## 2. Privatrecht/Droit privé

### 2.6. Sachenrecht – allgemein / Droits réels – en général

### 2.6.1 Das Eigentum/La propriété

**BGer 5A_521/2017: Aufhebung von Beschlüssen (Stockwerkeigentum)**

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_521/2017 vom 27. November 2017, *A.* gegen *Stockwerkeigentümergemeinschaft B.,* Aufhebung von Beschlüssen (Stockwerkeigentum) (zur Publikation bestimmt).



Markus Vischer*

*Der Betrieb eines Pflegeheims in einer Eigentumswohnung ist keine Wohnnutzung und mit einem reinen Wohnzweck nicht vereinbar.*

## I. Sachverhalt und Rechtsweg

Gegenstand der Stockwerkeigentümergemeinschaft B. bilden vier nebeneinander liegende Wohnhäuser. A. ist Eigentümerin der Stockwerkeinheiten D2 und D4, welche intern verbunden sind und eine 8½-Zimmer-Wohnung bilden. Mit Vertrag vom 13. Mai 2014 vermietete A. ihre Stockwerkeinheiten ab 1. Oktober 2014 für fünf Jahre an die D. GmbH zur Nutzung für altersgerechtes begleitetes Wohnen. An der Stockwerkeigentümerversammlung vom 2. September 2014 wurde mit 23 gegen 1 Stimme (bei einer Enthaltung) beschlossen, dass die Stockwerkeinheiten D2 und D4 nicht umgenutzt werden dürfen; mit 23 gegen 2 Stimmen wurden A. und ihr Ehemann aufgefordert, den Mietvertrag aufzulösen. Ferner wurde die Verwaltung ermächtigt, entsprechend rechtliche Schritte zu ergreifen, und das Budget wurde dahingehend ergänzt. Mit Klage vom 5. Februar 2015 verlangte A. beim Bezirksgericht Meilen die Aufhebung der betreffenden Beschlüsse. Mit Urteil vom 11. Januar 2017 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 6. Juni 2017 ab, unter Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urteils. A. erhob gegen das obergerichtliche Urteil Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren, dieses sowie die strittigen Stockwerkeigentümerbeschlüsse seien aufzuheben.

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

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung ihrer Stockwerkeinheiten gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB grundsätzlich frei seien. Diese Freiheit könne aber durch das Gesetz, durch die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt sein. Sie sei namentlich dort beschränkt, wo der Aus- oder Umbau oder die Benutzung der Stockwerkeinheiten die Zweckbestimmung oder die Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft betreffe. Die Zweckbestimmung und die Regelung der Benutzungsart oblägen den Stockwerkeigentümern, wobei dies in der Regel im Begründungsakt oder einem Reglement geschehe. Die Auslegung des Reglements erfolge nach dem Vertrauensprinzip (E. 4.1).

Die Änderung der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit bedürfe einer Reglementänderung oder eines Stockwerkeigentümerbeschlusses, wobei gemäss Art. 647b Abs. 1 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB die doppelte Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten erforderlich sei. Ist die geänderte Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit dergestalt, dass dies den Gesamtcharakter der Liegenschaft verändere, ist deren Zweckbestimmung betroffen. Eine Veränderung der Zweckbestimmung benötige gemäss Art. 648 Abs. 2 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (E. 4.1).

Vorliegend umschreibe das Reglement den Zweck der betroffenen Liegenschaft als Wohnen (einschliesslich Duldung stiller Bürogewerbe), was auch die zulässige Nutzung für die einzelnen Stockwerkeinheiten definiere. Da A. nicht geltend mache, die Nutzung sei ein stilles Gewerbe, gehe es einzig um die Frage, ob die konkrete Nutzungsart gemäss Mietvertrag als Wohnnutzung qualifiziert werden könne (E. 4.2).

Diesbezüglich sei mangels einer einschränkenden reglementarischen Bestimmung unerheblich, ob der Stockwerkeigentümer die Stockwerkeinheit selbst nutze oder ob er diese aufgrund eines dinglichen oder obligatorischen Verhältnisses einer anderen Person überlasse (E. 4.3).

Unerheblich sei auch, ob eine einzelne betreute Person ihren Aufenthalt als Wohnen empfinde. Relevant sei vielmehr die Nutzung der Stockwerkeinheit insgesamt. Die Nutzung einer Wohnung zum Betrieb eines Pflegeheims gehe aber weit über den nach Reglement stillen Gewerbebetrieb ohne Kundenverkehr – der nach zutreffender Ansicht der Parteien aber ohnehin nicht vorliege – hinaus. Die Nutzung weise eine Nähe zum Betrieb einer Pension oder einer Kostgeberei auf, auch wenn die den Bewohnern angebotenen Dienstleistungen nicht völlig kongruent seien und vorliegend der Heimaufenthalt der einzelnen Personen auf grössere Dauer ausgerichtet sein möge. So oder anders würden derlei Betriebe den Rahmen dessen, was unter dem Begriff der Wohnnutzung bei Stockwerkeigentum zu verstehen sei, sprengen, weil die Beherbergung von Dritten eine vom Wohnen abweichende Nutzung darstelle. Im Übrigen dürfte der Betrieb eines Pflegeheims sogar Einfluss auf den Gesamtcharakter des (keinerlei Mischnutzung gewidmeten) Wohnhauses bzw. der eine Stockwerkeigentümergemeinschaft bildenden Wohnhäuser haben, was aber offengelassen werden könne, weil es vorliegend nicht um die Frage des Einstimmigkeitsquorums gehe. Auf der rechtlichen Ebene spiegle sich der Unterschied zwischen der obligatorischen Überlassung einer Wohnung zu Wohnzwecken einerseits und zum Betrieb eines Pflegeheims andererseits auch in den zwischen den Akteuren bestehenden Rechtsverhältnissen. Die erstgenannte Nutzungsweise erfolge typischerweise im Rahmen eines Mietvertrags oder nachgelagert eines Untermietvertrags. Dabei verändere sich die Nutzungsart nicht; der Mieter bzw. ein allfälliger Untermieter wohne genau gleich in der Wohnung, wie es der Stockwerkeigentümer täte. Vorliegend hätten A. mit der D. GmbH einen Mietvertrag zur Betreibung eines Pflegeheims geschlossen, während die D. GmbH ihrerseits mit den aufgenommenen Personen einen Vertrag geschlossen hätte, der als Heim- bzw. als Heimaufnahme- oder als Betreuungs- bzw. Pflegevertrag bezeichnet werde. Bei diesem Innominatkontrakt stehe, auch wenn durchaus mietrechtliche Elemente enthalten seien, nicht die Überlassung der Stockwerkeinheit im Rahmen des reglementarischen Zwecks im Vordergrund, sondern die Betreuung und Pflege im Alter. Dass die D. GmbH nicht eine Wohnnutzung weiterübertrage, sondern ein Dienstleistungspaket anbiete, zeige sich auch darin, dass als Gegenleistung nicht ein Mietzins, sondern Taxen geschuldet seien. Diese richteten sich nicht nach Kriterien, wie sie bei der obligatorischen Überlassung von Wohnraum typisch seien (insbesondere Grösse und Ausstattung der Wohnung sowie Verkehrslage, Aussicht u.Ä.), sondern bemässen sich anhand der personenspezifischen Pflegebedürftigkeit (E. 4.4).

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass (jedenfalls bei einem reinen Wohnhaus) der Betrieb eines Pflegeheims mit dem «Wohnzweck», wie ihn das Reglement für sämtliche Wohnungen vorsehe, bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht vereinbar sei und deshalb eine unzulässige Nutzung darstelle. Der angefochtene Entscheid sei deshalb zu schützen, weshalb das Bundesgericht die Beschwerde abwies (E. 4.5).

## III. Bemerkungen

### A. Einleitung

Das hier besprochene Urteil des Bundesgerichts ist von Interesse, weil es eine Sache betrifft, die schon fast zum Volks-

sport geworden ist, nämlich den Kauf und die anschliessende Vermietung einer Eigentumswohnung an Dritte.[1] Dabei bedient sich der Eigentümer oft der Mittel der *Sharing Economy*[2], insbesondere der Plattform Airbnb.[3] Das Bundesgericht spricht diese Plattform im besprochenen Urteil denn auch an,[4] weil die *Sharing Economy* ganz neue Fragestellungen aufwirft, gerade auch im Zusammenhang mit der Vermietung von Eigentums-, aber auch von Mietwohnungen. Wie das vorliegend besprochene Urteil zeigt, geht es bei der Vermietung von Eigentums- oder Mietwohnungen in der *Sharing Economy* oft nicht mehr um eine klassische Vermietung, sondern um das Einräumen von komplexeren Nutzungsformen,[5] das heisst im konkreten Fall letztlich um die Nutzung als Pflegeheim. Dabei steht nicht die Nutzung von Raum, sondern das Dienstleistungspaket Pflege und entsprechend ein anderes Entschädigungsmodell mit klassischem Mietzins und Nebenkosten im Vordergrund.[6] Das schält das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil exemplarisch heraus und bemüht sich, die betroffenen Rechtsverhältnisse juristisch zu qualifizieren. Entsprechend enthält dieses Urteil auch interessante Ausführungen zum Heim- bzw. Heimaufnahme- oder Betreuungs- und Pflegevertrag als Innominatkontrakt.[7]

Das vorliegend kommentierte Urteil des Bundesgerichts ist aber auch deshalb von Interesse, weil es um etwas geht, das angesichts der demografischen Entwicklung stetig an Bedeutung gewinnt, nämlich die Betreuung im Alter und entsprechende Bedürfnisse und Angebote.[8]

Das Bundesgericht benutzte diese Konstellation für ein Urteil, welches aufzeigt, dass das geltende Recht auch auf neue Fragestellungen, Bedürfnisse und Angebote anwendbar ist, was wohl auch der Grund ist, dass sich das Bundesgericht entschied, das Urteil in der amtlichen Sammlung zu publizieren, auch wenn in ihm im Resultat grösstenteils nur die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Schranken einer Änderung der Benutzung einer Stockwerkeinheit wiederholt wird.

Es erstaunt angesichts der Aktualität des hier kommentierten Urteils nicht, dass es auch ein gewisses Medienecho gefunden hat.[9]

## B. Konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung

Von Gesetzes wegen sind die Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der in ihrem Sonderrecht stehenden Räume frei.[10] Diese Freiheit ist aber nicht unbeschränkt.[11] Vielmehr können die Stockwerkeigentümer sie durch die Gemeinschaftsordnung einschränken.[12] Dabei haben sie aber die Schranken der Rechtsordnung zu beachten.[13] Neben den allgemeinen Schranken von z.B. Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), Art. 27 ff. ZGB (Schutz der Persönlichkeit) oder Art. 19/20 OR (u.a. Sitten- und Rechtswidrigkeit) dürfen die Stockwerkeigentümer dabei den Kerngehalt des Sonderrechts nicht verletzen.[14] Dieser Kerngehalt wird gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB unter an-

---

1 Dazu Markus Vischer, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017, 478 ff., 478.

2 Zum Begriff z.B. Amédéo Wermelinger, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum – eine Übersicht, in: Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (Hrsg.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Bern 2017, 125 ff., 130; Bericht des Bundesrates vom 11. Januar 2017 über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, Internet: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf (Abruf 1.1.2018), 7, 95 f.

3 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 131 ff., Vischer (FN 1), 478 ff.

4 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1.

5 Siehe auch Vischer (FN 1), 479, mit dem Hinweis, dass es beim Einsatz von Airbnb neben der Wohn- oder Geschäftsraumüberlassung oft auch um weitere Leistungen geht wie die Verköstigung und Reinigungs-, Wäsche- oder Concierge-Services.

6 Siehe auch Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Gutachten «Sharing Economy» und Wirtschaftspolitik, 23. Oktober 2017, Internet: http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Ministerium/Veroeffentlichung-Wissenschaftlicher-Beirat/gutachten-wissenschaftlicher-beirat-sharing-economy-wirtschaftspolitik.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (Abruf 1.1.2018), 11, wonach die Vielfalt der Preis- und Nutzungsdifferenzierungen ein Wesensmerkmal der *Sharing Economy* ist.

7 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.4; s. schon BGer, 4A_202/2014, 18.2.2015, E. 7.3.3; 4A_113/2012, 13.11.2012; s.a. die in BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.4, zitierten Aufsätze von Sandra Hotz, Der Betreuungsvertrag, FamPra.ch 2016, 815 ff., und Peter Breitschmid/Daniel Steck/Caroline Wittwer, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009, 867 ff.

8 Zum Beispiel Peter Breitschmid, (Mieter-)Schutz von Alters- und PflegeheimbewohnerInnen, Pflegerecht 2016, 24 ff., 24; Hotz (FN 7), 815 ff.

9 Zum Beispiel Jurius, Keine Pflegezimmer für Senioren in Stockwerkeigentumswohnung, Jusletter vom 18.12.2017; Keine Umnutzung der Eigentumswohnung, Tages-Anzeiger vom 16.12.2017, 25; Non, un EMS ne peut pas être dans une PPE, 20 minutes vom 15.12.2017, Internet: http://www.20min.ch/ro/news/suisse/story/Non--un-EMS-ne-peut-pas-tre-dans-une-PPE-10573317 (Abruf 2.1.2018).

10 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1.

11 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1.

12 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1.

13 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1; 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 5.2.2; 5A_98/2017, 27.6.2017, E. 3.2.2; BGE 139 III 1 E. 4.3.2; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2.1; 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.2.1; BGE 111 II 330 E. 8 und 9; Vischer (FN 1), 482.

14 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1; 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 5.2.2; 5A_98/2017, 27.6.2017, E. 3.2.2; BGE 139 III 1 E. 4.3.2; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.2.1; 5C.252/2003, 18.3.2004, E. 2.2, 2.4.2; 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 4.2.1; BGE 111 II 330 E. 8 und 9; Vischer (FN 1), 482.

derem dann nicht verletzt, wenn das Sonderrecht so beschränkt wird, dass seine Ausübung die gleichen Rechte anderer Stockwerkeigentümer nicht einschränkt.[15] In konstanter Rechtsprechung betrachtet das Bundesgericht die Schranken, die sich aus der Zweckbestimmung oder der Benutzungsart ergeben, wie sie die Gemeinschaftsordnung definiert, als mit Art. 712a Abs. 2 ZGB vereinbar und damit als zulässig.[16] Die Gemeinschaftsordnung besteht dabei in erster Linie aus dem Reglement gemäss Art. 712g Abs. 3 ZGB, welches nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren ist.[17] Der Zweck kann allerdings schon im Begründungsakt gemäss Art. 712d ZGB fixiert worden sein.[18] Zur Gemeinschaftsordnung kann aber auch eine Hausordnung oder ein Ad-hoc-Beschluss der Stockwerkeigentümer gehören.[19]

Änderungen der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit, welche die Zweckbestimmung der Liegenschaft insgesamt gemäss Gemeinschaftsordnung tangieren, indem sie den Gesamtcharakter der Liegenschaft verändern, oder welche über die zulässige Benutzungsart gemäss Gemeinschaftsordnung hinausgehen, sind deshalb gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts verboten,[20] es sei denn, die Stockwerkeigentümer gäben ihre Zustimmung.

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen aufgrund von Art. 648 Abs. 2 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB alle Stockwerkeigentümer zustimmen, wenn die Änderung der Benutzungsart die Zweckbestimmung der Liegenschaft insgesamt gemäss Gemeinschaftsordnung tangiert.[21] Vorbehalten bleibt eine andere Regelung in der Gemeinschaftsordnung.[22] Das Bundesgericht hat diese Voraussetzung bei einer Umnutzung einer Wohnung in eine Kindertagesstätte[23] und bei einer Umnutzung einer Wohnung in ein Hotelzimmer[24] bejaht und bei einer Umnutzung einer Wohnung in ein Skihandelsgeschäft[25] verneint.

Wenn die Änderung der Benutzungsart über die gemäss Gemeinschaftsordnung zulässige Benutzungsart hinausgeht, die Zweckbestimmung der Liegenschaft insgesamt gemäss Gemeinschaftsordnung aber nicht tangiert ist, müssen gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgrund von Art. 647b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB die Mehrheit der Stockwerkeigentümer nach Köpfen und nach Wertquoten zustimmen.[26] Vorbehalten bleibt eine andere Regelung in der Gemeinschaftsordnung.[27] Das Bundesgericht hat diese Voraussetzungen bei einer Umnutzung eines Restaurants in eine Wohnung,[28] bei einer Umnutzung einer Buchhandlung in eine Café-Bar,[29] bei einer Umnutzung einer Wohnung in einen Privatclub,[30] bei einer Umnutzung einer Gemüsehandlung mit Büro und Lager in ein Sportgeschäft mit Laden und Werkstätte,[31] bei einer Umnutzung eines Estrichs oder Waschküche in eine Wohnung,[32] bei einer Umnutzung eines Ladenlokals in ein bis zu den Morgenstunden geöffnete Café-Bar[33] und bei einer Umnutzung eines Optikergeschäfts in einen Spielsalon[34] bejaht, bei einer Umnutzung eines Tearooms in eine Kaffeebar mit Alkoholausschank bei gleichbleibenden Öffnungszeiten eher verneint, schliesslich aber offengelassen,[35] und bei einer Umnutzung (Umbau) einer Tennishalle in eine Wellnessanlage,[36] bei einer Umnutzung einer Wohnung in ein Skihandelsgeschäft[37] und bei einer Umnutzung eines Ausstellungsraums eines Privatmuseums mit beschränktem öffentlichem Zutritt in eine Anwaltspraxis und in einen Musikalien- und Schallplattenverlag[38] verneint.

Im konkreten Fall hat das Bundesgericht bei der zur Diskussion stehenden Umnutzung einer Wohnung in ein Pflegeheim eine Änderung der Benutzungsart über die gemäss Gemeinschaftsordnung zulässige Benutzungsart hinaus bejaht und mangels Relevanz offengelassen, ob die Ände-

---

15 Vischer (FN 1), 482.
16 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1; 5A_632/2011, 8.11.2011, E. 3.1; Vischer (FN 1), 483.
17 BGer, 5C.195/2002, 23.12.2002, E. 4.1.
18 BGer, 5C.195/2002, 23.12.2002, E. 2.2; s.a. Stephan Wolf/Alexander Kernen, Begründung von Stockwerkeigentum und nachträgliche Änderungen – insbesondere aus der Sicht des Notars, in: Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (Hrsg.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Bern 2017, 1 ff., 25 f.
19 BGE 139 III 1 E. 4.3.1.
20 BGer, 5C.16/2004, 2.3.2004, E. 3.4: Verbot einer bis in die Morgenstunden geöffneten Café-Bar; BGer, 5C.195/2002, 23.12.2002, E. 2.2: Verbot der pensionsweisen Vermietung von Zimmern einer Wohnung.
21 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1; 5A_760/2011, 18.5.2012, E. 4.3.3, und nachfolgende Urteile.
22 Art. 648 Abs. 2 Halbsatz 2 ZGB und Art. 712g Abs. 2 ZGB; zu zulässigen anderen Quorenregelungen im Allgemeinen s. BGer, 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 4.2.3.
23 BGer, 5A_98/2017, 27.6.2017, E. 3.3.
24 BGer, 5A_632/648/2011, 8.11.2011, E. 5.2.2.
25 BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 5.1.
26 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.1; 5A_760/2011, 18.5.2012, E. 4.3.3, und nachfolgende Urteile.
27 Art. 712g Abs. 2 ZGB; zu zulässigen anderen Quorenregelungen im Allgemeinen s. BGer, 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 4.2.3.
28 BGer, 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 5.3.
29 BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 2.3.4.
30 BGer, 5A_428/429/2008, 19.3.2009, E. 4.5.2.
31 BGer, 5C.264/2006, 30.3.2007, E. 2.1 und 2.2.
32 BGE 130 III 450 E. 2.1 und 2.3.
33 BGer, 5C.16/2004, 2.3.2004, E. 3.4.
34 BGer, 5C.14/1993, 1.11.1993, in: ZBGR 1997, 52 ff., E. 1c.
35 BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.6.
36 BGE 130 III 441 E. 2.
37 BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 5.2.
38 BGE 111 II 330 E. 9.

rung der Benutzungsart nicht sogar die Zweckbestimmung gemäss Gemeinschaftsordnung tangiert.[39]

Umgekehrt bedürfen gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Änderungen der Regeln in der Gemeinschaftsordnung über die Benutzungsart, welche die Zweckbestimmung der Liegenschaft insgesamt gemäss bisheriger Gemeinschaftsordnung tangieren, gemäss Art. 648 Abs. 2 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer. Zudem bedürfen Änderungen der Regeln in der Gemeinschaftsordnung über die Benutzungsart, welche die Benutzungsart gemäss bisheriger Gemeinschaftsordnung einschränken, gemäss Art. 647b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB der Zustimmung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer nach Köpfen und nach Wertquoten.[40]

## C. Haar in der bundesgerichtlichen Suppe?

Kürzlich qualifizierte Wermelinger die beschriebene bundesgerichtliche Anwendung von Art. 647b Abs. 1 ZGB bei Änderungen der Benutzungsart von Stockwerkeinheiten als möglichen «Systemfehler».[41] Er führte aus, dass die Benutzungsfreiheit der Stockwerkeinheit gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB die Regel sei[42] und es nicht angehe, jede Änderung der aktuellen Benutzungsart einer Stockwerkeinheit der Zustimmung der Stockwerkeigentümer zu unterwerfen.[43] Deshalb sei Art. 647b Abs. 1 ZGB nicht anwendbar. Entsprechend würde die Bestimmung durch Art. 712a Abs. 2 ZGB als *lex specialis* verdrängt.[44] Art. 648 Abs. 2 ZGB bleibe aber anwendbar.[45]

Diese Ansicht überzeugt nicht wirklich. Erstens geht es in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht um Änderungen der aktuellen Benutzungsart einer Stockwerkeinheit, sondern im Einklang mit Art. 712a Abs. 2 ZGB nur um Änderungen der Benutzungsart, welche die Gemeinschaftsordnung verletzen. Entsprechend darf die aktuelle Benutzungsart ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer geändert werden, wenn die geänderte Benutzungsart innerhalb der Gemeinschaftsordnung bleibt.[46] Zweitens ist es zwar richtig, dass die Bestimmung von Art. 712a ZGB, das heisst insbesondere deren Abs. 2, die allgemeinen Regeln in Art. 647 ff. ZGB in Bezug auf im Sonderrecht stehende Gebäudeteile weitgehend verdrängt, sodass die Verweisung in Art. 712g Abs. 1 ZGB im Wesentlichen nur noch in Bezug auf gemeinschaftliche Gebäudeteile bedeutsam ist.[47] Doch differenziert der Wortlaut von Art. 712g Abs. 1 ZGB nicht zwischen Sonderrechtsteilen und gemeinschaftlichen Teilen. Zudem ist anerkannt, dass die Verweisung in Art. 712g Abs. 2 ZGB auf Art. 647 ff. ZGB auch für gemeinschaftliche Teile nur soweit massgebend ist, als nicht Sonderregeln für das Stockwerkeigentum vorgehen.[48] Entsprechend bleibt aufgrund der Verweisung in Art. 712g Abs. 1 ZGB dann Platz für die Anwendung von Art. 647 ff. ZGB, wenn ein Stockwerkeigentümer die Grenzen der Freiheit in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner Stockwerkeinheit gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB überschreitet, weil die Angelegenheit dann die Liegenschaft insgesamt betrifft und so letztlich zu einer Gemeinschaftsangelegenheit wird. Das gilt auch dann, wenn die Grenzen gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB nicht in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile überschritten werden, sondern in Bezug auf andere Stockwerkeinheiten. Das führt bei Verletzungen von Art. 712a Abs. 2 ZGB einerseits zur geschilderten Anwendung von Art. 648 Abs. 2 ZGB, was auch Wermelinger anerkennt,[49] aber eben andererseits auch zur geschilderten Anwendung von Art. 647b Abs. 1 ZGB. Insofern ist es richtig, dass, wie Wermelinger andernorts selbst ausführt, Art. 712g Abs. 1 ZGB «hauptsächlich», aber eben nicht ausschliesslich eine Verweisung auf Art. 647 ff. ZGB in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile ist.[50]

Auch Wermelinger ist der Ansicht, dass die Stockwerkeigentümer einer Änderung der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit, welche Art. 712a Abs. 2 ZGB verletzt, zustimmen können.[51] Er ist aber der Ansicht, diese Zustimmung erfolge – wenn kein Fall von Art. 648 ZGB vorliegt und nichts Abweichendes in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist – entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gestützt auf Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647b Abs. 1 ZGB mit dem dort verlangten Doppelmehr, sondern gestützt auf Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB mit einfachem

---

39 BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017, E. 4.4.

40 BGE 139 III 1 E. 4.4.1 betreffend Reglementänderung mit einem Verbot der Nutzung von Stockwerkeinheiten als Kinderhort.

41 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 149 ff.

42 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 149 f.

43 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 151.

44 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 150.

45 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 150, 152 f.

46 Siehe z.B. BGE 130 III 441 E. 2 bezüglich einer ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer erfolgten Umnutzung (Umbau) einer Tennishalle in eine Wellnessanlage; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004, E. 5.2, bezüglich einer ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer erfolgten Umnutzung einer Wohnung in ein Skihandelsgeschäft; BGE 111 II 330 E. 9 bezüglich einer ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer erfolgten Umnutzung eines Ausstellungsraums eines Privatmuseums mit beschränktem öffentlichen Zutritt in eine Anwaltspraxis und in einen Musikalien- und Schallplattenverlag.

47 Zum Beispiel BGE 141 III 357 E. 3.2 bezüglich Art. 647 ff. ZGB; BGE 136 III 261 E. 2.1, 135 III 212 E. 3.2; 130 III 441 E. 3.4 bezüglich Art. 647c–e ZGB.

48 Zum Beispiel Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 712g ZGB N 9.

49 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 150, 152 f.

50 Wermelinger, Stockwerkeigentum (FN 48), Art. 712g ZGB N 8.

51 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 152.

Mehr.[52] Damit beschränkt sich die vorliegende Kontroverse letztlich auf das relevante Quorum für solche Zustimmungen. Weil Wermelinger zu Recht auch verlangt, dass nicht nur eine konkrete Zustimmung zu geben, sondern wenn nötig auch die Gemeinschaftsordnung anzupassen ist,[53] und die Anpassung der Gemeinschaftsordnung in der Regel eine Anpassung des Reglements und für letzteres wie in Art. 647b Abs. 1 ZGB das Doppelmehr verlangt ist,[54] reduziert sich die Bedeutung der Kontroverse noch mehr, sodass das Haar in der bundesgerichtlichen Suppe, wenn es denn eines ist, letztlich sehr kurz ist.

## D. Exkurs: Durchsetzung der Rechte gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB

Beschlüsse der Stockwerkeigentümer betreffend die Benutzungsart von Stockwerkeinheiten, die Art. 712a Abs. 2 ZGB verletzen, sind durch jeden Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712m Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 75 ZGB anfechtbar.[55] Eine Nichtigkeit wird in solchen Konstellationen kaum je vorliegen.[56]

Gegen Änderungen der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit, die Art. 712a Abs. 2 ZGB verletzen, kann die Stockwerkeigentümergemeinschaft gegen die betreffenden Stockwerkeigentümer gerichtlich vorgehen, weil sie zur Durchsetzung der Gemeinschaftsordnung zuständig ist.[57] Ebenso kann der Verwalter aufgrund von Art. 712s Abs. 3 ZGB im Namen der Stockwerkeigentümergemeinschaft[58] gegen solche Verletzungen gerichtlich vorgehen,[59] wofür er ausserhalb des summarischen Verfahrens die Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft braucht (Art. 712t Abs. 2 ZGB). Diese ist nicht gleichbedeutend mit einem die Änderung der Benutzungsart verbietenden Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Vielmehr bedarf es für das Vorgehen des Verwalters gemäss Art. 712s Abs. 3 ZGB keines solchen Beschlusses.[60] Die *Stockwerkeigentümergemeinschaft* kann zudem gestützt auf andere Rechte gegen den fehlbaren Stockwerkeigentümer gerichtlich vorgehen, zum Beispiel gestützt auf Rechte aus dem Eigentum oder Besitz, namentlich wegen übermässiger Immissionen.[61]

Gegen Änderungen der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit, die Art. 712a Abs. 2 ZGB verletzen, kann auch der *einzelne Stockwerkeigentümer* gerichtlich vorgehen, aber nicht per se,[62] sondern nur, wenn dadurch andere Rechte von ihm verletzt werden, zum Beispiel Rechte aus Eigentum oder Besitz, namentlich Rechte infolge übermässiger Immissionen.[63]

---

52 Wermelinger, Stockwerkeigentum (FN 48), Art. 712a ZGB N 150e.

53 Wermelinger, Aktuelle Fragen (FN 2), 152.

54 Art. 712g Abs. 3 ZGB.

55 Für Anwendungsfälle s. hier kommentiertes Urteil BGer, 5A_521/2017, 27.11.2017; 5A_79/2017, 17.11.2017; 5A_98/2017, 27.6.2017; BGE 139 III 1; BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010; BGE 130 III 450; BGer, 5C.168/2003, 17.2.2004; BGE 111 II 330.

56 Siehe im Allgemeinen zur Nichtigkeit bei der Verletzung von Quorumsvorschriften BGer, 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 4.2.4 und 4.4; s.a. BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.3 und 8.6; 5C.143/2005, 2.2.2006, E. 3, wo jeweils offengelassen wurde, ob bei Verletzung des Einstimmigkeitsquorums von Art. 648 Abs. 2 ZGB eine Nichtigkeit vorliegt; zu Anwendungsfällen der Nichtigkeit im Allgemeinen z.B. BGer, 5A_79/2017, 17.11.2017, E. 4.2; 5A_760/2011, 18.5.2012, E. 3.2.3.1; Wermelinger, Stockwerkeigentum (FN 48), Art. 712m ZGB N 210 ff.

57 BGer, 5A_640/2012, 13.11.2012, E. 4.1, bezüglich Durchsetzung des Reglements; Amédéo Wermelinger, Zürcher Kommentar, Zivilrecht, Art. 712a–712t ZGB, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Bern 2010, Art. 712l ZGB N 142, bezüglich Durchsetzung des Reglements; kritisch zur bundesgerichtlichen Praxis und für ein Abstützen der Klage der Stockwerkeigentümergemeinschaft auf Art. 97 ff. OR *(per analogiam)* Valentin Piccinin, La propriété par étages en procès, Genf/Zürich/Basel 2015, N 349, 352 ff.

58 Art. 712t Abs. 2 ZGB; Piccinin (FN 57), N 348, bezüglich bundesgerichtlicher Praxis.

59 BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 3.2, bezüglich Durchsetzung des Gesetzes, des Reglements und der Hausordnung; BGer, 5A_640/2012, 13.11.2012, E. 4.2, bezüglich Durchsetzung des Reglements; für einen Anwendungsfall s. BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013.

60 BGer, 5A_816/2012, 15.4.2013, E. 3.2.

61 Piccinin (FN 57), N 350 f.; für einen Anwendungsfall s. BGer, 5C.252/2003, 18.3.2004.

62 BGer 5A_521/2015, 9.10.2017, E. 2.3; BGer, 5A_640/2012, 13.11.2012, E. 4.4.

63 BGer 5A_640/2012, 13.11.2012, E. 4.4, s.a. E. 3, wo offengelassen wurde, ob in dieser Konstellation auch eine Verletzung von Art. 648 Abs. 2 ZGB geltend gemacht werden kann; s. dazu schon BGE 111 II 330 E. 2; Piccinin (FN 57), N 350 f.; für Anwendungsfälle s. BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010; 5C.16/2004, 2.3.2004; 5C.195/2002, 23.12.2002.