

# Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

## Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände/Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV). Aargauische Notariatsgesellschaft. Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz. Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

---

## Der Aufteilungsplan im Stockwerkeigentum: Neue Darstellung – grössere Rechtsverbindlichkeit?

Von *Dr. iur. Meinrad Huser*, Lehrbeauftragter an der ETH Zürich sowie Dozent an der ZHAW Winterthur und der FHNW Muttenz, Huser Bau und Immobilienrecht in Zug

### 1. Anlass und Ausgangslage

#### 1.1 Anlass

Zum 50. Geburtstag der Stockwerkeigentumsregelung fragt die Politik nach dem Erfolg und dem allfälligen Anpassungsbedarf.<sup>1</sup> Sachenrechtsspezialistinnen und -spezialisten<sup>2</sup>, aber auch weitere Fachleute evaluieren Möglichkeiten, um das Stockwerkeigentum für neue Herausforderungen fit zu machen und technischen Entwicklungen anzupassen.<sup>3</sup>

Dabei steht immer die Frage nach dem Umfang des Stockwerkeigentums zur Diskussion. Der Begründung und dem Verkauf von Stockwerkeigentum liegt regelmässig ein Aufteilungsplan bei, obwohl ihm rechtlich bisher kaum Bedeutung zugesprochen wurde. Könnte diesem erprobten Plan nicht die Funktion zufallen, die Publizität der verzahnten Eigentums- und Rechtslage am Stockwerkgebäude und damit die Rechtssicherheit zu verbessern? Den Fragen zur rechtlichen «Aufwertung» des Aufteilungsplans geht der vorliegende Aufsatz nach.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Siehe dazu Postulat Feller (übernommen von *Andrea Caroni*) 14.3832; Motion *Beat Flach* 19.3347 und Motion *Andrea Caroni* 19.3410.

<sup>2</sup> *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Stockwerkeigentum (Art. 712a–t ZGB), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 129, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit.: Handlungsbedarf); *Amédéo Wermelinger*, Das Stockwerkeigentum, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 2. Aufl., Zürich 2019, N. 111a ff. zu Art. 712d ZGB (zit. Stockwerkeigentum).

<sup>3</sup> Arbeitsgruppe der Swisstopo «DigDoc StWE»: *Helena Åström Boss*, Empfehlung «Digitale Dokumentation Stockwerkeigentum – Aufteilungsplan», cadastre n. 31, vom Dezember 2019; *Helena Åström Boss*, Empfehlung «Digitale Dokumentation Stockwerkeigentum – Aufteilungsplan», ZBGR 100/2019, S. 381 ff.

<sup>4</sup> Der Autor war Mitglied der Arbeitsgruppe «DigDoc StWE» der Swisstopo. Er dankt

## 1.2 Gegenstand des Stockwerkeigentums

Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück mit dem Recht, bestimmte Teile selbstständig zu gestalten und zu nutzen. Ein Gebäude steht im Eigentum mehrerer Personen, die gleichzeitig Sonderrechte an einzelnen Teilen haben.

### 1.2.1 Miteigentumsanteil: Sonderrechtsräume und Nebenräume

Das Stockwerkeigentum ist Miteigentum am gesamten Grundstück mit dem Recht des Einzelnen, genau bestimmte Räume eines Gebäudes ausschliesslich zu nutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Gegenstand des Sonderrechts sind Wohn- und Geschäftsräume in einzelnen Stockwerken oder Teilen von Stockwerken, die mit eigenem Zugang in sich abgeschlossen sind (Art. 712b Abs. 1 ZGB). Auch getrennte Nebenräume (Estrich, Keller) können zum Stockwerkeigentum gehören.

Der Boden der Liegenschaft oder des Baurechts, Bauteile, die für den Bestand und die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes von Bedeutung sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die auch den anderen Stockwerkeigentümern für die Benutzung ihrer Räume dienen (Art. 712b Abs. 2 ZGB),<sup>5</sup> können nicht dem Sonderrecht zugeteilt werden. Ebenfalls können auch Bestandteile, die als gemeinschaftlich erklärt wurden, wie Hauswartswohnung, Garagenboxen, Kellerabteil, Fenster der Sondereinheiten,<sup>6</sup> nicht dem Sonderrecht zugewiesen werden (Art. 712b Abs. 3 ZGB).

Das Stockwerk entsteht durch Eintragung im Grundbuch (Art. 712d ZGB). Im Begründungsakt ist der Anteil jedes Stockwerks am Wert der Liegenschaft oder des Baurechts<sup>7</sup> und die räumliche Ausscheidung dieses Anteils anzugeben (Art. 712e Abs. 1 ZGB).

### 1.2.2 Sondernutzungsrechte

Der Stockwerkeinheit sind regelmässig Rechte an Flächen (Gartensitzplätze, Dachterrassen, Loggia usw.) zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen. Sie ergänzen das Eigentumsrecht, gehören aber zum gemeinschaftlichen Eigentum. Diese Rechte werden im Reglement, durch

den Mitgliedern der Arbeitsgruppe für die spannenden interdisziplinären Diskussionen. Im vorliegenden Aufsatz entwickelt er die rechtliche Einschätzung in eigener Verantwortung weiter.

<sup>5</sup> Siehe dazu die differenzierte Aufzählung bei *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 113 ff. zu Art. 712b ZGB.

<sup>6</sup> Aufzählung bei *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 176 zu Art. 712b ZGB.

<sup>7</sup> Bruchteile/ Wertquoten sind ein zwingender Bestandteil des Begründungsakts: *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 11 zu Art. 712e ZGB; *Jörg Schmid/ Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 1030 (zit. Sachenrecht); *Urs Ch. Nef*, Die nachträgliche Änderung des Aufteilungsplans bei Stockwerkeigentum, ZBGR 82, S. 6 f. (zit. Änderung des Aufteilungsplans). Zur Berechnung der Wertquoten *Markus W. Stadlin*, Nachträgliche Änderung der Stockwerkeigentums-Wertquote (Art. 712e Abs. 2 ZGB), Jusletter 12. März 2018.

Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung, eine Dienstbarkeit oder durch vertragliche Abmachung zugewiesen.

### 1.2.3 Darstellung des Stockwerkeigentums

Das Stockwerkeigentum wird durch die Wertquote und die räumliche Ausscheidung bestimmt (Art. 712e Abs. 1 ZGB). Erst die Raumzuteilung zeigt dem Miteigentümer den Umfang des Stockwerkeigentums mit den eigenen Räumen sowie die ausschliesslich oder allgemein nutzbaren Räume und Flächen auf. Diese Darstellung ist nötig, um den Zusammenhang und die enge Verknüpfung mit der Stockwerkeinheit zu erstellen.

#### a) Im Dienste des Publizitätsprinzips

Dingliche Rechte richten sich gegenüber jedermann und haben absoluten Charakter. Personen, die von der Wirkung des dinglichen Rechts betroffen sind oder sein können, müssen diese durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geschützten «Schranken» erkennen können. Die an einer Sache bestehenden Rechte müssen daher offengelegt sein.<sup>8</sup> Dem Publizitätsprinzip unterstehen der Bestand, aber auch der Umfang der dinglichen Rechte.

Beim Grundeigentum erfüllt das Grundbuch die Publizitätsfunktion. Die gültigen dinglichen Rechte ergeben sich aus dem Hauptbucheintrag mit seinen Dokumentationen in den Belegen. In beschränktem Mass kann auch aus den Anmerkungen auf bestehende Rechte an der Sache geschlossen werden.

#### b) Sonderrechte und gemeinsame Räume

Aus dem Grundbuch bzw. seinen Belegen muss sich nicht nur das Recht, sondern auch die Lage und der Umfang der Sonderrechtsräume und der gemeinsamen Räume ergeben. Ob dies bildlich, in Worten, durch Pläne oder durch Modelle erfolgt und was überhaupt dargestellt werden soll, regelt das Gesetz nicht.<sup>9</sup> Genaue Angaben in Worten im Begründungsakt allein können – nach der gesetzlichen Vorgabe – genügen (Art. 68 GBV)<sup>10</sup>; allenfalls werden die Angaben durch eine planerische Skizze ergänzt (freiwillig beigelegter Aufteilungsplan<sup>11</sup>). Ein Plan ist nur dann zu liefern, wenn der Grundbuchverwalter oder die Grundbuchverwalterin die wörtliche Umschreibung oder die Planskizze als ungenügend beurteilt (Art. 68 Abs. 2

<sup>8</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rz. 63 ff.

<sup>9</sup> Dazu Wermelinger, Stockwerkeigentum, N. 95 zu Art. 712d ZGB; Nef, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5.

<sup>10</sup> Analog zur Abgrenzung von dienstbarkeitsrechtlichen Teilbelastungen des Grundstücks (Art. 732 Abs. 2 ZGB) setzt das Gesetz auf die Kraft der wörtlichen Ausdrucksweise (siehe dazu die kritischen Bemerkungen bei Meinrad Huser, Darstellung von Grenzen zur Sicherung dinglicher Rechte, ZBGR 94 S. 238 ff., insbesondere S. 248 f., zit. Sicherung dinglicher Rechte).

<sup>11</sup> Zu Recht weist Wermelinger (Stockwerkeigentum, N. 94 zu Art. 712d ZGB) darauf hin, dass Planangaben umständliche Umschreibungen in Worten vermeiden können.

GBV) oder wenn das Stockwerkeigentum vor Erstellen des Gebäudes<sup>12</sup> im Grundbuch eingetragen werden soll (Art. 69 GBV)<sup>13</sup>.

Nicht geregelt ist, wer den Plan zu erstellen und zu unterzeichnen hat.<sup>14</sup> Der Aufteilungsplan wird in der Regel «ohne amtliche Mitwirkung und oft auch ohne fachliche Unterstützung von einem Grundeigentümer in Form von Skizzen angefertigt ...»<sup>15</sup> Eine bestimmte Form oder eine offizielle Bestätigung des Plans sind nicht vorgesehen.<sup>16</sup> Jede Plandarstellung genügt, solange der Grundbuchverwalter sie akzeptiert; eine objektivierte Interpretation findet nicht statt. Der Aufteilungsplan wird – auch aufgrund dieser «unkontrollierten» Entstehungsphase – in der Literatur als privater Plan<sup>17</sup> mit einem gewissen Informationswert, als Projektplan<sup>18</sup> oder als Hilfsmittel zur Klärung der Grundbucheinträge<sup>19</sup> bezeichnet.

Wird Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes begründet, liegen kaum orts- oder gebäudebezogene Grundlagen vor; auch das Wohnhaus steht noch nicht. Die Aufteilung und Zuordnung der künftigen Räume werden deshalb regelmässig auf den Bauplänen des Architekten je Stockwerkeinheit mit der gleichen Farbe bemalt; daraus lässt sich die Stockwerkeinheit als Teil des Miteigentumsgrundstücks ablesen.<sup>20</sup>

### c) Sondernutzungsrechte

Sondernutzungsrechte sind die einem oder mehreren Stockwerkeigentümern eingeräumten, ausschliesslichen Rechte zur Nutzung eines gemeinschaftlichen Teils unter Ausschluss der anderen Stockwerkeigentümer oder Dritter.<sup>21</sup> Sie können einem Stockwerkeigentümer persönlich eingeräumt, aber auch an einen Stockwerkanteil gebunden sein.<sup>22</sup> Auf jeden Fall belasten sie immer die gemeinsamen Teile des Miteigentumsgrundstücks.

Sondernutzungsrechte haben für die Nutzung des Stockwerkeigentums eine wichtige Bedeutung.<sup>23</sup> Sie dienen der Ergänzung der Wohn- bzw. Geschäftsnutzung und sind oft nur über die Räume des Sonderrechts erreichbar.

<sup>12</sup> Siehe dazu die kritischen Bemerkungen bei *Wermelinger (Stockwerkeigentum)*, Vorbemerkungen N. 153 ff.

<sup>13</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 103 zu Art. 712d ZGB; *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5.

<sup>14</sup> Zur Unterzeichnung durch die Stockwerkeigentümerschaft siehe die Unterscheidung bei *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 97 f. zu Art. 712d ZGB.

<sup>15</sup> *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5.

<sup>16</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111a zu Art. 712d ZGB.

<sup>17</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 31.

<sup>18</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, Rz. 1031; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 103 zu Art. 712d ZGB.

<sup>19</sup> *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 4.

<sup>20</sup> *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5.

<sup>21</sup> BGE 140 III 561.

<sup>22</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 181.

<sup>23</sup> *Neuerdings: Nicolas Saviaux*, L'opposabilité des droits d'usage particulier en cas de transfert d'une part de PPE, in: BR/DC 3/2020, S. 122 ff.; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 180.

Sie haben zudem einen finanziellen Wert, den der berechtigte Stockwerkeigentümer einfordern kann.<sup>24</sup> Die Kenntnis des Bestandes und des Umfangs solcher Rechte ist nicht nur für die Stockwerkeinheit an sich, sondern auch für deren Wirtschaftlichkeit von Bedeutung. Sondernutzungsrechte werden nicht Teil des Grundbuchs und auch sonst nicht in analoger Weise publiziert. Dies überrascht vor allem deshalb, weil Sondernutzungsrechte in ihrer Wirkung den Dienstbarkeiten nahestehen.

Zur Darstellung und Publizität dieser Sondernutzungsrechte finden sich kaum Vorschriften. Aufgrund des bestehenden Rechts muss ihre Lage und ihr Umfang nicht erfasst und mit der Stockwerkeinheit in Verbindung gebracht werden. Sie werden in der Praxis aber regelmässig im Aufteilungsplan eingezeichnet. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stockwerkeinheit wird mit der Identität der Farbe hergestellt; im Unterschied zu den flächig bemalten Sonderrechtsräumen sind die Sondernutzungsflächen gestrichelt eingezeichnet.

Sondernutzungsrechte entstehen auf unterschiedliche Art:<sup>25</sup>

- a. Im Reglement festgelegte Sondernutzungsrechte sind persönliche Rechte mit gewissen dinglichen Wirkungen.<sup>26</sup> Sie entstehen in der Regel durch Beschluss der Stockwerkeigentümer über das Reglement.<sup>27</sup>
- b. Durch Grund- oder Personaldienstbarkeiten eingeräumte Rechte am gemeinsamen Grundstück entstehen mit dem Eintrag im Grundbuch<sup>28</sup> und sind deshalb dingliche Rechte. Mit der Stockwerkeigentumsbegründung haben sie nichts zu tun.
- c. Obligatorische Vereinbarungen zwischen der Stockwerkeigentümergeinschaft und einem berechtigten Stockwerkeigentümer<sup>29</sup> entstehen durch Vertrag ohne irgendwelche dingliche Verknüpfung.

Die Art der Entstehung der Sondernutzungsrechte können den Anforderungen nach Publizität im Sachenrecht nicht genügen. Einzig die Zuweisung durch eine Dienstbarkeit entspricht dem Publizitätsanliegen. Die obligatorisch oder die reglementarisch eingeräumten Sondernutzungsrechte hingegen erscheinen weder im Grundbuch noch in den Unterlagen.<sup>30</sup> Sie finden sich allenfalls beim Verwalter des Stockwerkeigentums. Sie können auf jeden Fall nicht als bekannt vorausgesetzt werden und für Rechtsnachfolger verbindlich sein.

<sup>24</sup> Dazu *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 199.

<sup>25</sup> *Saviaux*, Droit d'usage particulier, S. 122; *Nef* spricht den Sonderrechten einen objektbezogenen Charakter zu (*Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 14); *Wermelinger* anerkennt die Sondernutzungsrechte, die durch Reglementsbeschluss zugewiesen sind, nicht als selbstständige dingliche Rechte (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 187).

<sup>26</sup> BGE 122 II 145; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 186.

<sup>27</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 186.

<sup>28</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 188.

<sup>29</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 189.

<sup>30</sup> Dazu auch *Patrick Reimann/Helena Åström Boss*, Stockwerkeigentum: Alles, was Recht ist!, cadastre n. 25, Dezember 2017, S. 16 ff., insbes. S. 19.

## 2. Entwicklungsbedarf

Für die Darstellung von Flächen und Räumen eignen sich Pläne oder Modelle am besten. Bei der Errichtung von Stockwerkeigentum werden sie – obwohl nicht zwingend erforderlich – auf der Grundlage von Architektenplänen etagenbezogen dargestellt und farblich unterschieden. Die Berechtigungen und der Umfang der einzelnen Stockwerkeinheit sind nicht immer klar und der Zusammenhang der einzelnen Räume muss gesucht werden. Rechtlich sind die nicht überprüften Plandarstellungen von geringem Wert. Die Entwicklung im Bereich des Stockwerkeigentumsmarktes selber, aber auch technische Fortschritte bei der Erfassung von Rechts- und Geoinformationen sowie die offiziellen E-Gouvernement-Strategien der öffentlichen Hand sind Triebfedern für eine neue Funktion und vorgegebene Formen des Aufteilungsplans.

### 2.1 Zunahme der Anzahl Stockwerkeinheiten

Die Regeln des Stockwerkeigentums in der heutigen Form stammen aus einer Zeit, als das geteilte Eigentum an einem Gebäude noch wenig populär war. Die Einführung des Stockwerkeigentums hatte denn auch zum Ziel, das Wohneigentum in der Schweiz zu fördern. Eine möglichst grosse Zahl von Mitbürgern sollte die Möglichkeit erhalten, Eigentümer einer Wohnung zu werden.<sup>31</sup> Das Stockwerkeigentum hat sich seither stark entwickelt,<sup>32</sup> die Höhe der Gebäude und damit die Anzahl von Stockwerksetagen ist sprunghaft gewachsen.<sup>33</sup>

Die bestehenden Pläne dokumentieren die Räume als Flächenteil einer Etage. Weitere Räume (Keller, Waschküche, Hobbyräume), aber auch die Sondernutzungsrechte (Gartensitzplatz, Dachterrasse) befinden sich regelmässig nicht auf der gleichen Etage. Die Wohnungen mit einheitlichem Eingang können zudem – wie etwa bei den beliebten Maisonettewohnungen – sich auf mehreren Etagen ausbreiten. Um den Zusammenhang der Sonderrechtsräume mit den Nebenräumen und die zur Sondernutzung zugewiesenen Aussenflächen erkennen zu können, müssen mehrere Pläne oder sogar zusätzliche Dokumente konsultiert werden.

### 2.2 Uneinheitliche Festlegung und Dokumentation

Die Gesetzgebung bestimmt weder den Inhalt noch die Gestaltung oder die Genauigkeit der Umschreibung der Stockwerkeinheit bzw. der Plan-

<sup>31</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, Handlungsbedarf, S. 2 f. mit weiteren Hinweisen.

<sup>32</sup> Dies spricht nicht nur für die vermehrte Streuung des Grundeigentums, sondern deckt sich mit den Zielen des Raumplanungsgesetzes, das mit der Revision im Jahre 2014 die Ausdehnung der bebauten Fläche in die Landwirtschaftszone einschränkte und die Wohnnutzung in erster Linie durch die Entwicklung im Innern der Bauzonen konzentrieren will.

<sup>33</sup> Dazu Swisstopo, Dokumentation von Stockwerkeigentum, Bericht zur Auswertung der Umfrage 2016, 30. April 2018, S. 10 ff.; eindrücklich auch die Zahlen bei Wermelinger, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen N. 13 ff.

darstellung.<sup>34</sup> Letztlich entscheidet der Grundbuchverwalter bzw. die Grundbuchverwalterin in eigener Kompetenz und nach subjektiver Einschätzung, ob die wörtliche Umschreibung der komplexen Stockwerkeinheiten oder die vorgelegten Skizzen und Pläne für die Bestimmung des Eigentumsumfangs genügen. Kriterien, die mindestens erfüllt werden müssten, sind ebenso wenig vorhanden, wie eine ergänzende Kontrolle der Unterlagen.<sup>35</sup> Der irgendwie erstellte Plan kann keine objektive Klarheit schaffen oder umstrittene Rechte sichern.

Dies mag auf den ersten Blick dort unbedenklich erscheinen, wo der Plan «freiwillig» der Stockwerkeigentumsbegründung beigelegt wird. Wurde Stockwerkeigentum vor Erstellen des Gebäudes errichtet, verlangt das Gesetz aber eine Planbeilage (Art. 69 Abs. 1 GBV). Der Plan muss so genau sein, dass er nach der Bauausführung als Vergleichsunterlage dienen kann. Wurde der Bau nicht vollständig nach den Plänen erstellt, ist dem Grundbuchamt ein angepasster Plan nachzuliefern (Art. 69 Abs. 3 GBV). Ein ursprünglich ungenauer Aufteilungsplan lässt unter Umständen die Differenz nicht erkennen (Beispiel: Zugangssituation aus dem gemeinschaftlichen Teil wurde geändert). Der Grundbuchverwalter entscheidet, ob der Plan angepasst oder gar neu erstellt werden muss. In beiden Fällen ist neben der Anpassung auch die Zustimmung und Unterzeichnung aller Stockwerkeigentümer erforderlich,<sup>36</sup> die in der Zwischenzeit die Wohnung ab (falschen) Plänen gekauft haben!

Das Vorgehen nach Fertigstellen des Gebäudes ist nicht geregelt.<sup>37</sup> Es finden sich insbesondere keine Verpflichtungen über die Zusammenarbeit der verschiedenen Betroffenen. Das mag mitunter ein Grund sein, dass die bestehende Anmerkung selten gelöscht wird.

### 2.3 Fehlende Publizität der Sondernutzungsrechte

Ungenügend geregelt ist der grundbuchliche Umgang mit den Sondernutzungsrechten. Ihnen kommt heute nicht in jedem Fall dingliche Wirkung zu,<sup>38</sup> doch sind sie regelmässig für einen Rechtsnachfolger verbindlich, sodass das sachenrechtliche Publizitätsprinzip<sup>39</sup> eine offizielle Bekanntgabe oder einen Eintrag in einem allgemein zugänglichen Informationsregister verlangt.<sup>40</sup> Wie die Zuweisungsbeschlüsse zu formulieren,

<sup>34</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 95 zu Art. 712d ZGB; *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5 f.

<sup>35</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111a zu Art. 712d ZGB.

<sup>36</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 98 und N. 111 zu Art. 712d ZGB.

<sup>37</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111a zu Art. 712d ZGB. Die gesetzlich vorgesehenen Folgen sind umstritten (dazu *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 37 f.).

<sup>38</sup> Dazu oben Ziff. 1.2.3.c.

<sup>39</sup> Dazu unten Ziff. 1.2.3.a.

<sup>40</sup> Dass sich die Verbindlichkeit aus der Vertragsklausel ergeben könne, wonach der Käufer vom Reglement und den verpflichtenden Beschlüssen der Stockwerkeigentümer Kenntnis genommen habe (*Saviaux*, Droit d'usage particulier, S. 123), genügt dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip nicht, zumal die Sondernutzungsrechte oft formlos zugeteilt werden (dazu oben 1.2.3.c).

zu dokumentieren und zu archivieren sind, damit Rechtsnachfolger sie zu Kenntnis nehmen können, ist der Praxis überlassen. Nach wenigen Jahren und nach wenigen Wechseln einzelner Stockwerkeigentümer, werden die konkreten Abmachungen vergessen<sup>41</sup> und die Übersicht verloren sein; Streitigkeiten sind programmiert.

Zwar könnte man argumentieren, dass nach der Errichtung des Gebäudes die Sonderrechte und die Sondernutzungsrechte im Gebäude erkennbar seien und damit zumindest die natürliche Publizität<sup>42</sup> gegeben sei. Aus den Gebäudestrukturen oder Raumaufteilungen lassen sich jedoch keine Rechtsverhältnisse oder funktionale Abhängigkeiten zwischen den verschiedenen Räumen ablesen. Beim Stockwerkeigentum folgen die Sonderrechte, die Sondernutzungsrechte und die gemeinsamen Teile nicht zwingenden oder baulogischen Zusammenhängen. Und eine freiwillige, obligatorische Veränderung der Nutzungsrechte, etwa am Gartensitzplatz, ist dem Dritten nicht bekannt.

Fazit: Alle Rechte am Stockwerkeigentum müssen sich aus der Dokumentation des Grundbuchs ergeben. Eine Kann-Formulierung für die Anmerkung von Sondernutzungsrechten (Art. 649a Abs. 2 ZGB) oder eine Zuweisung der Rechte an gemeinsamen Teilen durch obligatorische Vereinbarungen bzw. oft stillschweigende Abmachungen genügen dem Publizitätsprinzip nicht. Ebenso wenig genügt eine «Garantie» des Verkäufers bzw. eine vertragliche (obligatorische) Absicherung des Käufers.<sup>43</sup>

#### 2.4 «Kauf ab Plan» ohne Planverbindlichkeit

Stockwerkeinheiten werden regelmässig auch vor Erstellung des Gebäudes errichtet und gekauft,<sup>44</sup> oft sogar vor Erteilung der Baubewilligung.<sup>45</sup> Bei der Errichtung von Stockwerkeigentum muss in diesem Fall der Plan beigelegt werden (Art. 69 GBV<sup>46</sup>). Nur so kann der Grundbuchverwalter bzw. die Grundbuchverwalterin kontrollieren, ob die minimalen Voraussetzungen für die Bildung von Stockwerkeigentum eingehalten sind.<sup>47</sup> Geprüft werden muss mindestens, wie die zu bildenden Grundstücke zusammengesetzt sind, ob es sich um geschlossene Räume mit eigenem Eingang handelt und ob die gemeinschaftlichen Teile gesetzeskonform bestimmt sind.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> So auch Saviaux, Droit d'usage particulier, S. 124.

<sup>42</sup> Zur Bedeutung der natürlichen Publizität siehe bei Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rz. 1281a ff.; Jürg Schmid, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 90 S. 112.

<sup>43</sup> So der Lösungsvorschlag bei Saviaux, Droit d'usage particulier, S. 124.

<sup>44</sup> Zur Zulässigkeit und wichtigen rechtlichen Fragen beim «Kauf einer Wohnung ab Plan»: Wermelinger, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 146 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Handlungsbedarf, S. 26 f.

<sup>45</sup> Zur damit verbundenen Problematik: Wermelinger, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 147; Schmid/Hürlimann-Kaup, Handlungsbedarf, S. 31, Ziff. 1.

<sup>46</sup> Es stellt sich die Frage der richtigen Gesetzesstufe, dazu Schmid/Hürlimann-Kaup, Handlungsbedarf, S. 28.

<sup>47</sup> Zum Kontrollumfang siehe Nef, Änderung des Aufteilungsplans, S. 3, 15.

<sup>48</sup> «Räumlichkeiten oder Gebäudeteile, die nicht in sich abgeschlossen und daher ohne sichtbare Schranke für jeden anderen Stockwerkeigentümer ebenfalls zugänglich sind,



Bei der Errichtung der Stockwerkeinheiten oder dem Verkauf vor Erstellen des Gebäudes sind die Architektenpläne und der daraus erstellte Aufteilungsplan die einzigen offiziellen Unterlagen, die Auskunft über die Aufteilung des Gebäudes in einzelne rechtlich (teilweise) verselbstständigte Wohnungen, Räumen und Flächen geben.<sup>49</sup> Um diese Funktion auch rechtsverbindlich wahrnehmen zu können, müssten der Inhalt und die Darstellung des Aufteilungsplans konkretisiert werden. Auch aus dieser Sicht müssen die Planaussagen und damit der Inhalt, die Genauigkeit und Erstellungsverantwortung bzw. die Rechtsbedeutung ausdrücklich und verbindlich festgelegt werden.

### 2.5 Wenn der Computer den Papierplan ersetzt

Die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen und das Registerwesen im Besonderen stehen in einem technischen Umwandlungsprozess.<sup>50</sup> Der Wechsel von Papier auf EDV-Lösungen ist in weiten Teilen abgeschlossen, zumindest aber vorbestimmt.<sup>51</sup> Das Grundbuch wird in der Schweiz in den meisten Kantonen in elektronischer Form geführt – Bücher und Grundbuchblätter in physischer Form fehlen in den Amtsstuben. Bereits seit 2012 ist der papierlose Registerschuldbrief zulässig und erfreut sich grosser Beliebtheit. Auch die Grenzverläufe der Liegenschaften werden in der amtlichen Vermessung in der digitalen Form geführt, sodass Grenzsteine auf dem Feld wohl bald antiquiert bzw. nicht mehr nötig sind<sup>52</sup>.

Die schweizerische Zivilgesetzgebung regelt die Erfassung von Grundstücken weiterhin so, wie das im Jahre 1912 technisch möglich war: Auf Plänen, wo eine dritte Dimension keinen Platz hat. Sachen sind aber definitionsgemäss dreidimensional,<sup>53</sup> was bei Stockwerkräumen augenscheinlich

bilden automatisch gemeinschaftliches Eigentum, ebenso abgeschlossene Räume, welche jedoch durchquert werden müssen, um zu dahinterliegenden Räumlichkeiten vorzudringen, welche gemeinschaftlich genutzt werden oder der Stockwerkeinheit eines Sonderrechtsberechtigten angehören.» (Roland Pfäffli/Karina Eggermann, Änderungen beim Stockwerkeigentum, Jusletter 27. Mai 2013, Rz. 20).

<sup>49</sup> Dem Aufteilungsplan kann auch schuldrechtliche Verpflichtung zukommen (siehe die Hinweise bei *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 106 zu Art. 712d ZGB und *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 16 f.). Als Verkaufsdokumentation oder als Grundlage für den Werkvertrag kann er allfällige Mängel dokumentieren (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 100 zu Art. 712d ZGB). Nur wenn er die Rechtsverhältnisse und die Zusammenhänge zwischen den Sonderrechtsräumen und allgemeinen Teilen klar, verbindlich und verständlich aufzeigt, verhindert er enttäuschte Käufervorstellungen und verkleinert das Haftungsrisiko des Verkäufers.

<sup>50</sup> Dieser Vorgang entspricht der neu ausgerichteten Verwaltungstätigkeit des Bundes (BAKOM, Strategie «Digitale Schweiz», September 2018, [www.infosociety.ch](http://www.infosociety.ch), besucht am 8. April 2020).

<sup>51</sup> Die Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 hat eindrücklich gezeigt, wie wichtig die digitale Verwaltung und Kommunikation ist.

<sup>52</sup> So jedenfalls in den Zukunftsvisionen der amtlichen Vermessung bei *Meinrad Huser*, Rechtliche Chancen der dreidimensionalen Eigentumsdarstellung, swisstopo (Hrsg.), Amtliche Vermessung Schweiz 1912–2012, Bern 2012, S. 13 f.

<sup>53</sup> *Huser*, Sicherung dinglicher Rechte, S. 245, 252; *Paul Tschümperlin*, Grenzen und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, Diss. Freiburg/i.Ü. 1984, S. 23 ff; *Oliver Kälin*, Der

ist. Die vertikale Dimension überliess das Gesetz dem Einzelfallentscheid des Grundeigentümers (Art. 667 ZGB, Ausübungs- und Abwehrinteresse<sup>54</sup>), ohne jedoch dessen Willen offiziell zu dokumentieren. Rechte an Flächen und Räumen könnten mit der heutigen Technik problemlos in verschiedenen Versionen digital und mehrschichtig dargestellt werden.<sup>55</sup> Dies wurde in drei Pilotprojekten der Swisstopo bestätigt.<sup>56</sup> Erfolgreich umgesetzt ist die vollständige, digitale Verwaltung des Stockwerkeigentums bereits im Kanton Genf, der das Stockwerkeigentum seit 2012 durch das staatliche Vermessungsamt rechtlich verbindlich bewirtschaften lässt.<sup>57</sup> Auch moderne Systeme bei der Planung und Ausführung von Bauten und Anlagen, wie etwa das Building Information Modelling (BIM), verändern die Bau- und Planungsbranche derzeit nachhaltig. Sie arbeiten mit dreidimensionalen Modellen, die für die Darstellung des Stockwerkeigentums wegweisend sein können oder zumindest unterstützend beachtet werden sollten.

Fazit: Die papierlosen Registerführungen werden auch die «Beschreibung» des Grundeigentums im Allgemeinen und des Stockwerkeigentums im Besonderen beeinflussen, wenn nicht gar ablösen. Es gilt, sich aktiv an der Entwicklung der digitalen, dreidimensionalen Darstellung des Stockwerks zu beteiligen und dazu eine verbindliche Dokumentation im Sinne eines «Aufteilungsplans» zu entwickeln.

## 2.6 Folgerungen

Wir stehen kurz vor der umfassenden digitalen Grundbuchführung. Die Umgestaltung der papierenen Grundlagen in digitale Informationen ist in der öffentlichen Verwaltung in weiten Teilen vollzogen. Die Dokumentation des Stockwerkeigentums – bisher kaum diskutiert<sup>58</sup> – wird als Teil der digitalen Zukunft des Grundbuchs bald vorliegen müssen.<sup>59</sup>

Die Digitalisierung der Grundbuchunterlagen ist die logische Folge der

Sachbegriff im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Studien zum Privatrecht 174, Zürich 2002, S. 42 ff.; so neuerdings auch *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111e und 111f zu Art. 712d.

<sup>54</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, Rz. 885 ff. mit weiteren Hinweisen. *Meinrad Huser*, Nutzung des Untergrunds: Umfang des Grundeigentums – ein Diskussionsbeitrag, Umweltrecht in der Praxis 5/2014, S. 522 ff.

<sup>55</sup> *Patrick Reimann*, 3D-Objekte und 3D-Eigentumskataster, ZBGR 93 S. 1 ff.; *Huser*, Sicherung dinglicher Rechte, S. 252 f.; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111c zu Art. 712d.

<sup>56</sup> Siehe dazu die Kurzinformation von *Helena Åström Boss*, ZBGR 100 S. 381 ff., S. 383.

<sup>57</sup> Direction de la mensuration officielle, Genève, Directives Genevoises en mensuration officielle, mars 2018; siehe auch *Amédéo Wermelinger*, Stellungnahme zur Analyse der Rechtsgrundlagen im Projekt: «3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum», Baldegg 2018, Ziff. 11 (abrufbar unter [www.cadastre.ch/de/manual-av/publication/express.html#2018](http://www.cadastre.ch/de/manual-av/publication/express.html#2018)).

<sup>58</sup> Erfreulicherweise hat *Amédéo Wermelinger* das Thema in der neuesten Ausgabe seines Kommentars kurz und prägnant aufgegriffen (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111e zu Art. 712d ZGB); siehe nun: Bundesamt für Landestopografie *swisstopo*, Empfehlung Digitale Dokumentation Stockwerkeigentum – Aufteilungsplan, Bern 5. Mai 2020 ([www.cadastre.ch/av](http://www.cadastre.ch/av) > Rechtliches & Publikationen > Publikationen; zit. Empfehlung

<sup>59</sup> Dazu auch *Reimann/Åström Boss*, cadastre n. 25, Dezember 2017, S. 21.

Entwicklung der neuen Verwaltungsinstrumente ganz allgemein. Die ehemals auf Pläne beschränkten Darstellungsmöglichkeiten können mit den neuen technischen Instrumenten in dreidimensionalen Modellen lokalisiert werden, was der Realität der Sachen und auch dem Sachenrecht gerecht wird. Diese Entwicklung wird zu mehr Klarheit und Sicherheit führen; ihre Anwendung muss Alltag werden.

Ein Systemwechsel bietet zudem die Chance, weitere Schwachstellen<sup>60</sup> bei der Verwaltung von Stockwerkeigentum zu korrigieren, wie zum Beispiel die fehlende Publizität des Eigentumsumfangs, die nicht allgemein bekannten Beschlüsse über Raumzuteilungen<sup>61</sup>, oder die ungelöste Nachführung der Pläne sowie die nicht vollzogene Löschung der Anmeldungen nach Art. 69 Abs. 3 GBV.<sup>62</sup>

### 3. Rechtsverbindlichkeit des Aufteilungsplans

#### 3.1 Einleitende Bemerkungen

Der Umfang der Grundstücke wird in der horizontalen Ausdehnung durch den Plan für das Grundbuch rechtsverbindlich bestimmt (Art. 668 ZGB).<sup>63</sup> Dies gilt für die Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) und auch für selbstständige und dauernde Rechte (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB – Baurechte)<sup>64</sup>, soweit sie flächenmässig ausgeschieden sind (Art. 16 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 3 VAV) und die ihr zugrunde liegende Dienstbarkeitsfläche nicht in Worten umschrieben werden kann (Art. 732 Abs. 2 ZGB). Die vertikale Ausdehnung der Grundstücke bestimmt der Grundeigentümer im Einzelfall nach seiner aktuellen Interessenlage (Art. 667 ZGB); sie wird nicht dokumentiert.<sup>65</sup>

Der Aufteilungsplan kann heute weder die örtliche Lage und Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten festlegen, noch Anforderungen an minimale, für Pläne notwendige Verbindlichkeit und Genauigkeit genügen. Er ist – rechtlich gewollt (Art. 6 Abs. 3 und 25 Abs. 3 VAV) – mit

<sup>60</sup> Im Gutachten über den gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Stockwerkeigentum kommen *Jörg Schmid* und *Bettina Hürlimann-Kaup* zum Ergebnis, dass sich das bisherige System grundsätzlich bewährt habe, einzelne Aspekte – auch zum Aufteilungsplan – jedoch verbessert werden können (*Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 96 ff.). Diese Feststellung kann unterstützt werden.

<sup>61</sup> Zu den möglichen Abweichungen zwischen Plan und Wirklichkeit siehe bei *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 11 ff.

<sup>62</sup> Siehe dazu unten Ziff. 3.3.4.

<sup>63</sup> *Meinrad Huser*, Schweizerisches Vermessungsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. Vermessungsrecht) Rz. 323 ff.

<sup>64</sup> Die Bergwerksgrundstücke (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) haben heutzutage keine Bedeutung.

<sup>65</sup> Die Abgrenzung ist sowohl in der Höhe wie auch in der Horizontalen je vom Willen der angrenzenden Grundeigentümer abhängig und ist in diesem Sinn beide Male «gewillkürt» (*Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 325; ebenso *Huser*, Sicherung dinglicher Rechte, S. 252 f.).

dem Plan für das Grundbuch in keiner Weise vergleichbar.<sup>66</sup> könnte aber ähnlich wie jener Plan Wesentliches an eine gesicherte künftige Verwaltung des Stockwerkeigentums beitragen. Dazu muss er neu definiert und zum zwingend erforderlichen Beleg des Stockwerkeigentums bestimmt werden (dazu 3.2). Er soll einen entscheidenden Beitrag an die positiven und negativen Grundbuchwirkungen und an die Publizität des Eigentumsumfangs leisten. Sein Inhalt und die Darstellung müssen neu, konkret und zukunftsgerichtet vorgeschrieben werden (Ziff. 3.3). Schliesslich sind Verfahren und Regeln zu schaffen, die ihn jederzeit aktuell halten (Ziff. 3.4).

## 3.2 Aufteilungsplan als Teil des Grundbuchs

### 3.2.1 Voraussetzungen für die Grundbuchauglichkeit

Im Grundbuch finden sich rechtswirksame Angaben (Einträge samt den Belegen), Hinweise auf bestehende Rechte aus anderen Registern (Anmerkungen), aber auch Informationen zur Vereinfachung der Administration (Bemerkungen) oder für andere Zwecke ohne rechtliche Bedeutung (Grundstückbeschreibung). Nicht in allen Kategorien kann der Aufteilungsplan seine neu zugedachte Publizitätsfunktion erfüllen.

### 3.2.2 Aufteilungsplan als Grundbucheintrag oder Beleg?

Der Eintrag im Hauptbuch des Grundbuchs lässt das Stockwerkeigentum entstehen (Art. 712d ZGB) und während des Eintrags bestehen. Der konkrete Text im Grundbuch besteht in einer klaren, aber kurzen Umschreibung des Rechts. Diese Angaben werden präzisiert und interpretiert nach den Aussagen im Rechtsgrundaussweis.<sup>67</sup> Der Rechtsgrundaussweis besteht bei der Errichtung oder Änderung von Stockwerkeigentum aus dem notariell beurkundeten Begründungsakt (bzw. Änderungsbeschluss) mit dem Anteil jedes Stockwerks am Wert der Liegenschaft oder des Baurechts sowie mit Aussagen über die räumliche Ausscheidung (Art. 712e ZGB).

Der Aufteilungsplan hat die räumliche Ausscheidung aufzuzeigen, die zusammengehörenden Räume (samt getrennten Nebenräumen) zu benennen und die gemeinsamen Räume sowie weitere Nutzungsrechte am Miteigentumsgrundstück darzustellen. Er kann mit seinen technischen Möglichkeiten diese Angaben verbindlich und eindeutig bestimmen.

Der Aufteilungsplan kann nicht als eigener Eintrag im Grundbuch vorgesehen werden; das Grundbuchsystem ist dazu nicht vorbereitet. Er ergänzt den notariell beurkundeten Begründungsakt. Als dessen Teil ist er für die räumliche Ausscheidung zuständig und muss im Grundbuch als

<sup>66</sup> Ein Aufteilungsplan ist kein Plan für das Grundbuch: *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 362; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 104 f. zu Art. 712d; *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 31; *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 5.

<sup>67</sup> Für die Dienstbarkeiten sind die Interpretationsschritte ausdrücklich vorgesehen (Art. 738 ZGB).

Beleg bei der Begründung und jeder Änderung aufgenommen werden (Art. 948 Abs. 2 ZGB).

### *3.2.3 Aufteilungsplan als eigenständige Ergänzung zum Grundbuch?*

Unabhängig von der Rechtsbedeutung des Aufteilungsplans im Grundbuch ist die Verwaltung des Aufteilungsplans zu regeln. Der Aufteilungsplan wird wohl vollständig ausserhalb der Dokumentation des Grundbuchs entstehen und die Grundbuchangaben (Wertquoten, Eigentumsverhältnisse, Darstellung der Rechte) in Bezug auf die Rauminformationen (Sonderrechtsträume und gemeinsames Grundstück) ergänzen. Auch die Sondernutzungsrechte in ihren dreidimensionalen Ausdehnungen könnten Inhalt des neu definierten Aufteilungsplans sein.

Der Aufteilungsplan wird somit Teil eines neu zu schaffenden, öffentlichen Registers oder in ein bestehendes Informationssystem integriert werden. Als Auszug aus diesem Register wird er zusammen mit dem Begründungsakt seine Funktion bei der räumlichen Ausscheidung des Stockwerkeigentums im Grundbuch erfüllen können.

Zur Verdeutlichung der Zusammengehörigkeit des Aufteilungsplans und des Grundbucheintrags könnte im Grundbuch allenfalls mit einer Anmerkung auf den (neuen) Aufteilungsplan und seine Registrierung verwiesen werden.

### *3.2.4 Aufteilungsplan als Informationsdokument?*

Der Aufteilungsplan könnte zwar als eigenständig erstelltes Dokument unter der Rubrik «Bemerkungen» oder «Grundstückbeschreibung» im Grundbuch aufgenommen werden.

Die erwähnten Rubriken sind jedoch für rechtsverbindliche Dokumente oder Informationen gerade nicht vorgesehen. Die Grundstückbeschreibung enthält bloss beschreibende Angaben (Art. 942 ZGB; Art. 20 Abs. 2 GBV).<sup>68</sup> Die Bemerkungen weisen auf besondere rechtserhebliche Umstände zu den Einträgen hin, wie etwa eine bevollmächtigte Person (Art. 130 GBV); sie dienen der Erinnerung und der inneren Administration und sind nicht für die Publizität geschaffen worden.

### *3.2.5 Vorschläge*

Dem Aufteilungsplan muss gesetzlich eine neue Funktion zugesprochen werden. Er hat die räumliche Aufteilung der Sonderrechtsträume und der gemeinsamen Räume sowie den Zusammenhang der verschiedenen Stockwerkeigentumsräume verbindlich festzulegen. Ohne den Plan darf das Stockwerkeigentum weder begründet noch geändert werden.<sup>69</sup> In Bezug auf die Abgrenzung der Räume und ihrer Zugehörigkeit muss der Darstellung konstitutive Wirkung zukommen, das heisst, ohne diese Darstellung kann Grundeigentum weder rechtsverbindlich errichtet noch geändert werden.

<sup>68</sup> *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 498 ff.

<sup>69</sup> Siehe die ergänzenden Anforderungen unter Ziff. 3.3.

Damit der Aufteilungsplan die Rechtsverbindlichkeit beanspruchen kann, muss er in einem bestimmten Verfahren erstellt und in einem Register aufgeführt und verwaltet werden. Wenn künftig jede Änderung des Stockwerkeigentums nur durch Grundbucheintrag erfolgen kann, genügt die Pflicht, den Aufteilungsplan dem Änderungsantrag beizulegen. Art. 942 Abs. 4 ZGB bestimmt in diesem Fall die Rechtsverbindlichkeit der digitalen Pläne.

Ein rechtsverbindlicher Aufteilungsplan wird erstellt, bevor die Rechte ins Grundbuch eingetragen sind. Es muss deshalb klargestellt werden, dass die dingliche Wirkung nicht mit der Erstellung des Aufteilungsplans, sondern erst mit dem Eintrag im Grundbuch entsteht.<sup>70</sup>

Die Einführung eines digitalen, dreidimensionalen Aufteilungsplans bedarf spezifischer Kenntnisse, die der Grundbuchverwalter bzw. die Grundbuchverwalterin nicht zwingend mitbringen. Das Vorgehen beim Erstellen, die Inhalte und die Darstellung werden deshalb sinnvollerweise ausserhalb der Grundbuchregelung im Rahmen einer eigenen Regelung oder im Rahmen der amtlichen Vermessung festgesetzt. Damit könnten die Vorschriften mit dem Fortschreiten der Technik weiterentwickelt werden, ohne dass die Regeln der Stockwerkeigentumsbegründung überdacht werden müssen.

Die Erstellung und Dokumentation des Aufteilungsplans in einem eigenen Register würde den Vorteil bieten, dass er für unterschiedliche Zwecke zur Verfügung stehen kann, ohne mit der dinglichen Funktion in Konkurrenz zu geraten.<sup>71</sup> Insbesondere könnte er für die Verkaufsdokumentation mit weiteren Informationen, wie etwa die innere Raumaufteilung, ergänzt werden. Die Darstellung dieser Mauern im offiziellen Aufteilungsplan würde wohl Verwirrung stiften, weil nicht klar wäre, ob die eingezeichneten Mauern zu den tragenden Elementen gehören oder nicht, was sich bekanntlich auf die freie Veränderung auswirkt.

### **3.3 Inhalt und Darstellung des Aufteilungsplans**

#### *3.3.1 Einleitung*

Stockwerkeigentum ist spezielles Miteigentum. Es ist eine Grundstücksform mit vielschichtigen Rechtsbeziehungen. Jede Stockwerkeinheit kann selbstständig veräussert und belastet werden. Diese Beziehungen, Berechtigungen oder Belastungen bestehen nicht nur mit den anderen Miteigentümern, sondern können auch mit «auswärtigen» Grundstückseigentümern oder Personen abgeschlossen werden. Zudem können am gemeinsamen Grundstück und an den Stockwerkeinheiten selbstständig und unabhängig beschränkte dingliche Rechte eingeräumt werden. Es fragt sich deshalb, welche Rechts- und Raumbeziehungen im Aufteilungsplan erfasst werden sollen.

<sup>70</sup> *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 747 f.

<sup>71</sup> Auch *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 100 zu Art. 712d ZGB, rät ausdrücklich davon ab, dem Aufteilungsplan weitere Funktionen zuzuschreiben.

### 3.3.2 Sonderrechte am Stammgrundstück

#### a) Die Raumvolumen

Der Aufteilungsplan hat – wenn er denn erstellt wird – heute die einzelnen Räume, die als Sonderrecht zugewiesen sind, zu dokumentieren. Er erfasst die in sich geschlossenen Wohnräume mit ihrem eigenen Eingang sowie die ergänzenden, allenfalls getrennt liegenden Nebenräume und stellt sie als Einheit des Stockwerkeigentums dar.

Der Aufteilungsplan könnte sich auch künftig auf die Bezeichnung der Sonderrechtsräume beschränken und würde damit zum Ausdruck bringen, dass alle nicht zugewiesenen Räume gemeinschaftliche Teile seien. Dies kann jedoch verwirren. Um Klarheit zu schaffen, sollen alle Räume dargestellt und dem gemeinschaftlichen Eigentum oder dem Sonderrecht zugewiesen werden.<sup>72</sup> Insbesondere wären die tragenden Elemente (Mauern), die nicht als Sonderrecht ausgeschieden werden können, im Plan verbindlich dem Sonderrecht oder den gemeinsamen Teilen zugeordnet.

Der Stockwerkeigentümer darf die Räume nach eigenen Vorstellungen ausbauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB).<sup>73</sup> Nicht tragende innere Unterteilungen der einzelnen Zimmer haben für die Zuweisung zum Sonderrecht und damit für den Eigentumsumfang der Stockwerkeinheit keine Bedeutung. Die innere Aufteilung muss deshalb auf der offiziellen Dokumentation nicht vorhanden sein.<sup>74</sup>

Das Sonderrecht ist als Volumen darzustellen, das durch die nicht sonderrechtsfähigen Teile (tragende Strukturen) begrenzt ist. Es erstreckt sich bis an deren Rand und nicht bis zur Mitte der Mauern und Decken bzw. bis auf den Boden. Inwiefern Wandisolationen oder Bodenplatten, die als innere bauliche Gestaltung anzusehen sind und an sich der Wahl des Stockwerkeigentümers bei der Raumdarstellung überlassen sind, bei der Bestimmung des Raumvolumens zu beachten sind, wird im Detail zu entscheiden sein.

#### b) Dienstbarkeiten

Nicht Gegenstand des Aufteilungsplans sind heute die Dienstbarkeiten, die mit der Sonderrechtseinheit verbunden sind.

Dienstbarkeiten entstehen selbstständig mit Eintrag im Grundbuch (Art. 731 ZGB). Sie werden in einer eigenen Dokumentation dargestellt (Art. 732 Abs. 2 ZGB)<sup>75</sup> und als Beleg grundstückbezogen im Grundbuch abgelegt. Es macht keinen Sinn, Grunddienstbarkeiten zwischen einer Stockwerkeinheit und einem Drittgrundstück oder Personaldienstbarkeiten im Aufteilungsplan zusätzlich aufzuzeichnen; sie sind im Grundbuch

<sup>72</sup> So auch *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 95 zu Art. 712d ZGB.

<sup>73</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 22 ff. zu Art. 712a ZGB.

<sup>74</sup> Siehe schon oben Ziff. 3.2.5; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 96 zu Art. 712d ZGB.

<sup>75</sup> Dazu *Huser*, Sicherung dinglicher Rechte, S. 248 ff.

bereits genügend dokumentiert. Die Pilotprojekte der Swisstopo haben auch gezeigt, dass eine übersichtliche Darstellung der unzähligen Dienstbarkeiten kaum möglich ist.<sup>76</sup>

In den Aufteilungsplan aufzunehmen wären hingegen Dienstbarkeitsrechte «innerhalb» des Stockwerkeigentums, das heisst zugunsten einer Stockwerkeinheit und zulasten des gemeinsamen Grundstücks im Sinne der Sondernutzungsrechte.<sup>77</sup>

### c) Weitere Funktionen des Aufteilungsplans?

Der Aufteilungsplan wird regelmässig als Verkaufsunterlage verwendet. Dabei interessiert die aktuelle innere Aufteilung und die Möglichkeit, Wände zu verschieben. Der (künftige) Stockwerkeigentümer kann diese innere Unterteilung jederzeit ohne Zustimmung ändern, soweit es nicht die tragenden Wände betrifft. Da diese innere Aufteilung für die Festsetzung des Stockwerkeigentums nicht nötig ist, muss sie im offiziellen Aufteilungsplan nicht dargestellt werden.<sup>78</sup>

Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Aufteilungsplan als Grundlage für andere Informationszusammenstellungen beigezogen wird. Synergien sollen genutzt werden, doch ist diese Funktion klar von der Funktion des Aufteilungsplans bei der Darstellung des Stockwerkeigentums zu trennen und die jeweilige Rechtsbedeutung auf dem Plandokument klar zu bezeichnen.

### 3.3.3 Sondernutzungsrechte am Stammgrundstück

Das Stockwerkeigentum umfasst den Miteigentumsanteil am Gesamten mit der eigenständigen Nutzung der Sonderrechtsräume; ergänzend werden Flächen des gemeinsamen Grundstücks<sup>79</sup> einer einzelnen Stockwerkeinheit zur Sondernutzung überlassen. Oft sind diese Flächen nur über Sonderrechtsräume erreichbar und können somit weder rechtlich noch tatsächlich von der gesamten Stockwerkeigentümerschaft genutzt werden.

Sondernutzungsrechte werden im Begründungsakt verankert oder durch das Reglement gewährt. Sie können auch durch einen obligatorischen Vertrag oder eine Dienstbarkeit eingeräumt werden.<sup>80</sup> Sondernutzungsrechte können einem Stockwerkeigentümer persönlich eingeräumt werden. Im Normalfall werden sie jedoch an einen Stockwerkanteil gebunden, der dann bei Veräusserung des «berechtigten Anteils» auf den Erwerber übergeht.<sup>81</sup> Seine Übertragung auf einen anderen Stockwerkanteil

<sup>76</sup> Dies war eine der Erkenntnisse aus dem Pilotprojekt der Stadt Zürich, die teilweise pro Gebäude fünfzig Stockwerkeinheiten mit unterschiedlichen Dienstbarkeiten zu bearbeiten hatte.

<sup>77</sup> Dazu 3.3.3.

<sup>78</sup> Auch *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 100 zu Art. 712d ZGB, rät ausdrücklich davon ab, dem Aufteilungsplan weitere Funktionen zuzuschreiben.

<sup>79</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 118 zu Art. 712a, spricht vom unmittelbaren Mitbesitz an den gemeinschaftlichen Teilen.

<sup>80</sup> Dazu oben 1.2.3.c.

<sup>81</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 189 ff.



teil gilt als Änderung, die der Zustimmung des Berechtigten bedarf.<sup>82</sup> Publiziert wird sie jedoch nicht in jedem Fall.

Diese Sondernutzungsrechte sind im Grundbuch somit nur lückenhaft eingetragen. Zwar werden die im Reglement enthaltenen Sonderrechte für Rechtsnachfolger von Gesetzes wegen verbindlich (Art. 649a Abs. 1 ZGB) und kommen damit dem Status von dinglichen Rechten nahe und sie können zur Verdeutlichung im Grundbuch angemerkt werden (Art. 649 Abs. 2 ZGB), die Verbindlichkeit für die Rechtsnachfolger gilt überraschenderweise jedoch auch ohne diese Anmerkung.

Aus dem Grundbuch muss aber der gesamte Umfang des Stockwerkeigentums erkennbar sein, soweit er für Rechtsnachfolger verbindlich ist. Eine Unterscheidung nach dem Entstehungsgrund<sup>83</sup> ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es sind deshalb alle Sondernutzungsrechte im Grundbuch einzutragen, auch wenn sie durch Reglementsbeschluss oder obligatorische Abmachung entstanden sind. Dieses Minimum ist für den effektiven Gutgläubensschutz der Grundbuchangaben zum Stockwerkeigentum (Art. 973 ZGB) wesentlich.<sup>84</sup> Erst der Eintrag im Grundbuch wird dem Publizitätsprinzip gerecht. Die Kann-Formulierung<sup>85</sup> zur Anmerkung der Reglemente im Grundbuch (Art. 649a ZGB) ist deshalb zugunsten der Transparenz und Rechtssicherheit durch eine Eintragungspflicht<sup>86</sup> zu ersetzen.

Fazit: Um faktische Veränderungen der Sondernutzungsverhältnisse rechtlich erfassen zu können, müssen auch die Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung über die Verwaltung und Benutzung zwingend und mit konstitutiver Wirkung im Grundbuch eingetragen werden, soweit sie – wie die Sondernutzungsrechte – den Umfang des Grundeigentums betreffen.<sup>87</sup> Nur so kann das Grundbuch die Publizität der effektiven Rechte an einem Stockwerkeigentum gewährleisten. Die Professoren *Jörg Schmid* und *Bettina Hürlimann-Kaup* sehen dazu in ihrem Gutachten keinen Handlungsbedarf.<sup>88</sup> Sie beurteilen die Sondernutzung aber ausschliesslich unter dem Aspekt der Flexibilität; der Publizitätsbedarf und die damit erreichbare Rechtssicherheit waren kein Thema.

<sup>82</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 194.

<sup>83</sup> Dazu oben Ziff. 1.2.3.c.

<sup>84</sup> Die Befürchtung, dass mit der Umsetzung dieser Forderung das Grundbuch unübersichtlich werde (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 236 zu Art. 712g), steht bei den technischen Gestaltungsmöglichkeiten im EDV-Grundbuch nicht mehr im Vordergrund.

<sup>85</sup> Auf die Gefahr der Halbinformationen, die sich aus der Kann-Formulierung ergeben kann, verweist *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 236 zu Art. 712g.

<sup>86</sup> Das Eintragungsprinzip sichert die Publizität (BSK-ZGB II *Stephan Wolf/Wolfgang Wiegand*, vor Art. 641 ff. N. 56).

<sup>87</sup> *Wermelinger* beschreibt das Informationsbedürfnis eindrücklich (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 237 zu Art. 712g), hält sich dann – unüblich – mit Vorschlägen zurück und fordert nur eine vertragliche Pflicht zur Information (*Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 238 zu Art. 712g); *Saviaux* (Droit d'usage particulier, S. 123 f.) argumentiert ähnlich

<sup>88</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 10 ff.

### 3.3.4 Vorschlag

Inhalt des Aufteilungsplans sollen jene räumlichen Rechte sein, die das interne Verhältnis der Stockwerkeigentümerschaft<sup>89</sup> regeln, in erster Linie die Sonderrechtsräume. Sie soll sich auf die Dokumentation des Umfangs der Rechte am Stockwerkeigentum konzentrieren, muss sich zur inneren Aufteilung nicht äussern.

Zudem müssen auch die Flächen und Räume im Plan dargestellt werden, die einer Stockwerkeinheit zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen sind. Die Entstehung dieser Sondernutzungsrechte ist zu vereinheitlichen. Sie sollen nur noch als dingliche Rechte entstehen können. Die Darstellung im Aufteilungsplan und dessen zwingende Beilage bei der Erstellung oder einer Änderung der räumlichen Zusammensetzung des Stockwerkeigentums bringen die erforderliche Publizität und die Verbindlichkeit für Rechtsnachfolger (positive und negative Grundbuchwirkung). Zuweisungen von Sondernutzungsrechte am gemeinsamen Grundstück ohne Grundbucheintrag werden für Nachfolger keine Bedeutung mehr haben können.

Die Darstellung des Aufteilungsplans soll dreidimensional sein. Technisch ist dies möglich.<sup>90</sup> Rechtlich wäre eine Anlehnung an die Vorgaben zum Mutationsplan der amtlichen Vermessung<sup>91</sup> denkbar.

## 3.4 Aktualität des Aufteilungsplans sichern

### 3.4.1 Aktualitätsbedarf

Da dingliche Rechte gegenüber jedermann gelten,<sup>92</sup> müssen sie jederzeit in ihrem aktuellen Stand allgemein bekannt sein. Wird diese Publizität durch ein öffentlich zugängliches Register gewährleistet, muss dieses die Aktualität sicherstellen. Änderungen können somit nicht gelten, solange sie nicht im vorgesehenen Register bekannt gemacht sind.<sup>93</sup>

Eine Aktualisierung des Aufteilungsplans war nicht von absoluter Bedeutung, solange diesem Plan keine rechtssichernde Bedeutung zukam. Die Anpassung wird aber zwingend, wenn die Planaussagen verbindlich sind. Ein konsequent nachgeführter Plan, der die Beschlüsse oder Reglementsänderungen aufnimmt, kann dieses Ziel erreichen.

### 3.4.2 Generelle Berichtigungspflicht

Ein Aufteilungsplan, der nicht mehr der Realität entspricht, muss bereits nach der heutigen Rechtsauffassung berichtigt werden.<sup>94</sup> Eine Klagemög-

<sup>89</sup> So die überzeugende Ansicht bei *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 18.

<sup>90</sup> Siehe dazu *Åström Boss*, ZBGR 100 S. 383; *Åström Boss*, cadastre n. 31, Dezember 2019.

<sup>91</sup> *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 747 f.

<sup>92</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, Rz. 76 ff.

<sup>93</sup> In einem Register aufgezeigte Änderungen dienen nur dem Nachweis des Übergangs von Rechten (siehe zum Mutationsplan in der Vermessung bei *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 734).

<sup>94</sup> *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 108 zu Art. 712d ZGB.

lichkeit, um ein allfälliges Versäumnis zu beheben, existiert jedoch nicht. Es ist damit dem Willen der Stockwerkeigentümergeinschaft überlassen, ob sie die Darstellung der Rechte mit der Rechtsrealität in Übereinstimmung bringt oder nicht. Diese Freiheit trägt dem Publizitätsbedarf der dinglichen Rechte nicht Rechnung. Eine Berichtigung des Aufteilungsplans muss nicht nur bei einer Berichtigung der Wertquote gerichtlich verlangt werden können, sondern auch, wenn die Aufzeichnung im Plan nicht mehr der Realität mit den allenfalls geänderten Sonderrechtsräumen oder «getauschten» Nebenräumen entspricht.<sup>95</sup> Auch die neu zugewiesenen Sondernutzungsrechte müssen – nach der hier vertretenen Auffassung – zu einer Ergänzung des Aufteilungsplans und des Grundbucheintrags führen.

Der Aufteilungsplan muss deshalb immer dann angepasst werden, wenn Veränderungen bei Räumen und Flächen zu dokumentieren sind, oder wenn ohne bauliche Massnahmen die Räume neu zugeordnet wurden. Die Anpassung ist in diesem Fall nötig, weil der Plan nicht nur die bauliche Situation dokumentieren soll, sondern auch die Raumbeziehungen über die Etagen hinweg zu den Nebenräumen klärt und auch die räumliche Ausdehnung der Sondernutzungsrechte verbindlich darstellt.

### 3.4.3 «Alte» Aufteilungsplänen entfernen

Änderungen führen nach bestehender Rechtslage nur dann zu Anpassungen des Aufteilungsplans, wenn eine Differenz mit den bestehenden Wertquoten besteht. Nur in diesem Fall muss ein berichteter Plan erstellt und von allen Stockwerkeigentümern unterzeichnet dem Grundbuch nachgeliefert werden. «Ist während der Erstellung des Gebäudes gar die ursprüngliche Aufteilung in Sonderrechte und gemeinschaftliche Teile geändert worden, so ... ist eine neue öffentliche Urkunde nötig.»<sup>96</sup> Führen bauliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Plan zu einer Änderung der Räume, muss der Begründungsakt samt öffentlicher Beurkundung und aufgrund eines einstimmigen Beschlusses der Stockwerkeigentümer angepasst werden.<sup>97</sup>

Die Anpassung des Aufteilungsplanes ist kein Thema der heutigen Rechtsgrundlagen, unabhängig davon, ob ein Aufteilungsplan – verpflichtend oder freiwillig – beim Errichtungsakt vorlag. In den Belegen des Grundbuchs befinden sich in diesem Fall nicht mehr aktuelle Aufteilungspläne. Sie sind zu entfernen.

### 3.4.4 Sonderfrage bei den einzelnen Änderungssituationen

#### a) Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellen des Gebäudes

Bei der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellen des Gebäudes sind die örtliche Lage und die Zuordnung der einzelnen Rechte an

<sup>95</sup> Dazu ausführlich *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 14 ff.

<sup>96</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 33 f.

<sup>97</sup> So jedenfalls die Einschätzung bei *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 33.

Räumen und Flächen zur Stockwerkeinheit nicht in der Realität vorhanden. Deshalb ist der Anmeldung zwingend ein Aufteilungsplan beizulegen, der aber nur provisorische Angaben über die künftige Stockwerkeinheit geben kann. Im Grundbuch wird mit einer Anmerkung daran erinnert. Die Fertigstellung des Gebäudes ist dem Grundbuchamt innert drei Monaten zu melden und es ist ein berichtigter Aufteilungsplan nachzureichen, falls Änderungen an der Aufteilung oder Einteilung vorgenommen wurden.

Es ist zu klären, wann der Aufteilungsplan von wem zu erstellen und zu geometrisieren ist und namentlich, wie nach Fertigstellen des Gebäudes die richtige Umsetzung geprüft wird und allfällige Anpassungen des Aufteilungsplans vorgenommen werden. Den Nachweis, dass die Baute entsprechend den projektierten und bewilligten Plänen ausgeführt wurde, haben heute die Stockwerkeigentümerin bzw. der Verwalter zu erbringen (Art. 69 Abs. 2 GBV). Die Stockwerkeigentümerschaft hat aber in vielen Fällen gewechselt und die neuen Stockwerkeigentümer interessieren<sup>98</sup> sich für die Löschung nicht. Die Anmerkung im Grundbuch nach Art. 69 Abs. 2 GBV bleibt damit regelmässig bestehen.<sup>99</sup>

Der Nachweis sollte deshalb von einer Amtsperson erbracht werden.<sup>100</sup> Bei der heutigen Rechtslage fühlt sich aber wohl keine amtliche Stelle ausschliesslich verantwortlich für die Kontrolle der Stockwerkaufteilung. Denkbar wäre, dass die Baukontrolle die Bestätigung liefert, muss sie doch die Umsetzung der Baubewilligung prüfen. Sie kann die Baukonstruktion und die korrekt erstellten Räume kompetent beurteilen und bestätigen. Auch der Nachführungsgeometer wird nach der Vollendung des Baus im Rahmen seiner öffentlich-rechtlichen Tätigkeit aktiv; er hat die Gebäudeumrisse für die amtliche Vermessung zu erheben.<sup>101</sup> Weder die Baubewilligungsbehörde noch der Nachführungsgeometer können jedoch zusammen mit ihrer bestehenden Aufgaben die korrekte Umsetzung des Aufteilungsplans sachenrechtlich beurteilen; sie können aber zur Meldung des Bauabschlusses an die zuständigen Stellen verpflichtet werden. Zuständig sind jene Person(en) oder Amtsstelle, die mit der Erstellung und Aufteilung des Gebäudes in Stockwerkeinheiten befasst ist: die Notarin und/oder der Grundbuchverwalter. Letztlich wird der Grundbuchverwalter entscheiden müssen, ob der bestehende Aufteilungsplan genügt oder überarbeitet werden muss.

#### b) Begründung von Stockwerkeigentum bei bestehendem Gebäude

Die örtlichen Verhältnisse eines «Stockwerkgebäudes» werden bei der

<sup>98</sup> Für *Nef* besteht ein berechtigtes Interesse aller Stockwerkeigentümer, den Aufteilungsplan nach Fertigstellung des Gebäudes zu berichtigen (*Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 13 f.), was sich aber in der Praxis nicht verwirklicht hat.

<sup>99</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Handlungsbedarf, S. 37; ebenso *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 9 ff.

<sup>100</sup> *Nef*, Änderung des Aufteilungsplans, S. 8.

<sup>101</sup> *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 634; Lösungsvorschlag bei swisstopo, Empfehlung, S. 18 f.

Aufteilung eines bestehenden Gebäudes zu Stockwerkeigentum im Begründungsakt selber festgehalten (Regelfall). Bei einem Gebäude, das bereits erstellt ist, sind die Räume erkennbar. Aufgrund der natürlichen Publizität müssten diese Sonderrechtsräume planlich nicht dargestellt werden; ihre Ausdehnung und Lage, wie auch die Frage, ob sie in sich abgeschlossen sind und einen eigenen Zugang haben (Art. 712b ZGB), kann vor Ort besichtigt werden. Nicht erkennbar ist jedoch die Zugehörigkeit von Nebenräumen zu den Sonderrechten. Diese für den Umfang des Stockwerkeigentumsrechts bedeutsame Verknüpfung muss im Plan dargestellt werden.

Nachdem die Bedeutung der natürlichen Publizität aus Registersicht sowieso fragwürdig ist<sup>102</sup>, muss der Aufteilungsplan bei der Stockwerkeigentumsbegründung an bestehenden Gebäuden zudem auch wegen der Darstellung der Sondernutzungsrechte verlangt werden.

#### c) Änderung der Wertquoten mit Wirkung auf die Raum- und Flächenzuweisung

Wertquotenänderungen haben nicht zwingend eine Veränderung der zugewiesenen Räume und Flächen zur Folge. Soweit diese Zuordnungen sich nicht verändern, ist auch der Aufteilungsplan nicht betroffen.

Hat aber die Änderung von Wertquoten Auswirkungen auf örtlich zugewiesene Sonderrechte und Sondernutzungsrechte, müssen die betroffenen Stockwerkeigentümer und die Stockwerkeigentümersammlung zustimmen (Art. 712e Abs. 2 ZGB). Der Beschluss bedarf der notariellen Beurkundung und der Eintragung im Grundbuch.<sup>103</sup> Der Anmeldung zum Eintrag muss – nach den neuen Vorstellungen – der Aufteilungsplan beizulegen sein, zumal der im Grundbuch existierende Beleg zu aktualisieren ist.<sup>104</sup>

#### d) Änderung der räumlichen Aufteilung ohne Änderung der Wertquote

Der Abtausch von Räumen oder Flächen zwischen Stockwerkeigentümern wird in der vorhandenen juristischen Literatur kaum<sup>105</sup> beschrieben. Denkbar ist aber der wertgleiche Abtausch von Nebenräumen oder Parkplätzen. Voraussetzung dazu ist ein Beschluss oder eine obligatorische Vereinbarung. Aus Sicht des Publizitätsprinzips dürfen solche Änderungen nicht ohne Eintrag im Grundbuch wirksam werden. Der Grundbuchanmeldung wird der Aufteilungsplan mit den geänderten Raumzuteilungen beizulegen sein, sodass auch die bisher fehlende Meldepflicht beseitigt wäre.

<sup>102</sup> Schmid, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 90 S. 112.

<sup>103</sup> So auch Nef, Änderung des Aufteilungsplans, S. 14 f.

<sup>104</sup> Siehe auch *swisstopo* Empfehlung, S. 19

<sup>105</sup> Siehe immerhin Nef, Änderung des Aufteilungsplans, S. 14 ff.

### *3.4.5 Konstitutive Wirkung des Eintrags und der Darstellung im Aufteilungsplan*

Der Erwerb von Eigentum und die Einräumung eigentumsähnlicher Rechte am Stockwerk müssen in jedem Fall konstitutive Wirkung zukommen. Die Rechte dürfen erst gelten, wenn sie im Grundbuch mit dem Aufteilungsplan eingetragen sind. Dies muss auch für die Sondernutzungsrechte gelten. Der rechtsverbindliche Umfang ergibt sich dann aus dem Aufteilungsplan. Diese Regelung soll auf jeden Fall dann gelten, wenn die Sondernutzungsrechte mit der Stockwerkeinheit eng verbunden und auf Dauer angelegt sind. Vor allem Dachterrassen, Loggien, Gartensitzplatz und ähnliche Plätze, die regelmässig nur über Sonderrechtsräume erreichbar sind, sollen als dingliche Rechte entstehen können. Art. 650 Abs. 2 ZGB könnte bei der Ausgestaltung der neuen Regelung dienlich sein.

In der Praxis werden die Stockwerkeigentümer wohl weiterhin Flächen zur ausschliesslichen Nutzung auf vertraglicher Basis oder durch Reglementsbeschluss zulassen. Solange niemand sich wehrt, hat diese Praxis keine Konsequenzen. Die Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger müssten sich diese aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Veränderungen aber nicht vorhalten lassen, sie sollen sich vielmehr auf Art. 973 ZGB berufen können.

## **4. Umsetzung im Recht**

Die skizzierten Änderung erfordern Anpassungen auf verschiedenen Gesetzesstufen.

### *4.1 Anpassungen im ZGB?*

Um dem Aufteilungsplan eine neue Funktion zuzuteilen, besteht im Bundesrecht genügend Grundlage auf Gesetzesstufe. Das ZGB muss jedenfalls nicht angepasst werden. Es sieht ja bereits vor, dass das Grundbuch unter anderem aus den das Hauptbuch ergänzenden Plänen besteht (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Auch die Wirkung der digitalen Plandarstellung ist in genereller Weise beschrieben (Art. 942 Abs. 4 ZGB), sodass sie auch für den neuen Aufteilungsplan angewandt werden kann, sobald dieser zusammen mit dem Begründungsakt zum Grundbuchebeleg geworden ist. Zudem werden dem Bundesrat zur Gestaltung des Grundbuchs (Formulare, Hilfsregister) weitgehende Verordnungskompetenzen delegiert (Art. 949 ZGB). Schliesslich ist das Zivilgesetzbuch aufgrund der Formulierung von Art. 950 Abs. 1 ZGB offen für die Ausgestaltung verschiedener Instrumente für das Grundbuch.<sup>106</sup> In der Tat verweist das Zivilgesetzbuch für die Aufnahme und Beschreibung der einzelnen

<sup>106</sup> *Swisstopo*, Digitale Dokumentation der Rechte an Räumen und Flächen im Stockwerkeigentum – Analyse der Rechtsgrundlagen, Bern 15. Februar 2018, S. 5 ([www.cadastre.ch/av](http://www.cadastre.ch/av) > Rechtliches & Publikationen > Publikationen; Homepage besucht am 28. April 2020, zit. Rechtsgrundlagen); *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, N. 111d zu Art. 712d ZGB.

Grundstücke im Grundbuch auf die amtliche Vermessung und erwähnt den Grundbuchplan als Beispiel; es bestimmt deshalb nicht abschliessend über die Plandokumentation. Für die Darstellung und Beschreibung von Grundstücken im Grundbuch sind somit das Geoinformationsgesetz und die Ausführungsgesetzgebung ausschlaggebend.

Eine Anpassung des Zivilgesetzbuchs ist jedoch nötig, wenn der Status der Sondernutzungsrechte neu bestimmt werden soll. Die Sondernutzungsrechte waren durch die Praxis eingeführt worden, um die strenge und zwingende Unterscheidung zwischen dem Sonderrechtsteil und den gemeinschaftlichen Teilen aufzuweichen.<sup>107</sup> Erst mit der Gesetzesänderung im Jahre 2009 werden die Sondernutzungsrechte erstmals erwähnt, aber auch da nur in Bezug auf die Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer zu reglementarischen Änderungen (Art. 712g Abs. 4 ZGB). Es war bisher nie die Rede davon, dieser Rechtskategorie den Charakter dinglicher Rechte einzuräumen<sup>108</sup>. Die vorliegende Idee ist deshalb im Gesamtrahmen der sowieso anstehenden Revision des Stockwerkeigentumsrechts eingehend zu diskutieren.

#### 4.2 Anpassung im Verordnungsrecht

Das System und die Bedeutung des Plans für das Grundbuch würden auch für den Aufteilungsplan passen. Das Zusammenspiel zwischen dem Plan und den Grundbuchangaben, aber auch zwischen der Grundbuchverordnung und der Verordnung über die amtliche Vermessung, ist erprobt und würde Sicherheit gewähren.

In einer Analyse der Rechtsgrundlagen zur digitalen Dokumentation der Rechte an Räumen und Flächen im Stockwerkeigentum kam die Arbeitsgruppe der Swisstopo zum Ergebnis, dass dem bestehenden Aufteilungsplan eine erhöhte Rechtsbedeutung verliehen werden sollte, so wie es beim Plan für das Grundbuch für die Liegenschaften und weiteren flächenmässig ausgeschiedenen Grundstücken bereits heute der Fall ist.<sup>109</sup>

Dem Aufteilungsplan müssen – wie beim Plan für das Grundbuch (Art. 7 Abs. 1, zweiter Satz VAV<sup>110</sup>) – die Rechtswirkungen des Grundbuchs ausdrücklich zugesprochen werden.<sup>111</sup> Auch die Geometrisierung und die örtliche Lage sollen ähnlich wie der Plan für das Grundbuch konstitutive Wirkungen erhalten.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> *Saviaux*, Droit d'usage particulier, S. 122; *Wermelinger*, Stockwerkeigentum, Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB, N. 178.

<sup>108</sup> Auch *Saviaux* (Droit d'usage particulier, S. 124) setzt auf eine obligatorische und nicht auf eine dingliche Lösung.

<sup>109</sup> Vgl. dazu DigDoc StWE, Digitale Dokumentation der Rechte an Räumen und Flächen im Stockwerkeigentum – Analyse der Rechtsgrundlagen, Bern 15. Februar 2018, S. 5 (zu finden auf: swisstopo.ch; besucht am 28. April 2020).

<sup>110</sup> *Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 534 f.

<sup>111</sup> Die Rechtswirkungen kommen nur den Grenzziehungen zu, nicht den zusätzlichen Angaben im Plan für das Grundbuch (*Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 534).

<sup>112</sup> Der Plan für das Grundbuch wird nicht ins Grundbuch eingetragen, sondern bleibt Teil

Die Rechtsgrundlagen werden die einzelnen Dokumente für die Darstellung der Rechtsbeziehungen am gemeinsamen Grundstück und an den Stockwerkeinheiten abschliessend bestimmen müssen. Sie orientieren sich sinnvollerweise an der Empfehlung der Swisstopo «Digitale Dokumentation Stockwerkeigentum – Aufteilungsplan».<sup>113</sup>

Ob die Rechtsgrundlage in der bestehenden Verordnung über die amtliche Vermessung, in der Grundbuchverordnung oder in einer speziellen Verordnung über den Aufteilungsplan geschaffen werden soll, ist an sich nicht entscheidend.<sup>114</sup> Immerhin könnte die Integration des neuen Plans in ein bestehendes Regelwerk zu Synergien führen.

### 5. Schlussbemerkungen

Der Aufteilungsplan im Stockwerkeigentum hat im heutigen Recht keine Wirkung. Seine Darstellung der Sonderrechtsräume und der gemeinsamen Räume sowie der abgetrennten Räume wirkt rein informativ. Ihm kommt grundsätzlich keine Grundbuchwirkung zu und das Gesetz verlangt ihn deshalb nur ausnahmsweise als Beilage für die Stockwerkeigentumsbegründung bzw. -änderung.

Der Boom des Stockwerkeigentums – nicht zuletzt auch im Rahmen der raumplanerisch gebotenen Verdichtung nach innen – macht die Beschreibung der zusammengehörigen Räume und Rechte am Stockwerkeigentum und die Farbgebung zusehends schwieriger, sodass der erwünschte Überblick mit den Plandarstellungen nicht mehr erreicht werden kann. Der Bedarf nach Klarheit der Eigentumsrechte ist zudem gestiegen, nachdem der Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan zum Normalfall geworden ist. Kommt dazu, dass die Digitalisierung des schweizerischen Registerwesens kaum mehr auf papierene Dokumentationen setzt. Als Folge der papierlosen Informationen wird der zweidimensional angelegte Plan durch den Computer abgelöst und – wie im Kanton Genf – die Rechte am Stockwerkeigentum auch als Modelle in ihrer dritten Dimension dargestellt werden.

Die Funktion und der Inhalt sowie die Darstellung des Aufteilungsplans sind grundsätzlich zu überdenken. Dem Aufteilungsplan soll eine wichtige Funktion im Rahmen des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips zukommen. Er wird Teil der Anmeldung einer Stockwerkeigentumsbegründung bzw. -änderung künftig mit konstitutiver Wirkung sein müssen. Der Aufteilungsplan soll zudem über alle Rechte an den Stockwerkeigentumsräumen Auskunft geben, inklusive auch der Sondernutzungsrechte. Für Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer runden diese Rechte den Umfang des Eigentums ab; oft sind sie gar unabdingbar für das Funktionieren des Stockwerkeigentums.

Die Entwicklung fordert eine übersichtliche Darstellung im Grundbuch

der amtlichen Vermessung; die Inhalte (veränderte Grenzen) werden aber erst mit dem Eintrag im Grundbuch verbindlich (*Huser*, Vermessungsrecht, Rz. 747).

<sup>113</sup> Dazu *Äström Boss*, cadastre n. 31, vom Dezember 2019.

<sup>114</sup> Siehe dazu die Dokumentation DigDoc StWE, Analyse der Rechtsgrundlagen (zitiert bei FN 105).



durch den neu definierten Aufteilungsplan, der den räumlichen Umfang und die Zusammensetzung der Räume und dinglichen Rechte am Stockwerkeigentum umfassend und rechtsverbindlich in digitaler Form möglichst dreidimensional aufzeichnet. Nach Prof. *Amédéo Wermelinger* würde jedenfalls ein dreidimensionaler Aufteilungsplan allein nicht genügen, um ihm eine erhöhte Rechtsbedeutung zuzusprechen. «Dies würde nur eine technische Verbesserung auf eine mangelnde Rechts- und Sachlage aufpfropfen.»<sup>115</sup>

## Anspruch auf Erfüllung eines formnichtigen Vorvertrags zu einem Grundstückkauf?

***Die Berufung auf einen Formmangel kann auch bei gänzlich unerfülltem Vertrag rechtsmissbräuchlich sein (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und einen Erfüllungsanspruch verschaffen.***

(BGE 4A\_573/2016 vom 19. September 2017 = ZBGR 101 S. 29)

Von Prof. em. Dr. iur. Alfred Koller, Rechtsanwalt in St. Gallen

### I. Einleitung

Ist die Berufung auf einen Formmangel rechtsmissbräuchlich, so ist es – in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB – zu halten, wie wenn er nicht bestehen würde. Von praktischer Bedeutung ist dies namentlich bei formnichtigen Grundstückkaufverträgen. Bei einem solchen schliesst Art. 2 Abs. 2 ZGB das grundsätzlich gegebene Recht auf Rückabwicklung des Vertrags nach beidseitiger Erfüllung regelmässig aus, insbesondere in Fällen, in denen die Parteien ihre Leistung in Kenntnis des Mangels erbracht haben. Auch ein Erfüllungsanspruch kann über die Bestimmung begründet sein. Im Grundsatz ist dies weitgehend anerkannt. Zum Teil wird jedoch die Auffassung vertreten, bei noch gänzlich unerfülltem Vertrag greife Art. 2 Abs. 2 ZGB von vornherein nicht ein. Die Bestimmung soll also erst nach teilweiser Erfüllung des (formnichtigen) Vertrags zum Zuge kommen und gegebenenfalls einen *Resterfüllungsanspruch* verschaffen. In diesem Sinne hat jahrelang auch das Bundesgericht entschieden (der Vertrag müsse zur Hauptsache erfüllt sein). So jedenfalls wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre mehrheitlich verstanden. In einem neusten Entscheid hat nun aber das Bundesgericht dieses Verständnis als *Missverständnis* qualifiziert und festgehalten, das Rechtsmissbrauchsverbot könne generell – in jedem Erfüllungsstadium – einen Erfüllungsanspruch verschaffen (Urteil 4A\_573/2016 = ZBGR 101 S. 29).

<sup>115</sup> Zitiert bei *Åström Boss*, ZBGR 100 S. 382.

## II. Der Entscheid 4A\_573/2016 vom 19. September 2017 = ZBGR 101 S. 29

### 1. Sachverhalt (unwesentlich vereinfacht) und Prozessgeschichte

Die Eheleute A waren Eigentümer von vier Landwirtschaftsparzellen, von denen eine teilweise an T verpachtet war. Am 28. Oktober 2005 verkauften sie zwei der Parzellen, darunter die teilweise verpachtete, an Frau X, die zwei anderen an Z, einen Verwandten («petit-cousin»), der einen landwirtschaftlichen Betrieb führte. Im Kaufvertrag mit X war vorgesehen, dass diese den verpachteten Teil (mit einer Fläche von 28 182 m<sup>2</sup>) zu einem späteren Zeitpunkt an Z, der das Land für seinen Landwirtschaftsbetrieb benötigte, abtreten würde. Um den Verkauf sicherzustellen, schlossen X und Z – ebenfalls am 28. Oktober 2005 – einen entsprechenden Vorvertrag (Art. 216 Abs. 2 OR). Auf den direkten Abschluss eines Kaufvertrags verzichteten sie in der irrtümlichen Annahme, die Abparzellierung der zu verkaufenden Fläche setze eine behördliche Bewilligung voraus. Die für die Abparzellierung erforderliche Vermessung liessen sie im Sommer 2012 durch Geometer C vornehmen und anerkannten die von diesem vermessene Fläche – nach einer von X veranlassten minimalen Korrektur – beidseits als verbindlich, allerdings unter Verzicht auf eine entsprechende Ergänzung des öffentlich beurkundeten Vorvertrags. X teilte gegen Ende August 2012 Z mit, sie sei nicht mehr bereit, den Vorvertrag zu erfüllen, da sie das für Z bestimmte Land selbst benötige.

Hierauf erhob Z gegen X beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland Klage mit dem Begehren, es sei ihm an der streitigen (vom Geometer vermessenen) Parzelle das Eigentum zuzusprechen. Der Klage wurde stattgegeben. Das Obergericht des Kantons Bern hat diesen Entscheid – auf Berufung von X hin – bestätigt, allerdings mit abweichender Begründung. Die erste Instanz hatte angenommen, der Vorvertrag vom 28. Oktober 2005 sei in jeder Hinsicht gültig abgeschlossen worden und habe daher Z einen Erfüllungsanspruch verschafft. Die zweite Instanz nahm hingegen an, ein gültiger Vorvertrag sei nie geschlossen worden, vielmehr habe der Vertrag vorerst an einem *Konsensmangel* gelitten (weil sich die Parteien zwar auf die genaue Fläche der zu verkaufenden Liegenschaft, nicht jedoch auf deren Grenzen geeinigt hatten), später, nach der Behebung dieses Mangels durch Vermessung, an einem *Formmangel* (weil die Einigung auf die vermessene Fläche nicht öffentlich beurkundet worden war). Wenn das Obergericht trotzdem einen Erfüllungsanspruch von Z bejaht hat, so aus der Erwägung, dass die Erfüllungsverweigerung der Beklagten rechtsmissbräuchlich und daher der Formmangel unbeachtlich sei. Das Bundesgericht hat – auf Beschwerde von X hin – den obergerichtlichen Entscheid mit gleicher Begründung bestätigt. Von den einschlägigen Urteilerwägungen wird hier nur jene zur Frage des Rechtsmissbrauchs (Erw. 5) wiedergegeben (zu Erw. 4 betr. den Konsensmangel s. aber unten III./Ziff. 1).

## 2. Auszug aus den Erwägungen

5. Il s'agit d'examiner si la nullité de l'acte vicié peut être tenue en échec par l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

5.1 Cet examen présuppose de déterminer si le principe posé par le législateur à l'art. 2 al. 2 CC (interdiction de l'abus de droit) a été violé lorsque la venderesse a invoqué la nullité du contrat vicié. Le cas échéant, il s'agira d'en tirer les conséquences juridiques. Celles-ci ne sont pas prévues explicitement à l'art. 2 al. 2 CC, mais il incombe au juge de choisir, dans l'éventail des sanctions à sa disposition, la solution permettant au mieux d'écarter ou de corriger les effets de l'abus, ou de prévenir des conséquences indésirables à venir (*Voyame/Cottier/Rocha*, L'abus de droit en droit comparé, in *L'abus de droit et les concepts équivalents [...]*, 1990, p. 44; cf. *Max Baumann*, in *Zürcher Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd. 1998, n. 243 ss ad art. 2 CC et les références citées).

L'abus de droit consiste notamment à exercer un droit en l'absence de tout intérêt, à l'exercer sans ménagement, ou alors en présence d'une disproportion grossière des intérêts, en adoptant une attitude contradictoire, ou en utilisant une institution juridique contrairement à son but (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169). Les deux derniers comportements, seuls envisageables en l'espèce, seront repris ci-dessous (cf. consid. 5.2 et 5.3), puis il sera procédé à la subsomption (cf. infra consid. 5.4).

5.2 La nullité pour vice de forme peut être tenue en échec lorsque le comportement de la partie qui s'en prévaut procède d'une attitude contradictoire en ce sens qu'elle a créé une attente légitime chez son cocontractant, ou à tout le moins placé celui-ci dans une situation digne de protection (ATF 138 III 401 consid. 2.2 p. 403 et l'arrêt cité).

5.2.1 Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral attache une importance particulière, mais pas nécessairement décisive, à l'exécution volontaire et réciproque du contrat entaché d'un vice de forme. Si ces circonstances sont établies, l'abus de droit est généralement reconnu et, sur le plan des conséquences juridiques, l'exécution des prestations prévues dans le contrat ne pourra pas être remise en cause (ATF 115 II 331 consid. 5a p. 338 s. et les arrêts cités; 98 II 313 consid. 2 p. 316; 93 II 97 consid. 1 p. 105; 90 II 154 consid. 2a p. 157).

L'abus de droit est également admis lorsque, au moment où le vice de forme est invoqué, les parties n'ont exécuté que partiellement – mais pour l'essentiel («in der Hauptsache») – leurs prestations, à condition toutefois que le début de l'exécution ait eu lieu volontairement. Comme en cas d'exécution complète, le contrat est alors maintenu et l'exécution du solde des prestations dues peut être exigée du débiteur (cf. ATF 140 III 200 consid. 4.2 p. 202; 115 II 331 consid. 5a p. 338; 112 II 107 consid. 3b p. 111 s.).

5.2.2 Ainsi, en principe, la partie qui n'a pas – ou du moins pas pour l'essentiel – exécuté le contrat ne peut pas, si elle invoque la nullité pour vice de forme, être contrainte à s'exécuter par le cocontractant qui se prévaut de l'abus de droit. Elle pourra éventuellement être tenue, en application des règles sur la culpa in contrahendo (responsabilité pré-contractuelle), de réparer le dommage éventuel causé par le vice de forme (ATF 106 II 36 consid. 5 p. 42; cf. *Paul-Henri Steinauer*, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in TDPS 2009, n. 598 p. 226; *Baumann*, op. cit., n. 277 ss ad art. 2 CC).

5.2.3 Il faut toutefois d'emblée ajouter que le Tribunal fédéral a toujours refusé de se soumettre à des principes rigides et qu'il apprécie librement toutes les circonstances du cas concret en s'appuyant sur le sentiment de justice, l'éthique et la sécurité juridique (ATF 112 II 107 consid. 3b p. 111 s.).

Il n'a ainsi pas exclu que, dans des circonstances particulières, même si aucun acte d'exécution n'a été réalisé, l'abus de droit puisse être admis et, le cas échéant, l'exécution des prestations ordonnée (cf. arrêt 5A\_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 5.3.1 in fine et 5.3.2;

ATF 112 II 107 consid. 3b et 3c p. 111 s.; pour des cas examinés sous l'angle de l'abus de droit malgré l'absence d'exécution, cf. arrêt C.365/1979 du 13 mai 1980 consid. 4 non publié in ATF 106 II 141, mais reproduit in RNRf 1981, p. 54; ATF 90 II 21 ss; 86 II 258 ss).

5.3 Il y a également abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée à des fins étrangères au but même de la disposition légale qui la consacre, c'est-à-dire quand elle est invoquée pour servir des intérêts qu'elle ne veut précisément pas protéger. C'est aussi le cas lorsqu'une partie invoque une norme de droit impératif pour protéger des intérêts qui en réalité n'existent plus, ou afin de protéger des intérêts qui ont déjà été sauvegardés d'une autre manière (ATF 138 III 401 consid. 2.4.1 p. 405; 137 III 625 consid. 4.3 p. 629; 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169).

Le cas particulier des vices de forme est soumis à la même règle: la partie qui invoque le vice se comporte de manière abusive si elle poursuit un but étranger à celui pour lequel l'exigence de forme a été instituée (ATF 138 III 401 consid. 2.4.1 et 2.4.2 p. 405 s.; 112 II 330 consid. 3 p. 335 s.; 90 II 154 consid. 2 et 3 p. 156 ss et les références citées).

5.4 En l'occurrence, il s'agit d'examiner si la promettante-venderesse commet un abus de droit en tenant compte de l'ensemble des circonstances établies par la cour cantonale.

5.4.1 L'exigence de forme à laquelle est soumise la promesse de vente immobilière a pour but d'offrir une protection aux parties. Or, il résulte des constatations cantonales que la collaboratrice (volontaire) de la venderesse a permis de définir l'assiette de la parcelle (entre les parties), celle-ci correspondant à ce qu'elles voulaient lors de la conclusion de la promesse de vente. La venderesse – qui ne démontre pas que la volonté des parties aurait été exprimée partiellement et de manière peu claire (cf. supra consid. 3.2) – n'avait, en invoquant la nullité, pas l'intention de revenir sur la volonté qu'elle avait exprimée au sujet de l'assiette de la parcelle; elle espérait en réalité pouvoir échapper à toutes ses obligations (y compris à celles qui avaient pourtant été convenues dans l'acte notarié) afin de conserver la totalité de la parcelle pour sa propre exploitation, son besoin de disposer d'une surface plus grande s'étant fait sentir au cours des années.

Partant, elle a invoqué le vice de forme dans un but étranger (but qu'elle tentera d'ailleurs de reléguer au second plan au cours de la procédure) à celui pour lequel l'exigence de forme a été instituée.

5.4.2 En ce qui concerne la collaboration de la venderesse, on peut observer qu'elle a permis d'arrêter le morcellement du terrain le 10 juillet 2012, conformément à la promesse de vente, et qu'un projet de contrat de vente et de morcellement a été préparé par le notaire. L'engagement pris par les parties dans l'acte notarié étant de conclure le contrat de vente, on peut se demander si cette collaboration, qui a permis de désigner l'un des éléments essentiels de la vente, consiste ou non techniquement (juridiquement) en un acte d'exécution.

Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer sur cette question en l'espèce, étant donné, d'une part, que la venderesse a invoqué la nullité dans un but étranger à celui couvert par la forme authentique (cf. supra consid. 5.4.1) et, d'autre part, qu'elle a éveillé – comme on va le voir – une attente auprès de l'acheteur dans un contexte particulier.

Vu la collaboration active de la venderesse après la conclusion de la promesse de vente, l'acheteur pouvait légitimement, avant que la venderesse ne se rétracte soudainement le 24 août 2012, inférer de son comportement qu'elle entendait effectivement conclure la vente à l'avenir, ce d'autant plus que la venderesse n'a à aucun moment émis une quelconque opposition au projet final de mutation préparé par le géomètre. [...]

Dans ce contexte, on peut encore mettre en évidence l'attitude déloyale affichée par la venderesse qui a pris la décision de conserver la totalité de la parcelle n. 2 (pour sa propre exploitation), alors même que, depuis le début des discussions portant sur ce terrain, il n'a

jamais été question qu'elle l'acquière entièrement et que les propriétaires d'origine (les époux A) ont placé leur confiance en elle pour qu'elle procède au transfert de 28 ares à un membre de leur famille (petit cousin) qui en avait besoin pour son exploitation agricole.

En conclusion, le comportement de la venderesse est abusif et le résultat auquel est parvenu la cour cantonale peut donc être confirmé [...].

### III. Urteilsanmerkungen

1. Gegenstand des Vorvertrags bildeten die 28 182 m<sup>2</sup> Land, welche die Eheleute A an T verpachtet hatten, und zwar mit den Grenzen, auf welche sich A und T – z.B. mittels Kundbarmachung durch Pflöcke – geeinigt hatten. Hatten sich A und T bis anhin mit einer ungefähren Grenzziehung begnügt, so konnten die Eheleute A als Verpächter die genaue Grenzziehung nötigenfalls – im Rahmen der bisherigen Grenzhandhabung – bestimmen (Art. 71 Abs. 1 OR). Der Pachtgegenstand war daher – als objektiv wesentlicher Punkt des Pachtvertrags – genügend bestimmt. Entsprechendes galt m.E. auch für den infrage stehenden Vorvertrag: Die Bestimmung des Kaufgegenstandes durch Verweis auf den Pachtgegenstand genügte vollauf, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass X bei bloss ungefähre Grenzziehung ein Konkretisierungsrecht nach Art. 71 Abs. 1 OR Zustand. Es ist nämlich keineswegs so, wie das Bundesgericht in Erw. 4.3 anzunehmen scheint, dass sich die Kriterien für die Bestimmung des Kaufgegenstandes allesamt dem Vertrag entnehmen lassen müssen<sup>1</sup>. Vielmehr sind insoweit auch die gesetzlichen Dispositivregeln wie eben z.B. Art. 71 Abs. 1 OR mit zu berücksichtigen (so zutreffend BGE 95 II 309 Erw. 3<sup>2</sup> = ZBGR 52 S. 99, unter Bezugnahme auf Art. 72 OR<sup>3</sup>).

Bei Verträgen, bei denen sich der Inhalt einer vertraglichen Leistung vollumfänglich mittels einer Dispositivregel bestimmen lässt, können die Parteien auf jede vertragliche Umschreibung verzichten (der Leistungsinhalt ist in solchen Fällen kein objektiv wesentlicher Punkt<sup>4</sup>). Lehrbuchbeispiel ist das entgeltliche Darlehen, bei dem die Parteien wegen Art. 314 Abs. 1 OR die Zinshöhe nicht zu regeln brauchen. Ausnahmsweise müssen sich die Vertragsparteien nicht einmal dazu äussern, ob eine vertragliche Leistung ent-

<sup>1</sup> Gemäss der zitierten Erwägung hätten die Parteien das Grenzbestimmungsrecht vertraglich einer der Parteien zuweisen müssen.

<sup>2</sup> S. dazu *Alfred Koller*, Konsens- oder Formmangel?, AJP 2020, 166 ff.

<sup>3</sup> Gemeint war wohl Art. 71 OR, denn es ging nicht um eine Wahlobligation, sondern um eine Gattungsschuld.

<sup>4</sup> Objektiv wesentlich sind all jene Punkte, deren Regelung nicht dem Richter überlassen werden kann und die daher notwendig der Vereinbarung durch die Parteien bedürfen, soweit das Gesetz keine einschlägige Regel enthält (*Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N. 6.31). Abweichend *Adrien Vion*, L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO), Diss. Lausanne 2019, N. 723 ff., 1550 (zusammenfassende These). S.E. dienen die objektiv wesentlichen Punkte – entgegen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung – nicht der Umschreibung des minimal erforderlichen Konsenses, vielmehr komme es insoweit einzig auf die subjektiv wesentlichen Punkte an (der Konsens mit Bezug auf diese sei für das Zustandekommen eines Vertrags i.S.v. Art. 1 OR hinreichend).

geltlich oder unentgeltlich erfolgen soll, so etwa – wegen Art. 313 OR – beim Darlehen (die Entgeltsfrage ist hier kein objektiv wesentlicher Punkt).

2. Die im Entscheid vertretene Auffassung, wonach Art. 2 Abs. 2 ZGB auch bei gänzlich unerfülltem Vertrag einen Erfüllungsanspruch zu verschaffen vermag, verdient uneingeschränkte Zustimmung. In der Tat lässt sich sachlich nicht begründen, weshalb die Anrufung von Art. 2 Abs. 2 ZGB – wie teilweise vertreten<sup>5</sup> – eine Teilerfüllung voraussetzen soll<sup>6</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass es bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs sehr wohl eine Rolle spielen kann, ob bereits Erfüllungshandlungen vorgenommen wurden: Je weiter die Vertragserfüllung fortgeschritten ist, desto eher kann eine Erfüllungsverweigerung rechtsmissbräuchlich sein. So wird die Weigerung, bei einseitig erfülltem Vertrag die noch ausstehende Leistung zu erbringen, eher rechtsmissbräuchlich sein, als wenn der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt wurde. Denn unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs kann es erheblich sein, dass die auf Erfüllung belangte Partei die Gegenleistung bereits erhalten hat; dies namentlich dann, wenn sie den Leistungsgegenstand über längere Zeit genutzt hat, ohne sich auf Formungültigkeit zu berufen. Bei einem noch gänzlich unerfüllten Vertrag ist an Rechtsmissbrauch insbesondere in Fällen zu denken, in denen der die Erfüllung verweigernde Vertragspartner den Formmangel bewusst in Kauf genommen hat, um sich gegebenenfalls später von einer unbequem gewordenen Bindung zu befreien<sup>7</sup>. Ist Vorsatz in diesem Sinne zu verneinen, darf Rechtsmissbrauch nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände angenommen werden (vgl. z.B. BGE 86 II 258 Erw. 3 = ZBGR 42 S. 299 Erw. 3 und 90 II 21 Erw. 2a = ZBGR 46 S. 355 Erw. 2a)<sup>8</sup>. Das Vorliegen solcher Umstände wurde im konkreten Fall zu Recht bejaht.

Nach dem referierten Entscheid entspricht es ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB auch bei gänzlich unerfülltem Vertrag einen Erfüllungsanspruch verschaffen kann (Erw. 5.2.3). Indes hat das Bundesgericht teilweise ausdrücklich anders entschieden (z.B. BGE 104 II 99 Erw. 3d = ZBGR 62 S. 34 Erw. 3d [«die Berufung auf Rechtsmissbrauch» könne «nicht Erfolg haben», «wo ein formnichtiger Vertrag gänzlich unerfüllt bleibt»]), teilweise zumindest den Eindruck erweckt, Rechts-

<sup>5</sup> Z.B. *Schwenzer/Fountoulakis*, in *Widmer Lüchinger/Oser* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 11 N. 22.

<sup>6</sup> Ebenso z.B. *Christoph Müller*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 11 N. 205; *Peter/Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N. 557.

<sup>7</sup> Vgl. *Hans Merz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 2 ZGB, N. 138; *ders.*, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, N. 449; *Manfred Wolf/Jürg Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016, § 44 N. 66, mit Beispielen; BGH, NJW 1965, 812 (dazu *Koller*, OR AT [zit. FN 4], N. 28.36).

<sup>8</sup> Das folgt aus Wesen und Zweck der Formvorschriften, welche «eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Möglichkeit der Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen» darstellen (*Peter Liver*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung vor Art. 1 ZGB, N. 112). Es darf daher grundsätzlich nicht nach der Rechtfertigung der Formvorschrift im Einzelfall gefragt werden.

missbrauch komme nur bei teilweise erfülltem Vertrag infrage (z.B. BGE 112 II 107 Erw. 3 = ZBGR 69 S. 178 Erw. 3 [Erfüllung in der Hauptsache])<sup>9</sup>. Es wäre daher aus Sicht des Schreibenden wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht die nun erfolgte Klarstellung amtlich publiziert hätte.

3. Die rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel hatte zur Folge, dass dieser unbeachtlich war. Dementsprechend konnte Z auf Abschluss des Grundstückskaufvertrags oder aber – wie in casu geschehen – auf Übertragung des Eigentums an der zu verkaufenden Parzelle klagen (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Dass auch die letztere Möglichkeit gegeben war, ist freilich nicht allseits anerkannt, entspricht aber inzwischen der herrschenden, auch vom Bundesgericht vertretenen Ansicht (BGE 118 II 32 Erw. 3c = ZBGR 74 S. 60 Erw. 3c, dazu sogleich im Kleindruck). Mit Rechtskraft des Bundesgerichtsurteils erlangte Z originär Eigentum (Art. 656 Abs. 2 ZGB), über das Grundstück verfügen konnte er aber – nach der gleichen Bestimmung – erst nach erfolgter Grundbucheintragung (zuvor war er lediglich zu tatsächlichen Verfügungen berechtigt).

In BGE 118 II 32 = ZBGR 74 S. 60 war die Frage zu entscheiden, wie bei einem Vorvertrag zu einem Grundstückskauf die Übertragung des Eigentums am Grundstück erzwungen werden kann. Dazu werden in der Lehre zwei Theorien vertreten. Nach der einen (Einstufentheorie) kann der Gegner des zum Verkauf Verpflichteten vom Richter direkt die Verschaffung des Eigentums verlangen, sei es mittels Gestaltungsklage (Art. 665 Abs. 1 ZGB), sei es mittels richterlicher Anweisung an das zuständige Grundbuchamt, ihn als neuen Grundeigentümer einzutragen (Art. 344 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber muss er nach der Zweistufentheorie zuerst auf Abschluss des Kaufvertrags klagen (Leistungsklage), wobei allerdings das richterliche Urteil die Willenserklärung des zum Verkauf Verpflichteten ersetzt (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Erst dann stehen ihm die beiden zuvor umschriebenen Möglichkeiten offen. Im besagten Entscheid hat sich das Bundesgericht für die erste Theorie ausgesprochen.

Einmal im Grundbuch eingetragen, kam Z in jeder Hinsicht Eigentümerstellung zu. Demgegenüber hat das Bundesgericht in BGE 86 II 398 Erw. 1 = ZBGR 42 S. 302 Erw. 1 angenommen, das Kausalitätsprinzip schliesse den Erwerb von Volleigentum bei Formnichtigkeit des Vertrags aus. Zwar hindere Art. 2 Abs. 2 ZGB den Verkäufer bei rechtsmissbräuchlicher Anrufung des Formmangels an der Erhebung der Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB), materiell aber bleibe er Eigentümer. Diese Auffassung ist in der Lehre auf beinahe einhellige Kritik gestossen<sup>10</sup>. M.E. ist sie – wie andernorts dargetan<sup>11</sup> – sowohl sachlich als auch dogmatisch verfehlt.

<sup>9</sup> Diese «Interpretation» der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in der Lehre verbreitet (s. neustens *Müller* [FN 6], Art. 11 N. 205).

<sup>10</sup> Z.B. *Pierre Cavin*, Kauf, Tausch und Schenkung, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Basel 1977, 135.

<sup>11</sup> *Alfred Koller*, Vom Formmangel und seinen Folgen, *Koller* (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017, § 3 N. 53.

## Entscheidungen kantonaler Behörden

### *Décisions des autorités cantonales*

#### Bern

**ZGB Art. 738 und 971, GBV Art. 98 Abs. 3: Baurecht für eine Heizanlage, Anforderungen an das Stichwort zur Entstehung einer Baurechtsdienstbarkeit.**

**ZGB 740a: Einseitiger Verzicht auf eine Dienstbarkeit «Heizanlage» mit gemeinschaftlichen Vorrichtungen.**

**Massgeblichkeit eines Grundbucheintrages für die Entstehung eines Baurechts.**

Ein Grundbucheintrag mit dem Stichwort «Heizanlage» als Dienstbarkeit ist zu summarisch um ein unselbstständiges Baurecht zu begründen. Es muss der Begriff «Baurecht» für den Eintrag verwendet werden, um das Recht entstehen zu lassen (Erw. 27 ff.).

Ein Eintrag «Heizanlage» kann eine gewöhnliche Grunddienstbarkeit begründen, die zwar sachenrechtlich keine Miteigentümergeinschaft an der Anlage selbst zur Folge hat, indes mit Blick auf ZGB Art. 740a eine miteigentumsähnliche Wirkung entfaltet und einen einseitigen Dienstbarkeits Verzicht anschliesst (Erw. 35 ff.).

*CC art. 738 et 971; ORF art. 98 al. 3: droit de superficie portant sur une installation de chauffage. Exigences liées au mot-clé pour la naissance de la servitude de superficie. CC art. 740a: renonciation unilatérale à une servitude d'«installation de chauffage» avec ouvrages communs.*

*Caractère déterminant de l'inscription de la servitude au registre foncier pour la naissance du droit de superficie. L'inscription portée au registre foncier avec le mot-clé «installation de chauffage» est trop sommaire pour permettre la constitution d'un droit de superficie non distinct. Il y a lieu d'utiliser la notion de «droit de superficie» pour l'inscription, de façon que le droit prenne naissance (consid. 27 ss).*

*L'inscription «installation de chauffage» peut conduire à la constitution d'une servitude foncière ordinaire, qui n'a certes pas, sous l'angle des droits réels, pour effet de créer une copropriété de l'installation, mais déploie, au vu de l'art. 740a CC, des effets comparables à ceux de la copropriété et exclut une renonciation unilatérale à la servitude (consid. 35 ss).*

#### *Aus den Erwägungen:*

I./1. Ende der Achtzigerjahre wurde in CA Gemeinde XY eine Überbauung, bestehend aus achtzehn Einheiten gebaut. Für vierzehn Einheiten dieser Überbauung, namentlich fünf Doppelfamilienhäuser sowie ein Viererblock, wurde im Jahr 1989 ein Gebäude mit Heizung, Öltank, Kamin und Treppe (Heizanlage) erstellt, welche alle vierzehn Einheiten mit Wärme versorgt.



Die Heizanlage liegt auf den beiden Grundstücken (Gtbl. aa und bb), welche den Beklagten 18–21 gehören, und stösst an die Aussenwand der Parzelle b. Die an die Heizanlage angeschlossenen vierzehn Liegenschaften (XY-Gtbl. cc bis z) sind heute allesamt im Eigentum der Kläger und Beklagten.

Mit öffentlicher Urkunde vom 11. März 1993 ist ein «*Dienstbarkeitsvertrag*» betreffend Heizanlage errichtet worden. Im Grundbuch ist die Dienstbarkeit unter dem Stichwort «*Heizanlage*» im Wesentlichen als Last auf den Parzellen der Beklagten 18–21 (Nrn. aa und b) und zugunsten aller übrigen Eigentümer eingetragen. Nicht eingetragen ist die Heizungsanlage dagegen als Recht auf den Parzellen aa und bb für die eigene Liegenschaft.

Die Heizanlage ist im Grundbuch nicht als Grundstück mit eigenem Grundstücksblatt erfasst. Die Eigentümer der vierzehn Einheiten haben die Heizanlage hingegen nach Darstellung der Beklagten 1–19 seit jeher als «*Miteigentümergeinschaft*» betrieben und unterhalten. Insbesondere besteht für die Nutzung ein Reglement vom 12. August 1991 über den Betrieb und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Heizanlage und es wurden Beschlüsse als «*Miteigentümergeinschaft*» gefasst. Darauf wird zurückzukommen sein.

Im Januar 2016 stellten die Kläger in Aussicht, die «*Miteigentümergeinschaft*» betreffend Heizung zu verlassen, um mit alternativer Energie zu heizen. Daran entzündete sich ein Streit, der zum vorliegenden Verfahren führte.

2. Die Kläger vertreten die Ansicht, die Heizanlage stehe weder im Miteigentum noch im Eigentum einer einfachen Gesellschaft. Sie gehöre den Eigentümern, auf deren Boden sie liege.

Sie machen im Wesentlichen geltend, Sondereigentum, d.h. eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips, könne nur in Form eines Baurechts begründet werden. Dazu müsste die Heizanlage als Baurechtsdienstbarkeit im Grundbuch eingetragen sein. Das sei hier aber nicht der Fall, da der Dienstbarkeitsvertrag keine Errichtung eines unselbstständigen Baurechts vorsehe und umsetze, sondern eine normale Grunddienstbarkeit begründe (Verpflichtung zum dauernden Dulden und Betreiben der Heizanlage).

Die Beklagten sind demgegenüber der Meinung, mit dem Dienstbarkeitsvertrag sei ein Sonderrecht begründet worden.

3. Mit Klage vom 28. März 2017 belangten die Kläger die Beklagten beim Regionalgericht Bern-Mittelland auf Feststellung, dass keine Rechtsgemeinschaft (einfache Gesellschaft, Miteigentümergeinschaft u.a.) Eigentümerin des Gebäudes mit Heizanlage, Öltank, Kamin und Treppe zur Heizanlage sei (Rechtsbegehren 1) und dass zwei Beschlüsse der «*Miteigentümersammlung*» vom 10. Mai 2016 nichtig seien (Rechtsbegehren 2 und 3).

Die Beklagten schlossen auf Abweisung bzw. auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Klage.

4. Mit Entscheidung vom 3. Mai 2018 wies der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland das Rechtsbegehren 1 der Klage ab und trat auf die Rechtsbegehren 2 und 3 nicht ein.

5. Dagegen erhoben die Kläger am 11. Juni 2018 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern mit den Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und um Gutheissung der ursprünglich gestellten Feststellungsanträge.

II./25. Sodann machen die Kläger geltend, ein Baurecht im Sinne von Art. 675 ZGB i.V.m. Art. 779 ZGB könne nur entstehen, wenn der Begriff «*Baurecht*» selber im Grundbuch eingetragen sei. Ein solcher Eintrag fehle im vorliegenden Fall. Die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages vermöge die mangelnde Bestimmtheit des Eintrages nicht zu ersetzen.

27. Unklar und in erster Linie zu prüfen ist hingegen, ob es für die Errichtung eines (unselbstständigen) Baurechts genügt, wenn im Grundbuch als Grunddienstbarkeit lediglich das Stichwort «*Heizanlage*» eingetragen ist. Oder anders gewendet: Ob ein Baurecht durch einen Grundbucheintrag mit dem Wortlaut «*Heizanlage*» ausreichend spezifiziert ist, und zwar ohne dass zunächst die Belege zur Auslegung herangezogen werden (zur Stufenordnung der Auslegungsmittel, BGE 131 III 345 Erw. 1.1 = ZBGR 87 S. 125 Erw. 1.1).

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Ein solcher Eintrag ist zu summarisch, um ein Baurecht zu begründen. Es trifft zwar zu, dass Art. 738 ZGB im Bereich der Dienstbarkeiten als *lex specialis* der Regelung in Art. 971 ZGB vorgeht (Urteil des Bundesgerichts 5A\_858/2010 vom 4. März 2011 Erw. 4.2). Der angerufene Richter kann sich jedoch nicht damit begnügen, einen Eintrag als nicht schlüssig zu bezeichnen, um dann ohne Weiteres auf die Belege und die Auslegung zurückzugreifen. Er muss vielmehr in einem ersten Schritt klären, ob das geltend gemachte Recht (hier Baurecht) ohne Weiteres aus dem stichwortartigen Eintrag (hier Heizanlage) hervorgeht bzw. durch den Wortlaut des Eintrages noch gedeckt ist. Nur wenn dies bejaht wird, kann das dingliche Recht entstehen.

Die Vorinstanz hat zwar richtig erwogen, dass ein Stichwort im Grundbuch auslegungsfähig ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_858/2010 vom 4. März 2011 Erw. 4.2). Die Auslegung darf aber nicht dazu führen, ein Recht entstehen zu lassen, das durch den Wortlaut des Eintrages nicht mehr gedeckt ist. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass die Festlegung des Inhalts der Dienstbarkeit nur «*im Rahmen des Eintrages*» (Art. 738 Abs. 2 ZGB) erfolgen kann. Daran ändert nichts, dass für die Auslegung einer Dienstbarkeit zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien (wozu die Kläger, aber nicht sämtliche Beklagten gehören) nicht der Grundbucheintrag massgebend sein soll, sondern stets der Dienstbarkeitsvertrag (vgl. Gutachten ZZ). Gemäss Rechtsprechung hat in einem solchen Fall der Vertrag und nicht der Eintrag die Wirkung inhaltlicher Gestaltung (BGE 123 III 461 Erw. 3.c = ZBGR 80 S. 122 Erw. 3.c). Damit ist aber nicht gesagt, der Dienstbarkeitsvertrag könne ein Recht entstehen lassen, das

nicht eingetragen ist. Diese Wirkung hat von Gesetzes wegen nur die Eintragung auf das Hauptbuchblatt des Grundbuches.

28. Dienstbarkeiten werden mit einem Stichwort auf dem Hauptbuchblatt eingetragen. Dieses Stichwort, welches durch das Grundbuchamt festgelegt wird (Art. 98 Abs. 3 GBV), soll den Inhalt der Dienstbarkeit möglichst aussagekräftig spezifizieren (*Deillon-Schegg*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, 2016, N. 8 zu Art. 946 ZGB; *Schmid*, BSK-ZGB II, 5. Auflage, 2015, N. 16 zu Art. 946 ZGB). Die Bestimmung von Art. 98 Abs. 2 lit. c GBV sieht zwar vor, dass der Inhalt der Dienstbarkeit mit «*einem*» Stichwort zu bezeichnen ist. Das bedeutet aber nicht, dass stets nur ein einziges Wort verwendet werden darf. Vielmehr ist ein Begriff oder ein kurzer Ausdruck einzutragen, der die essentiellen Bestandteile der Dienstbarkeit umschreibt (*Schmid/Hürlimann-Kaup*, op. cit., N. 1241; BGE 135 III 496 E 4.1 = ZBGR 92 S. 177 Erw. 4.1: «*L'inscription doit contenir tous les éléments essentiels du droit*»). Beim Stichwort handelt es sich richtig verstanden um eine stichwortartige Benennung des Rechts, die von grösster Wichtigkeit ist, weil davon der Inhalt der Dienstbarkeit abhängt (*Fasel*, Grundbuchverordnung, Kommentar, 2. Auflage, 2013, N. 7 zu Art. 98 GBV, mit dem Beispiel «*Wegrecht mit Unterhaltslast*» und einem Hinweis auf BGE 124 III 289 = wR 80 S. 197).

29. Obwohl die Spezifizierung des Grundbucheintrages nicht Gegenstand seiner Abhandlung ist, scheint *Schmid* davon auszugehen, dass eine Baurechtsdienstbarkeit grundsätzlich ausdrücklich als solche zu bezeichnen ist (*Schmid*, Dienstbarkeitsanlagen, Fragen zu Art. 740a ZGB und darüber hinaus, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band-Nr. 115, S. 25; ebenso *Arnet*, op. cit., S. 369).

Soweit ersichtlich hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung bislang noch nie ausdrücklich mit dieser Frage befasst. In seinem Urteil 5D\_144/2010 vom 18. Januar 2011 = ZBGR 93 S. 246 hat das Bundesgericht jedoch erwogen: «*Or, comme l'a retenu sans arbitraire le juge cantonal, le texte de l'inscription portée au registre foncier servitude foncière réciproque de chauffage est sommaire et ne permet pas à elle seule de déterminer le contenu de la servitude.*» In der Gerichtspraxis finden sich weitere Urteile, die das Thema «*Grunddienstbarkeiten für Heiz(ungs)anlagen*» zum Gegenstand haben. In diversen Urteilen wurden solche Servitute als gewöhnliche Dienstbarkeiten ausgelegt oder ausdrücklich als solche bezeichnet (die hier zu entscheidende Frage war jedoch nicht Gegenstand dieser Urteile):

- a. Urteil ZK1 14 8 des Kantonsgerichts Graubünden vom 3. März 2014 («*Mitbenützungrecht an Heizanlage*»);
- b. Urteil des Bundesgerichts 5A\_872/2011 = ZBGR 94 S. 30 vom 13. Februar 2012 («*Heizungsanlage*»; Das Bundesgericht erwog: «*Nach dem allgemeinen Sprachverständnis umfasst die Heizungsanlage als Komponenten etwa den Heizkessel, das Leitungssystem, Heizflächen bzw. Heizkörper*»);

- c. Urteil des Bundesgerichts 5C.7/2004 = ZBGR 86 S. 264 vom 22. April 2004 («Heizungsanlage»);
- d. Urteil der 1. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 21. Juli 1978 in ZBJV 116/1980 S. 445 («*Gemeinsame Heizungsanlage*»).

30. Unbestrittenermassen wurde im vorliegenden Fall nur das Stichwort «*Heizanlage*» als Dienstbarkeit (sei es als Last oder als Recht) auf den Grundbuchblättern der betroffenen vierzehn Grundstücke eingetragen. Wie das Bundesgericht im oben erwähnten Urteil ausgeführt hat, ist diese Bezeichnung nur summarisch und deshalb nicht geeignet, den Inhalt der Dienstbarkeit zu beschreiben. Sodann ist hervorzuheben, dass das Stichwort «*Heizanlage*» lediglich eine Vorrichtung bezeichnet, jedoch kein Recht. Das Stichwort ist weder in Bezug auf das Recht selber noch in Bezug auf den genauen Inhalt der Dienstbarkeit aussagekräftig.

Die Errichtung eines Baurechts bedeutet nun aber einen weitreichenden Eingriff in die gesetzliche Ordnung des Grundeigentums, weil das Akzessionsprinzip durchbrochen wird. Die Kammer ist der Auffassung, dass eine solche Einschränkung des Akzessionsprinzips zwingend aus dem Hauptbuch des Grundbuches selber hervorzugehen hat, d.h., der Begriff «*Baurecht*» muss für den Eintrag verwendet werden, um das Recht entstehen zu lassen. Der Gebrauch des Ausdrucks «*Baurecht*» ist unabdingbare Voraussetzung für die Entstehung des Rechts; er gehört zum wesentlichen Inhalt, ohne den das Recht nicht entstehen kann. Es genügt für die Entstehung eines Baurechts mit anderen Worten nicht, zunächst einen unklaren Wortlaut des Eintrags festzustellen, um dann durch Auslegung der Belege einen Inhalt zu ermitteln, der nicht als solcher aus dem Grundbucheintrag hervorgeht. Ein solcher Schluss scheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die genaue Bezeichnung eines Rechts im Zusammenhang mit dem Eintrag von Bauten im Grundbuch notwendig ist (vgl. die Liste der Stichworte bei *Fasel*, op. cit., N. 14 zu Art. 98 GBV: *Baurecht*, *Überbaurecht*, *Kellerüberbaurecht*, *Dachüberbaurecht*, *Zimmerüberbaurecht*, *Estrichüberbaurecht*, *Unterbaurecht*, *Grenzbaurecht*, *Näherbaurecht*, *Anbaurecht*). Hier ist der Begriff Baurecht jedoch weder im Dienstbarkeitsvertrag noch in der Grundbuchanmeldung erwähnt.

31. Um die Qualität, die Übersichtlichkeit sowie die Zuverlässigkeit des Grundbuches zu gewährleisten, erscheint es gerechtfertigt, strenge Anforderungen an die klare stichwortartige Benennung der Dienstbarkeit zu stellen. Dieses Erfordernis wird mit einem Eintrag «*Heizanlage*» für ein Baurecht verfehlt. Eine als Grunddienstbarkeit eingetragene «*Heizanlage*» lässt höchstens auf ein Mitbenützungsrecht an einer solchen Anlage schliessen. Ein unselbstständiges Baurecht ist durch den stichwortartigen Eintrag «*Heizanlage*» aber *eindeutig nicht mehr gedeckt*. Das Gutachten ZZ kommt zwar zum Schluss, dass die Heizanlage im gemeinsamen Eigentum der vierzehn Liegenschaftseigentümer steht. Der Verfasser hat sich aufgrund der Fragestellung jedoch nicht mit der Problematik der Spezifizierung des Eintrages befasst.

Damit das Grundbuch übersichtlich bleibt, kann sicher nicht verlangt werden, dass der Eintrag Details zu den Eigentumsverhältnissen an der Sondereigentumsbaute nennt. Ausreichend ist, wenn das Recht dem Grundsatz nach aus dem Eintrag ersichtlich wird. Der Ausdruck «*Baurecht Heizungsanlage*» oder «*Heizungsanlage im Baurecht*» oder noch besser «*Gemeinsame Heizanlage im Baurecht*» würde zweifellos genügen – nicht aber die Verwendung des unspezifizierten Begriffs «*Heizanlage*».

32. Als Zwischenfazit kann somit einstweilen festgehalten werden, dass die Rüge der Berufungskläger im Zusammenhang mit Art. 971 und 738 ZGB grundsätzlich berechtigt ist. Die Auslegung des Vertrages vom 11. März 1993 und die Ausübung der Dienstbarkeit können kein Baurecht entstehen lassen, das im Grundbuch nicht als solches eingetragen ist. Somit kann festgehalten werden, dass kein unselbstständiges Baurecht existiert, welches den vierzehn betroffenen Grundeigentümern gemeinsam zustehen würde.

Die Konsequenzen dieses Fazits für den Ausgang des Verfahrens werden noch zu erörtern sein.

35. Als Zwischenfazit wurde oben festgehalten, dass ein Grundbucheintrag mit dem Wortlaut «*Heizanlage*» kein unselbstständiges Baurecht zu begründen vermag und somit ein solches Recht auch nicht existiert. Daraus folgt – wovon auch die Kläger ausgehen –, dass das Gebäude mit Heizanlage, Öltank, Kamin und Treppe zur Heizanlage den Eigentümern der Grundstücke Nrn. aa und bb (Beklagte 18–21) gehört (Akzessionsprinzip; Art. 667 ZGB). Die Eigentümer dieser beiden Liegenschaften sind somit gemeinschaftliche Eigentümer der Heizanlage, welche ungeteilt (und unteilbar) ist.

Gemeinschaftliches Eigentum ist im schweizerischen Recht nur in den Formen des Miteigentums oder des Gesamteigentums möglich. Beim Gesamteigentum wird ein Grundverhältnis (personenrechtliche Gemeinschaft) vorausgesetzt: Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, einfache Gesellschaft oder ev. eine andere Personengesellschaft (vgl. *Schmid/Hürlimann-Kaup*, op. cit., N. 794). Vorliegend käme einzig die einfache Gesellschaft infrage. Welche Form hier vorliegt, braucht indes nicht abschliessend geklärt zu werden. Wie auch immer: Die Eigentümer der Grundstücke Nrn. aa und bb sind entweder Miteigentümer der Heizanlage oder aber Gesamteigentümer – letzteres allenfalls im Rahmen einer einfachen Gesellschaft. Es ist somit sehr wohl eine «*Rechtsgemeinschaft*» (im Sinne der klägerischen Rechtsbegehren) Eigentümerin des Gebäudes mit Heizanlage, Öltank, Kamin und Treppe zur Heizanlage.

Formell betrachtet würde dieses Ergebnis an sich die Abweisung des Rechtsbegehrens 2.a der Berufung rechtfertigen.

36. Bei der Beurteilung von Berufungsanträgen ist indes nicht nur auf die formellen Anträge abzustellen. Die Anträge sind vielmehr im Lichte der Berufungsbegründung auszulegen (*Hungerbühler*, DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, 2016, N. 26 zu Art. 311 ZPO).

Greift man auf die Berufungsbegründung zurück, wird klar, was den Klägern vorschwebt: Die Kläger bezwecken nämlich offensichtlich die gerichtliche Feststellung, dass keine «*Rechtsgemeinschaft*» Eigentümerin der Heizanlage ist, die aus sämtlichen vierzehn involvierten Liegenschaftseigentümern besteht. Die Kammer geht deshalb davon aus, dass das Rechtsbegehren 1 der Klage bzw. 2.a der Berufung unklar formuliert ist.

Was mit der Klage erreicht werden soll, ergibt sich im Einzelnen aus der Berufung. Die Kläger möchten möglichst rasch bzw. einseitig aus der «*Heizgemeinschaft*» austreten und die Dienstbarkeit löschen lassen, um ihre Rechte in Bezug auf die Heizanlage gegenüber Dritten selbstständig wahrnehmen zu können. Sie sind nicht mehr bereit, die Sanierungskosten der Anlage mitzutragen, weil sie auf eine alternative Heizlösung umsteigen möchten. Insbesondere stört sie, dass die Beklagten den Austritt aus der Gemeinschaft nicht oder nur zu unpassenden Bedingungen bewilligen wollen.

Kurz zusammengefasst: Die Kläger möchten aus der bestehenden Heizgemeinschaft austreten und eine eigenständige Heizlösung realisieren.

37. Im Folgenden ist deshalb der Frage nachzugehen, ob sich der erörterte Zweck mit den klägerischen Rechtsbegehren erreichen lässt oder ob womöglich ein Feststellungsinteresse fehlt:

Der Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages (Heizanlage und nachbarrechtliche Verhältnisse) vom 11. März 1993 blieb unter den Parteien unbestritten. Wie im Dienstbarkeitsvertrag selbst festgehalten, wurde die Heizanlage in der Folge unter dem Stichwort «*Heizanlage*» im Grundbuch eingetragen. Es wird von keiner Seite bestritten, dass mit diesem Eintrag rechtsgültig eine Grunddienstbarkeit errichtet wurde. Selbst die Kläger anerkennen ausdrücklich, dass es sich bei der im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit um eine «*normale Grunddienstbarkeit*» handle (p. 529). Sie führen weiter aus, der Grundbucheintrag «*Heizanlage*» lasse auch erkennen, in Bezug auf welches Objekt die eingetragene Dienstbarkeit bestehe. Es steht somit ausser Frage, dass in Bezug auf die Heizanlage formgerecht eine gewöhnliche Grunddienstbarkeit entstanden ist. Aufgrund dieser Dienstbarkeit sind die Eigentümer der vierzehn Liegenschaften an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung – nämlich der Heizanlage – beteiligt.

Wie die vorstehenden Erwägungen zum Baurecht gezeigt haben, gehört die Heizanlage – trotz der eingetragenen Grunddienstbarkeit –, aber nur den Eigentümern der beiden Liegenschaften Nrn. aa und bb, d.h. nicht allen Nutzern gemeinsam. Dass nicht sämtliche Eigentümer der vierzehn involvierten Liegenschaften «*Miteigentümer*» der Heizanlage sind, bedeutet nun aber nicht, dass die «*gewöhnliche Grunddienstbarkeit*» ohne Wirkungen bleiben würde.

38. Fehlt eine Miteigentümergeinschaft, stellt sich die Frage nach der Anwendung von Art. 740a ZGB. Diese Bestimmung geht auf die Immobiliarsachenrechtsrevision von 2009 zurück. Sie ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten und bestimmt, dass auf gemeinschaftliche Dienstbarkeiten die für Miteigentümer geltenden Regeln sinngemäss anwendbar sind.

Die Gesetzesnovelle sah diverse Übergangsbestimmungen vor. Keine dieser speziellen Vorschriften ist jedoch auf die Regelung von Art. 740a ZGB zugeschnitten (vgl. dazu BBl 2007, S. 5339–5342). Folglich kommt die allgemeine Norm von Art. 17 SchlT ZGB, namentlich Abs. 2, zur Anwendung. Danach bestimmt sich der Inhalt des Eigentums und der beschränkt dinglichen Rechte (d.h. auch von Dienstbarkeiten) vorbehaltlich einer Ausnahme grundsätzlich nach neuem Recht. Anzumerken bleibt, dass sich dieser Grundsatz nur auf den gesetzlichen Inhalt des infrage stehenden dinglichen Rechts bezieht, nicht jedoch auf den rechtsgeschäftlich definierten Inhalt (*Zogg*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, 2015, N. 18 zu Art. 17 SchlT ZGB).

Der neu eingeführte Verweis auf das Miteigentum durch Art. 740a ZGB gehört zweifelsohne zum gesetzlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit und eine Ausnahme für die Beibehaltung des alten Rechts ist nicht ersichtlich (dazu *Zogg*, op. cit. N. 19 zu Art. 17 SchlT ZGB). Es spricht deshalb nichts dagegen, die im Jahr 1993 errichtete Dienstbarkeit ins neue Recht zu «überführen» (*Zogg*, op. cit. N. 18a zu Art. 17 SchlT ZGB). Aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergibt sich nichts Gegenteiliges: Im Vertrag wurde sogar ausdrücklich «*gemeinsames Eigentum*» vereinbart, ohne dass hier nötig wäre, diesen Begriff weiter auszulegen.

39. Für die Anwendung von Art. 740a ZGB spricht sodann folgende Überlegung: Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung die unangenehmen Folgen der früheren Regelung beseitigen. Jeder Berechtigte konnte aufgrund der bisherigen Unabhängigkeit solcher gleichlautender Dienstbarkeiten einseitig auf sein Recht verzichten. Dies war namentlich dann unerwünscht, wenn sich ein Berechtigter unliebsamer Verpflichtungen entledigen wollte (*Petitpierre*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, 2015, N. 2 zu Art. 740a ZGB). Dieser Gedanke zeigt, dass sich der Gesetzgeber Vorteile von der neuen Lösung versprach. Hätte er für die nach altem Recht errichteten Dienstbarkeiten auf diese Vorteile verzichten wollen, so wäre eine ausdrückliche Übergangsregelung nötig und angezeigt gewesen. Darauf hat der Gesetzgeber jedoch – wie bereits erörtert – verzichtet.

40. Aufgrund des bislang Dargelegten ergibt sich folgendes Bild: Die eingetragene Dienstbarkeit vermag zwar mangels gültiger Errichtung eines Baurechts das Akzessionsprinzip nicht zu durchbrechen. Die vierzehn Grundeigentümer sind allerdings, gestützt auf dieselbe Grunddienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt, weshalb Art. 740a ZGB zur Anwendung gelangt. Praktisch bedeutet die Nichtexistenz des Baurechts somit lediglich, dass die Bestimmungen über das Miteigentum nicht direkt, sondern nur sinngemäss anwendbar sind (so auch ausdrücklich *Arnet*, op. cit., S. 371). Es besteht zwar keine Miteigentümergeinschaft an der Anlage selber, aber eine miteigentumsähnliche Bindung aller durch die Dienstbarkeit an der gemeinsamen Vorrichtung berechtigten Eigentümer. Die Tragweite der Erkenntnis, dass kein Baurecht entstanden

ist, wird dadurch erheblich relativiert, was vom Gesetzgeber aber durchaus beabsichtigt war.

41. Art. 740a Abs. 1 ZGB verweist auf die Regelungen des Miteigentumsrechts. Damit gelten im Verhältnis zwischen den Klägern und den Beklagten betreffend Heizanlage die Bestimmungen über das Miteigentum sinngemäss. Das ist namentlich in Bezug auf die Verwaltungshandlungen, die baulichen Massnahmen, die Verfügung über die Sache, die Tragung der gemeinschaftlichen Kosten sowie die Vereinbarung einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung von Bedeutung (*Petitpierre*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, 2015, N. 1 zu Art. 740a ZGB).

Für die Aufhebung des Miteigentums ist grundsätzlich die sinngemässe Anwendung von Art. 650 ZGB einschlägig. Gewisse Besonderheiten sind beim Ausschluss des Aufhebungsanspruchs zu beachten, zumal Art. 740a Abs. 2 ZGB (Ausschlussdauer 30 Jahre) gegenüber Art. 650 Abs. 2 ZGB (Ausschlussdauer 50 Jahre) eine *lex specialis* darstellt (*Consuelo Argul*, Commentaire Romand, Code civil II, 2016, N. 4 zu Art. 740a ZGB). Im Übrigen ist aber gegen die sinngemässe Anwendung von Art. 650 Abs. 1 und 3 ZGB im Rahmen von Art. 740a Abs. 1 ZGB nichts einzuwenden.

42. Mit dem neuen Art. 740a bezweckte der Gesetzgeber im Wesentlichen, für gleichlautende Dienstbarkeiten den individuellen Einschlag des Miteigentums zugunsten des kollektiven Gedankens zurückzudrängen. Namentlich sollte verhindert werden, dass der individuelle Verzicht auf ein Recht mit der Entledigung von Verpflichtungen einhergeht. Unter dem Regime von Art. 740a ZGB ist deshalb die frühere Praxis, wonach mit dem einseitigen Verzicht eines Grunddienstbarkeitsberechtigten auf sein Recht automatisch auch seine Verpflichtung dahinfällt, überholt (vgl. zum alten Recht die bereits zitierte Rechtsprechung der I Zivilkammer des bernischen Appellationshofes aus dem Jahre 1978; ZBJV 116 S. 445).

Es trifft zwar nach wie vor zu, dass der Eigentümer eines Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen einseitig auf eine zum Vorteil seines Grundstücks errichtete Dienstbarkeit verzichten kann (Entscheid der 2. Zivilkammer, ZK 13 673 vom 22. Dezember 2014 Erw. III.3.2.2). Eine gemeinsame Dienstbarkeit lässt sich mit Blick auf Art. 740a ZGB jedoch nicht mehr ohne Weiteres auf einseitigen Antrag des Berechtigten löschen. Der Grundbuchverwalter würde eine solche Anmeldung vielmehr unter Hinweis auf Art. 740a ZGB zurückweisen. Theoretisch wäre zwar denkbar, die Dienstbarkeit auf dem berechtigten Grundstück löschen zu lassen, zumal dieser Eintrag lediglich aufgrund einer Ordnungsvorschrift erfolgt (BGE 135 III 496 = ZBGR 92 S. 177). Hingegen ist die Löschung auf dem belasteten Grundstück nur unter Einhaltung der Regeln zur Aufhebung von Miteigentum (Art. 650 ZGB Abs. 1 und 3 ZGB) zulässig. D.h., der Grundbuchverwalter wird den Eintrag erst löschen, wenn die Aufhebung des Miteigentums in einer durch das Gesetz vorgesehenen Form (Vertrag, Urteil) erfolgt ist. Die miteigentumsähnliche Bindung aller an der Dienstbarkeit Beteiligten kann deshalb unter dem Regime



von Art. 740a ZGB nicht mehr einseitig gelöst werden. Vielmehr bleibt der austrittswillige Eigentümer des berechtigten Grundstücks bis zum Vorliegen eines gültigen Aufhebungsvertrages oder eines richterlichen Urteils an seine Verpflichtungen gebunden. Das Fehlen einer Vereinbarung i.S. von Art. 740a Abs. 2 ZGB ändert an dieser Rechtslage nichts. Bei Uneinigkeit hat die austrittswillige Partei im Übrigen keine andere Wahl, als die richterliche Auflösung zu verlangen. Sie kann – oder muss gegebenenfalls – die Aufhebung des Miteigentums (und die Modalitäten der Teilung) durch Klage erreichen (*Brunner/Wichtermann*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, 2015, N. 10 zu Art. 650 ZGB).

Das Obergericht hat die Berufung teilweise gutheissen bzw. ist darauf nicht eingetreten und hat sie teilweise abgewiesen.

OBERGERICHT, 2. Zivilkammer, Entscheid vom 5. Februar 2019 (ZK 18 289)

### *Bemerkungen der Redaktion:*

Der vorliegende Entscheid verdient unter zwei Aspekten besondere Beachtung:

Das Gericht nimmt zur Bedeutung des Stichwortes einer Dienstbarkeit (hier konkret zu einer Baurechtsdienstbarkeit) auf dem Hauptbuchblatt des belasteten Grundstücks Stellung. Es weist darauf hin, dass das dingliche Recht lediglich nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 738 ZGB) nur im Umfang des Eintrags auf dem Hauptbuchblatt entstehen kann. Das bedeute, dass ein Baurecht nur entstehen könne, wenn sich dies aus dem Hauptbucheintrag der Dienstbarkeit ergebe. So könne mit dem unspezifischen Eintrag «Heizanlage» kein Baurecht entstehen. Dieser Kritik ist beizupflichten. Der Rezensent würde noch einen Schritt weitergehen und den Eintrag «Heizanlage» als Umschreibung einer Dienstbarkeit ganz generell als ungenügend bezeichnen. Es ist eine schlechte Entwicklung, dass der Inhalt einer Dienstbarkeit, die insbesondere auch mit der Einführung der Digitalisierung Einzug in die Grundbuchführung gehalten hat, aus dem Hauptbucheintrag nicht oder nicht genügend klar zum Ausdruck gebracht wird. Hinsichtlich der rechtlichen Relevanz des Eintrags wird auf den vorstehenden Entscheid verwiesen.

Zum Zweiten interessieren die Überlegungen des Gerichts zur Frage des einseitigen Verzichts auf ein Dienstbarkeitsrecht, wenn Gegenstand der Dienstbarkeitsberechtigung eine gemeinschaftliche Vorrichtung ist. Seit der Aufnahme von Art. 740a in das ZGB wird in der herrschenden Lehre der Standpunkt vertreten, dass der Dienstbarkeitsberechtigte grundsätzlich einseitig auf sein Recht verzichten könne. Diese Ansicht lässt sich relativ einfach aus dem Wortlaut von Abs. 2 des Art. 740a ZGB ableiten. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die mehreren Dienstbarkeitsberechtigten eine Schicksalsgemeinschaft bilden und daher ihr Tun und Lassen auch die Interessen der Mitbeteiligten tangieren. So müssen nach einem Ausscheiden eines Beteiligten aus einer solchen Schicksalsgemeinschaft künftig dessen Unterhaltskosten für die Anlage von den verbleibenden Beteiligten getragen werden. Das Gericht geht in seinem Entscheid unter Hinweis auf die analoge Anwendbarkeit der Miteigentumsvorschriften (Art. 740a Abs. 1 ZGB) davon aus, dass ein Ausscheiden aus der Rechtsgemeinschaft der mehreren Dienstbarkeitsberechtigten nur aufgrund eines Vertrags oder eines Urteils möglich sei (Art. 650 Abs. 1 und 3 ZGB). Damit sei ein einseitiger Verzicht auf das Dienstbarkeitsrecht ausgeschlossen. Liege weder ein

Vertrag noch ein Urteil vor, müsse der Grundbuchverwalter eine Löschungsanmeldung abweisen. Damit könnte folgerichtig weiter argumentiert werden, dass die gemeinsame Heizanlage zu einem dauernden Zweck bestimmt ist und daher der einseitige Verzicht auf das Dienstbarkeitsrecht von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist.

Der vorliegende Entscheid lässt die Diskussion über die Frage des einseitigen Verzichts auf eine Dienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Anlage neu aufleben.

sd

## Luzern

**19.) ZGB Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2: Stockwerkeigentum, zwingend gemeinschaftliche Teile.**

**ZGB Art. 712h Abs. 3: Kostenpflicht bei Sanierungen. Art. 647d ZGB: Bauliche Massnahmen, Unterscheidung zwischen Unterhalts- und Sanierungskosten.**

**Balkongeländer sind zwingend gemeinschaftliche Teile. Auch Stockwerkeigentümer, die nicht über einen Balkon resp. Balkongeländer verfügen, können bei Sanierungen kostenpflichtig werden.**

*CC art. 712b al. 2 ch. 2; propriété par étages, parties impérativement communes. CC art. 712h al. 3: obligation de participer aux frais de remise en état. CC art. 647d: travaux de construction, distinction entre frais d'entretien et frais de rénovation.*

*Les balustrades des balcons sont des parties impérativement communes. Les propriétaires d'étages qui ne disposent pas d'un balcon, respectivement d'une balustrade d'un balcon, peuvent être amenés à participer aux frais de rénovation de ceux-ci.*

Die A GmbH (Klägerin) ist Mitglied der 19 Stockwerkeinheiten umfassenden Stockwerkeigentümergeinschaft B (Beklagte). Sie ist Eigentümerin der Einheiten Nrn. x, y und z mit einer Wertquote von total  $\frac{210}{1000}$ . Am 15. November 2016 fand in Anwesenheit aller Stockwerkeigentümer eine ausserordentliche Stockwerkeigentüerversammlung statt. An dieser Versammlung wurde unter Traktandum 4 über die Kostenverteilung der geplanten Balkonsanierung abgestimmt. Die Klägerin liess sich durch ihren Geschäftsführer C vertreten. Nachdem sich die Klägerin weigerte, Kosten für die Balkonsanierung mit zu übernehmen, verliess ihr Vertreter die Versammlung bevor ein Beschluss gefasst werden konnte. Die übrigen anwesenden Stockwerkeigentümer, welche 16 der 19 Stockwerkeigentümereinheiten mit einer Wertquote von  $\frac{790}{1000}$  vertraten, beschlossen einstimmig, die Sanierungskosten nach Wertquoten zu verteilen. Die Klägerin reichte Klage gegen die Beklagte ein und beantragte, der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft sei für ungültig zu erklären und aufzuheben. Die Vorinstanz wies die Klage ab.

Das Kantonsgericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das vorinstanzliche Urteil.

*Aus den Erwägungen:*

2.3/2.3.1 Das Reglement der Stockwerkeigentümer vom 21. Dezember 1988 enthält insbesondere folgende Artikel:

Art. 5

Balkone, Dachterrassen und Flachdach

Die Balkone, Dachterrassen und das Flachdach sind Bestandteile der Fassaden und des Daches. Die einzelnen Stockwerkeigentümer haben daran ein alleiniges Benützungsrecht und sind dementsprechend zum Unterhalt verpflichtet, insbesondere zum Unterhalt der Böden und Sonnenstoren (vgl. Art. 10 des vorliegenden Reglements).

Art. 10

Unterhalt an den Stockwerken

Der Stockwerkeigentümer ist verpflichtet, die Räumlichkeiten und Einrichtungen seines Stockwerkes auf seine Kosten zu unterhalten, sodass das Haus sein gutes und einheitliches Aussehen bewahrt und in einwandfreiem Zustand bleibt.

Art. 16

Unterhalt an gemeinschaftlichen Teilen mit ausschliesslichem Benützungsrecht

Jeder Stockwerkeigentümer hat für den Unterhalt der ihm zur ausschliesslichen Benützung überlassenen Teile des gemeinschaftlichen Eigentums so aufzukommen, wie wenn er daran eigentliches Sondereigentum besässe.

Zu Veränderungen oder Verfügungen an gemeinschaftlichen Teilen mit ausschliesslichem Benützungsrecht bedarf es der Zustimmung der Eigentümerversammlung und des Berechtigten.

Das Stockwerkeigentum enthält zwei materielle Bestandteile, nämlich Sonderrechtsteile und gemeinschaftliche Teile. Ein Balkon bestimmt die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes und ist kein abgeschlossener Raum, weshalb er grundsätzlich nicht als Sonderrecht ausgeschieden werden kann. Die herrschende Lehre geht jedoch davon aus, dass das Innere des Balkons durchaus sonderrechtsfähig ist. Zwingend gemeinschaftliche Teile sind jedoch das Äussere des Balkons. Der Unterhalt solcher zwingend gemeinschaftlichen Teile obliegt der Stockwerkeigentümergeinschaft (*Wermelinger*, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl. 2014, Art. 712b ZGB, N. 1 und 66 ff.). Neben dem Sonderrecht und den gemeinschaftlichen Teilen können den einzelnen Stockwerkeigentümern in einem Reglement besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen eingeräumt werden (vgl. Art. 712g Abs. 4 ZGB).

Gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB sind sämtliche Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums von den Stockwerkeigentümern nach Massgabe ihrer Wertquoten zu leisten. Abs. 2 Ziff. 1 ZGB bestimmt sodann, dass solche Kosten und Lasten insbesondere die Auslagen für den laufenden Unterhalt, für Reparaturen und Erneuerungen der gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes sind (vgl. Art. 712h ZGB). Von diesen gemeinschaftlichen Kosten sind alle Aufwendungen abzugrenzen, die ein Stockwerkeigentümer zur Verbesserung und für den Unterhalt der eigenen Räume aufwendet; diese gehen ausschliesslich zu seinen Lasten (vgl. Art. 712a Abs. 3 ZGB). Ebenfalls sind Unterhaltskosten für Gebäudeteile, an denen einem Stockwerkeigentümer ein besonderes Nutzungsrecht ein-

geräumt wurde, vom berechtigten Stockwerkeigentümer ausschliesslich zu tragen (*Bösch*, Basler Kommentar, 5. Aufl. 2015, Art. 712h ZGB, N. 7).

2.3.2 Mit Art. 5 des Reglements hat die Stockwerkeigentümergeinschaft den Stockwerkeigentümern ein ausschliessliches Nutzungsrecht an den nicht sonderrechtsfähigen äusseren Bestandteilen wie den Balkonen, den Dachterrassen und am Flachdach eingeräumt. Damit stellt auch das Reglement klar, dass Balkone als Teil der Fassade zwingend gemeinschaftlich sind. Diese Bestandteile können nicht als Sonderrecht zugewiesen werden. Dabei ist zu beachten, dass selbst die im Sondernutzungsrecht stehenden gemeinschaftlichen Teile vollumfänglich gemeinschaftlich bleiben. Die Balkongeländer als äusserer Teil des Balkons sind Bestandteile der Fassade und damit zwingend gemeinschaftliche Bauteile.

Weiter bestimmt Art. 5 des Reglements, dass die Stockwerkeigentümer, welche das alleinige Benutzungsrecht an den Balkonen haben, zum Unterhalt dieser, insbesondere der Böden, verpflichtet sind. Art. 16 des Reglements konkretisiert, dass jeder Stockwerkeigentümer für den Unterhalt der ihm zur ausschliesslichen Benutzung überlassenen Teile am gemeinschaftlichen Eigentum so aufzukommen hat, wie wenn er daran eigentliches Sonderrecht hätte. Die Klägerin bringt zutreffend vor, dass wenn am äusseren Bereich eines Balkongeländers eine Veränderung vorgenommen werde, der Beschluss über die äussere Veränderung von der Versammlung der Stockwerkeigentümer gefällt werden müsse. Die Klägerin führt damit selbst aus, dass das Äussere der Balkongeländer als Teil der Fassade nicht zu Sonderrecht ausgediebt werden kann und die Zuständigkeit der Änderung bei der Stockwerkeigentümergeinschaft liegt. Damit ist – auch – unter Berücksichtigung von Art. 18 des Reglements klar, dass die Kosten einer Sanierung bzw. auch eines blossen Unterhalts von gemeinschaftlichen Teilen, wie das Balkongeländer, von der Gemeinschaft zu tragen sind, weil gerade das Äussere des Balkongeländers nicht als ausschliessliches Benutzungsrecht zugewiesen werden kann (vgl. Art. 18 des Reglements). Dies entspricht im Übrigen auch Art. 712h Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Soweit die Klägerin zwischen einem inneren und einem äusseren Teil des Balkongeländers unterscheidet, kann ihr nicht gefolgt werden: Diese Unterscheidung kann zwar durchaus Sinn ergeben, wenn es um die Frage des Sondernutzungsrechts geht, weil nur der innere Teil der Balkone bzw. der Balkongeländer als Nutzungsrecht zugewiesen werden kann. Jedoch können vorliegend die Balkongeländer lediglich als Ganzes ausgetauscht bzw. ersetzt werden und haben eine Auswirkung auf die äussere Erscheinung des Gebäudes. Ob das Innere des Balkongeländers zu Sondernutzungsrecht ausgediebt werden kann, spielt bei der Beurteilung, ob es sich bei der Sanierung um Unterhalt im Sinne des Reglements handelt, keine Rolle. Entgegen der Meinung der Klägerin kann aus Art. 16 des Reglements nicht abgeleitet werden, die einzelnen Stockwerkeigentümer müssten auch für die Kosten der Erneuerung eines Balkongeländers, an welchem sie sonderberechtigt sind, aufkommen. Das Vorbrin-

gen der Klägerin, dies sei folgerichtig, weil es sich vorliegend um ein vertikales Stockwerkeigentum handle, ist einerseits ein unzulässiges Novum und kann nicht beachtet werden. Andererseits ist der Einwand unbegründet, zumal das Reglement nicht zwischen den Häusern A und B unterscheidet und keine Untergemeinschaften gebildet wurden.

Zu prüfen ist, ob die geplanten Sanierungsarbeiten unter den Begriff «Unterhalt» im Sinne von Art. 5 und 16 des Reglements zu subsumieren sind und ob die entstehenden Kosten folglich von demjenigen Stockwerkeigentümer zu tragen sind, in deren Nutzungsrecht die Balkone stehen. Neben Art. 5 sowie Art. 16 des Reglements ist überdies Art. 10 des Reglements zu beachten, wonach der Unterhalt von den betreffenden Stockwerkeigentümern auf eigene Kosten vorzunehmen ist. Die Vorinstanz führte aus, die Pflicht zum laufenden Unterhalt und zur Wahrung des äusseren Erscheinungsbilds erscheine als logische Folge, wenn die einzelnen Stockwerkeigentümer faktisch ein ausschliessliches Nutzungsrecht an Balkonen oder Terrassen besässen. Darunter würden das Reinigen oder auch die Übernahme kleiner Ausbesserungen und Erneuerungen fallen, solange diese als gewöhnliche Verwaltungshandlungen gemäss Art. 647a Abs. 1 ZGB qualifiziert werden könnten. Als Unterhalt im Sinne des Reglements würden bauliche Massnahmen von derart untergeordneter Bedeutung gelten, dass sie keine wesentlichen (finanziellen oder anderen) Auswirkungen auf die Gemeinschaft hätten. Die Klägerin wendet dagegen ein, unter «Unterhalt» würden nicht nur der Unterhalt im eigentlichen Sinn, sondern auch Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten fallen. Es ist zwar zutreffend, dass diese Arbeiten auch unter den Begriff «Unterhalt» fallen können. Dies muss jedoch nicht bedeuten, dass die Erneuerung eines Balkongeländers auch unter diesen Begriff fällt. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, können nur untergeordnete Arbeiten unter den Begriff «Unterhalt» subsumiert werden. Die Sanierung bzw. der Austausch der Balkongeländer, was das Erscheinungsbild des Gebäudes massgebend verändert, kann nicht als untergeordnet in diesem Sinne bezeichnet werden. Das Äussere des Balkongeländers gilt zwingend als gemeinschaftlicher Teil des Stockwerkeigentums.

Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass die Übertragung der Benutzungsrechte, so wie es Art. 16 des Reglements vorsieht, dem berechtigten Stockwerkeigentümer nicht die Befugnis zur baulichen Ausgestaltung verleiht. Die Art. 647c ff. ZGB bleiben anwendbar. Die vorliegende Sanierung geht über die Wahrung des bisherigen Zustandes und des Aussehens im Sinne des «Unterhalts» hinaus. Der Austausch des bestehenden Balkongeländers hat offenkundig eine Änderung des Aussehens des Gebäudes zur Folge. Gemäss Gesetz kann diese Änderung folglich auch nicht von einem einzelnen Stockwerkeigentümer beschlossen werden. Davon geht auch die Klägerin aus. Sie weist darauf hin, es sei nicht zwingend, dass die Kosten, die im Zusammenhang mit einem gemeinschaftlichen Teil stünden, zwingend gemeinschaftlich seien. *Wermelinger* führt dazu

aus, dass Kosten von baulichen Massnahmen gemäss Art. 647d ZGB oder Art. 647e ZGB allenfalls nicht durch die Gemeinschaft, sondern von einzelnen berechtigten Stockwerkeigentümern zu tragen seien (*Wermelinger*, a.a.O., Art. 712h ZGB, N. 10). Auf die Frage, ob Art. 647d Abs. 3 ZGB vorliegend einschlägig ist, wird jedoch später einzugehen sein (vgl. Erw. 4.3.2). Die Klägerin verkennt, dass die Sanierung der Balkongeländer gerade nicht unter Art. 16 des Reglements subsumiert werden kann. Deshalb regelt diese Bestimmung auch nicht, ob die Sanierungskosten vom sondernutzungsberechtigten Stockwerkeigentümer zu tragen sind. In diesem Sinne ist die Argumentation der Klägerin nicht stichhaltig. Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es sich bei der geplanten Sanierung entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht um Unterhalt im Sinne von Art. 5 und 16 des Reglements handelt, welcher von den einzelnen Stockwerkeigentümern selber zu bezahlen wäre. Die Sanierungsarbeiten sind als gemeinschaftliche Kosten zu qualifizieren, weshalb die Kostentragungspflicht des Benützungsberechtigten entfällt.

Die Balkone und insbesondere die Balkongeländer stellen wie bereits erwähnt zwingend einen gemeinschaftlichen Teil des Stockwerkeigentums dar. Dementsprechend fällt die Beschlussfassung betreffend die Sanierung der Geländer in die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung. Art. 712g Abs. 1 ZGB verweist diesbezüglich auf Art. 647–647e ZGB. Vorinstanzlich argumentierte die Klägerin noch dahingehend, die geplante Sanierung sei eine luxuriöse Massnahme im Sinne von Art. 647e ZGB. Von dieser Ansicht scheint sie im vorliegenden Berufungsverfahren abgekomen zu sein, beruft sie sich doch darauf, die Kostentragung sei ihr im Sinne von Art. 647d Abs. 3 ZGB nicht zuzumuten. Damit geht sie zumindest implizit ebenfalls davon aus, dass es sich bei der geplanten Sanierung der Balkongeländer um eine nützliche bauliche Massnahme handelt. Damit kann die Frage offenbleiben, ob die Sanierung der Balkongeländer nicht sogar als notwendige bauliche Massnahme i.S.v. Art. 647c ZGB qualifiziert werden müsste. Die Sanierungsmassnahmen sind folglich vorliegend jedenfalls nützlich im Sinne von Art. 647d ZGB. Sie konnten deshalb mit Mehrheitsbeschluss von der Stockwerkeigentümergeinschaft gefasst werden.

Zusammenfassend können die Sanierungsarbeiten an den Balkonen entgegen der Auffassung der Klägerin nicht unter den Begriff «Unterhalt» subsumiert werden, weshalb die diesbezüglichen Kosten nicht von den einzelnen Stockwerkeigentümern zu tragen, sondern als gemeinschaftliche Kosten der Gemeinschaft anzulasten sind. Der angefochtene Entscheid widerspricht damit weder dem Reglement noch anderen Gesetzesbestimmungen.

3.3/3.3.1 Gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB haben die Stockwerkeigentümer die Beiträge an die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten nach Massgabe ihrer Wertquote zu leisten (sog. quotenproportionale Verteilung). Art. 712h Abs. 3 ZGB verpflichtet die Stockwerkeigentümer, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bestimmte gemeinschaftliche Teile keinen objektiven Nutzen für einen Stockwerkeigentümer aufweisen. Es

handelt sich dabei um eine Schutzbestimmung, welche Anwendung findet, wenn die wertquotenproportionale Aufteilung von gewissen gemeinschaftlichen Kosten oder Lasten schlechthin unbillig erscheint. Die Bestimmung von Art. 712h Abs. 3 ZGB ist zwingender Natur, sodass ein dagegen verstossender Versammlungsbeschluss in der Regel nichtig ist (BGE 117 II 251 Erw. 5b = ZBGR 74 S. 314 Erw. 5b; *Bösch*, a.a.O., Art. 712h ZGB, N. 8; *Wermelinger*, a.a.O., Art. 712h ZGB, N. 95 f.). Die Anwendung dieser Bestimmung setzt voraus, dass der gemeinschaftliche Teil für den betroffenen Stockwerkeigentümer objektiv ohne Nutzen oder unbrauchbar ist. Die Unbrauchbarkeit darf weder von der konkreten Lage des Stockwerkeigentümers noch von seinem subjektiven Willen abhängig gemacht werden (*Wermelinger*, a.a.O., Art. 712h ZGB, N. 99). Obwohl der Wortlaut dieser Bestimmung schon Fälle miterfassen würde, bei denen der Stockwerkeigentümer «nur in ganz geringem Masse» einen Nutzen von dem gemeinschaftlichen Teil hat, bejaht das Bundesgericht die Anwendung von Art. 712h Abs. 3 ZGB sehr zurückhaltend und verlangt eine absolute Unbrauchbarkeit (BGE 117 II 251 Erw. 6b = ZBGR 74 S. 314 Erw. 6b, 112 II 312 Erw. 3b = ZBGR 70 S. 32 Erw. 3b; *Wermelinger*, a.a.O., Art. 712h ZGB, N. 104; Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 17 106 vom 16. Juni 2018 Erw. 3 ff., PKG 2018 Nr. 4).

3.3.2 Weil die Kostenverteilung gemäss Art. 5 i.V.m. Art. 16 des Reglements vorliegend keine Anwendung findet, ist zu prüfen, ob Art. 712h Abs. 3 ZGB einschlägig ist. Wie bereits ausgeführt, bilden die Balkone einen Bestandteil der Fassade, bestimmen damit die äussere Erscheinung des Gebäudes und sind deshalb zwingend gemeinschaftliche Bauteile im Sinne von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB (vgl. Erw. 2.3.2). Die Kosten der Sanierung sind damit gemeinschaftliche Kosten und grundsätzlich von allen Stockwerkeigentümern nach ihrer Wertquote zu tragen (vgl. Art. 712h Abs. 1 ZGB). Eine andere Verteilung der Kosten kommt dann infrage, wenn ein Stockwerkeigentümer objektiv keinen Nutzen an den gemeinschaftlichen Teilen hat (vgl. Art. 712h Abs. 3 ZGB). Zu klären bleibt folglich, ob die Sanierung der zur Fassade gehörenden Balkone bzw. Balkongeländer für die Klägerin absolut unbrauchbar ist.

Es ist unbestritten, dass die Stockwerkeigentumseinheiten der Klägerin – Ladenlokale sowie Lager- bzw. Kellerraum – im Erdgeschoss bzw. Untergeschoss liegen und über keine Balkone verfügen. Die Balkongeländer als äusserer Bauteil der Balkone sind Teil der Fassade und dienen sämtlichen Stockwerkeigentümern. Die Balkongeländer bestimmen das äussere Erscheinungsbild des Gebäudes, was alle Stockwerkeigentümer betrifft. In diesem Sinne ist die Argumentation der Klägerin nicht überzeugend, wonach sie aufgrund des fehlenden Zugangs zu den Balkonen und der Funktion der Geländer als Absturzsicherung ausschliesslich dem berechtigten Stockwerkeigentümer nutzen würden, weil die Fassade als zwingender gemeinschaftlicher Bauteil allen Eigentümern dient. Die Beklagte bringt zu Recht vor, nicht nur die Funktion der Balkongeländer sei

massgebend, sondern vielmehr, dass die Balkone samt Geländer zwingend als gemeinschaftliche Gebäudeteile zu qualifizieren sind. Ferner kann auch nicht entscheidend sein, dass die Stockwerkeigentumseinheiten der Klägerin nur als Ladenlokal und nicht als Wohnraum dienen, denn auf die Lage des einzelnen Stockwerkeigentümers kommt es nicht an. Es ist überdies wenig überzeugend, wenn die Klägerin ausführt, die Balkone würden sich an der Fassade des «benachbarten Mehrfamilienhauses» befinden. Der Gebäudekomplex wird als eine Einheit wahrgenommen und die Fassade des Hauses erstreckt sich entlang des gesamten Gebäudekomplexes. Aus dem aufgelegten Beleg ist ersichtlich, dass sich auf der Eingangsseite des Ladenlokals auf der rechten Seite Balkone befinden. Ob diese Balkone direkt oberhalb des Ladenlokals gelegen sind, spielt für die Beurteilung der Unbrauchbarkeit keine entscheidende Rolle. Auch wenn sich – wie von der Klägerin behauptet – keine Balkone auf der Ladeneingangsseite befänden, kann daraus nicht abgeleitet werden, die Klägerin hätte keinen Nutzen aus der Sanierung der Balkongeländer. Denn bei Bestandteilen der Fassade kann es nicht darauf ankommen, ob die gemeinschaftlichen Bauteile – hier die Balkongeländer – vom Eingang der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten wahrgenommen werden (können). Vor diesem Hintergrund ist der von der Klägerin beantragte Augenschein mangels Relevanz abzuweisen. Die Klägerin legt zudem nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie dieses Beweismittel bereits im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig beantragt hat resp. nicht hat beantragen können. Damit scheidet der Antrag auf Durchführung eines Augenscheins auch am Novenverbot.

Die Bestandteile der Fassade bestimmen als Einheit die äussere Gestalt des Gebäudes. Die Balkongeländer weisen rostige Nägel auf und sind objektiv betrachtet veraltet. Die losen Schrauben stellen überdies ein sicherheitstechnisches Problem dar. Die Sanierung des Balkongeländers würde dem Gebäude ein besseres Erscheinungsbild verleihen. Die Wiederherstellung bzw. Einhaltung der Sicherheitsstandards werten das Grundstück zudem auf und der Ersatz der Balkongeländer dient der Werterhaltung des Gebäudes. Von einer Aufwertung des Erscheinungsbilds sowie der Werterhaltung des Gebäudes profitiert folglich auch die Klägerin. Zumindest kann nicht gesagt werden, die Erneuerung der Balkongeländer würde der Klägerin nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Es ist denn auch nicht notwendig, dass die Klägerin Zugang zu einem Balkon bzw. zu einzelnen Balkonen hat. Eine subjektive Unbrauchbarkeit ist – wie die Beklagte zu Recht einwendet – in diesem Zusammenhang irrelevant. Es kann daher nicht massgebend sein, ob die Klägerin Wohnraum besitzt. Auch wenn die Balkone den Berechtigten als Erholungsraum dienen, ändert dies nichts an der Tatsache, dass das Äussere des Balkongeländers als Teil der Fassade das Erscheinungsbild des Gebäudes massgebend prägt und die Klägerin von der Aufwertung des Erscheinungsbilds und der Werterhaltung des Gebäudes ebenfalls profitiert.



Wie bereits festgehalten, wertet der Ersatz der Geländer – nach einer objektiven Betrachtungsweise – die äussere Erscheinung des Gebäudes auf. Zudem handelt es sich bei der vorliegenden Sanierung um eine zumindest nützliche Verwaltungshandlung (vgl. Erw. 2.3.2). Bauliche Massnahmen zur Werterhaltung der Liegenschaft dienen allen Stockwerkeigentümern und es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten nach Wertquoten zu verteilen. Die Klägerin verkennt in diesem Zusammenhang die Funktion der Balkone als Fassadenelemente, die es zu erhalten und dem Sicherheitsstandard anzupassen gilt. Auch deshalb hat die Klägerin nach objektiver Betrachtung einen Nutzen aus der Sanierung der Balkongeländer. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass Art. 712h Abs. 3 ZGB keine Anwendung findet.

4.3/4.3.1 Gemäss Art. 647d Abs. 3 ZGB kann die Übernahme der Kosten einer nützlichen baulichen Massnahme für einen Miteigentümer unzumutbar sein. Namentlich ist dies dann der Fall, wenn die Kosten in einem Missverhältnis zum Vermögenswert des Miteigentumsanteils stehen. Wird der Miteigentümer mit unverhältnismässigen Kosten konfrontiert, so kann das Bauvorhaben nur mit seiner Zustimmung realisiert werden (bedingtes Vetorecht). Erklären sich die übrigen Miteigentümer jedoch bereit, die Kosten des Einzelnen zu übernehmen, so sind sie auf dessen Zustimmung nicht mehr angewiesen (*Brunner/Wichtermann*, Basler Kommentar., 5. Aufl. 2015, Art. 647d ZGB, N. 15 ff.).

4.3.2 Mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach Art. 647d ZGB keine Anwendung finde, weil mit Beschluss vom 15. November 2016 noch nicht über die geplante Sanierung, sondern lediglich über die Verteilung der Sanierungskosten entschieden worden sei, setzt sich die Klägerin nicht auseinander. Sie bringt lediglich vor, es sei ihr gerade nicht zumutbar, die projektierten Kosten von ca. Fr. 21 000.– zu tragen. Weil sie keinen Nutzen an der Sanierung der Balkongeländer habe und die Geländer der Balkone keine Auswirkungen auf den Wert des Ladengeschäfts der Klägerin hätten, sei ihr die Kostentragung unzumutbar. Dieser Einwand der Klägerin ist nicht stichhaltig. Wie bereits ausgeführt, hat auch die Klägerin einen Nutzen an der Sanierung, weil die Balkongeländer als Bestandteile der Fassade gemeinschaftliche Bauteile bilden und das äussere Erscheinungsbild des Gebäudes massgebend beeinflussen (Erw. 3.3.2). Die Klägerin argumentiert, weil der Fonds der Stockwerkeigentümergeinschaft zurzeit leer sei, müsse sie den Betrag von Fr. 21 000.– auf einmal bezahlen, was ihr nicht zuzumuten sei. Bei diesem Argument handelt es sich um ein Novum, das im Berufungsverfahren unbeachtlich ist. Gleiches gilt für die beantragte Edition des Kontoauszugs über das Fondskonto der Beklagten. Die Klägerin bringt nichts vor, was die vorinstanzliche Feststellung der Zumutbarkeit der Kostentragung umzustossen vermag. Der Beschluss der Stockwerkeigentümer vom 15. November 2016 ist folglich nicht gesetzeswidrig. Die Vorinstanz handelte nicht willkürlich und hat das Recht nicht unrichtig angewendet.

Es kann offenbleiben, ob die Bestimmung von Art. 647d ZGB auf den vorliegenden Beschluss über die Verteilung der Kosten der geplanten Sanierung überhaupt Anwendung findet, weil Abs. 3 dieser Bestimmung nicht einschlägig ist und daraus keine Kostenbefreiung abgeleitet werden kann.

Ferner kann unter diesen Umständen ebenfalls offenbleiben, ob die geplante Sanierung sogar als notwendige bauliche Massnahme einzustufen wäre. Diesfalls wäre nach Art. 647c ZGB lediglich ein Mehrheitsbeschluss nötig. Und die Möglichkeit, dass ohne Zustimmung eines Miteigentümers, aber unter Übernahme des Kostenanteils die Sanierung beschlossen werden kann, ist bei diesen notwendigen Sanierungsarbeiten ausgeschlossen.

KANTONSGERICHT, I. Abteilung, Entscheid vom 8. Februar 2019 (LGVE 2019 Nr. 5).

## Entscheidungen des Bundesgerichts

### *Arrêts du Tribunal fédéral*

**20.) ZGB Art. 712a Abs. 2 und Art. 712g Abs. 3; Nutzung der Stockwerkeinheit; Wohnzweck; gewerbsmässiges Feilbieten einer Wohnung zur tageweisen Buchung; reglementarisches Verbot hochfrequenter Wohnungsüberlassung.**

**Ob das dauernde gewerbsmässige Feilbieten einer Wohnung zur tageweisen Buchung über Plattformen wie Airbnb zulässig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Sind die Stockwerkeinheiten dem Wohnzweck gewidmet und geht es um eine Erstwohnresidenz mit gehobenem Standard, liegt eine unzulässige Nutzungsänderung vor (Erw. 4.2). Das reglementarische Verbot, tage-, wochen- oder monatsweiser Vermietung einer Wohnung, ist eine zulässige autonome Satzung der Stockwerkeigentümergeinschaft in Bezug auf die Nutzungsweise (Erw. 4.3).**

*CC Art. 712a al. 2 et art. 712g al. 3; utilisation de l'unité d'étage; destination à des fins résidentielles; appartement proposé en réservation à la journée à des fins commerciales; interdiction réglementaire de la mise à disposition d'appartements générant une forte fréquentation.*

*Déterminer s'il est admissible de proposer durablement et à des fins commerciales la réservation d'un appartement à la journée sur des plateformes telles qu'Airbnb dépend des circonstances du cas particulier. Il y a changement d'utilisation inadmissible lorsque les unités d'étages sont destinées à l'habitation et qu'il s'agit d'une résidence principale de haut standing (consid. 4.2). L'interdiction réglementaire de louer un appartement à la journée, à la semaine ou au mois constitue un statut autonome et admissible de la communauté des propriétaires d'étages en lien avec le mode d'utilisation (consid. 4.3).*

A. Die Liegenschaft U-GBB-xxx (Stockwerkeigentümergeinschaft B) ist in 27 Stockwerkeinheiten aufgeteilt. Die Zweckbestimmung einer Stockwerkeinheit ist mit «Bootsservice-Station im Erdgeschoss» umschrieben, die anderen 26 Einheiten sind als «Wohnung» bezeichnet.

Der Begründungsakt hält zur Benützungsort fest: «Jeder Stockwerkeigentümer ist an die unter Abs. B erwähnte Zweckbestimmung gebunden. Stockwerkanteile, die als Wohnungen bestimmt sind, dürfen für Geschäftszwecke nur soweit benützt werden, als dies ohne wesentliche Störungen der übrigen Eigentümer bzw. Hausbewohner möglich ist (Büros). Für Geschäftszwecke anderer Art oder in einer anderen Branche dürfen die Wohnungen nicht verwendet werden. Von dieser Bedingung sind das Areal und die Räumlichkeiten der Werft, welche einer separaten Regelung unterstehen, ausgenommen.»

Ziff. I./A./3. lit. b des Benützungs- und Verwaltungsreglementes präzisiert, dass «die Verwendung für Erwerbszwecke [...] nicht gestattet [ist], ausgenommen für Büros, gemäss lit. e des Begründungsaktes. Ausgeschlossen ist u.a. die Benutzung der Anteile als Arztpraxis, Labor, Pension, handwerkliches Atelier sowie für Musikunterricht und alle Betätigungen, die einen regen Kunden- und Klientenverkehr mit sich bringen.»

A ist Eigentümer von zwei Stockwerkeinheiten (4½-Zimmer-Wohnung im 4. OG und 2-Zimmer-Wohnung im 4. OG).

An der ausserordentlichen Stockwerkeigentümersammlung vom 22. Juni 2015 wurde mit der gemäss dem Benützungs- und Verwaltungsreglement für Änderungen erforderlichen Zweidrittelmehrheit beschlossen, Ziff. I./A./3 lit. b wie folgt zu ergänzen: «Nicht gestattet ist zudem die unregelmässige, tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung. Gestattet ist nur eine dauerhafte Vermietung.»

Wie sich aus dem Protokoll der Versammlung ergibt, schrieb die Tochter von A dessen Wohnung regelmässig im Internet (namentlich auf Airbnb) aus und entsprechend waren in der Liegenschaft fremde Leute anzutreffen, welche auch die gemeinschaftliche Infrastruktur wie Schwimmbad, Sauna, Fitnessraum, Dachterrasse und Waschküche mitbenutzten, ohne orientiert worden zu sein, wie mit der Infrastruktur umzugehen sei.

B. Mit Entscheid vom 12. Januar 2017 wies das Kantonsgericht Nidwalden die von A auf Aufhebung des Beschlusses gerichtete Klage ab, ebenso das Obergericht Nidwalden mit Entscheid vom 12. Dezember 2017.

C. Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat A am 22. Mai 2018 beim Bundesgericht eine Beschwerde erhoben mit den Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und des Stockwerkeigentümerbeschlusses vom 22. Juni 2015.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

*Aus den Erwägungen:*

2. Das Obergericht Nidwalden ging in Bezug auf die Nutzung von einer erwerbsmässigen Beherbergung durch die Tochter des Beschwerdeführers aus, welche der Parahotellerie zuzurechnen sei. Zwar biete sie keine Verköstigung an, wie dies in einem Hotel üblich wäre, wohl aber branchenübliche Leistungen wie Reinigung und Wechsel der Bettwäsche; ferner stelle sie die Betreuung der Gäste durch Telekommunikationsmittel sicher. Weiter hielt das Obergericht fest, dass die Liegenschaft (abgesehen von der nautisch genutzten Einheit) angesichts der Seesicht und der Infrastruktur dem gehobenen Wohnen diene und die Stockwerkeigentümer auch entsprechend hohe Ansprüche hätten. Es dürfe als erstellt gelten, dass sie sich von den beherbergten Gästen und deren Verhalten gestört fühlten, namentlich in den sensiblen und der Privatsphäre zuzurechnenden gemeinsamen Bereichen wie Schwimmbad und Sauna. Es erscheine auch als plausibel, dass die mit Reisegepäck auftretenden Kurzmieter emissionsträchtiger seien als gewöhnliche Mieter oder als Angestellte eines stillen Bürogewerbes oder als persönliche Gäste eines Stockwerkeigentümers; ebenfalls würden eher Schäden an der gemeinsamen Infrastruktur entstehen oder drohen, für welche anteilmässig die Stockwerkeigentümer aufkommen müssten. Ferner erwog das Obergericht, dass der Aufenthalt der Kurzmieter kein «Wohnen» im Wort- und im Rechtssinn darstelle, sodass die Reglementsänderung den Wohnzweck nicht beeinträchtige, sondern diesen vielmehr stärke bzw. verdeutliche und präzisiere. Insofern wäre die konkret gehandhabte Nutzung auch ohne Reglementsänderung unzulässig gewesen, zumal mit ihr eine übermässige Einwirkung auf die anderen Stockwerkeinheiten einhergehe. Im Übrigen komme es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers zu keiner Aushöhlung des Sonderrechts, denn eine normale, auf Dauer angelegte Vermietung der Wohnungen sei ohne Weiteres erlaubt. Schliesslich sei die mit der Reglementsänderung herbeigeführte Präzisierung auch verhältnismässig, weil sie die mildestmögliche Massnahme darstelle, um den Missständen abzuhelpfen, welche durch die unregelmässige und kurzzeitige Vermietung entstanden seien; andere Massnahmen, wie bessere Unterrichtung der Kurzmieter durch eine Hausordnung oder die Bekanntgabe von deren Namen und Autokennzeichen u.Ä.m., seien keine Lösung, zumal damit die von allen Stockwerkeigentümern gemeinsam bezahlte Verwaltung Verwaltungshandlungen vornehmen müsste, welche durch die parahotelleristische Beherbergung eines einzelnen Stockwerkeigentümers entstünden.

3. Der Beschwerdeführer stört sich an der Charakterisierung der Benutzungsweise als parahotelleristische Beherbergung. Sodann ist er der Auffassung, es sei irrelevant, wie seine Tochter die Wohnung konkret vermiete, sondern es gehe allein um die abstrakte Beurteilung des gefassten

Beschlusses, welcher die Rechte der Stockwerkeigentümer in unzulässiger Weise einschränke; die Vorinstanz habe nicht die Einschränkung als solche, sondern die konkrete Nutzung, welche zu dieser Einschränkung geführt habe, überprüft. Weiter ist er der Auffassung, dass die Kurzvermietung nicht gegen den Wohnzweck verstosse, zumal ja auch ein stilles Gewerbe zulässig sei, welches klarerweise keinen Wohnzweck verfolge. Ohnehin aber gehe es darum, dass mit der Reglementsänderung die Vermietungsmöglichkeiten in unzulässiger Weise eingeschränkt würden. Sodann bestreitet er, dass durch kurzzeitige Vermietungen für die anderen Stockwerkeigentümer unzumutbare Immissionen entstünden. Insbesondere könne es dabei nicht auf den Ausbaustandard eines Mehrfamilienhauses ankommen, weil dieser nichts über die Umgangsformen der Bewohner aussage; vielmehr müsse auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen abgestellt werden. Dabei falle ins Gewicht, dass es sich nicht um ein Dreifamilienhamilien-Haus, sondern um eine Liegenschaft mit insgesamt 19 Eigentümern handle, sodass man gegenseitig nicht über alle Familienangehörigen und Bekannten im Bild sei. Schliesslich sei nicht einsichtig, weshalb die Nutzung der Infrastruktur durch Kurzmieter intensiver sein soll als durch Dauermieter, würden doch letztere z.B. das Schwimmbad viel eher nutzen als Kurzaufenthalter, welche vor allem Tagesausflüge machen wollten. Weil keine übermässigen Immissionen vorlägen, sei die Einschränkung unverhältnismässig, zumal auch Feriengäste sorgsam mit der Infrastruktur umgehen würden und im Übrigen Bedienungsanleitungen in den Wohnungen hinterlegt werden könnten.

4. Es trifft zu, dass das Obergericht letztlich die konkrete Nutzungsweise in den Vordergrund gestellt und weniger den gefassten Beschluss auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft hat. Indes hält nicht nur die Auffassung, wonach die konkrete Nutzung mit dem reglementarischen Wohnzweck nicht vereinbar sei, vor Bundesrecht stand (dazu Erw. 4.2), sondern schränkt auch die konkret beschlossene Einschränkung bzw. Präzisierung der zulässigen Nutzungsweise die Ausübung des Sonderrechtes nicht in bundesrechtswidriger Weise ein (dazu Erw. 4.3).

4.1 Von Gesetzes wegen sind die Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der in ihrem Sonderrecht stehenden Räume frei (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Diese Freiheit wird vermutet, kann aber durch das Gesetz, durch die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt werden. Sie ist namentlich dort beschränkt, wo der Aus- oder Umbau oder die Nutzung der Sonderrechtsteile die Zweckbestimmung oder die Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft betrifft. Die Zweckbestimmung der Liegenschaft und die Regelung der Benutzungsart obliegt den Stockwerkeigentümern. In der Regel geschieht dies im Begründungsakt oder in einem Reglement (Art. 712g ZGB), wobei sich Anhaltspunkte auch aus den konkreten Umständen ergeben können, insbesondere aus der

bisherigen Nutzungsweise. Bei der reglementarischen Umschreibung sind die üblichen Schranken von Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR sowie diejenigen zu beachten, welche sich aus der Institution des Stockwerkeigentums ergeben (zum Ganzen: BGE 144 III 19 Erw. 4.1 S. 23 = ZBGR 100 S. 48 Erw. 4.1).

4.2 Ob vor dem Hintergrund, dass eine Stockwerkeinheit traditionell nautisch genutzt wird (Bootswerft), die Liegenschaft als solche einem gemischten oder eben doch insgesamt dem Wohnzweck gewidmet ist, kann offenbleiben; jedenfalls ist das «Wohnen» die gemäss Begründungsakt und Reglement seit jeher für die 26 Wohnungen vorgesehene Nutzungsweise. Zulässig ist ferner die Ausübung eines stillen Gewerbes, wobei dieses über die im Bereich des öffentlichen Baurechtes übliche Begriffsbestimmung hinaus «still» sein muss, als beispielsweise keine Arztpraxis betrieben und kein Musikunterricht erteilt werden darf.

Die Tochter des Beschwerdeführers bietet eine Wohnung regelmässig auf Airbnb und möglicherweise auch anderen Plattformen zur kurzzeitigen Benutzung an. Dabei geht es offensichtlich um Gäste, welche für ein paar Tage die Region erkunden wollen. Dies ergibt sich jedenfalls auch aus der Beschwerde selbst, indem die Benutzer nach den dortigen Ausführungen primär Tagesausflüge in der Umgebung machen wollen. U liegt im Einzugsgebiet von Luzern und bietet sich für Ausflüge rund um den Vierwaldstättersee an.

Was zunächst die umstrittene Charakterisierung dieser spezifischen Nutzung anbelangt, so handelt es sich nicht um ein gewöhnliches Mietverhältnis, sondern – angesichts der unbestrittenen Sachverhaltsfeststellungen (Reinigen der Wohnung, Beziehen der Betten, Betreuung der Gäste) – vielmehr um eine paratouristische Beherbergung. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf ein Wirtschaftslexikon, wonach in Deutschland unter einem Beherbergungsbetrieb ein solcher zur Aufnahme von mehr als neun Gästen zu verstehen sei, geht an der Sache vorbei; das Obergericht hat explizit nicht von einem Hotel, sondern von einer paratouristischen Nutzung gesprochen, worunter (nebst vorliegend nicht interessierenden Angeboten wie Massenlager, Baracken, Alphütten etc.) das kurzzeitige Überlassen von Zimmern, Wohnungen oder Häusern bzw. Chalets mit untergeordnetem und jedenfalls eingeschränktem Service verstanden wird. Charakteristisch ist dabei auch, dass im Unterschied zum klassischen Mietverhältnis – welches typischerweise nach einer Wohnungsbesichtigung und einem Auswahlverfahren mit Betreibungsregisterauszug etc. begründet wird – kein auf unbestimmte oder längere Dauer ausgerichteter Vertrag abgeschlossen wird, sondern dass der Gast auf einer Plattform oder auf andere Weise eine Unterkunft für eine bestimmte Anzahl von Nächten bucht und pro Nacht zahlt, allenfalls unter konkreter Addition einzelner Serviceleistungen, und der Anbieter aufgrund von Antidiskriminierungsrichtlinien, wie namentlich Airbnb sie kennt (vgl. <https://www.airbnb>).

de/terms/nondiscrimination\_policy), meist nicht frei ist, wen er als Gast akzeptiert und wen nicht.

Streitgegenstand bildet, ob diese Art der Wohnungsüberlassung mit der reglementarisch vorgesehenen Nutzungsweise vereinbar ist. Keine Rolle spielen dabei sozial- bzw. wohnpolitische Aspekte, wie sie mit dem verbreiteten Aufkommen von Airbnb und vergleichbaren Plattformen ebenfalls verbunden sind, indem etwa bei touristisch frequentierten Metropolen die Verdrängung der Wohnbevölkerung aus der Alt- bzw. Innenstadt droht, was verschiedene Städte im In- und Ausland zu einem Verbot oder zumindest zur Beschränkung der betreffenden Wohnungsvermarktung in bestimmten Perimetern veranlasst hat, während hingegen eine intensive(re) Auslastung von Ferienwohnungen dem als unerwünscht angesehenen Problem der «kalten Betten» entgegenwirken kann. Vielmehr geht es einzig um die sachenrechtliche Perspektive; Fragestellung ist, ob und inwieweit sich die betreffende Nutzung im konkreten Einzelfall mit einer von der Stockwerkeigentümergeinschaft bzw. im Begründungsakt erlassenen autonomen Satzung verträgt.

In den letzten Jahren hat sich die Lehre intensiv mit dem Verhältnis zwischen Anbieten einer Stockwerkeinheit auf Airbnb und Nutzungsbestimmungen der Gemeinschaftsordnung beschäftigt. Es wird davon ausgegangen, dass das Anbieten bzw. Überlassen von Wohnungen über entsprechende Plattformen je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls – Häufigkeit der Wechsel, Grad der Drittnutzung, Intensität der realen Immissionen etc. – eine Nutzungsänderung der betreffenden Wohneinheiten oder sogar eine Zweckänderung der gesamten Liegenschaft mit sich bringen kann, wobei es für die Vereinbarkeit mit Nutzungsbestimmungen insbesondere auch auf die Lage der infrage stehenden Liegenschaft und auf die herkömmliche Benutzungsart angesichts der konkreten Situation bzw. durch die anderen Bewohner ankommt, also beispielsweise, ob es um ein städtisches Wohnhaus oder um eine Liegenschaft mit Ferienwohnungen in einem touristischen Gebiet geht (vgl. *Wermelinger*, Stockwerkeigentum und Sharing Economy, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2017, S. 162 ff.; *Wermelinger*, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum, Aktuelles zum Stockwerkeigentum, 2017, S. 136 f.; *Vischer*, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017, S. 483 f.).

Nach dem Gesagten kommt es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers durchaus, ja sogar entscheidend auf die konkrete Liegenschaft und damit spezifisch auf die Umstände des Einzelfalles an. Vorliegend geht es um gehobenes Wohnen mit entsprechender Infrastruktur, wobei diese nach der zutreffenden Bemerkung des Obergerichtes eher einem privaten Bereich zuzuordnen ist (Schwimmbad und Sauna, tendenziell auch Fitnessraum). Diese Einrichtungen sind zwar allen Hausbewohnern zugänglich und somit nicht der Privatsphäre im eigentlichen Sinn zuzuordnen, aber sie sind von der Natur her nicht für Dritte bestimmt, über

welche der veranlassende Stockwerkeigentümer – im Unterschied zu persönlichen Gästen oder zu Dauermietern – letztlich keine Kontrolle hat. Weiter ist zu bemerken, dass die Liegenschaft mit 26 Wohnungen zwar relativ gross ist, aber die erwähnte gemeinsame Infrastruktur dies kompensiert und insgesamt für einen doch eher intimen Rahmen sorgt. Schliesslich handelt es sich bei der Liegenschaft unbestrittenermassen nicht um eine Ferienliegenschaft, sondern um eine (Erst-)Wohnresidenz. Auch dies sorgt typischerweise für ein engeres Verhältnis unter den Bewohnern, als dies bei einer Ferienliegenschaft der Fall ist, wo die Stockwerkeinheiten meist kurzen Aufhalten dienen und im Übrigen die kurzzeitige Vermietung (auch in parahotelleristischer Weise) einem gängigen Konzept zur Finanzierung und besseren Auslastung der Zweitwohnungen dient. Sodann ist das Ruhebedürfnis bei einer primär dem Erstwohnen dienenden Liegenschaft tendenziell wichtiger. Personen, welche über Airbnb buchen, dürften jedoch zu einem grossen Teil Feriengäste sein, welche mit viel Gepäck anreisen und im Urlaubsrhythmus nicht unbedingt ein Bedürfnis nach früher Bettruhe haben; sodann werden sie ihr Augenmerk nicht zwangsläufig auf Rücksichtnahme gegenüber der ihnen unbekanntenen Nachbarschaft legen.

Bei einer solchen Ausgangslage wird der reglementarisch vorgesehene «Wohnzweck» bei einer (Erst-)Wohnresidenz mit dem dauernden gewerbsmässigen Feilbieten einer Wohnung zur tageweisen Buchung auf Plattformen wie Airbnb gesprengt. Eine solche Einquartierung von Gästen entspricht, wie das Obergericht zutreffend festgehalten hat, weder dem Wort- noch dem Rechtssinn des «Wohnens». Darunter fällt selbstverständlich nicht einzig der ununterbrochene Aufenthalt durch den Stockwerkeigentümer, sondern beispielsweise auch die Nutzung durch einen regelmässig von längeren Auslandsaufhalten zurückkehrenden Eigentümer, durch einen Mieter im üblichen Sinn, durch eine Wohngemeinschaft, durch einen Wochenaufenthalter etc. Die Tochter des Beschwerdeführers betreibt in der fraglichen Wohnung jedoch ein parahotelleristisches Gewerbe, welches weder mit dem reglementarischen «Wohnzweck» noch mit dem reglementarisch näher umschriebenen «stillen Gewerbe» vereinbar ist, umso mehr als die Verwendung einer Wohnung «als Pension» schon nach der bisherigen Regelung explizit ausgeschlossen war.

4.3 Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, darf es aber nicht bei dieser Feststellung sein Bewenden haben, sondern ist vor dem Hintergrund, dass es sich um eine Anfechtungsklage handelt, zu prüfen, ob der konkret gefasste Beschluss gesetzeswidrig ist; dieser verbietet nicht die konkrete Ausschreibung der zur Diskussion stehenden Wohnung auf Airbnb, sondern allgemein die tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung einer Wohnung in der betreffenden Liegenschaft.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft die Nutzungsbeschränkung in allgemeiner Weise formulieren musste,



denn es ist für die Frage der Vereinbarkeit mit der Gemeinschaftsordnung nicht das Ausschreiben der Wohnung auf einer bestimmten Plattform, sondern die konkrete Nutzungsweise relevant.

In Bezug auf die Regelungszuständigkeit und die möglichen Regelungsinhalte ist auf die Ausführungen in Erw. 4.1 zu verweisen, wonach die Stockwerkeigentümer die Benutzungsart reglementarisch für den Einzelnen in verbindlicher Weise festlegen können, jedoch die üblichen Schranken von Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR und auch diejenigen zu beachten sind, welche sich aus der Institution des Stockwerkeigentums ergeben. Insbesondere darf das Sonderrecht des Einzelnen nicht wertmässig ausgehöhlt oder seines Kerngehaltes beraubt werden. So vertritt die Lehre die Ansicht, dass im Regelfall ein generelles Vermietungsverbot vor Bundesrecht nicht standhält (*Bösch*, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 712a ZGB; *Wermelinger*, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl. 2014, N. 70 zu Art. 712a ZGB; *Vischer*, a.a.O., S. 482). Dies trifft zu, denn ein solches Verbot würde auf einen Zwang zur Eigennutzung hinauslaufen. Wer aber eine Stockwerkeinheit vorübergehend oder dauernd nicht selbst nutzen kann, etwa wegen eines längeren Auslandsaufenthaltes oder weil er Eigentümer von mehr als einer Wohnung ist, sähe sich allenfalls zum Verkauf genötigt; sodann wäre es institutionellen Anlegern wie Pensionskassen gar nicht erst möglich, das verwaltete Vermögen in betreffenden Liegenschaften anzulegen. All dies würde sich mit der Eigentumsgarantie und der Struktur des Stockwerkeigentums – grundsätzliche Freiheit in der Verwaltung und Benutzung seiner eigenen Räume (Art. 712a Abs. 2 ZGB), wobei der Miteigentumsanteil als eigenes Grundstück ausgestaltet ist (Art. 655 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) und damit in besonderer Weise verkehrsfähig gemacht werden soll – nicht vertragen. Demgegenüber schränkt das Verbot einer tage-, wochen- oder monatsweisen Vermietung den Stockwerkeigentümer nicht stärker ein als beispielsweise ein Verbot der gewerblichen Nutzung oder die Einschränkung auf stille Gewerbe: Dem Stockwerkeigentümer wird weder im einen noch im anderen Fall die Möglichkeit genommen, den Wert seines Eigentums durch Nutzungsüberlassung an Dritte zu kommerzialisieren, sondern er wird lediglich im Umfang der finanziellen Ausbeutung gebremst, indem sowohl bei der tageweisen Aufnahme von Gästen als auch bei der Vermietung zum Betrieb einer Praxis u.Ä.m. in der Regel höhere Einnahmen generiert werden können als bei der Vermietung zu Wohnzwecken. Indes wäre das höhere Entgelt bei der tageweisen Wohnungsüberlassung an Gäste eben gerade auf die veränderte (und intensivere) Nutzungsweise zurückzuführen, denn bei der klassischen Wohnungsvermietung entspricht das Entgelt ökonomisch dem «Wohnwert», welchen der Stockwerkeigentümer bei Eigennutzung selbst geniesst und bei der Vermietung einem Dritten überlässt.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers und den vorinstanzlichen Ausführungen spielt dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip im

Sinn der Komplementarität und Subsidiarität – d.h. soweit es nicht um die Intensität der Eigentumsbeschränkung geht – keine Rolle. Es findet keine (für das öffentliche Recht typische) allgemeine Interessenabwägung statt, sondern die Stockwerkeigentümergeinschaft darf gestützt auf Art. 712g Abs. 3 ZGB grundsätzlich die Zweckbestimmung und die Nutzungsweise autonom festlegen. Sie muss dabei einzig die Schranken beachten, wie sie sich aus Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR und aus der Institution des Stockwerkeigentums ergeben (BGE 139 III 1 Erw. 4.3.2 S. 4 = ZBGR 95 S. 418 Erw. 4.3.2; 144 III 19 Erw. 4.1 = ZBGR 100 S. 48 Erw. 4.1). Vorliegend kann aber weder von einer «Aushöhlung des Eigentums» die Rede sein, noch liegt – was denn auch nicht geltend gemacht wird – eine Schikane vor; vielmehr ist nachführlbar, dass sich die anderen Bewohner der Liegenschaft durch die mit dem steten Wechsel zwangsläufig einhergehenden erhöhten Immissionen sowie durch das Auftauchen von unbekanntenen Personen in gemeinsamen Anlagen, wie Schwimmbad und Sauna, in ihrer Wohnqualität beeinträchtigt fühlen.

4.4 Obwohl dies nicht besonders thematisiert worden ist, sei der Vollständigkeit halber bemerkt, dass die Reglementsänderung vorliegend auch nicht in eine tradierte oder gar in eine reglementarisch explizit vorgesehene Nutzung eingreift, welche den Gestaltungsspielraum bei der Gemeinschaftsordnung pro futuro unter Umständen zurückdrängen könnte, wie dies etwa der Fall wäre, wenn vorliegend eine Stockwerkeigentümergeinschaft die angestammte nautische Nutzung der als Bootswerft genutzten Stockwerkeinheit untersagen möchte (BGE 139 III 1, Erw. 4.4.1 S. 6 = ZBGR 95 S. 418 Erw. 4.3.2; siehe auch die nunmehr gesetzlich geregelte Zustimmungspflichtigkeit des betroffenen Stockwerkeigentümers bei Aufhebung oder Beschränkung eines reglementarisch eingeräumten Sondernutzungsrechtes gemäss Art. 712g Abs. 4 ZGB). Die Stockwerkeinheit des Beschwerdeführers war jedoch seit Begründung des Stockwerkeigentums dem Wohnzweck gewidmet, in welcher Weise sie denn, wie die übrigen Wohnungen vormals, auch genutzt wurde, und bereits nach der bisherigen Regelung war die Nutzung der Wohnungen «als Pension» ausdrücklich untersagt. Insofern lässt sich nicht sagen, der Beschwerdeführer bzw. seine Tochter hätten mit dem paratouristischen Feilbieten ihrer Stockwerkeinheit gutgläubig gehandelt. Ferner bringt das Aufschalten einer Wohnung auf Airbnb und ähnlichen Plattformen keinerlei irreversiblen Investitionen mit sich, sondern die Wohnung kann ohne grösseren Schaden jederzeit von der Plattform genommen werden.

BUNDESGERICHT, II. zivilrechtliche Abteilung, Auszug aus dem Urteil vom 4. April 2019 (Beschwerde in Zivilsachen) (5A\_436/2018 – BGE 145 III 400).

**21.) CC art. 250, CO art. 17; séparation de biens; reconnaissance de dette.**

**Une reconnaissance de dette abstraite (art. 17 CO) peut consister en une donation. Il appartient au débiteur de prouver que la dette n'est pas/plus due. Cette preuve, liée à une reconnaissance signée avant le mariage, n'est pas apportée en l'occurrence, dans le cadre du divorce des parties (séparées de biens).**

*ZGB Art. 250, OR Art. 17; Gütertrennung; Schuldanerkennung.*

*Ein abstraktes Schuldbekentnis (Art. 17 OR) kann in einer Schenkung bestehen. Der Schuldner hat zu beweisen, dass die Forderung nicht/nicht mehr geschuldet ist. Dieser Beweis, welcher mit einer vor der Heirat unterzeichneten Anerkennung gebunden ist, wird vorliegend im Rahmen der Scheidung der (gütergetrennten) Parteien nicht erbracht.*

A. B, née en 1964, et A, né en 1953, se sont mariés à U (GE) le 14 décembre 2007. Ils ont opté pour le régime de la séparation de biens. Un peu plus d'une année auparavant, A avait signé un document intitulé «reconnaissance de dette» à la teneur suivante:

«Par la présente, je reconnais devoir l'équivalent de UN MILLION DEUX CENT MILLE EUROS (EUR 1 200 000.–) à Mme B, née à... (F) le... 1964 et habitant à U, 4 chemin..., ci-après la créancière.

Forme: Cette créance sera couverte sous diverses formes (liquidités, immobiliers, prises de participations, assurances vies, garanties) librement consenties par la créancière. Réalisation: La réalisation de cette créance se fera dans les plus brefs délais.

Décompte: A la demande de la créancière, un décompte régulier sera établi afin d'établir la valeur totale de la créance déjà réalisée.

Fait en deux exemplaires, à U le 26 novembre 2006.»

B et A sont séparés depuis 2010. Par jugement du 10 février 2011 sur mesures protectrices de l'union conjugale, confirmé en appel le 10 août 2011, l'époux a été condamné à verser à l'épouse une contribution mensuelle de 3500 fr. A ne s'est pas exécuté. Invoquant une diminution de ses revenus, il a introduit une requête de nouvelles mesures protectrices de l'union conjugale, concluant à la suppression, avec effet rétroactif, de la contribution d'entretien susmentionnée. Par jugement du 8 avril 2013, confirmé par arrêt du 30 août 2013, l'époux a été débouté des fins de sa requête.

Le divorce des parties a été prononcé par jugement du 25 octobre 2016. B a été déboutée de sa conclusion tendant au versement d'une contribution d'entretien post-divorce de 3500 fr. par mois pour une durée indéterminée.

B.a. Le 7 juin 2012, B a fait notifier à A un commandement de payer le montant de 1 443 840 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, correspondant à la contre-valeur du montant de 1 200 000 euros figurant dans la reconnaissance de dette du 26 novembre 2006.

Le poursuivi a formé opposition. Fondée sur la reconnaissance de dette précitée, B a demandé la mainlevée provisoire de l'opposition.

Par jugement du 17 octobre 2012, le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition, à concurrence de 1 441 320 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

B.b. Par acte du 12 novembre 2012, A a ouvert action en libération de dette, concluant à ce qu'il soit constaté qu'il ne doit pas à B la somme de 1 443 840 fr. avec intérêts, à ce que l'opposition au commandement de payer soit définitivement maintenue et à ce qu'il soit donné ordre à l'Office des poursuites d'annuler la poursuite.

B a conclu au déboutement du demandeur et à la condamnation de celui-ci à lui verser la somme de 1 441 320 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Selon la version soutenue alors par le demandeur, la reconnaissance de dette portait sur un legs «simulé», qui avait pour but d'établir une créance en faveur de sa compagne s'il venait à décéder avant le mariage. A titre subsidiaire, le demandeur invoquait l'extinction de la dette par la remise à la défenderesse de divers actifs, soit des liquidités par 500 000 fr., un diamant monté sur une bague d'une valeur de plus de 100 000 fr., une montre Breguet d'une valeur de plus de 30 000 fr. et les actions de deux sociétés, dont la valeur s'élevait à 1 000 000 fr. pour l'une et à 500 000 fr. pour l'autre. Encore plus subsidiairement, le demandeur faisait valoir la révocation de l'ensemble des donations en faveur de son épouse, déclarée dans sa réplique du 30 août 2013.

Selon la défenderesse, la reconnaissance de dette se fondait sur une promesse de donner; son but était de la dédommager de l'arrêt de son activité économique en Afrique – où elle était actionnaire d'une société de pompes funèbres florissante – en vue de son installation à Genève auprès de son futur époux.

Par jugement du 1<sup>er</sup> novembre 2016, le Tribunal de première instance a débouté A de toutes ses conclusions en libération de dette, prononcé la mainlevée définitive de l'opposition à hauteur de 1 441 320 fr. plus intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et dit que la poursuite irait sa voie.

Statuant le 20 février 2018 sur appel de A, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement entrepris. Selon la cour cantonale, le demandeur n'avait pas prouvé que la cause de la reconnaissance de dette résidait dans une donation à cause de mort dissimulée; il n'avait pas démontré non plus que les transferts de biens invoqués étaient intervenus en exécution de la dette reconnue le 26 novembre 2006. Par ailleurs, la cour cantonale a rejeté les moyens tirés d'une révocation de la donation, ainsi que d'un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC.

C. A interjette un recours en matière civile. Il conclut principalement à la réforme de l'arrêt cantonal en ce sens qu'il n'est pas débiteur et ne doit pas paiement immédiat à B de la somme de 1 443 840 fr. plus intérêts, que

l'opposition au commandement de payer notifié sur réquisition de la défenderesse est définitivement maintenue et qu'ordre est donné à l'Office des poursuites d'annuler la poursuite en cause.

Par ordonnance du 3 mai 2018, la Présidente de la cour de céans a octroyé au recours l'effet suspensif requis par A, dès lors que ni l'intimée ni l'autorité précédente ne s'y opposaient.

Le recourant sollicite d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il a déposé des documents propres à établir qu'il ne dispose pas des ressources suffisantes au sens de l'art. 64 al. 1 LTF.

Le *Tribunal fédéral* rejette le recours

*Extrait des motifs:*

2. En ce qui concerne la cause de la reconnaissance de dette, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire. Contrairement à ce que l'autorité précédente a retenu, il aurait démontré que la pièce litigieuse avait été établie afin de protéger provisoirement l'intimée, pour le cas où il décéderait avant le mariage, et non, comme l'intimée l'alléguait, afin de la dédommager de sa renonciation à son indépendance économique à la suite de son départ d'Afrique pour l'Europe et la cession gratuite de ses actions dans une société de pompes funèbres africaine. Le recourant fait surtout valoir que la version des faits de l'intimée n'est pas soutenable. Il ressortirait ainsi du jugement de divorce que l'épouse n'a pas subi de déracinement culturel à la suite de son mariage. L'intimée n'aurait par ailleurs pas prouvé qu'elle avait quitté l'Afrique pour rejoindre le recourant, ni qu'elle aurait renoncé là-bas à une situation lui assurant un revenu confortable, pas plus qu'elle n'aurait cédé gratuitement des actions de la société de pompes funèbres en raison de son prochain mariage. Comme elle n'aurait pas été établie pour compenser une perte financière liée au mariage et au déménagement en Europe, la reconnaissance de dette aurait nécessairement eu une autre cause, soit un «but successoral» dans l'attente du mariage. Le recourant en veut également pour preuve le fait que l'intimée ne s'est pas prévalu de la reconnaissance de dette pendant cinq ans, alors que le document prévoyait une exécution «dans les plus brefs délais», ainsi que l'effacement de cette reconnaissance de la mémoire du débiteur, pour lequel elle n'était plus valable après le mariage.

Au surplus, en considérant qu'il appartenait au recourant de démontrer sa propre version des faits, la cour cantonale aurait mal appliqué les art. 17 et 18 CO. Selon le recourant, il lui incombait d'établir que la cause de la reconnaissance de dette (abstraite) alléguée par la créancière n'était pas valable, puis de fournir des explications sur la cause de ladite reconnaissance. Si on le comprend bien, le recourant soutient à cet égard avoir prouvé d'abord le caractère simulé de la donation invoquée par l'intimée, puis l'acte dissimulé derrière l'acte apparent simulé, à savoir une donation au décès du donateur, soumise à la condition résolutoire du mariage.

3. Les griefs du recourant seront abordés après l'exposé des principes juridiques applicables en matière d'action en libération de dette et de reconnaissance de dette.

3.1 Le recourant/poursuivi a introduit contre l'intimée/poursuivante une action en libération de dette au sens de l'art. 83 al. 2 LP, soit une action négatoire de droit matériel qui tend à la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée dans la poursuite (ATF 131 III 268 consid. 3.1 p. 272; 130 III 285 consid. 5.3.1 p. 292 et les arrêts cités). Le rôle procédural des parties y est inversé par rapport à l'action en reconnaissance de dette: le débiteur/poursuivi est demandeur et le créancier/poursuivant est défendeur. En revanche, la répartition du fardeau de la preuve ne s'en trouve pas modifiée. Il appartient toujours au créancier d'établir que la créance litigieuse a pris naissance; pour ce faire, il suffira au défendeur, par exemple, de produire la reconnaissance de dette écrite et signée valant titre de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 al. 1 LP. Quant au demandeur, il devra établir l'inexistence ou le défaut d'exigibilité de la dette constatée par titre (ATF 131 III 268 consid. 3.1 p. 272 et les arrêts cités).

La reconnaissance de dette est une déclaration par laquelle un débiteur manifeste au créancier qu'une dette déterminée existe (arrêt 4A\_152/2013 du 20 septembre 2013 consid. 2.3 et les références). Même si elle ne mentionne pas la cause de l'obligation (reconnaissance de dette abstraite), elle est valable (art. 17 CO). Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de dette (causale ou abstraite) doit reposer sur une cause valable. En effet, l'art. 17 CO n'a pas d'incidence sur l'existence matérielle de l'obligation du débiteur, mais il a une portée procédurale, en ce sens que le fardeau de la preuve est renversé. Le créancier n'a pas à prouver la cause de sa créance, ni la réalisation d'autres conditions que celles qui sont indiquées dans l'acte. Il appartient au débiteur qui conteste la dette d'établir, en cas de reconnaissance abstraite, quelle est la cause de l'obligation et de démontrer que cette cause – ou celle indiquée sur la reconnaissance de dette causale – n'est pas ou plus valable, par exemple parce que le rapport juridique à la base de la reconnaissance est inexistant ou nul (art. 19 et 20 CO) ou qu'il a été simulé (art. 18 al. 1 CO) ou invalidé (art. 31 CO) (ATF 131 III 268 consid. 3.2 p. 273; 105 II 183 consid. 4a p. 187 = RNRF 63 p. 241 consid. 4a). La cause de l'obligation (une donation par exemple) ne se confond pas avec les motifs, subjectifs, qui ont amené le débiteur à faire une déclaration de volonté (se débarrasser d'un bien par exemple) (*Eric Muster*, La reconnaissance de dette abstraite, 2004, p. 15; *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd. 1997, p. 319). Le débiteur peut reconnaître une dette préexistante, mais la dette peut également naître de manière concomitante à la reconnaissance («reconnaissance constitutive»; cf. ATF 39 II 85 consid. 3 in fine p. 89 [reconnaissance de dette pouvant s'interpréter comme une promesse de donner]; *Muster*, op. cit., p. 92; *Frédéric Krauskopf*, Die Schuldanerkennung im schweizerischen

Obligationenrecht, 2003, p. 57 ss; *Engel*, op. cit., p. 157; *Peter Jäggi*, in *Zürcher Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd. 1973, n. 9 ad art. 17 CO; cf. également *Silvia Tevini*, in *Commentaire romand*, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n. 4 ad art. 17 CO).

3.2/3.2.1 L'intimée – défenderesse dans l'action en libération de dette – n'avait a priori d'autre preuve à apporter que le titre qu'elle avait en main, soit la reconnaissance de dette (abstraite) du 26 novembre 2006 signée par le recourant. Il appartenait ensuite au recourant de démontrer la cause à l'origine de la reconnaissance.

En l'espèce, cette cause ressort clairement des faits établis dans l'arrêt attaqué: il s'agit d'une donation au sens de l'art. 239 al. 1 CO, soit une attribution de biens d'une personne à une autre sans contre-prestation correspondante. Sous le couvert du grief d'établissement arbitraire des faits, le recourant s'en prend aux motifs subjectifs qui, selon l'intimée, auraient justifié la donation – compenser une perte financière liée au mariage et au déménagement en Europe – et invoque ses propres motifs – protéger l'intimée avant le mariage en cas de décès du fiancé. En revanche, il ne conteste pas la cause elle-même de la reconnaissance de dette, dont il admet qu'il s'agit d'une donation. Plus précisément, le rapport juridique à la base de la reconnaissance de dette est une promesse de donner, soit un contrat de donation dont, contrairement à la donation manuelle, l'exécution est prévue ultérieurement (cf. art. 242 et 243 CO). Il n'est pas contesté non plus que l'engagement du donateur est né avec la reconnaissance de dette.

3.2.2 Le recourant devait prouver ensuite que la cause à la base de la reconnaissance de dette n'était pas ou plus valable. C'est dans ce cadre-là qu'il faisait valoir que la promesse de donner pure et simple était simulée et que l'acte dissimulé était une donation au décès du donateur (art. 245 al. 2 CO), soumise en outre à la condition résolutoire du mariage (art. 245 al. 1 CO), de sorte que la cause réelle de l'obligation n'existait plus.

Il appartenait au recourant de démontrer que la volonté réelle et commune des parties au sens de l'art. 18 CO était de reporter l'exécution de la donation au décès du donateur et de soumettre ce contrat à la condition résolutoire du mariage.

A cet égard, la cour cantonale a retenu que le recourant n'avait fourni aucun élément susceptible de rendre ne serait-ce que vraisemblable une telle volonté de sa part, tels que des problèmes de santé et/ou le fait que le mariage devait être reporté indépendamment de la volonté des fiancés. Au contraire, en s'abstenant de récupérer et détruire la reconnaissance de dette après la célébration du mariage ou, à tout le moins, de la mentionner dans le contrat de mariage, le recourant avait adopté une attitude qui tendait à démontrer que la promesse de donner n'était pas destinée à pallier l'absence de droit de l'intimée dans la succession de son futur époux et ne perdait pas son sens après le mariage; sur ce point, la cour cantonale a considéré comme peu crédible l'oubli de la reconnaissance

de dette invoqué par le recourant pour justifier son absence de réaction, étant donné son profil professionnel et l'attention qu'il portait à la gestion de ses affaires financières et personnelles. Le seul fait que l'intimée ait attendu cinq ans avant de se prévaloir de la reconnaissance de dette n'a pas non plus été jugé suffisant pour démontrer l'exactitude de la thèse du recourant.

Ce dernier tient cette appréciation des preuves pour arbitraire. En matière de constatations de fait et d'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 265; 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2).

Rien de tel en l'occurrence. Le recourant cherche à démontrer que la version des faits de l'intimée est insoutenable, alors que la question est de savoir si la volonté réelle des parties était de soumettre la donation à des conditions (décès du donateur intervenant avant le mariage). Les seuls éléments que le recourant apporte à ce propos sont le laps de temps de cinq ans mis par l'intimée pour se prévaloir d'une reconnaissance de dette dont, selon ses termes, l'exécution devait intervenir dans les plus brefs délais, ainsi que le fait que le donateur aurait «oublié» le document litigieux une fois le mariage célébré. A l'évidence, ces deux circonstances, dont la seconde réside en fait dans une affirmation, ne sont pas suffisantes pour faire apparaître arbitraire l'appréciation des preuves à laquelle la cour cantonale s'est livrée. En considérant que l'acte dissimulé allégué par le recourant n'était pas établi et en mettant à la charge de ce dernier les conséquences de cette absence de preuve, les juges genevois n'ont pas violé l'art. 9 Cst., ni mal appliqué les art. 17 et 18 CO, de sorte que les griefs du recourant ne peuvent être que rejetés.

3.2.3 Comme déjà relevé, il n'est pas contesté en l'espèce que le rapport juridique de base, né avec la reconnaissance de dette (abstraite), est une promesse de donner d'un futur marié à sa future épouse. Aux termes de l'art. 243 CO, un tel acte n'est valable que s'il est fait par écrit (al. 1) ou, s'il concerne un immeuble ou un droit réel immobilier, par acte authentique (al. 2). Seul le donateur doit signer l'acte écrit (cf. art. 13 al. 1 CO; ATF 136 III 142 consid. 3.3 p. 145; 110 II 156 consid. 2d p. 161 = RNRF 68 p. 340 consid. 2d). La forme écrite a pour but de protéger le donateur de promesses faites à la légère (ATF 136 III 142 consid. 3.3 p. 145; 105 II 104 consid. 3b p. 107). Selon la jurisprudence, la volonté de donner doit ressortir de l'acte (ATF 136 III 142 consid. 3.3 p. 146; 117 II 382 consid. 2b p. 385; 105 II 104 consid. 3b p. 107 s.), ce qui peut résulter de la renonciation à une contre-prestation (*Nedim Peter Vogt/Annaïg Vogt*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd. 2015, n. 4 ad art. 243 CO). Le Tribunal fédéral a refusé ainsi de voir une promesse



de donner valable dans la simple assignation par laquelle le signataire charge la banque de bonifier un montant à un tiers (ATF 136 III 142 consid. 3.3 p. 146; 105 II 104 consid. 3b p. 108).

Par définition, une reconnaissance de dette abstraite au sens de l'art. 17 CO ne mentionne pas sa cause. L'absence d'*animus donandi* exprimé par écrit n'exclut toutefois pas qu'une promesse de donner puisse valablement intervenir sous la forme d'une telle reconnaissance (constitutive); en effet, le but de la forme écrite, soit la protection contre un engagement pris à la légère, est déjà atteint lorsque le donateur signe la promesse d'attribution, dénuée de toute contre-prestation (*Krauskopf*, op. cit., n. 141 et 142 p. 63 s.; *Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar, n. 5 ad art. 243 CO). Il s'ensuit que le document du 26 novembre 2006 respecte la forme écrite exigée par l'art. 243 al. 1 CO sous peine de nullité.

En conclusion, c'est à bon droit que la cour cantonale a admis la validité de la cause à la base de la reconnaissance de dette litigieuse.

4. A titre subsidiaire, le recourant se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits et l'appréciation de preuves en ce qui concerne «l'exécution de la reconnaissance de dette». L'intimée aurait admis avoir reçu des montants de 400 000 fr. et 100 000 fr. ainsi qu'une bague en diamant d'une valeur de 108 500 fr. et une montre Breguet d'une valeur de 35 200 fr. Comme ces prestations dépassent largement ce qui est versé entre conjoints dans le cadre d'un mariage ou d'un concubinage, leur contre-valeur aurait dû être prise en compte à titre d'«exécution de la reconnaissance de dette litigieuse». Par ailleurs, la cour cantonale aurait arbitrairement considéré que le témoignage de l'administrateur de la société X n'était pas suffisant pour prouver la valeur de 1 000 000 fr. des actions de cette société cédées par le recourant à l'intimée.

4.1 Il appartient au débiteur de prouver l'exécution de la dette reconnue (ATF 131 III 268 consid. 3.2 p. 273; 127 III 559 consid. 4a in fine p. 564). En l'espèce, la cour cantonale a jugé que le recourant n'avait pas démontré que les transferts d'argent, de biens ou d'actions qu'il alléguait l'avaient été en exécution de la dette reconnue dans le document du 26 novembre 2006, dont, au demeurant, il déclarait avoir oublié l'existence après le mariage. Aucun élément propre à accréditer ce lien n'avait été produit, comme par exemple l'établissement des décomptes prévus dans la reconnaissance de dette en cas de règlement partiel ou une demande de restitution du document litigieux en cas de règlement total.

Par surabondance, la cour cantonale fait observer que la remise de bijoux ne fait pas partie des modes d'exécution envisagés dans la reconnaissance de dette. Enfin, le recourant n'a prouvé ni le transfert des actions susmentionnées à la recourante, ni leur valeur, le seul témoignage invoqué ne pouvant suppléer la production d'une cession en bonne et due forme et d'une expertise.

4.2 La motivation principale de la cour cantonale résiste au grief d'arbitraire. En effet, il n'est pas insoutenable de retenir que la preuve de

l'exécution totale ou partielle de la dette reconnue supposait nécessairement la production d'éléments indiquant une relation entre les prestations alléguées et la promesse de donner, lesquels font défaut en l'espèce.

Dans ces conditions, point n'est besoin d'examiner la motivation subsidiaire développée sur cette question dans l'arrêt attaqué.

Le grief tiré d'une violation de l'art. 9 Cst. sera dès lors écarté.

TRIBUNAL FEDERAL, 1<sup>re</sup> Cour de droit civil, extrait de l'arrêt du 12 février 2019 non publié (recours en matière civile) (4A\_201/2018).

## Gesetzgebung

### *Législation*

*Grundbuchverordnung (GBV)*. Änderung vom 20. September 2019 (AS 2019 S. 3049, SR 211.432.1)

Der Bundesrat hat auf den 1. Juli 2020 Änderungen an den Art. 6, 27–30 und neu den Art. 30a der Grundbuchverordnung betreffend die Oberaufsicht des Bundes, den elektronischen Zugang zu den Grundbuchdaten und die Mitwirkung bei der statistischen Datenerhebung in Kraft gesetzt.

Im Wesentlichen handelt es sich um Änderungen über den elektronischen Zugang zu den Grundbuchdaten:

– Klarstellung, dass die Kantone die nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a GBV ohne Interessennachweis einsehbaren Daten des Hauptbuchs elektronisch öffentlich zugänglich machen können (GBV Art. 27 Abs. 1).

– Die Kantone bestimmen, ob und wem sie den erweiterten elektronischen Zugang ermöglichen wollen. Das Bundesrecht gibt aber im Katalog abschliessend den Kreis der Zugriffsberechtigten vor (GBV Art. 28)

– Die Kantone dürfen auch den berechtigten Behörden und den Eigentümerinnen und Eigentümern von Grundstücken den Zugang zu den Belegen im erweiterten elektronischen Zugang ermöglichen (GBV Art. 28 Abs. 2).

– Verpflichtung für die Kantone zur Regelung der Modalitäten für den erweiterten elektronischen Zugang im kantonalen Recht und zur öffentlichen Bekanntmachung der Zugriffsberechtigungen (GBV Art. 29).

– Umfang der Protokollierung der Zugriffe im erweiterten elektronischen Zugang, Frist für die Aufbewahrung der Daten über die Zugriffe, die Rechte der Eigentümerinnen und Eigentümer auf einen Auszug aus den Zugriffsprotokollen und über das Vorgehen bei missbräuchlichen Datenzugriffen (GBV Art. 30).

*Obligationenrecht (Handelsregisterrecht)*, Änderungen vom 17. März 2017 (AS 2017 S. 957, SR 220)

*Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Änderungen vom 6. März 2020 (AS 2020 S. 971, SR 221.411)

Gegenstand dieser Änderungen sind die Modernisierung des Handelsregisters. Die neuen Vorschriften treten, abgesehen von den nachstehenden Änderungen, auf den 1. Januar 2021 in Kraft.

Damit an der zentralen Datenbank weitergearbeitet werden kann, sind die Bestimmungen OR Art. 928b und 928c und HRegV Art. 14a, 24b Abs. 2, 43 Abs. 1 Bst. i, 45 Abs. 1 Bst. t, 46 Abs. 2 Bst. h, 48 Abs. 1 Bst. j, 51 Abs. 1 Bst. c, 52 Abs. 1 Bst. d, 66 Abs. 1 Bst. h, 68 Abs. 1 Bst. u, 102 Abs. 1 Bst. g und 104 Abs. 1 Bst. q am 1. April 2020 bereits in Kraft gesetzt worden.

Mit dieser Datenbank soll es möglich werden, gesamtschweizerisch festzustellen, welche natürlichen Personen in welcher Funktion oder mit welcher Zeichnungs-berechtigung bei den verschiedenen Rechtseinheiten im Handelsregister eingetragen sind.

vo

## Mitteilung des Verlages

*Avis de l'éditeur*

Der aufmerksame Leser hat der Titelseite des aktuellen Hefts entnommen, dass die ZBGR-Redaktionskommission Verstärkung erhalten hat. Raffael Noti, Notar-Stellvertreter, in Gockhausen, ist im Juli 2020 in die Redaktion eingetreten und ergänzt mit seinem Fachwissen das Redaktionsteam. Wir sind glücklich über diese Ernennung und wünschen Raffael Noti für seine neue und anspruchsvolle Tätigkeit viel Freude und Genugtuung.

## Hinweise auf Abhandlungen

*Renvoi à d'autres contributions*

Bücher im Zusammenhang mit dem Beurkundungs- und Grundbuchrecht werden in dieser Zeitschrift unter Rezensionen behandelt. In Zukunft

werden unter diesem Titel Hinweise auf Abhandlungen in anderen Zeitschriften erfolgen, die für unsere Leser von Interesse sein könnten.

*Notre revue contient une recension d'ouvrages qui concernent le droit notarial ou le droit du registre foncier. A l'avenir, nous allons faire état également de renvois à des publications qui paraissent dans d'autres revues, dans la mesure où elles sont susceptibles d'intéresser nos lecteurs.*

*Nathalie Hagi*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Leitungsdienstbarkeit nach Art. 676 ZGB, in *Berner Notar 2019* S. 109

*Daniela Byland und Roland Pfäffli*, Heizanlage als Dienstbarkeit: Grundbucheintrag und Löschung, in *Berner Notar 2019* S. 149

*Markus Vischer*, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), in *successio 2020* S. 4

*Stephan Wolf und Katharina Dobler*, Das dinglich belastete Grundstück als Vermächtnisgegenstand, in *AJP 2020* S. 187

*Alfred Koller*, Konsens- oder Formmangel?, in *AJP 2020* S. 165

*Hans-Ueli Käser*, Reform der Ergänzungsleistungen: Zur Rückerstattungspflicht rechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen (EL), in *Berner Notar 2020* S. 261

*Michel Mooser*, La caducité des pactes successoraux, in *not@lex 2020* S. 1

*Aurélien Barakat*, La vente immobilière en viager: aspects de droit civil et principales conséquences fiscales, in *not@lex 2020* S. 21

*Daniel Kettiger*, Geoinformationsrecht des Bundes: zwischen Bewahrung und Veränderung, in *Jusletter 23. März 2020*

*Franz A. Wolf*, Die Revision des bäuerlichen Bodenrechts, Botschaft AP 2022+, in *Jusletter 30. März 2020*

*Pascal Pichonnaz*, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag: methodologische und diachronische Elemente, in *ZSR 2020 I* S. 7

*Sara Sommer*, Testierfähigkeit von Demenzkranken unter besonderer Berücksichtigung der Komplexität des Testamentes, in *AJP 2020* S. 491