

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 75 (1956)

Artikel: Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der Schweiz

Autor: Friedrich, Hans-Peter

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896188>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der Schweiz

Referat von

Dr. Hans-Peter Friedrich,
Advokat und Notar
Privatdozent an der Universität Basel

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Literatur-Hinweise	5a
Einleitung	8a

ERSTER TEIL

Das Stockwerkseigentum in Gegenwart und Vergangenheit

1. Kapitel: <i>Die rechtlichen Grundlagen</i>	14a
§ 1. Die mehrfache dingliche Berechtigung am Grundstück im allgemeinen	14a
I. Das Problem	14a
II. Das gesonderte Eigentum am Sachteil	15a
§ 2. Begriff und Rechtsnatur des Stockwerkseigentums	18a
I. Der Begriff	18a
II. Zur Rechtsnatur	19a
2. Kapitel: <i>Das Stockwerkseigentum in der Vergangenheit</i>	24a
§ 3. Die geschichtlichen Wurzeln	24a
§ 4. Das Stockwerkseigentum in den kantonalen Rechten	28a
3. Kapitel: <i>Das Stockwerkseigentum im geltenden schweizerischen Recht</i>	32a
§ 5. Der gegenwärtige Rechtszustand	32a
I. Die Begründung neuer Stockwerkseigentumsverhältnisse	32a
II. Die altrechtlichen, vor dem 1. Januar 1912 begründeten Stockwerkseigentumsverhältnisse	34a

	Seite
§ 6. Die Gründe für das «Verbot» des Stockwerkseigentums in der Schweiz	37a
4. Kapitel: <i>Die «Ersatzformen» für Stockwerkseigentum</i> . .	40a
§ 7. Das sogenannte uneigentliche Stockwerkseigentum	41a
I. Die Rechtsgrundlagen	41a
II. Die Verdinglichung der ausschließlichen Nutzungs- und Gebrauchsbefugnis	43a
III. Unechtes Stockwerkseigentum und Miteigentumsgemeinschaft	53a
1. Kann der Anspruch auf Aufhebung des Miteigentums ausgeschlossen werden?	54a
2. Die «dingliche Wirkung» der Vereinbarungen unter den Miteigentümern	64a
IV. Ergebnis	70a
§ 8. Die Mieter-Aktiengesellschaft	70a
I. Beschreibung der Institution	70a
II. Würdigung	75a
§ 9. Weitere Ersatzformen	80a
I. Die Verbindung von Alleineigentum und beschränkt dinglichen Rechten	81a
II. Die Verbindung von GmbH-Anteil und Mietvertrag	82a
III. Die Verbindung der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft mit einem Mietvertrag	83a
§ 10. Zusammenfassende Feststellungen	87a
I. Stellen die Ersatzformen eine unzulässige Umgehung des Gesetzes dar?	87a
II. Folgerungen	89a
5. Kapitel: <i>Das Stockwerkseigentum im Auslande</i>	91a
§ 11. Der Rechtskreis des Code Civil	92a
I. Das Stockwerkseigentum in Frankreich selbst	92a
II. Das italienische Recht	93a
III. Weitere Staaten	98a
§ 12. Das Stockwerkseigentum im deutschen und österreichischen Recht	100a
I. Deutschland	100a
II. Österreich	109a
§ 13. Weitere rechtsvergleichende Hinweise	112a
I. Das Stockwerkseigentum in den übrigen Rechtsgebieten	112a
II. Zusammenfassende Feststellungen	113a

ZWEITER TEIL

Das Postulat auf Wiedereinführung des Stockwerkseigentums

	Seite
1. Kapitel: <i>Die gesetzgebungspolitische Frage im allgemeinen</i>	117a
§ 14. Die Argumente der Befürworter	117a
I. Wirtschaftliche und soziale Motive	117a
II. Überlegungen rechtlicher Natur	123a
§ 15. Das Problem der Geschäftsmiete	125a
I. Der gegenwärtige Rechtszustand	125a
II. Gesetzgeberische Maßnahmen	128a
§ 16. Die Einwendungen gegen das Stockwerkseigentum	132a
I. Einwendungen rechtlicher Natur	133a
II. Das Stockwerkseigentum als ein Herd von Streitigkeiten	135a
III. Einwendungen wirtschaftlicher und sozialpoli- tischer Natur	138a
§ 17. Die gesetzgebungspolitische Entscheidung	142a
I. Abwägung der Argumente	142a
II. Wie wird sich das Stockwerkseigentum in der Praxis gestalten?	148a
2. Kapitel: <i>Die Änderungen des geltenden Rechtes im allgemeinen</i>	153a
§ 18. Die verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten	153a
I. Der Ausbau des Gesellschaftsrechtes	154a
II. Die Aufhebung des Verbotes von Baurechten an Stockwerken	154a
III. Der Ausbau des Dienstbarkeitsrechtes und der Ordnung des Miteigentums	155a
IV. Erweiterung der Bestimmungen über das Wohnrecht	156a
§ 19. Die Wiederherstellung der Rechtsgrundlagen für das eigentliche Stockwerkseigentum	157a
I. Die Grundsätze für die Ausgestaltung des «Stockwerkseigentums»	158a
II. Gesetzgebungspolitische Vorfragen	165a
3. Kapitel: <i>Die gesetzliche Ordnung des Stockwerkseigentums im einzelnen</i>	174a
§ 20. Die Entstehung und der Inhalt des Stockwerks- eigentums	174a
I. Das Verhältnis zwischen Miteigentum und Sonderrecht	174a

	Seite
II. Die Voraussetzungen sachlicher Natur . . .	180a
III. Arten und Formen der Begründung des Stockwerkseigentums	184a
§ 21. Die Rechte und Pflichten des Stockwerkseigentümers	188a
I. Die Rechte aus Stockwerkseigentum	188a
II. Die Pflichten des Stockwerkseigentümers . . .	189a
§ 22. Die Organisation der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer	194a
I. Im allgemeinen	194a
II. Die Neugestaltung der Grundsätze über die Willensbildung in der Gemeinschaft der Mit-eigentümer	198a
III. Der Schutz der Minderheit in der Stockwerkeigentümergeinschaft	204a
§ 23. Insbesondere der Verwalter	207a
I. Die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Verwalters	207a
II. Aufgaben und Befugnisse des Verwalters . . .	209a
§ 24. Die Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuch	213a
I. Vorbemerkungen	213a
II. Die Eröffnung besonderer Grundbuchblätter für Stockwerkseigentum	215a
III. Die Eintragung der Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern	222a
IV. Ergebnis	226a
§ 25. Die Verpfändbarkeit des Stockwerkseigentums . .	226a
I. Die Rechtsgrundlagen	226a
II. Die Ausgestaltung des Hypothekarschuldverhältnisses	229a
§ 26. Die Vereinbarungen unter den Stockwerkeigentümern	233a
I. Die Rechtsnatur der Verträge und Beschlüsse	233a
II. Gegenstand und Einteilung der Vereinbarungen	234a
III. Abänderung der Vereinbarungen	237a
§ 27. Die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus dem Stockwerkseigentum	239a
I. Verfahrensrechtliches	239a
II. Die Folgen rechtswidrigen Verhaltens eines Stockwerkseigentümers	241a

Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der Schweiz	5a
	Seite
§ 28. Die Übertragung des Stockwerkseigentums	249a
I. Voraussetzungen und Form	249a
II. Das Vorkaufsrecht der Stockwerkseigentümer	250a
III. Veräußerungsbeschränkungen	252a
§ 29. Die Beendigung des Stockwerkseigentums	254a
I. Die Auflösungsgründe	254a
II. Die Liquidation	257a
<i>Schlußfolgerungen (Thesen)</i>	258a

LITERATUR-HINWEISE

- Bärmann, Johannes: Die Eigenwohnung, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1950, S. 238 ff.
- Batlle-Vázquez, Manuel: La propiedad de casas por pisos, Alcoy (Spanien), 1954.
- Bielander, Josef: Das Stockwerkseigentum im Wallis und seine Überleitung in das neue Recht, Diss. Fribourg 1931.
- Borotha: Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, Wien 1949.
- Bosisio, O.: Guida pratica del condominio, Milano 1953.
- Branca, Giuseppe: Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca Bd. 3, Della proprietà, Art. 1100–1172, 2. Aufl., Bologna e Roma 1955.
- Bronimann, A.: Les maisons de commerce et le bail commercial, Diss. Lausanne 1952.
- Buensod, Jean-Paul: Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires. Schweizerische Juristen-Zeitung 1950, S. 165.
- Couchepin, R.: Aktiengesellschaft von Wohnungseigentümern, «Schweizerische Aktiengesellschaft» 23, 1950/51, S. 233.
- Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, Bd. 1, 11. Aufl., Paris 1947.
- Denis, Frédéric: La réglementation des sociétés de construction et le statut des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements, Paris 1954.
- Diester, Hans: Wohnungseigentumsgesetz (Kommentar), Köln 1952.
- Eggenschwiler, Paul: Das Problem der Geschäftsmiete, Diss. Basel 1955 (Masch.schrift).

- Flattet, Guy: Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires, *Journal des Tribunaux* 97, 1949, I, S. 610.
- La propriété par étages et le droit suisse, *Le Locle* 1952 (zit. Vortrag).
- La propriété par étages et par appartements, *Journal des Tribunaux* 100, 1952, I, S. 630.
- La propriété par étages, *Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 34, 1953, S. 305.
- Gierke, Otto: *Deutsches Privatrecht*, Bd. II, Leipzig 1905.
- Gonvers-Sallaz, A.: *Le registre-foncier suisse*, Lausanne, 1938.
- Guidi, Umberto: *Il condominio negli edifici nel nuovo Codice civile italiano*, Milano 1942.
- Guhl, Theo: Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweizerischen Zivilgesetzbuch, in *Festgabe für E. Huber*, Bern 1919.
- Haab, Robert: *Kommentar zum ZGB, Band IV, Sachenrecht*, 2. Aufl., Zürich 1933.
- Huber, Eugen: *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1889.
- Julliot, Ch.-L.: *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, 2. Aufl., Paris 1927.
- Klang, H.: *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, 2. Aufl., Wien 1952.
- Kuntze, J. Emil: *Die Kojengenossenschaft und das Geschoß-eigentum*, Leipzig 1888.
- La Roche, R.: *Verpfändung und Pfändung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken*, Diss. iur., Basel 1938 (Masch.-schrift).
- Leder, Helene: *Das Mietverhältnis bei Miteigentum an der unbeweglichen Sache*, Diss. Zürich 1924.
- Leemann, Hans: *Das Stockwerkseigentum, insbesondere seine Überleitung in das neue Recht*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 10, S. 353.
- *Kommentar zum ZGB, Sachenrecht*, Bern 1920/25.
- Levy, Ludwig: *Hypothek und Bruchteilseigentum am Grundstück im Verhältnis zueinander*, *Gruchot's Beiträge* 59 (1915), S. 87, 301, 876.
- Liver, Peter: *Stockwerkeigentum – Umwandlung und Neubegründung*, *Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 1954, 35, Heft 1/2 (zit. Liver, Vortrag).

- Liver, Peter: Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Bd. IV, 2. Teil a, Zürich 1952 ff.
- Messineo, Francesco: Manuale di diritto civile e commerciale (Bd. 2, 1. Teil), 8. Aufl., Milano 1952.
- Michaelis, K.: Beleihung von Wohnungseigentum, Stuttgart 1955.
- Möller, Emil: Die Problematik des Raum- und Stockwerkseigentums, Diss. Frankfurt a.M. 1937.
- Montchal, Max: La propriété par étages et par appartements, Principes et application en Suisse, Genf 1951.
- Oberndorfer, H.: Das Wohnungseigentum, Linz 1948.
- Oppikofer, Hans: Über gemeinschaftliches Eigentum, Diss. Basel 1922 (Masch.schrift).
- Paulick: Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15. März 1951, Archiv für zivilistische Praxis, 1953 (152), S. 420.
- Pineles, Stanislaus: Das condominium pro diviso, Grünhuts Zeitschrift 29, 1902, S. 689.
- Planiol, Ripert et Hamel: Traité pratique de droit civil français, Bd. X, Paris 1926, S. 296.
- Sattiva, H.: Recherches sur la propriété par étages, sa prohibition et son remplacement en droit suisse, Diss. Lausanne 1954.
- Schönberg: Die Grundbuchpraxis, Aarau 1924.
- Steimle, Th.: Empfiehlt sich die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums? Archiv für zivilistische Praxis 1937, N.F. 24, S. 343.
- Stump, Felix: Die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer, Diss. Basel 1956 (Masch.schrift, in Vorbereitung).
- Toso, A., und Cardelli, E.: Il condominio, Guida legale, tecnica, amministrativa, in Collana giuridica e amministrativa, Bd. 5, 3. Aufl., Roma 1955.
- Visco, Antonio: La disciplina giuridica delle case in condominio, 4. Aufl., Milano 1953.
- Wegmann, R.: Das österreichische Wohnungseigentumsgesetz, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1955, S. 343.
- Weitnauer, H., und Wirths, C.: Wohnungseigentumsgesetz (Kommentar), 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955.
- Zünd, A.: Wie ist das Postulat auf Einführung des Stockwerkseigentums rechtlich und wirtschaftlich zu beurteilen? Dipl.-Arbeit, Handels-Hochschule St. Gallen 1952 (Masch.schrift).

Einleitung

Mit Rücksicht auf die Wirkung dinglicher Rechte gegenüber Dritten ist deren Art und Inhalt vom Gesetz abschließend bestimmt. Man darf sagen, daß die vom schweizerischen Zivilrecht zur Verfügung gestellten Formen dinglicher Rechte im allgemeinen allen wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht zu werden vermögen. Die vom Gesetz aufgestellten Schranken scheinen offenbar nicht als Hindernis empfunden zu werden. Dies galt bis vor kurzem auch für das Verbot der Begründung gesonderten Eigentumes an Stockwerken, obwohl das Zivilgesetzbuch eine vom Rechte vieler Kantone abweichende Ordnung getroffen hat. Vielleicht abgesehen von vereinzelt Stimmen aus dem Wallis¹ wurde die Abschaffung des Stockwerkseigentums nicht bedauert. Die nach dem ersten Weltkrieg in Deutschland unternommenen Vorstöße auf eine Revision der analogen Bestimmungen des BGB hatten keinen Einfluß auf die Schweiz.

Erst nach dem zweiten Weltkrieg scheint sich zunächst in der Französisch sprechenden Schweiz erstmals in größerem Umfange das Bedürfnis geltend gemacht zu haben, dingliche Rechte, vorab Eigentum, an einzelnen Wohnungen in städtischen Verhältnissen erwerben zu können. Es wurde auf die zunehmende Beliebtheit verwiesen, deren sich das Stockwerkseigentum in verschiedenen ausländischen Staaten erfreute². Angesichts der klaren gesetzlichen Ordnung wurde vorerst versucht, das wirtschaftliche Ergebnis auf anderm, mit dem geltenden Recht zu vereinbarenden Wege zu erreichen. 1948 wurde vorgeschlagen, mit dem Besitz bestimmter Aktien einer Immobiliengesellschaft

¹ Bieler, Das Stockwerkseigentum im Wallis und seine Überleitung in das neue Recht, Diss. Fribourg 1931, S. 119.

² Vgl. Flattet, La copropriété des immeubles divisée par appartements, Journal de Genève, 3. Dezember 1946.

einen Anspruch auf Miete einer Wohnung zu verknüpfen³. Diese Form des Erwerbes einzelner Wohnungen entsprach offenbar einem gewissen Bedürfnis. Die rechtliche und teilweise wirtschaftliche Unzulänglichkeit dieser Ersatzform, wie sie in westschweizerischen Städten Eingang gefunden hat, führte bald zu einem parlamentarischen Vorstoß. Fast im gleichen Zeitpunkte, auf welchen das deutsche Gesetz über das Wohnungseigentum in Kraft trat, reichte H. Cottier am 30. März 1951 im Nationalrat ein Postulat ein, unterstützt von 16 weiteren Parlamentariern, das den Bundesrat einlud, «die Anpassung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und der Grundbuchverordnung zwecks Wiedereinführung des Begriffes Stockwerkeigentum» zu prüfen⁴. Aus der Stellungnahme des Bundesrates vom 21. September 1951 ergab sich, daß dieser dannzumal eine Änderung des Zivilgesetzbuches nicht für notwendig hielt, da sich das Stockwerkseigentum im wirtschaftlichen Ergebnis auch auf andere Weise begründen lasse. Im besondern wurde auf die Möglichkeit der Verbindung von Miteigentum mit Personaldienstbarkeiten hingewiesen. Das Postulat blieb im Nationalrat unbestritten und wurde vom Bundesrat entgegengenommen. Dieser erklärte sich damals auch bereit, die kantonalen Aufsichtsbehörden auf die nach dem geltenden Rechte gegebenen Möglichkeiten hinzuweisen. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement erließ kurz nachher, am 10. Dezember 1951, ein Kreisschreiben an die Aufsichtsbehörden über das Grundbuch⁵. Die um jene Zeit von Zünd⁶ durchgeführten

³ Flattet, L'élargissement du marché des ventes immobilières, Journal de Genève, 17. und 18. Januar 1948.

⁴ Text abgedruckt in ZBGR 32 (1951), S. 349.

⁵ Vgl. den Wortlaut in ZBGR 32, S. 349 f., und SJZ 48, S. 100; über die darin zum Ausdruck gebrachten rechtlichen Auffassungen vgl. unten S. 47a und 58a.

⁶ Wie ist das Postulat auf Einführung des Stockwerkseigentums rechtlich und wirtschaftlich zu beurteilen? Diplomarbeit Handelshochschule St. Gallen 1952, S. 26 ff.

Erhebungen ließen erkennen, daß der Wunsch nach Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der einen oder andern Form noch keineswegs von weiteren Kreisen des Volkes getragen war. «Repräsentative Kreise des Hausbesitzes» haben damals ein Bedürfnis für diese Rechtseinrichtung verneint⁷. Nach der gleichen Quelle haben sich Mieterorganisationen mit dem Problem nicht oder doch nur beiläufig befaßt und die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums nicht befürwortet.

Auffallend rasch nahm jedoch die Frage an Aktualität zu. Auf internationalem Boden behandelte im Jahre 1952 der XII. Kongreß für das städtische Grundeigentum in Valencia, an dem auch Vertreter aus der Schweiz teilnahmen, das Thema des Stockwerkseigentums⁸. Die Beratungen führten zur Feststellung, bei der in vielen Ländern im Gange befindlichen Umgestaltung des städtischen Grundbesitzes sei das Stockwerkseigentum ein geeignetes Mittel, um das Privateigentum zu erhalten⁹. Mit den Rechtsfragen, welche die in vorerwähntem Kreisschreiben von 1951 angeregten Ersatzformen aufwarf, befaßte sich auf Grund von Referaten von Prof. Dr. P. Liver¹⁰ und Prof. G. Flattet¹¹ die Tagung des Verbandes der schweizerischen Grundbuchverwalter vom 26. September 1953 in Sierre. Dabei ergab sich, daß die bisherigen Auffassungen

⁷ Zünd, S. 27 f.

⁸ Vgl. Sattiva, *Recherches sur la propriété par étages, sa prohibition et son remplacement en droit suisse*, Diss. Lausanne 1954, S. 62.

⁹ Vgl. den Wortlaut der von diesem Kongreß gefaßten Resolution bei Batlle-Vázquez, *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy (Spanien) 1954, S. 13.

¹⁰ ZBGR 35 (1954), S. 3 ff. und 65 ff.; in folgendem zitiert nach dem Separatabzug als «Vortrag».

¹¹ ZBGR 34 (1953), S. 305 ff.; dieser hatte schon anlässlich eines Vortrages an der Jahresversammlung der Vereinigung schweizerischer Notare vom 28. September 1952 in Neuenburg auf die Problematik der vorgeschlagenen Ersatzlösungen hingewiesen.

über die Ersatzformen des Stockwerkseigentums mit wichtigen Grundsätzen des Dienstbarkeitsrechtes im Widerspruch stehen und die geltenden Vorschriften über das Miteigentum keine dem Gedanken des Stockwerkseigentums adäquate Ordnung gewährleisten könnten.

Schon zu Beginn des Jahres 1955 beschloß der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins, das Stockwerkseigentum zum Gegenstand der Beratungen des Juristentages 1956 zu machen. Wenig später kam es unter dem Eindruck neuer rechtlicher Erkenntnisse¹² und der zunehmenden Verknappungserscheinungen auf dem Grundstücksmarkt zu einem neuen parlamentarischen Vorstoß. Nationalrat A. Meili, Zürich, reichte im März eine Interpellation ein, die er am 8. Juni 1955 begründete¹³. Namens des Bundesrates beantwortete Bundesrat Dr. Feldmann die Interpellation. Da die rechtlichen Bedenken gegen die früher vorgeschlagenen Ersatzlösungen bisher nicht hätten widerlegt werden können, fasse der Bundesrat nunmehr eine Partialrevision des Zivilgesetzbuches ins Auge. Es erscheine als möglich, das Stockwerkseigentum in einer Weise einzuführen, welche die Grundprinzipien des Immobiliarsachenrechtes weitgehend intakt ließe. Der Bundesrat stellte in Aussicht, die Erhebungen fortzusetzen, die Grundlagen abzuklären und in «nicht allzu ferner Zeit» eine Vorlage für eine entsprechende Teilrevision des Zivilgesetzbuches

¹² In der Zwischenzeit war die in Anm. 8 hievor zitierte umfassende und gründliche Dissertation von Sattiva erschienen.

¹³ Sten. Bull. NR 1955, S. 114. Darin heißt es u. a.:

«Ist der Bundesrat nicht der Meinung, daß die seither eingetretenen Veränderungen in der großstädtischen Bauweise eine Wiedereinführung des auch in unserem Lande einst nicht unbekannten Stockwerkseigentums, mit dem man in anderen Staaten gute Erfahrungen macht, rechtfertigen würden?

Der Bundesrat wird eingeladen, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums erneut einer einläßlichen Prüfung zu unterziehen.»

vorzulegen. Diese müsse sich auch auf das mit dem Stockwerkseigentum wirtschaftlich und rechtlich verwandte Baurecht beziehen¹⁴. Wenige Monate später wurde Prof. Dr. P. Liver vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement mit der Ausarbeitung eines Vorentwurfes samt Motivenbericht beauftragt¹⁵. Es wird kaum damit gerechnet werden dürfen, daß die Ergebnisse dieser Vorarbeiten vor Ende dieses Jahres vorliegen. In jüngster Zeit bildete die Frage der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums Gegenstand von Erörterungen in der Tages- und Wirtschaftspresse. In den interessierten Kreisen der Wirtschaft, im besonderen im Bankgewerbe und in den Kreisen der Hauseigentümer, ist eine lebhafte Aussprache über die Vor- und Nachteile der neuen Form des Grundbesitzes in Gang gekommen¹⁶. Zu vermerken ist endlich, daß sich Ende 1955 in Zürich ein Verein zur Förderung des Eigentums an Wohnungs- und Geschäftsräumen konstituiert hat. Dieser bezweckt die Förderung der gesetzlichen Einführung dieser neuen Einrichtung, die Aufklärung über ihren Zweck und den Bau und die Finanzierung entsprechender Wohnungen und Geschäftsräume.

Die gegenwärtig in der Öffentlichkeit geführte Aussprache über Pro und Contra einer Wiedereinführung des Stockwerkseigentums geht naturgemäß weniger von rechtlichen als von wirtschaftlichen, psychologischen und sozialen Gegebenheiten aus. Es erscheint als eine glückliche zeitliche Fügung, wenn sich der Schweizerische Juristenverein vor Beginn der eigentlichen Gesetzgebungsarbeiten

¹⁴ Vgl. Sten. Bull. NR 1955, S. 117 f.

¹⁵ Agenturmeldung vom 8. Dezember 1955.

¹⁶ Vgl. etwa den Vortrag von Dr. E. Matter, Direktor der Basler Kantonalbank, im Schoße der Vereinigung zum Schutze der Rentner und Sparer vom 6. Oktober 1955 und die Äußerungen des Präsidenten des Verwaltungsrates eines großen schweizerischen Hypothekarinstitutes an der Generalversammlung vom 25. Februar 1956; vgl. z. B. «Neue Zürcher Zeitung» vom 27. Februar 1956, Mittagsausgabe.

nunmehr mit den rechtlichen Problemen, welche durch die neuen Verhältnisse auf dem Wohnungs- und Liegenschaftsmarkt aufgeworfen werden, auseinandersetzen kann. Die Aussprache auf juristischer Ebene wird sicherlich verschiedene Klärungen bringen und erkennen lassen, wieweit der von den gesetzgebenden Behörden zu treffenden Entscheidung über die rechtliche Tragweite hinaus auch eine politische und wirtschaftliche Bedeutung hat.

Obwohl durch den inzwischen erteilten behördlichen Auftrag zur Ausarbeitung eines Vorentwurfes für eine Teilrevision des ZGB in verschiedener Richtung erste gesetzgebungspolitische Entscheidungen getroffen sind, dürfte es richtig sein, alle mit dem Problem des Stockwerkseigentums zusammenhängenden rechtlichen Aspekte zu prüfen. In einem ersten Teil wird demzufolge außer der Darstellung des geltenden Rechtes im In- und Auslande die Frage der Ersatzformen für das Stockwerkseigentum behandelt. Die rechtstheoretischen und dogmatischen Fragen müssen dabei immerhin wegen des beschränkten Raumes etwas in den Hintergrund treten.

Wenn dazu Stellung genommen werden soll, ob der bei Einführung des Zivilgesetzbuches getroffene Entscheid hinsichtlich des Stockwerkseigentums damals richtig war oder heute einer Änderung bedarf, so muß man sich darüber Rechenschaft geben, wie eine entsprechende rechtliche Ordnung gestaltet sein müßte. Dies führt dazu, im zweiten Teil die Grundlagen einer solchen neuen Ordnung de lege ferenda darzustellen. So wird es möglich sein, sich von der neuen gesetzlichen Ordnung eine Vorstellung zu machen und, einem vornehmen Ziele des Schweizerischen Juristenvereins folgend, Anregungen für die Gestaltung des neuen Rechtes zu geben.

I. KAPITEL

Die rechtlichen Grundlagen

*§ 1. Die mehrfache dingliche Berechtigung
am Grundstück im allgemeinen**I. Das Problem*

Die verschiedensten Faktoren können bewirken, daß eine bestimmte Sache nicht einer einzelnen natürlichen oder juristischen Person, sondern mehreren Personen gleichzeitig zugehört. Diese mehrfache Eigentumszuständigkeit ist jedoch, entsprechend der tatsächlichen Verschiedenheit der Verhältnisse, keineswegs von einheitlicher rechtlicher Gestalt¹⁷. An einer Sache kann mehreren Personen dergestalt gemeinsames Eigentum zustehen, daß sie als mehrere und einander gleichgestellte Berechtigte an derselben Sache erscheinen. Das eine Eigentumsrecht hat hier mehrere Subjekte. Das schweiz. ZGB spricht in solchen Fällen von gemeinschaftlichem Eigentum¹⁸ und faßt damit die Formen von Miteigentum und Gesamteigentum zusammen. Denkbar und aus der Geschichte des dinglichen Rechtes¹⁹ vielfach belegt ist, daß die den einzelnen Beteiligten zustehenden Befugnisse aus dem Eigentum nicht

¹⁷ Vgl. Haab, Kommentar zum ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich, Vorbem. zu Art. 646–654, N. 1; Martin Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., Sachenrecht, 8. Aufl., Marburg 1929, S. 300 ff.; Leemann, Kommentar zum ZGB Bd. IV, Sachenrecht, Bern 1920, N. 1 ff. zu Art. 646.

¹⁸ Marginale zu ZGB Art. 646; Haab, Kommentar, Vorbemerkungen zu 646–654, N. 1.

¹⁹ Etwa in der Form des geteilten Eigentums, Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II, Leipzig 1905, S. 368; oder des körperchaftlichen Gesamteigentums, wie im Zürcher Privatsatzbuch von 1854 § 567 geordnet. Den Gedanken der Gliederung in Ober- und Untereigentum möchte Wesenberg (Deutsche Richterzeitung 1951, S. 123) zur Erklärung des modernen deutschen Stockwerkeigentums wieder aufnehmen.

nur ihrem Umfang, sondern auch ihrer Art nach verschieden sind. Immer handelt es sich dabei um ideelle, also nicht real faßbare Anteile an einer Sache.

Im Gegensatz dazu lassen sich auch mehrere selbständige und gleich starke Eigentumsrechte an der gleichen Sache vorstellen; damit allen zugleich ein vernünftiger Sinn zukommt, müssen diese jedoch auf einzelne Teile dieser Sache ausgerichtet sein. Dem gemeinrechtlichen Vorbild folgend²⁰, spricht man von *condominium* oder *communio pro diviso*²¹. Doch muß man sich im klaren sein, daß darunter nicht ein Miteigentumsverhältnis zu verstehen ist, sondern der beschriebene Sachverhalt verschiedener Eigentumsrechte an der gleichen Sache.

II. Das gesonderte Eigentum am Sachteil

Ob an einer Sache mehrfaches Eigentum im zuletzt erörterten Sinne bestehen kann, läßt sich nicht nach logischen Gesichtspunkten entscheiden. Es ist vielmehr Angelegenheit des Gesetzgebers, darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Sache – ausnahmsweise im physikalischen Sinne verstanden – Gegenstand mehrerer, miteinander kollidierender und auf gleicher Stufe stehender Eigentumsrechte sein kann. Der Gesetzgeber wird dabei neben Gesichtspunkten juristischer Praktikabilität die mit jeder juristischen Begriffsbildung verfolgten Ziele im Auge haben. Hält er es für richtig, selbständige Eigentumsrechte am «Teil einer Sache» oder an einer Sachgesamtheit anzuerkennen, so läßt sich eine solche Ordnung gesetzestechisch in verschiedener Weise treffen. Es kann dem Gedanken bei der Umschreibung der Rechtsbegriffe «Sache» und «Sachbestandteil» selbst Rechnung

²⁰ Vgl. dazu Sattiva, S. 10 ff.

²¹ Zur Kritik dieses Begriffes vgl. Pineles, Das condominium pro diviso, Grünhuts Zeitschrift 29 (1902), S. 689; Czulharz, Eigentum und Besitz pro diviso an beweglichen Sachen, Grünhuts Zeitschrift 21 (1894), S. 508; Visco, La disciplina giuridica delle case in condominio, 4. Aufl., Mailand 1953, S. 29 ff.

getragen werden. Dann bedarf es keiner Einschränkung des Satzes, daß die von der Rechtsordnung als Einheit aufgefaßte Sache nicht Gegenstand von Sonderrechten sein kann. Gegenstände, die physikalisch als Teil dieser Einheit aufgefaßt werden könnten, gehen rechtlich stets in der Hauptsache auf.

Denkbar ist auch, daß der Gesetzgeber zwar den Sachbegriff enger faßt, aber anderseits Ausnahmen vom Grundsatz der rechtlichen Einheit von Sache und Sachbestandteil anerkennt. Da jener Begriff nach juristisch-technischen Erwägungen umschrieben wird, steht einem solchen Vorgehen kein logisches Hindernis entgegen. Der Gesetzgeber kann ohne weiteres gesonderte Rechte an einer Sache oder einem Sachteil anerkennen. Ob zum Beispiel Bodenfläche und darauf erstelltes Bauwerk eine Sache bilden, läßt sich weder nach naturwissenschaftlichen noch ausschließlich nach wirtschaftlichen Erwägungen entscheiden. Das schweiz. Immobiliarsachenrecht folgt aus guten Gründen der im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß des römisch-gemeinen Rechtes vorherrschenden Auffassung und betrachtet Bauten und Pflanzen, die vom Grundstück ausgehen, als Bestandteil dieses Grundstückes selbst. Das Gesetz anerkennt also das Akzessionsprinzip. Nach dem oben Gesagten könnte das Sachenrecht auch von einer umgekehrten Konzeption ausgehen, wonach das auf einem Grundstück erstellte Bauwerk grundsätzlich sein eigenes rechtliches Schicksal hat²².

Der schweizerische Gesetzgeber macht allerdings von jenem Prinzip zwei wichtige Ausnahmen. Einmal gelten Bauten, die nicht mit der Absicht dauernder Verbindung auf dem fraglichen Boden errichtet werden, nicht als Bestandteile. Diese behalten ihre besondern Eigentümer (Art. 677 Abs. 1 ZGB). Die Fahrnisbaute wird auf Grund ihrer physikalischen Beschaffenheit und ihrer

²² Im römischen Recht wurde allerdings das Akzessionsprinzip als «*praeter naturale ius*» bezeichnet, Paulus, D 9, 2,50.

Zweckbestimmung als Sache behandelt, die ihr eigenes rechtliches Schicksal hat. Sodann können Bauten und andere Vorrichtungen, die auf Grund einer Dienstbarkeit errichtet werden, einen besonderen Eigentümer haben (Art. 675). Wird ein Baurecht bestellt, so kann also ohne Einschränkung vom Akzessionsprinzip abgewichen und dadurch selbständig über den Bestandteil des Grundstückes verfügt werden. Die Nachteile, welche mit der Anerkennung von Sonderrechten an einem Teil der Sache – vor allem die Gefahr der Abtrennung dieses Teils und die wertmindernde Auflösung der wirtschaftlichen Sachgesamtheit – verbunden sein können, fallen hier offensichtlich weniger ins Gewicht²³. Im besonderen stellt sich für den Gesetzgeber die Frage, ob auch Rechte an einem Teil des Gebäudes zugelassen werden sollen. Die Tatsache, daß Stockwerkseigentum sozusagen zu allen Zeiten der Rechtsgeschichte anerkannt worden ist, bietet einen bemerkenswerten Beleg für die Feststellung, daß vom «logischen» Standpunkt aus gesehen der Anerkennung von besonderen dinglichen Rechten an einem Sachteil nichts im Wege steht. Aus Gründen, die näher zu untersuchen sind (vgl. unten S. 132a ff.), hat allerdings der schweizerische Zivilgesetzgeber bis jetzt die Notwendigkeit verneint, auch in diesem Punkte das Akzessionsprinzip zu durchbrechen. Er übernahm damit die im gemeinen Rechte getroffene und im deutschen BGB verankerte Lösung. Sie konnte aber schon damals im Hinblick auf den verbreiteten abweichenden Rechtszustand in einzelnen Teilen Deutschlands und insbesondere in andern europäischen Staaten keineswegs als selbstverständlich erachtet werden. Jene gesetzgebungspolitische Entscheidung bedarf heute unter dogmatischen, wirtschaftlichen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten einer erneuten, gründlichen Überprüfung. Daß der Grundsatz «solo superficies cedit» nicht um seiner selbst willen oder aus Gründen

²³ Vgl. Haab, Kommentar, N. 2 zu Art. 642.

logischer Notwendigkeit bestehen muß, ist heute allgemein anerkannt²⁴.

§ 2. Begriff und Rechtsnatur des Stockwerkseigentums

I. Der Begriff

Geht man für die Begriffsbestimmung vom Worte aus, so wird man leicht das Stockwerkseigentum als Sondereigentum an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes umschreiben können. Es steht so im Gegensatz zum Eigentum am ganzen Gebäude einerseits und zur ideellen Miteigentumsquote andererseits. Damit ist noch nichts ausgesagt über das Eigentum an denjenigen Teilen des Gebäudes, die allen Stockwerkseigentümern gemeinsam dienen, also etwa an Treppen, Dächern, Hauseingängen und tragenden Mauern, und noch weniger darüber, wie dieses Eigentum an einem Gebäudebestandteil zu verstehen sei. Für all diese Fragen läßt sich nun kaum eine allgemein geltende Aussage machen, weil die rechtliche Natur und die Konstruktion des Stockwerkseigentums von den Gegebenheiten einer bestimmten Rechtsordnung abhängen. Wie etwa für das Baurecht keine Definition ohne Bezug auf eine bestimmte Rechtsordnung gegeben werden kann, entzieht sich auch das Stockwerkseigentum einer einheitlichen Erfassung. Es kann somit eine bestimmte Beschreibung des Stockwerkseigentums für eine konkrete Rechtsordnung durchaus richtig sein und gleichwohl, auf eine andere Rechtsordnung bezogen, am wesentlichen vorbeigehen. Grundsätzliche Erörterungen über das Stockwerkseigentum müssen deshalb bei der Frage einsetzen, in welcher Form der Gedanke verwirklicht werden kann. Ein Blick in die Vergangenheit sowie auf ausländische Rechtsordnungen zeigt, daß hierfür recht verschiedene Möglichkeiten offen stehen.

²⁴ Huber, Zum schweiz. Sachenrecht, 3 Vorträge, Bern 1914, S. 31; Sattiva, S. 36; Bielandner, S. 89.

II. Zur Rechtsnatur des Stockwerkseigentums

Eine Übersicht über die möglichen Formen des Stockwerkseigentums zeigt eine gewisse historische Entwicklungslinie, die sich leicht aus der Wandlung wirtschaftlicher und technischer Gegebenheiten erklärt²⁵. Es lassen sich dabei drei grundsätzliche Gesichtspunkte für die Konstruktion des Stockwerkseigentums erkennen.

1. Am einfachsten liegen die Verhältnisse, wenn die Teilung des Eigentums am Gebäude in horizontale «Schichten» als eine vollständige aufgefaßt ist. Hier verbleiben keine Teile, die nicht dem Sondereigentum zugewiesen werden können. Der Zugang zu jedem Stockwerk ist entweder durch die topographische Lage des Gebäudes oder durch technische Einrichtungen (Außentreppen und dergleichen) gesichert; das Dach wird als zum obersten Stockwerk gehörig betrachtet. Der Grund und Boden anderseits ist Alleineigentum des untersten Eigentümers. So ließe sich etwa ein älteres, in Holz gebautes mehrstöckiges Gebäude im Wallis denken, bei dem jeder Stock mittels eigener Außentreppe mit dem Boden verbunden ist. Es hat einiges für sich, daß die frühesten Stockwerkseigentumsverhältnisse in dieser Weise organisiert waren²⁶. Eine solche Ordnung ist insofern primitiv, als sie der gemeinsamen Funktion verschiedener Teile, vorab der Bodenfläche, des Daches und der tragenden Teile, keine Rechnung trägt. Zudem leuchtet ein, daß nur in relativ einfachen Gebäuden auf gemeinschaftlich benutzte Teile verzichtet werden kann. Zumeist werden die Eigentümer der oberen Stockwerke auf einen gewissen Mitgebrauch unterer Teile angewiesen sein; durch die Einräumung von entsprechenden

²⁵ Vgl. dazu die ausführliche und mit zahlreichen Nachweisen belegte Darstellung bei Sattiva, S. 35 ff.; ferner Bieland, S. 87 ff.; Steimle, Zur Frage des Stockwerkseigentums, in «Schmollers Jahrbuch», Bd. 68 (1939), S. 83 ff.

²⁶ Sattiva, S. 34.

Durchgangs- und Benutzungsrechten wird diesen Bedürfnissen Rechnung getragen werden können.

2. Allerdings liegt es näher anzuerkennen, daß die gemeinschaftlich benützten Teile des Gebäudes im Eigentum aller Stockwerkseigentümer stehen. Dasselbe gilt für den Grund und Boden, auf dem das Gebäude errichtet ist; gerade in städtischen Verhältnissen kommt diesem Teil des Grundstückes besonderer Wert zu. Fortschritte der Bautechnik und Wohnkultur wirken in gleicher Richtung. Das Recht des einzelnen Stockwerkseigentümers, über sein «Stockwerk» frei zu verfügen, muß aus technischen, ästhetischen und sozialen Gründen immer mehr eingeschränkt werden. Die für das Zusammenwohnen unter dem gleichen Dach unerläßlichen Verhaltensnormen lassen sich bei Annahme einer rechtlich, also nicht allein tatsächlich fundierten Gemeinschaft besser erklären. So ergibt sich von selbst, daß die Bedeutung des gemeinschaftlichen Eigentums am Stockwerksgebäude immer mehr zunimmt. Unter dem starken Einfluß des römischen Rechtes im 19. Jahrhundert galt es zugleich, die Erscheinung des Stockwerkseigentums mit dem Akzessionsprinzip in Einklang zu bringen. Dies fiel leichter, wenn man vom Miteigentum am Gebäude ausgehen und die Sonderrechte als Servitute auffassen konnte. So bildet sich die dem modernen Begriff des Stockwerkseigentums eigene Verbindung von Sonder Eigentum und Miteigentum. Der Alleineigentümer ist zugleich und notwendigerweise Miteigentümer an den nicht ausgeschiedenen Teilen des Gebäudes sowie an der Bodenfläche. Man spricht von einer Verbindung von *condominium pro diviso* und *condominium pro indiviso*²⁷, ohne daß damit für die dogmatische Erkenntnis viel gewonnen wäre. Die Anschauung, daß Stockwerkseigentum an einer Verbindung von Allein- und Miteigentum besteht, kann heute noch als die herrschende betrachtet werden. Sie liegt auch

²⁷ Haab, Kommentar, N. 1 zu Art. 675; Pineles, S. 39.

den meisten Gesetzgebungen zugrunde, welche das Stockwerkseigentum ordnen²⁸.

Bei der Verbindung von Mit- und Sondereigentum können die Akzente wiederum verschieden gesetzt sein. In den Rechtsordnungen, die zum Kreise des Code Napoléon gehören, wird das römisch-rechtliche Akzessionsprinzip nicht strikte durchgeführt; es überrascht deshalb nicht, daß dort noch heute das Sondereigentum im Vordergrund steht. Demgemäß erscheint der Miteigentumsanteil als von ihm abhängiges und keiner selbständigen rechtlichen Verfügung zugängliches «*accessoire*» des Stockwerkseigentums, das die Nutzung der Hauptsache erleichtert.

Ebensogut und im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung der gemeinschaftlichen Teile wohl folgerichtiger kann andererseits das Miteigentum in den Vordergrund gestellt werden. Die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile erleichtern nicht nur den Gebrauch und die Nutzung der einzelnen Stockwerke; sie machen ihn heute erst eigentlich möglich. Das Sonderrecht ist dann nur noch Bestandteil²⁹ des ideellen Miteigentumsanteils; es besteht eine subjektiv-dingliche Verbindung. Man wird der zwar etwas ungewöhnlichen Verknüpfung von realen und ideellen Eigentumsanteilen wesentliche Vorzüge nicht absprechen können; vor allem trägt sie den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung, ohne zu gekünstelten Konstruktionen oder neuen Begriffen Zuflucht nehmen zu müssen.

²⁸ Vgl. für Deutschland Weitnauer-Wirths, Wohnungseigentumsgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955, S. 26; für Frankreich Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6. Aufl., Paris 1935, II § 221ter, S. 562; und Planiol et Ripert, Traité pratique, Paris 1926, III, S. 305; sowie für Italien Visco, La disciplina giuridica delle case in condominio, 4. Aufl., Milano 1953, S. 31 ff.; und Peretti-Griva, Nuovo Digesto italiano, 1937, Stichwort «Casa di vari proprietari».

²⁹ Nach dem gegenwärtigen schweizerischen Recht kann allerdings ein Recht nicht Bestandteil sein, vgl. Haab, Kommentar, N. 7 zu 642.

3. Von der Anerkennung der Vorherrschaft des Miteigentums bis zur Konstruktion des Stockwerkseigentums als ausschließlicher Miteigentumsgemeinschaft ist nur mehr ein kleiner Schritt. Im Umfange der steten Ausdehnung des Bereichs des gemeinschaftlichen Eigentums bildet sich das Sondereigentum am einzelnen Stockwerk oder an einzelnen Wohnungen notwendigerweise zurück. Die Intensivierung der Gemeinschaftsordnung muß die individuellen Befugnisse des einzelnen Stockwerkseigentümers einschränken. Wenn man endlich den dogmatischen Bedenken, die wegen des Akzessionsprinzipes gegenüber der Anerkennung gesonderten Eigentums an einzelnen Teilen eines Gebäudes bestehen könnten, Rechnung tragen will, kommt man dazu, das Recht auf ausschließliche Nutzung eines bestimmten Gebäudeteils nicht mehr als Ausfluß des Eigentums, sondern nur noch als ein beschränkt dingliches Recht, nämlich als besonders ausgestaltetes Nutzungs- und Gebrauchsrecht aufzufassen³⁰. Eine solche Konstruktion liegt um so näher, als verschiedenen Rechtsordnungen Personaldienstbarkeiten ähnlichen, wenn auch zumeist beschränkteren Inhaltes (etwa als Wohn- oder Nutznießungsrecht), bekannt sind. Auch die Durchbrechung des Grundsatzes «nemini res sua servit» wird keineswegs mehr als ausgeschlossen betrachtet. Das beschränkt dingliche Recht ist subjektiv-dinglich mit dem ideellen Miteigentumsanteil verbunden. Selbstverständlich stehen dabei den dinglichen Nutzungsrechten des einen Miteigentümers entsprechende Lasten zugunsten der andern Miteigentümer gegenüber. Bei einer solchen Auffassung besteht Eigentum nur am ganzen, nach ideellen Quoten aufgeteilten Gebäude. Deswegen spricht man hier von uneigentlichem Stockwerkseigentum.

³⁰ So etwa auch für das neue deutsche Recht Dulceit, Die Verdinglichung oblig. Rechte, in «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart», Bd. 158/9, Tübingen 1951, S. 75; für entsprechende Thesen im italienischen Recht vgl. Visco, S. 38.

4. Es hat nun allerdings nicht an Versuchen gefehlt, das Stockwerkseigentum entgegen den dargelegten dualistischen Theorien (Verbindung von Sonder- und Miteigentum oder von Miteigentum mit beschränkt dinglichen Rechten) als ein einheitliches Recht zu verstehen³¹. Diese Bestrebungen führen aber nicht zu befriedigenden Ergebnissen. So scheitert etwa das Bestreben, das Stockwerkseigentum als ein Miteigentum, dessen Anteil körperlich bestimmt sei, zu verstehen³², daran, daß man sich kaum etwas unter einem solchen lokalisierten «Miteigentumsanteil» vorstellen kann. Zudem wird dadurch die Frage der Abgrenzung von Einzel- zur Kollektivbefugnis keineswegs gelöst³³. Besonders eingehend hat sich die italienische Doktrin mit der Dogmatik des Stockwerkseigentums befaßt³⁴. Noch mehr betont den Gemeinschaftsgedanken Branca³⁵, für den das *condominio* eine «*entità collettiva*» darstellt, die nicht zur vollkommenen juristischen Person gesteigert ist, da die einzelnen Glieder unbestreitbar noch Sonderrechte besitzen, aber doch als einheitlicher Träger der Eigentumsrechte an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes erscheine. Darauf ist zu erwidern, daß der einzelne Stockwerkseigentümer unbestrittenermaßen seinen körperlich ausgeschiedenen Anteil nutzen kann und ihm ein Verfügungsrecht

³¹ Vgl. hiezu Sattiva, S. 17; Visco, S. 35 ff.

³² Hébraud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1938, S. 23 ff., insbesondere S. 26.

³³ Eine ähnliche Auffassung vertrat in Deutschland Schröder, *Miteigentum*, S. 32; dazu Gierke, *Deutsches Privatrecht* Bd. II, S. 42 N. 18.

³⁴ Vgl. insbes. Guidi, *Il condominio negli edifici nel nuovo Codice civ. ital.*, Mailand 1942, S. 22; Branca, *Commentario del Codice civile*, hg. von Branca und Scialoja, 3. Buch, *Della proprietà*, Bologna/Rom 1955 S. 283 ff.; Visco, S. 13 und dortige Zitate; Guidi (a.a.O. S. 32) lehrt etwa, daß eine Interessengemeinschaft vorliege, deren Träger weder Einzelpersonen noch eine Gemeinschaft seien, so daß sich das «*condominio*» als eine dritte Form von Eigentum, zwischen Einzel- und Gemeinschaftseigentum darstelle.

³⁵ S. 7 ff.

über diesen Anteil zustehen soll; dies macht es schwer, die Gemeinschaft der Miteigentümer als selbständige Rechtspersönlichkeit zu begreifen³⁶. Trotzdem anerkannt ist, daß die Gemeinschaft einer intensiven Organisation bedarf, besteht kein zwingendes Bedürfnis nach einer solchen Personifizierung. Die Ausgestaltung der positiven Rechtsordnungen der umliegenden Staaten bestätigt diese Feststellung.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer schwerlich den Regeln über die Gesellschaft unterstellt werden kann³⁷. Zweck der Gemeinschaft ist in erster Linie der individuelle Genuß einzelner Teile des Gebäudes, so daß von einem Gemeinschaftszweck höchstens im Hinblick auf die gemeinsam benutzten Teile gesprochen werden könnte. Das Gesellschaftsrecht vermag aber im besonderen die Kriterien für die Abgrenzung der individuellen von der gemeinschaftlichen Eigentumssphäre nicht zu geben. In keiner Rechtsordnung werden deshalb die Beziehungen unter den Stockwerkeigentümern gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen unterstellt. Dies schließt aber nicht aus, daß die Gemeinschaftsordnung auf weiten Strecken dem Gesellschafts- und Körperschaftsrecht verpflichtet sein kann.

II. KAPITEL

Das Stockwerkseigentum in der Vergangenheit

§ 3. Die geschichtlichen Wurzeln des Stockwerkseigentums

I. Obwohl das Stockwerkseigentum, wie es uns in zahlreichen ausländischen Staaten heute begegnet, mit der aus der Rechtsgeschichte bekannten Form des Sondereigentums sachlich nicht allzu viele Beziehungen besitzt, sei ganz kurz auf einige Gesichtspunkte hingewiesen, welche nach

³⁶ Vgl. Visco, S. 36.

³⁷ Vgl. dazu Visco, S. 37.

dem heutigen Stand der Forschung bei der Abklärung der geschichtlichen Wurzeln in Betracht fallen. Lange Zeit hat man unter dem Eindruck deutsch-rechtlicher Quellen einerseits und des aus dem klassischen römischen Recht andererseits als unumstößlich überlieferten Satzes «solo superficies cedit» das Stockwerkseigentum als eine ausgesprochene Erscheinung des germanischen Rechtes, in dessen Bereich es an vielen Orten nachgewiesen ist, erklären wollen³⁸. Im Gegensatz dazu wurde aber auch behauptet³⁹, das Stockwerkseigentum sei, ausgehend vom römischen Recht, wo es als *communio pro diviso* bestanden habe, vor allem im Bereich der romanischen Länder verbreitet gewesen, währenddem es den Lebensgewohnheiten der germanischen Völker durchaus widersprochen habe. Gegenüber solchen Versuchen, eine Rechtseinrichtung einem bestimmten Volkstum zuzuschreiben, ist zum vorneherein Zurückhaltung angebracht. Wohl wird die Verbreitung des Stockwerkseigentums durch klimatische und topographische Verhältnisse sowie durch den Einfluß bestimmter Wohn- und Lebensgewohnheiten maßgebend beeinflusst. Doch spricht nichts zwingend dafür, daß die horizontale Aufteilung von Wohnstätten ursprünglich auf einen bestimmten Teil Europas beschränkt gewesen wäre.

Die Frage, ob das Stockwerkseigentum, wie es im Mittelalter und später in den verschiedensten Gegenden Europas Verbreitung gefunden hat, auf römisches oder germanisches

³⁸ Vgl. I. E. Kuntze, Die Kojengemeinschaft und das Geschoß-eigentum, Leipzig 1888; über das Stockwerkseigentum in der deutschen Rechtsgeschichte vgl. E. Huber, Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts, Basel, 1889/93, Bd. IV, S. 693; Gierke, Deutsches Privatrecht II, 1934, § 103; Novak, Das Stockwerkseigentum im Wiener Recht des Mittelalters, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 54, Germ. Abteilung, S. 92 ff. Oppikofer, Eigentumsgemeinschaften im mittelalterl. Recht, Beiheft 2 zur Vj.-schrift f. Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte, 1924, S. 33 ff.

³⁹ Z. B. Pineles, S. 691 und 705.

Recht zurückzuführen oder ob der Ursprung außerhalb dieser Gebiete, etwa im orientalischen Recht zu finden sei, konnte bis heute nicht eindeutig abgeklärt werden⁴⁰. Ihre sichere Beantwortung bedürfte über die neuesten Beiträge zu diesem Problem hinaus⁴¹ Untersuchungen auf breiter rechtsvergleichender Grundlage. Der Widerstreit der Meinungen erklärt sich teilweise aus der Divergenz zwischen dem durch Savigny⁴² wieder zu erneuter Bedeutung gelangten klassischen römischen Recht, das auf dem absoluten, auf religiöse Motive zurückgehenden⁴³ Grundsatz des «solo superficies cedit» beruhte, und der Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse, die unter anderm zur Ausbildung der superficies durch das prätorische Edikt Anlaß gab. Zudem sprechen einige Texte außerhalb der justinianischen Quellen dafür⁴⁴, daß Rechtsverhältnisse an Gebäuden vorkamen, die dem Stockwerkseigentum ähnlich waren. Diese Stellen können als Darstellung der Rechtsverhältnisse in den römischen, hauptsächlich östlichen Provinzen, verstanden werden, wo das Stockwerkseigentum nicht unbekannt gewesen ist⁴⁵. Nicht ausgeschlossen ist aber, in jenen Stellen den Beweis dafür zu sehen, daß eine superficies

⁴⁰ Vgl. die Hinweise bei Sattiva, S. 14.

⁴¹ Z. B. Maschi, zit. in Anm. 45 hiernach.

⁴² Das Recht des Besitzes, § 22.

⁴³ Maroi, zit. bei Visco, S. 8.

⁴⁴ Vgl. Dionys von Halikarnass, über die «lex Icilia de Aventino Publicando» in «Antiquitatum romanarum quae super sunt» X 32, 5, herausgegeben von C. Jacoby, Leipzig 1905; griechischer Text abgedruckt bei Sattiva, S. 12, Anm. 3. Noch deutlicher äußern sich die «Leges saeculares» § 98 in «Fontes juris romani antejustiniani», herausgegeben von C. Ferrini, Florenz 1909, und dazu Ferrini, Opere I, IV, Mailand 1929/30, S. 447.

⁴⁵ Maschi, Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit» in Studi in onore di Arangio-Ruiz, Napoli 1953, S. 135 und 141; Pineles, S. 707; Novak, S. 89; für das griechische Recht vgl. Pappulias, Zeitschrift der Sav.-Stiftung, rom. Abteilung Bd. 24, S. 461, und Bd. 27, S. 363.

auch an einzelnen Teilen eines Gebäudes begründet werden konnte⁴⁶, wobei der untere Teil des Gebäudes als Boden des oberen aufgefaßt wurde.

II. Im Mittelalter hat das Stockwerkseigentum schon relativ früh Verbreitung gefunden. Belegt ist es für das 12. und 13. Jahrhundert für einzelne deutsche Städte wie etwa Köln und Wien⁴⁷. In Italien und Frankreich finden sich in den Aufzeichnungen der Coutumes⁴⁸ vornehmlich des 16. und 17. Jahrhunderts, Vorschriften, die sich auf die horizontale Teilung des Grundeigentums beziehen. Diese sprechen aber stets von «superficies». Im Unterschied zum klassischen römischen Recht ist darunter spätestens seit den Postglossatoren nicht allein ein beschränktes dingliches Recht, sondern eigentliches Eigentum am Gebäude und am Stockwerk zu verstehen⁴⁹.

Die erste auf das Stockwerkseigentum bezügliche Vorschrift in einer modernen Gesetzgebung findet sich in Art. 664 des Code Napoléon. Sie geht auf eine Anregung des Parlaments von Grenoble zurück, schließt also unmittelbar an die Regeln an, die sich in zahlreichen französischen Coutumes finden⁵⁰. Die zitierte Bestimmung fand Eingang in die Tochterrechte des Code civil.

⁴⁶ Zu dieser umstrittenen Frage vgl. Maschi, S. 151 und 162; B. Biondi, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano 1948, S. 522.

⁴⁷ Vgl. Schroeder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht, in *Heidelberger Festgabe zum 70. Geburtstag von Großherzog Friedrich von Baden*, Heidelberg 1896, S. 124; Gierke, *Deutsches Privatrecht* II, S. 41; Novak, a. a. O. S. 92; sowie für das Wallis Bieler, S. 24, N. 1, und Planitz, *Grundzüge des deutschen Privatrechtes*, Berlin 1925, S. 36; Martin Wolff, *Sachenrecht*, 8. Bearbeitung 1929, S. 303, § 88.

⁴⁸ Z. B. Coutumes von Auxerres und von Orléans; Statuten von Mailand (1594); vgl. die Quellennachweise bei Sattiva, S. 14.

⁴⁹ Nachweise bei Sattiva, S. 14 f.

⁵⁰ Vgl. Sattiva, S. 21.

In Deutschland geriet das Institut in die Auseinandersetzung zwischen den Germanisten und Romanisten. Die Rechtsprechung versuchte das Stockwerkseigentum in die Formen des römischen Rechtes einzufügen⁵¹. Im BGB fand es keine Gnade mehr. O. v. Gierke⁵² stellte damals vergeblich die Frage, ob das Akzessionsprinzip wirklich ewige und absolute Geltung beanspruchen könne, während es dem französischen und preußischen Recht fremd sei und in der modernen Welt mehr als jemals zu unerträglichen Konsequenzen führe. «Ist es wirklich», so ruft er aus, «die Aufgabe des deutschen Gesetzbuches, das Stockwerkseigentum als regelwidrig zu erklären und schon um der mit ihm verbundenen ‚Gemeinschaft‘ willen soviel wie möglich zu bekämpfen?»

§ 4. Das Stockwerkseigentum in den kantonalen Rechten

*I. Überblick*⁵³

Ein Überblick über den Rechtszustand in den Kantonen zeigt, daß das Stockwerkseigentum fast in der ganzen Schweiz, zum Teil seit alters her, bekannt gewesen ist und noch vor 1912 in den meisten Kantonen begründet werden konnte. Wenn sich gleichwohl kaum Stimmen für die Beibehaltung dieses Rechtsinstitutes erhoben, so läßt sich dies nicht allein aus dem großen Gewicht erklären, das man dem

⁵¹ Übersicht über den Rechtszustand in Deutschland vor 1900 bei Steimle, S. 83 ff.; und E. Möller, Die Problematik des Raum- und Stockwerkseigentums, Diss. Frankfurt 1937, S. 17 ff.; Als Beispiel für die romanistische Auffassung Zaun, Über das Prinzip des einheitlichen Eigentums an Boden, Gebäuden und deren einzelnen Theilen, in Archiv für zivilistische Praxis 43 (1860), S. 211 ff. und 300 ff.

⁵² Der Entwurf zum BGB und das deutsche Recht, Berlin 1889, S. 289.

⁵³ Vgl. hiez u die Übersicht bei Sattiva, S. 41 ff.; ferner E. Huber, Schweiz. Privatrecht Bd. III, S. 241, und Bd. IV, S. 695.

gemeinrechtlichen Akzessionsprinzip beilegte. Für die meisten Kantone dürfte die Feststellung zugetroffen haben⁵⁴, daß mit dieser alten Einrichtung so rasch als möglich «abgefahren» werden müsse. Daran vermochte auch der Umstand nichts zu ändern, daß an einzelnen Orten das Stockwerkeigentum auf alte Tradition zurückging⁵⁵.

Auffallend ist vorerst, daß das Stockwerkseigentum in den Kantonen, die den Einflüssen des römischen Rechts stärker ausgesetzt waren, eher verbreitet war, obwohl es sich mit dem klassischen römischen Recht, wie es seit Savigny wieder in den Vordergrund trat, schwer vereinbaren läßt. Sodann stellt man fest, daß es vornehmlich in den Städten bekannt war; einzig im Wallis und im Tessin fand die Form des gemeinschaftlichen Grundbesitzes auch für Wohn- und Wirtschaftsgebäude in offenen Siedlungen Eingang.

II. Die Rechtslage in den einzelnen Kantonen

1. Es rechtfertigt sich, bei dieser kurzen Übersicht den Kanton Wallis an erster Stelle zu erwähnen; denn ihm kommt in verschiedener Beziehung eine Sonderstellung zu⁵⁶. Die dortigen Stockwerkseigentumsverhältnisse gehören zu den am frühesten bezeugten überhaupt⁵⁷. Bei Einführung des Zivilgesetzbuches bildete dort das Stockwerkseigentum

⁵⁴ E. Huber, Bd. III, S. 241.

⁵⁵ Die horizontale Teilung von Gebäuden findet sich etwa in den Coutumiers de Vaud (1562), ZSR 15, S. 95; in den Statuti di Valle Maggia V, Art. 7, ZSR n.F. 28, S. 265; Statuti di Riviera, Kapitel 112, ZSR n.F. 25, S. 299; und in den Notariatsregistern der Stadt Freiburg im Uechtland aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, vgl. hiezu H. Oppikofer, Über gemeinschaftliches Eigentum, Diss. Basel 1922, S. 23 ff.

⁵⁶ Vgl. die aufschlußreiche Darstellung von Bieler, *passim*.

⁵⁷ Stockwerkseigentumsverhältnisse sind im Wallis aus dem 12. Jahrhundert nachgewiesen, Bieler, S. 24, Anm. 1.

die Regel⁵⁸. Wo das eidgenössische Grundbuch angelegt wurde, galt es, viele Hunderte von altrechtlichen Verhältnissen in eine dem neuen Recht adäquate Form überzuführen⁵⁹.

2. In keinem andern Kanton kommt heute das Stockwerkseigentum seiner Verbreitung nach an die Bedeutung im Wallis heran. Einzig im Kanton Tessin dürften die nach Stockwerken aufgeteilten Gebäude noch relativ häufiger als anderswo anzutreffen sein⁶⁰. Der Einfluß alter Statutarrechte scheint hier sich erhalten zu haben. Die Zivilrechtskodifikation lehnt sich zwar ebenfalls an das französische Recht an, sie zeichnet sich dadurch aus, daß das Stockwerkseigentum als eigentliche Ausnahme vom Akzessionsprinzip aufgefaßt wird, während sonst nach dem Rechte des Code Civil und seiner schweizerischen Tochterrechte davon ohne weiteres abgewichen werden konnte. Die Kantone Genf, Waadt, Neuenburg und Fribourg haben übrigens die vorhin zitierte Bestimmung des Code Civil français wörtlich oder sinngemäß übernommen⁶¹. Nach wenigen Präjudizien zu schließen, kommen heute in diesen Kantonen Fälle von Stockwerkseigentum nur noch sporadisch vor⁶².

Die Bedeutung des Einflusses des französischen Rechtes läßt sich auch daran ermessen, daß im neuen Kantonsteil von Bern, insbesondere im Amtsbezirk Laufen, die Fälle von Stockwerkseigentum neuerdings noch als verhältnis-

⁵⁸ Äußerung Loréтан, in der Expertenkommission für die Beratung des Entwurfes zum ZGB, Protokoll vom 6. November 1902, S. 8/9, zitiert bei Liver, Vortrag S. 5, Anm. 4.

⁵⁹ Über die dabei in jüngster Zeit entstandenen rechtlichen Schwierigkeiten vgl. BGE 75 II 131, 81 II 598, unten S. 62a.

⁶⁰ Liver, Vortrag S. 5; Sattiva, S. 42.

⁶¹ Sattiva, S. 41.

⁶² Für die Verhältnisse im Kanton Waadt vgl. Sattiva, S. 59; Gonvers-Sallaz, S. 270.

mäßig häufig bezeichnet werden⁶³. In den übrigen Gebieten dieses Kantons wie auch in den andern der Gruppe des bernischen Zivilgesetzbuches angehörenden Kantonen (Solothurn, Aargau und Luzern) spielt die Einrichtung des Stockwerkseigentums nicht die gleiche Rolle, obwohl Aargau (Art. 477) das Institut ausdrücklich und die übrigen Kantone kraft Gewohnheitsrechtes in Übereinstimmung mit der älteren Einstellung des ABGB zuließen. Ebenfalls auf Grund von Gewohnheitsrecht ist das Stockwerkseigentum im Kanton Baselland recht tief im Volksbewußtsein verwurzelt. Die Tatbestände sind hier noch heute relativ zahlreich⁶⁴.

Ausgesprochen negativ verhielt sich dagegen das Zürcherische Privatgesetzbuch zum Stockwerkseigentum. Wurde es nach der ursprünglichen Fassung von 1854 (§ 549)⁶⁵ noch ausnahmsweise zugelassen, so wurden seit 1887 nur noch bestehende Verhältnisse toleriert (§ 133 Abs. 2). Noch heute sollen einzelne Stockwerkseigentumsverhältnisse in ländlichen Gegenden bestehen⁶⁶. In den zur gleichen Rechtsgruppe gehörenden Kantonen Zug, Glarus, Schaffhausen und Thurgau⁶⁷ kam das Stockwerkseigentum an einzelnen Orten, vornehmlich in den Städten vor. Eine Sonderstellung nimmt dagegen Graubünden

⁶³ Liver, Vortrag S. 5; vgl. die Entscheidungen in ZbJV 70 (1934), S. 443, und ZBGR 28 (1947), S. 305.

⁶⁴ Vgl. Urteil des Obergerichtes Baselland vom 29. November 1923 = ZBGR 5 (1924), 218; ferner vgl. die Weisung der Justizdirektion vom 1. August 1938 = ZBGR 22 (1941), 167, und das Urteil des Obergerichtes Baselland vom 3. Dezember 1954 in S. M. gegen D.

⁶⁵ Vom Kanton Schaffhausen wurde diese Bestimmung wörtlich übernommen.

⁶⁶ Dies trotz der Weisung des Obergerichtes über die Einführung des Grundbuches vom 6. Juni 1920, worin die Grundbuchverwalter angewiesen wurden, bei den Beteiligten auf eine Umwandlung in unechtes Stockwerkseigentum zu dringen.

⁶⁷ Für Schaffhausen vgl. Meyer, Die Behandlung des Stockwerkseigentums im Kt. Schaffhausen; ZGBR 1 (1920), S. 80.

ein. Zwar ließ das Gewohnheitsrecht das Stockwerkseigentum zu; doch wurde dort aus weiter nicht ersichtlichen Gründen die Aufteilung in Miteigentum vorgezogen⁶⁸. Im Kanton Basel-Stadt erklärte das Gesetz über das Nachbarrecht von 1881 (Art. 2) das Stockwerkseigentum als unzulässig. Augenscheinlich waren solche Verhältnisse, im Unterschied zu Überbaurechten^{68a}, nicht verbreitet. Nach den Erhebungen von Sattiva (S. 44) kam das Stockwerkseigentum endlich vereinzelt in den Kantonen Appenzell, St. Gallen, Unterwalden und Uri vor.

III. KAPITEL

Das Stockwerkseigentum im geltenden schweizerischen Recht

§ 5. Der gegenwärtige Rechtszustand

*I. Die Begründung neuer Stockwerkseigentumsverhältnisse*⁶⁹

Niemand streitet darüber, daß seit dem 1. Januar 1912 in der Schweiz die Begründung von Eigentum an Teilen eines Gebäudes, also insbesondere an einzelnen Stockwerken, nicht mehr möglich ist. Woraus ist dieser Satz, der sich im Gesetz nirgends *expressis verbis* ausgedrückt findet, abzuleiten? Grundlage bildet Art. 667 Abs. 1 ZGB. Danach erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden «nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich»⁷⁰.

⁶⁸ Liver, Vortrag S. 4.

^{68a} Über deren grundbuchliche Darstellung, Schönberg, S. 83.

⁶⁹ Vgl. dazu Leemann, Das Stockwerkseigentum, insbesondere seine Überleitung in das neue Recht, SJZ 10, S. 353 ff.

⁷⁰ Sattiva, S. 45, Anm. 1 bemerkt zu Recht, daß mit dem Zusatz «soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht» nichts zugunsten des Stockwerkseigentums abgeleitet werden kann.

Fällt so alles, was auf einem Grundstück gebaut wird⁷¹, ins Eigentum dessen, dem das Grundstück selbst gehört, was Art. 667 Abs. 2 noch ausdrücklich sagt, so folgt daraus, daß der als Bestandteil im Sinne von Art. 642 geltende Teil eines Gebäudes, also etwa ein Stockwerk, noch viel weniger ein besonderes rechtliches Schicksal haben kann.

Nun führt allerdings das Zivilgesetzbuch selbst diesen Grundsatz nicht konsequent durch, indem mittels Einräumung eines Baurechtes im Sinne von Art. 675 Abs. 1 gesondertes Eigentum an den erstellten Gebäuden begründet werden kann⁷². Es ließe sich mit guten Gründen die These vertreten, daß, wenn gesondertes Eigentum am gesamten Bauwerk anerkannt ist, nichts entgegenstehen würde, selbständiges Eigentum auch an einem Bestandteil dieses Gebäudes selbst zuzulassen. In der schweiz. Doktrin⁷³ wird denn auch zumeist angenommen, daß an einem Baurecht wiederum ein Baurecht bestellt werden könne.

Allein die Frage braucht für das schweizerische Recht nicht näher erörtert zu werden, denn im Laufe der parlamentarischen Beratungen⁷⁴ wurde dem Art. 675 ein zweiter Absatz beigefügt, der nun unmißverständlich besagt, «die Bestellung eines Baurechtes an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ist ausgeschlossen». Auch wenn sich diese Vorschrift nur auf die Bestellung eines Baurechtes an einzelnen Stockwerken bezieht, so ist doch aus logischen und historischen Gründen kein Raum für eine Auslegung, wonach diese Durchbrechung des Akzessorietätsprinzipes zwar verboten, die weitergehende, nämlich die Begründung

⁷¹ Immerhin unter dem Vorbehalt von sog. Fahrnisbauten im Sinne von Art. 677.

⁷² Über das Verhältnis der Dienstbarkeit zum Eigentum am Bauwerk, das in der Rechtsgeschichte sehr verschieden aufgefaßt worden ist, vgl. Haab, Kommentar, N. 2 und 4 zu Art. 675.

⁷³ Haab, Komm. N. 7 zu Art. 675 am Ende und N. 14 zu Art. 655.

⁷⁴ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 675 Abs. 2 vgl. Sattiva, S. 46; Liver, Vortrag S. 7.

von Eigentum an einzelnen Bestandteilen des Gebäudes jedoch gestattet sei. Daß Stockwerkseigentum nicht mehr begründet werden kann, bestätigt sodann Art. 45 des Schlußtitels zum ZGB. Art. 114 Abs. 1 der Grundbuchverordnung trifft endlich Anordnungen für die Behandlung «dinglicher Rechte des bisherigen Rechtes, die nach dem Grundbuchrecht nicht mehr begründet werden können». Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist unverkennbar, daß der Gesetzgeber hiezu auch das Stockwerkseigentum rechnet.

II. Die altrechtlichen, vor dem 1. Januar 1912 begründeten Stockwerkseigentumsverhältnisse

1. Das Marginale des vorerwähnten Art. 45 des Schlußtitels zum ZGB spricht von «aufgehobenen Rechten». Damit gibt das Gesetz die Rechtslage bezüglich des bisherigen Stockwerkseigentums ungenau wieder. Nach dem allgemeinen Grundsatz des intertemporalen Rechtes (Sch T Art. 1 und 17) bleiben die bisherigen dinglichen Rechte auch nach dem 1. Januar 1912 unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch anerkannt. Art. 17 Abs. 3, der eine Ausnahme vom Grundsatz der Anwendung des neuen Rechtes auf den Inhalt des Eigentums und der beschränkt dinglichen Rechte darstellt⁷⁵ schreibt vor, daß Rechte, die nach neuem Recht nicht mehr begründet werden können, auch in bezug auf ihren Inhalt unter dem bisherigen Recht verbleiben. Dieser Grundsatz gilt nach der oben geschilderten Rechtslage auch für das Stockwerkseigentum. Hinsichtlich der Wirkungen solcher Rechte gegenüber Dritten ordnet Art. 44 Abs. 1 Schlußtitel das Nötige an. Im Grundbuch kann das Stockwerkseigentum nicht mehr eingetragen werden. Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, kann es nicht mehr entgegengehalten werden. Daraus folgt, daß bis zum Zeitpunkte der Einführung des eidgenössischen Grundbuches das altrechtliche Stock-

⁷⁵ BGE 75 II 134.

werkseigentum in vollem Umfange weiterbesteht. Nach Einführung des eidgenössischen Grundbuches kann der gute Glaube Dritter auch durch eine Anmerkung zerstört werden (SchT Art. 45 Abs. 1). Den Inhalt der Anmerkung bestimmt das kantonale Recht⁷⁶.

SchT Art. 44 Abs. 2 gibt der Gesetzgebung des Bundes und, was hier besonders wichtig, auch den Kantonen die Möglichkeit, alle im Grundbuch nicht eingetragenen dinglichen Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt nach vorangegangener Auskündigung für aufgehoben zu erklären. Diese Bestimmung gilt auch für nicht mehr eintragbare Rechte⁷⁷. Natürlich können die Kantone nicht durch einen Federstrich die bisherigen Stockwerkseigentumsverhältnisse auf einen bestimmten Tag einfach untergehen lassen. Wer sollte nachher Eigentümer der bisher im Stockwerkseigentum stehenden Grundstücke sein? Art. 114 Abs. 2 Grundbuchverordnung weist einen Weg, wie die Umwandlung erzwungen werden kann: Die Kantone können vorschreiben, «daß die dinglichen Rechte in einer dem Grundbuchrecht entsprechenden Weise eingetragen werden». Daß dieser Weg bezüglich des Stockwerkseigentums nicht gangbar ist, wird in anderem Zusammenhang des Näheren darzulegen sein (unten S. 48a). Von der Möglichkeit einer zwangsweisen Überführung des Stockwerkseigentums in neurechtliche Formen haben nur drei Kantone⁷⁸ Gebrauch gemacht. Die meisten Kantone überlassen den Entscheid den Beteiligten selbst. Daß diese zögern, einer Überführung ins neue Recht zuzustimmen, ist verständlich, denn wie

⁷⁶ Im Kanton Tessin verweist die Anmerkung auf ein spezielles Register aller Stockwerkseigentumsverhältnisse, worin diese mit allen Einzelheiten eingetragen sind. EG Tessin Art. 208; Sattiva, S. 60, N. 1.

⁷⁷ Vgl. Mutzner, Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., Bern 1926, N. 2 zu SchT Art. 44.

⁷⁸ Fribourg Art. 367 EG, Luzern GBG Art. 13 und Neuenburg EG Art. 147–152; vgl. Sattiva, S. 56.

Leemann⁷⁹ richtig bemerkt, geht die Möglichkeit der hypothekarischen Belastung weitgehend verloren, wenn statt des Stockwerkseigentums Miteigentum in Verbindung mit einer Dienstbarkeit eingetragen wird.

Kommt es zur Umwandlung des altrechtlichen Stockwerkseigentums⁸⁰ in eine dem neuen Recht entsprechende und demgemäß im Grundbuche eingetragene Form, so untersteht das neue Gebilde in vollem Umfang dem neuen Recht. Die Kantone können weder durch gesetzliche Vorschrift noch durch Gerichtspraxis das neu geschaffene Miteigentum als ein solches des kantonalen Rechtes betrachten und darauf die Vorschriften des eidgenössischen Rechtes nicht zur Anwendung bringen⁸¹.

In welchem Umfange findet für die nicht umgewandelten, im eidgenössischen Grundbuch nur angemerkten oder in den kantonalrechtlichen Registereinrichtungen eingetragenen Stockwerkseigentumsverhältnisse das eidgenössische Zivilrecht Anwendung? Ob eine Veräußerung oder Belastung mit einem beschränkt dinglichen Recht möglich ist, kann allein nach dem kantonalen Recht beurteilt werden⁸². Nach dem Wortlaut von Art. 17 SchT wie auch nach der seinerzeitigen Rechtssprechung des Bundesgerichtes über den Umfang der Anwendung des kantonalen Rechtes auf die nach dem alten Obligationenrecht (Art. 231) dem Bundesrecht nicht unterstellten Liegenschaftskäufe⁸³ müßte das Bundesrecht in allen Beziehungen zurücktreten; das kantonale Recht wäre auch für die Form, die Gültigkeit

⁷⁹ SJZ 10, S. 354; Komm. N. 63 zu Art. 781.

⁸⁰ Für das Eintragungsverfahren in den Kantonen Waadt und Wallis vgl. die Einzelheiten bei Sattiva, S. 59 f.

⁸¹ So nun ausdrücklich BGE 81 II; gleich schon kantonale Entscheidungen zit. bei Sattiva, S. 57, Anm. 4.

⁸² So Eggen, Die Grundbuchpraxis, ZBGR 31 (1950), S. 51 ff.; Obergericht Zürich in ZBGR 5 (1924), S. 109 und 111; RegR Bern in ZBGR 5 (1924), S. 68; Sattiva, S. 57.

⁸³ Vgl. die Zitate in BGE 75 II 134.

und die Wirkungen aller Verträge über Stockwerkseigentum maßgebend. Im Bestreben, die Herrschaft des alten Rechtes, das nicht mehr geändert werden kann, soweit als möglich einzuschränken, unterstellt nun das Bundesgericht in BGE 75 II 134, Erwägung 2 in fine, in Anwendung der allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechtes auch Verträge über altrechtliche Stockwerkseigentumsverhältnisse dem neuen Recht «dans toute la mesure où les particularités de ces droits ne posent pas une autre solution». Dies entspreche auch früherer Rechtssprechung⁸⁴. Keine Anwendung kann das neue Recht also nur dort finden, wo sich die «Unvereinbarkeit des Stockwerkseigentums mit dem Grundbuchsystem» auswirkt.

Diese auf die ratio des Übergangsrechtes gestützte Auslegung von SchT Art. 17 Abs. 3 hat sicherlich den Vorzug, daß sie die Anwendung bisherigen Rechtes, das, wie das Bundesgericht bemerkt, völlig veraltet sein kann, weitgehend zurückdrängt. Sie rechtfertigt sich um so mehr, je weiter die umfassende Geltung des alten kantonalen Rechtes zurückliegt und dessen Anwendung in der Praxis mangels zuverlässiger Kenntnis auf Schwierigkeiten stößt.

§ 6. Die Gründe für das «Verbot» des Stockwerkseigentums in der Schweiz

Wo liegen die Gründe, weshalb der schweizerische Zivilgesetzgeber die Möglichkeit der Begründung von neuen Stockwerkseigentumsverhältnissen glaubte ausschließen zu müssen⁸⁵? Das Verbot wurde in das Zivilgesetzbuch aufgenommen, ohne daß man sich über das Problem lange aufgehalten und sich Gedanken gemacht hätte, ob dieses Institut wirklich nur noch eine lästige Erbschaft sei, die so

⁸⁴ Es wird auf BGE 42 II 51 verwiesen; doch ist fraglich, ob es sich dabei um den gleichen Tatbestand gehandelt hat; zurückhaltender in dieser Frage Haab, Kommentar N. 13 zu Art. 675 und noch, im vorerwähnten Entscheid nicht zitiert, BGE 54 II 45.

⁸⁵ Vgl. dazu Sattiva, S. 48 ff.

rasch als möglich zum Verschwinden zu bringen sei⁸⁶. Die Meinung über die Vor- und Nachteile des Stockwerkseigentums war bei Eugen Huber⁸⁷ und ihm folgend in der parlamentarischen Beratung⁸⁸ bereits gemacht. Sicherlich hatte auch der analoge Entscheid des deutschen BGB⁸⁹ einen erheblichen Einfluß ausgeübt. Dazu kam, daß dem Stockwerkseigentum in einzelnen Kantonen wegen der schlechten Erfahrungen das Todesurteil gesprochen war. Immerhin fällt auf, daß nur zwei Kantone (Zürich und Basel-Stadt) die Begründung von Stockwerkseigentum ausdrücklich untersagt haben⁹⁰. Unter dem Eindruck der negativen Einstellung in Deutschland wurde nicht bedacht, ob das Stockwerkseigentum in einzelnen Landesgegenden eine wichtige und keineswegs überflüssige Funktion zu erfüllen habe. Die Hartnäckigkeit, mit der sich das Stockwerkseigentum im Kanton Wallis erhalten hat, zeigt jedenfalls, daß Gesetzesredaktor und gesetzgebende Behörden in Vorstellungen behaftet waren, die zum mindesten einseitig und unvollständig waren. Es erstaunt etwas, wie leichthin E. Huber, der sonst großes Gewicht auf die Erhaltung bewährten alten Rechtsgutes gelegt hatte, bereit war, das Stockwerkseigentum als lästige, mit den wirtschaftlichen Anschauungen unvereinbare Einrichtung fallen zu lassen.

1. Der sachliche Grund für die geradezu feindselige Einstellung, die zum Verbot des Stockwerkseigentums in ZGB und BGB geführt hatte, ist wohl in erster Linie darin zu suchen, daß das Stockwerkseigentum als Ursache für dauernde Streitigkeiten unter den Beteiligten betrachtet wurde⁹¹. Die vielfach unklaren Eigentumsverhältnisse,

⁸⁶ E. Huber, SPR Bd. III, S. 241.

⁸⁷ Vgl. vorherige Anmerkung und Sachenrecht S. 31.

⁸⁸ Sten.Bull., StR 1906, S. 1269.

⁸⁹ Vgl. EG zum BGB, § 189 und 182.

⁹⁰ E. Huber, SPR Bd. III, S. 243.

⁹¹ Liver, Vortrag S. 8; Sattiva, S. 50.

die bis zur Aufteilung einzelner Räume gingen; die zahlreichen Fragen, die sich mit Bezug auf Nutzung und Unterhalt der unter gleichem Dache befindlichen Räume und Wohnungen stellen, haben in der Tat zu außergewöhnlich hartnäckigen und langwierigen Streitigkeiten Anlaß gegeben, die das Zusammenleben der Bewohner solcher Häuser in einer auch den Interessen der Allgemeinheit abträglichen Weise erschwerten. Es mag sein, daß mit dem Schwinden des alten Gemeinschaftsgeistes die brauchmäßige, durch lokale Gemeinschaft gestützte Regelung der zahlreichen Fragen, die aus dem gemeinsamen Eigentum flossen, nicht mehr genügte, ohne daß die modernen Gesetze in der Lage waren, die verwickelten Verhältnisse gesetzgeberisch zu bewältigen⁹². Weder das Wort «ein halbes Haus ist eine halbe Hölle» noch der gemeinrechtliche Satz «*communio mater rixarum*» dürften ohne Anlaß gebildet worden sein. Die Materialien zu BGB und ZGB⁹³ geben in dieser Beziehung ein übereinstimmendes Bild. Wenn man das Stockwerkseigentum als etwas Überlebtes ansah, so deshalb, weil man der ewigen Auseinandersetzungen über Umfang und Inhalt sowie Ausübung des Stockwerkseigentums müde war. Den Quellen läßt sich schon sehr früh eine Tendenz zur Zurückdrängung des Stockwerkseigentums entnehmen, indem, durch das Verbot der horizontalen Teilungen im Erbfalle oder überhaupt, die weitere Zerstückelung unterbunden und, etwa durch Vorkaufsrechte, die Vereinigung des Gebäudes in einer Hand angestrebt wurde. Bluntschli⁹⁴ fügt zu § 549 ZPGB an,

⁹² So R. Weiß, *Volkskunde der Schweiz*, Zürich 1946, S. 350.

⁹³ Vgl. etwa Motive zum BGB, Bd. 3, S. 470; die dortige Bemerkung, daß ein superfizialisches Recht an einzelnen Gelassen oder Stockwerken leicht zu Streitigkeiten Anlaß gebe, findet sich wörtlich wieder bei Planck, *Sachenrecht* 5. Aufl., S. 651, Nr. 1 zu § 1014; sie wird von Haab, Komm. N. 12 zu Art. 675 übernommen, und ähnlich äußert sich Tuor, *Schweiz. Zivilgesetzbuch*, 5. Aufl., S. 494; vgl. auch weitere Literatur-Angaben bei Sattiva, S. 50.

⁹⁴ Das Zürcher Privatgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1854.

daß die «Spaltung des Grundstückes mancherlei Bedenken wegen des friedlichen Genusses der Sache» in sich trage. Eine Durchsicht der Rechtssprechung kantonaler Gerichte aus der Zeit vor und nach 1912 gibt in der Tat ein eindrückliches Bild von der Intensität, mit der solche Streitigkeiten ausgetragen werden, aber auch über die verwickelten und unklaren Verhältnisse, deren der Richter Herr werden sollte. Eine Umfrage in den dreißiger Jahren, die in Württemberg veranstaltet worden ist, ergab ein recht ähnliches Bild⁹⁵. Wieweit diese unbestreitbaren Befürchtungen auch heute noch begründet und deshalb bei einer erneuten Prüfung der Frage des Stockwerkseigentums zu beachten sind, wird in anderem Zusammenhange zu erörtern sein (unten S. 135a).

2. Der Fortbestand des Stockwerkseigentums unter Geltung des neuen Rechtes wurde sodann auch mit dem Hinweis auf die Schwierigkeiten einer Darstellung dieser Rechtsverhältnisse im Grundbuch abgelehnt⁹⁶. Zwar wurde die Möglichkeit, Stockwerkseigentum im Grundbuch darzustellen, nicht schlechthin bestritten; doch befürchtete man, daß die Register unübersichtlich würden und darunter die Rechts- und Verkehrssicherheit leide⁹⁷.

Auch dieses Argument wird heute wieder gegen das Stockwerkseigentum vorgebracht; es soll später (unten S. 213a) auf seine Stichhaltigkeit überprüft werden.

IV. KAPITEL

Die «Ersatzformen» für Stockwerkseigentum

Bevor eine Änderung des Zivilgesetzbuches erwogen wird, welche den Bedürfnissen nach stockwerksweisem Besitz Rechnung tragen soll, ist zu klären, ob nicht das

⁹⁵ Steimle, S. 94 ff.

⁹⁶ E. Huber, SPR III 241; derselbe, Sachenrecht, S. 10f.

⁹⁷ C. Wieland, Komm. zum Sachenrecht, N. 3 zu Art. 675.

geltende Recht Möglichkeiten bietet, Vereinbarungen zu treffen, die zum mindesten im wirtschaftlichen Ergebnis dem Stockwerkseigentum gleichkommen.

§ 7. Das sogenannte uneigentliche Stockwerkseigentum

Als Ersatzform, die solchen Anforderungen entspricht, wird in erster Linie die Verbindung von Miteigentum mit dinglichem Nutzungsrecht an den Gegenstand des Exklusivrechtes bildenden Teilen des Hauses vorgeschlagen. Es ist zu prüfen, ob diese Rechtsfigur mit dem geltenden Recht im Einklang steht.

I. Die Rechtsgrundlagen

1. Der Miteigentumsanteil im Sinne von Art. 646 gibt ein durch die parallelen Rechte der übrigen Miteigentümer begrenztes Eigentumsrecht an der ganzen Sache. Die «äußerliche Abteilung» (vgl. Art. 646 Abs. 1) ist dem Miteigentum fremd; sie gehört aber zum Wesen des Stockwerkseigentums in jeder Form. Den Miteigentümern steht es nun zwar frei, durch entsprechende Ausgestaltung der vertraglichen Gebrauchs- und Nutzungsordnung eine räumliche Aufteilung der Sache im Hinblick auf deren Gebrauch vorzunehmen. Das dem einzelnen Beteiligten zustehende Recht auf ausschließlichen Gebrauch hat aber offensichtlich nur obligatorischen Charakter; es ist sowohl bei Veräußerung wie bei Zwangsvollstreckung in Frage gestellt. Das Problem geht also dahin, Mittel und Wege für eine dingliche Ausgestaltung der Gebrauchs- und Nutzungsrechte und, was nicht weniger wichtig ist, der Verwaltungsordnung zu finden.

2. Praxis und Lehre gingen bei der Lösung der Aufgabe zuerst von einigen im Übergangsrecht zum ZGB enthaltenen Richtlinien für die Umwandlung altrechtlicher Stockwerkseigentumsverhältnisse aus; die Wünschbarkeit

der Begründung solcher Ersatzformen hatte sich vor allem im Übergangsrechte, praktisch bei der Einführung des eidgenössischen Grundbuches, ergeben.

In den «Schluß- und Übergangsbestimmungen» zur Grundbuchverordnung bestimmt vorerst Art. 114 Abs. 2 folgendes:

«Die kantonalen Ausführungsgesetze können jedoch vorschreiben oder die Beteiligten können vereinbaren, daß diese dinglichen Rechte in einer dem Grundbuchrecht entsprechenden Weise eingetragen werden, wie beispielsweise bei Stockwerkseigentum oder Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden, als Eigentum an Grund und Boden für den einen Berechtigten und als übertragbare Dienstbarkeit im Sinne von ZGB Art. 781 für den andern.»

a) Die Verordnung erwähnt somit eine einzige Möglichkeit für die Eintragung des altrechtlichen Stockwerkseigentums: Einer der bisher als Stockwerkseigentümer an der Liegenschaft Beteiligten wird als Eigentümer von Grund und Boden und demgemäß auch des darauf errichteten Gebäudes eingetragen, währenddem zugunsten der andern Beteiligten «übertragbare Dienstbarkeiten im Sinne von ZGB Art. 781» bestellt werden. Diese Ersatzform entspricht zumeist weder den Absichten der Beteiligten noch der bisherigen Ordnung der Rechtsbeziehungen, da damit die nur als Dienstbarkeitsberechtigte eingetragenen Personen ihr bisheriges Eigentumsrecht verlieren. Dazu kommt, daß im Falle der Zerstörung des Gebäudes die Dienstbarkeiten erlöschen⁹⁸.

b) Von Anfang an stand vielmehr eine andere Form im Vordergrund: Die bisherigen Stockwerkseigentümer werden als Miteigentümer des Grundstückes eingetragen; dabei entsprechen die Miteigentumsquoten dem bisherigen Anteil des Stockwerks am Wert des ganzen Gebäudes, eingeschlossen den Wert des Bodens. Zu jedem Miteigentums-

⁹⁸ Haab, Kommentar, N. 16 zu Art. 675; Bieland, S. 107, Anm. 4; Kreisschreiben vom 10. Oktober 1951.

anteil gehört ein Recht auf ausschließliche Benutzung der bisher Gegenstand des betreffenden Stockwerkseigentums bildenden Teile des Gebäudes. Diese Nutzungsrechte schränken andererseits die aus dem Miteigentum fließenden Rechte der übrigen Miteigentümer entsprechend ein. Dem Recht auf ausschließliche Benutzung gewisser Gebäudeteile entspricht zugleich die Pflicht zu deren alleinigem Unterhalt. Endlich soll das mit den andern konkurrierende Recht zur Benützung der gemeinschaftlichen Einrichtungen vorbehalten sein⁹⁹.

Um dem Ziele der Begründung eigentumsähnlicher Herrschafts- und Nutzungsbefugnisse über einzelne Teile eines Hauses möglichst nahezukommen, müssen die gegenseitigen Berechtigungen und Lasten dinglich wirken, also insbesondere gegen den Einzelrechtsnachfolger durchsetzbar sein. Wenn diese Berechtigungen als Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen werden könnten, wäre die Verdinglichung der ausschließlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte des «Stockwerkseigentümers» erreicht. Es ist demgemäß diese Frage näher zu prüfen.

II. Die Verdinglichung der ausschließlichen Nutzungs- und Gebrauchsbefugnis

Nach dem System des schweizerischen Sachenrechtes können nur solche Dienstbarkeiten begründet werden, deren Begriffsmerkmale sich mit denjenigen der im Gesetz vorgesehenen Grundformen decken. Die Frage nach der Qualifikation der einzelnen Dienstbarkeit ist deshalb für deren Rechtsbeständigkeit von erheblicher Bedeutung. Entsprechend dem Prinzip des Typenzwangs¹⁰⁰, welches dem

⁹⁹ Vgl. Guhl, Festgabe für E. Huber (Bern 1919), S. 69; Leemann, Komm. N. 22 zu Art. 675 und N. 38 zu Art. 781; ferner ders., SJZ 10, S. 352; Haab, Komm. N. 17 zu Art. 675.

¹⁰⁰ Liver, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht Teil 2a, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich 1952, Einleitung N. 61.

ZGB zugrunde liegt, ist die Begründung anderer Dienstbarkeiten ausgeschlossen.

1. Das Gesetz gliedert die Servituten in Grund- und Personaldienstbarkeiten; deren Inhalt wird verschieden umschrieben. Es fragt sich vorerst, welche Form für die Zwecke des uneigentlichen Stockwerkseigentums in Frage kommt. Die Dienstbarkeit darf nicht zugunsten und zu Lasten einer bestimmten Person bestellt sein. Sie muß vielmehr so ausgestaltet werden, daß sie mit dem Miteigentumsanteil verbunden ist, dem das betreffende Stockwerk «zugehört», dessen alleinige Benutzung Inhalt des dinglichen Rechtes ist. Die Dienstbarkeit ist, anders ausgedrückt, mit dem Miteigentumsanteil subjektiv-dinglich verknüpft¹⁰¹. In diesem Merkmal liegt aber, wie Liver¹⁰² eindrücklich betont, das Merkmal, welches die Grunddienstbarkeit allein von den übrigen Dienstbarkeiten (Personaldienstbarkeiten im Sinne der Art. 745 ff. oder «anderen Dienstbarkeiten» im Sinne von Art. 781 ZGB) unterscheidet. Die Servitut, welche dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes die ausschließliche Benützung eines Teiles des Gebäudes gibt, ist also eine Grunddienstbarkeit¹⁰³. Gleiches gilt nach dem vorhin Gesagten für eine mit dem Eigentum an einem Grundstück subjektiv-dinglich verknüpfte Personaldienstbarkeit, insbesondere eine solche nach Art. 781 ZGB¹⁰⁴.

Diese Erkenntnis gilt auch, wenn die Dienstbarkeit nur zugunsten des (jeweiligen) Miteigentümers eines Grundstückes besteht. In der Literatur wird mehrheitlich anerkannt, daß die Grunddienstbarkeit zugunsten

¹⁰¹ Haab, Komm. N. 17 zu Art. 675.

¹⁰² Komm. N. 1/2 und 19 zu Art. 730; Vortrag S. 17.

¹⁰³ So auch Gonvers-Sallaz, BIS vom 11. Oktober 1951; Sattiva, S. 101.

¹⁰⁴ Liver, Vortrag S. 17.

eines ideellen Anteiles eines andern Grundstückes bestellt werden kann¹⁰⁵.

Für die getroffene Feststellung ist weiter unerheblich, ob mit der fraglichen Dienstbarkeit das ganze Grundstück oder allein die nicht berechtigten Miteigentumsanteile belastet werden. Es ist bestritten, ob beide Vorgehen rechtlich zulässig sind. Nach Liver¹⁰⁶ kann auch ein einzelner Miteigentumsanteil mit einem beschränkt-dinglichen Recht belastet sein, soweit, was hier zutrifft, der Inhalt des Rechtes die gemeinsame Nutzung der Sache durch alle Miteigentümer nicht ausschließt. Andere Autoren¹⁰⁷ lehnen diese Möglichkeit für Grunddienstbarkeiten ab. Demnach wäre das ganze Grundstück mit den verschiedenen Dienstbarkeiten zugunsten der einzelnen Miteigentümer zu belasten. Dies hätte zur Folge, daß in bezug auf den einen Miteigentumsanteil eine Eigentümerdienstbarkeit vorliegt, was von Sattiva (S. 104)¹⁰⁸ als unmöglich erachtet wird.

2. An die Feststellung, daß diese gegenseitigen Rechte und Pflichten Grund- und nicht Personaldienstbarkeiten sind, muß die entscheidende Frage angeschlossen werden, ob das Zivilgesetzbuch die Eintragung von solchen Grunddienstbarkeiten zuläßt.

a) Der Dienstbarkeitsbelastete ist entweder zur Duldung oder zur Unterlassung gewisser Eingriffe in sein Eigentum verpflichtet, wobei aus dem Wesen des beschränkt dinglichen Rechtes wie aus der ausdrücklichen Vorschrift von

¹⁰⁵ Liver, Komm. N. 19 der Einleitung und N. 22 zu Art. 730; Leemann, Komm. N. 28 zu Art. 646; gegenteilig Sattiva, S. 104.

¹⁰⁶ Vortrag S. 18.

¹⁰⁷ Haab, Komm. N. 12 zu Art. 646; Leemann, Komm. N. 30 zu Art. 646; Wieland, Komm. N. 10 zu Art. 646; Sattiva, S. 101 und 104.

¹⁰⁸ Im Anschluß an Tuor, S. 534; Liver, Komm. N. 28 der Einleitung.

Art. 730 ZGB¹⁰⁹ folgt, daß sich der Eigentümer nur «bestimmte Eingriffe» gefallen lassen muß oder sein Eigentum «nach gewisser Richtung» nicht ausüben darf. Welche Belastungen sich noch innerhalb dieses Rahmens bewegen, ist nicht leicht zu sagen. Eine Grenze ergibt sich aus dem Vergleich mit den Personaldienstbarkeiten: Diese können zwar das Eigentum in sehr intensiver Weise beschränken; sie sind aber von Gesetzes wegen zeitlich begrenzt. Nutznießung und Wohnrecht gehen spätestens mit dem Tode der berechtigten Person unter. Es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, auf diese zeitliche Begrenzung zu verzichten, wenn die gleiche Eigentumsbeschränkung statt zugunsten einer bestimmten Person zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks eingeräumt wird. Daraus folgt, daß solche Rechte nicht als Grunddienstbarkeiten begründet werden können, deren Dauer zeitlich nicht beschränkt ist¹¹⁰.

Das Recht, welches die Miteigentümer zum Zwecke der Bildung von stockwerkseigentumsähnlichen Verhältnissen sich gegenseitig einzuräumen bereit sind, entspricht seinem Inhalte nach dem Wohnrecht des ZGB (Art. 776 ff.) Der Inhalt jener Berechtigung ist, wie Liver (Vortrag S. 19) bemerkt, insofern umfassender, als sie auch die Befugnis in sich schließt, die Wohnung oder das Stockwerk nach eigenem Belieben auszubauen und auszugestalten sowie das Recht an Dritte abzutreten. Das Wohnrecht kann demgegenüber bekanntlich nicht einmal der Ausübung nach übertragen werden. Dieser persönliche Charakter kann dem Wohnrecht nun unmöglich dadurch genommen werden, daß es als Grunddienstbarkeit, also zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes begründet wird¹¹¹. Noch viel weniger können die inhaltlich

¹⁰⁹ Vgl. auch die analoge Einschränkung in Art. 781.

¹¹⁰ Liver, Komm. Einleitung N. 64.

¹¹¹ Liver, Komm. N. 6 ff. zu Art. 730; Vortrag S. 19; Flattet, Vortrag S. 15 und JdT, 1952, 133; Sattiva, S. 109/10.

weiter gehenden Gebrauchs- und Nutzungsrechte eines «uneigentlichen Stockwerkseigentümers» als Grunddienstbarkeit verstanden und als solche im Grundbuch eingetragen werden.

b) Obwohl bereits festgestellt worden ist, daß das beschränkt dingliche Recht des «unechten Stockwerkseigentümers» als Grunddienstbarkeit eingetragen werden müßte, sei mit Hinblick darauf, daß in Literatur und Registerpraxis die Theorie der irregulären Personal-servitut im Sinne von Art. 781 ZGB in erster Linie vertreten wird¹¹², gleichwohl noch untersucht, ob die fraglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte in dieser Gestalt eintragungsfähig sind.

Nach Art. 781 ZGB dürfen «andere Dienstbarkeiten» das Grundstück nur «in gewisser Hinsicht» belasten. Der Inhalt kann nicht weitergehen als derjenige einer Grunddienstbarkeit¹¹³. Was vorher für die Grunddienstbarkeiten gesagt worden ist, trifft daher nicht weniger für die «andern Dienstbarkeiten» nach Art. 781 zu. Ein sachlicher Grund, warum ein unübertragbares und zeitlich beschränktes umfassendes Nutzungsrecht (Wohn- und Nutznießungsrecht) dadurch seines persönlichen Charakters soll entkleidet werden können, daß man es in die Form einer Dienstbarkeit nach Art. 781 bringt, ist auch hier nicht einzusehen. Es überzeugt deshalb nicht, wenn eine Grundbuch-Aufsichtsbehörde (ZBGR 30 [1949], 339) den Gebrauch einzelner Räume (Safes) durch den Eigentümer des benachbarten Hauses zwar nicht als Inhalt einer Grunddienstbarkeit, wohl aber als irreguläre Personal-Servitut zulassen will. Ist man der Auffassung, eine solche Duldungspflicht schränke die Freiheit des Grundeigentümers zu stark ein, so gilt dasselbe

¹¹² Vgl. Leemann, Komm. N. 38 zu 781; Haab, Komm. N. 17 zu Art. 675; Kreisschreiben des EJPD vom 10. Oktober 1951.

¹¹³ Vgl. die Nachweise bei Liver, Komm. N. 6 ff. zu Art. 730; Vortrag S. 19; Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 1948, S. 561.

für die Bestellung einer Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB. Auf den zitierten Entscheid läßt sich im übrigen die Zulässigkeit der «Stockwerkseigentums-Dienstbarkeiten» nicht stützen; denn dort ging die Einschränkung in der Ausübung des Eigentums an der belasteten Parzelle erheblich weniger weit als beim Verzicht auf die Nutzung aller Räumlichkeiten eines bestimmten Stockwerks.

c) Gewichtiger ist der Umstand, daß Art. 114 Abs. 2 GBV im Zusammenhange mit der intertemporalen Ordnung bisherigen Stockwerkseigentums selbst auf die Möglichkeit der Bestellung von Dienstbarkeiten nach ZGB Art. 781 verweist. Hieraus ließe sich für die Begründung neuer unechter Stockwerkseigentumsverhältnisse dann etwas ableiten, wenn darin nicht allein eine übergangsrechtliche Norm gesehen wird. Ob dies zutrifft, ist in der Literatur kontrovers¹¹⁴. Das Kreisschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom Oktober 1951 bekennt sich zur umfassenderen Bedeutung. Allein auch wenn man sich ihr anschließt, kann die vorhin entwickelte Auffassung keine Änderung erfahren. Zielt Art. 114 Abs. 2 auch auf die Begründung neuer Stockwerkseigentumsverhältnisse, so steht die Bestimmung nach dem oben Gesagten mit dem Gesetz nicht in Einklang; zum Erlaß einer vom Gesetze abweichenden Sondernorm für neue stockwerkseigentumsähnliche Rechtsverhältnisse fehlte aber dem Bundesrat die Kompetenz. Dieser hatte auch keinerlei Anlaß, die Begründung von Ersatzformen für das vom Gesetze selbst nicht mehr zugelassene Stockwerkseigentum zu erleichtern. Ob mit der fraglichen Vorschrift das Gesetz hinsichtlich der Umwandlung altrechtlicher Stockwerkseigentumsverhältnisse derogiert werden sollte, mag hier

¹¹⁴ Für ausschließlich intertemporalrechtlichen Charakter sprechen sich aus: Flattet, JdT 1949, S. 615, und 1952, S. 131; Leemann, Komm. N. 19 zu Art. 675, und Sattiva, S. 109. Eine weitergehende Tragweite messen ihr zu: Haab, Komm. N. 15 zu Art. 675, und Bieler, S. 107.

unerörtert bleiben. Jedenfalls konnte das Kreisschreiben keine Rechtsnormen schaffen und noch viel weniger eine vom geltenden Recht abweichende Ordnung sanktionieren. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß es im wesentlichen der Antwort des Bundesrates entspricht, welche dieser auf das Postulat Cottier am 21. September 1951 (oben S. 9a) erteilt hat. Daß ihm aus der Mitte des Nationalrates seinerzeit nicht widersprochen worden ist, gibt ihm nicht etwa Gesetzeswirkung kraft authentischer Interpretation.

d) Fragen kann man sich, ob wegen der Tatsache, daß das Gesetz im Baurecht (ZGB Art. 779) eine außerordentlich weitgehende Belastung des Eigentums zuläßt, die vorstehend angestellten Erwägungen ihre Überzeugungskraft verlieren. Einzuräumen ist, daß das Baurecht den Grundsatz, daß auf die Ausübung des Eigentums nur in beschränktem Umfange verzichtet werden kann, verletzt, und daß es, wie Liver¹¹⁵ bemerkt, ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift weder als Grunddienstbarkeit noch als irreguläre Personaldienstbarkeit begründet werden könnte. Das Gesetz ist wenig folgerichtig, wenn es die Einräumung eines exklusiven Gebrauchsrechtes an einem Teil des Gebäudes als zu weitgehenden Eingriff ablehnt, andererseits aber die Überbauung des ganzen Grundstückes durch einen Dritten zuläßt. Die Einräumung der Dienstbarkeiten zugunsten des einzelnen Stockwerkseigentümers vermag das Eigentum am Grundstück sicherlich nicht auszuhöhlen. Ferner wird bemerkt¹¹⁶, daß der einzelne Miteigentümer für den Verzicht auf die Benützung der den andern Miteigentümern zustehenden Räume zum Ausgleich das Recht erhalte, das ihm «gehörende» Stockwerk unter Ausschluß der andern Miteigentümer allein zu benützen. Im Ergebnis trete also nicht eine Verminderung der dem einzelnen Miteigentümer zustehenden Befugnis ein, sondern

¹¹⁵ Komm., N. 15 zu 730.

¹¹⁶ Eggen, Grundbuchpraxis, ZBGR 31 (1950), S. 9.

nur eine Wandlung in der Gestalt dieser Rechte. Statt daß sie auf einen ideellen Anteil an allen aus dem Miteigentum fließenden Rechten gehen, werden sie zwar durch die Einräumung entsprechender Befugnisse zugunsten der andern Beteiligten eingeschränkt; aber anderseits wird das Benutzungsrecht in bezug auf bestimmte räumlich umschriebene Teile der Sache so gesteigert, daß der Miteigentümer wirtschaftlich die Stellung eines Alleineigentümers erhält. Gegen diese Ordnung ist unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Eigentümer vor zu weitgehender Beschränkung des absoluten Rechtes nichts einzuwenden. Doch stößt sich diese Veränderung in der Abgrenzung von Rechten und Pflichten aus dem Miteigentum wiederum am *numerus clausus* der Dienstbarkeitskategorien¹¹⁷. Es muß demnach erneut festgestellt werden, daß allein der Gesetzgeber Abhilfe zu schaffen vermag¹¹⁸.

3. Die Verdinglichung der Unterhaltsverpflichtungen. Im Kreisschreiben vom 10. Oktober 1951 werden im Anschluß an die Literatur¹¹⁹ als weiteres Requisit der Ersatzform für Stockwerkseigentum Vereinbarungen über die Verteilung der Unterhaltspflichten genannt. In diesem Zusammenhange interessiert die Frage, ob solche Verpflichtungen, gleichgültig ob sie sich auf die der ausschließlichen oder der gemeinsamen Benutzung vorbehaltenen Teile des Gebäudes beziehen, dergestalt verdinglicht werden können, daß sie unabhängig von allfälligen Schuldübernahmen dem jeweiligen Miteigentümer und Nutzungsberechtigten obliegen.

Da es sich um die Vornahme von Handlungen, also nicht um eine Unterlassung oder Duldung handelt, wäre die

¹¹⁷ Liver, Komm. Vorbem. N. 61 ff.

¹¹⁸ Für eine weitherzigere Auslegung des Art. 781 dagegen Flattet, JdT 1949, S. 615/16, wobei immerhin die Haltung der Gerichte zu dieser Frage als nicht voraussehbar bezeichnet wird.

¹¹⁹ Haab, Komm. N. 17 zu Art. 675; Leemann, SJZ 10, S. 354; Bieler, S. 109; Meier, ZBGR 1 (1920), S. 85.

Grundlast die richtige und unzweifelhaft zulässige Form¹²⁰. Gemäß Art. 782 Abs. 2 kann als Berechtigter der jeweilige Eigentümer eines andern Grundstücks bezeichnet werden. Darnach wären somit die mit der Grunddienstbarkeit des ausschließlichen Benutzungsrechtes belasteten Miteigentümer als Berechtigte zu betrachten, wogegen der herrschende Miteigentumsanteil mit der Grundlast beschwert wäre.

Es liegt nahe, daß die Praxis Mittel und Wege suchte, um die Eintragung einer Grundlast, die mit Kosten und Umtrieben verbunden ist, zu vermeiden.

a) Hinsichtlich der Unterhaltungspflicht für Räume, an denen auf Grund des Dienstbarkeitsvertrages ein ausschließliches Nutzungs- und Gebrauchsrecht besteht, ist folgendes zu beachten: Nach Art. 730 besteht die Grunddienstbarkeit in der Belastung eines Grundstückes zugunsten eines andern. Wenn das belastete Grundstück zugleich gegenüber dem berechtigten Grundstück Rechte besitzen soll, so müssen diese Gegenstand einer zweiten Dienstbarkeit sein; diese steht mit der ersten höchstens in einem wirtschaftlichen, nicht aber in einem rechtlichen Zusammenhange. Da nun eine Leistungspflicht nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein kann, so fällt hier die Eintragung einer selbständigen Dienstbarkeit, welche den Nutzungsberechtigten gegenüber den Miteigentümern des Grundstückes zum Unterhalt der ausschließlich oder gemeinsam benützten Gebäudeteile verpflichten würde, außer Betracht¹²¹.

¹²⁰ Hieran denkt auch Bieler, S. 110 und 113.

¹²¹ So auch Liver, Komm. N. 156/57 zu Art. 730 in bezug auf die Bezahlung eines Entgeltes; BGE 52 II 27 in bezug auf die Verpflichtung des Baurechtsberechtigten zur Bezahlung eines Baurechtszinses; gleich Regierungsrat St. Gallen vom 29. Mai 1923, SJZ 21, S. 156. Anders Gonvers-Sallaz, Le registre foncier S. 272; dieser hält offenbar die Eintragung einer korrespondierenden Servitut («entretien exclusif...») für möglich. Soll es sich dabei nicht um eine Grundlast handeln?

Aus Art. 730 ZGB, wonach nebensächlich eine Verpflichtung zu einem Tun mit der Dienstbarkeit verknüpft werden kann, ergibt sich kein anderer Schluß. Diese Bestimmung nimmt nur zum Falle Stellung, wo zur Duldungs- und Unterlassungspflicht des Dienstbarkeitsbelasteten noch eine Leistungspflicht hinzutritt¹²². Mit der Leistungspflicht des Berechtigten befaßt sich dagegen Art. 741. Danach liegt dem Dienstbarkeitsberechtigten die Pflicht ob, die zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörenden Vorrichtungen zu unterhalten. Es fragt sich, ob auch die Wohnung oder einzelne Räume, an denen ein Alleinbenützungsberechtigt ist, als Vorrichtung im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden können. Trifft dies zu, so gestattet diese Ausnahmegesetzvorschrift, daß auch die Unterhaltspflicht in den Inhalt der Dienstbarkeit einbezogen und demgemäß mit dinglicher Wirkung versehen werden kann. Praxis und Literatur haben zu dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen¹²³. Unbestritten ist dabei, daß Leitungen, gebahnte Wege, Brücken, Stütz- oder Brandmauern als Vorrichtungen aufzufassen sind, für deren Instandhaltung der Dienstbarkeitsberechtigte aufzukommen hat. Die zitierte Bestimmung umschreibt den zulässigen Inhalt der im Grundbuche eintragbaren, also dinglich wirkenden Rechte und Pflichten. Seine materielle Rechtfertigung findet Art. 741 darin, daß es als richtig erscheint, wenn derjenige die Kosten für den Unterhalt der künstlichen Einrichtungen und Anlagen trägt, der als Dienstbarkeitsberechtigter allein den Nutzen solcher Vorrichtungen hat. Für Sachen, an denen eine Nutznießung oder ein Wohnrecht bestellt ist, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß der gewöhnliche Unterhalt zu Lasten des

¹²² Liver, Komm. N. 94 ff. zu Art. 730.

¹²³ Vgl. Leemann, Komm. N. 3 zu Art. 741; Zürcher, Die Wegrechte des Schweiz. Privatrechtes, Diss. Zürich 1947, S. 43; Liver, Komm. N. 214 zu Art. 730 und BGE 67 I 124; vgl. ferner § 253 des zürcherischen Privatrechtsgesetzbuches.

Nutzungsberechtigten geht (Art. 764 und 778 Abs. 1). Wenn die Bestellung einer Dienstbarkeit, welche ein ausschließliches, übertragbares und vererbliches Nutzungsrecht zum Inhalte hat, zulässig sein sollte, bestände kein zwingender Grund, entsprechende vertragliche Vereinbarungen als nicht zum Inhalt einer solchen Servitut gehörend zu betrachten und ihnen im Rahmen des Eintrages (vgl. Art. 738 Abs. 1) eine dingliche Wirkung zu versagen¹²⁴.

b) Anders verhält es sich dagegen mit den Unterhaltspflichten hinsichtlich der gemeinsam benützten Teile des Hauses. Das Mitbenutzungsrecht ergibt sich hier schon aus der Miteigentumsgemeinschaft selbst. Es mangelt deshalb an einer Dienstbarkeitsberechtigung, mit der die Unterhaltspflicht vertraglich oder von Gesetzes wegen verbunden sein kann. So entfällt die Möglichkeit, gestützt auf Art. 741 eine dingliche Wirkung der Unterhaltsverpflichtung zu schaffen. Nicht angängig wäre es auch, das sich bereits aus dem Miteigentum ergebende Benutzungsrecht allein deswegen zum Gegenstand einer Dienstbarkeit zu machen, um die damit verbundene Unterhaltspflicht zu verdinglichen¹²⁵. Es verbleibt somit, sofern eine Eintragung als unerläßlich erachtet wird, nur die Möglichkeit der Bestellung einer Grundlast.

III. Unechtes Stockwerkseigentum und Miteigentumsgemeinschaft

Es ist weiter zu prüfen, ob die Gemeinschaft der Miteigentümer so ausgestaltet werden kann, daß sie den besonderen Anforderungen, die sich aus der räumlichen Aufteilung der Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse ergeben, entspricht. Die wenigen in den Art. 646–651 enthaltenen Bestimmungen des Gesetzes sind selbst für einfache Miteigen-

¹²⁴ So auch Obergericht Luzern, SJZ 1955, Nr. 177, S. 349, jedoch ohne weitere Begründung.

¹²⁵ Anders Gonvers-Sallaz, Le registre foncier, Eintragungsmuster, S. 272.

tumsverhältnisse unbestrittenermaßen ungenügend; deren Ergänzung durch vertragliche Abreden ist für eine wirtschaftlich und rechtlich befriedigende Ordnung des unechten Stockwerkseigentums unerläßlich. Es ergibt sich aber, daß das Gesetz selbst der Parteiautonomie fühlbare *Schranken* setzt, welche eine zweckmäßige Ausgestaltung dieser besondern Gemeinschaft verunmöglichen.

1. Kann der Anspruch auf Aufhebung des Miteigentums ausgeschlossen werden? a) Mit dem werkseigentum verbindet sich die Vorstellung, daß der Stock-Berechtigte allein darüber zu befinden hat, wie lange er den betreffenden Teil des Gebäudes benutzen kann; niemand soll ihn aus der Wohnung oder den Geschäftsräumlichkeiten vertreiben können, die er als «Stockwerkseigentümer» inne hat. In dieser Gewähr, nicht vom Willen Dritter abhängig zu sein, liegt einer der wesentlichen Vorzüge gegenüber einem lediglich schuldrechtlichen Benutzungsverhältnis. Stockwerkseigentum muß gleich wie individuelles Eigentum ohne zeitliche Grenze bestehen. Wenn Miteigentum in Verbindung mit übertragbaren Dienstbarkeiten eine taugliche Ersatzform für eigentliches Stockwerkseigentum bilden soll, folgt daraus, daß der Miteigentümer nicht auf dem Wege der von einem anderen Miteigentümer betriebenen Auflösung des Miteigentumsverhältnisses seines Besitzes verlustig gehen darf. Wohl bedeutet die Geltendmachung eines Auflösungsanspruches noch nicht zum vorneherein das Ausscheiden desjenigen Miteigentümers, der an der Miteigentumssache beteiligt bleiben will. Auf dem Wege der Verständigung kann die Miteigentumsgemeinschaft unter denjenigen Beteiligten, die daran festhalten wollen, weitergeführt werden. Die Abfindung eines Miteigentümers setzt immerhin voraus, daß die übrigen Beteiligten gewillt und in der Lage sind, die erforderliche Abfindungssumme aufzubringen. Geht ein Miteigentümer mittels Geltendmachung des Aufhebungsanspruches darauf aus, das Miteigentumsobjekt in eigene Hände zu bekom-

men, so wird eine Verständigung scheitern, und es kommt zu der vom Gesetz (Art. 651 Abs. 2 ZGB) vorgesehenen Teilung mittels Versteigerung. Die Versteigerung unter den Miteigentümern wird zwangsläufig den wirtschaftlich Stärkeren begünstigen¹²⁶.

Miteigentum als Ersatz für Stockwerkseigentum setzt voraus, daß es nicht auf einseitiges Begehren eines oder mehrerer Beteiligten aufgelöst werden kann. Es dürfte kein Zufall sein, wenn die viel beachtete Entscheidung des Obergerichtes Stuttgart vom 22./27. Januar 1869¹²⁷ die Klage auf Teilung eines nach Stockwerken und Gelassen aufgeteilten Gebäudes zum Gegenstand hatte. Für die kantonalen Rechte, welche das Stockwerkseigentum anerkannten, war denn auch geradezu selbstverständlich, daß ein Anspruch auf Teilung des Gebäudes, das in mehrere, verschiedenen Eigentümern zustehende Stockwerke oder Räumlichkeiten aufgeteilt ist, der Sache nach ausgeschlossen war¹²⁸.

b) Kann das nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches begründete Miteigentum diesen Anforderungen entsprechen?

aa) Das geltende Recht geht davon aus, daß Miteigentum nicht als unauflösbares Verhältnis begründet werden kann. Art. 650 sagt in imperativer Form, daß jeder Eigentümer das Recht habe, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen¹²⁹. Dieser Grundsatz erfährt nach zwei Richtungen eine Einschränkung. Durch Rechtsgeschäft kann die Aufhebung auf die Dauer von höchstens 10 Jahren aus-

¹²⁶ Vgl. die ähnlichen Bedenken gegenüber der Umgestaltung der geseieten (in Kuhrechte aufgeteilten) bernischen Alpen in Miteigentum statt in Alleineigentum der Alpkorporation; Kasser, Das Recht der geseieten Alpen im Kt. Bern, ZbJV 60 (1924), S. 211.

¹²⁷ Seufferts Archiv, Bd. 24 Nr. 239.

¹²⁸ Vgl. BGE 81 II 598 für das Recht des Kantons Wallis.

¹²⁹ Dazu Haab, Komm. N. 3 zu Art. 650/1.

geschlossen werden. Es liegt auf der Hand, daß dadurch den Erfordernissen eines stockwerkseigentumsähnlichen Rechtsverhältnisses nicht Rechnung getragen werden kann. Die Möglichkeit einer Auflösung des Miteigentums nach Ablauf von zehn Jahren würde einem solchen «Stockwerkseigentumsverhältnis» einen recht ephemeren Charakter verleihen. Nach Ablauf dieser Frist ist die Fortführung des Miteigentums in Frage gestellt; die tatsächliche Weiterführung der Gemeinschaft oder der Ausschluß der Auflösung auf eine neue Periode kann angesichts der zahlreichen möglichen Interessengegensätze nicht immer erwartet werden.

Nach Art. 650 ist die Aufhebung des Miteigentums ferner «durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck» ausgeschlossen. Es fragt sich, ob nicht durch den Willen der Beteiligten, ein Miteigentum mit räumlich abgegrenzten Gebrauchsrechten zu begründen, die Sache «einem dauernden Zweck» im Sinne der zitierten Bestimmung gewidmet wird. Bevor hierauf näher einzutreten ist, mag die Frage nach der ratio für den beschriebenen Grundsatz der zwingenden Auflösbarkeit von Miteigentum gestellt werden. Haab¹³⁰ sieht sie darin, daß die Eigentumsgemeinschaft nach Bruchteilen nur um der gemeinsamen Sache willen, d. h. nicht zur Verfolgung eines außerhalb derselben liegenden gemeinsamen Zweckes gegeben sei. Damit soll offenbar gesagt sein, daß nach dem Willen des Gesetzes die am Miteigentum Beteiligten nicht auf alle Zeiten an diese Gemeinschaft gebunden sein sollen. Wäre das Miteigentum Mittel zum Zwecke, etwa zur Erfüllung des Zweckes einer einfachen Gesellschaft, so würde sich die Auflösung des Miteigentums aus der Beendigung der Gesellschaft ergeben¹³¹. Es erweist sich also, daß das

¹³⁰ Komm. N. 1 zu Art. 650/51.

¹³¹ Das deutsche Recht bringt diesen Gedanken deutlicher zum Ausdruck (BGB § 749 Abs. 2). Zwar kann dort das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer ausgeschlossen werden; doch bleibt die Aufhebung unter allen Umständen aus wichtigem Grunde vorbehalten.

Gesetz, gleich wie bei andern Vertragsverhältnissen, im Interesse der Erhaltung einer gewissen Handlungsfreiheit des Einzelnen eine Bindung auf sehr lange oder ewige Zeit verpönt, soweit nicht der Zweck, dem die im Miteigentum stehende Sache dient, durch die Aufhebung des Miteigentums geradezu vereitelt würde.

Das schweizerische Recht folgte auch hier, mehr als das BGB, Einflüssen des klassischen römischen Rechts; dort war das Miteigentum als bloße Übergangsform verstanden, die zum Alleineigentum zurückführen sollte. Widerspruch ein Miteigentümer, was wegen des strengen Einstimmigkeitsprinzips leicht zur Ohnmacht der Gemeinschaft führte, konnte allein die Auflösung helfen. Die Miteigentumsordnung der klassischen Zeit verriet wenig Gemeinschaftssinn; sogar das *pactum ne intra certum tempus divideatur* war nur mit großen Bedenken zugelassen worden¹³².

bb) Ist nun ein Gebäude für einen dauernden Zweck im Sinne von Art. 650 Abs. 2 ZGB bestimmt, wenn daran verschiedenen Personen, die zugleich Miteigentümer sind, auf Grund von Dienstbarkeiten das Recht zur ausschließlichen Benutzung bestimmter Teile (insbesondere von Stockwerken) dieses Gebäudes zusteht?

Unbestreitbar liegt beim eigentlichen Stockwerkseigentum eine solche Zwangsgemeinschaft hinsichtlich derjenigen Teile des Gebäudes vor, welche ihrer Natur nach allen Beteiligten dienen, die also von allen Miteigentümern benützt werden müssen. Abgesehen von Grund und Boden, auf welchem das Gebäude steht, gilt dies etwa für Hauseingang, Treppenhäusanlagen, ferner für das Dach und die gemeinsame Heizung. Eine Aufhebung des Miteigentums an diesen Bestandteilen des Gebäudes wäre der Natur der

¹³² Riccobono, *Dalla comunione di diritto quiritario alla coproprietà moderna*, Essays in Legal History, Oxford 1913, S. 52; Oppikofer, S. 38.

Sache nach ausgeschlossen. Weil nach dem im heutigen Recht geltenden Akzessionsprinzip diese Teile nicht Gegenstand einer selbständigen rechtlichen Verfügung sein können, ist es müßig zu fragen, ob daran eine Zwangsgemeinschaft besteht. Es wäre höchstens zu erwägen, ob die Unauflösbarkeit des Miteigentums an diesen Gebäudeteilen und Einrichtungen den Ausschluß des Aufhebungsanspruches in bezug auf das Miteigentum am ganzen Gebäude mit sich bringen muß. Dies wäre dann anzunehmen, wenn die allen Beteiligten gemeinsam dienenden Gebäudeteile ihrer Bedeutung nach im Vergleich zu den ausschließlicher Benützung vorbehaltenen Teilen, also den Wohnungen, im Vordergrund stehen würden. Dies ist aber offensichtlich nicht der Fall. Der Ausschluß der Aufhebung des Miteigentums kann somit jedenfalls nicht mit dem Hinweis auf die besondere Zweckbestimmung dieser Teile oder Einrichtungen begründet werden.

Eine ältere Auffassung, die sich bei der Umwandlung altrechtlichen Stockwerkseigentums nach Einführung des Zivilgesetzbuches herausgebildet hatte, hielt dafür, daß sich die dauernde Zweckbestimmung aus der Absicht der Beteiligten ergebe, durch die Begründung von Miteigentum anstelle des nicht mehr zulässigen Stockwerkseigentums die dauernde Nutzung an einzelnen Stockwerken zu gewährleisten¹³³.

Auch das Kreisschreiben vom 10. Oktober 1951 erklärte ohne weitere Begründung, das Recht jedes Miteigentümers, die Aufhebung zu verlangen, sei durch das Gesetz selber ausgeschlossen. Wo altrechtliches Stockwerkseigentum mittels Begründung von Miteigentum umgewandelt worden ist,

¹³³ Vgl. Meinungsäußerung des Obergerichtes des Standes Zürich als Aufsichtsbehörde in Grundbuchsachen vom 6. Dezember 1918 (SJZ 15, S. 317, Nr. 75), der sich Haab sowohl für Miteigentum, entstanden aus altrechtlichen Stockwerkseigentumsverhältnissen (Komm. N. 4 zu Art. 650/51) wie auch für die Neubegründung solcher Rechtsverhältnisse (Komm. N. 17 zu Art. 675) anschloß; vgl. auch Leemann, Komm. N. 22 zu Art. 675.

ging man von der Unauflösbarkeit des neuen Rechtsverhältnisses aus¹³⁴.

In jüngerer Zeit wurde demgegenüber nachgewiesen, daß sich die bisherige Ansicht nicht halten lasse¹³⁵. Die sich aus dem Miteigentum an der ganzen Liegenschaft nebst Gebäude ergebende Gemeinschaft stelle keine Zwangsgemeinschaft dar¹³⁶. Es sei unrichtig, anzunehmen, eine Liegenschaft sei dauernd dazu bestimmt, Objekt des Miteigentums zu sein; entscheidend sei vielmehr, daß diese Liegenschaften ihren Zweck ebensogut erfüllten, wenn das Miteigentum samt Stockwerkseigentum an ihnen aufgehoben werde¹³⁷.

Das Bundesgericht hatte sich erstmals in einem Entscheid vom 5. Juli 1951 i.S. Germanier c. Reusse (BGE 77 II 240/1) zur Frage auszusprechen, unter welchen Voraussetzungen der Teilungsanspruch des Miteigentümers mit Hinblick auf die Bestimmung der Sache zu einem dauernden Zweck ausgeschlossen sei. Es finden sich in diesem Entscheid folgende Ausführungen:

«On est en présence d'une affectation durable quand il s'agit de biens qui, de par leur nature, sont destinés à l'usage de deux ou plusieurs propriétaires de choses différentes, de telle sorte qu'ils ne puissent être partagés ni attribués à l'un d'eux sans préjudice pour l'autre ou les autres. Des corridors, vestibules, caves ou greniers pourraient sans doute être rangés dans la catégorie de biens non

¹³⁴ Im besondern trifft dies für den Kanton Wallis zu, wo bei Gelegenheit der Grundbucheinführung zahlreiche Stockwerkseigentumsverhältnisse auf diese Weise eintragungsfähig gemacht worden sind.

¹³⁵ Schon früher wurde betont, daß die Aufhebung des Miteigentums an geseieten Alpen im Sinne des bernischen Rechtes nicht unter Berufung auf eine dauernde Zweckwidmung ausgeschlossen werden könne; Kasser, ZbJV 60, S. 218.

¹³⁶ Vgl. Liver, Vortrag, S. 21.

¹³⁷ Flattet, Vortrag, S. 15, sah die Gefahr einer einseitigen Auflösung des Miteigentums darin, daß wegen Nichtigkeit der zugleich errichteten Dienstbarkeiten die dauernde Zweckbestimmung wegfallen werde.

partageables. Mais ce ne serait le cas que lorsque de tels locaux, sur lesquels plusieurs personnes possèdent un droit de copropriété, se trouvent affectés à l'utilisation d'immeubles distincts, et plus spécialement lorsqu'en vertu d'une convention, ils ont fait l'objet d'un droit de copropriété et ont été affectés à l'usage des divers copropriétaires.»

Sodann wird gesagt:

«Le but de cette disposition est uniquement d'empêcher que des installations sur lesquelles deux ou plusieurs propriétaires possèdent un droit de copropriété et qui servent à leur usage commun puissent être soustraites à cette destination par l'un des intéressés au détriment des autres. Ce qui a été affecté d'une manière durable à l'utilisation commune doit demeurer destiné à cet usage.»

Daraus läßt sich entnehmen, daß das Bundesgericht, dem Ausnahmecharakter dieses Grundsatzes entsprechend, strenge Anforderungen an den Ausschluß der Auflösbarkeit stellt. Wieweit aus dieser Entscheidung für die Frage der Auflösung von unechtem Stockwerkseigentum Schlüsse gezogen werden können, blieb umstritten. Inzwischen ist darüber durch das höchste Gericht selbst Klarheit geschaffen worden. Im Urteil vom 13. Dezember 1955 i. S. Erben Wolff c. de Quai (BGE 81 II Nr. 91), das sich mit der Auflösung einer aus altrechtlichem Stockwerkseigentum durch Vereinbarung entstandenen Miteigentumsgemeinschaft zu befassen hatte, wird nach einläßlicher Darstellung der in der Literatur vertretenen gegensätzlichen Auffassungen ausgeführt:

«Le droit de demander qu'il soit mis fin à la copropriété n'est pas non plus exclu par l'affectation de la chose à un but durable au sens de l'art. 650 al. 1 CC. On ne saurait voir une affectation de la chose à un but durable dans l'attribution, par convention, de certaines parties d'un bâtiment (étages, dépendances, escaliers) à chacun des copropriétaires pour qu'il en ait la jouissance exclusive. Ce n'est en effet pas la chose comme telle qui est affectée à un but durable, mais ce sont des parties de celle-ci qui sont destinées à l'usage privatif des divers copropriétaires en vertu des servitudes qu'ils ont établies.»

«...dans la copropriété assortie de servitudes assurant aux divers intéressés la jouissance exclusive des parties d'un bâtiment qui leur sont attribuées, on n'est pas en présence d'une indivision forcée, car ces parties sont précisément affectées à l'usage non pas commun mais privatif des copropriétaires. Bien que les copropriétaires aient la jouissance en commun de certaines parties de l'immeuble, ainsi en l'espèce notamment de couloirs, escaliers et paliers, le bâtiment comme tel n'est pas affecté à l'usage commun des copropriétaires, mais ses différentes parties sont au contraire pour l'essentiel réservées dans la mesure fixée par la convention à un seul des copropriétaires à l'exclusion des autres.»

.....

Damit übernimmt das Bundesgericht im wesentlichen die von Liver vorgetragene Argumentation.

Nach dem oben Gesagten ist den bundesgerichtlichen Erwägungen wenig entgegenzuhalten. Im besondern gilt dies für neurechtliche «Stockwerkseigentums»-verhältnisse.

cc) In bezug auf die aus altrechtlichem Stockwerkseigentum entstandenen Miteigentumsverhältnisse kann man sich noch fragen, ob sich deren dauernder Bestand nicht aus Art. 17 des Schlußtitels zum ZGB herleiten läßt, welcher die unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes gültig begründeten dinglichen Rechte auch für den Fall gewährleistet, daß ihre Errichtung nach dem neuen Recht nicht mehr möglich ist. Der Zivilgesetzgeber mußte zwar die altrechtlichen Formen, die er nicht mehr glaubte anerkennen zu können, in ihrem Bestande belassen; besondere Sympathie hat er ihnen aber nicht entgegengebracht. Das neue Recht hat das Bestreben, seinen Geltungsbereich in sachlicher und zeitlicher Beziehung möglichst auszuweiten. Wenn sich die Beteiligten auf die Überführung des altrechtlichen Institutes in eine Form des neuen Rechtes verständigen, so nehmen sie in Kauf, daß das neue Gesetz in vollem Umfange und aus sich selbst heraus ausgelegt

Anwendung findet. Es geht also nicht an, auf Miteigentumsverhältnisse, die aus altem Stockwerkseigentum entstanden sind, weiterhin kantonales Recht anzuwenden (BGE 81 II 602).

Anders wäre es, wenn das Übergangsrecht die Möglichkeit schaffen würde, auf Miteigentumsverhältnisse, die aus Stockwerkseigentum entstanden sind, gewisse aus der Natur dieser Rechtsbeziehung sich aufdrängende Sonderregeln anzuwenden. Solche Vorschriften fehlen aber in bezug auf das Stockwerkseigentum. Insbesondere vermag Art. 114 der Grundbuchverordnung keine Grundlage für eine abweichende Auslegung einzelner Vorschriften des Zivilgesetzbuches abzugeben. Daß die Beteiligten vereinbaren können, dingliche Rechte, die nicht mehr begründet werden können, in einer dem Grundbuchrecht entsprechenden Weise einzutragen, versteht sich von selbst. Wenn darüber hinaus den kantonalen Ausführungsgesetzen die Befugnis eingeräumt wird, solche dem neuen Recht entsprechende Eintragungen vorzuschreiben, so kann darin keine Delegation der Gesetzgebungskompetenz an die Kantone erblickt werden. Zu einer solchen Delegation wäre der Bundesrat auch nicht ermächtigt gewesen. Die Rechtslage ist hier anders als in Deutschland, wo sich bei Einführung des BGB in bezug auf das Schicksal des bisherigen Stockwerkseigentums ähnliche Probleme ergaben¹³⁸.

Der bundesgerichtliche Entscheid stellt den Bestand der zahlreichen aus altrechtlichem Stockwerkseigentum übergeführten Miteigentumsverhältnisse in Frage. Da sich die Beteiligten bei Anlaß der Verständigung über die

¹³⁸ Art. 131 des Einführungsgesetzes zum BGB räumt den Ländern ausdrücklich die Befugnis ein, für den Fall, daß dem Miteigentümer eines Grundstückes die ausschließliche Benützung eines Teiles des Gebäudes eingeräumt ist, das Gemeinschaftsverhältnis von Gesetzes wegen näher zu ordnen; gleichzeitig wird bestimmt, daß die Landesgesetze den in § 749–751 BGB vorbehaltenen Aufhebungsanspruch des Miteigentümers ausschließen können.

Überführung des altrechtlichen Stockwerkseigentums darüber im klaren wähnten, daß die Auflösung des neuen Miteigentums weiterhin ausgeschlossen sei, wird zu erwägen sein, ob sie sich nicht in einem wesentlichen Irrtum über die Folgen jenes Vertrages befunden haben, der heute im Hinblick auf die jüngste Gerichtspraxis zu einer Anfechtung der Vereinbarung und damit zu einer Wiederherstellung des altrechtlichen Stockwerkseigentums Anlaß geben kann (vgl. BGE 81 II 612). Wird die einseitige Unverbindlichkeit anerkannt, so entbehrt der Eintrag im Grundbuch des Rechtsgrundes. Es kann, immerhin unter dem Vorbehalt der inzwischen von gutgläubigen Dritten erworbenen Rechte, die Berichtigung des Grundbuches verlangt werden.

Eine Revision der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über das Miteigentum im Hinblick auf die Zulassung von Stockwerkseigentum würde auch die Sanierung dieser zahlreichen Rechtsverhältnisse ermöglichen.

dd) Die Erwägungen des Bundesgerichtes lassen sich noch durch den Nachweis ergänzen, daß sich die Unauflösbarkeit auch nicht aus der Tatsache des Bestehens gegenseitiger auf unbestimmte Zeit bestellter Dienstbarkeiten ableiten läßt. Diese Dienstbarkeiten verdanken ihren Ursprung entsprechenden Vereinbarungen, also dem Willen der Miteigentümer. Sie können dementsprechend durch Vereinbarung auch wieder aufgehoben werden, selbst wenn sie zeitlich nicht begrenzt sind. Auf den Willen der Parteien kann es nicht ankommen; denn nach dem Gesetz ist die Aufhebung des Teilungsanspruches nur während zehn Jahren zulässig.

Wohl mögen sich unter Umständen bei der Auflösung des Miteigentums wegen dieser Dienstbarkeiten Schwierigkeiten ergeben¹³⁹. Immerhin ist darauf zu verweisen, daß mit dem Erwerb des Grundstückes durch einen der Beteiligten Berechtigter und Belasteter zusammenfallen; damit

¹³⁹ In BGE 81 II 611 wurden diese Fragen ausdrücklich offen gelassen.

geht die Dienstbarkeit unter, gleichgültig ob sie als Real- oder irreguläre Personalservitut verstanden wird.

Es mag zum Schlusse noch geprüft werden, ob nicht durch geeignete Vereinbarungen über die Art der Auflösung des Miteigentumsverhältnisses unerwünschte Auswirkungen aus der Geltendmachung des Auflösungsanspruches vermieden werden können. Denkbar wäre, daß nach Vertrag derjenige Miteigentümer, welcher die Auflösung beantragt, von den übrigen abgefunden werden kann («Übertragung der ganzen Sache auf einen oder mehrere der Miteigentümer» im Sinne von Art. 651)¹⁴⁰. Darin kann eine Vereinbarung über die Bildung einer neuen Miteigentumsgemeinschaft gesehen werden; niemand wird zur Fortführung der Gemeinschaft gezwungen, da jedem Miteigentümer der Abfindungsanspruch zusteht. Fraglicher ist, ob die Höhe dieses Anspruches vertraglich zum vorneherein festgelegt werden kann. Zwar dürfte einer solchen Vereinbarung von Gesetzes wegen nichts entgegenstehen. Anders als im Genossenschaftsrecht (Art. 842 ff. OR) schreibt das Gesetz nicht etwa vor, daß der Austritt aus der Gemeinschaft durch vertragliche Abrede nicht «übermäßig erschwert» werden dürfe. Da sich aber der einzelne Miteigentümer kaum zu einem Verzicht auf die Beteiligung an einer spätern Wertsteigerung bereitfinden wird, dürfte auf diesem Wege der Auflösung des Miteigentums kaum wirksam vorzubeugen sein.

Damit steht fest, daß sich aus einem weitem zwingenden Grunde die Verbindung von Miteigentum und Dienstbarkeiten als untaugliche Ersatzform für Stockwerkseigentum erweist.

2. Die «dingliche Wirkung» der Vereinbarungen unter den Miteigentümern. a) Soweit die Gemeinschaft der Miteigentümer durch gesetzliche Vorschriften geregelt wird, sind die daraus entspringenden Rechte und Pflichten

¹⁴⁰ Haab, Komm. N. 5 zu Art. 650/51.

auch für Miteigentümer, die später in die Gemeinschaft eintreten, beachtlich. Anders verhält es sich mit Verpflichtungen, die ihre Grundlage in vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Miteigentümern haben. Diese wirken nur unter den Vertragsparteien selbst und gegenüber ihren Universalrechtsnachfolgern, denn sie sind persönlicher Natur¹⁴¹. Angesichts des Ungenügens und der Ausbaubedürftigkeit der gesetzlichen Regeln ist diese Feststellung von erheblicher Tragweite. Der Käufer eines Miteigentumsanteils ist vorerst an die vertragliche Ordnung nicht gebunden; es liegt auf der Hand, daß dieser Rechtszustand nicht tragbar ist; die vertragliche Ordnung muß gegenüber Einzelrechtsnachfolgern durchsetzbar sein. Die Miteigentumsordnung selbst kann zwar den Beteiligten vorschreiben, die daraus fließenden Verpflichtungen einem Erwerber des Anteils zu überbinden. Allein dadurch ist noch keine Gewähr für die Durchsetzbarkeit der vertraglichen Ordnung geschaffen; es besteht stets die Möglichkeit, daß der bisherige Miteigentümer sich nicht an seine Verpflichtung hält. Dann braucht sich der Erwerber die Vereinbarung nicht entgegenzuhalten lassen, selbst wenn er von deren Inhalt Kenntnis haben sollte. Die den verbleibenden Miteigentümern für den Fall einer solchen Vertragsverletzung gegenüber dem ausscheidenden Miteigentümer zustehenden Ansprüche bieten keinen genügenden Ersatz für die Durchbrechung der Miteigentumsordnung; diese Ansprüche können nur auf Schadenersatz gehen; eine Durchsetzung der Miteigentumsordnung selbst ist ausgeschlossen. Eine indirekte Sicherung ließe sich immerhin durch die Bestellung von Pfandrechten zur Sicherung für alle Ansprüche aus der Miteigentumsgemeinschaft auf jeden Miteigentumsanteil erzielen. Die Wirkung eines solchen Grundpfandeintrages liegt dabei weniger in der Sicherung eines allfälligen Schadenersatzanspruches als im Umstand, daß ein entsprechender Eintrag im Grundbuch die Veräußerung des

¹⁴¹ Haab, Komm. N. 8 zu Art. 646.

Anteils, ohne daß die übrigen Miteigentümer davon Kenntnis haben, praktisch verunmöglichen wird, gleichgültig ob das gesetzliche Vorkaufsrecht besteht oder durch Vereinbarung ausgeschlossen ist.

b) Es ist angesichts dieser prekären Rechtslage verständlich, wenn in der Literatur im Anschluß an E. Huber¹⁴² de lege lata Vorschläge gemacht worden sind, wie die Verwaltungsordnung für das Miteigentum auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern durchgesetzt werden könnte. Darnach sollen Vereinbarungen über die Verwaltung, Nutzung und den Gebrauch des Miteigentums in der Eigentumsspalte im Grundbuch eingetragen werden¹⁴³. Die den einzelnen Miteigentümer treffenden Rechte und Pflichten würden dabei nicht als eine dingliche Berechtigung oder Belastung, die für den einen an der Quote des andern wechselweise errichtet wird, aufgefaßt, sondern als Form und Umfang des einzelnen Miteigentumsanteils. Es handelt sich danach, wie Engländer¹⁴⁴ unter Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre ausführlich darlegt, nicht um eine «echte Belastung des Miteigentumsanteils», sondern um die Verschiebung gewisser gegenständlicher Befugnisse der Mitgemeinschafter unter Wahrung des gesamten Befugnisbestandes¹⁴⁵. Haab selbst, der ebenfalls die Eintragbarkeit

¹⁴² Erläuterungen II, 1914, S. 73.

¹⁴³ Vgl. Wieland, Komm. N. 710 zu Art. 646; Haab, Komm. N. 8 zu Art. 646; Ostertag, Komm. 4 zu Art. 946; Leemann, Komm. N. 16 zu Art. 647; Oppikofer, S. 13.

¹⁴⁴ Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin 1914, S. 212, Anm. 396.

¹⁴⁵ Das deutsche Recht beruht für bewegliche Sachen durchaus auf dieser Konzeption, wenn in BGB § 746 angeordnet ist, daß vertragliche Abmachungen über Verwaltung und Nutzung der Sache auch für Sonderrechtsnachfolger gelten. Für Miteigentum an unbeweglichen Sachen bestimmt § 1010 BGB, daß Vereinbarungen über die Ordnung der Gemeinschaft Sonderrechtsnachfolgern gegenüber nur wirken, wenn sie im Grundbuch als «Belastung des Anteils» eingetragen sind. Dieser rechtsvergleichende Hinweis

der Vereinbarung vertrat¹⁴⁶, räumt ein, daß die Eintragung im Grundbuch ganz singulärer Natur sei und daß zudem im schweizerischen Recht hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehle. Er stellt denn auch fest, daß die Praxis von dem von ihm vorgeschlagenen Verfahren keinen Gebrauch gemacht habe. Liver¹⁴⁷ hält dies für keineswegs verwunderlich; denn eine solche Eintragung sehe das Gesetz nicht vor und sei demzufolge auch nicht zulässig. Dem ist zuzustimmen. Auch die Grundbuchverordnung, welche in diesem Punkte vielleicht das Gesetz hätte ergänzen können, enthält keine Vorschriften über solche Eintragungen. Beigefügt sei noch, daß mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage auch die Vormerkung von solchen Vereinbarungen ausgeschlossen erscheint. An und für sich gehört die Vereinbarung über die Ausgestaltung der Miteigentumsordnung sicherlich zu den vertraglichen Beziehungen, die durch Vormerkung «verdinglicht» werden könnte. Sie gehört zu den persönlichen Rechten, denen nach ZGB Art. 959 durch Vormerkung Wirkung gegenüber jedem spätern Erwerber verliehen werden kann. Diese Bestimmung sagt aber ausdrücklich, daß die Vormerkung auf Fälle beschränkt bleibt, die vom Gesetz vorgesehen sind.

c) Die Feststellung, daß die Vereinbarungen unter den Miteigentümern nach geltendem Recht im Grundbuche in keiner Form eingetragen werden können, erfordert bezüglich zweier Tatbestände noch einige Beifügungen.

aa) Der vertragliche Ausschluß des gesetzlichen Vorkaufsrechtes, das nach der Systematik des Gesetzes zu den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gehört, bedarf gemäß Art. 680 Abs. 2 ZGB zu seiner Gültigkeit der

zeigt, daß die «Verdinglichung» der Vereinbarungen unter den Miteigentümern nicht selbstverständlich ist.

¹⁴⁶ Komm. N. 8 zu Art. 646.

¹⁴⁷ Vortrag S. 23.

öffentlichen Beurkundung¹⁴⁸ und der Eintragung in das Grundbuch. Wenn in casu eine solche Eintragung möglich wäre, so wäre damit die Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern sichergestellt. Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, in welcher Form diese Eintragung im Grundbuch erfolgen soll. In der Literatur¹⁴⁹ wird angenommen, daß die Abänderung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung in Form einer Grunddienstbarkeit zum Eintrag komme. Gleicher Auffassung ist offenbar auch das Zürcher Obergericht¹⁵⁰. Allein es fragt sich, ob eine Abänderung des gesetzlichen Inhaltes des Eigentums, die sich nicht auf den Gebrauch der Sache, sondern auf die rechtliche Verfügung bezieht, überhaupt Gegenstand einer Dienstbarkeit bilden kann. Dies verneint Liver¹⁵¹, weil darin eine mit dem Gesetz nicht zu vereinbarende Ausweitung des Dienstbarkeitsbegriffes liege. Dieser Autor bestreitet an anderer Stelle¹⁵² nicht, daß ein Bedürfnis nach Eintrag solcher Vereinbarungen bestehe. Da man annehmen dürfe, daß der Gesetzgeber die Eintragung habe ermöglichen wollen, lasse sich vielleicht die Annahme einer Gesetzeslücke rechtfertigen. Nach Art. 1 ZGB wäre diese durch Eintragung eines «dienstbarkeitsähnlichen Rechtes» in der Kolonne «Dienstbarkeiten und Grundlasten» auszufüllen. Allein es erscheint als zweifelhaft, ob der Richter damit nicht in unzulässiger Weise über das für ihn allein maßgebliche geltende Recht hinausgehen würde.

¹⁴⁸ Ein unzweckmäßiges Formerfordernis, vgl. Haab, N. 16 zu Art. 680.

¹⁴⁹ Leemann, Komm. N. 23 zu Art. 682 und N. 24 zu Art. 730; Haab, N. 16 zu Art. 680; Liver, Vortrag S. 21 f.

¹⁵⁰ SJZ 15, S. 317, Nr. 75.

¹⁵¹ Vortrag S. 22; ders. Komm. N. 23 zu Art. 730; anders Haab, Komm. N. 13 zu Art. 680, und Obergericht Zürich (SJZ 15, S. 317, N. 75).

¹⁵² Referat an der Versammlung des Vereins bernischer Amtsschreiber und Amtsschaffner vom 14. Oktober 1954 in Bern, nicht publiziert.

bb) Hinsichtlich des Ausschlusses der Auflösung des Miteigentums ist zu unterscheiden zwischen der Unauflösbarkeit, die sich aus der Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ergibt und der durch Parteiwillen auf bestimmte Zeit festgelegten «Unkündbarkeit». Im ersten Falle steht nichts entgegen, im Grundbuche im Zusammenhang mit dem Liegenschaftsbeschrieb auf die Unauflösbarkeit der Zwangsgemeinschaft hinzuweisen. Richtig wäre wohl eine Anmerkung im Sinne von Art. 78 ff GBV, doch ist zweifelhaft, ob hierfür in allen Fällen eine Rechtsgrundlage besteht¹⁵³.

Anders verhält es sich bezüglich des vertraglich vereinbarten Ausschlusses der Aufhebung. Eine Eintragung im grundbuchtechnischen Sinne ist mit Liver¹⁵⁴ abzulehnen. Auch eine Vormerkung kommt wegen der strikten Vorschrift von Art. 959 ZGB nicht in Frage, obwohl diese durchaus sachentsprechend wäre. Ebenso fehlt die rechtliche Grundlage für eine Anmerkung.

Gleich wie bei Verzicht auf das gesetzliche Vorkaufsrecht läßt sich erwägen, ob nicht der Verzicht auf die Aufhebung des gesetzlich vorgesehenen Aufhebungsanspruches Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein könne. Es handelt sich dabei allerdings nicht um die Aufhebung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung im Sinne von Art. 680 Abs. 2 ZGB, sondern um einen Verzicht auf ein vom Gesetze eingeräumtes rechtsgeschäftliches Gestaltungsrecht.

Das von Liver¹⁵⁵ vorgebrachte Bedenken, daß eine solche Änderung des Eigentumsinhaltes nicht Gegenstand

¹⁵³ Auf Grund von GBV Art. 82 ist die Anmerkung möglich, wenn eine Parzelle, die dauernd – etwa als Zugang zur Allmend oder als Innenhof – andern Parzellen zu dienen bestimmt ist, mit letztern subjektiv-dinglich verbunden ist; so die Zürcher Grundbuchpraxis. Konstitutive Bedeutung kann jedenfalls einer solchen Anmerkung nicht zukommen.

¹⁵⁴ Vortrag, S. 23.

¹⁵⁵ Komm. N. 23 zu Art. 730.

einer Grunddienstbarkeit sein könne, hat auch in diesem Falle vieles für sich.

Man kommt deshalb auch hier zum Ergebnis, daß Abreden, welche für die Ausgestaltung eines dem Stockwerkseigentum wirtschaftlich verwandten Rechtsverhältnisses als unerläßlich erscheinen, gegenüber Dritterwerbenden eines Miteigentumsanteils nicht durchgesetzt werden können.

IV. Ergebnis

Nach dem Gesagten kann das Urteil über die Verbindung von Miteigentum und Dienstbarkeiten als Ersatz für das Stockwerkseigentum nicht zweifelhaft sein. Nach dem geltenden schweizerischen Recht ist den Parteien verwehrt, die hiezu erforderliche vertragliche Ordnung so auszugestalten, daß dem Miteigentümer auch nur einigermaßen die angestrebte Stellung eines am einzelnen Stockwerk ausschließlich dinglich Berechtigten zukommt. Dieser Mangel wiegt um so schwerer, als auch die persönlichen Rechte und Pflichten unter den Miteigentümern nicht für Einzelrechtsnachfolger durch Eintrag im Grundbuch verbindlich gemacht werden können. Endlich steht die Miteigentumsgemeinschaft nach Ablauf von 10 Jahren unter der steten Bedrohung ihrer Auflösung. Der in Frage stehenden Rechtsform muß deshalb mit aller Bestimmtheit aus zwingenden rechtlichen Gründen die Tauglichkeit für Zwecke des Stockwerkseigentums abgesprochen werden.

§ 8. Die Mieter-Aktiengesellschaft (Société actionnaires-locataires)

I. Beschreibung der Institution

Angesichts der rechtlichen Schwierigkeiten, die sich einer Bildung von unechtem Stockwerkseigentum nach geltendem schweizerischen Recht entgegenstellen, wurde nach dem zweiten Weltkrieg in unserem Lande ein Rechts-

gebilde entwickelt, von dem seine Anhänger sagen, daß es geeignet sei, den Beteiligten wirtschaftlich die gleiche Stellung wie den Stockwerkseigentümern zu vermitteln, ja daß die hierzu notwendigen vertraglichen Vereinbarungen den Anforderungen der konkreten Verhältnisse besser als jede gesetzliche Ordnung des Stockwerkseigentums zu entsprechen vermöchten. Diese Ersatzform, wie sie um das Jahr 1949 erstmals in der Westschweiz, angeregt von Vorbildern in den USA¹⁵⁶ und offenbar auch in nordischen Ländern, verwirklicht worden ist, beruht auf einer Verbindung von Aktiengesellschaft und Mietvertrag. Sie wird als «Société immobilière d'actionnaires-locataires» oder kürzer «Société actionnaires-locataires» bezeichnet, in der deutschen Sprache vielleicht am besten, allerdings nicht ganz unmißverständlich, mit «Mieter-Aktiengesellschaft» wiederzugeben¹⁵⁷.

1. Ohne auf Einzelheiten einzugehen¹⁵⁸, zeichnet sich diese neue Rechtsfigur im allgemeinen durch folgende Hauptzüge aus.

Eigentümer der Liegenschaft ist eine Aktiengesellschaft, deren Aktien im gleichen Verhältnis wie der Wert der einzelnen Mietobjekte (Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten) ein für allemal zu Paketen (groupes oder lots) zusammengefaßt sind, über welche je ein einziges Zertifikat ausgegeben wird. Soweit die darüber hinaus zum Erwerb oder zur Erstellung des Gebäudes erforderlichen Mittel durch die AG nicht mittels Grundpfandkredit aufgebracht werden, sind sie von den Aktionären zur Verfügung zu

¹⁵⁶ Sattiva, S. 66; über entsprechende Pläne, die nach 1920 in Wien entwickelt worden seien, berichtet schon Klang, Verhdlg. d. deutsch. Jur. Tages 1924, S. 240.

¹⁵⁷ Vgl. darüber im allgemeinen Flattet, JdT 1949, S. 610; ders., Vortrag S. 17; ders., ZBGR 34 (1953), S. 319 ff.; Buensod, SJZ 46 (1950), S. 165; Couchepin, SAG 23 (1950/51), S. 233; Sattiva, S. 66 ff.; Montchal, S. 25.

¹⁵⁸ Näheres im Referat Flattet und in den oben zitierten Arbeiten.

stellen. Praktisch hat jeder der Beteiligten im Umfange der Differenz zwischen seinem Aktienbesitz und den Kosten der dazu gehörenden Räumlichkeiten (vermindert um die von dritter Seite gegen Grundpfand zur Verfügung gestellten Gelder) der Gesellschaft Darlehen zu gewähren. Wichtig ist sodann, daß die Übertragung dieser Forderungen auf einen Dritten nur zusammen mit den Aktien möglich ist. Die Aktien ihrerseits lauten auf den Namen; ihre Übertragung ist nur mit Zustimmung der Verwaltung möglich, die gemäß Art. 686 OR ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann.

Auf Grund statutarischer Vorschrift steht dem jeweiligen Aktionär oder – nach einer anderen Spielart – dem Darlehensgläubiger ein Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages über die Räumlichkeiten zu, welche dem betreffenden Aktienpaket entsprechen. Die vom Mieter-Aktionär geschuldete Miete wird mit dem ihm zustehenden Anspruch auf Anteil am Gewinn der Gesellschaft oder/und mit dem ihm zustehenden Zins für die der AG gewährten Darlehen verrechnet.

2. Welche Rechtslage ergibt sich bei Veränderungen infolge objektiver oder subjektiver Umstände?

a) Wenn der Aktionär die zu seinem Aktienbesitz gehörende Wohnung nicht mehr zu benützen wünscht, so steht es ihm frei, sie an Dritte auf eigene Rechnung weiterzuvermieten. Nach den meisten Statuten behält sich allerdings die Gesellschaft das Recht vor, diese Vermietung für Rechnung und im Namen des Aktionärs zu besorgen, damit keine Untermietsverhältnisse entstehen. Dem Aktionär fällt der Ertrag aus der Miete zu, so daß die Beteiligung an der Mieter-Aktiengesellschaft sich als eine bloße Kapitalanlage darstellt.

Die Veräußerung des «Wohnungs-Eigentums» erfolgt durch Übertragung der Aktien und Abtretung der damit allenfalls verknüpften Darlehen an die Gesellschaft. Kraft

statutarischer Vorschrift geht mit der Veräußerung der Aktien der Mietvertrag zu Ende. Da jedoch mit dem Aktienbesitz oder mit der Forderung gegenüber der Aktiengesellschaft ein Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages stets verbunden ist, kann der Erwerber der Aktien den Abschluß eines neuen Mietvertrages verlangen.

Da noch heute über die Rechtslage bei nicht genehmigter Übertragung von vinkulierten Namen-Aktien einige Unsicherheit besteht, wird empfohlen¹⁵⁹, das Recht auf Abschluß des Mietvertrages mit der Aktionär-Eigenschaft, also nicht etwa mit dem Eigentum an den Namen-Aktien, zu verknüpfen.

(b) Wie weit soll dem Aktionär ungeachtet der ihm zugedachten eigentümerähnlichen Stellung von Seiten der AG «gekündigt» werden können? Die Erfahrungen mit dem altrechtlichen Stockwerkseigentum lehren, daß eine Auflösung der «Gemeinschaft» unter bestimmten Umständen unerlässlich ist. Dies gilt insbesondere, wenn einer der im Gesetz für die Auflösung eines Mietvertrages angeführten Gründe vorliegt¹⁶⁰. Hier muß im Interesse der Gesellschaft und der übrigen Mieter-Aktionäre eine Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Beteiligten, der sich vertragswidrig verhält, möglich sein. Die Verbindung von Mietvertrag und Aktiengesetz erlaubt eine Lösung, welche in glücklicher Weise die Schwierigkeiten behebt, die sich, wie noch zu zeigen sein wird, beim uneigentlichen Stockwerkseigentum aus der Tatsache der sachenrechtlichen Beteiligung an der Gemeinschaft ergeben. Bei der Mieter-Aktiengesellschaft braucht man den «Eigentümer», hier also den Aktionär, nicht zur Aufgabe seines Besitzes zu zwingen. Wenn der Mieter-Aktionär durch sein Verhalten einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung gesetzt hat, so genügt die Kündigung des Mietverhältnisses. Gab die Nichterfüllung der finanziellen Leistungspflichten Anlaß

¹⁵⁹ Sattiva, S. 74.

¹⁶⁰ Vgl. OR Art. 261, 265, 266 und 269.

zur sofortigen Kündigung, so ist der Eingang dieser Leistungen vom neuen Mieter gewährleistet. Schwierigkeiten können sich immerhin ergeben, wenn die Räumlichkeiten nicht sofort weitervermietet werden können. In diesem Falle muß ein allfälliger Verlust von den übrigen Mitbeteiligten getragen werden. Dagegen kann sich die AG im Interesse der andern Aktionäre immerhin durch die Entgegennahme von Pfändern oder Bestellung anderer Sicherheiten von Seiten ihrer Aktionäre vorsehen.

Eine Verpfändung der Aktien zugunsten der AG (die Art. 659 OR nicht ausschließen würde) dürfte aus wirtschaftlichen Gründen kaum in Frage kommen, da damit die Belehnung der Aktien zugunsten Dritter ausgeschlossen wird.

3. Bei der Ordnung der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären ergeben sich verschiedene Abweichungen gegenüber gewöhnlichen Mietverträgen. Aufwendungen des Mieters, die nur der betreffenden Wohnung zugute kommen, gehen zu dessen Lasten. Der Mieter hat es aber in der Hand, Aufwendungen, die eine Wertvermehrung bewirken, später bei Festsetzung des Verkaufspreises der Aktien zu berücksichtigen. Die Höhe des «Mietzinses» entspricht theoretisch dem Anteil an den gesamten Lasten, wenn diese im Verhältnis zum Werte der Wohnung aufgeteilt werden.

4. Wie gestaltet sich die Finanzierung bei der Mieter-Aktiengesellschaft? Es ist bereits gesagt worden, daß auch aus psychologischen Gründen die Beleihung des Grundstückes durch die Aktiengesellschaft selbst nicht erwünscht ist. Es bleibt somit zumeist Sache des einzelnen Mieter-Aktionärs, seinen «Anteil» an der AG, bestehend aus Aktien und Guthaben, zur Beschaffung der erforderlichen Mittel zu verpfänden. Gegenstand der Verpfändung können nur die Aktien und die Forderung sein. Da es sich somit nicht um ein Grundpfand handeln kann, wird eine solche Geldbe-

schaffung regelmäßig mit höheren Kosten verbunden sein als der direkte Grundpfand-Kredit.

Für die Belehnbarkeit von Aktien und Darlehen ist wichtig, daß die Möglichkeit gleichzeitiger Verpfändung der Liegenschaft durch die AG ausgeschlossen ist¹⁶¹. Wenn dies durch die Bestellung von Grundpfandrechten zugunsten der einzelnen Mieter-Aktionäre bis zur Höhe ihrer Forderungen an die AG ausgeschlossen wird, kann dadurch zugleich die Kreditaufnahme des einzelnen Aktionärs erleichtert werden. Solche Pfandrechte müßten allerdings zugunsten aller Aktionäre im Verhältnis ihrer Darlehensforderungen und ihres Aktienbesitzes, und zwar im gleichen Pfandrange, errichtet werden.

II. Würdigung

Kann die soeben beschriebene Verbindung von Mietvertrag und Aktienbesitz ein tauglicher Ersatz für Stockwerkseigentum darstellen, wie von einzelnen Autoren angenommen¹⁶², also eine Revision des Zivilgesetzbuches mit dem Ziel der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums überflüssig machen? Die Beantwortung dieser Frage hängt vom Ergebnis einer kritischen Würdigung der Mieter-Aktiengesellschaft nach verschiedenen Richtungen hin ab.

1. Daß die Verbindung von Mietvertrag und Aktienbesitz keine einfachen Rechtsverhältnisse schafft, liegt auf der Hand. Die Beziehungen, die sich aus dem Nebeneinanderbestehen von Statuten und vertraglichen Abreden ergeben, sind, wie anhand einzelner Probleme zu zeigen sein wird, nicht einfach zu überblicken. Von den Befürwortern dieser Ersatzform wird denn auch sehr betont¹⁶³, daß die einwandfreie Ausgestaltung der Statuten der Aktiengesell-

¹⁶¹ Flattet, Vortrag S. 19.

¹⁶² Flattet, Vortrag S. 19.

¹⁶³ Flattet, Vortrag S. 19; ders., JdT 1952, S. 136; und ZBGR 34 (1953), S. 322.

schaft wie auch der Vereinbarungen über die Gewährung der Darlehen an die Gesellschaft sowie des Mietverhältnisses unerläßliche Voraussetzung für den angestrebten Erfolg seien. Mangelnde Voraussicht und Unaufmerksamkeit bei Ausarbeitung der Verträge kann mit großen Nachteilen für alle an der Aktiengesellschaft und Mietergemeinschaft beteiligten Personen verbunden sein. Wer nicht juristisch gebildet ist oder nicht über große wirtschaftliche Erfahrungen verfügt, wird sich bei Beteiligung an einer Mieter-Aktiengesellschaft in weitem Maße von Dritten über Folgen und Auswirkungen der zu übernehmenden Verpflichtungen unterrichten lassen müssen.

Die Notwendigkeit der Gründung einer Aktiengesellschaft und der Bestellung ihrer Organe wird die Form der Mieter-Aktiengesellschaft zum vorneherein für Objekte, welche nur aus wenigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten bestehen, ungeeignet machen. Noch viel mehr gilt dies für die Bildung oder Erhaltung von Stockwerkeigentum in bäuerlichen Verhältnissen. Die Kosten, welche der Ausbau des Systems einer Mieter-Aktiengesellschaft mit sich bringt, lassen sich nur dann verantworten, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zur Größe des Objektes stehen. Dabei sei keineswegs verkannt, daß auch bei Stockwerkseigentum die Rechtsverhältnisse selbst bei umfassender und weitsichtiger Gestaltung einer gesetzlichen Ordnung keineswegs so einfach sind, daß sie ohne gewisse Umtriebe in zuverlässiger und einer den Anforderungen der Rechtssicherheit genügenden Weise geordnet werden können¹⁶⁴.

2. Das System der Mieter-Aktiengesellschaft weist darüber hinaus einige Schwächen auf, die nach dem geltenden Recht sich nicht beseitigen lassen und die um so schwerer wiegen, als sie sich insbesondere in Zeiten eines Überflusses an Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten bemerkbar machen dürften.

¹⁶⁴ Vgl. darüber unten, S. 194a ff.

a) Zweifel ruft vorerst die Frage, ob das Recht auf eine bestimmte Wohnung mit dem Eigentum an einer bestimmten Anzahl Aktien statutarisch verbunden werden kann¹⁶⁵. Verneint man die Frage, so bleibt nur übrig, das Recht auf Abschluß des Mietvertrages statt an den Aktienbesitz an die Eigenschaft des Mieters als Gläubiger der Aktiengesellschaft zu knüpfen¹⁶⁶. Solange Unsicherheit darüber besteht, ob den Aktionären solche Rechte statutarisch eingeräumt werden können, dürfte es sich empfehlen, diesen letzteren Weg zu beschreiten.

b) Wie gestaltet sich die Rechtslage in der Zwangsvollstreckung gegen den Mieter-Aktionär? Im Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Übertragung der Aktien und Forderungen, wo zum vorneherein die Zustimmung der Gesellschaft vom Abschluß eines neuen Mietvertrages mit dem Erwerber abhängig gemacht werden kann, besteht bei Versteigerung der Beteiligung (Aktien und Forderungen) im Zwangsvollstreckungsverfahren die Gefahr, daß der Erwerber einen neuen Mietvertrag nicht abschließt, also von seinem Recht auf Benützung einer bestimmten Wohnung keinen Gebrauch macht. Wegen des in der Schweiz strikte gehandhabten Verbotes der Nebenleistungspflichten der Aktionäre¹⁶⁷ kann der Erwerber der Aktien nicht etwa durch die Statuten zum Abschluß eines Mietvertrages verhalten werden. Andererseits muß nach Art. 686 Abs. 4 OR die Zustimmung zur Übertragung der Aktien auf einen Dritten im Falle der Zwangsvollstreckung erteilt werden, sofern nicht Mitglieder der Verwaltung selbst die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen bereit sind. Gelingt es

¹⁶⁵ Offen gelassen durch Sattiva, S. 76.

¹⁶⁶ Es wird in derartigen Fällen statt von einer Société d'actionnaires-locataires von einer «Société anonyme des créanciers-locataires» gesprochen, Sattiva, S. 77.

¹⁶⁷ OR, Art. 680 Abs. 1; W. Naegeli, Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht. Diss. Zürich 1948; weitere Zitate bei Sattiva, S. 75 Anm. 2.

der Aktiengesellschaft nicht, die zu den verwerteten Aktien gehörenden Räumlichkeiten selbst an Dritte zu vermieten – womit bei Wohnungs-Überfluß stets gerechnet werden muß –, so ergeben sich daraus für die übrigen Mieter zusätzliche Lasten, denen sie nur durch Veräußerung ihrer Aktien entgehen können. Diese Veräußerung wiederum wird in einem solchen Zeitpunkt nicht leicht sein; denn sie wird von der Gesellschaft vom Abschluß eines neuen Mietvertrages mit dem Erwerber solcher Aktien abhängig gemacht werden.

Mit Recht wird darauf aufmerksam gemacht¹⁶⁸, daß bei der Mieter-Aktiengesellschaft die Beteiligten sich trotz ihrer formalen Unabhängigkeit in einer weitgehenden Risikogemeinschaft befinden, die sich insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit eines Mieter-Aktionärs auswirkt. Wirtschaftlich tragen die Beteiligten das Risiko der Vermietung aller Räumlichkeiten und der Lasten des Unterhaltes des Gebäudes gemeinsam. Alle die Liegenschaft treffenden Abgaben und Lasten sind Verpflichtungen der AG und nicht etwa des einzelnen Mieter-Aktionärs. Fällt der Beitrag eines Beteiligten aus, so ist er im Ergebnis von den andern zu tragen. Es wird allerdings zu zeigen sein (unten S. 242a ff.), daß auch bei eigentlichem Stockwerkseigentum eine gewisse Risikogemeinschaft zwischen allen am selben Hause Berechtigten nicht ausgeschlossen werden kann.

3. Für die Frage, ob die Mieter-Aktiengesellschaft als geeignete Ersatzform für Stockwerkseigentum angesehen werden kann, sind schließlich auch die steuerlichen Auswirkungen dieser Konstruktion zu berücksichtigen.

Hier ist zunächst davon auszugehen, daß das Bestehen einer Aktiengesellschaft zu einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung hinsichtlich Kapital und Ertrag führt. Einerseits wird die Gesellschaft für ihr Kapital sowie für die von ihr erzielten Erträge besteuert. Andererseits bezahlt der Aktionär Steuern auf den zu seinem Vermögen gerechneten

¹⁶⁸ Sattiva, S. 86.

Aktien¹⁶⁹ sowie auf den ihm von der Gesellschaft zufließenden Erträgen (Dividenden und, wirtschaftlich besonders störend, auch zumeist Gratisaktien).

Wäre die Liegenschaft im Miteigentum ihrer Bewohner, so würden die Steuerlasten der Aktiengesellschaft wegfallen. Andererseits ergeben sich dort, wo die Übertragung von Anteilen an Immobiliengesellschaften nicht als Handänderung von Grundstücken bzw. von Grundstücksanteilen aufgefaßt wird¹⁷⁰, Steuerersparnisse, indem die Übertragung des «Eigentums an der Wohnung» keine Pflicht zur Bezahlung der zum Teil recht beträchtlichen Handänderungssteuern auslöst. Gleichwohl treten diese Verkehrssteuern trotz ihrer zahlenmäßigen Höhe gegenüber den sich wiederholenden direkten Steuern auf längere Sicht betrachtet in den Hintergrund, da sie nur bei der Veräußerung eines Liegenschaftsanteils verfallen.

Obwohl aus steuerlichen Gründen das Aktienkapital der Mieter-Aktiengesellschaft so klein wie möglich gehalten wird, können sich unter Umständen aus der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung beträchtliche Steuerlasten ergeben. Dies ist dann der Fall, wenn der Fiskus in den «Mietzinsen» verdeckte Gewinnausschüttungen glaubt erblicken zu können, weil dieses Entgelt niedriger angesetzt ist, als es von einem Mieter zu entrichten wäre, der nicht zugleich Aktionär ist. Diese Leistungen an die Gesellschaft müssen wohl, um Auseinandersetzungen mit dem Fiskus zu vermeiden, so angesetzt werden, daß die Gesellschaft in der Lage ist, nach Bestreitung der Kosten und Aufwendungen und nach

¹⁶⁹ Für Liegenschafts-Aktiengesellschaften wird dieser Wert fast durchwegs nach dem Substanzwert errechnet, vgl. etwa Perret, Komm. zur Wehrsteuer 1955/58, Zürich 1955; Wegleitung der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Bewertung nicht kotierter Wertpapiere, lit. C, abgedruckt daselbst S. 77 ff.

¹⁷⁰ So nach geltendem Recht im Handänderungssteuer-Gesetz des Kantons Basel-Stadt, App.Ger.Entsch. Bd. 8, S. 152; vgl. aber den Ratschlag des Regierungsrates betr. Änderung dieses Gesetzes vom 7. Juli 1955.

Vornahme angemessener Abschreibungen und Reservestellungen, eine Dividende auszurichten, welche wirtschaftlich einer Verzinsung des Aktienkapitals zum mindesten gleichkommt.

Ohne daß auf einzelne Steuerprobleme näher einzutreten wäre, darf gesagt werden, daß die Mieter-Aktiengesellschaft in steuerlicher Hinsicht auf längere Sicht betrachtet, zusätzliche Kosten verursacht, welche unter Umständen fühlbar ins Gewicht fallen.

4. Nach dem Gesagten ist leicht zu erkennen, daß die Mieter-Aktiengesellschaft nicht geeignet ist, allen Bedürfnissen zu entsprechen, die mit der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums befriedigt werden sollen. Unter besonders gearteten Umständen mögen die damit verbundenen zusätzlichen steuerlichen Lasten und Kosten durch andere Vorteile aufgewogen werden. Erfahrungen darüber, wie sich die vertragliche Ordnung unter anderen Verhältnissen auf dem Wohnungsmarkte bewähren wird, liegen zudem noch nicht vor. Das Ziel, eine dem Eigentum wirtschaftlich gleichstehende ausschließliche Herrschaftsbefugnis mit Bezug auf einen Teil eines Hauses zu verschaffen, läßt sich zwar in weitgehendem Maße erreichen; doch bleibt in beachtenswertem Umfang eine wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft unter den «Stockwerkseigentümern» wegen ihrer Beteiligung am Aktienkapital bestehen. Im Vergleich zum eigentlichen Stockwerkseigentum ergibt sich, wie aus späteren Ausführungen hervorgehen wird, eine erheblich eingeschränkte Verfügungsbefugnis.

§ 9. Weitere Ersatzformen für Stockwerkseigentum

Es bleibt noch zu erwägen, ob das geltende Recht andere Möglichkeiten bietet, um dem Stockwerkseigentum im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende Vereinbarungen zu treffen.

I. Die Verbindung von Alleineigentum und beschränkt dinglichen Rechten

1. Nachdem festzustellen war, daß das geltende Recht die Eintragung einer Dienstbarkeit mit dem Inhalt einer übertragbaren und veräußern ausschließlichen Nutzungsbefugnis nicht zuläßt (vgl. oben S. 46a), entfällt auch die in Art. 114 GBV ausdrücklich erwähnte Möglichkeit, daß einer der Beteiligten alleiniger Eigentümer des Grund und Bodens ist und zugunsten der übrigen Beteiligten dingliche Nutzungsrechte bestellt werden. Abgesehen von diesem rechtlichen Hindernis steht nach übereinstimmender Auffassung¹⁷¹ dieser Lösung der Umstand entgegen, daß die «Wohnungseigentümer» sich in verschiedener Rechtsstellung befinden. Die Nachteile liegen nicht allein auf Seiten der Dienstbarkeitsberechtigten; auch für den Eigentümer bedeutet die Einräumung der umfassenden Nutzungsrechte eine dauernde wirtschaftliche Aushöhlung seines Eigentums, woran er in den meisten Fällen kein Interesse hat. Ihm bleiben allein die Lasten, welche mit dem Grundbesitz verbunden sind. Nach geltendem Recht entfällt auch die Möglichkeit, eine solche Dienstbarkeit als selbständiges und dauerndes Recht im Grundbuch einzutragen und so eine Verfügung, also insbesondere dessen Verpfändung nach den Grundsätzen des Immobilien-Sachenrechts, zu ermöglichen.

Auch das Wohnrecht, wie es in den Art. 776/78 ZGB geordnet ist, vermag den Anforderungen, welche an ein stockwerkseigentumsähnliches Rechtsverhältnis geknüpft werden müssen, nicht zu genügen, gleichgültig ob der Wohnungsberechtigte am belasteten Grundstück zugleich als Miteigentümer beteiligt ist oder nicht. Seine gesetzliche Ausgestaltung ist auf eine persönliche Beziehung zwischen dem Eigentümer und dem Wohnungsberechtigten zugeschnitten. Mit dem Ableben des letzteren fällt das Wohn-

¹⁷¹ Haab, Komm. N. 16 zu Art. 675; Sattiva, S. 56/7; Lee-
mann, SJZ 10, S. 354.

recht dahin. Sein Inhalt bemißt sich nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Eine Änderung dieses persönlichen Charakters ist nach geltendem Recht ausgeschlossen.

II. Die Verbindung von GmbH-Anteil und Mietvertrag

Nachdem die Verbindung zwischen Aktie und Mietvertrag zum Zwecke der Schaffung einer stockwerkseigentumsähnlichen Berechtigung an verschiedenen Orten sich einzuleben vermochte, ist noch zu prüfen, ob nicht durch eine auf dem gleichen Gedanken beruhende Verbindung des Mietvertrages mit einer körperschaftlichen Beteiligung anderer Natur ein ähnliches oder den Absichten der Beteiligten sogar noch besser entsprechendes Ergebnis erreicht werden könnte.

1. Was vorerst die Verwendung der GmbH für den besagten Zweck anbetrifft, so ergeben sich wesentliche Abweichungen gegenüber der Aktiengesellschaft nicht. Als Nachteil, der jedoch bei der ordnungsgemäßen Verwaltung der Gesellschaft nicht überschätzt zu werden braucht, könnte die solidarische Haftung aller Gesellschafter bis zur Höhe des Stammkapitals angesehen werden. Daß bei der Übertragung des Anteils an der «Mieter-GmbH» eine Statutenänderung verbunden mit öffentlicher Beurkundung notwendig ist (OR Art. 791 Abs. 4), erscheint in Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung des Rechtsgeschäftes nicht als eine lästige Formvorschrift. Geradezu als Vorzug der GmbH darf die Freiheit in der Festsetzung der Höhe der einzelnen Stammanteile angesehen werden. Die einzelnen Anteile können demgemäß dem Anteil des Wertes der dazugehörenden Wohnung angepaßt werden. Ebenso wertvoll erscheint die Möglichkeit, mit der Mitgliedschaft neben der Kapitaleinzahlungspflicht weitere Leistungspflichten zu verknüpfen¹⁷². So kann die Pflicht zur Leistung des

¹⁷² OR Art. 777 Ziff. 2 und 772 Abs. 2 in fine; Bürgi, Komm. zum OR, N. 12 zu Art. 680; Janggen/Becker, Komm. zum OR, N. 8 zu Art. 722.

Beitrages an die Kosten der Verwaltung der Gesellschaft und des Gebäudes sowie an die Aufwendungen für die gemeinsam benützten Teile des Gebäudes als körperschaftliche Pflicht ausgestaltet werden. Es entstehen daher im Unterschied zur AG keine Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Mietergesellschafter. Auch die Organisation kann leichter den verschiedenen Bedürfnissen angepaßt werden. Sollte auf Grund der heute erkennbaren Tendenzen die GmbH von Bund und Kantonen einem anderen steuerlichen Regime unterworfen, also den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gleichgestellt werden, so würde sich die Umwandlung der bestehenden Mieter-Aktiengesellschaft geradezu aufdrängen. Damit würde nicht nur die wirtschaftliche Doppelbesteuerung beseitigt, sondern zugleich die Voraussetzung für die Besteuerung von allfälligen verdeckten Gewinnausschüttungen wegfallen^{172a}. Daß die GmbH bis anhin nicht häufiger in Betracht gezogen worden ist, mag durch die allgemeine Zurückhaltung gegenüber dieser Gesellschaftsform zu erklären sein.

Trotz dieser bestehenden oder allenfalls noch zu erwartenden Vorzüge dürfte auch die Verbindung von GmbH-Anteil und Mietvertrag einem als gerechtfertigt anerkannten Bedürfnis nach Wiedereinführung des Stockwerkseigentums nicht in allen Teilen zu entsprechen vermögen. Wenn die Verbindung von Mietvertrag und AG als reichlich kompliziertes und künstliches Gebilde bezeichnet werden muß, so gilt dasselbe nicht weniger für die GmbH-Variante.

III. Die Verbindung der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft mit einem Mietvertrag

Von Gegnern der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums wird etwa darauf hingewiesen, daß die anerkan-

^{172a} Für die Verwendung der GmbH zum Zwecke der Verbindung von Mietvertrag und Körperschaft vgl. auch Flattet, JdT 1949, S. 616; ablehnend Buensod, SJZ 1950, S. 165, N. 1.

termaßen mit dem Stockwerkseigentum verbundenen Vorteile auch mit der Rechtsform der Genossenschaft in durchaus befriedigender Weise erreicht werden könnten¹⁷³.

Dem Mitglied einer Wohngenossenschaft steht zumeist das Recht zu, mit ihr einen Mietvertrag über eine bestimmte Wohnung abzuschließen. Solange die Mitgliedschaft besteht, kann der Mietvertrag nach statutarischer Vorschrift nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden. Andererseits setzt der Mietvertrag Mitgliedschaft bei der Genossenschaft voraus. Ein dingliches Recht an der Wohnung oder auf ausschließliche Benutzung steht dem Genossenschafter-Mieter nicht zu. Eigentümer des Gebäudes ist allein die Genossenschaft. Der Anspruch des Genossenschafters geht höchstens auf Rückzahlung des Anteilscheines bei Austritt oder Auflösung und vielleicht noch auf einen Anteil am Liquidationserlös. Fast ohne Ausnahme ist der Genossenschafter zur Beteiligung am Kapital der Genossenschaft mittels Übernahme einer Anzahl von Genossenschaftsanteilen (Anteilscheinen) verpflichtet, deren Gesamtbetrag in einem bestimmten Verhältnis zur Größe der gemieteten Wohnung steht. Diese Kapitalbeteiligung ist aber zumeist für die Finanzierung der Bauten zahlenmäßig von untergeordneter Bedeutung. Eine gewisse Parallele zwischen Stockwerkseigentum und Genossenschaft läßt sich ferner in bezug auf die Verwaltung feststellen. Die Genossenschafter und die Stockwerkseigentümer verwalten die Liegenschaft grundsätzlich selbst. Praktisch muß die Verwaltungstätigkeit an einzelne Beteiligte delegiert werden, die als Organe oder Beauftragte die laufenden Geschäfte besorgen. In bezug auf die Kosten der Verwaltung bietet die Genossenschaft nur dann gewisse Vorteile, wenn die genossenschaftlichen Funktionen ehrenamtlich ausgeübt werden.

Diese gemeinsamen Züge dürfen nicht über die grundlegenden und für unsere Untersuchung wesentlichen Unter-

¹⁷³ Vgl. z. B. H. Peter, Das Stockwerkseigentum, ein Problem mit vielen Fragezeichen, Tagesanzeiger für Stadt und Kanton Zürich, vom 1. Dezember 1955.

schiede hinwegtäuschen. Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Genossenschafter, der im Genossenschaftsrecht mit einiger Folgerichtigkeit durchgeführt ist¹⁷⁴, folgt vor allem der Satz, daß jeder Genossenschafter unabhängig von der Intensität der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen und der Beteiligung am Kapital der Genossenschaft in der Generalversammlung nur eine Stimme besitzt (OR Art. 885). Schon wegen dieser zwingenden Vorschrift erweist sich die Genossenschaft als ungeeignete Ersatzform für Stockwerkseigentum, sobald die einzelnen Objekte von verschiedener Größe oder von verschiedenem Wert sind. Der «Besitzer» der wertvollen Ladenräumlichkeiten wird zum Beispiel bei der Willensbildung in der Genossenschaft eine seinem Anteil entsprechende Stimmquote beanspruchen. Dem Gleichheitsprinzip steht zwar nicht entgegen, daß die von den einzelnen Genossenschaftern zu übernehmenden Kapitalanteile der Höhe nach verschieden, also etwa dem Werte der genossenschaftlichen Wohnung entsprechend abgestuft sind¹⁷⁵. Da die Genossenschaft eine von der Gesamtheit ihrer Mitglieder verschiedene Rechtsperson ist, kann der einzelne Genossenschafter nicht selbst die Finanzierung einer dem Wert seiner Wohnung entsprechenden Quote des Gebäudes übernehmen. Wer mehr Anteilscheine zeichnet, trägt nicht allein zur Beschaffung derjenigen Mittel bei, die zur Erstellung seiner Wohnung notwendig waren, sondern leistet, dem Prinzip der gemeinsamen Selbsthilfe entsprechend, zugunsten aller Genossenschafter einen zusätzlichen Beitrag. Da für die Verpflichtungen der Genossenschaft stets deren ganzes Vermögen haftet, bedeutet die höhere Beteiligung am Genossenschaftskapital wirtschaftlich eine vermehrte Haftung für die im Interesse aller Genossenschafter

¹⁷⁴ Vgl. R. Bernheimer, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen OR, Zürich 1949; M. Kummer, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäß Art. 854 OR, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 273, S. 25 ff.

¹⁷⁵ Bernheimer, S. 83.

eingegangenen Verpflichtungen. Gleiches gilt, wenn die Genossenschafter für die Verpflichtungen der Genossenschaft unbeschränkt oder beschränkt persönlich haften (OR Art. 869 f.) oder diese Verpflichtungen persönlich verbürgen müssen. Sobald die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beteiligten verschieden ist, eignet sich die Genossenschaft nicht für die Organisation unechten «Stockwerkseigentums».

Zu beachten ist auch, daß die Genossenschaft bei ihrer Gründung aus mindestens 7 Mitgliedern bestehen muß. Für Liegenschaften mit einer kleineren Zahl von Wohnungen kommt die Genossenschaft schon aus diesem Grunde kaum in Frage.

Geringere Hindernisse bietet das Genossenschaftsrecht hinsichtlich der Einräumung eines unentziehbaren, übertragbaren und vererblichen Anspruches auf Benützung einer bestimmten Wohnung. Wenn die Statuten dem Genossenschafter ein Recht auf Benützung einer Wohnung einräumen¹⁷⁶, weiter die Mitgliedschaft vererblich gestalten (OR Art. 847 Abs. 2), diese schließlich übertragbar erklären und zugleich mit dem Mietvertrag verknüpfen (analog OR Art. 841; vgl. OR Art. 849 Abs. 3)¹⁷⁷, so ist im Ergebnis die Mitgliedschaft zu einem Rechtskomplex ausgestaltet, der wirtschaftlich dem dinglichen Recht nahekommt^{177a}. Allfällige durch den Genossenschafter an der betreffenden Wohnung oder den Geschäftsräumlichkeiten geschaffene Wertvermehrungen könnten auf diese Weise bei der Übertragung auf Dritte realisiert werden. Um zu

¹⁷⁶ Dies ist zulässig, Bernheimer, S. 97.

¹⁷⁷ Diese Bestimmung ist zwar in erster Linie auf den Versicherungsvertrag zugeschnitten. Es ist aber nicht ausgeschlossen, die Mitgliedschaft auch mit einem anderen Verträge untrennbar zu verbinden; insbesondere steht Art. 849 Abs. 1 einem solchen Mitgliedschaftsübergang nicht entgegen, da er sich allein auf die Auswirkungen des Überganges der Anteilscheine bezieht.

^{177a} Vorbehalten bleibt immerhin der Fall eines Ausschlusses aus der Genossenschaft oder der Aufhebung des Mietvertrages aus wichtigen Gründen.

vermeiden, daß die übrigen Genossenschafter durch Auflösung und Liquidation der Genossenschaft sich einen Teil der von Einzelnen geschaffenen Mehrwerte zunutze machen können, müßte die Auflösung einem Einstimmigkeitsbeschluß unterstellt werden.

Ungewiß ist allerdings, wieweit ein statutarischer Anspruch auf Abschluß des Mietvertrages über eine bestimmte Wohnung dem Grundsatz der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl (OR Art. 828 Abs. 1 und Art. 839 Abs. 2) widerspricht. Wo die Unmöglichkeit, weitere Personen an der Benützung genossenschaftlicher Einrichtungen teilnehmen zu lassen, die Aufnahme neuer Mitglieder verbietet, kann von einer Verletzung des «Grundsatzes der offenen Türe» wohl kaum gesprochen werden. Doch wird man sagen müssen, daß eine Genossenschaft, deren Zweck nach den Statuten zum vorneherein darauf angelegt ist, ein bestimmtes Gebäude einer nach der Sachlage geschlossenen Zahl von Mitgliedern zur Nutzung zur Verfügung zu stellen, der Struktur der Genossenschaft, wie sie im revidierten Obligationenrecht konzipiert ist, nicht mehr entspricht. Abgesehen von den Schwierigkeiten, den Beteiligungs- und Benutzungsverhältnissen verschiedener Größe im Statut der Körperschaft Rechnung zu tragen, ergibt sich aus solchen Bedenken wegen eines Verstoßes gegen die Grundsätze des Genossenschaftsrechtes zum mindesten ein erheblicher Unsicherheitsfaktor. Diese Körperschaft erscheint deshalb als Rechtsform zur Begründung von «Stockwerkseigentum» ebenfalls nicht als empfehlenswert.

§ 10. Zusammenfassende Feststellungen

I. Stellen die Ersatzformen für das Stockwerkseigentum eine unzulässige Umgehung des Gesetzes dar?

Für alle Ersatzformen mag noch kurz die Frage erörtert werden, ob sie im Hinblick auf das im geltenden schweizerischen Recht ausgesprochene Verbot der Neubegründung

von Stockwerkseigentum als unzulässige Gesetzesumgehung aufgefaßt werden müssen¹⁷⁸.

Um zu erkennen, ob sich ein rechtliches Vorgehen zur Erzielung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges als ein *agere in fraudem legis* erweist, ob also im Einzelfalle die Wahl des einen Mittels anstelle eines andern eine unzulässige Gesetzesumgehung darstellt, ist vorerst abzuklären, ob das Gesetz den angestrebten Erfolg schlechthin oder nur eine bestimmte Art und Weise, auf welche dieser Erfolg erreicht werden soll, verpönen will. Im ersteren Falle spricht man von einem Ziel-, im letzteren von einem Wegverbot¹⁷⁹. Der schweizerische Gesetzgeber hatte keinen Anlaß, das Stockwerkseigentum in allen seinen Ausgestaltungen zu verbieten. Die Rücksicht auf das Akzessorietätsprinzip sowie die vermeintlichen Schwierigkeiten einer grundbuchtechnischen Darstellung von Stockwerkseigentumsverhältnissen waren die einzigen in Betracht fallenden rechtlichen Motive für das Verbot. Es bestand offensichtlich kein Grund, den Erfolg als solchen zu verbieten, wenn er auf andern, rechtlich zulässigen Wegen erreicht werden kann. Hätte das Gesetz Stockwerkseigentumsverhältnisse im weitesten Sinn untersagen wollen, weil solche mit neuen Rechtsanschauungen schlechthin als unvereinbar zu erachten wären, so wäre wohl die übergangsrechtliche Ordnung, welche die alten Stockwerkseigentumsverhältnisse auf unbestimmte Zeit bestehen läßt, anders getroffen worden.

Unzulässig sind demgemäß allein die im Gesetze bezeichneten Methoden für die Schaffung eines stockwerkseigentumsähnlichen Rechtsgebildes, nämlich das Grundstück nach Eigentumszuständigkeiten im engeren Sinne horizontal aufzuteilen, sei es, daß Grund und Boden sowie

¹⁷⁸ Vgl. darüber ausführlich Sattiva, S. 105 ff.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 79 II 83; Egger, Kommentar N. 38 ff. zu Art. 2 ZGB; von Tuhr-Siegwart, Schweiz. Obligationenrecht, 2. Aufl. S. 238.

gemeinschaftlich benutzte Teile im gemeinsamen Eigentum aller Beteiligten stehen, sei es, daß an einem Teil des Gebäudes ein Baurecht bestellt werden soll. Weder die Verbindung von Miteigentum mit Dienstbarkeiten noch die Mieter-Aktiengesellschaft oder -GmbH widersprechen diesem «Wegverbot». Eine unzulässige Gesetzesumgehung liegt somit nicht vor¹⁸⁰. Im BGE 81 II 598 hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage nicht ausdrücklich geäußert. Doch darf aus der Tatsache, daß der Bestand der Miteigentumsgemeinschaft nicht zur Diskussion gestellt worden ist, sondern allein der unentziehbare Teilungsanspruch bejaht wurde, geschlossen werden, daß eine Nichtigkeit wegen Gesetzesumgehung – die von Amtes wegen hätte beachtet werden müssen¹⁸¹ – überhaupt nicht in Betracht gezogen worden ist.

II. Folgerungen

Die bisherige Untersuchung zeigt folgendes Ergebnis: Keine der in der Praxis verwendeten oder vorgeschlagenen Ersatzformen muß wegen unzulässiger Gesetzesumgehung zum vorneherein als ungangbar bezeichnet werden, doch vermögen sie den Anforderungen, welche an das Stockwerkseigentum gestellt werden müssen, nicht zu genügen. Dies liegt nicht etwa darin begründet, daß sich eine befriedigende Ordnung der unter dem Begriff des Stockwerkseigentums verstandenen ausschließlichen Benützung eines bestimmten Teiles eines Hauses zum vorneherein aus der Natur der Sache heraus nicht treffen ließe. Es sind vielmehr historische, aus der gegenwärtigen Ausgestaltung des schweizerischen Rechtes sich ergebende Hindernisse.

Die unabdingbare Unauflösbarkeit des Miteigentums nach Ablauf von spätestens 10 Jahren macht jede auf dieser Form des gemeinschaftlichen Eigentums aufgebaute Ersatzform für Stockwerkseigentum a priori

¹⁸⁰ Gleich Sattiva, S. 107; Zünd, S. 45.

¹⁸¹ von Tuhr-Siegwart, S. 214; BGE 80 II 335.

unbrauchbar. Da, wie noch zu zeigen sein wird, das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkseigentums am geeignetsten erscheint, ist diese Feststellung von entscheidender Bedeutung. Ein weiteres Hindernis bildet die Unmöglichkeit, die für ein reibungsloses Zusammenwohnen unerläßliche vertraglich ausgebaute Miteigentumsordnung gegenüber Einzelrechtsnachfolgern wirksam zu machen.

Die Versuche, aus der Verbindung des Alleineigentums mit beschränkt dinglichen Rechten ein stockwerkseigentumsähnliches Verhältnis zu begründen, können noch weniger befriedigen. Denn wenn ein Beteiligter Eigentümer und ein anderer nur beschränkt dinglich Berechtigter ist, so fehlt die schon aus psychologischen Gründen erwünschte Gleichstellung aller Beteiligten. Abgesehen davon läßt sich wegen des bis jetzt nicht genügend beachteten Prinzips des Typenzwanges im schweizerischen Sachenrecht ein beschränkt dingliches Recht mit einem die ausschließliche, dauernde und zugleich übertragbare Nutzung eines Gebäudeteils gewährleistenden Inhalt wahrscheinlich überhaupt nicht begründen. Im weiteren können weder das Wohn- noch das Baurecht durch Parteivereinbarung entsprechend ausgebaut werden.

Es verbleibt so praktisch allein die ingeniöse Verbindung von Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft und Mietvertrag. Sie leidet jedenfalls nicht an einem Mangel, der die Erreichung des angestrebten Zieles zum vorneherein zweifelhaft erscheinen ließe. Wo man die mit der AG oder GmbH verbundenen Umtriebe, Risiken, Kosten und Komplikationen in Kauf nehmen will, kann dadurch ein dem wirtschaftlichen Erfolg nach dauerndes Stockwerkseigentum gebildet werden. Der wesentliche, aber auch entscheidende Mangel dieser Ersatzform liegt darin, daß sie für kleinere, insbesondere ländliche Verhältnisse zu umständlich und zu schwerfällig ist und die dem Einzelnen zustehenden Rechte und Pflichten nur schwer überblickt und ermessen werden können.

Auch mittels genossenschaftlichen Wohnungseigentums läßt sich dem Mieter und Genossenschafter keine dem Gedanken des selbständigen Wohnungseigentums genügend Rechnung tragende Rechtslage schaffen.

Wenn ein Bedürfnis nach der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der einen oder andern Form besteht, so muß nach den vorigen Ausführungen festgestellt werden, daß das geltende Recht keine auch nur einigermaßen befriedigende, für alle Ansprüche gleichermaßen brauchbare Ersatzform zuläßt. Somit verbleibt allein der Weg über die Änderung der Gesetzgebung¹⁸².

V. KAPITEL

Das Stockwerkseigentum im Auslande

Wenn heute bei uns die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums zur Diskussion gestellt ist, so geht dies nicht zuletzt auf die große in den jüngsten Jahren stark gewachsene Verbreitung dieses Institutes in den ausländischen Rechten zurück. Man wird sich deshalb Rechenschaft darüber ablegen müssen, in welchen Ländern das Stockwerkseigentum bekannt ist und wie es dort von der Rechtsordnung geregelt ist. Dabei liegt es nahe, das Augenmerk hauptsächlich den Staaten zuzuwenden, deren Rechtsordnung mit der schweizerischen besondere Beziehungen verbindet.

Der beschränkte Raum zwingt dazu, nur Wichtigstes zu erwähnen; Einzelausgestaltung und Erfahrungen im Auslande werden bei Einführung des Stockwerkseigentums in der Schweiz aber mit Nutzen heranzuziehen sein¹⁸³.

¹⁸² So auch Sattiva, S. 122; Liver, Vortrag S. 27.

¹⁸³ Eine rechtsvergleichende Übersicht enthält Baermann, Die Eigenwohnung, Deutsche Not.-Zschr. 1950, S. 244 ff.

§ 11. *Der Rechtskreis des Code Civil*

Schon bei der Darstellung der geschichtlichen Wurzeln des Stockwerkseigentums fiel auf, daß im Gebiete des französischen Rechtes und später des Code Civil und seiner Tochterrechte der Grundsatz «solo superficies cedit» keineswegs als Axiom verstanden wurde. Der Code Civil verbietet deshalb das Stockwerkseigentum nicht, sondern regelt in Art. 664, freilich in recht rudimentärer Weise, einige Fragen, die sich aus dem Nebeneinanderbestehen mehrerer Eigentumsrechte am selben Gebäude ergeben¹⁸⁴. Die Entwicklung ging in der Folge in den zur Gruppe des Code Civil gehörenden Staaten verschiedene Wege. Es rechtfertigt sich deshalb eine kurze getrennte Betrachtung.

I. Das Stockwerkseigentum in Frankreich selbst

Die zitierte einzige Bestimmung des Code Civil erwies sich nach dem großen Aufschwung des Stockwerkseigentums im Gefolge des ersten Weltkrieges bald als ungenügend. Sie wurde ersetzt durch die Art. 5 bis 14 des Gesetzes vom 28. Juni 1938 über «Le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartement»¹⁸⁵. Neuerdings erfuhren die Vorschriften über die «Publizität der dinglichen Rechte» grundlegende Änderungen durch das Dekret vom 4. Januar 1955, in Kraft seit 1. Januar 1956¹⁸⁶.

Das neue französische Recht verzichtet auf die Umschreibung des Sondereigentums. Im Hinblick auf die Auseinandersetzungen in der Doktrin wird jedoch klargestellt,

¹⁸⁴ Über die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vgl. Sattiva, S. 21.

¹⁸⁵ Vgl. hierüber im einzelnen Referat Flattet; ferner Denis, Sociétés de construction et copropriété des immeubles divisés par appartements, Paris 1954.

¹⁸⁶ Einen Überblick über das neue franz. Immobilienrecht gibt E. Becqué, La réforme de la publicité foncière, La semaine juridique, 1955, N. 1226; und ders., La Semaine juridique, 1956, N. 1287.

daß die dem gemeinsamen Gebrauch dienenden Teile des Gebäudes im Miteigentum stehen. Die daraus entstehenden Lasten tragen die Beteiligten im Verhältnis des Wertes ihrer Wohnungen. Der Gemeinschaft steht für die entsprechenden Forderungen gegenüber dem Stockwerkseigentümer ein gesetzliches Pfandrecht zu. Den praktischen Bedürfnissen entsprechend, wird die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer, andere Abrede vorbehalten, in ein «Syndicat» zusammengefaßt; dessen Organe sind die Versammlung der Stockwerkseigentümer und der Verwalter (syndic). Die Beschlüsse der Versammlung, die sich nur auf die im Miteigentum stehenden Teile beziehen können, werden mit der Mehrheit der nach dem Werte der Wohnungen gewogenen Stimmen der Stockwerkseigentümer gefaßt. Ferner sieht das Gesetz ein Reglement vor, welches unter bestimmten Voraussetzungen auch für Einzelrechtsnachfolger verbindlich ist.

Wenn auch die skizzierte Ordnung keineswegs alle Fragen regelt, scheint sie doch eine brauchbare Grundlage für die Erscheinung des Stockwerkseigentums zu bilden. Die Zahl solcher Rechtsverhältnisse hat sich in Frankreich, bedingt allerdings durch die außergewöhnlichen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt, in den letzten Jahren sehr stark vermehrt.

II. Das italienische Recht

1. Seit Ende des 1. Weltkrieges hat das Stockwerkseigentum in Italien eine außerordentlich große Verbreitung erlangt. Vielerorts, hauptsächlich in den großen Städten, ist es die ordentliche und übliche Form für den Erwerb von Wohnungen geworden.

Der italienische Codice civile vom 16. März 1942 enthält in den Art. 1117–1139, ergänzt durch die Art. 61–72 der Einführungs- und Übergangsbestimmungen, eine einläßliche, wohldurchdachte und von einer relativ langen Erfahrung getragene Ordnung des Stockwerkseigentums. Sie ent-

spricht im wesentlichen einem Spezialgesetz vom 10. Januar 1935, dem seinerseits eine Verordnung vom 15. Januar 1934 vorangegangen war. Die gesetzliche Ordnung ist zudem durch eine reiche Rechtsprechung weiter ausgebaut und verfeinert worden. Ferner hat die Doktrin sich in auffallend starkem Maße mit Dogmatik und Theorie des Stockwerkseigentums befaßt¹⁸⁷. Endlich hat die Praxis für die mit dem Stockwerkseigentum zusammenhängenden Verträge, Reglemente und Erklärungen Muster und Anleitungen entwickelt, die ein gutes Bild über die Ausgestaltung des Stockwerkseigentums in der Rechtswirklichkeit vermitteln¹⁸⁸.

2. Im 3. Buch des *Codice civile italiano*, das vom Eigentum handelt, findet sich ein 7. Titel «Della comunione in generale», worin zuerst von der «comunione in generale» und dann vom «condominio negli edifici» die Rede ist. Aus dieser Systematik darf nicht etwa geschlossen werden, daß das Stockwerkseigentum nach der Konzeption des italienischen Rechtes auf dem Miteigentum aufgebaut wäre. Das Gesetz betrachtet es vielmehr als selbstverständlich, daß ein Gebäude zwischen verschiedenen Eigentümern horizontal aufgeteilt werden kann; das Sondereigentum steht durchaus im Vordergrund. Das Gesetz (Art. 1117) enthält aber einen Katalog derjenigen Teile des Gebäudes, welche im Zweifel im gemeinsamen Eigentum der verschiedenen Stockwerkseigentümer stehen. Das italienische Recht zeichnet sich im Vergleich zum deutschen und österreichischen Wohnungseigentumsgesetz durch eine freizügige Ordnung aus, die allerdings, wenn die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen, leicht zu sehr verwickelten Rechtsverhältnissen Anlaß geben kann. Jeder Stockwerkseigen-

¹⁸⁷ Aus der umfangreichen Literatur zum italienischen Recht seien zitiert Branca (vgl. Anm. 34); Visco, *La disciplina giuridica delle case in condominio*; Toso-Cardelli, *Il condominio*, 3. Aufl., Rom 1955, und Bosisio, *Guida pratica del condominio*, Mailand 1953.

¹⁸⁸ Vgl. z. B. bei Toso-Cardelli, S. 137 ff.

tümer ist an den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teilen und Einrichtungen mit einem dem Werte seiner Wohnung entsprechenden Anteil beteiligt. Auch diese Ordnung ist aber, gleich der Ordnung im deutschen WEG, nicht zwingenden Rechtes (Art. 1118 Abs. 1). Dementsprechend kann der Stockwerkseigentümer seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Teilen des Hauses an einen andern Miteigentümer oder wohl gar an einen Dritten veräußern, ohne zugleich das Alleineigentum am betreffenden Stockwerk zu übertragen. Der Miteigentumsanteil ist also nicht unlösbar mit dem Stockwerkseigentum verknüpft, er ist nicht Bestandteil im Rechtssinne; ebensowenig ist das Miteigentum an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes schlechthin unauflösbar.

Jeder Stockwerkseigentümer verfügt über sein Stockwerk wie ein selbständiger Eigentümer. Er kann das Eigentum veräußern oder belasten. Nach dem oben Gesagten erstreckt sich eine Verfügung darüber nicht von selbst auf den dazu gehörenden Miteigentumsanteil an den gemeinschaftlichen Teilen des Grundstückes. In der Praxis scheint allerdings eine solche Aufspaltung des Stockwerkseigentums kaum vorzukommen¹⁸⁹.

3. Wiederum folgerichtig werden die Verpflichtungen der Stockwerkseigentümer bezüglich der Ausübung ihres Eigentums nicht etwa aus der Miteigentumsgemeinschaft, sondern in erster Linie aus dem Nachbarrecht hergeleitet¹⁹⁰. Dabei wird aber zumeist anerkannt, daß bei der Auslegung dessen, was als übermäßige Einwirkung auf das Nachbareigentum anzusehen ist, die besonderen Verhältnisse und die besondere Intensität der nachbarschaftlichen Beziehungen zwischen Stockwerkseigentümern gebührend berücksichtigt werden müssen.

¹⁸⁹ Vgl. z. B. Formular für Kaufvertrag über Stockwerkseigentum, abgedruckt bei Toso-Cardelli, S. 201.

¹⁹⁰ Vgl. Branca, S. 347; Visco, S. 88.

Die meisten Bestimmungen befassen sich demzufolge mit der Ordnung der Gemeinschaft bezüglich der gemeinsamen Teile des Gebäudes. Regeln, und zwar wiederum nur dispositiver Natur, werden über die Verteilung der Kosten für den Unterhalt und den Gebrauch der gemeinsamen Teile sowie die allfällig beschlossenen Erweiterungen und Veränderungen solcher Teile aufgestellt (vgl. Art. 1123–1126). Darnach sind diese Aufwendungen im Verhältnis zum Wert des Eigentums jedes Beteiligten zu verlegen. Handelt es sich um Teile, die nicht dem Gebrauche aller Miteigentümer dienen, so sollen nur diejenigen, welche aus diesen Anlagen Nutzen ziehen, die damit verbundenen Kosten tragen. Da sich nicht für alle gemeinsam genutzten Teile des Hauses aus diesem Grundsatz ohne weiteres die Aufteilung der Kosten ergibt, enthält das Gesetz für die wichtigsten Fälle (Treppen, Tragdecken, Flachdächer, die zu Terrassenanlagen ausgebaut sind) spezielle Vorschriften. Dies gilt auch für die wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen Änderungen und Verbesserungen am Gebäude vorgenommen werden können. Das Gesetz «verbietet» nur solche Änderungen, die die Stabilität oder Sicherheit des Gebäudes in Frage stellen, die architektonische Gestalt verändern oder die gemeinsamen Teile für den Gebrauch oder den Genuß eines Miteigentümers ungeeignet machen könnten. Im übrigen wird zwischen nützlichen Aufwendungen einerseits (Art. 1120) und solchen Vorkehren anderseits unterscheiden, die entweder mit besonders großen Aufwendungen verbunden sind oder denen nach den Umständen und nach der Bedeutung des Gebäudes Luxuscharakter zukommt (Art. 1121).

Eine Besonderheit, die erhebliche praktische und dogmatische Schwierigkeiten bereitet¹⁹¹, bildet im italienischen Recht die Möglichkeit späterer Aufbauten (*sopraelevazioni*) auf Stockwerksgebäuden. Der Eigentümer des obersten Stockwerkes hat das Recht, eine solche Veränderung

¹⁹¹ Vgl. Branca, S. 387; Visco, S. 213 ff.

des Gebäudes vorzunehmen, sofern dies technisch möglich ist und er die übrigen Beteiligten «entschädigt». Die eigenartige Ordnung, gegen die sich auch verschiedene italienische Autoren wenden¹⁹², läßt sich allein aus Gründen der Förderung des Wohnungsbaues und der möglichststen Ausnützung von Grund und Boden rechtfertigen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gemeinschaft (Art. 1105) würde auch nach italienischem Recht die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache allen Beteiligten gemeinsam zustehen. Hinsichtlich der gemeinsam genutzten Teile eines Gebäudes ist aber eine solche Verwaltung zu umständlich. Für das Stockwerkseigentum sieht deshalb das Gesetz zwingend die Einsetzung eines Verwalters vor, sobald mehr als vier Miteigentümer beteiligt sind.

Oberstes Organ der Gemeinschaft ist die «Assemblea dei condomini» (Art. 1135). Ihre Beschlüsse sind für alle Miteigentümer verbindlich (Art. 1137 Abs. 1). Andererseits können sie, ein notwendiges Korrektiv, wegen Verstoß gegen Gesetz, Vertrag und Miteigentumsreglement beim Richter angefochten werden (Art. 1137 Abs. 2 und 3).

Wenn die Zahl der Miteigentümer eines Gebäudes zehn übersteigt, so ist von der Versammlung mit Mehrheitsbeschluß ein Reglement zu erlassen, das Bestimmungen über den Gebrauch der gemeinsamen Teile, über die Verteilung der Kosten und die Einzelheiten über die Verwaltung enthalten soll¹⁹³. In diesem Reglement sind auch die in Tausendsteln ausgedrückten Wertanteile der einzelnen Stockwerke am ganzen Gebäude festgehalten. Selbstverständlich muß das Reglement mit dem Inhalt der Kaufverträge der einzelnen Miteigentümer wie auch mit allfälligen Vereinbarungen unter diesen übereinstimmen (Art. 1138 Abs. 4). Ferner gehen eine ganze Anzahl Vorschriften des

¹⁹² Vgl. Visco, S. 214 und dortige Zitate.

¹⁹³ Das Muster eines solchen ausführlich gehaltenen Reglementes findet sich abgedruckt bei Toso-Cardelli, S. 256 ff.

Gesetzes in jedem Falle vor. Umstritten ist, wieweit das Reglement Rechtswirkung gegenüber Einzelrechtsnachfolgern besitzt¹⁹⁴.

4. Im Anschluß an die Organisation der Miteigentumsgemeinschaft haben sich in Italien Kontroversen über die rechtliche Natur dieser Gemeinschaft ergeben. Die Auffassungen gehen von der Ablehnung jeglichen Eigentumsrechtes an den gemeinsam benützten Teilen des Gebäudes bis zur Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit an die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer («*persona giuridica collettiva*»)¹⁹⁵.

Die von Rechtsprechung und einer reichen Doktrin verfeinerte Ordnung des neuen italienischen Gesetzbuches darf im ganzen genommen als brauchbar und zweckentsprechend bezeichnet werden, obwohl sie durch ausgesprochen dualistische Züge gekennzeichnet ist. Für die gemeinschaftlich gebrauchten Teile des Gebäudes ergeben sich Rechte und Pflichten aus der Miteigentumsgemeinschaft. Andererseits stehen sich die Stockwerkseigentümer wie selbständige Grundeigentümer gegenüber, wobei die Ausübung des Eigentums nur durch die ihm an und für sich innewohnenden Grenzen, insbesondere durch die Vorschriften des Nachbarrechtes, begrenzt ist. Es darf angenommen werden, daß sich die aus dieser doppelten Rechtsgrundlage ergebenden Schwierigkeiten praktisch nicht stark auswirken. Das bei allen größeren Gebäuden erlassene Reglement beschränkt sich nicht auf die Normen, die sich aus der Miteigentumsgemeinschaft ergeben, sondern konkretisiert auch die Rechte und Pflichten, die das besonders geordnete «Nachbarschaftsverhältnis» mit sich bringt.

III. Weitere Staaten

Die ursprüngliche Vorschrift des Art. 664 Code civil français hat in verschiedene weitere Rechtsordnungen Ein-

¹⁹⁴ Visco, S. 344 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Branca, S. 5 ff.; Visco, S. 29.

gang gefunden. So findet sie sich, unverändert oder doch ihrem wesentlichen Inhalte nach, im portugiesischen Zivilgesetzbuch, im griechischen Recht und im Rechte verschiedener südamerikanischer Staaten. Bemerkenswert ist jedoch, daß verschiedene Länder dieser Gruppe die Ordnung des französischen Mutterrechtes als ungenügend empfunden und diese durch zum Teil recht eingehende Vorschriften über das Stockwerkseigentum ersetzt haben. Die Gesetzgebungswelle nahm ihren Anfang in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg. Zuerst erließ Belgien am 8. Juli 1924 ein Gesetz über Miteigentum an Gebäuden¹⁹⁶, um die Lücken der bisherigen Ordnung auszufüllen. Die von der belgischen Praxis entwickelten Verträge und Reglemente waren wegweisend für die vertragliche Ausgestaltung des Stockwerkseigentums in verschiedenen Ländern. Die Niederlande haben mit Gesetz vom 20. Dezember 1951 eine bemerkenswerte Regelung des Stockwerkseigentums geschaffen.

In diesem Zusammenhang ist sodann Spanien zu nennen. Art. 396 des *Código Civil* vom 24. Juli 1889, welcher der zitierten Bestimmung des *Code Napoléon* entsprach, wurde mit Gesetz vom 26. Oktober 1939 durch eine einläßliche Ordnung ersetzt, die ihrerseits durch Vorschriften über die Eintragung in den Hypothekenbüchern sowie das Gesetz über die städtischen Mietverhältnisse vom 31. Dezember 1946 ergänzt wird¹⁹⁷. Das Stockwerkseigentum scheint in Spanien seit dem 18. Jahrhundert verbreitet zu sein. Aus dem Jahre 1831 ist eine ausführliche gewohnheitsrechtliche Regelung überliefert¹⁹⁸. Inhaltlich steht das spanische Recht hinsichtlich des Stockwerkseigentums heute

¹⁹⁶ Vgl. Cambon, *Traité théorique et pratique de la copropriété et la division des maisons par étages ou par appartement*, Brüssel, 1925; de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bd. 5, Nr. 1172, Brüssel 1941; vgl. im übrigen Referat Flattet Nr. 28.

¹⁹⁷ Einzelheiten bei Batlle-Vázquez, S. 40 ff.

¹⁹⁸ Vgl. Batlle-Vázquez, S. 33 ff.

dem italienischen nahe, stellt also Eigentum am Stockwerk in den Vordergrund. Bemerkenswert ist, daß jeder Stockwerkseigentümer ein Vorkaufsrecht an den übrigen Teilen des Gebäudes besitzt¹⁹⁹. Zu den Staaten, welche das Stockwerkseigentum verboten, gehörte ursprünglich Argentinien. Mit Gesetz vom 30. September 1948 nebst späteren Nachträgen und Verordnungen wurde jedoch der Rechtszustand geändert und das Stockwerkseigentum, dem eine wichtige Aufgabe in der Förderung des modernen Wohnungsbaues zugeordnet war, eingehend geregelt²⁰⁰. Brasilien hatte schon mit Gesetz vom 25. Juni 1928 die Bildung des Stockwerkseigentums zugelassen²⁰¹. Neue Gesetze über das Stockwerkseigentum erließen in jüngster Zeit auch verschiedene andere südamerikanische Staaten²⁰².

§ 12. Das Stockwerkseigentum im deutschen und österreichischen Recht

I. Deutschland

1. Nachdem wir bereits festgestellt haben (vgl. oben S. 28a), daß sich das Akzessionsprinzip im deutschen Rechtsgebiet im 19. Jahrhundert entscheidend durchsetzen konnte, überrascht nicht, daß bei der Schaffung des BGB das Stockwerkseigentum ganz abgeschafft worden ist (EG/BGB, Art. 189)²⁰³. Ihm vorangehend hatten schon die meisten landesrechtlichen Kodifikationen das Stockwerkseigentum nicht mehr anerkannt. Es hatte sich vor allem in Württemberg sowie in den Gebietsteilen, in denen der Code civil galt,

¹⁹⁹ Batlle-Vázquez, S. 12.

²⁰⁰ Vgl. Batlle-Vázquez, S. 32; Reffino Pereyra, *La propiedad horizontal*, Buenos Aires, 1952.

²⁰¹ Vgl. die Ausführungen in der Botschaft des BR vom 23. November 1951, BBl 1951, III, S. 843 betr. den Erwerb von Stockwerken für die schweiz. Gesandtschaft in Rio de Janeiro.

²⁰² Nachweise bei Batlle-Vázquez, S. 32 f.

²⁰³ Vgl. im einzelnen Steinle, S. 83 ff.

also auch im Bereich des Badischen allgemeinen Landrechtes erhalten. Zur Begründung des Verbotes im BGB wurde angeführt, Stockwerkseigentum stelle gegenüber dem Sachbegriff des BGB eine Regelwidrigkeit dar. Im übrigen finden sich dieselben Aussetzungen, die später zum Verbot im schweizerischen Recht geführt haben²⁰⁴.

Bisherige Stockwerkseigentumsverhältnisse blieben jedoch bestehen (EG/BGB, Art. 182); das hierauf weiter anwendbare Landesrecht kann, anders als in der Schweiz, von den Gliedstaaten abgeändert werden. Von dieser Möglichkeit hat, neben Bayern, insbesondere Württemberg in einem neuen Ausführungsgesetz zum BGB vom 29. Dezember 1931²⁰⁵ Gebrauch gemacht.

Das BGB schuf sodann die Möglichkeit, sogenanntes uneigentliches Stockwerkseigentum durch das Landesrecht einzuführen. Im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die sich der Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses im geltenden schweizerischen Recht entgegenstellen (vgl. oben S. 55a ff.), ist besonders bemerkenswert, daß nach Art. 131 EG/BGB die Miteigentumsgemeinschaft unauflösbar gestaltet werden kann. Ferner kann das jedem der Miteigentümer eingeräumte Recht auf ausschließliche Benutzung eines Teiles des Gebäudes gemäß § 1010 BGB mit dinglicher Wirkung versehen werden. Gestützt auf diese Bestimmungen erließ das Land Württemberg-Baden das Gesetz vom 12. Juni 1950 über das Miteigentum nach Wohneinheiten²⁰⁶.

Schon nach dem ersten Weltkrieg wurde der Gedanke des Stockwerkseigentums in Deutschland wieder aufgegriffen. Die verheerenden Folgen der Inflation hatten den

²⁰⁴ Vgl. Motive zum BGB, Bd. III, S. 44 f. und 470; Steimle, Zur Frage des Stockwerkseigentums, Schmollers Jahrbuch 63 (1939), S. 218 ff.; Diester, Komm. S. 28.

²⁰⁵ Vgl. Mayer-Hoerner, Das Württembergische Ausführungsgesetz zum BGB 1932, S. 172.

²⁰⁶ Nach Inkrafttreten des Wohnungseigentumsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland mit Gesetz vom 16. Februar 1953 wieder aufgehoben.

Wunsch nach dem eigenen Heim wieder intensiver werden lassen²⁰⁷. Diese Bestrebungen führten dazu, daß der 33. Deutsche Juristentag im Jahre 1924 auf Grund von Berichten von Ruth und Klang im Zusammenhang mit der Neugestaltung des Wohnungsmietrechtes auch über die Frage des Stockwerkseigentums beriet²⁰⁸. Beide Bericht-erstatte empfahlen ohne Widerspruch u.a. das Stockwerkseigentum als ein Mittel zur Förderung des Wohnungsbaues. In den dreißiger Jahren wurden eigentliche Vorschläge für eine gesetzgeberische Ordnung des Stockwerkseigentums gemacht²⁰⁹. Allen diesen Bestrebungen war ein Erfolg versagt.

Erneuten Auftrieb erhielt der Gedanke aus naheliegenden Gründen nach dem zweiten Weltkrieg. Nachdem vorerst in einzelnen Länderparlamenten der Ruf nach Schaffung neuer Rechtsgrundlagen für die Förderung des Wohnungsbaues laut geworden war, wurde gegen Ende 1949 im Bundestag ein formulierter Entwurf für ein «Gesetz über das Eigentum an Wohnungen und gewerblichen Räumen» eingebracht²¹⁰. Der Erlass des Gesetzes wurde insbesondere mit der Dringlichkeit eines raschen Wiederaufbaues der zerstörten Städte begründet. Durch die Möglichkeit einer Aufteilung des Eigentums an den einzelnen Gebäuden erwartete man, daß sich ein wesentlich größerer Kreis von Personen imstande sehen werde, eigene Mittel für den Wohnungsbau einzusetzen.

²⁰⁷ Vgl. z. B. Ruth, Veränderungen des Zivilrechtes durch das Gesetz über Mieterschutz, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 121 (1923), S. 354 ff.

²⁰⁸ Vgl. Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, Berlin/Leipzig 1925, S. 165 ff.

²⁰⁹ W. Meyer, Das Stockwerkseigentum, Bauweltverlag 1930; Alfred Hugenberg, Die neue Stadt, Gesichtspunkte, Organisationsformen und Gesetzesvorschläge für die Umgestaltung deutscher Großstädte, Berlin 1935.

²¹⁰ Zur Entstehungsgeschichte vgl. Diester, S. 42 ff.

Das Gesetz wurde am 15. März 1951 erlassen und steht seit 20. März 1951 in Kraft²¹¹.

2. Das neue Gesetz bemüht sich, die neue Ordnung möglichst auf den Grundsätzen des geltenden Sachenrechtes aufzubauen. Dabei hatte man sich insbesondere mit dem Problem der Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuche auseinanderzusetzen. Angesichts der nahen Verwandtschaft der Grundbucheinrichtungen beider Länder darf die hiefür getroffene Ordnung unsere besondere Aufmerksamkeit beanspruchen.

a) Nach der Begriffsumschreibung in § 1 des Gesetzes (im nachfolgenden als WEG zitiert) ist Wohnungseigentum «das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört». Obwohl das Sondereigentum in dieser Umschreibung vorangestellt ist, steht das Miteigentum durchaus im Vordergrund. Der Wohnungseigentümer hat eine doppelte Rechtsstellung. Er ist einerseits Miteigentümer am Grundstück und Gebäude; andererseits besitzt er an einer Wohnung oder anderen Räumlichkeiten ausschließliche Rechte. Das Gesetz spricht davon, daß das Miteigentum «beschränkt» sei (§ 3 Abs. 1; § 7 Abs. 1 Satz 2). Bei dem Sonderrecht handelt es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes um eigentliches Alleineigentum, also nicht nur um ein beschränktes dingliches Recht; doch scheint diese dogmatische Frage noch nicht ganz entschieden zu sein²¹².

²¹¹ Es gilt seit dem 2. August 1951 auch für Westberlin. Dagegen ist in der Deutschen Demokratischen Republik ein dem Wohnungseigentumsgesetz entsprechender Erlass nicht ergangen. Die im Wohnungseigentum liegende Förderung des privaten Eigentums dürfte den dortigen politischen Tendenzen nicht entsprechen; vgl. Weitnauer-Wirths, N. 11b der Vorbemerkungen.

²¹² Als eigentliches Eigentum wird das Sonderrecht aufgefaßt von den Kommentaren Weitnauer-Wirths, Vorbemerkungen N. 17a, und Diester, S. 23, sowie in den beachtlichen Erwägungen von Paulick, «Zur Dogmatik des Wohnungseigentums», Archiv für zivilistische Praxis 1952/53, S. 420 ff. Lediglich ein dienstbar-

Unklar ist insbesondere, an welchen konkreten Teilen des Gebäudes dieses Alleineigentum bestehen soll.

Wegen der früheren unerfreulichen Erfahrungen mit der Aufsplitterung des Eigentums an Gebäuden wird vorgeschrieben, daß Sondereigentum nur an Wohnungen oder sonstigen Räumen bestellt werden soll, die «in sich abgeschlossen» sind²¹³. Der Nachweis dieser Voraussetzung ist durch eine Bescheinigung der Baubehörde zu erbringen²¹⁴. Stockwerkseigentum kann nicht allein an Wohnungen, sondern auch an «nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes» begründet werden. Im letzteren Falle spricht das Gesetz, nicht sehr glücklich, von «Teileigentum», für welches jedoch die Vorschriften über das Wohnungseigentum entsprechende Anwendung finden (§ 1 Abs. 5). Hinsichtlich des Verhältnisses von Miteigentum zum Sondereigentum ist hervorzuheben, daß über letzteres nicht selbständig verfügt werden kann. Andererseits erstrecken sich die Rechte am Miteigentumsanteil von Gesetzes wegen auf das dazugehörnde Sondereigentum (WEG § 6). Die Abgrenzung zwischen Miteigentum und Sondereigentum steht insofern im Belieben der Beteiligten, als Teile des Gebäudes, welche nach Gesetz Gegenstand von Sondereigentum wären, zum gemeinschaftlichen Eigentum gezogen werden können. Man denke an einzelne Räumlichkeiten, die als Hauswartwohnung verwendet werden, oder einzelne Wohnungen, die zur Tragung der gemeinsamen Lasten des Grundstückes für Rechnung aller vermietet werden sollen. Eine Erweiterung

keitsartiges Benutzungsrecht nehmen an Bärman, Deutsche Notarzeitschrift, Bd. 50, S. 238, und Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, S. 70 ff. Auch Liver, Vortrag S. 10, hält diese Frage für offen.

²¹³ Weitnauer-Wirths, N. 7, 9a zu § 3.

²¹⁴ WEG § 7 Abs. 4 Ziff. 2; dazu die gemäß § 59 erlassenen Richtlinien für die Ausstellung von Bescheinigungen des Bundesministers für Wohnungsbau vom 3. August 1951, abgedruckt bei Weitnauer-Wirths, Komm., Anhang III, S. 226 ff.

des Sondereigentums über das im Gesetz umschriebene Maß hinaus (§ 3 Abs. 1 und § 5 Abs. 1) ist dagegen nicht zulässig.

b) Wohnungseigentum wird entweder durch die vertragliche Einräumung von Sondereigentum (§ 3) oder durch Teilung begründet. Im letzteren Falle teilt der Grundstückeigentümer mittels Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt das Eigentum am Grundstück in Miteigentumsanteile derart auf, daß er mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung verbindet (§ 8). Dasselbe Ziel kann jedoch auch durch Vertrag unter den Miteigentümern erreicht werden²¹⁵.

Für jeden Miteigentumsanteil, der als Wohnungseigentum ausgestaltet ist, wird gemäß § 7 WEG ein besonderes Grundbuchblatt, Wohnungsgrundbuch bzw. Teileigentumsgrundbuch genannt, angelegt. Nach ausdrücklicher Vorschrift ist darauf das zum Miteigentumsanteil gehörende Sondereigentum einzutragen, gleichzeitig aber auch als «Beschränkung des Miteigentums» die Einräumung der zu den andern Miteigentumsanteilen gehörenden Sondereigentumsrechte. Das Grundbuchblatt für das bisherige Grundstück wird von Amtes wegen geschlossen. Für den Eintrag bedarf es des sogenannten Aufteilungsplanes, welcher die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich machen muß²¹⁶. Soll das

²¹⁵ Musterbeispiele für die vertragsgemäße Begründung des Wohnungseigentums wie auch für eine Teilungserklärung finden sich abgedruckt bei Weitnauer-Wirths, Anhang V, S. 293 ff.; ferner bei Michaelis, Beleihung von Wohnungseigentum, Stuttgart 1955, S. 43 ff.

²¹⁶ WEG § 7 Abs. 4 Ziff. 1; Muster eines solchen Aufteilungsplanes bei Weitnauer-Wirths, S. 222 ff.; vgl. ferner die Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumssachen vom 1. August 1951, abgedruckt bei Weitnauer-Wirths, Anhang S. 228, daselbst auch Muster für die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchblätter.

in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück als Ganzes mit Pfandrechten belastet werden, so entsteht nach deutscher Auffassung²¹⁷ in allen Fällen eine Gesamthypothek.

c) Bei der Ordnung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann sich das WEG an die im schweizerischen Recht praktisch fehlenden Vorschriften des BGB über die Gemeinschaft (§ 741 ff.) anlehnen; doch werden sie in wichtigen Fragen im Interesse einer wirksameren und strafferen Regelung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durchbrochen. Die Gemeinschaft ist, vom Tatbestande der gänzlichen oder teilweisen Zerstörung des Gebäudes abgesehen, schlechthin unauflösbar (§ 11).

Der Anteil jedes Wohnungseigentümers an der Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums, an den Lasten der gemeinschaftlich benützten Teile des Gebäudes und Einrichtungen sowie an den Kosten für die Instandstellung, Verwaltung und den gemeinsamen Gebrauch dieser Gebäudeteile bemißt sich nach den im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsquoten.

Unter Vorbehalt entgegenstehender Vereinbarungen kann jeder Eigentümer sein Sondereigentum nach Belieben nutzen. Immerhin darf dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer ein Nachteil erwachsen, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht (§ 14 Ziff. 1).

Im Unterschied zum italienischen Recht besteht die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen einen Miteigentümer aus der Gemeinschaft auszuschließen. Nach § 18 können die anderen Wohnungseigentümer verlangen, daß ein Beteiligter, der in grober Weise gegen die ihm obliegenden Verpflichtungen verstoßen hat, sein Wohnungseigentum veräußere. Kommt dieser Wohnungseigentümer

²¹⁷ Vgl. Palandt, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., München und Berlin 1953, N. 2 zu § 1114 und N. 2 zu § 1132; RGerE 146, S. 365.

der Aufforderung zum Verkaufe seines Anteils nicht nach, so schafft ein richterliches Urteil die Voraussetzungen für die Versteigerung dieses Anteils in einem der freiwilligen Versteigerung nachgebildeten Verfahren (§ 19).

d) Die Verwaltung der Gemeinschaft und der Gebäude erfolgt grundsätzlich gemeinsam durch die Stockwerkeigentümer. Doch muß in allen Fällen ein Verwalter bestellt werden (§ 20). Jeder Einzelne ist berechtigt, die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung eines dem gemeinschaftlichen Eigentum unmittelbar drohenden Schadens notwendig sind. Im übrigen wird unter Vorbehalt von Vereinbarungen der Miteigentümer der Gebrauch und die Verwaltung des gemeinsamen Eigentums durch Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer geregelt (§ 15 Abs. 2 und § 16 Abs. 3). Zu diesem Zwecke treten die Wohnungseigentümer zur Wohnungseigentümerversammlung zusammen (§ 23 ff.). Auffallenderweise gilt nach der dispositiven Regelung des Gesetzes für die Beschlußfassung in der Versammlung das Kopfstimmenprinzip (§ 25 Abs. 2). Für die Beschlußfähigkeit der Versammlung dagegen wird auf die Mehrheit der Miteigentumsanteile abgestellt (§ 25 Abs. 3).

Dem Verwalter sind von Gesetzes wegen bestimmte Rechte und Pflichten zugewiesen, die sich auf die Verwaltung der Gemeinschaft und des Gebäudes im besondern beziehen (§ 27 ff.). Diese Befugnisse können weder mit Wirkung gegenüber Dritten noch unter den Miteigentümern selbst eingeschränkt werden. Dadurch wird erreicht, daß die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft nicht durch Parteivereinbarung eingeschränkt und so die normale Verwaltung in Frage gestellt werden kann.

Die Wirkung von Vereinbarungen unter Miteigentümern an Grundstücken erstreckt sich nach § 1010 BGB auch auf Sonderrechtsnachfolger, wenn darüber im Grundbuch eine «Belastung» eingetragen wird. Vereinbarungen unter den Wohnungseigentümern über ihr Verhältnis untereinander bedürfen ebenfalls des Eintrages im Grundbuch;

doch werden diese Eintragungen vom Gesetz «als Inhalt des Sondereigentums» aufgefaßt (§ 5 Abs. 4; § 10 Abs. 2; § 12 Abs. 1). Damit wird erreicht, daß für die meisten Abweichungen kein gesonderter Eintrag im Grundbuch erforderlich ist.

e) Hinzuweisen ist endlich auf das besondere Verfahren, das für die Entscheidung über Streitigkeiten zwischen den Miteigentümern unter sich oder mit dem Verwalter vorgesehen ist. Das Amtsgericht am Orte der gelegenen Sache entscheidet «im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit» (§ 43). Dadurch soll eine rasche und einfache Erledigung von Anständen gewährleistet werden, wobei der Richter von der Anwendung zivilprozessualer Grundsätze befreit sein soll.

In einem weitem Teil des Gesetzes, der in der ursprünglichen Vorlage nicht enthalten war, wird das Dauerwohnrecht geregelt (§ 31–42). Es ist ein vererbliches und veräußerliches dingliches Recht an einem Grundstück, dessen Inhalt dem Wohnrecht nachgebildet ist²¹⁸. Danach hat der Berechtigte das ausschließliche Recht, eine bestimmte Wohnung in einem bestimmten Gebäude zu bewohnen oder in anderer Weise zu nutzen. In der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Dauerwohnberechtigten läßt das Gesetz den Beteiligten erheblichen Spielraum. Eine Verdinglichung des Entgeltes für die Einräumung des beschränkt dinglichen Rechtes ist im Gesetz nicht vorgesehen.

In Deutschland dürfte sich das Hauptinteresse dem eigentlichen Wohnungseigentum und nicht dem Dauerwohnrecht zuwenden, das zwar mehr als ein Mietvertragsverhältnis ist, aber doch nicht Eigentum oder eine eigentumsähnliche Stellung verschafft.

4. Der knappe Abriß des jetzigen deutschen Rechtes zeigt, daß zum mindesten die Ordnung des Wohnungseigentums eine neuen Bedürfnissen Rechnung tragende Re-

²¹⁸ ZGB Art. 776; BGB § 1093.

gelung bringt. Sie bedeutet eine Abkehr von dem seit mehr als 50 Jahren anerkannten Akzessionsprinzip, doch fügt sie sich gleichwohl organisch in das bestehende Recht ein. In der deutschen Literatur wird heute festgestellt, daß das Gesetz seine Bewährungsprobe bestanden habe, wenn auch das Wohnungseigentum offenbar noch nicht die Verbreitung gefunden habe, die seine Promotoren erwarteten²¹⁹. Zahlenmäßige Angaben liegen noch wenige vor. Nach einer Schätzung amtlicher deutscher Stellen sollen im Jahre 1953 ungefähr 15 000 Wohnungen auf dieser Rechtsgrundlage erstellt worden sein.

Wenn heute in der Schweiz das in der Bundesrepublik Deutschland entschiedene Problem zur Diskussion gestellt wird, so wird man das deutsche Gesetz nicht allein wegen der nahen Beziehungen zwischen den beiden Rechtsordnungen insgesamt zu Rate ziehen, sondern auch wegen des Inhaltes der neuen Ordnung, die beachtliche Lösungen bringt und unserem rechtspolitischen Empfinden in weitem Maße entspricht.

*II. Österreich*²²⁰

Seit Erlass des ABGB von 1811 war die Rechtsentwicklung in Österreich durch ein schrittweises Zurückdrängen der Stockwerkseigentumsverhältnisse gekennzeichnet²²¹. Zuletzt wurde das Verbot für Tirol und Vorarlberg um die Jahrhundertwende ausgesprochen²²².

²¹⁹ Weitnauer-Wirths, Vorwort S. IX.

²²⁰ Vgl. Literatur hierzu: H. Klang, Komm. zum ABGB, 2. Aufl., Wien 1952, Bd. 3, S. 1159 ff.; Wegmann, Das österreichische Wohnungseigentumsgesetz, SJZ 1955, S. 343 ff.; Oberndorfer, Das Wohnungseigentum, Linz 1948; Borothea, Komm. zum WEG, Wien 1949.

²²¹ Pitreich, Zur Geschichte des Immobiliarsachenrechts seit der Kodifikation, Festschrift zur Hundertjahrfeier des ABGB Wien 1911, Teil II, S. 490 ff.

²²² Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I, 2., 1923, S. 23; Klang, Kommentar zum ABGB, Bd. 3, S. 1128.

Auch in diesem Lande brachten die Jahre nach dem 2. Weltkrieg eine Wendung. Nach Vorstößen aus Kreisen der Wissenschaft²²³ kam es schon am 8. Juli 1948, also vor der Neuordnung in Deutschland, zum Erlaß des Bundesgesetzes betreffend Eigentum an Wohnungen und Geschäftsräumen (zit. österreichisches WEG)²²⁴. Es waren dieselben Beweggründe, die später in Deutschland²²⁵ zur entsprechenden Reform führten, welche Österreich veranlaßten, den neuen Weg zu beschreiten²²⁶.

Auch das österreichische Recht baut auf dem Miteigentumsanteil auf. Mit diesem kann ein im Grundbuch einzutragendes Recht auf ausschließliche Nutzung und alleinige Verfügung über bestimmte Wohnungen und Geschäftsräume verbunden sein (§ 1). Als «Wohnungseigentum» wird nur dieses beschränkt-dingliche Recht bezeichnet, also nicht das aus Miteigentum und Sondernutzungsrecht zusammengesetzte Rechtsverhältnis insgesamt²²⁷. Wohnungseigentum kann nur an Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten bestellt werden, die unmittelbar zugänglich und deutlich abgegrenzt sind. Das Nutzungsrecht besteht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Miteigentumsanteils und wird demzufolge im Grundbuch auf den andern Miteigentumsanteilen wie eine Grunddienstbarkeit als Last eingetragen. Werden an einem Gebäude mehrere Wohnungseigentumsrechte bestellt, so ergeben sich zahlreiche Eintragungen, welche deren Übersichtlichkeit in Frage stellen, selbst wenn man, von der im österreichischen Recht gegebenen Möglichkeit²²⁸ Gebrauch machend,

²²³ H. Klang, Das Wohnungsrecht, Juristische Blätter 1947, S. 227 ff., und Schwarzacher, Rechtsfragen des Stockwerkeigentums, Juristische Blätter 1947, S. 99 ff.

²²⁴ Das Gesetz wurde am 15. 12. 1950 in unwesentlichen Teilen geändert, vgl. Klang, S. 1160 und 1183.

²²⁵ Vgl. hievor S. 102a.

²²⁶ Oberndorfer, S. 10.

²²⁷ § 1 Abs. 1; Wegmann, S. 343.

²²⁸ Allg. Grundbuchanlegungsgesetz vom 19. Dezember 1929, § 6.

für die einzelnen Miteigentumsanteile gesonderte Eigentums- und Lastenblätter eröffnet.

Der Erwerb des Wohnungseigentums im beschriebenen Sinne setzt Miteigentum an dem betreffenden Gebäude voraus. Dieser Miteigentumsanteil hat mindestens dem Anteil der betreffenden Räumlichkeiten am gesamten Ertragswert der Liegenschaft zu entsprechen (§ 2), wobei dieser Ertragswert auf Grund des effektiven oder hypothetischen Jahresmietzinses für 1914 (!) ermittelt werden muß. Der Eintrag im Grundbuch setzt eine diese Tatsachen bescheinigende amtliche Bestätigung voraus. Der Miteigentumsanteil kann nicht auf mehrere Personen übertragen werden; bei Erbgang muß er von einem der Erben übernommen werden²²⁹. Nach dem Gesetz sind die Aufwendungen und Lasten (§ 8 Abs. 1) im Verhältnis der Miteigentumsanteile zu tragen. An den Erträgen aus Wohnung und Räumen, die nicht im Wohnungseigentum stehen, ist der Wohnungseigentümer insoweit beteiligt, als sein Miteigentumsanteil den für die Begründung des Wohnungseigentums erforderlichen Minimalanteil übersteigt²³⁰. Eine von diesen Vorschriften abweichende Ordnung hat gegenüber Dritten, also insbesondere gegenüber Einzelrechtsnachfolgern keine Wirkung. Ein Eintrag im Grundbuch ist nicht möglich. Solange Wohnungseigentum besteht, kann das Miteigentum nicht aufgelöst werden (§ 9). Vom Grundsatz der Nichtauflösbarkeit macht das österreichische Recht eine wichtige Ausnahme. Der Wohnungseigentümer, der seinen Verpflichtungen aus der Gemeinschaft nicht nachkommt oder bei der Benützung der Wohnung oder der gemeinschaftlichen Einrichtungen die Interessen der anderen empfindlich schädigt, kann auf Antrag der nach Anteilen berechneten Mehrheit²³¹ der andern Miteigentümer durch richterliches Urteil aus-

²²⁹ § 7, Oberndorfer, S. 40; Klang, Komm. S. 1164.

²³⁰ Vgl. § 8 Abs. 2; Beispiele für die rechnerischen Auswirkungen dieser Regel bei Oberndorfer, S. 47 ff.; Wegmann, S. 344.

²³¹ Oberndorfer, S. 57; Klang, Komm. S. 1176.

geschlossen werden. Der Anteil kann innert 3 Monaten nach Rechtskraft des Urteils durch Zwangsversteigerung veräußert werden (§ 10 Abs. 1 und 3).

Bezüglich der Verwaltung der gemeinschaftlich benutzten Teile gelten die allgemeinen Vorschriften über die Verwaltung von Miteigentum (ABGB § 833 ff.). Danach entscheidet in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung die Mehrheit der Miteigentumsanteile. Dies gilt auch bei außerordentlichen Maßnahmen; doch hat die überstimmte Minderheit das Recht, Sicherstellung für zukünftigen Schaden zu verlangen oder, wenn diesem Begehren nicht entsprochen wird, aus der Miteigentumsgemeinschaft auszutreten. Verschiedentlich wird zu Recht betont, daß diese Ordnung in mancher Beziehung ungenügend ist. – Über die Verteilung der Aufwendungen für gemeinschaftlich genutzte und im Alleineigentum stehenden Teile des Gebäudes enthält das Gesetz keine Vorschriften. Die Einsetzung eines Verwalters ist nicht vorgesehen und könnte jedenfalls Dritterwerbem nicht entgegengehalten werden.

So läßt sich zusammenfassend feststellen, daß das österreichische Gesetz als Vorbild für eine Ordnung des Stockwerkseigentums in der Schweiz weniger geeignet ist. Immerhin verdienen zwei Gesichtspunkte Beachtung: die Ausgestaltung des «Wohnungseigentums» als beschränkt dingliches Recht und sodann die Zuerkennung eines Ausschließungsanspruches gegenüber einem Stockwerkseigentümer, der sich gemeinschaftswidrig verhält.

§ 13. Weitere rechtsvergleichende Hinweise

I. Das Stockwerkseigentum in den übrigen Rechtsgebieten

Wenn auch das angelsächsische Recht wegen des völlig anderen Aufbaues seiner Rechtsordnung sich einem direkten Vergleich mit dem Stockwerkseigentum des kontinentalen Rechtes entzieht, so darf doch kurz darauf hingewiesen werden, daß ähnlichen Bedürfnissen nach Aner-

kennung von Sonderrechten an einzelnen Teilen von Wohngebäuden auch dort Rechnung getragen werden mußte. Für die Verwaltung von Gebäuden, an denen mehrere Personen räumlich ausgeschiedene Real estates (Joint tenancies) besitzen, bestehen in England Vorschriften, welche die mehreren Berechtigten zu einer besonderen Gesellschaft zusammenfassen. Auch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika ist das Wohnungseigentum eine wohlbekannte Erscheinung; die rechtliche Ausgestaltung scheint im einzelnen von der Gesetzgebung der Gliedstaaten abhängig zu sein.

In den nördlichen Staaten Europas ist das Problem des Wohnungseigentums auf dem Wege über das Körperschaftsrecht gelöst worden²³². Gesetze über Stockwerkseigentum in Bulgarien und Rumänien besitzen nur mehr historisches Interesse.

II. Zusammenfassende Feststellungen

Die knappen Hinweise auf die ausländischen Zivilrechtsordnungen zeigen eindrucklich, daß heute von einer sozusagen allgemeinen Anerkennung des Stockwerkseigentums gesprochen werden kann. Es gibt kaum mehr ein Land des westlichen Kulturkreises, in dem der Grundsatz der Unaufteilbarkeit des Eigentums an Gebäuden bestehen geblieben ist. In manchen Ländern wurden seit dem Ende des ersten Weltkrieges die gesetzlichen Grundlagen für das Stockwerkseigentum ausgebaut und verbessert. Vielerorts wird das Stockwerkseigentum aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen von Staates wegen gefördert, weil darin ein brauchbares Mittel zur Bekämpfung der Wohnungsnot gesehen wird. Die Möglichkeit des Erwerbes einzelner Stockwerke wird dabei zugleich als eine erwünschte Form der Bildung und Anlage von Ersparnissen betrachtet. Die Förderung des Stock-

²³² Für Schweden vgl. Zeitschrift für ausl. und internat. Privatrecht 1952, S. 74.

werkseigentums liegt offenbar auch in der Linie der von der römisch-katholischen Kirche verfolgten wirtschafts- und sozialpolitischen Lehre²³³. Der Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen in den verschiedenen Ländern zeichnet sich durch einen verhältnismäßig großen Bestand gleichartiger Normen aus. An erster Stelle steht die Abgrenzung von Sonder- und gemeinschaftlichem Eigentum. Zumeist wird die Untrennbarkeit dieser beiden Berechtigungen am Grundstück festgelegt. Neben Grundsätzen über die Bildung der Eigentumsquoten finden sich sodann ausführliche Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümer. Es erweist sich überall, daß auf die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen allein nicht abgestellt werden kann, wenn Schwierigkeiten und Streitigkeiten von vorneherein möglichst ausgeschaltet werden sollen. Aus den gleichen Gründen finden sich zumeist Bestimmungen über eine gemeinsame Verwaltung der Liegenschaft. Unerläßlich erscheinen weiter Regeln über die Willensbildung in der Gemeinschaft; denn hier ergeben sich intensive Interessengegensätze.

Für den wirtschaftlichen Erfolg des Stockwerkseigentums hängt einiges von der Möglichkeit der Veräußerung und Belastung der einzelnen Stockwerke ab. Viele Gesetzgebungen widmen der Form der Verpfändung des Stockwerkseigentums besondere Aufmerksamkeit. Dagegen finden sich überraschenderweise nur in wenigen Ländern Vorschriften, welche die Entfernung eines Stockwerkseigentümers ermöglichen, der sich in schwerer Weise gegen die gemeinschaftlichen Verpflichtungen vergangen hat. Das Bedürfnis nach einem solchen Eingriff in das Eigentumsrecht scheint weniger groß zu sein als vorerst anzunehmen wäre.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das Stockwerkseigentum in den meisten Kulturstaaten bekannt ist

²³³ Vgl. die Enzyklika «Rerum novarum» Leo XIII. vom 15. Mai 1891, Ziff. 9/10.

und sich in vielen Ländern für die Organisation des Wohnungswesens in städtischen Verhältnissen kaum mehr wegdenken läßt. Das Wohnen im eigenen «Stockwerk», also im eigenen Heim, entspricht offenbar in vielen Ländern einem wirtschaftlichen oder sozialen Bedürfnis. Der Gesetzgeber sieht sich dabei vor keine unüberwindlichen Schwierigkeiten gestellt. Über Klagen wegen Streitigkeiten und Spannungen zwischen den Bewohnern eines in Stockwerkseigentum aufgeteilten Gebäudes ist in der ausländischen Literatur kaum etwas zu lesen.

ZWEITER TEIL

Das Postulat auf Wiedereinführung des Stockwerkseigentums

I. KAPITEL

Die gesetzgebungspolitische Frage im allgemeinen

§ 14. Die Argumente der Befürworter einer Wiedereinführung des Stockwerkseigentums

Überblickt man die Gründe, welche für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums angeführt werden¹, so fällt auf, daß es vorwiegend solche wirtschaftlicher und sozialer Natur sind, wobei sich bei den meisten Befürwortern ein bestimmter wirtschafts-politischer Standpunkt abzeichnet. Die Auseinandersetzung über das Stockwerkseigentum hat schon heute einen politischen Einschlag erhalten, der eine sachliche Klärung des gesetzgebungspolitischen oder gar der rechtlichen Fragen nicht fördert. An dieser Stelle kann es sich nicht darum handeln, diese wirtschafts-politische Diskussion im einzelnen zu verfolgen oder eine eigene Stellung zu beziehen. Man wird sich darüber Rechenschaft geben müssen, welche Gründe von den Befürwortern und Gegnern im wesentlichen vorgebracht werden.

I. Wirtschaftliche und soziale Motive

1. Ausgangspunkt für die Forderung nach Wiedereinführung des Stockwerkseigentums bildet der Hinweis auf

¹ Vgl. etwa unter den zahlreichen Aufsätzen, die in der Tages- und Fachpresse in letzter Zeit erschienen sind, die Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter an den Bundesrat vom 14. Juli 1955, und die Aufsätze von T. Peter-Rüetschi in der «Neuen Zürcher Zeitung», vom 27. und 28. Mai 1955, Nr. 3035 vom 11. November 1955 und Nr. 1393 und 1397 vom 15. Mai 1956.

die Verknappung des Bodens, bedingt durch die Zunahme der Bevölkerung und das besondere Wachstum der Städte². Folge dieses Mangels an Bauland ist einerseits eine fühlbare Verteuerung von Grund und Boden, die unglücklicherweise mit der allgemeinen Geldentwertung sowie an vielen Orten mit spekulativen Preistreibereien parallel geht. Soweit in nützlicher Nähe der Städte noch Grund und Boden für Bauzwecke verfügbar ist, ist dieser für viele Teile der Bevölkerung unerschwinglich oder doch zu teuer geworden. An die Stelle des Einfamilienhauses tritt wieder mehr das Wohnen im Mehrfamilienhaus; für dieses können höhere Landpreise in Kauf genommen werden, und demzufolge muß es weniger weit von den Geschäfts- und Arbeitszentren größerer Ortschaften entfernt erstellt werden. Diese Entwicklung ist dort weiter fortgeschritten, wo aus städtebaulichen und psychologischen Gründen das Wohnen im Einfamilienhaus weniger Eingang gefunden hat. Solche Wohngegewohnheiten erklären, weshalb der Wunsch nach Bildung des Stockwerkseigentums zuerst in der welschen Schweiz zu vernehmen war. Dort dürfte zudem das Vorbild des französischen Rechtes mitgewirkt haben³.

Die Abkehr vom Einfamilienhaus wird sich wahrscheinlich auch in anderen Landesteilen unter dem Einfluß grundlegender Wandlungen verstärken. Es darf an die Schwierigkeiten bei der Einstellung von Dienstboten und anderen Hilfskräften für den Haushalt erinnert werden, worin sich vielleicht eine dauernde und soziale Umschichtung abzeichnet.

Weiter wird auf den an einzelnen Orten akuten Wohnungsmangel hingewiesen, der durch das rasche Wachstum der Bevölkerung und den wirtschaftlichen Wohlstand entstanden ist. Das Fortbestehen der Mietzinskontrolle bei

² Einen Hinweis gibt bereits Haab, Komm. N. 12 zu Art. 675.

³ Vgl. etwa Krähenbühl, Bulletin immobilier suisse (BIS) vom 23. Oktober 1952; 15. Februar/1. März 1951; Flattet, ZBGR 34, S. 309 ff.

Altwohnungen hat bekanntlich den Mehrbedarf an Wohnräumen noch gefördert. Zur Bekämpfung dieses Zustandes sei das Stockwerkseigentum ein geeignetes Mittel⁴.

Knappheit und daraus folgende Verteuerung geeigneten Baulandes führen dazu, eine rationellere Ausnützung der vorhandenen Bebauungsmöglichkeiten anzustreben. Wenn dabei das Verhältnis von bebautem und unbebautem Teil der erschlossenen Bodenfläche nicht verschlechtert werden soll, wird man zur mehrstöckigen Bebauung oder zur Erstellung eigentlicher Hochhäuser kommen.

Die Umwälzung und Fortschritte auf technischem Gebiet bei der Erstellung von Wohnbauten fördern diese Entwicklung. Die horizontale Unterteilung von solchen Gebäulichkeiten liegt nahe⁵. Moderne Mehrfamilien- oder gar Hochhäuser eignen sich besonders, eigentumsmäßig in Stockwerke und Wohnungen unterteilt zu werden. Endlich wird in diesem Zusammenhang das Ungenügen der gegenwärtigen Sachenrechtsordnung wegen der in städtischen Verhältnissen zu erstellenden unterirdischen Bauten (Garagen, Auto-Einstellplätze, Lagerräumlichkeiten und dergleichen) gerügt. Das Baurecht vermöge in seiner jetzigen Ausgestaltung den Bedürfnissen nicht immer Rechnung zu tragen.

2. Mit der Verteuerung von Grund und Boden geht eine andere Entwicklung Hand in Hand. Immer mehr werden Grundstücke in den Besitz von juristischen Personen übergeführt. Auf dem Grundstücksmarkte treten seit Ende des ersten Weltkrieges neue Anlagekreise, wie Versicherungsgesellschaften, private und staatliche Fürsorgeinstitutionen, Versicherungskassen und Investment Trusts auf, welche direkt oder über Immobiliengesellschaften Grundeigentum erwerben. Diese sind oft in der Lage und willens, Preise anzulegen, die für den Privaten nicht mehr in Frage

⁴ Vgl. statt vieler Meili, Sten.Bull. NR 1955, S. 117.

⁵ Meili, a. a. O.

kommen. Gefördert wird diese Entpersönlichung des Grundeigentums durch die starke Steigerung der Bodenpreise und Baukosten, die ihrerseits wieder zu möglichst rationeller Überbauung und deshalb zur Bildung großer Parzellen zwingen. In städtischen Verhältnissen übersteigen deswegen sehr oft die Kosten eines größeren Geschäfts- oder Wohnhauses die Leistungsfähigkeit oder Anlagebedürfnisse von Privatpersonen, die früher einen Teil ihrer Ersparnisse in Liegenschaften angelegt haben.

Diese Anonymisierung des Grundbesitzes ist weder unter sozialen noch unter politischen Aspekten erwünscht. Die Verantwortung für die Verwaltung und Verfügung über maßgebende Teile des städtischen Grundbesitzes wird so oft in wenig bekannte Hände gelegt, die weitgehend nur die ihnen anvertrauten wirtschaftlichen Interessen Dritter zu wahren haben; die Verwaltung der großen Liegenschaftskomplexe erfolgt ausschließlich nach kaufmännischen Grundsätzen; eine persönliche Beziehung zwischen Hauseigentümer und Mietern fehlt meist völlig.

Sodann machen die Befürworter des Stockwerkseigentums auf die große soziale und politische Bedeutung des Eigenheimes für einen möglichst großen Teil der Bevölkerung aufmerksam. Durch die Aufteilung des Objektes in einzelne Wohnungen werde der Weg zum eigenen Heim Personen wieder geöffnet, die früher ein Einfamilienhaus hätten erwerben können, aber durch die starke Verteuerung von Grund und Boden heute daran gehindert seien. Man frage sich im Auslande geradezu, weshalb in der demokratischen Schweiz die Form des gemeinschaftlichen Hausbesitzes nicht mehr benützt werde⁶. Das Stockwerkseigentum erweise sich als eine besonders soziale und den Verhältnissen unseres Landes angemessene Form des Grundeigentums⁷,

⁶ Eingabe des Landesverbandes freier Schweizer Arbeiter an den Bundesrat vom 14. Juli 1955, wiedergegeben in «Der Schweizer Arbeiter», 11. August 1955.

⁷ Vgl. Montchal, BIS vom 13. Dez. 1951; Sattiva, S. 121.

die auch den Forderungen nach vermehrtem Familienschutz entgegenkomme⁸. Nicht zu übersehen sei auch das psychologische Moment; das Gefühl, im eigenen Hause oder in der eigenen Wohnung ein Heim zu haben, trage zur Hebung des Selbstbewußtseins und des Verantwortungsgefühls des Bürgers bei.

3. Mit dem Stockwerkseigentum seien weiter erhebliche ökonomische Vorteile für den Besitzer verbunden.

a) Es soll zu einem im Vergleich zum Einfamilienhaus billigeren Wohnen verhelfen; die Aufwendungen für Grund und Boden wie auch für die Erstellung der Bauten selbst seien verhältnismäßig weniger kostspielig. Daraus würden sich auch entsprechend niedrigere Lasten für die Verzinsung ergeben⁹. Ferner seien die Unterhaltskosten niedriger als bei Ein- und Mehrfamilienhäusern. Bei Stockwerkseigentumsbauten bestehe bessere Gewähr für den richtigen Unterhalt der Häuser, besonders im Innern; denn der Eigentümer einer Wohnung sei an deren Instandstellung und Verbesserung mehr interessiert als der Mieter. Die Möglichkeit des Erwerbs von Wohnungseigentum soll auch einen günstigen Einfluß auf die Gestaltung der Mietzinse im allgemeinen haben, da allzu hohen, unter dem Einfluß einer Wohnungsknappheit gebildeten Mietzinsen ausgewichen werden könne. Die wesentliche Verringerung der zum Erwerb einer Wohnung oder eines Geschäftslokals erforderlichen Mittel werde die Finanzierung des Erwerbes erleichtern¹⁰.

Man verweist weiter auf die bei regelmäßiger Abzahlung der aufgenommenen Gelder eintretende Verringerung der Zinslasten. Demgegenüber sei bemerkt, daß diese Entlastung weitgehend nur eine scheinbare ist; bei der Ermittlung der Aufwendungen für eine Stockwerkswoh-

⁸ Meili, Sten. Bull. NR 1955, S. 117.

⁹ Matter, Vortrag S. 12.

¹⁰ Meili, a. a. O.

nung muß selbstverständlich auch die Verzinsung der investierten eigenen Mittel berücksichtigt werden; richtigerweise müssen dieselben Sätze angewendet werden, die bei anderweitiger Anlage erzielt werden könnten. Zudem dürfen die mit zunehmendem Alter der Liegenschaften wachsenden Unterhaltskosten nicht außer acht gelassen werden. Daß der Stockwerkseigentümer zur Bildung von Rücklagen und Ersparnissen angehalten wird, trifft dagegen zu. Volkswirtschaftlich ist dies durchaus erwünscht. Doch darf die Bedeutung dieses Umstandes angesichts der zahlreichen anderen Möglichkeiten des Zwangssparens nicht überschätzt werden.

Dem Stockwerkseigentümer verbleibt sodann, im Unterschied zum Mieter, ein allfälliger «Unternehmergewinn», den der Vermieter als Ausgleich des Risikos einrechnen muß. Man wird sich allerdings hüten müssen, diesen Vorzug des eigenen Grundbesitzes allein im Lichte der heutigen Verhältnisse zu sehen. Der Verkehrswert und der Ertrag des städtischen Grundbesitzes unterliegen, wie die Erfahrungen auf längere Zeit zeigen, erheblichen Schwankungen. Die Möglichkeiten einer Entwertung sind bei Stockwerkseigentum, das in Zeiten hoher Liegenschaftspreise erworben worden ist, nicht von der Hand zu weisen. Der gleiche Vorbehalt ist auch gegenüber dem Hinweis auf die Bedeutung des Stockwerkseigentums als Anlagemöglichkeit zu Sparzwecken anzubringen. Man verglich das Stockwerkseigentum mit den in jüngster Zeit vorgeschlagenen Aufteilungen großer Aktien¹¹. Ob sich das Stockwerkseigentum als Kapitalanlage für denjenigen, der das Objekt nicht selbst benützen will, bewährt, kann angesichts der erheblichen Unsicherheitsfaktoren, welche sich aus den Schwankungen des Verkehrswertes ergeben, nicht vorausgesagt werden.

b) Als besonderer Vorteil des Stockwerkseigentums wird die Unmöglichkeit des Entzuges der Wohnung mittels Kündigung betrachtet. Auch wenn man unter ge-

¹¹ Meili, a. a. O.

wissen Voraussetzungen eine privatrechtliche Enteignung des Stockwerkseigentums zulassen will (vgl. unten S. 244a), trifft dies sicherlich zu. Nach Aufhebung der noch bestehenden Vorschriften zum Schutze des Mieters würde diesem Gesichtspunkt noch vermehrtes Gewicht zukommen. Der Stockwerkseigentümer muß sich allerdings bewußt sein, daß sich die Unmöglichkeit der Kündigung gegenüber Mitbewohnern auch als eine lästige Schranke erweisen kann.

II. Überlegungen rechtlicher Natur

1. Die rechtlichen Gesichtspunkte, welche für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums vorgetragen werden, treten im Vergleich zu den wirtschaftlichen Überlegungen in den Hintergrund.

Zunächst wird gesagt, daß die Bedenken, die beim Erlaß des ZGB zum Verbot des Stockwerkseigentums geführt haben, seinerzeit überschätzt worden seien, und heute die damals gegebene Begründung für die Abschaffung des Stockwerkseigentums noch weniger zu überzeugen vermöge. Es wird zu prüfen sein, ob diese Kritik berechtigt ist (vgl. unten S. 133a). Doch selbst wenn sich ergeben sollte, daß der Verfasser der Zivilgesetzgebung von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen war, so könnte eine solche Feststellung für sich allein kaum Anlaß zu einer Revision des Zivilgesetzbuches bieten.

2. Wie oben dargelegt (S. 34a), hat das ZGB die bei seiner Einführung bestehenden Stockwerksverhältnisse nicht verboten. Dabei bestand aber wohl die Erwartung, daß sie sofort oder doch binnen kurzem in eine der vom ZGB zur Verfügung gestellten Formen überführt würden. Die Entwicklung hat nicht überall diesen Weg genommen. Vornehmlich in Gebieten des Kantons Wallis, für welche das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, bestehen noch zahlreiche dem alten kantonalen Rechte unterstellte Stockwerkseigentumsverhältnisse. Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach auch das aus umgewandeltem

Stockwerkseigentum entstandene Miteigentum aufgelöst werden kann (vgl. unten S. 60a), wird zur Folge haben, daß nicht nur weitere Umwandlungen unterbleiben werden, sondern vielleicht sogar altrechtliches Stockwerkseigentum wegen Unverbindlichkeit der Umwandlungsverträge wieder aufleben wird. Dieser Rechtszustand ist auf die Dauer nicht haltbar. Das alte Recht kann nicht auf unabsehbare Zeit hinsichtlich einzelner Rechtsverhältnisse weiter in Geltung stehen; einmal muß es dem neuen Recht weichen¹². Die Anwendung des kantonalen Rechtes liegt auch nicht mehr im Interesse des Rechtsunterworfenen. War dieses kurz nach Inkrafttreten des Bundeszivilrechtes noch im Rechtsbewußtsein der Beteiligten verankert und Urkundspersonen, Rechtsberatern und Richtern geläufig, so trifft dies heute nicht mehr zu. Dies wiegt um so schwerer, als die für das Stockwerkseigentum geltenden Rechtsnormen vielfach im Gerichtsgebrauch und in der Beurkundungspraxis ausgebildet wurden und deshalb schwer faßbar sind. Systematische Darstellungen fehlen zumeist. Auch soweit die altrechtlichen Bestimmungen kodifiziert oder doch durch Gerichtspraxis klargelegt sind, entsprechen sie nicht mehr den Anforderungen der heutigen Zeit. Doch können sie auf dem Wege der Gesetzgebung nicht mehr abgeändert werden. Insbesondere die Verpfändung altrechtlichen Stockwerkseigentums stößt heute wegen der fehlenden Rechtsicherheit auf große Schwierigkeiten. Praktisch findet sich kein Gläubiger, der die Fährnisse einer Zwangsvollstreckung in altrechtliches Stockwerkseigentum auf sich nehmen will.

3. Weiter wird dem Stockwerkseigentum der Vorzug zugeschrieben, daß es die Erbteilung erleichtere, indem dank der Begründung von Stockwerkseigentum der Verkauf eines Hauses in vielen Fällen umgangen werden könne¹³. Bei Liegenschaften, für die nach Auffassung seiner

¹² Liver, Vortrag S. 13.

¹³ Matter, Vortrag S. 12.

Befürworter das moderne Stockwerkseigentum hauptsächlich zugeschnitten sein soll, dürfte eine Nachlaßliquidation auf dem Wege der Realteilung durch Bildung von einzelnen Stockwerken wenig häufig sein. Für Erben jedoch, die nicht in der zum Nachlaß gehörenden Liegenschaft wohnen, genügt die Begründung von Miteigentum zu ideellen Quoten. Die Unvollkommenheiten der gesetzlichen Miteigentumsordnung lassen sich gegebenenfalls durch vertragliche Vereinbarungen beseitigen. Dieser Gesichtspunkt wird somit nicht als zwingendes Argument für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums angeführt werden können.

§ 15. Das Problem der Geschäftsmiete (bail commercial)¹⁴

In diesem Zusammenhange ist noch zu erwägen, ob nicht das Stockwerkseigentum den in den letzten Jahren auch in der Schweiz laut gewordenen Wünschen Rechnung tragen könnte, die Stellung der Mieter von Geschäftsräumlichkeiten zu verbessern¹⁵.

I. Der gegenwärtige Rechtszustand

Veranlaßt vorwiegend durch die entsprechende Gesetzgebung in Frankreich, weisen die Kreise, die eine Reform des Mietvertragsrechtes in der Schweiz als notwendig erach-

¹⁴ Vgl. hiezu Bronimann, *Les maisons de commerce et le bail commercial*, Thèse Lausanne 1952; P. Eggenschwiler, *Das Problem der Geschäftsmiete*, Diss. Basel 1955, und die bei diesen zitierte umfangreiche ausländische Literatur.

¹⁵ Vgl. Postulat Chaudet vom 30. September 1952, das den Bundesrat um Prüfung ersucht, ob nicht der Schutz der handeltreibenden Mieter durch Einführung des Begriffes der Geschäftsmiete im OR zu verwirklichen sei. Ein ähnliches Postulat Vincent, Genf, wurde am 7. Dezember 1955 vom Bundesrat mit dem Bemerkungen entgegengenommen, daß die Angelegenheit in Prüfung begriffen sei; im Frühjahr 1956 hat der Kanton Genf eine Standesinitiative in der gleichen Sache eingereicht.

ten, darauf hin, daß der Mieter von Geschäfts- und Ladenräumlichkeiten sich in einer sehr prekären Lage befinde; das geltende Recht gebe ihm keine Möglichkeit, sich vor einem Entzug der gemieteten Räumlichkeiten, die vielfach von großer, wenn nicht entscheidender Bedeutung für den Wert eines Handelsgeschäftes oder Gewerbebetriebes sein können, zu schützen. Die Tatsache, daß die Miete von Geschäftslokalen oftmals eine Wertsteigerung des ganzen Grundstückes mit sich bringe, verstärke noch den Anreiz für den Vermieter, von der ihm zustehenden vertraglichen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, um entweder eine Erhöhung des Mietzinses zu erwirken oder durch eine Veräußerung oder Weitervermietung des Mietobjektes an einen Dritten den durch den vorangehenden Mieter geschaffenen Mehrwert zu realisieren. Einem solchen Verhalten des Vermieters, das man geradezu als rechtsmißbräuchlich bezeichnen müsse, sei durch gesetzliche Maßnahmen Einhalt zu gebieten.

Daß die geschilderten Verhältnisse bei Geschäftshäusern ab und zu anzutreffen sind, kann nicht bestritten werden. Die gegenwärtig noch bestehende Gesetzgebung über Mietzinskontrolle und Kündigungsschutz verunmöglicht es dem Eigentümer und Vermieter einer Liegenschaft freilich in den meisten Fällen, aus dieser wirtschaftlichen Situation vorderhand Nutzen zu ziehen.

Auf dem Boden des ordentlichen Rechtes betrachtet, dessen uneingeschränkte Geltung bei der Erörterung einer Revision des ZGB unterstellt werden muß, ist es für den Geschäftsmieter auch bei einer Normalisierung der Verhältnisse auf dem Liegenschaftsmarkt nicht leicht, sich durch vertragliche Vereinbarungen gegen die drohenden Nachteile einer Vertragskündigung zu sichern. Die Vereinbarung eines langfristigen Mietvertrages bringt mitunter für den Mieter Bindungen in bezug auf die Dauer des Vertrages und die Höhe der Gegenleistungen, die – etwa bei Verschlechterung des Geschäftsganges – sehr belastende

Auswirkungen haben können. Der Richter ist nur in Ausnahmefällen in der Lage, stoßenden Auswirkungen langfristiger Vertragsverhältnisse unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben Einhalt zu gebieten. Eine Entschädigung für die durch den Mieter geschaffenen Einrichtungen im Mietobjekt wird der Vermieter in den meisten Fällen nicht zu leisten bereit sein, weil diese Einrichtungen regelmäßig weder für ihn noch für einen Nachfolger des Mieters im gleichen Maße Verwendung finden. Auch ist es schwierig, durch vertragliche Vereinbarung zu erreichen, daß der Vermieter dem Mieter einen Anteil an der durch das Geschäft des Mieters eingetretenen Wertsteigerung der Liegenschaft überläßt. Abmachungen solcher Art fallen schon wegen der Unmöglichkeit der Voraussicht künftiger wirtschaftlicher Entwicklung sowie wegen der Schwierigkeiten, die Ursache einer allfälligen Wertsteigerung der Liegenschaft zu ermitteln, kaum in Betracht.

Der Gefahr, daß der Vermieter die durch den Mieter geschaffene Wertvermehrung der Liegenschaft an sich zu ziehen versucht, läßt sich durch eine Vormerkung der Miete in Verbindung mit der Einräumung und Vormerkung eines Vorkaufsrechtes in einem gewissen Grade begegnen. Die Wirkung solcher Vereinbarungen ist allerdings in zeitlicher wie sachlicher Beziehung beschränkt. Die Vormerkung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch und, nach neuester Auffassung¹⁶, vielleicht auch die obligatorische Verpflichtung selbst, ist auf die Dauer von 10 Jahren beschränkt. Das übliche, nicht limitierte Vorkaufsrecht bewahrt zudem den Mieter nicht davor, daß das Mietobjekt zu einem höheren Preise, welcher auch die Wertsteigerung infolge des bestehenden Mietvertrages eskomptiert, veräußert wird. Gegen diese Gefahr würde allein ein limitiertes Vorkaufsrecht helfen, zu dessen Bestellung wiederum der Vermieter

¹⁶ H. Merz, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Verkaufs- und Rückkaufsrechte, Festgabe für A. Simonius, Basel 1955, S. 235 ff.

regelmäßig keine Hand bieten wird. Das gleiche gilt für die Einräumung eines Kaufsrechtes zugunsten des Mieters. Die Vormerkung der Miete schließt allein die Wirkung des Satzes «Kauf bricht Miete» aus, bringt an und für sich keine Verlängerung des abgeschlossenen Mietvertrages mit sich.

II. Gesetzgeberische Maßnahmen

1. Läßt sich zum Schutze des Mieters von Geschäftsräumlichkeiten durch Ausbau der obligationenrechtlichen Bestimmungen, denen zwingender Charakter beigelegt werden müßte, Entscheidendes vorkehren?

Die Erfahrungen in Frankreich, das den Interessen der Geschäftsleute, insbesondere denjenigen des Detailhandels in weitestem Maße entgegengekommen ist, sind nicht ermutigend¹⁷. Das Gesetz vom 30. Juni 1926, später wiederholt abgeändert, insbesondere am 18. April 1946, «réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyers d'immeubles ou des locaux à usage commercial ou industriel»¹⁸ verwirklicht in umfassender Weise den Schutz des Geschäftsinhabers. Vom Falle der Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grunde abgesehen, hat dieser einen Anspruch auf Verlängerung des Mietvertrages und, wenn der Vermieter dem Begehren nicht entspricht, auch auf eine sogenannte Verdrängungsentschädigung (indemnité d'éviction), deren Höhe mindestens dem Geschäftswert (valeur du fonds) entsprechen soll. Zudem kann der Mieter unter gewissen Voraussetzungen eine Entschädigung für den Mehrwert des Gebäudes verlangen.

Diese Gesetzgebung, die von juristischer Seite in kaum zu überbietender Schärfe getadelt wird¹⁹, hat ihr Ziel ent-

¹⁷ Vgl. Bronimann, S. 165; Eggenschwiler, S. 129 ff.

¹⁸ Vgl. dazu J. Escarra, Manuel de droit commercial, Paris, 1947, Bd. I, S. 193 f.; Bronimann, S. 165 ff.

¹⁹ Escarra, Bd. I, S. 147 ff.; weitere Belege bei Bronimann, S. 191 ff.

weder nicht erreicht oder ist weit darüber hinausgeschossen. Die Mieter von Geschäftsräumlichkeiten sind heute in Frankreich zu einer «*classe privilégiée*», zu einer «*féodalité commerciale insolente*»²⁰ geworden. Die Gesetzgebung bewirkt, daß Mieter Ansprüche stellen können, denen keine volkswirtschaftliche Leistung entspricht. Auf der andern Seite ist dem Grundbesitz der Anreiz zur Erstellung von neuen Mietobjekten völlig genommen. Die Verknappung des Angebotes an Geschäftsräumen nimmt trotz dieser gesetzlichen Ordnung sogar weiter zu. Der Vermieter hütet sich, Mietverträge über Geschäftsräumlichkeiten abzuschließen, mit denen für ihn nicht allein erhebliche Leistungspflichten verbunden sind, sondern die in ihren Auswirkungen geradezu einer Enteignung privaten Grundbesitzes im Interesse eines Wirtschaftsstandes gleichkommen, der solcher Privilege nicht bedarf. Die Schwierigkeiten der Entfernung bisheriger Mieter führt zudem zur Verfälschung der Konkurrenzverhältnisse, indem nicht mehr die echte Leistung, sondern der bestehende Besitz ausschlaggebend wird.

2. Diese Hinweise auf die Auswirkungen der Gesetzgebung Frankreichs über die Geschäftsmiete²¹ dürften genügen, um die Gefahren des Eingriffes des Zivilgesetzgebers in die Privatautonomie auf dem Gebiete des Mietrechtes vor Augen zu führen. Auch eine subtilere Gesetzgebung, welche den Schutz des Geschäftsmieters mittels zwingender Bestimmungen über den Inhalt des Mietvertrages anstrebt²², ist wohl diesen Gefahren ausgesetzt. Außer durch Abschluß langfristiger Mietverträge wird der Kaufmann, für den die Lage seines Betriebes von maßgebender Bedeutung für dessen Ertragsfähigkeit ist, wohl nur durch den Erwerb des betreffenden Objektes zu Eigen-

²⁰ Escarra, S. 147.

²¹ Ähnliche Auswirkungen ergaben sich in Belgien, vgl. die Nachweise bei Bronimann, S. 191 ff.

²² Vgl. die Vorschläge bei Bronimann, S. 217 ff.

tum sich nachteiligen Verfügungen über die Mietsache entziehen können. Die Feststellung, daß ein solcher Erwerb in vielen Fällen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Geschäftsinhabers übersteigt, führt zu der in diesem Zusammenhange allein zu erörternden Frage, ob nicht durch die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums den Postulaten auf Schutz des Geschäftsmieters, denen eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, zum mindesten teilweise Rechnung getragen werden kann. Das Eigentum an Geschäftsräumlichkeiten würde den Mieter vor der Kündigung schützen. Der Geschäftsinhaber hätte Gewähr, daß die durch Einrichtungen und seine Geschäftstätigkeit geschaffenen Mehrwerte nicht durch Dritte usurpiert werden können. Der Stockwerkseigentümer wäre hinsichtlich des Ausbaues der Geschäftsräumlichkeiten weitgehend frei. Das Kapital, das für den Erwerb der Räumlichkeiten erforderlich ist, entspricht nur einem Bruchteil dessen, was für den Erwerb des ganzen Gebäudes zumeist aufzuwenden wäre²³.

Es ist nicht zu verkennen, daß das Stockwerkseigentum den Erwerb von Geschäftsräumlichkeiten hauptsächlich für Betriebe des Detailhandels und des Gastgewerbes erheblich erleichtern könnte. Immerhin darf man sich auch hier über die günstigen Auswirkungen einer solchen Gesetzesänderung nicht Illusionen hingeben. Wenn der Wert einer Liegenschaft durch den wegen der besonderen Geschäftslage gesteigerten Bodenpreis beeinflußt ist, muß dieser Mehrwert bei Aufteilung auf die einzelnen Teile des Gebäudes (Ladenräume, Büroräume, Wohnungen und dergleichen), dem Interesse an dieser besonderen Lage entsprechend, vorwiegend den zu geschäftlichen Zwecken dienenden Räumlichkeiten zugeschlagen werden. Bei der

²³ Diese Überlegung dürfte vor allem bei neuerstellten Gebäuden richtig sein, bei denen sich die allfällige Wertsteigerung infolge Verwendung der Liegenschaften zu Geschäftszwecken erst später einstellen wird.

enormen Steigung der Bodenpreise an guten Geschäftslagen hat dies zur Folge, daß die als Geschäftsräume verwertbaren Teile des Gebäudes in vielen Fällen den größeren Teil des gesamten Gebäudewertes ausmachen. Der Erwerb eines Ladenlokals allein kann so unter Umständen sehr erhebliche Mittel erfordern. Fraglich ist auch, wieweit es möglich sein wird, an guter Geschäftslage einzelne Stockwerke zu Geschäftszwecken zu erwerben. Soweit Geschäftshäuser zu Anlagezwecken erworben worden sind, ist es unwahrscheinlich, daß die wertvollen, zugleich allerdings auch die risikobelasteten Teile einer Liegenschaft allein veräußert werden. Praktisch wird sich das Eigentum an Geschäftsräumlichkeiten allein nur erwerben lassen, indem einer oder mehrere Interessenten das betreffende Grundstück oder Gebäude ganz erstehen und hernach den nicht benötigten Teil zu veräußern suchen. Solange ein Bedarf für Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten besteht, sollte ein solcher Verkauf nicht unmöglich sein. Die Aufteilung des Wertes solcher Liegenschaften auf die einzelnen Teile, die ein selbständiges rechtliches Schicksal haben sollen, dürfte allerdings nicht immer leicht sein²⁴. Die Schwierigkeiten dürften diejenigen bei der Aufteilung des Mietzinses für solche Gebäude übersteigen; denn die Veränderung des Wertes einer bestimmten Einheit des Gebäudes muß sich, anders als bei der bloßen Vermietung, notwendigerweise auf alle übrigen Wertanteile auswirken²⁵.

Es überschreitet den Rahmen dieser Ausführungen, zum Problem der gesetzlichen Ordnung der Geschäftsmiete umfassend Stellung zu nehmen. Mit Hinblick auf die Einfüh-

²⁴ Für die italienischen Verhältnisse vgl. Toso-Cardelli, S. 320.

²⁵ Richtlinien für die Aufteilung des Gebäudewertes auf die einzelnen Teile lassen sich für solche Objekte, bei denen auf den Boden ein wesentlicher Anteil des Wertes entfällt, kaum aufstellen. Man wird höchstens sagen können, daß bei großem Anteil des Bodenwertes der auf die Geschäftsräumlichkeiten entfallende Anteil entsprechend größer sein muß.

rung des Stockwerkseigentums kann jedoch gesagt werden, daß der Erwerb einzelner Anteile eines Gebäudes dem Geschäftsinhaber die Möglichkeit geben würde, mit einem Aufwand, der kleiner ist als bei Erwerb eines ganzen Gebäudes, sich einen sicheren Besitz zu verschaffen. Damit könnte der Mieter der Verschlechterung seiner Lage zuvorkommen, die er bei der Aufhebung der außerordentlichen Mieterschutzgesetzgebung gewärtigen muß. Voraussetzung für einen solchen Erwerb ist allerdings die Bereitschaft des Grundeigentümers, einen Teil des Gebäudes zu Eigentum abzutreten. Vornehmlich mit Rücksicht auf diese letzte Voraussetzung wäre es falsch, an die Einführung des Stockwerkseigentums allzu große Hoffnungen zu knüpfen. Gleichwohl darf festgestellt werden, daß die Möglichkeiten, die sich für den selbständigen Erwerb von Geschäftsräumlichkeiten verschiedener Art ergäben, beim grundsätzlichen Entscheid über die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums Beachtung verdienen.

§ 16. Die Einwendungen gegen das Stockwerkseigentum

Was spricht angesichts dieser vielfältigen Argumente, die zudem durch umfassende gute Erfahrungen im Auslande gestützt werden können, gegen die Wiedereinführung dieses Institutes in der Schweiz? Vorerst wird man sich fragen müssen, ob die Gründe, die seinerzeit dazu geführt haben, daß das Stockwerkseigentum unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes an den meisten Orten verkümmerte und daß die Neubegründung im ZGB überhaupt verboten wurde, für die damalige Zeit und allenfalls jetzt noch zutreffen. Zugleich ist zu prüfen, ob die heute vorgebrachten Bedenken, die vorwiegend psychologischer und wirtschaftspolitischer Natur sind, durch die Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse seit 1912 vermehrtes Gewicht erhalten haben.

I. Einwendungen rechtlicher Natur

1. Daß sich die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums de lege ferenda mit der Konzeption unseres Immobilien-Sachenrechtes schlechthin nicht vertrage, wird ernsthaft nicht mehr behauptet. Die entscheidende Durchbrechung des Grundsatzes, «solo superficies cedit» durch Anerkennung gesonderten Eigentums an Bauten, die im Baurecht erstellt worden sind, schließt eine Diskussion darüber, ob selbständiges Eigentum an Stockwerken bei entsprechender Änderung des Gesetzes aus logischen Gründen ausgeschlossen sei, von vorneherein aus. Es kann auf oben Gesagtes verwiesen werden. Die Begriffe der Sache und des Sachbestandteils sind ausschließlich rechtlicher und nicht etwa naturwissenschaftlicher Art. Die Rechtsordnung bildet sie nach Zweckmäßigkeitsgründen²⁶. Nichts hindert den Gesetzgeber daran, anzuordnen, daß ein auf einem Grundstück erstelltes Gebäude oder ein Teil eines solchen Gebäudes im gesonderten Eigentum stehen kann. Noch mehr gilt dies, wenn dem Sonderrecht des «Stockwerkseigentümers» nur der Charakter eines beschränkt dinglichen Rechtes zuerkannt wird.

2. Ernster zu nehmen ist der Einwand, daß sich das Stockwerkseigentum für eine sachgemäße Eintragung im Grundbuche, das auf einer zweidimensionalen Darstellung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden aufbaut, nicht eigne. Das Grundbuch-Vermessungswerk als Grundlage für die Identifizierung der einzelnen Grundstücke (ZGB Art. 950) und die Grundbuchpläne sollen es nicht zulassen, eine Unterteilung des Grund und Bodens nach horizontaler Richtung zum Ausdruck zu bringen. Ob sich aus dieser Konzeption unseres Grundbuchrechtes der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums unüberwindliche Hindernisse entgegenstellen, wird im einzelnen zu prüfen

²⁶ Vgl. Haab, Komm. N. 2 zu Art. 642; W. Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, S. 91.

sein, wenn die möglichen Formen für die Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuche erörtert werden (vgl. unten S. 213a ff.). Die Antwort wird auch davon abhängen, ob das Recht des «Wohnungseigentümers» auf ausschließlichen Gebrauch und Nutzung Auswirkung des Eigentums im eigentlichen Sinne des Wortes ist oder lediglich als ein beschränkt dingliches Recht aufgefaßt wird. Es sei hier vorweggenommen, daß die Bedenken gegen die Eintragung von Stockwerkseigentumsverhältnissen im Grundbuch im wesentlichen nicht gerechtfertigt sind. Wenn man sich der Schranken der Gutgläubenswirkung, die sich aus der Natur der Sache ergeben, bewußt ist, läßt sich das Stockwerkseigentum mittels der vorhandenen Grundbucheinrichtungen klar und übersichtlich darstellen.

3. Im Zusammenhang mit den immer wiederkehrenden Einwendungen, daß bei Stockwerkseigentumsverhältnissen mit häufigen Streitigkeiten zu rechnen sei, werden sodann Zweifel geäußert, ob einem Stockwerkseigentümer, der sich intensiv gemeinschaftswidrig verhält, sein Eigentum zwangsweise entzogen werden kann. Eine solche zwangsweise «Enteignung» schlechthin als ausgeschlossen zu betrachten, wäre eine *contradictio in adjectu*; die Befugnisse des Eigentümers gehen so weit, wie sie ihm das Gesetz verleiht. Nichts hindert den Gesetzgeber daran, unter bestimmten materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen den Entzug des Eigentums aus privatrechtlichen Gründen anzuordnen. Ob es unerläßlich ist, einen solchen mit dem hergebrachten Eigentumsbegriff nicht ohne weiteres in Einklang zu bringenden Eingriff in das Privatrecht vorzunehmen, bedarf selbstverständlich reiflicher Prüfung (vgl. unten S. 244a).

4. Die Frage endlich, ob nicht das geltende Recht für die Schaffung eines dem Stockwerkseigentum entsprechenden Rechtszustandes genügende Ersatzformen zur Verfügung stelle, ist bereits einläßlich erörtert und im negativen

Sinne beantwortet worden (vgl. oben S. 89a). Die Feststellung allein sei wiederholt, daß vertragliche Vereinbarungen nicht genügen, um auch nur den wichtigsten Bedürfnissen nach horizontaler Einteilung in befriedigender Weise Rechnung zu tragen.

II. Das Stockwerkseigentum als ein Herd von Streitigkeiten

1. Der Verruf, in den das Stockwerkseigentum deswegen gekommen ist, weil mit ihm in der Vergangenheit an einigen Orten vielerlei Streitigkeiten verknüpft waren, macht sich auch bei der Diskussion um die Wiedereinführung dieser Rechtsform geltend. Wenn es zutreffen sollte, daß das Stockwerkseigentum Anlaß zu fortwährenden langwierigen persönlichen und gerichtlichen Auseinandersetzungen unter den Hausbewohnern gibt, so hätte der Gesetzgeber Grund, Begehren auf Änderung des gegenwärtigen Rechtszustandes mit Zurückhaltung aufzunehmen. Es ist bereits oben (S. 38af.) festgestellt worden, daß sich für die Vergangenheit die Tatsache solcher Streitigkeiten nicht in Abrede stellen läßt. Um zu ermessen, ob mit jenen schlechten Erfahrungen wieder gerechnet werden muß, ist den Ursachen jener Erscheinungen nachzugehen. Die Aufteilung der Gebäude in städtischen und ländlichen Verhältnissen erfolgte früher zumeist durch bloß tatsächliches Vorgehen, etwa durch Erstellen von An-, Ein- oder Überbauten an bestehenden Gebäuden oder durch Unterteilung bisheriger Wohnungen. Viele Verhältnisse dürften auch infolge Erbteilung gebildet worden sein. In den alten, an und für sich schon vielfach wenig übersichtlichen Gebäuden wurden so Grenzlinien gezogen, die zwar die Beteiligten kannten, aber weder in Verträgen noch in Plänen oder gar in Publizitätseinrichtungen (Grundbücher und dergleichen) festgelegt waren. Auf mündlicher oder doch nur ungenügender schriftlicher Überlieferung beruhend, entstanden begreiflicherweise in späteren Zeiten leicht Meinungsverschieden-

heiten über Umfang und Auslegung des Eigentums; gesetzliche Bestimmungen, welche in Ermangelung vertraglicher Abreden die wichtigen Fragen von Unterhaltspflichten und dergleichen für gemeinsam und getrennt benützte Teile des Gebäudes geordnet hätten, gab es praktisch nicht. Es überrascht nicht, daß es vielfach zu Konflikten kam, die sich angesichts des nahen Zusammenwohnens leicht zu dauernden Spannungen auswuchsen. Diese wiederum konnten Anlaß zu gegenseitigen Schikanen geben und den für das Zusammenleben erforderlichen guten Willen zerstören.

2. Eine moderne Ordnung des Stockwerkseigentums wird aus diesen Erfahrungen wichtige Lehren ziehen. Das Zusammenleben verschiedener Personen im gleichen Hause bedarf einer einläßlichen Ordnung. Das moderne Sachenrecht bemüht sich, den Umfang der dinglichen Rechte von Gesetzes wegen abzugrenzen. Zwingende Formvorschriften und die Pflicht zur Eintragung der Rechtsverhältnisse im Grundbuch bewirken, daß die erforderlichen Verträge und Pläne die Rechtsbeziehungen klar und lückenlos ordnen. Darüber hinaus muß das objektive Recht Bestimmungen über die gemeinsame Ausübung des Eigentums treffen und insbesondere die Zuständigkeit von Individuum und Gemeinschaft abgrenzen. Wenn all dies vorgekehrt ist, läßt sich das altrechtliche Stockwerkseigentum mit der modernen Form kaum mehr vergleichen. Es wird denn auch mit Recht betont²⁷, daß das Wohnungseigentum mit der althergebrachten Form des Stockwerkseigentums wenig mehr gemeinsam habe und etwas völlig anderes darstelle.

Aber auch in tatsächlicher Hinsicht läßt sich durch zweckentsprechende Ausgestaltung der in Stockwerkseigentum aufzuteilenden Bauten der Anlaß zu Reibereien und Meinungsverschiedenheiten unter den beteiligten Eigentümern weitgehend beseitigen. Bei Planung und Bau

²⁷ Weitnauer-Wirths, Komm. N. 1 zu § 1; Diester, Komm. S. 49.

eines Stockwerkshauses muß dem Umstand, daß die Bewohner sich möglichst wie im eigenen Hause fühlen möchten, Rechnung getragen werden. Durch Einbau von Liftanlagen können die Berührungspunkte bereits erheblich herabgesetzt werden²⁸.

Die moderne Technik erlaubt es, die einzelnen Wohnungen sozusagen schalldicht zu isolieren. Auch der Anordnung der Räumlichkeiten, etwa dadurch, daß der Grundriß der einzelnen Stockwerke nicht gleichgestaltet wird, ist besondere Beachtung zu schenken. Wenn man sich bemüht, die Erfahrungen, die im Auslande gewonnen wurden, zu Nutze zu ziehen, wird es gelingen, Wohnungen zu erstellen, die trotz des mehrfachen Eigentums am selben Haus ein Wohnen gestatten, das individueller ist als in Mietwohnungen oder Reiheneinfamilienhäusern. Die dabei entstehenden Verteuerungen, die sich hauptsächlich im Vergleich zu Einfamilienhäusern in tragbaren Grenzen bewegen, dürften heutzutage von vielen als Preis für rationelles und komfortables Wohnen in Kauf genommen werden.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich eine wichtige Einschränkung; bestehende Häuser werden sich für die Umwandlung in Stockwerkseigentum vielfach nicht eignen, weil sie den besondern baulichen Anforderungen nicht genügen.

3. Gleichwohl sind Meinungsverschiedenheiten und Spannungen unter den Stockwerkseigentümern so wenig ausgeschlossen wie in Miethäusern. Zweckmäßige Ausgestaltung von Gesetzgebung und Verträgen vorausgesetzt, dürf-

²⁸ Um das Treppenhaus, das offenbar auch anderswo als eigentliche Keimzelle von Streitigkeiten unter Hausbewohnern erkannt worden ist, auszuschalten, ist schon der Vorschlag gemacht worden, die Treppe auf jedes Stockwerk zu führen, wo sie auf einen, an den Außenwänden durchlaufenden Balkon mündet, oder gar für jedes Stockwerk ein besonderes Treppenhaus zu errichten! Möller, Seite 86.

ten aber Streitigkeiten weniger häufig sein, als Gegner des Stockwerkseigentums anzunehmen geneigt sind²⁹.

Um allfällige Meinungsverschiedenheiten zu beheben, ist ein einfaches und den Verhältnissen angepaßtes Verfahren im Gesetz oder zum mindesten in den vertraglichen Vereinbarungen zu schaffen. Der Entscheid über untergeordnete Streitigkeiten kann zweckmäßigerweise dem allfälligen Verwalter übertragen werden. Hauptsächlich aus generalpräventiven Gründen wird endlich im Gesetze die Möglichkeit vorzusehen sein, einen Stockwerkseigentümer aus der Gemeinschaft auszustoßen. Wird den ausgeführten Punkten die erforderliche Beachtung geschenkt, können Unzukömmlichkeiten, die man dem Stockwerkseigentum an einzelnen Orten nachsagt, keinen Grund gegen dessen Wiedereinführung abgeben. Die Berichte und Äußerungen über Erfahrungen mit dem modernen Stockwerkseigentum im Auslande³⁰ bestätigen diese Feststellungen in eindrucklicher Weise.

III. Einwendungen wirtschaftlicher und sozialpolitischer Natur

Einwendungen gegen die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums werden auch aus wirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Sicht erhoben. E. Huber³¹ meinte, daß das Stockwerkseigentum nicht in eine Geldwirtschaft passe. Heute wird in ähnlicher Weise bezweifelt, ob ein echtes wirtschaftliches Bedürfnis nach Wiedereinführung dieser Einrichtung bestehe. Die Vorstöße der letzten Jahre kämen,

²⁹ Ein Beispiel dafür, wie sehr die Gefahr besteht, Erfahrungen mit dem alten Stockwerkseigentum unbesehen auf die heutigen Verhältnisse zu übertragen, bietet der Aufsatz in den «Mitteilungen» des Hauseigentümerverbandes Zürich vom 20. Dezember 1955, S. 235 ff.

³⁰ Vgl. etwa die Nachweise bei Sattiva, S. 51.

³¹ Schweiz. Privatrecht Bd. IV, S. 696; ähnlich Rossel-Mentha, Manuel de droit civil suisse, 2. Aufl., Lausanne/Genève 1922, Bd. II, Nr. 1266.

so wird gesagt, aus Kreisen, denen aus eigennützigen und materialistischen Gründen an der Möglichkeit vermehrter Beteiligung an Grundeigentum gelegen sei³². Der Wunsch nach Schaffung des Stockwerkseigentums entspringe offensichtlich der heutigen angespannten Lage auf dem Wohnungsmarkt; bei dessen Normalisierung fänden sich kaum mehr Wohnungsinteressenten zum Erwerb eines eigenen Stockwerkes bereit. Nach wie vor sei es unter dem Gesichtspunkt fortschrittlicher Sozialpolitik erwünschter, den Bau von Einfamilienhäusern zu fördern, möglichst weite Kreise der Bevölkerung aus den «Mietkasernen» zu befreien und ihnen zum eigenen Heim zu verhelfen³³. Sodann stehe die Genossenschaft als geeignete Rechtsform für die Förderung des Wohnungsbaues zur Verfügung. Auch hier befinde sich der Einwohner nicht in der Stellung des Mieters, sondern habe am Genossenschaftsvermögen teil, an dessen Verwaltung er nach demokratischen Grundsätzen mitzuwirken berechtigt sei. Daß die Genossenschaft unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht als taugliche Ersatzform für das Stockwerkseigentum angesehen werden kann, ist bereits oben erörtert worden.

Nicht zwingend ist auch der Hinweis auf die leichtere Finanzierbarkeit von Genossenschaftsbauten³⁴. Wenn es erwünscht ist, den Wohnungsbau durch die öffentliche Hand zu fördern – wozu hier nicht Stellung zu beziehen ist –, kann eine solche Hilfe auch Bauten gewährt werden, die in Stockwerkseigentum aufgeteilt werden sollen. Die Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland zeigen, daß eine staatliche oder kommunale Förderung dieser Form des Wohnungsbaus durchaus möglich ist. Der Aufschwung

³² Vgl. z. B. Peter, in «Tagesanzeiger der Stadt Zürich», Nr. 282 vom 1. Dezember 1955.

³³ Mit dieser Begründung wurde im nationalsozialistischen Deutschland die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums bekämpft; vgl. z. B. Steimle, Archiv für ziv. Praxis 24 (1937), S. 358 ff.

³⁴ Vgl. z. B. Peter, a. a. O.

des Wohnungseigentums ist dort zu einem guten Teil der Mitwirkung staatlicher oder halbstaatlicher Finanzierungsinstitute bei der Erstellung von Wohnungen mit Stockwerkeigentum zu verdanken³⁵. Die Verhältnisse liegen hier vom Standpunkt der Subventionsbehörde aus gesehen nicht anders als bei der staatlichen Förderung des Baues von Einfamilienhäusern.

Die Bildung von Stockwerkseigentum vermöge auch keine Verbesserung der Lage auf dem Wohnungsmarkt zu schaffen. Vielmehr werde die Tendenz verstärkt, teure Wohnungen zu erstellen, welche nur einem kleinen Kreise zugänglich seien; bevorzugt würden dadurch diejenigen, welche über die erforderlichen Mittel verfügten. Die Möglichkeit, ein Gebäude stockwerksweise, sozusagen «en détail», zu veräußern, werde weiteren Anreiz für die Spekulation bieten. Es falle leichter, statt des ganzen Gebäudes einzelne Teile davon zu veräußern. Der Spekulant werde dadurch in die Lage versetzt, einen höheren Gewinn schneller zu erzielen und das mit dem Grundbesitz verbundene Risiko auf die Erwerber abzuwälzen³⁶. Der Erlaß von Vorschriften, welche das Stockwerkseigentum gestatten, müsse nicht nur als überflüssig, sondern als volkswirtschaftlich schädlich betrachtet werden, da die Preistreiberei auf dem Liegenschaftsmarkt dadurch noch weiter gesteigert werde. Verglichen mit der Mietwohnung weise das Stockwerkseigentum auch für die Einzelnen erhebliche Nachteile auf. Die Erstellung von Bauten, die sich für Stockwerkeigentum eignen, sei regelmäßig teurer; der Unterhalt des Gebäudes werde von den Beteiligten vernachlässigt, da niemand die Vornahme der erforderlichen Arbeiten erzwingen könne. Dagegen würden dem Stockwerkseigentümer die erheblichen Risiken des Grundbesitzes über-

³⁵ Vgl. Michaelis, S. 7.

³⁶ Vgl. Artikel «Die Sehnsucht nach dem eigenen Heim – Wohnungseigentum?», in «National-Zeitung» Basel, vom 25. Dez. 1955.

bunden, die zu tragen er später vielleicht nicht mehr in der Lage sei. Die Ersparnisse, die zur Abzahlung von Grundpfandschulden verwendet werden, könnten infolge Entwertung der Wohnung sehr rasch verlorengehen.

Der Erwerb des Stockwerkseigentums bringe eine oftmals unerwünschte Bindung des Eigentümers an die Wohnung. Wenn der Arbeitsort gewechselt werde, oder wenn sich der Bestand der Familie verändere, sei ein «Abtausch» der Wohnung im Vergleiche zur Mietwohnung erheblich erschwert. Eine Veräußerung sei unter Umständen, besonders wenn sie rasch erfolgen müsse, nur mit finanziellen Opfern möglich, die in kleineren Verhältnissen besonders schmerzlich seien. Endlich ist der Einwand zu hören, daß der Verkauf einzelner bisher vermieteter Wohnungen oder der Abbruch alter Gebäude zwecks Erstellung von modernen Bauten mit Stockwerkseigentum den geltenden und weiterhin notwendigen Schutz des Mieters vor ungerechtfertigter Kündigung illusorisch mache; denn bei Vorliegen dieser Tatbestände werde nach der geltenden Gesetzgebung eine Kündigung als gerechtfertigt aufgefaßt³⁷.

Auch psychologische Bedenken werden gegen das Stockwerkseigentum geltend gemacht. Es verschaffe dem Bewohner entgegen den Versicherungen seiner Anhänger keineswegs eine Rechtsstellung, über die ein Eigentümer eines Hauses verfüge. Die engen Beziehungen zu den Mitbewohnern setzten einen besonders ausgeprägten Gemeinschaftsinn voraus, der von Eigentümern, anders als von Mietern, schwerlich verlangt werden könne. Daran ist, um dies schon hier zu bemerken, soviel richtig, daß eine erhebliche Rücksichtnahme unter den Stockwerkseigentümern notwendig ist. Doch spricht dies kaum gegen das Stockwerkseigentum. Auch der Eigentümer eines Einfamilienhauses ist heute kein unbeschränkter Herrscher über sein Grundstück mehr. Das nahe Zusammenrücken, bedingt durch die Verknappung des Bodens und dessen Verteuerung, bringt vermehrte

³⁷ Das Problem stellt sich auch in Italien; vgl. Visco, S. 4.

tatsächliche und auch rechtliche Einschränkungen in der Ausübung des Grundeigentums mit sich.

Die Einwendungen lassen sich in der Feststellung zusammenfassen, daß das Stockwerkseigentum Vorteile höchstens für einen kleinen Kreis der Bevölkerung bringe und daß kein Anlaß bestehe, mit Rücksicht auf diese Minderheit von einem Grundsatz abzugehen, den das Zivilgesetzbuch nach reiflicher Überlegung aufgestellt habe.

§ 17. Die gesetzgebungspolitische Entscheidung

I. Abwägung der Argumente

1. Angesichts der sich widersprechenden Gesichtspunkte, die in der Auseinandersetzung um das Stockwerkseigentum vorgetragen werden, wird man sich bemühen müssen, zuerst eine gewisse Einkreisung des Problems vorzunehmen. Daß die Meinungen hinsichtlich der wirtschaftspolitischen und sozialen Auswirkungen des Stockwerkseigentums am meisten auseinandergehen, ist sicherlich kein Zufall. Hier lassen sich Thesen und Gegenthesen aufstellen, die ohne praktische Erfahrungen bei uns nur schwer zu beweisen oder zu widerlegen sind. Wieweit die Möglichkeit der Erstellung von Gebäuden, die stockwerksweise verkauft werden können, einen weiteren Anreiz für die sogenannte Bau- und Grundstückspekulation darstellt, ist kaum abzuschätzen. Vielleicht trifft zu, daß sich heute Wohnungen weniger leicht vermieten denn als Stockwerkseigentum veräußern lassen. Ebenso wenig läßt sich umgekehrt widerlegen, daß gegenwärtig neue Wohnbauten leichter zu veräußern wären, wenn sie in Stockwerkseigentum aufgeteilt werden könnten. Allein läßt man sich bei solchen Erwägungen nicht allzusehr vom Tagesgeschehen und unbeständigen Situationen leiten? Bei gesetzgebungspolitischen Entscheidungen, welche unsere Zivilrechtsordnung berühren, darf die Bedeutung von Argumenten, die aus einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation heraus abgeleitet

werden, nicht überschätzt werden. Sie mögen den Anstoß zur Revision geben; doch schon während des Gesetzgebungsverfahrens, das notwendigerweise eine längere Zeitspanne in Anspruch nimmt, kann sich das Gewicht solcher Erwägungen erheblich verändern oder ganz wegfallen. Unsere heutige Gesetzgebung krankt daran, daß Gesetze für den Augenblick, statt für umfassendere Zeitabschnitte konzipiert werden. Dadurch wird leicht der Blick für größere Zusammenhänge und Auswirkungen auf lange Sicht getrübt und die Bedeutung augenblicklicher Interessenlagen überwertet.

Das Gesagte gilt sowohl für einzelne Argumente, die zugunsten des Stockwerkseigentums angeführt, wie auch für Bedenken, die dagegen erhoben werden. Die Tatsache, daß das Stockwerkseigentum bei der heutigen wirtschaftlichen Lage in der Schweiz dem Wohnungsbau und damit der Tendenz steigender Bodenpreise an einzelnen Orten vielleicht einen weiteren Auftrieb geben kann, darf nicht überschätzt werden. Die Verhältnisse können hier wie in wirtschaftlichen Belangen überhaupt binnen kurzem erheblich ändern. Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums würde kaum die – gesamtwirtschaftlich gesehen – unerwünschte Steigerung der Bodenpreise in städtischen Verhältnissen nennenswert beeinflussen. Andere Faktoren spielen in dieser Beziehung sicher eine größere Rolle. Wenn sich nach Einführung des Stockwerkseigentums überhaupt Auswirkungen feststellen lassen sollten, so brauchten diese nicht durchaus ungünstiger Art zu sein. Es ließe sich denken, daß das Stockwerkseigentum die Nachfrage nach Bauland für Einfamilienhäuser mindern könnte.³⁸ Unter dem Gesichtspunkt einer rationellen und vorausschauenden Bodenpolitik ist es sicherlich in vielen Landesgegenden nicht unerwünscht, wenn Mehrfamilienhäuser erstellt werden, die den Ansprüchen von Bevölkerungskreisen entgegenkommen, welche ein Stockwerk kaufen

³⁸ In ähnlichem Sinne Flattet, Referat Nr. 41.

wollen, obwohl ihnen die wirtschaftlichen Verhältnisse den Erwerb von Einfamilienhäusern gestatten würden.

Mit der Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen ist noch keine Gewähr geboten, daß Gebäude erstellt werden, die in Stockwerkseigentum aufgeteilt werden können. Dazu bedarf es eines Unternehmers, der willens ist, solche Bauten zu errichten. Die im Auslande gemachten Erfahrungen zeigen, daß hiefür in der Regel die Interessenten für den Erwerb einzelner Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten nicht in Frage kommen. Vielmehr sind es Unternehmen, welche ein wirtschaftliches Interesse an der Erstellung und Veräußerung von Bauten besitzen, also in erster Linie Bau- und Architekturfirmen³⁹. Dieses Interesse besteht regelmäßig in der Erzielung eines Gewinnes bei Erstellung und stockwerksweiser Veräußerung des Gebäudes. Solange man eine liberale Wirtschaftsordnung, wie sie Grundlage der schweizerischen Wirtschaftsverfassung bildet, anerkennt, wäre es falsch, dieses Gewinnstreben schlechthin einer volkswirtschaftlich unerwünschten Spekulation gleichzusetzen. Wenn man erwartet, daß von privater Seite Wohnbauten errichtet werden, so muß ein entsprechender Anreiz vorhanden sein.

Andererseits wird man sich davor hüten müssen, von der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums die Behebung der gegenwärtig noch andauernden Schwierigkeiten auf dem Wohnungsmarkte zu erwarten. Der Inhalt der Privatrechtsordnung ist gewiß für die Gestaltung einer Wirtschaftsverfassung von großer Bedeutung. Die Art und Weise, wie ein konkretes Institut im Privatrecht ausgestaltet ist, wird aber im allgemeinen den Gang des wirtschaftlichen Geschehens oder eine bestimmte wirtschaftliche Situation zumeist nicht maßgebend beeinflussen können. Das Privatrecht ist ein wenig geeignetes Instrument, um konkrete volkswirtschaftliche oder wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen. Der

³⁹ In Deutschland haben sich eigentliche Wohnbauunternehmen gebildet; Diester, N. 6 zu § 8.

Streuungsbereich ist zu weit; der «Angriff» muß zu allgemein geführt werden, jedenfalls solange man darauf Wert legt, privatrechtlichen Normen den dispositiven Charakter nicht zu nehmen. Die Privatautonomie, für das Privatrecht vor allem als Grundsatz der Vertragsfreiheit im Sinne der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit verstanden⁴⁰, schließt es zumeist aus, dem Handeln der Rechtsunterworfenen eine vom Gesetzgeber bestimmte Richtung zu geben. Sollte sich, um auf das Immobilienrecht zurückzukommen, weiterhin eine staatliche Einflußnahme auf die Wohnungsproduktion als unerläßlich erweisen, so könnte die Wiederezulassung des Stockwerkseigentums diesem Ziele nur nebenbei dienen. Die wirtschaftlichen Faktoren, welche heute für den ungenügenden Bestand an Wohnungen verantwortlich sind, lassen sich durch die Schaffung einer weiteren privatrechtlichen Form des Grundbesitzes kaum beeinflussen.

2. Wenn so festzustellen ist, daß das Urteil über das Stockwerkseigentum nicht von der gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage abhängig gemacht werden darf und sich eine Änderung der Zivilrechtskodifikation nicht als ein taugliches Mittel erweist, um von Seiten des Staates die Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt beeinflussen zu können, so soll damit nicht gesagt sein, daß wirtschaftliche Erwägungen überhaupt außer Betracht zu bleiben haben. Man wird sich etwa fragen müssen, welche dauernden Veränderungen auf dem Liegenschafts- und Wohnungsmarkte oder in den Wohngewohnheiten einzelner Bevölkerungsteile unseres Landes eingetreten sind. Solche Verschiebungen dürfen für den in Diskussion stehenden gesetzgebungspolitischen Entscheid nicht außer acht bleiben. Hierher gehört sicherlich die zunehmende Verknappung und die damit zusammenhängende Verteuerung des für

⁴⁰ K. Oftinger, Die Vertragsfreiheit, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung 1948, S. 315 ff.

Wohnzwecke in der Nähe unserer Städte zur Verfügung stehenden Bodens⁴¹. Das verständliche Bestreben, die weitere Schmälerung des landwirtschaftlich genutzten Bodens zu verhindern, muß es ebenfalls als erwünscht erscheinen lassen, Wege zu ebnen, die unter geringerer Inanspruchnahme des knappen Bodens den Erwerb von Grundbesitz für das eigene Heim ermöglichen. Weiter darf darauf hingewiesen werden, daß der technische Fortschritt und die Wandlungen in der Struktur der Bevölkerung – Verbreiterung der Schicht des Mittelstandes – Veränderungen der Wohngewohnheiten zur Folge haben. Die Gründe, welche in den umliegenden Staaten zu einer bemerkenswerten Ausdehnung des Wohnungseigentums geführt haben, treffen zweifellos auch bei uns in gewissem Umfange zu. Es erweist sich heute, daß für viele das Ideal des «Eigenheims» nicht unbedingt die Form des Einfamilienhauses ist.

Im weitem kann einigen rechtlichen Gesichtspunkten, die für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums sprechen, ein gewisses Gewicht nicht abgesprochen werden. Dies gilt sicher für die unter dem Stichwort «Einführung der Geschäftsmiete» zusammengefaßten Begehren an den Gesetzgeber. Ferner ist an die Notwendigkeit einer rechtlichen Sanierung der aus dem alten Recht überlieferten Stockwerkseigentumsverhältnisse zu erinnern. In beiden Fällen besteht ein kaum zu bestreitendes Bedürfnis nach einer Änderung des geltenden Rechtszustandes. Einer Gesetzesrevision dürfte nicht⁴² entgegengehalten werden, mit dem Stockwerkseigentum würde ein Sonderrecht zugunsten einzelner Teile der Bevölkerung geschaffen. Es war bis anhin

⁴¹ Deshalb stellt sich etwa im Fürstentum Liechtenstein das Problem des Stockwerkseigentums trotz weitgehender gleicher Rechtsgrundlagen anders; vgl. Artikel im «Liechtensteiner Vaterland», vom 10. Dezember 1955.

⁴² Wie etwa von Steimle, Archiv für ziv. Praxis, NF Bd. 24, S. 360, für das deutsche Recht.

nicht üblich, von einem Sonderrecht zu sprechen, wenn Rechtsnormen, die auf besondere tatsächliche Verhältnisse zugeschnitten sind, nicht für alle Rechtsunterworfenen von praktischer Bedeutung sind. Verpönt sind in einem Rechtsstaate allein Normen, welche unter gleichen tatsächlichen Verhältnissen nicht für alle Rechtsunterworfenen Geltung haben sollen. Man wird schließlich auch nicht sagen dürfen, es gehe nicht an, unsere Zivilrechtsordnung mit Bestimmungen zu ergänzen, denen lediglich die Bedeutung eines Versuches zukommen soll. Wenn das Stockwerkseigentum wieder eingeführt wird, kann es sich dabei nur um eine dauernde Änderung unserer Zivilgesetzgebung handeln; eine «versuchsweise Ordnung» wäre mit den Anforderungen der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren. Andererseits lassen sich aus dem schweizerischen Zivilrecht verschiedene Rechtsinstitute anführen, deren gesetzliche Ordnung sich später als kaum gerechtfertigt erwiesen hat. Es darf an die Heimstätte oder die Gült erinnert werden; auch die GmbH oder einzelne Abarten von Güterständen wären hier zu nennen.

3. Für eine Einführung des Stockwerkseigentums ergeben sich so gewichtige wirtschaftliche, soziale und rechtliche Gesichtspunkte. Es fragt sich aber, ob das Postulat ohne tiefgreifende Änderungen der Rechtsordnung verwirklicht werden kann. Vorerst ist festzuhalten, daß mit einer Einführung des Stockwerkseigentums kein gesetzgeberisches Neuland beschritten würde. Bei der Untersuchung der Gründe, weshalb diese Form des Grundbesitzes dem geltenden Recht nicht mehr bekannt ist, ergab sich bereits, daß die Erwägungen, die deren Abschaffung veranlaßten, nicht zu überzeugen vermögen. Der immer wiederkehrende Hinweis auf die mit dem Stockwerkseigentum verbundenen Streitigkeiten dürfte zu einer ablehnenden Einstellung nur dann Anlaß geben, wenn sich sowohl nach den Erfahrungen des Auslandes wie auch bei Prüfung der gesetzgeberischen Möglichkeiten erweisen

sollte, daß solche Meinungsverschiedenheiten nicht ausgeschaltet werden können und das Stockwerkseigentum stets eine Quelle unliebsamer Streitereien und Prozesse bleiben würde.

Von den übrigen Einwendungen verdient vor allem das Problem der Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuch Aufmerksamkeit. Die Stellungnahme hiezu setzt die Kenntnis der für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums erforderlichen und möglichen gesetzgeberischen Maßnahmen voraus. Dabei kommt zustatten, daß die Reformvorschläge sich auf eine Institution beziehen, die in andern Rechtsgebieten seit längerem eingeführt und erprobt worden ist, und somit wertvolle Erfahrungen zur Verfügung stehen. Diese erstrecken sich auf eine längere Zeitspanne, während der sich die wirtschaftlichen Verhältnisse in einigen Ländern erheblich verändert haben.

Da das Urteil über die Opportunität einer Wiedereinführung des Stockwerkseigentums nicht unwesentlich davon abhängt, wie die Zivilrechtsordnung abgeändert und ergänzt werden soll, rechtfertigt es sich, in einem zweiten Teil dieser Untersuchung die Grundzüge einer solchen Neuordnung aufzuzeigen, mitsamt den verschiedenen Möglichkeiten, die sich dem Gesetzgeber dabei darbieten. Im Anschluß daran wird es leicht sein festzustellen, ob die Schwierigkeiten, die einer rechtlichen Ordnung des Stockwerkseigentums entgegenstehen, solcher Art sind, daß deswegen ungeachtet der großen Verbreitung des Institutes im Auslande von einer Änderung des Zivilgesetzbuches abgesehen werden sollte.

II. Wie wird sich das Stockwerkseigentum in der Praxis gestalten?

1. Im allgemeinen. Im Zusammenhang mit der Würdigung des Stockwerkseigentums unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten mag versucht werden, eine Aussage darüber zu machen, wie sich, einmal vom

Gesetze anerkannt, diese Form des Grundbesitzes in der Praxis durchsetzen würde. Man wird sicherlich selbst in den Fällen, in denen die sachlichen Voraussetzungen gegeben wären, nicht mit einer raschen und umfassenden Verbreitung des Stockwerkseigentums rechnen dürfen. Veränderungen im Grundbesitz selber und in der vielfach durch Herkommen beeinflussten Ausgestaltung der dinglichen Rechte an Grundstücken werden, der wirtschaftlichen Bedeutung des Bodens entsprechend, bei uns unter normalen Verhältnissen nur mit Zurückhaltung vorgenommen. Auch das Stockwerkseigentum würde vorerst in vielen Kreisen einem gewissen Mißtrauen begegnen, das sich nicht allein mit sachlichen Erwägungen erklären läßt. Die Verbreitung des Stockwerkseigentums wird im übrigen aus verständlichen Gründen weitgehend durch die Haltung bedingt sein, welche die Hypothekargläubiger gegenüber der Belehnung solcher Anteile am Grundstück einnehmen. Diese wiederum dürfte davon abhängen, wie weit man gewillt ist, das Institut durch eine angemessene Belehnungspraxis zu fördern.

Ein weiterer Umstand könnte einer anfänglichen Verbreitung des Stockwerkseigentums hinderlich im Wege stehen. Die Begründung von Stockwerkseigentum an bestehenden Gebäulichkeiten dürfte den weniger häufigen Fall darstellen; denn einmal eignen sich diese in der Regel aus baulichen Gründen weniger gut für eine Aufteilung. Dazu kommt, daß sich heute Liegenschaftseigentümer nur ausnahmsweise veranlaßt sehen, ihren Grundbesitz ganz oder auch nur teilweise zu veräußern. Fraglich erscheint auch, wie weit die Sociétés d'actionnaires-locataires ihre Grundstücke in echtes Stockwerkseigentum überzuführen gewillt sein werden. Der Entscheid darüber wird maßgeblich von steuerlichen und kostenmäßigen Auswirkungen einer solchen «Umwandlung» bedingt sein. Ebenso dürfte es eine offene Frage sein, ob es bei den Wohn- und Baugenossenschaften zur Umwandlung von Mietverhältnissen

kommen wird. Praktisch werden somit neben der Umwandlung altrechtlicher Stockwerksverhältnisse vorwiegend neu zu erstellende Wohn- und Geschäftshäuser für diese Art des Grundbesitzes in Frage kommen. In welchem Umfang Neubauten erstellt werden, die sich für die Aufteilung in Stockwerkseigentum eignen, hängt im wesentlichen davon ab, ob sich Unternehmer oder Bauherren finden, welche solche Gebäude zu erstellen bereit sind.

Es würde nahe liegen, für Prognosen über die künftige Entwicklung des Stockwerkseigentums nach dessen Einführung in der Schweiz die Erfahrungen heranzuziehen, welche mit dem Wohnungseigentum hauptsächlich in Deutschland seit 1951, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des dortigen Gesetzes, gemacht worden sind. Die Zahlen, die hierüber oben (S. 109a) genannt werden konnten, dürfen aber nicht schlechthin auf unsere Verhältnisse übertragen werden. Dort wird die Erstellung dieser Bauten durch verschiedene staatliche Maßnahmen gefördert; zudem ließen die Zerstörungen des Krieges einen ganz außergewöhnlichen Nachholbedarf entstehen.

2. Abreden im Hinblick auf die spätere Einführung des Stockwerkseigentums. Nichts steht im Wege, der zu erwartenden Wiedereinführung des Stockwerkseigentums bei der Erstellung von Neubauten sowie bei der Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen unter den Bewohnern heute schon Rechnung zu tragen⁴³. Der Vermieter kann etwa den Mietern zusichern, ihnen für den Fall, daß Stockwerkseigentum begründet werden kann, die gemietete Wohnung zu Bedingungen, welche heute schon festgelegt werden, zu veräußern. Eine solche vertragliche Abrede enthält keineswegs einen unmöglichen Inhalt; denn die Verpflichtung besteht unter der aufschiebenden Bedingung, daß die darin vorgesehene Leistung nach Vornahme einer entsprechenden Gesetzesänderung möglich

⁴³ Vgl. die Anregungen von T. Peter-Rüetschi, zit. S. 117a, Anm. 1 hievor.

wird. Da es sich um die Verpflichtung zur Verschaffung von Grundeigentum handelt, müßte der Vertrag gemäß Art. 657 ZGB und 216 Abs. 3 OR öffentlich beurkundet sein. Um Schwierigkeiten bei einer späteren Überführung des Mietverhältnisses in Stockwerkseigentum zu vermeiden, wird es unumgänglich sein, jetzt schon die für das künftige Stockwerkseigentum geltende Miteigentumsgemeinschaft möglichst umfassend zu ordnen. Da nicht feststeht, welche zwingenden Bestimmungen das künftige Recht enthalten würde, ließen sich die Rechte und Pflichten allerdings nur unter dem Vorbehalt abweichender zwingender Rechtsvorschriften umschreiben. Mit der Zusicherung, eine gemietete Wohnung in einem späteren Zeitpunkte in das Eigentum des Mieters überzuführen, müßte der Vermieter sich zudem ausbedingen, daß sich der Mieter seinerseits zum Kaufe des Stockwerkes verpflichtet. Wenn bei Abschluß des Mietvertrages der Kaufpreis des Stockwerkes zahlenmäßig oder doch der Anteil des Wertes der einzelnen Wohnung im Verhältnis zum ganzen Objekt festgestellt wird, sind die gegenseitigen Leistungen der Parteien in einem genügenden Maße bestimmt.

Wie lassen sich die eingegangenen Verpflichtungen dinglich sichern? Abgesehen von der Eintragung von Sicherstellungshypotheken für Konventionalstrafen und Schadenersatzansprüche steht die Vormerkung des Anspruches des Mieters auf spätere Übernahme der Wohnung als Kaufsrecht in Frage. Stößt sich die Vormerkung nicht am Grundsatz, daß bedingte Rechte im Grundbuch nicht eingetragen werden können? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein, sofern das Recht des Mieters als ein Kaufsrecht formuliert wird, also nicht ein eigentlicher Vorvertrag abgeschlossen wird. Die Ausübung des Kaufsrechtes kann durchaus von Bedingungen abhängig gemacht werden⁴⁴. Beim Kaufsrecht gehört die Bezeichnung der Voraussetzungen, unter denen das Recht ausgeübt werden kann, zu den notwendigen

⁴⁴ Haab, N. 15 zu Art. 681/682.

Bestandteilen der Abrede⁴⁵. Der Umstand, daß sich das Kaufsrecht auf einen Teil des Grundstückes bezieht, der nach geltendem Recht nicht Gegenstand selbständiger rechtlicher Verfügung sein kann, schließt weder dessen Verabredung noch die Vormerkbarkeit im Grundbuch aus. Wenn das Stockwerkseigentum nicht eingeführt werden sollte, so entfällt ohne weiteres die Möglichkeit der Ausübung des Kaufsrechtes. Es bleibt somit beim bisherigen, obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Mieter. Verwirklicht sich die Möglichkeit der Umwandlung in Stockwerkseigentum nicht, so braucht der Vertrag nicht angepaßt zu werden.

Die Umwandlung von Mietverhältnissen in Stockwerkeigentum kann noch in anderer Weise vorbereitet werden. Denkbar ist die mehrfach erörterte Verbindung von Miteigentum mit gegenseitigen Dienstbarkeiten. Für den hier erwogenen speziellen Zweck fällt das Hindernis der Auflösbarkeit des Miteigentums außer Betracht; denn eine allfällige Gesetzesänderung dürfte innert der Frist, während der die Auflösung vertraglich ausgeschlossen werden kann, zu erwarten sein. Neben der Bestellung der Nutzungsrechte an bestimmten Teilen des Gebäudes müßte zugleich, ebenfalls in öffentlicher Urkunde, die Umwandlung des «unechten Stockwerkseigentums» auf den Zeitpunkt einer entsprechenden Änderung der Gesetzgebung vereinbart werden. Ob die dingliche Sicherung des ausschließlichen Nutzungsrechtes mittels Eintragung von Dienstbarkeiten trotz der in der Doktrin erhobenen und weitgehend als begründet erachteten Einwendungen rechtlicher Natur (oben S. 70a) möglich ist, wird davon abhängen, wie sich die Grundbuchpraxis und gegebenenfalls die Rechtsprechung zu dieser Frage verhalten werden. Da dieser vertragliche Rechtszustand nur für verhältnismäßig kurze Zeit vorgesehen werden muß, ließe sich die Sicherung der gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen auch durch

⁴⁵ Haab, N. 2 zu Art. 683.

bloße Bestellung von Sicherstellungshypotheken auf den Miteigentumsanteilen zugunsten der andern Beteiligten oder zugunsten des Verwalters der Liegenschaft erreichen. Besonderer Vorkehrungen bedarf es aber für den Fall, daß die Bildung von echtem Stockwerkseigentum nicht möglich sein sollte und demnach spätestens nach zehn Jahren der Auflösungsanspruch von jedem der Beteiligten geltend gemacht werden kann.

Wie weit es im Hinblick auf eine spätere Einführung des Stockwerkseigentums in der Praxis zu Vereinbarungen kommt, welche eine rasche Verbreitung der neuen Besitzesform gewährleisten sollen, wird die Zukunft zeigen. Die Beteiligten nehmen in jedem Fall eine gewisse Unsicherheit über die künftige Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen in Kauf.

II. KAPITEL

Die Änderungen des geltenden Rechtes im allgemeinen

§ 18. Die verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten für die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums im weitern Sinne

Erwägt man, in welcher Weise das Zivilgesetzbuch abgeändert werden soll, um dem Institut des Stockwerkseigentums in der einen oder andern Form wieder Zugang in der Schweiz zu verschaffen, so wird man einer Lösung den Vorzug geben, die nur wenig in das geltende Recht eingreift. Sie sollte hinsichtlich Inhalt, Gliederung und Gesetzestechnik Bestehendes zum Ausgangspunkte nehmen und keine Normen schaffen, die sich mit bewährten Lösungen schwer vertragen. Die Änderungen dürfen nicht als Flickwerk an der aus einem Guß entstandenen Kodifikation erscheinen. Man wird sich deshalb vorerst fragen, ob das Ziel nicht dadurch erreicht werden kann, daß die Bestimmungen über diejenigen Rechtsinstitute geändert werden, die als Ersatzformen für Stockwerkseigentum in Frage kommen.

I. Der Ausbau des Gesellschaftsrechtes

Was vorerst die Verbindung von Körperschaftsanteilen (sei es bei AG, GmbH oder Genossenschaft) mit einem Mietvertrag anbetrifft, so ist nach den vorausgegangenen Ausführungen (oben S. 70a ff.) rasch erkannt, daß durch eine Gesetzesänderung die grundsätzlichen Einwendungen und Hindernisse, welche einer Verwendung der körperschaftlichen Einrichtungen für die Zwecke des Stockwerkseigentums entgegenstehen, nicht beseitigt werden könnten. Teilweise liegen diese Schwierigkeiten in der Verknüpfung des körperschaftlichen Anteilrechtes mit dem Mietvertrag selbst. Diese Verbindung wird immer ein künstliches Gebilde bleiben. Zudem wäre es kaum zu verantworten, wenn mit dem Ziele, das Wohnungseigentum einzuführen, am Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht in wichtigen Punkten Änderungen vorgenommen würden.

II. Die Aufhebung des Verbotes von Baurechten an Stockwerken

Naheliegend ist es, an die bloße Aufhebung der Bestimmung des Art. 675 Abs. 2 zu denken, welche die Bestellung von Baurechten an einzelnen Teilen eines Gebäudes ausschließt. Allein diese Lösung vermag selbst dann nicht zu genügen, wenn mit dem Baurecht an einem Teil des Gebäudes, wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechend, ein Miteigentumsanteil am Boden und an den gemeinschaftlich zu benutzenden Teilen des Gebäudes verbunden ist. Die Unsicherheit darüber, ob ein Baurecht auch an einer im Miteigentum der Baurechtsberechtigten stehenden Sache begründet werden kann, müßte durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, der allerdings keine dogmatischen Bedenken entgegenstehen, beseitigt werden. Nun ist aber die Ordnung des Baurechtes im ZGB ihrerseits ausbaubedürftig und soll bei nächster Gelegenheit ergänzt werden ⁴⁶.

⁴⁶ Der Auftrag des Bundesrates für die Ausarbeitung eines Vorentwurfes zur Revision des ZGB erstreckt sich außer auf das Stock-

Zudem ist das Baurecht nicht auf die Berechtigung an einzelnen Teilen eines Gebäudes zugeschnitten. Die gesetzliche Ordnung müßte deshalb, wenn das Wohnungseigentum auf diesem Wege eingeführt werden sollte, in verschiedener Richtung ergänzt werden⁴⁷. Für die im Miteigentum stehenden Teile des Grundstückes würde sich wiederum das Fehlen einer ausführlichen Ordnung der Miteigentums-gemeinschaft als schwerer Mangel erweisen, der durch eine einläßlichere gesetzliche Regelung der Beziehungen unter den Stockwerkseigentümern, seien diese Eigentümer im eigentlichen Sinne oder sonstige dinglich Berechtigte, behoben werden müßte.

So ergibt sich, daß sich die Revision des ZGB unter keinen Umständen auf die bloße Aufhebung des Art. 675 Abs. 2 beschränken dürfte. Eine solche Maßnahme wäre unzweckmäßig und ungenügend. Sie könnte die Voraussetzungen nicht erfüllen, von denen eine Wiedereinführung des Stockwerkseigentums abhängig gemacht werden muß.

III. Der Ausbau des Dienstbarkeitsrechtes und der Ordnung des Miteigentums

Es fragt sich weiter, ob die wesentlichen Unvollkommenheiten, die der Schaffung unechten Miteigentums mittels Verbindung von Miteigentum mit Dienstbarkeiten entgegenstehen, beseitigt werden können. Zwei Gruppen von Vorschriften müßten in die Revision einbezogen werden. Eines Ausbaues bedürften einmal die Bestimmungen über das Miteigentum, wobei insbesondere die Organisation der Gemeinschaft näher geregelt werden müßte. Dies gilt namentlich für die Grundsätze über die Willensbildung und die Verwaltung der in Miteigentum stehenden Sachen.

werkseigentum auch auf das Baurecht. Zum Baurecht und dessen Revisionsbedürftigkeit vgl. Klöti, Das Baurecht im Dienste kommunaler Wohnungspolitik, Heft 52 der Reihe «Statistik der Stadt Zürich», 1943.

⁴⁷ Vgl. im gleichen Sinne Sattiva, S. 118/19.

Unvollkommen ist sodann im gegenwärtigen Recht die Ordnung der Rechtswirkungen bei Übergang von Miteigentumsanteilen auf Dritte, und ferner müßte die Möglichkeit des Ausschlusses eines Teilungsanspruches geschaffen werden.

Auf der anderen Seite wäre eine neue Rechtsgrundlage für das übertragbare beschränkt dingliche Recht zu schaffen, das Anspruch auf ausschließliche Nutzung bestimmter Teile des im Miteigentum stehenden Grundstücks gibt.

Aus diesen wenigen Hinweisen erhellt bereits, daß die als Voraussetzung für diese Ersatzform erforderlichen Änderungen am geltenden Recht über die bloße Aufhebung oder Erweiterung einiger Gesetzesbestimmungen erheblich hinausgehen. Die Änderungen berühren zudem die gleichen Punkte, welche, wie noch zu zeigen sein wird, auch bei der Bildung eigentlichen Stockwerkseigentums in Betracht zu ziehen sind. Es kann somit schon hier festgestellt werden, daß die gesetzgeberische Frage nach der Ermöglichung des unechten Stockwerkseigentums weitgehend mit derjenigen nach Einführung echten Stockwerkseigentums überhaupt zusammenfällt. «Unechtes Stockwerkseigentum» läßt sich offensichtlich nicht mit gesetzgeberischen Maßnahmen verwirklichen, die weniger weit gehen als bei einer grundsätzlichen Lösung. Es bedarf für beide Alternativen wesentlicher Änderungen am Zivilgesetzbuch⁴⁸.

IV. Erweiterung der Bestimmungen über das Wohnrecht

Der Umstand, daß das deutsche Recht außer dem Stockwerkseigentum auch eine besondere Personal-Dienstbarkeit (Dauerwohnrecht) geschaffen hat, welche dem Berechtigten ein vererbliches und veräußerliches Recht auf ausschließ-

⁴⁸ Die Bevorzugung des unechten Stockwerkseigentums durch Wegmann, SJZ 51, 1955, S. 343, unter Hinweis auf die Möglichkeit einer einfacheren Gesetzgebung, beruht somit auf unrichtiger Annahme.

liche Nutzung bestimmter Räumlichkeiten eines Gebäudes vermittelt, legt noch die Frage nahe, ob nicht das Zivilgesetzbuch durch analoge Vorschriften ergänzt werden könnte. Eine solche Ordnung vermöchte das Stockwerkseigentum, gleichgültig in welcher Form es eingeführt würde, nicht zu ersetzen. Das als übertragbar und vererblich gestaltete «Wohnrecht» verschafft dem Berechtigten kein Eigentum an dem betreffenden Teil des Hauses. Auch hier müßten die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Dauerwohnberechtigten im Gesetze selbst näher geregelt werden. Im besondern bedürfte es einer gesetzlichen Ordnung über die Verteilung der Lasten für den Unterhalt der einzelnen Teile des Gebäudes. Es ergeben sich ähnliche Probleme wie beim Stockwerkseigentum selbst.

Sollte das «Dauerwohnrecht» die wirtschaftliche Funktion von Stockwerkseigentum zu übernehmen haben, so müßte auch in der Schweiz das Steuerrecht von Bund und Kantonen angepaßt werden. Die gesetzliche Anerkennung dieses dinglichen Rechtes vermöchte, für sich allein betrachtet, den Anforderungen, die an eine «Ersatzform» für Stockwerkseigentum gestellt werden müßten, nicht zu entsprechen. Ist der Berechtigte aber zugleich Miteigentümer am Boden sowie an den gemeinsam zu benützenden Teilen des Gebäudes, so unterscheidet sich ein solches Rechtsverhältnis kaum mehr von eigentlichem Stockwerkseigentum.

Es bleibt somit dabei, daß der Gesetzgeber am besten die Einführung des eigentlichen Stockwerkseigentums in Aussicht nähme.

§ 19. Die Wiederherstellung der Rechtsgrundlagen für das eigentliche Stockwerkseigentum im allgemeinen

Die Feststellung, daß sich der Gesetzgeber richtigerweise statt dem Ausbau der einen oder andern Ersatzform der Schaffung von Rechtsgrundlagen für das Stockwerkseigentum selbst zuwenden sollte, bedingt einige weitere

Vorentscheidungen: der rechtsvergleichende Überblick ergab, daß die rechtliche Ordnung des Stockwerkseigentums nach verschiedenen Gesichtspunkten gestaltet werden kann⁴⁹.

*I. Die Grundsätze für die Ausgestaltung des
«Stockwerkseigentums»*

1. Das Verhältnis von Miteigentum und Sondereigentum. Heute darf davon ausgegangen werden, daß bei jedem Stockwerkseigentumsverhältnis Miteigentum nicht allein an Grund und Boden, sondern auch an weitem gemeinschaftlich benützten Teilen besteht. Die Auffassung, daß zum Beispiel das Dach des Gebäudes im ausschließlichen Eigentum des obersten Stockwerkseigentümers stehe, wird nicht mehr ernstlich vertreten. In den modernen Gebäuden, für welche das Stockwerkseigentum heute vorwiegend, wenn auch nicht ausschließlich in Betracht kommt, können wesentliche Teile wie Treppenanlagen und dergleichen nur gemeinsamer Nutzung offenstehen. Man darf diese wichtige Tatsache bei der Erörterung der Probleme des Stockwerkseigentums nicht übersehen. Durch sie werden auf der einen Seite von vorneherein verschiedene Probleme gelöst, die sich bei der Abgrenzung der Individual- von der Kollektivsphäre ergeben. Sie zeigt andererseits die Richtung, in der eine gesetzliche Ordnung der Beziehungen unter den einzelnen «Hauseigentümern» gehen muß. Allerdings bedingt das Nebeneinanderbestehen von zwei Eigentumsbereichen naturgemäß neue Abgrenzungsprobleme.

Zuerst wird man sich darüber schlüssig werden müssen, ob der Gesetzgeber vom Alleineigentum oder vom gemeinschaftlichen Eigentum ausgehen soll. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung verläuft, wie oben (S. 21a) dargelegt worden ist, merkbar in der Richtung auf die ver-

⁴⁹ Zu den gesetzgeberischen Problemen im deutschen Recht vgl. Hedemann, Sachenrecht S. 246 f.

mehrte Betonung der gemeinschaftlichen Komponente, ohne daß darin der Ausdruck einer sozialisierenden Tendenz gesehen zu werden braucht. Das französische, spanische und italienische Recht beruhen noch deutlich auf der individuellen Konzeption: der Miteigentumsanteil wird als Akzessorium des individuellen Eigentums an der Wohnung aufgefaßt. Anders verhält es sich im neuen deutschen und österreichischen Recht. Hier steht das Miteigentum im Vordergrund⁵⁰. Das Wohnungseigentum wird demgemäß als ein «besonders ausgestaltetes Miteigentum» aufgefaßt.

Welcher Richtung ist für das schweizerische Recht der Vorzug zu geben⁵¹? Die Entscheidung kann wohl nicht zweifelhaft sein. Nach modernen Anschauungen überwiegen die gemeinschaftlichen Teile, zu denen natürlich auch der Boden gehört, der Bedeutung und dem Wert nach bei weitem. Die Ordnung der Beziehungen unter den Stockwerkseigentümern ergibt sich zwanglos aus der Miteigentumsgemeinschaft. Wenn, wie im italienischen Recht, das Alleineigentum am Stockwerk im Vordergrunde steht, so wird das Verhältnis zwischen den Stockwerkseigentümern nicht allein von den Regeln über das Miteigentum beherrscht, sondern muß vielmehr zu einem wesentlichen Teil auf Grund des Nachbarrechtes geordnet werden, wobei dieses der besondern Intensität der nachbarlichen Beziehungen anzupassen ist. Dieser Dualismus zwischen Miteigentumsordnung und Nachbarrecht kann bei Vorrang des Miteigentums weitgehend vermieden werden. Sodann ist nicht zu verkennen, daß die Miteigentumstheorie einen kleineren Einbruch in das Akzessionsprinzip des Art. 667 ZGB bedeutet.

⁵⁰ Vgl. WEG § 3 Abs. 1, mit dem sich immerhin § 1 Abs. 2 nicht ganz vereinen läßt; Weitnauer-Wirths, Vorbemerkungen N. 1 und N. 1 zu § 3; Diester, S. 72/74; österr. WEG § 1.

⁵¹ In Deutschland ergab sich die geltende Konzeption erst nach langem Schwanken, vgl. Diester, S. 72; ferner Weitnauer, Deutsche Juristenzeitung 1951, S. 163.

Bei den soeben beschriebenen Spielarten des Stockwerkseigentums steht fest, daß das gemeinschaftliche Eigentum in ideelle Bruchteile zugunsten der einzelnen Stockwerkseigentümer aufgeteilt ist. Es handelt sich also um Mit- und nicht etwa um Gesamteigentum; der einzelne Beteiligte kann über seine Quote verfügen. Nur bei Miteigentum ist es möglich, die einzelne Beteiligungsquote zu beziffern, welche für den Umfang der Rechte und Pflichten jedes Stockwerkseigentümers an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes bestimmend ist.

Richtig erscheint sodann, daß Sonder- und Miteigentum untrennbar miteinander verbunden sein müssen. Eine Verfügung über das Miteigentum allein sollte also ausgeschlossen sein. Der abhängige Teil dieser «*propriété mixte*» wird rechtlich als Bestandteil des andern aufgefaßt⁵².

2. Soll das Recht des «Stockwerkseigentümers» auf ausschließliche Benutzung einzelner Teile des Gebäudes Ausfluß eigentlichen Eigentums oder lediglich eines beschränkt dinglichen Rechtes *sui generis* sein?

Diese Frage kann sich allein für den Fall stellen, daß man sich für den Vorrang des Miteigentums entscheidet. Stellt man nämlich das Alleineigentum an einzelnen Teilen des Gebäudes in den Vordergrund, so fehlt es offensichtlich an der Möglichkeit, dieses Recht als bloß beschränkt dingliches Recht aufzufassen.

a) Auch für den hier zu besprechenden Gegensatz bietet das ausländische Recht Beispiele. Das deutsche Recht räumt, jedenfalls nach der vorherrschenden, aber nicht unbestrittenen Lehre (vgl. oben S. 103a), dem Stockwerkseigentümer eigentliches Alleineigentum in der Weise ein, daß das Miteigentum bezüglich bestimmter Wohnungen zugunsten eines der Miteigentümer beschränkt wird. Dem-

⁵² WEG § 6; Diester, N. 1 zu § 6, nimmt die Untrennbarkeit der Verbindung geradezu als selbstverständlich an; österr. WEG § 3. Anders das italienische Recht, vgl. oben S. 95a.

gegenüber räumt das österreichische Gesetz dem Wohnungs-«eigentümer» nur ein beschränkt dingliches Recht auf ausschließliche Nutzung und alleinige Verfügung über eine bestimmte Wohnung ein⁵³.

Erwägt man, welche Teile des Hauses im Alleineigentum eines «Wohnungseigentümers» stehen sollen, so fällt die Antwort bei näherem Zusehen nicht ganz leicht. An Teilen, welche für den Bestand des ganzen Gebäudes notwendig sind, soll kein Alleineigentum begründet werden können. Dazu gehören⁵⁴ außer den Fundamenten jedenfalls die tragenden Innen- und Außenwände sowie das Dach; ferner diejenigen Räumlichkeiten, welche für den gemeinsamen Gebrauch notwendig sind (wie Treppenhäuser, Abwartswohnungen, Wasch- und Trockenräume usw.), und endlich müssen der Verfügung des Einzelnen alle Einrichtungen entzogen sein, welche die Versorgung des Hauses mit Wasser, Gas, Elektrizität und Wärme sicherstellen, gleichgültig, ob die entsprechenden Leitungen durch die im Alleineigentum stehenden Räumlichkeiten führen oder nicht. Nach dieser neuern, dem modernen Bauen allein entsprechenden Auffassung können auch die Böden, die zugleich die Decken für die darunterliegenden Räumlichkeiten sind, nicht im alleinigen Eigentum des obern oder des untern Stockwerkseigentümers stehen. Dem Alleineigentum würden die übrigen Einrichtungen im Innern der Wohnung, eingeschlossen die nichttragenden Wände, vorbehalten bleiben. Der Versuch, ein «Eigentum» an den Wand- und Bodenverkleidungen anzunehmen, muß, wie leicht ersichtlich ist, bald zu Verwicklungen und technischen Abgrenzungsproblemen führen, aus denen ein Ausweg kaum zu finden ist. Es ist deshalb begreiflich, daß versucht worden ist, den Raum, den die einzelne Wohnung umfaßt, als Gegenstand des Stockwerkseigentums aufzufassen. Mit dem herkömmlichen Eigentumsbegriff ist ein solches Eigentum an Luft-

⁵³ Österr. WEG § 1; Oberndorfer, S. 13.

⁵⁴ Vgl. im einzelnen oben S. 110a.

raum allerdings nicht zu vereinbaren. Darunter soll nämlich nicht die den Raum erfüllende Luftmasse verstanden sein, sondern der Wohnraum in einem weiten Sinne. Auch wenn man im Unterschied zum geltenden Recht das Eigentum an einem Teil des Gebäudes anerkennt, fehlt es hier doch an einem körperlichen Substrat, das nach der herkömmlichen Auffassung allein Gegenstand des Eigentums bilden kann. Geht man von diesem Erfordernis ab, so gibt man die Grundlage des bisherigen Sachenrechtssystems preis⁵⁵.

Eine solche Wandlung und Erweiterung des Eigentumsbegriffes wird in der Tat in der deutschen Doktrin postuliert⁵⁶. Die neue Eigentumskonzeption soll im besonderen den Pflichten des Stockwerkseigentümers Rechnung tragen, die ihm gegenüber der Gemeinschaft obliegen und die sein Verfügungsrecht in sehr empfindlicher Weise begrenzen.

b) Solchen Forderungen, die hergebrachten und bewährten grundlegenden Rechtsbegriffe zur Bewältigung neuer Sachverhalte umzuformen, wird man vorerst die kritische Frage entgegenhalten, ob nicht die Anwendung eines Begriffes, der nunmehr untauglich geworden sein soll, überhaupt fehl am Platze ist. Läßt sich die Rechtsstellung des Stockwerkseigentümers in bezug auf das ausschließliche Recht zur Benutzung einzelner Teile des Gebäudes nicht viel zwangloser als ein sehr weit gezogenes, die wesentlichen Befugnisse, die das Eigentum an sich vermittelt, einschlie-

⁵⁵ Am Raum läßt sich dagegen selbständiger Besitz denken; so Homberger, N. 16 zu Art. 919 und N. 9 zu Art. 920; abweichend Wieland, Komm. S. 491, der Besitz nur an Sachen für möglich hält, die einer rechtlichen Sonderherrschaft unterstehen.

⁵⁶ Vgl. Diester, Anhang zu § 5, S. 140. Zum italienischen Recht, wo diese Schwierigkeiten vermehrt zutage treten müßten, fehlen soweit ersichtlich bis jetzt — ungeachtet der eingehenden dogmatischen Untersuchungen über das Stockwerkseigentum — tiefer schürfende Überlegungen zu diesem Problem.

Bendes beschränktes dingliches Recht auffassen⁵⁷? Kern dieses Rechtes bildet der ausschließliche Nutzungs- und Gebrauchsanspruch; dieser geht wohl sogar über den Inhalt des Nutznießungsanspruches hinaus. Vom Wohnrecht übernimmt er die Beschränkung dieser umfassenden Nutzungsbefugnis auf bestimmte, örtlich fixierte Teile des Gebäudes. Die Ordnung der Beziehungen zwischen den verschiedenen «Wohnungseigentümern» findet dann ihre Grundlage nicht in der für die Abgrenzung des Eigentums mehrerer Eigentümer geltenden Ordnung, also im Nachbarrecht, sondern in dem die ganze Sache umfassenden Miteigentum.

Demgegenüber wurde eingewendet⁵⁸, daß nur die Einräumung eigentlichen Alleineigentums einem Einzelnen den Zugriff auf die Substanz, also offenbar die absolute Sachherrschaft, gewährleisten könne. Mit dem Verzicht auf die Anerkennung des Alleineigentums werde die allgemein anerkannte Unzulänglichkeit des bisherigen uneigentlichen Stockwerkseigentums nicht beseitigt. Allein diese Erwägungen vermögen nicht zu überzeugen. Mit dem «Zugriff auf die Substanz» soll offenbar dem Stockwerkseigentümer die Möglichkeit ausschließlicher und umfassender Verfügung über die wirtschaftlichen Werte, welche in seiner Wohnung verkörpert sind, vorbehalten werden. Dies wird jedoch bei Annahme eines beschränkt dinglichen Rechtes keineswegs ausgeschlossen; denn es wurde bereits festgestellt, daß dieses Recht mit dem entsprechenden Miteigentumsanteil untrennbar verbunden sein muß. Die Verfügung über den Miteigentumsanteil wäre somit stets auch Verfügung über das beschränkt dingliche Recht. Dies festzuhalten, ist insbesondere im Hinblick auf die Verpfändung des Stockwerkseigentums wichtig. Die Hypothekisierung hängt keinesfalls davon ab, daß das ausschließliche Nutzungsrecht als Alleineigentum verstanden sein muß. Ins-

⁵⁷ So de lege ferenda Bärmann, Deutsche Not.-Ztg., 1950, S. 238; Dulckeit, S. 75.

⁵⁸ Vgl. Weitnauer-Wirths, S. 27; Paulick, S. 425 ff.

besondere dem schweizerischen Recht ist die grundstücksgleiche Behandlung selbständiger und dauernder beschränkt dinglicher Rechte nicht fremd (vgl. ZGB Art. 655 und Art. 943). Zudem beeinflußt das mit dem Miteigentumsanteil verbundene Sonderrecht auch dessen Wert.

Läßt man das ausschließliche Nutzungsrecht nicht als Ausfluß selbständigen Eigentums gelten, so bleibt das dem ZGB zugrunde liegende Akzessionsprinzip unberührt. Dieser Feststellung soll allerdings kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Wichtiger ist, daß der Stockwerkseigentümer das Bewußtsein hat, innerhalb seiner vier Wände sein eigener Herr und Meister zu sein. Dazu gehört nicht allein, daß er die Wohnung nach seinem Geschmack einrichten und benützen kann, sondern auch die Gewißheit besitzt, allfällige Mehrwerte, die durch Verbesserungen und zusätzliche Einrichtungen in der betreffenden Wohnung geschaffen werden, realisieren zu können. All dies ist für den Fall der Veräußerung des Miteigentumsanteils und des dazugehörigen Nutzungsrechtes durchaus gewährleistet. Bei Auflösung der Miteigentumsgemeinschaft muß, worauf zurückzukommen ist (vgl. unten S. 257a), diese Rechtslage durch entsprechende gesetzliche Bestimmung oder vertragliche Vereinbarung sichergestellt werden.

c) Das Gesagte⁵⁹ zeigt, daß der Frage der Konstruktion des Rechtes auf ausschließliche Nutzung bestimmter Teile eines Gebäudes kein entscheidendes Gewicht zukommt. Wirtschaftlich hängt von dieser dogmatischen Entscheidung wenig ab; denn, dies ist sogleich hinzuzufügen, nichts steht im Wege, die Verbindung von Miteigentumsanteil und Nutzungsrecht an einer Wohnung als «Stockwerks- oder Wohnungseigentum» zu be-

⁵⁹ Auch der Umstand, daß im deutschen Recht über die Frage, ob der Stockwerkseigentümer Alleineigentümer oder nur beschränkt dinglich Berechtigter sui generis ist, keine Einigkeit besteht, darf hierfür angeführt werden.

zeichnen⁶⁰. Dadurch wird weder den rechtlichen Verhältnissen (mit Rücksicht auf den Miteigentumsanteil) noch den wirtschaftlichen Gegebenheiten (wegen des eigentumsähnlichen Rechtes, welches dem Berechtigten eingeräumt wird) Zwang angetan.

Daraus folgt noch ein weiteres: Die Unterscheidung zwischen eigentlichem und uneigentlichem Stockwerkseigentum trifft nicht das Wesentliche. Nachdem oben (S. 153a ff.) festgestellt worden ist, daß auch für die Schaffung wirtschaftlich brauchbaren Stockwerkseigentums auf der Grundlage des Miteigentums in Verbindung mit einem beschränkt dinglichen Recht Anpassungen des geltenden schweizerischen Rechtes unvermeidlich sind, braucht jedenfalls nicht zu Anfang entschieden zu werden, welche Rechtsnatur dem Sonderrecht am Teil des Gebäudes de lege ferenda zukommen soll. Vielleicht wird die neue gesetzliche Ordnung getroffen werden können, ohne daß zu dieser dogmatischen Frage Stellung genommen werden muß. Die nachstehenden Erörterungen werden zeigen, daß sich die gesetzgeberischen Probleme sowohl für die Eigentums- wie für die Servitutstheorie im wesentlichen gleich stellen. Wo sich Abweichungen ergeben, wird darauf hinzuweisen sein⁶¹.

II. Gesetzgebungspolitische Vorfragen

1. Änderung des ZGB oder Erlaß eines Spezialgesetzes? Wenn man die Revisionsbedürftigkeit unseres geltenden Rechtes bejaht, so wird zu entscheiden sein, ob die für das Stockwerkseigentum notwendigen Normen in einem Spezialgesetz untergebracht werden sollen oder ob eine Anpassung der Vorschriften des ZGB selbst vorzu-

⁶⁰ Das österreichische Recht versteht unter Wohnungseigentum entgegen dem Wortsinn nur das Recht auf ausschließliche Nutzung und Verfügung über die Wohnung; vgl. österr. WEG § 1 Abs. 1.

⁶¹ Lediglich im Interesse vereinfachter Ausdrucksweise wird im folgenden gleichwohl von Stockwerks«eigentum» gesprochen.

ziehen ist. Für beide Möglichkeiten geben die umliegenden Staaten Beispiele. Frankreich, Belgien und Deutschland regeln die Materie in Sondererlassen. Italien hat die vorerst außerhalb des allgemeinen Zivilrechtes stehende Ordnung in die Kodifikation eingebaut; gleiches gilt für Spanien.

Für die Entscheidung sind verschiedene Gesichtspunkte zu erwägen. Unerwünscht ist sicherlich, wenn die Zivilrechtskodifikation wegen der zunehmenden Zahl von Spezialgesetzen in ihrer zentralen Bedeutung für das Rechtsleben geschmälert wird. Darunter leidet nicht allein die Übersicht der Gesetzgebung, sondern, was schwerer ins Gewicht fällt, die materielle Harmonie des Rechtes. Bei Erlaß von Spezialgesetzen besteht die Gefahr, daß man dem Einbau der neuen Normen in das übrige geltende Recht, insbesondere der Verwendung der Rechtsbegriffe, zu wenig Beachtung schenkt⁶². Erfahrungsgemäß erfreuen sich die in Nebenerlassen enthaltenen Rechtsnormen vielfach zu Unrecht nicht der hier unter Umständen besonders notwendigen wissenschaftlichen Bearbeitung. Nicht zu verkennen ist auch die Gefahr, daß das Spezialgesetz und die von ihm gebrauchten Begriffe, aus sich selbst heraus, ohne genügende Rücksichtnahme auf die Rechtsordnung im ganzen ausgelegt werden.

So wird man sagen dürfen, daß der Erlaß eines Spezialgesetzes auf dem Gebiete des Zivilrechtes nur dort in Betracht gezogen werden sollte, wo besondere Gründe für eine Entlastung der Kodifikation bestehen. Solche Gründe darf man vorerst nicht darin erblicken, daß die Einführung des Stockwerkseigentums eine Änderung der Vorschriften des

⁶² Das Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 bietet in dieser Hinsicht leider ein nur zu typisches Beispiel. Vgl. hiezu die Aufsätze von A. Meier-Hayoz, Das Vorkaufsrecht im Agrarrecht, und R. Gmür, Das landwirtschaftliche Gewerbe als Einheit im schweiz. Recht, beide in «Schweizerische Beiträge zum 4. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung», Genf 1954, ferner BGE 79 II 204.

ZGB bedingt. Wenn sich solche Änderungen aufdrängen, darf die Achtung vor dem Gesetzgebungswerk dessen Revision nicht hindern. Ebenso wenig dürfte entscheidend darauf abgestellt werden, daß die Einführung des Stockwerkseigentums die erste größere Änderung an der Schöpfung Eugen Hubers bringen würde. Zwar läßt sich, wie festzustellen war, das Stockwerkseigentum nicht in einigen wenigen Artikeln ordnen. Um die zahlreichen Fragen zu regeln, welche das Nebeneinanderbestehen von gemeinschaftlichem und individuellem Besitz aufwirft, muß das Gesetz verhältnismäßig viele Vorschriften aufstellen. Umfang und Zahl der erforderlichen Bestimmungen wird leicht diejenige des ganzen Abschnittes über das gemeinschaftliche Eigentum (Art. 646–654) erreichen oder sogar übersteigen. Es wird auch kaum möglich sein, alle auf das Stockwerkseigentum bezüglichen Vorschriften an der gleichen Stelle im Gesetz einzufügen. Gleichwohl ist es zu begrüßen, wenn der Bundesrat Auftrag zur Ausarbeitung des Vorentwurfes für die Revision der Bestimmungen des ZGB erteilt hat. Dieser Weg ist um so richtiger, je mehr es gelingt, für das Stockwerkseigentum eine Ordnung zu treffen, welche den bewährten Grundsätzen unseres Zivilrechts entspricht. Wenn die Gelegenheit der Einführung des Stockwerkseigentums zugleich dazu benützt wird, die Vorschriften über das gemeinschaftliche Eigentum schlechthin auszubauen, so läßt sich diese Absicht nur mit der Änderung der Zivilrechtskodifikation selbst verwirklichen. Schließlich spricht für dieses Vorgehen auch der Umstand, daß die Vorschriften des ZGB über das Baurecht als ausbaubedürftig empfunden werden. Die Erörterungen über Opportunität und Umfang einer gesetzlichen Ordnung des Stockwerkseigentums sollten sich demgemäß auf eine Revision des ZGB ausrichten und den Gedanken einer Spezialgesetzgebung nicht weiter verfolgen⁶³.

⁶³ So auch Liver, Vortrag S. 28; demgegenüber treten eher für eine spezialgesetzliche Ordnung ein: Flattet, JdT 1952, S. 138,

2. Die formalen Rechtsquellen für die Ordnung des Stockwerkseigentums (Gesetz, Verordnung und Normenvertrag).

a) Fällt der Entscheid zugunsten einer Änderung des Zivilgesetzbuches, so wird sich die Notwendigkeit ergeben, das Gesetz zu entlasten und Bestimmungen vorwiegend technischer Natur, die aber für ein gutes Funktionieren der Stockwerkseigentümergeinschaft unerlässlich sind, in Ausführungserlassen unterzubringen. Eine Verordnung des Bundesrates müßte beispielsweise die Einzelheiten über die Abgrenzung der Befugnisse der Stockwerkseigentümer regeln; ferner müßte sie die Grundsätze näher anführen, wie Aufwendungen für den gemeinsamen Unterhalt des Gebäudes berechnet und verteilt werden; und endlich müßte sie das Verfahren festlegen, nach welchem Stockwerkseigentümer ihre Rechte in der Gemeinschaft ausüben können.

Der Entscheid darüber, welche Normen dem Gesetze selbst vorbehalten sind, und welche in eine Rechtsverordnung aufzunehmen wären, kann kaum ohne eine gewisse Willkür getroffen werden; denn ein sachliches Kriterium ist schwer zu finden. Stets wird man bei diesem Vorgehen eine gewisse Zersplitterung des Rechtsstoffes in Kauf nehmen müssen.

b) Zu erwägen ist, ob nicht eine von der herkömmlichen Gestaltung der Ausführungserlasse abweichende Methode zu einer besseren Lösung führt. Dieses Problem verdient auch deswegen nähere Prüfung, weil von dessen Lösung die Art und Weise abhängt, wie die vertraglichen Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern mittels Eintragung im Grundbuch gegenüber Einzelrechtsnachfolgern wirksam gemacht werden können. (Darüber vgl. unten S. 222a.) Wichtig ist, daß möglichst alle einer Ordnung bedürftigen Fragen entweder vom Gesetz oder von den Parteien ge-

und Sattiva, Aufsatz in «Der Schweizer Arbeiter» vom 20. Oktober 1955.

regelt werden; denn die Ausfüllung von Lücken im Vertrag ist aus verschiedenen Gründen hier besonders heikel. Der Gesetzgeber kann sich, wie insbesondere das italienische Recht zeigt, für viele Punkte mit nachgiebigem Recht begnügen; die sachenrechtliche Natur der Rechtsbeziehungen schließt dies auf weite Strecken nicht aus. Gleichwohl wird die Ausarbeitung der Verträge unter den Miteigentümern wie auch derjenigen für die Übertragung des Stockwerkseigentums erhebliche Anforderungen an die Parteien und Urkundspersonen stellen⁶⁴. Der Gesetzgeber könnte die Ausarbeitung der vertraglichen Bestimmungen dadurch erleichtern, daß er den mit dem Vollzuge der Gesetze beauftragten Behörden Auftrag oder doch Ermächtigung erteilt, entsprechende Vertragsmuster auszuarbeiten und zu veröffentlichen. Für die Zeit der Einführung des neuen Rechtsinstitutes wäre dies sicherlich sehr zu begrüßen. Welches wäre die rechtliche Bedeutung solcher «offizieller Vertragsmuster»? Für die schweizerische Zivilgesetzgebung wäre ein solcher Typenvertrag nichts neues: ein Vorbild besteht in der Figur des Normalarbeitsvertrages (OR Art. 324). Danach wird der von den Behörden nach Anhören der interessierten Kreise aufgestellte Vertrag als Vertragswille angenommen, solange keine Abweichungen schriftlich vereinbart worden sind. Das Gesetz selbst schreibt vor, daß solche «Typenverträge» angemessen zu veröffentlichen sind⁶⁵. Mit gleicher Rechtswirkung ließe sich ein Normalvertrag für die Begründung von Stockwerkseigentum und für dessen Übertragung aufstellen. Gegenüber dem Erlaß von Vorschriften in der Form ab-

⁶⁴ Vgl. die umfangreichen Vertragsmuster, die in der deutschen, französischen und italienischen Praxis ausgebildet worden sind, etwa Weitnauer-Wirths, Anhang S. 293 ff.; Toso-Cardelli, S. 256 ff. Für das französische Recht vgl. Julliot, *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, 2. Aufl. 1927.

⁶⁵ Über die rechtliche Wirkung im einzelnen vgl. Oser-Schönenberger, Komm. N. 9 zu Art. 324.

strakter Rechtsnormen hätte dieses Verfahren den großen Vorzug, daß die Regeln als Vertragsbestimmungen zu formulieren wären. Der Inhalt des Normalvertrages könnte zudem gegenüber Rechtsnachfolgern ohne weiteres als verbindlich erklärt werden. Davon abweichende vertragliche Abreden bedürften der Eintragung im Grundbuch (vgl. unten S. 223a), damit sie ohne weiteres auch für spätere Erwerber eines Stockwerkes gelten.

Die Ausarbeitung eines solchen Vertrages wäre den mit dem Vollzug der Gesetze betrauten Behörden zu überlassen. Das Gesetz hätte höchstens Richtlinien für dessen Ausgestaltung zu geben. Änderungen und Verbesserungen könnten so in einem einfachen und raschen Verfahren vorgenommen werden. Die Aufstellung der Normalverträge wäre unter Umständen den Kantonen zu überlassen. Da sich die Anknüpfung des maßgebenden Vertragsrechtes ohne weiteres aus dem Grundsatz der Belegenheit der Sache ergibt, wäre eine Verwirrung wegen Kollision zwischen Normalverträgen verschiedenen Inhalts wohl noch weniger als bei Normalarbeitsverträgen zu befürchten. Die Einräumung einer entsprechenden Kompetenz an die Kantone würde es zudem ermöglichen, gewissen regionalen Gewohnheiten in der Ausgestaltung der Beziehungen unter den Stockwerkseigentümern besser Rechnung zu tragen.

Vielleicht wird sich aber auch ergeben, daß solche Vorkehren des Gesetzgebers deswegen überflüssig sind, weil die interessierten Kreise selbst für die Ausarbeitung der erforderlichen Musterverträge besorgt sind und bei Vertragsschluß die Berücksichtigung solcher privater Vertragsformulare sich durchzusetzen vermag. Die Hypothekargläubiger werden in dieser Beziehung einen merklichen Einfluß ausüben können.

3. Kann die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums den Kantonen überlassen bleiben? Der Umstand, daß das altrechtliche Stockwerkseigentum nur in gewissen Landesteilen größere Verbreitung gefunden

hat und heute vornehmlich noch im Kanton Wallis der rechtlichen Konsolidierung bedarf, sowie die weitere Tatsache, daß heute das Postulat auf Wiedereinführung des Stockwerkseigentums sozusagen ausschließlich mit Rücksicht auf die prekären Wohnverhältnisse in den größeren Städten des Landes erhoben wird, wirft die Frage auf, ob die Wiederzulassung dieses Institutes nicht durch den Bundesgesetzgeber den Kantonen anheimgestellt werden könnte. Es ließen sich verschiedene Wege denken, wie dieser Gedanke zu verwirklichen wäre. Der Bundesgesetzgeber könnte sich etwa darauf beschränken, die Kantone zur Aufhebung des bisherigen Verbotes von Baurechten an Teilen von Gebäuden zu ermächtigen und zugleich die für die Regelung des Stockwerkseigentums erforderlichen Vorschriften zu erlassen. In Betracht käme auch, daß der Bund seinerseits eine Ordnung des Stockwerkseigentums trifft, den Entscheid über die Aufhebung des bisherigen Verbotes und die Anwendbarkeit des neuen Rechtes jedoch den Kantonen überläßt.

Zwar ließe sich eine Preisgabe der Rechtsvereinheitlichung für das Gebiet des Immobiliarsachenrechtes eher als für andere Teile der Zivilrechtskodifikation verantworten. Gleichwohl wäre es zu bedauern, wenn für die Frage des Stockwerkseigentums den Kantonen eine Gesetzgebungsbefugnis in der einen oder andern Form eingeräumt würde. Daß die Regelung des Stockwerkseigentums an den Gesetzgeber nicht geringe Anforderungen stellt, ist unbestreitbar. Es erscheint als fraglich, ob die Kantone der Aufgabe gewachsen wären, eine den Bedürfnissen der modernen Wirtschaft entsprechende und sich in das eidgenössische Zivilrecht harmonisch einfügende Ordnung des Stockwerkseigentums von sich aus zu schaffen. Die Erfahrungen, welche mit der kantonalen Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des bäuerlichen Grundbesitzes gemacht worden sind, lassen kaum Gutes erwarten. Im weitern würde sich die heikle Aufgabe ergeben, die Grenzlinie zwischen dem

kantonalen Zivilrecht und dem Bundesrecht zu ziehen. Auch wenn ersteres der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen wäre, müßten sich doch daraus für die einheitliche Anwendung des Bundesrechtes angesichts der mannigfaltigen Wechselbeziehungen zwischen Bundes- und kantonalem Recht schwer lösbare und der Verkehrs- und Rechtssicherheit abträgliche Abgrenzungsprobleme stellen.

Blicke den Kantonen nur der Entscheid darüber überlassen, ob sie eine vom Bunde ausgearbeitete Ordnung über das Stockwerkseigentum für ihr Gebiet in Kraft setzen wollen, so fiel zwar ein Teil der genannten Bedenken dahin. Wenn jedoch das Zivilgesetzbuch wegen der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums abgeändert wird, besteht kein zwingender Grund, dieser Ordnung nicht entsprechend der grundsätzlichen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft Geltung zu verschaffen. Das neue Recht würde keine Rechtssätze bringen, die unbesehen vom Willen der Rechtsunterworfenen Anwendung finden müßten oder dem Rechtsbewußtsein einzelner Landesteile in tiefgehender Weise widersprechen würden. Es bliebe den Beteiligten anheimgestellt, diese besondere Form des gemeinschaftlichen Grundbesitzes zu begründen. Wenn der Bundesgesetzgeber ein auf einzelne Teile des Gebäudes beschränktes dingliches Recht zulassen will, sollte davon in der ganzen Schweiz Gebrauch gemacht werden können, gleichgültig ob die Einrichtung des Stockwerkseigentums früher in den betreffenden Landesteilen verbreitet war oder nicht. Wie noch darzulegen sein wird, weist heute die gesetzliche Ordnung des Miteigentums erhebliche Mängel auf; deren Behebung im Zusammenhange mit der allfälligen Einführung des Stockwerkseigentums hätte eine Änderung verschiedener Bestimmungen des Zivilgesetzbuches zur Folge, welche für das ganze schweizerische Rechtsgebiet gelten müßten.

Es erscheint somit als richtig, den Gedanken partikulärer Rechtsnormen nicht weiter zu verfolgen.

4. Zur Terminologie. In den ältern Gesetzen wie auch im Zivilgesetzbuch (Schlußtitel Art. 45) wird das Sonder-eigentum an einem Teil eines Gebäudes als « Stockwerks-eigentum » bezeichnet⁶⁶. Neben diesem Begriff, der sich bei uns eingelebt hat, ist in jüngster Zeit der von den neuen österreichischen und deutschen Gesetzen verwendete Ausdruck « Wohnungseigentum » getreten⁶⁷. Beide Ausdrücke sind ungenau; der erste läßt glauben, das Sonder-eigentum könne nur an einem ganzen Stockwerk begründet werden; und der zweite umfaßt das Sondereigentum an andern, also nicht Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten nicht. In Deutschland wird deswegen das fragliche Recht an solchen andern Räumlichkeiten als « Teileigentum » bezeichnet (WEG § 1, Abs. 3), ein beide Erscheinungsformen umfassender kürzerer und gebräuchlicherer Ausdruck habe sich nicht finden lassen⁶⁸. In der französischen Sprache stellen sich einer zutreffenden Bezeichnung die gleichen Schwierigkeiten entgegen. Es finden sich unter andern die Ausdrücke « propriété par étages », oder « copropriété des immeubles divisés par appartements »⁶⁹.

Da auch der in jüngerer Zeit aufgekommene Ausdruck « Wohnungseigentum » den Sachverhalt nur unvollständig trifft, besteht kaum ein triftiger Grund, die eingebürgerte Bezeichnung « Stockwerkseigentum » aufzugeben; daß das so genannte Rechtsverhältnis erhebliche Wandlungen erfahren hat, ändert hieran nichts.

⁶⁶ Vgl. Tessin, C. civ. Art. 250, 313: « proprietà per piani ».

⁶⁷ Kritisiert wird diese Bezeichnung von Dulckeit, S. 71, und Gierke, ZgHR 115 (1952), S. 147.

⁶⁸ Weitnauer-Wirths, N. 1 zu § 1.

⁶⁹ So im französischen Gesetz vom 28. Juni 1938.

III. KAPITEL

Die gesetzliche Ordnung des Stockwerkseigentums im einzelnen

Im folgenden sollen die wichtigsten gesetzgeberischen Aspekte, welche die Einführung des Stockwerkseigentums bietet, näher betrachtet werden. Damit soll keineswegs den Arbeiten der mit der Gesetzgebung betrauten Organe vorgegriffen werden; es wird bewußt darauf verzichtet, Vorschläge für die Formulierung der Gesetzesnormen und deren Einbau in das geltende Recht zu machen. Das Anliegen geht allein dahin, abzuklären, ob sich eine befriedigende Ordnung des Stockwerkseigentums treffen läßt, welche geeignet ist, den Bedenken Rechnung zu tragen, die gegenüber der Wiedereinführung dieses Rechtsinstitutes vorgebracht werden. Demgemäß werden im wesentlichen nur diejenigen Punkte behandelt, die für die Aussprache über das Stockwerkseigentum von Interesse sind; anderseits ist darauf Bedacht genommen, keine Frage, die hiefür von Belang sein könnte, unerörtert zu lassen.

§ 20. Die Entstehung und der Inhalt des Stockwerkseigentums

I. Das Verhältnis zwischen Miteigentum und Sonderrecht

1. Das Stockwerkseigentum in der als brauchbar befundenen Ausprägung (vgl. oben S. 159a) zeichnet sich dadurch aus, daß mit dem Miteigentum an einzelnen Teilen des Grundstücks ein dingliches Recht auf ausschließliche Nutzung eines Stockwerkes oder anderer bestimmter Räume untrennbar verbunden ist. Faßt man dieses Recht als ein beschränkt dingliches Recht, und zwar als eine Dienstbarkeit besonderer Art auf, so bereitet die Verbindung zwischen Miteigentumsanteil und Dienstbarkeit keine konstruktiven Schwierigkeiten. Auf der subjektiv-ding-

lichen Verbindung zwischen beschränkt dinglichem Recht und Eigentum an einem Grundstück beruht auch die Grunddienstbarkeit (vgl. oben S. 44a). Wie dort, steht das Recht auf ausschließliche Nutzung eines bestimmten Teiles des Grundstückes dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes zu. «Herrschendes Grundstück» ist hier allerdings ein Miteigentumsanteil; dies wird für das geltende Recht nicht durchwegs als möglich angesehen (vgl. oben S. 45a); de lege ferenda steht aber einer solchen Ausgestaltung der Dienstbarkeitsberechtigung weder ein dogmatisches noch ein praktisches Bedenken entgegen.

Wie gestaltet sich die Verbindung von Miteigentumsanteil und Sondereigentum? Über die subjektiv-dingliche Verbindung des Eigentums zweier Grundstücke in dem Sinne, daß das Eigentum an einer Parzelle dem jeweiligen Eigentümer einer anderen Parzelle zusteht, enthält das Zivilgesetzbuch keine Bestimmungen⁷⁰.

Gleichgültig, wie man sich zu diesem Problem für das geltende Recht stellt, darf gesagt werden, daß der Gesetzgeber unbedenklich eine derartige Verbindung von Miteigentum am Grundstück mit Sondereigentum an Teilen desselben vorsehen kann. Die ausländischen Gesetze, insbesondere das deutsche Recht, bestätigen diese Feststellung.

⁷⁰ Dagegen erwähnt Grundbuchverordnung Art. 32 diese Möglichkeit im Zusammenhange mit der Darstellung des Eigentums auf dem Grundbuchblatt. Es erheben sich Zweifel, ob diese Bestimmung, die entgegen dem deutschen Recht (BGB § 89 Abs. 2) im Gesetze keine Stütze findet, gesetzeskonform ist. Von der Expertenkommission für die Grundbuchverordnung ist sie nur im Sinne einer Übergangsbestimmung verstanden worden (vgl. Gönvers-Sallaz, Anm. 1 zu GBV Art. 32). Zu bedenken ist, daß auf diese Weise das Eigentum an einem Grundstück allein durch Übertragung des Eigentums an einem andern Grundstück übergehen kann. Man darf die Frage stellen, ob es nicht an der für den Eigentumsübergang erforderlichen Form der öffentlichen Beurkundung fehlt. Unklar ist ferner, wieweit sich die Verpfändung des «herrschenden Grundstückes» ohne weiteres auf das mit ihm subjektiv-dinglich verbundene zweite Grundstück erstreckt.

2. Wo verläuft die Trennungslinie zwischen gemeinschaftlichem und Sondereigentum? Die Scheidung zwischen den beiden Eigentumssphären ergibt sich vorerst aus der Sache selbst: Alles, was der gemeinschaftlichen Nutzung dient, also beispielsweise Treppen, Hausgänge, Lift, aber auch die tragenden Teile des Gebäudes und das Dach, ferner die Versorgungseinrichtungen für Gas, Wasser, Wärme und Elektrizität müssen von vorneherein in gemeinschaftlichem Eigentum stehen. Was dagegen seiner Zweckbestimmung nach ausschließlich einem bestimmten Stockwerk dienen kann, gehört allein dem betreffenden Berechtigten. Nicht wenige Teile des Hauses können nach dieser Abgrenzung sowohl dem einen wie dem andern Bereich zugewiesen werden. Man denke etwa an Räumlichkeiten für Abwart oder Concierge, an Garagen, Mansarden, Kellerräume und dergleichen; ferner an weitere Teile des Gebäudes, die für Rechnung aller Beteiligten genutzt werden, um daraus die Kosten der Aufwendungen für die gemeinschaftlichen Teile zu bestreiten.

Es fragt sich, wieweit der Gesetzgeber in die Organisation dieser Verhältnisse eingreifen muß. Bei aller gebotenen Zurückhaltung dürfte es doch im Interesse der Klarheit der Rechtsverhältnisse liegen, wenn das Gesetz selbst eine Grenzlinie zieht und, wenn entsprechende vertragliche Vereinbarungen fehlen oder wenn sie nicht genügen, eine brauchbare Ordnung aufstellt. Die ausländischen Gesetze entziehen sich dieser Aufgabe nicht, versuchen sie aber nach verschiedenen Methoden zu lösen. Das italienische Gesetz gibt eine umfassende Aufzählung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile (Art. 1117), nimmt also in Zweifelsfällen Sondereigentum an. Das deutsche Gesetz andererseits umschreibt in abstrakter Weise die Gegenstand des Sondereigentums bildenden Räumlichkeiten und Einrichtungen (WEG § 5).

Dem Primat des Miteigentums entspricht es eher, wenn, wie im deutschen Recht, die im «Alleineigentum»

stehenden Teile aufgezählt werden und wenn zudem festgestellt wird, daß ein Gebäudeteil vermutungsweise zum gemeinschaftlichen Eigentum gehört. Die gesetzliche Ordnung muß durch Parteivereinbarung innerhalb bestimmter Grenzen abgeändert werden können. Die Vertragsfreiheit ganz auszuschließen, würde verunmöglichen, den konkreten Verhältnissen und Bedürfnissen der Beteiligten Rechnung zu tragen. Warum soll nicht vereinbart werden können, daß z.B. eine Wohnung, welche dem Abwart zur Verfügung gestellt wird, im gemeinschaftlichen Eigentum steht? Immerhin dürfte es zu Schwierigkeiten führen, wenn durch Parteiabrede Teile, die von Gesetzes wegen im Miteigentum stehen, dem Bereich des ausschließlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechtes zugewiesen werden könnten. Der deutschen Ordnung, die eine Abweichung allein im Sinne der Einschränkung des Sondereigentums gestattet, ist somit gegenüber derjenigen des italienischen Rechtes, das den Parteien völlige Freiheit läßt, der Vorzug zu geben⁷¹.

3. Setzt das Stockwerkseigentum Miteigentum an Grund und Boden voraus? Auf einzelne Fragen, die sich bei der Grenzziehung durch Gesetz oder Vertrag zwischen den beiden Eigentumssphären ergeben, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Nur ein wesentlicher Punkt bedarf noch der Prüfung. Bis anhin war allein von den Teilen des Gebäudes die Rede. Wie verhält es sich aber mit dem Grund und Boden? Vier Möglichkeiten lassen sich denken⁷²:

1. Am Boden sind alle Stockwerkseigentümer als Miteigentümer beteiligt. 2. Der Boden gehört nur einem oder einem Teil der Stockwerkseigentümer. 3. Der Boden gehört einem Dritten. 4. Es sind alle Stockwerkseigentümer am Boden beteiligt, doch entsprechen deren Quoten nicht den-

⁷¹ Vgl. Weitnauer-Wirths, N. 2 zu § 5.

⁷² Vgl. dazu Branca, S. 292.

jenigen, mit denen sie an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes beteiligt sind.

Nach dem Grundsatz «solo superficies cedit» fällt das Eigentum am Gebäude mit demjenigen an Grund und Boden zusammen. Von diesem Satz, der eine einfache und übersichtliche Rechtslage gewährleistet, sollte nicht ohne Not abgegangen werden. Die angeführten Kombinationen, die um weitere vermehrt werden könnten, zeigen, daß leicht sehr verwickelte Verhältnisse entstehen.

Grundsätzlich sollte deshalb die Beteiligungsquote am Gebäude derjenigen an Grund und Boden entsprechen. Wer am Gebäude beteiligt ist, hat auch einen entsprechenden Eigentumsanteil am Boden. Dieser Satz muß sich auch umkehren lassen: der Miteigentümer am Boden ist zugleich Miteigentümer des Gebäudes. Eine Einschränkung ist für die schon nach geltendem Recht anerkannte Möglichkeit der Bestellung eines Baurechtes zu machen; nur bei dieser Sachlage besteht ein gerechtfertigtes Bedürfnis, Eigentum an Grund und Boden einerseits und an den darauf erstellten Gebäulichkeiten andererseits auseinanderfallen zu lassen. Dann erscheint es aber auch als möglich, daß ein Eigentümer ein Baurecht zugunsten einer Gruppe von Personen bestellt, die das Gebäude in Stockwerkseigentum aufteilt. Die bei solchen Verhältnissen zu erwartende Unübersichtlichkeit der Sach- und Rechtslage wird es aber doch als vorsichtig erscheinen lassen, hier die Privatautonomie, abweichend vom deutschen und italienischen Recht, weiter einzuschränken. Es ist zu erwägen, ob nicht Stockwerkseigentum an einem Gebäude, das im Baurecht erstellt ist, nur dann zulässig sein soll, wenn der Grundeigentümer nicht zugleich ein Stockwerk besitzt.

4. Die Bildung der Miteigentumsquoten. Für den Stockwerkseigentümer ist die Fixierung des Anteils, mit dem er am gemeinschaftlichen Eigentum und damit an den Lasten und Nutzungen beteiligt ist, von ausschlaggebender Bedeutung. Wie sind diese Quoten zu bemessen?

Es liegt nahe, daß der Miteigentumsanteil dem Wert der dem einzelnen Wohnungseigentümer gehörenden Wohnung entspricht. Trifft dies zu, so ist es auch richtig, wenn sich der Anteil an den gemeinsamen Lasten und Nutzungen nach diesem Verhältnis bemißt. So erwünscht diese Übereinstimmung zwischen Wertanteil und Miteigentumsquote ist, so folgt daraus doch nicht ohne weiteres, daß diese Übereinstimmung durch zwingenden Rechtssatz zu erreichen sei. Das österreichische Recht hat diesen Weg beschritten; jene Lösung zeigt mit großer Anschaulichkeit, daß sie zu staatlichen Kontrollen führen muß, die bewährten privatrechtlichen Gedanken durchaus fremd sind. Um die Einhaltung einer solchen Bestimmung zu gewährleisten, läßt sich nämlich nicht vermeiden, den Wert der einzelnen Wohnung durch eine staatliche Behörde abklären zu lassen. Diese Aufgabe könnte, wie schon für das deutsche Recht zutreffend nachgewiesen worden ist⁷³, nicht den Grundbuchämtern übertragen werden. Sie setzt die Bewertung der einzelnen Wohnungen im Verhältnis zum Wert der ganzen Sache voraus.

Da der Wert von Grund und Boden sowie der gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes nach der vom Miteigentum ausgehenden Konzeption der entscheidende Faktor bei der Bestimmung des Wertes des einzelnen Wohnungseigentums im gesamten ist, so werden die Beteiligten ohne zwingende Gründe, welche vom Gesetzgeber seinerseits respektiert werden müßten, kaum von der Übereinstimmung zwischen Miteigentumsanteil und Wert der einzelnen Wohnung abgehen. Auch die Befürchtung, daß über den Umweg eines bloß symbolischen Anteils am Miteigentum der Grundgedanke der Verbindung von Miteigentum am Ganzen und Sonderrecht am einzelnen Teil verfälscht werden könnte, braucht nicht überschätzt zu werden; denn eine solche unnatürliche Schmälerung des Wertverhältnisses würde am Interesse der anderen Beteiligten ihre Schranke

⁷³ Weitnauer-Wirths, N. 1 zu § 16; Diester, S. 243.

finden. Das Bestreben, eine möglichst vom Gedanken der Vertragsfreiheit ausgehende Ordnung zu schaffen, muß eine zwingende Ordnung in diesem Punkte vollends als unerwünscht erscheinen lassen.

II. Die Voraussetzungen sachlicher Natur für die Begründung des Stockwerkseigentums

Nach dem soeben Gesagten setzt das Stockwerkseigentum (vom Tatbestande der Baurechtsliegenschaft abgesehen) Miteigentum an Grund und Boden sowie am Gebäude voraus. Kann es bei dieser Anknüpfung an das Miteigentum sein Bewenden haben, oder müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein, welche die Natur und den Verwendungszweck des Gebäudes oder der Gegenstand des Sonderrechtes bildenden Teile des Gebäudes betreffen? In dieser Beziehung lassen es die Erfahrungen mit dem altrechtlichen Stockwerkseigentum als geboten erscheinen, sichernde Schranken dagegen aufzurichten, daß nicht ein Gebäude in Stockwerkseigentum aufgesplittert wird, das sich hiezu nicht eignet. Das Vorhandensein dieser besonderen tatbeständlichen Voraussetzungen müßte bei der Eintragung der entsprechenden Stockwerkseigentumsverhältnisse im Grundbuch nachgeprüft werden. Auch hier ist aber festzuhalten, daß der Grundbuchbeamte mit dieser Aufgabe nicht betraut werden könnte (vgl. unten S. 218a). Welche Mindestanforderungen müssen die in Stockwerkseigentum aufzuteilenden Räumlichkeiten erfüllen?

1. Was den Verwendungszweck der Räume anbetrifft, an denen Stockwerkseigentum bestellt wird, dürfte vorerst unbestritten sein, daß nicht nur Wohnungen in Frage kommen. Auch Räume zu gewerblichen Zwecken sollen der Begründung selbständigen «Eigentums» zugänglich sein. Keine ausländische Rechtsordnung beschränkt das Stockwerkseigentum auf eigentliche Wohnräume. Stockwerkseigentum könnte also über den Wortlaut hinaus-

gehend auch an Ladenlokalen, Büroräumlichkeiten, Werkstätten, Garagen, Kellern (z.B. für Lager) und andern selbständigen Teilen eines Gebäudes begründet werden. Gleiches gilt auch für die Räume und Teile von Gebäuden, die zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden (Scheunen, Stallungen und dergleichen).

2. Unzukömmlichkeiten haben sich im alten Recht hauptsächlich bei allzu starker Aufsplitterung des Gebäudes in einzelne Eigentumskomplexe ergeben. Sonder Eigentum an einem einzelnen, nur durch andere Wohnräume zugänglichen Zimmer oder gar an einzelnen Teilen eines Zimmers sollte von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden.

Wie kann erreicht werden, daß die einzelnen, Gegenstand des Stockwerkseigentums bildenden Räume wirtschaftlich sinnvoll von den übrigen Teilen des Gebäudes abgegrenzt sind? Das deutsche Recht verlangt, daß die Wohnungen oder sonstigen Räumlichkeiten «in sich abgeschlossen» sind. Das bedeutet, wie das österreichische Gesetz sagt, daß sie «unmittelbar», d.h. vom Freien oder doch von den gemeinschaftlich benützten Teilen des Gebäudes her (Treppenhäuser oder Vorräume) zugänglich sind. Nicht gesagt ist, daß die zum gleichen Wohnungseigentum gehörenden Räume räumlich nicht getrennt sein dürfen. Es kann zum einen Eigentumskomplex auch eine Garage oder ein auf einem andern Stock gelegenes einzelnes Zimmer gehören⁷⁴. Auch für das schweizerische Recht muß eine ähnliche Einschränkung vorgesehen werden. Die im deutschen Recht geltende Ordnung dürfte zweckentsprechend sein, ohne der Handlungsfreiheit der Beteiligten allzu große Schranken aufzuerlegen. Sie würde weitere Kriterien, wie etwa eine gewisse Mindestgröße der selbständigen Woh-

⁷⁴ Für das deutsche Recht vgl. die Legaldefinition für die «abgeschlossene Wohnung» in den «Richtlinien für die Ausstellung der Bescheinigungen», abgedruckt bei Weitnauer-Wirths, S. 226 ff.

nungen oder bauliche Anforderungen an das aufzuteilende Gebäude, überflüssig machen. Zugleich wäre damit gesagt, daß die Begründung von Stockwerkseigentum keineswegs auf Neubauten beschränkt wäre, daß aber bei Aufteilung bestehender Gebäude oder bei Überführung altrechtlicher Stockwerkseigentumsverhältnisse die erforderlichen sachlichen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sein müssen. Auf Grund der genannten Umschreibung entscheidet sich auch die Frage, ob in einem spätern Zeitpunkt das Stockwerkseigentum weiter unterteilt werden kann. Dies erscheint nur dann als ausgeschlossen, wenn die neuen Teile ihrerseits diese Voraussetzungen tatbeständlicher Natur nicht mehr erfüllen. Umfaßt bis anhin das eine Stockwerkseigentum beispielsweise mehrere Wohnungen, so steht der Aufteilung in zwei gesonderte Rechtsverhältnisse nichts entgegen. Sind die geschilderten Voraussetzungen erfüllt, kann auch eine vertikale Teilung in «Stockwerks»eigentum anerkannt werden⁷⁵.

3. Um die Unzulänglichkeiten, die sich bei altrechtlichen Stockwerkseigentumsverhältnissen ergeben haben, von vornherein auszuschließen, ist sodann ein formales Erfordernis unerläßlich. Die Aufteilung der Räume eines Gebäudes in Stockwerkseigentum muß aus einem Plan, im deutschen Recht Aufteilungsplan bezeichnet, ersichtlich sein, der bei mehrstöckigen Gebäuden zum mindesten aus Aufriß und Grundriß jeden Stockwerkes besteht⁷⁶. Er dient sowohl der Individualisierung der einzelnen als Stockwerke ausgeschiedenen Teile wie auch der Abgrenzung dieser Teile gegeneinander und gegenüber den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teilen⁷⁷.

⁷⁵ Im italienischen Recht eine sehr umstrittene Frage, vgl. Visco, S. 21 ff. und dort zitierte Entscheidungen.

⁷⁶ Über die rechtliche Bedeutung dieses Planes vgl. unten S. 218a.

⁷⁷ Muster eines Aufteilungsplanes für das deutsche Recht vgl. bei Weitnauer-Wirths, S. 222 ff., und Michaelis, S. 64 ff.

4. Es ist zu erwägen, ob Stockwerkseigentum schon für ein Gebäude vereinbart werden kann, das erst noch erstellt werden muß. Für das deutsche Recht wird diese Möglichkeit durchaus bejaht⁷⁸. Die Berechtigung des Stockwerkseigentümers beschränkt sich vor Erstellung des Gebäudes auf den Miteigentumsanteil an Grund und Boden; bis zur Fertigstellung des Gebäudes stehen ihm darüber hinaus nur schuldrechtliche Ansprüche zu. Bevor die Sache, an der das dingliche Recht eingeräumt ist, besteht, kann von Miteigentum oder auch nur von einem beschränkt dinglichen Recht nicht die Rede sein. Immerhin läßt sich ein praktisches Bedürfnis, Verträge über die Einräumung oder die Veräußerung von Stockwerkseigentum schon vor Erstellung des betreffenden Gebäudes abzuschließen, nicht verneinen. Unter Umständen zwingt die Finanzierung des Bauvorhabens zu einem solchen Vorgehen. Bejaht man die Zulässigkeit dieser Abmachungen, so muß auch die Eintragung des Stockwerkseigentums im Grundbuch vor Erstellung des betreffenden Gebäudes möglich sein.

Allgemeine Grundsätze des Grundbuchrechtes würden dem Eintrag von Stockwerkseigentum an Gebäuden, die noch nicht oder nicht mehr vorhanden sind, nicht entgegenstehen. So wie aus dem Eintrag eines Wohnrechtes an einem bestimmten Gebäude oder Gebäudeteil nicht auf den Bestand dieses Gebäudes geschlossen werden darf, könnte kein Verlaß auf den Grundbucheintrag bezüglich der Existenz des Stockwerkseigentumsgebäudes sein. Der Bucheintrag besagt allein, daß an einem auf dem betreffenden Grundstück allenfalls errichteten Gebäude bestimmte Rechte bestehen. Einen guten Glauben hinsichtlich der tatsächlichen Verhältnisse der auf der Parzelle erstellten Bauten kann es nicht geben. Für Stockwerkseigentum kann nichts anderes gelten; andernfalls müßte der Eintrag im Grundbuch den Nachweis, daß die Bauten bestehen, zur Voraussetzung

⁷⁸ Weitnauer-Wirths, N. 10 ff. zu § 3.

haben; und selbst dies könnte nicht Gewähr dafür bieten, daß später keine Veränderungen stattfinden.

III. Arten und Formen der Begründung des Stockwerkseigentums

1. Die Arten der Begründung von Stockwerkseigentum. Zur Bildung von Stockwerkseigentum kann es grundsätzlich auf zwei verschiedenen Wegen kommen.

1. Es schließen sich mehrere Personen, die bestimmte Teile eines Gebäudes zu Eigentum erwerben möchten, zusammen und erstehen, sei es von einem Dritten, sei es von einem der Beteiligten selbst, Miteigentumsanteile, die dem Wert der einzelnen Wohnungen entsprechen sollen. Zugleich kommen sie überein, sich gegenseitig die ausschließlichen Nutzungs- und Gebrauchsrechte im Sinne des Stockwerkseigentums an bestimmten Teilen des Gebäudes einzuräumen. Das deutsche Gesetz spricht in diesem Falle von einer «vertraglichen Einräumung von Sondereigentum» (Marginale zu WEG § 3). Selbstverständlich kann, sofern das Eigentum am Grundstück einem der Beteiligten allein zusteht, der Vertrag betreffend die Übertragung der Miteigentumsanteile an die übrigen Beteiligten in der gleichen Urkunde wie die Vereinbarung über die Bestellung der Sonderrechte enthalten sein⁷⁹.

2. Das andere Vorgehen besteht darin, daß das im Eigentum einer einzigen Person stehende Grundstück von dieser selbst mittels einseitiger Erklärung in «Stockwerkseigentumsverhältnisse» aufgeteilt wird. Es findet in gewissem Sinne eine Realteilung des Grundstückes statt, ohne daß eine Änderung im Eigentum eintritt. Die einzelnen Teile des Gebäudes werden «verselbständigt», d.h. zu selbständigen Sachen im Rechtssinne erhoben, obwohl sie nach wie vor im Eigentum derselben Person stehen. Der Vorgang

⁷⁹ Vgl. ein Beispiel für einen solchen Vertrag bei Weitnauer-Wirths, S. 293.

entspricht der im schweizerischen Grundbuchrecht als «Zerstückelung» bezeichneten Realteilung von Parzellen (ZGB Art. 811, 832, GBV Art. 85 ff.). Nun wird aber für das schweizerische Recht die Auffassung vertreten, daß ein Grundeigentümer sein Eigentum nicht ohne gleichzeitige Veräußerung des Anteils an einen Dritten in Miteigentumsquoten aufteilen könne; insbesondere sei eine Belastung des Anteils an einer im Alleineigentum stehenden Sache ausgeschlossen⁸⁰. Von diesem Grundsatz werden jedoch Ausnahmen anerkannt. So wird eingeräumt, daß die Schaffung subjektiv-dinglichen Miteigentums nicht ausgeschlossen sei. Der Eigentümer könne ein ihm gehörendes Grundstück in der Weise in ideelle Bruchteile zerlegen, daß er diese Anteile mit andern in seinem Eigentum stehenden Grundstücken subjektiv-dinglich verknüpfe⁸¹. Mit diesem Tatbestand hat die Begründung von Stockwerkseigentum, gleichgültig ob als Verbindung mit Alleineigentum oder mit einem beschränkt dinglichen Recht verstanden, große Verwandtschaft. Auch sachlich sind Bedenken gegen eine solche Aufteilung des Grundeigentums nicht angebracht. Jedenfalls steht nichts entgegen, de lege ferenda diese Form der Begründung des Stockwerkseigentums ausdrücklich zuzulassen⁸². Deren Anerkennung dürfte auch gewissen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen. Sie gestattet etwa, daß ein Unternehmer, der eine Liegenschaft zum Zwecke der späteren Aufteilung und Veräußerung in Stockwerkeigentumsanteile erstellt, von Anfang an die zu veräußern den Teilrechte in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung umschreiben kann. Ferner wird diese «Aufteilung» gute Dienste leisten, wenn nicht alle Stockwerke zur gleichen Zeit veräußert werden.

Die Aufteilung des Eigentums muß, ähnlich einem Antrag auf Errichtung von Eigentümer- oder Inhaberschuld-

⁸⁰ Haab, N. 7 zu Art. 646.

⁸¹ Haab, a. a. O.; Leemann, SJZ 26, S. 290.

⁸² So auch das deutsche Recht, WEG § 8.

briefen, durch Erklärung an das Grundbuchamt herbeigeführt werden. Auch die Rechtsbeziehungen, welche zwischen den künftigen, d. h. nach Veräußerung einzelner Wohnungen vorhandenen Stockwerkseigentümern gelten sollen, können in gleicher Weise schon vor einer Veräußerung begründet und im Grundbuch vorgemerkt werden. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten werden jedoch erst mit der Veräußerung des Anteils existent.

Welcher der beiden Wege zur Begründung des Stockwerkseigentums zu beschreiten ist, wird sich nach den Umständen entscheiden. Dies wird davon abhängen, ob ein bestehendes Gebäude aufgeteilt oder ein Neubau auf der Basis von Stockwerkseigentum errichtet werden soll; auch die Art der Finanzierung und der späteren Verwaltung wird zu beachten sein⁸³.

2. Die Form der Begründung des Stockwerkseigentums. Die Begründung von Stockwerkseigentum mittels Vereinbarung unter den Miteigentümern bedeutet, jedenfalls dann, wenn man im Sonderrecht echtes Eigentum erblickt, eine Verfügung über Grundeigentum⁸⁴. Nach Art. 657 ZGB bedarf der Vertrag somit der öffentlichen Beurkundung. Im Hinblick auf die nicht einfachen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sowie auf den Umstand, daß die vertraglichen Vereinbarungen Grundlage für die Eintragungen im Grundbuch und die Eröffnung neuer Grundbuchblätter bilden, rechtfertigt es sich, das gleiche Form-erfordernis aufzustellen, wenn das Sonderrecht nur als beschränkt-dingliches Recht ausgebildet würde. Die Abweichung gegenüber der Form für die Bestellung selbständiger und dauernder Baurechte, die jedenfalls nach der

⁸³ Über die Entscheidung im deutschen WEG vgl. Diester, Anhang zu § 8 WEG, S. 170 ff.

⁸⁴ Für die Umwandlung altrechtlichen Stockwerkseigentums in Miteigentum in Verbindung mit Dienstbarkeiten genügt nach Auffassung des Bundesgerichtes BGE 81 II 611 die Schriftform.

geltenden Praxis⁸⁵ keiner öffentlichen Beurkundung bedarf, ist sachlich gerechtfertigt.

Bei Aufteilung des Gebäudes ohne Eigentumswechsel ließe sich zur Begründung der einfachen Schriftform die Analogie zum Antrag des Grundeigentümers auf Ausstellung von Inhaber- oder Eigentümerschuldbriefen anführen. In der Tat liegt in der Teilung des Eigentums am Gebäude keine Verfügung über Grundeigentum. Gleichwohl wird es richtig sein, wenn in diesem Falle die strengere Form vorgeschrieben wird, welche die Mitwirkung einer Urkundsperson erheischt. Die Rücksichten auf die damit verbundenen Kosten müssen hinter dem Bestreben zurückstehen, klare, als Eintragungsbeleg wie als Ordnung für die Gemeinschaft unter den Beteiligten genügende und brauchbare Vertragsinstrumente zu schaffen. Auch an die Urkundsperson selbst – dies darf nicht verschwiegen werden – stellt die Ausarbeitung der Verträge über die Begründung und Übertragung von Stockwerkseigentum keine geringen Anforderungen.

Beigefügt sei in diesem Zusammenhange noch, daß natürlich keine Einschränkungen in bezug auf die Subjekte des Stockwerkseigentums zu bestehen brauchen. Stockwerkseigentümerin kann sowohl eine natürliche wie eine juristische Person sein. Das Recht ist weder der Ausübung noch dem Bestande nach mit einer bestimmten Person verbunden. Ebenso wenig steht einer Berechtigung mehrerer Personen am Stockwerkseigentumsverhältnis etwas entgegen. Solche Verhältnisse dürften wohl sogar recht häufig sein. Man denke an den Erwerb von Stockwerkseigentum durch Ehegatten oder infolge Erbganges⁸⁶.

⁸⁵ Vgl. BGE 39 II 698; dazu Liver, Der Begriff der Rechtsquelle, ZbJV 91 bis (1955), S. 4.

⁸⁶ Hinsichtlich der Übernahme zum Miteigentum vgl. unten S. 249a.

§ 21. Die Rechte und Pflichten des Stockwerkseigentümers

I. Die Rechte aus Stockwerkseigentum

Die Rechtsstellung des Stockwerkseigentümers ist eine doppelte: er ist sowohl Miteigentümer wie Alleinberechtigter. Dementsprechend sind auch die ihm zustehenden Befugnisse zu gliedern.

1. Die Rechte als Miteigentümer folgen aus der Zweckbestimmung des im Miteigentum stehenden Gebäudes und seiner Teile. Art. 648 ZGB gibt jedem der Miteigentümer die Befugnis, die Sache «insoweit zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist». Das heißt, daß jeder Stockwerkseigentümer die im Miteigentum stehenden Teile wie eine eigene Sache nutzen darf, daß er dabei aber die entsprechenden analogen Rechte der anderen Beteiligten berücksichtigen muß. Für Teile, die geradezu Voraussetzung für den Gebrauch der im «Sondereigentum» stehenden Teile sind, wie beispielsweise Grund und Boden, tragende Wände und Dach, bedarf es selbstverständlich keiner Abgrenzung dieser konkurrierenden Nutzungsrechte der verschiedenen Miteigentümer. Für Teile und Einrichtungen, an denen ein gleichzeitiger Gebrauch möglich ist, wie etwa für Treppen und Liftanlagen oder Wasch- und Trockenräume, muß von den Beteiligten eine Gebrauchs- und Nutzungsordnung aufgestellt werden.

Das Miteigentumsrecht umfaßt aber auch den Anteil an den Nutzungen jeder Art, die aus dem gemeinschaftlichen Eigentum fließen. Darunter fallen etwa Erträgnisse aus der Vermietung oder anderweitigen Benutzung gemeinschaftlicher Teile durch Drittpersonen. Ohne gegenteilige Abrede gehören solche Nutzungen den Miteigentümern im Verhältnis ihrer Miteigentumsquoten⁸⁷. Im Miteigentum

⁸⁷ Im geltenden Gesetz nur für die Verteilung der Lasten ausdrücklich gesagt (vgl. Art. 649 ZGB).

stehen auch allfällige für spätere Instandstellungskosten geäußnete Rücklagen.

2. Bei denjenigen Teilen des Gebäudes, an denen ein ausschließliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht besteht, kann der Berechtigte, selbst wenn man ihm echtes Eigentum zugestehen will, nicht in vollem Umfange die Stellung eines Alleineigentümers haben. Die Verfügung, also der wichtigste Ausfluß der Eigentümerstellung, muß, wie in anderem Zusammenhange nachgewiesen (vgl. oben S. 160a), an die gleichzeitige Verfügung über den dazugehörenden Miteigentumsanteil geknüpft sein. Im wesentlichen erschöpft sich sonach dieses Ausschließlichkeitsrecht in der freien Bestimmung des Gebrauchs der Sache. Der Berechtigte kann, wie das deutsche Gesetz (WEG § 13 Abs. 1) sagt, darüber «nach Belieben verfahren, insbesondere diese bewohnen, vermieten, verpachten oder in sonstiger Weise nutzen». Dazu gehört auch die Gestaltung und der Innenausbau dieser Räume, soweit dies ohne Beeinträchtigung der in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Teile, also insbesondere von Fassade und tragenden Teilen möglich ist. Noch mehr als bei einfachem Eigentum gilt für das «Stockwerkseigentum», daß es dem Berechtigten keine uneingeschränkten Herrschaftsrechte verleiht; diese bestehen nur im Rahmen des Gesetzes und können darüber hinaus durch vertragliche Vereinbarungen weiter begrenzt werden. Bei Ausübung seines Eigentums muß sich der Stockwerkeigentümer im Interesse der anderen Beteiligten erheblichen Einschränkungen unterziehen. Dementsprechend muß auch die Grenze der Verantwortlichkeit des Eigentümers für die Überschreitung seines Rechtes weiter gezogen werden. Wo diese Grenze verläuft, ist anschließend bei Betrachtung der Pflichten des Eigentümers näher zu erörtern.

II. Die Pflichten des Stockwerkseigentümers

Die Pflichten des Stockwerkseigentümers entspringen zwei Rechtsgründen. Sie ergeben sich aus dem Eigentum

schlechthin und sodann aus der vertraglichen Miteigentumsordnung. In beiden Fällen beziehen sie sich vorwiegend auf das Verhalten gegenüber den anderen Beteiligten. Da zwischen den einzelnen Eigentumsbereichen eine recht gewundene Grenzlinie verläuft, kommt der Ausbildung der Regeln, von der die räumliche Gemeinschaft beherrscht sein soll, entscheidende Bedeutung für das klaglose Funktionieren des Stockwerkseigentums zu.

Das Gesetz (Art. 684) auferlegt dem Grundeigentümer die Pflicht, sich aller übermäßigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. In der Doktrin ist anerkannt^{87a}, daß diese Pflicht auch gegenüber einem Grundstücksteil gilt, wenn dieser ein besonderes Eigentumsobjekt bildet⁸⁸. Da unbestrittenermaßen zur Anhebung der negatorischen Klage aus Art. 642 Abs. 2 auch der beschränkt dinglich Berechtigte legitimiert ist⁸⁹, darf festgestellt werden, daß schon das geltende Recht den «Stockwerkseigentümer» vor Überschreitung des Eigentums durch die andern am gleichen Hause Eigentumsberechtigten schützen würde. Die besondere Intensität des nachbarlichen Verhältnisses läßt diese allgemeinen Bestimmungen jedoch als ungenügend erscheinen. Wohl werden sie zumeist durch die vertragliche Miteigentumsordnung ergänzt. Darüber hinaus drängt sich eine dispositive gesetzliche Ordnung auf, weil die klare Abgrenzung der Eigentumssphären von großer Wichtigkeit ist. Diese Vorschriften brauchen sich aber nicht, wie im deutschen WEG (§ 14) in Einzelheiten zu verlieren.

1. Die Duldungs- und Unterlassungspflichten. Gleichermaßen dem Eigentumsrecht (Art. 641 Abs. 2 und

^{87a} Haab, N. 14 zu Art. 684.

⁸⁸ Vgl. auch BGE 55 II 21, wo zur Frage stand, ob auf altrechtliches Stockwerkseigentum in nachbarrechtlicher Beziehung altes oder neues Recht anzuwenden sei.

⁸⁹ Haab, N. 41 zu Art. 641; Leemann, N. 40 zu Art. 661.

684) wie der Miteigentumsordnung (Art. 648 Abs. 1) entspringt der grundlegende Satz, daß der Stockwerkseigentümer sein Eigentum so auszuüben habe, daß dadurch der normale Gebrauch des Eigentums durch die anderen Miteigentümer nicht beeinträchtigt wird. Selbstverständlich muß jeder Miteigentümer die beim Zusammenleben mehrerer Personen unter dem gleichen Dach unvermeidlichen gegenseitigen Störungen in Kauf nehmen. Für die Bestimmung des Maßes lassen sich so wenig wie bei der Umschreibung der Rechte und Pflichten von Mietern einer Liegenschaft eindeutige Regeln aufstellen. Wohl bezieht sich Art. 684 ZGB nach anerkannter Praxis und Lehre⁹⁰ auch auf Einwirkungen ideeller Natur; der Eingriff in das Eigentum ist rechtswidrig, wenn durch ihn das seelische Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt wird. In erster Linie ist es jedoch Sache der Stockwerkseigentümergeinschaft, in einer Vereinbarung oder jedenfalls mittels Beschlusses die Schranken der zulässigen Nutzung zu umschreiben. Wie weit einzelne Räume zu gewerblichen Zwecken verwendet werden dürfen, läßt sich beispielsweise nur unter Würdigung der Lage, der Beschaffenheit und des bisherigen Gebrauches des Gebäudes entscheiden. Sicher ist, daß die Beteiligten hierüber mit Vorteil von Anfang an vertragliche Vereinbarungen treffen. Gleiches gilt etwa für die Frage, ob zur Vermeidung der Konkurrenzierung anderer Stockwerkseigentümer die mehrfache Ausübung desselben Gewerbes Einschränkungen unterworfen sein soll.

Der in vielen Mietverträgen enthaltene Katalog unzulässigen Gebrauches des Mietobjektes läßt sich sinngemäß auch auf das Stockwerkseigentum übertragen.

Aus dem Miteigentum ergibt sich sodann die Pflicht, den Zutritt zu den in ausschließlichen Gebrauche stehenden Teilen des Gebäudes zu gestatten, soweit dies zur Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlich ist. Von selbst versteht sich, daß andererseits allfällige

⁹⁰ Haab, N. 13 zu Art. 684 und dortige Zitate.

Schädigungen des Sondereigentums durch die Gemeinschaft zu ersetzen sind⁹¹.

2. Die Leistungspflichten. Der Stockwerkseigentümer muß sein Sondereigentum insoweit instand halten, als dies zur Vermeidung von Schädigungen gemeinschaftlicher Teile oder anderer Stockwerkseigentumsteile notwendig ist. Der Eigentümer darf seine Räumlichkeiten nicht nach Belieben verlottern lassen. Er ist beispielsweise verpflichtet, bei großer Kälte die eigenen Räume so zu heizen, daß die übliche Heizung der benachbarten Teile des Gebäudes nicht übermäßig erschwert wird⁹². Gewichtiger ist die Pflicht des Stockwerkseigentümers, an die Kosten und Lasten beizutragen, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben. Dazu gehören alle Aufwendungen für Verwaltung, Unterhalt und Instandsetzung der gemeinschaftlichen Teile sowie die öffentlich-rechtlichen Abgaben. Endlich hat jeder Miteigentümer anteilmäßig an die Kosten des Betriebes gemeinschaftlich benützter Anlagen (Lift, Wasch- und Trockenanlage) beizutragen. Diese Aufwendungen sind mangels anderer Abrede im Verhältnis der Miteigentumsanteile zu verlegen⁹³. Soweit die Gemeinschaft Wärme, Wasser, Gas und Elektrizität zur Verfügung stellt, haben die Miteigentümer hierfür nach Maßgabe des Verbrauchs aufzukommen. Kosten für Einrichtungen, die nur einzelnen oder einem Teil der Stockwerkseigentümer zugute kommen, gehen zu deren alleinigen Lasten, wobei

⁹¹ Vgl. ausdrücklich WEG § 14 Ziff. 4; eine gesetzliche Ordnung könnte an Art. 695 anknüpfen, der den Kantonen das Recht vorbehält, über Befugnisse der Grundeigentümer zum Betreten nachbarlicher Grundstücke zum Zwecke der Bewirtschaftung, Ausbesserung oder Ausführung von Bauten zu legiferieren.

⁹² Vgl. ausdrücklich WEG § 14, Ziff. 1.

⁹³ ZGB Art. 649. Das ital. Recht stellt auf den Wert der einzelnen Stockwerke oder gar auf die Gebrauchsmöglichkeit ab (Art. 1123 Abs. 2 und 3) und schafft damit erhebliche Umständlichkeiten bei der Berechnung der einzelnen Anteile; vgl. Visco, S. 164, 170.

immerhin verschiedene Aufteilungsprinzipien denkbar sind. Bei der Umlegung der Kosten für den Unterhalt und Betrieb von Treppenanlagen fragt sich zum Beispiel, ob und wie dem Umstande, daß der Eigentümer der Wohnung im Parterre davon nur in verhältnismäßig geringem Maße Gebrauch machen wird, Rechnung getragen werden soll. Das italienische Recht versucht, die verschiedene Intensität der Benutzung dadurch teilweise zu berücksichtigen, daß die Kosten zur Hälfte im Verhältnis zur Lage der einzelnen Stockwerke verteilt werden⁹⁴. Einer besonderen Regelung bedarf beispielsweise die Verteilung der Aufwendungen für diejenigen Teile, welche zugleich dem gemeinschaftlichen und dem Sondereigentum dienen (z.B. Abschlußtüren und Wände gegenüber Treppenhäusern und Gängen). Eine eingehende vertragliche Ordnung kann späteren Auseinandersetzungen vorbeugen. Hier wird man vom Grundsatz ausgehen müssen, daß die Instandhaltung der Oberflächen (also Boden- und Wandbeläge, Tapeten, Verputz der Decken) Aufgabe derjenigen Eigentümer ist, deren Raum durch diese Flächen begrenzt wird, während der Unterhalt der eigentlichen Baukonstruktion Sache der Gemeinschaft ist.

Wenn das Miteigentum Grundlage für die Stockwerkseigentumsverhältnisse bildet und demzufolge die meisten Teile des Gebäudes in gemeinschaftlichem Eigentum stehen, lösen sich verschiedene heikle Abgrenzungsfragen von selbst, die in einer auf dem Sondereigentum beruhenden gesetzlichen Ordnung ausdrücklicher Regelung bedürften. Dies gilt etwa hinsichtlich der Kosten für den Unterhalt und die Instandstellung der Decken und Böden, wofür das italienische Recht eine ausführliche Regelung aufzustellen für nötig hält (Art. 1125). Immerhin stellt die Abgrenzung der Unterhaltungspflichten unter jedem System des Stockwerkseigentums erhebliche Anforderungen an Gesetzgeber und Beteiligte.

⁹⁴ Art. 1124. Über die rechnerische Durchführung dieses Prinzips vgl. z.B. Toso-Cardelli, S. 334.

Im Hinblick auf die große praktische Bedeutung, die den Beiträgen für den laufenden Unterhalt des Gebäudes zukommt – man denke an größere Reparaturen –, verdient die im deutschen Recht (WEG § 21 Abs. 5 Ziff. 4) vorgesehene Pflicht zur Äufnung entsprechender Rückstellungen Beachtung. Durch die Bildung solcher Reserven wird die Gefahr einer Vernachlässigung des Baues wegen Nichtbezahlung einzelner Beiträge erheblich verkleinert.

Auf die Folgen der Nichterfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft ist in anderem Zusammenhange (unten S. 241a) einzugehen.

§ 22. Die Organisation der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer

I. Die Organisation der Gemeinschaft im allgemeinen

Wird das Stockwerkseigentum auf dem Miteigentum aufgebaut, so ist es naheliegend anzunehmen, daß die für die Willensbildung in der gewöhnlichen Miteigentumsgemeinschaft geltenden Regeln auch für diese qualifizierte Form genügen werden. Nun ist aber die im Zivilgesetzbuch enthaltende Miteigentumsordnung nicht geeignet, die sachgemäße Verwaltung und Nutzung der Miteigentumssache zu gewährleisten. Das geltende Recht läßt sich zu sehr von den individualistischen, gemeinschaftsfeindlichen Regeln des klassischen römischen Rechtes leiten⁹⁵; die Auswirkungen des Satzes «in re communi potior est causa prohibentis»⁹⁶ sind unverkennbar⁹⁷. Diese Mängel sind nicht zuletzt dafür verantwortlich, daß der gemeinschaftliche Besitz von Gebäuden in vielen Fällen zu einer unerfreulichen, für die Beteiligten mit Ärger und Verdruß verbundenen Sache

⁹⁵ Vgl. Oppikofer, S. 38.

⁹⁶ D 10, 3, 28.

⁹⁷ Flattet, ZBGR 1953 S. 317, hielt demgegenüber die geltende Ordnung für genügend.

werden kann⁹⁸. Nach dem geltenden Recht ist jeder Miteigentümer nur zu den sog. «gewöhnlichen Verwaltungshandlungen» befugt. Hiezu rechnet das Gesetz die «Anordnung von Ausbesserungen»; darunter sind nur untergeordnete Vorkehren zu verstehen. Doch selbst diese bescheidene Befugnis steht unter dem Vorbehalt, daß die «Mehrheit nicht anders verfügt». Dabei soll diese Mehrheit nach Köpfen, also nicht nach Anteilen berechnet werden⁹⁹. Den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen stellt das Gesetz die «wichtigeren Verwaltungshandlungen», wie die Vornahme von Hauptreparaturen, gegenüber. Für deren Anordnung ist ein Beschluß der Mehrheit, nach Köpfen und nach Anteilen berechnet, erforderlich (Art. 647 Abs. 2).

Nach zwei Richtungen erweist sich diese Ordnung als ungenügend.

a) Einmal ist die Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und wichtigen Verwaltungshandlungen nicht sachentsprechend. Sie scheint, worauf Liver¹⁰⁰ hinweist, aus ganz andern Rechtsverhältnissen, insbesondere aus dem Recht der Erbengemeinschaft (ZGB Art. 602 Abs. 2) unbesehen und kritiklos übernommen worden zu sein. Sachlich ist die Befugnis des Einzelnen, für die Gemeinschaft zu handeln, dann angebracht, wenn dringliche Maßnahmen zu treffen sind, die zur Erhaltung der Sache oder zur Abwendung von Nachteilen erforderlich sind¹⁰¹. In diesem Sinne umschreibt BGB § 744 die Rechte des einzelnen Miteigentümers¹⁰². Solche Maßnahmen können leicht zu «Hauptreparaturen» auswachsen, bedürfen also nach dem geltenden Recht der Zustimmung der Mehrheit von Köpfen und Anteilen. Ander-

⁹⁸ Vgl. insbesondere die eindringlichen Hinweise bei Liver, Vortrag S. 24.

⁹⁹ Haab, Komm. N. 4 zu Art. 647.

¹⁰⁰ Vortrag S. 25.

¹⁰¹ Haab, Komm. N. 4 zu Art. 647 legt Art. 647 in diesem Sinne aus, obwohl der Wortlaut hierfür kaum eine Stütze bietet.

¹⁰² Vgl. auch die klare Ordnung in C. c. ital. Art. 1105 und 1108.

seits mögen insbesondere bei Liegenschaften «Verwaltungshandlungen» vorkommen, bei denen keineswegs notwendig ist, daß sie von jedem der Beteiligten allein vorgenommen werden können.

b) Noch schwerwiegender ist ein zweiter Mangel. Wohl noch unter dem Einfluß der römisch-rechtlichen individualistischen Auffassung, wonach die Verwaltung grundsätzlich nur gemeinsam geführt werden kann und demnach jeder die Möglichkeit hat, durch sein Veto alle Verwaltungshandlungen, mögen sie noch so sehr im Interesse der Gemeinschaft liegen, zu verhindern¹⁰³, legt das Gesetz alle Maßnahmen in die Hand der Mehrheit, gleichgültig ob sie für die Erhaltung der Sache und zur Abwendung von Nachteilen an sich unerläßlich sind. Der Wille der Mehrheit geht allen objektiven Erwägungen vor. Man wird bei dieser Ordnung geradezu an Rousseau'sche Ideen von der Unfehlbarkeit der *volonté générale* erinnert. Dieser Mehrheitsbeschluß kann in vielen Fällen überhaupt nicht zustande kommen. Sind nur zwei Miteigentümer vorhanden, führt deren Uneinigkeit dazu, daß die Verwaltung der Gemeinschaft lahmgelegt ist. Nicht einmal die dringendsten Arbeiten zur Erhaltung der Sache können vorgekehrt werden. In den Fällen, in denen eine qualifizierte Mehrheit, etwa eine Mehrheit nach Anteilen, erforderlich ist, kann ein Mitglied der Gemeinschaft, das mindestens die Hälfte der Anteile besitzt, alle Beschlüsse verunmöglichen. Der Fehler dieser Ordnung liegt darin, daß unterstellt wird, die Mehrheit handle stets sachgemäß und werde zum mindesten nichts anordnen, was den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft. Die verschiedensten Gründe können jedoch Mitglieder der Gemeinschaft veranlassen, gegen Maßnahmen zu stimmen, die objektiv im Interesse der Sache gelegen sind. Läßt sich eine Verständigung in solchen Fällen nicht erzielen, so gibt das Zivilgesetzbuch, anders

¹⁰³ Haab, Komm. N. 2 zu Art. 647; so noch heute das franz. Recht, vgl. Planiol-Ripert, Bd. III, S. 321.

als das deutsche Recht¹⁰⁴, keine Handhabe. In freier Rechtsfindung mußte angesichts der Macht der tatsächlichen Verhältnisse jedem Miteigentümer das Recht eingeräumt werden, den Richter um Erlaß von Verfügungen anzugehen, die im Interesse aller Miteigentümer liegen¹⁰⁵. Mit bloßen Schadenersatzansprüchen ist in vielen Fällen nicht zu helfen. Selbst die Gewährung der Erfüllungsklage könnte nicht alle Schwierigkeiten aus dem Wege schaffen. Während der Dauer eines Zivilprozesses können sich die Verhältnisse weiter verändern; dadurch können neue Beschlüsse und dementsprechend neue Auseinandersetzungen und gerichtliche Schritte erforderlich werden. Ein Gerichtsverfahren schafft zudem keine guten Voraussetzungen, um Spannungen zu beseitigen, und stellt vollends die Verständigungsbereitschaft in Frage, die für ein gutes Einvernehmen unter den Miteigentümern erforderlich ist¹⁰⁶. Das Recht zur Auflösung von Miteigentum aus wichtigem Grunde, das jedem Miteigentümer im geltenden Recht gewährleistet ist, kann sich unter Umständen zu Ungunsten der vertragstreuen Miteigentümer auswirken. In der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer muß die Auflösung überhaupt ausgeschlossen sein (vgl. unten S. 254a).

Wenn nun im Hinblick auf die besondere Funktion, welche der Miteigentumsgemeinschaft im Rahmen der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer zukommt, die gesetzliche Ordnung des Miteigentums ausgebaut wird, so treten dadurch keine wesensfremde Elemente hinzu. Diese Ordnung erfährt vielmehr bei dieser Gelegenheit eine Verbesserung, die nach dem Gesagten für das einfache Miteigentum nur als erwünscht angesehen werden kann. Trotz der offensichtlichen Mängel der geltenden gesetzlichen Ordnung kommt Miteigentum an Grundstücken in vielen Fällen vor. Die erforderliche Nutzungs- und Ver-

¹⁰⁴ Vgl. BGB § 744 Abs. 2.

¹⁰⁵ Vgl. Haab, Komm. N. 7 zu Art. 647.

¹⁰⁶ Haab, N. 3 zu Art. 650/51.

waltungsordnung ergibt sich öfters aus andern Rechtstiteln oder, allerdings seltener, aus sachentsprechenden Vereinbarungen der Parteien. So wird etwa Miteigentum bei einer einfachen oder einer Kollektivgesellschaft von den Regeln des Gesellschaftsrechtes beherrscht. Eine Miteigentums-gemeinschaft unter Ehegatten¹⁰⁷ untersteht weitgehend den Regeln des ehelichen Güterrechtes.

II. Die Neugestaltung der Grundsätze über die Willensbildung in der Gemeinschaft der Miteigentümer

1. Die Organisation einer Gemeinschaft im allgemeinen und der Miteigentums-gemeinschaft im besondern ist wesentlich davon beeinflußt, wieweit das Einstimmigkeits- oder das Mehrheitsprinzip gelten soll. Historisch gesehen ist unverkennbar, daß das Einstimmigkeitsprinzip immer stärker verdrängt wurde; anderseits mußte im Interesse von Minderheiten die Mehrheitsherrschaft eingeschränkt werden. Bei einer auf Dauer berechneten Gemeinschaft von Miteigentümern ergeben sich ungefähr dieselben Probleme wie bei der Organisation von Körperschaften, die auf Kapitalbeteiligung der Mitglieder aufgebaut sind. Die gut ausgestalteten Grundsätze der Willensbildung in der AG können in mancherlei Hinsicht Vorbild für die nicht zur juristischen Persönlichkeit gesteigerten Verbindung von Miteigentümern sein¹⁰⁸.

2. Wenn im nachfolgenden einige Hinweise für eine Verbesserung der gesetzlichen Miteigentumsordnung gegeben werden, so hat es dabei nicht die Meinung, daß diese Grundsätze überall Geltung haben müßten. Es besteht kein Grund, entgegen dem geltenden Recht¹⁰⁹ den Beteiligten

¹⁰⁷ Vgl. dazu Friedrich, Sollen Ehegatten Grundbesitz zu Miteigentum oder zu gesamter Hand erwerben? Basler Juristische Mitteilungen, 1954, S. 185 ff.

¹⁰⁸ Ähnlich Liver, Vortrag S. 27.

¹⁰⁹ OR Art. 648 Abs. 2; 649 Abs. 1; Haab, N. 1 zu Art. 648 und N. 1 zu Art. 699.

bei der Ausgestaltung der Beziehungen untereinander nicht weitgehende Freiheit zu belassen.

Wenn auch nach dem oben Gesagten unbedenklich das Mehrheitsprinzip zur Grundlage für die Ausgestaltung der Verwaltungsordnung genommen werden darf, so fällt doch die Umschreibung der Tatbestände, in denen der Wille der Mehrheit genügen soll, nicht leicht.

a) Sicher ist, daß es Veränderungen in der Gemeinschaftsordnung gibt, die sich keiner der Beteiligten gegen seinen Willen gefallen lassen muß. Unter Vorbehalt des unten (S. 244a) zu besprechenden Ausstoßungsrechtes hat jeder Miteigentümer ein unantastbares Recht auf Nutzung und Gebrauch der Sache im Rahmen der Gemeinschaftsordnung. So erscheint es als ausgeschlossen, daß die gemeinschaftliche Sache durch Mehrheitsbeschluß veräußert oder auch nur dinglich belastet werden kann¹¹⁰. Eine Änderung der Miteigentumsquoten wie eine Verschiebung der Abgrenzung des gemeinschaftlichen gegenüber dem Sonder Eigentum bedarf der Zustimmung der Betroffenen¹¹¹. Die dispositive gesetzliche Ordnung wird, gleich wie im geltenden Recht, auch die Veränderung des Zwecks der Gemeinschaft dem Einstimmigkeitsprinzip unterstellen müssen.

b) Erwägt man, wann Mehrheitsbeschlüsse zulässig sein sollen, so ist zunächst keine Frage, daß sich die Beteiligten in größerem oder kleinerem Umfange dem Willen der Mehrheit unterwerfen können (so ausdrücklich Art. 648 Abs. 2); ernsthafte Nachteile, vor denen das Gesetz die Miteigentümer bewahren müßte, sind hier nicht zu befürch-

¹¹⁰ Zu erwägen wäre allein, ob nicht zur Sicherstellung von Darlehen, deren Valuta zur Vornahme von notwendigen Reparaturen dient, eine Verpfändung der ganzen Sache durch Mehrheitsbeschluß möglich wäre. Diese Ordnung trifft der C. c. ital. Art. 1108 Abs. 4; ein solches Pfandrecht käme aber wohl nur mit richterlicher Bewilligung in Frage.

¹¹¹ Vgl. ZGB Art. 648 Abs. 2.

ten. Für das Gesetz, das auf die mannigfaltigsten Verhältnisse Rücksicht nehmen muß, kann es sich nur darum handeln, eine Ordnung aufzustellen, welche für möglichst viele Tatbestände angemessen ist. Das Ziel, eine ordentliche Verwaltung sicherzustellen, ohne mehr als notwendig in die Freiheit der Einzelnen einzugreifen, läßt sich besser erreichen, wenn die Anordnungen, welche einem Mehrheitsbeschluß unterliegen, nach ihrer sachlichen Bedeutung gegliedert werden; sie können dann verschiedenen Anforderungen in bezug auf die Zahl der zustimmenden Miteigentümer unterworfen werden. Dem Vorbilde der ausländischen Rechte folgend, dürften sich etwa nachstehende Kategorien bilden lassen:

1. Vorkehren, die zur Erhaltung der in Miteigentum stehenden Sache erforderlich sind (Reparaturen und dergleichen, gleichgültig, ob mit größeren oder kleineren Aufwendungen verbunden).
2. Gewöhnliche Verwaltungshandlungen (z.B. Wahl des Verwalters).
3. Aufwendungen, die eine Wertvermehrung oder eine wesentliche Verbesserung der Sache zur Folge haben (als Sonderfälle wären Beschlüsse über den Wiederaufbau bei ganzer oder teilweiser Zerstörung der Sache zu behandeln, dazu unten S. 255a).
4. Beschlüsse über die Abänderung der Nutzungs- und Gebrauchsordnung (Abänderung der grundlegenden Vereinbarungen, Erlaß oder Abänderung von Reglementen und Hausordnungen).

Was das Quorum selbst anbetrifft, so wird zu entscheiden sein, wann das einfache Mehr der anwesenden Miteigentümer genügen soll. Wenn man bedenkt, daß die Beschlüsse unter Umständen von großer Tragweite sein können, wird man für alle oder doch sicherlich für die unter Ziffer 3 und 4 genannten Angelegenheiten ein qualifiziertes Mehr ver-

langen müssen¹¹². Die Erschwerung kann einmal darin bestehen, daß die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl der Beteiligten vorgeschrieben wird¹¹³. Wegen der relativ kleinen Zahl der an der Gemeinschaft Beteiligten dürfte es nicht schwer halten, die Miteigentümer zur Beschlußfassung zusammenzubringen. Um die Willensbildung nicht lahmzulegen, ist es bei diesem Erfordernis gleichwohl unerläßlich, nach dem Vorbilde von OR Art. 649 bei mangelnder Beschlußfähigkeit die Möglichkeit einer zweiten Versammlung vorzusehen, bei der unabhängig von der Zahl der anwesenden Stimmberechtigten Beschluß gefaßt werden kann¹¹⁴.

Für die Beschlußfassung fällt auch die Art der Bemessung der Stimmkraft ins Gewicht. Da die Gemeinschaft der Miteigentümer sowohl persönliche wie kapitalistische Züge aufweisen kann, läßt sich sowohl das Kopfstimmenprinzip wie das Wägen der Stimmkraft nach Anteilen rechtfertigen. Auch hier ist es nicht leicht, die richtige Entscheidung zu treffen. Wohl ist das Kopfstimmenprinzip geeignet, der Vorherrschaft einiger kapitalkräftiger Beteiligter zu begegnen. Doch darf gerade beim Stockwerkseigentum nicht übersehen werden, daß größere Anteile in der Gemeinschaft von entscheidendem Gewicht sein können; deren Einfluß darf nicht durch eine Mehrzahl von Beteiligten, die nur über einen kleineren Anteil verfügen, ausgeschaltet werden. Die Anwesenheit und Zustimmung sowohl einer bestimmten

¹¹² Die Anerkennung des Mehrheitsprinzipes für bedeutendere wertvermehrende Aufwendungen versteht sich nicht von selbst und bedarf jedenfalls Vorkehren zum Schutze der nicht zustimmenden Miteigentümer. Vgl. dazu C. c. ital., Art. 1121; Batlle-Vázquez, S. 111 ff.

¹¹³ Das ital. Recht, C. c. ital. Art. 1136 verlangt allgemein die Anwesenheit von zwei Dritteln der Miteigentümer nach Köpfen und Anteilen berechnet. Das WEG (§ 25 Abs. 3) begnügt sich mit der Hälfte der Anteile; das franz. Recht (Art. 9) verlangt eine qualifizierte Anwesenheit nicht in allen Fällen.

¹¹⁴ So auch WEG § 25 Abs. 4.

Zahl von Köpfen wie von Anteilen zu verlangen, trifft aber ebensowenig in allen Fällen das Richtige, denn dadurch wird mitunter die Beschlußfähigkeit zu sehr erschwert. Die gesetzliche Ordnung kann schwerlich allen Verhältnissen Rechnung tragen; den Beteiligten muß es vorbehalten bleiben, die Anforderungen an die Beschlußfassung zu erleichtern oder zu erschweren.

c) Eine besondere Sachlage ergibt sich, wenn das im Stockwerkseigentum stehende Gebäude durch äußere Einwirkung (Brand, Naturereignisse, Kriegsschäden und dergleichen) ganz oder teilweise zerstört wird. Auf der einen Seite würde sich die Anerkennung des Mehrheitsprinzips bei Zerstörung eines Teiles des Gebäudes, der unter Umständen nur einzelnen Stockwerkseigentümern zum ausschließlichen Gebrauch überlassen ist, nicht als gerechtfertigt erweisen. Andererseits kann der Beschluß auf Wiederaufbau des zerstörten Gebäudes für die Beteiligten mit erheblichen Leistungspflichten verbunden sein. Zudem ist zu berücksichtigen, daß mit der vollständigen oder doch erheblichen Zerstörung des Gebäudes die tatsächliche Grundlage für die Gemeinschaft weggefallen ist. Ein Ausscheiden derjenigen Beteiligten, die sich an einem Wiederaufbau nicht beteiligen wollen, sollte auch nur mit Zustimmung aller übrigen Stockwerkseigentümer möglich sein.

Aus all diesen Gründen enthalten sowohl das italienische wie das deutsche Recht Sonderregeln für den Tatbestand der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Gebäudes¹¹⁵. Richtig erscheint vorerst, daß bei Deckung des Schadens durch Dritte, insbesondere durch eine Versicherung, das Gebäude wieder aufgebaut werden muß und daß jeder einen entsprechenden Anspruch geltend machen kann¹¹⁶. Immer-

¹¹⁵ Vgl. WEG § 22 Abs. 2 in Verbindung mit § 21 Abs. 5 Ziff. 3; C. c. ital. Art. 1128.

¹¹⁶ Vgl. Weitnauer-Wirths, N. 7 zu § 22; C. c. ital. Art. 1128 Abs. 3.

hin steht nichts entgegen, einem nicht zustimmenden Stockwerkseigentümer ein außerordentliches Austrittsrecht zu verleihen¹¹⁷. Ist der entstandene Schaden nicht gedeckt und das Gebäude zum überwiegenden Teil zerstört, so sollte die gesetzliche Ordnung vorsehen, daß die Gemeinschaft liquidiert wird.

3. Wenn Mehrheitsbeschlüsse für alle Beteiligten verbindlich sein sollen, bedarf es einer Verfahrensordnung, welche Gewähr dafür bietet, daß jedem der Beteiligten Gelegenheit geboten ist, an der Beschlußfassung mitzuwirken.

Es liegt nahe, die Vorschriften, welche für die Generalversammlung der Genossenschaft oder der Aktiengesellschaft aufgestellt worden sind, für die Organisation der Miteigentumsgemeinschaft heranzuziehen. Für die Beschlußfassung treten die Mitglieder der Gemeinschaft üblicherweise zu einer Versammlung zusammen. Es rechtfertigt sich auch, für diese die Einberufungsvorschriften des Gesellschaftsrechtes zu übernehmen, selbst wenn die Gemeinschaft keineswegs eine juristische Person ist. Wichtig ist vor allem die Vorschrift, für die Einberufung eine Frist einzuhalten und in der Einladung die an der Versammlung zu behandelnden Traktanden zu bezeichnen. Gegen eine Universalversammlung und eine Beschlußfassung auf schriftlichem Wege (Urabstimmung) ist nichts einzuwenden¹¹⁸.

4. Besteht die Miteigentumsgemeinschaft aus einer größeren Zahl von Beteiligten, so empfiehlt es sich, einen ausgewählten Teil der Funktionen und Aufgaben der Versammlung aller Eigentümer an Organe zu delegieren, welche für die Verwaltung verantwortlich sind. Eine solche Delegation ist in größeren Gemeinschaften unerläßliche Voraussetzung für eine befriedigende Tätigkeit der Ge-

¹¹⁷ So C. c. ital. Art. 1128 Abs. 4.

¹¹⁸ Analog dem Genossenschaftsrecht OR Art. 855; ähnlich im deutschen Recht WEG § 23 Abs. 3.

meinschaft. Die Ausgestaltung dieser weiteren Organe könnte den Beteiligten überlassen bleiben. Allein von der Einsetzung eines Organs, das die laufenden Geschäfte besorgt, hängt für die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer so viel ab, daß das Gesetz gewisse Bestimmungen vorsehen muß; praktisch geht es um die Einsetzung eines ausführenden Organs (Verwalters). Es rechtfertigt sich, auf dessen Stellung und Aufgaben im Nachstehenden besonders einzugehen (vgl. § 23 hienach). Nichts steht darüber hinaus im Wege, daß die Gesamtheit der Miteigentümer einzelne Aufgaben kleineren Gremien oder auch einzelnen Miteigentümern überträgt. Im Gesetze brauchen höchstens Bestimmungen darüber aufgenommen zu werden, welche Befugnisse die Versammlung der Stockwerkseigentümer nicht an andere Organe delegieren kann.

III. Der Schutz der Minderheit in der Stockwerkseigentümergeinschaft

Wenn für die Fragen erheblicher Tragweite das Mehrheitsprinzip anerkannt werden soll, bedarf es auf der andern Seite eines gewissen Schutzes der Minderheiten, also derjenigen Beteiligten, welche an der Willensbildung nicht mitwirkten oder sich gegen einen bestimmten Beschluß ausgesprochen haben. Von der Stellung, welche den nicht zustimmenden Miteigentümern eingeräumt ist, wird es abhängen, wieweit das Mehrheitsprinzip sachlich vertretbar ist. Es darf dabei nicht übersehen werden, daß der einzelne Beteiligte eine dem Alleineigentümer möglichst angenäherte Stellung haben soll.

1. In erster Linie muß die Möglichkeit bestehen, Mehrheitsbeschlüsse, die in Verletzung der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen über das Verfahren ergangen sind, zu Fall zu bringen. Die Tatsache, daß derjenige Stockwerkseigentümer, der zu einer Versammlung nicht oder nicht richtig eingeladen worden ist, sich die entsprechen-

den Beschlüsse nicht entgegenhalten lassen muß, bietet keinen genügenden Schutz; denn die Durchführung des Beschlusses kann Auswirkungen haben, die nicht mehr abzuwenden sind. Ebenso wenig kann generell gesagt werden, daß solche Beschlüsse schlechthin nichtig seien. Hier muß, analog der Ordnung im Körperschaftsrecht, ein Anfechtungsrecht gegeben sein. Dessen Ausgestaltung, (Fristen, Inhalt und Wirkungen des Urteils) kann sich weitgehend an die bewährte und durch die Rechtsprechung verfeinerte Ordnung des Aktienrechtes anlehnen.

2. Die Interessen einzelner Miteigentümer können nicht nur durch positives Handeln der übrigen Beteiligten, sondern ebenso gut dadurch beeinträchtigt werden, daß sich die Mehrheit passiv verhält und es unterläßt, notwendige Beschlüsse zu fassen. Wenn zum Beispiel die Mehrheit findet, die Vornahme einer bestimmten, objektiv notwendigen Reparatur sei auf unbestimmte Zeit zu verschieben, so muß jeder der Beteiligten die Möglichkeit besitzen, im Interesse der Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache die erforderlichen Maßnahmen durch den Richter anordnen zu lassen. Auch hier genügen bloße Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber denjenigen Organen oder Beteiligten der Gemeinschaft nicht, welche pflichtgemäß zu handeln unterlassen haben. Vielmehr muß ähnlich der Ordnung im deutschen Recht¹¹⁹ jeder der Beteiligten eine Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen können, welche den Vereinbarungen, den Beschlüssen und, bei deren Fehlen, dem Gesetze entspricht. Er muß berechtigt sein, die andern Beteiligten, nötigenfalls auf dem Klagewege, zu einem Verhalten zu zwingen, das im Interesse der gemeinsamen Sache liegt.

Das so modifizierte Mehrheitsprinzip schließt nicht aus, daß jeder Beteiligte berechtigt ist, von sich aus Maßnahmen zu treffen, welche zur Abwendung einer dem gemein-

¹¹⁹ BGB § 745 Abs. 2 und weitergehend WEG § 21 Abs. 4.

schaftlichen Eigentum unmittelbar drohenden Gefahr notwendig sind. Anders als nach geltendem Recht (ZGB Art. 647 Abs. 2 und 3) dürfen solche Vorkehren nicht davon abhängig gemacht werden, daß die Mehrheit dagegen keinen Einspruch erhebt. Hat die Gemeinschaft einen Verwalter eingesetzt, so wird sich eine außerordentliche Handlungsbefugnis der einzelnen Miteigentümer allerdings erübrigen.

3. Von praktischer Bedeutung sind insbesondere Beschlüsse der Mehrheit, welche Verbesserungen und Wertvermehrungen der gemeinsamen Sache bewirken, aber zugleich mit Aufwendungen für die Beteiligten verbunden sind (z.B. Einbau einer Zentralheizung, Ausbau des Dachstockes, Anbau von Garagen und dgl.). Hier ist es unter Umständen der Minderheit, die gegen eine solche wertvermehrende Änderung Stellung genommen hat, nicht zumutbar, die damit verbundenen finanziellen Leistungen zu erbringen. Andererseits wäre es unbillig, wenn wegen des Widerstandes Einzelner die Mehrheit die Verbesserung der Sache nicht vornehmen könnte. Ausländische Rechtsordnungen versuchen diesen Konflikt zu lösen¹²⁰: Die Verbesserungen oder wertvermehrenden Einrichtungen können nur von denjenigen Miteigentümern benutzt werden, die ihrer Vornahme zugestimmt haben und den entsprechenden Kostenanteil zu übernehmen bereit sind. Kommt die Verbesserung ihrer Natur nach allen Beteiligten zugute (z.B. verbesserte Hauseingänge; schönere Fassadengestaltung), so sind die nicht zustimmenden Miteigentümer gleichwohl von der Beitragspflicht befreit. Um zu vermeiden, daß der Wille eines Einzelnen über die Ausgestaltung des Gebäudes entscheiden kann, müssen aber auch Beschlüsse über wertvermehrende Aufwendungen zum mindesten mit einem einfachen Mehr gefaßt werden. Eine ähnliche Ordnung sollte auch im schweizerischen Recht getroffen wer-

¹²⁰ Vgl. WEG § 16 Abs. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 1; franz. Gesetz Art. 9; besonders eingehend C. c. ital. Art. 1120 und 1121.

den. Man wird sich dabei aber bewußt sein müssen, daß sie im Einzelfalle zu einer wenig erwünschten Komplizierung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse der betreffenden Gemeinschaft führen kann.

*§ 23. Insbesondere der Verwalter in der
Stockwerkseigentumsgemeinschaft*

*I. Die Voraussetzungen für die Einsetzung
eines Verwalters*

1. Grundsätzlich sollten die Miteigentümer die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Sache selbst verwalten. Wenn Größe und Bedeutung der Sache eine Selbstverwaltung erschweren oder wenn sich die Miteigentümer der Pflicht, bei der Verwaltung mitzuwirken, entziehen, so muß eine ordnungsgemäße Verwaltung auf andere Weise sichergestellt werden. Die Verwaltung größerer Liegenschaften, die von vielen Personen bewohnt werden, stellt besondere Anforderungen. Zahllose Verrichtungen und Geschäfte sind erforderlich, um das ungestörte Nebeneinanderwohnen aller Parteien zu gewährleisten. Die Aufstellung des Planes über die Verteilung der Kosten, die Anordnung der erforderlichen Unterhalts- und Verbesserungsarbeiten wie auch die Verteilung der Aufwendungen, ferner das Inkasso der entsprechenden Beiträge der Stockwerkseigentümer, zu denen unter Umständen auch der Einzug der Zinsen und Amortisationen zu Hypotheken treten können, verursachen erhebliche Umtriebe. Viele Beschlüsse der Stockwerkseigentümerversammlung müssen von einer einzelnen Person ausgeführt werden.

Seit langem hat sich im Auslande erwiesen, daß diese Funktionen mit Vorteil einem Dritten übertragen werden. Für die Einsetzung eines Verwalters spricht auch der Umstand, daß dieser in der Lage ist, zu Händen aller Stockwerkseigentümer Vorschläge für die erforderlichen Instandstellungs- und Unterhaltsarbeiten zu machen. Solchen Vor-

schlägen kommt besonderes Gewicht zu, wenn der Verwalter sachkundig ist und am Gebäude nicht selbst als Miteigentümer beteiligt ist. Er wird unter diesen Voraussetzungen auch geeignet sein, kleinere Differenzen zwischen den Bewohnern zu schlichten und die Beachtung der Gebrauchs- und Nutzungsordnung zu überwachen wie gegen allfällige Übertretungen dieser Ordnung rechtzeitig einzuschreiten.

2. Da sich die Einsetzung eines ausführenden Organs bei größeren Gemeinschaften praktisch als unentbehrlich erweist, sollte der Verwalter in der gesetzlichen Organisation der Gemeinschaft vorgesehen werden. Sowohl das deutsche (WEG § 20 Abs. 2 und 26 Abs. 2) wie das französische Recht (Art. 10 Abs. 1) geben jedem Stockwerkseigentümer das unentziehbare Recht, die Einsetzung eines Verwalters zu verlangen; das gleiche gilt für das italienische (Art. 1129) und saarländische Gesetz (§ 22) bei Gemeinschaften mit mehr als vier Beteiligten. Nirgends ist somit der Verwalter notwendiges Organ, dessen Fehlen den Bestand der Gemeinschaft in Frage stellen würde. Solange keiner der Miteigentümer die Bestellung des Verwalters verlangt, braucht er nicht eingesetzt zu werden¹²¹. In der gleichen Weise empfiehlt sich ein Ausbau der schweizerischen Miteigentumsordnung. Wenn das Gesetz die Möglichkeit gibt, die Einsetzung eines Verwalters zu verlangen, muß es nicht nur die Befugnisse des Verwalters umschreiben und die Zuständigkeit gegenüber der Gesamtheit der Stockwerkseigentümer abgrenzen, sondern diese Ordnung in gewissem Umfange als zwingend erklären. Andernfalls besteht die Möglichkeit¹²², durch vertragliche Abrede die Befugnisse des Verwalters so einzuschränken, daß ihm jede Bedeutung genommen ist. Auch nach der entgegengesetzten Richtung

¹²¹ Zu weit geht das deutsche WEG (§ 20 Abs. 2), wenn es das Recht, die Einsetzung des Verwalters zu verlangen, auch einem interessierten Dritten, z.B. einem Gläubiger, gibt.

¹²² Vgl. WEG § 27 Abs. 3.

bedarf es gesetzlicher Schranken, um zu vermeiden, daß die Rechte der Miteigentümer zu stark eingeschränkt werden. Die Grenzen werden ähnlich wie im Vereins- oder Genossenschaftsrecht (ZGB Art. 65; OR Art. 879) verlaufen müssen.

Im Regelfalle wird der Verwalter von der Versammlung der Stockwerkseigentümer in dem Verfahren, das für die ordentliche Beschlußfassung¹²³ gilt, also mit Mehrheitsbeschluß, ernannt werden. Das geltende schweizerische Recht¹²⁴ welches Einstimmigkeit verlangt, muß daher geändert werden. Unabhängig von der vertraglich vereinbarten Dauer der Bestellung muß der Verwalter jederzeit abberufen werden können. Mangels entsprechender Beschlüsse der Gemeinschaft hat der Richter auf Begehren eines einzelnen Stockwerkseigentümers den Verwalter zu ernennen oder abuberufen.

II. Aufgaben und Befugnisse des Verwalters

1. Rechte und Pflichten gegenüber der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer. Die dem Verwalter obliegenden Pflichten sowie die ihm zustehenden Rechte ergeben sich aus dem Gesetz und aus dem Vertrag über die Begründung der Gemeinschaft. Die gesetzliche Ordnung muß zum Ausdruck bringen, welche Befugnisse und Pflichten unabdingbar sind. Die Aufstellung eines «Normalvertrages» (vgl. oben S. 169a) könnte das Gesetz in wirksamer Weise entlasten. Im wesentlichen wären in einer gesetzlichen Ordnung dem Verwalter folgende Aufgaben zu übertragen¹²⁵:

1. Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse der Stockwerkseigentümer,

2. Sorge für die Beachtung der Benutzungs- und Gebrauchsordnung wie der allfälligen Hausordnung,

¹²³ WEG § 26 Abs. 1; franz. G. Art. 10.

¹²⁴ Vgl. Art. 647; Haab, N. 1 zu Art. 647.

¹²⁵ Vgl. dazu die ausführlichen Vorschriften im WEG § 27, C. c. ital. Art. 1130, franz. G. Art. 10.

Instandhaltung der gemeinschaftlich benutzten und im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile des Hauses,

3. Besorgung aller mit der laufenden Verwaltung der Liegenschaft und der Gemeinschaft zusammenhängenden Geschäfte (Führung der Bücher und der Kasse, Verwaltung anderer Vermögenswerte, Aufstellung der Rechnung und Voranschläge) und

4. Inkasso der von der Versammlung der Stockwerkseigentümer beschlossenen Vorschüsse und Beiträge an gemeinsame Kosten sowie gegebenenfalls der Grundpfandzinsen und Amortisationen.

Die vom Verwalter vorgenommenen Handlungen müßten für und gegen alle Stockwerkseigentümer wirken, gleichgültig, ob diese von den Handlungen Kenntnis gehabt und ihnen zugestimmt haben oder nicht. Der Verwalter wird für seine Tätigkeit nach Auftrags- oder Dienstvertragsgrundsätzen Entschädigung zu erhalten haben. Wenn sich der Verwalter pflichtwidrig verhält, muß er bei Vorliegen wichtiger Gründe abberufen werden können. Zu beachten ist, daß das Verhalten des Verwalters zwar nicht der Gemeinschaft, aber doch einzelnen Stockwerkseigentümern zum Nachteil gereichen kann, so daß die Gemeinschaft zunächst keinen Anlaß hat, einzuschreiten. Es muß deshalb die Möglichkeit gerichtlicher Anfechtung geschaffen werden; denn wenn man die Grundsätze anwendet, die von der Rechtsprechung für die Anfechtung von Beschlüssen der ausführenden Organe von Aktiengesellschaften und Genossenschaften entwickelt worden sind, wäre dieser Rechtsbehelf ausgeschlossen. Wegen der individuellen Ausgestaltung der Gemeinschaft wird aber zu erwägen sein, ob daneben dem Betroffenen nicht das Recht zur Beschwerde an die Versammlung der Stockwerkseigentümer eingeräumt werden soll¹²⁶.

¹²⁶ Ein umfassendes Recht zu Beschwerde an die Versammlung gibt C. c. ital. Art. 1133.

2. Die Stellung des Verwalters gegenüber Dritten. Von der Umschreibung der Befugnisse gegenüber der Gemeinschaft ist nach schweizerischer Rechtsauffassung der Umfang der Vertretungsmacht gegenüber Dritten zu unterscheiden. Der Verwalter begründet durch sein Handeln mit Wirkung für die Gemeinschaft Rechte und Pflichten, wenn ihm eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht im Sinne von OR Art. 32 ff. eingeräumt wird. Der Umfang der Stellvertretungswirkung bestimmt sich im Rahmen des Vertrauensprinzipes nach der Erklärung des Vertretenen, also hier der Stockwerkseigentümer. Die Vertretungsmacht kann anhand einer dem Vertreter überlassenen Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden. Doch im täglichen Verkehr werden Dritte kaum bei jeder Handlung den Nachweis der Vollmacht verlangen, sondern sich auf die äußere Stellung und Funktion des Verwalters verlassen; dabei könnten sie leicht über individuelle Verschiedenheiten solcher Vollmachten hinwegsehen. Es drängt sich deshalb auf, den Inhalt der Vertretungsmacht des Verwalters in der Miteigentums- oder Stockwerkeigentumsgemeinschaft gleich den im Handelsrecht bekannten Vollmachtsverhältnissen durch das Gesetz zu umschreiben. Nur so dürften Dritte, die mit der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten, genügend geschützt sein.

a) Dabei stellt sich vorerst die Frage nach dem Umfang dieser gesetzlichen Vertretungsmacht. In Anlehnung an die Umschreibung der Vertretungsmacht des Handlungsbevollmächtigten in OR Art. 462 sollte der Verwalter der Stockwerkseigentümergeinschaft alle Handlungen vornehmen dürfen, welche die Verwaltung des in Miteigentum aufgeteilten Gebäudes gewöhnlich mit sich bringt. Ausdrücklich auszuschließen wäre dabei die Aufnahme von Darlehen und wohl auch die Führung von Aktiv- und Passivprozessen¹²⁷. Eine Beschränkung dieser Vollmacht müß-

¹²⁷ Man kann sich allerdings fragen, ob nicht die Prozeßfähigkeit der Stockwerkseigentümergeinschaft in bestimmtem Um-

te gutgläubigen Dritten gegenüber ausgeschlossen sein. Vorbehalten bliebe allein die Begrenzung der Vollmacht im Sinne der Kollektivunterschrift.

b) Die Vertretungsmacht muß Dritten kundgetan werden. Hier eignet sich der Eintrag in einem öffentlichen Register¹²⁸.

Für die Eintragung im Handelsregister spricht die analoge Ordnung aus dem Recht der Gemeinschaft. Nach Art. 341 ZGB und HRegVO Art. 107 wird deren Haupt im Handelsregister publiziert¹²⁹. Für den Eintrag im Register müßte die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer mit einer Bezeichnung versehen werden. Eine Abkürzung etwa des Inhaltes «Stockwerkseigentumsgemeinschaft . . .straße Nr. 5» würde den praktischen Bedürfnissen wohl genügend Rechnung tragen.

Der sachenrechtliche Charakter der Gemeinschaft läßt auch an die Anmerkung des Verwalters im Grundbuch denken. Allein die Kundgabe von bloßen Vertretungsverhältnissen ist eine dem Grundbuch wesensfremde Aufgabe. Auch ein Vergleich mit der Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen (ZGB Art. 960) wäre nicht stichhaltig. Zudem müßten für diesen Sonderfall die Grundsätze über das Recht zur Einsichtnahme in das Grundbuch geändert werden; es könnte nicht verlangt werden, daß derjenige, der sich über das Bestehen einer Vertretungsmacht erkundigen

fange in Anlehnung an das italienische Recht, Art. 1132, bejaht und dem Verwalter die Führung von Passivprozessen unter ausdrücklichem Vorbehalt der Pflicht zur Berichterstattung an die Stockwerkseigentümer zugewiesen werden soll.

¹²⁸ Das ital. Recht kannte die Eintragung des Verwalters in dem durch die Verbände der Hauseigentümer geführten Register (Ausf.Best. Art. 71); diese Ordnung ist mit der Abschaffung der ständestaatlichen Organisation obsolet geworden; vgl. Visco, S. 344.

¹²⁹ Gleich wie für die Gemeinderschaft könnte eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt unterbleiben und durch eine Veröffentlichung in den von den Kantonen bezeichneten Blättern ersetzt werden. HRegVO Art. 108 Abs. 1.

möchte, ein Interesse nachweist. Das Grundbuchrecht kennt denn auch keinen analogen Tatbestand, obwohl etwa die Angabe der Person eines Willensvollstreckers im Grundbuch sachlich wohl zu begründen wäre.

§ 24. Die Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuch

I. Vorbemerkungen

Wir haben oben dargelegt (S. 133a), daß die Ablehnung des Stockwerkseigentums bei Einführung des ZGB nicht zuletzt mit den Schwierigkeiten begründet worden ist, diese Rechtsverhältnisse im Grundbuche darzustellen. Die Beantwortung der Frage, ob die heute erwogene Verbindung von Miteigentum und Sonderrecht an einzelnen Teilen des Gebäudes im Grundbuch eingetragen werden kann, ist von erheblicher Tragweite und praktischer Bedeutung. Kommt man zum Schluß, daß die Verselbständigung des Stockwerkseigentums mit dem Gedanken des Grundbuchs im allgemeinen und seiner Durchführung im schweizerischen Recht im besondern in Einklang gebracht werden kann, so fällt ein wichtiges Bedenken gegen das Stockwerkseigentum dahin.

Nach Abklärung dieser Frage empfiehlt es sich, zu prüfen, wie das geteilte Eigentum und die damit verbundenen Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten im Grundbuche eingetragen und Dritten in übersichtlicher und klarer Weise zur Kenntnis gebracht werden können. Diese Aufgabe läßt sich nicht etwa damit erledigen, daß man auf die kantonalen Rechte verweist, in denen¹³⁰ die Eintragung des Stockwerkseigentums im Grundbuch geregelt war; von der Untersuchung entbindet auch nicht der Umstand, daß das deutsche Wohnungseigentum «grundbuchfähig» ausgestaltet wurde. Alle diese Publizitätseinrichtungen weisen in grundsätzlicher oder doch in technischer Beziehung gegenüber dem Grundbuchrecht des ZGB so erhebliche Ab-

¹³⁰ Tessin und Waadt; vgl. Sattiva, S. 59 f.

weichungen auf, daß sie höchstens ein Indiz für die Eintragbarkeit des Stockwerkseigentums abgeben können.

Stockwerkseigentum im Grundbuch einzutragen, heißt, ein räumliches Verhältnis aus einem Register ersichtlich zu machen, das auf der Gliederung der Bodenfläche beruht. Das geltende Recht beweist, daß damit keine unlösbare Aufgabe gestellt ist. Dem Grundbuch können nicht allein Angaben über Rechtsverhältnisse an der Bodenfläche entnommen werden. Der Liegenschaftsbeschrieb läßt erkennen, ob es sich um ein bebautes oder unüberbautes Grundstück handelt; Baurechte und Bergwerke, die beide als selbständige Grundstücke eingetragen werden können¹³¹, beziehen sich auf dingliche Rechte über bzw. unter der Bodenfläche; Dienstbarkeiten, mit denen die Überbauung eines Grundstückes ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, betreffen die Art der Ausnützung des über dem Boden liegenden Luftraumes; und endlich sei darauf hingewiesen, daß durch die Eintragung eines Wohnrechtes ein dingliches Recht an einem räumlich beschränkten Teil eines Gebäudes bestellt werden kann. Es wäre also offensichtlich falsch, dem Grundbuch schlechthin die Fähigkeit abzusprechen, Rechtsverhältnisse im Raum zur Darstellung zu bringen¹³².

Welchen Anforderungen muß der Eintrag von Stockwerkseigentum im Grundbuch entsprechen? Das Bedürfnis nach Publizität der dinglichen Rechte ist um so größer, je verwickelter die Rechtsverhältnisse an den Grundstücken sind. Bei Stockwerkseigentumsverhältnissen muß nicht nur erkennbar sein, wer Eigentümer oder dinglich Berechtigter am Grundstück und Gebäude ist, sondern auch wie die Abgrenzung der mehrfachen real und ideell aufgeteilten Berechtigung verläuft. Erwünscht ist, wenn das Stockwerkseigentum im wesentlichen mit den Mitteln des geltenden

¹³¹ ZGB Art. 655 Ziff. 2 und 3; Art. 943 Ziff. 2 und 3.

¹³² Vgl. schon E. Huber, Die Teilung des Eigentums im schweizerischen Recht, a. a. O. S. 11 ff. und S. 31.

Grundbuchrechtes dargestellt werden kann. Eine Änderung der Grundlagen des geltenden Registerrechtes, z.B. in bezug auf den Umfang des öffentlichen Glaubens der Eintragungen würde dem Gebot der Rechtssicherheit widersprechen. Nebenbei ist auch auf die finanziellen Aufwendungen hinzuweisen, die mit einer Änderung der Struktur des Grundbuches verbunden sein könnten.

II. Die Eröffnung besonderer Grundbuchblätter für Stockwerkseigentum

1. Wenn man davon ausgeht, daß Stockwerkseigentum für das schweizerische Recht allein als Verbindung von Miteigentum und Sonderrecht an einzelnen Teilen des Gebäudes in Frage kommt, handelt es sich vorerst um die grundbuchliche Darstellung des Miteigentums, also einer dem geltenden Recht vertrauten Form der mehrfachen Berechtigung am Grundstück. Die Miteigentümer sind nach Art. 33 GBV als Eigentümer unter Angabe des Bruchteiles auf dem gleichen Grundbuchblatt einzutragen. Obwohl der Miteigentumsanteil in bezug auf die Verfügung als selbständiges Grundstück behandelt wird, kann hiefür nach der geltenden Grundbuchverordnung kein eigenes Grundbuchblatt eröffnet werden¹³³. Eintragungen, welche nur einen Miteigentumsanteil betreffen, sind unter entsprechender Bemerkung, auf dem Blatt vorzunehmen, das alle Anteile umfaßt¹³⁴. Wo zahlreiche Miteigentumsanteile bestehen und darüber häufige Verfügungen getroffen werden, wird das Grundbuchblatt leicht unübersichtlich.

¹³³ Vgl. Art. 31, 33 Ziff. 1. Es fragt sich, ob die Eröffnung selbständiger Blätter für Miteigentumsanteile nicht schon auf Grund der geltenden Gesetzesbestimmungen zugelassen werden könnte; vgl. La Roche S. 29a. Aus der Konstruktion des Miteigentums als einheitliches, aber mehrfach zuständiges Eigentumsrecht ergibt sich, entgegen Haab, (Komm. N. 9 zu Art. 646), der gegenwärtige Rechtszustand kaum als notwendige Folge.

¹³⁴ So ausdrücklich GBV Art. 47 für die Pfandrechte.

Zum Miteigentumsanteil tritt, mit diesem untrennbar verbunden, das Sonderrecht an einzelnen räumlich ausgeschiedenen Anteilen des Gebäudes. Auch für die Eintragung im Grundbuch ist nicht von entscheidender Bedeutung, ob dieses Sonderrecht als Eigentum, als Modifikation des Inhaltes des Miteigentums oder als ein beschränkt dingliches Recht verstanden wird. Diese Sonderrechte können gleich wie andere den Miteigentumsanteil betreffende Lasten und Rechte (z.B. Nutznießung) auf dem Grundbuchblatt aller Miteigentumsanteile mit entsprechendem Vermerk eingetragen werden. Liegt ein selbständiges und dauerndes Recht im Sinne von Art. 655 Abs. 2 und 943 Ziff. 2 ZGB vor, so steht der selbständigen Aufnahme dieses Rechtes als Grundstück nicht entgegen.

Sollen die Voraussetzungen für die Eintragung von Stockwerkseigentum geschaffen werden, so kann der Gesetzgeber an die skizzierte Ordnung organisch ansetzen: Die «Verselbständigung», d.h. grundstückgleiche Behandlung, welche das geltende Recht für gewisse beschränkt dingliche Rechte bereits kennt, kann auf das als Eigentum verstandene Sonderrecht an einzelnen Teilen des Gebäudes ausgedehnt werden. Die enge und per definitionem unlösbare Verbindung zwischen dem Sonderrecht und dem Miteigentumsanteil muß aber weiter dazu führen, daß auch der Miteigentumsanteil Gegenstand eines eigenen Grundbuchblattes bilden kann, also entgegen dem geltenden Recht in jeder Beziehung wie ein selbständiges Grundstück behandelt wird.

Dieses neue, Miteigentumsanteil und Sonderrecht umfassende Grundbuchblatt, das als Stockwerkseigentumsblatt bezeichnet werden mag, würde demnach grundsätzlich folgende Eintragungen enthalten:

1. Angabe des Eigentümers des betreffenden Miteigentumsanteiles;
2. das dazugehörende Recht auf ausschließliche Nut-

zung eines bestimmten Teiles des Gebäudes (gleichgültig ob als Eigentum oder Dienstbarkeit verstanden);

3. daraus zwangsläufig folgend als Lasten die das Miteigentum beschränkenden Rechte der andern Stockwerkeigentümer auf ausschließliche Benutzung der übrigen Teile des Gebäudes, an denen die Sondernutzung vorbehalten ist;

4. alle dinglichen Verfügungen über den Miteigentumsanteil, insbesondere die daran bestellten Pfandrechte;

5. und endlich weitere nach dem Gesetz zugelassene und ihrer Natur nach mögliche Eintragungen; Vor- und Anmerkungen, die nur den Anteil betreffen.

Die Angabe, daß es sich um ein Stockwerkseigentumsblatt handelt, muß darauf hinweisen, daß über das Recht auf Sondernutzung des betreffenden Gebäudeteiles nicht selbständig, d.h. ohne gleichzeitige Verfügung über den Miteigentumsanteil, verfügt werden kann. Es dürfte im Interesse klarer und einfacher Rechtsverhältnisse liegen, wenn für den Fall der Bestellung von Stockwerkseigentum die Anlage gesonderter Blätter für die einzelnen Miteigentumsanteile zwingend vorgeschrieben und nicht etwa den Beteiligten überlassen bleibt. Zu erwägen wäre höchstens, ob wegen der Kostenersparnis die Zusammenlegung mehrerer Stockwerksblätter in einem Kollektivblatt im Sinne von ZGB Art. 947 und GBV Art. 45 gestattet werden kann¹³⁵.

2. Auf Grund welcher Belege kann ein solches Stockwerkseigentumsblatt geschaffen werden? Grundlage bildet der Vertrag unter den künftigen Miteigentümern oder die einseitige Erklärung des Eigentümers über die Bildung von Stockwerkseigentum. Dazu kommt als neues Element der Aufteilungsplan¹³⁶, welcher die Sonderrechte an einzelnen Teilen des Gebäudes individualisiert und zudem die

¹³⁵ Das deutsche Recht läßt diese Erleichterungen ebenfalls zu, WEG § 7 Abs. 2.

¹³⁶ Hierüber vgl. oben S. 182a.

Grenzen jedes Sonderrechtes gegenüber den andern Sonderrechten wie auch gegenüber gemeinschaftlich genutzten Teilen des Gebäudes festlegt. Wird am Erfordernis festgehalten, daß nur selbständige und für sich abgeschlossene Wohnungen oder sonstige Räumlichkeiten Gegenstand des Stockwerkseigentums bilden können, so wird der Plan einen Vermerk tragen müssen, wonach dieser durch die zuständige Behörde geprüft worden ist. Das Grundbuchamt selbst kann mit dieser Prüfung nicht betraut werden; diese wird mitunter tatbeständliche Erhebungen und technische Kenntnisse erfordern. Das auf dem Urkundenprinzip aufgebaute Grundbuchverfahren eignet sich hiefür nicht¹³⁷.

Welche rechtliche Bedeutung kommt dem Aufteilungsplan zu? Es kann sich dabei nicht um einen Grundbuchplan im Sinne von ZGB Art. 942 Abs. 2 und GBV Art. 4 handeln¹³⁸, der die Grenzen des Grundstückes festlegt und den öffentlichen Glauben des Grundbuches teilt. Der Aufteilungsplan braucht, was wegen der Kosten von Bedeutung ist, nicht etwa von den Organen der Grundbuchvermessung erstellt zu werden. Damit ist noch nicht entschieden, in welchem Umfange diesem Plan öffentlicher Glaube zukommt. Es stellt sich die Frage, wieweit sich der Erwerber des Stockwerkseigentums auf den Aufteilungsplan verlassen kann, wenn die Gliederung und Organisation des Gebäudes diesem Plan in Tat und Wahrheit nicht entspricht. Muß er sich, sofern von Anfang an oder infolge späterer Umbauten und Verschiebungen Plan und tat-

¹³⁷ Vgl. die analoge Ordnung für die Eintragung von Seeschiffen im Register der schweizerischen Seeschiffe: die Eintragung im Register erfordert u. a. die Vorlage der Bescheinigung über die Zulassung des Schiffes zur Seeschiffahrt und das Vorhandensein der für die Eintragung erforderlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Person des Schiffseigentümers oder Reeders, SSG Art. 34. Diese wird durch das Seeschiffahrtsamt als Fachbehörde ausgestellt.

¹³⁸ Vgl. Homberger, N. 5 zu Art. 973.

sächliche Verhältnisse nicht übereinstimmen, solche Änderungen entgegenhalten lassen?

a) Eine Antwort hierauf kann nach dem geltenden Recht nur für den Fall gegeben werden, daß das Stockwerks«eigentum» ein beschränkt dingliches Recht ist; hier wäre Art. 738 ZGB zu beachten. Darnach ist der Eintrag im Grundbuch für den Umfang der Rechte und Pflichten aus der betreffenden Servitut maßgebend, sofern sich diese aus dem Eintrag, also nicht allein aus den Belegen, «deutlich ergeben». Im Rahmen dieses Eintrages kann der Inhalt der Dienstbarkeit («ausschließliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht an einem bestimmten Gebäudeteil») aus dem Erwerbsgrund, also aus dem Bestellungsakt erschlossen werden. Daraus folgt für die Wirkung des Eintrages, daß der Aufteilungsplan für gutgläubige Dritte verbindlich ist, soweit der Eintrag im Hauptbuch auf diesen Plan verweist. Der Erwerber des «Stockwerkseigentums» (gleiches gilt für die beschränkt-dinglich Berechtigten, also vorab für Pfandgläubiger) kann demgemäß sein Recht gegenüber einem Dritten, der entgegen den Aufzeichnungen im Plan, wenn auch gutgläubig, Räume als zu seinem «Stockwerk» gehörend besitzt und nutzt, durchsetzen. Die Tatsache, daß die örtliche Umgrenzung der Dienstbarkeit nicht im Grundbuchplan eingezeichnet ist, schließt also nicht aus, daß sich der öffentliche Glaube auch auf den Umfang des beschränkt dinglichen Rechtes bezieht. Die Eintragung der Dienstbarkeitsgrenzen im Grundbuchplan^{138a} ist nur eine, nicht die einzige Form der Umschreibung des Inhaltes von örtlich schränkten dinglichen Rechten. Immerhin ist hinsichtlich der Rechtswirkungen des Aufteilungsplanes eine wichtige Einschränkung anzubringen. Anders als beim Grundbuchplan besteht keine Gewähr dafür, daß bei Begründung des dinglichen Rechtes Plan und Wirklichkeit übereinstimmen. Demjenigen Stockwerks«eigentümer», dessen

^{138a} Vgl. Instruktion für die Vermarkung und die Parzellarvermessung vom 10. Juni 1919, Art. 1.

Rechte auf Grund des Planes weniger umfangreich sind als in Wirklichkeit, muß der Nachweis offenstehen, daß schon der ursprüngliche Sachverhalt von der Darstellung im Plane abwich, es sei denn, er könnte in bezug auf diese Diskrepanz nicht als gutgläubig angesehen werden.

b) Sieht man im alleinigen Nutzungsrecht des Stockwerkseigentümers dagegen echtes Eigentum, so läßt sich begreiflicherweise dem geltenden Recht nicht entnehmen, wieweit sich der öffentliche Glaube erstreckt. Der Gesetzgeber wird aber hier ohne Bedenken die soeben für die beschränkt dinglichen Rechte an einem Teil des Gebäudes dargelegte Ordnung übernehmen können; denn es erscheint als richtig, daß der Dritterwerber sich für den Umfang des Sondereigentums auf den Aufteilungsplan verlassen darf¹³⁹.

3. Aus den weiteren Problemen, die Beachtung verdienen, soll ein einziges herausgegriffen werden, das für die praktische Grundbuchführung von besonderer Bedeutung ist.

Wenn für jedes Stockwerk ein besonderes Grundbuchblatt eröffnet wird, erhebt sich die Frage, was mit dem bisherigen Grundbuchblatt für die ganze Parzelle zu geschehen hat. Soll dieses ganz geschlossen werden, so daß alle Eintragungen, diejenigen inbegriffen, welche das ganze Grundstück betreffen¹⁴⁰, auf alle Teilblätter zu über-

¹³⁹ Der Aufteilungsplan braucht nur einmal, nicht für jedes Stockwerkseigentumsblatt, eingereicht zu werden; besteht das Grundbuchblatt für das ganze Grundstück fort, so wird er bei jenen Belegen zu verwahren sein (GBV Art. 28); andernfalls muß er bei einem Blatt archiviert werden unter Verweisung auf diesen Standort bei den übrigen Blättern, sofern man ihn nicht gleich den Grundbuchplänen gesondert verwahren will (vgl. hiezu die Ordnung für das deutsche Recht, Weitnauer-Wirths, N. 7 zu § 7).

¹⁴⁰ Z. B. Eintragung von Grunddienstbarkeiten, Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, Schätzungen und Liegenschaftsbeschrieb im Sinne von GBV Art. 36.

tragen und dementsprechend auch auf allen Blättern nachzutragen wären; oder ist es richtiger, das Hauptblatt für solche Eintragungen offen zu lassen und nur diejenigen Eintragungen auf den Teilblättern vorzunehmen, die sich auf die einzelnen Miteigentumsanteile beziehen? Die Frage ist nicht leicht zu entscheiden. Für eine völlige Schließung spricht die Vereinfachung der Verhältnisse. Alle Eintragungen, welche sich auf das betreffende Stockwerkseigentum beziehen, also auch diejenigen, welche das ganze Grundstück berühren, erscheinen auf demselben Blatt. Die Gefahr widersprechender Eintragungen auf Haupt- und Teilblatt besteht nicht. Die Einsichtnahme in das Teilblatt gibt Aufschluß über die sämtlichen den bezüglichen Liegenschaftsanteil in irgendeiner Weise berührenden Eintragungen. Das deutsche Recht folgt diesem System (WEG § 7).

Die Eröffnung besonderer Blätter für die Miteigentumsanteile neben dem Blatt für die ganze Parzelle besitzt allerdings ebenfalls einige Vorzüge. Vorerst ist die Auffindbarkeit des betreffenden Grundstückes erleichtert, wenn die Parzelle als Ganzes im Grundbuch noch in Erscheinung tritt. Die oben erwähnten Eintragungen, welche die ganze Parzelle betreffen, brauchen nur einmal, nämlich auf dem Gesamtblatt vorgenommen zu werden. Bei Aufteilung eines Grundstückes in zahlreiche Stockwerkseigentumsverhältnisse ergeben sich erhebliche Vereinfachungen, da nicht alle Eintragungen auf die Teilblätter zu übertragen sind. Auf dem Gesamtblatt würde in der Eigentumskolonne nicht der Name des jeweiligen Miteigentümers, sondern nur die Quote nebst dem Verweis auf das besondere Stockwerkseigentumsblatt erscheinen. Um der Gefahr doppelter oder widersprechender Eintragungen auf Gesamt- und Teilblatt zu begegnen, müßte durch ausdrückliche Vorschrift klargestellt werden, welche Eintragungen allein auf dem Gesamtblatt erfolgen sollen. Nicht zu verkennen ist, daß die Grundbuchbehörden mit dem Entscheid darüber, ob ein Eintrag auf dem Gesamt- oder Teilblatt zu erfolgen habe,

unter Umständen vor heikle Probleme gestellt sind¹⁴¹. Besonders wichtig ist die Eintragung von Pfandrechten. Um hier jeder Verwirrung zu begegnen, dürfte sich empfehlen, das Gesamtblatt für Pfandrechtseintragungen zu schließen. Eine solche teilweise Grundbuchsperre ist zwar dem schweizerischen Recht nur in einem einzigen Falle bekannt: Nach der Anmerkung des Baubeginnes können Pfandrechte nur noch als Grundpfandverschreibungen errichtet werden (ZGB Art. 841 Abs. 3; GBV Art. 81). Die teilweise Schließung hätte zur Folge, daß – gleich wie bei völliger Schließung des Hauptblattes – eine Verpfändung des ganzen Grundstückes nur nach den Grundsätzen der Gesamtverpfändung möglich wäre.

Trotzdem das Nebeneinanderbestehen von Gesamt- und Teilblättern¹⁴² eine einläßlichere gesetzliche Ordnung benötigt und an die Grundbuchorgane einige Anforderungen stellen würde, dürfte sie den Vorzug verdienen.

III. Die Eintragung der Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern

Am Bestand und Inhalt der Miteigentumsordnung darf durch die Handänderung eines Anteils nichts geändert werden. Die anderen Miteigentümer müssen ihre aus der gesetzlichen oder vertraglichen Gebrauchs- und Nutzungsordnung entspringenden Rechte auch gegenüber einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Partners durchsetzen können. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten, die sich aus der gesetzlichen Ordnung der Miteigentumsgemeinschaft

¹⁴¹ Vielleicht müßte für den Fall sich widersprechender Eintragungen auf Gesamt- und Teilblatt eine Prioritätsregel aufgestellt werden und zudem auf jedem Teilblatt ein sachentsprechender Hinweis angebracht sein, wonach Eintragungen, die das ganze Grundstück berühren, allein auf dem Hauptblatt erscheinen.

¹⁴² Eine ähnliche Lage ergibt sich übrigens bei der Anlage besonderer Grundbuchblätter für selbständige und dauernde Rechte sowie bei Doppelführung von Grundbuchblättern, die in mehreren Grundbuchkreisen liegen, vgl. GBV Art. 6.

ergeben, ist diese Anforderung erfüllt; denn diese bestehen zu Gunsten und zu Lasten der jeweiligen Miteigentümer. Gleiches gilt für vertragliche Abreden, soweit die daraus fließenden Pflichten kraft Gesetzes auf den Rechtsnachfolger übergehen, dies gilt für alle Personen, die durch Gesamtrechtsnachfolge Miteigentümer geworden sind.

Bei Singularsukzessoren hängt deren Eintritt in die bestehende vertragliche Ordnung von einer entsprechenden Schuldübernahme ab. Der Schuldnerwechsel ist aber davon abhängig, daß der veräußernde Miteigentümer den Anteil nur bei Übernahme dieser Verpflichtungen verkauft. Für den Bestand der Miteigentumsgemeinschaft im allgemeinen und des Stockwerkseigentums im besonderen ist wichtig, daß dem Rechtsnachfolger eines Miteigentümers die vertraglichen Abreden entgegengehalten werden können. Der Dritte muß anderseits die Möglichkeit besitzen, vom Inhalt dieser Rechte und Pflichten zuverlässig und abschließend Kenntnis zu erhalten.

Es liegt nahe, das Ziel durch die Aufnahme dieser Rechtsverhältnisse im Grundbuch zu erreichen. Das schweizerische Recht stellt für solche Eintragungen in bestimmten Fällen das Institut der Vormerkung zur Verfügung (ZGB Art. 959). Es entspricht der Sache, die zwischen Stockwerkseigentümern abgeschlossenen Vereinbarungen nach diesem Verfahren im Grundbuche einzutragen, soweit sie von der gesetzlichen Ordnung abweichen¹⁴³. Man wird dabei die Vormerkung nicht auf Vereinbarungen unter Stockwerkseigentümern beschränken, sondern sie ohne weiteres für alle Miteigentumsverhältnisse zulassen. Durch diesen Eintrag erhält das vorgemerkte persönliche Recht,

¹⁴³ Das deutsche Recht faßt die Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern als besondere Umschreibung des «Inhaltes des Sondereigentums» auf, WEG § 7 Abs. 1; für das österreich. Recht ist wegen der zurückhaltenden Ordnung in WEG § 8 umstritten, ob eine «Verdinglichung» überhaupt stattfinden kann, vgl. Klang, S. 1172.

wie das Gesetz sagt, Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht¹⁴⁴. Die Vormerkung von Vereinbarungen unter Stockwerks- oder Miteigentümern ließe sich hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen am ehesten mit der Vormerkung der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft (OR Art. 850 Abs. 3) vergleichen: Der Erwerber tritt in die Rechte und Pflichten der Gemeinschaft ein oder muß diese jedenfalls gegen sich gelten lassen.

Nach praktischen Gesichtspunkten wird zu entscheiden sein, ob Gegenstand der Vormerkung lediglich die von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Bestimmungen sein sollen, oder ob die gesamten Vereinbarungen, eingeschlossen diejenigen, die der dispositiven gesetzlichen Ordnung entsprechen, vormerkungsfähig sind. Man wird sich dabei vergegenwärtigen müssen, daß sich die Eintragung im Hauptbuche, gleich wie die Vormerkung eines Mietvertrages auf ein Stichwort, etwa des Inhaltes «Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern» beschränken muß. Dieser Vermerk muß den Interessenten veranlassen, die bei den Grundbuchbelegen liegenden Vereinbarungen selbst nachzuschlagen. Für die Eintragung der gesamten Vereinbarungen spricht gebieterisch der Umstand, daß auf diesem Wege die Aufgliederung der Bestimmungen in solche, die dem Gesetz entsprechen, und solche, die von der dispositiven Ordnung abweichen, vermieden wird. Die Unterscheidung wäre für die Beteiligten wie für die Grundbuchorgane mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft und müßte den Eintrag der Vereinbarungen ungemein erschweren: Der Erwerber des Miteigentumsanteils müßte stets die nach dem Gesetze geltende Ordnung mit den abweichenden vertraglichen Bestimmungen konfrontieren. Eine solche Aufgabe ist ihm nicht zuzumuten¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Art. 959 Abs. 2; vgl. im einzelnen Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Schweizerischen Bundesgerichts.

¹⁴⁵ Anders Liver, Vortrag S. 23.

Näherer Prüfung bedarf auch noch das Problem, welche Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern für ihre Verbindlichkeit gegenüber Einzelrechtsnachfolgern der Vormerkung im Grundbuche bedürfen. Vielfach ergeben sich solche Verpflichtungen nicht aus eigentlichen Vereinbarungen oder Reglementen, sondern aus sogenannten Beschlüssen der Versammlung. Soweit durch Beschluß Verpflichtungen geschaffen werden, die später zu erfüllen sind, erscheint es vorerst als folgerichtig, dessen Wirkung für die später hinzutretenden Miteigentümer ebenfalls von der Vormerkung im Grundbuche abhängig zu machen. Allein hier muß ein anderer, im Körperschaftsrecht durchaus anerkannter Grundsatz berücksichtigt werden: der in die Körperschaft Eintretende muß sich alle früher gefaßten, mit Gesetz und Statuten in Einklang stehenden Beschlüsse entgegenhalten lassen; es wird ihm zugemutet, sich vor Eintritt über allfällige Pflichten, die sich nicht aus der Satzung ergeben, zu erkundigen. Gleiches darf auch vom Erwerber eines Miteigentumsanteils verlangt werden. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer Abgrenzung von Vereinbarung – im weitesten Sinne – und Beschluß; da die Grenze nicht scharf gezogen werden kann¹⁴⁶, werden sich Auslegungsprobleme ergeben. Ohne darauf näher einzugehen¹⁴⁷, sei bemerkt, daß «Beschluß» sich von der «Vereinbarung» nicht immer dadurch unterscheidet, daß er eine unmittelbare Ausführung zuläßt. Außer Frage steht auch, daß die vorgemerkte Vereinbarung nicht durch einen «Beschluß», dessen Vormerkung nach dem Gesagten nicht notwendig wäre, abgeändert werden kann. Sodann hat nicht jede durch die Mehrheit der Miteigentümer beschlossene Änderung der Vereinbarung den Charakter eines «Beschlusses».

¹⁴⁶ Siegwart, Komm. N. 3 zu Art. 534 OR.

¹⁴⁷ Vgl. die ausdrückliche analoge Ordnung im deutschen Recht WEG § 10 Abs. 3; Weitnauer-Wirths, N. 12 zu § 10.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend bestätigt diese Übersicht die zu Eingang gemachte Feststellung, daß eine Darstellung des Stockwerkseigentums im Grundbuche in der für die Schweiz in Betracht zu ziehenden, vom Miteigentum beherrschten Form keinen außerordentlichen Hindernissen begegnen wird¹⁴⁸. Die Eintragung kann sich auf der ganzen Linie an Formen des geltenden Rechtes anlehnen. Neu ist im wesentlichen die Anlegung von besonderen Grundbuchblättern für jeden Miteigentumsanteil. Doch bringt diese Neuerung weder besondere Probleme, noch ist sie mit allzu großen Umtrieben und Kosten verbunden. Die Möglichkeit der Vormerkung von Vereinbarungen unter Stockwerkseigentümern dürfte sodann über den Kreis dieser Miteigentümer hinaus einem berechtigten Bedürfnis entsprechen.

§ 25. Die Verpfändbarkeit des Stockwerkseigentums

Für die Frage, ob sich das Stockwerkseigentum wird durchsetzen können, hängt viel davon ab, ob und wie die einzelnen Teile eines Gebäudes für sich verpfändet werden können. Eine übersichtliche und einfache, den Interessen des Schuldners wie des Grundpfandgläubigers dienende Pfandrechtsordnung ist unerläßlich. Es soll im nachstehenden zuerst (I) die Rechtslage dargestellt und sodann auf einige Arten der Ausgestaltung des Hypothekarschuldverhältnisses bei Belehnung von Stockwerkseigentum hingewiesen werden (II).

I. Die Rechtsgrundlagen

1. Die mit der Verpfändbarkeit des Stockwerkseigentums zusammenhängenden Fragen ergeben sich aus dessen Natur als Miteigentumsanteil. Sie stellen sich grund-

¹⁴⁸ Schon das alte waadtländ. Recht konnte das Stockwerkseigentum im Grundbuch ohne erhebliche Schwierigkeiten zur Darstellung bringen, vgl. Sattiva, S. 44.

sätzlich nicht anders als bei der Verpfändung eines in einfaches Miteigentum aufgeteilten Grundstückes. Obgleich in der Doktrin darüber, wie sich die Verpfändung eines Miteigentumsanteils zur Verfügung über das ganze Grundstück verhält, erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen¹⁴⁹, können doch für das schweizerische Recht die maßgebenden Gesichtspunkte als geklärt betrachtet werden¹⁵⁰. Die Schwierigkeit liegt darin, das Verhältnis zwischen der Verpfändung der ganzen Liegenschaft zur Verpfändung des Anteils zu bestimmen. Ausgangspunkt ist dabei, daß der Miteigentümer über den Anteil wie ein Alleineigentümer verfügen kann¹⁵¹. Der Anteil wird im Rechtsverkehr wie ein Grundstück behandelt, obwohl er nicht nur Anteil am realen Grundstück, sondern auch Inbegriff der Anteilsrechte gegenüber der Miteigentümergeinschaft ist. Daraus würde sich ergeben, daß die Verpfändung des ganzen in Miteigentum aufgeteilten Grundstückes als eine Belastung mehrerer Grundstücke aufzufassen wäre, für welche die besonderen gesetzlichen Vorschriften über die gemeinsame Verpfändung verschiedener Grundstücke (ZGB Art. 798) zu beachten wären. Diese Folgerung wurde in der Schweiz im Unterschied zur deutschen Lehre und Rechtsprechung nicht gezogen. Sofern nicht über einzelne Miteigentumsanteile verfügt ist, wird das Grundstück gleichwohl als einheitliche Sache angesehen. Das Grundstück kann nach Auffassung der schweizerischen Doktrin und Praxis erst dann nicht mehr als solches verpfändet werden, wenn ein einzelner Anteil verpfändet ist¹⁵². Ist

¹⁴⁹ Vgl. La Roche, Diss. S. 53; Haab, Komm. N. 24 zu Art. 646; Levy, Hypothek und Bruchteilseigentum am Grundstück im Verhältnis zueinander, Gruchots Beiträge 59 S. 87 ff., 301 ff.

¹⁵⁰ Art. 646 Abs. 3 bestimmt ausdrücklich, daß der Miteigentumsanteil veräußert und verpfändet werden kann.

¹⁵¹ Oppikofer, S. 38; Haab, Komm. N. 10 zu Art. 646.

¹⁵² Haab, Komm. N. 24 zu Art. 646; Guhl, ZbJV 53, 52; La Roche, S. 71; als Begründung wird das Bestreben angeführt, Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung zu vermeiden.

über den Anteil mittels Bestellung eines Pfandrechtes verfügt, so kann die ganze Liegenschaft nur noch nach den Grundsätzen über das Gesamtpfandrecht belehnt werden; es bedarf dann der Solidarschuldverpflichtung aller Miteigentümer (ZGB Art. 798 Abs. 1).

2. Für das Stockwerkseigentum, welches aus Miteigentum mit ausschließlichem Benutzungsrecht an räumlich ausgeschiedenen Teilen des Gebäudes gebildet ist, folgt daraus, daß der Stockwerkseigentümer entweder sein Stockwerkseigentum allein oder zusammen mit allen anderen Stockwerkseigentümern das Grundstück als solches verpfänden kann. Letzteres setzt allerdings voraus, daß noch kein Miteigentümer über seinen Anteil verfügt hat.

Ist bereits ein Miteigentumsanteil verpfändet und fehlt eine Solidarverpflichtung für die zu sichernde Schuld, so kann nach der erwähnten schweizerischen Auffassung die Belehnung des ganzen Grundstückes nur so stattfinden, daß «Teilpfandrechte» auf die einzelnen Anteile gelegt werden. Trotzdem es sich dabei auch um eine einheitliche Verpfändung zu Gunsten desselben Gläubigers handelt, haftet jeder der verpfändeten Miteigentumsanteile nur für den eingetragenen Teilbetrag; im selben Umfange ist auch die Schuld des Miteigentümers begrenzt¹⁵³.

Die beschriebene Schranke bei der Verpfändung von Miteigentumsanteilen wird sich auf die Beleihbarkeit von Stockwerkseigentum nicht nachteilig auswirken; denn es wird zu zeigen sein, daß die Gesamtverpfändung dem Gedanken des Stockwerkseigentums widerspricht. Für eine Änderung des gegenwärtigen Rechtszustandes, der einfache Verhältnisse gewährleistet, besteht kaum ein Anlaß¹⁵⁴.

¹⁵³ Lee mann, Komm. N. 49 zu Art. 798.

¹⁵⁴ Das deutsche Recht, BGB § 1132 Abs. 3 läßt die Bestellung des Gesamtpfandrechtes auch ohne Solidarhaft zu; zur Rechtfertigung der schweizerischen Ordnung vgl. BGE 51 II 103.

Aus der Verbindung von Miteigentumsanteil und Sonderrecht folgt, daß das Pfandrecht an ersterem stets auch das Sonderrecht erfaßt. Eine selbständige Belehnung des Sonderrechts ist nicht möglich; es besteht auch kein wirtschaftliches Bedürfnis nach einer solchen separaten Verpfändung; das Sonderrecht könnte für sich allein nicht verwertet werden.

II. Die Ausgestaltung des Hypothekarschuldverhältnisses

Wie wird sich die Verpfändung von Stockwerkseigentum in der Praxis vollziehen?

Man wird sich auf Seiten der Hypothekargläubiger darüber im klaren sein müssen, daß eine Solidarhaftung aller Stockwerkseigentümer nach Fertigstellung des Gebäudes aus wirtschaftlichen und psychologischen Gründen nicht in Frage kommt. Ein Stockwerkseigentümer wird meistens nicht willens sein, für die Verpflichtungen der anderen Stockwerkseigentümer einzustehen; denn über die Eigentumsgemeinschaft hinaus besitzt er regelmäßig keine Beziehungen, die ihn zur Übernahme einer solchen Mitverpflichtung veranlassen könnten. Nur mit der Einzelbelehnung, also mit der Verpfändung des Miteigentumsanteils, erhält der Stockwerkseigentümer die Möglichkeit, Umfang und Konditionen der Hypothekierung selbst zu bestimmen. Die Solidarhaftung aller Miteigentümer nimmt dem einzelnen Beteiligten auch den Anreiz, seine Verpflichtungen möglichst rasch abzutragen; denn Abzahlungen würden zum wesentlichen Teil den andern Stockwerkeigentümern zugute kommen. Unzweifelhaft würde auch der Verkehrswert des Stockwerkseigentums beeinträchtigt, wenn mit dessen Erwerb zugleich die solidarische Mitverpflichtung für die auf allen Anteilen lastenden Hypotheken übernommen werden müßte¹⁵⁵. Die Bereitschaft der Hypothekargläubiger, den einzelnen Stockwerkseigentumsanteil

¹⁵⁵ Vgl. die eingehenden Erwägungen über Vor- und Nachteile der Gesamtbelehnung bei Weitnauer-Wirths, N. 31 ff. zu § 3.

als Sicherheit anzunehmen, wird entscheidend sein für die Verbreitung der neuen Rechtsform. Bis anhin war die Belehnung von Miteigentumsanteilen im Hypothekargeschäft kaum üblich. Es fehlte ein Markt für solche Miteigentumsanteile; in der Zwangsversteigerung kann kaum mit Angeboten gerechnet werden, die dem Anlage- und Ertragswert des Anteils entsprechen. Die Mängel der geltenden Rechtsnormen über die Miteigentumsgemeinschaft machen es verständlich, daß sich niemand leichthin dazu entschließen kann, in eine fremde Miteigentumsgemeinschaft an einem Grundstück einzutreten. Wenn sich für Miteigentumsanteile, die zu «Stockwerkseigentum» ausgestaltet sind, einmal ein gewisser Markt gebildet hat, wird sich der Verkehrswert solcher Objekte abzeichnen. Damit es zur Bildung eines solchen Marktes kommt, müssen andererseits die Hypothekarinstitute bereit sein, den Erwerb von Stockwerkseigentum mittels Gewährung von Grundpfanddarlehen zu fördern. Die Aufteilung der Hypotheken auf die einzelnen Stockwerke bedingt für den Hypothekargläubiger eine Vermehrung der Verwaltungsarbeit, indem anstelle der einen großen Hypothek verschiedene kleinere Abschnitte treten. Dieses Ergebnis kann von den Hypothekargläubigern verschieden gewürdigt werden: Die einen sehen den vergrößerten Aufwand, währenddem andere in der Möglichkeit, kleinere Objekte zu belehnen, eine volkswirtschaftlich und sozialpolitisch erwünschte Förderung kleinerer Hypothekargeschäfte und eine bessere Aufteilung von großen Risiken erblicken. Die mit der Gewährung von Hypotheken auf einzelne «Stockwerke» für den Geldgeber verbundenen Umtriebe brauchen im übrigen nicht überschätzt werden, sobald alle oder doch die Mehrzahl der Stockwerksanteile durch denselben Hypothekargläubiger belehnt werden. Dieser kann nicht nur entscheidend auf die Gestaltung der Miteigentumsgemeinschaft und die Verwaltung des Unterpfandes einwirken, sondern, was besonders in Betracht fällt, auch den Einzug der Zinsen und Amortisationen dem

Verwalter übertragen: die Stockwerkseigentümer leisten ihre Zahlungen an den Hypothekargläubiger zugleich mit ihren Beiträgen an die Kosten für den Unterhalt der gemeinsam benutzten Teile und Einrichtungen des Gebäudes.

Die individuelle Verpfändung des Stockwerkseigentums setzt praktisch die Fertigstellung des Gebäudes voraus. Ein Baukredit kann nicht auf die einzelnen Stockwerksanteile verlegt werden, weil die Zwangsvollstreckung in solche Anteile mit großer Wahrscheinlichkeit zu Ausfällen führt und zudem der Wert des Anteils vom Fortschreiten des Baues abhängig wäre. Sofern eine Erstellung des Gebäudes durch die Stockwerkseigentümer selbst überhaupt in Frage kommt – üblicherweise wird ein Dritter das Gebäude erstellen und nachher stockwerksweise veräußern müssen –, ist die Solidarhaftung für die Verpflichtungen aus einem Baukredit nicht zu umgehen. Nach Fertigstellung kann gegebenenfalls zugleich mit der Veräußerung des Stockwerkseigentums die Aufteilung des Gesamtpfandrechtes in Teilpfandrechte erfolgen.

Sollte es sich erweisen, daß die Verpfändung des einzelnen Stockwerkes von den Kreditgebern im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Verkehrswertschätzung als ungenügende Sicherung betrachtet würde, so ließen sich verschiedene, in der Belehnungspraxis deutscher Kreditinstitute befolgte¹⁵⁶ Wege denken, die zur Verstärkung der Gläubigerrechte führen. Es ist etwa vorgeschlagen worden, eine solidarische Mithaftung der übrigen Stockwerkseigentümer nur für Zinsen und allfällige Abzahlungen aller Beteiligten für eine bestimmte Zeitperiode zu vereinbaren, während der ein Gläubiger auf die Durchführung der Zwangsvollstreckung verzichtet und die übrigen Stockwerkseigentümer andererseits die Möglichkeit haben, den Ausschluß des säumigen Beteiligten zu betreiben. Eine solche Ordnung setzt praktisch voraus, daß der Einzug aller Hypothekarzinsen durch den Verwalter besorgt werden kann und sich alle

¹⁵⁶ Dazu Weitnauer-Wirths, N. 33b ff. zu § 3.

«Stockwerkshypothesen» in der Hand eines Gläubigers befinden. Eine vermittelnde Lösung ließe sich auch so denken, daß z.B. die Solidarhaft aller Stockwerkseigentümer mittels vertraglicher Abrede gleich wie bei der Solidarbürgschaft (OR Art. 496) gemildert wird. Man wird sich aber bewußt sein müssen, daß solche Vereinbarungen der Verbreitung des Stockwerkseigentums nicht förderlich sind. Sie beeinträchtigen wohl dessen Verkäuflichkeit und damit den Verkehrswert des Stockwerkseigentums und erschweren so wiederum die Belehnbarkeit solcher Objekte. Sie dürften sich in Deutschland nur wegen der großen Wohnungsnot verbunden mit der Kapitalknappheit durchsetzen lassen.

Erwähnt sei noch die Möglichkeit, die in Stockwerkseigentum aufgeteilte Liegenschaft zuerst mit einem Gesamtpfandrecht, etwa im Rahmen der Belehnungsgrenze für erste Hypotheken, zu belasten, währenddem die darüber hinaus erforderlichen Mittel von jedem einzelnen Stockwerkseigentümer mittels Verpfändung seines Anteils beschafft werden. Hier dürfte die nach Art. 798 Abs. 2 erforderliche solidarische Mitverpflichtung aller Stockwerkseigentümer keine ernstliche Belastung darstellen; doch erscheint dann als fraglich, ob eine nachgehende Verpfändung des einzelnen Anteils wirtschaftlich noch möglich ist. Es entspricht dem Wesen des Gesamtpfandrechtes, daß auf jedem Grundstück, hier also auf jedem Miteigentumsanteil, die ganze Pfandsomme eingetragen wird; je nach der Größe des Anteils übersteigt diese Pfandsomme den Wert des Anteils um das Mehrfache. Der nachgehende Pfandgläubiger wird dem Umstand, daß weitere Grundstücke oder Anteile mithaften, keine entscheidende Bedeutung beilegen dürfen, weil die übrigen verpfändeten Grundstücke ohne seine Zustimmung aus der Pfandhaft entlassen werden können.

Ein endgültiges Bild über die Möglichkeit der Hypothekisierung des Stockwerkseigentums wird sich erst nach Einführung dieses Rechtsinstitutes gewinnen lassen. Am

Anfang werden die Hypothekargläubiger vielleicht solche Miteigentumsanteile nur zurückhaltend belehnen. Im besondern ist zu erwarten, daß sie für die Belehnungsgrenzen Stockwerkseigentum den Einfamilienhäusern gleichstellen, obwohl dessen Verwertung nicht mit den Risiken belastet ist, die für große, nach individuellen Bedürfnissen gestalteten Liegenschaften bestehen¹⁵⁷. Ein grundsätzlicher Einwand gegen das Stockwerkseigentum läßt sich aber unter dem Gesichtspunkt seiner Belehnbarkeit kaum vorbringen. Die Belehnung des einzelnen Stockwerkes hat vielmehr den Vorzug, daß bei Nichterfüllung der vertraglichen Zins- und Amortisationsverpflichtungen lediglich die auf dem Anteil lastende Hypothek notleidend wird und gegebenenfalls in der Zwangsvollstreckung vom Pfandgläubiger übernommen werden muß.

§ 26. Die Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern

I. Die Rechtsnatur der Verträge und Beschlüsse

Das gewöhnliche Miteigentum schafft ideellen Sachanteil. Aus der zwischen den Miteigentümern bestehenden tatsächlichen Gemeinschaft ergeben sich auch schuldrechtliche Beziehungen. Diese Rechte und Pflichten entsprechen zum Teil denjenigen, die dem Eigentümer aus seiner Verantwortlichkeit als Grundeigentümer nach Art. 684 ZGB erwachsen.

Diese kraft des Gesetzes bestehenden Wirkungen können nun aber durch solche, die ihren Ursprung im Willen der beteiligten Miteigentümer haben, ergänzt oder abgeändert werden. Dies gilt besonders hinsichtlich der aus der gemeinsamen Verwaltung der Sache sich ergebenden Rechtsbeziehungen¹⁵⁸. Insofern kann von einem doppelten Ent-

¹⁵⁷ Vgl. etwa die Erwägungen zur Festsetzung der Belehnungsgrenzen, die durch die deutschen Sparkassen-Aufsichtsbehörden angestellt worden sind; Michaelis, S. 17 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 646 Abs. 1; 648 Abs. 2 und 649 Abs. 1; Haab, N. 8 zu Art. 646.

stehungsgrund der Rechte und Pflichten unter den Miteigentümern gesprochen werden. Daß die Differenzierung nicht bedeutungslos ist, ergibt sich daraus, daß nach geltendem Recht nur die auf Gesetz beruhenden Pflichten den Einzelrechtsnachfolgern entgegengehalten werden können (vgl. oben S. 67a).

Tritt zum Miteigentumsanteil das ausschließliche Nutzungsrecht an einem räumlich abgegrenzten Teil des Gebäudes, so ist die Rechtslage grundsätzlich keine andere. Die aus der verwickelter gewordenen Gemeinschaft folgenden Rechte und Pflichten sind weiterhin, soweit sie auf Gesetz beruhen, Ausfluß des absoluten Rechtes; darüber hinaus ergeben sie sich aus den Abreden unter den Beteiligten.

Die Abreden unter den Miteigentümern zielen auf eine der gesetzlichen Normalordnung derogierende Regelung der Gemeinschaftsbeziehungen. Es handelt sich dabei nicht um synallagmatische Verträge, sondern um solche gesellschaftsvertragsähnlichen Inhaltes, ohne daß deswegen die Miteigentumsgemeinschaft als Gesellschaft aufgefaßt werden müßte. Die Vereinbarungen bezwecken nicht Austausch von Leistungen, sondern die Erreichung eines gleichgerichteten Zieles, hier die Ordnung der durch gemeinsamen Sachbesitz entstandenen Gemeinschaft. Diese Feststellung wird etwa bei der Frage zu berücksichtigen sein, ob die Berufung auf Willensmangel bei Abschluß der Verträge unter den Miteigentümern eingeschränkt werden soll, wie dies nach der Rechtsprechung für Erklärungen auf Übernahme von Anteilen an Kapitalgesellschaften gilt.

II. Gegenstand und Einteilung der Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern

1. Was zwischen den Stockwerkseigentümern im einzelnen vereinbart werden muß, hängt in erster Linie davon ab, wie eingehend das objektive Recht die Rechtsbeziehun-

gen ordnet. Regelt dieses, etwa in der Form einer Normalvereinbarung, alle erforderlichen Einzelheiten der Gebrauchs- und Nutzungsordnung, so könnte sich die Erklärung der Beteiligten darin erschöpfen, daß Stockwerkseigentum nach den im Gesetze vorgesehenen Normen begründet werden soll. Zumeist wird allerdings auch eine umfassende objektive Ordnung nicht genügen, um alle unter den konkreten Verhältnissen einer Regelung bedürftigen Fragen zu ordnen. Es werden sich stets auch Lösungen aufdrängen, welche nicht der gesetzlichen Normalordnung entsprechen.

Ihrer rechtlichen Natur nach stehen alle Abreden unter den Stockwerkseigentümern einander gleich, mögen es grundlegende Abmachungen über die Art der Benutzung der Räumlichkeiten und die Organisation der Gemeinschaft oder untergeordnete Regeln für eine «Hausordnung» sein. Der sachlichen Tragweite der verschiedenen Abreden entsprechend drängt sich aber eine Gliederung hinsichtlich der formellen Voraussetzungen für Erlaß und Abänderung der Vereinbarungen auf. Für eine Hausordnung oder ein Reglement über Einzelheiten der Benutzung gemeinschaftlicher Teile des Gebäudes kann ohne Einschränkung das Mehrheitsprinzip gelten; praktische Notwendigkeiten werden auch öfters Änderungen oder Ergänzungen solcher untergeordneter, aber deswegen nicht minder wichtiger Vereinbarungen erforderlich machen. Die Möglichkeit der Abänderung derartiger Bestimmungen mittels Mehrheitsbeschlusses ändert an deren Vertragscharakter nichts. Zwischen Beschluß und Vereinbarung besteht, wie oben (S. 225a) betont, keine scharfe Grenze.

2. Was aus der Fülle der zu ordnenden Fragen im Grundvertrag, im Reglement oder in einer Hausordnung geregelt sein soll, kann schwerlich zum vorneherein umrissen oder gar vom Gesetzgeber vorgeschrieben werden. Dies hängt zu sehr von den Umständen des einzelnen Falles ab. Kein Reglement ist erforderlich, wenn zwei Bauern sich über den gemeinschaftlichen Gebrauch eines horizontal gegliederten

Ökonomiegebäudes verständigen wollen. Demgegenüber bedarf es einer ausgebauten Ordnung für die Gemeinschaft an einem großen Mehrfamilienhaus.

Ausländische Gesetze haben, im Bestreben, eine gute Gemeinschaftsordnung zu gewährleisten, für größere Objekte den Erlaß eines Reglementes zwingend vorgeschrieben.^{158a} Eine solche Vorschrift ist nur sinnvoll, wenn zugleich im Gesetz umschrieben wird, welche Gegenstände geregelt werden müssen. Kommt die Gemeinschaft der Pflicht, ein Reglement aufzustellen, nicht nach, so fällt es schwer, eine wirksame Sanktion vorzusehen. Der Richter könnte kaum auf Antrag eines Miteigentümers die fehlenden Normen erlassen; er müßte sich darauf beschränken, die übrigen Miteigentümer zum «Erlaß» des Reglementes zu verurteilen. Noch viel weniger läßt sich gegen ein schlechtes Reglement von Gesetzes wegen etwas ausrichten. Es scheint denn auch, daß die Erfahrungen, die im Auslande mit dem obligatorischen Reglement gemacht werden, nicht immer die besten sind, da versucht wird, den gesetzlichen Vorschriften auf die einfachste Weise zu genügen¹⁵⁹.

So erwünscht es ist, eine ausführliche Ordnung für die Beziehungen aus dem gemeinschaftlichen Eigentum aufzustellen, so wenig kann dies durch gesetzlichen Zwang zum Erlaß eines Reglementes geschehen¹⁶⁰. Das Gesetz selbst muß die wichtigsten Regeln aufstellen, wenn die Gemeinschaft auch dort funktionsfähig bleiben soll, wo eine vertragliche Abrede der Beteiligten fehlt oder diese ungenügend ist.

^{158a} So nach C. c. ital. Art. 1138 bei Gebäuden mit mehr als 10 Wohnungen; das franz. Recht erklärt das Reglement nicht als obligatorisch, ordnet aber dessen Rechtswirkungen.

¹⁵⁹ Visco, S. 319 f.; Batlle-Vásquez, S. 74.

¹⁶⁰ Zum Inhalt solcher Reglemente für das ital. Recht vgl. Visco, S. 327.

III. Abänderung der Vereinbarungen

Alle Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern können, ihrer vertraglichen Natur entsprechend, von allen Beteiligten zusammen oder, soweit durch Gesetz oder Vereinbarung vorgesehen, mittels Mehrheitsbeschlusses abgeändert oder aufgehoben werden. Nachdem sich ergeben hat, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Vereinbarungen, welche die Grundlagen des Stockwerkseigentums und solchen, die lediglich Einzelheiten, also Ausführungsvorschriften, betreffen, nicht gemacht werden kann, läßt sich weder für die Formerfordernisse noch für den Bereich, innert dem das Mehrheitsprinzip anerkannt ist, eine grundsätzliche Unterscheidung treffen.

Bedeutungsvoll ist die Frage nach den Schranken, die der Änderung vertraglicher Abreden über das Stockwerkeigentum gesetzt sind. Es sind verschiedene Fälle auseinanderzuhalten. Soll der Umfang der Beteiligung eines oder mehrerer Stockwerkseigentümer, also sein Miteigentumsanteil, verändert werden, so wird dadurch entweder jeder andere Miteigentümer oder doch derjenige, dessen Quote oder Raum dadurch vergrößert oder verkleinert wird, betroffen. Es steht außer Zweifel, daß eine Abänderung solchen Inhaltes der Mitwirkung derjenigen Stockwerkseigentümer bedarf, welche davon berührt werden. Änderungen, welche die Gebrauchs- und Nutzungsordnung betreffen, haben zwar ebenfalls Auswirkungen auf alle Beteiligten; doch ist hier das Interesse jedes Einzelnen an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes gegenüber dem Interesse der Gemeinschaft als Ganzes an einer Änderung abzuwägen. Wenn die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer lebensfähig sein soll, kann der Wille eines Einzelnen, der sich einer von der Mehrheit als notwendig erachteten Änderung widersetzt, nicht immer maßgeblich sein. Unter welchen Voraussetzungen der Einzelne sich einer Mehrheit, mag sie so oder anders festgestellt werden, fügen muß, ist sehr schwer abschließend und allgemein zu

sagen. Wie für die Personengesellschaften dürfte der Kreis der einer Majoritätsherrschaft unterworfenen Angelegenheiten enger zu ziehen sein als bei Körperschaften¹⁶¹. Es ist vorerst Sache der Beteiligten selbst, bei Abschluß oder Eintritt in die Gemeinschaft sich darüber zu entscheiden, wieweit der Einzelne einen Mehrheitswillen anerkennen muß. Angesichts der schwierigen und in ihren Auswirkungen für den Einzelnen zumeist nicht oder nicht voll übersehbaren Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen unter den Stockwerkseigentümern wird der Gesetzgeber nicht davon absehen können, den Bereich abzustecken, innerhalb dessen mangels anderer Abrede der Wille einer Mehrheit ausschlaggebend sein soll. Daß sich hierüber keine ein für allemal geltenden Aussagen machen lassen, haben die eingehenden Erörterungen der Doktrin über das Problem der wohl-erworbenen Rechte für das Aktienrecht erwiesen. Allgemein darf festgestellt werden, daß sich das schweizerische Recht hinsichtlich der Anerkennung des Mehrheitsprinzipes durch Zurückhaltung auszeichnet; darin braucht übrigens kein Widerspruch zum demokratischen Prinzip gesehen zu werden. Es sei etwa an das außerordentliche Austrittsrecht zugunsten des Genossenschafters bei Vermehrung der Haftung sowie die zurückhaltenden Auffassungen in der Doktrin hinsichtlich der Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften erinnert¹⁶². Auch die Gerichtspraxis, die sich zur Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ausgebildet hat, setzt einer schrankenlosen Mehrheitsherrschaft Grenzen. Der Minderheitsschutz, welcher in die Hand des Richters gelegt ist, wird den Verhältnissen des Einzelfalles besser Rechnung tragen können als das Gesetz, welches nur schematische Regeln über die Beschlußfassung aufstellen kann.

¹⁶¹ Siegwart, N. 9 zu Art. 534.

¹⁶² Siegwart, N. 9 zu Art. 534; C. Wieland, Handelsrecht I, S. 561.

*§ 27. Die Nichterfüllung
der Verpflichtungen aus dem Stockwerkseigentum*

I. Verfahrensrechtliches

(Vorkehren zur Vermeidung und Schlichtung von Streitigkeiten)

Wenn das Stockwerkseigentum auf einer ausgedachten gesetzlichen Ordnung beruht, die durch entsprechende Vereinbarungen unter den Beteiligten ergänzt wird, so darf – im besondern nach den Erfahrungen, die im Auslande gemacht worden sind –, erwartet werden, daß die Skepsis gegenüber den Möglichkeiten eines ungestörten Zusammenwohnens der Stockwerkseigentümer nicht begründet ist. Mit dieser Feststellung soll aber nur gesagt werden, daß die Schwierigkeiten das Maß dessen nicht übersteigen dürften, was heute bei Liegenschaften, deren Wohnungen einzeln vermietet sind, in Kauf genommen werden muß. Unter den Stockwerkseigentümern können sich Meinungsverschiedenheiten von erheblicher Tragweite ergeben; zu denken ist z.B. an Fragen, wie das Gebäude zweckmäßig unterhalten und instandgesetzt werden soll; an Auseinandersetzungen über die Art und Weise des Gebrauchs einzelner Teile der Gebäude, insbesondere der Wohnräumlichkeiten, sowie über die Vornahme allfälliger Verbesserungen und Erweiterungen der Einrichtungen oder des Gebäudes. Dazu kommen Spannungen, die ihre Ursache im Zusammenleben schlechthin haben. Es wird sich aber schwer belegen lassen, daß in dieser Beziehung in der Schweiz im Vergleich zum Auslande schlechtere Voraussetzungen bestehen.

Für die Beilegung von Konflikten, die auf sachliche Meinungsverschiedenheiten zurückgehen, kommt der in die Organisation des Stockwerkseigentums eingebauten Hausverwaltung eine wichtige Funktion zu. Als Unbeteiligter und Sachverständiger ist der Verwalter besonders geeignet, der Entstehung von Meinungsverschiedenheiten vorzu-

beugen oder solche rasch beizulegen. In Sachfragen wird sein Urteil in mancher Beziehung bei der Mehrheit der Stockwerkseigentümer Gewicht haben und so unerfreulichen Meinungsverschiedenheiten zuvorkommen. Nichts steht im Wege, gleich wie bei verschiedenen Wohn- und Baugenossenschaften, im Verträge dem Verwalter die Funktion eines Schlichters oder, zum mindesten in kleineren Streitsachen unter den Stockwerkseigentümern, eines eigentlichen Schiedsrichters zuzuerkennen.

Denkbar ist ferner die vertragliche Anrufung der in verschiedenen Kantonen und Gemeinden für die Schlichtung von Mieterstreitigkeiten eingesetzten Instanzen, sofern deren Kompetenzumschreibung dem nicht entgegensteht. Selbstverständlich sind die Stockwerkseigentümer frei, alle zwischen ihnen oder mit dem Verwalter entstehenden Streitigkeiten einem eigentlichen Schiedsgericht zur endgültigen Entscheidung zu übertragen. Schiedsgerichte haben den Vorzug, daß sie entsprechend den zum Entscheid stehenden Fragen mit Fachleuten besetzt werden können und, sofern auf die Ausgestaltung des Verfahrens besonderes Augenmerk gerichtet wird, auch rasch und ohne große Umtriebe entscheiden. Eine solche Schiedsabrede sollte als Vereinbarung unter den Miteigentümern im Grundbuche vormerkbar sein, um auch für Einzelrechtsnachfolger verbindlich zu sein.

Dagegen dürfte sich erübrigen, besondere Vorschriften über das Verfahren zu erlassen, nach denen Streitigkeiten unter Stockwerkseigentümern zu entscheiden sind. Erwünscht wäre allerdings, daß solche Streitsachen rasch und einfach erledigt werden. Hiefür Vorsorge zu treffen, wird Sache der Kantone sein; der Bundesgesetzgeber wird gut daran tun, den Kantonen die Pflicht zur Behandlung solcher Streitsachen im beschleunigten Verfahren aufzuerlegen¹⁶³.

¹⁶³ Das deutsche Recht verweist für alle solche Streitigkeiten auf das Verfahren der nicht streitigen Gerichtsbarkeit (vgl. WEG § 43 ff.).

II. Die Folgen rechtswidrigen Verhaltens eines Stockwerkseigentümers

1. Das rechtswidrige Verhalten eines Stockwerkseigentümers gegenüber der Miteigentumsgemeinschaft kann entweder in der Verletzung der «nachbarrechtlichen» Vorschriften oder in der Nichterfüllung der finanziellen Leistungspflichten liegen. Es ist stets damit zu rechnen, daß ein Stockwerkseigentümer sein Eigentum in einer den Interessen der übrigen Stockwerkseigentümer abträglichen, also rechtswidrigen Weise gebraucht. Die Störung des Hausfriedens und die Beeinträchtigung des Wohnens für die übrigen Beteiligten können weittragende Auswirkungen haben. Dadurch werden nicht nur Ruhe und Ordnung im gemeinsam benützten Gebäude in Frage gestellt, sondern auch der Wert der einzelnen Stockwerkseigentumsanteile gemindert. Für die Miteigentümer entsteht ein Dilemma: bleiben sie ungeachtet der Störungen im Hause, so ist der Genuß ihres Eigentums beeinträchtigt; entschließen sie sich zum Verlassen oder gar zum Verkauf des Stockwerkes, so kann sich das Verhalten des einen Eigentümers unter Umständen nachteilig auf den zu erwartenden Verkaufserlös auswirken oder gar den Verkauf verunmöglichen. Leicht könnte ein solches Gebäude, an dem ein Eigentümer beteiligt ist, der sich den Anforderungen eines gemeinsamen Wohnens nicht unterziehen will, in Verruf kommen.

Auch die Nichterfüllung der finanziellen Leistungspflichten eines Stockwerkseigentümers kann sich zum Nachteil der übrigen Beteiligten auswirken. Diese haben unter Umständen gegenüber Dritten für die ausstehenden Leistungen aufzukommen, um ihrerseits Nachteile zu vermeiden oder um die im Interesse des ganzen Gebäudes liegenden unumgänglichen Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten auszuführen.

Die übrigen Miteigentümer können selbstverständlich alle ihnen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Behelfe anwenden, um den unbotmäßigen Beteiligten zur

Beachtung der gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen anzuhalten. Es stehen ihnen insbesondere auch die Mittel der staatlichen Zwangsvollstreckung zur Verfügung; doch bleibt fraglich, ob diese Behelfe genügen. Im besondern erweisen sich die allgemeinen Grundsätze über die Nichterfüllung (OR Art. 97 ff.) als ungenügend, weil die Auflösung der Gemeinschaft, also der «Rücktritt vom Vertrag» nach der Konzeption der Miteigentumsgemeinschaft ausgeschlossen sein müßte. Es ist zu prüfen, wie die Rechtslage der «vertragstreuen» Stockwerkseigentümer verbessert werden kann.

2. Die übrigen Miteigentümer können in die Lage kommen, an Stelle des säumigen Beteiligten finanzielle Leistungen im Interesse der Erhaltung der Sache erbringen zu müssen; muß das Gesetz Vorkehren zur Sicherung der daraus entstehenden «Regreßansprüche» treffen?

a) Wenn Miteigentümer Aufwendungen machen, die dazu dienen, Wertverminderungen des Grundstückes zu beseitigen oder abzuwenden, so befinden sie sich in einer ähnlichen Lage wie Pfandgläubiger, welche am Unterpfand entsprechende Vorkehren getroffen haben. Für die entstehenden Kosten gibt das Gesetz (ZGB Art. 810 Abs. 2 und Art. 819) ein gesetzliches Pfandrecht. Es ließe sich an die Ausdehnung dieser Bestimmungen auf die Ansprüche von Miteigentümern aus Vornahme solcher Handlungen denken¹⁶⁴. Sollen diese gesetzlichen Pfandrechte eine wirtschaftliche Bedeutung haben, so muß ihnen nach dem Vorbilde von Art. 810 Abs. 2 ein Rangprivileg eingeräumt werden¹⁶⁵. Da ein privilegiertes gesetzliches Pfandrecht

¹⁶⁴ Das Pfandrecht wäre auf dem «Stockwerkseigentum» des säumigen Eigentümers einzutragen. Ob nach geltendem Recht die Belastung eines Miteigentumsanteils mit einem gesetzlichen Pfandrecht möglich ist, wird in der Doktrin bezweifelt; vgl. La Roche, S. 41; dazu auch Haab, N. 13 zu Art. 646; BGE 45 II 67.

¹⁶⁵ So im französischen Recht, vgl. Art. 11 des Gesetzes vom 28. Juni 1938.

stets eine gewisse Beeinträchtigung der Interessen vertraglicher Pfandgläubiger bedeutet, wird die Frage reiflich zu überlegen sein. Jedenfalls könnte das Pfandrecht nur für Aufwendungen zugestanden werden, welche zur Erhaltung des Wertes der Sache unumgänglich sind; es würde also nur einen Teil der Forderungen decken, die gegenüber einem Miteigentümer, der seinen Leistungspflichten nicht nachkommt, bestehen können. Praktisch dürften die Ansprüche der Gemeinschaft aus andern Rechtstiteln (Kosten für die Beschaffung von Wasser, Gas, Elektrizität und Wärme) weit mehr ins Gewicht fallen. Es würde aber den Prinzipien unseres Grundpfandrechtes widersprechen, für solche Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht zu gewähren, selbst wenn dieses den ordentlichen Rangregeln folgen oder nur die allfälligen Erträgnisse aus dem betreffenden Miteigentumsanteil erfassen würde. Da eine Zwangsvollstreckung für solche Beiträge nicht ausgeschlossen ist, ließe sich eine Rechtfertigung für ein gesetzliches Pfandrecht kaum finden. Mit Rücksicht auf die faktische Notwendigkeit, dem Stockwerkseigentümer die Kosten für verschiedene Leistungen in bestimmtem Umfange zu kreditieren, ließe sich einzig erwägen, den übrigen Beteiligten ein dem Retentionsrecht des Vermieters nachgebildetes gesetzliches Mobiliarpfandrecht an den Invekten und Illaten einzuräumen.

b) Aus denselben Gründen läßt sich auch eine Privilegierung dieser Forderungen in der Zwangsvollstreckung gegen den Miteigentümer nicht wohl rechtfertigen¹⁶⁶. Von einem Zwang der übrigen Miteigentümer, solche Beiträge zu kreditieren, kann nur insofern gesprochen werden, als keine Möglichkeit besteht, den säumigen Schuldner unverzüglich aus der Miteigentumsgemeinschaft auszuschließen. Nichts steht aber im Wege, bei Rückständen in der Bezahlung von Beiträgen weitere Leistungen einzustellen. Es wird bei der Planung der Installationen auf die Möglichkeit einer solchen Sperre Rücksicht zu nehmen sein.

¹⁶⁶ Anders Flattet, Vortrag S. 317

3. Die bisher erwogenen Maßnahmen dienen allein der Sicherstellung der finanziellen Ansprüche der übrigen Miteigentümer. In einem weiten Bereich läßt sich aber das rechtmäßige Verhalten des Miteigentümers nicht oder nicht innert nützlicher Frist erzwingen. Zudem läßt sich mit den Mitteln des prozessualen Zwanges eine Wiederholung oder Fortsetzung der Vertrags- oder Rechtsverletzung schwerlich verhindern. Wenn die übrigen Miteigentümer andauernd unter Inanspruchnahme gerichtlicher Instanzen gegen gemeinschaftswidriges Verhalten einschreiten müssen, so können sich daraus unter Umständen Unannehmlichkeiten ergeben, die nicht mehr zumutbar sind. Aus dieser Feststellung folgt die Frage, ob der Stockwerkeigentümer, der durch sein Verhalten die übrigen Beteiligten an der Ausübung ihres Eigentums erheblich hindert, nicht aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden kann. Eine solche Sanktion wäre nichts Neues; im gemeinen Recht galt, daß bei Nichterfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft der Anteil des säumigen Miteigentümers zugunsten derjenigen verfiel, welche die geschuldeten Auslagen vorgeschossen hatten^{166a}. Doch steht außer Frage, daß eine solche Rechtsfolge für das schlichte Miteigentum und mehr noch für das auf Dauer angelegte Stockwerkseigentum viel zu weit geht¹⁶⁷. Von den geltenden ausländischen Gesetzgebungen kennen die zur Gruppe des Code civil gehörenden Staaten, also Frankreich, Italien, Spanien und Belgien den zwangsweisen Ausschluß aus der Wohnungseigentümergeinschaft nicht; eine entgegengesetzte Haltung nehmen das deutsche und österreichische Recht ein. Vom dogmatischen Standpunkt aus ist diese verschiedene Einstellung nicht unverständlich. Wenn man das Sondereigentum an einzelnen Teilen des Gebäudes zum Ausgangspunkt des Wohnungseigentums nimmt, läßt sich das Ausschließungsrecht kaum begründen;

^{166a} Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 1, S. 458; D 17, 2, 52, 10.

¹⁶⁷ Liver, Vortrag S. 26.

es scheint sich auch mit dem Grundsatz der Eigentums-
garantie schwer vereinigen zu lassen.

a) Geht man, wie im deutschen und österreichischen Recht, von der Miteigentumsgemeinschaft aus, so erscheint der Ausschließungsanspruch keineswegs als systemwidrig. Er ist nur das Gegenstück zum Ausschluß der Aufhebung des Miteigentums; denn es müßte geradezu als Verstoß gegen den in Art. 27 ZGB gewährleisteten Schutz der Persönlichkeit angesehen werden, wenn jemand zum Verweilen in einer für ihn unzumutbar gewordenen Gemeinschaft gezwungen werden könnte. Wer sich in der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer so verhält, daß den übrigen an der – unauflösbaren – Gemeinschaft Beteiligten deren Fortführung nicht mehr zuzumuten ist, hat das Recht auf weitere Anteilnahme an dieser Gemeinschaft verwirkt. Er kann sich nicht auf sein Eigentum an der im gemeinsamen Besitz stehenden Sache berufen. Es muß dasselbe gelten wie in der Kollektivgesellschaft: Wer in seiner Person einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft setzt, kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch den Richter ausgeschlossen werden (OR Art. 577). Die an der Miteigentumsgemeinschaft Beteiligten können die Möglichkeit eines Ausschlusses einzelner Glieder der Gemeinschaft vorsehen; was Wille der Parteien sein kann, darf sicherlich auch vom Gesetzgeber selbst angeordnet werden. Mit dem Begriff des Eigentums ist das Ausschließungsrecht keineswegs unvereinbar. Das Eigentum verleiht keine unbeschränkten Befugnisse; dessen Umfang bestimmt sich vielmehr nach der jeweils geltenden Rechtsordnung¹⁶⁸. Zudem erfolgt der Ausschluß eines Miteigentümers weder voraussetzungs- noch

¹⁶⁸ Haab, N. 2 ff. zu Art. 641 faßt die Beschränkungen als dem Eigentum immanente Merkmale auf, währendem Liver, N. 8 ff. zu Art. 730, von unbeschränktem Eigentum ausgeht, das unter Einfluß der jeweils herrschenden Anschauungen eingeengt wird; im letztern Sinne auch J. J. Boßhardt, *Les restrictions légales indirectes de la propriété-foncière*, Diss. Fribourg 1954, S. 28 ff.

entschädigungslos. Der Verlust von Vermögensrechten bei Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen ist im übrigen dem schweizerischen Recht keineswegs fremd. Die Kaduierung von Aktien bei der Nichterfüllung der Einzahlungspflicht stellt einen tiefgreifenden Eingriff in Rechte des Einzelnen dar. Daß es sich um den Entzug von Körperschaftsrechten vornehmlich vermögensrechtlicher Natur handelt, vermag keinen grundsätzlichen Unterschied zu begründen.

b) Ebenso unbestritten ist auf der anderen Seite, daß bei der Umschreibung der Gründe für die Ausstoßung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Der Eingriff in die Rechte des Einzelnen muß durch die Intensität des rechtswidrigen Verhaltens gerechtfertigt sein. Die Voraussetzungen, unter denen ein Ausschluß zulässig ist, wären sehr zurückhaltend zu umschreiben. Nicht jede Störung des Zusammenlebens vermag den Ausschluß zu rechtfertigen. Vielmehr müssen durch das Verhalten des Auszuschließenden die Verhältnisse in der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer unhaltbar geworden sein. Im Interesse der Rechtssicherheit wird sich vielleicht neben einer Generalklausel gleich wie im deutschen Recht eine beispielsweise Aufzählung der Umstände empfehlen, unter denen der Ausschließungsanspruch besteht¹⁶⁹. Die Interessenabwägung wird dazu führen, den Ausschluß von seiner vorangehenden förmlichen Androhung abhängig zu machen. Wenn der Antragsteller zur Störung der Beziehungen beigetragen hat, wäre der Ausschluß des ersteren als äußerste Sanktion des vertragswidrigen Verhaltens nicht immer angemessen. Andererseits muß sich der Wohnungseigentümer das Verhalten der seine Wohnung benützenden Drittpersonen zurechnen lassen, sofern sich dies nach dem Verschuldungsprinzip rechtfertigen läßt¹⁷⁰. Es wird keine ein-

¹⁶⁹ vgl. WEG § 18; das österreichische WEG § 10 stellt einen abschließenden Katalog der Ausschließungsgründe auf.

¹⁷⁰ vgl. die ausdrückliche Bestimmung hierüber im österr. WEG § 10 Abs. 2 und WEG § 14 Ziff. 2.

fache Aufgabe sein, eine gesetzliche Ordnung des Ausschließungsanspruches zu treffen, die sich weder in der Kasuistik verliert noch den Beteiligten und dem Richter die notwendigen Richtlinien vorenthält.

c) Die Ausschließung bedarf auch in verfahrensmäßiger Hinsicht besonderer Aufmerksamkeit. Es wird zu prüfen sein, wer den Anspruch geltend machen kann. Der Natur der Gemeinschaft entsprechend kann nicht jeder, der in seinem Eigentum durch das Verhalten eines anderen Beteiligten beeinträchtigt ist, auf Ausschließung klagen. Das Begehren muß vielmehr von der Gemeinschaft als solcher ausgehen. Das will nicht bedeuten, daß alle übrigen Stockwerkseigentümer einem solchen Schritt zustimmen müssen. Der Mehrheitsbeschluß sollte genügen, wobei der Betroffene selbst bei dieser Beschlußfassung nicht mitwirken kann. Weiter ist zu erwägen, welche Wirkung dem Beschluß der Stockwerkseigentümer auf Ausstoßung zukommen soll. Richtigerweise sollte er allein den Willen der Gemeinschaft zum Ausdruck bringen, beim Richter den Ausschluß zu beantragen. Um der Möglichkeit vorzubeugen, daß eine Mehrheit ohne triftige Gründe sich dem Ausschließungsbegehren widersetzen kann, muß das Recht vorbehalten bleiben, diesen Beschluß seinerseits gerichtlich anzufechten¹⁷¹.

Mit dem richterlichen Ausschluß des Miteigentümers ist das Verfahren nicht beendet. Der Ausgeschlossene ist vor derhand weiterhin an der Liegenschaft dinglich berechtigt; denn eine Konstitutivwirkung des Urteils in dem Sinne, daß das Eigentum des Ausgeschiedenen analog dem Ausschluß eines Gesellschafters den übrigen Beteiligten anwachse, wäre der Sachlage nicht angemessen. Das Urteil soll allein die Feststellung enthalten, daß der Beklagte aus der Ge-

¹⁷¹ Siegwart, N. 45 zu Art. 547 OR hält bei der einfachen Gesellschaft dafür, daß bei Nichtzustandekommen des Beschlusses auf Ausschluß eines Gesellschafters der überstimmte Gesellschafter ein Auflösungsrecht oder ein fristloses Austrittsrecht besitzen muß.

meinschaft auszuschneiden hat, also sein Stockwerkseigentum veräußern muß. Kommt er dieser Pflicht innert bestimmter Frist nicht nach, so müssen die übrigen Stockwerkseigentümer die Veräußerung erzwingen können. Die Versteigerung des Anteils auf Antrag eines Miteigentümers drängt sich auf¹⁷². Für diese Versteigerung erscheinen die in Art. 229 f. OR enthaltenen Vorschriften als angemessen (vgl. auch ZGB Art. 612).

Nicht zum Ziele führt die Versteigerung des Stockwerkseigentums, wenn der Eigentümer seinen Anteil, vielleicht gerade zum Zwecke der Erschwerung der Veräußerung, über dessen Wert hinaus belastet hat. Hier wird nur die allfällige Zwangsvollstreckung von Seiten der Grundpfandgläubiger selbst helfen. Unter diesem Gesichtspunkte wäre es erwünscht, wenn für gewisse Ansprüche den übrigen Stockwerkseigentümern ein gesetzliches Pfandrecht zustehen würde. Prekär bleibt in allen Fällen die Lage bis zum Zeitpunkte, zu dem der säumige Stockwerkseigentümer sein Eigentum verliert. Die gerichtliche Auseinandersetzung kann unter Umständen viel Zeit in Anspruch nehmen. Die übrigen Stockwerkseigentümer sind hier auf die allgemeinen Rechtsbehelfe zur Abwehr vertragswidrigen Verhaltens angewiesen.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß gegenüber schwerwiegenden Störungen der Gemeinschaft der Ausschließungsanspruch, welcher eine Art «Abmeierungsklage»¹⁷³ darstellt, eine ultima ratio ist, auf die der Gesetzgeber schon aus «generalpräventiven» Gründen kaum verzichten kann. Die Möglichkeit des Ausschlusses eines Miteigentümers würde sich in einer Ordnung des Stockwerkseigentums keineswegs als Fremdkörper ausnehmen.

¹⁷² So das österr. WEG § 10 Abs. 3; WEG § 53 verweist auf den Weg der «freiwilligen Versteigerung».

¹⁷³ Weitnauer-Wirths, N. 1 zu § 18.

§ 28. Die Übertragung des Stockwerkseigentums

I. Voraussetzungen und Form der Übertragung

1. Zur Übertragung des Stockwerkseigentums ist nur wenig zu sagen. Das Stockwerkseigentum, bestehend aus Miteigentumsanteil und Sonderrecht, wird wie ein gewöhnliches Grundstück übertragen. Die rechtsgeschäftliche Übertragung bedarf der öffentlichen Beurkundung und des Eintrages im Grundbuch¹⁷⁴. Wiederum ist unerheblich, ob das Sonderrecht als Eigentum oder als beschränkt dingliches Recht verstanden wird; denn aus dem als wesentlich erkannten Grundsatz, daß Miteigentum und Sonderrecht niemals Gegenstand getrennter Verfügung bilden können, ergibt sich zwingend, daß das letztere dem Miteigentumsanteil in jeder Beziehung, also auch hinsichtlich der Form der Verfügung folgen muß. Eine selbständige Verfügung über den Miteigentumsanteil oder das Sonderrecht müßte als rechtlich unmöglich und demgemäß als nichtig angesehen werden. Irgendwelche andere Einschränkungen, von den noch zu besprechenden Vorkaufsrechten und Veräußerungsbeschränkungen zugunsten der andern Stockwerkeigentümer abgesehen, brauchen nicht angeordnet zu werden. Für den Fall, daß Stockwerkseigentum infolge Vertrages oder infolge Gesetzes auf mehrere Personen zu Miteigentum oder zu gesamter Hand übergeht (hiez u oben S. 187a), sollte analog dem Aktienrecht (Art. 690 Abs. 1 OR) vorgeschrieben werden, daß die mehreren Berechtigten einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen haben.

Erwerben mehrere Personen Stockwerkseigentum zu Miteigentum, so treten diese wegen der besonderen Natur des Stockwerkseigentums nicht in die Miteigentumsgemeinschaft am Grundstück selbst ein; vielmehr bildet sich eine besondere, von der Doktrin sonst abgelehnte¹⁷⁵ untergeordnete Miteigentumsgemeinschaft am Miteigen-

¹⁷⁴ ZGB Art. 657 und 656; Haab, Komm. N. 11 zu Art. 646.

¹⁷⁵ Haab, Komm. N. 26 zu Art. 646.

tumsanteil. Dementsprechend muß der Eintrag im Grundbuch vorgenommen werden¹⁷⁶. Ein praktisches Bedürfnis nach Anerkennung des Miteigentums am Stockwerkseigentum besteht kaum weniger als bei gewöhnlichen Grundstücken. Auch theoretische Bedenken erscheinen nicht als begründet, sofern man davon ausgeht, daß das Teilrecht am Stockwerkseigentum in diesem Falle mit dem Miteigentum am ganzen Grundstück nicht gleichgesetzt werden kann.

Unter welchen Voraussetzungen der Erwerber in die gesetzliche und vertragliche Miteigentumsgemeinschaft eintritt, ist in anderem Zusammenhange erörtert worden (vgl. oben S. 223a). Wenn die Vereinbarungen unter den Stockwerkseigentümern im Grundbuch vorgemerkt sind, können sie gegenüber dem Erwerber selbst dann durchgesetzt werden, wenn sie dieser nicht ausdrücklich übernommen hat.

II. Das Vorkaufsrecht der Stockwerkseigentümer

Geht man davon aus, daß Stockwerkseigentum als Anteil an der Miteigentumsgemeinschaft zu verstehen ist, so findet auch die Vorschrift des Art. 682 Anwendung, wonach jeder Miteigentümer ein Vorkaufsrecht gegenüber einem Dritten besitzt, der einen Miteigentumsanteil erwirbt. Ihre Rechtfertigung findet diese dem deutschen und französischen Recht nicht bekannte Vorschrift¹⁷⁷ im Bestreben, die Wiedervereinigung der Miteigentumsanteile in einer Hand zu fördern und zugleich das Eindringen von nicht genehmen Dritten in die Gemeinschaft zu verhindern¹⁷⁸. Der zuletzt

¹⁷⁶ Im gleichen Sinne für das deutsche Recht Weitnauer-Wirths, N. 36 zu § 3.

¹⁷⁷ Auch in andern Staaten ist das gesetzliche Vorkaufsrecht, abgesehen vom saarländ. WEG (§ 12), nicht bekannt; in Italien soll es nicht einmal vertraglich bestellt werden können, Toso-Cardelli, S. 69.

¹⁷⁸ Haab, Komm. N. 51 ff. Art. 681/82; Leemann, Komm. N. 2 zu Art. 682.

genannte Gesichtspunkt spricht für die Anerkennung des Vorkaufsrechtes bei Stockwerkseigentumsverhältnissen. Es ist sicherlich erwünscht, wenn die übrigen Stockwerkseigentümer zum mindesten in dem Sinne einen Einfluß auf die Zusammensetzung der Gemeinschaft ausüben können, daß sie die Veräußerung eines Stockwerks an einen bestimmten Dritten verhindern können. Andererseits ist das Vorkaufsrecht mit dem freien Verfügungsrecht des Miteigentümers und noch mehr des Stockwerkseigentümers schwer zu vereinbaren. Trotz dieser «Systemwidrigkeit» und bei aller Würdigung der erheblichen Unzulänglichkeiten, welche das Bestehen von Vorkaufsrechten mit sich bringt, wird die Beseitigung dieses «Zugrechtes» reiflich zu überlegen sein¹⁷⁹.

Das Vorkaufsrecht ermöglicht in glücklicher Interessenabwägung den andern Stockwerkseigentümern, bei der Auswahl neuer Beteiligter mitzuwirken, ohne daß deswegen der verkaufende Stockwerkseigentümer einen wirtschaftlichen Nachteil erfahren würde. Dieser ist vielmehr so gestellt, wie wenn er den Anteil an den von ihm bezeichneten Dritten verkauft hätte. In der Pflicht, den Vorkaufsberechtigten in den mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag eintreten zu lassen, kann keine Einschränkung gesehen werden, die sich mit dem Begriff des Eigentums schlechthin nicht vertragen würde. Selbstverständlich könne auch weiterhin das Vorkaufsrecht unter den Miteigentümern vertraglich ausgeschlossen werden.

Anerkennt man, daß auch bei Stockwerkseigentum das Vorkaufsrecht sachlich gerechtfertigt ist, so wird man seiner Ausgestaltung im Gesetze selbst oder doch in einer Vereinbarung unter den Stockwerkseigentümern einige Aufmerksamkeit schenken müssen.

Die ratio würde verlangen, daß das Vorkaufsrecht nicht allein beim Verkauf im eigentlichen Sinne, sondern auch bei einer andern entgeltlichen Veräußerung unter Lebenden

¹⁷⁹ Im gleichen Sinne Liver, Vortrag S. 21; Guhl, Festgabe für E. Huber, S. 70; anders Kreisschreiben vom 10. Oktober 1951.

geltend gemacht werden kann. Eine Ausdehnung auf den Tatbestand der gerichtlichen Versteigerung würde, im Unterschied zum Tausch, nicht allzu stark in die Rechte des Stockwerkseigentümers eingreifen.

Bei Stockwerkseigentumsverhältnissen mit zahlreichen Beteiligten empfiehlt es sich, auch das Verfahren für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zu ordnen, indem etwa der Verwalter und nicht alle übrigen Stockwerkseigentümer vom Vorkaufsfall zu unterrichten sind. Dieser müßte auch als berechtigt erklärt werden, an Stelle der Beteiligten das Vorkaufsrecht im Namen aller oder einer Mehrheit der übrigen Stockwerkseigentümer auszuüben¹⁸⁰.

III. Veräußerungsbeschränkungen

Das deutsche Recht gibt den Stockwerkseigentümern eine weitere Möglichkeit, das Eindringen unerwünschter Dritter in die Gemeinschaft zu verhindern (WEG § 12). Die Veräußerung des Stockwerkseigentums kann von der Zustimmung der übrigen Stockwerkseigentümer oder gar einer Drittperson abhängig gemacht werden¹⁸¹. Auch in Frank-

¹⁸⁰ Da der Verzicht auf das Zugrecht für das Stockwerkseigentum teilweise als wesentlich angesehen wird, darf daran erinnert werden, daß nach geltendem Recht zwar der Ausschluß des Vorkaufsrechtes möglich ist, jedoch fraglich erscheint, ob der Vereinbarung hierüber mittels Eintragung einer Dienstbarkeit im Sinne von Art. 680 Abs. 2 ZGB dingliche Wirkung verliehen werden kann (vgl. oben S. 67a). Es wäre wünschenswert, bei Gelegenheit der Gesetzesrevision für das Miteigentum schlechthin, also auch für schlichtes Stockwerkseigentum die Möglichkeit zu schaffen, das Vorkaufsrecht mit «dinglicher Wirkung» auszuschließen. Auch hier läßt sich dieses Ziel einfach und sachgemäß mittels Vormerkung der entsprechenden Vereinbarung im Grundbuch erreichen. Dabei wäre festzustellen, daß die Vereinbarung keiner öffentlichen Beurkundung bedarf.

¹⁸¹ Nach ausdrücklicher Vorschrift haben diese Veräußerungsbeschränkungen auch im Falle der Zwangsvollstreckung Geltung; hier dürften die Auswirkungen auf den Hypothekarkredit kaum ge-

reich scheinen solche Klauseln üblich zu sein. So erwünscht es für die Stockwerkseigentümer ist, einen Einfluß auf die Auswahl der übrigen Bewohner des Hauses zu nehmen, so muß doch auf die Gefahren solcher weitgehenden Beschränkungen hingewiesen werden. Sie können, was besonders zu Anfang ins Gewicht fallen würde, die Veräußerungsfähigkeit und damit den Verkehrswert des Stockwerkseigentums erheblich beeinträchtigen. Sodann dürfte es schwerhalten, der Gefahr zu begegnen, daß die Zustimmung mißbräuchlich oder aus unsachlichen Gründen verweigert wird¹⁸². Schwerlich läßt sich eine vollkommene Ordnung treffen, die zwar den übrigen Stockwerkseigentümern ein Mitspracherecht gibt, aber doch die Freiheit des Einzelnen nicht übermäßig beeinträchtigt. Das Bestehen eines Vorkaufsrechts scheint hier eine maßvollere und einfachere Handhabe gegen Verkäufe an unerwünschte Dritte zu bieten.

Nicht ausgeschlossen ist, auf vertraglicher Basis solche Veräußerungsbeschränkungen zu schaffen. Das schweizerische Recht verbietet dem Eigentümer nicht, die Veräußerung einer Sache von der Zustimmung eines Dritten abhängig zu machen; vorbehalten bleibt allein Art. 27 ZGB¹⁸³.

nügend bedacht worden sein. Vgl. die Vorbehalte bei Weitnauer-Wirths, N. 1 zu § 12, und Palandt, N. 1 und 5 zu § 12.

¹⁸² Das deutsche Recht (WEG § 12) versucht dieser Möglichkeit mit der Vorschrift zu begegnen, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf. Auch steht natürlich nichts entgegen, unter bestimmten Voraussetzungen dem Stockwerkseigentümer einen Anspruch auf die Zustimmung zu geben. Doch werden Vorschriften solcher oder ähnlicher Art leicht Anlaß zu Streitigkeiten unter den Beteiligten geben, die um so schwerer wiegen, als der Entscheid über die Zulässigkeit des Abschlusses eines bestimmten Kaufvertrages in den meisten Fällen innert kurzer Zeit getroffen werden muß.

¹⁸³ Leemann, Komm. N. 10 zu Art. 812; vgl auch BGE 71 I 41 betr. Veräußerungsbeschränkungen bei selbständigen Baurechten.

§ 29. Die Beendigung des Stockwerkseigentums

I. Die Auflösungsgründe

1. Bereits im Zusammenhange mit der Darlegung der Gründe, weshalb die geltende gesetzliche Miteigentumsordnung nicht als genügende Grundlage für das Stockwerkseigentum angesehen werden kann, ist nachgewiesen worden, weshalb die Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer als unauflösbar ausgestaltet werden muß¹⁸⁴. Ein Teilungsanspruch würde den Bestand der Gemeinschaft in Frage stellen und damit das Stockwerkseigentum zeitlich beschränken. Eine solche Begrenzung ist mit dem Wesen echten Alleineigentums, dem das Stockwerkseigentum so weit als möglich angeglichen werden soll, nicht vereinbar.

Es gibt keine Grundsätze des schweizerischen Rechtes, welche *de lege ferenda* die Aufrechterhaltung des Teilungsanspruches jedes Miteigentümers erfordern würde. Diese Feststellung kann jedenfalls dann nicht in Zweifel gezogen werden, wenn einerseits die Veräußerung des Anteils durch jeden der Beteiligten gewährleistet bleibt, andererseits aber ein Miteigentümer aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden kann. Beide Voraussetzungen wären nach der für das schweizerische Recht vorgeschlagenen Ordnung erfüllt.

Fehlt es an der Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Auflösung der Gemeinschaft, so kann diese folgerichtig auch nicht durch die Gläubiger des Miteigentümers auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden. Vollstreckungssubstrat ist stets nur der Miteigentumsanteil und das mit ihm untrennbar verbundene Sonderrecht am Stockwerk. Das geltende Recht unterscheidet für die Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile zwei Tatbe-

¹⁸⁴ Vgl. oben S. 54a. In den ausländischen Rechten wird die Unauflösbarkeit teils ausdrücklich angeordnet (WEG § 11, span. Zivilgesetzbuch Art. 396 Abs. 2, C. c. ital. Art. 1119, teils als selbstverständlich angesehen (so das französische Recht).

stände¹⁸⁵: Für den Fall, daß das Grundstück selbst nicht verpfändet ist, kommt es nicht zur Auflösung des Miteigentums; die Zwangsvollstreckung erfaßt nur den Anteil. Im gegenteiligen Fall soll die Auflösung des Miteigentums auf dem Wege der Verständigung oder durch Klage der nicht betriebenen Miteigentümer herbeigeführt werden. Gelingt dies nicht, so muß das ganze Grundstück unter den Miteigentümern und gegebenenfalls öffentlich versteigert werden¹⁸⁶. Bei Stockwerkseigentum muß die Möglichkeit einer Auflösung ausgeschlossen sein. Ebenso wenig darf es zu einer Versteigerung des ganzen Grundstückes kommen, es sei denn, daß Betreibung für das auf dem ganzen Grundstück lastende Grundpfand eingeleitet ist. Die Unauflösbarkeit ließe sich dadurch erreichen, daß die Verpfändung des ganzen Grundstückes verboten wird; aus den oben (S. 231a) dargelegten Gründen kann jedoch die Gesamtverpfändung nicht zum vorneherein ausgeschlossen werden. Gleich wie im deutschen Recht (WEG § 11 Abs. 2) muß somit angeordnet werden, daß die Miteigentumsgemeinschaft auch im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht aufgelöst werden kann. Dies bedingt, daß ein Weg gefunden werden muß, der die Ermittlung des Wertes eines Anteils und damit seine selbständige Verwertung gestattet; in Frage kommt etwa ein Freihandverkauf nach erneuter amtlicher Schätzung.

3. Der Untergang des Gebäudes – vom Untergang der Bodenfläche braucht kaum gesprochen zu werden – läßt an und für sich die Miteigentumsgemeinschaft unberührt. Dadurch unterscheidet sich die Rechtslage bei der auf Miteigentum beruhenden Stockwerkseigentumsgemeinschaft von älteren Anschauungen, wo der Eigentumsanteil an Grund und Boden als Bestandteil des betreffenden Sondereigentums aufgefaßt wurde und der Untergang der

¹⁸⁵ Vgl. VZG Art. 73; Haab, Komm. N. 17 zu Art. 646; La Roche, S. 91.

¹⁸⁶ Über die Gründe für diese Ordnung vgl. BGE 55 III S. 162.

Hauptsache Ungewißheit über das rechtliche Schicksal des «Bestandteils» zurückließ. Gleichwohl fallen mit der Zerstörung des Gebäudes die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Gemeinschaft dahin. In Übereinstimmung mit ausländischen Rechtsordnungen muß ein gänzlicher oder überwiegender Untergang des Gebäudes zur Auflösung des Miteigentums führen, sofern nicht ein Surrogat (z.B. Versicherungssumme) für den Gebäudewert vorhanden ist. Es wird zu erwägen sein, unter welchen Voraussetzungen denjenigen Miteigentümern, die zum Wiederaufbau bereit sind, ein Anspruch auf Abtretung der andern Anteile eingeräumt werden soll (vgl. im übrigen oben, S. 202a). Die für eine Zerstörung entwickelten Grundsätze müßten analog im Falle der Enteignung des Grundstückes angewendet werden.

4. Die Vereinigung aller Miteigentumsanteile in einer Hand würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Folge haben, daß die Miteigentumsgemeinschaft sowie die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen infolge Konfusion untergehen und damit gesonderte Verfügungen über einzelne Miteigentumsquoten ausgeschlossen wären. Entsprechend der vorherrschenden Tendenz in den ältern Rechten, welche das Stockwerkseigentum zwar duldeten, aber nicht gerne sahen, wurde die Vereinigung aller Anteile in der Hand derselben Person als erwünschter Anlaß für das Verschwinden solcher Verhältnisse aufgefaßt. Wenn die Bildung modernen Stockwerkseigentums nicht allein bei Anlaß der Veräußerung einzelner Anteile, sondern schon vor einem Eigentumsübergang mittels einseitiger Erklärung des Eigentümers möglich ist, sollte anderseits die Vereinigung der Teilrechte in der gleichen Hand nicht den Untergang des Stockwerkseigentums herbeiführen. Denn dieses könnte durch Willenserklärung sofort wieder begründet werden. Werden die Sonderrechte an einzelnen Stockwerken als beschränkt dingliche Rechte aufgefaßt, so ergeben sich aus diesem Tatbestand «Eigentümerdienstbarkeiten», gegen die aber angesichts der weitgehenden Anerkennung von

Rechten an eigener Sache grundsätzlich kaum etwas einzuwenden ist.

II. Die Liquidation des Stockwerkseigentums

1. Tritt ausnahmsweise ein gesetzlicher oder vertraglicher Auflösungsgrund ein, so entsteht ein Anspruch auf Teilung des Miteigentums. Nur in den wenigsten Fällen wird sich die Teilung realiter vollziehen lassen. Mangels Verständigung unter den Beteiligten, für welche, andere vertragliche Abrede vorbehalten, Einstimmigkeit erforderlich ist, kommt es nach geltendem Recht zur öffentlichen oder privaten Versteigerung des gesamten Grundstückes mit Gebäuden. Der Richter ist nicht ermächtigt, über die Art der Liquidation zu bestimmen. Die weitergehende Befugnis, welche OR Art. 585 Abs. 3 dem Richter für den Fall der Auflösung der einfachen Gesellschaft einräumt, kann nicht auf die Liquidation des Miteigentums übertragen werden. Es wird aber zu erwägen sein, ob nicht die Mitwirkungsbefugnisse des Richters auch auf die Bestimmung der Liquidationsart entsprechend den im Gesellschaftsrecht geltenden Normen ausgedehnt werden soll.

2. Das Liquidationsergebnis muß unter den beteiligten Miteigentümern verteilt werden. Dabei ergeben sich einige Abweichungen im Vergleich zum ordentlichen Miteigentumsrecht wie auch gegenüber dem Umfang der Rechte, welche den einzelnen Stockwerkseigentümern während des Bestehens der Gemeinschaft zusteht. Wohl muß die Verteilung von den Miteigentumsquoten ausgehen, zu denen die Einzelnen am Grundstück beteiligt sind. Allein wenn Gewähr dafür bestehen soll, daß die von den Einzelnen gemachten wertvermehrenden Aufwendungen oder die aus andern Gründen eingetretene Wertvermehrung die im «Sondereigentum» stehenden Teile des Gebäudes diesen allein zugute kommen, kann der ideelle Miteigentumsanteil nicht allein Maßstab für die Beteiligung am Liquidationsergebnis sein; denn dieser blieb trotz späterer Verschiebung der Wert-

relationen unverändert. Nicht weniger unbillig wäre es, wenn von Wertvermehrungen an gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes, zu denen wegen fehlender Zustimmung nicht alle Gemeinschaftsglieder beigetragen haben^{186a} bei der Liquidation alle Nutzen ziehen würden. Aus diesen Überlegungen folgt, daß sich der auf jeden Stockwerkseigentümer bei der Liquidation entfallende Anteil statt nach seiner Miteigentumsquote nach dem wirklichen Wert der mit dem betreffenden Anteil verbundenen Rechte im Zeitpunkt der Beendigung der Gemeinschaft bemessen muß¹⁸⁷.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Die Untersuchung darüber, ob das Institut des Stockwerkseigentums in das geltende Zivilrecht eingebaut werden kann, hat zu einem positiven Ergebnis geführt. Unter keinem Gesichtspunkte stößt die erwogene Ergänzung des schweizerischen Immobiliarsachenrechts auf Schwierigkeiten, die nicht unter Anlehnung an Formen und Lösungen des bestehenden Rechts behoben werden könnten. Der grundsätzlichen Anerkennung des dinglichen Rechts am einzelnen «Stockwerk» steht nichts entgegen. Weiter hat sich ergeben, daß vor allem die Miteigentumsordnung ausbaubedürftig ist; die Ursache hierfür ist aber nicht in erster Linie in der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums zu suchen; vielmehr treten nunmehr die Unzulänglichkeiten einer gesetzlichen Ordnung zutage, die allzusehr römisch-gemeinrechtlichen Anschauungen verpflichtet ist. Auch die «Verdinglichung» der Abreden unter den Miteigentümern entspricht einem Bedürfnis, das sich nicht auf das Stock-

^{186a} Vgl. WEG § 22 Abs. 1; C. c. ital. Art. 1121.

¹⁸⁷ Vgl. dazu Weitnauer-Wirths, Komm. N. 5 zu § 22; das ital. Recht enthält in dieser Richtung keine besondere Norm, da der Anteil eines jeden Beteiligten nach Art. 1118 Abs. 1 stets, auch während des Bestehens der Gemeinschaft, nach dem «Wert» des Stockwerks bemessen wird. Vgl. über die Berechnung des Wertanteiles oben S. 178a f.

werkseigentum beschränkt. Ferner steht fest, daß sich die Darstellung dinglicher Rechte an Gebäudeteilen im Grundbuch ohne Eingriff in das geltende System verwirklichen läßt. Wenn für das Stockwerkseigentum genügende Rechtsgrundlagen geschaffen sind, erscheint auch die Befürchtung nicht mehr als begründet, die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer könnte in besonderem Maße zu Streitigkeiten Anlaß geben. Sicherlich würden die Auseinandersetzungen unter den Bewohnern nicht derart häufig sein, daß der schweizerische Zivilgesetzgeber aus Gründen des Gemeinwohls Anlaß hätte, im Unterschied zu sozusagen allen ausländischen Rechtsordnungen die eigentumsmäßige Unterteilung von Häusern in Stockwerken ungeachtet der wirtschaftlichen Bedürfnisse weiterhin zu verunmöglichen.

So darf nach Würdigung der rechtlichen Gesichtspunkte festgehalten werden, daß die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in einer Form, die den Erfahrungen und neuen Erkenntnissen angepaßt ist, durchaus verantwortet werden kann. Die Ergebnisse und Folgerungen lassen sich in nachstehende

Thesen

zusammenfassen:

1. Stockwerkseigentum kann in sozusagen allen Kulturstaaten in der einen oder andern Form gebildet werden; vielerorts bestehen darüber ausführliche gesetzliche Bestimmungen. Ein gewisses wirtschaftliches Bedürfnis nach horizontaler Aufteilung des Eigentums an Gebäuden zu Wohn- und Geschäftszwecken kann heute auch für die Schweiz nicht verneint werden.

2. Die für das geltende Recht vorgeschlagenen und angewandten Ersatzformen für Stockwerkseigentum, insbesondere die Verbindung von Miteigentum und Dienstbarkeit sowie die Mieter-Aktiengesellschaft vermögen aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen nicht zu genügen.

3. Der Wiedereinführung des Stockwerkseigentums stehen keine zwingenden Gründe rechtlicher Natur entgegen. Die Erfahrungen im Auslande bestätigen diese Feststellung. Das Stockwerkseigentum läßt sich in einfacher und übersichtlicher Weise im Grundbuche darstellen.

4. Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums bedingt eine eingehende und wohldurchdachte gesetzliche Ordnung; eine bloße Aufhebung des bestehenden Verbotes von Eigentum und Baurecht an einzelnen Stockwerken wäre ungenügend.

Dem Erlaß eines Spezialgesetzes ist die Änderung des Zivilgesetzbuches vorzuziehen.

5. Das Stockwerkseigentum soll auf dem Miteigentum an Grund und Boden sowie an den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes beruhen. Die geltenden Bestimmungen über das Miteigentum sind jedoch ungenügend und bedürfen ihrerseits des Ausbaus.

6. Das Stockwerkseigentum, umfassend den Miteigentumsanteil und das dingliche Recht auf ausschließliche Benützung eines bestimmten Gebäudeteiles muß übertragbar, vererblich und verpfändbar sein. Dabei ist von untergeordneter Bedeutung, ob das Recht auf ausschließliche Nutzung als Ausfluß von Sondereigentum oder eines besondern beschränkt dinglichen Rechts aufgefaßt wird.

Für jedes Stockwerkseigentumsverhältnis muß im Grundbuch ein selbständiges Blatt eröffnet werden können.

7. Das Gesetz muß eine eingehende dispositive Ordnung der Beziehungen unter den Stockwerkseigentümern enthalten; darin müssen insbesondere die Art und Weise der Benützung der gemeinschaftlichen Teile wie der im Sondereigentum stehenden Räume, die Grundsätze der Willensbildung in der Stockwerkseigentumsgemeinschaft und die Verteilung der gemeinsamen Lasten geregelt sein.

8. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Stockwerkseigentümern müssen durch Eintrag im Grundbuch

gegenüber Einzelrechtsnachfolgern wirksam gemacht werden können.

9. Der Stockwerkseigentümer, der sich intensiv gemeinschaftswidrig verhält, muß aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden können.

10. Das neue Recht muß so ausgestaltet sein, daß die an einigen Orten noch bestehenden altrechtlichen Stockwerkseigentumsverhältnisse ohne Schwierigkeiten in die neue Form übergeführt werden können.
