück – abzulegen. Das Grundbuch muss über den aktuellen Stand der Aufteilung des Stockwerkeigentums Auskunft geben können.

d. Abs. 3

Die von Amtes wegen vorgenommene Löschung der Anmerkung der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes ist wohl tatsächlich der einzige Weg, um eine gewisse Aktualität im Grundbuch sicherzustellen. Es handelt sich aber um eine Abkehr vom Grundsatz, wonach die Grundbuchverwaltung nur auf Anmeldung aktiv wird. Wollen die Grundbuchämter diesem Grundsatz konkret und aktiv nachleben, dann wird das zu einer Aufwanderhöhung führen. Zudem stellt sich die Frage, ob und wie die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer darüber informiert werden (Anwendung von Art. 969 ZGB?).

7. Art. 712e^{quinquies} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Diese Bestimmung führt eine allgemeine Überprüfungspflicht für das Grundbuchamt ein, die Rechtmässigkeit der Ausscheidung der Gebäudeteile nach Massgabe der gesetzlichen Vorgaben (Art. 712b ZGB) zu überprüfen. Dies ist eine gänzlich neue Tätigkeit, die zumindest bis heute so von den Grundbuchämtern nicht proaktiv wahrgenommen worden ist. Soweit damit nicht eine rein formelle Plausibilität gemeint ist, sondern eine eigentliche materielle Prüfungspflicht, so schießt nach vorliegend vertretener Auffassung der Vorentwurf massiv über das Ziel hinaus. Es kann nicht darum gehen, aus dem Grundbuchamt quasi eine privatrechtliche Baukontrollinstanz – neben der Gemeinde und dem Kanton als öffentlich-rechtliche Kontrollinstanzen – zu machen. Es ist auch nicht in jedem Einzelfall mit Akribie nach Baufehlern und Mängeln zu forschen. Vielmehr geht es korrekterweise darum, dass allenfalls die Grundbuchverwaltung nur bei klaren, krassen bzw. offensichtlichen Gesetzesverstössen zur Intervention berechtigt ist.

b. Abs. 1

Aufgrund der Vorbemerkung ist Abs. 1 zu konkretisieren und im Umfang deutlich einzugrenzen. Beispielsweise: «Bestehen klare Anzeichen dafür, dass Gebäudeteile, die zu Sonderrecht ausgeschieden sind, nicht in sich abgeschlossene Wohnungen bilden oder geschäftlichen oder anderen Zwecken dienende Raumeinheiten mit eigenem Zugang sind, verlangt das Grundbuchamt von den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigenthümern eine diesbezügliche amtliche Bestätigung.» Festzulegen ist zudem, wer diese «amtliche Bestätigung» auszustellen hat.

c. Abs. 2

Diese Bestimmung verlagert die die Kompetenz für das weitere Vorgehen zu den Gerichten, was gegenüber der heutigen Fassung sinnvoller ist. Das Gericht erhält mehr Handlungsspielraum, indem die Umwandlung des Stockwerkeigentums in einfaches Miteigentum nur eine der möglichen Lösungen darstellt. Diese Anpassung des bisher in der Lehre stark kritisierten Art. 69 GBV erscheint grundsätzlich zweckmässig, wobei sich noch weisen muss, wie oft ein solches Verfahren wirklich angestrengt wird und mit welchen genauen Unterlagen und Anträgen das Grundbuchamt an das Gericht gelangen muss. Dies gilt es allenfalls in der GBV zu präzisieren.

8. Art. 712f^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB erlaubt es ausdrücklich, Stockwerkeigentum an einem selbstständigen und dauernden Baurecht zu begründen. Dieses ist zwar in seiner Dauer auf den ersten Blick auf 100 Jahre beschränkt (Art. 779I Abs. 1 ZGB), es darf aber jederzeit um weitere 100 Jahre verlängert werden, sodass es keine eigentliche Höchstdauer für ein Baurecht gibt. Da es sich beim selbstständigen und dauernden Baurecht jedoch um eine Dienstbarkeit zugunsten sämtlicher Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer handelt, wird in der Lehre oft Einstimmigkeit bzw. die Unterschrift sämtlicher Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer für die Verlängerung der Dienstbarkeit verlangt. Dies würde die Verlängerung – die in naher Zukunft in vielen Gemeinschaften ansteht – sehr oft verunmöglichen, insbesondere in jenen Fällen, in den 50 und mehr Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer und mehr betroffen sind. Es drohen viele Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ihre Wohnung zu verlieren. Dies hätte jedoch auch für die Baurechtsgeber schwerwiegende Folgen, indem diese Mittel für den Heimfall aufwenden müssten, über die sie unter Umständen gar nicht verfügen. Es ist dabei zu erwähnen, dass es sich bei den Baurechtsgebern sehr oft um öffentliche Körperschaften handelt. Kurzum: Niemand kann ein Interesse an der Durchsetzung einer Bestimmung haben, die sowohl finanzielle als auch gesellschaftliche Probleme mit sich bringt. Deshalb muss ein Weg gefunden werden, um ein Baurecht verlängern zu können, ohne dass sämtliche Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ihre Zustimmung abgeben. Dies umso mehr, als die einzelne Stockwerkeigentümerin bzw. der einzelne Stockwerkeigentümer durch die Verlängerung in der Regel keinen finanziellen Schaden erleiden. Denn die Heimfallentschädigung ist in der Regel geringer als der Marktwert, den die Stockwerkeigentümerin bzw. der Stockwerkeigentümer bei einem Verkauf erzielen würde.

b. Abs. 1

Es ist sinnvoll, dass ein Beschluss mit qualifiziertem Mehr über ein so wichtiges Geschäft wie die Verlängerung des Baurechts zu fassen ist. Damit schliesst sich der Gesetzgeber nahtlos an Art. 647d ZGB für die wichtigeren Verwaltungshandlungen an.

c. Abs. 2

Abs. 2 orientiert sich an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Dereliktion (BGE 129 III 216, Erw. 3). Verzichtet eine Stockwerkeigentümerin bzw. ein Stockwerkeigentümer gegenüber dem Grundbuchamt auf ihren bzw. seinen Stockwerkanteil, so geht das Eigentum dieses Stockwerkanteils im Miteigentum und im

Verhältnis ihrer Anteile auf die anderen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer. Das ist zu begrüssen.

d. Abs. 3

Fraglich ist, ob eine «angemessene Entschädigung» für den Verzicht auf den Stockwerkanteil geleistet werden soll. Die verzichtende Stockwerkeigentümerin bzw. der verzichtende Stockwerkeigentümer verliert den Anspruch auf die Heimfallentschädigung, weshalb der Frage nachgegangen werden muss, ob ihr oder ihm nicht die anteilmässige Heimfallentschädigung für den «Auskauf» zu leisten sei. Oder man könnte sich auch am heutigen Art. 712f Abs. 4 ZGB orientieren, wo in einer ähnlichen Ausgangslage verlangt wird, dass der Stockwerkeigentümerin und dem Stockwerkeigentümer, die bzw. der eine Aufhebungsklage einreicht, der Stockwerkanteil durch «Abfindung» übernommen wird. Uns scheint problematisch, hier einen neuen Begriff für die Entschädigung einzuführen.

e. Abs. 4

Diese Bestimmung orientiert sich wohl sinngemäss an Art. 779d Abs. 2 ZGB. Die Frage ist, ob sich die Formulierung nicht dem Art. 779d Abs. 2 ZGB annähern sollte.

Der zweite Satz führt hier eine Frist von drei Monaten ein. Es ist zu prüfen, ob hier nicht auch sinnvollerweise von einer Viermonatsfrist auszugehen wäre wie beim Bauhandwerkerpfandrecht und bei Art. 712e^{ter} Abs. 3 VE-ZGB.

9. Art. 712g Abs. 4 VE-ZGB (Aufhebung)

Die Aufhebung dieser Bestimmung ist sinnvoll, da das ausschliessliche Nutzungsrecht künftig in Art. 712b^{bis} VE-ZGB geregelt würde.

10. Art. 712h^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Heute besteht keine Pflicht, einen Erneuerungsfonds einzurichten und zu äfnen. Dabei handelt es sich um ein essenzielles Instrument, insbesondere wenn es um die Finanzierung von Gesamterneuerungen geht. Die Verwaltungen erleben leider oft, dass solche umfassenden bauliche Massnahmen, die für die Werterhaltung zwingend sind, aus finanziellen Gründen abgelehnt werden. Oft geht es nur darum, dass einzelne Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer im fortgeschrittenen Alter aus Sicht der Finanzinstitute nicht mehr kreditfähig sind. Dem kann vorgebeugt werden, wenn die erforderlichen Mittel über einen längeren Zeitraum anzuspart werden. Grundsätzlich wäre ein allgemeines Erneuerungsfondsobligatorium denkbar. Ein solches wäre nicht zielführend, wenn nicht gleichzeitig auch ein gesetzlicher Mechanismus zur Äfnung festgelegt würde. Ausserdem sind mit Blick auf die Privatautonomie der Intervention des Gesetzgebers klare Grenzen zu setzen. Mit dem Weg über eine Klagemöglichkeit ist ein Instrument geschaffen, das allen Bedürfnissen ausreichend Rechnung trägt.

b. Abs. 1 und 2

Es ist richtig, dass die Einrichtung des Erneuerungsfonds primär Sache der Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ist. Erst wenn dazu kein gültiger Entscheid zustande kommt, soll ein Gericht die Einrichtung und Äfnung des Erneuerungsfonds anordnen können. Dieser Subsidiaritätsgrundsatz kommt in Abs. 2 mit der erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck. Unklar ist, wieso die Klage von mindestens zwei Stockwerkeigentümerinnen bzw. Stockwerkeigentümern erhoben werden muss. Gemäss dem erläuternden Bericht sollen damit Klagen mit schikanösen Motiven verhindert werden. Welche schikanösen Motive hinter der Klage auf Einrichtung eines Erneuerungsfonds stecken könnten, erschliesst sich jedoch nicht. Mit der vorgeschlagenen Regelung entfernt sich das Gesetz von den bisherigen Instrumenten in Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 712g Abs. 3, Art. 712q und Art. 712r ZGB, in denen jeweils eine individuelle Klagemöglichkeit vorgesehen ist. Daran soll sich auch Art. 712h^{bis} VE-ZGB orientieren.

c. Abs. 3

Der Gesetzgeber umschreibt den Ermessensspielraum des Richters. So geht die Vorlage korrekterweise davon aus, dass die konkrete Äfnungspflicht und die Äfnungsdauer gerichtlich festzulegen ist.

d. Abs. 4

Mit Blick auf die Privatautonomie ist es zu begrüssen, dass die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer darüber befinden dürfen, den Erneuerungsfonds anzupassen oder aufzuheben, ebenso, dass der Entscheid einstimmig gefällt werden muss.

11. Art. 712i VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Art. 712i ZGB ist dem Untertitel II subsummiert, der den gemeinschaftlichen Kosten und Lasten gewidmet ist. Seine Bezeichnung lautet «2. Haftung für Beiträge, a. Gesetzliches Pfandrecht». Damit gibt der Titel bereits einiges über den Inhalt der Bestimmung preis. Es geht darum, der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Sicherung ihrer Beitragsforderung ein beschränktes dingliches Recht in Form eines mittelbaren gesetzlichen Pfandrechts – das sog. «Gemeinschaftspfandrecht» – einzuräumen. Mit Art. 712k ZGB – «b. Retentionsrecht» – enthält das Gesetz bisher eine weitere Norm, welche die Beitragsforderung sicherstellen soll. Dieses Retentionsrecht gemäss Art. 712k ZGB soll gemäss Vorentwurf abgeschafft werden (siehe nachfolgend Ziff. 11). Damit wird die Position der Stockwerkeigentümergeinschaft geschwächt. Wenn man nun dem Umstand Rechnung trägt, dass das Gemeinschaftspfandrecht – anders als das Bauhandwerkerpfandrecht – weder über ein Rangprivileg noch über Verwertungsvorrechte verfügt, dann relativiert sich die Sicherungsqualität des Gemeinschaftspfandrechts. Entscheidend für seinen Rang ist nämlich der Zeitpunkt der Eintragung. Oft wird das Gemeinschaftspfandrecht erst dann eingetragen, wenn die einzelne Stockwerkeigentümerin bzw. der einzelne Stockwerkeigentümer ihren bzw. seinen Stockwerkanteil bereits übermässig belastet hat. In der Regel ist also das Gemeinschaftspfandrecht nachrangig mit entsprechender ungenügende Sicherungsqualität für die Stockwerkeigentümergeinschaft.

b. Abs. 1

Zum einen hebt die Gesetzesnovelle eine vom Bundesgericht eingeführte Komplikation in der Berechnung der drei Jahre auf (BGE 150 III 113), indem das Gesetz neu von drei Jahresbeiträgen spricht und somit die Berechnungsgrundlage klar ist. Zum anderen schafft die neue Regelung und der Verweis im erläuternden Bericht auf die Bestimmungen über den Baurechtszins (Art. 779i und Art. 779k ZGB) die Möglichkeit, das Pfandrecht auch für nicht fällige Beitragsforderungen gewissermassen «auf Vorrat» einzutragen. Erfolgt die Eintragung des Pfandrechts vor einem Verkauf, so steigt die Qualität des Sicherungsinstruments stark (vgl. dazu die Ausführungen unter Bst. c nachstehend).

c. Abs. 2

Damit die vorstehend erläuterte Problematik gelöst werden kann, muss sichergestellt sein, dass das Pfandrecht jederzeit und nicht erst bei einem Ausstand von Beitragsleistung im Grundbuch eingetragen werden kann. Eine Formulierung gemäss Art. 779k Abs. 1 ZGB könnte wie folgt lauten: «Das Pfandrecht kann jederzeit eingetragen werden, solange das Stockwerkeigentum besteht, und ist von der Löschung im Zwangsverwertungsverfahren ausgenommen.» Dies würde es der Gemeinschaft ermöglichen, ihre Gemeinschaftspfandrecht «prophylaktisch» zu sichern, bevor eine Stockwerkeigentümerin bzw. ein Stockwerkeigentümer die Belastung des eigenen Grundstücks masslos erweitert.

12. Art. 712k VE-ZGB (Aufhebung)

Diese Aufhebung ist nur akzeptabel, wenn die Verbesserung der Absicherung der Stockwerkeigentümergeinschaft gemäss den vorstehenden Ausführungen (Ziff. 11) vollumfänglich übernommen werden. Ansonsten wird die Situation der Stockwerkeigentümergeinschaft verschlechtert, anstatt sie zu verbessern.

13. Art. 712^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten an gemeinschaftlichen Teilen ist problematisch, insbesondere in jenen Fällen, in denen eine solche Geltendmachung infolge der ursprünglichen Bautätigkeit erfolgt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung war in solchen Fällen auch «evolutiv». In einem jüngeren Entscheid (BGE 145 III 8) ist das oberste Gericht zwar den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern in verschiedenen Punkten entgegengekommen, stellte jedoch gleichzeitig fest, dass die Koordination in der Geltendmachung von solchen Gewährleistungsrechten damit noch nicht gelöst worden sei. Diesem Problem will Art. 712^{bis} VE-ZGB entgegenwirken, was sehr begrüsst wird. Als weniger positiv zu werten ist das zu komplexe Vorgehen, das im Vorentwurf vorgeschlagen wird, um die Problematik zu lösen. Zudem scheint die Bestimmung – entgegen den Erläuterungen, die sich ausschliesslich auf den Erstellungs- und Verkaufsfall beziehen – sowohl im Titel als auch im Text von einem allgemeinen Anwendungsbereich bei Gewährleistungsrechten an gemeinschaftlichen Teilen auszugehen, was grundsätzlich falsch ist. Wurde der Werkvertrag – namentlich bei späteren baulichen Massnahmen gemäss Art. 647c bis e ZGB – durch die Stockwerkeigentümergeinschaft abgeschlossen, dann ist auch einzig die Stockwerkeigentümergeinschaft aus dem Werkvertrag berechtigt. Die einzelnen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer verfügen über keine Möglichkeit, ihre individuellen Ansprüche geltend zu machen. Die in der neuen Bestimmung geregelte Frage stellt sich nach vorliegend vertretenen Auffassung nur und ausschliesslich, wenn es um einen «ursprünglichen Mangel» geht, bei dem in der Regel der Verkäufer und Investor den Werkvertrag abgeschlossen und den Käufern regelmässig die eigenen Gewährleistungsrechte abgetreten hat. Es ist wichtig, dass die gesetzliche Regelung nicht zu einer zusätzlichen Einschränkung führt, ansonsten sie

unerwünschte weitere Probleme schaffen könnte, die es heute in dieser Form gar nicht gibt. Es gilt zu vermeiden, dass künftig eine Stockwerkeigentümerin oder ein Stockwerkeigentümer aufgrund der neuen Bestimmung versucht ist, in das Vertragsverhältnis zwischen Gemeinschaft und Unternehmer einzugreifen.

b. Abs. 1

Diese Bestimmung bezweckt die Koordination der Vorgehensweisen, indem vorab ein einstimmiger Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung gefordert wird. Ergeht ein solcher Beschluss, dann sind sämtliche Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer daran gebunden und können nachträglich nicht ein anderes Vorgehen anstreben oder geltend machen. Will ein Stockwerkeigentümer oder eine Stockwerkeigentümerin – vor einem solchen einstimmigen Beschluss – Mängelrechte für gemeinschaftliche Teile gegenüber einem Unternehmer geltend machen, so muss er oder sie die anderen darüber informieren. Dann gibt es zwei Möglichkeiten:

- Entweder es ergeht ein einstimmiger Beschluss, wonach die entsprechende Person ermächtigt wird, selbstständig vorzugehen oder indem sie selbst darauf verzichtet, weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft einstimmig beschlossen hat sich darum zu kümmern.

oder

- es ist nicht möglich, sofort einen einstimmigen Beschluss zu fassen. Der Stockwerkeigentümer oder die Stockwerkeigentümerin kann trotzdem eine Mängelrüge erheben. Das weitere Vorgehen wird jedoch von Abs. 2 bestimmt.

c. Abs. 2

Solange keine einstimmige Ermächtigung erteilt worden ist, aber längstens während eines Jahrs seit der Mängelrüge, kann keine Stockwerkeigentümerin und kein Stockwerkeigentümer ihren oder seinen Anspruch auf Minderung für Mängel am gemeinschaftlichen Teil geltend machen. Das bedeutet, dass der Nachbesserung grundsätzlich ein gesetzlich verankerter Vorrang eingeräumt wird.

d. Abs. 3

Die Stockwerkeigentümerin oder der Stockwerkeigentümer kann jedoch auch ohne Ermächtigung eine Nachbesserung des Werks verlangen, sofern die Rechte auf Wandelung oder Minderung gemäss diesem Absatz rechtsgültig wegbedungen oder eingeschränkt worden sind. Rein sprachlich ist die im Entwurf vorgeschlagene Formulierung «wegbedingt» durch «wegbedungen» zu ersetzen.

Noch einmal zu überprüfen ist die Frage, ob es für eine Stockwerkeigentümerin oder einen Stockwerkeigentümer – gerade in einer grossen Gemeinschaft – zumutbar bzw. überhaupt möglich ist, die Frage des Verzichts auf den Ermächtigungsbeschluss zu prüfen. Dies würde bedingen, dass die betreffende Stockwerkeigentümerin oder der betreffende Stockwerkeigentümer Einblick in die Kaufverträge aller übrigen Eigentümerinnen und Eigentümer haben müsste.

e. Abs. 4

Diese Bestimmung behält Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB vor. Dies ist auch sinnvoll.

f. Gesamtbeurteilung

Man sieht, dass der Gesetzgeber versucht, ein koordiniertes und ausgewogenes System zu etablieren, was im Interesse aller Beteiligten, insbesondere der Gemeinschaft und der einzelnen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ist. Für die Praxis stellt sich jedoch die Frage, ob die Stockwerkeigentumsverwaltungen in der Lage sein werden, ein solches System korrekt anzuwenden oder ob damit Haftungsansprüche der Stockwerkeigentümerschaft gegenüber den Verwaltungen drohen. Natürlich ist nicht primär die Verwaltung bzw. die Gemeinschaft für das Vorgehen zuständig, da es sich um jene Fälle handelt, in denen das ursprüngliche Mängelhaftungsrecht bei der einzelnen Stockwerkeigentümerin bzw. beim einzelnen Stockwerkeigentümer liegt. Mit der Möglichkeit, dieses Recht der Gemeinschaft abzutreten (BGE 145 III 8), ist jedoch davon auszugehen, dass in Zukunft mehr Fälle auftreten werden, in denen trotzdem die Gemeinschaft Träger der Gewährleistungsrechte wird und damit die Verwaltungen mit der Wahrnehmung von Mängelhaftungsrechten für die Gemeinschaft beauftragt werden. Die Geltendmachung von ursprünglichen Gewährleistungsrechten nach der Erstellung ist jedoch nicht Aufgabe der Verwaltung. Deshalb ist zu untersuchen, ob nicht Möglichkeiten gefunden werden können, die eine einfachere Koordination der Gewährleistungsrechte ermöglichen würden. Eine sehr einfache Möglichkeit würde darin bestehen, dass die Gewährleistungsrechte an gemeinschaftliche Teile bei Erstellung des Gebäudes im Rahmen einer Legalzession von den Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern auf die Gemeinschaft übertragen würden, wie dies die Lehre vor dem BGE 114 II 239 vorgeschlagen hatte. Damit wären sämtliche Koordinationsprobleme ausgeräumt. Diese Lösung wurde vom Bundesgericht lediglich deshalb verworfen, weil es dazu keine gesetzliche Grundlage gab.

14. Art. 712n Abs. 2 VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung zu einem zentralen Instrument geworden, weil das Bundesgericht der Protokollierung des Beschlusses eine konstitutive Wirkung beimisst, obwohl dies nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht.

b. Abs. 2

Abs. 2 kodifiziert nun die Rechtsprechung des Bundesgerichts und führt noch zusätzlich eine Formvorschrift und eine Verteilungspflicht ein.

Gemäss Satz 1 bedarf ein Beschluss zu seiner Gültigkeit neu der Protokollierung. Dies entspricht – wie bereits erwähnt – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und kann als sinnvoll bezeichnet werden. Zudem wird ausdrücklich geregelt, dass das Protokoll datiert und unterzeichnet sein muss. Es ist davon auszugehen, dass die Unterschrift des Aktuars bzw. des Vorsitzenden genügt. Idealerweise unterzeichnen beide. Das Datum ist wohl jenes der Verfassung des Protokolls und nicht jenes der Versammlung. Die Formulierung des Gesetzes setzt in der Regel voraus, dass ein Original des Protokolls auszudrucken und durch die Verwaltung aufzubewahren ist. Es stellt sich weiter die Frage, ob der Gesetzgeber im Hinblick auf die technologischen Möglichkeiten nicht eine andere Formulierung finden sollte als das «Unterzeichnen», damit die Bestimmung auch zukunftsfähig ist. Denkbar wäre beispielsweise das Zulassen von Faksimile-Unterschriften. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass – wenn überhaupt – kaum Fälle bekannt sind, in denen die Echtheit von Unterschriften auf Protokollen Thema von Streitigkeiten gewesen wäre.

Gemäss dem 2. Satz ist das Protokoll (in Kopie oder in einer elektronischen Fassung) jeder Stockwerkeigentümerin bzw. jedem Stockwerkeigentümer zu übermitteln. Es besteht keine Pflicht, jeder Person ein Original auszuhändigen. Auch dies würde dem heutigen Trend entsprechen, Protokolle und andere Dokumente nur noch auf elektronischem Weg zugänglich zu machen.

15. Art. 712o Abs. 3 VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Das Stockwerkeigentum verweist für die Durchführung der Stockwerkeigentümerversammlung auf das Vereinsrecht. Deshalb findet Art. 67 Abs. 2 ZGB für die Berechnung des einfachen Mehrs Anwendung. Das bedeutet, dass ein Beschluss mit einfachem Mehr – unter Vorbehalt einer anderslautenden Reglementsbestimmung – mit der Mehrheit der anwesenden und/oder vertretenen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer (die Vertretung ist gemäss Art. 712p Abs. 1 ZGB implizit zugelassen) zustande kommt. Mit anderen Worten: Stimmen, die abgegeben wurden, aber ungültig sind, bzw. Enthaltungen wirken sich im Endeffekt als Nein-Stimmen aus, weil sie trotzdem in die Berechnungsbasis fliessen.

b. Abs. 3

Mit Art. 712o Abs. 3 VE-ZGB findet eine Abkehr von der soeben umschriebenen Berechnungsweise des einfachen Mehrs statt. Man würde neu nur noch die abgegebenen Stimmen in die Berechnung des einfachen aber auch des qualifizierten Mehrs einfliessen lassen. Damit würde sich das neue Recht an das Recht der Aktiengesellschaft (Art. 704a OR) anlehnen statt an das Vereinsrecht. Es würde eine Mischform entstehen, in der für gewisse Fragen das Vereinsrecht, für andere Fragen aber das Gesellschaftsrecht relevant wäre. Die Ausräumung der eine Unsicherheit würde zu neuen Unsicherheiten führen – etwa, inwieweit das Gesellschaftsrecht auf das Stockwerkeigentum Anwendung findet. Eine Präzisierung der Berechnungsweise ist zwar nicht falsch, aber dann sollte sie dem System des Gesetzgebers entsprechen und keine Breschen schlagen. Hier ist die Klärung zudem unvollständig, denn die Konsequenzen in der Berechnung des qualifizierten Mehrs wären mit der gewählten Formulierung auch unklar. Findet die Aussage nur auf die Berechnung des Kopfstimmenmehr oder auch für die Berechnung des Wertquotenmehr Anwendung? Bisher wird in der Lehre mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass für die Berechnung des Wertquotenmehr stets die 100/100 als Basis ausschlaggebend sind, ungeachtet davon, wie viele Personen an der Versammlung anwesend oder vertreten sind. Will man hier möglichst die Rechtslage präzisieren, ohne eine schwer überschaubare Umkehr des Gesetzessystems zu verursachen, wäre die Bestimmung sinngemäss wie folgt zu formulieren:

Sofern das Reglement nichts anderes bestimmt, werden zur Berechnung des Kopfstimmenmehr, mit Ausnahme der Einstimmigkeit, die gültig abgegebenen Stimmen der anwesenden oder vertretenen Eigentümerinnen und Eigentümer berücksichtigt.

16. Art. 712o^{bis} VE-ZGB

a. Vorbemerkung

In der Praxis erleben die Verwaltungen immer öfter einzelne Stockwerkeigentümerinnen oder Stockwerkeigentümer, die sich renitent verhalten, bei allen Beschlussfassungen «Nein» stimmen und schliesslich auch

die Beiträge an gemeinschaftliche Kosten und Lasten nicht bezahlen. Diese Personen verursachen einen übermässigen Aufwand oder blockieren einen ordentlichen Betrieb ganz. Deshalb ist es wichtig, dass gegen solche Machenschaften reagiert werden kann. Der Bundesrat sieht einen zeitlich beschränkten Entzug des Stimmrechts vor, was diese Personen dort trifft, wo sie sehr sensibel sind, nämlich an ihrer Möglichkeit, sich gegen Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung aufzulehnen. Deshalb ist der Entzug grundsätzlich sinnvoll.

b. Abs. 1

Die Sanktion des vorübergehenden Stimmrechtsentzugs ist möglich, wenn alternativ entweder eine systematische Verweigerung der Zustimmung zu Beschlüssen der Gemeinschaft vorliegt oder aber bei der wiederholten Verletzung substantieller finanzieller Pflichten. Diese Umschreibung wird begrüsst. Die Voraussetzung ist ein einstimmiger Beschluss der anderen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer, was angesichts der Tragweite der Problematik angemessen erscheint. Es handelt sich um einen stockwerkeigentumsinternen Beschluss (ohne richterliche Kontrolle), weshalb hohe Anforderungen an die demokratische Legitimierung zu stellen sind. Festzuhalten ist hier, dass die Einstimmigkeit sich für diese Bestimmung lediglich auf die anwesenden oder vertretenen Eigentümerinnen oder Eigentümer beziehen darf, ansonsten ein Stimmrechtsausschluss gerade in grösseren Gemeinschaften nie zustande kommen wird. Dementsprechend wird vorgeschlagen, dass der Vorentwurf folgendermassen ergänzt wird: «... durch Beschluss sämtlicher anderen *anwesenden* oder *vertretenen* Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer ...»

Man muss sich jedoch bewusst sein, dass ein solcher Entscheid regelmässig vor dem zuständigen Gericht angefochten werden dürfte (Art. 75 ZGB), weshalb mit einer Zunahme der gerichtlichen Konflikte zu rechnen ist. Es liegt dann an der Rechtsprechung, einen Weg zu finden, der die Anwendung dieser Bestimmung nicht aussichtslos erscheinen lässt und gleichzeitig die Rechte der betroffenen Stockwerkeigentümerin und des betroffenen Stockwerkeigentümers dennoch angemessen wahrt. Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass selbst bei einer Anfechtung des Beschlusses der Entzug des Stimmrechts rechtswirksam ist, bis das Gericht darüber entschieden hat (Gültigkeit mit Anfechtungsvorbehalt). Dies gilt jedoch nur so lange, als das Gericht keine aufschiebende Wirkung verfügt. Eine solche aufschiebende Wirkung muss die Ausnahme bleiben, weil die Massnahme sonst aufgrund der Verfahrensdauer keine Wirkung entfalten kann. Sollte der Beschluss nachträglich vom Gericht aufgehoben werden, müssten jedoch die in der Zwischenzeit ohne den vom Stimmrecht Ausgeschlossenen gefassten Beschlüsse ihrerseits wieder aufgehoben werden, da sie widerrechtlich zustande gekommen wären. Fraglich ist mit der gewählten Regelung, ob der vom Stimmrecht Ausgeschlossene diese Beschlüsse anfechten muss, damit sie nicht rechtskräftig werden, ebenso, ob der vom Stimmrecht Ausgeschlossene diese Beschlüsse mangels Stimmrecht überhaupt anfechten kann.

c. Abs. 2

Eine Eingrenzung der Ausschlussdauer und der Ausschlusshäufigkeit ist sinnvoll. Nach dreimaligem Stimmrechtsausschluss ist eine Ausschlussklage der Stockwerkeigentümerin bzw. des Stockwerkeigentümers ins Auge zu fassen. Hingegen bestehen Zweifel, dass es sinnvoll ist, den Stimmrechtsausschluss auf maximal 6 Monate verfügen zu dürfen. In der Regel findet im Stockwerkeigentum nur einmal jährlich eine ordentliche Stockwerkeigentümersammlung statt. Darf man nun einen Stimmrechtsausschluss lediglich für 6 Monate verfügen, hat dies oft überhaupt keine Auswirkung auf die betroffene Person, bzw. man zwingt die Gemeinschaft dazu, innerhalb dieser 6 Monate eine ausserordentliche Stockwerkeigentümersammlung durchzuführen, was u.U. mit erheblichen Kosten und Aufwand verbunden ist. Aus dieser Optik ist die Maximaldauer des Stimmrechtsausschlusses auf ein Jahr oder mehr festzulegen. Alles andere ergibt keinen Sinn. Alternativ könnte der Stimmrechtsausschluss auch für die nächste ordentliche bzw. ausserordentliche Versammlung oder auch für mehrere Versammlungen verfügt werden.

17. Art. 712u VE-ZGB

a. Vorbemerkung

Hier wird in Art. 712u Abs. 2 VE-ZGB ausschliesslich für das Stockwerkeigentum die Möglichkeit geschaffen, der ausgeschlossenen Stockwerkeigentümerin bzw. dem ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer die Nutzung des Grundstücks zu verbieten. Es stellt sich die Frage, ob diese Möglichkeit nicht auch für das einfache Miteigentum bestehen soll, da es in vielen Fällen ähnliche Probleme geben kann. Deshalb sollte diese Ergänzung auch als Art. 649b Abs. 2^{bis} ZGB einfließen. Der Verweis des erläuternden Berichts auf vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO überzeugt hier nicht, nachdem der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass nur «einer ausgeschlossenen Stockwerkeigentümerin bzw. einem ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer die Nutzung des Grundstücks» verboten werden kann. Hier ist eine Formulierung zu finden, welche die vorsorgliche Massnahme nicht von vornherein ausschliesst.

b. Abs. 1

Heute ist unbestritten, dass der Ausschluss eines Miteigentümers (Art. 649b f. ZGB) auch auf das Stockwerkeigentum Anwendung findet. Art. 712u Abs. 1 VE-ZGB bestätigt diesen Umstand lediglich, was rechtlich unproblematisch ist.

c. Abs. 2

Hier ergänzt die Vorlage, dass das Gericht der ausgeschlossenen Stockwerkeigentümerin bzw. dem ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer die Nutzung des Grundstücks verbieten darf, was sinnvoll erscheint. Fraglich ist, ob es sich hierbei um ein gänzlich neues Verbot handelt oder ob hier eine Anlehnung an Art. 28b ZGB stattfindet. Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass Art. 28b ZGB bei dieser Massnahme nicht relevant sein darf.

Unklar ist, inwiefern diese Massnahme als vorsorgliche Massnahme nicht bereits vor dem Ausschluss angeordnet werden können müsste. Wenn man weiss, dass sich ein Ausschlussverfahren im Stockwerkeigentum über Jahre hinziehen kann, obwohl eine klare Unzumutbarkeit der auszuschliessenden Stockwerkeigentümerin bzw. des auszuschliessenden Stockwerkeigentümers vorliegt, stellt sich die Frage der Verantwortung des Staates für die Hinnahme von solchen Situationen während Jahren. Vielleicht müssten für die auszuschliessende Stockwerkeigentümerin bzw. den auszuschliessenden Stockwerkeigentümer andere Voraussetzungen erfüllt sein als beim bereits ausgeschlossenen, damit ein solches Nutzungsverbot verfügt werden darf.

18. Art. 249 Bst. d VE-ZPO

a. Vorbemerkung

Die ZPO ist an die neu geschaffenen Möglichkeiten verfahrensmässig anzupassen. Dabei ist wichtig, dass gewisse Verfahren summarisch stattfinden können, damit die zeitliche Realisierbarkeit gewährleistet bleibt. Mit dem Summarverfahren ist jedoch auch der Verlust von verfahrensmässigen Rechten verbunden, weshalb diese Thematik kritisch zu hinterfragen ist.

b. Ziff. 3^{bis}

Das summarische Verfahren soll im Fall von Massnahmen bei Rechtswidrigkeit des Stockwerkeigentums (Art. 712e^{quinquies} Abs. 2 ZGB) Anwendung finden. Wenn man weiss, dass diese Massnahmen allenfalls die Umwandlung von Stockwerkeigentum in gewöhnliches Miteigentum bedeuten können, ist zu bezweifeln, ob das summarische Verfahren wirklich angebracht ist. Dies gilt insbesondere in jenen Fällen, in denen der Staat selbst eine Rechtswidrigkeit des Stockwerkeigentums während Jahren oder Jahrzehnten hingenommen bzw. nicht kontrolliert hat. Hier wird zwischen der staatlichen Kontrollpflicht und den daraus abzuleitenden Massnahmen für die Stockwerkeigentümer mit zwei unterschiedlichen Ellen gemessen.

c. Ziff. 3^{ter}

Es ist hingegen sinnvoll, die Schaffung, Abänderung und Auflösung eines Erneuerungsfonds im Stockwerkeigentum (Art. 712h^{bis} ZGB) dem summarischen Verfahren zu unterstellen.

d. Ziff. 5

Dasselbe gilt für die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 712f^{bis}, 712i, 779d, 779k und 837–839 ZGB).

III. Bemerkungen zum erläuternden Bericht

Der erläuternde Bericht wurde durch den Bundesrat mit grosser Sorgfalt verfasst und er führt die Lesenden sehr gut durch den Vorentwurf. Nachfolgend erlauben wir uns trotzdem einige wenige Bemerkungen, wo es uns angebracht erscheint.

1. Dreidimensionale Aufteilungspläne

Swisstopo hat vor Jahren untersucht, ob es auch möglich sei, dreidimensionale Aufteilungspläne für das Stockwerkeigentum zu schaffen und im Grundbuch abzulegen (siehe dazu namentlich: Huser Meinrad, Der Aufteilungsplan im Stockwerkeigentum: Neue Darstellung – grössere Rechtsverbindlichkeit?, in: ZBGR 101/2020, S. 205). Der erläuternde Bericht geht mit keinem Wort auf diese Thematik ein. Ein Gesetzgebungsprojekt soll auch zukunftsorientiert sein, weshalb sich der Bundesrat in der Botschaft an das Parlament zu diesem Thema äussern sollte, damit die Praxis wiederum weiss, ob sie sich vertieft mit diesen technologischen Entwicklungen auseinandersetzen soll oder eben gerade nicht. Entsprechend sollte der Bericht in Ziff. 1.2.4 ergänzt werden. Natürlich wäre ein solches – sehr ambitioniertes – Vorhaben mit erheblichen Kosten verbunden, die dem möglichen Nutzen gegenüberzustellen sind.

2. Bauliche Massnahmen im Partikularinteressen

Die Begründung im erläuternden Bericht, wieso keine Regelung zu dieser Fragestellung zu erfolgen habe, mutet merkwürdig an (Ziff. 1.4.1). Das Problem ist in der Praxis noch nie bei der Frage der Kostenverteilung geortet worden (Anwendung Art. 712h Abs. 3 ZGB). Vielmehr liegt es im Umstand, dass gemäss Bundesgericht (BGE 141 III 357) solche baulichen Massnahmen systematisch als luxuriös zu betrachten sind, weshalb Art. 647e ZGB mit der entsprechenden Einstimmigkeitsanforderung Anwendung findet. Dies gilt selbst dann, wenn die bauliche Massnahme für die betroffene Person erforderlich erscheint (z.B. wenn eine Person mit einer Behinderung bauliche Massnahmen benötigt, damit sie in ihre Wohnung gelangen kann). Das Bundesgericht hat hier die Ansicht vertreten, dass weder das Recht für Personen mit Behinderungen noch das Recht des Stockwerkeigentums es ermöglichen, vom Einstimmigkeitsgrundsatz abzuweichen (siehe dazu namentlich BGer 5A_323/2016). Diese Frage lässt der Bundesrat mit seiner falschen Begründung vollständig ausser Acht. Nach vorliegend vertretener Auffassung besteht in dieser Frage zumindest ein Bedarf an einer korrekten Begründung, wenn nicht gar ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

3. Virtuelle Stockwerkeigentümersammlung

Der Bundesrat negiert den Regelungsbedarf für virtuelle Stockwerkeigentümersammlungen (Ziff. 1.4.4). Dabei wird mit der Erforderlichkeit, im Stockwerkeigentum Präsenzversammlungen abzuhalten, und mit der Beschlussfähigkeitserfordernis argumentiert. Wie bereits vorstehend erläutert, ist die Beschlussfähigkeitsanforderung (Art. 712p ZGB) angesichts der Eigentumskonstellationen insbesondere in Fremdenverkehrs-orten unbedingt aufzuheben (I.B.4).

Es trifft zu, dass die virtuelle Stockwerkeigentümersammlung im Gesetz nicht zwingend zu regeln ist. Dies hängt jedoch mit der Organisationsfreiheit der Stockwerkeigentümergeinschaft und mit der Privatautonomie zusammen. Selbstverständlich kann heute im Reglement eine virtuelle oder eine hybride Durchführung der Stockwerkeigentümersammlung rechtsgültig geregelt werden (siehe hierzu bereits vor der Pandemie: Wermelinger Amédéo, Quel Règlement pour quelle PPE?, in: Bohnet François / Carron Blaise (Hrsg.), PPE 2019, Neuenburg 2019, S. 129 und danach: Wermelinger Amédéo, Virtuelles im Stockwerkeigentum, in: Anwaltsrevue 2023, S. 472).

Es ist also zu vermeiden, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Botschaft mit falschen Rechtsaussagen ein Thema negativ behaftet bzw. die Privatautonomie der Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer einschränkt, wozu es überhaupt keinen Anlass und keine Rechtfertigung gibt. Dieser Teil der bundesrätlichen Erläuterungen sollte im Hinblick auf eine Botschaft überarbeitet werden.

4. Auswirkungen auf Bund und Kantone

In Ziff. 3 beschönigt der Bundesrat die möglichen Auswirkungen der Revision auf Bund und Kantone. Die zusätzlichen Rechtsmittel und -wege sowie die zusätzlichen Anforderungen formeller Natur werden Folgen für die Gerichte und für die Grundbuchämter haben. Hier werden Lösungen gefunden werden müssen, insbesondere um zu verhindern, dass die Umsetzung des neuen Rechts bei der Tätigkeit der Grundbuchämter zu längeren Bearbeitungsfristen führt.

5. Auswirkungen auf die Gesellschaft

Erster Satz: Die statistischen Zahlen sind zu aktualisieren und korrekt auszudrücken. Tatsächlich handelt es sich bei diesen Angaben nur um die «von den Eigentümern selbst bewohnten Erstwohnungen». Weder die vermieteten Wohnungen im Stockwerkeigentum noch die Zweitwohnungen im Stockwerkeigentum sind in dieser Statistik enthalten. Die Änderungen haben somit für einen bedeutenden Teil der Bevölkerung eine erhebliche Tragweite.

6. Auswirkungen auf die Umwelt

Selbstverständlich hat ein gut unterhaltener Gebäudepark (namentlich dank den Mitteln des Erneuerungsfonds) eine positive Auswirkung auf die Umwelt.

Kontakt

Stefanie Hausmann
Rechtsanwältin, MLaw
Präsidentin Fachkammer Stockwerkeigentum
Brunastrasse 39
8002 Zürich

+41 44 521 02 05

info@fkstwe.ch

www.fkstwe.ch

SVIT Schweiz
Maneggstrasse 17
8041 Zürich

+41 434 78 88

info@svit.ch

www.svit.ch