

# ZH\_OBERGERICHT NP170004 vom 25. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP170004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP170004)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP170004 du 25 avril 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT NP170004 del 25 aprile 2017

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die mit einem Mehrfamilienhaus und Unterflurgarage überbaute Liegen- schaft B1.\_\_\_\_-Strasse ... in C.\_\_\_\_ steht im Stockwerkeigentum, das in zehn Einheiten aufgeteilt ist. Die Unterflurgarage bildet dabei eine Einheit (vgl. act. 4/3 und act. 4/2 S. 5 f. und S. 10 ). Das Stockwerkeigentum war im Jahr 1994 be- gründet worden (vgl. act. 4/2), mit Festsetzung eines Reglementes der Stockwer- keigentümergeinschaft (vgl. act. 4/4: Nutzungs- und Veraltungsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_), das im Grundbuch angemerkt ist (vgl. act. 4/2 S. 9 [Ziff. VI]). Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: die Klägerin) ist die Gemein- schaft der Stockwerkeigentümer der Liegenschaft B1.\_\_\_\_-Strasse .... A.\_\_\_\_, der Beklagte und Berufungskläger (fortan: der Beklagte) ist Eigentümer der Stockwerkeinheit Nummer 2 (3,5 Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss) sowie der Einheiten Nummer 8 und 10 (Abstell- bzw. Bastelräume im Untergeschoss). Er- worben hat er diese Einheiten im Mai 1995. Laut eigener Darstellung ist er zudem seit Jahrzehnten ein begeisterter Funkamateurliebhaber, der auch laufend Wetterdaten er- hebt, sammelt und Dritten zur Verfügung stellt (vgl. act. 42 S. 2, act. 85 S. 10).

### E. 1.2

Der Beklagte holte beim Erwerb der Stockwerkeigentumseinheiten – und zwar einige Tage, nachdem ihm die Gemeinde bereits eine entsprechende öffentlich- rechtliche Baubewilligung erteilt hatte (vgl. act. 56 S. 5, dort Ziff. 12) – von den damaligen übrigen Stockwerkeigentümern schriftlich eine von ihm vorformulierte "Baubewilligung" ein, um auf dem Dach der Liegenschaft die folgenden Einrich- tungen installieren zu dürfen (vgl. act. 43/1): - ein Anemometer (Windmesserrädchen) mit Windfahne - einen Regenschirm - eine Antenne hinter dem Kamin, ca. 1,5 Meter hoch, weiss - einen Temperaturmesser.

- 6 - Wegen der vom Beklagten auf dem Dach installierten Einrichtungen kam es bald einmal zu Differenzen zwischen dem Beklagten und anderen Stockwerkei- gentümern. Gemäss einem vom Beklagten eingereichten und von ihm selbst ver- fassten Protokoll über die Stockwerkeigentümerversammlung vom 14. Mai 1996 (vgl. act. 57/8) kam es z.B. zu Klagen wegen Kopfweh. Zwecks Abklärung der Frage, ob die Ursachen dafür bei den Einrichtungen bzw. Installationen auf dem Dach liegen, versprach der Beklagte, "die Wetterstation auf dem Dach für einen Monat [zu] entfernen" (vgl. a.a.O., S. 3). In der Folge blieb es bei den Installatio- nen, die der Beklagte nach Auffassung mehrerer Stockwerkeigentümer zu einer Anlage für Funkverkehr änderte und deren Antennenhöhe das dem Beklagten zu- gebilligte Mass erheblich überstieg. Mit dem Hinweis, der Beklagte sei nicht be- reit, die Anlage auf die von der Gemeinde und den übrigen Stockwerkeigentü- mern bewilligte Höhe zu reduzieren, beschwerten sie sich daher im Juni 1999 bei der Gemeinde (vgl. act. 41/6). Der Beklagte ersuchte in der Folge die örtliche Baubehörde um eine nachträgliche Baubewilligung, die ihm vorerst mangels Zu- stimmung der übrigen

Stockwerkeigentümer verweigert, dann aber 2003 erteilt wurde, unter Hinweis darauf, die Stockwerkeigentümer, die mit der Installation nicht einverstanden seien, hätten sich zivilrechtlich dagegen zu wehren (vgl. act. 41/11). Bereits 2002 hatten diese Stockwerkeigentümer allerdings – gemäss Darstellung der Klägerin aus Gründen des nachbarlichen Friedens (vgl. act. 40 S. 6) – darauf verzichtet, den Streit vor Gericht auszutragen, nachdem ihnen vom Friedensrichteramt eine Weisung nach den §§ 99 ff. ZPO/ZH ausgestellt worden war (vgl. a.a.O. sowie act. 41/12).

### **E. 1.3**

2003 und 2004 kam es zu feuerpolizeilichen Beanstandungen im Zusammenhang mit Installationen des Beklagten, weil die Antenne bzw. deren Träger am Kamin der Liegenschaft angebracht worden war (vgl. act. 4/13-14). Laut Klägerin baute der Beklagte seine Anlage danach laufend weiter aus, was der Beklagte so nicht gelten lassen will, obwohl er selbst etwa zugibt, es treffe zu, dass mit der Zeit andere Gerätschaften auf dem Dach installiert worden seien (vgl. act. 56 S. 23 [Ziff. 77]), oder er etwa selbst einräumt, ab und an mit neuen Anlagen und Sensoren zu experimentieren, weshalb er bewusst eine Gartenwohnung gewählt habe, die ihm die Möglichkeit biete, solche Objekte im Aussenbereich aufstellen

- 7 - und testen zu können (vgl. act. 77 S. 3 [Ziff. 6]). Unbestrittenermassen stellte der Beklagte jedenfalls im Garten u.a. eine fünf bzw. sechs Meter hohe Fahnenstange auf, installierte er eine Webcam, und zwar zeitweise auf der Spitze der Fahnenstange, montierte er im Garten eine Stange an der Betonstützmauer für seine Wetterstation bzw. Teile davon und liess er 2007 für den Betrieb seiner Installationen bzw. zur Durchführung von Kabeln zu den Installationen auch Löcher durch die Gebäudehülle bohren (vgl. etwa act. 40 S. 7 und Vi-Prot. S. 8 f., act. 56 S. 26 [Ziff. 88], ferner z.B. act. 85 S. 8). Die übrigen Stockwerkeigentümer beschwerten sich im Mai 2008 darüber beim Beklagten und ersuchten um Beseitigung der Fahnenstange sowie der in die Gebäudehülle gebohrten Löcher (vgl. act. 41/15). Unbestrittenermassen kam der Beklagte dem Ersuchen nicht nach. Die vom Beklagten vorgenommenen Änderungen seiner Anlage bzw. Installationen am Haus und im Garten, wozu auch das Aufstellen eines Windspiels gehörte, sowie die Sanierung des Kamins waren in der Folge Themen der Stockwerkeigentümerversammlungen vom 30. März 2009 (vgl. act. 41/16, S. 2), vom 22. September 2009 (vgl. act. 41/20, Traktanden 5.1-5.3), vom 29. März 2010 (vgl. act. 41/21 S. 5). Sie waren ebenfalls Themen mehrerer – erfolgloser – Ersuchen von Stockwerkeigentümern an den Beklagten, die Installationen zu beseitigen (vgl. etwa act. 41/17-18). Im Jahr 2010 gelangte die Klägerin erneut an den Friedensrichter mit den Anliegen, es habe der Beklagte erstens die Antenne vom Dach auf seine Kosten zu entfernen sowie zweitens alle von der Stockwerkeigentümerversammlung nicht bewilligten Installationen (wie Fahnenstange, Kamera, Windspiel) zu beseitigen (vgl. act. 41/22). Der Beklagte widersetzte sich dem unbestrittenermassen und die Klägerin verfolgte die Sache in der Folge nicht weiter, unbestrittenermassen wegen des nachbarlichen Friedens und mit der Hoffnung auf die Verwaltung der Liegenschaft durch die "D.\_\_\_\_\_ AG" (vgl. act. 40 S. 9 und Vi-Prot. S. 9 f.). In der Stockwerkeigentümerversammlung vom 10. Oktober 2011 unter der Leitung von "D.\_\_\_\_\_", an der der Beklagte nicht teilnahm, wurden diverse Anträge der übrigen Stockwerkeigentümer angenommen, die den Widerruf der 1995 für die Installation auf dem Dach erteilten Zustimmung beinhalteten sowie die Verweigerung der Zustimmung zu den

vom Beklagten seither auf dem Dach, an der

- 8 - Gebäudehülle und im Garten vorgenommen Installationen; auch über die Kamin-sanierung wurde befunden (vgl. act. 41/23 S. 3-5). Die von der Verwaltung an den Beklagten gerichteten Aufforderungen zur Beseitigung (vgl. act. 41/24-25) blieben unbestrittenermassen folgenlos.

#### **E. 1.4**

An der Stockwerkeigentümersversammlung vom 14. Februar 2012 waren die diversen Installationen des Beklagten und die von diesem ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer vorgenommenen Veränderungen an der Liegenschaft erneut Thema (vgl. act. 41/26 S. 4). Der Beklagte war anwesend, stellte sich indes auf den Standpunkt, er sei von der Verwaltung nicht ordnungsgemäss eingeladen worden und daher bloss als Zuhörer anwesend (vgl. a.a.O.). Eine Beseitigung der Installationen lehnte er unter Hinweis auf Verträge, die er im Zusammenhang mit der Wetterstation eingegangen sei und zu erfüllen habe, ab; ebenso teilte er den übrigen Stockwerkeigentümern mit, er habe ergebnislos versucht, seine Stock- werkeinheit zu verkaufen; der Grund dafür liege im schlechten baulichen Zustand der Liegenschaft (vgl. a.a.O. und Vi-Prot. S. 10). Die Parteien einigten sich da- raufhin auf ein gemeinsames Vorgehen in drei Punkten (vgl. a.a.O.). Das vereinbarte Vorgehen in drei Punkten scheiterte unbestrittenermassen, und es wurde das in der Stockwerkeigentümersversammlung vom 27. Juni 2013, an der auch der Beklagte teilnahm, unter Traktandum 6 festgestellt (vgl. act. 41/34 S. 1). Weiter beschloss die Versammlung unbestrittenermassen mit dem Stimmenverhältnis von 4 zu 1 bzw. von 790 Wertanteilen zu 110 Wertantei- len, dass der Beklagte – unter Aufhebung allenfalls einstmals erteilter Zustim- mung – die auf dem Dach installierte Wetterstation inklusive Mast mit Utensilien, ferner die auf dem Dach aufgestellte Funkantenne sowie die im Garten aufgestell- ten Installationen (Windspiel, Fahnenstange, Funkantenne, Wetterstation mit Utensilien und dazugehörenden Kabelsträngen und -kanälen) zu beseitigen habe, und zwar auf eigene Kosten bis spätestens 31. August 2013. Für den Fall, dass der Beklagte diese Beschlüsse nicht erfülle bzw. umsetze, ermächtigte die Stock- werkeigentümersammlung mit den gleichen Stimmenverhältnissen die Klägerin zur Ergreifung rechtlicher Schritte gegenüber dem Beklagten und bestimmte die Rechtsvertretung der Klägerin in einem allfälligen gerichtlichen Verfahren (vgl. auch act. 41/34 S. 1-3).

- 9 -

#### **E. 1.5**

Unbestritten geblieben ist schliesslich, dass der Beklagte diese Beschlüsse der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 27. Juni 2013 weder anfocht noch in- nert Frist umsetzte. Die Beschlüsse wurden auch sonst von niemandem ange- fochten (vgl. act. 40 S. 13 und Vi-Prot. S. 10). Unstrittig ist überdies, dass der Be- klagte im Frühling 2014 die von ihm im Garten aufgestellte Kurzwellenantenne entfernt hat (vgl. act. 49 S. 8 und act. 56 S. 9 f.) sowie, dass er später weiterhin "ab und an mit neuen Anlagen und Sensoren" von mehreren Metern Länge im Garten experimentierte (vgl. act. 77 S. 3 und dazu act. 71; vgl. überdies etwa act. 50/4 und dazu act. 56 S. 10, dort Ziff. 30: filigranes Objekt, keine Funkanten- ne, sondern "ein schwarzes Kunststoffteleskop bzw. ein blosses Windspiel").

#### **E. 2**

sowie Art. 62 Abs. 1 ZPO). Das Einzelgericht holte einen Kostenvorschuss ein und lud die Parteien danach zur Hauptverhandlung vor. Wegen aussergerichtlicher Vergleichsgespräche wurden die Hauptverhandlung auf Ersuchen der Parteien abgesagt und das Verfahren sistiert. Die Vergleichsgespräche scheiterten, und es fand die Hauptverhandlung dann am 13. November 2014 statt. Dabei wurden die Klagebegründung und Klageantwort entgegengenommen. Am 18. November 2014 wies das Einzelgericht den in der Hauptverhandlung gestellten Antrag des Beklagten ab, auf die Klage nicht einzutreten, und setzte den Streitwert auf Fr. 20'000.- fest. Replik und Duplik wurden später im Einverständnis mit den Parteien schriftlich eingeholt. Weitere schriftliche Eingaben der Parteien folgten, die letzte gegen Ende Januar 2016. Am 7. Dezember 2016 fällte das Einzelgericht das angefochtene Urteil (act. 86 = act. 80). Weitere Einzelheiten zum einzelgerichtlichen Verfahren können der Prozessgeschichte im angefochtenen Urteil entnommen werden (vgl. act. 86).

## **E. 2.2**

2.2.1 In seiner Berufungsschrift rekapituliert der Beklagte vorab das "Prozesssthema" bzw. die "Ausgangslage" aus seiner Sicht (vgl. act. 85 S. 3 f.). Er wirft dem Einzelgericht danach hinsichtlich der "Anlagen auf dem Dach" im Wesentlichen eine Verletzung seines Anspruchs auf Recht auf Beweis vor, weil es nicht die von ihm offerierten Beweismittel zu seiner Behauptung abgenommen habe, die Installation dieser Anlagen sei für ihn *conditio sine qua non* für den Erwerb des Stockwerkeigentumsanteils gewesen (vgl. a.a.O., S. 4 f.). Weiter rügt er, das Einzelgericht habe zu Unrecht die Anwendbarkeit von Art. 647 Abs. 1bis ZGB verneint (vgl. a.a.O., S. 5 f.), dessen Grundsatz der "Unentziehbarkeit gültig eingeräumter Nutzungsrechte" zu den Fundamentalprinzipien des Stockwerkeigentumsrechts zähle. Der Beschluss vom 27. Juni 2013 habe diesen Grundsatz missachtet und sei daher nichtig. Unter Hinweis auf vor allem schon im einzelgerichtlichen Verfahren Dargelegtes hält der Beklagte sodann daran fest, dass die Verpflichtung, die Installationen auf dem Dach zu beseitigen, die Meinungs- und Informationsfreiheit verletze, die auch unter Privaten gelte. Zumindest müsste es ihm erlaubt sein, auf dem Dach wieder exakt die Vorrichtungen gemäss act. 43/1 zu montieren (vgl. a.a.O., S. 6 f.). Hinsichtlich seiner im Garten aufgestellten Anlagen verweist der Beklagte vorab auf seine Vorbringen im einzelgerichtlichen Verfahren, räumt ein, dass das Windspiel auf der allgemeinen Nutzungsfläche montiert ist und macht geltend, es verursache keine Emissionen. Er äussert sich zudem zur Fahnenstange und zur Wetterstation, die in den Teilen des Gartens aufgestellt seien, an denen er ein

- 13 - Sondernutzungsrecht habe. Teile der Wetterstation habe er im Garten aufgestellt, weil sie auf dem Dach bei einem Blitzschlag beschädigt worden seien; er habe diese bewilligten Teile im Garten aufgestellt, weil er gedacht habe, er mache den Nachbarn damit einen Gefallen (vgl. act. 85 S. 8). Es dürfe ihm jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen, dass er den Beschluss vom 27. Juni 2013 aus Unkenntnis der Rechtslage nicht angefochten habe. Und er wirft der Klägerin widersprüchliches und willkürliches Verhalten vor, was auch das Einzelgericht erkannt, aber nicht richtig qualifiziert habe (vgl. a.a.O., S. 9). Der Beklagte rügt des weitern, die ihm vom Einzelgericht eingeräumte Frist zur Beseitigung sei unangemessen kurz und die Verpflichtung zur Beseitigung der Anlage ohnehin unverhältnismässig; er müsste zwangsläufig seinen Wohnort wechseln und bräuchte hinreichend Zeit, ein Ersatzobjekt zu finden (vgl. act. 85 S. 10). Schliesslich beanstandet er die Verpflichtung, für eine allfällige Ersatzvornahme einen Vorschuss leisten zu müssen

sowie dessen Höhe. Letztere beliefe sich auf höchstens Fr. 5'000.-; die Begründung für erstere sei unrichtig, weil es angesichts der Tatsache, dass er die Wohnung nur wegen der ihm eingeräumten Möglichkeit, Vorrichtungen gemäss act. 43/1 aufstellen zu dürfen, erworben habe, unter keinem Titel zu beanstanden sei, wenn er die Vorrichtungen erst bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils beseitige (vgl. a.a.O., S. 11 f.).

### **E. 2.2.2**

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil in der Berufungsantwort (act. 92) über alles gesehen für richtig. Sie weist der Sache nach sodann u.a. darauf hin, dass der Beklagte das angefochtene Urteil nicht richtig wiedergibt (vgl. a.a.O., S. 3 ff.), und dass sich der Art. 647 Abs. 1 bis ZGB einzig mit der Zuteilung von ausschliesslichen Nutzungsrechten befasst, dem Kläger am Dach indes kein solches eingeräumt worden sei, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten habe. Der Beschluss vom 27. Juni 2013, der ohne Zustimmung des Beklagten erfolgt sei, habe an der Zuteilung von ausschliesslichen Nutzungsrechten nichts geändert (vgl. a.a.O., S. 5 f.). Die Berufung des Beklagten auf Grundrechte bzw. die EMRK gegenüber der Klägerin sei erfolglos, wie die Vorinstanz im Einklang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung richtig erkannt habe (vgl. a.a.O., S. 6 f.). Die Klägerin verwarft sich zudem gegen den Vorwurf des Beklagten, sie habe sich ihm gegenüber willkürlich verhalten bzw. krass rechtsmissbräuchlich; ein

- 14 - Verweis auf die Duplikschrift und der pauschalierte Vorwurf des Beklagten genügen zudem nicht, um die Vorinstanz zu kritisieren (vgl. a.a.O., S. 8 f.). Der Beschluss der Klägerin vom 27. Juni 2013 sei unbestrittenermassen vom Beklagten nicht angefochten worden. Grundsätzlich seien solche Beschlüsse unverzüglich umzusetzen (a.a.O., S. 9). Die Ersatzvornahme komme nur im Weigerungsfall zum Zuge und es liege am Beklagten, seine Installationen zu beseitigen. Dafür sei ihm keine Frist von 36 Monaten anzusetzen, sondern genüge eine kurze Frist. Es sei daher auch nicht unverhältnismässig, den Beklagten die Kosten einer Ersatzvornahme vorschliessen zu lassen; dass die Klägerin darüber später abzurechnen hätte, verstehe sich von selbst. Der Streitwert sei von der Vorinstanz korrekt berechnet worden; der Beklagte habe einst den Wert gar auf Fr. 31'000.- bis Fr. 35'000.- geschätzt und verhalte sich höchst widersprüchlich, wenn er heute noch von Fr. 3'000.- bis Fr. 5'000.- ausgehen wolle (vgl. act. 92 S. 11 f.).

### **E. 2.3**

Die Standpunkte und Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren sind hier nur knapp skizziert worden. Im Folgenden werden indessen alle ihre Ausführungen berücksichtigt, auch dann und dort, wo das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

### **E. 3**

3.1 Der Beklagte stellt sich wie gesehen vor allem auf den Standpunkt, der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 27. Juni 2013 sei aus mehreren Gründen nichtig, entfalte daher keine Wirkungen und habe von ihm gar nicht angefochten werden müssen. Ebenso meint er, es dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er – aus Unkenntnis der Rechtslage – den Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung nicht angefochten habe.

3.1.1 Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung sind grundsätzlich anfechtbar, und zwar gemäss den Vorschriften über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (vgl. Art. 712m Abs. 2 ZGB). Gemäss der vereinsrechtlichen Vorschrift von Art. 75 ZGB können die Vereinsmitglieder, die einem Beschluss nicht zugestimmt haben, der das Gesetz oder die Statuten verletzt (also sog. widerrechtlich ist), diesen Beschluss innert eines Monats beim

Gericht anfechten. Die Frist beginnt mit dem Tag zu laufen, an dem sie Kenntnis von diesem Beschluss erhalten haben. Die Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Stockwerkeigentümergeinschaft B1.\_\_\_\_\_-Strasse ... hält entsprechendes seit dem Jahre 1994 (vgl.

- 15 - vorn Erw. I/1.1) zuhanden der Stockwerkeigentümer in Ziff. 24 für die Beschlüsse der Versammlung ausdrücklich fest (vgl. act. 4/4 S. 12). Diese Ordnung gilt – wo- rauf das Einzelgericht zutreffend hingewiesen hat (vgl. act. 86 S. 15) – unbestrit- tenermassen auch für den Beklagten, der seit dem Frühsommer 1995 Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft ist und seit damals Einsicht in diese Ordnung nehmen konnte. Wie von jedem Mitglied dieser Gemeinschaft darf und muss da- her auch von ihm erwartet werden, dass er die Nutzungs- und Verwaltungsord- nung der Gemeinschaft (fortan: das Reglement) sowie deren Ziff. 24 kennt, also auch das darin ausdrücklich erwähnte Recht eines jeden Stockwerkeigentümers zur Anfechtung von Beschlüssen. Macht der Beklagte heute Unkenntnis der Rechtslage geltend, so muss er sich das entgegenhalten lassen, zumal die reg- lementarische Bestimmung Ziff. 24 ohnehin nur die gesetzliche Rechtslage wie- dergibt. Aus welchen Gründen der Beklagte den Beschluss der Versammlung vom 27. Juni 2013 tatsächlich nicht angefochten hat, obwohl er ihm nicht zuge- stimmt hatte und er ihn als widerrechtlich erachtet, ist daher nicht vertiefter zu er- örtern. Die nachteiligen Folgen seiner Unterlassung hat er sich jedenfalls aus- schliesslich selbst zuzuschreiben und ebenso seine erst im Nachhinein geltend gemachte Unkenntnis. Die Auffassung des Einzelgerichts, der Beschluss der Versammlung vom 27. Juni 2013 sei mangels Anfechtung durch den Beklagten dann, wenn er nicht aus anderen Gründen nichtig sei, für die Stockwerkeigentümer verbindlich bzw. rechtskräftig geworden (vgl. act. 86 S. 16 f. [Erw. 4.4]), ist daher nicht zu bean- standen. Ergänzend zum eben Ausgeführten kann deshalb auf die entsprechen- den Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. 3.1.2 In der Erwägung 4.5.1 seines Urteils (vgl. act. 86 S. 17 f.) hat das Einzelge- richt zutreffend dargelegt, wann ein Beschluss einer Stockwerkeigentümerge- sammlung nichtig ist und was Nichtigkeit bedeutet. Es kann daher vorab darauf verwiesen werden. Verdeutlichend ist sodann festzuhalten, dass Nichtigkeit nicht leichthin anzunehmen ist, zumal die Widerrechtlichkeit eines Beschlusses wie eben erwähnt Voraussetzung seiner (erfolgreichen) Anfechtung ist. In Frage kommen daher nur besonders gravierende Fälle (vgl. etwa SCHMID/HÜRLIMANN- KAUP, Sachenrecht, 4. A., Zürich 2012, Rz. 1062a, WERMELINGER, Handkommen-

- 16 - tar zum schweizerischen Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, Art. 712m ZGB N 13), wie Beschlüsse, die gegen die fundamentalen Prinzipien des Stockwerkeigen- tumsrechts verstossen, wichtige Formvorschriften verletzen oder zwingendes Recht, ferner Beschlüsse, die Rechte missachten, auf die Stockwerkeigentümer nicht verzichten können, oder Bestimmungen missachten, welche den Schutz Dritter bezwecken. In seinem Urteil 5A\_499/2010 hat das Bundesgericht in E. 8.5 ebenfalls darauf hingewiesen ("Sont réservées les décisions absolument nulles dont la nullité peut être constatée en tout temps; ils s'agit des décisions qui vont à l'encontre de la structure fondamentale de la propriété par étages, violent des règles de forme impor- tantes, des règles impératives, des droits auxquels les propriétaires d'étages ne peuvent pas renoncer ou des dispositions destinées à protéger des tiers"). In Frage kommen kann überdies ein Beschluss, der sich gegen einen Stockwerkeigentümer richtet und inhaltlich als offensichtlich rechtsmissbräuchlich i.S. des Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren ist. 3.1.3 Der Beklagte beruft sich im Wesentlichen auf

letzteres sowie darauf, dass der Beschluss zwingendes Recht, nämlich den Art. 647 Abs. 1bis ZGB verletzt. Soweit er sich auch noch auf die Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss EMRK beruft (vgl. act. 85 S. 6 ff.), stellt er richtigerweise keinen näheren sachlichen Zusammenhang zwischen diesem Recht und etwa der Fahnenstange her oder dem Windspiel, das er im Garten aufgestellt hat. Und er zeigt auch nicht näher auf, inwiefern dieses Recht ihm den übrigen Stockwerkeigentümern gegenüber einen Anspruch darauf zu geben vermöchte, seinen Hobbies nachzugehen, indem er z.B. eine Webcam auf der Fahnenstange bzw. im Garten installiert, ferner mit neuen Anlagen und Sensoren experimentiert, "filigrane" meterhohe Kunststoffteleskope aufstellt oder Löcher in die Hausmauer bohren lässt (vgl. vorn Erw. I/1.3 und I/1.5). Das alles wäre denn auch nicht ersichtlich. Hingegen stellt der Beklagte einen Zusammenhang zwischen dem Meinungs- und Informationsrecht und der "Baubewilligung" gemäss act. 43/1 her (vgl. act. 85 S. 7), mit der ihm im Mai 1995 von den übrigen Stockwerkeigentümern die Zustimmung zur Errichtung einer Wetterstation erteilt worden war (vgl. dazu vorn Erw. I/1.2). Sachrecht geht es damit auch in der Sicht des Beklagten allerdings nicht um sein Meinungs- und Informationsrecht gemäss EMRK als solches, das ihm die übrigen

- 17 - Stockwerkeigentümer generell zu gewähren hätten, sondern um den Entzug bzw. den Widerruf der einst erteilten Zustimmung zur Ausübung eines Hobbys unter Inanspruchnahme gemeinschaftlicher Teile in bestimmter Weise. Und es stellt sich auch in dieser Sicht im Wesentlichen "bloss" die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs bzw. eines damit verbundenen Rechtsmissbrauchs der Klägerin. Nichts anderes folgt ebenfalls aus der Darstellung des Beklagten, die vorgängige Zustimmung bzw. Bewilligung der übrigen Stockwerkeigentümer gemäss act. 43/1 sei für ihn eine *conditio sine qua non* für den Kauf der Stockwerkeinheit gewesen. Denn damit räumt er unübersehbar selbst ein, ohne Bewilligung bzw. Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer hätte er keine Installationen mit Antenne usw. auf dem Dach errichten dürfen. Es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass der Beklagte gar keine Bewilligung hätte einholen müssen, wenn ihm gegenüber den übrigen Stockwerkeigentümern das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss EMRK (oder ggf. Bundesverfassung) zum hobby-mässigen Betrieb von Wetterstationen und Funkanlagen zugekommen wäre, wie er es nun geltend macht. Weitere Erörterungen zu diesem Standpunkt des Beklagten erübrigen sich daher. Zur Sachdarstellung des Beklagten, die Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer für die Errichtung von Installationen auf dem Dach gemäss act. 43/1 sei für ihn eine notwendige Voraussetzung für den Kauf der Stockwerkeinheit gewesen, hat sich das Einzelgericht im angefochtenen Urteil im Übrigen grundsätzlich zutreffend geäußert (vgl. act. 86 S. 19), weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen vorab darauf verwiesen werden kann. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist sodann darauf hinzuweisen, dass weder die Klägerin noch die heutigen Stockwerkeigentümer Kaufvertragspartei des Beklagten waren. Die Klägerin bzw. die heutigen Stockwerkeigentümer sind kaufvertraglich Dritte, weshalb für sie all-fällige wesentliche Motive des Beklagten für den Erwerb der Stockwerkeinheit im Jahre 1995 oder gar vertragliche Zusicherungen der Verkäuferschaft gegenüber dem Beklagten belanglos sind, ausser diese Zusicherungen usw. hätten im Reglement oder in einem Grundbucheintrag, der die übrigen Eigentümer zur Duldung verpflichtet, eine Stütze gehabt oder einen entsprechenden Niederschlag gefunden. Dergleichen behauptet der Beklagte allerdings selbst nicht, und das zu

- 18 - Recht, holte er sich doch wegen des Fehlens reglementarischer bzw. grundbuchlicher Grundlagen für seine Hobbytätigkeit 1995 von den damaligen Stockwerkeigentümern eine Zustimmung bzw. die "Bewilligung" gemäss act. 43/1 ein. Um diese bzw. deren Widerruf geht es hier und nicht darum, was für den Beklagten *conditio sine qua non* für den Kauf der Stockwerkeinheit war. Letzteres bleibt in- soweit belanglos. Über Belangloses ist kein Beweis abzunehmen, sondern nur über rechtlich Erhebliches (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Rüge des Beklagten, das Einzelgericht habe sein Recht auf Beweis verletzt, weil es keine Beweismittel für die von ihm zum Erwerb der Stockwerkeinheit ausschlaggebende *conditio sine qua non* abgenommen habe (vgl. act. 85 S. 5), erweist sich daher als offenkundig unbegründet.

### **E. 3.2**

Der Beklagte hält wie erwähnt dafür, der Beschluss vom 27. Juni 2013 verstosse gegen den zwingenden Art. 647 Abs. 1bis ZGB. Diese Bestimmung gilt für die Miteigentümer i.S. der Art. 646 ff. ZGB und hat im Recht des Stockwerkeigentümers für die Stockwerkeigentümer im Art. 712g Abs. 4 ZGB ein Pendant, welches hier massgeblich ist. Beide Normen besagen, dass eine Änderung von Bestimmungen der Nutzungs- und Verwaltungsordnung bzw. des Reglementes der Stockwerkeigentümergeinschaft, welche die Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte an einen oder mehrere Stockwerkeigentümer zum Gegenstand haben, stets der Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer bedarf. Die Normen bezwecken die Sicherstellung der Mitsprache der direkt Betroffenen, wollen verhindern, dass einem Mit- bzw. Stockwerkeigentümer ohne dessen Zustimmung durch die Mehrheit der übrigen Eigentümer ein ausschliessliches Nutzungsrecht entzogen wird; sie sind daher, wie der Beklagte richtig bemerkt, zwingend und seit dem Inkrafttreten der Normen bei allen Änderungen von Bestimmungen einer Nutzungs- und Verwaltungsordnungen bzw. eines Reglementes zu beachten (vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes 5A\_44/2014 vom 10. November 2014, dort E. 3.3.1, mit Verweisen). Unter ausschliesslichen Nutzungsrechten im Sinne der zwei Normen (französisch: *droits d'usage particulier*; vgl. Urteil 5A\_44/2014, E. 3.3.1) sind die sog. Sondernutzungsrechte bzw. besonderen Nutzungsrechte eines Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Teilen zu verstehen, welche ihm den Gebrauch der

- 19 - Teile gestatten unter dem Ausschluss aller übrigen Eigentümer sowie Dritter von diesem Gebrauch (vgl. auch a.a.O.: "*sont des droits d'utilisation accordés à un propriétaire d'étages sur une partie commune lui permettant d'exclure tout acte d'utilisation des autres propriétaires d'étages ou de tiers* (ATF 122 III 145 consid. 4b)").

#### **E. 3.2.1**

Beruft sich der Beklagte auf den Art. 647 Abs. 1bis ZGB – bzw. richtigerweise auf den Art. 712g Abs. 4 ZGB –, so stellt er sich auf den Standpunkt, es seien ihm durch den Beschluss vom 27. Juni 2013 ausschliessliche Nutzungsrechte entzogen worden (vgl. a.a.O., S. 6: Unentziehbarkeit gültig eingeräumter Nutzungsrechte), die ihm früher zugeteilt worden waren. Entsprechende Nutzungsrechte leitet er dabei primär aus der ihm im Mai 1995 erteilten Bewilligung (act. 43/1) der damaligen Stockwerkeigentümer ab (vgl. act. 85 S. 7). Diese Bewilligung beschränkt sich – wie der Beklagte im Berufungsverfahren mit Blick auf den unstrittigen, von ihm selbst verfassten (vgl. Erw. I/1.2) und klaren Wortlaut von act. 43/1 denn doch mit Fug einräumt (vgl. act. 85 S. 7, dort Ziff. 15 f.) – auf Einrichtungen auf dem Dach. Richtigerweise nicht in Abrede stellt der Beklagte im Berufungsverfahren

überdies, dass das Dach gemeinschaftlicher Teil der Liegenschaft B1.\_\_\_\_\_-Strasse ... ist. Und er stellt im Berufungsverfahren schliesslich auch die einzelgerichtliche Feststellung nicht näher in Abrede, mit der Bewilligung vom Mai 1995 sei das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht abgeändert worden, worauf auch die Klägerin verweist (vgl. act. 92 S. 5). Geht der Beklagte gleichwohl von ihm gültig eingeräumten ausschliesslichen Nutzungsrechten aus, so müssen ihm diese, soweit sie nicht von der Bewilligung vom Mai 1995 erfasst sind, folglich entweder durch das Reglement oder durch weitere zustimmende Rechtsakte der Stockwerkeigentümergeinschaft, namentlich durch entsprechende Beschlüsse, eingeräumt worden sein. Dass das Einzelgericht solche weiteren Beschlüsse bzw. Rechtsakte der Stockwerkeigentümergeinschaft in seinem Entscheid unbeachtet gelassen habe, behauptet der Beklagte in der Berufung allerdings nicht, weshalb es bei der Bewilligung vom Mai 1995 gemäss act. 43/1 und beim Reglement der Gemeinschaft (act. 4/4) als Rechtsgrundlagen der geltend gemachten ausschliesslichen Nutzungsrechte bleibt.

- 20 -

### **E. 3.2.2**

Die Bewilligung vom Mai 1995 (act. 43/1) wurde wie erwähnt vom Beklagten formuliert und ist als Baubewilligung überschrieben. Sie gestattet dem Beklagten die Installation von vier namentlich genannten Einrichtungen auf dem gemeinschaftlichen Dach auf eigene Kosten. Wie das Einzelgericht richtig festhielt, liegt darin nicht bloss eine Bewilligung zur Installation der Einrichtungen, sondern ebenso implizit eine Zustimmung der damaligen Stockwerkeigentümer zum Betrieb der Einrichtungen sowie – das ist noch zu präzisieren – zu deren Unterhalt durch den Beklagten. Bei diesen Einrichtungen bzw. deren Ensemble handelt es sich übrigens gemäss der Bezeichnung, die der Beklagte gegenüber den Stockwerkeigentümern im von ihm selbst verfassten Protokoll der Stockwerkeigentümersversammlung im Mai 1996 selbst verwendet hatte, um eine "Wetterstation" und nicht um eine (Amateur-)Funkanlage (vgl. vorn. Erw. I/1.2). Eine räumlich klar ausgeschiedene Zone auf dem Dach, auf der der Beklagte seine "Wetterstation" installieren und betreiben darf, wird in der Bewilligung nicht bezeichnet, auch nicht in Bezug auf die Antenne; diese hat sich lediglich irgendwo "hinter dem Kamin" zu befinden. Die Bewilligung schliesst die übrigen Stockwerkeigentümer von einer allfälligen Nutzung des Daches sodann nicht aus, enthält insbesondere keinen Verzicht der übrigen Stockwerkeigentümer auf eine allfällige besondere Nutzung des Daches und namentlich keinen Verzicht der übrigen Stockwerkeigentümer, sich gegebenenfalls die Errichtung und den Betrieb einer eigenen "Wetterstation" gestützt auf Ziff. 10 des Reglementes bewilligen zu lassen. Die Bewilligung weist dem Beklagten daher auch kein Recht zu, anderen Stockwerkeigentümern eine besondere Nutzung des Daches zu untersagen oder ihnen die Zustimmung gemäss Ziff. 10 des Reglementes für eine Einrichtung auf dem Dach, wie z.B. gar eine "Wetterstation", zu verweigern. Sie räumt dem Beklagten somit weder ein ausschliessliches Recht an der Nutzung des Daches ein noch ein ausschliessliches Recht der Nutzung eines klar bestimmten Bereichs des Daches, analog etwa einem Parkplatz oder Gartenbereich. Mit dem Beschluss vom 27. Juni 2013 konnte daher kein gültig begründetes, dem Beklagten zugeteiltes ausschliessliches Nutzungsrecht am Dach oder an Teilen des Dachs geändert, nämlich aufgehoben oder eingeschränkt werden. Der Beschluss versties daher nicht gegen Art. 712g Abs. 4 ZGB, weshalb sich der Standpunkt des

- 21 - Beklagten, der Beschluss sei wegen Missachtung zwingenden Rechts i.S. des Art. 712g Abs. 4 ZGB (bzw. Art. 647 Abs. 1bis ZGB) nichtig, insoweit als un- begründet erweist. Der Klarheit halber ist dem noch beizufügen, dass act. 43/1 aufgrund des unstreitigen und klaren Wortlauts, dessen Verfasser der Beklagte ist, keine Zu- stimmung der Stockwerkeigentümer zur Installation und zum Betrieb von Anten- nen bzw. Antennenanlagen, von Wetterstationen oder Teilen von Wetterstationen auf bzw. an anderen gemeinschaftlichen Teilen der Liegenschaft B1. \_\_\_\_\_ - Strasse ... beinhaltet als auf dem Dach. Das räumt der Beklagte im Berufungsver- fahren letztlich selbst ein, wenn er geltend macht, es müsse ihm zumindest er- laubt sein, auf dem Dach der Liegenschaft wieder exakt die Vorrichtungen ge- mäss act. 43/1 zu montieren. Es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass act. 43/1 keine Grundlage für irgendwelche (allenfalls ausschliessliche) Nutzungs- rechte des Beklagten an bzw. auf anderen gemeinschaftlichen Teilen der Liegen- schaft für den Betrieb von Funkanlagen und Wetterstationen bietet, geschweige denn die Zuteilung entsprechender ausschliesslicher Nutzungsrechte i.S. des Art. 712g Abs. 4 ZGB enthält. Der Versuch, gleichwohl solche Rechte an bzw. auf anderen Teilen der Liegenschaft aus act. 43/1 ableiten zu wollen, etwa in Bezug auf das Windspiel, die Wetterstation und die Fahnenstange im Garten (vgl. dazu act. 85 S. 8), sowie eine Nichtigkeit des Beschluss vom 27. Juni 2013, weil er die durch act. 43/1 getroffene Zuteilung dieser ausschliesslichen Rechte geändert habe, wäre daher schlicht abwegig.

### **E. 3.2.3**

Wegen einer Verletzung von Art. 712g Abs. 4 ZGB nichtig sein kann der Be- schluss vom 27. Juni 2013 folglich nur dann, wenn er eine bisherige Zuteilung ei- nes ausschliesslichen Nutzungsrechts des Beklagten ändert und die Zuteilung dieses ausschliesslichen Nutzungsrechts eine andere Grundlage als act. 43/1 hat. Nach dem eben in Erw. II/3.2.1 a.E. Dargelegten kann die Grundlage bisheriger Zuteilung eines ausschliesslichen Nutzungsrechts nur im Reglement liegen und muss durch den Beschluss vom 27. Juni 2013 eine im Reglement vorgesehene Zuteilung eines ausschliesslichen Nutzungsrechts geändert worden sein. Gemäss Begründungsakt und Reglement (act. 4/4) gliedern sich die Nut- zungsrechte an der Liegenschaft B1. \_\_\_\_\_-Strasse ... in drei Bereiche, worauf

- 22 - bereits das Einzelgericht der Sache nach zutreffend hingewiesen hat. Der erste Bereich umfasst die Teile der Liegenschaft, an denen ein Sonderrecht des jewei- ligen Stockwerkeigentümers besteht, der zweite alle übrigen Teile der Liegen- schaft als sog. gemeinschaftliche Teile (vgl. Ziff. 2 und 3 von act. 4/4). Der dritte Bereich bezieht sich auf einen Teil des zweiten, und es fallen unter ihn jene ge- meinschaftlichen Teile, an denen einer Stockwerkeinheit ein ausschliessliches und alleiniges Benützungsrecht i.S. des Art. 712g Abs. 4 ZGB zukommt (Son- dernutzungsrecht; vgl. Ziff. 4 von act. 4/4 [Nutzungs- und Verwaltungsordnung]). Im Sonderrecht eines jeweiligen Stockwerkeigentümers stehen die "zum betref- fenden Stockwerkanteil gehörenden Räume und Einrichtungen", deren "Lage und Grösse ... sich aus dem Begründungsakt und dem Stockwerkeigentums- /Aufteilungsplan" ergibt (act. 4/4 S. 3 Ziff. 2 lit. a). Beim Beklagten sind das die Einheiten 2 (Wohnung im Erdgeschoss) sowie die Einheiten Nummer 8 und 10 (vgl. vorn Erw. I/1.1). Sondernutzungsrechte der jeweiligen Stockwerkeigentümer bestehen gemäss Ziff. 4 der Nutzungs- und Verwaltungsordnung im hier interes- sierenden Zusammenhang bei den Wohnungen im Erdgeschoss an den der je- weiligen Wohnungen vorgelagerten Gartensitzplätzen, wie es in den Stockwerkei- gentums-/Aufteilungsplänen in der Farbe der dahinterliegenden Wohnung schraf- fiert eingezeichnet ist (vgl. act. 4/4 S. 4). Einen Plan,

welcher die der Wohnung des Beklagten vorgelagerten gemeinschaftlichen Teile in grüner Farbe schraffiert zeigt, an denen er unbestrittenermassen ein Sondernutzungsrecht hat, also ein ausschliessliches Nutzungsrecht i.S. des Art. 712g Abs. 4 ZGB, hat der Beklagte als act. 57/3 zu den Akten gegeben. Schraffiert und daher dem Sondernutzungsrecht des Beklagten zugewiesen sind südseitig ein Teil des Gartens, der vor der Wohnung des Beklagten liegt, sowie auf der Westseite ein relativ schmaler Streifen der Hauswand entlang (siehe dazu auch act. 41/36). Der Beschluss vom 27. Juni 2013 befasst sich nicht mit diesen Bereichen, ändert namentlich nichts an der Zuteilung der Bereiche im Garten der Liegenschaft, welche im Sondernutzungsrecht des Beklagten stehen, und ändert auch nichts am Bestand und Umfang allfälliger anderer Bereiche, die im Sondernutzungsrecht des Beklagten stehen. Und es behauptet das der Beklagte im Berufungsverfahren daher zu Recht auch nicht (vgl. act. 58, dort insbes. S. 6 und

- 23 - S. 8). Der Beschluss vom 27. Juni 2013 verstösst folglich nicht gegen Art. 712g Abs. 4 ZGB; seine Nichtigkeit wegen Missachtung des zwingenden Art. 712g Abs. 4 ZGB fällt deshalb ausser Betracht.

### **E. 3.3**

Zu prüfen bleibt daher noch, wie in Erw. II/3.1.2 dargetan, ob der Beschluss aus anderen Gründen nichtig ist, soweit das bislang noch nicht geprüft wurde (geprüft wurden schon z.B. der Einwand der *conditio sine qua non* oder der *Rekurs* des Beklagten auf die EMRK). Das Einzelgericht hat sich im angefochtenen Urteil in den Erw. 4.5.1 bis 4.5.3 sowie 4.5.6 und 4.5.8 bis 4.5.9 einlässlich mit dieser Frage befasst und sie mit zutreffender Begründung verneint, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen vorab darauf zu verweisen ist. Ergänzend ist anzumerken, was folgt. Gewiss war das Verhalten der Klägerin bzw. der übrigen Stockwerkeigentümer gegenüber dem Beklagten, worauf dieser auch heute verweist, seit der Zustimmung vom Mai 1995 im Zusammenhang mit der Installation, dem Betrieb und dem Ausbau der "Wetterstation" auf dem Dach und im Garten nicht widerspruchsfrei, sondern streckenweise – zwei Mal wurde darauf verzichtet, dem Gericht eine Klage zu unterbreiten – inkonsequent sowie zögerlich, mit Blick auf die Wahrung des Hausfriedens auch langmütig. Das allein gestattet es allerdings noch nicht, im Verhalten der Klägerin eine Zustimmung zum Tun des Beklagten zu erblicken, und ebenso wenig eine Wertung offensichtlichen Rechtsmissbrauchs i.S. des Art. 2 Abs. 2 ZGB bzw. der Willkür und gar des Unmoralischen, wie es der Beklagte mit seiner Berufung vorbringt (vgl. act. 85 S. S. 6, 9). Denn das Verhalten der Klägerin ist nicht einfach isoliert zu betrachten, sondern steht im Zusammenhang mit dem Verhalten des Beklagten gegenüber der Klägerin bzw. den übrigen Stockwerkeigentümern, und das ist ebenfalls zu berücksichtigen, wie es das Einzelgericht in seinem Urteil zutreffend getan hat (vgl. act. 86 S. 20 f.). Der Beklagte übergeht das in seiner Berufung, insbesondere wenn er vorbringt, die Erwägungen des Einzelgerichts seien "nicht nachvollziehbar" (vgl. act. 85 S. 6), in denen u.a. festgehalten wird, er – der Beklagte – habe Beschlüsse der Klägerin ignoriert und ohne Zustimmung die Anlage auf dem Dach weiter ausgebaut und vergrössert und sich damit auch rechtsmissbräuchlich verhalten. Und er übergeht das insbesondere ebenfalls dann, wenn er vorträgt, er wisse nicht, was er über die

- 24 - dem Einzelgericht vorgebrachten Argumente hinaus noch hätte vorbringen können, "um den krassen Verstoss gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB ... zu untermauern bzw. zu substantiieren" (vgl. act. 85 S. 6). Die einzelgerichtlichen Erwägungen sind sehr wohl nachvollziehbar, denn mit Blick z.B. auf den Wortlaut von act. 43/1, den der Beklagte

verfasst hat, stellt der spätere Ausbau der "Wetterstation" (vgl. dazu auch Erw. II/3.2.2) auf dem Dach zu einer Funkanlage eine nicht zu übergehende Rechtsanmassung dar. Gleiches gilt, um auch das zu erwähnen, für die Montage des Windspiels und dessen Beibehaltung entgegen den Beschlüssen der Klägerin. Das Einzelgericht hat sodann nicht erwogen, der Beklagte habe seinen Standpunkt, weshalb der Beschluss der Klägerin vom 27. Juni 2013 als rechtsmissbräuchlich zu werten sei, ungenügend substantiiert. Es hielt fest, der Beklagte vermöge nicht aufzuzeigen – also darzutun –, inwiefern das Verhalten der Klägerin derart gegen Treu und Glauben verstosse, dass es sein eigenes Verhalten gegenüber der Klägerin überwiegen würde; und dieses Verhalten des Beklagten hat das Einzelgericht als rechtsmissbräuchlich gewichtet. An solchen Argumenten, die begründeten Anlass bieten könnten, sein eigenes Verhalten gegenüber der Klägerin anders zu gewichten als das Einzelgericht, fehlt es dem Beklagten auch heute, und es bleibt daher an der zutreffenden einzelgerichtlichen Wertung. Bei diesem Ergebnis ist es müssig, auch noch darauf hinzuweisen, dass beispielsweise das Aufstellen und der "Betrieb" der Fahnenstange durch den Beklagten sowohl unter dem Gesichtspunkt des Standortes der Stange als auch unter dem Gesichtspunkt der Verwendung der Stange alles andere als eine zweckmässige und schonende Ausübung des Sondernutzungsrechts zeigen: Die (sechs Meter hohe) Stange steht in geringem Abstand zum Haus nicht beim Gartensitzplatz des Beklagten, der sich auf der Südseite des Hauses befindet, sondern hinter der an den Sitzplatz anschliessenden Hausecke auf der Westseite (vgl. act. 41/39 und act. 41/36); sechs Meter hoch (vgl. act. 85 S. 8) ragt sie vor allem in den Sichtbereich der Wohnungen oberer Stockwerke und diene bislang unbestrittenermassen nicht einfach dem Flattern von Fahnen, sondern ebenfalls anderem, wie etwa dem Aufstellen einer Webcam.

### **E. 3.4**

Auch sonst bringt der Beklagte mit der Berufung nichts vor, was etwas am einzelgerichtlichen Ergebnis zu ändern vermöchte, der Beschluss der Klägerin

- 25 - vom 27. Juni 2013 sei nicht nichtig und, weil er unangefochten geblieben war, verbindlich und vollstreckbar. Das angefochtene Urteil, welches gestützt darauf die Klage auf Beseitigung der Wetterstation samt Antenne auf dem Dach und im Garten guthiess, soweit die Klage nicht gegenstandslos geworden ist, sowie die Beseitigung dieser Einrichtungen und der baulichen Veränderungen, des Windspiels und der Fahnenstange samt Utensilien im Garten durch den Beklagten befohlen, erweist sich im Ergebnis als zutreffend. Dem Beklagten ist daher der entsprechende Befehl zu erteilen.

### **E. 4**

Das Einzelgericht hat den Beklagten zur Beseitigung bis zum 31. März 2017 aufgefordert und die Klägerin zur Ersatzvornahme i.S. des Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO berechtigt, falls der Beklagte der Aufforderung nicht nachkommt. Es hat damit selbst bereits Vollstreckungsmassnahmen gestützt auf Art. 236 Abs. 3 ZPO getroffen. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens wird vom Beklagten richtigerweise nicht in Frage gestellt.

#### **E. 4.1**

Der Beklagte macht hingegen im Wesentlichen geltend (vgl. act. 85 S. 10 f.), die ihm vom Einzelgericht zugebilligte Frist zu Beseitigung sei unverhältnismässig. Es sei ihm eine Frist von 36 Monaten zur Beseitigung zuzubilligen. Es lasse sich nicht bestreiten, dass er begeisterter Amateurfunker sei und Wetterdaten erhebe, welche auch von allgemeinem Interesse seien. Daher habe er ein grosses Interesse daran, die fraglichen Vorrichtungen

ununterbrochen zu betreiben. Sei ihm seine Tätigkeit verboten, müsse er zwangsläufig den Wohnort wechseln, was nicht einfach sei, wie er bereits dem Einzelgericht dargelegt habe und womit sich dieses mit keinem Wort auseinandergesetzt habe. Richtig ist, dass sich bei der Anordnung der Vollstreckung auch die Frage der Verhältnismässigkeit stellt. Das Bundesgericht hat das z.B. in einem Urteil 4A\_207/2014 vom 19. Mai 2014 in E. 3 im Zusammenhang mit der Vollstreckung der Pflicht zur Rückgabe der Mietsache nach Vertragsbeendigung (Ausweisung eines Mieters) festgehalten, also bei der Verpflichtung zu einem Tun i.S. des Art. 343 ZPO, wie sie auch hier gegeben ist. Es geht dabei allerdings nicht darum, unter dem Titel der Verhältnismässigkeit die Vollstreckung als solche in Frage zu stellen, sondern im Wesentlichen einerseits um die – im Ermessen des Gerichts

- 26 - stehende – Wahl des unter den konkreten Umständen zweckmässigen und tauglichen Vollstreckungsmittels (wobei auch eine Kombination der Mittel möglich ist) und andererseits ebenso darum, der verpflichteten Partei eine Art "Gnadenfrist" ein- zuräumen, damit sie ihrer Verpflichtung zum Tun in zweckmässiger Weise selbst nachkommen kann (vgl. zum Ganzen ferner etwa ROHNER/MOHS, in: Dike-Komm ZPO, 2. A., Zürich 2016, Art. 337 N 7, JENNY, in: Dike-Komm ZPO, a.a.O., Art. 343 N 7 ff., STAEHELIN, Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich, Art. 343 N 11 ff., ZINSLI, in: BSK-ZPO, 2. A., Art. 343 N 3 ff.). Das scheint der Beklagte im Gegen- satz zum Einzelgericht mit seinen Subeventualanträgen zu verkennen. Denn sei- ne Subeventualanträge zielen, wie deren Begründung zeigt, nicht darauf ab, dass ihm eine angemessene Frist zur Beseitigung eingeräumt wird, sondern darauf, dass ihm letztlich weiterhin der ungeschmälernte Betrieb bzw. Genuss seiner Ein- richtungen gesichert ist, bis er nach seinen – unbestrittenermassen seit längerem erwogenen (vgl. etwa act. 54 S. 31) – Plänen aus der Liegenschaft auszieht. Die Subeventualanträge bezwecken somit letztlich, von Vollstreckungsmassnahmen gegenüber dem Beklagten abzusehen, und zwar selbst in Bezug auf das Wind- spiel, das der Beklagte für die ihm wichtige Ausübung seiner Hobbies als Ama- teurfunker und Wetterdatenmesser nachgerade offensichtlich nicht braucht. Sein Standpunkt erscheint von daher weder stichhaltig noch ernsthaft. Ein begründeter Anlass, von Vollstreckungsmassnahmen wie der Ersatzvornahme abzusehen, be- steht nicht. Der Beklagte hat sodann nicht erst seit dem Beschluss vom 27. Juni 2013 Kenntnis davon, dass der Betrieb seiner Einrichtungen, darunter z.B. auch das Windspiel, von der Klägerin missbilligt wird, sondern schon länger. Entsprechende frühere Beschlüsse der Klägerin liess er einfach unbeachtet (vgl. vorn Erw. I/1.3). Den Beschluss vom 27. Juni 2013 hätte der Beklagte zudem ohne weiteres an- fechten können, wie er es auch in den Händen hatte, dem Beschluss nachzu- kommen. Beides hat er unterlassen, was er sich selbst zuzuschreiben hat und nicht der Klägerin angelastet werden kann. Seit dem Beschluss vom 27. Juni 2013 sind schliesslich bald vier Jahre vergangen. Das rechtfertigt es nicht, dem Beklagten heute noch eine weit über Ende Juni 2017 hinausgehende "Gnaden-" bzw. Nachfrist zur Beseitigung der Einrichtungen einzuräumen, geschweige denn

- 27 - eine bis ca. 2020 dauernde Frist, wie er es mit seinen Subeventualanträgen zu wünschen scheint. Nachdem die vom Einzelgericht bis Ende März 2017 ange- setzte Frist bereits abgelaufen ist, bedarf es hingegen einer Korrektur, die berück- sichtigt, dass der Winter vorbei ist, den das Einzelgericht aus sachlichen Gründen für die Vornahme von Beseitigungsarbeiten als ungünstig erachtet hatte. Die Be- seitigungsarbeiten erscheinen sodann nicht besonders komplex oder aufwendig, was der Beklagte der Sache nach selbst einräumt, wenn er darauf verweist, deren Kosten seien nicht hoch (vgl. act. act. 85 S. 11).

Bei der Fahnenstange oder dem Windspiel leuchtet das jedenfalls sogleich ein und ebenso bei den Kabelkanälen. Angemessen erscheint daher eine Frist bis Ende Juli 2017, zumal es erfahrungs- gemäss bei unverzüglicher Inangriffnahme der Vorbereitungen ohne Weiteres möglich und daher zumutbar ist, innert dieser Frist den Beizug von Fachleuten zu bewerkstelligen, soweit das für einige Beseitigungsarbeiten (wie z.B. für das Verschliessen der Löcher im Mauerwerk oder Demontagen auf dem Dach) erforderlich ist. Weitere Umstände, welche zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sind nicht auszumachen. Die Klägerin ist daher zur Ersatzvornahme zu berechtigen, sofern der Beklagte die beanstandeten Einrichtungen nicht selbst bis Ende Juli 2017 beseitigt hat.

#### **E. 4.2**

Das Einzelgericht hat den Beklagten zur Sicherstellung der Kosten einer allfälligen Ersatzvornahme durch Leistung eines Vorschusses verpflichtet und diese Kosten gemäss klägerischem Antrag auf Fr. 20'000.- bemessen. Der Beklagte kritisiert das unter diversen Gesichtspunkten und hält die Höhe des Vorschusses, der auf einer reinen Schätzung der beruhe, zudem als überrissen (vgl. act. 85 S. 11 f.). Das Gericht kann auf Antrag der zur Ersatzvornahme berechtigten Partei die mit der Leistung säumige Partei zur Bevorschussung der Ersatzvornahme verpflichten (vgl. dazu etwa BGE 128 III 416 [418], 136 III 273 [276], 141 III 257 E. 3.3, 142 III 321 [E. 4.2], ferner etwa JENNY, a.a.O., Art. 343 N 27, ZINSLI, a.a.O., Art. 343 N 32, STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 N 28, jeweils mit Verweisen auch auf KELLERHALS, auf den das Einzelgericht schon verwiesen hat [vgl. act. 86 S. 23] sowie JEANDIN, in: CPC commenté, Bâle 2011, Art. 343 N 16). Das Einzelgericht

- 28 - hat der Sache nach eine entsprechende Verpflichtung des Beklagten auf Antrag der Klägerin vorgesehen, was zulässig und zutreffend ist. Im Rahmen der von Amtes wegen vorzunehmenden Festlegung der angemessenen Vollstreckungsmittel (vgl. z.B. JENNY, a.a.O., Art. 343 N 7, und STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 N 14, je mit zahlreichen Verweisen) ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Vorschussleistung um eine bedingte Verpflichtung handelt, die erst dann entsteht, wenn der Beklagte zuvor seiner Verpflichtung zur Beseitigung nicht nachgekommen ist. Das kann erst mit Ablauf des letzten Tags der dem Beklagten dazu eingeräumten Frist feststehen. Das Einzelgericht hat das in seinen Anordnungen nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht (vgl. act. 86: Dispositivziffern 4 und 5). Die Vorschussleistung steht zudem unter der Abrechnungspflicht der Klägerin, worauf der Beklagte zutreffend verweist. Erweisen sich aufgrund der Abrechnung die Kosten tiefer als der Vorschuss, hat die Klägerin dem Beklagten die Differenz zu erstatten; erweisen sich die Kosten hingegen als höher, besteht eine Nachzahlungspflicht des Beklagten (vgl. BGE 141 III 260 f.). Ob es allerdings entsprechender besonderer gerichtlichen Hinweise darauf im Dispositiv eines Entscheides bedarf, kann offen bleiben, weil sie hier der Klarheit halber ohnehin anzubringen sind. Was den Umfang der Vorschussleistung betrifft, so mag dieser hoch sein; mit Blick auf Beseitigungsarbeiten wie dem Verschliessen von Löchern durch das Aussenmauerwerk und am Kamin auf dem Dach erscheint der von der Klägerin beim Einzelgericht beantragte Umfang von Fr. 20'000.- immerhin nicht von vornherein einfach unrealistisch bzw. überrissen. Dass der Beklagte den Annahmen der Klägerin in der Berufung einfach eigene Annahmen zu den mutmasslichen Kosten gegenüberstellt, die sich in Behauptungen erschöpfen, zeigt jedenfalls nichts auf, was grundsätzlich eine Herabsetzung des Vorschussumfangs erforderlich machte. Die Pflicht zur Leistung eines Vorschusses trifft den Beklagten ohnehin nur

dann, wenn er seiner Pflicht zur Beseitigung nicht oder nur unvollständig nachkommt, also den gerichtlichen Befehl missachtet. Die Berechtigung der Klä- gerin, in diesem Fall einen Vorschuss einholen zu können, steht ebenso ausser Frage wie, dass die Klägerin durch Festsetzung eines allenfalls zu tiefen Vor- schusses einem unnötigen Kostenrisiko ausgesetzt wäre, das sich sachlich durch

- 29 - nichts rechtfertigen liesse; darauf hat schon das Einzelgericht zutreffend hinge- wiesen (vgl. act. 86 S. 23). Der Vorschuss soll allerdings dem Umfang der Arbei- ten, die mit der Ersatzvornahme (noch) vorzunehmen sind, wenn der Beklagte seiner Beseitigungspflicht nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist, in etwa angemessen sein. Das festzustellen vermag die Klägerin dazumal durch Schätzungen, die sich auf zuverlässige Offerten sowie allenfalls Befunderhebun- gen abstützen, am besten selbst. Mit einer praktikablen Regelung zur Durchfüh- rung, die sich an Übliches bei Kostenschätzungen anlehnt, ist dem Rechnung zu tragen. Die der Klägerin allenfalls für das Einholen von Offerten und/oder Befun- derhebungen zur Abschätzung der Ersatzvornahme entstandenen Kosten wird in- des der Beklagte dann zu tragen haben, wenn es zur Ersatzvornahme kommt. Raum für die vom Beklagten mit der Berufung befürchtete übermässige Inan- spruchnahme durch einen offensichtlich überhöhten Vorschuss bleibt damit von vornherein keiner. Soweit der Beklagte beantragt, die Klägerin habe für die Rück- zahlung eines allenfalls zu hohen Vorschusses ihrerseits Sicherheit zu bieten, übersieht er offensichtlich, dass es gar nicht so weit kommen muss, wenn er den ihm erteilten Befehl folgt. Es kann daher offen bleiben, ob der Beklagte mit sei- nem Bedürfnis nach Sicherheit zum Ausdruck bringen wollte, er habe nicht die Absicht, den Befehl zur Beseitigung zu befolgen; ein beachtenswertes Schutzbe- dürfnis seinerseits wäre dann, das sei immerhin noch angemerkt, nicht auszu- machen. Die Regelungen zur Ersatzvornahme und der damit verbundenen Pflicht des Beklagten, auf Verlangen der Klägerin einen angemessenen Kostenvorschuss zu leisten, sind daher den vorstehenden Überlegungen entsprechend festzulegen.

#### **E. 5**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'150.- festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss ver- rechnet.

#### **E. 6**

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfah- ren Parteientschädigung von Fr. 2'150.- (Mehrwertsteuer von 8 % darin in- begriffen) zu bezahlen.

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

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 Be- schwerde 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

Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 33 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der  
Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Diggelmann MLaw P. Klaus versandt am:

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