

**Art. 712a ZGB, Art. 712g ZGB.** Besonderes Nutzungsrecht an einem Teil der Liegenschaft.

(Sachverhalt)

Die Kläger sind Stockwerkeigentümer zu 166/1000 an der Liegenschaft M.strasse W., mit Sonderrecht an der Wohnung D2 im Erdgeschoss. Die Wohnung hat einen direkten Ausgang ins Freie zum mit Platten belegten Gartensitzplatz. Die Kläger beanspruchen nicht nur diesen Sitzplatz, sondern einen - von ihnen eingezäunten - weiteren Bereich vor und neben dem Haus zur alleinigen Benutzung (diese Fläche ist in der Klagebeilage 1 rot schraffiert).

Am 19. September 2002 beschloss die Versammlung der Stockwerkeigentümer mit Mehrheit, es sei im Bereich der Parterrewohnung "der Grundbuchzustand" wieder herzustellen; im Zusammenhang ist das so zu verstehen, dass den Parterrewohnungen nur ein wesentlich kleinerer Bereich zur ausschliesslichen Nutzung zugestanden wird.

Die Kläger fechten den Beschluss der Eigentümerversammlung an. Sie stützen sich auf Zusicherungen, welche ihnen seinerzeit der Vertreter der Verkäufer gemacht habe, und auf ein stillschweigendes Einverständnis durch die anderen Miteigentümer. (...)

(aus den Erwägungen)

„3.1 Das Stockwerkeigentum des ZGB ist anders als etwa im deutschen Recht und in den romanischen Ländern als "unechtes" Stockwerkeigentum ausgestaltet. Es verschafft den Berechtigten entgegen der vielleicht missverständlichen Bezeichnung kein Eigentum an einer Wohnung. Boden und Gebäude stehen als Ganzes und ungeteilt im Eigentum aller Miteigentümer. Diese erwerben nur das ausschliessliche Recht, gewisse Teile eines Gebäudes zu benutzen und innen auszubauen. Dabei muss es sich um Stockwerke oder Teile von Stockwerken mit eigenem Zugang handeln, die in sich abgeschlossen sind. Gewisse Erweiterungen dieses Erfordernisses sind möglich mit Bezug auf Nebenräume, ferner bei benachbarten Einheiten, Balkonen/Loggien und Dachterrassen. Abgesehen da-

von kann das spezifische Sonderrecht des Stockwerkeigentums nur an Räumen bestehen, und entsprechend gibt es kein solches Sonderrecht an einem Garten oder allenfalls Teilen eines Gartens. An dem nicht überbauten Teil der Liegenschaft können wohl besondere Nutzungsrechte begründet werden, allerdings nur durch ein von der qualifizierten Mehrheit der Stockwerkeigentümer beschlossenes Reglement (BK Meier-Hayoz/Rey, N. 33 zu Art. 712 a, N. 45 ff. zu Art. 712 b und N. 44 zu Art. 712 g ZGB). Das Reglement kann im Grundbuch angemerkt werden; es ist aber auch ohne das für alle Miteigentümer verbindlich (BK Meier-Hayoz/Rey, N. 92 zu Art. 712 g ZGB, vgl. auch BK Meier-Hayoz 5. Aufl., N. 45 zu Art. 647 ZGB).

3.2 Die Bildung von Miteigentumsanteilen und deren Ausgestaltung als Stockwerkeigentum erfolgte am 11. März 1997, als noch die T. & A. Architekten AG alleinige Eigentümerin der Liegenschaft war. Gleichentags stellte die T. & A. Architekten AG ein Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer auf und meldete es zur Anmerkung im Grundbuch an. Unter dem Titel "4. Ausschliessliche Benutzungsrechte" heisst es "a. Gartensitzplätze (...) 4 ½ Zimmerwohnung im Erdgeschoss in den Aufteilungsplänen rot schraffiert und mit Nr. D2 bezeichnet".

Das zuständige Notariat wurde um Auskunft ersucht, ob ein separater Plan zum Reglement existiere, oder ob der Verweis im Reglement - wie das der Wortlaut nahe legt - den dem Begründungsakt beigefügten Plan meint. Nach der Antwort des Notariates trifft das letztere zu und meinen Begründungsakt und Reglement den identischen Plan. Dieser Plan mit der Bezeichnung "erdgeschoss haus d" liegt bereits im Recht. Auf diesem Plan ist lediglich der Platz vor dem Haus schraffiert, nicht aber der seitliche Bereich.

Das Reglement wurde (jedenfalls im hier interessierenden Punkt) nie geändert. Das "ausschliessliche Benutzungsrecht" der Wohnung D2 gemäss Reglement betrifft demnach (nur) die im Plan schraffierte Fläche *vor* dem Haus, zwischen den gedachten Verlängerungen einerseits der Trennwand zwischen den beiden Parterrewohnungen, andererseits der seitlichen Aussenwand der Wohnung D2. Den Klägern steht kein besonderes Nutzungsrecht über diesen unmittelbaren

Bereich ihres Sitzplatzes hinaus zu, namentlich nicht im *seitlich* an ihre Wohnung angrenzenden Bereich der Liegenschaft.

Daran ändert es nichts, dass der Vertreter der Verkäuferin, Architekt T., den Klägern (und nach deren Behauptung auch dem Käufer der anderen Gartenwohnung) seinerzeit im Hinblick auf den Kaufvertrag einen Plan vorgelegt hatte, nach welchem sich das besondere Nutzungsrecht auch auf den Bereich seitlich der Wohnungen erstreckte. Der Architekt räumt das ein. Ob es wirklich nur auf einer schwer verständlichen Unsorgfalt beruhte, oder ob er damit die Interessenten bewusst belog, kann offen bleiben. So oder so ist die Situation für die Bewohner der Parterrewohnung ärgerlich. Es entstanden ihnen aber daraus nur Rechte gegenüber der Verkäuferin, und nicht gegenüber den anderen Miteigentümern resp. der Eigentümergemeinschaft. An der Verbindlichkeit des Reglementes und der dort genannten Pläne kann es nichts ändern.

3.3 Eine andere Frage ist es, ob sich die Eigentümergemeinschaft auf diese Rechtslage berufen darf, oder ob sie damit aus einem besonderen Grund ausgeschlossen ist. Das zweite ist der Fall, wenn sie sich "offenbar missbräuchlich" verhält (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Dazu ist vorweg auf die Überlegung des Bezirksgerichtes zu verweisen, dass das besondere Nutzungsrecht so wenig wie das eigentliche Sonderrecht des Stockwerkeigentümers formlos begründet werden kann, und dass es daher mit der Annahme des Rechtsmissbrauchs streng zu nehmen ist. Das Bezirksgericht zitiert dazu BGE 127 III 506 ff.; dieser Entscheid bestätigte ein Urteil des Zürcher Obergerichtes, wonach ein Stockwerkeigentümer die ausschliessliche Nutzung des Teils einer Dachterrasse aufgeben musste, welche ihm die anderen Miteigentümer früher einstimmig, aber eben nur mündlich und nicht in der für das Reglement nötigen Form (schriftlich auf dem Zirkularweg oder aber als protokollierter Beschluss der Eigentümerversammlung) zugestanden hatten.

Danach ist es grundsätzlich ohne rechtliche Bedeutung, wenn die Kläger wie sie behaupten lassen, das heute streitige Land von Anfang an unterhielten und pflegten, und wenn sie es wie die Beklagte einräumt gar eigenmächtig einzäunen liessen. In den ersten Jahren war die Nutzung des Gartens nach Darstellung der

Kläger mehrmals Thema unter den Miteigentümern. Auch wenn allerdings die mit der Verwaltung betraute Miteigentümerin nach einem Gespräch mit den Klägern erklärt haben sollte, "es sei ihr nun klar", dass auch die seitliche Fläche den Klägern ausschliesslich zustehe, änderte das an der rechtlichen Situation nichts, und band es auch die Gemeinschaft nicht im Sinne von Treu und Glauben. Wie gesehen, verschafft ihnen die unrechtmässige Nutzung auch mit Duldung aller anderen Miteigentümer kein Recht.

Der öffentlich beurkundete Vertrag der Kläger mit der T. & A. Architekten AG vom 29. Januar 1996 erklärte in Ziffer 19, "der Käufer weiss, dass die Aufteilungspläne lediglich privatrechtliche Hilfsmittel zur Beschreibung der Stockwerkeinheiten sind und nicht am öffentlichen Glauben teilnehmen (...). Es ist Sache des Käufers, die Aufteilungspläne auf ihre Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen zu überprüfen", und in Ziffer 20, dass "die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung (...) für ihn verbindlich [ist]", ferner hätten sie ein Exemplar dieser Ordnung erhalten. Das war offenkundig aus einer unbearbeiteten Vorlage kopiert, in diesem Fall falsch, und der Notar hätte das besser nicht so beurkundet, denn sowohl verbindliche und auf ihre Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen überprüfbare Aufteilungspläne als auch eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung konnten vor der Begründung des Stockwerkeigentums (welche erst am 11. März 1997 erfolgte) noch gar nicht existieren. Nach Darstellung der Kläger wurden ihnen lediglich Entwürfe vorgelegt. Ebenfalls nach ihrer eigenen Darstellung war ihnen das aber bewusst. Sie erklären nämlich, sie hätten "anlässlich der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages am 29. Januar 1996 (...) Herrn T. darauf aufmerksam gemacht, dass die falschen Aufteilungspläne auf dem Notariat liegen würden. Herr T. entgegnete, er werde diese selbstverständlich sofort ersetzen lassen". Damit wussten sie positiv, dass Architekt T. verschiedene Varianten des entscheidenden Planes verwendet hatte, und dass zur Zeit eine (aus Sicht der Kläger) "falsche" Variante als Entwurf auf dem Notariat lag. Sich in dieser Situation auf die Zusicherung des erkanntermaassen unzuverlässigen T. zu verlassen, er werde die Pläne "selbstverständlich sofort" ersetzen lassen, war sehr unvorsichtig. Damit nahmen die Kläger im Kauf, dass T. sein Versprechen eben nicht einlösen würde, und dass damit das Regle-

ment für sie und für alle anderen Käufer in der "falschen" Form verbindlich werden und bleiben konnte: dass der zur besonderen Nutzung ausgeschiedene Teil der Liegenschaft das seitlich an die Wohnung D2 angrenzende Land nicht auch umfassen würde. Es leuchtet durchaus ein, wenn die Kläger heute geltend machen, ihre Privatsphäre werde tangiert, wenn dieses Land allen Miteigentümern zur Benutzung zur Verfügung stehe. Umso mehr hätten sie aber Anlass gehabt, auf die Änderung des als "falsch" erkannten Reglementes zu dringen. Dass sie diese Sorgfalt vernachlässigten, können sie nun nicht den anderen Miteigentümern zum Vorwurf machen.

Die Kläger berufen sich vor Obergericht darauf, die Verkäuferin habe *allen* Käufern einen Plan vorgelegt, auf welchem auch die streitige Fläche als im besonderen Nutzungsrecht der Wohnung D2 stehend eingezeichnet gewesen sei. Das ist freilich neu und daher prozessual unzulässig (§ 267 ZPO). Was die Verkäuferin subjektiv meinte, ist ohnehin bedeutungslos. In erster Instanz hatten die Kläger nur behauptet, auch gegenüber dem Käufer der (Garten-)Wohnung D1 sei der "falsche" Plan verwendet worden, und die Verkäuferin habe diesen als massgeblich angesehen, ferner, den anderen Käufern sei "bewusst [gewesen], dass sich die Kläger auch auf der Fläche seitlich der Hausfassade aufhielten". Aber selbst wenn die Verkäuferin allen Käufern gegenüber die "falschen" Pläne verwendet haben sollte, könnte das den Klägern nicht helfen. Es bliebe dabei, dass sie nicht nur im Vertrag ausdrücklich erklärt hatten, die Massgeblichkeit des Reglementes zu anerkennen, sondern dass sie positiv erkannt hatten, dass der Vertreter der Verkäuferin ihnen als Entwurf einen Plan vorlegte, der nicht ihren Wünschen entsprach. Löste Architekt T. sein Versprechen nicht ein, den Plan auszuwechseln, wurde der "falsche" Plan Bestandteil des Reglementes und für die Rechtslage verbindlich. Auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs ist sogleich einzugehen.

Nach dem Plan, den die Kläger selber einlegen, schliesst sich an das von ihnen beanspruchte Land ein grösseres, grob Dreieck-förmiges Stück in gemeinsamer Nutzung an, welches die anderen Miteigentümer ohne Beanspruchung der streitigen Fläche überhaupt nicht betreten können, und das vergrössert und damit aufgewertet wird, wenn in Richtung Gebäude die streitige Fläche ganz oder teil-

weise zusätzlich genutzt werden kann. In dieser Situation kommt es nicht darauf an, ob den anderen Miteigentümern auch ohne das streitige Land "genügend" gemeinsame Fläche zur Verfügung steht. Möglicherweise ist der von den Klägern erwähnte Ping-Pong-Tisch hinter dem Haus wirklich besser platziert. Der Terrainverlauf (Böschung) gegen den hinteren Teil des Gebäudes mag die Nutzung erschweren (wobei auch zu berücksichtigen ist, dass die Gemeinschaft gewisse Terrainanpassungen vornehmen könnte). Die Gemeinschaft muss sich aber nicht festlegen, wie sie das gemeinsame Land nutzen will - sie kann es vernünftigerweise gar nicht tun, weil künftige Miteigentümer andere Bedürfnisse haben mögen. Der rechtlich klare Anspruch auf Nutzung des ganzen gemeinschaftlichen Landes könnte ihnen nur versagt werden, wenn eine solche Nutzung auch in Zukunft jedenfalls sinn- und zwecklos, das Beharren darauf daher rein schikanös erschiene. Das isolierte Fast-Dreieck im äussersten Bereich des Grundstückes misst grob geschätzt etwas über 80 m<sup>2</sup>. Der streitige Streifen ist durchgehend etwa 4 m tief und rund 18 m lang, hat also einen Halt von gut 70 m<sup>2</sup>. Ob die Miteigentümer in ihrer heutigen oder in einer künftigen Zusammensetzung diese Bereich als Kinderspielplatz, als gemeinsamen Sitzplatz, als Gemüsegarten oder was auch immer nutzen wollen, bietet der streitige Streifen entlang des Hauses jedenfalls eine Vergrösserung der Fläche fast auf das Doppelte und gibt zusätzlichen Gestaltungsspielraum. Das Beharren der Gemeinschaft auf der gemeinsamen Nutzung des streitigen Landes ist daher legitim und nicht rechtsmissbräuchlich - selbst wenn das Zustandekommen des angefochtenen und heute zu beurteilenden Beschlusses (auch) Frucht persönlicher Missgunst und Ranküne unter den gegenwärtigen Miteigentümern sein sollte, wie die Kläger behaupten.

3.4 Damit ist das angefochtene Urteil zu bestätigen und die Klage abzuweisen.

Obergericht II. Zivilkammer  
Urteil vom 5. August 2005  
LB050005