Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht/Droit privé

2.6. Sachenrecht – allgemein/ Droits réels – en général

2.6.1. Das Eigentum/La propriété

BGer 5A_436/2018 (zur Publikation bestimmt): Stockwerkeigentum

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_436/2018 vom 4. April 2019, A. *gegen* Stockwerkeigentümergemeinschaft B., Stockwerkeigentum.



Markus Vischer*

Ob eine Stockwerkeigentümergemeinschaft die tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung der Stockwerkeinheiten u.a. via Airbnb verbieten darf, hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab. Bei einem Wohnhaus des gehobenen Standards mit 26 Erstwohnungen und gemeinschaftlichen Einrichtungen wie Schwimmbad, Sauna und Fitnessclub kommt das Bundesgericht zur Auffassung, dass das erwähnte Verbot zulässig ist.

I. Sachverhalt

Die Liegenschaft U.-GBB-xxx (Stockwerkeigentümergemeinschaft 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 Benützungsart 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 Verwaltungsreglements 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 im 4. Obergeschoss. An der ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung vom 22. Juni 2015 wurde mit der gemäss dem Benutzungs- und Verwaltungsreglement für Änderungen erforderlichen ⅔-Mehrheit beschlossen, Ziff. I./A./3 lit. b wie folgt zu ergänzen: «Nichtgestattet ist zudem die unregelmässige, tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung. Gestattet ist nur eine dauernde Vermietung.» Wie sich aus dem Protokoll der Versammlung ergibt, schrieb die Tochter von A. ihre Wohnung regelmässig im Internet (namentlich auf Airbnb) aus. 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.

Mit Entscheid vom 12. Januar 2017 wies das Kantonsgericht Nidwalden die von A. auf Aufhebung des Beschlusses gerichtete Klage ab. Gleich entschied das Obergericht Nidwalden am 12. Dezember 2017. Gegen den obergerichtlichen Entscheid erhob A. beim Bundesgericht eine Beschwerde mit den Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheids und des Stockwerkeigentümerbeschlusses vom 22. Juni 2015.

II. Begründung

Das Bundesgericht führte aus, dass die Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der in ihrem Sonderrecht stehenden Räume frei seien (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Diese Freiheit werde vermutet, könne aber durch das Gesetz, durch die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt werden. Sie sei namentlich dort beschränkt, wo der Aus- oder Umbau oder die Nutzung der Sonderrechtsteile die Zweckbestimmung oder Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft betreffe. Die Zweckbestimmung der Liegenschaft und die Regelung der Benutzungsart oblägen den Stockwerkeigentümern. In der Regel geschehe dies im Begründungsakt oder in einem Reglement. Bei der reglementarischen Umschreibung seien die üblichen Schranken von Art. 2 und Art. 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR sowie diejenigen zu beachten, welche sich aus der Institution des Stockwerkeigentums ergäben (E. 4.1).

Was zunächst die umstrittene Charakterisierung der spezifischen Nutzung der Wohnung durch die Tochter von A. anbelange, so handle es sich nicht um ein gewöhnliches Mietverhältnis, sondern – angesichts der unbestrittenen

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

Sachverhaltsfeststellungen (Reinigen der Wohnung, Beziehen der Betten, Betreuung der Gäste) – vielmehr um eine parahotelleristische Beherbergung. Charakteristisch bei dieser sei, dass im Unterschied zum klassischen Mietverhältnis – welches typischerweise nach einer Wohnungsbesichtigung und einem Auswahlverfahren mit Betreibungsregisterauszug etc. begründet werde – kein auf unbestimmte oder längere Dauer ausgerichteter Vertrag abgeschlossen werde, sondern dass der Gast auf einer Plattform oder auf andere Weise eine Unterkunft für eine bestimmte Anzahl von Nächten buche und pro Nacht zahle, allenfalls unter konkreter Addition einzelner Service-Dienstleistungen, und der Anbieter aufgrund von Antidiskriminierungsrichtlinien, wie namentlich Airbnb sie kenne, meist nicht frei sei, wenn er als Gast akzeptiere und wen nicht. Streitgegenstand bilde, ob diese Art der Wohnungsüberlassung mit der reglementarisch vorgesehenen Nutzungsweise vereinbar sei. Keine Rolle spielten dabei sozial- bzw. wohnpolitische Aspekte. Vielmehr gehe es einzig um die sachenrechtliche Perspektive, wobei die Fragestellung sei, ob und inwieweit sich die betreffende Nutzung im konkreten Einzelfall mit einer von der Stockwerkeigentümergemeinschaft bzw. im Begründungsakt erlassenen autonomen Satzung vertrage. Die Lehre gehe davon aus, 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 reellen Immissionen etc. – eine Nutzungsänderung der betreffenden Wohneinheiten oder sogar eine Zweckänderung der gesamten Liegenschaft mit sich bringen könne, wobei es für die Vereinbarkeit mit den Nutzungsbestimmungen insbesondere auch auf die Lage der in Frage stehenden Liegenschaft und auf die herkömmliche Benutzungsart angesichts der konkreten Situation bzw. durch die anderen Bewohner ankomme. Massgebend seien damit die Umstände des Einzelfalls. Vorliegend gehe es um ein gehobenes Wohnen mit entsprechender Infrastruktur, wobei diese eher einem privaten Bereich zuzuordnen sei (Schwimmbad und Sauna, tendenziell auch Fitnessraum). Es handle sich bei der Liegenschaft nicht um eine Ferienliegenschaft, sondern eine (Erst-)Wohnresidenz. Bei einer solchen Ausgangslage werde der reglementarisch vorgesehene Wohnzweck mit dem dauernden gewerbsmässigen Feilbieten einer Wohnung zur tageweisen Buchung auf Plattformen wie Airbnb gesprengt (E. 4.2).

Es dürfe bei dieser Feststellung aber nicht sein Bewenden haben. Vielmehr sei zu prüfen, ob der konkret gefasste Beschluss gesetzeswidrig sei. Dieser verbiete 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. Klar sei, dass im Regelfall ein generelles Vermietungsverbot vor Bundesrecht nicht standhalte und das Sonderrecht des Einzelnen wertmässig aushöhle und seines Kerngehalts beraube. Demgegenüber schränke ein 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. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Sinne der Komplementarität und Subsidiarität spiele dabei keine Rolle. Es fände keine (für das öffentliche Recht typische) allgemeine Interessenabwägung statt, sondern die Stockwerkeigentümergemeinschaft dürfe gestützt auf Art. 712g Abs. 3 ZGB grundsätzlich die Zweckbestimmung und die Nutzungsweise autonom festlegen. Sie müsse dabei einzig die Schranken beachten, wie sie sich aus Art. 2 und Art. 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR und aus der Institution des Stockwerkeigentums ergäben. Vorliegend könne aber weder von einer «Aushöhlung des Eigentums» die Rede sein noch liege eine Schikane vor. Vielmehr sei nachfühlbar, dass sich die anderen Bewohner der Liegenschaft durch die mit dem steten Wechsel zwangsläufig einhergehenden erhöhten Immissionen sowie durch das Auftauchen von unbekannten Personen in gemeinsamen Anlagen wie Schwimmbad und Sauna in ihrer Wohnqualität beeinträchtigt fühlten (E. 4.3).

Die Reglementänderung greife auch nicht in die tradierte oder gar in eine reglementarisch explizit vorgesehene Nutzung ein (E. 4.4).

Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 5).

III. Bemerkungen

Das Bundesgericht folgt im hier besprochenen Urteil[1] im Grundsatz u.a. meiner Auffassung, wonach in aller Regel, abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls,[2] eine Einschränkung der häufigen und kurzzeitigen Vermietung von Wohnungen durch Stockwerkeigentümer zulässig ist, ob diese Vermietung nun unter Zuhilfenahme von Platt-

---

1 S. dazu auch Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 4.4.2019: Urteil vom 4. April 2019 (5A_436/2018), Verbot zur Vermietung der Eigentumswohnung über Airbnb: Prüfung der Zulässigkeit in einem Einzelfall, Internet: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/5A_436_2018_yyyy_mm_dd_T_d_12_42_28.pdf (Abruf 1.7.2019); Kathrin Alder, Vermietung über Airbnb ist nicht immer zulässig, NZZ vom 5.4.2019, Internet: https://www.nzz.ch/schweiz/vermietung-ueber-airbnb-ist-nicht-immer-zulaessig-ld.1472675 (Abruf 1.7.2019).

2 S. schon BGE 144 III 19 E. 4.1; s.a. Martina Frischkopf, Zulässiges Verbot der Vermietung einer Stockwerkeinheit über Airbnb, dRSK vom 4.7.2019, N 14 ff.

formen wie Airbnb oder nicht erfolgt.[3] Das ist ein Thema, das im In- und Ausland die Gemüter bewegt.[4] Allerdings fragt sich, ob die in concreto durch das Bundesgericht beurteilte Regelung eines Verbots der tage-, wochen- und monateweisen Vermietung nicht über das Ziel hinausschiesst und diese entgegen der Meinung des Bundesgerichts im vorliegend beurteilten Fall nicht trotz allem unzulässig ist. Denn sie nähert sich bedrohlich einem generellen Vermietungsverbot, welches auch nach dem Bundesgericht im hier zu beurteilenden Fall als unzulässig anzusehen ist,[5] mindestens insoweit, als kurzfristige Vermietungen betroffen sind. So werden auch Fälle einmaliger kurzfristiger Vermietungen erfasst, z.B. die Vermietung an einen Dritten während eines kurzen Auslandsaufhalts des Bewohners im Sommer z.B. zu Studienzwecken[6] oder die Vermietung an einen Verwandten in einer kurzen Überbrückungszeit vor dessen Eintritt in ein Pflegeheim in Anwesenheit des Bewohners, welche an sich nicht verboten werden können. Entsprechend scheint mir die durch das Bundesgericht beurteilte Regelung ein Grenzfall zu sein, wobei ich sie im Gegensatz zum Bundesgericht eher als unzulässig betrachtet hätte, zumal unbestimmt ist, was eine tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung ist. Immerhin ist zuzugestehen, dass gewisse Generalisierungen (und damit gewisse «Ungerechtigkeiten» in Einzelfällen) zulässig sein müssen.[7]

Entsprechend propagierte ich (mehrheitlich) andere Lösungen als die im konkreten Fall beurteilte Regelung, nämlich Formulierungen, wonach eine Stockwerkeinheit «nicht mehr als während x Tagen pro Jahr (z.B. 21 Tage pro Jahr) und/oder nicht mehr als x Mal pro Jahr (z.B. 3 Mal pro Jahr) und/oder nicht kurz (z.B. unter 30 Tagen) und/oder nicht in Abwesenheit des Eigentümers vermietet werden darf».[8] Solche Regelungen stellen – neben dem Kriterium der Anwesenheit des Eigentümers bzw. des Bewohners – (mehrheitlich) nicht nur auf die Dauer der Vermietung, sondern auch auf die Häufigkeit der Vermietung ab.[9]

Einen nicht nur auf die Dauer, sondern auch auf die Häufigkeit der Vermietung abstellenden Ansatz verfolgte auch der Bundesrat in seiner Revisionsvorlage zur Rolle von Onlineplattformen bei der Untermiete,[10] auch wenn der Bundesrat die Revisionsvorlage nach der Vernehmlassung zu Recht aufgab.[11]

Trotz gewisser Bedenken, dass das hier diskutierte Urteil weckt, ist als positiv zu bewerten, dass das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil die durch häufige und kurzzeitige Vermietungen von Wohnungen durch Stockwerkeigentümer v.a. über Airbnb in bestimmten Situationen geschaffenen Probleme sieht, ernst nimmt und entsprechend willens ist, konkreten Regelungen zur Vermeidung solcher Probleme nicht zum Vornherein die Geltung abzusprechen. Positiv ist auch, dass mit dem hier besprochenen Urteil demonstriert wird, dass es bezüglich Freiheit und Einschränkungen der Nutzung einer Sonderrechtseinheit (wie auch der Nutzung einer Mietwohnung wie gerade gezeigt) keine gesetzgeberische Intervention braucht.[12]

Nachzutragen ist, dass der vorstehend mehrfach gebrauchte Begriff der Vermietung nicht im technischen Sin-

---

3 Markus Vischer, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017, 478 ff., 488; s.a. Markus W. Stadlin, Airbnb und Stockwerkeigentum – eine Hassliebe, NZZ vom 11.3.2019, Internet: https://www.nzz.ch/schweiz/airbnb-was-als-stockwerkeigentuemer-und-vermieter-zu-beachten-ist-ld.1466065 (Abruf 1.7.2019); Amédéo Wermelinger, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum – eine Übersicht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notars, Bern 2017 (zit. Aktuelle Fragen), 125 ff.; Amédéo Wermelinger, Stockwerkeigentum und Sharing Economy: eine Hassliebe?, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2017, Bern 2017 (zit. Sharing Economy), 135 ff.

4 S. für einen deutschen Entscheid Urteil des Bundesgerichtshofs, V ZR 112/18, 12.4.2019.

5 S.a. Vischer (FN 3), AJP 2017, 484.

6 Zu diesem Beispiel Vischer (FN 3), AJP 2017, 484.

7 Vischer (FN 3), AJP 2017, 484, 486, 488.

8 Vischer (FN 3), AJP 2017, 484, 485 f., 488; s.a. zum Kriterium der Anwesenheit des Eigentümers bzw. Bewohners Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 3), 136.

9 S.a. Wermelinger, Sharing Economy (FN 3), 172, mit folgendem, noch etwas restriktiverem Regelungsvorschlag: «Die permanente und gewerbsmässige kurzfristige Vermietung der Wohnungen oder Teile davon über eine Internet-Plattform, bei welcher der Stockwerkeigentümer oder ein sonstiger Berechtigter der Stockwerkeinheit keine Mitbewohnerschaft begründet und bei welcher aufgrund der Benutzungsweise Lärmimmissionen oder andere Nachteile für die anderen Stockwerkeigentümer zu befürchten sind, ist untersagt.»

10 Vorlage: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2946/Artikel_8a_VMWG.pdf (Abruf 1.7.2019); Bericht: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2946/Erlaeuterungen_Miete_Pacht_VMWG.pdf (Abruf 1.7.2019).

11 Medienmitteilung des BWO «Online-Vermittlungsplattformen: Bundesrat verzichtet auf Anpassung der Mietrechtsverordnung» vom 8.3.2019, Internet: https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-74250.html (Abruf 1.7.2019).

12 A.M. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Gutachten zur Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei den Art. 712a ff. ZGB (Stockwerkeigentum) vom 20.8.2018, verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/externe/gutachten-stockwerkeigentum-d.pdf (Abruf 1.7.2019), 11 ff.; a.M. wohl auch Davide Cerutti/Alex Domeniconi, Luftmatratze und Frühstück beim Stockwerkeigentum, Kurze Besprechung einer Medienmitteilung des Bundesgerichts mit einem tessinerischen Überblick, Jusletter vom 17.6.2019, N 18, wonach gemäss den Autoren das hier diskutierte Urteil ganz generell Probleme bei der Anwendung des geltenden Rechts auf Phänomene der digitalen Welt aufzeigt.

ne zu verstehen ist.[13] Entsprechend spielt die juristische Qualifikation des Verhältnisses zwischen Gastgeber und Gast (in der Terminologie von Airbnb) keine Rolle. Entsprechend hätte sich das Bundesgericht die Ausführungen zum Verhältnis zwischen Gastgeber und Gast sparen können, wonach es sich um kein gewöhnliches Mietverhältnis handle. Denn die juristische Qualifikation dieses Verhältnisses spielt keine Rolle. Vielmehr kommt es, wie das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zu Recht festhält, auf die konkrete Nutzung der in Frage stehenden Wohnung an, unabhängig davon, aufgrund welcher Rechtsverhältnisse die Nutzung erfolgt. Anzufügen ist, dass im Falle von Airbnb wohl im Allgemeinen im Verhältnis von Gastgeber und Gast von einem Mietvertrag oder einem Innominatkontrakt wie einem Gastaufnahmevertrag ausgegangen wird,[14] dass aber die Rechtsverhältnisse insgesamt, v.a. auch unter Einbezug von Airbnb und nicht nur des Gastgebers und des Gasts, noch zu wenig untersucht sind. Das erhellt auch ein Blick auf Uber, bei dem ebenso wie bei Airbnb in aller Regel nur ein Vertrag im Fokus des Interesses steht, aber im Unterschied zu Airbnb nicht der (eventuelle) Vertrag zwischen Fahrer und Fahrgast, sondern der (eventuelle) Vertrag zwischen Uber und dem Fahrer.[15]

Nachzutragen bzw. zu wiederholen ist, dass nicht nur die juristische Qualifikation der Nutzung der Stockwerkeinheit keine Rolle spielt. Vielmehr ist auch irrelevant, wie diese Nutzung zustande kommt, also unter Zuhilfenahme von Plattformen wie Airbnb oder nicht. Damit ist auch klar, dass ein Per-se-Verbot des Einsatzes von Plattformen wie Airbnb bezüglich der Nutzung von Stockwerkeinheiten unzulässig wäre.[16]

---

13 S. schon Vischer (FN 3), AJP 2017, 479.

14 Z.B. Alessia Dedual, Airbnb und Mietrecht, AJP 2018, 1507 ff., 1508 f.; Bundesrat, Die Regulierung der Beherbergungswirtschaft, Bericht vom 15.11.2017, Internet: https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20163625/Bericht%20BR%20D.pdf (Abruf 1.7.2019), 33.

15 S. die diversen Presseberichte über kürzlich gefällte Gerichtsurteile zur Beziehung zwischen Uber und Fahrer, z.B. Internet: https://www.srf.ch/news/wirtschaft/angestellt-oder-nicht-arbeitsgericht-in-lausanne-gibt-ex-uber-fahrer-recht (Abruf 1.7.2019); Internet: https://www.nzz.ch/zuerich/uber-gerichtsfaelle-muessen-zurueck-an-den-absender-ld.1405792 (Abruf 1.7.2019).

16 Gl.M. Cerutti/Domeniconi (FN 12), N 11.