



---

Kass.-Nr. AA060163/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 24. Juli 2007

in Sachen

X.,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Befehl**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2006 (NE050027/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Beide Parteien sind Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft \_\_\_\_\_acher 00/01 in W. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin der Parterrewohnung \_\_\_\_\_ 00, wozu auch ein Sondernutzungsrecht am Gartensitzplatz gehört. Der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) ist Eigentümer der darüber liegenden Wohnung im 1. Stock. Im Januar 2004 liess die Beschwerdeführerin um ihren Sitzplatz einen Maschendrahtzaun errichten. Dabei wurde auch eine Teilfläche des Grundstücks ausserhalb ihres Gartensitzplatzes eingezäunt. Am 1. März 2005 erhob der Beschwerdegegner beim Einzelrichter des Bezirkes \_\_\_\_\_ Klage, mit der er die Entfernung des Zauns durch die Beschwerdeführerin verlangte. Er machte geltend, dass die Beschwerdeführerin mit der Einzäunung einen weiteren Teil des Grundstücks faktisch zu ihrem Sondernutzungsrecht geschlagen habe. An diesem weiteren Teil habe die Beschwerdeführerin kein Sondernutzungsrecht. Die Beschwerdeführerin berief sich demgegenüber auf einen Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung vom 3. Juni 2002, wonach ihr an diesem Grundstücksteil das Recht zur Einzäunung zugewiesen worden sei. Der Beschwerdegegner bestritt seinerseits diese Beschlussfassung mit der Begründung, das Protokoll sei später in diesem Punkt berichtigt worden. Mit Urteil vom 28. Oktober 2005 hiess der Einzelrichter die Klage des Beschwerdegegners gut. Die Beschwerdeführerin erhob gegen das Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung. Das Obergericht wies die Berufung mit Urteil vom 29. August 2006 ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin in Gutheissung der Klage zur Entfernung des Zauns, soweit dieser sich nicht auf dem der Beschwerdeführerin zu Sonderrecht zugewiesenen Boden befinde (KG act. 2).

2. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen das Urteil des Obergerichts. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Klage abzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

Die der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 5. Oktober 2006 auferlegte Kauti-  
on in der Höhe von Fr. 4'000.-- (KG act. 4) wurde fristgemäss geleistet (KG  
act. 10). Der Beschwerdegegner beantragt mit der Beschwerdeantwort vom  
2. November 2006 Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 13). Die Be-  
schwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 6. November  
2006 zugestellt (KG act. 14). Die Beschwerdeführerin reichte am 15. November  
2006 eine Stellungnahme ein, mit der sie zu den einzelnen Punkten der Be-  
schwerdeantwort Stellung nahm (KG act. 16). Der Beschwerdegegner liess sich  
zu dieser Stellungnahme mit Eingabe vom 30. November 2006 vernehmen (KG  
act. 19). Auch diese Eingabe wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG  
act. 20). Eine weitere Stellungnahme erfolgte nicht.

3. Die Beschwerdeführerin hat gegen das angefochtene Urteil auch eidge-  
nössische Berufung eingereicht (OG act. 23 S. 7).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz einerseits eine Aktenwidrig-  
keit und andererseits eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281  
Ziff. 2 ZPO vor.

2. Der erste Teil der Beschwerdebegründung enthält ausschliesslich Ausführ-  
ungen zum Sachverhalt. Irgendwelche Rügen erhebt die Beschwerdeführerin in  
diesem Zusammenhang nicht (Beschwerde Ziff. 3–12 S. 3 ff.). Es ist daher auf je-  
ne Darlegungen nicht weiter einzugehen.

3. a) Die Beschwerdeführerin rügt das Vorliegen einer Aktenwidrigkeit. An  
zwei Stellen führe die Vorinstanz aus, dass sich die Beschwerdeführerin mit Be-  
zug auf die Einzäunung auf die Begründung eines Sondernutzungsrechts berufe.  
Dies sei unzutreffend. Im erstinstanzlichen Verfahren habe die Beschwerdeführe-  
rin klargestellt, dass keine Änderung einer Sondernutzung vorliege, und sie habe  
dazu ausgeführt, die Erstellung dieses Zaunes könne ohne Weiteres als bauliche  
Massnahme betrachtet werden. Sodann habe die Beschwerdeführerin festgehal-  
ten, dass es sich beim "Zugang" um einen gemeinschaftlichen Teil der Stockwer-

keigentümergeinschaft handle. Sollte eines Tages eine gesicherte Treppe realisiert werden, wäre es für die Wohnungsbewohner immer noch möglich, den Streifen zu benutzen, denn es handle sich um Alleineigentum [gemeint wohl Allgemeingut], und nicht um Sondernutzung der Beschwerdeführerin. Somit habe seitens der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt die Absicht bestanden, sich den als "Zugang" bezeichneten Teil als Sonderrecht zuzuschlagen. Soweit die Vorinstanz in ihrem Urteil davon ausgehe, dass sich die Beschwerdeführerin mit Bezug auf den "Zugang" ein Sonderrecht habe zuschlagen wollen, sei sie von einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt ausgegangen (Beschwerde Ziff. 13 S. 6 f.).

b) Das Obergericht hat ausgeführt, die gesetzlichen Bestimmungen zum Stockwerkeigentum würden zwischen den zu Sonderrecht ausgestalteten Miteigentumsanteilen und den gemeinschaftlichen Teilen unterscheiden. Die Praxis habe eine weitere Nutzungsmöglichkeit – das Sondernutzungsrecht bzw. das ausschliessliche oder besondere Nutzungsrecht – entwickelt und anerkannt. Bei einer bestehenden Stockwerkeigentümergeinschaft falle die Einräumung eines besonderen Nutzungsrechts in die Kompetenz der Versammlung der Stockwerkeigentümer (KG act. 2 S. 5). Die Beklagte berufe sich zur Einzäunung und mithin Begründung eines Sonderrechts an dem westlich der Hausfassade verlaufenden Gartenanteil bzw. dem als Zugang bezeichneten Grundstückstreifen auf den Beschluss der 31. Stockwerkeigentümersammlung vom 3. Juni 2002 (KG act. 2 S. 6). Die Voraussetzungen zur Begründung eines Sondernutzungsrechts seien anlässlich dieser Versammlung der Stockwerkeigentümer grundsätzlich gegeben gewesen (KG act. 2 S. 7). Die Vorinstanz gelangte indessen im Laufe ihrer Erwägungen zum Schluss, dass an dieser Versammlung kein gültiger Beschluss gefasst worden sei, welcher der Beschwerdeführerin am als Zugang bezeichneten Grundstückstreifen ein Sondernutzungsrecht bzw. ein Recht zur Einzäunung desselben zugewiesen hätte. Die Beschwerdeführerin habe dementsprechend den als Zugang bezeichneten Landstreifen in unzulässiger Weise beansprucht und eingezäunt (KG act. 2 S. 12).

c) Das Obergericht ist damit nicht von einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt ausgegangen und ebenso wenig liegen aktenwidrige Feststellungen

vor. Die Vorinstanz hat vielmehr mit ihren - vorstehend zusammengefassten - Erwägungen den Sachverhalt rechtlich gewürdigt, wobei sie das Vorbringen der Beschwerdeführerin vor beiden Vorinstanzen in die Beurteilung einbezogen hat. Das Obergericht hat dabei das Verhalten der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Einzäunung des fraglichen Grundstückstreifens unter den gegebenen Umständen als unzulässige Beanspruchung eines Sondernutzungsrechts qualifiziert. Die Rüge der Beschwerdeführerin bezieht sich im Ergebnis auf die rechtliche Würdigung der Vorinstanz. Ob das Obergericht den Sachverhalt zutreffend rechtlich gewürdigt hat, ist eine Frage des Bundesrechts, die der Überprüfung durch das Bundesgericht im bundesrechtlichen Berufungsverfahren unterliegt. Eine Überprüfung durch das Kassationsgericht ist ausgeschlossen (§ 285 ZPO). Auf die Rüge der Beschwerdeführerin ist dementsprechend nicht einzutreten.

4. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz sodann eine willkürliche tatsächliche Annahme bzw. eine willkürliche Beweiswürdigung vor (Beschwerde Ziff. 14 f. S. 7–14).

a) Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, dass anlässlich der Stockwerkeigentümerversammlung vom 3. Juni 2002 kein gültiger Beschluss gefasst worden sei, welcher der Beschwerdeführerin am als Zugang bezeichneten Grundstückstreifen ein Sondernutzungsrecht bzw. ein Recht zur Einzäunung zugewiesen habe. Das Obergericht führte dazu aus, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung komme dem Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung konstitutive Bedeutung zu, d.h. dass nur einem gemäss Protokoll ersichtlichen Beschluss rechtliche Wirkung beigemessen werde. In Bezug auf das Erfordernis einer formellen Beschlussfassung der Stockwerkeigentümerversammlung gelte somit, was im Protokoll festgehalten sei. Die Stockwerkeigentümer könnten indes verlangen, dass ein mangelhaftes Protokoll berichtigt werde. Eine Protokollberichtigung habe bis zur nächsten Stockwerkeigentümerversammlung zu erfolgen. Sofern das Protokoll von der nächsten Versammlung genehmigt werde, könne es danach nicht mehr angefochten werden (KG act. 2 S. 8)

Die Vorinstanz legte sodann dar, das Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung vom 7. April 2003 halte unter "Ziffer 1. Protokoll" mit Bezug auf das

Protokoll der letzten Stockwerkeigentümersversammlung fest, dass dieses gemäss Schreiben des Beschwerdegegners vom 20. August 2002 ergänzt werde. In Abweichung des Protokolls vom 3. Juni 2002 sei im Protokollberichtigungsgesuch unter Punkt 9.2.b ausgeführt, dass der Gartenzaun entweder abzurechen oder an der Grenzlinie des Sonderbenützungrechts fachmännisch zu erstellen sei. Zu berücksichtigen sei ferner, dass sich die weiteren Ausführungen des Protokolls vom 7. April 2003 – wonach als "gültige Ausgangslage" gelte, "wie im Protokoll der Versammlung vom 3.6.2002 festgehalten, ..." – entgegen den Darstellungen der Beschwerdeführerin nicht mehr auf den als Zugang bezeichneten Gartenanteil, sondern ausschliesslich auf den wie bereits bisher unbestritten im Sondernutzungsrecht der Beschwerdeführerin stehenden Gartensitzplatz bezogen haben müssten. Die Erstinstanz habe dazu festgehalten, dass als gültige Ausgangslage nur das betrachtet werden könne, was im Protokoll vom 3. Juni 2002 unter Berücksichtigung der Änderungen des Protokolls vom 7. April 2003 festgehalten worden sei. Diese Darstellungen würden dadurch verdeutlicht, als sich die betreffenden Ausführungen lediglich auf eine flächenmässige Begrenzung des Gartensitzplatzes beziehen würden, welche mit den Angaben des Protokolls vom 3. Juni 2002 übereinstimmen würden. Aus dem Vergleich der beiden Protokolle sowie unter Berücksichtigung des Protokollberichtigungsgesuches resultiere sodann eindeutig, dass für den als Zugang bezeichneten Gartenanteil bzw. Zaunverlauf anlässlich der Versammlung vom 3. Juni 2002 kein rechtsgültiger Beschluss im Sinne der Anträge der Beschwerdeführerin getroffen worden sei. Denn wie vorstehend erwähnt, entfalte nur ein im Protokoll festgehaltener Beschluss rechtliche Wirkungen - es gelte mithin das, was im Protokoll stehe. Der Wortlaut des Protokolls vom 7. April 2003 sei klar. Das berichtigte Protokoll sei schliesslich genehmigt worden. Dass wohl selbst die Beschwerdeführerin nicht von einer Zustimmung zu ihrem Vorhaben ausgegangen sei, ergebe sich aus dem Schreiben vom 27. Januar 2003 (KG act. 2 S. 10 f.).

In Ziffer 8 des Protokolls vom 7. April 2003 – so das Obergericht weiter – werde sodann nochmals auf die Gestaltung des Sitzplatzes Bezug genommen. Danach sollte eine Lösung gefunden werden, welche dem ehemaligen Zustand zu entsprechen habe. Es werde dazu ausgeführt, dass man mit den Plattenarbeiten

am Sitzplatz, einer fachmännischen Erstellung eines Gartenhages sowie mit einem dem ehemaligen Zustand der Bepflanzung entsprechenden Vorschlag einverstanden sei. Entgegen den Darstellungen des Beschwerdegegners sei damit klar, dass sich die Bezeichnung "ehemaliger Zustand" ausschliesslich auf die Bepflanzung beziehe, und nicht auf die Situation, wie sie zur Zeit der Voreigentümerin der Parterrewohnung oder in einem noch früheren Zustand vorgelegen habe. Indes vermöge dies die vorstehende Auffassung, wonach anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 3. Juni 2002 kein Beschluss zur Einzäunung des strittigen Zugangs gefällt worden sei, nicht zu ändern. Denn aus dem Gesamtzusammenhang resultiere, dass sich die erwähnten Gestaltungs- und Gartenarbeiten lediglich auf den zu Sondernutzung zugewiesenen Gartensitzplatz der Beschwerdeführerin bezogen haben müssten. Die Ausscheidung bzw. Einzäunung eines weiteren in gemeinschaftlichem Eigentum der Stockwerkeigentümer stehenden Gartenanteils habe nicht zur Diskussion gestanden. Diese Frage sei bereits eingangs (und abschliessend) unter Ziffer 1 des Protokolls geklärt worden (KG act. 2 S. 11 f.).

b) Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht eine willkürliche tatsächliche Annahme vor. Der von der Vorinstanz gezogene Schluss, aus dem Vergleich der beiden Protokolle sowie unter Berücksichtigung des Protokollberichtigungsgehalts resultiere eindeutig, dass für den als Zugang bezeichneten Gartenanteil bzw. den Zaunverlauf anlässlich der Versammlung vom 3. Juni 2002 kein rechtsgültig gefasster Beschluss gefasst worden sei, greife zu kurz und stelle eine willkürliche Beweiswürdigung dar. Die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise den Inhalt des Protokolls vom 3. Juni 2002 ausgeblendet, obwohl gemäss Wortlaut des Protokolls vom 7. April 2003 das Protokollberichtigungsbegehren des Beschwerdegegners lediglich als Ergänzung zum Protokoll vom 3. Juni 2002 gedacht gewesen sei. Diese massgeblichen Dokumente seien von der Vorinstanz nicht als ganzes in die Beweiswürdigung einbezogen worden (Beschwerde Ziff. 14 S. 7). Zur Begründung ihres Standpunkts geht die Beschwerdeführerin sodann auf den Wortlaut der genannten Urkunden und deren Auslegung ein und macht weitere Ausführungen zum Sachverhalt bzw. zu Begleitumständen, die nach ihrer Auffassung ebenfalls in die Beurteilung einzubeziehen seien. Die Beschwerdefüh-

lerin steht dabei auf dem Standpunkt, mit dem Beschluss vom 3. Juni 2002 sei ihr die Ermächtigung zur Einzäunung des als Zugang bezeichneten Grundstücksteils erteilt und dieser Beschluss sei an der Stockwerkeigentümerversammlung vom 7. April 2003 nicht aufgehoben worden (Beschwerde Ziff. 15 S. 8-14).

c) Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Beschwerdeführerin durch Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung das Recht zur Beanspruchung bzw. Einzäunung des als Zugang bezeichneten Landstreifens eingeräumt worden ist. Die Vorinstanz hat die – als solche unbestrittenen - Wortlaute des Protokolls vom 3. Juni 2002, des Schreibens des Beschwerdegegners vom 20. August 2002 und des Protokolls vom 7. April 2003 und deren Zusammenhang gewürdigt und ist dabei zum Schluss gelangt, dass ein solcher Beschluss am 3. Juni 2002 nicht gefasst worden sei. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob – wovon beide Parteien ausgehen – das Obergericht hiermit eine Beweiswürdigung vorgenommen hat oder ob nicht vielmehr eine Auslegung im Rechtssinne vorliegt, die durch das Bundesgericht im bundesrechtlichen Berufungsverfahren frei überprüft werden kann und dementsprechend einer Überprüfung durch das Kassationsgericht entzogen ist (§ 285 ZPO).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind kollektive Erklärungsakte, insbesondere Beschlüsse von Kapitalgesellschaften oder Beschlüsse von Vereinsversammlungen, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Massgebend ist dabei, wie Beschlüsse nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht prüft diese objektivierte Auslegung im Berufungsverfahren als Rechtsfrage (Urteil 5C.328/2001 vom 27. Juni 2002). Als kollektive Erklärungsakte in diesem Sinne müssen auch Beschlüsse einer Stockwerkeigentümerversammlung betrachtet werden, auf welche in Art. 712m Abs. 2 ZGB das Vereinsrecht für anwendbar erklärt wird.

Das Obergericht stellte fest, gemäss dem Wortlaut des Protokolls der Stockwerkeigentümerversammlung vom 3. Juni 2002 werde der strittige Zugang vom entsprechenden Beschluss erfasst. Die Vorinstanz ging somit davon aus, dass der Beschwerdeführerin gemäss dem Wortlaut des damals protokollierten

Beschlusses an sich ein Recht zur Beanspruchung des fraglichen Landstreifens eingeräumt worden wäre. In Würdigung des Wortlauts des als Protokollberichtigungsbegehren qualifizierten Schreibens vom 20. August 2002 und des Protokolls der Versammlung vom 7. April 2003 sowie des Gesamtzusammenhangs gelangte das Obergericht indessen zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführerin am 3. Juni 2002 kein Recht zur Beanspruchung des strittigen Zugangs eingeräumt worden sei. Die Vorinstanz hielt dabei den Inhalt von Ziffer 1 des Protokolls vom 7. April 2003 zusammen mit dem Wortlaut des Schreibens vom 20. August 2002 für entscheidend und betrachtete den in Ziffer 8 des Protokolls vom 7. April 2003 wiedergegebenen Beschluss im Zusammenhang mit der vorliegend zu beantwortenden Frage als bedeutungslos (vgl. dazu im Einzelnen vorstehend Ziff. II/4.a).

Die vorinstanzlichen Erwägungen stellen nicht eine blosse Tatsachenermittlung bzw. Beweiswürdigung dar. Sie sind vielmehr im Lichte der vorstehend erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu kollektiven Erklärungsakten als Auslegung im rechtlichen Sinne zu betrachten. Es ist dementsprechend davon auszugehen, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der in Frage stehenden Beschlussfassungen durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüft werden kann. Die Auslegung von kollektiven Erklärungsakten, wie sie Beschlüsse von Stockwerkeigentümersammlungen darstellen, stellt, wie ausgeführt, eine Frage des Bundesrechts dar. Eine Überprüfung der vorinstanzlichen Auslegung durch das Kassationsgericht ist unter diesen Umständen ausgeschlossen (§ 285 ZPO). Auf die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge einer willkürlichen tatsächlichen Annahme kann dementsprechend nicht eingetreten werden.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde insgesamt nicht eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 20'000.-- (KG act. 2 S. 13).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'300.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 314.-- Schreibgebühren,  
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 2'300.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht \_\_\_\_ (Einzelrichter im ordentlichen Verfahren) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin