

Rechtsgeschäftliche Untergemeinschaften im Stockwerkeigentum

Nadja D. Leuthardt¹

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage und Problemstellung	106
a. Begriff, Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Untergemeinschaft . . .	106
b. Gesetzeslücke, Grundlagen und Schranken der Untergemeinschaft. . .	107
c. Rechtsbeziehung zwischen den Mitgliedern der Untergemeinschaft . .	109
2. Entstehung, Regelung, Änderung, Aufhebung der Untergemeinschaft . .	110
a. Entstehung und Regelung.	110
b. Änderung	111
c. Aufhebung.	111
3. Kompetenzen der Untergemeinschaft	112
a. Ausgangslage	112
b. Anwendbare Regelungen	114
4. Gemeinschaftliche Kosten und Lasten sowie Einnahmen	117
a. Ausgangslage	117
b. Anwendbare Regelungen	118
5. Auswirkungen des Handelns und Unterlassens der Untergemeinschaft .	120
a. Vorbemerkungen	120
b. Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft	120
c. Haftung der Mitglieder der Untergemeinschaft.	123
d. Haftung der übrigen Stockwerkeigentümer	123
6. Fazit	125

¹ Dr. iur. Nadja D. Leuthardt, Advokatin, CAS Real Estate Investment Management (CAS REIM, HSLU), CAS Real Estate Asset Management (CAS REAM, HSLU), ist Managing Associate bei der Walder Wyss AG. Sie arbeitet an den Standorten Basel und Zürich.

1. Ausgangslage und Problemstellung

a. Begriff, Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Untergemeinschaft

Bei der *rechtsgeschäftlichen Untergemeinschaft*, die in der Lehre und auch vorliegend überwiegend nur als «Untergemeinschaft» bezeichnet wird,² handelt es sich um eine auf Rechtsgeschäfte basierende, fakultative Organisationseinheit der Stockwerkeigentümergeinschaft, in welcher ein oder einzelne Stockwerkeigentümer derselben Stockwerkeigentümergeinschaft zwecks gemeinsamer Wahrnehmung bestimmter Interessen in Bezug auf gemeinschaftliche Teile eines zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstücks zusammengefasst werden (in der Regel die Nutzung, die Beschlussfassung, die Verwaltung sowie die Kostentragung).³

Die Untergemeinschaft stellt ein *Mittel zur internen Strukturierung* einer Stockwerkeigentümergeinschaft und damit eine *Organisationseinheit der Stockwerkeigentümergeinschaft* dar.⁴ Es handelt sich um einen Personenzusammenschluss eigener Art (*sui generis*) ohne eigene Rechtsfähigkeit.⁵

Innerhalb einer Stockwerkeigentümergeinschaft bilden sich Untergemeinschaften dann, wenn bestimmte gemeinschaftliche Teile ausschliesslich oder überwiegend von nur einzelnen oder einer Gruppe von Stockwerkeigentümern genutzt werden. Solche speziellen Nutzungsverhältnisse und in der Folge auch Untergemeinschaften ergeben sich typischerweise, wenn mehrere Gebäude in einer Stockwerkeigentümergeinschaft zusammengefasst werden (*kombiniertes* oder *vertikales*

2 Amédéo Wermelinger, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Zivilgesetzbuch, Teilband IV 1.c: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–Art. 712f ZGB, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 712f ZGB N 153.

3 Raphaël Haas, Die Untergemeinschaft im Stockwerkeigentum, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2018, Tagung vom 20. November 2018 in Luzern, Bern 2018, 23 ff., 26; Nicole Roth, Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft: Studie zur Koordination der Art. 646 ff. ZGB und Art. 530 ff. OR, Diss. Zürich 2021, 54; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712f ZGB N 154.

4 Nadja D. Leuthardt, Die rechtsgeschäftliche Untergemeinschaft im Stockwerkeigentum, Zürich / Genf 2024 S. 22, Rz. 45 und S. 41, Rz. 85; Cornelio Zraggen, Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum, Zürich 2020, S. 87 ff., Rz. 294 ff.

5 R. Haas (Fn. 3), S. 29; Sandra Pereira, Les propriétés par étages composées en «poupees russes» in: François Bohnet / Blaise Carron (Hrsg.), PPE 2019, Basel 2019, S. 88, Rz. 18; Jörg Schmid / Bettina Hürlimann-Kaup, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Stockwerkeigentum (Art. 712a–t ZGB), Gutachten vom 20. August 2018, verfasst im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2019, S. 54. Zum Ganzen auch Leuthardt (Fn. 4), S. 66 ff., Rz. 148 ff.

Stockwerkeigentum). Typische Untergemeinschaftskonstellationen können weiter auch in *gemischt genutzten Stockwerkeigentümergeinschaften* mit Wohn- und Gewerbeflächen und auch in der «gewöhnlichen» Ausgestaltung des Stockwerkeigentums (*horizontales Stockwerkeigentum*⁶) mit nur einem Gebäude entstehen.⁷

b. Gesetzeslücke, Grundlagen und Schranken der Untergemeinschaft

De lege lata wird die Untergemeinschaft in den gesetzlichen Regelungen zum Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) nicht geregelt. Es liegt eine Gesetzeslücke *praeter legem* vor.⁸ Der Gesetzgeber ging bei der Einführung des Stockwerkeigentums vom horizontalen Stockwerkeigentum aus.⁹ Horizontales Stockwerkeigentum besteht aus einem Gebäude, welches waagrecht in einzelne Stockwerkeigentumseinheiten aufgeteilt ist.¹⁰ Bei dieser Form des Stockwerkeigentums haben in der Regel sämtliche Stockwerkeigentümer oder zumindest ein Grossteil davon ein identisches Interesse an der Nutzung aller gemeinschaftlichen Teile der betreffenden Liegenschaft.¹¹ Folglich basiert auch die durch den Gesetzgeber für das Stockwerkeigentum getroffene Grundordnung (Art. 712a ff. ZGB) auf der Annahme des identischen Nutzungsinteresses aller Stockwerkeigentümer an gemeinschaftlichen Teilen. Die Untergemeinschaft und insbesondere der sich bei Untergemeinschaften stellende Umstand, wonach in einer Stockwerkeigentümergeinschaft bestimmte gemeinschaftliche Teile nur durch bestimmte und nicht sämtliche Stockwerkeigentümer genutzt werden (spezielle Nutzungsverhältnisse, s. Ziff. 1.a), bleibt in den bestehenden

6 Als «gewöhnlich» kann das horizontale Stockwerkeigentum bezeichnet werden, weil es sich dabei um die Ausgestaltung des Stockwerkeigentums handelt, welche der Gesetzgeber bei der Einführung des heutigen Rechts zum Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) vor Augen hatte und weil es sich dabei um die nach wie vor gängigste Form des Stockwerkeigentums in der Praxis handelt. Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 7. Dezember 1962, BBl 1962, S. 1471 ff.; Lena A. Manz, *Unterhalt und Ersatzneubau im Stockwerkeigentum: Elemente zur Bewältigung von Sanierungsblockaden*, Zürich 2021, S. 20, Rz. 47 f.

7 S. im Detail Leuthardt (Fn. 4), S. 47 ff., Rz. 101 ff.

8 Leuthardt (Fn. 4), S. 51 ff., Rz. 109 ff.

9 Manz (Fn. 6), S. 20, Rz. 47; Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 53.

10 Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 52 f.

11 Leuthardt (Fn. 4), S. 2 f., Rz. 5; Pascal Wirz, *Das Sondernutzungsrecht im Stockwerkeigentum – inhaltliche Unterschiede zum Sonderrecht*, recht 1/2015, S. 32 ff., S. 33 und S. 36.

gesetzlichen Regelungen daher weitgehend unberücksichtigt. Einziges Beispiel einer gesetzlichen Regelung, mit welcher speziellen Nutzungsverhältnissen innerhalb einer Stockwerkeigentümergeinschaft Rechnung getragen wird, stellt Art. 712h Abs. 3 ZGB dar. Im Übrigen sehen die Bestimmungen in Art. 712a ff. ZGB in Bezug auf gemeinschaftliche Teile ein gemeinschaftliches und identisches Nutzungs-, Beschlussfassungs- und Verwaltungsrecht sämtlicher Stockwerkeigentümer vor.¹²

Obwohl demnach die bestehenden *gesetzlichen Regelungen zum Stockwerkeigentum* (Art. 712a ff. ZGB) nicht für Stockwerkeigentümergeinschaften mit einer oder mehreren Untergemeinschaft(en) beziehungsweise für die damit einhergehenden speziellen Nutzungsverhältnisse geschaffen wurden, finden diese *direkt* oder *analog* auf solche *Anwendung*.¹³ Dieser Umstand stellt die Stockwerkeigentumspraxis vor einige Schwierigkeiten (s. im Detail weiter unten Ziff. 3.a). Diesen kann und sollte in der Praxis mit *gewillkürten Regelungen* in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft Rechnung getragen werden (vgl. dazu Ziff. 3.b und 4.b).

Die Zulässigkeit der Regelung von Untergemeinschaften ergibt sich namentlich aus der im Stockwerkeigentum geltenden Organisationsfreiheit wie auch der Kostenregelung in Art. 712h Abs. 3 ZGB.¹⁴ Inwieweit solche gewillkürten Regelungen zulässig sind, ist unter Berücksichtigung verschiedener Prinzipien zu beurteilen, die im Stockwerkeigentum zur Anwendung gelangen. Zu beachten sind namentlich die zwingenden Bestimmungen des Stockwerkeigentumsrechts (insbesondere gesetzliche Kompetenzen, die zwingend allen Stockwerkeigentümern zustehen müssen) und die allgemeinen Rechtsgrundsätze.¹⁵ Als allgemeine Grundsätze zu beachten sind weiter das Akzessionsprinzip wie auch das gewöhnliche Miteigentum als Basis des Stockwerkeigentums. Unzulässig wäre es, die Untergemeinschaft derart weit zu verselbstständigen, dass von

12 Leuthardt (Fn. 4), S. 2, Rz. 4, S. 177 ff., Rz. 441 ff., S. 233 ff., Rz. 584 ff. sowie S. 409 ff., Rz. 990 ff.

13 Leuthardt (Fn. 4), S. 108, Rz. 248 sowie in Bezug auf die Nutzung S. 198 ff., Rz. 502 ff., die Beschlussfassung S. 315 ff., Rz. 774 ff., die Verwaltung S. 435 ff., Rz. 1055 ff. und die Kostentragung S. 497 ff., Rz. 1208 ff.

14 Leuthardt (Fn. 4), S. 57 ff., Rz. 120 ff.

15 Leuthardt (Fn. 4), S. 60 ff., Rz. 128 ff., S. 62 f., Rz. 133 ff., zudem in Bezug auf die Nutzung Leuthardt (Fn. 4), S. 191 ff., Rz. 483 f. sowie S. 192, Rz. 485 ff., in Bezug auf die Beschlussfassung Leuthardt (Fn. 4), S. 238 ff., Rz. 597 ff. sowie S. 240, Rz. 600 ff. und in Bezug auf die Verwaltung Leuthardt (Fn. 4), S. 4125 ff., Rz. 999 sowie S. 413, Rz. 1000 ff.

einer Umgehung des Akzessionsprinzips wie auch des gewöhnlichen Miteigentums und des damit zusammenhängenden Gemeinschaftsgedankens ausgegangen werden müsste.¹⁶ Bei der Regelung von Untergemeinschaften nicht ausser Acht gelassen werden dürfen schliesslich auch die begrenzte Zuständigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft auf die gemeinschaftliche Verwaltung sowie die Stockwerkeigentümersammlung, welche als einziges zwingendes Organ der Stockwerkeigentümergeinschaft verbleiben muss und über unentziehbare gesetzliche Zuständigkeiten verfügt.¹⁷

c. Rechtsbeziehung zwischen den Mitgliedern der Untergemeinschaft

Besteht die Untergemeinschaft aus mehr als einem Mitglied, muss im Einzelfall geklärt werden, welche Regelungen auf die Rechtsbeziehung zwischen den Mitgliedern der Untergemeinschaft Anwendung finden. Im Idealfall lässt sich die im Einzelfall benötigte Regelung der *Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft* entnehmen.¹⁸ Falls dem nicht so ist, muss geprüft werden, ob sich die Mitglieder der Untergemeinschaft zu einem *gesetzlich geregelten Personenzusammenschluss* gruppiert haben. Ein solcher kann in einer (*einfachen*) *Gesellschaft* oder in einem durch das *gewöhnliche Miteigentum* geregelten Zusammenschluss bestehen.¹⁹ Wenn weder die Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft die benötigte Regelung enthält noch sich die Mitglieder der Untergemeinschaft zu einer (*einfachen*) *Gesellschaft* oder einem durch das *gewöhnliche Miteigentum* geregelten Zusammenschluss gruppiert haben, ist von einer analogen Anwendung von Art. 740a Abs. 1 ZGB auszugehen, welcher wiederum die Bestimmungen zum *gewöhnlichen Miteigentum* (Art. 646 ff. ZGB) für sinngemäss anwendbar erklärt. Subsidiär kommt das Vereinsrecht (Art. 60 ff. ZGB) zur Anwendung.²⁰

16 Leuthardt (Fn. 4), S. 54 ff., Rz. 115 ff.

17 Leuthardt (Fn. 4), S. 60 ff., Rz. 128 ff.

18 Leuthardt (Fn. 4), S. 74, Rz. 164.

19 Leuthardt (Fn. 4), S. 74 ff., Rz. 165 ff. und 92 ff., Rz. 206 ff.

20 Leuthardt (Fn. 4), S. 94 f., Rz. 212 ff.

2. Entstehung, Regelung, Änderung, Aufhebung der Untergemeinschaft

a. Entstehung und Regelung

Eine Untergemeinschaft kann auf verschiedene Weise begründet und geregelt werden. Diese kann entweder durch eine Regelung *in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft* entstehen und geregelt werden (das heisst durch Regelung der Untergemeinschaft im Begründungsakt des Stockwerkeigentums, im Stockwerkeigentümerreglement oder mittels Beschluss der Stockwerkeigentümer) oder durch eine Regelung *ausserhalb der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft* zustande kommen (das heisst durch einen Beschluss der Mitglieder der Untergemeinschaft oder aus rein faktischen Gründen).²¹ Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit wird die Untergemeinschaft sinnvollerweise in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft, gewöhnlich im Stockwerkeigentümerreglement, geregelt.²²

Soll im Einzelfall eine Untergemeinschaft begründet werden, sind verschiedene Regelungen auf rechtsgeschäftlicher Basis zu treffen. Hierzu zählt die *Definition der Mitglieder* der Untergemeinschaft. Soll die Untergemeinschaft nur für eine bestimmte *Dauer* bestehen, ist auch diese zu bestimmen. Nicht zwingend, jedoch sinnvollerweise bereits im Begründungsstadium sind die *Kompetenzen der Untergemeinschaft* in den Bereichen der Nutzung, der Beschlussfassung und der gemeinschaftlichen Verwaltung sowie ihre *Organisation* zur Wahrnehmung der Kompetenzen festzulegen. Zusammen mit den Kompetenzen ist schliesslich zu regeln, inwieweit die Mitglieder der Untergemeinschaft verpflichtet sind, die mit den durch sie überwiegend oder ausschliesslich genutzten gemeinschaftlichen Teilen zusammenhängenden *gemeinschaftlichen Kosten und Lasten* zu tragen.²³ In bestimmten Fällen bedarf es zur Begründung beziehungsweise Regelung der Untergemeinschaft zudem der *Zustimmung der Mitglieder der Untergemeinschaft*.²⁴

21 ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712/ZGB N 158 und N 165. S. zum Ganzen auch Leuthardt (Fn. 4), S. 102 ff., Rz. 231 ff.

22 R. Haas (Fn. 3), S. 34. S. zum Ganzen Leuthardt (Fn. 4) 100 ff., Rz. 225 ff.

23 Leuthardt (Fn. 4), S. 115 ff., Rz. 268 ff.

24 Leuthardt (Fn. 4), S. 117, Rz. 274.

b. Änderung

Die für die Untergemeinschaft einst getroffenen Bestimmungen können sich nachträglich als unvollständig oder unpassend herausstellen. In diesem Fall sind sie *nachträglich zu ändern*. In Bezug auf die Änderung einer Regelung zur Untergemeinschaft kann zwischen solchen, die eine Änderung der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft notwendig machen, und solchen, welche ausserhalb der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft anzupassen sind, unterschieden werden.²⁵ Spezielle Voraussetzungen gelten, wenn sich die personelle Zusammensetzung der Untergemeinschaft nachträglich ändert. In diesem Fall sind ein Mitgliedereintritt beziehungsweise Mitgliederaustritt oder ein Mitgliederwechsel und gegebenenfalls weitere Rechtshandlungen (wie namentlich die Anpassung eines Sondernutzungsrechts oder bestehender [obligatorischer] Vereinbarungen etc.) zu vollziehen.²⁶

c. Aufhebung

Was die *Beendigung* der Untergemeinschaft betrifft, lässt sich festhalten, dass diese aufgelöst wird, wenn gleichzeitig auch das Stockwerkeigentum beendet wird.²⁷ Ungeachtet dessen kann die Untergemeinschaft als fakultative Organisationseinheit der Stockwerkeigentümergeinschaft grundsätzlich *jederzeit* durch die Stockwerkeigentümergeinschaft *aufgelöst* werden.²⁸ Als *Rechtsfolge* der Auflösung fallen die der Untergemeinschaft zugewiesenen *Kompetenzen* weitgehend wieder an die Stockwerkeigentümergeinschaft zurück.²⁹ Bei der Auflösung der Untergemeinschaft trotz Fortbestand des Stockwerkeigentums gilt es jedoch zu beachten, dass bestimmte Kompetenzen der Untergemeinschaft sich nicht in jedem Fall einseitig durch die Stockwerkeigentümergeinschaft entziehen oder ändern lassen. Besondere Anforderungen gelten insbesondere für die Änderung und den Entzug der Nutzungsregelung und für die Änderung einer vertraglichen Regelung des Verwaltungsverhältnisses. Im Bereich der Nutzung und der gemeinschaftlichen Verwaltung lässt sich eine Änderung von Befugnissen und Kompetenzen teilweise nur unter Mitwirkung der Mitglieder der Untergemeinschaft vollziehen.³⁰

25 Leuthardt (Fn. 4), S. 119 ff., Rz. 282 ff.

26 Leuthardt (Fn. 4), S. 134 ff., Rz. 325 ff.

27 Leuthardt (Fn. 4), S. 157 f., Rz. 395 f.

28 Leuthardt (Fn. 4), S. 158 ff., Rz. 397 ff.

29 Leuthardt (Fn. 4), S. 161 ff., Rz. 407 ff.

30 Leuthardt (Fn. 4), S. 132, Rz. 319.

Bei der Auflösung der Untergemeinschaft ist im Übrigen zu bestimmen, was mit dem für die Untergemeinschaft separat geführten *Verwaltungsvermögen* geschieht.³¹ Bestehen im Zeitpunkt der Beendigung der Untergemeinschaft *Rechte und Pflichten, die im Namen der Mitglieder der Untergemeinschaft* begründet worden sind, so ist zu prüfen, ob diese aufzulösen oder an die Stockwerkeigentümergeinschaft zu übertragen sind.³² Haben die Mitglieder der Untergemeinschaft im Beendigungszeitpunkt zudem eine (einfache) Gesellschaft oder eine Bruchteilsgemeinschaft begründet, ist dieser Zusammenschluss auf den Zeitpunkt der Beendigung der Untergemeinschaft in der Regel ebenfalls aufzulösen (vgl. Ziff. 1.c).³³

3. Kompetenzen der Untergemeinschaft

a. Ausgangslage

Wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 1.b), ist die gesetzliche Konzeption zum Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) nicht für Stockwerkeigentümergeinschaften mit einer oder mehreren Untergemeinschaften geschaffen worden. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Stockwerkeigentum erweisen sich in Bezug auf die Untergemeinschaft in folgenden Punkten als nicht durchwegs geeignet:

- **Nutzung:** Die gesetzliche Grundkonzeption geht vom horizontalen Stockwerkeigentum und infolgedessen auch davon aus, dass sämtliche der gemeinschaftlichen Teile durch alle Stockwerkeigentümer mehr oder weniger in gleichem Umfang genutzt werden (vgl. Ziff. 1.b).³⁴ Bei Stockwerkeigentümergeinschaften mit einer oder mehreren Untergemeinschaft(en) ist dies nicht der Fall: Hier werden die gemeinschaftlichen Teile überwiegend oder ausschliesslich durch die Mitglieder der jeweiligen Untergemeinschaft genutzt (vgl. Ziff. 1.a). Folglich ist die Ausgangslage eine andere, als sie durch den Gesetzgeber vorhergesehen wurde und nun in Art. 712a ff. ZGB geregelt ist.³⁵ Finden in einem solchen Fall ausschliesslich die gesetzlichen Regelungen zum Stockwerkeigentum Anwendung, besteht im Bereich der Nutzung

31 R. Haas (Fn. 3), S. 40; Leuthardt (Fn. 4), S. 162, Rz. 408.

32 Leuthardt (Fn. 4), S. 162 f., Rz. 409.

33 Leuthardt (Fn. 4), S. 163, Rz. 410.

34 Leuthardt (Fn. 4), S. 1 ff., Rz. 1 ff. und S. 177 ff., Rz. 441 ff.; Wirz (Fn. 11), S. 33 und S. 36 ff.

35 S. zum Ganzen Leuthardt (Fn. 4), S. 177 ff., Rz. 441 ff.

gemeinschaftlicher Teile das Risiko von *unklaren Nutzungsverhältnissen*. Dieser Umstand dürfte das Konfliktpotenzial innerhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft allgemein erhöhen.³⁶ Aus Sicht der Untergemeinschaft besteht diesfalls aber auch lediglich *eine auf Zusehen hin geduldete Nutzung* der betreffenden gemeinschaftlichen Teile durch ihre Mitglieder. Eine solche kann durch Beschluss der Stockwerkeigentümer unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) jederzeit untersagt werden, was für die Mitglieder der Untergemeinschaft eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt.³⁷

- **Beschlussfassung:** Die gesetzliche Grundordnung zur Beschlussfassung in der Stockwerkeigentümergeinschaft ist auf die Beschlussfassung durch *alle Stockwerkeigentümer* einer Stockwerkeigentümergeinschaft und anlässlich einer *Stockwerkeigentümersammlung* ausgelegt (vgl. insbesondere Art. 712m ff. ZGB). Kraft Gesetzes sind in der Regel³⁸ für sämtliche Beschlüsse alle Stockwerkeigentümer stimmberrechtigt. Das Gesetz differenziert für die Beschlussfassung insbesondere nicht danach, inwieweit den Stockwerkeigentümern ein Interesse an der zu beschliessenden Massnahme zukommt.³⁹ Entsprechend wirkt sich auch ein fehlendes Interesse an der zu beschliessenden Massnahme oder das blosse Bestehen einer Untergemeinschaft nicht einschränkend auf die Stimmberechtigung der Stockwerkeigentümer aus, die der Untergemeinschaft nicht angehören.⁴⁰

Weiter sieht das Gesetz insbesondere für Verwaltungshandlungen (Art. 647a f. ZGB) und bauliche Massnahmen (Art. 647c ff. ZGB) *gesetzliche Beschlussquoten* vor, die aufgrund des Verweises in Art. 712g Abs. 1 ZGB auch für Beschlüsse im Stockwerkeigentum anwendbar sind. Damit die gesetzlichen Beschlussquoten erreicht werden können, bedarf es entsprechend nicht nur der Stimmen der Mitglieder der Untergemeinschaft, sondern der Stimmen und Anteile der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer oder – im Fall der Einstimmigkeit – der Stimmen sämtlicher Stockwerkeigentümer.⁴¹ Entsprechendes gilt auch für

36 S. zum Ganzen Leuthardt (Fn. 4), S. 179 f., Rz. 449 f.

37 BGE 127 III 506 E. 4. S. zum Ganzen Leuthardt (Fn. 4), S. 180 f., Rz. 450 sowie S. 223 ff., Rz. 562 ff.

38 Eine Ausnahme bildet Art. 68 ZGB.

39 Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 55. Zum Ganzen auch Leuthardt (Fn. 4), S. 233 ff., Rz. 584 ff.

40 Leuthardt (Fn. 4), S. 233 ff., Rz. 584 ff.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712m ZGB N 163 und N 166 ff.

41 Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 55 ff.

das Erfüllen der *Anwesenheitsquoten*, welche gemäss Art. 712p ZGB für die Beschlussfähigkeit an der beschlussfassenden Stockwerkeigentümerversammlung erreicht werden müssen.⁴²

Für Beschlüsse, an welchen lediglich die Mitglieder der Untergemeinschaft ein Interesse haben, stellt sich das Problem, dass die vorstehend dargelegten *Beschluss- und Anwesenheitsquoten* oft *nicht erreicht werden können*. Diese Quoten kommen nicht zustande, weil die Stockwerkeigentümer, welche der Untergemeinschaft nicht angehören und in der Folge auch kein Interesse am betreffenden Beschluss haben, bei der Beschlussfassung nicht anwesend sind, nicht mitwirken oder gegen das Beschlussthema stimmen.⁴³ Wird über eine bestimmte Massnahme kein positiver Beschluss gefasst, kann diese später nicht im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft ausgeführt werden.⁴⁴ Eine Ausnahme gilt lediglich für die wenigen Belange, für welche der Gesetzgeber den einzelnen Stockwerkeigentümern eine individuelle Handlungsbefugnis eingeräumt hat (so namentlich für dringliche Verwaltungshandlungen im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB und für gewöhnliche Verwaltungshandlungen im Sinne von Art. 647a Abs. 1 ZGB).⁴⁵

- **Verwaltung:** Von Gesetzes wegen werden gemeinschaftliche Teile durch die Stockwerkeigentümergeinschaft, das heisst unter Mitwirkung *aller Stockwerkeigentümer*, verwaltet und unterhalten.⁴⁶ Eine Ausnahme bilden wiederum die gesetzlichen Individualzuständigkeiten (s. dazu bereits Ziff. 3.a, zur Beschlussfassung). Für gemeinschaftliche Teile, die ausschliesslich durch die Mitglieder der Untergemeinschaft genutzt werden, wird die gesetzliche Grundordnung auch in dieser Hinsicht nicht immer allen Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht.

b. Anwendbare Regelungen

Im Allgemeinen kann gesagt werden, dass auf Untergemeinschaften als Teil bzw. Organisationseinheit der Stockwerkeigentümergeinschaft

42 Leuthardt (Fn. 4), S. 233 ff., Rz. 585 ff.

43 Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 55 ff. Zum Ganzen auch Leuthardt (Fn. 4), S. 233 ff., Rz. 584 ff.

44 Manz (Fn. 6), S. 6, Rz. 18 ff. und S. 7, Rz. 21; Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 55.

45 Leuthardt (Fn. 4), S. 353 ff., Rz. 855 ff.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712m ZGB N 217.

46 Nicola Haas, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, Zürich 2015, S. 179, Rz. 284; Leuthardt (Fn. 4), S. 409 ff., Rz. 990 ff.; Manz (Fn. 6), S. 35, Rz. 81.

jeweils die *gesetzlichen Bestimmungen* zum Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) Anwendung finden.⁴⁷ Da diese allerdings den Verhältnissen innerhalb einer Stockwerkeigentümergeinschaft mit einer oder mehreren Untergemeinschaft(en) nicht zufriedenstellend Rechnung tragen (vgl. Ziff. 3.a), sollten in der Praxis für Stockwerkeigentümergeinschaften mit einer oder mehreren Untergemeinschaft(en) gewillkürte Regelungen zu den Nutzungsverhältnissen, der Beschlussfassung und der Verwaltung getroffen werden. Ohne eine solche und in den vorgenannten Punkten aufeinander abgestimmte *gewillkürte Regelung*, welche den Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt, besteht das Risiko, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft samt ihren – allenfalls bloss aus faktischen Gründen bestehenden (vgl. Ziff. 2.a) – Untergemeinschaft(en) in der Praxis nicht funktionieren kann. Zur Sicherstellung der Funktionstauglichkeit der betreffenden Stockwerkeigentümergeinschaft erweisen sich gewillkürte Regelungen zur Untergemeinschaft, die in die Gemeinschaftsordnung der betreffenden Stockwerkeigentümergeinschaft aufzunehmen sind, somit als unabdingbar.⁴⁸ Mit solchen kann auch den sich für die Stockwerkeigentümergeinschaft sowie die übrigen Stockwerkeigentümer stellenden Haftungsrisiken Rechnung getragen, das heisst diese entschärft werden (s. Ziff. 5).

Die gewillkürten Regelungen zur Untergemeinschaft beziehungsweise die Zuweisung von Kompetenzen im Bereich der Nutzung, der Beschlussfassung und der Verwaltung stellen eine *Abänderung der gesetzlich vorgesehenen Nutzungs- und Verwaltungsordnung* dar. Eine solche Änderung der gesetzlichen Regelung ist zulässig, vorausgesetzt, (1) die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen (namentlich Art. 712g Abs. 2 ZGB, Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 Abs. 1 OR, aber auch die gesetzlich zwingenden Beschlussquoren etc.) wie auch (2) die allgemeinen Rechtsgrundsätze (namentlich das Gleichbehandlungsgebot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, der Schutz vor einer übermässigen

47 S. in Bezug auf die Nutzung Leuthardt (Fn. 4), S. 198 ff., Rz. 502 ff., in Bezug auf die Beschlussfassung Leuthardt (Fn. 4), S. 315 ff., Rz. 774 ff. und in Bezug auf die Verwaltung Leuthardt (Fn. 4), S. 435 ff., Rz. 1055 ff.

48 R. Haas (Fn. 3), S. 40 ff.; Leuthardt (Fn. 4) im Allgemeinen S. 103 ff., Rz. 232 ff., betreffend Nutzungsbefugnisse S. 202 ff., Rz. 515 ff., betreffend Beschlussfassungskompetenzen S. 327 ff., Rz. 803 ff., betreffend Verwaltungskompetenzen S. 447 ff., Rz. 1084 ff., betreffend Kostentragung S. 509 ff., Rz. 1233 ff. und betreffend gemeinschaftliche Erträge S. 530 f., Rz. 1283 f.

und persönlichkeitsrechtswidrigen Bindung) werden gewahrt.⁴⁹ Weiter (3) sind jeweils auch die formellen Voraussetzungen, welche zur Ergänzung oder zur Änderung der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft eingehalten werden müssen, zu berücksichtigen.⁵⁰

Solche gewillkürten Regelungen haben sich inhaltlich einerseits damit auseinanderzusetzen, welche Befugnisse im Bereich der Nutzung und der Beschlussfassung sowie gegebenenfalls auch der Verwaltung den Mitgliedern der Untergemeinschaft zur Wahrnehmung unter Ausschluss der übrigen Stockwerkeigentümer eingeräumt werden sollen. Andererseits ist auch zu definieren, wie die Kompetenzausübung stattfinden soll.⁵¹ Dies geschieht im Wesentlichen mit folgenden Bestimmungen:

- **Nutzungsbefugnisse:** Über die *Regelung eines Sondernutzungsrechts* ist zu bestimmen, an welchen gemeinschaftlichen Teilen und in welchem Umfang ein ausschliessliches Nutzungsrecht der Mitglieder der Untergemeinschaft bestehen soll.⁵² Zusammen mit der Sondernutzungsrechtsregelung auch festzulegen sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Nutzungsbefugnisse durch die Mitglieder der Untergemeinschaft, die damit einhergehenden Unterhalts- und Kostentragungspflichten sowie gegebenenfalls eine Regelung zur Abtretbarkeit der Nutzungsberechtigung.⁵³
- **Beschlussfassungskompetenzen:** Zu entscheiden ist, inwieweit und über welche Beschluss Themen die Mitglieder der Untergemeinschaft über Massnahmen in Bezug auf die ihnen über das Sondernutzungsrecht zugewiesenen gemeinschaftlichen Teile Beschluss fassen dürfen (*Beschlussgegenstand*). Zu bestimmen ist weiter der Umfang der Beschlussfassungskompetenz, ob die Mitglieder der Untergemeinschaft unter Ausschluss der übrigen Stockwerkeigentümer solche Beschlüsse fassen dürfen (als sog. *Untergemeinschaftsbeschlüsse*) und, falls ja, ob ihnen eine alleinige (*exklusive*) *Beschlusszuständigkeit*⁵⁴ zukommen soll oder aber den übrigen Stockwerkeigentümern ein besonderes Kontroll- oder

49 R. Haas (Fn. 3), S. 36 ff. und S. 45; Leuthardt (Fn. 4), S. 168 ff., Rz. 419 ff.; Pereira (Fn. 5), S. 100 f., Rz. 51; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712/ ZGB N 155, N 157 und N 170 ff. und 712m N 180.

50 Vgl. Leuthardt (Fn. 4) im Allgemeinen S. 174 ff., Rz. 434 ff., betreffend Nutzungsbefugnisse S. 193 ff., Rz. 489 ff., betreffend Beschlussfassungskompetenzen S. 245 ff., Rz. 610 ff. und betreffend Verwaltungskompetenzen S. 418 ff., Rz. 1013 ff.

51 R. Haas (Fn. 3), S. 40 ff.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712/ ZGB N 168 ff.

52 Leuthardt (Fn. 4), S. 177 ff., 441 ff.

53 Leuthardt (Fn. 4), S. 212 ff., 540 ff.

54 Leuthardt (Fn. 4), S. 329 ff., Rz. 807 ff.

Mitwirkungsrecht bei der Beschlussfassung eingeräumt werden soll (sog. *kumulative Zuständigkeit*⁵⁵). Die Beschlussfassung in der Untergemeinschaft kann weiter mit Auflagen verbunden werden, sodass beispielsweise damit zusammenhängende mutmassliche Kosten vorgängig durch die Mitglieder der Untergemeinschaft sichergestellt werden müssen.⁵⁶ Weiter bedarf es Regelungen zu den geltenden Beschlussquoten sowie zur beschlussfassenden Versammlung (im Sinne einer Untergemeinschaftsversammlung oder aber zur Beschlussfassung der Untergemeinschaft anlässlich einer Stockwerkeigentümersversammlung).⁵⁷

- **Verwaltungskompetenzen:** Schliesslich ist in einem dritten Schritt zu definieren, ob die Verwaltung der mittels Sondernutzungsrecht den Mitgliedern der Untergemeinschaft zugewiesenen gemeinschaftlichen Teile ebenfalls *durch die Mitglieder der Untergemeinschaft* oder aber durch einen *Verwalter* erfolgen soll, der für *alle Belange der Stockwerkeigentümergeinschaft zuständig* ist.⁵⁸ Dabei sind verschiedene Aspekte des Verwaltungsmandats zu regeln (namentlich Umfang und Dauer des Verwaltungsmandats, Regelungen zur Entschädigung, zum Beizug Dritter, zur Entschärfung allfälliger Interessenkonflikte, der Vertretungsbefugnis etc.).⁵⁹

4. Gemeinschaftliche Kosten und Lasten sowie Einnahmen

a. Ausgangslage

Die Verwaltung gemeinschaftlicher Teile generiert finanzielle Lasten (*gemeinschaftliche Kosten und Lasten*) und teilweise auch Einnahmen (*gemeinschaftliche Einnahmen*). Im Zusammenhang mit einer Untergemeinschaft ist in Bezug auf diese Aspekte zu bedenken, dass die Mitglieder der Untergemeinschaft von bestimmten gemeinschaftlichen Teilen in besonderer Art und Weise – in der Regel nämlich ausschliesslich – profitieren (vgl. Ziff. 1.a).

55 Leuthardt (Fn. 4), S. 331 ff., Rz. 810 ff.

56 Zur Beschlussfassung generell Leuthardt (Fn. 4), S. 233 ff., Rz. 584 ff. und in Bezug auf Auflagen S. 329, Rz. 806 und auch S. 297 f., Rz. 731 ff., S. 334 f., Rz. 817 ff. sowie S. 339 f., Rz. 825 ff.

57 Leuthardt (Fn. 4), S. 345 f., Rz. 832 f. und S. 346 ff., Rz. 834 ff.

58 Leuthardt (Fn. 4), S. 409, Rz. 990 ff.

59 Leuthardt (Fn. 4), S. 448, Rz. 1085 ff.

b. Anwendbare Regelungen

In Bezug auf die Verteilung *gemeinschaftlicher Kosten und Lasten* können verschiedene *gesetzliche Regelungen* für Stockwerkeigentümergeinschaften mit einer oder mehreren Untergemeinschaft(en) einschlägig werden.

In Bezug auf die Kostenverteilung lässt sich festhalten, dass die speziellen Nutzungsverhältnisse es grundsätzlich rechtfertigen, den Mitgliedern der Untergemeinschaft diejenigen gemeinschaftlichen Kosten und Lasten aufzuerlegen, welche gemeinschaftliche Teile betreffen, die ausschliesslich durch die Mitglieder der Untergemeinschaft genutzt werden und hinsichtlich welchen ihnen allenfalls auch besondere Kompetenzen im Bereich der Beschlussfassung und der Verwaltung zustehen (vgl. Ziff. 3.b).⁶⁰ Art. 712h Abs. 3 ZGB sieht eine solche Regelung vor, verfügt als besondere Kostenverteilregelung jedoch über einen sehr restriktiven Anwendungsbereich.⁶¹ Insbesondere ist in *materieller Hinsicht* umstritten, ob Art. 712h Abs. 3 ZGB lediglich Erstellungs-, Unterhalts- und Betriebskosten im Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Bauteilen, Anlagen und Einrichtungen oder aber sämtliche Kosten erfasst, welche im weitesten Sinne im Zusammenhang mit bestimmten gemeinschaftlichen Teilen anfallen, die nicht allen Stockwerkeigentümern dienen (namentlich auch allgemeine Verwaltungskosten).⁶² Weiter verlangt das Bundesgericht in *sachlicher Hinsicht*, dass die gemeinschaftlichen Teile, mit welchen die betreffenden gemeinschaftlichen Kosten und Lasten zusammenhängen, nach objektiven Kriterien für bestimmte Stockwerkeigentümer gänzlich (und nicht nur überwiegend) unbrauchbar sind.⁶³ Schliesslich wird für eine Anwendung der vorgenannten Kostenregelung in *zeitlicher Hinsicht* eine dauerhafte Unbrauchbarkeit (d. h. während der gesamten Abrechnungsperiode) vorausgesetzt.⁶⁴ Bei nicht vollends klaren Nutzungsverhältnissen, in welchen zum Beispiel nicht mit abschliessender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass bestimmte gemeinschaftliche Teile nicht doch einmal durch die Stockwerkeigentümer, welche der Untergemeinschaft nicht

60 R. Haas (Fn. 3), S. 38; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712f ZGB N 165 und N 170b; ähnlich Pereira (Fn. 5), S. 98, Rz. 45. Zum Ganzen auch Leuthardt (Fn. 4), S. 509 ff., Rz. 1233 ff.

61 BGE 112 II 312 E. 3.b und 3.c.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712h ZGB N 70.

62 Leuthardt (Fn. 4), S. 499 f., Rz. 1213 f.; Zraggen (Fn. 4), S. 385 ff., Rz. 1049 ff.

63 BGE 117 II 251 E. 6.b; BGE 112 II 312 E. 3.c.

64 ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712h ZGB N 80; Zraggen (Fn. 4), S. 391 f., Rz. 1061 ff.

angehören, genutzt werden, ist gestützt auf die gesetzliche Regelung in Art. 712h Abs. 3 ZGB die *Tragung gemeinschaftlicher Kosten und Lasten* durch die *Mitglieder der Untergemeinschaft nicht abschliessend sichergestellt*.⁶⁵ Kann im Einzelfall eine Kostenverteilung gestützt auf Art. 712h Abs. 3 ZGB nicht stattfinden, richtet sich die Verteilung gemeinschaftlicher Kosten und Lasten regelmässig nach der allgemeinen Kostenverteilungsregelung in Art. 712h Abs. 1 ZGB. Die Kosten sind in diesem Fall auf alle Stockwerkeigentümer nach Wertquoten zu verteilen.⁶⁶ Aus dem dargelegten Grunde sollte die gesetzliche Ordnung durch eine *gewillkürte Regelung* in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft dahingehend angepasst werden, dass den Mitgliedern der Untergemeinschaft Kompetenzen im Bereich der Nutzung, der Beschlussfassung und der Verwaltung nur insoweit eingeräumt werden, wie sie auch die daraus resultierenden Kosten tragen.⁶⁷ Im Rahmen dessen kann für bestimmte Kosten auch die vorgängige Sicherstellung verlangt werden.⁶⁸

Für die Verteilung *gemeinschaftlicher Einnahmen* sieht das Gesetz keine explizite Regelung vor. Ohne eine abweichende Regelung in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft sind diese gemäss Lehre nach Wertquoten auf die einzelnen Stockwerkeigentümer zu verteilen.⁶⁹ Für gemeinschaftliche Einnahmen, welche durch die Untergemeinschaft oder im Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Teilen, die einer solchen zugeordnet sind, erwirtschaftet werden, kann sich eine von der wertquotenproportionalen Verteilung abweichende gewillkürte Regelung empfehlen. Für solche kann entweder geregelt werden, dass sie den gemeinschaftlichen Kosten und Lasten, welche im internen Verhältnis auf die Mitglieder der Untergemeinschaft entfallen, anzurechnen sind.

65 S. BGE 117 II 251 E. 6.b; auch Leuthardt (Fn. 4), S. 510 ff., Rz. 1236 ff. und S. 558, Rz. 1354.

66 Leuthardt (Fn. 4), S. 497 f., Rz. 1208 ff.

67 Leuthardt (Fn. 4), S. 510, Rz. 1236 ff.

68 Leuthardt (Fn. 4), S. 297 ff., Rz. 731 ff., S. 516, Rz. 1253 ff., S. 339 f., Rz. 825 sowie S. 510, Rz. 1234; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712f ZGB N 170a f.

69 Leuthardt (Fn. 4), S. 530 f., Rz. 1283 f.; auch Arthur Meier-Hayoz / Heinz Rey, in: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Stockwerkeigentum, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV, Art. 712a–712f ZGB, Bern 1988, Art. 712e ZGB N 11; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712e ZGB N 20.

Als Alternative können solche auch einem Erneuerungsfonds zur späteren Verwendung durch die Untergemeinschaft gutgeschrieben werden.⁷⁰

5. Auswirkungen des Handelns und Unterlassens der Untergemeinschaft

a. Vorbemerkungen

Ist die Stockwerkeigentümergeinschaft intern in Untergemeinschaften strukturiert, stellt sich die Frage, wer für Handlungen oder Unterlassungen, für welche gemäss den Regelungen zur internen Organisation der Stockwerkeigentümergeinschaft die Verantwortung bei den Mitgliedern der Untergemeinschaft liegt, haftbar wird.⁷¹ Als mögliche Haftungssubjekte infrage kommen die (1) *Stockwerkeigentümergeinschaft*, (2) die *Mitglieder der Untergemeinschaft* oder aber (3) die *übrigen Stockwerkeigentümer*, welche der Untergemeinschaft nicht angehören.

b. Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft

Weil die Untergemeinschaft eine Organisationseinheit der Stockwerkeigentümergeinschaft darstellt (vgl. Ziff. 1.a), sind die durch die Mitglieder der Untergemeinschaft ausgeführten rechtsgeschäftlichen wie auch die widerrechtlichen und vertragswidrigen Handlungen oder Unterlassungen regelmässig der Stockwerkeigentümergeinschaft anzurechnen.⁷²

Für eine Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft vorausgesetzt wird jeweils, dass sich die haftpflichtrechtliche Materie unter die *gemeinschaftliche Verwaltung* und folglich die Fähigkeiten der Stockwerkeigentümergeinschaft nach Art. 712/ ZGB subsumieren lässt.⁷³

Voraussetzung für die Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft im *rechtsgeschäftlichen Bereich* ist zudem, dass die entsprechenden Rechte und Pflichten rechtmässig im Namen der Stockwerkeigentümergein-

70 Leuthardt (Fn. 4), S. 530 f., Rz. 1283 f. Vgl. zudem Manz (Fn. 6), S. 199, Rz. 409; BK ZGB-Meier-Hayoz / Rey (Fn. 69), Art. 712e ZGB N 11; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712e ZGB N 20.

71 Vgl. bspw. R. Haas (Fn. 3), S. 29, S. 33 und S. 54; Schmid / Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 56 f.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712/ ZGB N 170b und N 171.

72 Leuthardt (Fn. 4), S. 535 ff., Rz. 1292 ff.

73 Leuthardt (Fn. 4), S. 567, Rz. 1295 f.; Valentin Piccinin, La propriété par étages en procès, Zürich 2015, S. 30, Rz. 63 ff.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712e ZGB N 20.

schaft begründet werden.⁷⁴ *Ordentlich* werden rechtsgeschäftliche Rechte und Pflichten im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft gestützt auf einen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft⁷⁵ oder gestützt auf eine Individualzuständigkeit der Stockwerkeigentümer⁷⁶ begründet, wenn im Anschluss gestützt darauf rechtswirksam ein Rechtsgeschäft im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft abgeschlossen wird.⁷⁷ *Ausserordentlich* wird die Stockwerkeigentümergeinschaft ausnahmsweise berechtigt und verpflichtet, wenn sie ein Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt⁷⁸ oder aber wenn eine Vertretungswirkung aufgrund einer die Vertretungsbefugnis übersteigende Vertretungsmacht⁷⁹ eintritt.⁸⁰

Im Bereich der *ausservertraglichen Haftung* liegt die Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft aufgrund von mangelhaften gemeinschaftlichen Teilen oder Störungen, die im Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Teilen entstehen, im Fokus. Im Rahmen ihrer *Verwaltungszuständigkeit* und der ihr über *Art. 712f ZGB verliehenen Fähigkeiten* kann die Stockwerkeigentümergeinschaft theoretisch sowohl gestützt auf die

74 Leuthardt (Fn. 4), S. 586, Rz. 1293.

75 Als Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft gilt sowohl der Beschluss sämtlicher Stockwerkeigentümer wie auch ein Beschluss der Mitglieder der Untergemeinschaft, der gestützt auf eine entsprechende Kompetenzdelegation in der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft gefasst wurde (sog. Untergemeinschaftsbeschluss). Vgl. Leuthardt (Fn. 4), S. 537 f., Rz. 1300 ff.

76 Von Gesetzes wegen besteht eine Individualzuständigkeit der Stockwerkeigentümer namentlich für gewöhnliche und dringliche Verwaltungshandlungen (Art. 647a Abs. 1 ZGB und Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Weiter ist jeder Stockwerkeigentümer befugt, die richterliche Anordnung notwendiger Verwaltungshandlungen zu verlangen (vgl. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).

77 Leuthardt (Fn. 4), S. 537 ff., Rz. 1299 ff.

78 Eine Genehmigung kann im Aussenverhältnis über Art. 38 Abs. 1 OR oder aber nur mit Wirkung für das Innenverhältnis über die Gesetzesbestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgen. Vgl. Leuthardt (Fn. 4), S. 543 f., Rz. 1318 ff. und S. 544 ff., Rz. 1320 ff.

79 Eine die Vertretungsbefugnis übersteigende Vertretungsmacht kann einerseits bei einer nach aussen kundgegebenen Vollmacht eintreten, die nachträglich ohne Wissen des Dritten, der sich darauf verlässt, erlischt (vgl. Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR und Art. 37 OR). Andererseits kann eine solche Situation aber auch in Bezug auf gesetzlich geregelte Vollmachten eintreten (namentlich gestützt auf Art. 712f ZGB oder die im Rahmen der gesetzlichen Individualbefugnisse geltenden Vertretungsrechte der Stockwerkeigentümer, s. bspw. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB für dringliche Verwaltungshandlungen oder aber Art. 647a Abs. 1 ZGB für gewöhnliche Verwaltungshandlungen). Vgl. zum Ganzen Leuthardt (Fn. 4), S. 548 ff., Rz. 1329 ff.

80 Leuthardt (Fn. 4), S. 542 ff., Rz. 1314 ff.

*Werkeigentümerhaftung*⁸¹, gestützt auf *Klagen aus Eigentum* respektive aus einer *Dienstbarkeit*⁸², gestützt auf eine Klage oder einen Rechtsbehelf aus *Besitz*⁸³ oder im Zusammenhang mit einer *Grundeigentümerhaftung*⁸⁴ für mangelhafte gemeinschaftliche Teile oder daraus herrührende Störungen verantwortlich werden. Auch für *Schadenersatzklagen* (bspw. gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR) kann die Stockwerkeigentümergeinschaft grundsätzlich belangt werden.⁸⁵ Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Stockwerkeigentümergeinschaft in diesem Fall zur Verantwortung gezogen werden kann, ist danach zu unterscheiden, ob sich das haftpflichtrechtlich relevante Verhalten im Aussenverhältnis (also im Verhältnis zwischen der Stockwerkeigentümergeinschaft und einem Dritten) abspielt oder ob das Innenverhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft betroffen ist und sich der Sachverhalt ausschliesslich zwischen den Stockwerkeigentümern abspielt. Für das *Innenverhältnis* gilt es als Besonderheit zu beachten, dass Angelegenheiten zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern – sogenannte interne Angelegenheiten oder Angelegenheiten des Innenverhältnisses der Stockwerkeigentümergeinschaft – im Generellen nicht ohne Weiteres über eine direkte Klage gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft gelöst werden können. Darüber, wie sich die Stockwerkeigentümergeinschaft in diesem Fall verhalten will, ist grundsätzlich in einem *ersten Schritt Beschluss zu fassen*, bevor in einem *zweiten Schritt* gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft vorgegangen werden kann.⁸⁶

- 81 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum, Fn. 6), S. 1491; Leuthardt (Fn. 4), S. 564, Rz. 1365; BK ZGB-Meier-Hayoz/Rey (Fn. 69), Art. 712/ZGB N 60; Piccinin (Fn. 73), S. 199, Rz. 412 f.; ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712h ZGB N 66 und 712l N 123.
- 82 Dass die Stockwerkeigentümergeinschaft gestützt auf die *actio negatoria* und die *actio confessoria* bzw. die *rei vindicatio* als passivlegitimiert gelten kann, entspricht der vorliegend vertretenen Auffassung. Diese ist umstritten. Vgl. namentlich die Ausführungen von Markus Vischer, Urteilsbesprechung 5A_664/2019, AJP 8 / 2021, S. 1032 ff., S. 1036 f. und auch Leuthardt (Fn. 4), S. 564, Rz. 1366.
- 83 Leuthardt (Fn. 4), S. 564 f., Rz. 1367.
- 84 Leuthardt (Fn. 4), S. 565, Rz. 1368; BK ZGB-Meier-Hayoz/Rey (Fn. 69), Art. 712/ZGB N 60; Piccinin (Fn. 73), S. 194, Rz. 401.
- 85 Leuthardt (Fn. 4), S. 565, Rz. 1369 f.; BK ZGB-Meier-Hayoz/Rey (Fn. 69), Art. 712/ZGB N 61 f.
- 86 BGE 145 III 121 E. 4.3.5 f.; auch BGE 5A_640/2012 E. 4.4; Bettina Hürlimann-Kaup, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2019, ZBJV 156/2020, S. 358 f.; a. A. Vischer (Fn. 82), S. 1036. Entsprechendes gilt für die Durchsetzung der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümer im Allgemeinen. Vgl. ZK ZGB-Wermelinger (Fn. 2), Art. 712a ZGB N 231 f.

c. Haftung der Mitglieder der Untergemeinschaft

Neben der Stockwerkeigentümergeinschaft können auch die Mitglieder der Untergemeinschaft aus ihren *rechtsgeschäftlichen Handlungen* berechtigt oder verpflichtet werden. Dies ist der Fall, wenn die rechtsgeschäftliche Handlung nicht mit Wirkung für die Stockwerkeigentümergeinschaft ausgeführt wird und sich die Mitglieder der Untergemeinschaft selber berechtigen und verpflichten.⁸⁷

Ebenso sind die Mitglieder der Untergemeinschaft für *Beiträge* an die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten haftbar, die nach der anwendbaren Kostenverteilregel auf sie entfallen.⁸⁸

Weiter können sich die Mitglieder der Untergemeinschaft auch im *ausservertraglichen Bereich* haftbar machen. Im Vordergrund steht die Haftung für mangelhafte gemeinschaftliche Teile oder Störungen, die von solchen ausgehen und nach der internen Organisation der Stockwerkeigentümergeinschaft den Mitgliedern der Untergemeinschaft zugewiesen werden können.⁸⁹ Falls die Haftungsthematik unter die gemeinschaftliche Verwaltung fällt, kann sich eine Belangbarkeit der Mitglieder der Untergemeinschaft neben der oder im Rahmen eines Regresses subsidiär zur Stockwerkeigentümergeinschaft ergeben.⁹⁰

d. Haftung der übrigen Stockwerkeigentümer

In besonderen Konstellationen kann sich eine Haftung der übrigen Stockwerkeigentümer ergeben, die der Untergemeinschaft nicht angehören. Von zentraler Bedeutung sind Folgende:

- **Beitragsforderungen:** Da die Stockwerkeigentümer für Beiträge nur insoweit haften, wie sie diese nach der internen Kostenträgungsordnung zu bezahlen haben, ist das Belangen der übrigen Stockwerkeigentümer für Beitragsforderungen, welche gegenüber den Mitgliedern der Untergemeinschaft bestehen, grundsätzlich nicht möglich.⁹¹ Ausnahmsweise kann sich jedoch eine mittelbare Belangbarkeit der Nichtmitglieder der Untergemeinschaft für Beitragsforderungen der Mitglieder der Untergemeinschaft ergeben.⁹² Dies ist der Fall, wenn

87 Leuthardt (Fn. 4), S. 552, Rz. 1338 f. und S. 553, Rz. 1343.

88 Leuthardt (Fn. 4), S. 555 f., Rz. 1348 f.

89 Leuthardt (Fn. 4), S. 553, Rz. 1343 und S. 577 f., Rz. 1394 f. sowie S. 579 ff., Rz. 1401 ff.

90 Leuthardt (Fn. 4), S. 577, Rz. 1395 und S. 578 f., Rz. 1398 ff.

91 Leuthardt (Fn. 4), S. 556, Rz. 1351 ff.

92 Leuthardt (Fn. 4), S. 558, Rz. 1355 ff.

Mittel aus dem Verwaltungsvermögen zur Deckung von solchen Beiträgen verwendet werden, die nicht ausschliesslich von den Mitgliedern der Untergemeinschaft geleistet worden sind. Eine solche Konstellation ist denkbar, wenn zur Deckung von Forderungen, welche gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft bestehen, Mittel aus einem *allgemeinen Erneuerungsfonds* verwendet werden. In einen solchen bezahlen sämtliche Stockwerkeigentümer und nicht nur die Mitglieder der Untergemeinschaft Beiträge ein.⁹³

- **Bauhandwerkerpfandrecht:** Der mit der Ausführung von Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen oder Materiallieferungen bestellten Unternehmer steht zur Absicherung ihrer damit zusammenhängenden Forderungen das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) zur Verfügung. Für solche Forderungen ist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Stammparzelle jedoch ausgeschlossen, sofern ein Stockwerkanteil bereits mit einem Pfandrecht oder einer Grundlast belastet ist (Art. 648 Abs. 3 ZGB). In diesem Fall muss die Pfandsumme gesplittet und das Bauhandwerkerpfandrecht anteilig auf alle Stockwerkanteile eingetragen werden. Auch wenn sie für die Forderung, die dem Bauhandwerkerpfandrecht zugrunde liegt, nicht aufzukommen haben, kann sich im Zusammenhang mit einem Bauhandwerkerpfandrecht eine Art mittelbare Haftung der Stockwerkeigentümer ergeben, die der Untergemeinschaft nicht angehören.⁹⁴
- **Ausservertragliche Haftung:** Bei einer *ausservertraglichen Haftung* können die Stockwerkeigentümer, die der Untergemeinschaft nicht angehören, im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft zudem kostentragungspflichtig werden, falls für das haftpflichtrechtlich relevante Verhalten eine Regressnahme durch die Stockwerkeigentümergeinschaft auf die Mitglieder der Untergemeinschaft nicht möglich ist, weil sich die Verantwortlichkeit für die Störung, die mangelhaften gemeinschaftlichen Teile oder den Schaden den Mitgliedern der Untergemeinschaft nicht zuordnen lässt. In diesem Fall sind die finanziellen Folgen, für welche die Stockwerkeigentümergeinschaft im Aussenverhältnis eingestanden ist, im Innenverhältnis nach Massgabe von Art. 712h Abs. 1 ZGB auf alle Stockwerkeigentümer zu verteilen.⁹⁵

93 Leuthardt (Fn. 4), S. 558, Rz. 1355.

94 Leuthardt (Fn. 4), S. 559 ff., Rz. 1357 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup (Fn. 5), S. 56.

95 Vgl. Leuthardt (Fn. 4), S. 579, Rz. 1399; Zraggen (Fn. 4), S. 355, Rz. 979.

6. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Untergemeinschaft im Stockwerkeigentum immer dann vorkommt, wenn gemeinschaftliche Teile nur von bestimmten, aber nicht allen Stockwerkeigentümern genutzt werden (s. Ziff. 1.a). Der Gesetzgeber hat das Bestehen von Untergemeinschaft(en) im Stockwerkeigentum bei der Einführung der Art. 712a ff. ZGB nicht berücksichtigt und diese in der Folge auch nicht im Gesetz geregelt (s. Ziff. 1.b). Zur Vermeidung von unklaren (Rechts-)Verhältnissen und damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten empfiehlt es sich, eine detaillierte gewillkürte Regelung zur Untergemeinschaft in die Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft (in der Regel in das Stockwerkeigentümerreglement) aufzunehmen (s. Ziff. 3). Darin ist zu bestimmen, welche Kompetenzen im Bereich der Nutzung, der Beschlussfassung und der Verwaltung durch die Mitglieder der Untergemeinschaft unter Ausschluss der übrigen Stockwerkeigentümer wahrgenommen und welche Anforderungen (Auflagen) und Kostentragungspflichten sowie Berechtigungen in Bezug auf Einnahmen daran geknüpft werden. Im Rahmen der Regelung der Untergemeinschaft sind auch die sich für die Stockwerkeigentümergeinschaft sowie die übrigen Stockwerkeigentümer stellenden Haftungsrisiken zu entschärfen (namentlich durch eine Pflicht zur vorgängigen Sicherstellung von mutmasslichen Kosten, s. Ziff. 3.b und Ziff. 5).

Résumé

Sous-communautés juridiques en matière de propriété par étages

Le législateur part du principe que les membres de la communauté des propriétaires d'étages ont un intérêt identique à l'utilisation des parties communes de la propriété par étages. Cet intérêt peut toutefois diverger au sein de la communauté en ce qui concerne certaines parties communes, ce qui conduit à la formation de sous-communautés. Le législateur n'a pris cet aspect en considération que de manière marginale, concrètement lors de la répartition des coûts.

La sous-communauté est un moyen de structurer en interne une communauté de propriétaires d'étages. Le présent article traite des questions qui se posent à cet égard.