

Das Stockwerkeigentums und sein bornierter Gesetzgeber

Unbotmässige Gedanken zum 50-Jahr-Jubiläum des schweizerischen Stockwerkeigentums

Prof. Dr. **David Dürr**, LL.M., Notar und Rechtsanwalt, Basel

(erschieden in: Der Bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare, Juni 2016, Nr. 2, S. 263 ff.)

1. Ein Staat en miniature

Stockwerkeigentum ist so etwas wie ein Staat en miniature, eine kleine, territorial unterlegte Rechtsordnung. Was sich beim Staat Verfassung nennt, heisst hier Reglement; was dort das Staatsterritorium ist, ist hier die grundbuchlich erfasste Stammparzelle; den vom Staat garantierten Freiräumen in Form von individuellen Grundrechten entsprechen hier die Sonderrechte gemäss Art. 712b Abs. 1 ZGB an der eigenen Wohnung; der staatlicher Zuständigkeit überantworteten Infrastruktur entsprechen hier die gemeinschaftlichen Gebäudeteile gemäss Art. 712b Abs. 2 ZGB; der staatlichen Exekutive entspricht hier der Verwalter gemäss Art. 712q ZGB; und gleich wie der Staat hat auch die Stockwerkeigentümergeinschaft ihren Gesetzgeber, nämlich die Gesamtheit der Stockwerkeigentümer, die in einer Mischform von direkter und indirekter Demokratie funktionieren¹.

So erstaunt es nicht, wenn gewisse Grundsatzprobleme, die der einzelne Staatsbürger bisweilen mit seinem Gesetzgeber hat, in vergleichbarer Weise auch beim Stockwerkeigentum aufscheinen. Zu denken ist vor allem an das unangenehme Gefühl, machtlos der Willkür des Gesetzgebers ausgeliefert zu sein; hinnehmen zu müssen, dass der Gesetzgeber nicht das beschliesst, was von der Problemstellung her eigentlich sachgerecht wäre, sondern was im Interesse einer irgendwie definierten Mehrheit seiner Mitglieder steht; oder dass ihm schlicht der Sachverstand fehlt. Diese Problematik von Willkür und Borniertheit hat beim Nationalstaat in 150-jähriger Entwicklung zu einem – um es diplomatisch auszudrücken – doch bemerkenswert unbeschwerten „Primat der Politik“ geführt, beim Stockwerkeigentum in mittlerweile 50-jähriger Entwicklung zu einer etwas durchzogenen Bilanz.

2. Der Gesetzgeber des Stockwerkeigentums

- 2.1 Das soll überhaupt nicht heissen, dass die Neueinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz im Jahr 1965 nicht auch ausgesprochen positive Auswirkungen hatte und hat. Vor allem ist es vorbehaltlos zu begrüssen, dass die Möglichkeit von Eigentum an

¹ Insofern direktdemokratisch, als jeder Stockwerkeigentümer das Recht hat, in Sachfragen mitzubestimmen, indirektdemokratisch, indem die Beschlussfassung in der Regel durch das „Parlament“ der Stockwerkeigentümersammlung erfolgt (Art. 712m ZGB), nur ausnahmsweise auf der Ebene der einzelnen Eigentümer (etwa Art. 712d Abs. 2 Ziff.1 ZGB).

der eigenen Wohnung überhaupt eingeführt wurde. Nach anfänglichem Zögern verbreitete sich diese Rechtsform denn auch kräftig. Das „Land der Mieter“ begann sich spürbar in Richtung Wohnungseigentum zu verändern².

Doch hinsichtlich der rechtlichen Struktur zeigten sich Schwierigkeiten, die nicht zuletzt mit dem eingangs erwähnten Problem der Stockwerkeigentümer-Demokratie zusammenhängen. Nicht hiervon betroffen ist naheliegenderweise die Eigentumswohnung als solche, also das, was Gegenstand des Sonderrechts gemäss Artikel 712 b Abs. 1 ZGB ist und wohl auch die Attraktivität dieses „Produkts“ ausmacht. Problematisch sind vielmehr die gemeinschaftlichen Teile, mithin jener Bereich, der zwingend im Miteigentum der betreffenden Stockwerkeigentümer und ihrer anspruchsvollen demokratischen Zuständigkeit steht³. Fast die gesamte Judikatur der letzten 50 Jahre im Bereich des Stockwerkeigentums betrifft diesen gemeinschaftlichen Bereich. Man könnte auch sagen: die individuelle Seite des Stockwerkeigentums hat sich bewährt, die gemeinschaftliche nicht⁴.

- 2.2 Der Vergleich zwischen der Legislative der Stockwerkeigentümergeinschaft und derjenigen des Staates mag insofern hinken, als es hier typischerweise um generell-abstrakte Regeln geht, dort aber um individuell-konkrete Sachgeschäfte. Immerhin sind auch beim staatlichen Gesetzgeber Sachgeschäfte keineswegs selten; und auch generell-abstrakt erscheinende Erlasse sind inhaltlich oft nichts anderes als konkrete Entscheide zugunsten bestimmter Interessengruppen.

Hier vorliegend von Interesse ist indes ein anderer Aspekt von Gesetzgebung, nämlich deren Richtigkeits-indifferente Legitimationsbasis: Was der Gesetzgeber entscheidet, gilt, weil er es entscheidet, nicht weil es inhaltlich richtig ist. Im Gegensatz zu Gerichtsentscheiden bedürfen Parlamentsentscheide nicht der schlüssigen Begründung. Die Rechtskontrolle von generell-abstrakten Erlassen ist zumindest nicht typisch⁵. Das hat im sehr Grundsätzlichen damit zu tun, dass die Aufgabenstellung des Gesetzgebers ursprünglich nicht der Erlass von Vorschriften war, sondern bloss das Festhalten bereits bestehender Normen. Als die neuen Nationalstaaten im 19. Jahrhundert daran gingen, ihre Zivilrechtskodifikationen zu erarbeiten, taten sie nichts anderes, als was in Common-Law-Ländern als „Restatements“ bekannt ist, nämlich das festzuhalten, was sich im Rechtsleben als bewährte Regeln entwickelt hatte. Das waren nicht politische Entscheidungen, sondern wissenschaftliche Aufarbeitungen⁶; nicht ein Schaffen, sondern

² Gemäss Statistik über die selbstbewohnten Eigentumswohnungen und dazu angestellten Extrapolationen ist davon auszugehen, dass es in der Schweiz rund 1 Mio. Stockwerkeinheiten gibt, Andrea Caroni, 50 Jahre Stockwerkeigentum: Zeit für eine Gesamtschau, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, S. 5 ff. m.w.H.

³ Art. 712 b Abs. 2 ZGB.

⁴ David Dürr, Stockwerkeigentum: Konzept des Gesetzgebers und Bewährung in der Praxis, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, S. 1 ff., Bern 2011.

⁵ Was Ausnahmen etwa im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ausschliesst.

⁶ Prominenter Ausdruck hiervon war der Kodifikationsstreit zwischen Savigny und Thibaut, wo es um die Frage ging, ob das Festhalten des Rechts in einem staatlichen Kodex gar ein Widerspruch zu seinem inneren Wesen sei; statt vieler Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 390 ff.

ein Erkennen von Recht. Dafür gefragt war nicht obrigkeitliche Einflussnahme, sondern fundierter Sachverstand. Und so hätte das Ergebnis daraus auch nicht noch eigens der Richtigkeitskontrolle bedurft.

Allerdings hat sich dieser Grund für das Fehlen einer Richtigkeitskontrolle seither verflüchtigt und ist einem anderen gewichen, der allerdings weniger legitim, dafür faktisch umso wirksamer ist: der Umstand nämlich, dass jene „Restatement“-Aufgabe einem Monopolisten anvertraut wurde, und dass dieser, der Nationalstaat, mit seinem Monopol genau so umgeht, wie Monopolisten dies tun, das heisst mit abnehmender Qualität und zunehmender Eigenherrlichkeit. Und zu Letzterer gehört nun auch, sich ungerne einer Richtigkeitskontrolle zu unterwerfen. Was der staatliche Gesetzgebungsmonopolist erlässt, soll nicht deshalb gelten, weil es Recht richtig abbildet, sondern weil er es erlässt. An Stelle von Sachverstand tritt bornierte Willkür.

Und eben dies prägt auch die „Gesetzgebung“ der Stockwerkeigentümerversammlung. Mit Ausnahme dringender und zwingender Notmassnahmen⁷ ist der einzelne Stockwerkeigentümer der Willkür und nicht selten der Borniertheit einer Eigentümermehrheit ausgeliefert. Dies kann insbesondere dann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn im Interesse eines langfristigen Werterhalts liegende Massnahmen von einer Mehrheit der Eigentümer hinausgeschoben werden und sich die sachgerecht vorausschauende Minderheit dagegen nicht wehren kann. Je nach den konkreten baulichen und gruppendynamischen Gegebenheiten einer Stockwerkeigentümergeinschaft kann dies dazu führen, dass die Liegenschaft in eine regelrechte Verwahrlosungsfalle gerät⁸.

- 2.3 Für das Stockwerkeigentum verhängnisvoll ist nun, dass es nicht nur diese Probleme mit seinem eigenen Stockwerk-Gesetzgeber hat, sondern sehr spezifisch auch unter dem Problem des staatlichen Gesetzgebers zu leiden hat. Schon die Tatsache, dass sich das Stockwerkeigentum zwingend auf dieses demokratische Mehrheitenregime verweisen sieht, verdankt es dem staatlichen Gesetzgeber, der sich hierfür nicht wirklich durch Sachverstand auszeichnet.

Dies wiederum bezieht sich nicht nur auf die 1963/1965 ins ZGB eingeführte sachen- und vereinsrechtliche Struktur, sondern auch auf die Art und Weise, wie sich der Gesetzgeber später mit den immer akuter werdenden Problemen von Stockwerkgemeinschaften befasst, nämlich so gut wie gar nicht. Mit anderen Worten, er zwingt den Stockwerkeigentümern eine Rechtsform auf, die sie früher oder später in die soeben erwähnte Verwahrlosungsfalle geraten lässt, reagiert aber borniert, wenn sie von ihm nun Lösungen verlangen⁹.

Und schliesslich fällt auf, dass es dort, wo der staatliche Gesetzgeber doch noch so etwas wie Gründlichkeit an den Tag legt, nicht zuletzt darum geht, die eigene Einflussnahme aufrechtzuerhalten und zu festigen: dies nämlich bei der sachenrechtlichen Be-

⁷ Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB.

⁸ Zu denken ist an Konstellationen, in denen der aufgestaute Renovationsbedarf zunimmt, der Renovationsfonds ungenügend geäuft ist und die ursprünglich homogene Interessenausrichtung der Eigentümer durch Erbgänge und Handänderungen heterogen geworden ist.

⁹ Dazu unten Ziff. 3.2.

gründung dafür, dass es für die Zulassung des Stockwerkeigentums das staatliche Gesetz brauche. So könne vom Akzessionsprinzip ohne Bewilligung des staatlichen Gesetzgebers nicht abgewichen werden; das Gleiche gelte für eine Erweiterung des gesetzlichen numerus clausus dinglicher Rechte. Näheres Hinsehen zeigt jedoch, dass ein richtiges Verständnis dieser Sachenrechtsprinzipien zu ganz anderen Ergebnissen führt¹⁰.

Diese kritischen Reflexionen seien nachstehend nun näher konkretisiert; und zwar beginnend in der Gegenwart, mit der seit wenigen Jahren in Kraft stehenden Gesetzesrevision 2009/2012 und deren Vor- und Nachgeschichte¹¹; alsdann chronologisch zurückgehend auf die Revision 1963/1965 mit der damaligen (Wieder)einführung des Stockwerkeigentums¹²; dann mit einem noch weiter zurückreichenden Blick auf die Einführung des ZGB 1907/1912¹³; und schliesslich mit einer kurzen Überlegung zur entsprechenden bundesstaatlichen Grundlage von 1848¹⁴.

Wenn hier vom staatlichen „Gesetzgeber“ die Rede ist, so umfasst dies alle am staatlichen Gesetzgebungsprozess Beteiligten, sei es nun die Legislative im organisatorischen Sinn, sei es die im Gesetzgebungsprozess ohnehin wichtigsten Gesetzgebungsorgane der Exekutive und der Verwaltung, seien es etwa auch vernehmlassende Interessensgruppierungen.

3. Die Revision von 2009

- 3.1 Anlass zur Revision von 2009 waren verschiedene Mängel beziehungsweise Anpassungsbedürfnisse im Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht, prominent die Problematik des Papier-Schuldbriefs¹⁵, aber auch einige weitere Revisionsbereiche. Dass sich beim Stockwerkeigentum grössere Probleme stellen könnten, war jedenfalls nicht Anlass zur Revision. Immerhin wurde die Thematik aber doch, gleichsam im selben Aufwisch, aufgenommen. Es war dies auf ein Postulat Baumberger zurückzuführen, der eine sachenrechtliche Alternative zur gesetzlichen Stockwerkeigentumsstruktur angeregt hatte. Der Ansatz ging dahin, den immanenten internen Interessenkonflikt dadurch aus der Welt zu schaffen, dass die davon betroffenen gemeinschaftlichen Teile nicht mehr zwingend der Gemeinschaft gehören müssen, sondern auch einem Dritten gehören können¹⁶. Dieser Paradigmenwechsel fand denn auch Eingang in die entsprechende

¹⁰ Dazu unten Ziff. 4.2 und 4.3.

¹¹ Gleich nachfolgend Ziff. 3.

¹² Unten Ziff. 4.

¹³ Unten Ziff. 5.

¹⁴ Unten Ziff. 6.

¹⁵ Botschaft 07.061 vom 27. Juni 2007, BBl. 2007, S. 5283 ff., Ziff. 1.5.1 m.w.H.

¹⁶ Botschaft 07.061 (Fn 15), Ziff. 1.5.2 m.w.H. unter anderem auch auf eine entsprechende Studie des Autors des vorliegenden Aufsatzes zu einem „Kleinen Wohnungseigentum“ (dasselbst S. 5288 m.w.H.).

Vernehmlassungsvorlage, aufgrund ablehnender Vernehmlassungen aber nicht mehr in die Botschaft¹⁷.

Ansonsten wurden vor allem noch zwei Stockwerk-Themen aufgegriffen, nämlich die Flexibilität, die Eigentumsquoten nicht nur dezimal, sondern auch in anderen Brüchen definieren zu können¹⁸, und die Einführung eines Anspruchs darauf, unter gewissen Voraussetzungen nach 50 Jahren die Aufhebung des Stockwerkeigentums zu verlangen¹⁹; jenes eine rein registertechnische Detailformalität, bei der man sich höchstens fragen kann, weshalb sich das Parlament mit einer derartigen Kleinigkeit überhaupt befassen muss; dieses immerhin ein bedeutsamer Aspekt, der dann aber nicht mit der notwendigen Tiefe erörtert wurde²⁰. Ansonsten bestand aber kein weiteres Interesse des Gesetzgebers am Stockwerkeigentum. Und so wurde die Novelle vom Parlament am 11. Dezember 2009 verabschiedet und trat am 1. Januar 2012 in Kraft.

3.2 Doch kaum war dies geschehen, meldeten sich Parlamentarier mit Vorstössen zur Revision des Stockwerkeigentumsrechts, die sehr wohl mit der Grundproblematik der Stockwerkdemokratie zu tun hatten. Es kommt einem vor, wie wenn eine Strasse, die soeben mit grossem Aufwand saniert und mit neuem Asphalt belegt worden ist, sogleich wieder aufgerissen wird, um eine Leitung zu reparieren, von der man schon bei der Sanierung sehen konnte, dass sie nicht mehr taugt:

- So meldete sich am 14. März 2012, also wenige Monate nach Inkrafttreten der Revision, Nationalrat Filippo Leutenegger mit einer Motion, welche die Lockerung des **Einstimmigkeitsprinzips für Ersatzneubauten** anregte. Diese Einstimmigkeit ist zwar nicht explizit dem Gesetz zu entnehmen, doch nehmen Praxis und Lehre an, der Ersatzneubau falle unter die „luxuriösen“ baulichen Massnahmen gemäss Art. 647a ZGB, weshalb sie grundsätzlich dem Einstimmigkeitsprinzip unterstehen²¹. Es ist dies eine Problemstellung, die insbesondere bei sehr lange andauernden Stockwerkeigentumsverhältnissen grundsätzliche Bedeutung erlangt; namentlich dann, wenn nur noch Abbruch und Ersatz der Baute deren vollständigen Wertverlust verhindern können und nun ein einziger Eigentümer dies mit seinem Veto verunmöglicht²².

Diesem Thema war man bei der parlamentarischen Behandlung der vorausgehenden Revisionsvorlage sehr nahe gekommen, nämlich als man die eben erwähnte Escape-Möglichkeit einer Auflösungsklage nach 50 Jahren diskutierte²³. Allerdings unterliess man es, auch weitere Lösungswege wie beispielsweise den Ersatzneubau zu erwägen.

¹⁷ Vernehmlassungsvorlage vom März 2008, Ziff. 1.2.6 und Gesetzesentwurf Art. 779m ff. ZGB; Botschaft 07.061 (Fn 15), S. 5300 f.

¹⁸ Art. 712e Abs. 1 ZGB.

¹⁹ Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 ZGB.

²⁰ Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 ZGB; dazu nochmals unten Fn. 23.

²¹ Motion 12.3168 Filippo Leutenegger, vom 14.3.2012.

²² Im Hinblick darauf schlug die Motion ein Squeeze-out-Verfahren gegen renitente Sperrminoritäten vor.

²³ Nämlich im Zusammenhang mit der Revision von Art. 712f Abs. 3 Ziff. 2 ZGB, dazu auch oben Fn.20.

Und insofern mag man es begrüßen, dass das Thema dann doch noch aufgegriffen wurde – besser spät als nie – ,doch wurde auch daraus nichts. Der Bundesrat war dagegen; nicht zuletzt mit dem schon fast zynischen Argument, man habe doch eben erst eine Revision durchgeführt (!); eine Haltung, der dann auch der Ständerat folgte. Obwohl der Nationalrat das Geschäft überwiesen hätte, war der Vorstoss damit erledigt.

- Nicht viel später, am 14. Dezember 2012, also ebenfalls noch im Jahr des Inkrafttretens des neuen Rechtes, reichte Nationalrätin Isabelle Chevalley eine Anfrage ein, die wiederum die **Mehrheitsanforderungen für bauliche Massnahmen** beschlug, nämlich speziell für energetische Gebäudesanierungen. Der Anfragerin war – wohl weniger aus sachenrechtlichen als parteipolitischen Gründen – vor allem an der Stärkung der Miteigentümer mit kleinen Quoten gelegen.

Der Bundesrat verspürte auch hier keine Lust zur Handlung. Er beantwortete die Anfrage negativ, womit sie als solche bereits erledigt war²⁴.

- Im Jahr zwei nach dem Inkrafttreten, nämlich am 20. Juni 2013, reichte Nationalrat Karl Vogler eine Interpellation ein, erneut betreffend **Mehrheitsanforderungen für Gebäudesanierungen**. Zudem sprach er ein Thema an, das seit Jahrzehnten als problematisch bekannt ist, in der umfassenden Revision aber ebenfalls nicht angegangen wurde²⁵, nämlich wie damit umzugehen sei, dass der **Renovationsfonds** in aller Regel zu wenig geäufnet ist, wenn es ihn braucht, das heisst, wenn grössere Renovierungen aufgestaut sind. Also regte der Interpellant an, den Renovationsfonds für obligatorisch zu erklären.

Auch hiergegen war der Bundesrat negativ eingestellt, unter anderem mit dem Argument, „die Gesetzgebung sollte nach Meinung des Bundesrates erst aktiv werden, wenn ‚weiche‘ Massnahmen ... nicht wirken und Verzögerungen bei Sanierungen dazu führen sollten, dass wichtige öffentliche Interessen tangiert werden“²⁶. Und zudem bestehe „auch für andere Bereiche des Stockwerkeigentums kein Revisionsbedarf“²⁷. Inzwischen ist das Geschäft nach zweijähriger Hängigkeit abgeschrieben.

- Noch vor dieser Abschreibung, am 7. Mai 2014, wollte es Nationalrätin Isabelle Chevalley noch genauer wissen, weshalb sie nicht nur eine Anfrage, sondern dieses Mal ein Postulat einreichte, erneut mit ihrem Anliegen betreffend **Beschlussfassung über energetische Sanierungen**. Der Bundesrat möge Möglichkeiten zur Problemlösung aufzeigen²⁸.

Was dieser aber nicht tun wollte, wobei er bereits auf mehrere Antworten zu solchen Vorstössen verweisen konnte. Immerhin ist dieses Geschäft noch nicht abschliessend behandelt. Als Erstrat ist nach wie vor der Nationalrat am Zug.

²⁴ Anfrage 12.1127 NR Isabelle Chevalley vom 14. 12. 2012.

²⁵ Interpellation 13.3552 NR Karl Vogler vom 20. 6. 2013.

²⁶ Interpellation 13.3552 (Fn 25), S. 2.

²⁷ Interpellation 13.3552 (Fn 25), S. 2.

²⁸ Postulat 14.3316 NR Isabelle Chevalley vom 7. 5. 2014.

- Gleichsam eine geballte Ladung beziehungsweise einen nun doch sehr grundsätzlich ansetzenden Vorstoss lancierte Nationalrat²⁹ Andrea Caroni mit seinem Postulat vom 25. September 2014 unter dem Titel „**Fünzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau**“. Er stellte nun tatsächlich die Frage, die man sich wenige Jahre zuvor im Rahmen der ausführlichen und aufwendigen Revisionsarbeiten offenbar nie gestellt hatte, nämlich ob nach 50 Jahren ein grundsätzlicher Anpassungsbedarf bestehe.

Jetzt holte auch der Bundesrat etwas weiter aus und rief in Erinnerung, dass der Bundesgesetzgeber mit gutem Grund das Stockwerkeigentum ursprünglich untersagt habe, nämlich bereits beim Erlass des neuen ZGB im Jahr 1907, und dass er – so jedenfalls sinngemäss – bloss mit Bedenken im Jahr 1965 die Einführung dieses Instituts wieder zugelassen habe³⁰. Bewusst sei da einiges an dispositiven Spielräumen gelassen worden. Und eben hiervon sollten doch jetzt die Privaten Gebrauch machen. Ein gesetzgeberischer Behandlungsbedarf bestehe nicht. Das Geschäft ist nach wie vor pendent.

- Die parlamentarische Initiative Gössi betreffend Gewährleistungsregelung beim **Kauf einer neu gebauten Eigentumswohnung** sei hier rein der Vollständigkeit halber erwähnt. Sie beschlägt ein vertragsrechtliches, nicht ein sachenrechtliches Problem und hat mit der hier interessierenden Stockwerk-Demokratie-Problematik höchstens sehr indirekt zu tun. Das Geschäft ist noch nicht behandelt³¹.

- 3.3 Bemerkenswert an diesem Ablauf ist nicht nur das verspätete Erwachen der gewählten Volksvertreter, sondern auch das inhaltliche Argumentarium, mit dem der Bundesrat reagiert. Markant zum Ausdruck kommt es in der Antwort auf das Postulat Caroni:

„Die Bestimmungen über das Stockwerkeigentum sind zum grösseren Teil nicht zwingendes, sondern dispositives Recht, sie können demnach von den Beteiligten im Stockwerkeigentümerreglement oder durch Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft abgeändert werden. Viele Fragen können und müssen von den Stockwerkeigentümern im Stockwerkeigentümerreglement ihren Bedürfnissen entsprechend geregelt werden, z. B. die Beschlussfassung in der Stockwerkeigentümersammlung, die Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten, die Speisung des Erneuerungsfonds und die Einräumung von Sondernutzungsrechten. Eine sorgfältigere Abfassung dieser Reglemente kann in manchen Fällen späteren Auseinandersetzungen vorbeugen. Ein dringender und umfassender legislativer Anpassungsbedarf ist nicht ersichtlich.“³²

Das klingt sympathisch liberal, mag man geneigt sein zu sagen. Allerdings hilft es dort nicht weiter, wo die betreffenden Reglemente nicht so lauten, wie sie sollten; und eben dies ist angesichts der in der Praxis sehr zahlreichen gedankenlos aus Standardtexten

²⁹ Mittlerweile Ständerat; Postulat 14.3832 NR Andrea Caroni vom 25. 9. 2014.

³⁰ Postulat 14.3832 (Fn 29), S. 2f.

³¹ Parlamentarische Initiative 14.453 NR Petra Gössi vom 25.9.2014.

³² Postulat 14.3832 (Fn 29), S. 2f.

übernommenen Reglemente sicher grösstenteils der Fall. Dies wiederum sei nicht so sehr als Argument dahin verstanden, nun doch gesetzgeberisch einzugreifen, sondern eher dahin, dass sich Gerichte nicht Beschränkungen unterwerfen sollten, die nicht bestehen. So wäre etwa – um die bereits erwähnte Ersatzneubaute zu erwähnen – nicht einzusehen, weshalb eine Ersatzneubaute je nach „Dramatik“ des konkreten Sachverhalts nicht unter die notwendige oder jedenfalls die nützliche Massnahme gemäss Art. 647c beziehungsweise 647d ZGB subsumiert werden könnte³³. Oder – wiederum ein schon erwähntes Beispiel – warum diese gleichen Gesetzesbestimmungen nicht jedem Stockwerkeigentümer einen Anspruch darauf geben, dass sich sämtliche Mitglieder der Gemeinschaft an einer Fondsäufnung beteiligen müssen, welche langfristig den Werterhalt des Gesamtobjekts gewährleistet³⁴.

In einer Hinsicht jedoch weicht der Bundesrat mit der zitierten Äusserung dem Kernproblem geradezu plump aus, indem er nämlich die Bedeutung der zwingenden Vorschriften hinunterspielt. Dabei sind es genau diese wenigen, aber äusserst einschneidenden zwingenden Bestimmungen, die das Grundproblem der Stockwerkeigentümerdemokratie erst auslösen. Im Vordergrund stehen hier folgende Bestimmungen:

- So vor allem Art. 712b Abs. 2 ZGB, der es zwingend ausschliesst, die gemeinschaftlichen Liegenschaftsteile einem separaten Eigentümer zuzuweisen, was darauf hinausläuft, dass die Gruppe sämtlicher Stockwerkeigentümer an diesen Gebäudeteilen zwingend gemeinschaftliches Eigentum halten müssen³⁵. Damit sind sie zwingend der erwähnten Willkür der Mehrheit ausgeliefert, die es nicht interessiert, ob ein Renovationsanliegen eines oder mehrerer Stockwerkeigentümer von der Sache her gerechtfertigt ist, sondern einzig, ob es im Interesse einer Mehrheit der Gemeinschaft liegt.

Wäre es stattdessen möglich, die gemeinschaftlichen Gebäudeteile zum Beispiel von einem Drittinvestor halten zu lassen, so könnten zwar gleichwohl Differenzen über die Notwendigkeit bestimmter Renovationen auftauchen, doch käme niemand auf die Idee, den abschliessenden Entscheid hierüber diesem Drittinvestor zu überlassen, der die Arbeiten letztendlich auf eigene Kosten auszuführen hätte. Genau dies aber geschieht bei der heute zwingenden Eigentümergemeinschaft: Diese selbst entscheidet darüber, ob sie die Arbeiten ausführen und bezahlen muss³⁶.

- Ferner Art. 675 Abs. 2 ZGB, wonach separates Baurechtseigentum an einem Stockwerk ausgeschlossen ist; damit vergleichbar eventuell auch Art. 745 Abs. 3 ZGB, wonach an einem bestimmten Teil eines Gebäudes und damit an einem Stockwerk ein

³³ Markus W. Stadlin, Gebäudesanierungen an STWE-Liegenschaften – das Institut des Stockwerkeigentums stösst an seine Grenzen; in: Jusletter 4. Mai 2015, S. 3 m.w.H.

³⁴ Gleichsam ein „Behaften“ aller Mitglieder an der konkludent vereinbarten „Übungsanlage“ eines bestimmten Gebäudestandards.

³⁵ Das ergibt sich, genau besehen, nicht strikt aus dem Wortlaut des Gesetzes, aber doch unmissverständlich aus der zugrundeliegenden Miteigentumsstruktur; vgl. Botschaft 8607 vom 7. 12. 1962, BBl 1962 II / S. 1461 ff., S. 1413 f.

³⁶ Vgl. statt vieler BGE 134 III 481 (5A_149/2007) vom 10.7.2008 und Besprechung David Dürr, in Aktuelle Anwaltspraxis 2009, S. 4 ff.

dingliches Nutzniessungsrecht bloss zur Ausübung eingeräumt werden kann und nicht als eigenständige Sachenrechtsposition.

Warum schreibt der Bundesrat nicht auch von diesen Hauptparametern der Stockwerkeigentumsstruktur, sie

„können und müssen von den Stockwerkeigentümern im Stockwerkeigentümerreglement ihren Bedürfnissen entsprechend geregelt werden“ ?

Oder gar: Warum sagte der Bundesrat nicht eben dies, als er daran ging, in den 1960er-Jahren das Stockwerkeigentum wieder zuzulassen?

4. Die Revision von 1965

4.1 Weshalb nur überliess es der Bundesrat nicht schon damals der Gestaltungsfreiheit der Privaten, wie sie Stockwerkeigentum begründen und strukturieren wollen? Statt detaillierte und – wie sich später zeigen sollte – einengende Vorgaben für die Regelungsstruktur hätte der Gesetzgeber etwas viel Einfacheres tun können, nämlich das mit dem ZGB von 1907 eingeführte Verbot neuer Stockwerkeigentumsbegründungen aufzuheben³⁷. Dies hätte es der Praxis in der Folge ermöglicht, Rechtsstrukturen zu entwickeln, die gleich oder ähnlich oder auch grundsätzlich anders aufgebaut sind als was der Gesetzgeber so starr vorgab. Allenfalls hätte er die von ihm definierte Rechtsstruktur als rein dispositives Recht ausgestalten können.

Dass der Gesetzgeber eben dies nicht tat, sondern mit der Verbotsaufhebung von 1965 gleichzeitig regulierend eingriff, wurde mit Fundamentalprinzipien des Sachenrechts begründet; namentlich mit dem Akzessionsprinzip und demjenigen des numerus clausus der dinglichen Rechte beziehungsweise von deren Typenzwang. Dingliche Rechte seien im Gegensatz zu obligatorischen, namentlich vertraglichen Rechten, nicht der freien Gestaltung durch die Parteien überlassen³⁸. Also gelte es, nicht einfach das Stockwerkeigentum zuzulassen (dies natürlich implizit auch), sondern es gleichzeitig auch als definierten Typus zur Verfügung zu stellen. Dies war übrigens auch der Grund dafür, weshalb das gleichzeitig revidierte Recht des gewöhnlichen Miteigentums eine gesetzliche Modifikation seiner Typizität erfuhr³⁹.

4.2 Nun fällt aber auf, dass der Gesetzgeber bei der Sachenrechtsrevision von 1965 – wie übrigens auch bei der fast zeitgleichen Revision des Baurechts⁴⁰ – so gut wie keine Gedanken über das innere Wesen der genannten Sachenrechtsprinzipien angestellt hatte. Zwar ging die Gedankenführung der Botschaft prominent vom **Akzessionsprinzip** aus („*superficies solo cedit*“), um dann ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen und auf welche Weise nun davon abgewichen werden soll, um das Stockwerkeigentum als Ausnahme vom Akzessionsprinzip zu ermöglichen. Was aber nicht ansatzweise statt-

³⁷ Art. 17 Abs. 2 und 3 und 45 Abs. 1 SchIT ZGB; auf jenen gesetzgeberischen Akt ist noch zurückzukommen, siehe unten Ziff. 5.

³⁸ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1485 ff.

³⁹ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1480 ff.

⁴⁰ Botschaft 8716 vom 9. April 1963, BBl 1963 I, S. 969 ff., S. 985 und 970.

fand, war eine Hinterfragung des Akzessionsprinzips selbst. Und eben dazu hätte Anlass bestanden.⁴¹

Denn der damalige Druck der Praxis im Zuge der Bevölkerungszunahme und der urbanen Verdichtung in der Nachkriegszeit war letztlich ein Zeichen dafür, dass das auf die römische Agrarwirtschaft zurückgehende Akzessionsprinzip nicht mehr zeitgemäss war. Der Bedarf nach immobilarsachenrechtlichen Positionen war definitiv nicht mehr nur nebeneinander, sondern immer mehr auch übereinander zu lokalisieren. Das zeigten etwa die auch in der Botschaft erwähnten Ersatzformen etwa der *Sociétés d'actionnaires-locataires*⁴². Dieses Über- statt Nebeneinander hätte nun aber nicht einfach eine Aufhebung des Akzessionsprinzips bedeutet, sondern zunächst bloss dessen Hinterfragung nahegelegt. Dies wiederum hätte zur Erkenntnis geführt, dass der Grundsatz „*superficies solo cedit*“ nicht das Akzessionsprinzip *ist*, sondern sich bloss aus seiner Anwendung auf den Grundstücksbereich ergibt, wovon indes bei verändertem Sachverhalt auch wieder abgewichen werden könnte.

Als eigentlichen Sinnkern des Akzessionsprinzips hätte man dann etwa herauschälen können, dass das, was von der physischen Sache her zusammengehört, auch rechtlich eine einzige Sache sein soll⁴³. Und bezogen auf das Immobiliarsachenrecht und die hier interessierende Thematik hätte dies dann Folgendes bedeutet:

- Solange die rechtlich bedeutsamen Interessensbereiche faktisch nebeneinanderliegen, kann man sich pragmatisch auf eine zweidimensionale Optik beschränken und die raumbezogenen Rechte rein horizontal gegeneinander abgrenzen. Die vertikale Dimension kann auf eine präzise Abgrenzung verzichten⁴⁴. Also liegt es auch nahe, Pflanzen und namentlich Bauten innerhalb des zweidimensional abgegrenzten Raums zuzuordnen beziehungsweise das „Ende“ ganz oben und ganz unten quasi diffus auslaufen zu lassen. Denn dort oben beziehungsweise dort unten ist kein Nachbar auszumachen, der auf einer klaren Abgrenzung gegenüber seiner Position besteht.

Das Akzessionsprinzip im Immobiliarsachenbereich bloss zweidimensional abzugrenzen, hat also nichts mit dem Inhalt des Prinzips zu tun, sondern mit den Gegebenheiten des Sachverhalts, nach dem es in der Vertikalen keinen Bedarf zur Abgrenzung gibt. Oder genauer: Solange in der Vertikalen kein Bedarf nach Abgrenzung besteht, kann sich das Akzessionsprinzip mit einer zweidimensionalen Definition begnügen. Anders beispielsweise im Mobiliarsachenrecht, wo das Akzessionsprinzip notwendigerweise dreidimensional definiert wird⁴⁵.

- Dass „*superficies solo cedit*“ nicht das Akzessionsprinzip selbst ist, erhellt auch daraus, dass es andernfalls zumindest fraglich wäre, ob die Erdoberfläche überhaupt

⁴¹ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1461 ff.

⁴² Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1467.

⁴³ Wie dies etwa in Art. 642 ZGB zum Ausdruck kommt.

⁴⁴ Sie kann etwa nach oben und unten unbeschränkt erfolgen oder etwa auch flexibel definiert sein, wie dies in Art. 667 Abs. 1 ZGB geschieht.

⁴⁵ Statt vieler Arthur Meier-Hayoz, Das Eigentum, Berner Kommentar, Band IV/1/1, 5.A., Bern 1981, Systematischer Teil, N. 98 m.w.H.

parzellenweise in getrennte Eigentumsobjekte aufgeteilt werden kann. Denn die Erdoberfläche samt Untergrund ist ja insgesamt ein physisch zusammengehörender Körper und insofern eine Sache⁴⁶. Also spricht das Akzessionsprinzip zunächst dagegen, die „Sache Erdoberfläche“ in getrennte Eigentumsobjekte auseinanderzuparzellieren. Sonst bestünde die Gefahr, dass ein Eigentümer sein so abgegrenztes Eigentumsobjekt in einer Weise benutzt, die ein angrenzendes Eigentumsobjekt zerstört, beschädigt oder verändert; etwa indem er sein Grundstück entlang der Grenze abgräbt⁴⁷.

Dass sich das Akzessionsprinzip trotzdem mit parzellenweise getrenntem Grundeigentum vereinbaren lässt, liegt daran, dass der Grenzbereich gleichsam nachbarrechtlich stabilisiert wird; etwa indem gefährliche Abgrabungen im Grenzbereich des Nachbarn untersagt sind⁴⁸. Mit anderen Worten, auch wenn der immobile Bereich insgesamt physisch zusammengehört und die bei Fahrnis vorhandenen „natürlichen Grenzen“ einzelner Mobilien nicht dem Sachverhalt entsprechen, spricht das Akzessionsprinzip nicht gegen eine Abgrenzung getrennter Eigentumsobjekte; allerdings sind die entsprechenden Schnittstellen heikel und es gilt, sie nachbarrechtlich zu stabilisieren.

- Und all dies lässt sich nun auch auf Konstellationen übertragen, wo die Eigentumsobjekte nicht nebeneinander, sondern übereinander zu liegen kommen. Sind etwa die Gegebenheiten urbaner Verdichtung dergestalt, dass die Nachbarn nicht nur nebenan, sondern auch ober- oder unterhalb anzutreffen sind und deshalb Abgrenzungsbedarf auch in der Vertikalen besteht, ist nicht einzusehen, weshalb nicht das Gleiche möglich sein soll wie in der Horizontalen: Nämlich den Eigentumsgegenstand räumlich abzugrenzen und – da die Schnittstelle heikel ist – nachbarrechtlich zu stabilisieren.

Jedenfalls lässt sich aus einem so verstandenen Akzessionsprinzip nicht ableiten, Eigentum an einzelnen Stockwerken stehe im Widerspruch zu ihm und es brauche deshalb die Intervention des Gesetzgebers, um diese Ausnahme zu ermöglichen. Oder anders ausgedrückt: Stockwerkeigentum ist keine Ausnahme zum Akzessionsprinzip.

Das mag man vielleicht auch anders sehen; dies schon deshalb, weil das Vorstehende kaum mehr als eine kurze Gedankenskizze darstellt. Doch allemal wäre dies das Thema gewesen, dessen sich der Gesetzgeber in der Nachkriegszeit hätte annehmen müssen. Und je nachdem hätte dies einen eigentlichen Paradigmenwechsel des Immobiliarsachenrechts mit sich gebracht. Es hätte allenfalls die zweidimensionale Basis des Immobiliareigentums gemäss Art.668 ZGB einer dreidimensionalen weichen müssen mit eventuell weitreichenden Auswirkungen auf die Grundbuchführung, die gleichsam zu einer Raumbuchführung hätte erweitert werden müssen⁴⁹. Doch wie dies auch immer herausgekommen wäre, jedenfalls hat sich der Gesetzgeber mit diesem Thema nicht be-

⁴⁶ Soweit nicht ausnahmsweise gewisse natürliche Grenzen wie etwa eine Schlucht eine andere Optik nahelegen.

⁴⁷ Vgl. Art. 642 Abs. 2 ZGB.

⁴⁸ Vgl. Art. 685 Abs. 1 ZGB.

⁴⁹ Dazu David Dürr, Wohnen und Eigentum im urbanen Umfeld, ZBGR 1997, 217 ff.

fasst, sondern verharrte in seinem zu engen und letztlich falschen Verständnis des Akzessionsprinzips.

Und damit einher ging natürlich auch die bornierte Haltung, dass es den Gesetzgeber brauche, um diese Ausnahme vom Akzessionsprinzip zuzulassen. Bei richtigem Verständnis des Akzessionsprinzips wäre die Rolle des Gesetzgebers bescheidener gewesen⁵⁰. Er hätte bloss die Zweidimensionalität des Immobiliarsachenrechts zugunsten der Dreidimensionalität aufgeben müssen, allenfalls noch gewisse nachbarrechtliche Präzisionen für übereinanderliegende Raumeinheiten anbringen können. Dies hätte Gestaltungsspielräume eröffnet, die weit über die schliesslich eingeführte einzig zulässige Zwangsregelung einer Miteigentümergeinschaft hinausgegangen wären.

- 4.3 Ebenfalls unbefriedigend war der Umgang des Gesetzgebers mit dem Prinzip des **numerus clausus** beziehungsweise der **Typizität** dinglicher Rechte⁵¹. Für die materielle Herleitung des neuen Stockwerkeigentumsrechts kam diesen Prinzipien zwar keine entscheidende Relevanz zu, doch dienten sie der Bekräftigung der Haltung, dass es den Gesetzgeber brauche, um die neue Rechtsform überhaupt einzuführen⁵².

Nun gibt es in der Tat eine Beschränkung in der Ausgestaltung dinglicher Rechte, doch hat diese nichts mit einem nachlesbaren Katalog oder mit praktischen Gesichtspunkten des Grundbuchregisters oder mit der Überblickbarkeit komplexer Strukturen zu tun. Dies mögen zwar durchaus relevante Gesichtspunkte sein, die aber auch für obligatorische Rechtspositionen Sinn machen. Die Beschränkung in der Ausgestaltung dinglicher Rechte haben mit einem ganz anderen Gesichtspunkt zu tun: *Als dingliche Rechte können nur solche Rechte ausgestaltet werden, die dinglich sind*. Das ist nicht bloss semantische Tautologie, sondern beruht auf folgenden Überlegungen:

- Dingliche Rechte beziehen sich nicht einfach auf eine Sache (auch obligatorische Rechte können sich auf eine Sache beziehen, etwa Rechte des Käufers oder des Mieters), sondern sie erschöpfen sich darin, sich auf eine Sache zu beziehen. Im so verstandenen Sinn sind sie eben Rechte an einer Sache. Sie definieren sich in keiner anderen Hinsicht als in der Beziehung zwischen dem Berechtigten und der Sache.

Der Grundtypus – wenn auch keineswegs der einzige Anwendungsfall – ist das Alleineigentum einer Person an einem einzigen individualisierten Fahrnisgegenstand. Es umfasst inhaltlich die Zuständigkeit zum Entscheid, was mit der Sache *physisch geschieht*, ob sie von ihm oder einem anderen benutzt wird, allenfalls verändert oder gar zerstört wird. Zumal es ein Recht ist, gibt es die Befugnis, Störungen der Benüt-

⁵⁰ Immerhin erwägt die Botschaft gewisse Inkonsequenzen bei der 1907 statuierten Regelung, Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1462 f.

⁵¹ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1466.

⁵² Was schon deshalb nicht überzeugt, weil die Praxis zu Recht auch durchaus Gestaltungsspielräume zulässt, beispielsweise die Kombination von Nutzniessung und Pfandrecht sowie die Errichtung von Unter- oder Unter-Unter-etc.-Baurechten, vgl. auch vor der Revision 1965 die grundbuchliche Übertragung von Miteigentum trotz fehlender Eintragung als Grundstück, Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1499 ff.

zung, Veränderung oder Zerstörung abzuwehren. Und weil dieses Recht *absolut* ist, lässt es sich von seinem Inhaber auch auf andere Berechtigte übertragen⁵³.

- *Nicht* Teil des dinglichen Rechts ist es nun aber, mittels der eigenen Sache in andere Interessensbereiche einzugreifen, etwa mit der eigenen Waffe eine andere Person zu verletzen, mit dem eigenen Schreibwerkzeug andere Personen zu beleidigen etc. Solches mag je nach den konkreten Umständen, vertraglichen Vereinbarungen etc. durchaus rechtens sein, jedoch *nicht* als Gegenstand oder Ausfluss des dinglichen Rechts an der Waffe oder am Schreibwerkzeug.
- Damit einher geht jeweils, dass die Respektierung des dinglichen Rechts durch Dritte diesen nie mehr als eine Unterlassung zumutet. Deshalb lässt es sich *erga omnes* legitimieren, also auch gegen Befolgungsadressaten, die sich nicht eigens zur Respektierung der dinglichen Position verpflichtet haben⁵⁴. Zu dieser rein negativen Pflicht, das dingliche Recht zu respektieren, genügt es, es zu kennen, was wiederum die Bedeutung des Publizitätsprinzips unterstreicht.

Und wenn es nun um die Umsetzung dieser **Publizität** mittels des Grundbuchs geht, so liegt es nahe, sich auf Rechtspositionen zu beschränken, für deren Verbindlichkeit es nicht mehr braucht als eben diese Publizität. Also drängt es sich auf, nur solche Rechtsposition rein durch Publizität wirken zu lassen, die von den Adressaten nicht mehr verlangen, als die Position nicht anzugreifen. Dazu kann ohne weiteres auch die Rechtsposition des Eigentums an einer einzelnen Wohnung gehören. Ob dessen Grundbucheintrag vom Gesetz vorgesehen ist, kann *hierfür* nicht relevant sein.

- 4.4 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Einführung des Stockwerkeigentums im Jahr 1965 eigentlich gar nicht den Gesetzgeber gebraucht hätte. Die neue Eigentumsform hätte sich ohne weiteres aus sinnvollen sachenrechtsdogmatischen Grundprinzipien herleiten lassen. Dass es den Gesetzgeber trotzdem „brauchte“, lag einzig daran, dass er selbst fünfzig Jahre zuvor Randbedingungen gesetzt hatte, die bewährte sachenrechtsdogmatische Prinzipien falsch verstanden und damit in der Folge behindert hatten. Indem er dann 1965 eine eng definierte Ausnahme von jenen Behinderungen einführte, betrieb er Symptombehandlung. Sachgerechter wäre es gewesen, die Behinderungen von 1907 aufzuheben.

Doch wie kam es zu jenen Behinderungen im Zug des Erlasses des ZGB im Jahr 1907? Dazu nun noch ein kurzes Streiflicht:

5. Die Revision von 1907

Wenn hier bewusst von einer „Revision“ die Rede ist, obwohl damals das ZGB als Ganzes neu erlassen wurde, so um auszudrücken, dass es auch damals eine vorbestehende Rechtslage gab, die durch den Erlass von 1907 *geändert* wurde: nämlich die Vielfalt kantonaler Ordnungen. Und diese hatten zumindest teilweise Stockwerkeigentum zu-

⁵³ David Dürr, Werteigentum und Nutzungseigentum, in: Festschrift Heinz Rey, Zürich 2003, S. 21, 26 ff.

⁵⁴ Statt vieler Arthur Meier-Hayoz (Fn. 45), N. 239, 242 ff., 59, je m.w.H.

gelassen⁵⁵. Im Rahmen der aufgrund des neu zusammengerauften nationalen Bundesstaates ging es nun aber nicht einfach darum, die bisher vielfältige Privatrechtsordnung in ein einheitliches enges Korsett zu zwingen. Jedenfalls war dies nicht die Haltung des Schöpfers des ZGB, Eugen Huber, der die verschiedenen Rechtsordnungen gleichsam in historischer Feldforschung zusammenstellte, um daraus eine breit abgestützte inhaltliche Legitimation des neuen Gesetzbuches zu entwickeln⁵⁶; dies durchaus im Sinn der eingangs erwähnten ursprünglichen Aufgabe des Gesetzgebers, das historisch gewachsene Recht festzustellen⁵⁷.

Und nicht zufällig war er denn auch nicht abgeneigt, Stockwerkeigentum zuzulassen, wenn auch in rechtsdogmatischen Formen, die je nach Kanton von den bisherigen abwichen. So hatte er an Möglichkeiten gedacht, Wohnungen zwar nicht zum Gegenstand separaten Eigentums zu machen, aber doch von persönlichen Nutzungsrechten, die ihrerseits langfristig und selbständig übertragbar auszugestalten gewesen wären⁵⁸. Diese Möglichkeit wurde dann aber durch das Parlament vereitelt, indem Art. 675 ZGB ein zweiter Absatz beigefügt wurde, wonach „die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ... ausgeschlossen“ sei⁵⁹. Eine Überführung bisherigen Stockwerkeigentums in eine solch ZGB-kompatible Form war damit ausgeschlossen, was dann in Art. 45 SchIT ZGB noch explizit klargemacht wurde.

Das war ein rein politischer Entscheid, ging es doch im Wesentlichen darum, eine konfliktträchtige Rechtsstruktur auszuschalten. Sachenrechtsdogmatisch bestand jedenfalls kein Anlass dazu; der wahre Grund war Paternalismus des neuen Zentralstaates, der seine Unterebenen vor eigenen Fehlern schützen wollte – der bornierte Gesetzgeber eben.

Nun würde dieser Gesetzgeber wohl einwenden, er sei nicht an Sachenrechtsdogmatik gebunden. Seine Legitimation sei nicht inhaltlich, sondern institutionell-demokratisch begründet. Genau dazu habe sich der neue Bundesstaat im Jahr 1848 eine entsprechende Gesetzgebungsstruktur gegeben. Doch auch dazu nun noch eine allerletzte, leicht frivole Bemerkung:

6. Die Revision von 1848

Der Erlass der ersten schweizerischen Bundesverfassung von 1848 war ebenfalls eine „Revision“, zumal ja vorgängig nicht nichts war, sondern der Staatenbund der ursprünglich 22 Kantone gemäss dem Staatsvertrag vom 7. August 1815. Dieser sah für gewisse Geschäfte Mehrheitsbeschlüsse vor, nicht jedoch für die Überführung des Staa-

⁵⁵ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1464 ff. m.w.H.

⁵⁶ Prominent auf der Grundlage des vierbändigen Werks von Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Basel 1888 bis 1893; Botschaft 28. Mai 1904, BBl 1904/IV, S. 41 ff.

⁵⁷ Oben Ziff. 2.2.

⁵⁸ Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1461 ff. m.w.H.

⁵⁹ Bemerkenswerterweise spricht die Botschaft 8607 (Fn 35), S. 1462, hier selbst davon, dass die von Eugen Huber bereitgestellte Flexibilität dadurch „vereitelt“ worden sei.

tenbunds in einen integrierenden Bundesstaat⁶⁰. Dieses natürliche Prinzip hatte schon prominenten Niederschlag etwa in Jean-Jacques Rousseau's Contrat social gefunden⁶¹, doch auch das Staats- und Völkerrecht des 19. Jahrhunderts ging hiervon aus. Trotzdem beschloss die Tagsatzung mit der Mehrheit der Siegerkantone gegen die Minderheit der besiegten Sonderbundskantone den neuen Bundesstaat und erklärte diesen auch für die Nichtzustimmenden für verbindlich⁶². Es war dies „ein eigenmächtiger Souveränitätsakt ... der vom bestehenden Staatsrecht nicht gedeckt war, insofern formell unrechtmässig und mithin revolutionär“⁶³.

Letztlich auf diese Grundlage beruft sich nun der nationale Gesetzgeber. Da scheint es zumindest erwägenswert, sachenrechtsdogmatischen Prinzipien eine höhere Legitimation zuzubilligen; und dies nicht zuletzt angesichts von Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, der für die Begründung einen Vertrag *aller* Miteigentümer verlangt⁶⁴. Das müsste der nationale Gesetzgeber, der diese Bestimmung erlassen hat, doch auch für sich selbst anerkennen. Sonst setzt er sich dem Vorwurf aus, Wasser zu predigen und Wein zu trinken.

⁶⁰ Bundesvertrag vom 7. August 1815 § 8.

⁶¹ Jean-Jacques Rousseau, Le contrat social, 1762, Buch I Kapitel 5.

⁶² Tagsatzung vom 12. 9. 1848 mit einer Mehrheit von 15,5 gegen 6,5 Kantone.

⁶³ Walter Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, 1992, S. 611.

⁶⁴ Vgl. auch zum gewöhnlichen Miteigentum Art. 647 Abs. 1 ZGB.