

# ZH\_OBERGERICHT LB120088 vom 17. April 2014

ZH Obergericht, 2014-04-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB120088](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120088)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB120088 du 17 avril 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LB120088 del 17 aprile 2014

## Erwägungen

### E. 13

E. 3.3, act. 4/24-25, act. 107 S. 26). d) Die Bauträgerin hat noch offene Werklohnforderungen gegen die Beklagten, weshalb sie im Einklang mit dem Gesetz (Art. 648 Abs. 3 ZGB) zur Sicherstellung dieser Forderungen auf die einzelnen Miteigentumsanteile aller Eigentümer Bau- handwerkerpfandrechte errichten liess (act. 107 S. 20). Wäre vorliegend Stock- werkeigentum ausgeschieden, so wäre das Bauhandwerkerpfandrecht zu Lasten der Stockwerkeigentumsanteile der Beklagten eingetragen worden. Die sich hin- ziehende Begründung von Stockwerkeigentum wirkt sich, wie auch dieses Bei- spiel zeigt, auf den Wert und die Verkäuflichkeit der Miteigentumsanteile aus. Für eine Gesamtbetrachtung ist, wie verlangt, abzuklären, ob und weshalb die Bau- handwerkerpfandrechte auf den Miteigentumsanteilen der Kläger nicht durch an- derweitige Sicherheiten abgelöst wurden, zumal die Beklagten angeboten haben wollen, Sicherheiten zu hinterlegen (act. 2 S. 7 ff., act. 68 S. 34, act. 4/13-15, act. 107 S. 20, act. 77 S. 20). 2.5.2. Die Kläger machen geltend, die Familie AB.\_\_\_\_\_ hätte unsachgemäss ei- ne den baulichen Anforderungen nicht entsprechende Badewanne (Whirlpool) eingebaut. Das Wasserwerk habe die Abnahme ausgeschlossen. Trotz Abmah- nung sei die fehlerhafte Installation nicht richtig gestellt worden (act. 101 S. 16, E. 3.6, act. 97 S. 16, act. 2 S. 6, act. 68 S. 20 act. 4/12, act. 69/42 S. 4). Der Vor- wurf, der Einbau sei bautechnisch mangelhaft erfolgt und es bestehe ein erhebli- ches Risiko eines Wasserschadens für das Gebäude, wird bestritten, und es wird darauf hin gewiesen, dass der auch von den Klägern GH.\_\_\_\_\_ eingebaute Whirlpool nicht von der Installationskontrolle der städtischen Wasserversorgung abgenommen worden sei (act. 97 S. 16, act. 57 S. 9, act. 77 S. 22 unten, S. 23 unten). Die tatsächlichen Begebenheiten sind zum Beweis zu verstellen, um beur- teilen zu können, ob der Familie AB.\_\_\_\_\_ hier ein gemeinschaftswidriges Verhal- ten vorgeworfen werden kann.

- 28 - 2.5.3. a) Entgegen der Behauptung der Beklagten machen die Kläger im Zu- sammenhang mit der Windschutzverglasung im vorhandenen Balkon bzw. der Aufschüttung und Planierung im Garten (act. 101 S. 19 f, E. 3.8) und des (in einem anderen Terrassenbereich) angeblich erstellten Lamellendaches (act. 101 S. 21 f, E. 3.9) keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO geltend (act. 114 S. 18). Die Kläger äussern sich in der Berufung lediglich zur diesbezüglichen Entwicklung bzw. zur heutigen Situation in der Miteigentümergeinschaft (act. 107 S. 17, S. 31 f.). Es sind demnach zwei Sachverhalte zu unterscheiden: Die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ haben im Schlafzimmer Schimmelbildung festgestellt, angeblich u.a. durch Nässeinwirkung vom Hang, und sie wollen dieses Problem mit einer Lamellenüberdachung und Verglasung der Terrasse lösen (act. 69/51, act. 114 S. 19). Auf dieses Baugesuch (act. 69/52/2) wurde mit Bauentscheid vom

## E. 17

August 2011 nicht eingetreten, weil die Unterlagen nicht vollständig waren, insbesondere weil auch die Zustimmungen der Miteigentümer nicht vorlagen. In diesem Baubewilligungsverfahren soll sich der Beklagte A. \_\_\_\_\_ als Stockwerkeigentümer ausgegeben haben, was er bestreitet (act. 68 S. 22 ff., act. 97 S. 20). Das Bezirksgericht würdigt die als Beweismittel offerierten Urkunden zwar umsichtig (act. 101 S. 21-28), ohne aber ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen und die offerierten Beweismittel abzunehmen, wie die Befragung des Zeugen Q. \_\_\_\_\_, der damals damit befasste Kreisarchitekt der städtischen Baubehörde (act. 77 S. 24 unten f.). Dies ist nachzuholen. b) Sodann hat die Familie AB. \_\_\_\_\_ im Sommer 2010 begonnen, im gegen Süden gerichteten Teil der Terrasse eine Windschutzverglasung im vorhandenen Balkon einzubauen und ihren Garten aufzuschütten und zu planieren. Ein Gartenhäuschen wurde aufgestellt (act. 101 S. 19 f, E. 3.8, act. 68 S. 21 f.). Die Kläger haben unbestrittenermassen keine Zustimmung zum Vorhaben erteilt (act. 107 S. 31, act. 114 S. 22, act. 97 S. 17, act. 68 S. 22, act. 77 S. 24). Die Kläger machen gemeingefährliche Rutschgefahr geltend und stellen das von der Familie AB. \_\_\_\_\_ in Anspruch genommene Recht auf Ersatzvornahme in Abrede (act. 68 S. 22, act. 107 S. 31). Die Beklagten AB. \_\_\_\_\_ stellen sich auf den Standpunkt, die M. \_\_\_\_\_ AG habe sich geweigert, die Gartenarbeiten fertig zu stellen, weil

- 29 - Uneinigkeit in Bezug auf die Werklohnforderungen bestünde. Sie, die Familie AB. \_\_\_\_\_, hätten deshalb die Umgebungsarbeiten selbst an die Hand genommen und zu Ende führen müssen. Jetzt seien sie mit der Gartengestaltung rundum zufrieden, was auch im Interesse der Kläger sei (act. 77 S. 24, S. 36 unten, act. 97 S. 18, act. 114 S. 21). Im Übrigen falle der Vorwurf des eigenmächtigen Handelns auf die Kläger zurück, hätten diese doch bauliche Veränderungen vorgenommen, ohne dass entsprechende Beschlüsse vorgelegen seien (vgl. hierzu act. 57 S. 18, act. 97 S. 10 unten, S. 18, act. 114 S. 18). So würde der Kläger E. \_\_\_\_\_ im Garten umfangreiche Gartenarbeiten ausführen (act. 114 S. 21, act. 115/4; so der Vorwurf auch in act. 97 S. 10 und act. 57 S. 18). Die Beklagten 1 und 2 haben dem Amt für Baubewilligung nachträglich ein Gesuch zur Bewilligung der Windschutzverglasung samt Gartengestaltung eingereicht (act. 108/63). Es ist nicht aktenkundig, ob mittlerweile das Gesuch nachträglich bewilligt wurde. Da aber die Rechtslage nach öffentlichem Recht nicht entscheidend ist, kommt einer allfälligen nachträglichen Bewilligung des Gesuchs keine Bedeutung zu. Das Bezirksgericht kam zu Recht zum Schluss, dass die streitgegenständlichen Umgebungsarbeiten nützliche oder gar luxuriöse bauliche Massnahmen gemäss Art. 647d f. ZGB seien, welche der Zustimmung eines qualifizierten Quorums bedürfen. Eine solche Zustimmung liegt unbestrittenermassen nicht vor. Ein solches Gebaren ist mit dem Bezirksgericht als gemeinschaftswidrig zu beurteilen (act. 101 S. 21 E. 3.8.3.2). Noch nicht berücksichtigt ist aber bei dieser Einschätzung der Einwand der geltend gemachten "Ersatzvornahme". Eigenen Ausführungen der M. \_\_\_\_\_ AG zufolge waren die Umgebungsarbeiten im Februar 2010 jedenfalls noch eine Pendeuz (vgl. act. 4/14 S. 6 oben, siehe auch zum Umfang der geschuldeten Leistung den Werkvertrag, act. 4/8 S. 4, oben, S. 5, die Gestaltung des Gartens wurde nicht von der Bezahlung der letzten Rate abhängig gemacht); Behauptungen, wonach die M. \_\_\_\_\_ AG später den Gartenbereich fertig stellen wollte, gibt es nicht (act. 77 S. 24, act. 107 S. 31 unten). Gemäss Ziffer 3 des Werkvertrages vom 11. Dezember 2007 kommen die Regeln nach SIA Norm 118 zur Anwendung (act. 4/8 S. 2 und S. 4, nachfolgend SIA). Gemäss Art. 157 SIA ist Gegenstand des Werkvertrages nicht nur die Herstellung

- 30 - des Werkes, sondern auch dessen Ablieferung. Die Ablieferung des Werkes setzt voraus, dass das Werk vollendet ist. Das Werk ist vollendet, wenn der Bauunternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Vorliegend wird zunächst zu prüfen sein, ob die mit einer Abnahme des Werkes verbundenen, für den Besteller/Bauherrn nachteiligeren Wirkungen, nämlich der Übergang des Erfüllungsanspruches zu den Mängelrechten überhaupt eingetreten sind. Die Familie AB.\_\_\_\_\_ hat sich zwar (gewaltsam und unrechtmässig) Zugang zu ihrer Wohnung verschafft, dies nachdem sich aber die M.\_\_\_\_\_ AG vertragswidrig weigerte, der Familie AB.\_\_\_\_\_ die Haus- und Wohnungsschlüssel auszuhändigen. Mit dem Bezug der Wohnung kann nicht ohne Weiteres auf Abnahme des von der Wohnung separaten Gartenbereichs geschlossen werden (vgl. in diesem Zusammenhang auch der Eintrag im Protokoll der Miteigentümerversammlung vom 13. April 2011, act. 69/42 S. 5 unten). Damit hätten die Beklagten 1 und 2 gegenüber der M.\_\_\_\_\_ AG immer noch einen Erfüllungsanspruch in Sachen Gestaltung des Gartenbereichs. Aber auch wenn man von einer Abnahmewirkung ausgeht, und damit von einem stattgefundenen Übergang zu den Mängelrechten, so sind gemäss Art. 169 SIA die erleichterten Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme zu berücksichtigen. Der Bauherr kann zur Ersatzvornahme schreiten, falls der Bauunternehmer nicht innert Frist die Mängel behoben hat. Eine Androhung der Ersatzvornahme ist nicht erforderlich (vgl. zum Ganzen Spiess/Huser, Stämpfli's Handkommentar zur Norm SIA 118 Art. 169 N 10 ff., N 16). Die zumindest implizit geltend gemachte Fristansetzung zur Fertigstellung des Gartens wird nicht in Abrede gestellt (act. 77 S. 24, act. 69/49/2). Schliesslich wird der Vorwurf der gemeingefährlichen Rutschgefahr durch die Anlage des Gartens zum Beweis zu verstellen sein. IV. Das Bundesgericht hat entschieden, dass das erstinstanzliche Verfahren durch den Rückweisungsentscheid in den Stand zurückversetzt wird, in welchem es sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheides befunden hat, weshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO für die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens

- 31 - das kantonale Prozessrecht anwendbar bleibt (BGer 4A\_225/2011 und 4A\_471/2011). V. 1.1. Heute wird über einen Teil der gestellten Begehren entschieden, weshalb auch diesbezüglich die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln sind. Der Aufwand hinsichtlich der heute definitiv zu erledigenden Begehren am gesamten Verfahren ist auf die Hälfte zu veranschlagen. 1.2. Das Bezirksgericht hat die Gerichtsgebühr für das bisherige Verfahren auf Fr. 12'000.-- festgesetzt. Die Höhe der Gebühr wurde nicht angefochten und ist zu bestätigen. Soweit die Gerichtsgebühr auf die heute abgewiesenen Begehren entfällt (nämlich die Hälfte), ist diese in Aufhebung von Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils im Betrag von Fr. 6'000.-- den Klägern aufzuerlegen, weil die Kläger diesbezüglich vollständig unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Anschlussberufung der Kläger, und damit die Klage auf Verpflichtung der Beklagten zur Begründung von Stockwerkeigentum, ist abzuweisen. Demgegenüber ist die Hauptberufung der Beklagten bezüglich der Klage auf Ausschluss der Beklagten 3 und 4 gutzuheissen. Die Beklagten 3 und 4 obsiegen vollständig, die Beklagten 1 und 2 lediglich in Bezug auf einen Teil der Begehren. Trotzdem rechtfertigt sich angesichts der Höhe der zuzusprechenden Entschädigungen, die Beklagten bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen im Urteil gleich zu behandeln. 1.3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 27'000.-- (act. 102 S. 6 oben). Soweit die Gerichtsgebühr auf den heute definitiv zu erledigenden Teil des Berufungsverfahrens fällt, ist sie auf Fr. 13'500.-- festzusetzen. Die Gerichtsgebühr für den der Vorinstanz zurückzuweisenden Teil des Berufungsverfahrens ist ebenfalls auf Fr. 13'500.-- festzusetzen. Die Regelung der Kosten- und

Entschädigungsfolgen dieses Teils des Verfahrens wie auch der Entscheidung über die Verwendung des Kostenvorschusses wird dem Bezirksgericht vorbehalten. Die Beklagten haben für das Berufungsverfahren einen Kostenvor-

- 32 - schuss im Sinne von Art. 98 ZPO von Fr. 27'000.-- geleistet (act. 104); die Kläger haben einen solchen von Fr. 4'910.-- geleistet (act. 111). Der von den Klägern geleistete Kostenvorschuss ist aber vollständig zur Deckung des heute definitiv zu erledigenden Teils des Verfahrens zu verwenden. Die heute zu beziehenden gesamten Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind gestützt auf Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen, unter Verpflichtung der Kläger, den Beklagten den von diesen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 27'000.-- im Betrag von Fr. 8'590.-- zu ersetzen (Fr. 13'500 ./ Fr. 4'910.--). 2. Entsprechend der Kostenaufgabe haben die Kläger die Beklagten für deren Aufwendungen zu entschädigen. Die Kläger haben in Aufhebung von Dispositiv Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils den Beklagten für den heute definitiv zu erledigten Teil des Verfahrens für ihre Aufwendungen im erstinstanzlichen Verfahren in Anwendung der Anwaltsgebührenverordnung eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich MwSt zu bezahlen (act. 82, act. 84, act. 88). Sodann sind den Beklagten für die Hauptberufung und das Beantworten der Anschlussberufung Kosten erwachsen, welche die Kläger ihnen mit einem auf die Hälfte reduzierten Betrag von Fr. 13'000.-- zuzüglich MwSt zu ersetzen haben. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Hauptberufung der Beklagten werden Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils vom 27. August 2012 aufgehoben, und die Klage auf Ausschluss der Beklagten 3 und 4 aus der Miteigentümergeinschaft L. \_\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, wird abgewiesen. 2. In Abweisung der Anschlussberufung der Kläger wird die Klage, es seien die Beklagten 1-4 zur Begründung von Stockwerkeigentum an der Liegenschaft L. \_\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, zu verpflichten, abgewiesen.

- 33 - 3. In Aufhebung von Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils wird die Gerichtsgebühr für den hier definitiv erledigten Teil des erstinstanzlichen Verfahrens auf Fr. 6'000.-- festgesetzt und den Klägern auferlegt. 4. Die Gerichtsgebühr für dieses Urteil wird auf Fr. 13'500.-- festgesetzt, den Klägern auferlegt sowie aus den von beiden Parteien geleisteten Vorschüssen bezogen, Fr. 4'910.-- aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss und Fr. 8'590.-- aus dem von den Beklagten geleisteten Vorschuss. 5. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten 1-4 den Betrag von insgesamt Fr. 8'590.-- zu ersetzen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag. 6. In Aufhebung von Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils werden die Kläger verpflichtet, den Beklagten 1-4 für ihre erstinstanzlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit den in diesem Urteil erledigten Klagen eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag. 7. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten für ihre zweitinstanzlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit den in diesem Urteil erledigten Klagen eine Parteientschädigung von Fr. 13'000.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag. 8. Mitteilung gemäss nachstehenden Beschluss. 9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von

Art. 91 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.-- Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 34 - und es wird weiter beschlossen: 1. Im Übrigen wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung über die Klage auf Ausschluss der Beklagten 1 und 2 aus der Miteigentümergeinschaft L.\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, an das Bezirksgericht zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr für diesen Beschluss wird auf Fr. 13'500.-- festgesetzt. 3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Teils des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten, unter Hinweis auf den von den Beklagten beim Obergericht geleisteten Vorschuss. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 35 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. T. Engler versandt am:

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