



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Masterthese
zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

**Das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentions-
recht (Art. 712k ZGB) als Sicherungsinstrumente der Stockwerkeigen-
tümerngemeinschaft: Mythos oder Realität?**

Verfasserin: Leslie Beck
leslie.beck@bluewin.ch

Eingereicht bei: Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Rechtsanwalt
Kanzlei am Bahnhof, Bahnhof Baldegg, 6283 Baldegg

Abgabedatum: 18. August 2014

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Executive Summary.....	VI
A Einleitung.....	1
1 Problemstellung	1
2 Zielsetzung.....	2
3 Abgrenzung des Themas.....	2
4 Vorgehen.....	2
B Rechtliche Grundlagen und Begriffe	4
1 Gemeinschaftliche Lasten und Kosten (Art. 712h ZGB).....	4
1.1 Begriff	4
1.2 Schuldner der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten	5
1.2.1 Im Innenverhältnis	5
1.2.2 Im Aussenverhältnis	6
1.3 Beitragsforderung.....	7
1.3.1 Rechtsnatur und Entstehung	7
1.3.2 Kosten- und Lastenverteilung.....	8
2 Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB)	9
2.1 Begriff und Rechtsnatur	9
2.2 Wirkung des Gemeinschaftspfandrechts.....	10
2.2.1 Im Innenverhältnis	10
2.2.2 Im Aussenverhältnis	11
2.3 Pfandrechtsbegründung.....	11
2.3.1 Grundbuchanmeldung	11
2.3.1.1 Frist.....	11
2.3.1.2 Anmeldeberechtigung.....	12
2.3.1.3 Rechtsgrundaussweis nach Art. 76 GBV.....	13
2.3.2 Materielle Voraussetzungen der Grundbucheintragung	14
2.3.3 Wirkung des Grundbucheintrags	15
2.3.4 Eintragung bei Uneinigkeit.....	15
2.3.4.1 Provisorische Eintragung.....	15
2.3.4.2 Legitimation	16
2.3.4.3 Frist.....	16

2.3.4.4	Urteilswirkung	16
2.4	Untergang der Gemeinschaftspfandrechts	17
2.4.1	Grundsatz.....	17
2.4.2	Weitere Untergangsgründe	17
2.5	Wirkung des Gemeinschaftspfandrechts	18
3	Retentionsrecht (Art. 712k ZGB)	18
3.1	Begriff und Rechtsnatur	19
3.2	Gegenstand des Retentionsrechts	20
3.3	Wirkung des Retentionsrechts.....	20
3.3.1	Innenwirkung.....	20
3.3.2	Aussenwirkung	21
3.4	Verhältnis zum Mietrecht.....	21
3.5	Verhältnis zum Gemeinschaftspfandrecht	22
3.6	Begründung des Retentionsrechts	23
3.6.1	Gesetzlichen Grundlagen.....	23
3.6.2	Begründungsvorgang.....	24
3.6.3	Berechtigte.....	24
3.6.4	Sicherung einer Forderung	25
3.7	Schutz des Retentionsrechts	25
3.7.1	Rückbehaltungsrecht	26
3.7.2	Rückschaffungsrecht	27
3.8	Untergang des Retentionsrechts	28
3.8.1	Untergang gegenüber einer bestimmten Sache	28
3.8.2	Untergang im Verhältnis zu einer bestimmten Beitragsforderung	29
3.9	Pfandverwertung	29
4	Hypothese	30
C	Empirische Untersuchung.....	32
1	Grundgesamtheit.....	32
2	Methodik.....	33
2.1	Auswahl der Empfänger der Umfrage	33
2.2	Wahl der Umfrageart.....	33
3	Untersuchung	34
3.1	Umfrage Liegenschaftsverwaltungen.....	35

3.2	Umfrage Rechtsanwälte	36
3.3	Umfrage Gerichte	36
4	Ergebnisse	37
4.1	Rücklaufquote	37
4.2	Auswertung	38
4.2.1	Erneuerungsfonds	38
4.2.2	Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB)	39
4.2.2.1	Geltendmachung	39
4.2.2.2	Ausstehende Beiträge	39
4.2.2.3	Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts	40
4.2.2.4	Erfolgsaussichten	41
4.2.2.5	Schwachstellen / Verbesserungspotential	41
4.2.3	Retentionsrecht (Art. 712k ZGB)	42
5	Zusammenfassung	43
D	Schlussbetrachtung	44
1	Fazit	44
2	Diskussion	44
3	Ausblick	45
	Literaturverzeichnis	46
	Anhang 1: Fragebogen Liegenschaftsverwaltungen	48
	Anhang 2: Fragebogen Rechtsanwälte	50
	Anhang 3: Fragebogen Gerichte	52

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
Abs.	Absatz
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SR	Systematische Rechtsammlung (des Bundesrechts)
Univ.	Universität
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zugl.	zugelassen

Executive Summary

Zur Begleichung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten haben die Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712h des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10.12.1907, SR 210, eine Beitragspflicht nach Massgabe ihrer Wertquoten. Die Beitragspflicht ist realobligatorischer Natur. Schuldner ist somit der jeweilig im Grundbuch eingetragene Stockwerkeigentümer. Gläubigerin ist die Stockwerkeigentümergeinschaft. Kommt ein Stockwerkeigentümer seiner Beitragspflicht nicht nach, stehen der Stockwerkeigentümergeinschaft zwei gesetzliche Sicherungsinstrumente zur Verfügung: Das Gemeinschaftspfandrecht nach Art. 712i ZGB und das Retentionsrecht nach Art. 712k ZGB.

Mit dem Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) kann die Stockwerkeigentümergeinschaft für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen ein Pfandrecht am Anteil des säumigen Stockwerkeigentümers errichten. Mit Art. 712k ZGB steht der Stockwerkeigentümergeinschaft hingegen ein Retentionsrechts analog jenem des Vermieters zu, welches sich auf die beweglichen Sachen erstreckt, die sich innerhalb den Räumen eines Stockwerkeigentümers befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Die Stockwerkeigentümergeinschaft scheint damit gegenüber einem Stockwerkeigentümer, welcher seiner Beitragspflicht nicht nachkommt, gesetzlich ausreichend geschützt zu sein.

Nach einer intensiven Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Bestimmungen sowie der Auswertung der durchgeführten Umfrage, kann jedoch festgehalten werden, dass die beiden Sicherungsinstrumente in der Praxis ihrem Schutzzweck nicht vollumfänglich gerecht werden. Das Retentionsrecht dient lediglich als Druckmittel, da in den meisten Stockwerkeinheiten sich weder pfänd- noch verwertbare Gegenstände befinden. Zudem ist seine Anwendbarkeit aufgrund des Mietrechts stark eingeschränkt. Das Retentionsrecht sollte durch ein neues Sicherungsinstrument ersetzt werden.

Das Gemeinschaftspfandrecht wird demgegenüber aus rechtlicher Sicht seinem Schutzzweck gerecht, führt jedoch mangels seines Rangprivilegs oft zu Pfandausfällen. Dies ist im Ergebnis jedoch primär nicht auf eine ungenügende gesetzliche Grundlage zurückzuführen, sondern widerspiegelt die heutige Überschuldung der Gesellschaft.

Der Schutz der Stockwerkeigentümergeinschaft ist somit durch die beiden Sicherungsinstrumente nicht vollumfänglich gewährleistet, sondern hängt im Einzelfall von weiteren Umständen ab.

A Einleitung

Das Institut des Stockwerkeigentums wurde in der Schweiz mit der Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 19. Dezember 1963 als vereinfachte Form des Eigentumserwerbs auf eidgenössischer Ebene eingeführt. Ziel war es, dem wachsenden Wunsch nach Wohneigentum Nachachtung zu verschaffen und die Wohneigentumsquote zu erhöhen. Dies hat insofern gut funktioniert, als dass die Wohneigentumsquote seit 1970 kontinuierlich zugenommen hat, was insbesondere der raschen Zunahme des Stockwerkeigentums zu verdanken ist.¹

Die Zunahme des Stockwerkeigentums in der Schweiz sowie dessen anstehendes 50-jähriges Jubiläum am 1. Januar 2015 sind Grund genug Bilanz zu ziehen und zu untersuchen, ob das Gemeinschaftspfandrecht nach Art. 712i ZGB und das Retentionsrecht nach Art. 712k ZGB ihrem Sicherungszweck gerecht werden oder ob allenfalls Korrekturmassnahmen anstehen.

1 Problemstellung

Das Stockwerkeigentum ist gesetzlich in Art. 712a ff. ZGB verankert. Gemäss Legaldefinition von Art. 712a ZGB handelt es sich dabei um einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, welcher dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Es handelt sich somit um ein besonders ausgestaltetes Miteigentum, bei welchem die Befugnisse des einzelnen Stockwerkeigentümers sowie gemeinschaftliche Elemente vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegeben werden.²

Die Komplexität der rechtlichen Definition widerspiegelt die tatsächlichen Verhältnisse des Stockwerkeigentums wieder. Zwar handelt es sich in der Regel um eine Parzelle und eine Überbauung, doch treffen dort mehrere Eigentümer und damit verschiedene Charaktere mit unterschiedlichen Wertvorstellungen aufeinander. Dass es innerhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft zu Auseinandersetzungen kommt, ist somit nachvollziehbar und menschlich. Doch was geschieht, wenn die bestehenden Probleme nicht zwischenmenschlicher sondern rechtlicher Natur sind? Ist der einzelne Stockwerkeigentümer ausreichend geschützt? Dieser Thematik nehmen sich unter anderem die nachfol-

¹ Die Wohneigentumsquote in der Schweiz ist mit 37.2% im internationalen Vergleich dennoch relativ gering. Im Vergleich zu Europa ist sie sogar am tiefsten. Vgl. Bundesamt für Wohnungswesen: <http://www.bwo.admin.ch/dokumentation/00101/00105/index.html?lang=de> [abgerufen am 14.08.2014]

² vgl. Wermelinger 2014, S. 8

genden Seiten an. Es soll herausgefunden werden, ob ein einzelner Stockwerkeigentümer durch die beiden Sicherungsinstrumente des Pfandrechts (Art. 712i ZGB) und des Retentionsrechts (Art. 712k ZGB) in finanzieller Sicht nicht nur rechtlich sondern auch tatsächlich ausreichend geschützt ist.

2 Zielsetzung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, darzulegen, wie das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) als Sicherungsinstrumente der Stockwerkeigentümergeinschaft in der Praxis funktionieren und ob sie ihrem Schutzzweck gerecht werden. Es soll aufgezeigt werden, wo die Schwachstellen in deren Anwendung resp. Durchsetzbarkeit liegen und in welchen Bereichen allenfalls Handlungsbedarf besteht, so dass die Stockwerkeigentümergeinschaft – und damit jeder einzelne Stockwerkeigentümer – ausreichend geschützt ist.

3 Abgrenzung des Themas

Die Untersuchung bezieht sich einzig auf das Institut des Stockwerkeigentums, andere Eigentumsformen werden nicht berücksichtigt. Es wird nicht unterschieden, ob es sich um Alt- oder Neubauten handelt, ebenso gibt es keine Anforderungen bezüglich der Mindest- resp. Maximalanzahl an Stockwerkeinheiten. Es werden sämtliche Stockwerkeigentumsliegenschaften der Schweiz berücksichtigt.

Im Weiterem untersucht die vorliegende Arbeit lediglich den rechtlichen und tatsächlichen Schutz, welchen das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) der Stockwerkeigentümergeinschaft bieten. Auf weitere Möglichkeiten bestehende Forderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber einem Stockwerkeigentümer geltend zu machen – wie beispielsweise mittels Betreibungsverfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11.4.1889, SR 281.1 – wird nicht eingegangen.

4 Vorgehen

In einem ersten Schritt wird anhand der gesetzlichen Grundlagen erklärt, wie das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) aus rechtstheoretischer Sicht funktionieren. Da mit den beiden Sicherungsinstrumenten stets eine gültig zustande gekommene Beitragsforderung der Stockwerkeigentümergeinschaft gesichert werden soll, wird zusätzlich die entsprechende Bestimmungen von Art. 712h ZGB erläutert, welche sich auf deren Zustandekommen bezieht.

In einem zweiten Schritt wird anhand einer Umfrage geprüft, ob die beiden Sicherungsinstrumente ihrem Schutzzweck in der Praxis gerecht werden. Dies erfolgt mittels einer schriftlichen Umfrage, welche ausgewählten Liegenschaftsverwaltungen, Rechtsanwälten und erstinstanzlichen Gerichten zugestellt wurde.

In einem dritten und letzten Schritt werden die jeweiligen Ergebnisse der Umfrage ausgewertet und diskutiert. Die Praxistauglichkeit der beiden Sicherungsinstrumente soll aufgezeigt und analysiert sowie mögliche Lösungen diskutiert werden.

B Rechtliche Grundlagen und Begriffe

Das Stockwerkeigentum auferlegt den einzelnen Stockwerkeigentümern verschiedene Pflichten, welche entweder im Gesetz oder in der Gemeinschaftsordnung verankert sind. Die wichtigste finanzielle Pflicht der Stockwerkeigentümer ist in Art. 712h ZGB geregelt. Diese besteht in der Leistung eines Beitrages nach Massgabe ihrer Wertquoten an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung. Art. 712h ZGB räumt damit der Stockwerkeigentümergeinschaft eine gesetzliche Beitragsforderung für die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten ein.³ Um die Stockwerkeigentümergeinschaft und damit indirekt auch ihre Gläubiger zusätzlich zu schützen, wurden mit Art. 712i ZGB das Gemeinschaftspfandrecht und Art. 712k ZGB das Retentionsrecht als gesetzliche Sicherungsinstrumente eingeführt. Diese werden nachfolgend zusammen mit Art. 712h ZGB eingehend erläutert sowie deren Funktionsweise aufgezeigt.

1 Gemeinschaftliche Lasten und Kosten (Art. 712h ZGB)

1.1 Begriff

Die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten im Sinne von Art. 712h ZGB sind finanzielle Aufwendungen, welche von den gemeinschaftlichen Teilen des Stockwerkeigentums und deren Verwaltung verursacht werden. Als Kosten werden in der Regel jene Aufwendungen bezeichnet, welche infolge der Verwaltung des Grundstücks entstehen, als Lasten solche, die durch das Eigentum an einem Grundstück verursacht werden.⁴ Gemäss Art. 712h Abs. 2 ZGB sind solche Kosten und Lasten namentlich:

1. *„die Auslagen für den laufenden Unterhalt, für Reparaturen und Erneuerungen der gemeinschaftlichen Teile des Grundstückes und Gebäudes sowie der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen;*
2. *die Kosten der Verwaltungstätigkeit einschliesslich der Entschädigung des Verwalters;*
3. *die den Stockwerkeigentümern insgesamt auferlegten öffentlich-rechtlichen Beiträge und Steuern;*

³ vgl. Peter-Ruetschi 1987, S. 34

⁴ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 127

4. *die Zins- und Amortisationszahlungen an Pfandgläubiger, denen die Liegenschaft haftet oder denen sich die Stockwerkeigentümer solidarisch verpflichtet haben.*⁵

Die Aufzählung ist exemplarisch und als Minimalliste zu verstehen. Weitere gemeinschaftliche Kosten und Lasten sind unter anderem der Baurechtszins und die Haftpflicht der Stockwerkeigentümergeinschaft sowie die Betriebskosten gemeinschaftlicher Teile.⁶

1.2 Schuldner der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten

Gemäss Art. 712l ZGB kann die Stockwerkeigentümergeinschaft sowohl Rechte und Pflichten erwerben als auch Klägerin oder Beklagte in einem gerichtlichen Verfahren sein.⁷ Diese gesetzlich eingeräumte Rechts- und Handlungsfähigkeit macht die Stockwerkeigentümergeinschaft jedoch noch nicht zu einer juristischen Person.⁸ Die Handlungsfähigkeit besteht lediglich im Zusammenhang mit der gemeinschaftlichen Verwaltung des Stockwerkeigentums.⁹ Nachfolgend soll somit dargelegt werden, wer Schuldner der gemeinschaftlichen Kosten im Sinne von Art. 712i ZGB ist. Dabei wird davon ausgegangen, dass es sich um eine bestehende und juristisch korrekt eingegangene gemeinschaftliche Schuld handelt, deren Bestehen nicht bestritten wird.

1.2.1 Im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis werden die Kosten und Lasten der Stockwerkeigentümergeinschaft nach Massgabe der Wertquoten oder einer anders lautenden Vereinbarung vollständig auf die Stockwerkeigentümer übertragen.

Der Grund liegt darin, dass die Pflicht eines Stockwerkeigentümers, an die gemeinsamen Kosten und Lasten im Sinne von Art. 712h ZGB einen Beitrag zu leisten, subjektiv-dinglich mit dem Stockwerkeigentumsanteil verbunden ist und damit eine gesetzliche Realobligation darstellt. Der im Grundbuch eingetragene Stockwerkeigentümer wird damit aufgrund seiner dinglichen Berechtigung am Grundstück zum Schuldner der Beitragsforderung.¹⁰ Die Stockwerkeigentümergeinschaft selbst verfügt lediglich über eine Bezahlungs-, Buchführungs- und Verteilungspflicht. Dies führt dazu, dass an der Stockwerkeigentümergeinschaft als solche keinerlei gemeinsamen Kosten oder

⁵ Art. 712h Abs. 2 ZGB

⁶ vgl. Wermelinger 2014, S. 357-358

⁷ vgl. Müller 1975, S. 37

⁸ vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4.9.2007 (6B_355/2007), E. 3.3

⁹ vgl. Tuor u. a. 2009, S. 958

¹⁰ vgl. BGE 119 II 404, E. 4

Lasten hängen bleiben. Sämtliche Kosten und Lasten werden im Innenverhältnis auf die einzelnen Stockwerkeigentümer übertragen.

Inwieweit der einzelne Stockwerkeigentümer jedoch seinerseits die Kosten wiederum auf einen allfälligen Mieter oder eine dienstbarkeitsberechtigte Person etc. überwälzen kann, ist eine Frage des internen Rechtsverhältnisses und wird hier nicht näher behandelt.

1.2.2 Im Aussenverhältnis

Im Aussenverhältnis sind Schulden, welche im Zusammenhang mit der Verwaltung der gemeinschaftlichen Teile entstanden sind, unmittelbar und ausschliesslich von der Stockwerkeigentümergeinschaft zu tragen.¹¹ Die Stockwerkeigentümer haften von Gesetzes wegen weder subsidiär noch solidarisch¹² für die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten. Das Haftungssubstrat bildet das Verwaltungsvermögen der Stockwerkeigentümergeinschaft und damit die Gesamtheit der einzelnen Beitragsforderungen im Sinne von Art. 712h ZGB der Stockwerkeigentümer.¹³

Ein Gläubiger muss somit immer gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft als solche und nicht gegen die einzelnen Stockwerkeigentümer klagen. Er kann hingegen in einem gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft angestrebten Pfändungsverfahren deren Forderungen gegenüber den einzelnen Stockwerkeigentümern pfänden lassen.¹⁴ Gemeint sind damit die Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber den einzelnen Stockwerkeigentümern für die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten, welche durch das gesetzliche Grundpfandrecht gemäss Art. 712i ZGB gesichert sind.

Die alleinige und ausschliessliche Haftung der Stockwerkeigentümergeinschaft im Aussenverhältnis benachteiligt somit einen Gläubiger nicht, denn es besteht eine indirekte Haftung der einzelnen Stockwerkeigentümer und damit eine mittelbare vermögensrechtliche Verantwortung gegenüber diesem.¹⁵

¹¹ vgl. BGE 119 II 404, E. 6

¹² Vorbehalten bleiben anderslautende vertragliche Vereinbarungen, auf welche hier nicht näher eingegangen wird. Zum Ausschluss der solidarischen und subsidiären Haftung siehe Wermelinger 2014, S. 361-362

¹³ vgl. Wermelinger 2014, S. 361

¹⁴ vgl. BGE 119 II 404, E. 6

¹⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 361

1.3 Beitragsforderung

Zur Beleichung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten muss die Stockwerkeigentümergeinschaft auf Beiträge der Stockwerkeigentümer zurückgreifen können. Zwar enthält Art. 712h ZGB keine Regelung, welcher Art diese Beiträge sind, doch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass zwischen Deckungsbeiträgen und Vorschussleistungen¹⁶ unterschieden werden kann.¹⁷

Eine Forderung eines Dritten gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft führt somit zu einer Forderung derselben gegenüber den jeweiligen Stockwerkeigentümern, sofern die Gemeinschaft diese nicht aus liquiden Mitteln begleichen kann.¹⁸

1.3.1 Rechtsnatur und Entstehung

Wie vorangehend bereits erläutert ist Beitragspflicht der Stockwerkeigentümer subjektiv-dinglich mit dem Stockwerkeigentumsanteil verbunden und stellt somit eine gesetzliche Realobligation dar.¹⁹ Als gesetzliche Realobligation bedarf es für deren Entstehung keiner entsprechenden Vereinbarung zwischen der Stockwerkeigentümergeinschaft und den Stockwerkeigentümern. Es genügt, dass die Forderung im Rahmen von Art. 712h Abs. 2 ZGB entstanden und rechtmässig eingegangen worden ist.²⁰

Der Schuldner ist somit durch die Eintragung im Grundbuch bezeichnet. Dies kann dazu führen, dass der gegenwärtige Stockwerkeigentümer eine Beitragsforderung selbst dann zu begleichen hat, wenn er seinen Stockwerkanteil beim entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung noch gar nicht erworben hatte. Entscheidend ist somit weder der Zeitpunkt des Ausgabenbeschlusses noch jener der Rechnungsstellung sondern vielmehr der Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung. Forderungen, welche vor einer Eigentumsübertragung entstanden sind, müssen demzufolge auch nach einem Verkauf vom Veräusserer beglichen werden. Forderungen, welche nach einem Verkauf entstanden sind, gehen zu Lasten des Erwerbers.

Diese Haftungsordnung ist für einen Erwerber nicht unproblematisch, denn obwohl der Veräusserer zwar Schuldner der Forderungen bleibt, welche vor dem Verkauf begründet worden sind, haftet dennoch der Stockwerkanteil im Sinne von Art. 712i ZGB mit ei-

¹⁶ Gesetzlich sind die Stockwerkeigentümer nicht dazu verpflichtet, Kostenvorschüsse zu leisten. Eine solche Pflicht kann jedoch im Einzelfall mittels eines Versammlungsbeschlusses oder generell durch eine Bestimmung im Reglement begründet werden (z. B. Zahlungen an den Erneuerungsfonds). Damit können laufende Ausgaben gedeckt und gegebenenfalls auch Rückstellungen gebildet werden. Vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 129

¹⁷ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 128

¹⁸ vgl. Büchler/Jakob 2012, S. 1782

¹⁹ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 128

²⁰ vgl. Wermelinger 2014, S. 362

nem unmittelbaren gesetzlichen Pfandrecht. Für einen Erwerber besteht somit das Risiko, dass der erworbene Stockwerkanteil für eine Schuld des Veräusserers grundpfandrechtlich belastet wird.

Die Beitragsforderung kann gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB nur im Zusammenhang mit Kosten und Lasten bezüglich der gemeinschaftlichen Teile des Stockwerkeigentums entstehen. Darüber hinaus muss diese im Einklang mit den gesetzlichen und reglementarischen Voraussetzungen eingegangen worden und fällig sein. Gesichert sind die Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft sodann durch das Grundpfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB), womit sie über einen gesetzlichen Schutz verfügen.²¹ Auf die beiden Sicherungsinstrumente wird später eingegangen.

1.3.2 Kosten- und Lastenverteilung

Die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten sind von den Stockwerkeigentümern grundsätzlich entsprechend ihrer Wertquote zu tragen.²² Damit führt Art. 712h Abs. 1 ZGB einen relativen Gleichbehandlungsgrundsatz ein, dessen Kriterium die Wertquote bildet.²³ Dieser Grundsatz der Kosten- und Lastenverteilung kann in gewissen Fällen jedoch zu stossenden Ergebnissen führen, weshalb es gesetzliche Ausnahmen gibt. So ist beispielsweise bei der Kostenverteilung die Schutzbestimmung von Art. 712h Abs. 3 ZGB zu beachten. Danach gilt es zu berücksichtigen, wenn bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Die Berechnung erfolgt sodann nicht nach Massgabe der Wertquote sondern ist entsprechend der Benutzung abzustufen.²⁴ Aufgrund der zwingenden Natur dieses Grundsatzes kann davon nicht abgewichen werden.²⁵

Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann bei Bedarf auch fallweise vom Verteilungsgrundsatz nach Massgabe der Wertquoten abweichen, indem sie mittels einfachem Mehr an der Stockwerkeigentümerversammlung einen anderen Verteilschlüssel bestimmt. Soll hingegen ein neuer Verteilschlüssel fest im Reglement aufgenommen werden, bedarf es gemäss Art. 712g Abs. 3 ZGB einem qualifizierten Mehr.²⁶ Dies bedeutet, dass die zustimmende Mehrheit der Stockwerkeigentümer auch über mehr als die Hälfte am Stockwerkeigentum berechtigt sein muss. Es sei hier jedoch darauf hingewie-

²¹ vgl. Tuor u.a. 2009, S. 959

²² vgl. Müller 1975, S. 65

²³ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 136

²⁴ vgl. Peter-Ruetschi 1987, S. 35

²⁵ vgl. BGE 112 II 312, E. 3.a

²⁶ Für Beispiele weiterer Verteilschlüssel und deren Verteilkriterien: Vgl. Wermelinger 2014, S. 368-371

sen, dass einer vom Grundsatz nach Art. 712h Abs. 1 ZGB abweichender Verteilschlüssel nur intern Anwendung findet und keinem Gläubiger der Stockwerkeigentümergeinschaft entgegengehalten werden kann.²⁷

Die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten sowie deren Aufteilung auf die einzelnen Stockwerkeigentümer sind Bestandteil der jährlichen Abrechnung, welche von der Stockwerkeigentümerversammlung gemäss Art. 712m Abs. 1 Ziff. 4 ZGB genehmigt werden muss. Nachfolgend wird stets davon ausgegangen, dass eine solche Genehmigung der Stockwerkeigentümergeinschaft vorliegt und von keinem Schuldner bestritten wird.

2 Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB)

Nachdem nun die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten im Sinne von Art. 712h ZGB erläutert wurden, soll nachfolgend auf die beiden Sicherungsinstrumente der Stockwerkeigentümergeinschaft eingegangen werden. Begonnen wird mit dem Gemeinschaftspfandrecht im Sinne von Art. 712i ZGB, wonach der Gemeinschaft für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen einen Anspruch gegenüber jedem jeweiligen Stockwerkeigentümer auf Errichtung eines Pfandrechts an dessen Anteil zusteht (Art. 712i Abs. 1 ZGB). Die Eintragung kann sowohl vom Verwalter als auch durch einen ermächtigten Stockwerkeigentümer sowie vom Gläubiger, für welchen die Beitragsforderung gepfändet ist, verlangt werden (Art. 712i Abs. 2 ZGB). Die Eintragung ermöglicht die Verwertung der Stockwerkeinheit, mit dem Ziel die offene Beitragsforderung zu decken.²⁸

2.1 Begriff und Rechtsnatur

Das Gemeinschaftspfandrecht ist ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht, welches zugunsten der Stockwerkeigentümergeinschaft und zulasten eines Stockwerkanteils besteht, dessen aktueller oder früherer Eigentümer sich mit der Beitragszahlung an die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten im Sinne von Art. 712h ZGB der letzten drei Jahre in Verzug befindet.²⁹ Damit dient es der Sicherung sowohl von Deckungsbeiträgen als auch von Vorschüssen und damit von Beiträgen an den Erneuerungsfonds.³⁰ Als mittelbares gesetzliches Pfandrecht reicht für dessen Begründung ein Zahlungsverzug

²⁷ vgl. BGE 111 II 31, E. 4.c

²⁸ vgl. Birrer 2013, S. 185

²⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 386

³⁰ vgl. Büchler/Jakob 2012, S. 1784

als solcher allein nicht aus, sondern bedarf der Anmeldung und Eintragung im Grundbuch.³¹

Das Pfandrecht wird gemäss Art. 712i Abs. 1 ZGB am Stockwerkanteil des gegenwärtigen Stockwerkeigentümers errichtet. Wie bereits erwähnt handelt es sich dabei um eine Realobligation, womit das Pfandrecht selbst dann errichtet werden kann, wenn der Beitragsschuldner seinen Stockwerkanteil zwischenzeitlich veräussert hat.³²

Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann im Voraus – selbst mittels einstimmiger und öffentlich beurkundeter Vereinbarung – nicht auf das Gemeinschaftspfandrecht verzichten, denn dieses dient nicht nur der Sicherung der Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft, sondern wie bereits erwähnt im Falle von deren Insolvenz zur Sicherung der Forderungen der Gläubiger.³³ Kommt die Stockwerkeigentümergeinschaft ihren Verpflichtungen hingegen nach, so kann diese fallweise auf die Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts im Grundbuch verzichten.³⁴

2.2 Wirkung des Gemeinschaftspfandrechts

2.2.1 Im Innenverhältnis

Das Gemeinschaftspfandrecht sichert die Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber den Stockwerkeigentümern. Dieser erhöhte Schutzbedarf besteht, weil der Gesetzgeber es abgelehnt hat, die Stockwerkeigentümer solidarisch neben der Stockwerkeigentümergeinschaft für die Beitragsforderungen haften zu lassen.³⁵ Da die Beitragsforderungen gegenüber den Stockwerkeigentümern die Hauptfinanzierungsquelle darstellt, kann ein säumiger Stockwerkeigentümer die Stockwerkeigentümergeinschaft durch sein Verhalten erheblich schädigen. Der Stockwerkeigentümergeinschaft wird daher vom Gesetzgeber mit Art. 712i ZGB ein wirksames Zwangsmittel zur Verfügung gestellt, um dies zu verhindern.³⁶

³¹ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 131

³² Da die Schuld des Veräusserers bei einem Verkauf des Stockwerkanteils nicht auf den Käufer übergeht, hat die Eintragung des Pfandrechts zur Folge, dass die Eigenschaft des belasteten Eigentümers und jene des Schuldners nicht mehr zusammenfallen. Das Pfandrecht wird damit zu einem sogenannten Dritteigentümerpfandrecht. Vgl. Honsell/Vogt/Geiser 2011, S. 1294

³³ vgl. S. 6, Ziff. 1.2.2

³⁴ vgl. Wermelinger 2014, S. 387

³⁵ vgl. BGE 119 II 404, E.6.

³⁶ vgl. Honsell/Vogt/Geiser 2011, S. 1293

2.2.2 Im Aussenverhältnis

Wie bereits erläutert ist im Aussenverhältnis einzig die Stockwerkeigentümergeinschaft mit ihrem Verwaltungsvermögen für die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten haftbar.³⁷ Kommt die Stockwerkeigentümergeinschaft ihren Verpflichtungen nicht nach, so steht es einem Gläubiger offen, ein Betreibungsverfahren einzuleiten und die Forderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft zu pfänden. Ebenso können sie die Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts im Grundbuch beantragen.³⁸ Das Pfandrecht dient somit im Aussenverhältnis dem Schutz der Gläubiger der Gemeinschaft, indem es der Sicherung des Haftungssubstrats dient.³⁹

2.3 Pfandrechtsbegründung

Die Begründung des Gemeinschaftspfandrechts folgt den allgemeinen Bestimmungen über die Errichtung eines dinglichen Rechts und bedarf daher einer Eintragung im Grundbuch.⁴⁰ Diese setzt eine Anmeldung mit einem Rechtsgrund sowie einen Erwerbsakt voraus, welcher sich wiederum in die Grundbuchanmeldung sowie den Grundbucheintrag unterteilt.⁴¹ Diese Voraussetzungen werden nachfolgend näher erläutert.

2.3.1 Grundbuchanmeldung

2.3.1.1 Frist

Das Gemeinschaftspfandrecht kann für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen angemeldet werden (Art. 712i Abs. 1 ZGB). Mit Beitragsforderungen der *letzten drei Jahre* sind jene der letzten drei abgelaufenen Rechnungsjahre gemeint. Dies bedeutet, dass für die laufenden unbezahlten Beitragsforderungen das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden kann. Hingegen spielt es keine Rolle, ob es sich um Deckungsbeiträge, Vorschussleistungen oder Beiträge an den Erneuerungsfonds handelt.⁴² Mit dieser zeitlichen Voraussetzung wird einerseits die Stockwerkeigentümergeinschaft gezwungen, die Beitragsforderungen regelmässig einzutreiben. Andererseits wird

³⁷ vgl. S. 6, Ziff. 1.2.2

³⁸ vgl. Wermelinger 2014, S. 388

³⁹ vgl. Honsell/Vogt/Geiser 2011, S. 1293

⁴⁰ vgl. BGE 123 III 53, E. 4b

⁴¹ vgl. Wermelinger 2014, S. 388

⁴² vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29.6.2007 (5A_102/2007), E. 2.1

gleichzeitig ein allfälliger Erwerber vor der Zwangsverwertung des Stockwerkanteils für ältere unbezahlte Schulden des Veräusserers geschützt.⁴³

2.3.1.2 Anmeldungsberechtigung

Gemäss Art. 712i Abs. 2 ZGB sind unter Einhaltung unterschiedlicher Voraussetzungen die Stockwerkeigentümergeinschaft, der Verwalter sowie der einzelne Stockwerkeigentümer als auch die Gläubiger zur Grundbuchanmeldung des Pfandrechts berechtigt.⁴⁴ Grundpfandgläubiger ist in der Regel die Stockwerkeigentümergeinschaft.⁴⁵

Der Stockwerkeigentümergeinschaft wird das Gemeinschaftspfandrecht von Gesetzes wegen eingeräumt (Art. 712i Abs. 1 ZGB). Damit ist sie Berechtigte dieses dinglichen Rechts und demnach auch zur Grundbuchanmeldung befugt. Sie hat die Eintragung zunächst mittels einfachem Mehr in der Stockwerkeigentümersammlung zu beschliessen (Art. 712i Abs. 2 ZGB) und kann sodann die Eintragung selbst vornehmen. Die Anmeldung kann dabei von allen Stockwerkeigentümern gemeinsam unterzeichnet oder an einen einzelnen Stockwerkeigentümer – den Verwalter oder einen Dritten – delegiert werden.⁴⁶

Der Verwalter kann die Grundbuchanmeldung gestützt auf Art. 712i Abs. 2 ZGB auch ohne Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vornehmen. Die gesetzliche Befugnis besteht nicht nur für die Grundbuchanmeldung selbst, sondern auch für ein allfällig nachfolgendes summarisches Gerichtsverfahren gemäss Art. 712t Abs. 2 ZGB. Die Stockwerkeigentümer können dem Verwalter die gesetzliche Befugnis entziehen, haben dies jedoch den Behörden mitzuteilen, da andernfalls von Dritten davon ausgegangen werden darf, dass der Verwalter über die im Gesetz verankerten Vertretungsbefugnisse verfügt.⁴⁷

Auch ein einzelner Stockwerkeigentümer kann die Eintragung des Grundpfandrechts anmelden. Hier gilt es jedoch zu beachten, dass die Befugnis des einzelnen Stockwerkeigentümers subsidiär zu jener des Verwalters ist. Wurde kein Verwalter bestellt, bedarf es der Ermächtigung durch die Stockwerkeigentümersammlung mittels einfachem Mehr⁴⁸ (Art. 712i Abs. 2 ZGB). Die Subsidiarität der Eintragungsbefugnis des einzel-

⁴³ vgl. Wermelinger 2014, S. 392

⁴⁴ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 131

⁴⁵ Hat die Stockwerkeigentümergeinschaft die Beitragsforderung mitsamt den Nebenrechten abgetreten, kann es ausnahmsweise auch vorkommen, dass ein Dritter als Grundpfandgläubiger im Grundbuch eingetragen wird. Vgl. Wermelinger 2014, S. 389

⁴⁶ vgl. Wermelinger 2014, S. 389

⁴⁷ vgl. Wermelinger 2014, S. 398-390

⁴⁸ Kommt kein Mehrheitsbeschluss der Stockwerkeigentümersammlung zustande, kann sich ein einzelner Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712i Abs. 2 ZGB vom Richter zur Grundbuchanmeldung er-

nen Stockwerkeigentümers gegenüber jener des Verwalters ist jedoch nicht absolut: Wurde dem Verwalter die Anmeldebefugnis nicht entzogen und weigert sich dieser zu Unrecht, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen, so kann das Grundpfandrecht von einem einzelnen Stockwerkeigentümer angemeldet werden.

Komplexer ist die Eintragungsbefugnis eines Gläubigers, denn ihm gegenüber ist einzig die Stockwerkeigentümergeinschaft Schuldnerin der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten. Sind jedoch folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt, so ist eine Grundbuchanmeldung durch einen Gläubiger dennoch zulässig:

- *„Der Gläubiger hat ein Betreibungsverfahren (auf Pfändung) gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft eingeleitet.*
- *Die verfügbaren Mittel der Stockwerkeigentümergeinschaft reichen für die Begleichung der Forderung nicht aus (Art. 93 ff. SchKG, insbesondere Art. 95).*
- *Die Stockwerkeigentümergeinschaft verfügt über unbezahlte Beitragsforderungen gegenüber einem oder mehreren Stockwerkeigentümemern.*
- *Die Forderungen der Gemeinschaft wurde dem pfändenden Gläubiger überwiesen bzw. abgetreten (Art. 131 SchKG).“⁴⁹*

Das Pfandrecht wird sodann zu seinen Gunsten eingetragen und kann die ihm abgetretene resp. überwiesene Beitragsforderung der Stockwerkeigentümergeinschaft geltend machen.⁵⁰

Mit dem Grundpfandrecht belastet wird zwingend der Stockwerkanteil des säumigen Stockwerkeigentümers. Das Grundpfandrecht kann weder an einem anderen Grundstück noch am Stammgrundstück eingetragen werden.

2.3.1.3 Rechtsgrundaussweis nach Art. 76 GBV

In Art. 76 der Grundbuchverordnung (GBV) vom 23.9.2011, SR 211.432.1, wird die Eintragung von gesetzlichen Grundpfandrechten ins Grundbuch geregelt. Gemäss Art. 76 Abs. 2 lit. d GBV ist als Rechtsgrundaussweis ein schriftlicher Nachweis erforderlich, dass der Stockwerkeigentümer die Schuld anerkennt oder die Eintragung bewilligt oder die Pfandsomme gerichtlich festgestellt ist. Diese Urkunden sind vorzubringen, ungeachtet davon, ob der Verwalter, ein einzelner Stockwerkeigentümer oder die Stock-

mächtigen lassen. Um ein solches Gerichtsverfahren zu vermeiden und Kosten einzusparen kann das Reglement jedoch auch vorsehen, dass jedem einzelnen Stockwerkeigentümer die subsidiäre Befugnis zusteht, sollte kein Mehrheitsbeschluss zustande kommen. Vgl. Wermelinger 2014, S. 390

⁴⁹ Wermelinger 2014, S. 391

⁵⁰ vgl. BGE 119 II 404, E. 6

werkeigentümergeinschaft die Anmeldung vornimmt. Wird die Anmeldung durch einen Gläubiger eingereicht, so hat dieser mittels Vorlegung der Pfändungsurkunde zusätzlich zu belegen, dass die Beitragsforderung vorgängig zu seinen Gunsten gepfändet wurde (Art. 112 Abs. 1 SchKG).⁵¹

2.3.2 Materielle Voraussetzungen der Grundbucheintragung

Wie bereits ausgeführt bedarf es für den Grundbucheintrag einer unbezahlten Beitragsforderung im Sinne von Art. 712i ZGB sowie entweder einer Schuldanerkennung durch den Schuldner selbst oder der Einwilligung des gegenwärtigen Stockwerkeigentümers in die Eintragung. Liegt weder eine Schuldanerkennung noch eine Einwilligung vor, bedarf es zur Eintragung einer richterlichen Ermächtigung.

Die unbezahlte Beitragsforderung hat unter Vorbehalt einer anderslautenden reglementarischen Bestimmung zum Zeitpunkt der Eintragung bereits fällig⁵² zu sein. Der Schuldner ist zudem vorgängig von der Stockwerkeigentümergeinschaft mittels einer Mahnung in Verzug zu setzen.

Der betroffene Stockwerkeigentümer kann sodann die unbezahlte Beitragsforderung entweder schriftlich anerkennen, was den Weg zu einer definitiven Eintragung im Grundbuch öffnet, oder in die Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts direkt einwilligen.⁵³ Die Einwilligung ist unabhängig davon möglich, ob er selbst oder der Veräusserer Schuldner der unbezahlten Forderung ist. Nach der Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts kann sich der Stockwerkeigentümer jedoch einer Zwangsverwertung nur noch durch Leistung einer Sicherheit oder durch Begleichung der Beitragsforderung entziehen. Eine Einwilligung insbesondere durch den Erwerber eines Stockwerkanteils will deshalb gründlich überlegt sein.⁵⁴

Anerkennt der Stockwerkeigentümer seine Schuld nicht oder willigt er in die Eintragung nicht ein, so bleibt der Stockwerkeigentümergeinschaft lediglich noch das gerichtliche Eintragsverfahren, in welchem der Richter die Eintragung anordnet.⁵⁵ Auf die Eintragung bei Uneinigkeit der Parteien wird jedoch später eingegangen.⁵⁶

⁵¹ vgl. Wermelinger 2014, S. 392

⁵² Handelt es sich bei der Beitragsforderung um einen Deckungsbeitrag, so hat die Schuld der Stockwerkeigentümergeinschaft ihrerseits bereits fällig zu sein. Handelt es sich um eine Beitragsforderung im Sinne einer Vorschussleistung, so muss deren Fälligkeit bestimmt werden. Vgl. Wermelinger 2014, S. 393

⁵³ vgl. Birrer 2013, S. 186-187

⁵⁴ vgl. Wermelinger 2014, S. 394

⁵⁵ vgl. Birrer 2013, S. 187

⁵⁶ vgl. S. 15 ff., Ziff. 2.3.4 ff.

2.3.3 Wirkung des Grundbucheintrags

Sind sich Schuldner und Gläubiger einig, kann das Gemeinschaftspfandrecht definitiv im Grundbuch eingetragen werden. Diese Eintragung entfaltet grundsätzlich konstitutive Wirkung, da es sich um ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht handelt.⁵⁷ Bei Uneinigkeit der Parteien kann lediglich eine provisorische Eintragung in Form einer Vormerkung gemäss Art. 961 Abs. 1 ZGB vorgenommen werden. Dies dient der Sicherung des behaupteten dinglichen Rechts und hat zur Folge, dass das Recht für den Fall seiner späteren Feststellung vom Zeitpunkt der Vormerkung an dinglich wirksam wird (Art. 961 Abs. 2 ZGB). In der Zwischenzeit kann es hingegen einem Dritten entgegen gehalten werden.⁵⁸

Eine definitive Eintragung kann auch durch Urteil angeordnet werden, wobei dieses im Sinne von Art. 656 Abs. 2 ZGB bereits eine konstitutive Wirkung entfaltet. Dem Grundbucheintrag selbst kommt lediglich noch deklaratorische Wirkung zu.⁵⁹

2.3.4 Eintragung bei Uneinigkeit

Anerkennt der Stockwerkeigentümer seine Schuld nicht oder liegt keine Einwilligung zur Eintragung vor, hat die Stockwerkeigentümergeinschaft die Beitragsforderung vom Richter mittels einem Urteil feststellen zu lassen, welches den Weg zur definitiven Eintragung öffnet. Eine definitive Eintragung ist ansonsten nicht möglich.⁶⁰

2.3.4.1 Provisorische Eintragung

In einem ersten Schritt hat die Stockwerkeigentümergeinschaft beim Richter die provisorische Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB und Art. 76 Abs. 3 GBV zur Sicherung des behaupteten dinglichen Rechts zu beantragen.⁶¹ Der Vorteil hierbei liegt unter anderem darin, dass es für die Eintragung keinem abschliessenden Beweis sondern lediglich einer Glaubhaftmachung der bestehenden Beitragsforderung bedarf (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Die vorläufige Eintragung erfolgt zudem im summarischen Verfahren, welches gemäss Art. 712t Abs. 2 ZGB vom Verwalter eingeleitet werden kann und ent-

⁵⁷ vgl. BGE 123 III 53, E. 4.b

⁵⁸ Die vorläufige Eintragung wird als Vormerkung eingetragen. Vgl. Wermelinger 2014, S. 395

⁵⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 396

⁶⁰ vgl. Wermelinger 2014, S. 398

⁶¹ Bei besonderer Dringlichkeit kann eine provisorische Eintragung auch als superprovisorische Massnahme angeordnet werden. Für weitergehende Ausführungen: Vgl. Wermelinger 2014, S. 400

gegen dem Verfahren um definitive Eintragung keinem Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft bedarf.⁶²

Der Richter legt die Dauer der vorläufigen Eintragung in einem Entscheid fest und setzt der Stockwerkeigentümergeinschaft gleichzeitig Frist, innert welcher diese die definitive Eintragung des Pfandrechts zu betragen hat.⁶³

2.3.4.2 Legitimation

Die Klage auf definitive Eintragung erfolgt im ordentlichen Zivilverfahren und kann von der Stockwerkeigentümergeinschaft oder deren Vertreter eingeleitet werden. Der Verwalter benötigt hierfür im Gegensatz zum summarischen Verfahren eine Ermächtigung der Stockwerkeigentümersammlung (Art. 712t Abs.2 ZGB).

Passivlegitimiert ist der Stockwerkeigentümer, dessen Stockwerkeigentum belastet werden soll. Dies gilt selbst wenn er nicht Schuldner der unbezahlten Beitragsforderung ist. Er haftet persönlich und kann eine Belastung nur dadurch abwenden, indem er die Beitragsforderungen des Veräusserers bezahlt oder eine hinreichende Sicherheit im Sinne einer Bank- oder Versicherungsgarantie entsprechend Art. 839 Abs. 3 ZGB leistet.⁶⁴

Befindet sich der zu belastende Stockwerkanteil in gemeinschaftlichem Eigentum, hat die Klage gegen alle betroffenen Eigentümer als notwendige Streitgenossen gerichtet zu sein.⁶⁵

2.3.4.3 Frist

Gemäss Art. 712i Abs. 1 ZGB kann die Stockwerkeigentümergeinschaft mit dem Gemeinschaftspfandrecht die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen sicherstellen. Es sei hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen.⁶⁶

2.3.4.4 Urteilswirkung

Sowohl dem Urteil über die Vormerkung der vorläufigen Eintragung als auch jenem über die definitive Eintragung kommt konstitutive Wirkung zu. Es bleibt jedoch zu bemerken, dass eine vorläufige Eintragung keine materielle Wirkung im eigentlichen Sinne entfaltet, sondern nur im Hinblick auf eine definitive Eintragung erfolgt. Wird die

⁶² vgl. Wermelinger 2014, S. 399

⁶³ vgl. Wermelinger 2014, S. 399

⁶⁴ vgl. Müller 1973, S. 46

⁶⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 401

⁶⁶ vgl. S. 11 f., Ziff. 2.3.1.1

definitive Eintragung sodann vorgenommen, trägt sie das Datum der vorläufigen Eintragung.⁶⁷

2.4 Untergang der Gemeinschaftspfandrechts

2.4.1 Grundsatz

Grundsätzlich geht das eingetragene Gemeinschaftspfandrecht mit der Löschung des Grundbucheintrages unter. Diese kann unter folgenden Umständen vom belasteten Stockwerkeigentümer resp. der Stockwerkeigentümergeinschaft angemeldet werden:

- Ausreichende Sicherheitsleistung durch belasteten Stockwerkeigentümer oder einem Dritten.
- Einseitiger Verzicht der Stockwerkeigentümergeinschaft.
- Untergang der unbezahlten Beitragsforderung.
- Zwangsversteigerung des belasteten Stockwerkeigentümeranteils.⁶⁸
- Vereinbarung betreffend Löschung des Pfandrechts zwischen dem Stockwerkeigentümer und der Stockwerkeigentümergeinschaft.
- Untergang des Stockwerkeigentums und damit der Stockwerkeigentümergeinschaft.⁶⁹
- Aufhebung des belasteten Stockwerkanteils.⁷⁰

Die Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch entfaltet konstitutive bzw. aufhebende Wirkung und wird auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen, an welchem diese im Tagebuch vermerkt wurde.⁷¹

2.4.2 Weitere Untergangsgründe

Ein weiterer Untergangsgrund des eingetragenen Gemeinschaftspfandrechts ist gemäss Art. 801 Abs. 1 ZGB der vollständige Untergang des (Stamm-) Grundstückes. Hier geht das Grundpfandrecht mit dem Stockwerkeigentum automatisch vor der eigentlichen Löschung im Grundbuch unter. Der Löschung kommt sodann lediglich noch eine dekla-

⁶⁷ vgl. Wermelinger 2014, S. 405

⁶⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob die Beitragsforderung vollständig oder nur teilweise durch den Steigerungserlös gedeckt werden konnte. Das Pfandrecht hat mit der Verwertung des Pfandgegenstandes seinen Zweck erfüllt und erlischt. Vgl. BGE 106 II 183, E. 2

⁶⁹ Die Löschung des Stockwerkeigentums kann gemäss Art. 712f Abs. 2 ZGB auf Grund einer Aufhebungsvereinbarung verlangt werden. Vgl. hierzu Wermelinger 2014, S. 280-286

⁷⁰ Für weitergehende Ausführungen: Vgl. Wermelinger 2014, S. 266

⁷¹ vgl. Wermelinger 2014, S. 406

ratorische Bedeutung zu. Dasselbe gilt im Enteignungsfall: Das Gemeinschaftspfandrecht geht hier mit der Leistung der Enteignungsentschädigung unter.⁷²

Auf den Untergang von nicht eingetragenen Gemeinschaftspfandrechten wird hier nicht eingegangen.⁷³

2.5 Wirkung des Gemeinschaftspfandrechts

Das Gemeinschaftspfandrecht nimmt den Rang seines Errichtungsdatums ein und geht damit allen vorher errichteten Pfandrechten nach. Ebenso genießt es keinen Vorrang gegenüber allfälligen Bauhandwerkerpfandrechten.⁷⁴ Da es sich um eine Forderung handelt, für die ein Grundpfand eingetragen ist, unterliegt sie gemäss Art. 807 ZGB keiner Verjährung.

Das Gemeinschaftspfandrecht wird als Kapitalhypothek eingetragen, womit es den Betrag der unbezahlten Beitragsforderung sowie allfällige Verzugszinsen und Betreuungskosten abdeckt. Besitzt ein Stockwerkeigentümer mehrere Stockwerkanteile, so kann jeder Anteil nur für den ihn betreffenden Ausstand belastet werden. Das Gemeinschaftspfandrecht kann nicht im Sinne eines Gesamtpfandes nach Art. 798 Abs. 1 ZGB errichtet werden.⁷⁵

3 Retentionsrecht (Art. 712k ZGB)

Gemäss Art. 712k ZGB hat die Stockwerkeigentümergeinschaft für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen – also grundsätzlich für dieselben Forderungen wie beim Gemeinschaftspfandrecht – ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den Räumen des Stockwerkeigentümers befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.⁷⁶ Es handelt sich dabei um eine spezielle Form der Pfändung. Kommt der säumige Stockwerkeigentümer seiner Zahlungsverpflichtung im Sinne von Art. 712h ZGB nicht nach, werden die Gegenstände nach den Regeln des SchKG verwertet.⁷⁷

Dieses Retentionsrecht des Stockwerkeigentümers sollte jedoch gemäss Antrag des Bundesrates im Rahmen der letzten Teilrevision des SchKG entsprechend dem Retenti-

⁷² vgl. Wermelinger 2014, S. 407

⁷³ Zum Untergang des nicht eingetragenen Gemeinschaftspfandrechts siehe Wermelinger 2014, S. 407-408

⁷⁴ vgl. Wermelinger 2014, S. 408

⁷⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 409

⁷⁶ vgl. Rey/Maetzke 2009, S. 131

⁷⁷ vgl. Birrer 2013, S. 188

onsrechts des Vermieters von Wohnräumen abgeschafft werden.⁷⁸ Es wurde die Auffassung vertreten, dass es hierfür heute keine Rechtfertigung mehr gäbe. Befürworter der Beibehaltung des Retentionsrechts der Stockwerkeigentümergeinschaft argumentierten jedoch, dass ein Stockwerkeigentümer, der seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Kosten nicht bezahlt, nicht einfach aus der Stockwerkeigentümergeinschaft ausgeschlossen werden kann, sondern grundbuchrechtlich Stockwerkeigentümer bleibt, auch wenn er nicht bezahlt. Die Stockwerkeigentümergeinschaft könne sich mit dieser Bestimmung zumindest etwas zurückholen, was ansonsten verloren ginge. National- und Ständerat schlossen sich dieser Argumentation an, woraufhin das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft bestehen blieb.⁷⁹

3.1 Begriff und Rechtsnatur

Das Retentionsrecht ist eine gesetzliche Mobiliarhypothek und bezieht sich auf bestimmte beweglichen Sachen, die sich in der Stockwerkeinheit befinden. Es handelt sich dabei um eine unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung, für deren Begründung es weder eines Vertragsabschlusses noch der Besitzübertragung bedarf. In der Regel bezieht sich ein solches dingliches Recht auf einen einzelnen Gegenstand, das Retentionsrecht als generelles Gesamtpfandrecht kann sich hingegen auf mehrere Gegenstände gleichzeitig erstrecken.⁸⁰

Aufgrund des realobligatorischen Charakters hat es dem gegenwärtigen Stockwerkeigentümer bewusst zu sein, dass das Retentionsrecht an den beweglichen Sachen in seiner Stockwerkeinheit ausgeübt werden kann, selbst wenn die Beitragsschulden vom früheren Eigentümer zu verantworten sind. Andererseits bezieht es sich ebenso auf bewegliche Sachen Dritter, welche sich in der betroffenen Stockwerkeinheit befinden.⁸¹ Infolge des akzessorischen Charakters ist das Retentionsrecht zudem unselbständig und hängt vom Bestand der offenen Beitragsforderung ab. Sobald diese beglichen wird, geht das Retentionsrecht unter.

Als dingliches Recht kann es jedem anderen an der Sache Berechtigten entgegengehalten werden, welcher nicht über ein solches verfügt. Dies bedeutet, dass der dinglich Be-

⁷⁸ vgl. Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl) 2010, S. 6457.

⁷⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 413

⁸⁰ vgl. Büchler/Jakob 2012, S. 1785

⁸¹ Dies gilt hingegen nicht, wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft wusste oder hätte wissen müssen, dass die betroffenen beweglichen Sachen einem Dritten gehören, welcher selbst die Stockwerkeinheit nicht nutzt. Vgl. Wermelinger 2014, S. 421

rechtigte den Gegenstand von einem Dritten zurückfordern kann – es sei denn, dass dieser gutgläubig ein besseres dingliches Recht daran erworben hat.⁸²

3.2 Gegenstand des Retentionsrechts

Gemäss Art. 712k ZGB erstreckt sich das Retentionsrecht auf bewegliche Sachen, welche sich in den Räumen eines Stockwerkeigentümers befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Nicht dazu zählen fixe Anlagen, befestigte Gegenstände oder bewegliche Sachen, welche rein zufällig und ohne eine gewisse Dauerhaftigkeit in der Stockwerkeinheit verbleiben. Die beweglichen Sachen müssen zudem einen Zusammenhang mit der Zweckbestimmung der Stockwerkeinheit aufweisen und gemäss Art. 268 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30.3.1911, SR 220, pfändbar sein.⁸³ Ansonsten werden sie vom Retentionsrecht nicht erfasst.

Zu beachten ist ebenfalls, in wessen Eigentum sich die beweglichen Sachen in einer Stockwerkeinheit befinden. Handelt es sich um die beweglichen Sachen des Stockwerkeigentümers selbst, so sind diese vom Retentionsrecht erfasst – unabhängig davon ob er selbst oder der Veräusserer Beitragsschuldner ist. Gehören diese hingegen dem Mieter bzw. sogar einem Untermieter der Stockwerkeinheit, gelten sie nicht als Sachen Dritter im Sinne von Art. 268a OR und können unter bestimmten Voraussetzungen vom Retentionsrecht erfasst werden: Beim Mietobjekt muss es sich einerseits um einen Geschäftsraum handeln, andererseits muss der Mieter oder Untermieter bei der Bezahlung des Mietzins selbst in Verzug sein.⁸⁴ In seltenen Fällen kann sich das Retentionsrecht auch auf die beweglichen Sachen eines Dritten beziehen.⁸⁵

3.3 Wirkung des Retentionsrechts

3.3.1 Innenwirkung

Das Retentionsrecht als gesetzliche Mobiliarhypothek soll die Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft sicherstellen. Es handelt sich demnach entsprechend dem Gemeinschaftspfandrecht um ein internes Zwangsmittel der Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber dem einzelnen Beitragsschuldner.⁸⁶

⁸² vgl. Wermelinger 2014, S. 415

⁸³ vgl. Büchler/Jakob 2012, S.1786

⁸⁴ vgl. S. 21 f., Ziff. 3.4

⁸⁵ Auf Sachen Dritter wird hier nicht näher eingegangen. Vgl. hierzu Wermelinger 2014, S. 427-428

⁸⁶ vgl. Honsell/Vogt/Geiser 2011, S. 1295

3.3.2 Aussenwirkung

Das Gemeinschaftspfandrecht kann wie vorangehend erläutert gemäss Art. 712i Abs. 2 ZGB auch von einem Gläubiger der Stockwerkeigentümergeinschaft angemeldet werden.⁸⁷ Da Art. 712k ZGB keine entsprechende Möglichkeit vorsieht, stellt sich die Frage, ob dieses überhaupt eine Aussenwirkung entfaltet.

Die Beitragsforderung ist eine gesetzliche Forderung der Stockwerkeigentümergeinschaft. Gemäss Art. 170 Abs. 1 OR gehen mit einer Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte über, sofern diese nicht untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. Gemäss Wermelinger ist das Retentionsrecht aufgrund der beiden nachfolgenden Überlegungen nicht untrennbar mit der Stockwerkeigentümergeinschaft verbunden:

- *„Das Gemeinschaftspfandrecht gemäss Art. 712i kann zur Zwangsverwertung des Stockwerkanteils führen. Das Retentionsrecht kann zur Zwangsverwertung von bestimmten – in der Stockwerkeinheit befindlichen - Sachen führen. Der Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Stockwerkeigentümer ist in beiden Fällen erheblich. Es besteht aber kein genügender qualifizierter Unterschied zwischen den beiden Eingriffen, der es rechtfertigen würde, die Geltendmachung des Gemeinschaftspfandrechts durch einen Gläubiger zuzulassen, nicht hingegen die Abtretung des Retentionsrechts.*
- *Allgemein wird angenommen, dass das Retentionsrecht von Art. 895 Abs. 1 [ZGB; Anm. d. Verf.] nicht untrennbar mit dessen Berechtigten verbunden ist [...]. Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, um das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft anders zu behandeln.“⁸⁸*

Eine Forderung der Stockwerkeigentümergeinschaft kann demnach mit sämtlichen akzessorischen Rechten, zu welchem das Retentionsrecht zu zählen ist, einem Gläubiger abgetreten werden. Die Frage nach der Aussenwirkung ist somit zu bejahen.

3.4 Verhältnis zum Mietrecht

Die Stockwerkeigentümergeinschaft hat für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen gemäss Wortlaut von Art. 712k ZGB ein Retentionsrecht *wie ein Vermieter*. Dem Vermieter steht jedoch das Retentionsrecht einzig an Geschäftsräumen zu (Art. 268 Abs. 1 OR), wohingegen das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft sich auch auf Wohnräume bezieht. Folglich stellt sich die Frage, ob sich

⁸⁷ vgl. S. 12 f., Ziff. 2.3.1.2

⁸⁸ Wermelinger 2014, S. 416

diese Einschränkung auch auf das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft auswirkt, indem dieses an beweglichen Sachen einer als Wohnung vermieteten Stockwerkeinheit nicht geltend gemacht werden kann.

Das Obligationenrecht schliesst mit Art. 268 OR das Retentionsrecht für Wohnungsmieten aus. Art. 712k ZGB kann dieses daher für Stockwerkeigentümergeinschaften nicht wieder einführen, denn die Eigentumsstruktur kann für die mögliche Geltendmachung des Retentionsrechts gegenüber einem Mieter nicht ausschlaggebend sein. Somit besteht das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft nur für eine nicht vermietete Stockwerkeinheit. Ist diese hingegen vermietet, so sind die beweglichen Sachen des Mieters vom Retentionsrecht nach Art. 712k ZGB nicht erfasst, da dessen Umfang durch Art. 268 OR bestimmt wird und ansonsten eine Umgehung des Mietrechts darstellt.⁸⁹

Handelt es sich bei der Stockwerkeinheit um nicht vermietete Geschäftsräume, so besteht das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft in vollem Umfang. Sobald es sich jedoch um vermietete Geschäftsräume handelt, wird das Retentionsrecht durch Art. 268 OR wiederum eingeschränkt. Zum Einen muss die Stockwerkeigentümergeinschaft offene Forderungen gegenüber dem betroffenen Stockwerkeigentümer haben, zum Anderen muss dieser als Vermieter noch zusätzlich ausstehende Mietzinse beim Mieter einfordern können. Damit müssen sowohl die Voraussetzungen von Art. 712k ZGB als auch jene von Art. 268 OR erfüllt sein, was den Anwendungsbereich des Retentionsrechts gegenüber einem Stockwerkeigentümer massiv einschränkt. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass sich die zeitlichen Anwendungsbereiche der beiden Bestimmungen teilweise gegenseitig ausschliessen, da diese nur in begrenztem Rahmen übereinstimmen⁹⁰: Gemäss Art. 268 Abs. 1 OR besteht das Retentionsrecht lediglich für einen einzigen verfallenen Jahreszins und nicht für die letzten drei Jahre (Art. 712k ZGB).

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vermietung einer Stockwerkeinheit stets eine erhebliche Einschränkung des Retentionsrechts der Stockwerkeigentümergeinschaft bedeutet.

3.5 Verhältnis zum Gemeinschaftspfandrecht

Das Gemeinschaftspfandrecht und das Retentionsrecht dienen beide der Sicherung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten der Stockwerkeigentümergeinschaft. Es stellt

⁸⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 419

⁹⁰ vgl. Wermelinger 2014, S. 419

sich daher die Frage, ob Art. 712i ZGB und 712k ZGB gleichzeitig angewendet werden können, oder ob das eine Recht dem anderen vorgeht.

Gemäss herrschender Lehre schliesst die Ausübung des einen Rechts die Ausübung des anderen aus, sofern durch das ausgeübte Recht eine genügende Sicherstellung zugunsten der Stockwerkeigentümergeinschaft besteht. Die Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts im Grundbuch bewirkt demnach den gesetzlichen Untergangsgrund für die Ausübung des Retentionsrechts.⁹¹

3.6 Begründung des Retentionsrechts

3.6.1 Gesetzlichen Grundlagen

Art. 712k ZGB regelt selbst nur wenige Fragen bezüglich des Retentionsrechts, vielmehr verweist er auf die Bestimmungen des Mietrechts und damit Art. 268 ff. OR, Art. 895 ff. ZGB⁹² sowie Art. 283 f. SchKG^{93, 94}.

Dabei gilt es zu unterscheiden, ob der Stockwerkeigentümer seine Stockwerkeinheit selber nutzt oder ob diese durch einen Mieter genutzt wird. Wird sie durch den Stockwerkeigentümer selbst genutzt, können die Bestimmungen von Art. 268 ff. OR nur analog und gegenüber Art. 712k ZGB subsidiär angewendet werden. Dies bedeutet, dass der zeitliche Umfang des Schutzes und die belasteten beweglichen Sachen durch Art. 712k ZGB bestimmt werden.⁹⁵

Ist die Stockwerkeinheit hingegen vermietet, werden die Bestimmungen betreffend das Retentionsrecht des Vermieters direkt angewendet. Dies hat wie bereits erläutert zur Folge, dass das Retentionsrecht lediglich bei einer als Geschäftsraum genutzten Stockwerkeinheit ausgeübt werden kann – nicht hingegen bei einer durch den Mieter als Wohnraum genutzten Stockwerkeinheit. Zudem kann es auch dann nur ausgeübt werden, wenn der Mieter die Mietzinses des letzten Jahres nicht beglichen hat. Der Anwendungsbereich des Retentionsrechts der Stockwerkeigentümergeinschaft wird dadurch stark eingeschränkt, da die Bedingungen von Art. 712k ZGB und 268 Abs. 1 OR kumulativ erfüllt sein müssen.⁹⁶ Dies wird noch deutlicher, wenn eine Stockwerkeinheit untervermietet ist: Die Geltendmachung des Retentionsrecht setzt in einem solchen Fall

⁹¹ vgl. Wermelinger 2014, S. 420

⁹² Art. 895 ff. OR regelt das herkömmliche Retentionsrecht und ist zu Art. 712k ZGB und Art. 268 ff. OR nur subsidiär anwendbar.

⁹³ Art. 283 f. SchKG regelt bestimmte Bereiche der Durchsetzung des Retentionsrechts wie die Erstellung des Retentionsverzeichnisses und die Rückschaffung von Gegenständen.

⁹⁴ vgl. Kren Kostkiewicz u. a. 2011, S. 1103

⁹⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 421

⁹⁶ vgl. Wermelinger 2014, S. 422

voraus, dass neben der offenen Beitragsforderung der Stockwerkeigentümers selbst ebenso der Mietzins des Mieters und jener des Untermieters ausstehend ist.⁹⁷ Dies macht deutlich, dass aufgrund der hohen gesetzlichen Anforderungen die Ausübung des Retentionsrechts auf Gegenstände eines Untermieters nur selten zur Anwendung finden kann.

3.6.2 Begründungsvorgang

Beim Retentionsrecht gemäss Art. 712k ZGB handelt es sich um ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache, für dessen Begründung es in der Regel ein Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft sowie der Besitzübertragung bedarf.⁹⁸ Die Begründung des Retentionsrechts der Stockwerkeigentümergeinschaft weicht jedoch von diesem Grundsatz ab, indem einerseits ohne bzw. sogar gegen den Willen des belasteten Stockwerkeigentümers geschieht und andererseits die belastete Sache im Besitz des Eigentümers belässt.⁹⁹ Damit bedarf es weder eines Vertrages, einer Willensäußerung noch eines Verpflichtungsgeschäfts. Es bedarf einzig der Einbringung einer Sache durch den Nutzer der Stockwerkeinheit, welcher die Stockwerkeigentümergeinschaft nicht einmal direkt betrifft. Die Stockwerkeigentümergeinschaft weiss dabei oft selbst nicht, welche beweglichen Sachen sich in der Stockwerkeinheit befinden. Das Retentionsrecht im Sinne von Art. 712k ZGB besteht aber dennoch.¹⁰⁰

3.6.3 Berechtigte

Wie das Pfandrecht ist auch das Retentionsrecht akzessorisch mit der gesetzlichen Beitragsforderung der Stockwerkeigentümergeinschaft im Sinne von Art. 712h ZGB verbunden, womit diese als Berechtigte des Hauptrechts auch am akzessorischen Recht berechtigt ist.

Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann als Berechtigte aber sowohl die Beitragsforderung selbst als auch das Retentionsrecht gemäss Art. 170 Abs. 1 OR abtreten, da es nicht untrennbar mit der Eigenschaft als Stockwerkeigentümergeinschaft verbunden ist.¹⁰¹

⁹⁷ vgl. BGE 120 III 52, E. 7

⁹⁸ vgl. Kren Kostkiewicz u. a. 2011, S. 1103

⁹⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 423

¹⁰⁰ vgl. Wermelinger 2014, S. 423

¹⁰¹ vgl. S. 21, Ziff. 3.3.2

3.6.4 Sicherung einer Forderung

Analog dem Gemeinschaftspfandrecht dient auch das Retentionsrecht einzig der Sicherung einer gültig zustande gekommen Beitragsforderung im Sinne von Art. 712h ZGB. Es besteht damit sowohl für Deckungsbeiträge, reglementarisch festgelegte Vorschussleistungen und Beitragsforderungen an den Erneuerungsfonds.¹⁰² Auch hier ist Beitragsschuldner derjenige, welcher zum Zeitpunkt der Entstehung der Forderung im Grundbuch eingetragen ist.

Wie beim Pfandrecht können mit Art. 712k ZGB die Beitragsforderungen der letzten drei Jahre sichergestellt werden. Dies bedeutet, dass das Retentionsrecht zur Sicherung der Beitragsforderungen des laufenden Rechnungsjahres nicht zur Verfügung steht. Bei der Berechnung der letzten drei Jahre gilt, dass das Begehren um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses resp. die Konkurseröffnung die fristwahrende Handlung darstellen und nicht die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses selbst. Ein bedeutender Unterschied besteht hier jedoch hinsichtlich der Sicherung der Beitragsforderungen gegenüber jener bei der Geltendmachung des Gemeinschaftspfandrechts, denn bei diesem ist infolge des Grundbucheintrages die Beitragsforderung unverjährbar und die Publizität sichergestellt. Dem Retentionsrecht kommt hingegen keine entsprechende Publizitätswirkung zu, weshalb die neuen Beitragsforderungen jeweils jene ersetzen, welche vor den letzten drei Jahren begründet wurden und somit gesetzlich nicht mehr geschützt sind. Gemäss Wermelinger kann man dabei von einer rollenden Begründung und einem rollenden Untergang sprechen.¹⁰³

3.7 Schutz des Retentionsrechts

Im Gegensatz zum Gemeinschaftspfandrecht wird das Retentionsrecht weder im Grundbuch noch sonst einem öffentlichen Register eingetragen. Ebenso ist die Publizität gegenüber einem Dritten auch nicht durch Besitzübertragung sichergestellt. Die Stockwerkeigentümergeinschaft verfügt damit über keine materiellen oder physischen Mittel, um Ihr Recht zu schützen. Art. 268b OR und Art. 283 f. SchKG enthalten daher sogenannte Schutzmassnahmen: Das Rückbehaltungsrecht und das Rückschaffungsrecht. Diese werden nachfolgend näher erläutert.

¹⁰² vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29.6.2007 (5A_102/2007), E. 2.1

¹⁰³ vgl. Wermelinger 2014, S. 425

3.7.1 Rückbehaltungsrecht

Gemäss Art. 268b Abs. 1 OR kann der Vermieter, wenn der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen will, mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle so viele Gegenstände zurückhalten, als zur Deckung seiner Forderung notwendig sind.¹⁰⁴ Zuständig ist gemäss Art. 283 Abs. 1 SchKG das Betreibungsamt am Ort des Stockwerkeigentums oder – bei Bestehen einer unmittelbarer Fortschaffungsgesfahr – die Polizei oder örtliche Gemeindebehörde. Die entsprechende Behörde erstellt sodann ein Verzeichnis über die dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenständen und setzt der Stockwerkeigentümergeinschaft Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 283 Abs. 3 SchKG). Das Retentionsverzeichnis verfügt dabei über zwei verschiedene Funktionen: Es dient einerseits bei der Fortschaffung von Gegenständen als Beweismittel, andererseits bei der Individualisierung der einzelnen Retentionsgegenständen.¹⁰⁵

Das Retentionsverzeichnis wird nur auf entsprechendes Begehren erstellt. Dieses kann durch die Stockwerkeigentümergeinschaft, den Verwalter oder einen Gläubiger gestellt werden.¹⁰⁶ Der Gesuchsteller hat dabei eine fällige und unbezahlte Beitragsforderung glaubhaft zu machen. Die zuständige Behörde hat dabei nicht zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Erstellung eines Retentionsverzeichnisses auch tatsächlich gegeben sind. Solange die Voraussetzungen nicht klar verletzt sind, kann sie das Verzeichnis erstellen.¹⁰⁷

Um das Risiko der vorzeitigen Fortschaffung der beweglichen Sachen zu vermeiden, wird die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses den Benutzern der Stockwerkeinheit nicht angekündigt und kann ebenso in dessen Abwesenheit erstellt werden. Das Verfahren der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses richtet sich nach jenem der Pfändung (Art. 97 SchKG). Anders als im Pfändungsverfahren unterliegt der betroffene Stockwerkeigentümer bzw. der Benutzer der Stockwerkeinheit jedoch nicht der Informationspflicht gemäss Art. 91 Abs. 1 Ziff 2 SchKG. Schweigt er bei der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses, hat er keinerlei Sanktionen zu befürchten.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Die Notwendigkeit eines Retentionsverzeichnisses ist von der konkreten Verfahrensart abhängig. Um das Retentionsrecht bei einem Konkurs geltend zu machen, ist es nicht unerlässlich. In den anderen Verfahren stellt die Erhebung des Retentionsverzeichnisses hingegen eine notwendige Vorbereitungshandlung für eine spätere Zwangsverwertung dar. Vgl. Wermelinger 2014, S. 429

¹⁰⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 429

¹⁰⁶ Durch analoge Anwendung von Art. 712i ZGB: Vgl. S. 12 f., Ziff. 2.3.1.2

¹⁰⁷ vgl. Wermelinger 2014, S. 429

¹⁰⁸ vgl. Wermelinger 2014, S. 430

Im Retentionsverzeichnis sind so viele bewegliche Sachen unter Angabe des geschätzten Wertes aufzunehmen wie zur Sicherstellung der unbezahlten Beitragsforderung notwendig sind.¹⁰⁹ Das Verfügungsrecht des Eigentümers wird damit ab dessen Kenntnisnahme eingeschränkt. Bis dahin kommt dem Retentionsverzeichnis lediglich deklaratorische Wirkung zu. Der Eigentümer kann die Sachen zwar noch weiterhin nutzen, darf diese jedoch nicht wegschaffen, da ansonsten die Stockwerkeigentümergeinschaft die Rückschaffung verlangen kann. Die Rückschaffung kann entgegen Art. 284 SchKG auch dann verlangt werden, wenn die Fortschaffung weder heimlich noch gewaltsam erfolgte. Ebenso kann die 10-tägige Frist ausser Acht gelassen werden, denn die Sachen können auch danach zurückgefordert werden. Das Verfügungsverbot wird zudem durch die Strafnorm von Art. 169 StGB verstärkt, wonach sich jemand, der über Vermögenswerte verfügt, die in einem Retentionsverfahren amtlich aufgezeichnet sind, strafbar macht.¹¹⁰

Das Retentionsverzeichnis ermächtigt und verpflichtet die Stockwerkeigentümergeinschaft, das Pfandverwertungsverfahren einzuleiten. Tut sie dies nicht innert einer Frist von 10 Tagen, geht die Wirkung des Retentionsverzeichnisses unter. Das Retentionsrecht als solches bleibt zwar weiter bestehen, für seine Durchsetzung bedarf es aber der Aufnahme eines neuen Retentionsverzeichnisses.¹¹¹

3.7.2 Rückschaffungsrecht

Vor der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses kann gemäss Art. 284 SchKG innert 10 Tagen nach der heimlichen oder gewaltsamen Fortschaffung der Gegenstände, welche dem Retentionsrecht unterstehen, deren Rückschaffung verlangt werden. Danach besteht das Recht zur Rückschaffung nicht mehr. Ebenso steht es der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht zu, Sachen, welche nicht heimlich oder gewaltsam fortgeschafft wurden, zurückzufordern.

Nach Erstellung des Retentionsrechtes kann eine Rückschaffung verlangt werden, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 284 SchKG nicht erfüllt sind. Hier sei auf vorangehend Ausgeführte verwiesen.¹¹²

Wie das Rückbehaltungsrecht kann auch das Rückschaffungsrecht vom Schuldner dadurch abgewendet werden, dass er eine hinreichende Sicherheit in einer anderen Form leistet.¹¹³

¹⁰⁹ vgl. BGE 108 III 122, E. 5

¹¹⁰ vgl. Wermelinger 2014, S. 431

¹¹¹ vgl. Wermelinger 2014, S. 431

¹¹² vgl. S. 26 f., Ziff. 3.7.1

3.8 Untergang des Retentionsrechts

Das Retentionsrecht ist eine unmittelbare gesetzliche Eigentumseinschränkung betreffend bewegliche Sachen, welche sich in einer Stockwerkeinheit befinden. Es setzt kein Erwerbsverfahren voraus und kommt nur unter den vorgenannten Umständen zur Anwendung. Als generelles gesetzliches Pfandrecht geht es grundsätzlich weder definitiv noch vollständig unter und beschlägt die beweglichen Sachen eines Stockwerkeigentümers fortwährend. Einzig der Untergang des Stockwerkeigentums selbst kann den vollständigen Untergang des Retentionsrechtes bewirken. Unter gewissen Voraussetzungen kann es hingegen gegenüber einer bestimmten Sache oder im Verhältnis zu einer bestimmten Beitragsforderung teilweise untergehen.¹¹⁴

3.8.1 Untergang gegenüber einer bestimmten Sache

Das Retentionsrecht geht gemäss Art. 268a Abs. 2 OR gegenüber einer bestimmten beweglichen Sache unter, wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft erfährt, dass diese einem Dritten gehört. Der Beweis dieses Wissens muss dabei vom betroffenen Stockwerkeigentümer oder dem Dritteigentümer erbracht werden. Da das Retentionsrecht voraussetzt, dass sich die bewegliche Sache in den Räumen der Stockwerkeinheit befindet, kann ein weiterer Untergangsgrund darin liegen, dass die Sache definitiv fortgeschafft wurde. In solchen Fällen hängt die rechtliche Wirkung jedoch von den konkreten Umständen ab:¹¹⁵

- Wie bereits erwähnt geht das Retentionsrecht gemäss Art. 284 SchKG dann unter, wenn die Sache weder heimlich noch mit Gewalt vor der Erstellung des Retentionsverzeichnisses weggeschafft wurde.¹¹⁶
- Wurde die Sache vor der Erstellung des Retentionsverzeichnisses hingegen heimlich oder mit Gewalt weggeschafft, kann die Stockwerkeigentümergeinschaft gemäss Art. 268b Abs. 2 OR innert 10 Tagen die Rückschaffung verlangen ansonsten geht das Retentionsrecht unter.
- Wurde die Sache vor Aufnahme des Retentionsverzeichnisses heimlich oder mit Gewalt weggeschafft und hat ein gutgläubiger Dritter ein dingliches Recht daran erworben, bleibt dieses vorbehalten. Das Retentionsrecht geht unter (Art. 284 SchKG).

¹¹³ vgl. Wermelinger 2014, S. 434

¹¹⁴ vgl. Wermelinger 2014, S. 434

¹¹⁵ vgl. Wermelinger 2014, S. 434-435

¹¹⁶ vgl. S. 26 f., Ziff. 3.7.1

- Keinen Einfluss auf die rechtliche Wirkung hat das Wegschaffen einer beweglichen Sache nach Aufnahme des Retentionsverzeichnisses, es sei denn ein Dritter hat ein dingliches Recht daran gutgläubig erworben.

Ebenso geht das Retentionsrecht bei einer vollständigen und endgültigen Zerstörung der Sache unter, oder wenn bei dessen Durchsetzung ein Dritter bzw. ein Stockwerkeigentümer beim Retentionsstreit obsiegt.¹¹⁷

3.8.2 Untergang im Verhältnis zu einer bestimmten Beitragsforderung

Das Retentionsrecht wird aufgrund einer ausstehenden Beitragsforderung im Sinne von Art. 712h ZGB in Anspruch genommen. Folglich bewirkt jede Handlung, welche den Untergang der Forderung mit sich bringt, ebenso den Untergang des Retentionsrechts als akzessorisches Recht. Untergangsfälle sind unter anderem die Leistung einer hinreichenden Sicherheit, der einseitige Verzicht der Stockwerkeigentümergeinschaft, eine Vereinbarung zwischen den Parteien oder die Begründung des Gemeinschaftspfandrechts gemäss Art. 712i ZGB.

Für den Untergang bedarf es keines spezifischen Verfahrens: Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, erfolgt der Untergang automatisch.¹¹⁸

3.9 Pfandverwertung

Abschliessend wird auf die Pfandverwertung eingegangen. Für die Pfandverwertungsklage ist die Stockwerkeigentümergeinschaft als gesetzliche Gläubigerin aktivlegitimiert. Passivlegitimiert ist der Beitragsschuldner, welcher in der Regel der gegenwärtig eingetragene Stockwerkeigentümer – seltener der Mieter oder ein Dritter – ist.¹¹⁹

Wie bereits vorangehend erläutert kann für das Begehren um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses Art. 712i ZGB analog angewendet werden.¹²⁰ Da hingegen weder die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses eine materielle Wirkung entfaltet noch das Pfandverwertungsverfahren im summarischen Verfahren (Art. 712t Abs. 2) erfolgt, gilt die Aktivlegitimation nicht zwingend auch für das Pfandverwertungsverfahren. Für das Pfandverwertungsverfahren muss vom Verwalter oder dem einzelnen Stockwerkeigentümer die Ermächtigung der Stockwerkeigentümergeinschaft eingeholt werden, was

¹¹⁷ vgl. Wermelinger 2014, S. 435

¹¹⁸ vgl. Wermelinger 2014, S. 436

¹¹⁹ vgl. Wermelinger 2014, S. 438

¹²⁰ vgl. S. 26 f., Ziff. 3.1.7

einen mit qualifizierten Mehr nach Köpfen und Wertquoten gefassten Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft voraussetzt.¹²¹

Angesichts der vom Betreibungsamt angesetzten 10-tägigen Frist (Art. 283 Abs. 3 SchKG) ist es ratsam, die Vertretungsbefugnis für die Einleitung des Pfandverwertungsverfahrens bereits vor dem Begehren um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses einzuholen. Ansonsten ist anzunehmen, dass die Frist verpasst und ein neues Retentionsverzeichnis erstellt werden muss.¹²²

4 Hypothese

Nachdem die rechtlichen Grundlagen des Gemeinschaftspfandrechts (Art. 712i ZGB) und des Retentionsrechts (Art. 712k ZGB) sowie deren jeweils zugrundeliegende Beitragsforderung (Art. 712h ZGB) erläutert wurden, ist festzuhalten, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft durch die beiden Sicherungsinstrumente weitgehend geschützt zu sein scheint.

Die Sicherung einer Beitragsforderung durch das Gemeinschaftspfandrecht scheint gesetzlich klar geregelt und in dessen Anwendung praktikabel zu sein. Indem beispielsweise lediglich die Beitragsforderungen der letzten drei Jahre geltend gemacht werden können, ist einerseits ein künftiger Erwerber des Stockwerkanteils vor zeitlich älteren ungedeckten Forderungen geschützt, andererseits besteht gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft kein übermässiger Druck deren Eintragung zu beantragen. Ein weiterer Vorteil ist zudem in der Geltendmachung einer Beitragsforderung eines ausländischen Stockwerkeigentümers ersichtlich, denn hier kann ungeachtet von dessen Wohnsitz das Pfandrecht zulasten seines Stockwerkanteils im Grundbuch eingetragen werden. Die Betreuung eines ausländischen Staatsangehörigen entfällt somit.

Allfällige Probleme sind hingegen bei der Verwertung des Pfandobjektes erkennbar, indem dieses über kein Rangprivileg verfügt. Damit besteht die latente Gefahr, dass die Forderung der Stockwerkeigentümergeinschaft infolge vorangehender Pfandrechte bei einer Pfandverwertung nicht gedeckt werden kann. Dies ist jedoch ein Problem tatsächlicher und nicht rechtlicher Natur.

Das Retentionsrecht wirkt im Vergleich zum Gemeinschaftspfandrecht weniger effizient. Einerseits ist es aufgrund des Einflusses des Mietrechts in seiner Anwendung stark eingeschränkt. Andererseits gilt zu bedenken, dass sich ein Schuldner in der Regel in

¹²¹ Die Ermächtigung zum Pfandverwertungsverfahren stellt eine wichtigere Verwaltungshandlung im Sinne von Art. 647b Abs. 1 ZGB.

¹²² vgl. Wermelinger 2014, S. 438

einem finanziellen Engpass befindet, und daher nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich in seiner Stockwerkeinheit wertvolle und nicht als Kompetenzgut geltende Gegenstände befinden, welche sich erfolgreich verwerten liessen. Das Retentionsrecht scheint damit in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht dem Gemeinschaftspfandrecht gegenüber von untergeordneter Bedeutung zu sein.

Zusammenfassend wird an dieser Stelle somit die Hypothese erstellt, dass das Gemeinschaftspfandrecht unter dem Vorbehalt einer erfolgreichen Pfandverwertung als wirksames Sicherungsinstrument der Stockwerkeigentümergeinschaft bezeichnet werden kann. Das Retentionsrecht ist diesem hingegen sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht unterlegen und kann seinem Schutzzweck nicht in einem gleichen Umfang gerecht werden.

C Empirische Untersuchung

Nachdem die rechtlichen Grundlagen des Gemeinschaftspfandrechts (Art. 712i ZGB) und des Retentionsrechts (Art. 712k ZGB) im vorangehenden Teil dargelegt und erklärt wurden, soll nachfolgend untersucht werden, ob die beiden Sicherungsinstrumente ihrem Schutzzweck in der Praxis gerecht werden.

Hierzu wurde ein Fragebogen ausgearbeitet und verschiedenen Rechtsanwälten, Liegenschaftsverwaltungen sowie erstinstanzlichen Gerichten zur Beantwortung zugestellt.¹²³

Anhand der Rückmeldungen soll ermittelt werden, wo der Schutz der Stockwerkeigentümergeinschaft gewährleistet ist und in welchen Bereichen allenfalls Handlungsbedarf besteht.

1 Grundgesamtheit

Sowohl das Gemeinschaftspfandrecht als auch das Retentionsrecht sind im ZGB verankert und gelangen damit Schweiz weit zur Anwendung. Die vorliegende Umfrage beschränkt sich jedoch aus sprachlichen Gründen auf die deutschsprachige Schweiz. Dabei ist anzunehmen, dass sich die Rückmeldungen betreffend die Praktikabilität der beiden Sicherungsinstrumente in der Deutschschweiz auch auf die restliche Schweiz übertragen lassen können. Es gibt keinen Grund davon auszugehen, dass sich das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) in ihrer Anwendung in der Westschweiz oder dem Tessin von jener in der Deutschschweiz wesentlich unterscheiden.

In der deutschsprachigen Schweiz wurden Rechtsanwälte, erstinstanzliche Gerichte sowie Liegenschaftsverwaltungen angeschrieben, welche entweder in einer der vier grösseren deutschsprachigen Städten (Bern, Basel, Luzern, Zürich) oder den beiden Ferienregionen Graubünden und Wallis tätig sind. Berücksichtigt wurden ebenso die Agglomerationen der vorgenannten Gebiete. Damit deckt Umfrage einen wesentlichen Teil der deutschsprachigen Schweiz ab.

¹²³ vgl. Anhang 1-3

2 Methodik

2.1 Auswahl der Empfänger der Umfrage

Um die Anwendbarkeit des Gemeinschaftspfandrechts und des Retentionsrechts als Sicherungsinstrumente der Stockwerkeigentümergeinschaft aus verschiedenen Blickwinkeln und Hintergründen betrachten zu können, wurden nicht nur Liegenschaftsverwaltungen von Stockwerkeigentümergeinschaften angefragt sondern ebenso Rechtsanwälte als auch erstinstanzliche Gerichte. Alle drei kommen mit den Sicherungsinstrumenten auf unterschiedlichen Ebenen und Verfahrensstufen in Kontakt, weshalb sie über andersartige Erfahrungen und Perspektiven hinsichtlich der Praxis-tauglichkeit verfügen.

Die Auswahl der konkreten Empfänger der Umfrage erfolgte anhand unterschiedlicher Kriterien. Bei den Liegenschaftsverwaltungen wurden solche gewählt, welche Mitglied der Fachkammer Stockwerkeigentum (Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft SVIT) sind.¹²⁴ Die Auswahl der befragten Rechtsanwälte erfolgte hingegen auf Empfehlung von Herrn Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, welcher aufgrund seiner lang-jährigen Erfahrung mit dem Stockwerkeigentum geeignete Personen für die Umfrage vorschlagen konnte. Die Gerichte wurden sodann aufgrund ihres geografischen Zuständigkeitsgebietes angeschrieben. Wie vorgehend bereits ausgeführt wurden solche, welche für die Städte Basel, Bern, Luzern und Zürich sowie deren Agglomerationen zuständig sind, berücksichtigt. Zusätzlich wurden die in den beiden Ferienregionen Wallis und Graubünden liegenden Gerichte angeschrieben.

2.2 Wahl der Umfrageart

Entsprechend der drei unterschiedlichen Empfängergruppen wurden drei verschiedene Fragekataloge ausgearbeitet. Diese weichen zwar nicht wesentlich voneinander ab, es sollte jedoch sichergestellt werden, dass den unterschiedlichen Tätigkeitsgebieten der Empfängergruppen entsprechend Rechnung getragen wird, denn eine Liegenschaftsverwaltung kommt mit den beiden Sicherungsinstrumenten auf einer anderen Ebene in Kontakt als beispielsweise ein Gericht.

Die Umfrage wurde sodann in ausgedruckter Form per Briefpost mit Begleitschreiben den einzelnen Empfängern zugestellt. Auf eine Online-Umfrage wurde aus unterschiedlichen Gründen verzichtet. Einerseits war die Gefahr des Untergangs der Umfrage in der

¹²⁴ Für weitere Informationen zur Fachkammer Stockwerkeigentum vgl.: <http://www.svit.ch/de/stwe.html> [abgerufen am 14.08.2014]

tagtäglichen Flut von Emails zu hoch. Die Versuche, dies mittels vorgängiger Kontaktaufnahme der zuständigen Person zu verhindern, sind in der Regel gescheitert. Weder bei den Liegenschaftsverwaltungen noch bei den Gerichten erachtete sich jemand auf Anhieb als zuständig. Die Umfrage sollte mehrheitlich einfach an die allgemeine Firmenemailadresse geschickt werden. Andererseits wurde jedoch auch aufgrund des Umfangs und der Komplexität des Themas sowohl auf eine Telefonumfrage als auch auf eine Online-Umfrage verzichtet. Die Umfrage ist eher länger Natur und nimmt damit bei gewissenhaftem Ausfüllen einige Zeit in Anspruch. Mit der ausgedruckten Version hatte der Empfänger von Anfang an eine Übersicht über die Fragen und konnte feststellen, dass sich diese teilweise sehr kurz beantworten liessen. Ebenso konnten gewisse Fragen bei Bedarf ausgelassen oder modifiziert werden. Die Gefahr eine begonnene Umfrage aufgrund der mangelnden Gesamtübersicht abubrechen, wäre ansonsten zu hoch gewesen.

Alle drei Fragekataloge sind so ausgestaltet, dass diese lediglich Fragen jedoch keine Auswahl an Antworten enthalten. Der Grund liegt darin, dass es zum Einen bei den meisten Fragen gar nicht möglich resp. sinnvoll gewesen wäre, Antworten zur Auswahl bereitzustellen, zum Anderen kommt es bei rechtlichen Fragen stets auf die gesamten Umstände an. Eine rechtliche Frage kann lediglich in den seltensten Fällen isoliert von den übrigen Gegebenheiten beantwortet werden. Durch Weglassen von Antwortmöglichkeiten sollte somit verhindert werden, dass die Bandbreite der Rückmeldungen von vorneherein eingeschränkt worden wäre. Ziel war es, die unbekanntenen Schwachstellen resp. Stärken der beiden Sicherungsinstrumente zu erforschen, dies wäre durch das Vorgeben von vorformulierten Antworten eingeschränkt – wenn nicht sogar gänzlich verhindert – worden.

3 Untersuchung

Mit der Untersuchung sollte primär herausgefunden werden, ob die Stockwerkeigentümergeinschaft und damit letztlich ein einzelner Stockwerkeigentümer durch die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 712i und 712k ZGB ausreichend geschützt sind. Dass der Schutz in der Theorie durchdacht und umfassend ist, wurde vorgehend erläutert. Doch funktioniert deren Umsetzung auch in der Praxis? Besteht für einen Einzelnen tatsächlich ausreichend Schutz, wenn ein Stockwerkeigentümer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, oder ist beim Erwerb von Stockwerkeigentum trotz gesetzlicher Bestimmungen Vorsicht geboten? Sind die beiden Sicherungsmassnahmen Realität

oder allenfalls doch nur ein Mythos? Genau diesen Fragen sollte mittels der Untersuchung nachgegangen werden.

3.1 Umfrage Liegenschaftsverwaltungen

Mit dem Fragekatalog an die Liegenschaftsverwaltungen¹²⁵ sollte in erster Line herausgefunden werden, wie sich die praktische Handhabung des Gemeinschaftspfandrechts (Art. 712i ZGB) und des Retentionsrechts (Art. 712k ZGB) im Alltag gestaltet. Ein Liegenschaftsverwalter ist neben den eigentlichen Stockwerkeigentümern am meisten vom Geschehen innerhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft betroffen. Ein Anwalt oder insbesondere die Gerichte werden in der Regel erst involviert, wenn es innerhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft zu Problemen kommt, welche ein Liegenschaftsverwalter oder die Stockwerkeigentümergeinschaft selbst nicht mehr zu lösen vermag resp. deren gesetzliche Befugnisse überschritten werden.

Die ersten Fragen waren allgemeiner Natur. Die Liegenschaftsverwaltungen sollten Angaben betreffend Anzahl der zu verwaltenden Liegenschaften, deren durchschnittliche Anzahl an Stockwerkeinheiten sowie zu deren Standort etc. machen. Darauf folgten Fragen, welche gezielt auf das Gemeinschaftspfandrecht, das Retentionsrecht sowie auf einen allfällig bestehenden Erneuerungsfonds gerichtet waren. Es sollte herausgefunden werden, ob ein Erneuerungsfonds mehr oder weniger als standardmässig bezeichnet werden kann oder nicht. Hinsichtlich des Gemeinschaftspfandrechts und des Retentionsrechts lag der Schwerpunkt der Fragen darin, wie oft diese geltend gemacht werden und in wie vielen Fällen diese aus Sicht der Stockwerkeigentümergeinschaft zum Erfolg führen. Abschliessend sollten Gründe für deren Versagen sowie allfällige Verbesserungsmöglichkeiten genannt werden. Der Fragekatalog war zwar umfangreich, doch nur so war es möglich, die Praxistauglichkeit des Gemeinschaftspfandrechts und des Retentionsrecht zu untersuchen.

Vorgängig zum Versand wurden sämtliche Liegenschaftsverwaltungen per Email über die Umfrage vororientiert. Ziel war es deren Aufmerksamkeit zu erwecken und damit die Rücklaufquote zu erhöhen.

¹²⁵ vgl. Anhang 1

3.2 Umfrage Rechtsanwälte

Die Umfrage¹²⁶ an die Rechtsanwälte enthielt einleitend einen kurzen Sachverhalt, vor dessen Hintergrund die einzelnen Fragen zu beantworten waren. Die Rechtsanwälte hatten bei der Beantwortung der Fragen davon auszugehen, dass sie von einer Stockwerkeigentümergeinschaft für die Durchsetzung einer Beitragsforderung nach Art. 712h ZGB beauftragt wurden, da ein Stockwerkeigentümer seiner Beitragspflicht nicht nachkam.

In einem ersten Teil hatten die Rechtsanwälte allgemeine Fragen zu beantworten. So beispielsweise, mit welcher Anzahl solcher Fälle sie durchschnittlich im Jahr beauftragt werden oder wo die Liegenschaften geographisch liegen. Danach folgten detaillierte Fragen zu den beiden Sicherungsinstrumenten. Es sollte herausgefunden werden, wie oft es tatsächlich zu einer Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch resp. der Geltendmachung des Retentionsrechts kommt und in wie vielen der Fällen die Gläubiger befriedigt werden können. Es war zudem anzugeben, wann sich eine Stockwerkeigentümergeinschaft für die Geltendmachung des einen, wann für Geltendmachung des anderen Sicherungsinstrument entscheidet und weshalb. Abschliessend konnten wiederum Verbesserungsvorschläge unterbreitet und sowie persönliche Meinungen hinsichtlich deren Praxistauglichkeit angebracht werden. Wie der Fragekatalog an die Liegenschaftsverwaltungen war auch dieser eher umfangreich.

Die Rechtsanwälte wurden vor dem Versand der Umfrage telefonisch kontaktiert und angefragt, ob sie sich für eine Teilnahme bereit erklären. Ziel war es auch hier, die Rücklaufquote zu maximieren.

3.3 Umfrage Gerichte

Die Umfrage¹²⁷ an die Gerichte enthielt wie jene an die Rechtsanwälte einleitend einen kurzen Sachverhalt, vor dessen Hintergrund die nachfolgenden Fragen zu beantworten waren. Das Gerichte sollten ebenfalls davon ausgehen, dass eine Stockwerkeigentümergeinschaft eine Beitragsforderung im Sinne von Art. 712h ZGB durchzusetzen versucht. Begonnen wurde wiederum mit Fragen allgemeiner Art gefolgt von spezifischen Fragen hinsichtlich der beiden Sicherungsinstrumente. Auch hier ging es im Wesentlichen darum, herauszufinden, in wie vielen Fällen die Forderungen mittels den gesetzlichen Sicherungsinstrumenten von Art. 712i ZGB und 712k ZGB durchgesetzt werden

¹²⁶ vgl. Anhang 2

¹²⁷ vgl. Anhang 3

können und in wie vielen nicht. Ebenso wurde nach Schwachstellen im Verfahrensablauf sowie anderen Gründen gefragt, welche für ein allfälliges Versagen bei der Durchsetzung des Gemeinschaftspfandrechts und des Retentionsrechts ursächlich sein könnten. Wie den Liegenschaftsverwaltungen und Rechtsanwälten stand es den Gerichten offen, abschliessend die Verbesserungspotentiale der beiden Sicherungsinstrumente aufzuzeigen und neue Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

Wie bei den Liegenschaftsverwaltungen war es leider aufgrund der Tatsache, dass die für die Umfrage zuständige Person in der Regel nicht ausfindig gemacht werden konnte, nicht möglich, diese vorgängig direkt zu kontaktieren. Entsprechend dem Vorgehen bei der Umfrage an die Liegenschaftsverwaltungen wurden jedoch auch die Gerichte per Email über die Umfrage vororientiert.

4 Ergebnisse

4.1 Rücklaufquote

Die Rücklaufquote der Umfrage war je nach Empfängergruppe unterschiedlich. Am höchsten war jene der Rechtsanwälte mit rund 83%. Von den versandten sechs Fragebögen kamen fünf retour. Dies hängt sicherlich damit zusammen, dass sämtliche Anwälte vor dem Versand des Fragekatalogs telefonisch angefragt wurden, ob sie bereit wären, an einer Umfrage teilzunehmen. Bei den Liegenschaftsverwaltungen wurden 30 Fragebögen versendet, wovon 11 beantwortet zurückgesendet wurden.¹²⁸ Die Rücklaufquote betrug damit rund 37%. Die niedrigste Rücklaufquote wurde mit rund 33% mit der Umfrage an die Gerichte erzielt. Von den 42 versendeten Fragekatalogen wurden lediglich 14 beantwortet zurückgeschickt.¹²⁹

Aufgrund der erhaltenen Rückmeldungen, welche nachfolgend dargelegt und diskutiert werden, ist jedoch davon auszugehen, dass eine höhere Rücklaufquote keine zusätzlichen Erkenntnisse gebracht hätte. Sämtliche Antworten gehen ungeachtet der Empfängergruppe grösstenteils in dieselbe Richtung.

¹²⁸ Weitere vier der angesprochenen Liegenschaftsverwaltungen teilten mit, dass sie aufgrund einer hohen Arbeitsbelastung nicht an der Umfrage teilnehmen können, oder dass sie allgemein nicht die richtigen Ansprechpersonen für eine Umfrage seien, da sie eine zu geringe Anzahl an Liegenschaften mit Stockwerkeinheiten verwalten würden.

¹²⁹ In weiteren sechs Rückmeldungen teilten die Gerichte mit, dass sie aufgrund einer hohen Arbeitsbelastung oder aus anderen Gründen nicht an der Umfrage teilnehmen können.

4.2 Auswertung

Bevor nachfolgend auf die einzelnen Teilaspekte der Umfragerückmeldungen eingegangen wird, sei hier nochmals festgehalten, dass die Rückmeldungen der drei Empfängergruppen in eine mehr oder weniger ähnliche Richtung gehen. Sicherlich sind gewisse grundsätzliche Unterschiede in der Betrachtungsweise vorhanden, doch kommt es unter anderem nicht darauf an, in welchen Regionen die einzelnen Teilnehmer tätig sind, denn die Rückmeldungen decken sich beinahe vollumfänglich. Ebenso spielt es keine Rolle, ob sich die Liegenschaft in der Stadt, der Agglomeration oder einem Ferienort befindet. Weder die Region noch die Grösse oder das Alter der einzelnen Liegenschaften wirken sich auf die Erfahrungen der befragten Personen mit den Sicherungsinstrumenten der Stockwerkeigentümergeinschaft aus. Somit kann nachfolgend davon ausgegangen werden, dass sämtliche diskutierten Rückmeldungen sich auf die Grundgesamtheit der empirischen Untersuchung beziehen. Unterscheidungen hinsichtlich der einzelnen Gebiete oder Liegenschaften sind keine vorzunehmen.

4.2.1 Erneuerungsfonds

Die Umfrage an die Liegenschaftsverwaltungen enthält im Gegensatz zu den beiden anderen Fragenkatalogen einige Fragen zum Erneuerungsfonds. Mit einem Erneuerungsfonds sollen die finanziellen Mittel künftiger grösserer Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten der Liegenschaft sichergestellt werden. Die Bildung eines Erneuerungsfonds ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, sondern den jeweiligen Stockwerkeigentümern überlassen, ob sie einen solchen einrichten wollen oder nicht. Dessen Errichtung ist im Rahmen des Gründungsaktes oder durch nachherigen Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung möglich. Wie bereits ausgeführt¹³⁰ sind die Beiträge an den Erneuerungsfonds ebenfalls Beiträge im Sinne von Art. 712h ZGB und damit durch das Gemeinschaftspfandrecht und das Retentionsrecht gesichert.¹³¹

Ziel war es herauszufinden, ob das Bestehen eines Erneuerungsfonds die Anwendung der beiden Sicherungsinstrumente in irgendeiner Weise beeinflusst. So beispielsweise, ob es bei deren Existenz zu einer geringeren Anzahl von Fällen kommt, in welchen Art. 712i ZGB und 712k ZGB geltend gemacht werden, da der finanzielle Aspekt besser geregelt ist. Oder aber, ob es gerade umso mehr ausstehende Beitragsforderungen gibt, welche von der Stockwerkeigentümergeinschaft sichergestellt werden müssen.

¹³⁰ vgl. S. 7, Ziff. 1.3

¹³¹ Für weitergehende Ausführungen zum Erneuerungsfonds: Vgl. Wermelinger 2013, S. 148-167

Nach Auswertung der Umfrage, kann jedoch festgehalten werden, dass bei über der Hälfte der angefragten Verwaltungen sämtliche Liegenschaften über einen Erneuerungsfonds verfügen. Nur einige wenige gaben an, dass in der Regel 1 - 3% ihrer Liegenschaften keinen solchen unterhalten. Lediglich bei einer Verwaltung lag der Anteil der Liegenschaften ohne Erneuerungsfonds bei 10%. Damit kann festgehalten werden, dass der prozentuale Anteil an Liegenschaften mit einem Erneuerungsfonds der befragten Verwaltungen sehr hoch ist und demnach dessen Vorhandensein bei der Beantwortung der eigentlichen Frage nach der Praxistauglichkeit der beiden Sicherungsinstrumente ausser Acht gelassen werden kann. Der Erneuerungsfonds an sich bzw. ob es sinnvoll ist, einen solchen zu unterhalten, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit und wird daher nicht näher behandelt.

4.2.2 Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB)

Die Fragen betreffend das Gemeinschaftspfandrecht zielte bei allen drei Empfängergruppen hauptsächlich darauf ab, herauszufinden, wie oft dieses zur Anwendung gelangt und ob es jeweils erfolgreich durchgesetzt werden kann. Ebenso wurden die Befragten gebeten, die Gründe für dessen Versagen mitzuteilen. Da die Rückmeldungen wie bereits erwähnt alle ähnlicher Natur waren, wird nachfolgend nicht zwischen den einzelnen Empfängergruppen unterschieden, sondern die Rückmeldungen gesamthaft diskutiert. Gehen die Meinungen in gewissen Punkten auseinander, wird darauf hingewiesen.

4.2.2.1 Geltendmachung

Die Geltendmachung des Gemeinschaftspfandrechtes nach Art. 712i ZGB erfolgt gemäss Umfrage bei maximal 1 - 2% der verwalteten Stockwerkeigentümergeinschaften. Die Anzahl der zu verwaltenden Liegenschaften variierte dabei von rund 20 bis 140. Somit kann festgehalten werden, dass das Gemeinschaftspfandrecht grundsätzlich eher selten zur Anwendung gelangt – ob erfolgreich oder nicht wird an dieser Stelle noch nicht berücksichtigt.

4.2.2.2 Ausstehende Beiträge

Mit dem Pfandrecht werden wie vorgehend erläutert Beitragsforderungen im Sinne von Art. 712h ZGB sichergestellt. Gemäss Umfrage handelt es sich bei den ausstehenden Forderungen gleichermassen um allgemeine Betriebskosten, Beiträge an Renovationarbeiten sowie an den Erneuerungsfonds.

Einige Verwaltungen wiesen hier jedoch darauf hin, dass es bei Ihnen keine ausstehenden Beträge betreffend Renovationen oder sonstige grössere Unterhaltsarbeiten gibt, da diese erst durchgeführt werden, wenn die Finanzierung vollständig geregelt sei und damit das benötigte Kapital grundsätzlich zur Verfügung stehe. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass im Nachhinein offene Forderungen gegenüber den einzelnen Stockwerkeigentümern bestehen und mittels einem der beiden Sicherungsinstrumente durchgesetzt werden müssen.

4.2.2.3 Eintragung des Gemeinschaftspfandrechts

Die Befragten wurden gebeten, mitzuteilen, wann für eine offene Beitragsforderung das Pfandrecht geltend gemacht und wann darauf verzichtet resp. ein anderer Weg gewählt wird. Beinahe bei allen Rückmeldungen erfolgte das Vorgehen nach demselben Muster. Besteht eine offene Beitragsforderung, wird in einem ersten Schritt seitens der Verwaltung oder auch durch einen Rechtsanwalt der persönliche Kontakt zum Schuldner gesucht. Bei finanziellen Engpässen wird sodann versucht, ob man mittels einer Vereinbarung beispielsweise über Teilzahlungen zum Ziel kommt oder eine andere Lösung in diesem Sinne gefunden werden kann. Der Zweck dieser Verhandlungen ist grundsätzlich, gemeinsam mit dem einzelnen Stockwerkeigentümer eine Lösung zu finden, bevor das Pfandrecht geltend gemacht wird. Dies führe in der Regel zu einer grösseren Akzeptanz seitens des Schuldners, zudem werde das Verhältnis innerhalb der Gemeinschaft nicht so stark belastet.

Kann hingegen keine Lösung mit dem Schuldner gefunden werden oder bezahlt dieser die offene Forderung trotz mehrmaliger Mahnung dennoch nicht, kommt es in der Regel zur Eintragung des Grundpfandrechts nach Art. 712i ZGB. Einige wenige Liegenschaftsverwaltungen verzichten gänzlich auf den Zwischenschritt einer einvernehmlichen Lösungsfindung und beantragen standardmässig nach der zweiten Mahnung direkt die Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch. Jene wenigen Liegenschaftsverwaltungen, welche keine Eintragung des Grundpfandes im Grundbuch beantragen, verweisen an dieser Stelle auf die herkömmliche Betreuung gemäss SchKG.¹³²

Entsprechend einiger Rückmeldungen insbesondere von Rechtsanwälten, wird jedoch auch in solchen Fällen, in welchen offene Forderungen nicht beglichen werden, auf eine

¹³² Das Betreibungsverfahren nach SchKG ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, weshalb hier nicht näher darauf eingegangen wird. Für eine kurze Übersicht über das Betreibungsverfahren vgl. Bundesamt für Justiz, Betreuungsschalter: https://www.e-service.admin.ch/eschkg/cms/content/betreibung/allgemein_d [abgerufen am 13.08.2014]

Eintragung verzichtet. Die Argumentation bezieht sich hier stets das unausgewogene Kosten-/Nutzungsverhältnis, worauf nachfolgend näher eingegangen wird.

4.2.2.4 Erfolgsaussichten

Die Rückmeldungen hinsichtlich der Erfolgsaussichten bei der Verwertung des Pfandrechtes gehen weit auseinander. Die Bandbreite reicht von 0% bis hin zu 100%, in welchem eine bestehende Beitragsforderung durch die Geltendmachung des Pfandrechtes nach Art. 712i ZGB gedeckt werden konnte. Eine Verallgemeinerung, ob sich die Eintragung des Gemeinschaftspfandrechtes für den Gläubiger einer Forderung lohnt, kann somit nicht gemacht werden. Dies liegt zum Einen sicherlich darin, dass das Gemeinschaftspfandrecht nur in wenigen Fällen zur Anwendung gelangt, zum Anderen deren Erfolg auch von weiteren Umständen abhängig ist, auf welche nachfolgend Abschnitt eingegangen wird.

4.2.2.5 Schwachstellen / Verbesserungspotential

Die Rückmeldungen hinsichtlich der Schwachstellen und des Verbesserungspotentials des Gemeinschaftspfandrechtes sind je nach Empfängergruppe teilweise unterschiedlich und daher gesondert zu betrachten. Der meistgenannte Kritikpunkt der Liegenschaftsverwaltungen ist das Verfahren der Geltendmachung des Gemeinschaftspfandrechts, denn es sei im Vergleich zum Ergebnis sehr umständlich und langwierig. Diese Äusserungen decken sich mit jenen der Rechtsanwälte. Sie werfen dem Gemeinschaftspfandrecht vor, dass das Verfahren rascher und insbesondere kostengünstiger sein sollte. Ein Pfandrecht lohne sich lediglich bei „grösseren Forderungen (ab mindestens CHF 10'000), weil die Kosten ansonsten den Nutzen auffressen.“¹³³ Als Lösung werden hier von beiden Empfängergruppen unter anderem kürzere Prozesswege vorgeschlagen. An welchen Stellen sich jedoch der Prozess konkret optimieren und damit verkürzen liesse, lassen die Rückmeldungen offen.

Die Gerichte äussern sich zum Verfahren selbst tendenziell nicht. Es ist anzunehmen, dass der Grund hierfür einerseits darin liegt, dass es nur wenige Anwendungsfälle gibt, andererseits erachten sie die Schwachstellen des Gemeinschaftspfandrechts grundsätzlich als nicht rechtlicher sondern tatsächlicher Natur. Dies deckt sich wiederum mit den Äusserungen der beiden anderen Empfängergruppen. Denn wie den meisten Rückmeldungen entnommen werden kann, ist der Aufwand eines Verfahrens hauptsächlich im

¹³³ Rechtsanwalt

Verhältnis zum Ertrag viel zu hoch. In den Rückmeldungen wird nicht bemängelt, dass der Anspruch aufgrund unüberwindbarer gesetzlicher Anforderungen an das Verfahren wie beispielsweise der Glaubhaftmachung der Forderung etc. nicht durchsetzbar wäre – unbefriedigend und damit primärer Kritikpunkt ist vielmehr stets das Endergebnis.

Um dieses zu verbessern oder zumindest die Chance der Stockwerkeigentümergeinschaft auf die Begleichung der ausstehenden Forderung bei Pfandverwertung zu erhöhen, wird vorgeschlagen, das Gemeinschaftspfandrecht den übrigen Hypotheken vorgehend und damit im ersten Rang im Grundbuch einzutragen. Somit würde bei einer Pfandverwertung vorab die Stockwerkeigentümergeinschaft befriedigt werden. Die Lösung wäre aus Sicht der Stockwerkeigentümergeinschaft resp. eines Gläubigers einer Beitragsforderung sicherlich wünschenswert, immerhin würde damit das Risiko, bei einer Pfandverwertung infolge der vorangehenden Pfandrechte leer auszugehen, erheblich minimiert werden. Dass eine solche Regelung bei übrigen Pfandrechtsgläubigern auf Akzeptanz stossen würde, ist hingegen nicht anzunehmen.

Zusammenfassend kann gestützt auf die Umfrage festgehalten werden, dass das Gemeinschaftspfandrecht in seinem Ergebnis enttäuschend ist. Die Schwachstellen sind – abgesehen von der langen Prozessdauer und den hohen Kosten – jedoch in erster Linie nicht rechtlicher sondern tatsächlicher Natur: Die heutige Gesellschaft lebt oft weit über ihren finanziellen Verhältnissen – hier hilft auch die Sicherung einer Forderung mittels eines Pfandrechts nicht mehr weiter.

4.2.3 Retentionsrecht (Art. 712k ZGB)

Entsprechend dem Pfandrecht sollte mittels der Umfrage herausgefunden werden, wie sich das Retentionsrecht in der Praxis verhält. Die Rückmeldungen waren jedoch eher ernüchternd: Lediglich einem Gericht und zwei Liegenschaftsverwaltungen waren je ein Fall bekannt, in denen das Retentionsrecht geltend gemacht wurde. Bei der einen Liegenschaftsverwaltung war die Geltendmachung erfolgreich, bei der anderen waren keine verwertbaren Aktiven zu holen. Das Gericht äusserte sich nicht zum Ausgang des Verfahrens.

Somit kann gemäss den Rückmeldungen davon ausgegangen werden, dass auf das Retentionsrecht bei ausstehenden Beitragsforderungen nur sehr selten zurückgegriffen wird. Begründet wurde dies von allen drei Empfängergruppen dahingehend, dass ein Schuldner sich in der Regel in einem finanziellen Engpass befinde und es kaum möglich sei, mit Hilfe des Retentionsrechts verwertbare Aktiven für die Gemeinschaft sicherzustellen. Luxusmöbel oder dergleichen seien nur in den seltensten Fällen vorhanden,

doch auch wenn, könne kaum ein nennenswertes Ergebnis erzielt werden. Hinzu komme, dass der grösste Teil der Wohnungseinrichtung gemäss Rückmeldung der Gerichte oft zum Kompetenzgut des Schuldners gehört und damit nicht pfändbar ist.

Als einzig positiver Punkt hinsichtlich der Praxistauglichkeit des Retentionsrechts führten diverse Liegenschaftsverwaltungen auf, dass dieses sich gut als Druckmittel gegenüber einem Schuldner einsetzen lasse und so doch noch seinen Zweck – wenn auch nicht den ursprünglichen – erfülle.

Chancen oder Verbesserungspotential wurden im Retentionsrecht nach Art. 712i ZGB keine erkannt. Die Rückmeldungen waren durchwegs negativ, was wiederum die niedrige Geltendmachungsquote in der Praxis erklärt.

5 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass eine offene Beitragsforderung durch das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) besser geschützt zu sein scheint als durch das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB). Zwar wird dem Eintragungsverfahren beim Gemeinschaftspfandrecht vorgeworfen, dass es langwierig und kostspielig sei, doch scheint es seinem Schutzzweck grundsätzlich besser gerecht zu werden. Hauptkritikpunkt war das oft unbefriedigende Verwertungsergebnis und der damit verbundene Pfandausfall. Dieser ist jedoch nicht rechtlicher sondern tatsächlicher Natur.

Die erstellte Hypothese, dass das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) unter Vorbehalt der erfolgreichen Pfandverwertung ein wirksames Sicherungsinstrument darstellt, kann nach Auswertung der Umfrage bestätigt werden. Ebenso, dass es sich beim Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) vielmehr um einen Mythos als um ein wirkungsvolles Sicherungsinstrument der Stockwerkeigentümergeinschaft handelt. Das Retentionsrecht wird seiner Schutzfunktion nicht gerecht. Es stellt sich die Frage, ob an dessen Stelle eine andere neue Sicherungsmöglichkeit gefunden werden sollte.

D Schlussbetrachtung

1 Fazit

Nach der einleitenden Erläuterung der gesetzlichen Grundlagen und der Funktionsweise der beiden Sicherungsinstrumente von Art. 712i und 712k ZGB kann abschliessend festgehalten werden, dass die Frage nach der Praxistauglichkeit im Hinblick auf deren Schutzzweck nach Auswertung der Umfrage gesondert zu beantworten ist.

Beim Gemeinschaftspfandrecht gemäss Art. 712i ZGB steht der Stockwerkeigentümergeinschaft aus rechtlicher Sicht grundsätzlich ein wirksames Sicherungsinstrument zur Verfügung. Im Hinblick auf den tatsächlichen Schutz bleibt jedoch zu bemerken, dass dieser nicht restlos gegeben ist. Die Rückmeldungen aus der Praxis lassen darauf schliessen, dass die Stockwerkeigentümergeinschaften aufgrund der vorangehenden Pfandrechte bei der Pfandverwertung regelmässig einen Pfandausfall erleiden. Das Gemeinschaftspfandrecht kommt somit seinem Sicherungszweck aus rechtlicher Sicht zwar nach – tatsächlich kann der Schutz der Stockwerkeigentümergeinschaft hingegen nicht vollumfänglich gewährleistet werden.

Der Schutz der Stockwerkeigentümergeinschaft durch das Retentionsrecht nach Art. 712k ZGB ist demgegenüber sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Sicht zu verneinen. Rechtlich erfährt das Retentionsrecht durch das Mietrecht zu viele Einschränkungen, indem es lediglich bei Geschäftsräumen oder nicht vermieteten Stockwerkeinheiten anwendbar ist. In tatsächlicher Hinsicht fehlt es oft an pfänd- und verwertbaren Gegenständen. Der Schutz der Stockwerkeigentümergeinschaft in der Praxis durch Art. 712k ZGB ist somit zu verneinen und als Mythos zu bezeichnen. Eine Abschaffung des Retentionsrechts resp. dessen Ersatz durch eine neues Sicherungsinstrument wäre demzufolge zu prüfen.

Damit steht der Stockwerkeigentümergeinschaft lediglich mit dem Gemeinschaftspfandrecht nach Art. 712i ZGB ein wirksames Sicherungsinstrument zur Verfügung, wobei es bei diesem oft an einer erfolgreichen Pfandverwertung mangelt. Dies ist jedoch nicht Folge der gesetzlichen Bestimmung selbst sondern der heutigen Gesellschaft.

2 Diskussion

Die Methode der Umfrage sowie die Auswahl der angeschriebenen Personen schienen im Nachhinein korrekt gewählt. Allenfalls wären einige ergänzende Interviews sinnvoll gewesen, um vertiefte Rückmeldungen zu erhalten oder in gewissen Punkten nachfragen zu können.

Die Anzahl der befragten Personen, Gerichte und Liegenschaftsverwaltungen war im Hinblick auf die erhaltenen Rückmeldungen ausreichend. Aufgrund der identischen gesetzlichen Grundlage ist nicht anzunehmen, dass weitere Rückmeldungen beispielsweise aus anderen Gegenden der Schweiz zusätzliche Erkenntnisse gebracht hätten.

Die gestellten Fragen waren zielführend, dennoch hätte ein geringerer Umfang die Rücklaufquote sicherlich erhöht. Einen positiven Effekt auf die Rücklaufquote hatte hingegen, dass die befragten Personen vorgängig entweder telefonisch oder per Email über die Umfrage orientiert wurden.

3 Ausblick

Interessant wäre an diese Stelle ein Rechtsvergleich mit dem Ausland, um zu sehen, wie in unseren Nachbarländern das Institut des Stockwerkeigentums rechtlich geregelt wird und welche Sicherungsinstrumente in diesem Zusammenhang bestehen. Zudem wäre deren Praxistauglichkeit zu überprüfen und mit unseren Sicherungsinstrumenten zu vergleichen.

Ebenso wäre es interessant, das Verfahren des Gemeinschaftspfandrechts genauer zu untersuchen und dessen Verbesserungsmöglichkeiten in finanzieller als auch zeitlicher Sicht darzulegen. Zudem könnte die Einführung eines Rangprivilegs des Gemeinschaftspfandrechts gegenüber anderen Pfandrechten wie auch die gänzliche Abschaffung des Retentionsrechts überprüft werden.

Eine Bestimmung gegen die Überschuldung der Gesellschaft und deren Folgen, welche sich eindrücklich am Beispiel des Gemeinschaftspfandrechts zeigen, zu finden, scheint eher schwierig – wenn nicht unmöglich – zu sein. Dennoch sollte nach einer Möglichkeit gesucht werden, um die tatsächliche Praxistauglichkeit des Gemeinschaftspfandrechts zu erhöhen.

Literaturverzeichnis

Büchler, A./Jakob, D. (2012): Kurzkomentar ZGB, Basel 2012

Birrer, M. (2013), in: Der Schweizerische Beobachter (Hrsg.): Stockwerkeigentum, 6. Auflage, Calbe 2013

Honsell, H./Vogt, N./Geiser, Th. (2011): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Art. 1 – 61 SchIT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011

Kren Kostkiewicz, J./Nobel, P./Schwander, I./Wolf, St. (2011): ZGB – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2011

Müller, Ch. (1973): Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1973 (zugl. Diss. Univ. Zürich 1973)

Müller, K. (1975): Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, 3. Auflage, Bern 1975 (zugl. Diss. Univ. Zürich)

Peter-Ruetschi, T. (1987): Das Schweizerische Stockwerkeigentum, 6. Auflage, Zürich 1980

Rey, H./Maetzke, L. (2009): Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009

Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Rumo-Jungo, A. (2009): Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009

Wermelinger, A. (2014): Das Stockwerkeigentum – Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014

Wermelinger, A. (2013): Der Erneuerungsfonds – Fallstricke bei Einrichtung, Äufnung und Verwendung, in: Wermelinger, A. (Hrsg.): Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013

Internetquellen

Bundesamt für Wohnungswesen: <http://www.bwo.admin.ch/dokumentation/00101/00105/index.html?lang=de> [abgerufen am 14.08.2014]

Anhang 1: Fragebogen Liegenschaftsverwaltungen

1. Allgemeine Angaben

- a) Anzahl der zu verwaltenden Liegenschaften mit Stockwerkeigentumseinheiten
- b) Durchschnittliche Anzahl Stockwerkeigentumseinheiten pro Liegenschaft
- c) Durchschnittliches Volumen der einzelnen Liegenschaften
- d) Standort der einzelnen Liegenschaften (Region/Stadt)

2. Erneuerungsfonds

- a) Unterhalten sämtliche Stockwerkeigentümergeinschaften einen Erneuerungsfonds? Falls nein, wie viele Prozent der Stockwerkeigentümergeinschaften tun dies nicht (ungefähre Angabe)?
- b) Wie wird der jeweilige Beitrag berechnet?
- c) Können die Kosten einer Instandstellung, Sanierung etc. der Liegenschaft durch den Erneuerungsfonds grundsätzlich gedeckt werden? Falls nein, zu wie vielen Prozenten sind die Kosten grundsätzlich gedeckt resp. nicht gedeckt?
- d) Was sind die Gründe/Einwände der Stockwerkeigentümergeinschaften, dass kein Erneuerungsfonds gebildet wird?

3. Pfandrecht

- a) Bei wie vielen Stockwerkeigentümergeinschaften kommt es zur Eintragung eines Pfandrechts im Grundbuch (in Prozent)?
- b) Welcher Art sind die ausstehenden Forderungen (allgemeiner Unterhalt, Instandsetzung oder wertvermehrende Aufwendungen)?
- c) Wird bei offenen Beiträgen immer ein Pfandrecht eingetragen? Falls nein, weshalb wird darauf verzichtet?
- d) In wie vielen Fällen von bestehenden offenen Forderungen kommt es zu einer Pfandverwertung (in Prozent)?
- e) In wie vielen Prozent der Fälle ist die Pfandverwertung jeweils erfolgreich? Was sind die Gründe für deren Versagen?

4. Retentionsrecht

- a.) Bei wie vielen Stockwerkeigentümergeinschaften kommt es zur Geltendmachung des Retentionsrechts (in Prozent)?
- b.) Welcher Art sind die ausstehenden Forderungen (allgemeiner Unterhalt, Instandsetzung oder wertvermehrnde Aufwendungen)?
- c.) In wie vielen Prozent der Fälle ist die Geltendmachung des Retentionsrechts jeweils erfolgreich? Was sind die Gründe für deren Versagen?

5. Abschließende Fragen

- a.) Wann entscheidet sich die Stockwerkeigentümergeinschaft für die Geltendmachung ihres Retentionsrechts? In welchen Fällen für das Pfandrecht?
- b.) Funktionieren die beiden Sicherungsinstrumente Ihrer Meinung nach in der Praxis? Wenn nein, weshalb nicht?
- c.) Welches der beiden Sicherungsinstrumente funktioniert besser und weshalb?
- d.) Welche Liegenschaften sind am meisten von ausstehenden Beitragsleistungen betroffen? Kleine oder grössere, Alt- oder Neubauten?
- e.) In wie vielen Fällen können sich die Stockwerkeigentümer einigen und in wie vielen Fällen kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung (in Prozenten)?
- f.) Wo liegt Ihrer Meinung nach das Verbesserungspotential?

Anhang 2: Fragebogen Rechtsanwälte

Ausgangslage: Eine Stockwerkeigentümergeinschaft resp. deren Verwaltung ersucht sie bei der Durchsetzung einer Forderung betreffend einen Beitrag an die gemeinsamen Kosten gegen einen einzelnen Stockwerkeigentümer um Hilfe.

1. Allgemeine Angaben

- a) Mit wie vielen solchen Fällen werden Sie durchschnittlich im Jahr konfrontiert?
- b) Wo liegen die betreffenden Liegenschaften (Region/Stadt)?
- c) Wie hoch ist die durchschnittliche Anzahl von Stockwerkeigentumseinheiten der betroffenen Liegenschaften?
- d) Sind Liegenschaften mit niedriger Anzahl an Stockwerkeigentumseinheiten weniger betroffen als solche mit vielen?

2. Pfandrecht

- a) Bei wie vielen Stockwerkeigentümergeinschaften kommt es zur Eintragung eines Pfandrechts im Grundbuch (in Prozent)?
- b) Welcher Art sind die ausstehenden Forderungen (allgemeiner Unterhalt, Instandsetzung oder wertvermehrende Aufwendungen)?
- c) Wird bei offenen Beiträgen immer ein Pfandrecht eingetragen? Falls nein, weshalb wird darauf verzichtet?
- d) In wie vielen Fällen von bestehenden offenen Forderungen mit Grundbucheintragung kommt es zu einer Pfandverwertung (in Prozent)?
- e) In wie vielen Prozent der Fälle ist die Pfandverwertung jeweils erfolgreich? Was sind die Gründe für deren Versagen?

3. Retentionsrecht

- a) Bei wie vielen Stockwerkeigentümergeinschaften kommt es zur Geltendmachung des Retentionsrechts (in Prozent)?
- b) Welcher Art sind die ausstehenden Forderungen (allgemeiner Unterhalt, Instandsetzung oder wertvermehrende Aufwendungen)?

- c) In wie vielen Prozent der Fälle ist die Geltendmachung des Retentionsrechts jeweils erfolgreich? Was sind die Gründe für deren Versagen?

4. Abschließende Fragen

- a) Wann ist es als Stockwerkeigentümergeinschaft sinnvoll, sich für die Geltendmachung des Retentionsrechts zu entscheiden? In welchen Fällen für das Pfandrecht?
- b) Funktionieren die beiden Sicherungsinstrumente Ihrer Meinung nach in der Praxis? Wenn nein, weshalb nicht?
- c) Welches der beiden Sicherungsinstrumente funktioniert besser und weshalb?
- d) In wie vielen Fällen kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung?
- e) Wo liegt Ihrer Meinung nach das Verbesserungspotential?

Anhang 3: Fragebogen Gerichte

Ausgangslage: Ein Stockwerkeigentümer leistet seinen Beitrag an die gemeinsamen Kosten nicht. Die Stockwerkeigentümergeinschaft möchte ihre Forderung nun mittels dem Gemeinschaftspfandrecht oder dem Retentionsrecht durchsetzen.

1. Allgemeine Angaben

- a) Mit wie vielen solchen Fällen wird das Gericht jährlich konfrontiert?
- b) Wo liegen die jeweils betreffenden Liegenschaften (Region/Stadt)?
- c) Wie hoch ist die durchschnittliche Anzahl von Stockwerkeigentumseinheiten der betroffenen Liegenschaften?

2. Pfandrecht (Art. 712i ZGB)

- a) Wie hoch ist die Erfolgsquote bei der Durchsetzung der Forderung mittels Pfandrechts?
- b) Wo liegen die Probleme bei der Durchsetzbarkeit?
- c) Wo besteht aus Sicht der Gerichte Verbesserungspotential hinsichtlich der bestehenden gesetzlichen Bestimmung?

3. Retentionsrecht (Art. 712k ZGB)

- a) Wie hoch ist die Erfolgsquote bei der Durchsetzung der Forderung mittels Retentionsrechts?
- b) Wo liegen die Probleme bei der Durchsetzbarkeit?
- c) Wo besteht aus Sicht der Gerichte Verbesserungspotential hinsichtlich der bestehenden gesetzlichen Bestimmung?

4. Abschließende Fragen

- a) Wann ist es als Stockwerkeigentümergeinschaft sinnvoll, sich für die Geltendmachung des Retentionsrechts zu entscheiden? In welchen Fällen für das Pfandrecht?
- b) Auf welches Sicherungsinstrument wird von der Stockwerkeigentümergeinschaft öfter zurückgegriffen (Verhältnisangabe erwünscht)?

- c) Funktionieren die beiden Sicherungsinstrumente Ihrer Meinung nach in der Praxis? Ist der einzelne Stockwerkeigentümer von Gesetz wegen ausreichend geschützt? Wenn nein, weshalb nicht?
- d) Welches der beiden Sicherungsinstrumente funktioniert besser und weshalb?
- e) Wo liegt Ihrer Meinung nach das Verbesserungspotential?

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Das Gemeinschaftspfandrecht (Art. 712i ZGB) und das Retentionsrecht (Art. 712k ZGB) als Sicherungsinstrumente der Stockwerkeigentümergeinschaft: Mythos oder Realität?“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe.

Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Zürich, den 18. August 2014

Leslie Beck