



Geschäfts-Nr. LB040052/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. B. Suter, Vorsitzender, Dr. G. Hug-Beeli und
Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie der juristische Sekretär lic. iur.
A. Baumgartner

Urteil vom 8. Juli 2005

in Sachen

A._____,

Klägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B._____,

bestehend aus:

- a) **C.**_____,
- b) **D.**_____,
- c) **E.**_____,
- d) **F.**_____,
- e) **G.**_____,
- f) **H.**_____,
- g) **I.**_____,
- h) **J.**_____,

i) K. _____,

j) L. _____,

Beklagte und Appellatin

alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
12. Mai 2004 (Geschäft-Nr. CG030002)**

Rechtsbegehren:

"Es sei der unter Traktandum 6 "Wintergarten Fam. G. _____" anlässlich der Versammlung der Stockwerkeigentümergeinschaft B. _____, M. _____-Strasse .../..., N. _____, vom 26. März 2002 gefasste Beschluss für ungültig zu erklären;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.--; die weiteren Kosten betragen:
.....
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 8'550.-- zuzüglich Fr. 649.80 (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Appellantin (Urk. 36 S. 3):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 12. Mai 2004 sei in Gutheissung der Berufung vollumfänglich aufzuheben und die Klage vollumfänglich gutzuheissen;
2. eventualiter sei der Fall zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Appellantin."

Der Beklagten und Appellatin (Urk. 39 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, und das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 12. Mai 2004 sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

Mit Urteil vom 12. Mai 2004 des Bezirksgerichtes Bülach wurde die Klage abgewiesen. Hiegegen erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung. Mit Verfügung vom 23. Juni 2004 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 34). Die Berufungsbegründung ging am 17. September 2004 hierorts ein (Urk. 36). Am selben Tag wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 37). Ihre Berufungsantwort datiert vom 1. November 2004 (Urk. 39). Am 5. November 2004 wurden die Parteien auf den 10. März 2005 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 40), welche in der Folge auf den 17. März 2005 verschoben werden musste (Urk. 41 und 42) und an jenem Datum stattfand (Prot. II S. 3 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung signalisierten die Parteien Vergleichsbereitschaft, weshalb ihnen Zeit

bis Ende April 2005 eingeräumt wurde, um dem Gericht einen allfälligen Vergleich einzureichen (Prot. II S. 13). Mit Schreiben vom 29. April 2005 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin mit, dass die Parteien keine Einigung gefunden hätten (Urk. 44). Die Parteien haben auf öffentliche Urteilsberatung und Urteilseröffnung verzichtet (Prot. II S. 14).

II.

1.a) Bezüglich des Sachverhalts kann auf dessen Darstellung im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 31 S. 3 ff.; § 161 GVG). Gegenstand der vorliegenden Anfechtungsklage bildet der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 26. März 2002, mit welchem G._____ die Bewilligung zur Baueingabe und Erstellung eines Wintergartens mit einer Gegenstimme, derjenigen der Klägerin, erteilt worden war. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, dass dieser Beschluss jedenfalls der Einstimmigkeit bedurft hätte. Zudem hätte - vorgängig oder gleichzeitig - ein einstimmiger Beschluss über die Zweckbestimmung der der Stockwerkeigentümergeinschaft neu zugekommenen "zusätzlichen" Baumasse von 1000 m³, welche durch den in der Gemeinde N._____ im Dezember 1995 vollzogenen Systemwechsel in der Bau- und Zonenordnung von der Ausnützungsziffer zur Baumassenziffer entstanden sei, gefasst werden müssen (Urk. 1 S. 9 ff. und Urk. 15 S. 11).

b) Dass die Anfechtungsklage rechtzeitig, d.h. innert Monatsfrist, eingereicht wurde, ist im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten worden. Die diesbezüglichen klägerischen Vorbringen sind zutreffend (Urk. 15 S. 5) und wurden von der Beklagten schon in der Duplik vor Vorinstanz anerkannt (Urk. 19 S. 4).

c) Die Klägerin hatte bereits vor Vorinstanz die gehörige Bevollmächtigung des Vertreters der Beklagten bemängelt (Urk. 15 S. 4). Die Vorinstanz erwog, dass es zwar zutreffend sei, wonach die Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber der gesamten Stockwerkeigentümergeinschaft zu erheben sei. Falsch sei demgegenüber die Auffassung, wonach die Vollmacht des Vertreters der Beklagten von sämtlichen

Stockwerkeigentümern unterzeichnet werden müsse. Es fehle der Klägerin schlichtweg das Rechtsschutzinteresse, einen von den übrigen Stockwerkeigentümern ernannten Rechtsanwalt abzulehnen (Urk. 31 S. 5). Die Klägerin stellte sich jedoch auf den Standpunkt, wonach es für die gültige Bevollmächtigung des beklagischen Rechtsvertreters eines gültigen Beschlusses der Gemeinschaft bedurft hätte.

Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist keine juristische Person (Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2004, N 5 zu Art. 712I). Sie ist jedoch auch keine natürliche Person, welche auf natürlichem Weg mit anderen natürlichen Personen kommunizieren kann, weshalb ihre Meinung und ihre Beschlüsse durch einen Vertreter übermittelt werden müssen. Diese Vertretung kann durch die Stockwerkeigentümergeinschaft (im Reglement) geregelt werden. Art. 712t ZGB räumt dem Verwalter eine gesetzliche Vertretungsbefugnis ein (Wermelinger, a.a.O., N 42 zu Art. 712I). Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann sich auch durch einen Dritten vertreten lassen. Falls eine Regelung über den Beizug eines Dritten - wie vorliegend - im Reglement fehlt, ist von folgendem Grundsatz auszugehen: Wer für eine bestimmte Aufgabe über eine Vertretungsbefugnis verfügt, kann in der Regel auch einen Dritten für die Vertretung der Stockwerkeigentümergeinschaft beauftragen (Wermelinger, a.a.O., N 64 zu Art. 712I). Da vorliegend zudem nicht die Stockwerkeigentümergeinschaft als Ganzes, sondern nur ein Teil der Stockwerkeigentümer Beklagte sind, handelt es sich bei der Beauftragung des Rechtsvertreters nicht um ein Geschäft, welches zwingend durch Gesetz oder Reglement der Beschlussfassung durch die Stockwerkeigentümersammlung unterliegt. Die einzelnen Stockwerkeigentümer sind daher berechtigt, einzeln oder gemeinsam einen oder mehrere Vertreter zu beauftragen. Sie brauchen sich nicht notwendigerweise auf denselben Vertreter zu einigen (Art. 648 Abs. 1 ZGB). Somit ist davon auszugehen, dass der Vertreter der Beklagten rechtsgültig bevollmächtigt worden ist.

2. Für die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen (des nicht im Sonderrecht stehenden Miteigentumanteils) gelten die Bestimmungen über das Miteigentum (Art. 712g Abs. 1 ZGB mit Verweis auf

Art. 647 ff. ZGB). Soweit diese Bestimmungen es nicht selber ausschliessen, können sie durch eine andere Ordnung ersetzt werden, jedoch nur im Begründungsakt oder mit einstimmigem Beschluss aller Stockwerkeigentümer (Art. 712g Abs. 2 ZGB). Es ist unbestritten, dass vorliegend mit dem Begründungsakt ein Benutzungs- und Verwaltungsreglement (BVR) erlassen, am 28. Oktober 1987 im Grundbuch angemerkt wurde (Urk. 4/5) und vorliegend zur Anwendung gelangt, soweit ihm nicht zwingende Gesetzesbestimmungen entgegenstehen. Es geht damit den Art. 647 ff. ZGB insoweit vor und ist ausschliesslich anwendbar (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum [Art. 641 - 654], Bern 1966, N 29 zu Art. 647; BGE 5C.110/2001 vom 15. Oktober 2001). Art. 647 Abs. 1 ZGB befasst sich mit der Nutzungs- und Verwaltungsordnung des gewöhnlichen Miteigentums (sofern dieses von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht). Für das Stockwerkeigentum ist diese Frage abschliessend durch Art. 712g Abs. 2 und 3 ZGB geregelt. Art. 647 Abs. 1 ZGB findet auf das Stockwerkeigentum keine Anwendung (Wermelinger, a.a.O., N 14 zu Art. 712g).

Es ist unbestritten, dass es sich bei dem von G._____ geplanten Wintergarten um eine bauliche Massnahme handelt, die nicht in seinem Sonderrecht steht, weshalb weder Art. 14 BVR noch Art. 712a Abs. 2 ZGB zur Anwendung gelangt, sondern die Art. 15 ff. BVR, welche sich mit der gemeinsamen Sache befassen. Art. 16 und 17 BVR unterscheiden betreffend baulichen Massnahmen zwischen nützlichen Arbeiten und Luxusarbeiten (Urk. 4/5, S. 9). Diese beiden Bestimmungen entsprechen inhaltlich im Wesentlichen Art. 647d und 647e ZGB. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Frage, ob es sich bei der Errichtung eines Wintergartens um eine nützliche oder eine der Verschönerung und Bequemlichkeit dienende Baumassnahme handle, offengelassen werden könne, da dem Antrag von G._____ jedenfalls mit dem gemäss Reglement, welches diesbezüglich den gesetzlichen Bestimmungen nicht widerspreche, erforderlichen Quoren zugestimmt worden sei (Urk. 31 S. 6 f.). Dieser Auffassung ist zu folgen, weil davon auszugehen ist, dass die Klägerin in ihren Nutzungs- und Gebrauchsrechten nicht dauernd beeinträchtigt wird. Sie verfügt somit auch über kein Vetorecht gemäss Art. 16 Abs. 3 BVR. Selbst wenn der Bau eines Wintergartens als der Verschönerung und Bequemlichkeit dienend im Sinne von Art. 647e ZGB qualifiziert würde,

für welche Massnahme grundsätzlich von Gesetzes wegen zwingend Einstimmigkeit der Miteigentümer vorgesehen ist (Art. 647e Abs. 1 ZGB), wird dieses Quorum in Art. 647e Abs. 2 ZGB insoweit relativiert, als auch solche Massnahmen mit der Mehrheit aller Miteigentümer gegen den Willen eines oder mehrerer nicht Zustimmender durchgeführt werden können, sofern diese in ihren Nutzungs- und Gebrauchsrechten nicht beeinträchtigt werden - was vorliegend nicht der Fall ist (vgl. dazu nachfolgend) - und ihr Kostenanteil übernommen wird. Diese Relativierung ist zwingender Natur (Wermelinger, a.a.O., N 54 zu Art. 712g). Somit verstösst auch Art. 17 ("Luxusarbeiten"), welcher in Abs. 2 lediglich eine qualifizierte Mehrheit für solche Massnahmen vorsieht, nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht. Es steht ausser Frage, dass die Kosten des Wintergartens vollumfänglich zulasten von G._____ gehen und die Klägerin damit in keiner Weise belastet wird (Urk. 19 S. 7). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass für bauliche Massnahmen im Sinne von Art. 16 und 17 BVR nicht zwingend Einstimmigkeit erforderlich ist, sondern die in diesen Artikeln vorgesehenen anderen Quoren bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gesetzeskonform sind.

3.a) Es ist unbestritten, dass es sich bei dem geplanten Bauvorhaben von G._____ nicht um die Ausübung seines Sonderrechts handelt (Urk. 15 S. 16), sondern der Wintergarten innerhalb oder auf der ihm zur ausschliesslichen Nutzung (Sondernutzung) zugeteilten Gartenfläche erstellt werden soll (Urk. 19 S. 10). Gemäss Reglement können den interessierten Stockwerkeigentümern bestimmter Stockwerkeigentumsanteile besondere Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen eingeräumt werden. Besondere Nutzungsrechte sind exklusive Gebrauchsrechte mit Ausschlussfunktion gegenüber den nicht berechtigten Stockwerkeigentümern (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar Stockwerkeigentum, N 45 zu Art. 712g; Wermelinger, a.a.O., N 151 und 165 zu Art. 712a). Somit steht vorab fest - worauf oben bereits hingewiesen wurde -, dass der lediglich auf dem G._____ zur besonderen Nutzung zugeteilten Fläche geplante Wintergarten die Klägerin in ihren Nutzungs- und Gebrauchsrechten nicht beeinträchtigen kann, weil sie auf dieser Fläche ohnehin von der Nutzung ausgeschlossen ist.

b) Gemäss Art. 7 lit. b BVR wurden die Stockwerkeigentümer ermächtigt, auf den ihnen zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Flächen feste Bauten wie Geräteschöpfe, Pergolas, Wintergärten, Chemineeanlagen etc. zu erstellen, jedoch nur mit Zustimmung der Gemeinschaft gemäss Art. 31 a BVR (qualifiziertes Mehr). Art. 7 lit. b BVR präzisiert somit die Schranken der Nutzungsfreiheit der einzelnen Stockwerkeigentümern zur ausschliesslichen Nutzung überlassenen Flächen. Der einzelne Eigentümer darf solche Flächen nicht frei nutzen, wie diejenigen, die in seinem Sonderrecht stehen, sondern ist gewissen Einschränkungen unterworfen. Das für die Erstellung fester Bauten vorgesehene Quorum entspricht den in Art. 16 und 17 BVR vorgesehenen Quoren für die Realisierung baulicher Massnahmen an gemeinschaftlichen Sachen und ist daher ebenfalls als gesetzeskonform zu qualifizieren. Somit ist davon auszugehen, dass ein Stockwerkeigentümer grundsätzlich berechtigt ist, auf der ihm zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Fläche einen Wintergarten zu erstellen, sofern eine qualifizierte Mehrheit der Stockwerkeigentümer im Sinne von Art. 31 lit. a BVR diesem Vorhaben zustimmt.

Ob es sich vorliegend bei der Bewilligung des Wintergartens um eine Änderung der Zweckbestimmung handelt (Art. 8 Abs. 2 BVR entsprechend Art. 648 Abs. 2 ZGB), kann offengelassen werden, da das hierfür notwendige Zustimmungsquorum gemäss Art. 31 lit. b BVR ebenfalls erfüllt wäre. Zudem handelt es sich nicht um eine Zweckänderung, da der Bau eines Wintergartens von Anfang an im Reglement vorgesehen war.

c) Die Klägerin machte geltend, dass Art. 7 lit. b des Reglements zwar vorsehe, dass z.B. Wintergärten gemäss Art. 31 lit. a mit qualifiziertem Mehr erstellt werden dürften. Dies gelte jedoch vom Wortlaut und Sinn her nur für die Erstellung von festen Bauten auf den zur Sonderbenützung zugeteilten Gartenflächen, für welche sonst nur eine einfache und keine qualifizierte Mehrheit erforderlich wäre. Art. 7 lit. b des Reglements beziehe sich jedoch nicht auf Anbauten, welche das äussere Erscheinungsbild der gemeinschaftlichen Liegenschaft beeinträchtigen würden, weshalb es für den geplanten Wintergarten nicht anwendbar sei (Urk. 1 S. 11). Die Klägerin stellte sich somit auf den Standpunkt, dass diese Reg-

lementsbestimmung vorliegend nicht anwendbar sei, weil es sich beim geplanten Wintergarten, der an die Hausfassade angebaut werden solle, nicht um eine feste Baute im Sinne von Art. 7 lit. b BVR handle. Unter diese Bestimmung seien lediglich freistehende Bauten zu subsumieren, nicht dagegen Anbauten (Urk. 1 S. 11). Der Begriff der festen Baute ist somit auszulegen. Die Klägerin machte geltend, dass Art. 7 lit. b ursprünglich im Reglement nicht enthalten gewesen sei. Das Reglement sei mehrmals überarbeitet worden. Es habe verschiedene Versionen gegeben. Das sei einfach hineingekommen. In der Version, welche schliesslich dem Grundbuchamt vorgelegen habe und die von allen Stockwerkeigentümern unterzeichnet worden sei, sei das enthalten gewesen. Es könne nicht gesagt werden, dass man sich irgendwie geeinigt hätte, man solle dann zusätzlichen Wohnraum in Form eines Wintergartens erstellen können (Prot. II S. 4). Zum Wintergarten sei nichts vereinbart worden (Prot. II S. 13). Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sich die Stockwerkeigentümer bei Erstellung des Reglements explizit vorbehalten wollten, später eine Vergrösserung des Wohnbereiches zu erzielen und für diesen Fall nicht von der Einstimmigkeit abhängig sein wollten (Prot. II S. 11 f.). Somit machte keine der Parteien geltend, sie hätten abweichend vom Wortlaut übereinstimmend einen andern tatsächlichen Willen gehabt, weshalb sich eine Beweisabnahme über den subjektiven ursprünglichen Willen der Parteien erübrigt. Entsprechend einer neueren Tendenz analog dem Vereinsrecht, wonach Statuten nicht mehr nach dem Vertrauensprinzip, sondern in objektiver Weise auszulegen sind, sind diese Auslegungsgrundsätze daher im Folgenden zur Anwendung zu bringen (BSK ZGB I, Heini/Scherrer, N 19 zu Art. 60). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte (Urk. 31 S. 7 f.), ist aufgrund des Wortlauts davon auszugehen, dass der Begriff "feste Baute" als Gegensatz zum Begriff "Fahnisbaute" verwendet wurde. Dies ergibt sich auch aus der nicht abschliessenden Aufzählung von Beispielen fester Bauten in Art. 7 lit. b BVR, welche allesamt nicht als Fahnisbauten zu qualifizieren sind, da sie mit dem Boden eng und nicht nur vorübergehend verbunden sind. Ein Wintergarten fällt somit zweifellos unter den Begriff der festen Baute, wie dies auch Art. 7 lit. b BVR vorsieht. Dass darunter nur eine freistehende Baute verstanden werden darf, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung demgegenüber keineswegs entnehmen. Dies

ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der exemplarischen Aufzählung der als Beispiele genannten festen Bauten, da praktisch bei allen genannten die Möglichkeit besteht, diese nicht freistehend zu realisieren. Insbesondere die explizite Auflistung des Wintergartens in dieser Aufzählung lässt diesen Schluss zu, kann doch ohne Weiteres gesagt werden, dass ein solcher mindestens überwiegend oder fast ausschliesslich mit einem bestehenden Gebäudeteil fest verbunden und somit angebaut wird. Definitionsgemäss bezeichnet man als Wintergarten nämlich "einen Anbau an ein Gebäude, der grösstenteils aus Glas oder Fenstern besteht" (begriffportal.de; www.wohn-wintergarten.de). Somit ist davon auszugehen, dass die Stockwerkeigentümer bei Erlass des Reglements beabsichtigten, dass unter Art. 7 lit. b BVR mindestens auch Wintergärten im Sinne von Anbauten fallen sollten.

d) Das dem berechtigten Stockwerkeigentümer zugestandene besondere Nutzungsrecht berechtigt diesen im Allgemeinen nicht ohne Weiteres zur baulichen Ausgestaltung der betreffenden Fläche. Auf solche baulichen Massnahmen sind die Art. 647c ff. ZGB (Wermelinger, a.a.O., N 180 zu Art. 712a) und im konkreten Fall Art. 16 und 17 BVR anwendbar. Die Klägerin behauptete, dass diese Berechtigung vorliegend bereits aufgrund von Art. 11 BVR zu verneinen sei, wonach jedwelche baulichen Änderungen an gemeinschaftlichen Anlagen oder Einrichtungen und an den Bauten selbst ausdrücklich verboten seien. Ein Vorbehalt zugunsten von Art. 7 lit. b BVR sei nicht gemacht worden (Urk. 36 S. 12). Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Aufgrund der Systematik des Reglements ist davon auszugehen, dass die Art. 5-10 BVR entsprechend dem Titel (II.: Sonderrecht und ausschliessliche Nutzungsrechte), unter welchem sie aufgeführt sind, die Sonderrechte und ausschliesslichen Nutzungsrechte betreffen, die Art. 11-13 BVR (unter dem Titel: III. Benutzung der gemeinschaftlichen Teile) dagegen die Benutzung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen regeln. Somit fällt eine Anwendung von Art. 11 BVR auf die ausschliesslichen Nutzungsrechte wie sie vorliegend in Frage stehen, nicht in Betracht. Diese Auslegung steht auch in Einklang mit dem Wortlaut von Art. 7 lit. b BVR, wonach - wie oben erwähnt - die Erstellung u.a. eines Wintergartens bei Vorliegen des notwendigen Quorums ausdrücklich gestattet ist. Eine andere Interpretation von Art. 11 BVR würde demnach

zu einem unauflösbaren Widerspruch mit Art. 7 lit. b BVR führen. Demnach steht fest, dass die bauliche Ausgestaltung einer zur besonderen Nutzung zugewiesenen Fläche als Wintergarten unter diesem Aspekt gemäss Reglement zulässig ist. Dieser grundsätzliche Entscheid war von den Stockwerkeigentümern im Begründungsakt einstimmig gefällt worden. Er kann daher nachträglich von der Klägerin nicht mehr im Grundsatz rückgängig gemacht werden.

e) Die Klägerin beanstandete zudem, dass durch den Bau des Wintergartens das äussere Erscheinungsbild der gemeinschaftlichen Liegenschaft beeinträchtigt werde, weshalb ebenfalls Einstimmigkeit in der Beschlussfassung erforderlich gewesen wäre (Urk. 1 S. 10, Urk. 15 S. 15). Gemäss Art. 712a Abs. 2 ZGB ist der Stockwerkeigentümer in der baulichen Ausgestaltung seiner Sonderrechte frei, d.h. er kann diese ohne Zustimmung der andern Stockwerkeigentümer baulich ausgestalten. Allerdings bestehen insoweit Schranken, als z.B. die Rechte anderer Stockwerkeigentümer nicht eingeschränkt werden dürfen, keine Beschädigung und Behinderung in der Benutzung gemeinschaftlicher Teil erfolgen und das äussere Erscheinungsbild nicht beeinträchtigt werden darf. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 7 lit. a BVR, welcher sich ebenfalls auf das Sonderrecht bezieht, in Satz 2 des ersten Absatzes jedoch auch ausdrücklich die ausschliesslichen Nutzungsrechte im gleichen Masse einschränkt.

Bauteile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen, wie sie vorliegend Streitgegenstand bilden, stehen nicht im Sonderrecht, sondern sind zwingend gemeinschaftlich (Wermelinger, a.a.O., N 58 zu Art. 712a). Das Reglement bzw. Art. 647c ff. ZGB bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Stockwerkeigentümergeinschaft solchen baulichen Massnahmen zustimmen muss. Bei Befolgung dieser Bestimmungen sind entsprechende bauliche Massnahmen zulässig (Wermelinger, a.a.O., N 60 zu Art. 712a). Dass diese Massnahme vorliegend gemäss Reglement (und Gesetz) zulässig sind, weil sie mit den entsprechend vorgeschriebenen Quoren beschlossen wurden, wurde oben hinlänglich ausgeführt, worauf zu verweisen ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin musste der betreffende Beschluss somit auch unter diesem Aspekt nicht einstimmig erfolgen (vgl. Urk. 31 S. 10 ff.).

4.a) Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, dass gemäss Protokoll der Stockwerkeigentümersammlung vom 26. März 2002 feststehe, dass G._____ rund 80 m³ von der erwähnten ungenutzten Baumasse von mehr als 1000 m³ für die Erstellung seines Projektes beanspruchen würde (Urk. 1 S. 6; vgl. auch Urk. 43 S. 3). Über den Verwendungszweck dieser bis anhin ungenutzten Baumasse sei aber durch die Stockwerkeigentümergeinschaft bis anhin nicht entschieden worden. Der Verwendungszweck einer solchen zusätzlichen Nutzungsmöglichkeit sei jedoch keineswegs vorgegeben. Über diese grundsätzliche Zweckbestimmung bzw. Festlegung der Zweckbestimmung habe die Stockwerkeigentümergeinschaft deshalb entsprechend Art. 648 Abs. 2 ZGB einstimmig zu befinden (Urk. 1 S. 6 ff., Urk. 15 S. 10 ff.). Die Klägerin stellte sich im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass bei Begründung des Stockwerkeigentums an der Liegenschaft M._____ -Strasse .../... ein unbeheizter Wintergarten hätte erstellt werden können, ohne dass dafür baurechtliche Ausnützung hätte beansprucht werden müssen. Aufgrund der in der Folge ergangenen Änderung der massgebenden Bau- und Zonenordnung sei es heute jedoch nicht mehr möglich, einen Wintergarten zu erstellen, ohne baurechtliche Ausnützung zu beanspruchen. Die baurechtliche Ausnützung sei ein Recht, welches mit dem gemeinschaftlichen Grund und Boden ursächlich verbunden sei und allen Stockwerkeigentümern gemeinschaftlich zustehe. Sofern einem einzelnen Stockwerkeigentümer (oder auch einem Dritten) das Recht eingeräumt werde, Ausnützung ausschliesslich für eigene Zwecke zu verwenden, stelle dies eine Veräusserung von Ausnutzungsrechten dar, für welche die Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer notwendig sei. Im vorliegenden Fall komme hinzu, dass die Stockwerkeigentümer nie vereinbart hätten, zu welchem Zweck die Ausnutzungsreserve, welche ihnen mit der Änderung der Bau- und Zonenordnung quasi in den Schoss gefallen sei, verwendet werden solle. Da der angefochtene Beschluss sowohl eine Veräusserung als auch eine Festlegung der Zweckbestimmung betreffend eines Teils der Ausnutzungsreserve beinhalte, hätte der Beschluss der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedurft (Urk. 36 S. 9, Urk. 43 S. 4 ff.).

Von der Beklagten wurde nicht in Abrede gestellt, dass G._____ für die Realisierung des Wintergartens 80 m³ der ungenutzten Baumasse von über 1000 m³

benötige (Urk. 9 S. 6). Dagegen behauptete sie, dass entgegen der Darstellung der Klägerin nicht nur die Stockwerkeigentümergeinschaft als Ganzes die Möglichkeit habe, die zusätzlich vorhandene Baumasse zu beanspruchen. Jeder einzelne Stockwerkeigentümer sei berechtigt, baumassenspezifische Bauten zu erstellen. Voraussetzung dafür sei lediglich, dass seitens der Stockwerkeigentümergeinschaft eine entsprechende Zustimmung vorliege. Eine nicht ausgeschöpfte Baumassenziffer gebe die Möglichkeit, Bauvolumen zu verwirklichen. Die Beanspruchung der Baumasse durch einen Stockwerkeigentümer sei nicht mit einem Nutzungstransfer auf eine andere Liegenschaft gleichzusetzen, bei dem es eines einstimmigen Beschlusses bedürfe. Bei einer Baumassenreserve von ca. 1000 m³ sei auch nach der Erstellung des Wintergartens durch G._____ noch genügend Baumasse für eigene Bauten der übrigen Stockwerkeigentümer vorhanden (Urk. 9 S. 8). Es gehe nicht um eine Zweckänderung gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB. Eine solche könne schon deshalb verneint werden, weil Art. 7 lit. b des Reglements explizit vorsehe, dass auf den den einzelnen Stockwerkeigentümern zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Flächen Wintergärten erstellt werden dürften und dazu gemäss Art. 31 lit. a die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit aller Eigentümer erforderlich sei (Urk. 9 S. 9, Urk. 19 S. 9 ff.). Die Beklagte stellte sich im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, wonach es irrelevant sei, welche Nutzungsziffer (Baumassen- oder Ausnützungsziffer) anwendbar sei. Es sei nicht relevant, ob eine zusätzliche Ausnutzungsmöglichkeit geschaffen worden sei. Der Aspekt, ob das Bauvorhaben auf Grund von öffentlich-rechtlichen Überlegungen überhaupt bewilligungsfähig sei, sei im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zu prüfen. Die Stockwerkeigentümergeinschaft habe in Art. 7 lit. b des Reglements festgehalten, dass die Erstellung eines Wintergartens auf der ausschliesslichen Nutzungsfläche grundsätzlich zulässig sei. Beim Bauvorhaben von G._____ handle es sich um einen Wintergarten in diesem Sinne. Ein solcher Wintergarten sei zulässig, sofern er mit einem qualifizierten Mehr beschlossen werde. Der am 26. März 2002 gefasste Beschluss sei somit mit dem notwendigen Quorum zustandegekommen. Ein zusätzlicher Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft über den Verwendungszweck der Baumasse sei nicht notwendig (Urk. 39 S. 4 ff.).

b) Aufgrund der obigen Ausführungen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es den Stockwerkeigentümern gestattet ist, auf den ihnen zur ausschliesslichen Nutzung überlassenen Flächen einen Wintergarten zu erstellen, sofern diesem Projekt eine qualifizierte Mehrheit der Stockwerkeigentümer zustimmt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 31 S. 13/14). Darüber waren sich die Stockwerkeigentümer bereits im Begründungsakt einig. Da im Reglement nicht auf eine anwendbare Nutzungsziffer bzw. Bauordnung Bezug genommen wurde, kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Eigentümer die Erlaubnis entsprechend der geltenden Bauordnung beabsichtigten. Da die Flächen zur ausschliesslichen Nutzung seit Beginn zur Erstellung von Wintergärten genutzt werden durften, liegt auch keine Zweckänderung vor. Die Änderung der Bauordnung vermag demzufolge nichts an der zivilrechtlichen Erlaubnis zu bewirken. Insbesondere ändert der Wechsel von der Ausnützungsziffer (*Definition: Die Ausnützungsziffer gibt das Verhältnis der anrechenbaren Geschossfläche zur massgeblichen Grundfläche wieder [§ 254 Abs. 1 PBG], Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich 2003, 11-16*) zur Baumassenziffer (*Definition: Die Baumassenziffer bestimmt, wie viele Kubikmeter anrechenbaren Raums auf den Quadratmeter Grundfläche entfallen dürfen [§ 254 Abs. 2 PBG]. Anrechenbar ist der oberirdisch umbaute Raum mit seinen Aussenmassen (§ 258 Abs. 1 PBG), Fritzsche/Bösch, a.a.O., 11-32*) nichts am Umfang der G._____ zugewiesenen Fläche zur ausschliesslichen Nutzung. Die Klägerin machte denn explizit auch nicht geltend, dass G._____ dadurch nunmehr einen grösseren Wintergarten erstellen könne. Dass G._____ für sein Vorhaben Baumasse beansprucht, kann nicht entscheidend sein, hätte er doch zuvor auch Ausnützung für den Bau des Wintergartens benötigt (Fritzsche/Bösch, a.a.O., 11.29). Da die Baute nicht im Sonderrecht erstellt wird, hat G._____ gegenüber den andern Stockwerkeigentümern nur insofern einen Vorteil, als diese vom Nutzungs- und Gebrauchsrecht ausgeschlossen sind. Es ändert jedoch nichts daran, dass ihnen das Eigentum auch an dieser Fläche grundsätzlich gemeinsam zusteht. Insofern verändert sich auch die Zugehörigkeit der Baumasse bzw. der Baumassenreserve grundsätzlich nicht. Sie steht immer noch allen Stockwerkeigentümern gemeinsam zu. Wie bereits erwähnt, durften die Stockwerkeigentümer aufgrund des

Wortlautes von Art. 7 lit. b des Reglements seit der Begründung der Gemeinschaft davon ausgehen, dass die Errichtung eines Wintergartens mit der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Stockwerkeigentümer in zivilrechtlicher Hinsicht grundsätzlich erlaubt sei, unabhängig von allfälligen Änderungen der Bauordnung, ausser diese würden die Errichtung solcher Bauten gar nicht (mehr) gestatten. In diesem Vertrauen sind die Stockwerkeigentümer bzw. im konkreten Fall G._____ grundsätzlich zu schützen. Es kann nicht angehen, zufolge einer Änderung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften, welche keinen direkten Einfluss auf die in Art. 7 lit. b des Reglements vorgesehene Nutzungsfreiheit hat, die ursprünglichen Nutzungsfreiheiten einzuschränken.

Sofern man davon ausgehen wollte, dass es eines Beschlusses betreffend Festlegung der Zweckbestimmung der Baumasse bzw. Baumassenreserve bedürfe, ist davon auszugehen, dass dieser vorliegt und entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 43 S. 6) auch das nötige Quorum gegeben ist. Gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB ist für die Änderung der Zweckbestimmung über die Verfügung gemeinschaftlicher Sachen ein einstimmiger Beschluss erforderlich, sofern nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart wurde. Dies ist vorliegend entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 43 S. 7) jedoch der Fall. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BVR i.V.m. Art. 31 lit. b BVR genügt für die Änderung der Zweckbestimmung an gemeinschaftlichen Räumen und Aussenflächen die Zustimmung von mindestens 667/1000 aller Wertquoten. Dies muss auch für die Festlegung des Zweckes gelten, da auch Art. 648 Abs. 2 ZGB dafür explizit nichts anderes vorsieht. Indem G._____ die Bewilligung zur Ausführung des konkret geplanten Wintergartens erteilt wurde, ist darin auch die Erlaubnis zur Benützung der erforderlichen Baumasse enthalten. Es besteht keine Vorschrift, wonach über diese Baumassenreserve vorgängig eines einzelnen Projekts gesamthaft hätte entschieden werden müssen, was im Übrigen auch von keinem Stockwerkeigentümer verlangt worden war. Es steht der Stockwerkeigentümergeinschaft frei, darüber von Fall zu Fall zu befinden, zumal sich an der grundlegenden Zweckbestimmung gemäss Art. 8 Abs. 1 BVR nichts geändert hat.

5.a) Die Klägerin behauptete, dass die Erstellung des Wintergartens auch eine Änderung der Wertquoten zur Folge habe, da im vorliegenden Fall die Wohnung von G._____ um rund 30 m² vergrössert werde. Ohne Anpassung der Wertquote sei der Beschluss rechtswidrig und daher aufzuheben (Urk. 1 S. 11). Replicando führte die Klägerin dazu aus, dass der geplante Wintergarten offensichtlich als zusätzlicher beheizter Wohnraum geplant sei. Bei der Berechnung der Wertquoten sei die Nettofläche der Wohnräume mit dem Faktor 1.00 angerechnet worden. Die Wohnung von G._____ würde durch die Erstellung des Wintergartens gut 30 m² bzw. mehr als 30% grösser, was einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Wertquote habe (Urk. 15 S. 8) und evtl. auch auf die Nebenkosten (Urk. 43 S. 12).

Die Beklagte argumentierte demgegenüber, dass die Klägerin die Möglichkeit gehabt hätte, anlässlich der Versammlung vom 26. März 2002 zu beantragen, dass für die Bewilligung des Wintergartens die Auflage zu erteilen sei, wonach die Wertquote entsprechend anzupassen sei. Die Beklagte bestreite jedoch, dass durch den Bau des Wintergartens eine Änderung der Wertquoten erfolge (Urk. 9 S. 12, Urk. 19 S. 6 f.).

b) Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, führt nicht jede bauliche Veränderung zwingend zu einer Quotenänderung (Urk. 31 S. 14 f.; § 161 GVG; vgl. auch Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 27 zu Art. 712e). Auch die bauliche Veränderung nur einer Stockwerkeinheit hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wertquoten (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 28 zu Art. 712e). Sondernutzungsrechte an gemeinschaftlichen Teilen sollten gemäss Wermelinger aus Opportunität nicht in die Berechnung der Wertquote einbezogen werden (N 50 zu Art. 712e).

Selbst wenn vorliegend davon auszugehen wäre, dass infolge dieser baulichen Massnahme eine Veränderung der Wertquoten vorläge und diese angepasst werden müsste, ist dieser Vorgang grundsätzlich unabhängig vom angefochtenen Beschluss, welcher allein Anfechtungsobjekt ist. Die Klägerin kann jederzeit einen solchen Antrag stellen, über welchen die Stockwerkeigentümerversammlung zu beschliessen hätte (Art. 712e Abs. 2 ZGB). Eine solche Anpassung wäre ohne Weiteres auch nach der Realisierung des Wintergartens noch möglich. Es ist un-

bestritten, dass es die Klägerin bis anhin unterlassen hat, einen solchen Antrag zu stellen und diesbezüglich noch keine Beschlussfassung erfolgt ist. Es kann somit nicht gesagt werden, dass sie zur Durchsetzung ihres Anspruchs auf den Prozessweg verwiesen werde, wie die Beklagte zutreffend ausführte (Urk. 39 S. 16). Es kann deshalb keineswegs gesagt werden, dass das Vorgehen rechtsmissbräuchlich gewesen sei. Die Klägerin unterlässt es denn auch, diesen Vorwurf näher zu substantiieren (Urk. 36). Jedenfalls erscheint nicht plausibel, weshalb dieser Umstand die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses rechtfertigen sollte.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass keine Gründe bestehen, um den mit der notwendigen Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten vertreten, gefassten Beschluss vom 26. März 2002 aufzuheben oder für nichtig zu erklären. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen (Dispositivziffern 2-4). Da die Klägerin auch im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegt, wird sie auch in diesem Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 559.-- Schreibgebühren
Fr. 209.-- Zustellgebühren
Fr. 120.-- Vorladungsgebühren
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- zuzüglich Fr. 342.-- (7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, I. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Gegen diesen Entscheid kann

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der I. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter Dr. B. Suter
lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
ch