

2.6.1. Das Eigentum/La propriété

BGer 5A_127/2020: Klage auf Unterlassung und Einstellung einer Störung

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_127/2020 vom 22. April 2021, Eheleute F. gegen B., Klage auf Unterlassung und Einstellung einer Störung.



MARKUS VISCHER*

Die Ausübung des Berufs einer Tagesmutter ist in einer reglementarisch nur für reine Wohnzwecke verwendbaren Stockwerkeigentumseinheit (Eigentumswohnung) nicht zulässig.

I. Sachverhalt

Ein Mehrfamilienhaus in der Gemeinde D. (Renens VD) wurde im Jahr 2004 in drei Stockwerkeigentumseinheiten aufgeteilt, nämlich in je eine Stockwerkeigentumseinheit im Parterre, im ersten und im zweiten Stock. Die Parterrewohnung stand im fraglichen Zeitpunkt im Eigentum von B., während die anderen beiden Wohnungen im Eigentum des Ehemanns F.F. (Stockwerkeigentumseinheit im ersten Stock) bzw. der Ehefrau E.F. (Stockwerkeigentumseinheit im zweiten Stock) standen.

Das Stockwerkeigentümerreglement sah in seinem Artikel 7A vor, dass die Stockwerkeigentumseinheiten nur für Wohnzwecke verwendbar seien und dass eine Berufsausübung nur insoweit zulässig sei, als sie den Charakter und die Ruhe des Gebäudes nicht störe und die anderen Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigte, z.B. durch Lärm, Gerüche und Erschütterungen.

Seit dem 7.5.2009 übte die Ehefrau E.F. in der Stockwerkeigentumseinheit im ersten Stock ihren Beruf als Tagesmutter aus, im Rahmen dessen sie schulpflichtige Kinder ab ca. 7.30/8 Uhr und über Mittag betreute, bis die Kinder in die Schule gingen bzw. nach der Schule für das Mittagessen zurückkehrten. Dafür besass E.F. eine Bewilligung der Gemeinde D.

Diese Berufsausübung störte B., welche in der Folge gegen die Eheleute F. auf Unterlassung der Störung klagte. Nachdem das Bundesgericht mit Urteil BGer, 5A_98/2017, 27.6.2017 rechtskräftig den Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 25.3.2014 aufgehoben hatte,

mit welchem Art. 7A des Stockwerkeigentümerreglements so geändert wurde, dass inskünftig die Berufsausübung als Tagesmutter zulässig war, wurde die inzwischen sistierte Klage auf Unterlassung der Störung wieder aufgenommen. Am 28.12.2018 wurde sie erstinstanzlich teilweise gutgeheissen und den Eheleuten F. jegliche störende berufliche Aktivität in der Stockwerkeigentumseinheit im ersten und zweiten Stock untersagt, insbesondere die Aktivität als Tagesmutter. Das Kantonsgericht Waadt bestätigte dieses Urteil am 6.1.2020, worauf die Eheleute mit zivilrechtlicher Beschwerde und subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gelangten.

II. Begründung

Das Bundesgericht verwies einleitend auf Art. 684 ZGB, wonach der Eigentümer verpflichtet ist, sich bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, aller übermässiger Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten, wobei insbesondere alle schädlichen Einwirkungen durch Luftverunreinigungen, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch Entzug von Besonnung und Tageslicht verboten seien (E. 4.1.1).

Beim Stockwerkeigentum richteten sich die nachbarrechtlichen Beziehungen zwischen den Stockwerkeigentumseinheiten nach Art. 712a Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung, welche in Tat und Wahrheit eine Rückverweisung auf das Nachbarrecht, insbesondere auf Art. 679 und 684 ff. ZGB enthalte, sehe vor, dass die Stockwerkeigentümer ihre eigenen Räume insoweit frei verwalten, benutzen und baulich ausgestalten dürfen, als sie nicht die Ausübung der gleichen Rechte der anderen Stockwerkeigentümer erschweren oder die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen. Die Stockwerkeigentümer könnten im Übrigen einvernehmlich Einschränkungen ihrer Nutzungsfreiheit vereinbaren, so im Begründungsakt, im Reglement, in einer Hausordnung und in einem ad hoc-Beschluss der Gemeinschaft. Auch diese Willensäusserungen seien bei der Beurteilung der Übermässigkeit von Einwirkungen zu beachten, wobei Reglemente nach den Vertragsauslegungsregeln, also subjektiv bzw. objektiv nach dem Vertrauensprinzip auszulegen seien. Entsprechend der erwähnten Rückverweisung würden Konflikte zwischen Stockwerkeigentümern, die ihre Rechte gemäss Art. 712a ZGB überschritten, nach Art. 679 ZGB sanktioniert (E. 4.1.2 und 4.1.3).

Im vorliegenden Fall sei zu beurteilen, ob die Tätigkeit als Tagesmutter mit den Einschränkungen gemäss Art. 7A Reglement vereinbar sei. Zu Recht habe die Vorinstanz die-

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

se Bestimmung objektiv nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und festgehalten, dass nur professionelle Aktivitäten erlaubt seien, welche die geforderte Ruhe des Gebäudes nicht störten. Das entspreche auch der Auslegung des Bundesgerichts im Urteil BGer, 5A_98/2017, 27.6.2017, E. 3.3, wonach die Ruhe ein wichtiges Element von Art. 7A Reglement in der ursprünglichen Fassung sei. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung sei klar, dass mehrere kleine Kinder in einer Stockwerkeigentumseinheit geeignet seien, die nachbarliche Ruhe zu stören, sei es durch Lärm oder durch Erschütterungen. Das sei eher ein allgemein anerkannter Erfahrungssatz als eine gerichtsnotorische Tatsache, aber so oder so i.S. von Art. 151 ZPO nicht zu beweisen. Entsprechend gingen die Ausführungen der Beschwerdeführer, dass die vorgenannte Einschätzung nicht generalisierbar sei und deshalb in diesem Punkte Beweise zu erheben seien, an der Sache vorbei, zumal die Beschwerdeführer sich im Klaren seien, dass die ausgeübte Aktivität nicht im Einklang mit Art. 7A Reglement stehe, hätten sie doch sonst nicht versucht, diese Bestimmung zu ändern. Zudem sei die von den Beschwerdeführern vorgebrachte Analogie mit einer kinderreichen Familie in einer Stockwerkeigentumseinheit in keiner Art und Weise mit der vorliegend zu beurteilenden Situation der Berufsausübung durch eine Tagesmutter vergleichbar (E. 4.2).

Weil sich die Beschwerdeführer auch nicht auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV berufen könnten, welche im Verhältnis unter Privaten nicht greife, sei die zivilrechtliche Beschwerde abzuweisen und auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten (E. 6 und 7).

III. Bemerkungen

A. Vorbemerkung I: Terminologisches

Gemeinhin wird unter einer Kinderkrippe eine Betreuungseinrichtung für vorschulpflichtige Kinder verstanden, während ein Kinderhort eine solche Einrichtung für schulpflichtige Kinder unter zwölf Jahren ist.¹ Tagesmütter/Tagesväter, in der PAVO Tagespflegeeltern genannt, betreuen im Unterschied zu Kinderkrippen und Kinderhorten Kinder unter zwölf Jahren im eigenen Haushalt.²

¹ Art. 12 Abs. 1 lit. b PAVO (Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern [Pflegekinderverordnung, PAVO; SR 211.222.338]); ARNOLD F. RUSCH/MICHAEL HOCHSTRASSER, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter vom 22.10.2007, N 2.

² Art. 12 Abs. 1 PAVO; RUSCH/HOCHSTRASSER (FN 1), N 2.

B. Vorbemerkung II: Mehrheitsentscheid in Fünferbesetzung nach vorgängiger öffentlicher mündlicher Beratung

Das vorliegend besprochene Urteil wurde in Fünferbesetzung mit vier gegen eine Stimme gefällt und, weil ein Richter mit dem Urteil nicht einverstanden war, vorher, wie u.a. auf Twitter angekündigt,³ öffentlich mündlich beraten.⁴

C. Vorbemerkung III: Grosses Medienecho

Das hier diskutierte Urteil erregte in den Medien einiges Aufsehen.⁵

D. Charakter der Stockwerkeigentümergemeinschaft

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.⁶ Durch ihre Miteigentumsanteile am Grundstück sind die Stockwerkeigentümer miteinander verbunden und bilden eine Gemeinschaft, die Stockwerkeigentümergeinschaft.⁷ Diese Gemeinschaft ist aufgrund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung, also insbesondere auf-

³ Internet: https://twitter.com/bger_ch/status/1374605205094993921?lang=de (Abruf 11.7.2021).

⁴ KATHRIN ALDER, Tagesmutter darf nicht in eigener Wohnung arbeiten, NZZ vom 23.4.2021, 9, bzw. KATHRIN ALDER, Kinder als Ärgernis – Tagesmutter darf nicht mehr in Eigentumswohnung arbeiten, Internet: <https://www.nzz.ch/schweiz/tagesmutter-darf-in-eigentumswohnung-keine-kinder-mehr-empfangen-ld.1613230> (Abruf 11.7.2021); zu Urteilen in Fünferbesetzung im Allgemeinen s. MARKUS VISCHER, BGer 5A_664/2019: Wegrecht (actio confessoria, Beseitigung der Störung), AJP 2021, 1032 ff., 1033; zur Notwendigkeit der gemäss Art. 59 Abs. 1 BGG öffentlichen mündlichen Beratung, wenn sich keine Einstimmigkeit ergibt s. Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG.

⁵ Z.B. ARIANE LEGLER, L'activité de maman de jour dans une PPP, 19.6.2021, LawInside, Internet: <http://www.lawinside.ch/1065/> (Abruf 11.7.2021); JONAS KLEMPERER, Professionelle Kindertagesbetreuung im Stockwerkeigentum, ius.focus 2021, 5; Trex, Stockwerkeigentum, Kinderbetreuung nicht mit Reglement vereinbar/Maman de jour privée de son activité dans une PPE, Trex 2021, 182 ff.; BEATRICE WALDER, Keine Kinderbetreuung in der Eigentumswohnung, K-Tipp, 18.5.2021, <https://www.ktipp.ch/artikel/artikeldetail/keine-kinderbetreuung-in-der-eigentumswohnung/> (Abruf 11.7.2021); JURIS, Stockwerkeigentum: Kinderbetreuung nicht mit Reglement vereinbar, Jusletter vom 26.4.2021; RTS, Le Tribunal fédéral juge qu'une maman de jour ne peut pas exercer dans sa PPE, rts vom 23.4.2021, Internet: <https://www.rts.ch/info/suisse/12146566-le-tribunal-federal-juge-quune-maman-de-jour-ne-peut-pas-exercer-dans-sa-ppe.html> (Abruf 11.7.2021); ALDER (FN 4).

⁶ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1034, m.w.H.

⁷ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1034, m.w.H.

grund des erwähnten Art. 712a Abs. 1 ZGB, eine sogenannte Rechtsgemeinschaft,⁸ welche sich dadurch charakterisiert, dass mehrere Personen Träger derselben Rechte und Pflichten sind.⁹ Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist damit keine Körperschaft und damit keine juristische Person.¹⁰

Die Stockwerkeigentümergeinschaft hat trotzdem nicht nur eine sachenrechtliche, sondern auch eine körperschaftsähnliche Komponente.¹¹ Diese körperschaftliche Komponente äussert sich auch darin, dass die Stockwerkeigentümer die Stockwerkeigentümergeinschaft, wie im Übrigen die Gesellschafter ihre Gesellschaft, weitgehend privatautonom gestalten können.¹²

E. Privatautonome Regelung des Benutzungszwecks

Insbesondere können die Stockwerkeigentümer auch den Benutzungszweck bzw. die Benutzungsweise der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten weitgehend privatautonom regeln.¹³ Diese Regelung kann sich im Begründungsakt, im Stockwerkeigentümerreglement, in einer Hausordnung und in einem ad hoc-Beschluss der Gemeinschaft finden.¹⁴ Sie kann auch in einem Dienstbarkeitsvertrag enthalten sein.¹⁵

Zu betonen ist, dass der Zweck der Regelung des Benutzungszwecks die Regelung der zukünftigen Benutzung ist, welche positiv (welche Benutzungsweisen sind zulässig?) und/oder negativ (welche Benutzungsweisen sind nicht zulässig?) erfolgen kann.¹⁶ Dabei sind gewisse Generalisierungen zulässig, ja bis zu einem gewissen Grade unvermeidbar, wie z.B. bezüglich Einschränkungen der immissionssträchtigen regelmässigen kurzzeitigen Vermietung einer Stockwerkeigentumseinheit über Airbnb,¹⁷ kann doch nicht in jedem Einzelfall abgeklärt werden, ob die kurzzeitige Vermietung über Airbnb im Einzelfall effektiv Immissionen bewirkt oder nicht.

Solche Regelungen unterstehen primär dem allgemeinen Vertragsrecht, wobei aber dem sachenrechtlichen und körperschaftlichen Hintergrund Rechnung zu tragen ist.¹⁸ Das zeigt sich zum Beispiel bei Änderungen des einmal vereinbarten Benutzungszwecks, wo nicht wie bei Vertragsänderungen im Allgemeinen in jedem Fall Einstimmigkeit notwendig ist.¹⁹ Ein weiteres Beispiel ist die Auslegung dieser Regelungen, die wie bei Verträgen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung subjektiv-objektiv vorzunehmen ist.²⁰ Das kann jedoch höchstens in kleineren Verhältnissen und in Bezug auf die ursprünglichen Stockwerkeigentümer richtig sein. In grösseren Verhältnissen und im Verhältnis zu späteren Stockwerkeigentümern sind diese Regelungen nicht wie Verträge, sondern wie Gesetze, d.h. primär objektiv nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.²¹ Es verhält sich nicht anders als bei den Statuten einer Aktiengesellschaft.²²

⁸ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1034, m.w.H.

⁹ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1034, m.w.H.

¹⁰ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1034, m.w.H.

¹¹ VISCHER (FN 4), AJP 2021, 1035, m.w.H.

¹² Z.B. GUY LANNEPATS, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis, Eléments de comparaison en droit français et droit suisse*, Genf/Zürich/Basel 2010, 48: «Ainsi [...], il n'existe donc pas de propriétés par étages légales en Suisse. Le droit suisse est fortement dominé par le principe de la liberté contractuelle [...]»; AMÉDÉO WERMELINGER, *La propriété par étages «jumelée»: créativité admissible de la pratique?*, ZGBR 2006, 369 ff., 371: «Le droit de la PPE, comme réglementation de droit privé, est marqué par la liberté contractuelle.»; zur vertraglichen Grundlage einer Körperschaft bzw. von Gesellschaften im Allgemeinen ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. A., Bern 2018, § 1 N 18 ff.; s.a. AMÉDÉO WERMELINGER, *Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 712a–712t ZGB, Das Stockwerkeigentum*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Vorbem. zu Art. 712a–712t ZGB N 119 und ARTHUR MEIER-HAYOZ/HEINZ REY, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Stockwerkeigentum*, Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit. BK-MEIER-HAYOZ/REY), Art. 712m ZGB N 9 zur Organisationsfreiheit bzw. Organisationsautonomie der Stockwerkeigentümergeinschaft.

¹³ Hier besprochenes Urteil BGer, 5A_127/2020, 22.4.2021, E. 4.1.2; MARKUS VISCHER, *Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb*, AJP 2017, 478 ff., 482 ff.

¹⁴ Hier besprochenes Urteil BGer, 5A_127/2020, 22.4.2021, E. 4.1.2; MARKUS VISCHER, BGer 5A_521/2017: *Aufhebung von Beschlüssen (Stockwerkeigentum)*, AJP 2018, 238 ff., 241 (= BGE 144 III 19); VISCHER (FN 13), AJP 2017, 478 ff.

¹⁵ VISCHER (FN 13), AJP 2017, 484 ff.

¹⁶ VISCHER (FN 13), AJP 2017, 482.

¹⁷ Zu Letzterem VISCHER (FN 13), AJP 2017, 484.

¹⁸ Z.B. BSK ZGB II-BÖSCH, Art. 712g N 12a, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, 6. A., Basel 2019, mit der Qualifikation des Reglements als Vertrag mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag.

¹⁹ Dazu z.B. VISCHER (FN 14), AJP 2018, 241 f.; VISCHER (FN 13), AJP 2017, 483 f.; s.a. Vorgängerfall zum hier diskutierten Fall BGer, 5A_98/2017, 27.6.2017, in dem das Ehepaar F. mit Mehrheitsbeschluss den Benutzungszweck zu ändern versuchte, aber letztlich vor Bundesgericht scheiterte, weil ein einstimmiger Beschluss und damit die Zustimmung von B. notwendig gewesen wäre.

²⁰ Hier besprochenes Urteil BGer, 5A_127/2020, 22.4.2021, E. 4.1.2 bezüglich Stockwerkeigentumsreglement; zur Kritik der subjektiv-objektiven Vertragsauslegung durch das Bundesgericht im Allgemeinen z.B. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19*, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Basel 2020, N 29.

²¹ S.a. BGE 144 III 19 E. 4.1, wo das Bundesgericht nur die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erwähnt.

²² MARKUS VISCHER, *Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG*, AJP 2014, 964 ff., 970, FN 88; zur Statutenauslegung im Allgemeinen z.B. MARKUS VISCHER/DOMINIK HOHLER/FABRICE ECKERT, *Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungs-*

F. Schranken der privatautonomen Regelung des Benutzungszwecks

Wie jede vertragliche Regelung untersteht auch die privatautonome Regelung des Benutzungszwecks einer Stockwerkeigentumseinheit den allgemeinen Schranken des Gesetzes, wie insbesondere den Schranken gemäss Art. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Art. 19/20 OR.²³ Zudem darf der Kerngehalt des Sonderrechts nicht verletzt werden.²⁴

Zu beachten ist, dass diese Schranken dem dauernden gesellschaftlichen Wandel unterworfen sind, wobei ein Blick auf die aktuelle Gesetzes- und Verwaltungslage eine gute Indikation für die gerade dominanten gesellschaftlichen Ansichten vermittelt. Was der Gesetzgeber und die Verwaltung (legal) tun können, sollten in der Regel auch die Parteien privatautonom tun können.²⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schranken Ausnahmen darstellen, die nicht leichtfertig angenommen werden dürfen, damit sich der Grundsatz von Regel und Ausnahme nicht ins Gegenteil verkehrt. Zwingend dabei ist, dass die urteilenden Gerichte die Konkretisierung der Schrankenbestimmungen wie Art. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Art. 19/20 OR gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB grundsätzlich modo legislatoris vornehmen, damit keine die Privatautonomie aushebelnde Billigkeitsjurisprudenz resultiert, die vom Einzelfall bzw. den weltanschaulichen Ansichten des gerade urteilenden Gerichts getrieben wird.²⁶

Es ist völlig unbestritten, dass sich die soeben beschriebene Schrankenproblematik nicht stellt, wenn die Stockwerkeigentümer immissionsträchtige berufliche bzw. gewerbliche Nutzungen (positiv oder negativ)²⁷ verbieten,²⁸ womit einzig die Frage bleibt, ob der Beruf der Tagesmutter immissionsträchtig ist. Das Bundesgericht bejahte dies im vorliegenden Fall aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, was aufgrund seiner bisherigen Rechtsprechung zu erwarten war.²⁹

Damit ist auch klar, dass ein allfälliges öffentliches Interesse an der Eröffnung neuer Kinderbetreuungsstätten irrelevant ist.³⁰ Ebenso hilft nicht, wenn die Ausübung des Berufs einer Tagesmutter wie im vorliegenden Fall behördlich korrekt abgewickelt ist.³¹

Insgesamt anders würde es sich wohl verhalten, wenn einem Stockwerkeigentümer Vorschriften bezüglich Familienplanung gemacht würden, ihm also z.B. vorgeschrieben würde, keine oder nur eine begrenzte Anzahl eigener Kinder bei sich in der Stockwerkeigentumseinheit haben zu können. Auch das tönt das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zu Recht an.³² Das schliesst nicht aus, bei entsprechender Widmung von Stockwerkeigentum aus zurzeit akzeptierten gesellschaftspolitischen Gründen privatautonom (vertraglich) positiv zu diskriminieren, also z.B.

rats, Besprechung des Urteils 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgeesehen), GesKR 2014, 405 ff., 406 (= BGE 140 III 349); MARKUS VISCHER, Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 537 ff., 538.

²³ Z.B. BGE 139 III 1 E. 4.3.2; BGE 111 II 330 E. 4; VISCHER (FN 14), AJP 2018, 240 ff.; VISCHER (FN 13), AJP 2017, 482.

²⁴ Z.B. BGE 130 III 450 E. 2.3; VISCHER (FN 14), AJP 2018, 240 f.; VISCHER (FN 13), AJP 2017, 482.

²⁵ Zum Ganzen z.B. MARKUS VISCHER, BGer 4A_74/2021: Einseitige Änderung des Mietvertrags, AJP 2021, 1044 ff., 1045, 1050; s. schon MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1 ff., 9, bezüglich Burkaverbot.

²⁶ S. HANS MERZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 32: «Die der Privatautonomie drohende Gefahr einer Umdeutung der Ermächtigungsnorm [von Art. 2 ZGB] in eine Legitimation für reine Billigkeitsentscheidungen im Sinne des gerade Angemessenen oder des sozial-ethisch Wünschbaren ist von Esser [...] sehr nachdrücklich aufgezeigt worden. [...] Diese Gefahr kann nur durch Rückbesinnung auf den Eigenwert privatautonomer Gestaltung beseitigt werden.»; zum Vorgehen modo legislatoris bei der Konkretisierung von Generalklauseln wie Art. 2 ZGB, Art. 27 ZGB und Art. 19/20 OR z.B. MARKUS VISCHER, BGer 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis, AJP 2017, 1135 ff., 1138 ff. (= BGE 143 III 344); zum Verhältnis von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB z.B. MAR-

KUS VISCHER, BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, 130 ff., 133.

²⁷ S. III.E.

²⁸ Z.B. BGE 130 III 450 E. 3.2; VISCHER (FN 13), AJP 2017, 482, m.w.H.; BK-MEIER-HAYOZ/REY (FN 12), Art. 712a ZGB N 44 ff.

²⁹ S. BGer, 5A_98/2017, 27.6.2017, der Vorgängerfall des hier diskutierten Falls, wo das Bundesgericht Einstimmigkeit für die vom Ehepaar F., nicht aber von B. gewünschte Reglementsänderung verlangte, mit der die bisherige reine Wohnnutzung auf eine Nutzung auch als Tagesmutter hätte ausgeweitet werden sollen, und BGE 139 III 1, wo das neu im geänderten Reglement vorgesehene Verbot eines Kinderhorts in einer Stockwerkeigentumseinheit vom Bundesgericht geschützt wurde.

³⁰ So explizit BGE 139 III 1 E. 4.4.2, wo im Übrigen ein solches öffentliches Interesse als evident bezeichnet wurde, was bemerkenswert ist, datiert das Urteil doch vom 27.11.2012, womit die bundesgerichtliche Aussage des evidenten öffentlichen Interesses im Vorfeld der schlussendlich negativ ausgegangenen Volksabstimmung vom 3.3.2013 über die Verankerung der Förderung des Angebots an familien- und schulergänzenden Tagesstrukturen in der Verfassung gemacht wurde; zu dieser Volksabstimmung z.B. Wikipedia, Internet: https://de.wikipedia.org/wiki/Eidgen%C3%B6ssische_Abstimmung_%C3%BCber_die_Familienpolitik (Abruf 11.7.2021).

³¹ BGE 139 III 1 E. 4.4.2; zu den öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der Berufsausübung einer Tagesmutter im Allgemeinen Art. 12 PAVO; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 316 N 7, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018; RUSCH/HOCHSTRASSER (FN 1), N 28 ff.

³² BGer, 5A_127/2020, 22.4.2021, E. 4.1.2.

Stockwerkeigentumseinheiten (oder Mietwohnungen) nur älteren Leuten ohne Kindern vorzubehalten.³³

G. Fazit

Entsprechend gilt auch beim Stockwerkeigentum die Regel «pacta sunt servanda»,³⁴ wie es Bundesrichter von Werdt im hier diskutierten Fall in der öffentlichen mündlichen Beratung in Kurzform auf den Punkt brachte.³⁵

Es verhält sich nicht anders als beim Benutzungs- bzw. Gebrauchszweck von verkauften Orangen und von vermieteten Wohnungen. Auch ihn legen die Parteien privatautonom fest, wobei sie sich aber erneut an die (eng auszulegenden) Schranken der Rechtsordnung zu halten haben.³⁶

Entsprechend ist es zu begrüßen, dass das Bundesgericht im vorliegenden Urteil diese Grundsätze und den Eigenwert privatautonomer Regelungen in Erinnerung rief und nicht der Versuchung erlag, leichtfertig in privatautonome Regelungen einzugreifen und im Sinne des gerade Angemessenen und sozial-ethisch Wünschbaren Gesellschaftspolitik zu betreiben,³⁷ auch wenn die Versuchung infolge der grundsätzlich hehren Sache gross gewesen sein muss, wurde doch das Urteil nicht einstimmig gefasst. Es ist zudem so, dass mehr Freiheit für das Ehepaar F. weniger Freiheit für B. bedeutet hätte, welche Interdependenz Art. 712a Abs. 2 ZGB im Bereich des Stockwerkeigentums sehr gut festhält.

³³ S. dazu im Allgemeinen SEBASTIAN WYLER/MARKUS VISCHER, Wenn Diskriminierung positiv ist, Tages-Anzeiger vom 6.9.2020, Internet: <https://www.tagesanzeiger.ch/wenn-diskriminierung-positiv-ist-744046929362> (Abruf 11.7.2021).

³⁴ Dazu im Allgemeinen z.B. BGE 145 III 266 E. 1.5; BGE 142 III 296 E. 2.4.3.2; HAEFELI/GALLI/VISCHER (FN 20), N 20.

³⁵ ALDER (FN 4).

³⁶ VISCHER (FN 25), AJP 2021, 1050 bezüglich BGer, 4D_7/2020, 5.8.2020 («Orangenfall») und BGer, 4A_74/2021, 30.4.2021 («Klavierfall»).

³⁷ S. FN 26.