

Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2021
16. November 2021



AMÉDÉO WERMELINGER



Am 16. November 2021 findet die Luzerner Tagung zum Stockwerkeigentum das 11. aufeinanderfolgende Jahr statt. Dieses Jahr wird nebst der üblichen Besprechung neuerer Gerichtsurteile durch Jörg Schwarz die Frage behandelt, wie es möglich ist, Stockwerkeigentum mit der Wohnbaugenossenschaft bzw. mit dem kleinen Wohnungseigentum zu verbinden. Dabei werden Erfahrungen aus Luzern durch Adrian Achermann und Markus Kaufmann erläutert. Weiter untersucht Christoph Thurnherr die Belastung von Stockwerkeigentum mit dem Bauhandwerkerpfandrecht und verschiedene Fragen der Kostenverteilung im Stockwerkeigentum werden durch Cornelio Zraggen erörtert. Lena Manz zeigt den gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei einem Sanierungsstau auf. Schliesslich wird das kleine Wohneigentum durch David Dürr aktualisiert.

In bewährter Weise bietet der Tagungsband somit Beiträge zu verschiedenen Themen, welche für Praktikerinnen, Juristinnen oder Liegenschaftsverwalterinnen von Relevanz sind.

**UNIVERSITÄT
LUZERN**

**RECHTSWISSENSCHAFTLICHE
FAKULTÄT**

WEITERBILDUNG RECHT

Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2021

Tagung vom 16. November 2021 in Luzern

Beiträge von

Christoph Thurnherr

Jörg Schwarz

Lena Manz

Adrian Achermann/Markus Kaufmann

David Dürri

Cornelio Zraggen



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 · 2021
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-4522-0

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-4521-3

printed in
switzerland



Vorwort

Liebe Leserin, Lieber Leser,

Am 16. November 2021 findet die 11. Tagung der Universität Luzern zum Stockwerkeigentum statt. Wir hoffen, dass die Tagung dieses Jahr mindestens teilweise im Präsenzmodus stattfinden kann (sogenannte Hybridveranstaltung). Klar ist zumindest eines: Seit der Pandemie haben sich die Fragen zum Stockwerkeigentum weder erübrigt, noch vereinfacht. Im Gegenteil: Viele Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer haben Zeit gehabt, sich in den eigenen vier Wänden aufzuhalten (Stichwort Homeoffice) und mussten feststellen, dass die Nachbarschaft im Präsenzmodus manchmal weniger angenehm ist, als erhofft. Wie dem auch sei, die diesjährige Tagung hat auch verschiedene wichtige Themen auf dem Programm: Nebst der üblichen Besprechung neuerer Gerichtsurteile durch Jörg Schwarz, werden in weiteren Referaten die Fragen behandelt, wie es möglich ist, Stockwerkeigentum mit der Wohnbaugenossenschaft bzw. mit dem kleinen Wohnungseigentum zu verbinden. Dabei werden Erfahrungen aus Luzern durch Adrian Achermann und Markus Kaufmann erläutert bzw. solche von David Dürr, in der gesamten Schweiz. Weiter untersucht Christoph Thurnherr die Belastung von Stockwerkeigentum mit dem Bauhandwerkerpfandrecht und verschiedene Fragen der Kostenverteilung im Stockwerkeigentum werden durch Cornelio Zraggen erörtert. Lena Manz zeigt den gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei einem Sanierungsstau auf. Es wird also den Teilnehmenden ein bunter Blumenstrauß von Themen angeboten, bei welchen Praktikerin, Juristin oder Liegenschaftsverwalterin etwas für sich finden wird. Dasselbe gilt auch für die Vertreter des anderen Geschlechts!

Loredana Masoch hat den Tagungsband bereits zum zweiten Mal mit grosser Aufmerksamkeit lektoriert, wofür ich Ihr zu grossem Dank verpflichtet bin. Ohne Ihre Arbeit würden Sie jetzt keinen Tagungsband lesen...

Schliesslich bleibt mir noch Simone Zoë Marbach und Barbara Fellmann von der Universität Luzern für Ihre wertvolle Unterstützung zu danken.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Rechtsanwalt, Herausgeber
Luzern im September 2021

Inhaltsverzeichnis

CHRISTOPH THURNHERR

Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht..... 1

JÖRG SCHWARZ

Aktuelle Rechtsprechung im Stockwerkeigentum 57

LENA MANZ

Lösungsansätze de lege ferenda zur Bewältigung von
Sanierungsstaus 81

ADRIAN ACHERMANN/MARKUS KAUFMANN

Modell Flexibles Wohneigentum von WOHNEN SCHWEIZ –
Verband der Baugenossenschaften..... 115

DAVID DÜRR

Das «kleine Wohnungseigentum» de lege lata..... 143

CORNELIO ZGRAGGEN

Verschiedene Fragen zur Kostenverteilung im Stockwerkeigentum 163

Autorenverzeichnis

ADRIAN ACHERMANN

Lic. iur., Bsc WI, Geschäftsführer **WOHNEN SCHWEIZ**

DAVID DÜRR

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei SwissLegal
Dürr + Partner in Basel, emeritierter Titularprofessor an der Uni-
versität Zürich

MARKUS KAUFMANN

Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Kaufmann Rüedi
Rechtsanwälte AG

LENA MANZ

Dr. iur. des., Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Zürich

JÖRG SCHWARZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Tschümperlin
Lötscher Schwarz AG in Luzern, Titularprofessor an der Universität
Luzern

CHRISTOPH THURNHERR

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilien-
recht, Partner bei Eichenberger Blöchlinger Thurnherr & Partner in
Baden, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

CORNELIO ZGRAGGEN

Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei Rütter Stocker Zraggen in
Meggen, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

Abkürzungsverzeichnis

A

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft / Kanton Aargau
al.	alinea
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage

B

BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (Lausanne)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Reinach)
BK	Berner Kommentar
BN	Der bernische Notar (Bern)
BR/DC	Baurecht / Droit de la Construction (Freiburg)
Bsc WI	Bachelor of Science in Wirtschaftsinformatik
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe

BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BWO Bundesamt für Wohnungswesen

bzw. beziehungsweise

C

ca. circa

CC Code civil suisse

CG Collection Genevoise (Genf)

CHF Schweizer Franken

CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

D

Dr. des. Doktor designatus

Dr. iur. Doktor der Rechte

d.h. das heisst

Diss. Dissertation

E

E Entwurf

E. Erwägung(en)

EG Einführungsgesetz

etc. et cetera

F

f. und folgende/folgender (Seite, Randnummer etc.)

ff. und fortfolgende (Seiten, Randnummern etc.)

FINMA Eidgenössische Finanzmarktaufsicht

Fn. Fussnote(n)

G

GBV Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)

XII

gl.M. gleicher Meinung
GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung

H

Hrsg. Herausgeber/in

I

i.d.R. in der Regel
inkl. inklusive
insb. insbesondere
i.S. im Sinne; in Sachen
i.S.v. im Sinne von
i.V.m. in Verbindung mit
i.w.S. im weiteren Sinne
i.Üe. im Üechtland

K

Komm. Kommentar
KuKo Kurzkommentar

L

LGVE Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit. litera

M

max. maximal
m.E. meines Erachtens
Mio. Million(en)
MLaw Master of Law
m.w.H. mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw. mit weiteren Verweisen

N

N	Note, Randnote
NF	Neue Fassung
Nr.	Nummer, Randnummer

O

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
----	---

P

PBG aktuell	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Recht (Zürich)
PKG	Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Prof.	Professor/in
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichts Graubünden

R

Rz.	Randziffer(n)
-----	---------------

S

S.	Seite(n)
SA	Société Anonyme
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchIT	Schlusstitel
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIA-Komm.	Kommentar zur SIA-Norm 118
sic	so lautet die Quelle
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

XIV

StGB	Schweizerisches Stafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StWE	Stockwerkeigentum
StWEG	Stockwerkeigentümergeinschaft
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
Syst.	Systematisch
U	
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
V	
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VZG	Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (SR 281.42)
W	
wbg	Wohnbaugenossenschaften (Schweiz)
WFG	Bundesgesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz) vom 21. März 2003 (SR 842)
WfV	Verordnung über die Förderung von Preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsverordnung) vom 26. November 2003 (SR 842.1)
Z	
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)
zzgl.	zuzüglich

Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht

Im Fokus der anwaltlichen Beratung und mit Bemerkungen zur Substantiierungslast im Summarverfahren

CHRISTOPH THURNHERR

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	2
2.	Der Pfandgegenstand.....	3
2.1	Grundlagen.....	3
2.2	Verschiedene Bauleistungen / Zuordnung der Bauteile	4
2.3	Geschützte Bauleistungen, welche gemeinschaftlichen Bauteilen zugutekommen	7
a)	Wahlrecht des Handwerkers oder Unternehmers?	7
b)	Art. 648 Abs. 3 ZGB: Praktischer Ausschluss des Wahlrechts	9
c)	Anteilmässige Aufteilung der Vergütungsforderung auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile.....	10
d)	Sonderfall vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum	11
2.4	Geschützte Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen	12
a)	Grundsatz.....	12
b)	Keine Relevanz der baulichen Ausgestaltung als wesentliches Element des Sonderrechts	12
c)	Keine Relevanz ausserordentlicher Aufwendungen	13
d)	Kein Gesamtpfandrecht.....	13
2.5	Geschützte Bauleistungen, sowohl an gemeinschaftlichen als auch an Bauteilen im Sonderrecht	14
2.6	Sonderfälle	15
a)	Autoeinstellplätze.....	15
b)	Bauarbeiten während der Begründung von Stockwerkeigentum.....	17
2.7	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	17
3.	Leitlinien für die Aufteilung der Vergütungsforderung entsprechend der effektiv erbrachten Leistungen auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile bei Bauleistungen, welche Bauteilen im Sonderrecht zukommen	19
3.1	Grundlagen und Rechtsprechung des Bundesgerichts	19
3.2	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	22
4.	Die Eintragungsfrist.....	25
4.1	Bundesrechtliche Verwirkungsfrist	25
4.2	Horizontales Stockwerkeigentum	26
4.3	Vertikales oder kombiniertes Stockwerkeigentum	27
4.4	Begründung von Stockwerkeigentum während laufenden Bauarbeiten....	28
4.5	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	29
5.	Der Pfandgläubiger.....	29

6.	Der pfandrechtsbelastete Grundeigentümer	30
6.1	Der jeweilige Grundeigentümer	30
	a) Grundlagen.....	30
	b) Eigentümerwechsel	32
6.2	Belastung des Basisgrundstücks	33
6.3	Gemeinschaftliches Eigentum	33
6.4	Mieterbau	34
6.5	Die Stockwerkeigentümergeinschaft als Bestellerin von Bauleistungen	34
	a) Bauliche Massnahmen und Aussenverhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft.....	34
	b) Regelfall: Stockwerkeigentümer als Drittpfand­eigentümer.....	35
6.6	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	36
7.	Prozessuales und die Substantiierungslast im Summarverfahren im Besonderen	37
7.1	Örtliche Zuständigkeit	37
7.2	Notwendige (passive) Streitgenossenschaft.....	39
	a) Anwendungsfälle	39
	b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit	40
7.3	Einfache (passive) Streitgenossenschaft	40
	a) Anwendungsfälle	40
	b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit	41
7.4	Streitwertberechnung.....	41
7.5	Schlichtungsverfahren bei der Leistungsklage, auch wenn diese mit der Klage auf definitive Eintragung verbunden wird (objektive Klagenhäufung)	42
7.6	Substantiierungsanforderungen im Summarverfahren.....	43
	a) Der Fall	43
	b) Das Beweismass der Glaubhaftmachung nach Art. 961 Abs. 3 ZGB	45
	c) Unhaltbare und überspannte Substantiierungsanforderungen	48
	d) Fazit	50
7.7	Hinweise für die Anwaltstätigkeit	50
8.	Schlussbemerkungen	53
	Literaturverzeichnis	54

1. Einleitung

In meiner ersten Publikation zum Bauhandwerkerpfandrecht habe ich einleitend festgestellt, dass das Bauhandwerkerpfandrecht ein ebenso wichtiges wie problembehaftetes Pfandrecht ist.¹ Daran hat sich nachweislich nichts geändert. Im Gegenteil: Gerade die Kombination von Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum erweist sich durchwegs als anspruchsvoll.

¹ THURNHERR, ZBJV 2006, S. 910.

Rainer Schumacher hat 2013 in diesem Zusammenhang verschiedene «Komplexitätsfallen» thematisiert und einige «Reduktionsvorschläge» gemacht.² Nachfolgend werden diese wie auch weitere Schwierigkeiten aktuell erörtert. Der Schwerpunkt liegt dabei primär auf der anwaltlichen Beratung von Handwerkern und Unternehmern.

Anschliessend werden zuerst die Problemstellungen im Zusammenhang mit dem Pfandgegenstand ausführlich behandelt. Danach folgen Bemerkungen zum pfandbelasteten Grundeigentümer sowie zu den prozessualen Aspekten und insbesondere zur Substantiierungslast im Summarverfahren. Den Schluss bildet eine kurze Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung.

2. Der Pfandgegenstand

2.1 Grundlagen

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts³

«für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer⁴, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken [...]⁵ Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück».

² Vgl. SCHUMACHER, Komplexitätsfallen, S. 114 ff.

³ Die für das «Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer» (vgl. Art. 839 Abs. 1 ZGB) verwendeten Begriffe sind mannigfaltig (z.B. Bauhandwerkerpfandrecht, Baupfandrecht, Handwerkerpfandrecht). Im ZGB wird in den Art. 712i Abs. 3 sowie Art. 779k Abs. 2 der Begriff «Bauhandwerkerpfandrecht» verwendet. Im Gesetzestext von 1907 findet sich dieser Begriff jedoch nicht. Anders verhält es sich in der GBV (Verwendung des Terminus «Bauhandwerkerpfandrecht» im Verordnungstext; Art. 76 Abs. 2 lit. b und Art. 120 lit. a sowie Marginalie). Im Gegensatz zur Begrifflichkeit im Verordnungstext legt Art. 120 lit. a GBV jedoch fest, dass der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts mit der Bemerkung «Baupfandrecht» zu versehen ist. Solche Begriffsdifferenzen sollten vermieden werden. Leider finden sich analoge Beispiele in aktuellen Gesetzes- und Verordnungstexten nicht selten. Im vorliegenden Aufsatz wird der Begriff «Bauhandwerkerpfandrecht» verwendet.

⁴ Zu diesen Begriffen vgl. THURNHERR, ZBJV 2006, S. 913.

⁵ Die wenig geglückte 2012 eingefügte Formulierung «zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen» (vgl. dazu etwa THURNHERR, ZBGR 2012, S. 75 ff.) ist im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung.

Pfandgegenstand⁶ und damit Objekt des subjektiven (Bauhandwerker-)Pfandrechts ist damit ein Grundstück. Die Grundstücke im Sinne des ZGB sind in den Art. 655 Abs. 2 und Art. 943 Abs. 1 definiert. Gemäss den Ziff. 4 der beiden erwähnten Bestimmungen handelt es sich auch bei Miteigentumsanteilen an Grundstücken um Grundstücke. Solche Miteigentumsanteile werden etwa dann in das Grundbuch aufgenommen, wenn mit ihnen ein Sonderrecht verbunden ist, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a ZGB), mithin, wenn es sich um Stockwerkeigentum⁷ handelt (Art. 23 Abs. 1 lit. b GBV).⁸ Pfandgegenstand von Bauhandwerkerpfandrechten können damit auch Stockwerkeigentumsanteile sein.⁹

2.2 Verschiedene Grundstücke / Zuordnung der Bauteile

Bei der schweizerischen Konzeption des Stockwerkeigentums handelt es sich zwar nicht um «echtes»¹⁰, sondern um sog. «unechtes Stockwerkeigentum». Dies bedeutet, dass das Sonderrecht – wie oben erwähnt – nicht ein eigenständiges dingliches Recht ist, sondern nur (aber immerhin) die mit dem Miteigentumsanteil verbundene Befugnis zur ausschliesslichen Benutzung und Verwaltung gewisser Gebäudeteile beinhaltet. Das ganze zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Grundstück mit allen seinen Bestandteilen steht im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer. Diese Grundlagen implizieren, dass es neben den im Grundbuch aufgenommenen Stockwerkeigentumsanteilen weiterhin ein Basisgrundstück¹¹ geben muss.

Die Aufnahme von Stockwerkeigentumsanteilen im Grundbuch erfolgt denn auch, indem auf dem Hauptbuchblatt des Basisgrundstücks in der Abteilung «Eigentum» die Angaben gemäss Art. 97 Abs. 2 GBV¹² eingetragen und

⁶ Zur Terminologie vgl. etwa ZOBL/THURNHERR, BK, N 182 Syst. Teil vor Art. 884 ZGB.

⁷ Vgl. zur entsprechenden Begriffsbildung etwa THURNHERR, Diss., Rz. 23.

⁸ Vgl. dazu insb. THURNHERR, Diss., Rz. 24.

⁹ Da das Stockwerkeigentum im ZGB von 1907 nicht vorgesehen war und die entsprechenden Normen erst auf den 1. Januar 1965 in Kraft gesetzt wurden, besteht die im vorliegenden Aufsatz behandelte Grundproblematik erst seit dem erwähnten Datum.

¹⁰ So aber etwa die Ausgestaltungen in Frankreich und in Italien (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 110 ff.).

¹¹ Oder auch Stammgrundstück (vgl. etwa Art. 23 Abs. 4 lit. a GBV).

¹² Z.B. Hauptbuch-Blattnummer jedes Stockwerkeigentumsanteils, Wertquote, Bezeichnung als Stockwerkeigentum (StWE), Angabe des Begründungsaktes.

für jeden Stockwerkeigentumsanteil¹³ ein Hauptbuchblatt eröffnet wird (Art. 23 Abs. 4 GBV). Danach existieren sowohl Hauptbuchblätter für sämtliche Stockwerkeigentumsanteile als auch für das Basisgrundstück.

Aufgrund dieser Sachlage stellt sich die Frage, wie die verschiedenen Bauteile dem Sonderrecht der einzelnen Stockwerkeigentümer zuzuordnen sind.

«Gegenstand des Sonderrechts können einzelne Stockwerke oder Teile von Stockwerken sein, die als Wohnungen oder als Einheiten von Räumen zu geschäftlichen oder anderen Zwecken mit eigenem Zugang in sich abgeschlossen sein müssen, aber getrennte Nebenräume umfassen können» (Art. 712b Abs. 1 ZGB).¹⁴

Weiter können nur solche Bauteile Gegenstand von Sonderrechten sein, die nicht zwingend gemeinschaftlich sind¹⁵ oder als gemeinschaftlich erklärt¹⁶ werden.¹⁷

Die Zuordnung der verschiedenen Bauteile (und damit auch der fraglichen baulichen Massnahmen¹⁸) erfolgt anhand der Angaben im Grundbuch (insb. «Beschreibung der Einheit[en]» im Hauptbuchblatt der jeweiligen Stockwerkeigentumseinheiten; Art. 23 Abs. 4 lit. b GBV)¹⁹ und des Begründungsaktes (Begründungsvertrag oder Begründungserklärung; Art. 97 Abs. 2 lit. e GBV).²⁰ «Die räumliche Lage, die Abgrenzung und die Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten müssen im Begründungsakt klar und bestimmt angegeben sein» (Art. 68 Abs. 1 GBV). Sofern diese Voraussetzungen bei der Anmeldung nicht erfüllt sind, setzt das Grundbuchamt eine Frist zur Beibringung eines von allen Eigentümern unterzeichneten Aufteilungsplans an (Art. 68 Abs. 2 GBV). In der Praxis wird regelmässig ein solcher eingereicht.²¹ Der Begründungsakt wie

¹³ Oder auch Stockwerkeigentumseinheit bzw. Stockwerkeinheit (so Art. 23 Abs. 1 lit. b und Art. 97 Abs. 2 lit. a und b GBV).

¹⁴ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 88 ff.

¹⁵ Zwingend gemeinschaftlich sind der Boden der Liegenschaft, elementare Gebäudeteile, Gebäudeteile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen sowie gemeinsame Anlagen und Einrichtungen (vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 63 ff.). Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 83 f.

¹⁶ THURNHERR, Diss., Rz. 88.

¹⁷ THURNHERR, Diss., Rz. 86.

¹⁸ Gemäss Art. 970 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB und Art. 26 Abs. 1 lit. a GBV besteht diesbezüglich ein voraussetzungsloses Einsichtsrecht in das Grundbuch resp. ein Anspruch auf Auskunftserteilung. Vgl. dazu auch SCHMID, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 970 ZGB sowie ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 545.

²⁰ Unter Umständen können aber auch Baupläne (Ausführungspläne oder auch Ingenieurpläne) von Bedeutung sein.

²¹ Vgl. dazu auch WERMELINGER, ZK, N 93 zu Art. 712d ZGB sowie HAAS, Rz. 352 ff. und Rz. 367 f.

auch der Aufteilungsplan gehören zu den Grundbuchbelegen (Rechtsgrundaussage)²², welche bei Glaubhaftmachung eines Interesses eingesehen werden können.²³ Ein entsprechendes Interesse wird der Handwerker oder Unternehmer zumindest dann glaubhaft machen können, wenn er aufgrund von Unterlagen (z.B. Werkvertrag, Rapporte, Rechnungen, Unternehmerlisten, Korrespondenz, Plänen etc.) darlegen kann, dass er Bauleistungen für die betreffende Liegenschaft (bzw. allenfalls auch für die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten) erbracht hat.²⁴

Fraglich ist nun noch, wie die Zuordnung bei Unklarheiten erfolgt. Gemäss Art. 712b Abs. 3 ZGB gilt die Vermutung, dass Bauteile des Gebäudes, welche nicht als gemeinschaftlich erklärt wurden, zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Nach der h.L. widerspricht diese Vermutung zum einen logischen Gesichtspunkten und zum andern dem Stockwerkeigentum zugrundeliegenden Prinzipien.²⁵ Da jedoch auch vor dem Hintergrund von Art. 712b Abs. 3 ZGB die allgemeinen Grundsätze der Sonderrechtsfähigkeit zur Anwendung kommen,²⁶ ist die praktische Bedeutung dieser Vermutung gering. Zu erwähnen ist dazu noch, dass auch die Aufteilungspläne regelmässig nur die verschiedenen Sonderrechtsflächen mit unterschiedlichen Farben hervorheben. Dies alles führt dazu, dass letztlich nicht explizit zu Sonderrecht ausgeschiedene Bauteile als gemeinschaftlich zu gelten haben.²⁷

Nach den dargelegten Kriterien bzw. anhand der erwähnten Hilfsmittel sind die verschiedenen Bauteile grundsätzlich den gemeinschaftlichen oder zu Sonderrecht ausgeschiedenen Bauteilen und unter den letzteren sodann den unterschiedlichen Sonderrechten zuzuordnen.

In der Konsequenz bedeutet das oben Ausgeführte zum einen, dass bei Stockwerkeigentum zwingend mehrere Grundstücke, nämlich ein Basisgrundstück sowie Stockwerkeigentumsanteile (als weitere Grundstücke) vorliegen

²² Art. 62 ff. GBV.

²³ Art. 970 Abs. 1 ZGB; Urteil des BGer 5A_502/2014 vom 2. Februar 2015 E. 3.1; vgl. auch SCHMID, BSK ZGB II, N 10 ff. zu Art. 970 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 451 sowie ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 548.

²⁴ Vgl. insb. BGE 112 Ib 482; Urteil des BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.5 sowie etwa ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 553 f. und WERMELINGER, ZK, N 131 zu Art. 712c ZGB. Grundsätzlich ist die Glaubhaftmachung eines Interesses auch ohne diesbezügliche Unterlagen möglich.

²⁵ THURNHERR, Diss., Rz. 103 m.w.Verw.; MANZ, Rz. 67.

²⁶ MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 76 zu Art. 712b ZGB; zu den entsprechenden Voraussetzungen vgl. THURNHERR, Diss., Rz. 89 ff.

²⁷ MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 77 zu Art. 712b ZGB; THURNHERR, Diss., Rz. 103; ähnlich WERMELINGER, ZK, N 186 zu Art. 712b ZGB.

und auch als Pfandgegenstände in Frage kommen.²⁸ Zum andern sind gemeinschaftliche Bauteile von solchen abzugrenzen, welche zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Die entsprechenden Bauteile sind damit – bezogen auf die Befugnis zur ausschliesslichen Benützung und Verwaltung und somit auch im Zusammenhang mit baulichen Massnahmen (nicht technisch, sondern rechtlich) – entweder einzelnen Stockwerkeigentümern oder aber der Gemeinschaft zuzuordnen. Damit gehen erwartungsgemäss auch Abgrenzungsfragen hinsichtlich Bauleistungen und des Pfandgegenstandes einher.

Zu unterscheiden ist vorab, ob die geschützten Bauleistungen gemeinschaftliche Bauteile, solche, die zu Sonderrecht ausgeschieden sind oder gemeinschaftliche und zu Sonderrecht ausgeschiedene Bauteile betreffen.

2.3 Geschützte Bauleistungen, welche gemeinschaftlichen Bauteilen zugutekommen²⁹

a) Wahlrecht des Handwerkers oder Unternehmers?

Der Handwerker oder Unternehmer hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁰ und den wohl überwiegenden Auffassungen in der Lehre³¹ die Möglichkeit, ein Bauhandwerkerpfandrecht wahlweise entweder zu Lasten des Basisgrundstücks oder aber anteilmässig zu Lasten der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile zur Eintragung zu bringen, sofern die geschützten Bauleistungen gemeinschaftliche Bauteile betreffen.

Richtiger Auffassung nach wäre eine Lösung ohne entsprechendes Wahlrecht, mit der ausschliesslichen Möglichkeit der quotenmässigen Belastung der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile, zu favorisieren.³²

Betrachtet man den das Wahlrecht der Handwerker und Unternehmer betreffenden Leitentscheid, so fällt auf, dass sich das Bundesgericht mit den sich

²⁸ Vgl. auch Art. 800 Abs. 1 ZGB.

²⁹ Z.B. Dachdeckerarbeiten, Zentralheizung (ohne Heizleitungen in den Sonderrechtsbereichen), gemeinschaftliche Treppen.

³⁰ BGE 146 III 7 E. 2.1.3 S. 10; BGE 126 III 462 E. 2b S. 464; vgl. auch die weiteren Nachweise bei THURNHERR, Diss., Rz. 586.

³¹ Vgl. dazu etwa STEINAUER, Rz. 2880c; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1736; SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 746 ff., 756, 772 und 778.

³² Vgl. dazu OTTIKER, S. 67 f. und 74; ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 122 ff.; THURNHERR, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 839/840 ZGB; vgl. auch THURNHERR, Diss., Rz. 581 und 586.

stellenden Fragen nicht auseinandergesetzt hat.³³ Da verschiedene dogmatische und praktische Argumente gegen ein Wahlrecht sprechen, überrascht dies. Das Wahlrecht widerspricht etwa dem Grundsatz, dass es im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümer – entsprechend der Regelung beim (schlichten) Miteigentum – keine solidarische Haftung gibt,³⁴ wie auch dem Versionsgedanken, wonach der Mit- bzw. Stockwerkeigentümer mit seinem Anteil nur im Umfang haften soll, in welchem seine Quote eine Wertvermehrung erfahren hat.³⁵ Entscheidend ist jedoch, dass der einzelne Stockwerkeigentümer bei der ausschliesslichen (quotenmässigen) Belastung seines Anteils die Möglichkeit hat, das Bauhandwerkerpfandrecht durch Leistung einer hinreichenden Sicherheit abzulösen.³⁶ Auf Seiten der Handwerker und Unternehmer ist sodann eine effektive Benachteiligung nicht erkennbar.³⁷

Sind Bauleistungen für (gemeinschaftliche) Bauteile erbracht worden, an welchen einem Stockwerkeigentumsanteil im Reglement³⁸ ein besonderes Nutzungsrecht³⁹ eingeräumt wurde, kann m.E. nur derjenige Stockwerkeigentumsanteil belastet werden, mit welchem das besondere Nutzungsrecht verbunden ist, zumal nur dieser eine Wertsteigerung erfährt.^{40,41}

Hat ein Stockwerkeigentümer eigenmächtig (d.h. ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft) bauliche Veränderungen an gemeinschaft-

³³ Vgl. BGE 126 III 462 E. 2b S. 464.

³⁴ THURNHERR, Diss., Rz. 581, 442 ff.; vgl. auch WERMELINGER, ZK, N 11 ff. und insb. N 118 ff. zu Art. 712h ZGB.

³⁵ Vgl. dazu etwa ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 49 und 123.

³⁶ Art. 839 Abs. 3 ZGB. Im Falle der Belastung des Basisgrundstücks kann der einzelne Stockwerkeigentümer das Bauhandwerkerpfandrecht nur dann ablösen, wenn er die gesamte Pfandsomme sicherstellt.

³⁷ Vgl. dazu ZOBL, Bauhandwerkerpfandrecht, S. 124; a.M. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Rz. 749.

³⁸ Dieses kann im Grundbuch angemerkt werden (vgl. Art. 712g ZGB und Art. 80 Abs. 3 GBV).

³⁹ Vgl. dazu THURNHERR, Diss., Rz. 193 ff.

⁴⁰ Zulässig ist auch eine Ausgestaltung, wonach solche Nutzungsrechte nicht einem Stockwerkeigentumsanteil, sondern einem Stockwerkeigentümer persönlich zugeordnet werden. In diesem Fall kommt eine Belastung eines Stockwerkeigentumsanteils (mangels Verknüpfung mit einem solchen) nicht in Betracht. Möglich ist allenfalls die Belastung des Basisgrundstücks (vgl. zum Ganzen THURNHERR, Diss., Rz. 585).

⁴¹ Vor dem Hintergrund von BGE 125 III 113 E. 3a S. 116 ff. ist wohl davon auszugehen, dass nach der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung das Basisgrundstück anteilig zu belasten ist (so auch WERMELINGER, ZK, N 128 zu Art. 712c ZGB).