

## Wenn die Klärung keine Klarheit bringt

Amédéo Wermelinger, ordentlicher Professor an der Universität Neuenburg

### I. Einleitung

Das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft ist ein höchst bedeutendes Führungsinstrument, denn es bildet das Herzstück der Gemeinschaftsordnung. Das Reglement soll helfen, eine Stabilität in der gemeinschaftlichen Verwaltung sicherzustellen. Gleichzeitig soll es den wandelnden Bedürfnissen gerecht werden (z.B. Umgang mit Airbnb, mit der Nachhaltigkeit – Fotovoltaik usw. – oder mit den neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen, wie betreutes Wohnen usw.). Der Gesetzgeber hat in Art. 712g Abs. 3 ZGB vorgesehen, dass die Abänderung des Reglements einem qualifizierten Quorum unterstellt wird. Dieses Quorum findet sogar selbst dann Anwendung, wenn sich das Reglement im Begründungsakt befindet. Hier wird also vom Gesetzgeber der Formenparallelismus eindeutig zugunsten des Grundsatzes der Flexibilität der Entwicklung der Gemeinschaftsordnung aufgegeben. Seit Jahren besteht ein Lehrstreit hinsichtlich der Rechtsnatur von Art. 712g Abs. 3 ZGB. Handelt es sich bei dieser Mehrheitsbestimmung um zwingendes Recht, welche nicht verschärft werden darf oder handelt es sich vielmehr um dispositives Recht, welches durch die Parteien ihren Bedürfnissen angepasst werden darf ? Das Bundesgericht hatte sich bisher aus diesem Lehrstreit herausgehalten. Nun hat es beschlossen, diese Nuss zu knacken.

### II. Zusammenfassung

#### A. Sachverhalt

Im Tessin besteht ein Stockwerkeigentum am Lago Maggiore aus 37 Stockwerkanteilen. Ein Stockwerkanteil ist der Hotel- und Restaurantnutzung gewidmet und verfügt über eine Wertquote von 330 Tausendstel. Die anderen 36 Stockwerkeinheiten sind Wohnungen und verfügen gemeinsam über eine Wertquote von 670 Tausendstel. Das Stockwerkeigentum

besteht aus einem Hauptgebäude mit Hotel und Wohnungen und, daran angeschlossen, aus einem Nebengebäude mit einem Restaurant. Gemäss Reglement werden die gemeinschaftlichen Kosten nach Massgabe der Wertquoten verteilt. Dies wurde in der Vergangenheit von der Hoteleigentümerin kritisiert, weil die Gäste des Restaurants namentlich gemäss Reglement ausdrücklich keinen Zugang zum Schwimmbad und zu anderen gemeinschaftlichen Einrichtungen verfügten. Dem wurde Rechnung getragen, indem der Hoteleigentümerin während 10 Jahren eine Reduktion von 15.83% auf die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten gewährt wurden. Stillschweigend fand diese Reduktion auch in den späteren Jahren Anwendung. Nach rund 20 Jahren wurde anlässlich der Stockwerkeigentümerversammlung vom 8. März 2013 diese bevorzugte Behandlung im Rahmen der Sanierung des Schwimmbades mit ausserordentlichem Versammlungsbeschluss aufgehoben. Am 27. September 2013 beantragte die Hoteleigentümerin eine Änderung von Art. 16 Reglement anlässlich der ordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung. Mit der beantragten Änderung sollte ihr fortan eine Reduktion von 25% an der Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten gewährt werden. Die Reglementsänderungen sind im anwendbaren Reglement dem Zweidrittelmehr der Stockwerkeigentümer unterstellt (Art. 16). Letztere Beschlussfassung scheiterte, weil lediglich 616 Tausendstel der Wertquoten und 18 gegen 17 Stockwerkeigentümer zustimmten. Das gesetzliche Quorum von Art. 712g Abs. 3 ZGB wäre hingegen erreicht gewesen. Die Hoteleigentümerin focht beide Beschlüsse an. Beide Anfechtungsklagen wurden erstinstanzlich gutgeheissen. Zweitinstanzlich wurden sie jedoch abgewiesen, womit die Hoteleigentümerin an das Bundesgericht gelangte.

## **B. Rechtliches**

Das Bundesgericht widmet sich in der Erwägung 3 eingehend der hier im Streit liegenden Frage, ob das Reglement selbst eine systematische und allgemeine Verschärfung des Quorums für dessen Abänderung einführen darf. In E. 3.4.1.2 führt es zunächst die Lehrmeinungen auf, welche es in zwei Kategorien aufteilt: Jene Autoren, die sich zugunsten der Flexibilität der Gemeinschaftsordnung und im Sinne eines einseitig zwingenden Charakters von Art. 712g Abs. 3 ZGB gegen eine allgemeine Verschärfung des gesetzlichen Quorums aussprechen. Andere Autoren erachten die Verschärfung als zulässig, aber nur in gewissen Grenzen.

Sodann greift das Bundesgericht auf die über 60-jährige Botschaft des Bundesrates zurück. Dabei führt es aus, dass zwei Hauptmotive zur heutigen Ausgestaltung von Art. 712g Abs. 3 ZGB geführt hätten :

- Einerseits müsse die Minderheit der Stockwerkeigentümer dagegen geschützt werden, dass das Reglement zu einfach abgeändert werden könne (weshalb das qualifizierte Mehr eingeführt worden ist).
- Andererseits müsse verhindert werden, dass ein einzelner Stockwerkeigentümer bzw. eine Minderheit in der Lage sei, sämtliche Änderungen zu blockieren und somit auch die gemeinschaftliche Verwaltung sich nicht weiterentwickeln könne.

Gemäss Bundesgericht entspringt dieser Besorgnis des Bundesrates die Konsequenz, dass eine allgemeine Verschärfung des Reglements als zulässig zu betrachten sei, solange die beiden vorgenannten Funktionen von Art. 712g Abs. 3 ZGB gemäss der Botschaft des Bundesrates sichergestellt seien. Je nach konkreter Situation im Stockwerkeigentum könne somit ein

allgemeines Abänderungsquorum des Reglements von 3/5 oder von 2/3 durchaus zulässig sein. Im vorliegenden Fall sei die Verschärfung auf ein Zweidrittelmehr nicht zuletzt deshalb zulässig (E. 3.4.1.3), weil letztlich gerade jener Stockwerkeigentümer, der über die grösste Wertquote verfügt (330/1000), nicht überbevorteilt werde. Man könne eine Reglementsänderung nur mit einer erheblich Anzahl an Stockwerkeigentümern durchsetzen. Er sei also durch diese Verschärfung der Bestimmung zur Reglementsänderung gerade nicht benachteiligt.

### III. Urteilsbesprechung

Der Unterzeichnete zählt zu jenem Teil der Lehre, der sich gegen die Zulässigkeit einer allgemeinen Verschärfung der Reglementsänderung ausgesprochen hat. Das besprochene Urteil ändert nichts an dessen Auffassung. Bereits der Umstand, dass der Gesetzgeber klar präzisiert hat, dass ein Reglement mit dem qualifizierten Mehr abgeändert werden darf, selbst wenn es sich im Begründungsakt befindet, spricht klar gegen eine solche allgemeine Verschärfung. Ebenso spricht der Umstand, dass eine allgemeine Verschärfung des Quorums immer eine Einschränkung der Flexibilität der Entwicklung der Gemeinschaftsordnung zur Folge hat, gegen die Folgen des bundesgerichtlichen Urteils. Somit werden Entwicklungen im Bereich der Nachhaltigkeit, des Miteinanderlebens usw. ohne Not erschwert, was keinen Schutz der Rechtsprechung verdient.

Schliesslich, und das ist noch viel problematischer am besprochenen Urteil, führt das Bundesgericht eine gewisse und unbestimmte Beliebigkeit in der Beurteilung der Reglemente ein. Mit der vom Unterzeichneten vertretenen Auffassung, war für jeden Stockwerkeigentümer (und auch für jeden Rechtsvertreter) klar, wann eine Reglementsbestimmung als zulässig zu gelten hat und wann nicht. Die situative Betrachtung des Bundesgerichts eröffnet ein ganz neues Feld von möglichen zulässigen Bestimmungen, welche zwangsweise dazu führen, dass in Zukunft mehr Prozesse mit einem höheren Unsicherheitsfaktor geführt werden. Gerade die Erwägung von Ziff. 3.4.1.3 zeigt, dass es dann jeweils aktuell auf die konkreten Umstände im beurteilten Stockwerkeigentum ankommen wird. Das wirft jedoch folgende vier Fragen auf :

- Wie ist es möglich, einen allgemein gültigen Grundsatz aus dem besprochenen Urteil abzuleiten, welcher es der Praxis erlaubt, klare Richtlinien für die Verfassung des Reglements aufzustellen ? Der Bedarf an einer situativen und konkreten Analyse führt dazu, dass sowohl die Investoren als auch die Notare künftig mit einem hohen Unsicherheitsfaktor bei der Verfassung eines Reglements konfrontiert werden. Das wiederum verursacht, erfahrungsgemäss, eine höhere Anzahl an strittigen Fällen, die letztlich vermutlich Gericht ausgetragen werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht ein solches Ziel beabsichtigte.
- Schlimmer noch : Was geschieht wenn sich die Situation in einem Stockwerkeigentum nachträglich dergestalt verändert, dass eine ursprünglich «zulässige Erschwerung» nachträglich als problematisch zu beurteilen ist ? Ist eine ursprünglich zulässige Reglementsbestimmung dann nachträglich unzulässig, weil sich beispielsweise die Mehrheitssituation innerhalb des Stockwerkeigentums verändert hat ? Dies kann der Fall sein, wenn ein 3/5-Mehr für die Reglementsänderung aufgestellt wird und nachträglich ein Stockwerkeigentümer eine Gesamtwertquote von 41% erwirbt. Dann kann er alleine alle Reglementsänderungen abwürgen. Spätestens ab diesem Zeitpunkt wird also gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil die konkrete und situative

Lage problematisch und ist das bis dahin zulässige Quorum für die Reglementsänderung wohl neu als unzulässig zu betrachten. Dies vereinfacht die Verwaltung von Stockwerkeigentum – die erwiesenermassen auch sonst nicht einfach ist – nicht unbedingt.

- Dient der vom Bundesgericht zitierte Auszug aus der bundesrätlichen Botschaft wirklich der Argumentation des Bundesgerichts? Nach der vorliegend vertretenen Auffassung eben gerade nicht. Der Umstand, dass der Bundesrat einerseits einen Schutz der Minderheit erreichen wollte, indem er ein qualifiziertes Mehr einfügte, gleichzeitig jedoch die Weiterentwicklung der Gemeinschaftsordnung nicht über Gebühr erschweren wollte und deshalb auch die Abänderung jener Reglemente dem gesetzlichen Quorum unterstellte, die im Begründungsakt verankert sind, spricht gerade für dessen Willen, dieses Quorum als zwingend im Gesetz verankert zu haben. Dass das Bundesgericht gerade in diesem Auszug des Bundesrates eine Relativierung der Mehrheitserfordernisse sehen will, überrascht sehr.
- Gerade im vorliegenden Fall überrascht auch die gerichtliche Einschätzung der Reglementsbestimmung. Es geht um eine Reglementsbestimmung, die ein Zweidrittelmehr der Stockwerkeigentümer einführt. Unklar ist, ob noch ein Wertquotenmehr erforderlich sei oder nicht. Nehmen wir jedoch einmal an, die Reglementsbestimmung sähe ein Zweidrittelmehr an Stockwerkeigentümern und an Wertquoten vor. Einer der 37 Stockwerkeigentümer verfügt über eine Wertquote von 330 Tausendstel. Mit vier zusätzlichen Tausendstel würde er also über eine Möglichkeit verfügen, die Weiterentwicklung des Reglements zu blockieren. Das bedeutet im Endeffekt, dass zwei Eigentümer gegen 35 Eigentümer in der Lage wären, Reglementsänderungen zu vereiteln. Das sollte eben gerade ein typisches Beispiel für eine unzulässige Reglementsbestimmung sein. Das sieht das Bundesgericht offenbar aber nicht so, namentlich wenn sich eben der «grösste» Eigentümer beschwert. Heisst das also, dass eine Reglementsbestimmung als unzulässig zu betrachten wäre, je nachdem wer sich in welcher konkreten Situation darüber beschwert? Es ist zumindest zu befürchten, dass künftig ein bundesgerichtliches Urteil in einer solchen Situation geradewegs umgekehrt herauskommen könnte, wenn sich ein «kleiner» Stockwerkeigentümer über dieselbe Reglementsbestimmung beklagt, weil die Hoteleigentümerin mit einem einzigen Wohnungseigentümer eine wünschbare Reglementsänderung vereiteln könnte. Eine Reglementsbestimmung kann jedoch nicht gleichzeitig zulässig und unzulässig sein, je nachdem welcher Stockwerkeigentümer sich dagegen auflehnt.

Kann man aufgrund der vorstehenden Ausführungen von einem Fehlentscheid des Bundesgerichts sprechen? Mit solchen Qualifizierungen muss man im Umgang zwischen Lehre und Rechtsprechung in der Zeit von sozialen Medien, in welchen immer extremere Positionen eingenommen werden, sehr zurückhaltend sein. Der Unterzeichnete vertritt deshalb nicht die Auffassung, dass man hier diese Extremqualifizierung verwenden darf, umso mehr als auch Vertreter der Lehre die bundesgerichtliche Meinung teilen. Dessen ungeachtet darf man dieses Urteil durchaus als vom Bundesgericht verpasste Chance bezeichnen, Klarheit in einer Fragestellung zu schaffen, welche in der Praxis eine hohe Relevanz hat. Dies wissen all jene Personen, die je einmal wirklich und persönlich mit einem konkreten Stockwerkeigentumsfall in der Praxis konfrontiert worden sind. Da geht es nicht um nur um theoretische Abhandlungen: es geht darum die tägliche Verwaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft zu unterstützen. Stockwerkeigentümer, Anwälte, Notare,

Investoren – mit anderen Worten – die Immobilienbranche können alle dieses Urteil für sich beanspruchen, um die Grenzen des Zulässigen immer weiter auszuloten. Ob unsere Gerichtsbarkeit aufgrund deren notorischen Überbelastung und Verfahrensdauern die, im erstinstanzlichen Verfahren, oft vier Jahre überschreiten – was für den Rechtssuchenden unerträglich erscheint – es wirklich nötig hätten, dass ein neues Tummelfeld hinzukommt, welches nicht zur Beschleunigung der Rechtsprechung beitragen wird, sei als einfache Frage eines ehemals praktizierenden Rechtsanwalts in den Raum gestellt.