Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb

Markus Vischer*

Der Kauf einer Eigentumswohnung und die anschliessende Vermietung an Dritte sind schon fast zum Volksport geworden. Dabei wird zunehmend Airbnb eingesetzt, zumal Untersuchungen zeigen, dass eine Vermietung über Airbnb ein Mehrfaches an Einnahmen bringt als eine klassische Vermietung. Da diese Vermietungen in der Regel häufig und nur für kurze Zeit erfolgen, verursachen sie in der Regel beträchtliche Immissionen, was die anderen Hausbewohner meist wenig freut. Es wird deshalb nach Mitteln und Wegen gesucht, solche Vermietungen einzuschränken. Nachfolgend wird untersucht, welche Einschränkungen zivilrechtlich möglich und zulässig sind.

L'achat d'un logement pour le louer à des tiers est presque devenu un sport national. Le recours à Airbnb est toujours plus fréquent depuis que des études ont révélé qu'une location par le biais de cette plateforme générait beaucoup plus de revenus qu'une location classique. Comme ces locations sont en règle générale fréquentes et de courte durée, elles créent souvent des immissions importantes, ce qui n'est pas pour réjouir les autres habitants de l'immeuble. Il faut dès lors trouver des moyens pour restreindre ce genre de locations. L'article examine ci-après les restrictions qui sont possibles et admises en droit civil.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Begriff der Eigentumswohnung
III. Inhalt des Sonderrechts
IV. Gesetzliche Schranken des Sonderrechts
V. Gewillkürte Schranken des Sonderrechts
  A. Einleitung
  B. Schranken der gewillkürten Schranken
  C. Benutzungszweck
  D. Stockwerkeigentümerreglement, Hausordnung oder sonstiger Stockwerkeigentümerbeschluss
  E. Verträge im Allgemeinen
  F. Dienstbarkeitsverträge
  G. Einspracherecht gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB gegen eine Vermietung
  H. Benutzung der gemeinschaftlichen Teile
VI. Zusammenfassung und Exkurs zu den zivilrechtlichen Schranken der Untervermietung von Wohnungen über Airbnb

I. Einleitung

Der Bau von Eigentumswohnungen boomt in der Schweiz und v.a. auch in den Städten der Schweiz.[1] Ebenso boomt in der Schweiz das Geschäft von Airbnb,[2] der bekanntesten digitalen Vermittlungsplattform von Wohn- und z.T. Geschäftsraum[3] und einem der prominentesten Vertreter der sog. Sharing Economy.[4] Das Statistische Amt des Kantons Zürich ermittelte per Ende August 2016 ca. 2'817 im Kanton Zürich auf Airbnb ausgeschriebene Ob-

---

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

1 S. z.B. für die Stadt Zürich https://www.stadt-zuerich.ch/content/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/webartikel/2016-02-23_Wohnbautaetigkeit-auf-Rekordniveau.html (Abruf 15.3.2017), wo aufgezeigt wird, dass Eigentumswohnungen 2015 dreimal so häufig wie 2014 erstellt wurden und 2015 28% der gesamten Wohnbautätigkeit ausmachte; s. auch für die gesamte Schweiz https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/wohnverhaeltnisse/mieter-eigentuemer.html (Abruf 15.3.2017), wo aufgezeigt wird, dass sich die Wohneigentumsquote stetig erhöht, was allerdings nicht nur auf die Zunahme von Eigentumswohnungen, sondern von Hauseigentum insgesamt zurückzuführen ist.

2 Roland Gamp, Über 2 Millionen Übernachtungen in der Schweiz 2016, Rekord-Jahr für Airbnb, Blick vom 12.2.2017, Internet: http://www.blick.ch/news/wirtschaft/ueber-zwei-millionen-uebernachtungen-in-der-schweiz-2016-rekord-jahr-fuer-airbnb-id6209037.html (Abruf 15.3.2017); Walliser Tourismus Observatorium, 3D Kartographie des Airbnb Phänomens im Wallis und in der Schweiz, Blitzschnelles Wachstum im Wallis, Internet: https://www.tourobs.ch/de/artikel-und-news/artikeln/id-4710-3d-kartographie-des-airbnb-phanomens-im-wallis-und-in-der-schweiz/ (Abruf 15.3.2017) mit den Schlagzeilen: «419% Zunahme vom Oktober 2014 bis Dezember 2016! Das Phänomen verstärkt sich….», «38% Zunahme in 6 Monaten, vom Juni bis Dezember 2016! Das Phänomen beschleunigt sich…», «Airbnb repräsentiert aktuell 56% des Walliser Hotel Angebots».

3 Zum Funktionieren von Airbnb z.B. Dominique Jud/Isabelle Steiger, Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?, Jusletter vom 30.6.2014, N 3 ff., und Bericht des Bundesrats vom 11.1.2017 über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, Internet: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf (Abruf 15.3.2017), 101; zu anderen ähnlichen (kommerziellen) Plattformen wie Housetrip, Wimdu oder 9flats Bericht des Bundesrats (FN 3), 101; s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 95, FN 185, zur nicht kommerziellen Plattform couchsurfing.

4 Zu diesem Begriff unter Einbezug nicht nur von P2P- (bzw. C2C-), sondern auch von B2C-Angeboten z.B. Bericht des Bundesrats (FN 3), 7, 95 f.

jekte, davon über 2'000 in den Städten Zürich und Winterthur.[5]

Die Gründe für diesen Boom sind vielfältig.[6] Sicher geht es auch ums Geld und Geldverdienen.[7] Airbnb wirbt wie folgt für sich: «Airbnb, gegründet im August 2008 mit Sitz in San Francisco, Kalifornien, ist ein vertrauenswürdiger Community-Marktplatz, auf dem Menschen einzigartige Unterkünfte auf der ganzen Welt inserieren, entdecken und buchen können – online oder vom Handy oder Tablet aus. Sei es eine Wohnung für eine Nacht, ein Schloss für eine Woche oder eine Villa für einen ganzen Monat – Airbnb führt Menschen in einzigartigen Reiseerlebnissen zusammen, in jeder Preisklasse und in über 65'000 Städten und 191 Ländern. Mit unserem erstklassigen Kundenservice und einer ständig wachsenden Zahl von Nutzern ist Airbnb der einfachste Weg, mit deinem freien Wohnraum Geld zu verdienen und ihn Millionen von Menschen vorzustellen.»[8]

Airbnb ermöglicht es dem «Gastgeber» (Terminologie Airbnb), «Gästen» (Terminologie Airbnb) die Benutzung von Wohn- und z.T. Geschäftsraum gegen Entgelt zu überlassen.[9] Im Regelfall ist der entsprechende, über Airbnb geschlossene Vertrag zwischen «Gastgeber» und «Gast» ein Mietvertrag. Der «Gastgeber» kann dem «Gast» neben der Benutzungsüberlassung von Wohn- oder Geschäftsraum aber auch weitere Leistungen anbieten, wie Verköstigung, Reinigungs-, Wäsche- oder Conciergeservice.[10] Je nachdem beinhaltet der über Airbnb geschlossene Vertrag zwischen «Gastgeber» und «Gast» alsdann nebst mietrechtlichen Elementen auch andere Elemente,[11] weshalb in solchen Fällen ein Innominatvertrag vorliegt,[12] z.B. ein Gastaufnahmevertrag.[13] Im Regelfall wird aber wie gesagt ein Mietvertrag zur Diskussion stehen bzw. mindestens grösstenteils Mietvertragsrecht anwendbar sein,[14] weshalb im Folgenden (leicht verkürzend und pauschalisierend) von einem Mietvertrag und dementsprechend von einer Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb ausgegangen wird.[15]

Im Angebot von Airbnb bzw. der diese Plattform benutzenden «Gastgeber» sind auch viele Eigentumswohnungen, wobei dies allerdings eher anekdotisch als statistisch belegt ist.[16]

---

5 Internet: http://www.statistik.zh.ch/internet/justiz_inneres/statistik/de/aktuell/mitteilungen/2016/airbnb.html (Abruf 15.3.2017).

6 Z.B. Bericht des Bundesrats (FN 3), 98, mit dem Stichwort «effizientere Nutzung von Ressourcen», s. auch 7, 18, 154, 174, Deloitte, Sharing Economy, Teile und Verdiene, Wo steht die Schweiz? Internet: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-de-cb-sharing-economy-teile-und-verdiene.pdf (Abruf 15.3.2017), mit den Stichworten «Sinkende Kosten, steigende Flexibilität»; betreffend Airbnb im Speziellen Bericht des Bundesrats (FN 3), 105 f. mit dem Stichwort «Diversifizierung des Beherbergungsangebots» in Bezug auf Preise, angebotene Objekte und Gebiete.

7 Andrea Martel, Auch beim Teilen geht's vorwiegend ums Geld, NZZ vom 3.6.2016, 26; s. auch Titel der Publikation von Deloitte (FN 6); s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 95, wonach ein Wesensmerkmal der Sharing Economy oder mindestens eines Teils davon die «Kommerzialisierung des bisher privaten Teilens unter Freunden und Bekannten» sei; bezüglich Airbnb selber: Mieterverband, Zerstört Airbnb Mietwohnungen in den Städten?, M&W vom 10.1.2017, Internet: https://www.mieterverband.ch/mv/politik-positionen/news/2017/zerstoert-airbnb-mietwohnungen-in-staedten.html (Abruf 15.3.2017): «'Airbnb ist das Vorzeigebeispiel der Sharing Economy', sagt Forscher Dominik Georgi vom Institut für Kommunikation und Marketing an der Hochschule Luzern. Die Grundidee sei, dass bislang ungenutzte Ressourcen doch genutzt würden. In Bezug aufs Wohnen heisst dies, dass unbelegte Zimmer oder auch ganze Unterkünfte temporär übers Internet vermietet werden. Diese neue Web-Industrie propagiert eine Philosophie des Teilens und des Gastgebertums. Aber es geht nicht um Barmherzigkeit, sondern um ein knallhartes Geschäft. Airbnb ist heute ein multinational operierender Milliardenkonzern.»; s. auch zur neuesten Finanzierungsrunde von Airbnb über 1 Mia. USD bei einer Bewertungsbasis von 31 Mia. USD z.B. Nils Jacobsen, Meedia vom 9.3.2017 (Internet: http://meedia.de/2017/03/09/airbnb-ist-bereits-31-milliarden-dollar-wert-und-schreibt-endlich-schwarze-zahlen/; Abruf 15.3.2017).

8 Internet: https://www.airbnb.ch/about/about-us (Abruf 15.3.2017).

9 Jud/Steiger (FN 3), N 11.

10 Jud/Steiger (FN 3), N 11.

11 Bericht des Bundesrats (FN 3), 112; Jud/Steiger (FN 3), N 11.

12 Bericht des Bundesrats (FN 3), 112; Jud/Steiger (FN 3), N 11.

13 Bericht des Bundesrats (FN 3), 112; Irène Spirig, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 2015, N 9 ff.; s. zum Gastaufnahmevertrag z.B. BGer, 4A_341/343/2016, 10.2.2017, E. 4.2, BGE 120 II 252, E. 2a, BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 292 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–29 OR, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015, und Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1198.

14 Jud/Steiger (FN 3), N 13, 19; s. auch BGE 119 II 453 E. 5c, wo das Bundesgericht stillschweigend davon ausgeht, dass gewisse Zusatzdienstleistungen des Vermieters den Mietvertrag nicht zu einem Innominatkontrakt machen; s. auch BGer, 4A_518/520/2014, 19.11.2014, E. 3, zur Anwendung von Art. 262 OR auf alle Arten von entgeltlichen Gebrauchsüberlassungen an Dritte.

15 Zur Anwendbarkeit von Art. 253a Abs. 2 OR auf dieses Mietverhältnis s. Bericht des Bundesrats (FN 3), 113 f.

16 Z.B. Jürg Zulliger, Die Wohnung als «Business Case», Tages-Anzeiger vom 28.11.2016, 10: «Eine Eigentumswohnung zu kaufen und an Dritte zu vermieten ist schon fast zum Volksport geworden. Immer öfter werden solche Wohnungen auch über Airbnb angeboten.»; s. auch Andrea Martel, Touristen als Konkurrenz für Mieter, NZZ vom 20.10.2016, Internet: https://www.nzz.ch/wirtschaft/touristen-appartements-statt-mietwohnungen-wie-airbnb-den-wohnungsmarkt-tangiert-ld.121830 (Abruf 15.3.2017), (zit. Touristen) mit Hinweis auf eine Studie des Walliser Tourismus-

Statistische Angaben über die Zeitdauer und die Häufigkeit der Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb gibt es für die Schweiz nicht. Es ist allerdings davon auszugehen, dass im Regelfall die Vermietung häufig erfolgt und die Vermietungsdauer kurz ist, weshalb v.a. die Hotellerie[17] bzw. die Beherbergungsbranche überhaupt[18] den Druck von Airbnb spürt.

Die häufige und kurze Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb erfolgt oft zu einem eigentlichen gewerblichen Zweck, zeigen doch Untersuchungen, dass eine Vermietung über Airbnb ein Mehrfaches an Einnahmen bringt als eine klassische Vermietung.[19] Die «Wohnung als Business Case»[20] steht im Einklang mit dem allgemeinen Trend der starken Zunahme der sog. bewirtschafteten Wohnungen, d.h. dem Trend der oft über Airbnb erfolgenden Vermietung von meist möblierten Wohnungen mit zusätzlichen Dienstleistungen wie Reinigungs-, Wäsche- oder Conciergeservice zu eigentlichen gewerblichen Zwecken.[21] Das Erbringen solcher zusätzlicher Dienstleistungen wird durch Airbnb auch gefördert.[22]

Angesichts der im Regelfall häufigen und kurzen Vermietung über Airbnb setzen (öffentlichrechtliche) Regulierungen des Geschäftsmodels von Airbnb im Ausland v.a. bei der höchstzulässigen Anzahl der Vermietungstage (London: 90 Tage pro Jahr;[23] Paris: 120 Tage pro Jahr;[24] Hamburg: 180 Tage pro Jahr[25])[26] oder der höchstzulässigen Zahl der Vermietungen (Berlin: 1x «im Leben»[27]) oder bei der zulässigen Mindestdauer der Vermietung (New York: Verbot des kurzen Untervermietens von bis zu 30 Tagen ohne Anwesenheit des Vermieters[28]) an.[29] Ziel dieser (sich stark im Fluss befindlichen und von Airbnb meist bekämpften)[30] Regulierungen ist es, die Vermietung von Wohnungen zu einem eigentlichen gewerblichen Zweck zu verhindern oder zumindest einzudämmen. Meist wird dabei geltend gemacht, dass es um Mieterschutz[31] und andere hehre Ziele geht. Sicher geht es aber auch dem Staat immer auch ums Geld, um Kurtaxen und Steuern etc.[32]

---

observatoriums, wonach 64% der auf Airbnb ausgeschriebenen Objekte Wohnungen und nicht Zimmer sind.

17 Z.B. S. Spaeth, Hoteliers rufen zum Kampf gegen Airbnb, 20 Minuten vom 10.11.2013, Internet: http://www.20min.ch/finance/news/story/Hoteliers-rufen-zum-Kampf-gegen-Airbnb-21480274 (Abruf 15.3.2017); Andrea Zimmermann, Airbnb bedroht Luzerner Hotellerie, zentralplus vom 23.12.2015, Internet: http://www.zentralplus.ch/de/news/wirtschaft/4806344/Airbnb-bedroht-Luzerner-Hotellerie.htm (Abruf 15.3.2017).

18 Bericht des Bundesrats (FN 3), 102.

19 Andrea Martel, Dank Airbnb rascher die Wohnung abbezahlt?, NZZ von 3.2.2017, 24, mit Hinweis auf eine diesbezügliche weltweite Studie von Nested; s. auch Martel, Touristen (FN 16), mit Hinweis auf eine Aussage von Wüst & Partner, wonach mehr als ein Viertel der Anbieter auf Airbnb mehr als eine Wohnung ausgeschrieben haben, was eine Geschäftstätigkeit impliziert; s. auch den «claim» von Airbnb selber, mit dem der Aspekt des Geldverdienens in den Vordergrund gerückt wird: «Mit unserem erstklassigen Kundenservice und einer ständig wachsenden Zahl von Nutzern ist Airbnb der einfachste Weg, mit deinem freien Wohnraum Geld zu verdienen und ihn Millionen von Menschen vorzustellen.» (Internet: https://www.airbnb.ch/about/about-us; Abruf 15.3.2017); s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 105, wonach Airbnb immer häufiger von kommerziellen Anbietern genutzt wird; s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 96, wonach «Peer-to-Peer Modelle mit dem Marktwachstum in vielen Bereichen/auf vielen Plattformen mit der Zeit von Business-to-Consumer Modellen überholt zu werden» scheinen.

20 Zulliger (FN 16), 10.

21 Z.B. für die Stadt Zürich https://www.stadt-zuerich.ch/content/prd/de/index/statistik/publikationen-angebote/publikationen/webartikel/2017-01-26_Apartmentwohnungen-in-Zuerich.html (Abruf 15.3.2017), und Urs Rey, Zahlen zu Ferienwohnungen und Apartments in Zürich, NZZ vom 28.1.2017, 57; Bericht des Bundesrats (FN 3), 106; s. auch htr hotel revue vom 17.6.2016, zur Ankündigung eines zukünftigen Angebots von Zusatzdienstleistungen von Airbnb selber, Internet: https://www.htr.ch/hotellerie/airbnb-will-kuenftig-zusatzdienstleistungen-anbieten-43385.html (Abruf 15.3.2017).

22 Z.B. Sönke Krüger, Airbnb plant die nächste Reiserevolution, Internet: https://www.welt.de/reise/article162719335/Airbnb-plant-die-naechste-Reiserevolution.html (Abruf 15.3.2017) zum neuesten Projekt von Airbnb, das Vermitteln von «experiences» durch «Gastgeber» zu vermarkten.

23 Gerald Hosp, Mit offen-verschlossenen Armen, NZZ vom 30.12.2016, 26.

24 Rudolf Balmer, Kontrolle erwünscht, NZZ vom 30.12.2016, 27.

25 Christoph Eisenring, Häuserkampf in der Hauptstadt, NZZ vom 30.12.2016, 27.

26 S. auch New Orleans mit einer zwischen New Orleans und Airbnb vereinbarten höchstzulässigen Anzahl der Vermietungstage von 90 Tagen pro Jahr (Andrea Martel, Mit- statt Gegeneinander, NZZ vom 30.12.2016, 27).

27 Eisenring (FN 25), 27.

28 Christiane Henkel, Jahrelanges Tauziehen im Big Apple, NZZ vom 30.12.2016, 26.

29 S. auch Genf mit dem Verbot der Umwandlung von Mietwohnungen in möblierte Unterkünfte (Andrea Martel, Schweizer Städte warten ab, NZZ vom 30.12.2016, 27).

30 S. z.B. zur Situation in Barcelona Daniel Baumann, Ferienwohnungen – Airbnb begrenzt Vermietungsdauer, Berliner Zeitung vom 3.2.2017, Internet: http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/ferienwohnungen-airbnb-begrenzt-vermietungsdauer-25674132 (Abruf 15.3.2017).

31 Motto: «Touristen als Konkurrenz für Mieter», s. Artikel mit dem entsprechenden Titel von Martel (FN 16).

32 S. z.B. zur Situation in Luzern Markus Mathis, «Wir schaffen sicher keine Airbnb-Polizei», zentralplus vom 14.2.2017, Internet: http://www.zentralplus.ch/de/news/wirtschaft/5524653/%C2%AB Wir-schaffen-sicher-keine-Airbnb-Polizei%C2%BB.htm (Abruf 15.3.2017); Jannis Papadimitriou, Neue Airbnb-Steuer soll griechischem Tourismus-Sektor helfen, DW vom 6.2.2017, Internet: http://www.dw.com/de/neue-airbnb-steuer-soll-griechischem-tourismus-

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb zivilrechtliche Schranken gesetzt sind bzw. gesetzt werden können. Nicht geprüft werden öffentlich-rechtliche, steuerrechtliche und andere Schranken.[33]

II. Begriff der Eigentumswohnung

Unter einer Eigentumswohnung wird eine Wohnung verstanden, die im Stockwerkeigentum einer Person steht.[34] Eine Wohnung ist ein Raum, der dem Wohnen dient.[35] Beim Stockwerkeigentum handelt es sich entgegen dem etwas missverständlichen Begriff[36] nach der Legaldefinition in Art. 712a Abs. 1 ZGB nicht um Volleigentum an einem Stockwerk, sondern um einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes, also nicht unbedingt ein ganzes Stockwerk, ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Prägend für das Stockwerkeigentum ist damit das Sonderrecht.[37] Es verleiht dem Stockwerkeigentümer eine quasi eigentumsähnliche Stellung.[38]

III. Inhalt des Sonderrechts

Gemäss Art. 712a Abs. 1 ZGB ist wie erwähnt Inhalt des Sonderrechts, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Das wird in Art. 712a Abs. 2 ZGB wiederholt. Zudem wird in Art. 712a Abs. 2 ZGB dem Recht zur Benutzung und zum Ausbau das Recht zur Verwaltung hinzugefügt.[39]

IV. Gesetzliche Schranken des Sonderrechts

Das Sonderrecht unterliegt den allgemeinen gesetzlichen Schranken des Grundeigentums,[40] ist es doch ein untrennbar mit einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück verbundenes Recht.

Dazu kommen die in Art. 712a Abs. 2 ZGB erwähnten (gesetzlichen[41]) Schranken, welche den allgemeinen Grundsatz der schonenden Rechtsausübung, das *civiliter uti,* konkretisieren.[42] Danach darf der Stockwerkeigentümer durch die Ausübung seines Sonderrechts (in Bezug auf die Verwaltung, Benutzung und bauliche Ausgestaltung) die gleichen Rechte anderer Stockwerkeigentümer nicht einschränken und die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusserer Erscheinung beeinträchtigen.[43]

V. Gewillkürte Schranken des Sonderrechts

A. Einleitung

Das Sonderrecht unterliegt aber nicht nur den gesetzlichen Schranken, sondern auch gewillkürten Schranken,[44] welche von der Stockwerkeigentümergemeinschaft und/oder den einzelnen Stockwerkeigentümern ausgehen können.[45]

---

sektor-helfen/a-37428278 (Abruf 15.3.2017); s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 102 f., 123 ff.

33 Zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen Bericht des Bundesrats (FN 3), 101 ff.

34 Nicola Haas, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts, Unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1 f.

35 Z.B. Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. SVIT-K), Art. 253a OR N 5.

36 Z.B. Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 712a ZGB N 7.

37 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 19: «Stockwerkeigentum […] ohne Sonderecht gibt es nicht.»

38 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 21; s. auch zur Qualifikation des Sonderrechts als «droit réel sui generis» BGE 116 II 275 E. 3b.

39 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 23.

40 Z.B. BGE 139 III 1 E. 4.3.1; BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.2; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2003, E. 4.3; z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 42 ff.

41 Pascal Wirz, Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Genf 2008, 67.

42 Z.B. Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit. BK-Meier-Hayoz/Rey), Art. 712a ZGB N 68 f.; s. auch Art. 737 Abs. 2 ZGB zu diesem Grundsatz im Dienstbarkeitsrecht; s. auch BGE 113 II 15 E. 3, ganz allgemein zu den Grundregeln des menschlichen Zusammenlebens «unter einem Dach» beim Stockwerkeigentum.

43 BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.1; BGer, 5A_428/429/2008, 19.3.2009, E. 4.5.2, 5.3; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.2.1; z.B. BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.1; BGer, 5A_428/429/2008, 19.3.2009, E. 4.5.2; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2003, E. 4.3; z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 50 ff., N 53 ff., N 58 ff.

44 Z.B. BGE 139 III 1 E. 4.3.1; BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.2; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2; BGE 111 II 330 E. 7; z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 69.

45 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 69.

B. Schranken der gewillkürten Schranken

Selbstverständlich dürfen gewillkürte Schranken des Sonderrechts nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung festgesetzt werden.[46] Es gelten zunächst die allgemeinen Schranken, z.B. die Schranken in Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), in Art. 27 ff. ZGB (Schutz der Persönlichkeit) oder in Art. 19/20 OR (u.a. Sitten- und Rechtswidrigkeit).[47]

Zusätzlich gilt, dass der Kerngehalt des Sonderrechts nicht verletzt werden darf.[48] Dieser Kerngehalt wird gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB u.a. dann nicht verletzt, wenn das Sonderrecht so beschränkt wird, dass seine Ausübung (in Bezug auf die Verwaltung, Benutzung und bauliche Ausgestaltung) die gleichen Rechte anderer Stockwerkeigentümer nicht einschränkt, oder dass seine Ausübung (in Bezug auf die Verwaltung, Benutzung und bauliche Ausgestaltung) die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigt oder in ihrer Funktion und äusserer Erscheinung beeinträchtigt.[49] Dementsprechend können gewerbliche Benutzungen, welche Immissionen verursachen, untersagt werden, wenn sie die Rechte anderer Stockwerkeigentümer einschränken.[50] Nicht aber können gewerbliche Benutzungen *per se* verboten werden,[51] d.h. insbesondere nicht *per se* die Ausübung der sog. stillen Berufe wie Sprachlehrer von Privatschülern, Schriftsteller, Journalisten.[52] Bei den relevanten Immissionen kann es sich nicht nur um reelle, sondern auch um ideelle Immissionen handeln. Ebenso können Gebrauchsüberlassungen an Dritte nicht *per se* verboten werden,[53] sondern nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 712a Abs. 2 ZGB gegeben sind.

Diese Schranken der gewillkürten Schranken des Sonderrechts sind Teil des Minderheitenschutzes im Stockwerkeigentumsrecht,[54] das ansonsten vom Mehrheitsprinzip beherrscht wird.[55]

C. Benutzungszweck

Der Benutzungszweck des Grundstücks wird durch die Stockwerkeigentümer festgelegt. Er wird in der Regel im Begründungsakt[56] oder im Reglement[57] explizit festgeschrieben, entweder positiv (welche Benutzungsweisen sind zulässig?) oder negativ (welche Benutzungsweisen sind nicht zulässig?).[58] Der Benutzungszweck kann sich aber auch implizite[59] aus den konkreten Umständen und insbesondere der historischen Benutzung des in Frage stehenden Grundstücks ergeben.[60] Er kann z.B. in einem Wohnzweck oder einem gewerblichen Zweck oder

---

46 BGE 111 II 330 E. 8: «Beschränkung der Beschränkung».

47 Z.B. BGE 139 III 1 E. 4.3.2; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2.1; BGer, 5C.252/2003, 18.3.2004, E. 2.2; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.2.1; BSK ZGB II-Bösch, Art. 712a N 7a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Bösch); z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 70; Wirz (FN 41), 143 ff.; s. auch BGE 111 II 330 E. 4, zur zurückhaltenden Anwendung von aus Art. 27 ff. ZGB abgeleiteten Schranken, und E. 6, zum Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke; zur Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Stockwerkeigentumsrecht im Allgemeinen z.B. BGE 131 III 459 E. 5.4; s. auch Rolf H. Weber, Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergemeinschaft, ZBGR 1979 (zit. Minderheitenschutz), 164 ff., zum Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke.

48 Z.B. BGE 130 III 450 E. 2.3; BGer, 5C.252/2003, 18.3.2004, E. 2.4.2; z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 71; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 44, Weber, Minderheitenschutz (FN 47), 159 ff.

49 Cour d'Appel Civile du Tribunal Cantonal du Canton de Vaud PO12.02359, 2.3.2016, E. 3.2.2.4, mit Hinweis auf BGE 130 III 441 E. 3.4; Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 71; in BGE 111 II 330 E. 8 (bestätigt in BGE 116 II 275 E. 3b), wird dies auch aus einer analogen Anwendung von Art. 730 ZGB bzw. des darin enthaltenen Grundsatzes der «Beschränktheit der Belastung» hergeleitet; s. dazu z.B. BGE 116 II 275 E. 3b; Bettina Hürlimann-Kaup, Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Dienstbarkeiten im Wandel – von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, 22./23.10.2014, Bern 2014, 71 ff.; Wirz (FN 41), 172.

50 Z.B. BGE 139 III 1 E. 4.4.1, bezüglich Verbot eines Kinderhorts; BGer, 5C.16/2004, 2.3.2004, E. 3.4, bezüglich Verbot einer bis in die Morgenstunden geöffneten Café-Bar; BGer, 5C.195/2002, 23.12.2002, E. 2.2, bezüglich Verbot der Einzelvermietung der verschiedenen Zimmer einer Stockwerkeinheit; BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Art. 712a N 7; Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 82; Wirz (FN 41), 168.

51 Z.B. BGer, 5C.252/2003, 18.3.2004, E. 2.2; Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 82; Wirz (FN 41), 167; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 45 ff.

52 Wirz (FN 41), 168, auch zu den Grenzfällen des Anwalts- oder Arztberufs; s. dazu auch BGE 111 II 330 E. 9.

53 BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Art. 712a N 8; Rolf H. Weber, Die Stockwerkeigentümergemeinschaft, Praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 1979 (zit. Stockwerkeigentümergemeinschaft), 232; Hans-Peter Friedrich, Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1972, § 12 N 8.

54 Weber, Minderheitenschutz (FN 47), 158 ff.

55 Haas (FN 34), N 102.

56 Dazu Art. 712d Abs. 2 ZGB.

57 Dazu Art. 712g Abs. 3 ZGB.

58 Wermelinger (FN 36), Art. 721a ZGB N 150a; Wirz (FN 41), 167.

59 «Au second plan»: z.B. BGE 139 III 1 E. 4.3.3.

60 BGer, 5C.264/2006, 30.3.2007, E. 2.2; Wirz (FN 41), 169 f.

in Beidem bestehen.[61] Er kann aber auch in einem Erstwohnungszweck liegen.[62] Es gibt zudem Fälle, wo (weder explizite noch implizite) ein Benutzungszweck festgelegt wurde.[63]

Der bereits erwähnte Art. 712a Abs. 2 ZGB schützt die zweckbestimmungsgemässe Benutzung aller Stockwerkeinheiten.[64] Eine Änderung der Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit ist dementsprechend (vorbehältlich der Zustimmung der anderen Stockwerkeigentümer) nicht zulässig, wenn es die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten einschränkt, was grundsätzlich im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist.[65]

Eine Einschränkung der Benutzung anderer Stockwerkeinheiten ist regelmässig dann zu bejahen, wenn die Änderung der Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit den Gesamtcharakter der Liegenschaft beeinflusst. In diesem Fall bedarf die Änderung als Zweckänderung des Grundstücks insgesamt gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer.[66] Als eine solche, den Gesamtcharakter des Grundstücks insgesamt beeinflussende Änderung hat das Bundesgericht die Umnutzung von Wohnungen in Hotelzimmer qualifiziert.[67] Eine solche Änderung würde wohl auch vorliegen, wenn bei einem Wohnhaus mit Erstwohnungszweck eine Umnutzung von Wohnungen von Erstwohnungen zu Zweitwohnungen vorgenommen wird.[68]

Beeinflusst die Änderung der Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit dagegen nicht den Gesamtcharakter des Grundstücks, beeinträchtigt sie aber trotzdem auf andere Art die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB, so bedarf sie gemäss Art. 647b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB der Zustimmung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertreten.[69]

Die Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb kann eine Zweckänderung des Grundstücks insgesamt bewirken, z.B. wenn in einem für Wohnzwecke bestimmten Grundstück eine Eigentumswohnung für einen immissionsreichen gewerblichen Zweck (z.B. für den Betrieb eines Pop-up-Store[70]) vermietet wird. Das kann auch der Fall sein, wenn bei einem für Wohnzwecke bestimmten Grundstück die Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb zu Wohnzwecken selbst das Ausmass einer eigentlichen gewerblichen Tätigkeit annimmt.[71] Wann der Fall ist, ist unklar und hängt von den konkreten Umständen ab. Die Grenze ist nach dem Bundesgericht jedenfalls dann überschritten, wenn die Vermietung zu einem eigentlichen Hotelbetrieb führt.[72] Die Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb kann aber auch eine blosse Benutzungsänderung sein, welche dann unzulässig ist, wenn sie zwar den Gesamtcharakter des Grundstücks nicht beeinflusst, aber trotzdem gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten beeinträchtigt, z.B. durch die reellen Immissionen beim häufi-

---

61 Z.B. BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 4.3: «zweigeteilte Zweckbestimmung» durch «Wohnen» und «Beherbergung von Dritten»; BGer, 5C.264/2006, 30.3.2007, E. 2.2: «Wohn- und Geschäftshaus».

62 Arnold F. Rusch, Sachenrechtliche Instrumente gegen Zweitwohnungen, ZBGR 2012 (zit. ZBGR 2012), 145.

63 Z.B. BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 4.1.

64 Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 50.

65 Z.B. BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.3; Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 50 f.

66 Z.B. BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.3; BGE 139 III 1 E. 4.3.3; BGer, 5A_760/2011, 18.5.2012, E. 4.3.3; BGer, 5A_428/429/2008, 19.3.2009, E. 4.5.2; BGer, 5C.264/2006, 30.3.2007, E. 2.1; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.2.1; BGE 111 II 330 E. 2; Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 150c.

67 BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 5; kritisch dazu Wermelinger (FN 36), Art. 721a ZGB N 150d, und Bettina Hürlimann-Kaup, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2013, 354 f.

68 Rusch, ZBGR 2012 (FN 62), 145.

69 Bejaht in BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.3 und 2.3.4, bezüglich Umnutzung einer Stockwerkeigentumseinheit von einer Buchhandlung/von einem Reisebüro in eine Kaffeebar mit Öffnungszeiten während der ganzen Woche und bis um 2 Uhr morgens; in BGer, 5A_428/429/2008, 19.3.2009, E. 4.5.2, bezüglich Umnutzung einer Wohnung in einen Privatclub; in BGer, 5C.264/2006, 30.3.2007, E. 2.1 und 2.2, bezüglich Umnutzung eines Gemüsehandelsgeschäfts mit Büros, Lagerräumen, Weinkellern und Weintanks in ein Sportgeschäft mit Verkaufsladen und in eine Werkstatt für Skigerät; in BGE 130 III 450 E. 2.1, 2.3, bezüglich Umnutzung eines Estrichs oder einer Waschküche in eine Wohnung (s. dazu auch Wermelinger [FN 36], Art. 712a ZGB N 150e, welcher die Zuständigkeit des diesbezüglich notwendigen Beschlusses der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht auf Art. 647b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB, sondern auf Art. 712m Abs. 2 Ziff. 1 ZGB abstützt); in BGer, 5C.16/2004, 2.3.2004, E. 3.4, bezüglich Umnutzung eines Ladenlokals in eine bis in die Morgenstunden geöffneten Café-Bar; in BGer, 5C.14/1993, 1.11.1993, publiziert in ZBGR 1997, 52 ff., E. 1c, bezüglich Umnutzung eines Optikergeschäfts in einen Spielsalon; eher verneint, schlussendlich aber offengelassen, in BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.6, bezüglich Umnutzung eines Tea-Rooms in eine Kaffeebar mit Alkoholausschank bei gleichbleibenden Öffnungszeiten; verneint in BGE 130 III 441 E. 2, bezüglich Umnutzung (Umbau) einer Tennishalle in eine Wellnessanlage; in BGE 111 II 330 E. 9, bezüglich Umnutzung eines Ausstellungsraums eines Privatmuseums mit beschränktem öffentlichen Zutritt in eine Anwaltspraxis und in einen Musikalien- und Schallplattenverlag.

70 Zum Begriff z.B. https://de.wikipedia.org/wiki/Pop-up-Verkauf (Abruf 15.3.2017).

71 Thomas Oberle vom HEV, zit. von Zulliger (FN 16), 10.

72 BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 5, mit Hinweis auf BGer, C.419/1982, 3.3.1983, E. 4, bezüglich Umnutzung von Wohnungen in Hotelzimmer.

gen Ein- und Ausziehen oder durch die ideellen Immissionen häufig wechselnder Nachbarn. Wann dies der Fall ist, ist erneut unklar und hängt wiederum von den konkreten Umständen ab.

Sollen der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb Schranken gesetzt werden, so ist mit der Festlegung des Benutzungszwecks im üblichen Rahmen nicht wirklich etwas erreicht. Vielmehr müsste der Benutzungszweck in Anlehnung an die geschilderten öffentlichrechtlichen Regulierungen detaillierter umschrieben werden, z.B. durch eine Umschreibung, dass die Eigentumswohnungen 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 dürfen.[73] Nur mit solch klaren und detaillierten Regelungen wird Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit geschaffen. Die Grenzen solcher Umschreibungen ergeben sich wie gesagt aus Art. 712a Abs. 2 OR, wobei aber ein Ermessensspielraum der Stockwerkeigentümer besteht, in den gerichtlich im Zweifelsfall nicht eingegriffen werden sollte. Gewisse Generalisierungen sind somit zulässig.[74]

Nicht zulässig unter diesem Gesichtswinkel dürfte ein generelles Verbot der Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb (und damit z.B. der Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb während eines Auslandaufenthalts des Eigentümers im Sommer[75]) sein.[76]

D. Stockwerkeigentümerreglement, Hausordnung oder sonstiger Stockwerkeigentümerbeschluss

Gleichermassen wie mit der Festlegung des Benutzungszwecks können mit einem Stockwerkeigentümerreglement, einer Hausordnung oder einem sonstigen Stockwerkeigentümerbeschluss *(ad hoc)* der Benutzungsweise einzelner Stockwerkeinheiten Schranken gesetzt werden.[77] Es kann deshalb auf das zum Benutzungszweck Gesagte verwiesen werden.

E. Verträge im Allgemeinen

Gleichermassen wie mit der Festlegung des Benutzungszwecks und mit einem Stockwerkeigentümerreglement, einer Hausordnung oder einem sonstigen Stockwerkeigentümerbeschluss können der Benutzungsweise einzelner Stockwerkeinheiten mit einem Vertrag Schranken gesetzt werden.[78] Überhaupt qualifiziert das Bundesgericht die Schrankensetzung mit einem Stockwerkeigentümerreglement, einer Hausordnung oder einem sonstigen Stockwerkeigentümerbeschluss als vertraglich.[79] Das ist nicht falsch, sind doch Stockwerkeigentümerreglemente und Hausordnungen grundsätzlich vertraglicher Natur. Wie die Statuten bei der Aktiengesellschaft[80] haben Stockwerkeigentümerreglement und Hausordnung aber auch Normcharakter,[81] so dass Stockwerkeigentümerreglement und Hausordnung insgesamt einen Doppelcharakter haben.[82]

F. Dienstbarkeitsverträge

Eine Stockwerkeinheit kann mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten zugunsten eines Grundstücks oder

---

73 Thomas Oberle vom HEV, zit. von Zulliger (FN 16), 10.

74 S. auch BGer, 5C.195/2002, 23.12.2002, E. 2.2, wo ein Verbot der Einzelvermietung der verschiedenen Zimmer einer Stockwerkeinheit aufgrund eines Reglements, wonach die Stockwerkeinheiten in erster Linie Wohnzwecken zu dienen haben, und gewerbliche Betriebe wie Restaurants und Pensionen unzulässig seien, als zulässig erachtet wurde.

75 Thomas Oberle vom HEV, zit. von Zulliger (FN 16), 10.

76 A.M. Dominik Romang vom Stockwerkeigentümerverband, zit. von Zulliger (FN 16), 10.

77 BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.2; BGE 139 III 1 E. 4.3.1; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2; BGE 111 II 330 E. 7; Wirz (FN 41), 174 ff., 188 ff., 194 ff.; s. auch Rusch, ZBGR 2012 (FN 62), 145 und 136, zu Reglementsbestimmungen, welche eine Erstnutzungsverpflichtung und einen Vermietungszwang einer Stockwerkeinheit enthalten.

78 Wirz (FN 41), 204 ff.; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 39, 42.

79 «restrictions conventionelles»: z.B. BGer, 5A_816/2012, 15.4. 2013, E. 2.3.2; BGE 139 III 1 E. 4.3.1; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2; «rechtsgeschäftlich vereinbarte […] Nutzungsbeschränkung»: BGE 111 II 330 E. 7, auch E. 6 a.E., wonach der Käufer einer Stockwerkeinheit beim Kauf um eine bestimmte Bestimmung im Stockwerkeigentümerreglement wusste und ihm diese deshalb nicht «aufgenötigt» worden sei; zu dieser Argumentation der Gleichwertigkeit von Abschlussfreiheit und Beitrittsfreiheit und Vertragsschluss und Beschluss im Allgemeinen bezüglich gesellschaftsrechtlicher Schiedsklauseln Thomas Ritter, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten, unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsklauseln, Zürich/Basel/Genf 2015, N 634 ff.

80 Z.B. Markus Vischer, Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 538.

81 S. auch Art. 649a ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB.

82 Wermelinger (FN 36), Art. 712g ZGB N 106, 176, welcher von «verstärkter Rechtswirkung» von Stockwerkeigentümerreglement und Hausordnung spricht; s. auch z.B. BGE 131 III 459 E. 5.3; 125 II 348 E. 2; 111 II 330 E. 6; BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Vor Art. 712a–t N 7, Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 1 N 104, und BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB N 47 ff., zur körperschaftsähnlichen Ausgestaltung der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

zugunsten einer Person belastet werden, da die Stockwerkeinheit gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB ein Grundstück ist.[83] Sie kann insbesondere auch zugunsten einer anderen Stockwerkseinheit,[84] mehrerer oder aller anderen Stockwerkeinheiten oder des Stammgrundstücks oder zugunsten eines anderen Stockwerkeigentümers oder mehrerer oder aller anderen Stockwerkeigentümer belastet werden.[85]

Dienstbarkeiten dürfen gemäss Art. 730 ZGB (bzw. gemäss Art. 781 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 730 ZGB) nur ein Dulden oder Unterlassen und nur nebensächlich eine Verpflichtung zu einem positiven Tun zum Inhalt haben.[86] Im Zusammenhang mit der Vermietung von Stockwerkeinheiten über Airbnb interessieren v.a. drei Arten von Dienstbarkeiten, nämlich solche mit Gewerbebeschränkungen, Immissionsbeschränkungen und ganz direkt Vermietungsbeschränkungen.

Dienstbarkeiten mit Gewerbebeschränkungen sind nur insoweit zulässig, als sie Gewerbe ausschliessen, die das belastete Grundstück prägen.[87]

Man spricht in diesem Zusammenhang von der Prägungsformel als Test für die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Dienstbarkeit. Die Bezeichnung wurde von Rey geschaffen.[88] Die Formel selbst geht inhaltlich auf Liver zurück, der allerdings ein zusätzliches Element in seine «Prägungsformel» integriert hatte, nämlich die Notwendigkeit der Immissionsträchtigkeit der mit der Dienstbarkeit verbotenen Tätigkeit.[89]

Die Prägungsformel des Bundesgerichts führt dazu, dass für Belastungen einer Stockwerkeinheit mit einer Dienstbarkeit mit einer Gewerbebeschränkungen letztlich die gleichen Schranken wie für die sonstigen Einschränkungen des Sonderrechts bestehen, zumal das Bundesgericht diese Schranken auch mit Hinweis auf Art. 730 ZGB begründet.[90] Zulässig sind damit Dienstbarkeiten mit einer Gewerbebeschränkung, die ausschliessen, dass in einer Stockwerkeinheit eine Benutzungsänderung stattfindet, welche den Gesamtcharakter der Liegenschaft beeinflussen würde.[91] Zulässig sind auch Dienstbarkeiten mit einer Gewerbebeschränkung, die ausschliessen, dass durch die Benutzung einer Stockwerkeinheit die Benutzung anderer Stockwerkeinheiten gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB auf andere Art als durch Beeinflussung des Gesamtcharakters der Liegenschaft beeinträchtigt wird.[92] Nicht zulässig sind dagegen Dienstbarkeiten, die jede gewerbliche Tätigkeit ausschliessen.[93]

Zulässig ist damit z.B. eine Dienstbarkeit, welche in einem Wohnhaus eine häufige und kurze Vermietung ei-

---

83 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 721c ZGB N 67; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 104; Heinz Rey, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband: Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und Art. 731 ZGB, N 214 ff.

84 BGE 130 III 306 E. 3.2; z.B. BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 114 ff.

85 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 721c ZGB N 67.

86 Z.B. Arnold F. Rusch, Der Inhalt von Dienstbarkeiten. Gewerbebeschränkungen, Immissionsschutz, Nebenverpflichtungen und Unterhalt, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Zürich 2017 (zit. Inhalt von Dienstbarkeiten), 1 f.; Hürlimann-Kaup, Schranken (FN 49), 61.

87 BGE 123 III 337 E. 2c/bb, betreffend eine Dienstbarkeit, welche andere gewerbliche Benutzungen als den Betrieb einer Zimmerei auf dem belasteten Grundstück ausschliesst: «Le principe précité a été concrétisé en ce sens qu'une servitude négative, qu'elle soit personnelle ou foncière, est admissible seulement si l'activité qu'elle interdit détermine l'état physique du fonds servant, son apparence extérieure, son caractère économique ou social […]. L'activité interdite par la servitude doit affecter le caractère de l'immeuble de manière perceptible de l'extérieur […].»; s. auch BGE 114 II 314 E. 3c, betreffend eine Dienstbarkeit, welche den Betrieb einer Bäckerei und Konditorei auf dem belasteten Grundstück ausschliesst; z.B. Rusch, Inhalt von Dienstbarkeiten (FN 86), 2 ff., auch mit dem richtigen Hinweis, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Prägungsformel mit BGer, 5A_171/2008, 13.5.2008, E. 3a, betreffend eine Dienstbarkeit, welche den Handel mit Treibstoffen, Schmiermitteln und ähnlichen Produkten auf dem belasteten Grundstück ausschliesst, nicht änderte; Hürlimann-Kaup, Schranken (FN 49), 74 ff.

88 Heinz Rey, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, 489.

89 Peter Liver, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 2. A. in neuer Bearbeitung, Die Grunddienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, Zürich 1968 (zit. ZK-Liver), Art. 730 ZGB N 110; s. zur Prägungsformel des Bundesgerichts und zur Prägungsformel von Liver bzw. deren Unterschied z.B. Jörg Schmid/Dominic Buttliger, Zwei Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht: Prägungsformel und nebensächliche Verpflichtungen, ZBJV 2017, 118, FN 4, 123 f.; zur Gutheissung der Prägungsformel des Bundesgerichts z.B. Manfred Zobl, Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten, Adliswil 1976, 98.

90 S. FN 49.

91 S. V.C., also z.B. analog dem BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 5, eine Dienstbarkeit mit Gewerbebeschränkung in einem Wohnhaus, welche die Aufnahme eines Hotelbetriebs durch Umnutzung von Wohnungen in Hotelzimmer verbietet.

92 S. V.C., also z.B. analog dem BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.3 und 2.3.4, eine Dienstbarkeit mit Gewerbebeschränkung in einem Geschäftshaus mit Benutzungen als Buchhandlung/als Reisebüro, welche die Aufnahme des Betriebs einer Kaffeebar mit Öffnungszeiten während der ganzen Woche und bis um 2 Uhr morgens verbietet; aber z.B. analog BGE 111 II 330 E. 9, nicht eine Dienstbarkeit mit Gewerbebeschränkung in einem Privatmuseum mit beschränktem öffentlichem Zutritt, welche die Aufnahme des Betriebs einer Anwaltspraxis und eines Musikalien- und Schallplattenverlags verbietet.

93 BGE 123 III 337 E. 3a; z.B. Wirz (FN 41), 172; Zobl (FN 89), 108.

ner Eigentumswohnung über Airbnb (oder anderweitig) derart ausschliesst, dass eine Eigentumswohnung 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. Erneut sind dabei gewisse Generalisierungen zulässig. Eine Dienstbarkeit, welche eine Vermietung zu einem gewerblichen Zweck über Airbnb (oder anderweitig) *per se* ausschliesst, wäre demgegenüber unzulässig.

Dienstbarkeiten mit Immissionsbeschränkungen sind zulässig,[94] wohl auch in Bezug auf Immissionen, die unterhalb der gemäss Art. 684 ZGB verbotenen Immissionen liegen.[95] Sie können reelle oder ideelle Immissionen betreffen.[96] Bei solchen Dienstbarkeiten sind wiederum die allgemeinen Schranken bezüglich Einschränkungen des Sonderrechts zu beachten.[97] Zudem darf der Kerngehalt des Sonderrechts nicht ausgehöhlt werden, was dazu führt, dass Art. 712a Abs. 2 ZGB zu beachten ist.[98]

Auch damit kann einer Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb ein gewisser Riegel geschoben, wobei allerdings eine generelle Immissionsbeschränkung wie im Fall gemäss BGer 5A_839/2010 vom 9. August 2011 zu unbestimmt wäre, um wirklich hilfreich zu sein.

Nach Rusch sind Erstwohnungsdienstbarkeiten in Wohnhäusern zulässig, weil die Benutzung als Erst- bzw. Zweitwohnung prägend ist. Er versteht unter einer Erstwohnungsdienstbarkeit eine Dienstbarkeit, bei der die Benutzung der Wohnung als Zweitwohnung ausgeschlossen ist.[99] Vermietungen an Personen sind danach insoweit zulässig, als diese Personen die Wohnung als Erstwohnung und nicht als Zweitwohnung nutzen.[100] Daraus folgt, dass Dienstbarkeiten mit Vermietungsbeschränkungen bezüglich Stockwerkeinheiten grundsätzlich zulässig sind,[101] allerdings nach hier vertretener Auffassung wiederum nur im Rahmen der allgemeinen Schranken und nur soweit, als der Kerngehalt der Sondernutzung nicht ausgehöhlt wird.[102] Dienstbarkeiten mit einem Per-se-Verbot der Vermietung sind deshalb auch unter diesem Titel unzulässig,[103] nicht aber Dienstbarkeiten mit z.B. dem Verbot gewisser immissionsreichen Vermietungen.

Auch unter diesem Titel erweist sich z.B. eine Dienstbarkeit als zulässig, welche in einem Wohnhaus eine häufige und kurze Vermietung einer Eigentumswohnung über Airbnb (und anderweitig) derart ausschliesst, dass eine Eigentumswohnung 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. Denn erneut sind gewisse Generalisierungen zulässig.

G. Einspracherecht gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB gegen eine Vermietung

Gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB «kann bestimmt werden, dass die […] Vermietung [einer Stockwerkeinheit] nur rechtsgültig ist, wenn die übrigen Stockwerkeigentümer dagegen nicht auf Grund eines von ihnen gefassten Beschlusses […] Einsprache erhoben haben». Gemäss Art. 712c Abs. 3 ZGB ist die «Einsprache […] unwirksam, wenn sie ohne wichtigen Grund erhoben worden ist».

Ein solches Einspracherecht gegen eine Vermietung kann im Begründungsakt oder in einer nachträglichen Vereinbarung sämtlicher Stockwerkeigentümer vorgesehen werden.[104] Die nachträgliche Vereinbarung kann auch in einer einstimmig beschlossenen Klausel im Stockwerkeigentümerreglement oder in der Hausordnung oder in einem einstimmigen Stockwerkeigentümerbeschluss liegen.[105] Das Einspracherecht kann gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB im Grundbuch vorgemerkt werden.[106]

---

94 BGer, 5A_839/2010, 9.8.2011, E. 3, betreffend eine Dienstbarkeit, welche «tous dépôts, sur les parcelles, qui seraient dangereux, nuisibles ou simplement désagréables pour le voisinage, soit notamment par un aspect inesthétique, par le bruit ou par l'odeur» untersagte; s. auch BGE 106 II 315 E. 2, betreffend eine Dienstbarkeit mit der Verpflichtung zur Belegung von Plattenböden in einer Stockwerkeinheit mit Spannteppichen aus Immissionsgründen.

95 So Vorinstanz im Fall gemäss BGer, 5A_839/2010, 9.8.2011, s. BGer, 5A_839/2010, 9.8.2011, E. 3.

96 Rusch, Inhalt von Dienstbarkeiten (FN 86), 10, mit Hinweis auf BGE 134 III 341, bezüglich einer Dienstbarkeit mit u.a. dem Verbot des Betriebs von unsittlichen Gewerben.

97 S. V.B.

98 S. V.B.

99 Rusch, ZBGR 2012 (FN 62), 143 ff.

100 Rusch, ZBGR 2012 (FN 62), 144.

101 S. auch zur Zulässigkeit von Dienstbarkeiten mit umgekehrten Vorzeichen, nämlich Dienstbarkeiten mit Vermietungszwang, formuliert als Dienstbarkeiten, wonach «die eigene Nutzung oder die eines Dritten nicht länger als während einiger Wochen jährlich zulässig und in der sonstigen Zeit nur die touristische Nutzung mit wechselnder Belegung erlaubt ist», Rusch, ZBGR 2012 (FN 62), 145 ff.; s. auch z.B. BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Art. 712a N 8, BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712a ZGB N 52, und Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 239 f. zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines Vermietungszwangs, und BGE 130 III 441 E. 2.3 für ein Praxisbeispiel.

102 S. V.B.

103 ZK-Liver (FN 89), Art. 730 ZGB N 142.

104 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 180.

105 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 180, bezüglich Stockwerkeigentümerreglement.

106 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 180 ff.

A maiore minus[107] kann das Einspracherecht auch nur gegen bestimmte Vermietungen vorgesehen werden, z.B. gegen häufige und kurze Vermietungen.[108] Das Einspracherecht kann sich nicht nur gegen die Vermietung einer (ganzen) Stockwerkeinheit richten, sondern auch gegen die Vermietung einzelner Räume einer Stockwerkeinheit.[109]

Die (zwingende[110]) Abhängigkeit der Gültigkeit einer Einsprache von einem wichtigen Grund im konkreten Einzelfall bedeutet, dass für das Einspracherecht gegen Vermietungen die gleichen Schranken wie für die sonstigen Einschränkungen des Sonderrechts bestehen. Mit anderen Worten darf eine Einsprache weder gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), Art. 27 ff. ZGB (Schutz der Persönlichkeit) oder Art. 19/20 OR (u.a. Sitten- und Rechtswidrigkeit) verstossen noch den Kerngehalt des Sonderrechts verletzen, was u.a. dann der Fall ist, wenn kein Fall von Art. 712a Abs. 2 ZGB gegeben ist.[111] Zu erinnern ist, dass auch ideelle Immissionen im Rahmen von Art. 712a Abs. 2 ZGB relevant sein können.[112]

Ein generelles Einspracherecht gegen die Vermietung einer Eigentumswohnung oder einzelner Räume einer Eigentumswohnung über Airbnb (oder anderweitig) dürfte nicht zulässig sein.[113] Infolge der entstehenden Immissionen sollte aber ein Einspracherecht gegen eine häufige und kurze Vermietung einer Stockwerkeinheit oder einzelner Räume einer Stockwerkeinheit in einem Wohnhaus zulässig sein,[114] wobei bezüglich Definition der verbotenen Tatbestände erneut gewisse Generalisierungen zulässig sein dürften,[115] auch wenn letztlich der Entscheid über das Vorliegen eines wichtigen Grundes dem Richter obliegt.[116] Zu empfehlen sind erneut klare und detaillierte Regelungen, die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit schaffen.[117]

H. Benutzung der gemeinschaftlichen Teile

Nach Art. 648 Abs. 1 ZGB ist in Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung, des *civiliter uti*[118] jeder Miteigentümer befugt, die Sache insoweit zu benutzen, als es mit den Rechten der anderen verträglich ist.[119] Art. 648 Abs. 1 ZGB gilt aufgrund von Art. 712g Abs. 1 ZGB auch für das Stockwerkeigentum und betrifft die gemeinschaftlichen Teile.[120] Art. 648 Abs. 1 ZGB enthält damit für die gemeinschaftlichen Teile den gleichen Grundsatz wie Art. 712a Abs. 2 ZGB für das Sonderrecht.[121]

Wie Art. 712a Abs. 2 ZGB die zweckbestimmungsgemässe Benutzung aller Stockwerkeinheiten schützt,[122] schützt Art. 648 Abs. 1 ZGB die zweckbestimmungsgemässe Benutzung der gemeinschaftlichen Teile.[123] Diese Bestimmung setzt dementsprechend der Benutzung der gemeinschaftlichen Teile durch den einzelnen Stockwerkeigentümer Schranken. Diese Schranken können wie beim Sonderrecht durch die Stockwerkeigentümer mit der Festlegung des Benutzungszwecks des Grundstücks insgesamt beeinflusst und durch das Stockwerkeigentümerreglement, die Hausordnung, sonstige Stockwerkeigentümerbeschlüsse oder Verträge im Rahmen der allgemeinen

---

107 Zum Schluss *a maiore ad minus,* welcher ein Anwendungsfall des Analogieschlusses ist, im Allgemeinen z.B. Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 219 f.

108 Wohl a.M. Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 177.

109 OGer ZH, 3.12.2012, in: ZR 2014, 29; gl.M. BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Art. 712c N 9; Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 237; a.M. Friedrich (FN 53), § 12 N 10, wonach die Vermietung einzelner Räume nicht Art. 712c Abs. 2 und 3 ZGB untersteht, sondern der Vertragsfreiheit, weshalb es zulässig sei, die Vermietung einzelner Räume gänzlich zu verbieten oder von der vorbehaltslosen Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft abhängig zu machen.

110 OGer ZH, 3.12.2012, in: ZR 2014, 29, E. III/3b; Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 187; BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712c ZGB N 100; Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 232, 234.

111 S. dazu V.B.

112 S. auch das Beispiel von Wirz (FN 41), 161, ad 712c Abs. 2 und 3 ZBG zur Vermietung einer Stockwerkeinheit in einem Wohnhaus, in dem vorwiegend Familien leben, zum Zwecke der Prostitution.

113 So OGer ZH, 3.12.2012, in: ZR 2014, 29; BSK ZGB II-Bösch (FN 47), Art. 712a N 8; BK-Meier-Hayoz (FN 42), Art. 712a ZGB N 50; Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 232; Friedrich (FN 53), § 12 N 8; s. schon V.B.

114 S. auch Monika Sommer, Haus und Recht: Grenzen der Vermietung von Stockwerkeigentum, NZZ vom 16.5.2014, d1, wonach ein wichtiger Grund vorliegen dürfte, wenn in einem Wohnhaus eine Stockwerkeinheit einem Mieter für eine besonders lärmintensive Tätigkeit überlassen wird; s. auch Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 233, zur Zulässigkeit einer Bestimmung, wonach ein Stockwerkeigentümer seine Stockwerkeinheit nur über eine gewisse Zeitspanne vermieten darf.

115 Wohl gl.M. Sommer (FN 114), d1.

116 Wermelinger (FN 36), Art. 712c ZGB N 188: «Er [i.e. der Richter] ist an eine allfällige Auflistung von wichtigen Gründen […] nicht gebunden. Eine solche Auflistung kann aber immerhin als Indiz oder als Bestandteil der Interessenabwägung dienen.»

117 S. auch Weber, Stockwerkeigentümergemeinschaft (FN 53), 236, Fn 126, mit einer Kritik an der zu vagen Bestimmung: «Die Eigentumswohnungen sollen vorwiegend als Eigenheime Verwendung finden.»

118 S. IV.

119 BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712g ZGB N 61.

120 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 143, Art. 712g ZGB N 17.

121 Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712g ZGB N 17; zu Art. 712a Abs. 2 ZGB s. IV.

122 S. V.C.

123 Z.B. BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712g ZGB N 54.

Schranken[124] und Art. 648 Abs. 1 ZGB konkretisiert werden, wobei wiederum gewisse Generalisierungen zulässig sein müssen.[125]

Durch solche Schranken der Benutzung der gemeinschaftlichen Teile können indirekt der Benutzung der Stockwerkeinheiten gewisse Schranken gesetzt werden, z.B. durch Benutzungsregelungen in Bezug auf wichtige gemeinschaftliche Einrichtungen wie Waschküchen, Auto- oder Veloabstellplätze, Spielplätze, Gartenanlagen, Dachterrassen, Schwimmbäder, Saunen, Solarien, Fitnessräume oder Tennisplätze. Solche Regelungen, auch Benutzungspläne genannt,[126] können (innerhalb der genannten Schranken) Begrenzungen der Benutzung nach Anzahl Personen pro Stockwerkeinheit pro Zeiteinheit oder nach Benutzungszeiten pro Zeiteinheit pro Stockwerkeinheit[127] oder auch Schliessungen während gewisser Zeiten[128] vorsehen. Sie können (innerhalb der genannten Schranken) auch Entgelte für die Benutzung stipulieren.[129] Dadurch werden häufige und kurze Vermietungen der Stockwerkeinheiten (mit meist intensiverer Benutzung der Stockwerkeinheiten und der gemeinschaftlichen Teile) unattraktiver.

VI. Zusammenfassung und Exkurs zu den zivilrechtlichen Schranken der Untervermietung von Wohnungen über Airbnb

Die Stockwerkeigentumsgemeinschaft und die einzelnen Stockwerkeigentümer können der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb (und anderweitig) Schranken setzen. Sie können dies über die Formulierung des Benutzungszwecks des Gesamtgrundstücks, Bestimmungen im Stockwerkeigentümerreglement oder in der Hausordnung oder in einem sonstigen Stockwerkeigentümerbeschluss tun. Sie können dies aber auch über einen Vertrag, insbesondere einen Dienstbarkeitsvertrag oder über das im Gesetz vorgesehene Einspracherecht gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB erreichen. Sie können es auch indirekt über Einschränkungen der Benutzung der gemeinschaftlichen Teile tun.

Dabei ist zu beachten, dass ein Totalverbot der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb (oder anderweitig) unzulässig ist. Zulässig ist aber ein Verbot der Vermietung, wenn diese gewerbsmässig wird und (reelle oder ideelle) Immissionen verursacht.

Verbote und Schranken der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb (und anderweitig) sind so zu formulieren, dass sie klar und detailliert sind, wie z.B. ein Verbot, dass eine Eigentumswohnung 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. Gewisse Generalisierungen sind dabei zulässig.

Ob die neu im Musterstockwerkeigentümerreglement des Schweizer Stockwerkeigentümerverbands enthaltene, durchaus auch auf Vermietungen über Airbnb zielende Regelung, wonach «die regelmässige, gewerbsmässige Kurzzeitvermietung der vorgängigen Bewilligung der Stockwerkeigentümergemeinschaft [bedarf]»,[130] diesen Anforderungen an die Klarheit und an die Detaillierung entspricht, ist etwas zweifelhaft.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist klar, dass sich die Stockwerkeigentümer nach geltendem Recht mit entsprechenden Vorkehrungen selber genügend gegen negative Auswirkungen der Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb schützen können. Neues diesbezügliches Recht ist deshalb nicht notwendig.[131]

Als kleiner *Exkurs* zu den zivilrechtlichen Schranken der Untervermietung von Wohnungen über Airbnb sei angefügt, dass Vermieter dem Mieter einer Wohnung bezüglich Untervermietung der Wohnung über Airbnb (oder anderweitig) grundsätzlich die gleichen Schranken wie die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder einzelne Stockwerkeigentümer dem Eigentümer einer Eigentumswohnung auferlegen dürfen. Der wichtige Grund gemäss Art. 262 OR, ohne den der Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung nicht verweigern darf,[132] ist m.a.W. abgesehen von den Mietzins- und Mietbedingungskontrollbestimmungen in Art. 262 Abs. 2 lit. a und lit. b OR vom Gehalt her grundsätzlich gleich auszulegen wie der vorstehend näher beschriebene wichtige Grund gemäss

[124] S. dazu V.B.
[125] S. dazu V.C.
[126] Z.B. Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 147.
[127] Dazu im Allgemeinen BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712g ZGB N 56 ff.
[128] Dazu im Allgemeinen Wermelinger (FN 36), Art. 712a ZGB N 149.
[129] Dazu im Allgemeinen BK-Meier-Hayoz/Rey (FN 42), Art. 712g ZGB N 62.
[130] Thomas Müller, Dem Nachbarschaftsstreit vorbeugen, Tages-Anzeiger vom 13.3.2017, 11.
[131] Die entsprechende Frage im Bericht des Bundesrats (FN 3), 176, ist damit in Bezug auf das Stockwerkeigentum beantwortet.
[132] Zur Frage, ob diese Zustimmung *de lege lata* vorgängig oder im Nachhinein, spezifisch für einzelne Untermietverträge oder generell für Untermietverträge oder eine Kategorie von Untermietverträgen eingeholt werden kann, s. Bericht des Bundesrats (FN 3), 114 ff.

Art. 712c Abs. 3 ZGB, ohne den eine Einsprache der Stockwerkeigentümergemeinschaft gegen eine Vermietung einer Stockwerkeinheit (oder eines Teils davon) nicht zulässig ist. Damit haben Vermieter bei Einschränkungen der Untervermietung der Wohnung, wie überhaupt bei Einschränkungen der Nutzung der Wohnung im Allgemeinen,[133] die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung zu beachten. Zudem dürfen auch sie solche Schranken nur auferlegen, wenn ihnen analog Art. 712a Abs. 2 ZGB gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. c OR Nachteile drohen. Diese Nachteile müssen aber im Unterschied zu Art. 712a Abs. 2 ZGB gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. c OR «wesentlich» sein. Als Nachteile im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR gelten alle Nachteile, welche den Vermieter schlechter stellen, als er es ohne Untervermietung wäre. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Benutzungszweck der Mietsache oder der fraglichen Liegenschaft insgesamt durch die Untervermietung verletzt wird.[134] Die Tatsache der Untervermietung über Airbnb ist *per se* kein solcher Nachteil.[135] Die Tatsache der regelmässigen Untervermietung über Airbnb kann dagegen ein solcher Nachteil sein.[136]

---

133 Dazu Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 8 f.

134 SVIT-K (FN 35), Art. 262 OR N 25, mit Beispielen von Nachteilen durch Untervermietung von Büroräumlichkeiten an einen Konkurrenzbetrieb eines übrigen Mieters oder an eine Palästinenser-Organisation, wenn ein übriger Mitmieter das Sekretariat der Israelischen Kultusgemeinschaft ist, oder an einen Untervermieter mittels eines langjährigen Untermietvertrags, der dem Zweck einer Wohnbaugenossenschaft widerspricht.

135 Jud/Steiger (FN 3), N 44.

136 Bericht des Bundesrats (FN 3), 117 f.; Spirig (FN 13), N 52 mit dem Beispiel der Untervermietung der ganzen Wohnung jedes Wochenende an jeweils mehrere Personen; Jud/Steiger (FN 3), N 46, 47, 50 mit den Beispielen der regelmässigen Untervermietung einer Wohnung in einer Seniorenresidenz oder in einem Reihenhaus mit jungen Familien, der Untervermietung während mehr als der durchschnittlichen Ferienzeit von einer bis maximal drei Wochen bzw. der Untervermietung von mehr als 2 bis maximal 3 Mal pro Jahr oder der vertragswidrigen Untervermietung zu gewerblichen Zwecken; s. auch Spirig (FN 13), N 11, und Irène Spirig, Airbnb – was das Mietrecht erlaubt und was nicht, NZZ vom 29.5.2015, d1, mit der m.E. in dieser Absolutheit nicht zutreffenden Aussage, wonach der Vermieter eine gewerbsmässige Beherbergung von Gästen aufgrund der Untermietsbestimmungen nicht dulden muss; s. auch Bericht des Bundesrats (FN 3), 115 zu Revisionsbestrebungen in Bezug auf Art. 262 OR.