

# ZH\_OBERGERICHT NP190027 vom 9. März 2020

ZH Obergericht, 2020-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP190027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP190027)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP190027 du 9 mars 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT NP190027 del 9 marzo 2020

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessverlauf

#### E. 1.1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) besteht aus 17 Parteien (Stockwerkeigentümern). Die Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) sind Stockwerkeigentümer der 5 ½ Zimmer-Wohnung im ersten Obergeschoss der Liegenschaft G.\_\_\_\_\_ [Strasse] 1, E.\_\_\_\_\_. F.\_\_\_\_\_ ist Stockwerkeigentümerin der Gartenwohnung unterhalb der Kläger. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Gestaltung des gemeinschaftlichen

- 4 - Gartenanteils, zu welchem F.\_\_\_\_\_ von ihrer Wohnung einen ausschliesslichen Zugang hat, weshalb ihr an diesem Gartenanteil das ausschliessliche Benützungszustand zusteht. Anlässlich der ausserordentlichen Stockwerkeigentümersammlung vom 23. Oktober 2017 wurden unter dem Traktandum "Gartengestaltung F.\_\_\_\_\_ auf der Miteigentumspartelle" folgende Beschlüsse gefasst (Urk. 4/5): "1. Es wird festgehalten, dass die in Traktandum 5 des Protokolls über die a.o. STEG-Versammlung vom 13. Januar 2016 gerügten Punkte der Gartengestaltung F.\_\_\_\_\_ für die STEG in akzeptabler Weise erledigt sind. Dies betrifft namentlich die Grenzhecke F.\_\_\_\_\_/H.\_\_\_\_\_, die Winkelhecke mit Bepflanzung und Rasenfläche, Plattenbelag, Sonnenschirme, Lounge. Die STEG beschliesst, keine seinerzeit geforderten Änderungsarbeiten mehr durchsetzen zu wollen. Sollten sich neue Abweichungen zum seinerzeit genehmigten Konzept ergeben, kann die STEG auf diesen Beschluss zurückkommen.

#### E. 1.2

Die Kläger und eine andere Familie stimmten gegen die Beschlüsse gemäss den Ziffern 1 und 2 (vgl. Urk. 4/5 S. 2). Umstritten ist, ob die Beschlüsse trotz dieser Gegenstimmen rechtsgültig zustande gekommen sind, bzw. ob die fraglichen Beschlüsse Einstimmigkeit erfordern hätten.

#### E. 1.3

Mit Einreichung der Klagebewilligung vom 18. Dezember 2017 machten die Kläger die vorliegende Klage am 23. Februar 2018 bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen

- 5 - der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 34 S. 2 f.). Am 22. August 2019 erliess diese den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 31 = 34).

#### E. 1.4

Gegen das Urteil der Vorinstanz erhob die Beklagte am 26. September 2019 rechtzeitig Berufung mit dem eingangs zitierten Rechtsmittelantrag (Urk. 41). Der mit Verfügung vom 8. Oktober 2019 (Urk. 38) eingeforderte Kostenvorschuss von Fr. 3'150.– wurde am 24. Oktober 2019 geleistet (Urk. 39). Die Berufungsantwort wurde am 3. Dezember 2019 innert Frist erstattet (Urk. 41). Dazu reichte die Beklagte am 23. Dezember 2019 eine spontane Stellungnahme ein, welche den Klägern zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 44 und 45). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-32). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

## **E. 2**

### Prozessuales

#### **E. 2.1**

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 sowie Art. 145 Abs. 1 lit. c und Art. 142 f. ZPO; Urk. 32/2), und die vor Vorinstanz unterlegene Beklagte ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. 2.2.) ist somit auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 2.2**

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer Verweisungen auf die Ausführun-

- 6 - gen vor Vorinstanz aufgezeigt wird, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, und die Aktenstücke bezeichnet werden, auf denen die Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A\_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3.1; BGer 4A\_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Wird eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt, ist aufzuzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für

den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, ist in der Berufungsbegründung explizit darauf hinzuweisen, dass und wo die entsprechenden Umstände bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, Dike-Komm-ZPO, Art. 311 N 34 ff.). Die Rügen der Parteien in ihren Rechtsschriften vor Obergericht geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. Diese hat den angefochtenen Entscheid daher nur bezüglich der gerügten Punkte zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5.). Die formellen Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.H.).

- 7 -

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2).

## **E. 3**

Materielle Beurteilung

### **E. 3.1**

Im vorliegenden Verfahren ist einzig die Gültigkeit der Ziffern 1 und 2 der Beschlüsse der ausserordentlichen Stockwerkeigentümersversammlung vom 23. Oktober 2017 strittig. Beide Parteien machten sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren detaillierte Ausführungen zu den dieser Versammlung vorgegangenen Ereignissen (vgl. Urk. 2 S. 3 ff.; Urk. 16 S. 3 ff.; Urk. 29 S. 2 ff.; Prot. I S. 7 ff.). Die Vorinstanz äusserte sich in ihrem Urteil zur Gültigkeit der von den Parteien thematisierten Stockwerkeigentümerbeschlüsse vom 19. April 2016 (Urk. 34 S. 13 f.), der Gartenabnahme vom 31. Mai 2016 (Urk. 34 S. 15 f.) sowie der Abnahme des Gartenabnahmeprotokolls vom 12. Juni 2016 (Urk. 34 S. 17). Diese drei Angelegenheiten sind jedoch nicht Verfahrensgegenstand. Die Gültigkeit der vorliegend angefochtenen Beschlüsse kann unabhängig davon geprüft werden, weshalb sich Weiterungen zu den Beschlüssen der Stockwerkeigentümersversammlung vom 19. April 2016 sowie zur erwähnten Gartenabnahme samt Protokoll erübrigen und entsprechend auf die diesbezüglichen Parteivorbringen nicht eingegangen wird.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog, bei der Gartengestaltung handle es sich um bauliche Massnahmen, welche auf gemeinschaftlichen Teilen erstellt worden seien. Dafür seien die Regeln von Art. 647c bis e ZGB massgeblich, sofern sich aus dem Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft nichts Abweichendes ergebe. Entscheidend in diesem Zusammenhang sei, dass bauliche Massnahmen, welche auf gemeinschaftlichen Teilen erstellt würden und nur einem oder wenigen Stockwerkeigentümern dienten, als luxuriös im Sinne von Art. 647e ZGB zu qualifizieren seien (BGE 141 III 357). Die im Stockwerkeigentümerreglement in Zif-

- 8 - fer 25 unter dem Titel "Massnahmen, die der Verschönerung oder der Bequemlichkeit dienen" aufgeführte Bestimmung lehne sich eng an die Regelung in Art. 647e ZGB an. Grundsätzlich werde für bauliche Massnahmen, wie sie im vorliegenden Prozess Thema seien, im Reglement Einstimmigkeit gefordert. Nachdem die Kläger den baulichen Veränderungen nie gültig zugestimmt hätten, müssten die Voraussetzungen in Abs. 2 der Bestimmung von Ziffer 25 des Reglements erfüllt sein, damit ein Mehrheitsbeschluss genüge, um die baulichen Massnahmen zu genehmigen. Wie bei Art. 647e ZGB müssten kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Keine dauernde Beeinträchtigung von Nutzen und Gebrauchsrechten der Widersprechenden, (2) Entschädigung allfälliger vorübergehender Beeinträchtigungen der Widersprechenden und (3) Übernahme allfälliger Kosten der Widersprechenden durch die übrigen Stockwerkeigentümer. Die Kläger hätten darauf hingewiesen, dass sie durch die Gartengestaltung dauerhaft beeinträchtigt seien, da die Gartengestaltung eine völlig überdimensionierte Disney-Welt darstelle, was das ästhetische Empfinden der Kläger erheblich beeinträchtige. Die Beklagte habe diesbezüglich geltend gemacht, dass das subjektive ästhetische Empfinden der Kläger durch die Gartengestaltung nicht relevant sei und sich die Kläger schlicht und ergreifend dem Mehrheitsentscheid zu fügen hätten und die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ aus ästhetischer Sicht nicht zu beanstanden sei (Urk. 34 S. 19). Weiter erwog die Vorinstanz, dass sich das Reglement in Ziffer 43 Abs. 2 zur Gartengestaltung derjenigen Gartenteile äussere, die einzelnen Stockwerkeinheiten zur ausschliesslichen Nutzung zustünden. Mit der nicht abschliessenden Aufzählung in Ziffer 43 des Reglements definiere die Stockwerkeigentümergeinschaft den Begriff Bauten anders als das öffentliche Baurecht. Insbesondere der Verweis auf Kompost und Trampolin stimme nicht mit dem Begriff der Baute im Baurecht überein. Trampoline in Gärten seien Spielgeräte, die eine gewisse Grösse aufwiesen und nicht dauernd mit dem Boden verbunden seien. Sie könnten auf- und abgebaut werden, wie der Whirlpool von F.\_\_\_\_\_. Dieser sei gemäss dem eingereichten Beschrieb (act. 17/12) in Grösse und (Leer-)Gewicht einem Trampolin gleichzusetzen (Urk. 34 S. 19 f.).

- 9 - Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 III 357) und Ziffer 25 des Reglements die in Ziffer 43 vermerkte Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft nur eine einstimmige sein könne. Mit der Aufzählung der im Reglement aufgeführten Bauten definiere die Stockwerkeigentümergeinschaft aber auch, was als Beeinträchtigung in der Stockwerkeigentümergeinschaft gelte. Wenn Zäune, Kompost und Trampolin aufgeführt würden, müssten sich die Kläger die Gartengestaltung mit Hecken, Plattenbelägen und Sonnenschirmen gegen ihren Willen nicht gefallen lassen und schon gar nicht mit der nachträglich erstellten Beleuchtung und dem Whirlpool. Solche baulichen Massnahmen brauchten die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer. Diese liege nicht vor, weshalb die Beschlüsse aufzuheben seien (Urk. 34 S. 20).

### **E. 3.3**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass auf die Klage nicht einzutreten und diese eventualiter abzuweisen sei. Sie macht zunächst geltend, dass über die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ bereits am 22. September 2017 (recte: 2016) unter Traktandum 4 Beschluss gefasst worden sei. Dieser Beschluss sei nicht angefochten worden, weshalb die Kläger über kein Rechtsschutzinteresse verfügten, den inhaltlich identischen Beschluss vom 23. Oktober 2017 anzufechten (Urk. 33 Rz. 20). Mit Bezug auf das erforderliche

Beschlussquorum vertritt die Beklagte die Ansicht, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass für "zusätzliche Bauten" auf den Gartenanteilen gemäss Ziffer 43 zwingend ein einstimmiger Beschluss erforderlich sei. In Ziffer 43 des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft werde einzig festgehalten, dass für "zusätzliche Bauten" auf Gartenanteilen die "Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft" erforderlich sei. Der Bestimmung lasse sich kein konkretes Beschlussquorum entnehmen. Auch aus BGE 141 III 357 lasse sich kein Einstimmigkeitserfordernis für die "zusätzlichen Bauten" ableiten. In Ziffer 35 und 25 Abs. 1 des Reglements werde abschliessend geregelt, welche Beschlüsse Einstimmigkeit erforderten. Bauliche Massnahmen auf den Gartenanteilen würden darin nicht aufgeführt, somit sei dafür gemäss Ziffer 32 Abs. 1 des Reglements das einfache Mehr ausreichend

- 10 - (Urk. 33 Rz. 25 und Rz. 34-39). Weiter vertritt die Beklagte die Ansicht, dass die beanstandete Kunstrasenfläche nicht als luxuriöse, sondern als notwendige Massnahme zu qualifizieren sei, welche mit der Zustimmung der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer ausgeführt werden könne (Urk. 16 Rz. 57 ff.; Urk. 33 Rz. 55-62). Die Beklagte stellt sich sodann auf den Standpunkt, dass die Sonnenschirme, die Lounge-Elemente und der Whirlpool keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 647c ff. ZGB darstellten, weshalb diese von F.\_\_\_\_\_ auch ohne Zustimmung der Beklagten hätten aufgestellt werden dürfen (Urk. 16 Rz. 60 ff.; Urk. 33 Rz. 63-71). Die Feststellung der Vorinstanz, dass sämtliche Gartengestaltungsmassnahmen, über welche am 23. Oktober 2017 Beschluss gefasst worden sei, als luxuriöse bauliche Massnahmen zu qualifizieren seien, sei folglich nicht korrekt (Urk. 33 Rz. 77). Selbst wenn dieser Ansicht der Vorinstanz gefolgt würde, wäre die Beschlussfassung gültig erfolgt, da die Voraussetzungen gemäss Ziffer 25 Abs. 2 des Reglements kumulativ erfüllt gewesen seien, weshalb ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss ausreichend gewesen sei (Urk. 33 Rz. 49 ff.).

### **E. 3.4**

Die Kläger schliessen sich in der Berufungsantwort den vorinstanzlichen Erwägungen an, wonach die angefochtenen Beschlüsse ungültig seien, da sie nicht einstimmig erfolgt seien (Urk. 41 Rz. 63). Sollte keine einstimmige Zustimmung erforderlich sein, so müsse jedenfalls in analoger Anwendung von Art. 712g Abs.

### **E. 3.5**

Die Argumentation der Beklagten, wonach die Kläger über kein Rechtschutzinteresse an der Beurteilung der angefochtenen Beschlüsse verfügten, geht

- 11 - fehl. Anlässlich der Stockwerkeigentümersammlung vom 22. September 2016 wurde unter Traktandum 4 lediglich das Protokoll zur Versammlung vom 31. Mai 2016 abgenommen (vgl. Urk. 4/23). Es wurde hingegen nicht derselbe Beschluss gefasst wie anlässlich der Stockwerkeigentümersammlung vom 23. Oktober 2017. Die Kläger verfügen damit über ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung der Ziffern 1 und 2 des Beschlusses vom 23. Oktober 2017. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die fraglichen Beschlüsse gültig gefasst wurden.

#### **E. 3.5.1**

Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Während die bauliche

Ausgestaltung der im Sonderrecht stehenden Gebäudeteile im Abschnitt über das Stockwerkeigentum geregelt ist (Art. 712a Abs. 2 ZGB), wird für die baulichen Massnahmen an den gemeinschaftlichen Teilen auf die Bestimmungen über das Miteigentum verwiesen (Art. 712g Abs. 1 ZGB). Die Gesamtsache betreffende bauliche Massnahmen werden in notwendige (Art. 647c ZGB), nützliche (Art. 647d ZGB) und luxuriöse (Art. 647e ZGB) Massnahmen eingeteilt, mit je unterschiedlichen Zustimmungserfordernissen für ihre Anordnung im Einzelfall, sofern das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft nichts Abweichendes ergibt.

### **E. 3.5.2**

Unter lit. G "Spezielle Nutzungsrechte" wird in Ziffer 43 des Reglements der Stockwerkeigentümer die Benützung der "Gartenanteile" geregelt. Die Vorinstanz hat die gesamten Gartengestaltungsmassnahmen sowohl unter Ziffer 43 des Reglements gefasst als auch als luxuriöse bauliche Massnahmen im Sinne von Art. 647e ZGB bzw. Ziffer 25 des Reglements qualifiziert (vgl. Urk. 34 S. 18 f.). Für die Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft im Sinne von Ziffer 43 hat sie mit Verweis auf Ziffer 25 und BGE 141 III 357 Einstimmigkeit gefordert (Urk. 34 S. 20).

### **E. 3.5.3**

Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob das Beschlussquorum gemäss Ziffer 43 erfüllt ist. In der genannten Bestimmung wird festgehalten, dass "zusätzliche Bauten" auf den Gartenanteilen ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht errichtet werden dürfen. Ein konkretes Beschlussquorum wird

- 12 - nicht genannt. Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass in Ziffer 43 die Formulierung "Zustimmung aller Stockwerkeigentümer" gewählt worden wäre, wenn die Gemeinschaft "zusätzliche Bauten" im Garten der Einstimmigkeit hätte unterstellen wollen. So wird in Ziffer 25 Abs. 1 und Ziffer 35 das Einstimmigkeitserfordernis explizit vorgesehen. In Ziffer 35, welche die Gegenstände umschreibt, für die Einstimmigkeit erforderlich ist, wird die Gartengestaltung bzw. werden "Bauten" im Garten hingegen nicht aufgeführt. Das von der Vorinstanz angenommene Einstimmigkeitserfordernis für die Errichtung von "zusätzlichen Bauten" lässt sich auch aus BGE 141 III 357 nicht ableiten. Dieser Bundesgerichtsentscheid besagt einzig, dass bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen, die im ausschliesslichen Interesse eines oder weniger Stockwerkeigentümer liegen, aus der Optik der Stockwerkeigentümergeinschaft als luxuriös im Sinne von Art. 647e ZGB anzusehen seien. Hingegen ist das erforderliche Beschlussquorum für solche luxuriösen baulichen Massnahmen nicht Gegenstand des Entscheids. Weil gemäss Ziffer 32 Abs. 1 des Reglements die Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, kann mit der Formulierung "Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft" nur ein einfacher Mehrheitsbeschluss gemeint sein.

### **E. 3.5.4**

Die Vorinstanz ist – wie ausgeführt – davon ausgegangen, dass sämtliche Gartengestaltungsmassnahmen von F.\_\_\_\_\_ nicht nur unter Ziffer 43 des Reglements zu fassen sind, sondern gleichzeitig luxuriöse bauliche Massnahmen gemäss Art. 647e ZGB bzw. Ziffer 25 des Reglements darstellen (vgl. Urk. 34 S. 18 f.), weshalb zu prüfen ist, ob das Quorum für solche Massnahmen erfüllt ist. Gemäss Ziffer 25 Abs. 1 des Reglements dürfen Arbeiten, die lediglich oder vorwiegend der Verschönerung oder der

Bequemlichkeit im Gebrauch dienen, nur mit Zustimmung aller Stockwerkeigentümer ausgeführt werden. Nach Abs. 2 können mit einem qualifizierten Mehr nach Köpfen und nach Wertquoten solche Massnahmen gegen den Willen des nicht zustimmenden Stockwerkeigentümers ausgeführt werden, wenn (1) für diesen nur eine vorübergehende Beeinträchtigung entsteht und (2) die übrigen Stockwerkeigentümer ihm Ersatz leisten und seinen Kostenanteil übernehmen. Diese Bestimmung lehnt sich eng an Art. 647e Abs. 2 ZGB an. Danach wird zusätzlich vorausgesetzt, dass der nicht zustimmende Mit-

- 13 - eigentümer durch die fragliche luxuriöse bauliche Massnahme nicht dauernd in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht beeinträchtigt werden darf. Wenn in Ziffer 25 ausdrücklich festgehalten wird, dass sich der nicht zustimmende Stockwerkeigentümer ohne Ersatzleistung keine vorübergehende Beeinträchtigung in seinem Benutzungs- und Gebrauchsrecht entgegenhalten lassen muss, so muss er sich umso mehr keine dauerhafte Beeinträchtigung gefallen lassen, weshalb diese Voraussetzung auch ohne explizite Nennung in Ziffer 25 Abs. 2 zusätzlich zu den beiden vorerwähnten Kriterien erfüllt sein muss. Vorliegend hat die Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die zugleich auch die Mehrheit aller Anteile vertritt, den fraglichen Beschlüssen zugestimmt (vgl. Urk. 4/5). Die Kläger haben den baulichen Veränderungen nicht zugestimmt. Damit ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss genügt, um die vorgenommenen baulichen Massnahmen zu bewilligen, müssen folglich die Voraussetzungen gemäss Art. 647e Abs. 2 ZGB erfüllt sein.

### **E. 3.5.5**

Vorab ist festzuhalten, dass die Kläger keine vorübergehenden Beeinträchtigungen, die zu entschädigen sein könnten, geltend machen. Auch ist unbestritten, dass F.\_\_\_\_\_ die Kosten der Gartenarbeiten übernommen hat. Damit bleibt zu prüfen, ob die Kläger durch die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ in ihrem Nutzungs- und Gebrauchsrecht dauerhaft beeinträchtigt sind.

#### **E. 3.5.5.1**

Eine dauernde Beeinträchtigung im Nutzungs- und Gebrauchsrecht muss für einen Durchschnittsmenschen eine gewisse Intensität aufweisen, da auch hier von einer minimalen Duldungspflicht auszugehen ist (ZK-Wermelinger, 2. Aufl., Art. 712a ZGB N 162 Fn. 365). "Gebrauch und Benutzung" bedeutet Ausübung der mit der Innehabung der Sache verbundenen Rechte (Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, 2010, S. 143, Fn. 826). Nutzen und Gebrauch betreffen folglich die Verwendbarkeit und die Verwendung. Ideelle Werte lassen sich nicht darunter subsumieren (OGer ZH LB120061 vom 9. April 2013, E. III./3./d).

#### **E. 3.5.5.2**

Die Beklagte macht geltend, dass den Klägern kein Nutzungs- und Gebrauchsrecht am Gartenanteil von F.\_\_\_\_\_ zustehe, weshalb die Kläger in ihrem Nutzungs- und Gebrauchsrecht auch nicht beeinträchtigt sein könnten (Urk. 33 Rz. 49 und 78). Die Argumentation der Beklagten geht fehl, machen doch die

- 14 - Kläger eine Beeinträchtigung in der Nutzung ihrer Stockwerkeigentumseinheit geltend (vgl. Urk 29 Rz. 38). Sie lassen ausführen, dass die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ eine völlig überdimensionierte Disney-Welt darstelle, was ihr ästhetisches Empfinden erheblich beeinträchtige (Urk. 2 Rz. 25 und Urk. 29 Rz. 46). Der mit Möbeln überstellte und mit nicht bewilligten Bauarbeiten verunstaltete Garten stelle ein störendes Gesamtbild

dar (Urk. 29 Rz. 27). Mit Bezug auf die Gartenbeleuchtung machten die Kläger vor Vorinstanz geltend, dadurch werde auch ihre Wohnung beleuchtet, was sie als störend empfänden, wobei sie eine Befragung und einen Augenschein offerierten (Urk. 29 Rz. 24). Bezüglich des Whirlpools liessen sie ausführen, dass dieser die Umgebung beeinflusse. Dessen Benutzung führe zu einer Störung. Man höre das Blubbern und Rauschen. Auch störe der Whirlpool optisch (Urk. 29 Rz. 46). Zu den Sonnenschirmen führten die Kläger in der Replik aus, dass ihre Aussicht durch die grossen, wetterfesten Sonnenschirme beeinträchtigt werde (Urk. 29 Rz. 30). Dagegen sind gemäss der Beklagten die Sonnenschirme einmal umplatziert worden (Urk. 16 Rz. 13, Urk. 33 Rz. 12). In der Berufungsantwort wiederholen die Kläger, dass sie durch die Gartenbeleuchtung und die Nutzung des Whirlpools unterhalb des Schlafzimmers physisch dauernd beeinträchtigt seien (Urk. 41 Rz. 23). Eine Beeinträchtigung der Aussicht durch die Sonnenschirme behaupten die Kläger in der Berufungsantwort nicht mehr. Hingegen wird neu eine Rutschbahn erwähnt, ohne dass indes nähere Ausführungen dazu gemacht werden (vgl. Urk. 41 Rz. 49).

### **E. 3.5.5.3**

Wer klagt, muss das Klagefundament hinreichend konkret behaupten. Die Parteien haben die Tatsachen, aus denen sie ihre Rechte ableiten, so schlüssig darzulegen, dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, es sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BK ZPO I- Hurni, Art. 55 N 17 ff.; BGer 4A\_252/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.) Mit dem angeführten störenden Blubbern des Whirlpools und der Behauptung, die Gartenbeleuchtung leuchte in die Wohnung, kommen die Kläger diesen Anforderungen nicht nach. Sie haben weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren ausgeführt, zu welchen Zeiten, wie häufig und wie lange die Gartenbeleuchtung und der Whirlpool in Betrieb sind. Auch fehlen Ausführungen zur Intensität des Blubbens, zur Art der Beleuchtung und zur Anzahl und Position der

- 15 - Lampen. Sodann führen die Kläger nicht aus, in welcher Art und Weise sie durch die Gartenbeleuchtung und den Whirlpool in ihrem Nutzungsrecht beeinträchtigt sein sollen. Mangels genügend konkreter Behauptungen zur geltend gemachten Beeinträchtigung durch die Gartenbeleuchtung ist – entgegen den Klägern (vgl. Urk. 41 Rz. 41) – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den beantragten Augenschein (vgl. Urk. 29 Rz. 24) nicht durchgeführt hat. Das von den Klägern behauptete beeinträchtigte Ästhetikempfinden betrifft nicht den Nutzen und Gebrauch, weshalb die Kläger daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Die Kläger haben nach dem Gesagten keine dauerhafte Beeinträchtigung in ihrem Nutzungs- und Gebrauchsrecht durch die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ dargetan.

### **E. 3.5.6**

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen gemäss Ziffer 25 Abs. 2 des Reglements bzw. Art. 647e Abs. 2 ZGB erfüllt sind, weshalb die Beklagte mit einem qualifizierten Mehrheitschluss über die Gartengestaltungsmassnahmen von F.\_\_\_\_\_, welche unter Ziffer 25 fallen, Beschluss fassen konnte. Wie sogleich zu zeigen sein wird, vermögen daran auch die von den Klägern in der Berufungsantwort erhobenen Einwände nichts zu ändern.

### **E. 3.5.7**

Betreffend die Behauptung der Kläger, F.\_\_\_\_\_ hätte für ihre Gartengestaltung zwingend die Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer einholen müssen (Urk. 41 Rz. 26 und Rz. 36), ist zu bemerken, dass sich weder dem Gesetz noch dem Reglement der Stockwerkeigentümer eine Rechtsgrundlage für eine solche Verpflichtung entnehmen lässt. Der von den Klägern in diesem Zusammenhang angeführte Art. 712g Abs. 4 ZGB (Urk. 41 Rz. 36) lässt sich nicht (analog) heranziehen, da es im vorliegenden Fall nicht um eine Abänderung der reglementarischen Zuteilung von ausschliesslichen Nutzungsrechten geht. Ohne hin würden die Kläger nicht als "direkt betroffene Stockwerkeigentümer" im Sinne von Art. 712g Abs. 4 ZGB gelten, verfügen sie doch am fraglichen Gartenanteil eben gerade nicht über ein Sondernutzungsrecht.

#### **E. 3.5.7.1**

Auch aus dem Argument, wonach die direkt betroffenen Stockwerkeigentümer am 24. Juli 2015 eine vertragliche Vereinbarung (Urk. 4/12) über die Gar-

- 16 -  
tengestaltung von F.\_\_\_\_\_ getroffen hätten, welche nicht gegen den Willen der Kläger aufgehoben werden könne (Urk. 41 Rz. 30), vermögen die Kläger nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zu Recht wandte die Beklagte ein, dass sich aus diesem Plan, der unter der Bezeichnung "Gesprächsnotiz" von einzelnen direkt betroffenen Stockwerkeigentümern bzw. ihren Vertretern unterzeichnet wurde (Urk. 16 Rz 73, Urk. 29 Rz. 3), keine für die Beklagte bindende Vereinbarung hergeleitet werden kann (Urk. 16 Rz 73, Prot. I S. 7, S. 18). Es steht dieser frei, mittels eines Beschlusses die konkrete Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ abzunehmen oder gutzuheissen, und zwar unabhängig davon, ob zuvor unter einzelnen Stockwerkeigentümern eine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde. Bei der Verletzung einer solchen Vereinbarung hätten die Kläger gegenüber den fehlbaren Vertragsparteien höchstens einen obligatorischen Anspruch. Laut Kläger soll die "bindende Vereinbarung" zwischen F.\_\_\_\_\_ und den Direktbetroffenen zwar von allen anderen Stockwerkeigentümern akzeptiert worden sein (Urk. 2 Rz 27). Wann die übrigen Stockwerkeigentümer ihre Zustimmung erklärt haben bzw. worin ihre Zustimmungserklärung gesehen werden muss (Urk. 29 Rz 3, Rz 53), führten die Kläger indes nicht näher aus. Und auch dem Argument, die übrigen Stockwerkeigentümer hätten die Angelegenheit an die direkt Betroffenen delegiert, weshalb sie kein Rechtsschutzinteresse haben könnten, kann nicht gefolgt werden, sagen die Kläger doch gleich selber, die Versammlung habe beschlossen, dass sich die direkt betroffenen Stockwerkeigentümer treffen sollten, um eine mehrheitsfähige Lösung zu suchen (Urk. 29 Rz. 53, Hervorhebung durch das Gericht). Mit anderen Worten hätte diese Lösung der Stockwerkeigentümerversammlung zur Abstimmung vorgelegt werden müssen.

#### **E. 3.5.7.2**

Auch das Vorbringen, wonach der Beklagten im Rahmen der Beschlussfassung vom 23. Oktober 2017 ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen sei, ist nicht zielführend. Die Kläger begründeten den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs vor Vorinstanz damit, dass die Beklagte sich widersprüchlich verhalten habe, indem sie die Gartengestaltung von F.\_\_\_\_\_ am 22. September 2016 ablehnt, in der Folge jedoch mit Beschluss vom 23. Oktober 2017 genehmigt habe, um die am 19. Juli 2017 eingeleitete Klage der Kläger zu Fall zu bringen (Urk. 29

- 17 - Rz. 28, 59 und 61). Die Beklagte bestreitet ein rechtsmissbräuchliches Verhalten (Prot. I S. 13, S. 19; Urk. 44 Rz. 19). Das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2

ZGB verweigert Verhaltensweisen den Rechtsschutz, die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm oder einer privatautonomen Vertragsbestimmung stehen, aber objektiv eine Verletzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen und damit das Vertrauen der Rechtsgenossen auf redliches und sachgemäßes Verhalten enttäuschen. Als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs erfasst Art. 2 Abs. 2 ZGB auch das widersprüchliche Verhalten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht wurde (BK-Merz, Art. 2 ZGB N 401 f.; BGE 125 III 257 E. 2a; BGE 115 II 331 E. 5a; BGE 106 II 320 E. 3). Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 125 III 257 E. 2a; BGE 121 III 350 E. 5b). Der Stockwerkeigentümerversammlung steht es frei, einen anderslautenden früheren Beschluss abzuändern oder darauf zurückkommen, da ein Versammlungsbeschluss keine Rechtskraft im Sinne der Unabänderbarkeit entfaltet. Die Kläger bringen nicht vor, dass sie aufgrund der Beschlussfassung vom 22. September 2016 nachteilige Dispositionen getroffen hätten. Allein im Umstand, dass die Stockwerkeigentümerversammlung die Gartengestaltung von F. \_\_\_\_\_ am 23. Oktober 2017 genehmigte, nachdem sie diese rund ein Jahr zuvor abgelehnt hatte, kann vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen kein rechtsmissbräuchliches Verhalten erblickt werden. Das von den Klägern erstmals im Berufungsverfahren gemachte Vorbringen, wonach die Beschlussfassung vom 23. Oktober 2017 zwecks Vermeidung von Prozesskosten erfolgt sei, was rechtsmissbräuchlich sei (Urk. 41 Rz. 60), ist mit Verweis auf das stark eingeschränkte Recht zur Vorbringung von Noven verspätet und daher unbeachtlich.

- 18 - Abgesehen davon wäre vor dem dargelegten Hintergrund auch nicht ersichtlich, weshalb es rechtsmissbräuchlich sein sollte, auf einen Beschluss zurückzukommen, um Prozesskosten zu vermeiden.

### **E. 3.5.8**

Weil vorliegend sowohl das Quorum gemäss Ziffer 43 Abs. 2 (einfacher Mehrheitsbeschluss) als auch dasjenige gemäss Ziffer 25 Abs. 2 (qualifizierter Mehrheitsbeschluss) erfüllt ist, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Beklagten, wonach die Sonnenschirme, die Lounge-Elemente und der Whirlpool nicht als "zusätzliche Bauten" gemäss Ziffer 43 des Reglements zu qualifizieren seien, und wonach der Kunstrasen eine notwendige – und keine luxuriöse – bauliche Massnahme darstelle. Es kann mithin offen gelassen werden, ob alle beanstandeten "Bauten" bzw. baulichen Massnahmen im Garten von F. \_\_\_\_\_ sowohl unter Ziffer 25 als auch unter Ziffer 43 des Reglements zu fassen sind.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass (jedenfalls) der qualifizierte Mehrheitsbeschluss gemäss Ziffer 25 Abs. 2 des Reglements genügt, um gültig über die Gartengestaltungsmassnahmen von F. \_\_\_\_\_ zu befinden. Die Berufung ist daher gutzuheissen und die Klage abzuweisen.

### **E. 4**

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'100.– verrechnet. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'150.– verrechnet. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten den Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren im Betrag von Fr. 3'150.– zu ersetzen.

#### **E. 4.1**

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

#### **E. 4.2**

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 20'000.– erweisen sich die von der Vorinstanz festgelegten Gerichtskosten von Fr. 3'100.– (Urk. 34 E. 4.1.) als angemessen und sind zu bestätigen. Diejenigen für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von § 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'150.– festzusetzen.

#### **E. 4.3**

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu ver-

- 19 - teilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Entsprechend sind die Gerichtskosten beider Instanzen den Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen, und sie sind – ebenfalls unter solidarischer Haftung – zu verpflichten, der Beklagten für beide Instanzen eine Parteientschädigung zu bezahlen.

#### **E. 4.4**

Die von der Vorinstanz festgelegte Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren (Urk. 34 E. 4.2.) ist ebenfalls zu bestätigen, und es sind die Kläger entsprechend zu verpflichten, der Beklagten Fr. 3'900.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 16 S. 2), mithin Fr. 4'200.30, zu bezahlen. Für das Berufungsverfahren ist die Parteientschädigung ausgehend vom oberwähnten Streitwert in Anwendung von § 4 i.V.m. § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'600.– (zzgl. 7.7% MwSt.; vgl. Urk. 33 S. 2), mithin Fr. 2'800.20, festzusetzen. Die Kläger sind demnach unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Beklagten diese Parteientschädigung zu bezahlen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage wird abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Entscheidegebühr (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'150.– festgesetzt.

#### **E. 5**

Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.30 und für das Berufungsverfahren eine solche von Fr. 2'800.20 zu bezahlen.

- 20 -

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die

Vorinstanz zurück.

#### **E. 7**

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

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. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. März 2020 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die

Gerichtsschreiberin: Dr. D. Scherrer lic. iur. J. Freiburghaus versandt am: sf

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