

## **BGE 134 III 481**

Bundesgericht (BGE), 2008-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_134 III 481](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_134_III_481)

FR: ATF 134 III 481

IT: DTF 134 III 481

### **Regeste**

Regeste Art. 712m Abs. 2, Art. 68 ZGB; Wahl des Verwalters und des Abwarts einer Stockwerkeigentümergeinschaft sowie Festsetzung der Entschädigung; Ausschliessung vom Stimmrecht. Aufgrund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB findet die Vorschrift über die Ausschliessung vom Stimmrecht (Art. 68 ZGB) auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung (E. 3.4). Bei der Wahl des Verwalters handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB, sondern um einen internen Verwaltungsakt, sodass auch ein Stockwerkeigentümer an einem Beschluss teilnehmen kann, welcher seine Wahl zum Verwalter betrifft (E. 3.5). Rechtsgeschäfte gemäss Art. 68 ZGB sind hingegen der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Verwalter (E. 3.6) und die Wahl eines Abwarts sowie der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für dessen Tätigkeit (E. 3.7), sodass der betreffende Stockwerkeigentümer an dieser Beschlussfassung nicht stimmberechtigt ist. Ist ein Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht ausgeschlossen, so gilt dies auch dann, wenn er einen nicht vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer vertritt (E. 3.8). Unter Verletzung von Art. 68 ZGB abgegebene Stimmen sind als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen (E. 3.9).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Gegenstand der Beschwerde ist sodann die Wahl von C.B. zur Verwalterin und Abwartin sowie die Festsetzung ihrer Entschädigung.

#### **E. 3.1**

Das Kantonsgericht erwog, es sei nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Ehegattin eines Stockwerkeigentümers zur Verwalterin und zugleich zur Abwartin der Gemeinschaft gewählt werde, auch wenn an dieser Wahl sie selber (als Vertreterin ihres Ehegatten) und ihr Ehegatte (als Vertreter eines anderen Stockwerkeigentümers) teilnähmen. Ausserdem unterstehe die Tätigkeit des Verwalters und des Abwarts der Aufsicht der Stockwerkeigentümersammlung, womit auch allfälligen Interessenkonflikten Rechnung getragen werden könne. Was die Festsetzung der Entschädigung betreffe, habe die Beschwerdeführerin nicht substantiiert vorgebracht, inwieweit diese unangemessen sein sollte; ohnehin habe die Anfechtungsmöglichkeit nicht zum Zweck, die Angemessenheit eines Beschlusses zu überprüfen.

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich eine bevollmächtigte Person nicht selber zum Verwalter wählen und zusätzlich ihre eigene Entschädigung festlegen könne. Auch wenn

sich die Beschwerdeführerin - wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung geltend macht - diesbezüglich ebenfalls auf eine Wiederholung ihrer Ausführungen beschränkt, die sie bereits gegenüber der Vorinstanz vorgebracht hat, ist insofern auf die Beschwerde einzutreten, da es sich um rechtliche Vorbringen und nicht um Rügen an der Sachverhaltsfeststellung handelt und sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf die Argumentation des Bezirksgerichts gestützt hat.

### **E. 3.3**

Die Versammlung der Stockwerkeigentümer hat die Befugnis, den Verwalter zu bestellen und die Aufsicht über dessen Tätigkeit zu BGE 134 III 481 S. 485 führen ( Art. 712m Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ). Nach Abs. 2 dieser Vorschrift und der entsprechenden Bestimmung in Art. 26 des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft finden auf die Versammlung der Stockwerkeigentümer die Vorschriften über die Organe des Vereins und über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen Anwendung. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümerversammlung anwendbar ist. Diese Vorschrift sieht für die Vereinsversammlung vor, dass jedes Mitglied bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und dem Vereine andererseits von Gesetzes wegen vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Wird die Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümerversammlung bejaht, so stellt sich die weitere Frage, ob bei der Wahl des Verwalters und Abwärts sowie der Festsetzung seiner Entschädigung von einem Rechtsgeschäft zwischen diesem und der Gemeinschaft im Sinne dieser Bestimmung auszugehen wäre.

### **E. 3.4**

Ob und in welchem Ausmass Art. 68 ZGB kraft der Verweisnorm von Art. 712m Abs. 2 ZGB auf die Stockwerkeigentümerversammlung Anwendung findet, wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher offengelassen (Urteil 5C.239/2005 vom 5. Mai 2006, E. 4.1, 4.3, publ. in: ZBGR 87/2006 S. 389 f., mit Hinweis auf BGE 127 III 506 E. 3d S. 512) und ist in der Lehre umstritten. Teilweise wird die Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümerversammlung bejaht (MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N. 74 zu Art. 712m ZGB ; MÜLLER, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1973, S. 93; REY, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Zürich 2001, Rz. 441 S. 115; RIEMER, Die Anwendung des Vereinsrechtes auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, in: ZBGR 56/1975 S. 264; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 144 zu Art. 712m ZGB ). Gegen die Anwendung von Art. 68 ZGB wird angeführt, dass der Stimmrechtsausschluss insbesondere in kleinen Gemeinschaften, an welchen eine Grossfamilie mit mehreren Stockwerkeinheiten beteiligt sei, zu einer vollständigen Verzerrung der Mehrheitsverhältnisse führen könne (WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Diss. Zürich 1979, S. 337). Ausserdem verfolge der Verein einen nicht wirtschaftlichen Zweck, während die Stockwerkeigentümer BGE 134 III 481 S. 486 eine Objektsgemeinschaft bildeten, welche auf wirtschaftlichen Beziehungen beruhe, indem durch Versammlungsbeschlüsse jeder Einzelne grundsätzlich direkt betroffen werde (WEBER, a.a.O., S. 337; vgl. auch STEINAUER, Les droits réels, Bd. 1, 4. Aufl., Bern 2007, Rz. 1318c S. 459). Schliesslich sei der Stimmrechtsausschluss für den Fall des Ausschlusses eines Mitglieds in Art. 649b Abs. 2 ZGB geregelt, was nicht erforderlich wäre, wenn das Stimmrecht aufgrund von Art. 68 ZGB ohnehin ruhte

(STEINAUER, a.a.O., Rz. 1318c S. 459; vgl. auch WEBER, a.a.O., S. 337). Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Gerade weil die einzelnen Stockwerkeigentümer in der Regel nicht einen gemeinsamen Zweck, sondern eigene - und somit möglicherweise gegenläufige - wirtschaftliche Interessen verfolgen, welche durch die Beschlüsse der Gemeinschaft unmittelbar tangiert sein können, besteht ein besonderes Bedürfnis nach einem Stimmrechtsausschluss nach Art. 68 ZGB. Dies gilt erst recht für Stockwerkeinheiten, in welchen eine Mehrheit der Eigentümer familiär verbunden ist und beabsichtigt, untereinander oder mit gemäss dieser Bestimmung nahe stehenden Personen ein Rechtsgeschäft abzuschliessen. Auch spricht die Vorschrift betreffend Stimmrechtsausschluss bei Ausschluss eines Mitglieds in Art. 649b Abs. 2 ZGB nicht gegen die Anwendung von Art. 68 ZGB, da die Stockwerkeigentümergeinschaft im Vergleich zur Gemeinschaft der Miteigentümer eher körperschaftliche Züge aufweist (vgl. MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 47 der Vorbemerkungen zu den Art. 712a-712t ZGB). Art. 68 ZGB findet somit aufgrund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung.

### **E. 3.5**

Was den Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung Ziffer 2 (Neuwahl eines Verwalters) betrifft, ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Wahlen in den Vereinsvorstand hinzuweisen, wonach es sich dabei nicht um Rechtsgeschäfte i.S. von Art. 68 ZGB, sondern um interne Verwaltungsakte handelt (BGE 39 II 479 S. 483; statt vieler HEINI/PORTMANN, Das Schweizerische Vereinsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/5, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005, Rz. 246 S. 114 f., mit Hinweisen). Daher sind auch diejenigen Vereinsmitglieder wahlberechtigt, um deren Ernennung in den Vorstand es geht. Dementsprechend kann auch ein Stockwerkeigentümer an einem Beschluss teilnehmen, welcher seine Wahl zum Verwalter betrifft (MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 75 BGE 134 III 481 S. 487 zu Art. 712m ZGB, N. 90 zu Art. 712q ZGB; WERMELINGER, a.a.O., N. 47 zu Art. 712q ZGB).

### **E. 3.6**

Demgegenüber betrifft der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Verwalter nach herrschender Lehre ein Rechtsgeschäft gemäss Art. 68 ZGB, sodass der betreffende Stockwerkeigentümer als nicht an dieser Beschlussfassung stimmberechtigt betrachtet wird (MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 75 zu Art. 712m ZGB, mit Hinweisen; für das Vereinsrecht vgl. HEINI/PORTMANN, a.a.O., Rz. 246 S. 115; HEINI/SCHERRER, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 68 ZGB; PERRIN/CHAPPUIS, Droit de l'association, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2008, S. 84). Diesbezüglich ist die Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB gerechtfertigt, da der Lohnzahlungsbeschluss über einen internen Verwaltungsakt hinausgeht und den betreffenden Stockwerkeigentümer wirtschaftlich begünstigt. Der Stimmrechtsausschluss besteht somit unabhängig davon, ob die Höhe der betreffenden Entschädigung angemessen ist oder nicht.

### **E. 3.7**

Was den Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung Ziffer 3 (Wahl eines Abwarts) sowie den Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Abwart betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diesem - im Gegensatz zum Verwalter - nach Gesetz und Reglement keine organähnliche Stellung zukommt, da die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft grundsätzlich nicht entscheidend von ihm abhängt (zur Stellung des

Verwalters vgl. MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 11 f. zu Art. 712q ZGB, N. 8 ff. zu Art. 712m ZGB; REY, a.a.O., Rz. 361 S. 95; WERMELINGER, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 712q ZGB). Dementsprechend stellt die Ernennung zum Abwart keinen mit der Wahl des Verwalters vergleichbaren internen Verwaltungsakt dar. Vielmehr steht bei ihr das rechtsgeschäftliche Element im Vordergrund, welches in aller Regel im Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht. Sie stellt daher ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB dar und untersteht dem Stimmrechtsausschluss gemäss dieser Vorschrift. Daran ändert auch der vorinstanzliche Hinweis nichts, dass die Tätigkeit des Abwarts der Aufsicht der Stockwerkeigentümersammlung untersteht und damit allfälligen Interessenkonflikten Rechnung getragen werden kann. Stellt bereits die Begründung des Vertragsverhältnisses ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB dar, so vermag die Möglichkeit der nachträglichen Aufsicht und der Verhinderung weiterer Interessenkonflikte diesen Mangel nicht zu heilen.

### **E. 3.8**

Somit waren C.B. und ihr Ehemann zur Teilnahme an der Wahl des Verwalters, nicht aber an der Wahl des Abwarts sowie am BGE 134 III 481 S. 488 Beschluss betreffend die Entschädigung berechtigt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass C.B. ihren Ehemann vertrat und dieser als Vertreter der Y. AG handelte. Soweit es um die Vertretung von A.B. geht, waren gemäss Art. 68 ZGB sowohl er als auch seine Ehefrau als seine Vertreterin vom Stimmrecht ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit der Vertretung der Y. AG ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 695 Abs. 1 OR betreffend den Stimmrechtsausschluss bei Déchargebeschlüssen hinzuweisen. Danach ist ein mit der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft betrauter Aktionär von der Beschlussfassung der Generalversammlung auch ausgeschlossen, soweit er die Stimmen eines nicht an der Geschäftsführung beteiligten Aktionärs vertritt (BGE 128 III 142 E. 3b S. 145). Dies gilt auch für einen vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer, der in Vertretung eines anderen Stockwerkeigentümers abstimmen soll. Somit war A.B. diesbezüglich nicht zur Stimmabgabe berechtigt, unabhängig davon, ob die durch ihn vertretene Y. AG selber vom Stimmrecht ausgeschlossen gewesen wäre.

### **E. 3.9**

Demgemäss sind die von C.B. und ihrem Ehemann abgegebenen Stimmen hinsichtlich der Wahl des Abwarts sowie des Beschlusses über die Entlöhnung als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen (HEINI/SCHERRER, a.a.O., N. 12 zu Art. 68 ZGB). Da diese beiden Personen unbestritten massen die einzigen Teilnehmer der Stockwerkeigentümersammlung waren, ist der betreffende Beschluss nicht zustande gekommen (HEINI/SCHERRER, a.a.O., N. 12 zu Art. 68 ZGB; RIEMER, Berner Kommentar, N. 111 zu Art. 75 ZGB; so im Ergebnis auch HEINI/PORTMANN, a.a.O., Rz. 244 S. 114). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin mit E. an der Stockwerkeigentümersammlung hätte teilnehmen und die betreffende Beschlussfassung verhindern können. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen (vgl. zur Aktivlegitimation betreffend Klage auf Nichtigklärung RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, Rz. 294 S. 138). Soweit sich die Beschwerde auf den Beschluss Ziffer 2 (Neuwahl eines Verwalters) bezieht, ist sie somit abzuweisen; soweit sie sich auf die Beschlüsse Ziffer 3 (Wahl eines Abwarts) und 4 (Festsetzung Entschädigung für Verwalter und Abwart) bezieht, ist sie gutzuheissen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.