

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

### 2.6.1. Das Eigentum/La propriété

#### BGer 5A\_664/2019: Wegrecht (actio confessoria, Beseitigung der Störung)

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_664/2019 vom 3. Dezember 2020, A. gegen B.B. und C.B., Wegrecht (actio confessoria, Beseitigung der Störung).



MARKUS VISCHER\*

*Ein einzelner Stockwerkeigentümer und auch die Stockwerkeigentümergeinschaft sind bei einer actio confessoria nicht passiv prozessfähig und damit nicht passivlegitimiert. Vielmehr sind nur sämtliche Stockwerkeigentümer passiv prozessfähig und grundsätzlich passivlegitimiert.*

### I. Sachverhalt

A. einerseits und D.C. und E.C. andererseits sind die Eigentümer der Parzelle Nr. 263 in der Gemeinde U., welche in Stockwerkeigentum aufgeteilt ist.

B.B. und C.B. sind Eigentümer der Nachbarparzelle Nr. 427, welche zulasten der Parzelle Nr. 263 über ein Fuss- und Fahrwegrecht verfügt. Dieses Recht ist der einzige Zugang zur Parzelle Nr. 427 und erstreckt sich über eine Breite von 3 Metern.

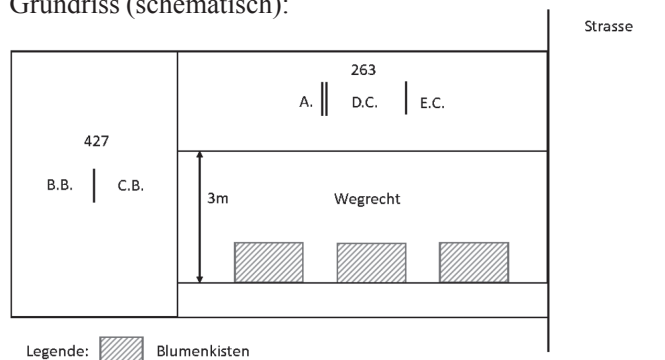
Im Zuge der Bebauung der Parzelle Nr. 263 wurde die Breite des Wegrechts durch das Anbringen von Blumenkisten teilweise reduziert, wogegen B.B. und C.B. mittels einer allein gegen A. gerichteten actio confessoria auf Beseitigung der Störung vorgehen. Die kantonalen Gerichte schützten die Klage, worauf A. (u.a.) mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gelangte.

### II. Begründung

Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass vorliegend eine actio confessoria, also eine Klage der Dienstbarkeitsberechtigten, vorliegend B.B. und C.B., auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung gegen den Störer vorliege (E. 4 Ingress).

\* MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

Grundriss (schematisch):



Belaste die Dienstbarkeit die Stammparzelle und nicht eine einzelne Stockwerkeigentumsparzelle gebe die Rechtsprechung keine einheitliche Antwort auf die Frage, ob bei der actio confessoria die Stockwerkeigentümergeinschaft oder die Stockwerkeigentümer als notwendige Streitgenossen prozessfähig seien (E. 4.2.2).

In einem kürzlichen Grundsatzentscheid, nämlich BGE 145 III 121, habe das Bundesgericht entschieden, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft bei einer actio negatoria, welche ein Stockwerkeigentümer infolge einer Beeinträchtigung seines Sonderrechts aufgrund gemeinschaftlicher Teile gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft eingeleitet hatte, nicht passiv prozessfähig und nicht passivlegitimiert sei. Vielmehr seien die Stockwerkeigentümer gemäss BGE 145 III 121 als notwendige Streitgenossen passiv prozessfähig und grundsätzlich passivlegitimiert. Dieser eine interne Angelegenheit betreffende Fall könne im externen Verhältnis generalisiert und entsprechend auf die actio confessoria analog angewandt werden, weshalb die Stockwerkeigentümer und nicht die Stockwerkeigentümergeinschaft im vorliegenden Fall prozessfähig und damit grundsätzlich passivlegitimiert gewesen seien. Da B.B. und C.B. nur A. eingeklagt hätten, sei die Beschwerde gutzuheissen und die Klage abzuweisen (E. 4.2.3, 4.2.4, 5).

### III. Bemerkungen

#### A. Vorbemerkung

Das vorliegend besprochene Urteil wurde in einer Fünferbesetzung gefällt, was die Ausnahme darstellt.<sup>1</sup> So wurden im Jahr 2020, in dem auch das hier relevante Urteil des Bundesgerichts 5A\_664/2019 erging, lediglich 6,83% aller Urteile des Bundesgerichts in Fünferbesetzung ge-

fällt.<sup>2</sup> Die Fünferbesetzung lässt nach Art. 20 Abs. 2 BGG vermuten, dass es sich nach Meinung des Bundesgerichts beim hier diskutierten Urteil um einen Entscheid von einer gewissen Tragweite handelte,<sup>3</sup> auch wenn das Bundesgericht vorliegend bei der Frage der Zulässigkeit der neben der subsidiären Verfassungsbeschwerde<sup>4</sup> ebenfalls erhobenen Beschwerde in Zivilsachen das Vorliegen einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung i.S. von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG verneinte.<sup>5</sup>

Der Leser des vorliegend besprochenen Urteils wird allerdings in seinen durch die Fünferbesetzung geweckten Erwartungen enttäuscht. Denn im Wesentlichen erklärte das Bundesgericht in diesem Urteil BGE 145 III 121 zur actio negatoria<sup>6</sup> als analog für die actio confessoria<sup>7</sup> anwendbar, ohne dies weiter zu begründen.<sup>8</sup> Das ist umso enttäuschender, als BGE 145 III 121 in Bezug auf die actio negatoria nicht nur nicht richtig ist, sondern auch keine wirkliche Begründung enthält. Insbesondere setzt sich BGE 145 III 121 nicht mit der Lehre auseinander, sondern wirft den die Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft bei der actio negatoria bejahenden Autoren lediglich vor, sich fälschlicherweise auf BGer 5P.225/2006 vom 2.10.2006 zu berufen. Dieses Urteil nenne zwar die Stockwerkeigentümergeinschaft als beklagte Partei im Rubrum, betreffe aber eigentlich eine Klage gegen die Stockwerkeigentümer, was diese Autoren übersähen.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2020, Internet: [https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/Geschäftsbericht\\_2020.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/Geschäftsbericht_2020.pdf) (Abruf 16.6.2021), 9.

<sup>3</sup> VISCHER (FN 1), AJP 2018, 1403.

<sup>4</sup> S. oben I.

<sup>5</sup> BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 1.2.

<sup>6</sup> S. zur actio negatoria bzw. zur Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB z.B. BGE 132 III 651 E. 7; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 41, in: Thomas Geiser/Wolf Stephan (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

<sup>7</sup> S. zur actio confessoria bzw. zur Dienstbarkeitsklage gemäss Art. 737 ZGB z.B. BGE 95 II 14 E. 3; BSK ZGB II-PETITPIERRE (FN 6), Art. 737 N 11.

<sup>8</sup> S. immerhin zum Analogieschluss von der actio negatoria auf die actio confessoria bereits BGE 142 III 551 E. 2.4, ohne dass BGE 142 III 551 im hier besprochenen Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.3, erwähnt wird.

<sup>9</sup> Zum Ganzen, MARKUS VISCHER, BGer 5A\_340/2017 (zur Publikation bestimmt [BGE 145 III 121]): Besitzesstörung, Eigentumsfreiheitsklage, AJP 2019, 647 ff., 650 f.; gl.M. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2019, ZBJV 2020, 344 ff., 358 f., 359 mit der Aussage: «Inhaltlich bleibt das Bundesgericht damit jede Begründung dafür schuldig, warum die Passivlegitimation hier ... nicht bei der Gemeinschaft liegen soll, obwohl die zu beurteilenden übermässigen Immissionen von einem gemeinschaftlichen Teil ausgehen und damit die Verwaltungstätigkeit betroffen ist ...».

<sup>1</sup> MARKUS VISCHER, BGer 4A\_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsschädigung, AJP 2018, 1400 ff., 1403.

Im vorliegenden Fall wäre aber eine vertiefte Betrachtung durchaus angezeigt gewesen, sagte doch das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Urteil selbst, dass die Rechtsprechung die Frage der Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft bzw. der Stockwerkeigentümer bei der *actio confessoria* im Zusammenhang mit einer die Stammparzelle<sup>10</sup> belastenden Dienstbarkeit nicht einheitlich beantwortete.<sup>11</sup> Es dokumentierte dies im vorliegend besprochenen Urteil auch,<sup>12</sup> indem es verschiedene seiner Urteile aufführte, in denen es die Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft<sup>13</sup> bzw. der Stockwerkeigentümer bzw. sogar einzelner Stockwerkeigentümer<sup>14</sup> bejaht bzw. zumindest nicht korrigiert hatte.<sup>15</sup>

Diese schwankende Rechtsprechung hängt mit der auch bei der Stockwerkeigentümergeinschaft bestehenden Antinomie von Einheit und Vielfalt<sup>16</sup> und dem nicht zuletzt deshalb schwer fassbaren Charakter der Stockwerkeigentümergeinschaft zusammen.<sup>17</sup>

## B. Charakter der Stockwerkeigentümergeinschaft

Gemäss der Legaldefinition in Art. 712a Abs. 1 ZGB ist das Stockwerkeigentum ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile des Gebäudes zu benutzen und innen auszubauen. Das Stockwerkeigentum ist damit eine spezielle Form des Miteigentums.<sup>18</sup>

Durch ihre Miteigentumsanteile am Grundstück sind die Stockwerkeigentümer miteinander verbunden und bilden eine Gemeinschaft, die Stockwerkeigentümergeinschaft.<sup>19</sup> Diese Gemeinschaft ist aufgrund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung, also insbesondere aufgrund des erwähnten Art. 712a Abs. 1 ZGB, eine sogenannte Rechtsgemeinschaft,<sup>20</sup> welche sich dadurch charakterisiert, dass mehrere Personen Träger derselben Rechte und Pflichten sind.<sup>21</sup> Die Rechtsgemeinschaft kommt in der Form der Gesamthandgemeinschaft oder der Bruchteilsgemeinschaft wie eben der Stockwerkeigentümergeinschaft vor.<sup>22</sup> Das zentrale Abgrenzungskriterium der Rechtsgemeinschaft zur Körperschaft ist damit die mehrfache Rechtszuständigkeit bei der Rechtsgemeinschaft, weshalb die Stockwerkeigentümergeinschaft, bei der aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung nicht sie, sondern die Stockwerkeigentümer rechtszuständig sind, keine Körperschaft und damit keine juristische Person ist.<sup>23</sup> Infolge der fehlenden Rechtszu-

<sup>10</sup> Zur Terminologie von Stammparzelle und Stockwerkeigentumsparzelle im Allgemeinen z.B. CHRISTIAN BRUCKNER/MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 225 ff.

<sup>11</sup> BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.2.

<sup>12</sup> BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.2.1 und 4.2.2.2.

<sup>13</sup> BGer, 5A\_47/2019, 5.9.2019 bezüglich einer *actio confessoria* gegen eine Stockwerkeigentümergeinschaft; BGE 142 III 551 bezüglich einer *actio confessoria* einer Stockwerkeigentümergeinschaft; BGer, 5A\_740/2014, 1.2.2016 bezüglich einer Klage gegen eine Stockwerkeigentümergeinschaft auf Löschung einer Dienstbarkeit; BGer, 5C.7/2004, 22.4.2004 bezüglich einer Klage einer Stockwerkeigentümergeinschaft gestützt auf eine Heizungsdienstbarkeit.

<sup>14</sup> BGer, 5A\_221/2017, 22.1.2018 bezüglich einer *actio confessoria* einzelner Stockwerkeigentümer; BGer, 5A\_657/2014, 27.4.2015 bezüglich einer Klage der Stockwerkeigentümer gestützt auf eine Parkplatzdienstbarkeit; BGE 138 III 512 bezüglich einer Klage gegen Stockwerkeigentümer gestützt auf eine Bau- und Anpflanzungsdienstbarkeit.

<sup>15</sup> Zur vom Bundesgericht in seinem Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.2.1 teilweise auch zitierten Praxis der Tessiner Gerichte BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten des Stammgrundstücks im Stockwerkeigentum, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2019, Bern 2019, 43 ff., 68, insbes. FN 137, und 72 f., insb. FN 170 f.; AMÉDÉO WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 712a–712t ZGB, Das Stockwerkeigentum, Teilband IV 1c, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. ZK-WERMELINGER), Art. 712l ZGB N 142; AMÉDÉO WERMELINGER, Questions actuelles sur la propriété par étages, Atti della serata di studio del 24 marzo 2011, CFPG, Lugano 2011, 10 ff.

<sup>16</sup> KATHRIN MÜLLER, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2003, N 70, im Zusammenhang mit der Gesamthandgemeinschaft.

<sup>17</sup> Z.B. VISCHER (FN 9), AJP 2019, 652, zu BGE 145 III 121.

<sup>18</sup> Hier besprochenes Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.1.1, m.H. auf BGE 142 III 551 E. 2.2 und BGE 141 III 357 E. 3.2; z.B. BSK ZGB II-BÖSCH (FN 6), Vor Art. 712a–t N 4 ff.

<sup>19</sup> HEINZ REY, Strukturen des Stockwerkeigentums, ZSR 1980 I, 249 ff., 258; zum in der Praxis gebräuchlichen Begriff der Stockwerkeigentümerschaft z.B. BGer, 4A\_242/2016, 5.10.2016, E. 3.5 (in BGE 142 III 623 nicht publiziert).

<sup>20</sup> Z.B. BGE 145 III 121 E. 4.3.3; z.B. BSK ZGB II-BÖSCH (FN 6), Vor Art. 712a–t N 7.

<sup>21</sup> Z.B. BSK ZGB II-BÖSCH (FN 6), Vor Art. 712a–t N 7; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 2 N 78 ff., 96; WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit. BK-FELLMANN/MÜLLER), Vorbem. zu den Art. 530–551 OR N 74; REY (FN 19), 258.

<sup>22</sup> Z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 90 ff.; BK-FELLMANN/MÜLLER (FN 21), Vorbem. zu den Art. 530–551 OR N 75.

<sup>23</sup> Hier besprochenes Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.1.2, m.H. auf BGE 142 III 551 E. 2.2 und BGE 125 II 348 E. 2; BGE 145 III 121 E. 4.3.3; z.B. BSK ZGB II-BÖSCH (FN 6), Vor Art. 712a–t N 8; RETO VONZUN, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 53, Basel/Genf/München 2000, N 492; ZK-WERMELINGER (FN 15), Art. 712l ZGB N 9; ARTHUR MEIER-HAYOZ/HEINZ REY, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit. BK-MEIER-HAYOZ/REY), Vorbem. zu

ständigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft ist diese nicht rechtsfähig. Dass sie durch Hinzutritt einer körperschaftsähnlichen Komponente<sup>24</sup> gemäss Art. 712l ZGB im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung beschränkt handlungs-, prozess- und betriebsfähig ist, ändert daran nichts.<sup>25</sup> Es verhält sich nicht anders als bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, welche gemäss Art. 562 OR und Art. 602 OR ebenfalls beschränkt handlungs- und prozess-, aber nicht rechtsfähig ist.<sup>26</sup> Entsprechend sind Kollektiv- und Kommanditgesellschaften wie die Stockwerkeigentümergeinschaften auch keine juristischen Personen,<sup>27</sup> sondern Rechtsgemeinschaften,<sup>28</sup> wobei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften aber im Unterschied zu Stockwerkeigentümergeinschaften Gesamthandgemeinschaften und nicht Bruchteilsgemeinschaften sind.<sup>29</sup> Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn man den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften im Einklang mit der neueren Lehre die Rechtsfähigkeit zusprechen würde, ob man sie nun als «selbständige Kategorie rechtsfähiger Rechtspersonen»<sup>30</sup> oder sogar als juristische Personen einstuft. Denn während sich dieser Schritt für Gesamthandgemeinschaften wie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften allenfalls rechtfertigen lässt,<sup>31</sup> ist er für Bruchteilsgemeinschaften wie der Stockwerkeigentümergeinschaft aufgrund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nicht möglich.

Am Befund, wonach die Stockwerkeigentümergeinschaft nicht rechtsfähig ist, ändert auch ihre beschränkte Vermögensfähigkeit gemäss Art. 712l ZGB nichts. Da-

durch wird im Bereich der Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft die Rechtszuständigkeit der Stockwerkeigentümer nicht aufgehoben, sondern formell lediglich zurückgedrängt.<sup>32</sup> Es wird ein Sondervermögen geschaffen, das einer besonderen Bindung unterliegt und den Interessen der Stockwerkeigentümer an der Nutzung und Erhaltung der gemeinsamen Sache dient.<sup>33</sup> Dieses Sondervermögen verbleibt jedoch in der Rechtszuständigkeit der Stockwerkeigentümer und wird mangels Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht ein Vermögen der Stockwerkeigentümergeinschaft. Vielmehr befindet es sich ebenfalls im Miteigentum der Stockwerkeigentümer.<sup>34</sup>

Zu diesem Sondervermögen gehört gemäss Art. 712l Abs. 1 ZGB «das sich aus ihrer Verwaltungstätigkeit [d.h. der Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft] ergebende Vermögen, wie namentlich die Beitragsforderungen und die aus ihnen erzielten verfügbaren Mittel, wie den Erneuerungsfonds». Wie die Wörter «wie namentlich» indizieren, gibt es weitere Bestandteile des Sondervermögens der Stockwerkeigentümergeinschaft, wie z.B. Forderungen aus ausservertraglicher Schädigung, z.B. aus Art. 41 OR, Art. 58 OR und Art. 679 ZGB, soweit die Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft betroffen ist.<sup>35</sup> Zum Sondervermögen gehören aber nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, nämlich diejenigen, die sich aus der beschränkten Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft ergeben.<sup>36</sup>

So oder so sollte man sich auch in Bezug auf das Phänomen der Stockwerkeigentümergeinschaft hüten, im Sinne der klassischen Begriffsjurisprudenz aus Begriffen rechtliche Ableitungen vorzunehmen.<sup>37</sup> Entsprechend ergibt sich der Charakter der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht aus Begriffen wie Rechtsgemeinschaft/Körperschaft/juristische Person bzw. überhaupt Person oder Bruchteilsgemeinschaft/Gesamthandgemeinschaft und auch nicht aus Theorien wie der v.a. bezüglich juristischen Personen ins

den Art. 712a–712t ZGB N 47 ff., Art. 712l ZGB N 4; REY (FN 19), 262 f.

<sup>24</sup> Z.B. BSK ZGB II-BÖSCH (FN 6), Vor Art. 712a–t N 7; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB N 47; ausführlich MICHAEL JUNKER, Stockwerkeigentum und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung in die Dogmatik des Stockwerkeigentums, recht 1995, 177 ff.

<sup>25</sup> Z.B. BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB N 47, Art. 712l ZGB N 4, 46; REY (FN 19), 263; a.M. z.B. CORNELIO ZGRAGGEN, Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 149, Zürich/Basel/Genf 2020, N 572 ff., N 232 ff.

<sup>26</sup> REY (FN 19), 263.

<sup>27</sup> BGE 134 III 643 E. 5.1.

<sup>28</sup> Z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 83 f., § 13 N 17 ff., § 14 N 19.

<sup>29</sup> BGE 134 III 643 E. 5.1; z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 94, § 13 N 19 ff., § 14 N 19 f.

<sup>30</sup> Z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 84; VONZUN (FN 23), N 791, ausführlich N 405 ff.; s.a. LUKAS HANDSCHIN/HAN-LIN CHOU, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 552–619 OR, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Teilband V/4b, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. ZK-HANDSCHIN/CHOU), Art. 552–553 OR N 45 ff., Art. 562 OR N 1 ff.

<sup>31</sup> So BK-FELLMANN/MÜLLER (FN 21), Vorbem. zu den Art. 530–551 OR N 84 ff.

<sup>32</sup> Z.B. BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 712l ZGB N 5; REY (FN 19), 263.

<sup>33</sup> BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 712l ZGB N 7 ff.; REY (FN 19), 264.

<sup>34</sup> Hier besprochenes Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.1.2.; BGE 145 III 121 E. 4.3.3; z.B. ZK-WERMELINGER (FN 15), Art. 712l ZGB N 77; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Vorbem. zu den Art. 712a–712t ZGB N 49, Art. 712l ZGB N 4 f., 11 f., 14, 46.

<sup>35</sup> BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 712l ZGB N 31.

<sup>36</sup> Dazu sogleich III.C.

<sup>37</sup> S. im Allgemeinen z.B. DARIO GALLI/MICHAEL KÜNDIG/MARKUS VISCHER, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, 424 ff., 426.



Spiel gebrachten Fiktions- oder Realitätstheorie,<sup>38</sup> sondern aus dem Gesetz, was alsdann die Zuordnung gewisser Begriffe bzw. das Aufstellen gewisser Theorien erlaubt.<sup>39</sup>

### C. Handlungs-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

Mit der beschränkten Vermögensfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft korreliert notwendigerweise eine beschränkte Handlungsfähigkeit und, als prozess- und vollstreckungsrechtliches Spiegelbild derselben, eine beschränkte Prozess- und Betreuungsfähigkeit.<sup>40</sup> Die Handlungs-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit beschränkt sich wie die Vermögensfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft auf die gemeinschaftliche Verwaltungstätigkeit.<sup>41</sup> Die beschränkte Handlungsfähigkeit umfasst die Geschäfts- und Deliktsfähigkeit im Bereich der gemeinsamen Verwaltung.<sup>42</sup> Die beschränkte Geschäftsfähigkeit beinhaltet die Möglichkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, aufgrund von Rechtsgeschäften Rechte zu erwerben (aktive Geschäftsfähigkeit) oder Verpflichtungen einzugehen (passive Geschäftsfähigkeit).<sup>43</sup> Die beschränkte Deliktsfähigkeit hat vor allem eine Bedeutung im Zusammenhang mit der Werk- und Grundeigentümerhaftung (Art. 58 OR, Art. 679 ZGB, Art. 684 ZGB etc.), soweit sie im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verwaltung steht.<sup>44</sup>

Die beschränkte Prozess- und Betreuungsfähigkeit beinhaltet die Möglichkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung Ansprüche in eigenem Namen prozessual geltend zu machen und zu vollstrecken (aktive Prozess- und Betreuungsfähigkeit).<sup>45</sup> Sie bedeutet aber auch die Möglichkeit, im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung eingeklagt und betrieben zu werden (passive Prozess- und Betreuungsfähigkeit).<sup>46</sup>

### D. Schlussfolgerungen in Bezug auf eine actio negatoria und eine actio confessoria im Allgemeinen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft und nicht die Stockwerkeigentümer bezüglich einer actio negatoria und einer actio confessoria aktiv und passiv prozessfähig und damit grundsätzlich aktiv- und passivlegitimiert ist,<sup>47</sup> wenn die actio negatoria und die actio confessoria ihren Grund in der gemeinschaftlichen Verwaltung haben.<sup>48</sup> Dabei spielt es bezüglich Prozessfähigkeit und Legitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft keine Rolle, ob ein Stockwerkeigentümer oder ein Dritter klagt oder beklagt wird.<sup>49</sup> Ob bei der Klage eines Stockwerkeigentümers gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft der Stockwerkeigentümer zuerst intern vorgehen muss, die Klage also subsidiär z.B. zu einer Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft ist, ist umstritten, aber nach richtiger Auffassung zu verneinen.<sup>50</sup>

<sup>38</sup> Dazu z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 11 ff.; MARIE THERES FÖGEN, «Mehr Sein als Schein»? – Anmerkungen zur juristischen Person in Theorie und Praxis, SJZ 1999, 393 ff.

<sup>39</sup> So z.B. HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2020, N 1068; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 21), § 2 N 86; VONZUN (FN 23), N 9, 276 ff.; s.a. Appellationsgericht Basel-Stadt, VG.2018.1, 15.1.2019, in: BJM 2020, 328 ff. zur möglichen Rechtsfähigkeit von Primaten (bestätigt durch BGer, 1C\_105/2019, 16.9.2020).

<sup>40</sup> BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 46.

<sup>41</sup> Hier besprochenes Urteil BGer, 5A\_664/2019, 3.12.2020, E. 4.2.1.2, m.H. auf BGE 145 III 121 E. 4.3.3 und BGE 142 III 551 E. 2.2; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 46.

<sup>42</sup> BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 46.

<sup>43</sup> BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 49.

<sup>44</sup> Z.B. ZGRAGGEN (FN 25), N 587 ff.; ZK-WERMELINGER (FN 15), Art. 7121 ZGB N 123, 143; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 60; s.a. BGE 145 III 121 E. 4.3.3 und BGer, 4C.150/2003, 1.10.2003, E. 3 betreffend passive Prozessfähigkeit und die Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft bei der Werkeigentümerhaftung für einen gemeinschaftlichen Teil; s.a. KGER LU, 1B 19 8, 23.1.2020, LGVE 2020 I Nr. 4, besprochen von JÖRG SCHWARZ, Aktuelle Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2020, Bern 2020, 37 ff., 42 f., wo die passive Prozessfähigkeit und die Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft in Bezug auf die Verpflichtung, auf dem Grundstück gewachsene Bäume unter Schnitt zu halten, bejaht wurde.

<sup>45</sup> Z.B. BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 90 ff.

<sup>46</sup> Z.B. BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 7121 ZGB N 96 ff.

<sup>47</sup> Zum Unterschied zwischen aktiver und passiver Prozessfähigkeit und Aktiv- und Passivlegitimation z.B. OGer ZH, 28.3.1978, ZR 1978 260 E. 2.

<sup>48</sup> S.a. OGer ZH, NP150008-O/U, 6.10.2015, bestätigt durch BGE 142 III 551, besprochen von JÖRG SCHWARZ, Aktuelle Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016, Bern 2016, 117 ff., 121 ff., bezüglich aktiver Prozessfähigkeit und Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft bei der actio confessoria.

<sup>49</sup> S. zur anderen Rechtslage bei der Kollektivgesellschaft z.B. ZK-HANDSCHIN/CHOU (FN 30), Art. 562 OR N 27 f.; s.a. BGer, 5A\_126/2015, 14.4.2015, E. 2, wo wohl die Meinung vertreten wird, es sei in Bezug auf nachbarrechtliche Klagen hinsichtlich der aktiven und passiven Prozessfähigkeit und damit der Aktiv- und Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft unterschiedlich zu entscheiden; s. zu einer solchen Differenzierung wohl auch BGer, 5A\_657/2014, 27.4.2015, E. 2.2.

<sup>50</sup> VISCHER (FN 9), AJP 2019, 652; gl.M. BGer, 5P.225/2006, 2.10.2006, E. 2.2; s.a. BGer, 5A\_537/2011, 23.1.2012, E. 5.1 mit Hinweis auf KGER VS, TCV C1 10 185, 27.6.2011, RVJ 2012, 278, E. 7c; s.a. BGer, 5D\_178/179/2019, 26.5.2020, E. 5.3, wo das Bundesgericht eine mögliche Subsidiarität bei einer nachbarrechtlichen Streitigkeit nicht thematisierte bzw. sogar festhielt, dass eine Zustimmung der

### E. Schlussfolgerungen in Bezug auf die actio confessoria im konkreten Fall

Im konkreten Fall stellt sich die Frage, ob die Beeinträchtigung des Wegrechts von B.B. und C.B. ihren Grund in der gemeinschaftlichen Verwaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft hat. Das ist ohne Weiteres zu bejahen, verlangt die ordnungsgemässe Verwaltung doch, dass das gemeinschaftliche Grundstück so unterhalten und genutzt wird, dass keine Schädigungen von Stockwerkeigentümern und Dritten vorkommen,<sup>51</sup> mithin im konkreten Fall keine Blumenkästen so angebracht werden, dass das Wegrecht nicht mehr bestimmungsgemäss ausgeübt werden kann. Dieser Fall unterscheidet sich nicht vom Fall, in dem die Blumenkästen eine Werkeigentümerhaftung auslösen würden und in dem die Rechtsprechung die passive Prozessfähigkeit und damit grundsätzlich die Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft bejahen würde.<sup>52</sup>

Das zeigt, dass das vorliegend kommentierte Urteil anders hätte ausfallen müssen.<sup>53</sup> Gleiches war schon zum Vor-

bild für dieses Urteil, BGE 145 III 123, zu sagen,<sup>54</sup> auch wenn dieses Urteil in einem Folgeentscheid in derselben Sache bestätigt wurde.<sup>55</sup>

Entsprechend ist die Stockwerkeigentümergeinschaft anders als im hier kommentierten Urteil durchaus etwas mehr Sein und etwas weniger Schein.<sup>56</sup> Geklärt bleibt aber wenig. Weitere Streitigkeiten und damit auch Bundesgerichtsurteile betreffend Prozessfähigkeit und Legitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft werden folgen. Das Stockwerkeigentum bleibt mater rixarum, also die Mutter von (vielen) Streitigkeiten.<sup>57</sup>

andern Miteigentümer zur Störung der Klage des Miteigentümers auf Beseitigung der Störung nicht entgegenstehe; a.M. BGE 145 III 121 E. 4.3.4, 4.3.6, wobei zu diesem Urteil nachzutragen ist, dass das Bundesgericht die Kläger im BGE 145 III 121 zugrundeliegenden Fall mit Urteil BGer, 5A\_878/2020, 2.2.2021 auch im Anfechtungsprozess unterliegen liess, diesmal mit der im Resultat doch recht zirkulären Begründung, sie würden im Anfechtungsprozess offenkundig versuchen, ihre Abwehransprüche aus Eigentum und Besitz vorwegzunehmen (E. 5.3.3); s.a. BGer, 5A\_89/2020, 21.10.2020, E. 4.3, worin BGE 145 III 121 bezüglich Subsidiarität bestätigt und auf die Klage eines Stockwerkeigentümers gegen einen anderen Stockwerkeigentümer infolge Überschreitung des Eigentums ausgedehnt wird; kritisch zu bzw. a.M. als BGer, 5A\_89/2020, 21.10.2020: MARTINA FRISCHKOPF, Aktivlegitimation im Stockwerkeigentum, Behelfe des Stockwerkeigentümers bei Überschreitung der Wohnnutzung durch andere Stockwerkeigentümer, dRSK vom 31.5.2021, N 16 ff.; s.a. BGer, 5A\_127/2020, 22.4.2021, das ebenfalls eine Klage eines Stockwerkeigentümers gegen einen anderen Stockwerkeigentümer infolge Überschreitung des Eigentums betraf und in dem die Subsidiarität, bzw. BGE 145 III 121 und BGer, 5A\_89/2020, 21.10.2020, kein Thema war.

<sup>51</sup> Z.B. ZGRAGGEN (FN 25), N 590; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 23), Art. 712I ZGB N 60; s.a. BGE 145 III 121 E. 4.3.6 bezüglich BGer, 5P.225/2006, 2.10.2006: «Es gehört zu den Verwaltungsaufgaben der Stockwerkeigentümergeinschaft, die auf dem Grundstück gewachsenen Bäume so unter Schnitt zu halten, dass sie nicht nur kein Nachbargrundstück, sondern auch keine Stockwerkeinheit in schädlicher Weise treffen», wobei diese zutreffende Aussage es umso unverständlicher macht, dass das Bundesgericht in BGE 145 III 121 und in BGer, 5P.225/2006, 2.10.2006 die passive Prozessfähigkeit und damit die Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft verneinte; gl.M. wie hier HÜRLIMANN-KAUP (FN 9), 358.

<sup>52</sup> Z.B. BGE 145 III 121 E. 4.3.3; BGer, 4C.150/2003, 1.10.2003, E. 3; s. schon III.C.

<sup>53</sup> A.M. PHILIPP EBERHARD, Actio confessoria im Stockwerkeigentum, Passivlegitimation der Stockwerkeigentümer des belasteten

Stammgrundstücks als notwendige Streitgenossenschaft, dRSK vom 29.4.2021, N 32.

<sup>54</sup> S. schon III.A.

<sup>55</sup> BGer, 5A\_878/2020, 2.2.2021, E. 5.3.3.

<sup>56</sup> Zur Fragestellung des Seins oder Scheins bei der juristischen Person FÖGEN (FN 38), 393 ff.

<sup>57</sup> S. Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1962 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum), BBl 1962 II 1481, zum Miteigentum als mater rixarum im Allgemeinen; s. schon VISCHER (FN 9), AJP 2019, 652.