

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Stephan Wolf / Martin Eggel (Herausgeber)

50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum

Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern vom 12./13. November 2015



Stämpfli Verlag

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

INR 18

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Stephan Wolf / Martin Eggel (Herausgeber)

**50 Jahre Schweizerisches
Stockwerkeigentum**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Stephan Wolf / Martin Eggel
(Herausgeber)

50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum

Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom
12./13. November 2015

Beiträge von

Martin Bichsel

Martin Eggel

Bernd Hammermann

Martin Häublein

Stephanie Hrubesch-Millauer

Jonas Mangisch

Andreas Vonkilch

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-1637-4
ISBN Judocu 978-3-0354-1360-1
ISBN E-Book 978-3-7272-5959-3



Symposium 50 Jahre Schweizerisches Stockwerkeigentum – eine Synthese

Stephan Wolf / Martin Eggel

Obwohl das Symposium zum Stockwerkeigentum an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 12./13. November 2015 anfänglich und in erster Linie angedacht war als Möglichkeit der vertieften Betrachtung des Stockwerkeigentums für interessierte Kreise durch einen rechtsvergleichenden Ansatz, so stellte sich am Anlass selbst und in der Nachbearbeitung immer deutlicher heraus, dass die gewonnenen Erkenntnisse über bekannte und unbekannte Probleme und Lösungen im benachbarten deutschsprachigen Ausland – konkret in Deutschland, Österreich und Liechtenstein – eo ipso auch einen Beitrag zur gegenwärtig in der Schweiz stattfindenden Reformdebatte zu leisten vermögen.¹ Gerade deshalb wird darauf in der nachfolgenden Synthese ein besonderer Schwerpunkt gesetzt.

An *Beobachtungen allgemeiner Natur zum Symposium* sollen hier nur drei kurz angeführt werden. Auch wenn sich die sogleich angeführten Feststellungen sicherlich ebenso bei anderen Rechtsmaterien machen liessen und es sich dabei keinesfalls um wirklich neue Erkenntnisse handelt, so scheint es – mit Blick auf ihre Bedeutung – gleichwohl angezeigt, sie hervorzuheben.

Dass – erstens – zwischen den einzelnen Arten von Stockwerkeigentum in den verschiedenen Rechtsordnungen durchaus Parallelen, aber auch Unterschiede bestehen, erstaunt nicht, wohl allerdings eine Wurzel dieser Tatsache: Gewisse nicht unerhebliche Abweichungen ergeben sich aus auf den ersten Blick kaum erkennbaren dogmatischen Unterschieden in der Grundkonzeption des Stockwerk(s)- resp. Wohnungseigentums.² Es hat sich am Symposium denn ebenfalls gezeigt, wie wichtig, ja letztlich unabdingbar eine *gründliche*

¹ Dazu etwa die Hinweise bei EGGEL, S. 7 f. in diesem Band; 14.3832 – Postulat „Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau“, 25.9.2014, eingereicht von Nationalrat Andrea Caroni; siehe etwa auch die zuvor eingereichten und von den Eidgenössischen Räten abgelehnten Vorbringen 12.3168 – Motion „Lockerung des Einstimmigkeitsprinzips im Stockwerkeigentumsrecht beim Ersatzneubau“, 14.3.2012, eingereicht von Nationalrat Filippo Leutenegger, und 13.3552 – Interpellation „Probleme bei der Sanierung von Stockwerkeigentum“, 20.6.2013, eingereicht von Nationalrat Karl Vogler.

² Besonders illustrativ dazu etwa das von HÄUBLEIN, S.79 f., in diesem Band angeführte Beispiel betreffend die Notwendigkeit einer Personenmehrheit zur Begründung von Stockwerk(s)- resp. Wohnungseigentum.

und präzise Erfassung zivilrechtlicher Institute ist, um insbesondere auch die Rechtsfolgen richtig bestimmen zu können.

Von besonderem Gewinn war – zweitens – der Einbezug der *liechtensteini-schen Perspektive*. Diese verdeutlichte die grundlegende Bedeutung von *Rechtsvergleichung bereits im Gesetzgebungsprozess*³, und sie zeigte auf, wie heilsam eine solche auf Revisionsprozesse wirken kann.⁴ Diese Erkenntnis ist – mag auch die Situation in Liechtenstein namentlich durch Faktoren wie die Grösse des Staates und seiner Bevölkerung bedingt sein – ohne weiteres verallgemeinerungsfähig.

Die Darstellung eines komplexen *Falles von Stockwerkeigentumsbegründung aus der Praxis*⁵ hat – drittens – belegt, wie durch *gute rechtsgeschäftliche Gestaltung* eine Vielzahl von in den Länderreferaten angesprochenen Problemen bereits von Anfang an gelöst werden kann.⁶ Arbeitet der Notar etwa den Begründungsakt und namentlich auch das Stockwerkeigentümerreglement sorgsam aus, so kann darin ein bedeutender Beitrag zur Streitvermeidung und damit letztlich zur Rechtssicherheit liegen.

In der anschliessenden *Diskussion* wurden namentlich die im Revisionspostulat Caroni⁷ angesprochenen Themata vertieft oder aus anderer, ergänzender Perspektive als in den Vorträgen behandelt.

Zunächst wurde diskutiert, ob die gesetzliche Einführung eines zwingend zu äufnenden *Erneuerungsfonds* die Vornahme von notwendigen Sanierungsarbeiten begünstigen könnte.⁸ Sowohl Schaffung als auch Äufnung eines Erneuerungsfonds sind nach schweizerischem Recht fakultativ, und der Fonds ist – so vorhanden – häufig unterdotiert.⁹ Aus Schweizer Sicht wurde sogleich die Frage gestellt, ob eine entsprechende Regelung nicht zwangsläufig eine unbefriedigende, pauschale „Eingriffsgesetzgebung“ darstellte, welche den ganz unterschiedlichen Situationen kaum gerecht werden dürfte: Weshalb etwa vier Stockwerkeigentümer mit überdurchschnittlich gutem finanziellen Hintergrund ihr Geld nicht sinnvoller anlegen dürften, sei ebenso fraglich wie der Umstand, wie denn ein Stockwerkeigentümer mit zeitweise knappen finanziellen Verhältnissen dem Erfordernis gerecht werden können soll.¹⁰ Die

³ Siehe dazu HAMMERMANN, S. 129 ff. in diesem Band.

⁴ Siehe dazu HAMMERMANN, S. 137 in diesem Band.

⁵ Siehe dazu BICHSEL, S. 141 ff. in diesem Band.

⁶ Anschaulich etwa BICHSEL, S. 149 f. und S. 151 in diesem Band.

⁷ Siehe den Hinweis in Fn. 1 hievore.

⁸ Siehe dazu die Podiums- und Plenumsdiskussion, S. 153 ff. in diesem Band.

⁹ Dazu WOLF/MANGISCH, S. 64 f. in diesem Band.

¹⁰ Votum WOLF, S. 154 in diesem Band.

Tatsache, dass sowohl Österreich wie Deutschland hierzu gesetzliche Regelungen kennen¹¹, die von den jeweiligen Referenten nicht als umfassend befriedigend eingeschätzt werden¹² – insbesondere bezüglich Festlegung der Höhe des Fonds –, verfestigte den Eindruck, dass bei einer allfälligen Gesetzesrevision einer ausdifferenzierten Ausgestaltung besonderes Augenmerk zu schenken wäre. Im Rahmen der Diskussion wurde etwa der sehr prüfenswerte Vorschlag unterbreitet, gegebenenfalls eine derogierbare, bezüglich der Höhe wohl offen formulierte Äufnungspflicht mit einem vorgehenden Pfandrecht der Gemeinschaft für Beitragsforderungen zu verbinden. Das könnte dazu führen, dass durch den Druck der – bezüglich des Pfandrechts für die Beitragspflicht dann nachrangigen – Hypothekargläubiger (insbesondere Banken) hinsichtlich der Fondshöhe einzelfallgerechte Lösungen getroffen würden.¹³

Ebenfalls diskutiert wurden Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der *Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung der Baute* und die damit verbundene Frage der Sicherung des Erwerbers.¹⁴ Dieses Problem ist nach allen besprochenen Rechtsordnungen nicht ein spezifisch stockwerkeigentumsrechtliches, sondern vielmehr eine allgemeine, obligationenrechtliche Schwierigkeit im Zusammenhang mit der Erscheinung „Kauf ab Plan“.¹⁵ Dementsprechend müsste eine diesbezügliche Lösung für die Schweiz allenfalls im Obligationenrecht geschaffen werden. Was die finanzielle Sicherung des Käufers betrifft, so wird in der Schweiz häufig eine notarielle Gestaltung der etappenweisen Finanzierung vorgeschlagen und auch vorgenommen, soweit der Projektträger dabei mitwirkt.¹⁶ Sowohl in Deutschland wie in Österreich sind dazu hingegen Rechtssätze erlassen worden (Mäkler- und Bauträgerverordnung; Bauträgergesetz), welche – zumindest in Deutschland – aus der Notariatspraxis hervorgingen. Obwohl diesbezüglich Probleme verbleiben – etwa die Mehrkosten bei Insolvenz des Projektträgers –, werden bestehende gesetzgeberische Regelungen von den jeweiligen Länderreferenten als durchaus gelungen eingeschätzt.¹⁷ Deutlich wird, dass eine Lösung der in diesem Zusammenhang angesprochenen Schwierigkeiten in der Schweiz nicht primär

¹¹ Zur österreichischen Regelung siehe VONKILCH, S. 117 in diesem Band. Zur deutschen Regelung siehe HÄUBLEIN, S. 98 f. in diesem Band.

¹² Votum VONKILCH, S. 154 f. und S. 156, und Votum HÄUBLEIN, S. 155 f., beide in diesem Band.

¹³ Votum KOLLER, S. 159 in diesem Band.

¹⁴ Siehe dazu die Podiums- und Plenumsdiskussion, S. 159 ff. in diesem Band.

¹⁵ Für die Schweiz prägnant Votum KOLLER, S. 162 f., WOLF/MANGISCH, S. 51 f., für Deutschland etwa HÄUBLEIN, S. 84 f. und S. 104, und für Österreich VONKILCH, S. 114 ff., alle in diesem Band.

¹⁶ Votum BICHSEL, S. 160 in diesem Band.

¹⁷ Votum HÄUBLEIN, S. 161 f., und Votum VONKILCH, S. 163, beide in diesem Band.

eine Revision des Stockwerkeigentumsrechts erfordert, sondern vielmehr die Klärung gewisser Fragen des Kaufs- und Werkvertragsrechts durch Gerichte oder den Gesetzgeber.^{18 19} Die genuin sachenrechtliche Frage, wie Stockwerkeigentum an einer noch nicht bestehenden Baute begründet werden kann, stellt dagegen nach allseitiger, übereinstimmender Auffassung kaum ein praktisches Problem dar und lässt sich auch dogmatisch durchaus bewältigen.²⁰

Weiter wurde das sehr offene, im Einzelnen vielschichtige *Problemfeld von Querulanten* behandelt. In diesem Zusammenhang thematisiert wurde insbesondere die Nichtverlängerung von zeitlich auslaufenden, dem Stockwerkeigentum zugrundeliegenden Baurechten.²¹ Die Tatsache, dass nach ganz herrschender Lehre ein Stockwerkeigentümer durch seine Nichtzustimmung eine Verlängerung des Baurechts verhindern kann, ist aus Schweizer Optik gerade deshalb störend, weil es dem Stockwerkeigentum als auf Dauer angelegtem gemeinschaftlichem Eigentum widerspricht.²² Die Aufhebung von Stockwerkeigentum soll grundsätzlich nur nach den Wertungen von Art. 712f Abs. 3 und 4 ZGB erfolgen können. In Österreich, wo die Problematik aufgrund der späten Einführung der Möglichkeit der Baurechtsbegründung zur Zeit noch nicht allzu aktuell ist, werden diesbezüglich – wie in der Diskussion vorgebracht²³ – verschiedene Lösungsansätze vorgeschlagen: So wird etwa vertreten, derartiges Verhalten eines Wohnungseigentümers sei rechtsmissbräuchlich und dürfe keinen Rechtsschutz erfahren. Weiter wurde versucht, die Treuepflichten aus dem Gesellschaftsrecht in das Gemeinschaftsrecht zu übertragen. Überdies wurde auch die Überlegung angestellt, ob man für solche Verfügungen – wie bei der ausserordentlichen Verwaltung – zulassen

¹⁸ Siehe etwa 14.453 – Parlamentarische Initiative „Für verbindliche Haftungsregeln beim Kauf neuer Wohnungen“, 25.9.2014, eingereicht von Nationalrätin Petra Gössi, mit welcher Art. 219 OR wie folgt geändert werden soll: „Beim Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück mit einer Baute, die weniger als ein Jahr vor dem Verkauf überwiegend neu erstellt wurde, hat der Käufer bei Mängeln der Baute auch das unabdingbare Recht, vom Verkäufer die unentgeltliche Beseitigung der Mängel zu verlangen, sofern dies dem Verkäufer nicht übermässige Kosten verursacht. Mängel sind dem Verkäufer innert 60 Tagen nach der Entdeckung anzuzeigen.“ (Abs. 4).

¹⁹ Diesbezüglich wurde zu recht etwa auf die Problematik der Mehrfachzession von Gewährleistungsrechten oder der AGB-Charakter von nach Musterurkundensammlungen erstellten notariellen Kauf-/Werkverträgen hingewiesen. Siehe Votum KOLLER, S. 164 in diesem Band.

²⁰ Für die Schweiz WOLF/MANGISCH, S. 51 ff., für Deutschland HÄUBLEIN, S. 79 f., und für Österreich VONKILCH, S. 115, alle in diesem Band.

²¹ Siehe dazu die Podiums- und Plenumsdiskussion, S. 165 ff. in diesem Band.

²² Dazu WOLF/MANGISCH, S. 53 und S. 61 f., und Votum WOLF, S. 166 f., beide in diesem Band.

²³ Votum VONKILCH, S. 165 f. in diesem Band.

will, dass das Gericht nach Prüfung der Sachlage die fehlende Zustimmung einzelner Gemeinschafter substituieren kann. Für Deutschland wird etwa vertreten, § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zur Anwendung zu bringen, wonach ebenfalls der Richter den unwilligen Gemeinschafter zur Abgabe der Willenserklärung verhalten könnte.²⁴ Schliesslich wurde für die Schweiz zutreffend vorgetragen, Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) in seiner ursprünglichen, vom historischen Gesetzgeber gewollten Bedeutung auszuschöpfen und bei solchen Fällen heranzuziehen.²⁵

Das Symposium hat gezeigt, dass das Stockwerkeigentum – im benachbarten deutschsprachigen Ausland wie in der Schweiz – einige offene Fragen aufweist, für die eine Klärung wünschenswert wäre. Die Unsicherheiten in der Lehre bezüglich der Lösung gewisser, seit Inkrafttreten des Gesetzes bekannter Probleme kann ein Zeichen dafür sein, dass die Gesetzgebung ungenügend ist.²⁶ Ebenso sehr kann dies aber auch Ausdruck einer jedenfalls im Einzelnen schwächeren Jurisprudenz sein. Ob zur Ausräumung dieser Unsicherheiten in der Schweiz – mit Blick auf die am Symposium angesprochenen Erfahrungen im Ausland – wirklich der Gesetzgeber tätig werden muss oder ob nicht – freilich durch die Lehre fundierte – richterliche Entscheidungen bereits Abhilfe schaffen könnten, soll und kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Auf jeden Fall aber steht fest, dass eine Revision des Gesetzes nur dann zu mehr Rechtssicherheit beitragen kann, wenn die zu lösenden Probleme vorerst klar und nachvollziehbar herausgearbeitet werden, und wenn der Gesetzgeber feststehende zivilrechtliche Grundsätze achtet, Erfahrungen des umliegenden Auslands einbezieht und die neuen Normtexte sorgsam formuliert.²⁷ Andernfalls wird mit neuer Gesetzgebung nur mehr und neue Unsicherheit geschaffen.

²⁴ Votum HÄUBLEIN, S. 168 f. in diesem Band.

²⁵ Votum HUWILER, S. 170 f.; im Ergebnis auch Votum HAUSHEER, S. 167 f., beide in diesem Band.

²⁶ Siehe bereits EGGEL, S. 26 in diesem Band.

²⁷ Ähnlich für die Revision des Erbrechts THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, S. 118; siehe auch EGGEL, S. 25 ff. in diesem Band.