



Weiterbildung Recht

Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016

22. November 2016



AMÉDÉO WERMELINGER



Stämpfli Verlag

Am 22. November 2016 findet die 6. Tagung der Universität Luzern zum Stockwerkeigentum statt. Zum ersten Mal wird der Beitrag eines Psychologen, Hubert Bienz, abgedruckt, der über seine Sicht des Querulanten schreibt. Auch sonst steht die Tagung im Zeichen der Praktiker(-innen). Petra Grognez und Karola Marder schreiben über Fallstricke des Verwalters beziehungsweise der Verwalterin in der Praxis. Rinaldo Meier, der im Bankensektor tätig ist, widmet sich dem Ersatzneubau beim Stockwerkeigentum. Dieser Beitrag wird ergänzt durch einen Text von Matthias Schrader, der vom Bau des Stockwerkeigentums handelt. Raphaël Haas rundet die Thematik des Bauens und jene der Verwaltung in der Praxis ab, indem er sich mit den Aufgaben des Verwalters bei der Mängelhaftung auseinandersetzt. Damian P. Stocker äussert sich zu einer in der Praxis sehr wichtigen Fragestellung, nämlich zur Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft. Jeder, der im Stockwerkeigentum prozessieren will, sollte diesen Beitrag vertieft studieren. Schliesslich erörtert Jörg Schwarz verschiedene Gerichtsurteile, was schon zu einem Evergreen der Tagung geworden ist.



Weiterbildung Recht

Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016

Tagung vom 22. November 2016 in Luzern

Beiträge von

Hubert Bienz
Petra Grognez
Raphaël Haas
Karola Marder
Rinaldo Meier
Matthias Schrader
Jörg Schwarz
Damian P. Stocker



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-5964-7

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-3229-9

Judocu ISBN 978-3-0354-1371-7

printed in
switzerland



Vorwort

Liebe Leserin, Lieber Leser,

Am 22. November 2016 findet die 6. Tagung der Universität Luzern zum Stockwerkeigentum statt. Auch dieses Jahr gibt es einige Neuigkeiten, die kurz erläutert werden sollen. Einerseits kommt die Tagung zurück in das Verkehrshaus. Wir befinden uns jedoch dieses Jahr im grossen Saal, was eine Premiere ist! Dann haben wir zum ersten Mal einen Beitrag eines Psychologen, Hubert Bienz, der uns aufzeigen wird, dass Querulanten eben doch nicht immer solche sind! Die Tagung steht auch sonst im Zeichen der Praktiker(-innen). Petra Grognez und Karola Marder, zwei ausgewiesene Verwalterinnen, die auch seit Jahrzehnten in der Ausbildung tätig sind, werden aus ihrem grossen Erfahrungsschatz berichten. Und schliesslich haben wir auch zum ersten Mal jemanden aus dem Bankensektor, Rinaldo Meier, der uns die Freude macht, eine sehr heikle Thematik zu vertiefen, die über Sein oder Nichtsein bei einem ins Alter gekommenen Stockwerkeigentum entscheiden kann.

Eine der wichtigsten Neuerungen findet jedoch im Backoffice statt. Matthias Schrader, der seit Anbeginn die Tagungsbände sorgfältig lektoriert hat, verlässt uns und wird durch Natascha Santschi ersetzt. Wir danken ihm für die jahrelange hervorragende Unterstützung. Er wird seinen Höhepunkt anlässlich dieser Tagung erleben, indem er für einmal auch selbst als Referent auftritt. Das ist natürlich ein würdiger Abschluss für eine sehr fruchtbare Zusammenarbeit. «Bon vent!» an Matthias Schrader und «Welcome» an Natascha Santschi.

Dann haben wir noch einen sehr langen Beitrag von Damian P. Stocker, der den Tagungsband, vor allem für Anwältinnen und Anwälte bzw. für Verwalterinnen und Verwalter nützlich ergänzen wird. Ob all diesen Neuigkeiten ist es schon fast beruhigend, dass wir ein Dauerthema beibehalten haben, nämlich die von den Teilnehmenden sehr geschätzte Rechtsprechungsbesprechung durch Jörg Schwarz. Ebenso ein Dauergast ist Raphaël Haas, welcher zum dritten Mal auftritt und quasi die Thematik des Verwalters und des Bauens miteinander verknüpft, indem er über die Aufgaben des Verwalters bei der Mängelhaftung referiert.

Sie sehen also, auch dieses Jahr ist für Abwechslung und Spannung gesorgt. Deshalb bin ich überzeugt, dass Sie beim Lesen des Tagungsbandes viele interessante Erkenntnisse gewinnen werden!

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Rechtsanwalt

Herausgeber

Luzern im September 2016

Wir gratulieren!

Anlässlich der Jubiläumstagung vom letzten Jahr, welche am 24. November 2015 stattgefunden hat, erläuterte Herr Ständerat Andrea Caroni sein Postulat zur gesetzgeberischen Gesamtschau im Bereich des Stockwerkeigentums (S. 5 ff.). Da Herr Caroni dieses Postulat als Nationalrat in der grossen Kammer eingereicht hat, wurde es von Herrn Nationalrat Olivier Feller übernommen und dem Rat am 14. September 2016 unterbreitet. Der Nationalrat hat das Postulat mit 113 JA-Stimmen gegen 76 NEIN-Stimmen angenommen. Wir gratulieren den Herren Caroni und Feller und sind nun gespannt, was die nächsten Schritte des Bundesrats sein werden. Wir bleiben am Ball und werden in den kommenden Jahren weiterhin darüber informieren.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Rechtsanwalt

Herausgeber

Luzern im September 2016

Inhaltsverzeichnis

RAPHAËL HAAS	
Geltendmachung von Baumängeln: Die Aufgaben des Verwalters	1
PETRA GROGNOZ/KAROLA MARDER	
Der Verwalter in der Praxis: Erfahrungen und Fallstricke	39
HUBERT BIENZ	
Der Querulant aus Sicht des Psychologen	51
MATTHIAS SCHRADER	
Der Bau des Stockwerkeigentums – ein rechtliches Abenteuer	59
RINALDO MEIER	
Der Ersatzneubau beim Stockwerkeigentum – Herausforderungen und Lösungsansätze	85
JÖRG SCHWARZ	
Aktuelle Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum	117
DAMIAN P. STOCKER	
Die Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft (StWEG)	135

Autorenverzeichnis

HUBERT BIENZ

Dipl. Psych. HAP, Arbeits- und Organisationspsychologe, Geschäftsführer der Beratungsfirma mehrsicht AG in Rothenburg

PETRA GROGNOZ

Eidg. dipl. Immobilientreuhänderin, Vizepräsidentin Fachkammer Stockwerkeigentum-SVIT, Partnerin bei H.P. Burkhalter + Partner AG, Immobilien Management in Liebefeld bei Bern

RAPHAËL HAAS

Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar bei der Rudolf & Bieri AG in Emmenbrücke, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

KAROLA MARDER

Eidg. dipl. Immobilientreuhänderin, Vorstandsmitglied der Fachkammer Stockwerkeigentum-SVIT, Leiterin GRIBI Bewirtschaftung AG in Aarau

RINALDO MEIER

MAS UZH in Real Estate, Director bei einer Schweizer Bank im Real Estate Financing, Zürich

MATTHIAS SCHRADER

MLaw, Jurist bei Walker Management AG in Sursee

JÖRG SCHWARZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Fellmann Tschümperlin Lötscher AG, Luzern, Titularprofessor für Privatrecht an der Universität Luzern

DAMIAN P. STOCKER

MLaw, BSc ZFH, a.o. Gerichtsschreiber, Kantonsgericht Schwyz

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
a.M.	anderer Meinung
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
aGBV	Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (vormals SR 211.432.1)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

B

BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (Lausanne)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BKP	Baukostenplan
BR/DC	Baurecht / Droit de la Construction (Freiburg)
BRT	(Freiburger) Baurechtstagung / Tagungsunterlagen
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BZO	Bau- und Zonenordnung
bzw.	beziehungsweise

Abkürzungsverzeichnis

C

ca.	circa
CC	siehe ZGB
CHF	Schweizer Franken
CO	siehe OR

D

d.h.	das heisst
DCF	Discounted Cash-Flow
DG	Dachgeschoss
Diss.	Dissertation

E

E.	Erwägung
EF	Erneuerungsfonds
ev.	eventuell

F

f.	und folgende/folgender (Paragraph, Seite, Randziffer, Anmerkung)
ff.	und fortfolgende (Paragraphen, Seiten, Randziffern, Anmerkungen)
Fn.	Fussnote(n)

G

GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
gl.A.	gleicher Ansicht
GU	Generalunternehmer

H

Habil.	Habilitation
HEV	Der Schweizerische Hauseigentümer (Zürich)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/in

XIV

I

i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.Ue.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive

K

Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar

L

LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera

M

m	Meter
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m ²	Quadratmeter
m ³	Kubikmeter
Mio.	Million

N

N	Note, Randnote
not@lex	La revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Zürich)
Nr.	Nummer, Randnummer

O

OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220) vom 30. März 1911
ORF	siehe GBV

Abkürzungsverzeichnis

P

Pra Die Praxis (Basel)

R

resp. respektive

RtiD Rivista ticinese di diritto (Basel)

Rz. Randziffer

S

S. Seite

s. siehe

SBV Schweizerischer Baumeisterverband

SchKG Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)

SchlT Schlusstitel

SIA Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein

SJZ Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)

sog. sogenannt

SPV Special Purpose Vehicle (Zweckgesellschaft)

SR Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StWE Stockwerkeigentum

StWEG Stockwerkeigentümergeinschaft

SVIT Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft

T

TU Totalunternehmer

U

u. und

u.a. unter anderem

u.U. unter Umständen

u.w. und weitere

XVI

UG	Untergeschoss
UID	Unternehmens-Identifikationsnummer
usw.	und so weiter
V	
vgl.	vergleiche
VSGU	Verband Schweizerischer Generalunternehmer
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42)
Z	
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)

Geltendmachung von Baumängeln: Die Aufgaben des Verwalters

Von RAPHAËL HAAS¹

Inhalt

1.	Einleitung.....	2
1.1	Fragestellung und Problematik.....	2
1.2	Einteilung in Fallgruppen.....	3
2.	Baumängel an Teilen im Sonderrecht.....	4
2.1	System der Mängelhaftung bei Mängeln im Sonderrecht ...	4
a)	Mögliche Konstellationen.....	4
b)	Geltendmachung der Mängelrechte	5
2.2	Aufgaben des Verwalters bei Mängeln im Sonderrechtsteil.....	6
3.	Baumängel an gemeinschaftlichen Teilen bei baulichen Massnahmen	7
3.1	System der Mängelhaftung bei baulichen Massnahmen	7
a)	Mögliche Konstellationen.....	7
b)	Mögliche und tatsächliche Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft	7
c)	Geltendmachung der Mängelrechte	8
3.2	Aufgaben des Verwalters bei Baumängeln	10
a)	Aufgaben des Verwalters im Allgemeinen	10
b)	Ausführung der Bauarbeiten	11
c)	Prüfung der Bauarbeiten bei Ablieferung.....	11
d)	Erhebung einer Mängelrüge bei versteckten Mängeln..	12
e)	Ausübung der Mängelrechte	13
f)	Gerichtliche Durchsetzung der Mängelrechte.....	17
g)	Behebung der Mängel durch Dritte.....	20
4.	Baumängel an gemeinschaftlichen Teilen bei Neubauten	20
4.1	System der Mängelhaftung bei Neubauten.....	20
a)	Konstellation und Fragestellung	20
b)	Mögliche und tatsächliche Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft	22
c)	Geltendmachung der Mängelrechte	22
d)	Kollisionsprobleme bei der Geltendmachung der Mängelrechte	26
4.2	Aufgaben des Verwalters bei Baumängeln	28
a)	Aufgaben des Verwalters im Allgemeinen	28

¹ Der Autor dankt Herrn Tobias Egli, MLaw, für die Hilfe beim Zusammenstellen des Materials.

b) Prüfung der Bauarbeiten bei Ablieferung	29
c) Erhebung einer Mängelrüge bei versteckten Mängeln..	29
d) Ausübung der Mängelrechte	30
e) Gerichtliche Durchsetzung der Mängelrechte.....	32
5. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	33
5.1 Zusammenfassung.....	33
5.2 Schlussfolgerungen	35
Bibliographie.....	37

1. Einleitung

1.1 Fragestellung und Problematik

Der Verwalter einer Stockwerkeigentümergeinschaft wird sich im Rahmen seiner Tätigkeiten früher oder später mit Baumängeln auseinandersetzen müssen, die an der Liegenschaft festgestellt werden. Dabei stellt sich für ihn die Frage, **welche Aufgaben** er in Bezug auf diese Baumängel und insbesondere bei der Geltendmachung der Mängelrechte zu erfüllen hat. Diese Frage lässt sich nicht so einfach beantworten, zumal die Rechtslage komplexer und vielschichtiger ist, als es auf den ersten Blick scheint.²

Die **Komplexität** der Mängelhaftung im Stockwerkeigentum und der damit verbundenen Aufgaben des Verwalters besteht insbesondere darin, dass bereits für die Einordnung des Baumangels verschiedene Abgrenzungen vorgenommen werden müssen, die sich teilweise überlagern:

- Erstens ist der **Ort des Baumangels** massgebend:³ Wurde der Baumangel in Räumen entdeckt, die zu Sonderrecht ausgediebt wurden oder betrifft der Mangel gemeinschaftliche Teile?
- Zweitens ist die **Qualifikation des Vertrags**, aus welchem die Mängelrechte geltend gemacht werden, zu berücksichtigen:⁴ Stützt sich die Mängelhaftung auf einen Kaufvertrag, einen Werkvertrag, auf einen gemischten Vertrag oder gar auf einen Auftrag (z.B. einen Architektenvertrag)? Was genau wurde im Vertrag zur Gewährleistung vereinbart? Gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts oder diejenigen einer SIA-Norm?
- Drittens stellt sich die **Frage nach den Vertragsparteien**, die den Vertrag abgeschlossen haben, aus dem sich Mängelrechte ergeben: Ist die Stockwerkeigentümergeinschaft als Bestellerin eine vertragliche Ver-

² Vgl. SCHUMACHER, Baurecht 1994, S. 3 ff. und WERMELINGER, ZK, N 196 zu Art. 712c ZGB, welche die besondere Komplexität der Mängelrechte im Stockwerkeigentum hervorheben.

³ Vgl. BIANCHI, S. 232.

⁴ Vgl. WERMELINGER, ZK, N 155 zu Art. 712c ZGB.

einbarung mit einer Unternehmerin eingegangen, wie etwa bei der Sanierung von gemeinschaftlichen Teilen? Oder haben die einzelnen Stockwerkeigentümer je für sich Verträge mit einer Unternehmerin abgeschlossen, wie beispielsweise beim Kauf einer Stockwerkeigentumswohnung ab Plan oder bei Sanierungen des Innenausbaus?

- Viertens muss sich der Verwalter die Frage stellen, **welche Mängelrechte** geltend gemacht werden sollen, zumal jedes Mängelrecht eigenen Regeln folgt: Wird zum Beispiel eine Nachbesserung, eine Ersatzvornahme, eine Minderung, eine Wandelung oder Schadenersatz verlangt?
- Fünftens unterscheiden sich die Aufgaben des Verwalters bei der Geltendmachung von Baumängeln je nach **Verfahrensschritt**: Ist eine Mängelrüge zu erheben, müssen die Mängelrechte ausgeübt werden oder geht es bereits um die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens oder eines Gerichtsverfahrens?

1.2 Einteilung in Fallgruppen

Ausgehend von den vorstehend skizzierten Faktoren, die bei der Geltendmachung von Baumängeln zu berücksichtigen sind, unterscheide ich in der nachfolgenden Analyse **drei Fallgruppen**:

- Baumängel können zunächst **Teile im Sonderrecht** betreffen, wie etwa ein Baumangel, der in den Räumen einer Stockwerkeigentumswohnung festgestellt wird.⁵ Ein solcher Baumangel kann im Zusammenhang mit Bauarbeiten stehen, welche die Unternehmerin entweder im Rahmen der ursprünglichen Erstellung oder im Rahmen der Sanierung der Wohnung vorgenommen hat. Auf diese Konstellation ist unten in Ziff. 2 einzugehen.
- Weiter können **gemeinschaftliche Teile nach einer Sanierung oder einem Umbau** Baumängel aufweisen. So können beispielsweise nach der Renovation einer Fassade Risse zurückbleiben, welche zu beheben sind. In dieser Konstellation stützen sich die Bauarbeiten und damit auch die Mängelrechte in der Regel auf einen Vertrag, der – meist im Rahmen von baulichen Massnahmen nach Art. 647 ff. OR – zwischen der Unternehmerin und der Stockwerkeigentümergeinschaft abgeschlossen wurde.⁶ In dieser Fallgruppe kommen dem Verwalter weitergehende Aufgaben zu, weshalb diese bereits in Ziff. 3 abgehandelt wird.
- Schliesslich können **gemeinschaftliche Teile nach der Neuerstellung eines Gebäudes** von Baumängeln betroffen sein. Zu denken ist an ein Dach, das nicht dicht ist, oder an einen Lift, der nicht ordnungsgemäss

⁵ WERMELINGER, ZK, N 155 f. zu Art. 712c ZGB.

⁶ WERMELINGER, ZK, N 158 zu Art. 712c ZGB; vgl. BIANCHI, S. 233.

funktioniert. Diese Fallgruppe weist den höchsten Komplexitätsgrad auf, zumal zwar gemeinschaftliche Teile des Gebäudes betroffen sind, die Bauarbeiten und damit auch die Mängelrechte sich aber auf Kauf- und/oder Werkverträge stützen, welche die Erstellerin bzw. Verkäuferin mit den einzelnen Stockwerkeigentümern (als Käufer ihrer Wohnung) abgeschlossen hat.⁷ Mit dieser Fallgruppe beschäftigt sich Ziff. 4 unten.

2. Baumängel an Teilen im Sonderrecht

2.1 System der Mängelhaftung bei Mängeln im Sonderrecht

a) Mögliche Konstellationen

Zunächst ist das System der Haftung für Baumängel zu erläutern, die Sonderrechtsteile betreffen. Wie bereits erwähnt, können solche Baumängel insbesondere aus **zwei Konstellationen** heraus entstehen:

- Einerseits können Baumängel **im Rahmen der Neuerstellung der Stockwerkeinheit** auftreten. In diesem Fall hat der einzelne Stockwerkeigentümer mit dem Ersteller der Stockwerkeinheit einen Vertrag über den Erwerb der Wohnung abgeschlossen. Dieser Vertrag kann ein reiner Kaufvertrag sein, wenn die bereits fertig erstellte Wohnung erworben wird. Vielfach werden die Wohnungen aber ab Plan gekauft, weshalb in der Regel ein gemischtes Vertragsverhältnis mit Kauf- und Werkvertragsrecht besteht.⁸ Zudem kann die Stockwerkeinheit bereits weiterverkauft worden sein, so dass der aktuelle Stockwerkeigentümer sich nur auf seinen Kaufvertrag mit dem Voreigentümer berufen kann.
- Andererseits können Baumängel **im Rahmen von Sanierungs- oder Umbauarbeiten** entstehen, die in der Stockwerkeinheit vorgenommen werden, so z.B. bei Maler- oder Gipsarbeiten in der Wohnung.⁹ Auch in diesem Fall besteht ein Vertragsverhältnis – in der Regel ein Werkvertrag – zwischen der Unternehmerin und dem einzelnen Stockwerkeigentümer.

⁷ WERMELINGER, ZK, N 158 zu Art. 712c ZGB.

⁸ Vgl. zur Qualifikation des Vertrags ausführlich und mit weiteren Verweisen und Hinweisen STÖCKLI, S. 2 ff.; VISCHER, S. 217; vgl. auch WERMELINGER, ZK N 154 und N 196 zu Art. 712c ZGB.

⁹ Vgl. dazu Art. 712a ZGB, wonach der Stockwerkeigentümer berechtigt (und auch verpflichtet ist), seine eigenen Räume innen auszubauen und zu unterhalten.

b) Geltendmachung der Mängelrechte

In diesen beiden Konstellationen hat der Stockwerkeigentümer die Mängelrechte, die sein Sonderrecht betreffen, gegenüber dem Ersteller bzw. Unternehmer **in jedem Fall selbständig geltend zu machen**.¹⁰ Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist hingegen nicht befugt, sich auf solche Mängel zu berufen und die entsprechenden Mängelrechte durchzusetzen. Dieser Grundsatz ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

- Erstens ergeben sich die Mängelrechte **aus dem Vertrag zwischen dem einzelnen Stockwerkeigentümer und der Erstellerin** bzw. Unternehmerin.¹¹ Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist an diesem Vertragsverhältnis nicht beteiligt und kann deshalb daraus auch keine Rechte bzw. keine Aktivlegitimation ableiten.¹²
- Zweitens verleiht das Gesetz in Art. 712a ZGB dem Stockwerkeigentümer die **Befugnis, über die zum Innenausbau bzw. zum Sonderrecht gehörenden Teile selbständig zu verfügen**. In dieser Befugnis ist auch das Recht enthalten, derartige Teile durch den Ersteller bzw. den Unternehmer nachbessern zu lassen oder diesbezüglich andere Mängelrechte auszuüben. Daneben bleibt zu berücksichtigen, dass insbesondere das Wandlungs-, Minderungs- und Schadenersatzrecht das Miteigentum und damit die anderen Stockwerkeigentümer ohnehin nicht tangieren.¹³
- Die **Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft als solche** besteht drittens nach Art. 712l ZGB allgemein nur im Rahmen der Verwaltung gemeinschaftlicher Teile.¹⁴ Die Verwaltung der Sonderrechtsteile ist von der Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht mehr gedeckt.¹⁵ Deshalb gehört die Geltendmachung von Mängelrechten zugunsten eines Stockwerkeigentümers für Mängel in Sonderrechtsteilen nicht zu den Aufgaben der Gemeinschaft.¹⁶

Vom Grundsatz, wonach der Stockwerkeigentümer seine Mängelrechte in Bezug auf sein Sonderrecht selber geltend machen muss, lässt sich auch nicht mit einer **Abtretung seiner Mängelrechte** an die Gemeinschaft abweichen: Eine solche Abtretung an die Stockwerkeigentümergeinschaft

¹⁰ BGer 4A_326/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 4; vgl. BGer 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003; RASCHEIN, S. 72; BIANCHI, S. 232; WEBER, S. 67; THURNHERR, Nr. 564; WERMELINGER, ZK, N 155 zu Art. 712c ZGB und N 67 zu Art. 712l ZGB; SCHUMACHER, Baurecht 1994, S. 3; VISCHER, S. 220.

¹¹ BGer 4A_326/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 4.

¹² BIANCHI, S. 233; vgl. dazu auch ausführlich unten Ziff. 4.1/b.

¹³ Zum Ganzen SCHUMACHER, Baurecht 1994, S. 3 ff.

¹⁴ RASCHEIN, S. 54 und 72; WERMELINGER, ZK, N 109 zu Art. 712l ZGB und N 156 zu Art. 712c ZGB.

¹⁵ RASCHEIN, S. 72; THURNHERR, Nr. 565.

¹⁶ WERMELINGER, ZK, N 156 zu Art. 712c ZGB.

ist nicht zulässig, zumal die Gemeinschaft – wie soeben aufgezeigt – diesbezüglich nicht handlungsfähig ist.¹⁷

Werden aber aus dem gleichen Vertrag des Stockwerkeigentümers Mängel an gemeinschaftlichen Teilen geltend gemacht, so ist immerhin eine **Koordination** mit dem Vorgehen der Stockwerkeigentümergeinschaft angezeigt.¹⁸ Zudem ist bei der individuellen Geltendmachung der Ansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer eine Koordination unter den einzelnen betroffenen Stockwerkeigentümer unter Umständen empfehlenswert.¹⁹

2.2 Aufgaben des Verwalters bei Mängeln im Sonderrechtsteil

Wie soeben aufgezeigt, müssen die Mängelrechte in Bezug auf Mängel an Teilen im Sonderrecht gegenüber dem Ersteller oder Unternehmer in jedem Fall vom betroffenen Stockwerkeigentümer selbständig geltend gemacht werden. Die Geltendmachung dieser Baumängel untersteht nicht der gemeinschaftlichen Verwaltung durch die Stockwerkeigentümergeinschaft. Deshalb kommen dem Verwalter in Bezug auf die Geltendmachung von Baumängeln, welche die Sonderrechtsteile betreffen, nach Art. 712s ZGB grundsätzlich **keine Aufgaben** zu.

Immerhin wird sich der Verwalter im Rahmen der zu treffenden Abgrenzung – insbesondere zwischen Sonderrechtsteil und gemeinschaftlichem Teil – sowie der erwähnten **Koordination**²⁰ mit der Stockwerkeigentümergeinschaft unter Umständen auch mit Baumängeln an Sonderrechtsteilen auseinandersetzen müssen.

Denkbar scheint auch, dass der Verwalter durch den einzelnen Stockwerkeigentümer (bzw. durch verschiedene Stockwerkeigentümer) **beauftragt und bevollmächtigt** wird, die Mängelrechte für ihn in seinem Namen geltend zu machen. In diesem Fall wird ein separates und neues Auftragsverhältnis zwischen dem einzelnen Stockwerkeigentümer und dem Verwalter begründet. Dabei muss jedoch zwei Gefahren begegnet werden: Einerseits darf ein solcher Auftrag nicht die Sorgfalts- und Loyalitätspflicht des Verwalters gegenüber der Gemeinschaft in Frage stellen. Andererseits kann der Verwalter in einer solchen Situation nicht als organischer Vertreter des Stockwerkeigentümers zählen und er hat insbesondere bei Handlungen vor Gericht das Anwaltsmonopol gehörig zu berücksichtigen.

¹⁷ THURNHERR, Nr. 565; RASCHEIN, S. 54 und 72; BIANCHI, S. 232; WERMELINGER, ZK, N 156 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, SVIT-Kommentar, N 86 zu Art. 712l ZGB; vgl. BGE 114 II 239 ff., E. 4a, S. 242.

¹⁸ Vgl. dazu unten Ziff. 4.1/d.

¹⁹ Vgl. WERMELINGER, ZK, N 156 zu Art. 712c ZGB.

²⁰ Vgl. dazu unten Ziff. 4.2/d.