

# ZH\_OBERGERICHT LB120061 vom 9. April 2013

ZH Obergericht, 2013-04-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB120061](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120061)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB120061 du 9 avril 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LB120061 del 9 aprile 2013

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger ist mit einer Wertquote von 62/1000 Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft "B.\_\_\_\_\_" an der C.\_\_\_\_\_-Strasse .. in D.\_\_\_\_\_. An der Eigentümerversammlung vom 25. August 2010 war eine Abstimmung darüber traktandiert gewesen, ob die bereits fertig gestellten Terrassenbrüstungen – Glasgeländer mit Klarglas, welche als Ersatz für Pflanzentröge erstellt worden waren – in den Wohneinheiten von vier Stockwerkeigentümern definitiv belassen werden dürfen. Der Kläger erteilte die Genehmigung nicht. Umstritten ist, ob die Genehmigung trotz der Gegenstimme des Klägers rechtsgültig zustande gekommen ist.

### E. 2

Die Frage, ob der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 25. August 2010 (act. 2/3) nichtig oder anfechtbar ist, stellt sich – wie der Kläger selber ausführt – in der Tat nicht, wenn der Beschluss fristgerecht angefochten wird, was hier geschehen ist (act. 24 S. 3 f.).

- 9 -

### E. 3

Der Kläger weist darauf hin, dass das Haus C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ aus den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts stammt und die fraglichen Balkone/Terrassen – wie damals üblich – mit Pflanztrögen versehen wurden, so dass sie nur Brüstungen, jedoch keine Geländer hatten (act. 24 Rz 5). Der Kläger geht davon aus, dass sie im Sonderrecht der jeweiligen Stockwerkeigentümer stehen bzw. standen: die Gemeinschaft habe daher auch nichts dazu zu sagen, wenn diese entfernt würden. Allerdings habe sich die Geländerfrage nur wegen der Entfernung der Tröge gestellt, weil erst dadurch die Höhe der ursprünglichen Brüstungen zu niedrig geworden sei. Weil die Brüstungen zur äusseren Gestalt des Gebäudes gehört, wirke sich die Veränderung auf die Fassade als solche aus. Mangels Einigung über die Geländer, hätten die Pflanztröge belassen werden müssen (vgl. zum Ganzen act. 24 S. 4 ff.). Das Ziel des Umbaus der Terrassen sei eine Vergrösserung der Terrasse und damit eine Bequemlichkeit im Gebrauch i.S.v. Art. 647e Abs. 1 ZGB. a) Was es zu beurteilen gilt, sind bauliche Veränderungen, wofür die Regeln von Art. 647c bis e ZGB massgeblich sind, sofern sich aus allfälligen Reglementen der jeweiligen Stockwerkeigentümergeinschaft nichts Abweichendes ergibt. Bei den Akten liegt das Reglement über die Benützung und Verwaltung des Grundstückes für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer "B.\_\_\_\_\_", Kat. Nr. ..., C.\_\_\_\_\_-strasse .. und .. in D.\_\_\_\_\_" (act. 2/4; act. 19/1). Im vorliegenden Zusammenhang sind von Bedeutung: ■ Art. 3 (Teile an denen Sonderrechte bestehen) ■ Art. 4 (Gemeinschaftliche Teile). Erwähnt ist u.a. • "die Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes

oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind (wie u.a. Fundament, Umfassungsmauern, Stützmauern, Tragwände, Decken, Dach etc.)" • "Teile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen".

- 10 - ■ Art. 5 (Grundsatz) • Ziff. 1: Freiheit in der Benützung und baulichen Ausgestaltung der eigenen Räume, "soweit dies mit den gleichen Rechten jedes anderen Stockwerkeigentümers und den Interessen der Gemeinschaft vereinbar ist, oder dieses Reglement keine Einschränkungen enthält". • Ziff. 2: "Innerhalb des Stockwerkes kann der Stockwerkeigentümer Bauteile beseitigen oder umgestalten, soweit dadurch der Bestand, die konstruktive Gliederung oder die Festigkeit des Gebäudes, die Räume anderer Stockwerkeigentümer oder schliesslich die äussere Gestalt und das Ansehen des Gebäudes nicht berührt werden. Vorbehalten bleiben ferner die baupolizeilichen Bestimmungen". ■ Art. 8 (Pflicht zum Unterhalt des Stockwerkes). "Der Stockwerkeigentümer ist verpflichtet, die Räume und Einrichtungen, die im Sonderrecht stehen, auf seine Kosten so zu unterhalten, wie es nötig ist, damit das Gebäude ein gutes Aussehen bewahrt und in einwandfreiem baulichen Zustand bleibt. ...". ■ Art. 12 (Die Benützung der gemeinschaftlichen Teile). "Jeder Stockwerkeigentümer ist befugt, die gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes sowie die gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen zu benützen, soweit dies mit dem gleichen Recht jedes anderen und mit den Interessen der Gemeinschaft vereinbar ist. Nicht gestattet ist u.a.: a) Irgendwelche Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes vorzunehmen. ..." ■ Art. 19 (Eigentümerversammlung). "Oberstes Organ der Stockwerkeigentümergeinschaft ist die Eigentümerversammlung. Ihr steht die Befugnis zum Entscheid in allen von der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu lösenden Problemen zu, soweit dafür nicht durch gesetzliche Vorschriften,

- 11 - Vertrag oder Reglemente ein Ausschuss oder Delegierter oder Verwalter zuständig ist. Für die Einberufung und Leitung der Versammlung, die Ausübung des Stimmrechtes und die Beschlussfähigkeit ist die im Bundesgesetz über die Aenderung des 4. Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19. Dezember 1963 vorgesehene Regelung massgebend (insbesondere Art. 712 o und 712 p); subsidiär finden die Gesetzesbestimmungen des Vereinsrechtes sinngemäss Anwendung". ■ Art. 26 (Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen). "Soweit dieses Reglement nichts Abweichendes bestimmt, gelten die Vorschriften des Schweiz. Zivilgesetzbuches über das Stockwerkeigentum und über das einfache Miteigentum. Ebenso findet bzgl. der Stockwerkeigentümerversammlung das Vereinsrecht entsprechend Anwendung". Der Kläger macht in der Berufung geltend, dass sowohl das Gesetz als auch das Reglement verletzt worden seien (act. 24 Rz 4). Er nennt explizit Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements: "Wenn eine nicht zustimmungsbedürftige Veränderung eines Gebäudeteils im Sonderrecht zwingend zu einer Veränderung der Fassade, also einem gemeinschaftlichen Gebäudeteil führe, dann ist eben diese vorgelagerte private Veränderung i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. a. des Reglements unstatthaft. Dieses Veränderungsverbot richtet sich an alle Miteigentümer und nicht nur an einen Einzelnen wie die VI meint. Wer einen Stockwerkanteil kauft, der liest immer das Reglement und verlässt sich darauf, dass ein sogar über die gesetzlichen Normen hinausgehendes Veränderungsverbot auch gilt" (act. 24 Rz 13 S. 11). Die Ansicht des Klägers, dass mit Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements ein absolutes Veränderungsverbot, das auch für die Gemeinschaft als solche verbindlich ist, statuiert worden ist, trifft nicht zu. Artikel 12 richtet sich an die einzelnen Stockwerkeigentümer. In

Abs. 1 wird erwähnt, wozu "jeder Stockwerkeigentümer ... befugt" ist. In Abs. 2 ist zwar nicht mehr wiederholt, dass sich das Verbot an "jeden" Stockwerkeigentümer richtet, jedoch macht dies der Kontext ohne weiteres deutlich. Nur den einzelnen Stockwerkeigentümern sind daher eigenmächtige Veränderungen an "Teilen, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des

- 12 - Gebäudes bestimmen" verboten (vgl. diese Formulierung in Art. 4 des Reglements). Letztlich entspricht dies Art. 712a Abs. 2 ZGB, worauf bereits die Vorinstanz hingewiesen und festgehalten hat, dass es diesbezüglich nicht um einen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft gehe (act. 23 S. 6 E. 2.3.2.). In die gleiche Richtung weist der vom Beklagten zitierte BGer 5C.10/2000: In jenem Entscheid ging es um eine hierzulande unübliche Klimaanlage, die ein Stockwerkeigentümer an der Aussenfassade montiert hatte. Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass die Aussenfassade zu den gemeinschaftlichen Bauteilen gehöre und dass das auch gelte, wenn ihr Balkone vorgelagert sind. Das beschränkt aber nur den einzelnen Stockwerkeigentümer und nicht die Gemeinschaft als solche. Enthält Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements für die Gemeinschaft als solches kein absolutes Verbot, so muss das Reglement auch nicht revidiert werden, um über Veränderungen der Fassade beschliessen zu können. b) Zunächst ist festzuhalten, dass es die einzelnen Stockwerkeigentümer waren, die die Kosten für die Entfernung der Tröge und den Ersatz mit Geländern bezahlt haben (act. 2/15; act. 2/16), so dass der Kläger und die anderen Stockwerkeigentümer daran nichts beigetragen haben und diesbezüglich weder direkt noch indirekt beschwert sind. Bauliche Veränderungen, die Auswirkungen auf gemeinschaftliche Teile haben, erfordern einen Beschluss der Gemeinschaft, ausser es handle sich um dringliche oder um gewöhnliche Massnahmen (Christoph Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 2010, Rz 106; Rz 193; als Beispiel wird a.a.O. ausdrücklich die Veränderung von Balkonbrüstungen genannt). Oder wie es ZK ZGB-Wermelinger (N. 136 zu Art. 712b) ausdrückt: Das, was die ästhetische Einheit des Gebäudes als Ganzes mitbestimmt, ist zwingend gemeinschaftlich, weil der Gesetzgeber diese Einheit sicherstellen will. Nicht erfasst sind allerdings Details, auch wenn sie von aussen sichtbar sind (ZK ZGB-Wermelinger, N. 136 zu Art. 712b). Bei der Beurteilung der Verhältnisse hat der Richter einen objektiven Massstab anzusetzen und die Interessen der Gemeinschaft einerseits gegen die Interessen des einzelnen Stockwerkeigentümers andererseits abzuwägen (ZK ZGB-Wermelinger, N. 136 zu Art. 712b).

- 13 - Zu beurteilen sind die baulichen Massnahmen nach den Art. 647c bis 647e ZGB (Thurnherr, a.a.O., N. 174 f.; ZK ZGB-Wermelinger, N. 22 und 27 zu Art. 712a). Die hier zu beurteilenden Terrassensanierungen sind nicht ganz einfach einzuordnen. Die Pflanztröge – davon geht auch der Kläger aus (act. 24 Rz 5) – sind bzw. waren im Bereich der Sondernutzung durch die einzelnen Stockwerkeigentümer. Hingegen bewirkt der Ersatz der Pflanztröge die Notwendigkeit der Sicherung der Terrassen, weil die ursprünglichen Brüstungen ohne die Pflanztröge zu niedrig wurden (act. 24 Rz 5 S. 4), was mit Sicherheit dem öffentlichen Baurecht widerspricht. Das führt zur Notwendigkeit, Abschränkungen anbringen zu müssen, was wiederum das Aussehen des Gebäudes als solches verändert. Und Modifikationen bzw. Veränderungen der Fassade sind bauliche Vorhaben mit Auswirkungen auf gemeinschaftliche Teile, was, wie erwähnt, einen Beschluss der Gemeinschaft erfordert. Der Kläger schildert die Situation insofern zutreffend, als er darauf hinweist, dass die Situation "durch die Entfernung der Pflanztröge verursacht wurde" und

dass die "aufzusetzenden Geländer ... eine Folge der jeweils individuellen Veränderung auf einem Gebäudeteil mit Sonder- rechten" ist (act. 24 Rz 5 S. 4). Die Rechtsfolge dieser Tatsache ist nach Ansicht des Klägers, dass bei nicht erzielbarer Einigkeit auf die Entfernung der Pflanztrö- ge verzichtet werden müsse (act. 24 Rz 5 S. 4). c) Art. 647c bis 647e ZGB regeln die Mehrheitsverhältnisse bei baulichen Veränderungen an Miteigentum; unterschieden wird zwischen notwendigen (Art. 647c ZGB), nützlichen (Art. 647d ZGB) und der Verschönerung und der Be- quemlichkeit dienenden, auch als luxuriös bezeichneten Massnahmen (Art. 647e ZGB). Das Besondere an der vorliegenden Konstellation ist, dass es sich an sich um eine notwendige Massnahme handelt, wobei die Notwendigkeit durch die Ver- änderung von Teilen in Sondernutzung geschaffen wurde. Das erfordert insofern eine differenzierte Betrachtung, als gewichtet werden muss, ob die Notwendigkeit der Massnahme überwiegt oder ob sie als luxuriös angesehen werden kann und muss, weil ursprünglich eine genügende Abschränkung bestand und diese bei der Sanierung aus Gründen "der Verschönerung und der Bequemlichkeit" nicht durch neue Pflanztröge, sondern durch Geländer, die der Kläger aus ästhetischen

- 14 - Gründen und aus Gründen des Vogelschutzes ablehnt (act. 24 S. 5 Mitte), ersetzt wurden. Die Qualifikation nach den vorgenannten Artikeln 647c bis 647e ZGB kann im vorliegenden Fall letztlich allerdings offen bleiben. Die Kaskade und damit die Bedeutung der jeweiligen Massnahme: notwendig (Art. 647c ZGB), nützlich (Art. 647d ZGB) oder luxuriös (Art. 647e ZGB) zeigt sich an den Quoren, mit de- nen diese beschlossen werden müssen. Bei Notwendigkeit bedarf es eines einfa- chen Mehrheitsbeschlusses (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 12 zu Art. 647c), Nützlichkeit erfordert eine (nach Köpfen und Anteilen) qualifizierte Mehrheit (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 9 zu Art. 647d) und verschö- nernder Luxus bedarf der Einstimmigkeit (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 6 zu Art. 647e). Da sich einzig der Kläger gegen die neuen Terrassengeländer wehrt (vgl. act. 2/3 S. 4), könnte ihm nur die Einreihung bei den luxuriösen Mass- nahme helfen, weil nur dort Einstimmigkeit verlangt wird. Bei den beiden anderen Arten wären die Massnahmen ohnehin beschlossene Sache. d) Der Kläger selbst qualifiziert die Massnahmen als Anwendungsfall von Art. 647e Abs. 1 ZGB (act. 24 Rz 7, Rz 9). Der gleiche Artikel sieht allerdings die Möglichkeit vor, das Einstimmigkeitsprinzip zu durchbrechen (Art. 647e Abs. 2 ZGB BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e). Dies ist dann der Fall, wenn eine (luxuriöse) Massnahme die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigen- tümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt, erhält. Dem Beklagten steht ein Anteil von 62/1000 am Ganzen zu (act. 8 S. 3). Wenn er an der Sitzung vom 25. August 2010 als Einziger die baulichen Mass- nahmen nicht genehmigt hat, ist das Quorum für die Anwendbarkeit von Art. 647e Abs. 2 ZGB erreicht. Die Weigerung eines einzelnen nicht zustimmenden Mitei- gentümers ist unbeachtlich, "sofern dieser durch sie in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht nicht dauernd beeinträchtigt wird, ihm die übrigen Miteigentümer für eine bloss vorübergehende Beeinträchtigung Ersatz leisten und seinen Kos- tenanteil übernehmen (Art. 647e Abs. 2 ZGB). Folgende Voraussetzungen müs- sen damit kumulativ vorliegen (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e):

- 15 - • Keine (dauernde) Beeinträchtigung von Nutzen und Gebrauchsrechten des Widersprechenden; • Entschädigung allfälliger vorübergehender Beeinträchtigungen des Wider- sprechenden; • Kostenlosigkeit der Massnahme für den Widersprechenden. Der Kläger weist auf sein Weigerungsrecht gemäss Art. 647e Abs. 1 ZGB hin (act. 24 Rz S. 5;

vgl. auch act. 2/2 Rz 9). Er werde in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht dauernd beeinträchtigt. Es gehe um ideelle Immissionen, handle es sich doch um geradezu tierfeindliche Baumassnahmen. Die Frontfassade habe kein einheitliches Erscheinungsbild mehr und der Bestandesschutz sei gegenüber dem Veränderungswunsch der Mehrheit stärker zu gewichten, zumal die Regelung der betroffenen Stockwerkeigentümergeinschaft demselben besonderes Gewicht beimesse. Die Ausnahmeregelung von Art. 647e Abs. 2 ZGB helfe nicht weiter, weil die dort stipulierten Voraussetzungen nicht erfüllt seien (act. 2/2 Rz 9). Durch die uneinheitliche und unästhetische Fassade seien seine Nutzungs- und Gebrauchsrechte dauernd beeinträchtigt, weil das Gebäude entwertet werde. Ausserdem müsse er eine dauernde ideelle Beeinträchtigung erdulden, weil der Anschein entstehe, dass die Stockwerkeigentümer, zu denen er gehöre, tierquälrische Egoisten seien. Die vom Kläger angeführten Motive betreffen die Ästhetik und den Vogelschutz, nicht aber Nutzen und Gebrauch. Ausserdem nennt er den Wert der Liegenschaft. Dass der Nutzen und Gebrauch im Wortsinn nicht beeinträchtigt ist, räumt der Kläger selber ein, wenn er erwähnt, dass das Anbringen von Glas-scheiben auf den anderen Balkonen sein Wohnen nicht verunmögliche, was er auch nicht behauptet habe, sondern ihm gehe es um die ideelle Beeinträchtigung, die nicht belanglos sein könne. Die Liegenschaft sei jedenfalls nicht mehr wert, wie die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Fassadenrevision unterstellt habe (act. 24 S. 10 Rz 11), im Gegenteil.

- 16 - Nutzen und Gebrauch betreffen die Verwendbarkeit und die Verwendung. Ideelle Werte lassen sich darunter auch bei einer grosszügigen und weiten Auslegung nicht subsumieren. In der Literatur wird einzig hinsichtlich der Intensität betont, dass jegliche Beeinträchtigung von Nutzen und Gebrauch genüge und dass sie nicht besonders schwerwiegend sein müsse, um die Ausnahmeregelung von Art. 647e Abs. 2 unanwendbar zu machen (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e). Bei den hier geltend gemachten Beeinträchtigungen geht es offensichtlich nicht um Nutzen und Gebrauch, so dass sich die Frage der Intensität gar nicht stellt. Vorübergehende Beeinträchtigungen, die zu entschädigen sein könnten, macht der Kläger nicht geltend und dass die betreffenden Stockwerkeigentümer die Kosten der Änderungen tragen, ist bereits erwähnt worden, so dass der Kläger nicht mit zusätzlichen Kosten belastet wird. Die Wertfrage an sich ist offensichtlich nicht Teil der gesetzlich genannten Voraussetzungen von Art. 647e Abs. 2 ZGB. Ebenso wenig ist Art. 648 Abs. 2 ZGB einschlägig, weil dieser Verfügungen über die Sache (Veräusserung, Belastung und Veränderung der Zweckbestimmung) betrifft und daher auf bauliche Veränderungen wie die vorliegenden offensichtlich nicht zur Anwendung kommt. e) Der Kläger erwähnt schliesslich, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft das Einstimmigkeitsprinzip stets praktiziert habe und als Beispiel dafür nennt der Kläger den ihm seinerzeit bewilligten Wintergarten (act. 2/2 Rz 11). Wenn sich die Stockwerkeigentümer während langer Zeit einigen konnten, war das dem Zusammenleben zweifellos förderlich, führt jedoch nicht dazu, dass dies auf alle Zeiten so bleiben muss. Was getan und geduldet werden muss, ergibt sich aus Gesetz und Reglement und es ist nicht ersichtlich, wie sich daneben eine Art gewohnheitsrechtliches Einstimmigkeitserfordernis hätte bilden können. f) Der Kläger weist darauf hin, dass die Geländer ohne vorgängigen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft erstellt worden seien. Anstatt die Rechtslage bezüglich Mehrheitsverhältnissen zu klären, hätten die Protagonisten der Fassadenveränderung vollendete Tatsachen geschaffen (act. 13 Rz 14). Was an der Eigentümerversammlungen vom 25. März 2009 und vom 15. Juni 2009

- 17 - (act. 10/18 S. 4 und act. 10/25 S. 3), an der bereits über die damals noch bevorstehenden Änderungen diskutiert und darüber abgestimmt worden war, letztlich entschieden wurde (streitig ist offenbar die Bedeutung des Abstimmungsergebnisses: Ja: 5, Nein: 1; Enthaltung 3), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auch wenn damals anders entschieden worden wäre als an der hier zu beurteilenden Versammlung von 2010, entfaltet ein solcher Versammlungsschluss keine Rechtskraft im Sinne der Unabänderbarkeit und die Beteiligten können darauf zurückkommen. Juristisch gesehen steht im Ergebnis die nachträgliche Genehmigung der vorgelagerten Bewilligung gleich, auch wenn dies im gemeinschaftlichen Zusammenleben nicht immer so empfunden wird ("wilder Westen"; act. 24 Rz 14). Dieser Punkt ist allerdings nicht justiziabel. g) Der Kläger moniert weiter, dass sich die Vorinstanz nicht mit seinen Anliegen – Ästhetik und Vogelschutz – auseinandergesetzt habe (act. 24 S. 5 Mitte). Nach Ansicht der Kammer hat diese Frage im Zusammenhang mit Art. 647c bis Art. 647e ZGB keine selbständige Bedeutung. Wollte man das anders sehen, so könnten diese Argumente aus den folgenden Gründen in der Sache nicht behandelt werden: Wer klagt, muss substantiieren, wer beklagt wird, muss substantiiert bestreiten. Substantiieren bedeutet, dass die Parteien die Tatsachen, aus denen sie ihre Rechte ableiten, dem Gericht darlegen müssen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, § 10 Rz 18). Prozessrelevante Tatsachen dürfen nicht nur vage behauptet, sondern müssen detailliert dargelegt werden (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2012, Rz 1060). Nicht genügend substantiiert ist, wenn es bei undeutlichen oder unvollständigen Tatsachenbehauptungen sein Bewenden hat (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 168). Die Parteien haben ihre Behauptungen so umfassend und klar vorzutragen, dass darüber ein Beweisverfahren durchgeführt werden kann; der Sachverhalt muss dem Gericht so vollständig dargelegt werden, dass das Beweisverfahren nicht der Erschliessung des Sachverhalts dienen muss, sondern dass es sich darauf beschränken kann, die (bestrittenen) Parteibehauptungen mit den zur Ver-

- 18 - fügung gestellten Beweismitteln zu klären (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 298). Der Kläger macht zur Fassade bzw. dem Aussehen des Gebäudes im erstinstanzlichen Verfahren Folgendes geltend: ■ Bei vier Wohnungen seien die ursprünglichen Pflanztröge entfernt worden (act. 2/2Rz 6). ■ Anstelle der Tröge hätten einige Miteigentümer Glasscheiben auf die Brüstung aufsetzen lassen, was an der repräsentativen Seeseite des Gebäudes sehr auffällig und gut sichtbar sei (act. 2/2 Rz 6). ■ Sie passten nicht zum Baustil der 1970er-Jahre; das Erscheinungsbild sei uneinheitlich, weil die Glaselemente nur partiell aufschienen (act. 2/2 Rz 6). ■ Glaselemente seien gefährlich für die Ornis (act. 2/2 Rz 6). ■ Das Aussehen des Hauses leide, weil das Gebäude an seiner repräsentativen Seite nicht mehr einheitlich sei (act. 2/2 Rz 9; act. 13 Rz 9); BO: Augenschein. ■ Die uneinheitliche und unästhetische Fassade beeinträchtige den Kläger (act. 2/2 Rz 9). ■ Es sei eine dauernde ideelle Beeinträchtigung, weil der Anschein entstehe, die Eigentümer – darunter er – seien tierquälerische Egoisten (act. 2/2 Rz 9). ■ Es sei nicht zu prüfen, ob die Glaselemente der Verschönerung, Ansehnlichkeit oder Bequemlichkeit dienen, weil dies auf die gesamte Liegenschaft jedenfalls nicht zutreffe. ■ Die neuen Geländer passen nicht zum Stil des Hauses und den übrigen Geländern (act. 13 Rz 5 S. 4). ■ Einschneidende Veränderung der Fassade (act. 13 Rz 6 S. 4) in nicht dem Stil des Hauses entsprechender Weise (act. 13 Rz 18). ■ Erwähnt wird ein Augenschein eines Experten der Vogelwarte E.\_\_\_\_\_: Es treffe zu, dass sich der von einer Phalanx von Klarglasbefürwortern in die Enge getriebene Experte wegen der Höhe der Elemente

zurückhaltend äussert. Er habe aber eine Vielzahl möglicher Alternativen präsentiert. Als bedenkenlos seien die Klarglaselemente jedoch nicht eingestuft worden (act. 13 Rz 12). ■ Es gebe neben den alten Balkonen die neuen mit den glänzenden Scheiben, was nicht ästhetisch sei (act. 13 Rz 12). ■ Am Gebäude gebe es auch Balkone mit Geländer, welche nicht auf die Seeseite hinausgehen (act. 13 Rz 17). Wenn entsprechende Geländer gewählt worden wären, dann wären es keine stilfremden Fremdkörper (act. 13 Rz 19, Rz 20).

- 19 - ■ Die Pflanztröge seien von der Strasse aus nicht sichtbar gewesen, sondern nur die Pflanzen (act. 13 Rz 18). Die gut sichtbaren Gläser dominieren heute das Erscheinungsbild der gesamten vorderen Fassade (act. 13 Rz 18). ■ Bei zwei Stockwerkeinheiten seien die Glasbrüstungen nicht erstellt worden. Deshalb sei der Eingriff auch für das Gericht erlebbar, falls das für die Beantwortung der einfachen Rechtsfrage überhaupt relevant sein sollte (act. 13 Rz 24). ■ Wegen der begrünter Seefassade sei das Gebäude vom See her kaum aufgefallen, weil es quasi in der Landschaft aufging (act. 13 Rz 29). In der Berufungsschrift finden sich folgende Äusserungen: ■ Feine Metallgeländer wären am ehesten mit der ursprünglichen Konzeption des Hauses vereinbar gewesen (act. 24 S. 5). ■ Klarglasscheiben würden das Aussehen des Hauses total verändern. Sie würden von ornithologischen Vereinen seit längerer Zeit mit guten Argumenten als gefährlich eingestuft (act. 24 S. 5). ■ Das ungleiche Erscheinungsbild der Fassade sei unschön. Glaselemente würden bei einer Baute aus einer anderen Zeitepoche stilfremd aufgesetzt wirken und selbst dann stören, wenn sie überall angebracht worden wären. Es könne mindestens präsumiert werden, dass die Veränderung an den Terrassen die normale Wertvermehrung gebremst habe und dass sie für Tier- und Landschaftsschützer unattraktiv geworden sei (act. 24 Rz 8 S. 8). Aus all dem ergibt sich, was der Kläger gegen die baulichen Massnahmen anführt, hingegen lässt sich aus seinen Angaben nicht genügend detailliert und klar auf das zu beurteilende Erscheinungsbild schliessen. Wird das Aussehen einer Fassade bemängelt, so ist das nur sehr schwer in Worte zu kleiden. Zu einer gehörigen Substanziierung braucht es daher bildliche Darstellungen, insbesondere Fotos, allenfalls Zeichnungen, Pläne etc. Aber selbst mit Worten wäre eine genauere Beschreibung möglich und erforderlich, z.B. wäre von Interesse zu wissen, wie hoch die Geländer bzw. die Glaselemente sind, wie gross sie im Verhältnis zu den Brüstungen sind, ob die Terrassen mit den bestehenden gebliebenen Pflanztrögen auf dem gleichen Stockwerk oder über die Fassade verteilt sind, inwieweit die Seitenbalkone von der Seeseite her sichtbar sind, die Grössenverhältnisse der Fassade zu den neuen aufgesetzten Elementen etc. Anzumerken ist schliesslich, dass diejenigen Aktenstücke, die das Problem der Fassade und ihrer

- 20 - Ausgestaltung illustrieren, ausschliesslich von der Beklagten eingereicht wurden (vgl. act. 10/1-27), was an sich einer Berücksichtigung nicht entgegensteht. Sie sind jedoch insofern nicht hilfreich, als es sich um Entwürfe und Projekte und nicht um die letztlich erstellte Variante handelt. Die ebenfalls von der Beklagten eingereichten Fotos zeigen eine Terrasse mit und ohne Pflanztrog (act. 10/7, 10/24). Diese hat noch kein neues Geländer, das beurteilt werden könnte, und die Fassade als solche ist überhaupt nicht ersichtlich. Zutreffend ist, dass das Gericht "zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhaltes auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen Augenschein durchführen" kann (Art. 181 Abs. 1 ZPO), und zwar als Beweismittel und als Aufklärungsmittel zwecks Ergänzung des Sachverhalts (KuKo ZPO-Schmid, N. 1 zu Art. 181/2). Als Informationsmittel dient der Augenschein dem

besseren Verständnis unter anderem von Urkunden. Einen solchen Augenschein hat der Kläger vor erster Instanz denn auch beantragt, und zwar im Zusammenhang mit der Ästhetik der Fassade (act. 2/2 Rz 7). Ob der Sachverhalt ergänzt werden muss, hängt davon ab, ob es substantiierte Behauptungen, gegebenenfalls unterlegt mit bildlichen Darstellungen, gibt. Sehen die Richter auf Grund der Sachverhaltsschilderung und wegen fehlender Visualisierung vor ihrem "geistigen" Auge nichts oder doch nichts einigermaßen Genaueres, so fehlt es an ergänzungswürdigen Parteivorbringen. Gleiches gilt zur Problematik des Vogelschutzes. Dass es irgendwo Glas gibt, betrifft bzw. verletzt oder tötet noch keine Vögel. Das, was der Kläger über den Besuch des Fachmannes der E.\_\_\_\_\_ berichtet, ist jedenfalls nicht geeignet, von einer unmittelbaren und naheliegenden Gefahr auszugehen. Das Vorliegen einer solchen hätte ebenfalls genauer substantiiert und visualisiert werden müssen. Angesichts dessen hatte die Vorinstanz zum vornerein keine Veranlassung, sich mit Ästhetik und Vogelschutz zu befassen, zumal wenn davon auszugehen ist, dass sie im Zusammenhang mit Art. 647e Abs. 2 ZGB keine Rolle spielen. Aus all diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 24. Mai 2012 ist zu bestätigen.

- 21 - III. Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist der Streitwert von Bedeutung, wozu bereits oben bei III./1. Stellung genommen und darauf hingewiesen worden ist, dass es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von rund Fr. 80'000.-- handelt, dass jedoch die Tatsache, dass es um eine Art präparatorisches Verfahren geht, angemessen zu berücksichtigen sei. Der Kläger ist als unterliegende Partei für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die einfache Gerichtsgebühr beträgt Fr. 8'000.--. Die Vorinstanz hat – wenn auch aus anderen Gründen (act. 23 S. 14 f.) – eine Gebühr von Fr. 5'000.-- erhoben und die Gerichtskasse angewiesen, dem Kläger den Überschuss von Fr. 3'030.-- aus der Gerichtskasse zu erstatten (act. 23 S. 16; Disp. Ziff. 3). Da diese Gebührenhöhe angemessen erscheint (§ 4 Abs. 2 GerGebV), ist diese Anordnung zu bestätigen. Auch im vorliegenden Berufungsverfahren ist gemäss § 4 Abs. 2 und § 12 GerGebV und den vorstehenden Erwägungen eine Gebühr von Fr. 5'000.-- zu erheben, ebenfalls unter Anweisung der Rückerstattung des zu hohen Kostenvorschusses. Die Entschädigung der Gegenpartei vor Vorinstanz ist zu bestätigen; für das Berufungsverfahren erhält sie, weil sie sich nicht äussern musste und auch nicht äusserte, keine Entschädigung. Der Kläger hat beantragt, Kosten und Entschädigungen auf jeden Fall der Gegenpartei aufzuerlegen bzw. sie zur Entschädigung des Klägers zu verhalten, wofür er sich auf Art. 107 ZPO beruft (act. 24 Rz 14). Er wirft den umbauwilligen Miteigentümern vor, das Protokoll der Versammlung vom 15. Juni 2009 nicht angefochten zu haben, so dass dieses in Rechtskraft erwachsen sei. Die Genehmigung ex post sei "wilder Westen". Wäre das Protokoll korrekt angefochten worden, dann hätte sich die Rechtsfrage geklärt, ohne dass der Kläger am Verfahren hätte teilnehmen müssen. Allerdings gibt es keinen Anlass, von der Regel von § 106 ZPO abzuweichen. Selbst wenn die Stockwerkeigentümer 2009 anders entschieden haben sollten, könnte es der Gemeinschaft nicht verwehrt sein, später darauf zurückzu-

- 22 - kommen und einen abweichenden Entscheid zu fällen. Dass dies in Form einer nachträglichen Genehmigung geschehen ist, ist insofern nicht ausschlaggebend. Wäre das Vorhaben der vier umbauwilligen Stockwerkeigentümer vor der Realisierung nochmals traktandiert worden und hätte die Abstimmung das gleiche Resultat erbracht, dann hätte der Kläger, wenn er die Realisierung hätte verhindern wollen, den gleichen Prozess führen

müssen, wie er ihn jetzt nachträglich geführt hat. Es wird erkannt:

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