

## Urteilkopf

134 III 481

77. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A\_149/2007 vom 10. Juli 2008

**Regeste (de):**

Art. 712m Abs. 2, Art. 68 ZGB; Wahl des Verwalters und des Abwarts einer Stockwerkeigentümergeinschaft sowie Festsetzung der Entschädigung; Ausschliessung vom Stimmrecht.

Aufgrund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB findet die Vorschrift über die Ausschliessung vom Stimmrecht (Art. 68 ZGB) auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung (E. 3.4).

Bei der Wahl des Verwalters handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB, sondern um einen internen Verwaltungsakt, sodass auch ein Stockwerkeigentümer an einem Beschluss teilnehmen kann, welcher seine Wahl zum Verwalter betrifft (E. 3.5).

Rechtsgeschäfte gemäss Art. 68 ZGB sind hingegen der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Verwalter (E. 3.6) und die Wahl eines Abwarts sowie der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für dessen Tätigkeit (E. 3.7), sodass der betreffende Stockwerkeigentümer an dieser Beschlussfassung nicht stimmberechtigt ist.

Ist ein Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht ausgeschlossen, so gilt dies auch dann, wenn er einen nicht vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer vertritt (E. 3.8).

Unter Verletzung von Art. 68 ZGB abgegebene Stimmen sind als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen (E. 3.9).

**Regeste (fr):**

Art. 712m al. 2, art. 68 CC; nomination de l'administrateur et du concierge de la communauté des copropriétaires d'étages ainsi que fixation de l'indemnité; privation du droit de vote.

De par le renvoi prévu à l'art. 712m al. 2 CC, la disposition sur la privation du droit de vote (art. 68 CC) s'applique à l'assemblée des copropriétaires d'étages (consid. 3.4).

La nomination de l'administrateur ne constitue pas une affaire au sens de l'art. 68 CC, mais un acte d'administration interne, de sorte que le propriétaire d'étage peut participer à une décision concernant sa propre nomination en tant qu'administrateur (consid. 3.5).

Constituent cependant des affaires au sens de l'art. 68 CC la décision relative à l'octroi d'une rémunération pour l'activité déployée en tant qu'administrateur (consid. 3.6), le choix d'un concierge ainsi que la décision relative à son éventuelle rémunération (consid. 3.7), si bien que le propriétaire d'étage concerné ne peut participer à cette prise de décisions.

Lorsqu'un propriétaire d'étage est exclu du droit de vote, cette exclusion vaut également lorsqu'il représente un propriétaire d'étage qui n'est pas privé du droit de vote (consid. 3.8).

Les voix exprimées en violation de l'art. 68 CC ne sont pas valables et ne doivent pas être comptées. Le fait de n'avoir pas participé à l'assemblée n'empêche pas de se prévaloir de l'art. 68 CC (consid. 3.9).

**Regesto (it):**

Art. 712m cpv. 2, art. 68 CC; nomina dell'amministratore e del portinaio in una comunione di comproprietari per piani e fissazione dell'indennità; esclusione dal diritto di voto.

In virtù del rinvio contenuto nell'art. 712m cpv. 2 CC, la disposizione sull'esclusione dal diritto di voto (art. 68 CC) è anche applicabile all'assemblea dei comproprietari per piani (consid. 3.4).

La nomina di un amministratore non costituisce un interesse privato nel senso dell'art. 68 CC, ma è un atto d'amministrazione interno, cosicché un comproprietario per piani può partecipare ad una risoluzione che riguarda la sua nomina quale amministratore (consid. 3.5).

Costituiscono per contro degli interessi privati nel senso dell'art. 68 CC le risoluzioni concernenti la remunerazione per l'attività di amministratore (consid. 3.6), la nomina di un portinaio e la remunerazione della sua attività (consid. 3.7), cosicché il comproprietario per piani interessato è escluso dal diritto di voto in tale risoluzione.

L'esclusione di un comproprietario per piani dal diritto di voto vale anche qualora egli rappresenti un altro comproprietario non escluso dal diritto di voto (consid. 3.8).

I voti espressi in violazione dell'art. 68 CC devono essere considerati non validi e non devono essere contati. La mancata partecipazione all'assemblea non impedisce di prevalersi dell'art. 68 CC (consid. 3.9).

Sachverhalt ab Seite 482

BGE 134 III 481 S. 482

A. X. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin eines Stockwerkeigentumsanteils von 250/1000 in der Überbauung Y. in F. Am 27. September 2003 luden A.B. und die Y. AG die Stockwerkeigentümer (damals die Beschwerdeführerin, E., A.B. und die Y. AG) zu einer ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung auf den 5. November 2003 in Z. ein. Als Traktanden kündigten sie u.a. an: - Neuwahl des Verwalters;

- Wahl des Abwarts;

- Festsetzen der Entschädigung für Verwalter und Abwart.

BGE 134 III 481 S. 483

Mit Schreiben vom 11. bzw. 14. Oktober 2003 beantragten sowohl die Beschwerdeführerin als auch E. eine Verschiebung der Versammlung und schlugen vor, diese am 27. Dezember 2003 in F. abzuhalten. Gleichzeitig verlangten sie die Traktandierung verschiedener Verhandlungsgegenstände. Gleichwohl wurde die Versammlung am 5. November 2003 durchgeführt. Unter Berufung auf die mangelnde Beschlussfähigkeit der Versammlung luden A.B. und die Y. AG am 14. November 2003 erneut zu einer ausserordentlichen Versammlung, und zwar auf den 16. Dezember 2003 in Z. Die Beschwerdeführerin hielt mit Schreiben vom 20. November 2003 an ihrem Verschiebungsgesuch fest und beantragte, die Versammlung am 29. Dezember 2003 in F. abzuhalten. E. und ihr Ehegatte schlugen mit Schreiben vom 4. Dezember 2003 erneut den 27. Dezember 2003 als Versammlungstermin vor. Trotz dieser erneuten Verschiebungsanträge wurde die ausserordentliche Stockwerkeigentümerversammlung am 16. Dezember 2003 in Abwesenheit und ohne Vertretung der Beschwerdeführerin und E. durchgeführt. Anwesend waren A.B. als Vertreter der Y. AG sowie dessen Ehefrau, C.B., als seine Vertreterin. Am 18. Dezember 2003 wurde den Stockwerkeigentümern das Protokoll zugesandt.

B. Am 19. Januar 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Z. gegen die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer Haus Y. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) eine Anfechtungsklage ein. Darin beantragte sie die Ungültigerklärung der Stockwerkeigentümerversammlung vom 16. Dezember 2003, eventualiter die Aufhebung verschiedener an dieser Versammlung gefassten Beschlüsse. Mit Urteil vom 21. November 2005 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

C. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts reichte die Beschwerdeführerin am 10. Januar 2006 Berufung beim Kantonsgericht Wallis im Wesentlichen mit den nämlichen Anträgen ein. Mit Urteil vom 26. Februar 2007 wies dieses die Berufung ab, soweit es darauf eintrat.

D. Mit Beschwerde vom 16. April 2007 beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht die Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils sowie die Ungültig- bzw. Nichtigklärung der Stockwerkeigentümersversammlung vom 16. Dezember 2003 aufgrund ihres Ausschlusses, eventualiter die Aufhebung u.a. folgender Beschlüsse:

BGE 134 III 481 S. 484

- Ziffer 2 (Neuwahl eines Verwalters);
- Ziffer 3 (Wahl eines Abwarts);
- Ziffer 4 (Festsetzung Entschädigung für Verwalter und Abwart). Die Beschwerdegegnerin schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 28. Februar 2008 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

#### Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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

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

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich eine bevollmächtigte Person nicht selber zum Verwalter wählen und zusätzlich ihre eigene Entschädigung festlegen könne. Auch wenn sich die Beschwerdeführerin - wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung geltend macht - diesbezüglich ebenfalls auf eine Wiederholung ihrer Ausführungen beschränkt, die sie bereits gegenüber der Vorinstanz vorgebracht hat, ist insofern auf die Beschwerde einzutreten, da es sich um rechtliche Vorbringen und nicht um Rügen an der Sachverhaltsfeststellung handelt und sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf die Argumentation des Bezirksgerichts gestützt hat.

3.3. Die Versammlung der Stockwerkeigentümer hat die Befugnis, den Verwalter zu bestellen und die Aufsicht über dessen Tätigkeit zu

BGE 134 III 481 S. 485

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

3.4 Ob und in welchem Ausmass Art. 68 ZGB kraft der Verweisnorm von Art. 712m Abs. 2 ZGB auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung findet, wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher offengelassen (Urteil 5C.239/2005 vom 5. Mai 2006, E. 4.1, 4.3, publ. in: ZBGR 87/2006 S. 389 f., mit Hinweis auf BGE 127 III 506 E. 3d S. 512) und ist in der Lehre umstritten. Teilweise wird die Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB auf die Stockwerkeigentümersammlung bejaht (MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N. 74 zu Art. 712m ZGB; MÜLLER, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1973, S. 93; REY, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Zürich 2001, Rz. 441 S. 115; RIEMER, Die Anwendung des Vereinsrechtes auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, in: ZBGR 56/1975 S. 264; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 144 zu Art. 712m ZGB).

Gegen die Anwendung von Art. 68 ZGB wird angeführt, dass der Stimmrechtsausschluss insbesondere in kleinen Gemeinschaften, an welchen eine Grossfamilie mit mehreren Stockwerkeinheiten beteiligt sei, zu einer vollständigen Verzerrung der Mehrheitsverhältnisse führen könne (WEBER, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Diss. Zürich 1979, S. 337). Ausserdem verfolge der Verein einen nicht wirtschaftlichen Zweck, während die Stockwerkeigentümer BGE 134 III 481 S. 486

eine Objektsgemeinschaft bildeten, welche auf wirtschaftlichen Beziehungen beruhe, indem durch Versammlungsbeschlüsse jeder Einzelne grundsätzlich direkt betroffen werde (WEBER, a.a.O., S. 337; vgl. auch STEINAUER, Les droits réels, Bd. 1, 4. Aufl., Bern 2007, Rz. 1318c S. 459). Schliesslich sei der Stimmrechtsausschluss für den Fall des Ausschlusses eines Mitglieds in Art. 649b Abs. 2 ZGB geregelt, was nicht erforderlich wäre, wenn das Stimmrecht aufgrund von Art. 68 ZGB ohnehin ruhte (STEINAUER, a.a.O., Rz. 1318c S. 459; vgl. auch WEBER, a.a.O., S. 337). Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Gerade weil die einzelnen Stockwerkeigentümer in der Regel nicht einen gemeinsamen Zweck, sondern eigene - und somit möglicherweise gegenläufige - wirtschaftliche Interessen verfolgen, welche durch die Beschlüsse der Gemeinschaft unmittelbar tangiert sein können, besteht ein besonderes Bedürfnis nach einem Stimmrechtsausschluss nach Art. 68 ZGB. Dies gilt erst recht für Stockwerkeinheiten, in welchen eine Mehrheit der Eigentümer familiär verbunden ist und beabsichtigt, untereinander oder mit gemäss dieser Bestimmung nahe stehenden Personen ein Rechtsgeschäft abzuschliessen. Auch spricht die Vorschrift betreffend Stimmrechtsausschluss bei Ausschluss eines Mitglieds in Art. 649b Abs. 2 ZGB nicht gegen die Anwendung von Art. 68 ZGB, da die Stockwerkeigentümergeinschaft im Vergleich zur Gemeinschaft der Miteigentümer eher körperschaftliche Züge aufweist (vgl. MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 47 der Vorbemerkungen zu den Art. 712a-712t ZGB). Art. 68 ZGB findet somit aufgrund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB auf die Stockwerkeigentümerversammlung Anwendung.

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

zu Art. 712m ZGB, N. 90 zu Art. 712q ZGB; WERMELINGER, a.a.O., N. 47 zu Art. 712q ZGB).

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

3.7 Was den Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung Ziffer 3 (Wahl eines Abwarts) sowie den Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Abwart betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diesem - im Gegensatz zum Verwalter - nach Gesetz und Reglement keine organähnliche Stellung zukommt, da die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft grundsätzlich nicht entscheidend von ihm abhängt (zur Stellung des Verwalters vgl. MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 11 f. zu Art. 712q ZGB, N. 8 ff. zu Art. 712m ZGB; REY, a.a.O., Rz. 361 S. 95; WERMELINGER, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 712q ZGB). Dementsprechend stellt die Ernennung zum Abwart keinen mit der Wahl des Verwalters vergleichbaren internen Verwaltungsakt dar. Vielmehr steht bei ihr das rechtsgeschäftliche Element im Vordergrund, welches in aller Regel im Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht. Sie stellt daher ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB dar und untersteht dem Stimmrechtsausschluss gemäss dieser Vorschrift.

Daran ändert auch der vorinstanzliche Hinweis nichts, dass die Tätigkeit des Abwarts der Aufsicht der Stockwerkeigentümerversammlung untersteht und damit allfälligen Interessenkonflikten Rechnung getragen werden kann. Stellt bereits die Begründung des Vertragsverhältnisses ein Rechtsgeschäft

i.S. von Art. 68 ZGB dar, so vermag die Möglichkeit der nachträglichen Aufsicht und der Verhinderung weiterer Interessenkonflikte diesen Mangel nicht zu heilen.

3.8 Somit waren C.B. und ihr Ehemann zur Teilnahme an der Wahl des Verwalters, nicht aber an der Wahl des Abwirts sowie am

BGE 134 III 481 S. 488

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

3.9 Demgemäss sind die von C.B. und ihrem Ehemann abgegebenen Stimmen hinsichtlich der Wahl des Abwirts sowie des Beschlusses über die Entlohnung als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen (HEINI/SCHERRER, a.a.O., N. 12 zu Art. 68 ZGB). Da diese beiden Personen unbestrittenermassen die einzigen Teilnehmer der Stockwerkeigentümersammlung waren, ist der betreffende Beschluss nicht zustande gekommen (HEINI/SCHERRER, a.a.O., N. 12 zu Art. 68 ZGB; RIEMER, Berner Kommentar, N. 111 zu Art. 75 ZGB; so im Ergebnis auch HEINI/PORTMANN, a.a.O., Rz. 244 S. 114). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin mit E. an der Stockwerkeigentümersammlung hätte teilnehmen und die betreffende Beschlussfassung verhindern können. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen (vgl. zur Aktivlegitimation betreffend Klage auf Nichtigerklärung RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, Rz. 294 S. 138).

Soweit sich die Beschwerde auf den Beschluss Ziffer 2 (Neuwahl eines Verwalters) bezieht, ist sie somit abzuweisen; soweit sie sich auf die Beschlüsse Ziffer 3 (Wahl eines Abwirts) und 4 (Festsetzung Entschädigung für Verwalter und Abwirt) bezieht, ist sie gutzuheissen.