

# **BGer 5C.239/2005 vom 5. Mai 2006**

Bundesgericht, 2006-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5C.239\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5C.239_2005)

FR: TF 5C.239/2005 du 5 mai 2006

IT: TF 5C.239/2005 del 5 maggio 2006

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vorab stellt sich die Frage, wieweit die Kläger als Stockwerkeigentümer der Parzellen Nrn. aaaa und bbbb legitimiert sind, die Beschlüsse der Gemeinschaften der Parzellen Nrn. aaaa, bbbb und cccc anzufechten:

Die Stockwerkeigentümer der "Residenza Z. \_\_\_\_\_" haben ohne Unterscheidung nach Parzellen Beschluss gefasst, d.h. wie wenn sie eine einzige Gemeinschaft bilden würden. Zulässig ist somit das Vorbringen, der Beschluss sei von einer nicht existierenden Körperschaft gefasst worden (dazu E. 2).

Erweist sich aber eine nach Gemeinschaften getrennte Betrachtungsweise als zulässig (Ergebnis von E. 2), sind die Kläger mit ihren weiteren Vorbringen betreffend Beeinflussung der Meinungsbildung (dazu E. 3) und Ausstand (dazu E. 4) nur in Bezug auf diejenigen Gemeinschaften legitimiert, deren Mitglied sie sind (vgl. Riemer, Berner Kommentar, N. 46 zu Art. 75 ZGB, der gemäss Art. 712m Abs. 2 ZGB auch auf die Stockwerkeigentümergeinschaft Anwendung findet); ohnehin würde der im angefochtenen Beschluss verlangte Rückbau die Parzelle Nr. cccc nicht tangieren.

### **E. 2**

Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, dass der Beschluss von einer unzuständigen, nicht existierenden Körperschaft ausgegangen und deshalb nichtig sei. Unzulässig sei sodann die Zuflucht zum Behelfskonstrukt, die Stimmen der drei Stockwerkeigentümergeinschaften je einzeln zu zählen.

#### **E. 2.1**

In Bezug auf Geschäfte, die bei einer aus mehreren Stockwerkeigentümergeinschaften bestehenden Gesamtüberbauung nur eine Gemeinschaft betreffen, gelten Mitglieder einer anderen Gemeinschaft als Dritte; daran kann - bereits aus Gründen der Rechtslogik - auch eine während Jahren von niemandem beanstandete abweichende Handhabung nichts ändern: Drittpersonen haben grundsätzlich kein Stimmrecht, selbst wenn sie von der Stockwerkeigentümersammlung für bestimmte Traktanden eingeladen worden sind (Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2004, N. 39 zu Art. 712m ZGB).

Wie die Kläger selbst festhalten, ging die Vorinstanz denn auch nicht von einer gültigen Gesamtabstimmung aus. Vielmehr stellte sie darauf ab, dass bei getrennter Zählung jede einzelne Stockwerkeigentümergeinschaft - und damit auch die beiden durch die klägerische Ausdehnung der Sondernutzung betroffenen Gemeinschaften - dem Antrag auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zugestimmt habe.

#### **E. 2.2**

Die Kläger halten diese Betrachtungsweise für ein unzulässiges Hilfskonstrukt. Sie vermögen indes nicht zu sagen, welche Norm des Bundesrechts dadurch verletzt sein soll ( Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ). Sodann dürfen die besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalles nicht ausser Acht gelassen werden:

Seit der Erstellung der Überbauung hat der (ebenfalls gemeinsame) Verwalter jeweils sämtliche Mitglieder der drei Gemeinschaften zu einer gemeinsam abgehaltenen Versammlung eingeladen, ohne dass daran jemals ein Mitglied Anstoss genommen hätte. Wie das Kantonsgericht festhält (angefochtener Entscheid, S. 18) geschah dies in Kenntnis, dass an sich drei Gemeinschaften bestehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern es unzulässig sein soll, bei einer in Fortführung der angestammten Praxis abgehaltenen Versammlung die Stimmen getrennt nach Gemeinschaften zu zählen, wenn sich plötzlich ein Mitglied im Anschluss an die Abstimmung dagegen ausspricht.

Ob dieses Vorgehen auch bei künftigen Versammlungen zulässig wäre, nachdem die Praxis nunmehr an derjenigen vom 23. Februar 2002 beanstandet worden ist, kann vorliegend offen bleiben. Eine andere Frage ist auch, ob allenfalls bereits die Anwesenheit von Personen, die in Bezug auf die jeweilige Gemeinschaft nicht stimmberechtigt waren, die betreffenden Beschlüsse als ungültig erscheinen lässt (dazu nachfolgend).

### **E. 3**

Die Kläger machen geltend, dass die Meinungsbildung innerhalb der jeweiligen Gemeinschaft, namentlich bei der Parzelle Nr. aaaa, durch die Teilnahme der Miteigentümer der anderen Gemeinschaften beeinflusst worden sei.

#### **E. 3.1**

Es sind durchaus Situationen denkbar, in denen Äusserungen Dritter oder auch deren blosser Anwesenheit an einer Versammlung die Willensbildung der einzelnen Stockwerkeigentümer und damit das Resultat der Beschlussfassung zu beeinflussen vermögen. Ungeachtet dieser Erfahrungstatsache ist es aber zulässig, dass Nichtmitglieder von der Gemeinschaft ausdrücklich an die Versammlung eingeladen werden (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, N. 86 zu Art. 712m ZGB ); so kann etwa ein Bauingenieur Unterhaltsfragen beantworten oder ein Steuerberater finanzielle Fragen erläutern (Wermelinger, a.a.O., N. 38 zu Art. 721m ZGB ). Sodann macht die Teilnahme von Drittpersonen die Versammlung bzw. die an ihr gefassten Beschlüsse jedenfalls dann nicht ungültig, wenn deren Anwesenheit von den Mitgliedern der Gemeinschaft ausdrücklich oder stillschweigend geduldet wird; der typische Anwendungsfall konkludenter Billigung ist die Teilnahme des Verwalters, der nicht selbst Stockwerkeigentümer ist (vgl. Weber, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Diss. Zürich 1979, S. 357).

#### **E. 3.2**

Vorliegend ergibt sich aus den Akten, namentlich aus dem Verhandlungsprotokoll, dass die Kläger - bzw. die sie vertretende Mutter resp. ihr Anwalt - nichts gegen die Anwesenheit der Mitglieder der jeweils anderen Stockwerkeigentümergeinschaften einzuwenden hatten, ja sich nicht einmal gegen deren Teilnahme an der Abstimmung wehrten, sondern sich erst im Anschluss an die Abstimmung über eine angeblich nicht gehörige Traktandierung bzw. vorgängige Mitteilung der Anträge und eine nicht ordnungsgemässe Durchführung der Verhandlung beklagten; die Kläger bringen denn in der Berufung auch

nicht vor, sie bzw. ihre Vertreter hätten sich vor der Verhandlung oder unmittelbar im Zusammenhang mit der Abstimmung gegen die Teilnahme der übrigen Stockwerkeigentümer gewehrt.

Somit machte aber deren Teilnahme nach dem in Erwägung 3.1 Gesagten die jeweiligen Beschlüsse der Gemeinschaften der Parzellen Nrn. aaaa und bbbb nicht ungültig. Die Kläger wussten bereits aufgrund der Einladung zur Versammlung, wer daran teilnehmen würde, und sie hätten deshalb die (ohne weiteres verbesserlichen) Verfahrensmängel bereits vor der Versammlung, jedenfalls aber vor der Beschlussfassung rügen müssen; indem sie dies unterliessen, haben sie diesbezüglich ihr Klagerecht verwirkt (vgl. Riemer, a.a.O., N. 59 zu Art. 75 ZGB ).

#### **E. 4**

Die Kläger rügen schliesslich, dass das Kantonsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, sie und ihre Mutter hätten bei den betreffenden Beschlüssen in den Ausstand treten müssen und ihre Stimmen seien demzufolge als nichtig zu betrachten.

##### **E. 4.1**

Die Parteien sind sich diesbezüglich uneinig über die Rechtsfrage, ob und in welchem Ausmass Art. 68 ZGB kraft der Verweisnorm von Art. 712m Abs. 2 ZGB auf die Stockwerkeigentümer anwendbar ist. In der Lehre wird die Frage kontrovers behandelt (vgl. Übersicht bei Wermelinger, a.a.O., N. 143 zu Art. 712m ZGB ). Das Kantonsgericht hat befunden, eine analoge Anwendung finde statt, soweit ein Interessenkonflikt zwischen dem einzelnen Stockwerkeigentümer und der Gemeinschaft bestehe, was vorliegend der Fall sei. Die bereits in BGE 127 III 506 E. 3d S. 512 aufgeworfene Frage, ob Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümergeinschaft anwendbar sei, kann jedoch weiterhin offen bleiben, weil die Stimmen der Familie X. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Fall unabhängig von allfälligen Ausstandsgründen zu zählen sind (dazu nachfolgend).

##### **E. 4.2**

Die Kläger werfen der Beklagtschaft widersprüchliches Verhalten vor, weil diese erstmals im Gerichtsverfahren und entgegen ihrem damaligen ausdrücklichen Willen angebliche Ausstandsgründe geltend gemacht habe.

###### **E. 4.2.1**

Dass das Thema von Treu und Glauben in den kantonsgerichtlichen Erwägungen ausgeklammert blieb, schadet nicht, wendet doch das Bundesgericht im Berufungsverfahren das Recht von Amtes wegen an ( Art. 63 Abs. 3 OG ; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Ziff. 120), weshalb im Unterschied zur staatsrechtlichen Beschwerde auch neue rechtliche Vorbringen grundsätzlich möglich wären (vorliegend wurde die Rüge ohnehin schon vor Kantonsgericht erhoben).

###### **E. 4.2.2**

Unzutreffend ist sodann die unter Verweisung auf das angefochtene Urteil erhobene Behauptung der Beklagten, die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit dürfe nicht geprüft werden, weil die Verletzung der Ausstandspflicht zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses führe: Die in diesem Zusammenhang vom Kantonsgericht erwähnte Literatur geht für den (vorliegend gegebenen) Fall, dass die betroffenen Personen an der

vorangehenden Diskussion teilgenommen haben, von der blossen Anfechtbarkeit der Beschlüsse aus (Riemer, a.a.O., N. 111 zu Art. 75 ZGB ; Heini/Scherrer, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 68 ZGB ).

#### **E. 4.2.3**

In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich aus den Akten, namentlich aus dem Verhandlungsprotokoll, dass die anderen Mitglieder der Gemeinschaften, insbesondere der Parzelle Nr. aaaa, gegen die Anwesenheit der Mutter und gegen die Ausübung des Stimmrechts für sich und die Kläger nichts einzuwenden hatten, sondern erst in der Klageantwort (Ziff. 23) geltend machten, die Stimmrechte der Familie X.\_\_\_\_\_ hätten geruht (Sachverhaltsergänzung gestützt auf Art. 64 Abs. 2 OG ).

#### **E. 4.2.4**

Wie sich die Kläger in der Erwägung 3.2 entgegenhalten lassen mussten, dass sie bzw. ihre Vertreter vor der Beschlussfassung die Teilnahme der Mitglieder der jeweils anderen Gemeinschaften ohne Beanstandung hingenommen hatten, ist es auch treuwidrig, wenn die übrigen Mitglieder der Gemeinschaft der Parzelle Nr. aaaa die Kläger bzw. ihre Vertretung ohne jeden Einwand bei der Stimmabgabe gewähren liessen. Der in der Klageantwort erstmals vorgebrachte Ausstandsgrund ist vergleichbar mit einem Ausstandsbegehren gegenüber einer Gerichtsperson. Diesbezüglich hat das Bundesgericht in ständiger Praxis festgehalten, dass Ablehnungsgründe nach Treu und Glauben ohne Verzug geltend zu machen sind, sobald der Ausstandsgrund bekannt ist, andernfalls der Anspruch auf Ablehnung verwirkt ist ( BGE 120 Ia 19 E. 2c/aa S. 24 ; 124 I 121 E. 2 S. 123). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für staatliche, sondern auch für Schiedsgerichte ( BGE 126 III 249 E. 3c S. 253 f.) sowie gleichermassen für die Ablehnung eines Prüfungsexperten ( BGE 121 I 225 E. 3 S. 229).

#### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten haben die Beklagten allfällige Ausstandsgründe bezüglich der Familie X.\_\_\_\_\_ verspätet geltend gemacht, weshalb offen bleiben kann, ob Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümergeinschaft Anwendung findet und ob diesfalls von einem Rechtsgeschäft oder Rechtsstreit zwischen den Klägern und der Gemeinschaft im Sinn von Art. 68 ZGB auszugehen wäre.

Sind jedoch die Stimmen der Kläger und ihrer Mutter mitzuzählen, wurde der Antrag auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes von der Gemeinschaft der Parzelle Nr. aaaa nicht mit 425 zu 165 Stimmen angenommen, sondern mit 575 zu 425 Stimmen abgelehnt. Demgegenüber ist die Zählung der klägerischen Stimmen für das Abstimmungsergebnis bei der Gemeinschaft der Parzelle Nr. bbbb nicht ausschlaggebend; so oder anders hat die betreffende Gemeinschaft den Antrag auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes angenommen.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschlüsse vom 23. Februar 2002 grundsätzlich gültig, aber die Stimmen für jede Stockwerkeigentümergeinschaft separat zu zählen sind, jedenfalls was den Antrag auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes anbelangt (Traktandum Nr. 9). Von der Gemeinschaft der Parzelle Nr. bbbb wurde der betreffende Antrag angenommen; diesbezüglich ist die Berufung unbegründet. Demgegenüber wurde er von der Gemeinschaft der Parzelle Nr. aaaa verworfen; diesbezüglich ist der Beschluss in

Gutheissung des Eventualbegehrens Ziff. 1 aufzuheben. Hingegen ist das Begehren Ziff. 2 auch mit Bezug auf die Parzelle Nr. aaaa abzuweisen: Es ist überflüssig, soweit es um den Vollzug des aufgehobenen Beschlusses geht, und ginge über die Rechtswirkung einer Beschlussaufhebung hinaus, soweit ein generelles richterliches Verbot auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes (beispielsweise aufgrund eines späteren Beschlusses oder einer Actio negatoria) verlangt werden sollte.

#### **E. 6**

Angesichts des teilweisen Obsiegens und Unterliegens der Parteien rechtfertigt es sich, diesen die Gerichtsgebühren hälftig aufzuerlegen ( Art. 156 Abs. 3 OG ), für beide Parteigruppen je unter solidarischer Haftbarkeit ( Art. 156 Abs. 7 OG ), und die Parteikosten wettzuschlagen ( Art. 159 Abs. 3 OG ). Für die Bestimmung und Verlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens entsprechend dem neuen Ausgang des Verfahrens wird die Sache ans Kantonsgericht zurückgewiesen ( Art. 159 Abs. 6 OG ).

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