

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB120013-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler

Urteil vom 14. August 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Nutzung einer Stockwerkeigentumseinheit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster als Zivilgericht vom
11. Januar 2012; Proz. CG100075**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei den Beklagten unter Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB sowie unter Androhung der Schliessung der Räumlichkeiten zu verbieten, die Büroräume im 1. Obergeschoss des Hauses D._____ in E._____ (Stockwerkeinheit ...), Grundregister Blatt ..., als Wohnung zu benützen;
2. die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin die Kosten für das Sühnverfahren von CHF 450.00 zu ersetzen;
3. alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 11. Januar 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'550.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 75.- Dolmetscherkosten
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 10'000.- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

(act. 42 S. 16 f.)

Berufungsanträge:

Der Klägerin (act. 40 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 11. Januar 2012 aufzuheben.
2. Es sei den Beklagten unter Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB sowie unter Androhung der Schliessung der Räumlichkeiten zu verbieten, die Büroräume im 1. Obergeschoss des Hauses D._____ in E._____ (Stockwerkeinheit ...), Grundregister Blatt ..., als Wohnung zu benützen;
3. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt) zu Lasten der Beklagten."

Der Beklagten (act. 48 S. 2):

"Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin vollumfänglich abzuweisen."

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt / Prozessuales)

1.1 Die Klägerin ist Eigentümerin einer Attikawohnung (Stockwerkeinheit ...) in der D._____, die sie selber bewohnt. Die Liegenschaft (Haus Nr. ...) ist Teil der Wohn- und Geschäftsüberbauung F._____ in E._____ (Überbauung F._____). Die Beklagten sind je zur Hälfte Miteigentümer der darunter liegenden Stockwerkeinheit Sie wohnen dort mit ihren drei Kindern und betreiben in den Räumlichkeiten die G._____ GmbH, ein Handelsgeschäft für SAT- und Multimediale Produkte sowie anderer elektronischer Geräte.

1.2 Ungeachtet des Umstands, dass im Begründungsakt vom 2. März 1993 (act. 4/5) sämtliche Stockwerkeinheiten der Überbauung F._____ als Wohnungen bezeichnet waren, wurde das Haus Nr. ... aufgrund einer noch vor der Erstellung

erfolgten Projektänderung (act. 31/1-2) mehrheitlich gewerblich genutzt. Am 28. Mai 1998 wurde der Begründungsakt geändert. Das Haus Nr. ... wurde weiterhin als "Wohnhaus" bezeichnet und die Einheiten wie folgt umschrieben (act. 4/6 S. 8 f.):

<u>neue StWE-Einheit:</u>	neue Quote
	<u>in .../10'000</u>
..., GR
<u>Umschreibung Sonderrecht:</u>	
Büroräume im Erdgeschoss, mit Keller Nr. 2 und 3 im Untergeschoss	
..., GR
<u>Umschreibung Sonderrecht:</u>	
Büroräume im Obergeschoss, mit Keller Nr. 4	
..., GR
<u>Umschreibung Sonderrecht:</u>	
6 1/2-Zimmerwohnung im 1. und 2. Dachgeschoss, mit Keller Nr. 1 und 5 im Untergeschoss	

Ebenfalls am 28. Mai 1998 wurde das im Juni 1997 erlassene Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft inkl. Beiblätter 0.2 bis 0.5 (nachfolgend Reglement) im Grundbuch angemerkt (act. 4/3; act. 31/4). Beiblatt 0.2 des Reglements führt die Stockwerkeinheiten des Hauses Nr. ... unter dem Titel "Beschreibung der Stockwerkeinheit und der Nutzungsrechte an Terrasse, Balkonen, Garten" wie folgt auf:

Haus 5

5.1	6 Büroräume, Sekretariat/ Empfang und WC-Anlage mit Keller Nr. 2 + 3	EG	522/10000
5.2	4 Büroräume, Sitzungszimmer Teeküche und zwei WC-Anlagen mit Keller Nr. 4	OG	522/10000
5.3	6 1/2-Zimmer-Wohnung mit Keller Nr.1 + 5 und zwei Loggia	DG	502/10000

Art. 7 des Reglements mit der Marginale "Benutzungsfreiheit" bestimmt:

"In der Benutzung aller Räume seiner Stockwerkeinheit ist der Stockwerkeigentümer im Rahmen der Zweckbestimmung (vergl. Ziffer 10 hinten) frei und nur den Beschränkungen unterworfen, die nötig sind, um die Nutzung der den anderen Stockwerkeigentümern gehörenden Räume sowie die Wahrung der Interessen aller Stockwerkeigentümer zu gewährleisten."

Art. 10 des Reglements trägt die Marginale "Zweckbestimmung" und lautet wie folgt (act. 4/3 S. 6):

"Die Stockwerke dürfen nur zu dem im Begründungsakt und in diesem Reglement umschriebenen Zweck verwendet werden. Stille Gewerbe wie Büros, Ateliers und Praxen sind auch in den Wohnungen erlaubt; die baupolizeilichen Vorschriften bleiben jedoch vorbehalten.

Die als Gewerbe- oder Lagerräume bezeichneten Einheiten dürfen für gewerbliche Bedürfnisse genutzt werden (Büros, Ladengeschäfte, Restaurantbetrieb). Nicht gestattet ist dagegen die Einrichtung von Werkstätten, die mit Immissionen verbunden sind, die den Inhabern von Wohnungseinheiten in der Gemeinschaft nicht zugemutet werden können (keine Schmiedewerkstätten, Schreiberwerkstätten udgl.).

Eine Tätigkeit, welche Lärm oder Erschütterung bewirkt oder sonst wie die übrigen Bewohner beeinträchtigt, ist auf jeden Fall verboten."

Nach Art. 33 des Reglements entscheidet über wichtigere Verwaltungshandlungen, wozu ausdrücklich auch die Änderung des Reglements gehört, die Versammlung der Stockwerkeigentümer mit qualifizierter Mehrheit (Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten besitzen).

In Art. 34 des Reglements wird schliesslich festgelegt, dass Beschlüsse über die Abänderung des Reglements, soweit sich dieses auf die Zweckbestimmung der Stockwerkeinheiten bezieht, der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedürfen.

Bei Änderung des Begründungsaktes im Jahr 1998 war H._____, dessen Ingenieurunternehmen in der Folge in Konkurs fiel, Eigentümer der drei Stockwerkeinheiten des Hauses Nr. Die Klägerin erwarb ihre Stockwerkeinheit im Mai 2008 aus der Konkursmasse von H._____. Zu diesem Zeitpunkt stand das gesamte Haus Nr. ... leer. Die Beklagten erwarben ihre Stockwerkeinheit im Ok-

tober 2009 von der ... AG, welche als Pfandgläubigerin von H. _____ die Stockwerkeinheit ebenfalls aus dessen Konkursmasse erhalten hatte.

1.3 Die Beklagten stellten am 20. November 2009 ein Baugesuch betreffend Nutzungsänderung von Büroräumen zu Wohnräumen. Am 3. Februar 2010 wurde den Beklagten unter Vorbehalt privatrechtlicher Bestimmungen die Umnutzungsbewilligung erteilt (act. 4/7). Anlässlich der Stockwerkeigentümersammlung vom 10. Februar 2010 wurde der Antrag der Beklagten auf Umnutzung der in ihrem Sonderrecht stehenden Einheit ... als Wohnung mit 16 zu 9 Stimmen abgelehnt und erreichte somit weder das qualifizierte Mehr im Sinne von Art. 33 zur Änderung des Reglements noch die nach Art. 34 für eine Zweckänderung notwendige Einstimmigkeit (act. 4/9). Trotz des Beschlusses der Eigentümersammlung bauten die Beklagten ihre Stockwerkeinheit entsprechend der genehmigten Baueingabe im Inneren um (vgl. act. 4/8). Die Beklagten nutzen die Stockwerkeinheit seither für ihr Gewerbe sowie als Wohnung.

1.4 Letzteres – die Stockwerkeinheit ... als Wohnung zu benützen – will die Klägerin den Beklagten mit der am 30. Dezember 2010 beim Bezirksgericht Uster (nachfolgend nur Bezirksgericht) anhängig gemachten Klage verbieten lassen. Das Bezirksgericht liess nach dem ersten Schriftenwechsel und nach Widerruf eines am 13. Juli 2011 zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs auch die weiteren Parteivorträge schriftlich erstatten und fällte am 11. Januar 2012 das angefochtene, die Klage abweisende Urteil (act. 42).

1.5 Mit der rechtzeitig erhobenen Berufung vom 13. Februar 2012 beantragt die Klägerin die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Guttheissung der Klage (act. 40). Den Kostenvorschuss von Fr. 5'550.-- für das Berufungsverfahren leistete die Klägerin auf erste Aufforderung (act. 43 und 45). Es wurden die Akten des Bezirksgerichts beigezogen und den Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Mit der fristgerecht eingereichten Berufungsantwort vom 17. April tragen die Beklagten auf Abweisung der Berufung an (act. 48). Die Berufungsantwort wurde der Klägerin am 19. April 2012 zugestellt (act. 50). Die Sache ist spruchreif.

2. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Demgegenüber gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht für die Verfahren weiter, die am 1. Januar 2011 vor der betroffenen Instanz rechtshängig waren.

Das angefochtene Urteil ist nach dem Inkrafttreten der ZPO eröffnet worden. Das vorliegende Berufungsverfahren richtet sich daher ausschliesslich nach den Regeln der ZPO und der dazugehörigen kantonalen Erlasse zu den Gebühren usw. (GOG, ferner GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010). Hingegen beurteilt sich der erstinstanzliche Prozess verfahrensrechtlich noch nach dem alten Recht (ZPO/ZH samt GVG/ZH und dazugehörigen kantonalen Erlassen zu den Gebühren vom 4. April 2007, respektive vom 21. Juni 2006).

II.

(Materielles: Zweckänderung / Immissionen)

1. Der Prozess dreht sich um die Frage, ob die Beklagten berechtigt sind, ihre Stockwerkeinheit ... als Wohnung zu nutzen. Die Klägerin klagt gestützt auf Eigentum, Nachbarrecht und Besitz. Zur Erhebung der Eigentumsfreiheitsklage im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB, der nachbarrechtlichen Klage im Sinne von Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB und der Besitzschutzklage im Sinne von Art. 928 ZGB ist sowohl die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer als auch jeder einzelne Stockwerkeigentümer legitimiert (BK-Meier-Hayoz/Rey, Band IV, Bern 1988, ZGB Art. 712g N 105 f.). Die Aktivlegitimation der Klägerin wird mit Grund nicht in Frage gestellt.

2. Unbestritten ist sodann, dass sich der vorgenommene Umbau und die Umnutzung auf den im Sonderrecht der Beklagten stehenden Teil beschränkt. Die gemeinschaftlichen Teile, insbesondere die äusseren Trennwände der Stockwerkeinheit und auch das äussere Erscheinungsbild der Stockwerkliegenschaft, bleiben davon unberührt. Damit steht zugleich fest, dass die Bestimmungen über wichtigere Verwaltungshandlungen nach Art. 647b Abs. 1 ZGB bzw. über bauliche

Massnahmen nach Art. 647c-647e ZGB in Verbindung mit Art. 712g Abs. 1 ZGB vorliegend nicht anwendbar sind (vgl. dazu ZK-Wermelinger, Zürich 2010, ZGB Art. 712a N 22 ff., 133 ff.; BGE 130 III 441 E. 3.3 und 3.4, S. 447 ff.).

3.1 Streitig und für die Entscheidung wesentlich ist die Frage, ob die Umnutzung der Stockwerkeinheit der Beklagten eine Änderung der Zweckbestimmung der Sache bewirkt, welche nach Art. 34 des Reglements bzw. nach Art. 648 Abs. 2 ZGB der Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer bedarf.

3.2 Die Frage der Zweckänderung hat das Bezirksgericht vorab anhand des Begründungsakts und des Reglements geprüft und verneint. Es hielt dafür, die Umschreibung der Sonderrechte bzw. die Bezeichnung der Einheiten ... und ... als "Büroräume" im Begründungsakt und im Reglement stelle keine Zweckbestimmung dar. Zwar werde in Art. 10 des Reglements statuiert, dass die Einheiten nur für den im Begründungsakt und im Reglement selbst umschriebenen Zweck verwendet werden dürften. Dieser Verweis führe jedoch insofern ins Leere, als weder der Begründungsakt noch das Reglement eine Zweckbestimmung enthalte. Die Stockwerkeinheit ... werde im Beiblatt 0.2 des Reglements mit dem Titel "Aufteilung in Stockwerkeinheiten und Wertquoten" als "Büroräume" bezeichnet. Wie die Überschrift in Beiblatt 0.2 "Beschreibung der Stockwerkeinheit und der Nutzungsrechte an Terrassen, Balkonen, Garten" ausdrücklich festhalte, handle es sich bei diesen Bezeichnungen um Beschreibungen. Beschreibungen seien gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als Zweckbestimmung zu verstehen. Nichts anderes könne aus dem Wortlaut des Reglements und dem gewöhnlichen, unter Laien geltenden Sprachgebrauch abgeleitet werden. Somit bestehe vorliegend keine ausdrückliche Zweckbestimmung für die Überbauung F. _____ und insbesondere auch nicht für die im Eigentum der Beklagten stehende Einheit Angesichts der gegebenen Ausscheidung der Stockwerkeinheiten und der langjährigen Benutzung vor dem Erwerb der Stockwerkeinheit ... durch die Beklagten handle es sich beim Haus Nr. ... vom Zweck her um ein Wohn- und Geschäftshaus (act. 42 S. 13).

3.3 Die Klägerin hält mit der Berufung daran fest, dass für die Stockwerkeinheit der Beklagten eine die Wohnnutzung ausschliessende Zweckbestim-

mung bestehe. Wohl werde im Beiblatt 0.2 zum Reglement von "Beschreibung der Stockwerkeinheiten" gesprochen, es gehe aber aus mehreren Ziffern des Reglements selbst, insbesondere Ziffer 10, 7 und 34, zweifelsfrei hervor, dass damit keine blosser Beschreibung, sondern eine effektive Zwecksetzung gemeint gewesen sei. Die Unterscheidung zwischen Beschreibung und Zweckbestimmung, wie sie das Bezirksgericht unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vornehme, habe bei Änderung des Reglements noch gar nicht existiert. Überdies komme sie dort nicht zum Tragen, wo die grundbuchliche Eintragung durch ein Reglement ergänzt werde. Nachdem Art. 10 des Reglements vorsehe, dass in Wohnungen stilles Gewerbe erlaubt sei, wäre die Zulässigkeit der Nutzung von Büroräumen als Wohnraum ebenfalls explizit aufgeführt worden, hätte dies dem Willen der Stockwerkeigentümer entsprochen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine Änderung der Nutzweise einer einzelnen Stockwerkeinheit keine Änderung der Zweckbestimmung der ganzen Sache im Sinne von Art. 684 Abs. 2 ZGB bewirke, greife nur, wo eine ausdrückliche reglementarische Zweckbestimmung fehle. Diese Rechtsprechung laufe im Übrigen auf eine Ungleichbehandlung der Stockwerkeigentümer hinaus, indem sich nur die ersten Stockwerkeigentümer darauf berufen könnten. Spätestens wenn eine Mehrheit der Stockwerkeinheiten anders genutzt würde, müsste von einer Änderung des Zweckes der ganzen Sache gesprochen werden und wäre daher nach Art. 648 Abs. 2 ZGB ein einstimmiger Beschluss aller Eigentümer erforderlich. Damit sei die Wohnnutzung der Beklagten als solche unzulässig, ohne dass es auf die Frage der Immissionen noch ankäme (act. 40 N 7 ff.).

3.4 Die rechtliche Ausgangslage für die Beurteilung der Streitfrage ist die folgende: In der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume ist der Stockwerkeigentümer frei (Art. 712a Abs. 2, erster Halbsatz, ZGB). Diese Freiheit wird vermutet, kann aber durch das Gesetz, durch die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt werden. Sie ist namentlich dort beschränkt, wo der Aus- oder Umbau oder die Nutzung der Sonderrechtsteile die Zweckbestimmung oder die Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft verändert. Die Veränderung der Zweckbestimmung der gemeinschaftlichen Liegenschaft bedarf nach Art. 648 Abs. 2 ZGB der

Übereinstimmung aller Stockwerkeigentümer, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben (vgl. ZK-Wermelinger, ZGB Art. 712a N 47 ff., BGer 5A_428/2008 vom 19. März 2009, E. 4.5; BGer 5A_632/2011 + 5A_648/2011 vom 8. November 2011, E. 3.1).

3.5 Die Zweckbestimmung einer Sache manifestiert sich über deren wirtschaftliche Nutzungsweise. Es handelt sich um eine ausdrückliche oder stillschweigende Widmung der Sache. Die zulässigen bzw. unzulässigen Gebrauchs- und Nutzungsweisen können in der Gemeinschaftsordnung (Begründungsurkunde, Reglement usw.) ausdrücklich umschrieben sein oder gegebenenfalls durch deren Auslegung ermittelt werden. Die Auslegung muss zudem aufzeigen, ob der aufgeführte Zweck eine einschränkende Wirkung aufweist oder nicht. Beispielsweise wird mit dem Liegenschaftsnamen "Haus der Idylle" unmissverständlich indiziert, dass darin kein lärmintensives Gewerbe erwünscht ist. Davon abzugrenzen ist indessen der grundbuchamtliche Liegenschaftsbeschrieb; er stellt keine Erklärung der Stockwerkeigentümer dar (ZK-Wermelinger, ZGB Art. 712a N 162; vgl. auch BGer 5A_428/2008 vom 19. März 2009, E. 4.5.1). Hat die Gemeinschaft nie einen bestimmten Zweck des Stockwerkeigentums vereinbart, sind grundsätzlich und im Rahmen der Rechts- und Gemeinschaftsordnung sämtliche Nutzungsweisen zulässig (vgl. BGer 5A_632/2011 + 5A_648/2011 vom 8. November 2011, E. 4.1; BGer 5C.264/2006 vom 30. März 2007, E. 2.2; vgl. ferner BGE 130 III 441, E. 2.3, S. 444; BK Meier-Hayoz/Rey, ZGB Art. 712a N 42).

3.6 Die Auslegung des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft erfolgt nach denselben Grundsätzen wie die Vertragsauslegung, wobei dem Vertrauensprinzip besondere Bedeutung beizumessen ist. Das Reglement ist so auszulegen, wie es ein vernünftiger Dritter, insbesondere der Käufer einer Stockwerkeinheit, verstehen darf bzw. muss (vgl. ZK-Wermelinger, ZGB Art. 712g N 172a; ferner BK Meier-Hayoz/Rey, ZGB Art. 712g N 83). Das Bezirksgericht legte das Reglement nach dem Vertrauensprinzip aus und stellte dabei auf den Wortlaut nach dem gewöhnlichen, unter Laien geltenden Sprachgebrauch ab (act. 42 S. 13). Auch die Klägerin beruft sich auf den Wortlaut des Reglements (act. 2 N 9; act. 30 N 9 f.). Einen tatsächlichen übereinstimmenden Willen der

(damaligen) Stockwerkeigentümer behauptet keine der Parteien. Damit kommt es auf den objektiven Erklärungssinn an, und es steht ausschliesslich eine rechtliche Frage im Streit, welche unabhängig von den Auffassungen der Parteien von Amtes wegen zu prüfen ist (§ 57 ZPO/ZH und Art. 57 ZPO, vgl. auch BGer 5C.195/2002, E. 2.1.2).

3.7 Dass die Unterscheidung zwischen Liegenschaftsbescrieb und Zweckbestimmung im Zeitpunkt der Änderung des Begründungsakts im Jahr 1998 noch nicht existierte, trifft entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zu (vgl. BGer 5C.264/2006 vom 30. März 2007, E. 2.2 und BGE 130 III 441 [vom 23. Juni 2004] E. 2.3 und 2.4, S. 444 f.). Richtig ist, dass bei den im angefochtenen Urteil weiter angeführten Entscheiden kein Reglement der Stockwerkeigentümer vorlag, weshalb das Bundesgericht prüfte, ob die fragliche Umnutzung im Einklang mit dem Gesetz stehe (vgl. BGer 5C.168/2003 vom 17. Februar 2004, E. 5.1 und 5.2; BGer 5A_428/2008 vom 19. März 2009, E. 4.5.1 und 4.5.2). Die gesetzlichen Bestimmungen sind jedoch in gleicher Weise ausschlaggebend, wenn ein Reglement erlassen wurde, welches keinen Zweck, resp. keinen Zweck mit einschränkender Wirkung festlegt. Schränkt das Reglement die zulässigen Nutzungsarten nicht ein, kann eine Umnutzung nur nach den gesetzlichen Bestimmungen unzulässig sein.

3.8 In der Änderung des Begründungsaktes vom 28. Mai 1998 wird einleitend ausgeführt, dass "bezüglich dem Wohnhaus D._____ eine Nutzungsänderung (teilweise Gewerbenutzung)" erfolgt sei und dass der Eigentümer der betreffenden Stockwerkeinheiten die tatsächlichen Verhältnisse nun ebenfalls im Grundregister eintragen lassen wolle (act. 4/6 S. 1). Anschliessend wird die Änderung der Sonderrechte umschrieben. Die Einheiten ... und ... werden als Büroräume bezeichnet; die Einheit ... als 6 1/2-Zimmerwohnung im 1. und 2. Dachgeschoss (act. 4/6 S. 9). Weiter befasst sich Beiblatt 0.2 mit der "Aufteilung in Stockwerkeinheiten und Wertquoten" und enthält die "Beschreibung der Stockwerkeinheit und der Nutzungsrechte an Terrassen, Balkonen, Garten" (act. 4/3 S. 4). In Begründungsakt und Reglement werden somit die tatsächlichen Verhältnisse eingetragen und dargestellt. Die Erwägung des Bezirksgerichts, Be-

gründungsakt und Reglement enthielten lediglich den Liegenschaftsbescrieb, ist daher begründet. Eine normative Regelung bzw. Willensäusserung der Stockwerkeigentümer hinsichtlich der Nutzungsweise der Stockwerkeinheiten ist mit der Bezeichnung der Stockwerkeinheiten als Büroräume bzw. Wohnung nicht verbunden.

3.9 Weniger als die Frage, ob die Liegenschaft überhaupt bestimmten Zwecken gewidmet wurde, ist freilich entscheidend, ob eine allfällige Zweckbestimmung eine einschränkende Wirkung aufweist oder nicht. Viel eher als auf eine Beschränkung weisen die einleitenden Bemerkungen in der Änderung des Begründungsakts (unter dem Titel "Ausgangslage"; vgl. act. 4/6) auf eine Erweiterung der zulässigen Nutzungsarten hin. Die tatsächlichen Verhältnisse – teilweise gewerbliche Nutzung des Wohnhauses – sollten festgeschrieben und mithin die Gewerbenutzung *neben der Wohnnutzung* zugelassen werden. Die Liegenschaft (Haus Nr. ...) diente nach der Änderung des Begründungsakts durchaus einem bestimmten, nämlich einem doppelten Zweck – dem Wohnen und der gewerblichen Nutzung. Die Klägerin weist zwar korrekt darauf hin, der 1. Satz von Art. 10 Abs. 1 des Reglements bestimme, dass die Stockwerke nur zu dem im Begründungsakt und im Reglement umschriebenen Zweck verwendet werden dürfen. Das ist freilich mit dem 2. Satz der Bestimmung zu lesen, wonach stille Gewerbe auch in den Wohnungen erlaubt sind. Damit wird die gewerbliche Nutzung in den Wohnzwecken dienenden Stockwerkeinheiten zugelassen. Über den umgekehrten Fall einer Nutzung von Gewerberäumlichkeiten zu Wohnzwecken ist damit nichts ausgesagt. Wie die Klägerin in der Replik konzediert (act. 30 N 10), war die Wohnnutzung bei Erlass des Reglements im Jahr 1997 eine unhinterfragte Gewohnheit und wurde an deren Regelung daher gar nicht gedacht. Vor der Änderung des Begründungsakts im Jahr 1998 und bei Erlass des Reglements war jede Stockwerkeinheit eine Wohnung und die bestehenden Gewerberäumlichkeiten noch nicht als solche bezeichnet. Die Ubiquität der Wohnnutzung geht des Weiteren aus Art. 10 Abs. 2 des Reglements hervor, wo die gewerbliche Nutzung eingeschränkt wird und die Immissionen gewerblicher Nutzung im Verhältnis zur Wohnnutzung definiert werden: "Die als Gewerbe- oder Lagerräume bezeichneten Einheiten dürfen für gewerbliche Bedürfnisse genutzt werden (Büros, Laden-

geschäfte, Restaurantbetrieb). Nicht gestattet ist dagegen die Einrichtung von Werkstätten, die mit Immissionen verbunden sind, die den Inhabern von Wohnungseinheiten in der Gemeinschaft nicht zugemutet werden können [...]". Dass die Wohnnutzung als ursprüngliche und selbstverständliche Nutzungsart eingeschränkt werden sollte, ist vor diesem Hintergrund nicht anzunehmen. Wurde nach der Änderung des Begründungsakts – wie die Klägerin zutreffend darlegt (vgl. act. 30 N 10) – keine Änderung des Reglements vorgenommen, kann nicht gesagt werden, mit den neu als Büro bezeichneten Räumen hätten die Stockwerkeigentümer eine Einschränkung der Wohnnutzung beabsichtigt. Anders als die kommerzielle Nutzung entsprach die Nutzung der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teile der Überbauung F._____ zu Wohnzwecken auch nach Änderung des Begründungsakts dem üblichen Gebrauch der Stockwerkeinheiten. Das allgemein Übliche bedarf keiner ausdrücklichen Erlaubnis, wohl aber ein entsprechendes Verbot. Aus der fehlenden ausdrücklichen Zulassung der Wohnnutzung kann daher nicht ein Wille der Stockwerkeigentümer zu deren Einschränkung abgeleitet werden. Mit Bezug auf die Stockwerkeinheit ... der Beklagten lässt sich dem Begründungsakt und dem Reglement demnach keine Beschränkung auf die gewerbliche Nutzung entnehmen. Die (Um-)Nutzung von Büroräumen als Wohnung bedarf daher weder einer Änderung des Reglements im Sinne von Art. 33 noch beinhaltet sie eine Zweckänderung der Sache im Sinne von Art. 34 des Reglements.

3.10 Art. 648 Abs. 2 ZGB findet Anwendung bei der Änderung der Zweckbestimmung des gesamten Stockwerkeigentums, aber auch bei der Änderung der Zweckbestimmung einzelner Stockwerkanteile (vgl. BGE 5C.168/2003 vom 17. Februar 2004, E. 4.2.1). Wird lediglich ein Stockwerkanteil in der Zweckbestimmung geändert, muss diese Änderung jedoch einen erheblichen Einfluss auf den Gesamtcharakter der Liegenschaft aufweisen, um Art. 648 Abs. 2 ZGB unterstellt zu sein. Eine Änderung der Nutzungsweise einer einzelnen Stockwerkeinheit bewirkt deshalb noch keine Änderung der Zweckbestimmung nach Art. 648 Abs. 2 ZGB (ZK-Wermelinger, ZGB Art. 712a N 183; BGE 130 III 441 E. 2.3 und E. 2.4, S. 444 f.; BGer 5C.264/2006, E. 2.1; BGer 5A_428/2008 vom 19. März 2009, E. 4.5.2). Durch die von den Beklagten vorgenommene Umnutzung hat die Liegenschaft den Charakter als Wohn- und Geschäftshaus nicht verloren, vielmehr

wird das Haus Nr. ... nach wie vor teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken benützt. Dabei ist zu beachten, dass die Beklagten ihre Stockwerkeinheit ... selber auch gewerblich resp. als Geschäftsräume benützen. Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 30 N 21) wird daher auch das Verhältnis von Gewerbe- und Wohnnutzung von bisher 2:1 nicht umgekehrt. Die Erwägung des Bezirksgerichts, dass die streitige Umnutzung keine Änderung der bestehenden Zwecke des Hauses Nr. ... als Wohnhaus mit teilweiser Gewerbenutzung bewirke, erweist sich als zutreffend.

3.11 Die Klägerin kann dagegen auch nicht mit Erfolg das Gleichbehandlungsgebot der Stockwerkeigentümer anführen. Der aus Art. 2 ZGB abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz kann gegenüber Regelungen ins Feld geführt werden, die einer Minderheit oder einem einzelnen Eigentümer der Stockwerkeigentümergeinschaft von der Mehrheit aufgezwungen werden. Hier geht es um die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine Änderung der Nutzungsweise einer einzelnen Stockwerkeinheit (noch) keine Änderung der Zweckbestimmung der Sache im Sinne von Art. 648 Abs. 2 ZGB bewirke. Diese gilt für alle Stockwerkeigentümer in gleicher Weise. Im Übrigen verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz ja gerade auch, dass die aufgrund der Ungleichheit der Ausgangslage gebotenen sachlichen Differenzierungen gemacht werden (vgl. dazu Weber, Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, ZBGR 60/1979, S. 164 ff.; BGer 5A_632/2011 + 5A_648/2011 vom 8. November 2011, E. 5.2.4). Der Stockwerkeigentümer, der eine Umnutzung seiner Einheit vornimmt, nachdem dies bereits andere so vorgemacht haben, befindet sich aber in einer anderen Ausgangslage, als derjenige, der als Erster bzw. Einziger seine Räume anders benutzt als es der Übung entspricht.

3.12 Im Ergebnis ist dem Bezirksgericht darin zu folgen, dass in der streitigen Umnutzung keine Zweckänderung liegt und die Gemeinschaftsordnung die (teilweise) Wohnnutzung der Stockwerkeinheit der Beklagten nicht verbietet.

4.1 Das Bezirksgericht prüfte schliesslich unter Verweis auf BGE 111 II 330, ob die Nutzungsänderung in ihrer Wirkung – vor allem bezüglich Immissionen – mit dem bisherigen Gebrauch der Stockwerkeinheit vergleichbar sei. Es

merkte an, dass die von der Klägerin in diesem Zusammenhang vorgebrachten Behauptungen weitgehend unsubstantiiert geblieben seien. Die Klägerin mache zudem nicht geltend, sie sei Immissionen ausgesetzt, die sie bei einer Nutzung der Stockwerkeigentumseinheit als Geschäftsraum nicht haben würde. Das Bezirksgericht erwog weiter, insbesondere falle ins Gewicht, dass das Reglement keine Regelungen bezüglich der Nutzung der Geschäftsräume, namentlich kein Nacht- oder Wochenendarbeitsverbot, enthalte. Soweit die Klägerin ausführe, die Beklagten hätten sich von Anfang an lautstark gebärdet und sich gegenüber ihr und ihrem Ehegatten rücksichtslos verhalten, handle es sich nicht um Immissionen, die durch die geänderte Nutzung verursacht würden. Wenn die Klägerin behaupte, die Beklagten hätten – wie es bei Grossfamilien aus dem ... offenbar Brauch sei – häufig Besuch von Verwandten und Bekannten und veranstalteten auf der Terrasse und in ihren Wohnräumen lautstarke Feiern, sei darin allenfalls ein Verstoss gegen die Hausordnung zu sehen. Im Zusammenhang mit der von der Klägerin monierten Nutzungsänderung seien diese Darstellungen jedoch irrelevant, da ein Verstoss gegen die Hausordnung bei jeder Art von Nutzung denkbar sei. Gleiches gelte für die Behauptung, die Beklagten würden die Klägerin und ihren Ehegatten ihren Hass und ihre Abneigung durch verbale Belästigungen spüren lassen und auch nicht vor obszönen Gesten zurückschrecken. Die Klägerin mache keine – im Vergleich zur gewerblichen Nutzung – übermässigen Immissionen aus der Stockwerkeinheit der Beklagten geltend. Gemäss Art. 10 Abs. 2 des Reglementes sei in den Wohneinheiten stilles Gewerbe zulässig. Wie dieser Bestimmung zu entnehmen sei, habe die Stockwerkeigentümergeinschaft somit eine Wohnnutzung mit stillem Gewerbe bezüglich Immissionen vergleichbar erachtet. Die von den Beklagten herbeigeführte Nutzungsänderung sei somit in ihrer Wirkung mit dem bisherigen Gebrauch vergleichbar. Daher sei nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin in ihrem Sonderrecht gestört werde (act. 42 S. 14 f.).

4.2 Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 111 II 330 zur Frage der Zulässigkeit eines Abweichens von der reglementarischen Nutzungsordnung (E. 8, S. 340 f.). Zu beurteilen war der Fall eines Mehrfamilienhauses, bei welchem auch die Führung einer ruhigen Büropraxis gestattet war. Bei einem Stockwerkeigentumsanteil wurde im Reglement die Nutzung als Ausstellungsraum für ein pri-

vates Museum verlangt. Der Erwerber der Einheit wollte in dieser Einheit seine Anwaltspraxis führen und seine beiden Verlage betreiben. Das Bundesgericht erwog, es sei jedenfalls dort, wo die Zweckbestimmung der in Stockwerkeigentum unterteilten Liegenschaft durch eine von der Nutzungsordnung abweichende Benützung einer Stockwerkeinheit nicht in Frage gestellt und wo dadurch auch die gleichmässige Nutzung der gemeinschaftlichen Gebäudeteile wie auch der Gebrauch der zu Sondernutzungsrechten ausgeschiedenen Stockwerkeinheiten nicht gefährdet werde, einem Stockwerkeigentümer eine faktisch neue, in ihrer Wirkung namentlich bezüglich Immissionen aber mit dem bisherigen Gebrauch vergleichbare Nutzung zu gestatten. Das Bundesgericht sah diese Voraussetzungen für eine zulässige Nutzungsänderung in jenem Falle als erfüllt an, und es hat die aufgestellten Grundsätze später bestätigt (vgl. BGer 5C.168/2003 vom 17. Februar 2004, E. 4.2.1; BGer 5A_632/2011 + 5A_648/2011 vom 8. November 2011, E. 5.2.3).

4.3 Die Klägerin macht geltend, ein vergleichbarer Fall liege hier nicht vor. Wenn das Bundesgericht in jenem Fall Schranken für eine vereinbarte Zweckbestimmung einer Stockwerkeinheit gesetzt habe, so betreffe das lediglich die Fälle, in denen die vereinbarte Beschränkung jede anderweitige sinnvolle Nutzung verunmögliche und damit das Eigentumsrecht aushöhle. Davon könne bei der Unterscheidung zwischen Büronutzung und Wohnnutzung nicht die Rede sein (act. 40 N 12). So weit ist der Klägerin durchaus zu folgen. Die vorerwähnte Rechtsprechung zu den Schranken von Nutzungsbeschränkungen ist hier allerdings schon deshalb nicht direkt anwendbar, weil mit Bezug auf die Stockwerkeinheit der Beklagten keine reglementarische Nutzungsbeschränkung vorliegt. Die Beklagten berufen sich denn auch nur für den Fall auf BGE 111 II 330, dass die Auslegung von Art. 10 des Reglements entgegen ihrer Auffassung zum Ergebnis führte, dass eine Wohnnutzung streng nach Reglement nicht zulässig sei (vgl. act. 9 S. 15 ff.; act. 36 S. 4 ff.; vgl. act. 48 S. 4 ff.).

5.1 Die Frage bleibt, ob die Wohnnutzung der Stockwerkeinheit der Beklagten für die Klägerin unzumutbare, übermässige Immissionen nach sich zieht. Nur (aber immerhin) insoweit ist der Vergleich zwischen den mit der Wohnnut-

zung einerseits und einer gewerblichen Nutzung andererseits verbundenen Immissionen vorliegend von Belang. Die Normen des Nachbarrechts sind bekanntlich auch auf das Stockwerkeigentum anwendbar (vgl. BSK ZGB II-Bösch, 4. A. 2011, Art. 712a N 12), und bei der Ausübung des Sonderrechts gilt der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung (vgl. Art. 712a Abs. 2 ZGB).

5.2 Die Klägerin hält mit der Berufung daran fest, dass die Wohnnutzung durch die Beklagten übermässige Immissionen nach sich ziehe. Wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 2 N 67; act. 30 N 36) argumentiert sie, es sei nicht zu übersehen, dass die Wohnnutzung in einer als Büroraum ausgelegten Einheit stattfinde, deren bauliche Ausgestaltung, insbesondere hinsichtlich Schallschutz, den erhöhten Anforderungen einer Wohnnutzung von Stockwerkeigentum nicht entspreche, was im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren überhaupt nicht geprüft worden sei. Daher hätten selbst übliche Immissionen, die von einer Familie mit Kindern ausgingen, im Vergleich zu denjenigen einer Büronutzung als übermässig zu gelten, da die Klägerin aufgrund von Grundbucheintrag und Reglement nicht habe damit rechnen müssen (act. 40 N 16).

5.3 Die Beklagten bestreiten wie bereits vor Bezirksgericht, dass ihre Stockwerkeinheit im Vergleich zu den übrigen Einheiten, insbesondere der Wohnung der Klägerin, mit einer schlechteren Schallisolation ausgestattet sei (act. 9 S. 18; act. 48 S. 7). Die umstrittene Schallisolation ist eine tatsächliche Frage, die nur näher zu prüfen ist, wenn sie für die Entscheidung wesentlich ist. Im angefochtenen Urteil wird das stillschweigend verneint.

5.4 Die Anforderungen an die Schallisolation von Räumen und Gebäuden sind öffentlich-rechtlicher Natur. Mit Verfügung der Baubehörde E._____ wurde den Beklagten die Baubewilligung für die Umnutzung gestützt auf das öffentliche Recht erteilt (vgl. act. 4/7). Obschon der privatrechtliche und der öffentlichrechtliche Immissionsschutz grundsätzlich selbständig nebeneinander stehen, bestehen zwischen den beiden Regelungen doch Berührungspunkte und Überschneidungen, insbesondere wenn das nach Lage, Beschaffenheit und Ortsgebrauch gerechtfertigte und zu dulden Mass von Einwirkungen zu ermitteln ist, können öffentlichrechtliche Vorschriften (Bau- und Zonenvorschriften, Normen betreffend

Lärmschutz; vgl. Art. 21 des Umweltschutzgesetzes [USG; SR 814.01] in Verbindung mit Art. 32 ff. der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 [LSV; SR 814.41]) eine Rolle spielen (vgl. BGE 126 III 223 E. 3c, S. 226 mit Hinweisen). Für die hier interessierenden Immissionen (Lärm durch Wohnnutzung einer Familie, insbesondere Kindergeschrei) kennt das Lärmschutzrecht freilich keine Belastungsgrenzwerte. Ortsüblich ist die Nutzung als Familienwohnung in der Überbauung F._____ allemal. Dass die Wohnnutzung im Einzelfall grössere Immissionen als die Büronutzung verursachen kann, mag zutreffen. Selbst bei gewöhnlich stillen Berufstätigkeiten besteht allerdings in der Regel ein gewisser Klientenverkehr (z.B. bei einer grösseren Anwalts- oder Arztpraxis), womit zwangsläufig eine gewisse "Unruhe" innerhalb der Liegenschaft verbunden ist. Beizupflichten ist dem Bezirksgericht sodann darin, dass mit der Erlaubnis von stillem Gewerbe in Wohnungen gemäss Art. 10 Abs. 1 des Reglements zum Ausdruck gebracht wird, eine Wohnung und ein stilles Gewerbe seien bezüglich Immissionen vergleichbar. Hinzu kommt, dass die gewerbliche Nutzung selbst nach Auffassung der Klägerin nicht auf stille Berufe begrenzt ist. So hält die Klägerin replicando dafür, dass die "*gesamte gewerbliche Nutzung in allen Erscheinungsformen*, insbesondere über das 'stille Gewerbe' hinaus offen [Hervorhebung original]" bleibe. Darüber hinaus räumt sie ein, dass eine gewerbliche Nutzung selbst während der Abend- und Nachtstunden zulässig sei. Sie anerkennt, dass sie dadurch in ihrem Ruhebedürfnis ebenfalls beeinträchtigt würde, was sie aber in Kauf genommen habe (act. 30 N 18, 23). Zu dem in der Klageschrift behaupteten, ungebührlichen, gegen die Hausordnung und die allgemeinen Anstandsregeln verstossendem Verhalten der Beklagten (act. 2 N 41 ff.) hat das Bezirksgericht im Übrigen zutreffend festgehalten, dass ein solches bei jeder Nutzungsart vorkommen könnte. Verstösse gegen die Hausordnung liegen nicht in der beanstandeten Wohnnutzung der Stockwerkeinheit begründet. Von vornherein unbeachtlich ist weiter die Vorhersehbarkeit der Immissionen; massgeblich erscheint allein ihre Übermässigkeit. Diese Immissionen können (müssen aber nicht) übermässig sein, unabhängig davon, ob die Klägerin mit einer Wohnnutzung rechnen musste. Mit Blick auf allfällige Abwehransprüche der Klägerin könnte es nur darauf ankommen, wie intensiv die konkreten Immissionen sind. Abgesehen davon, dass die Klägerin konkrete Lärm-

Immissionen und deren Intensität selbst berufsungsweise nicht dartut, gibt die Klägerin mit ihrer Argumentation zu, dass es mittels geeigneter Schallschutzvorkehrungen möglich wäre, die fraglichen Immissionen auf ein für sie erträgliches Mass zu reduzieren. Das aber verlangt die Klägerin nicht. Mit dem Argument des ungenügenden Schallschutzes sucht sie vielmehr ihre Verbotsklage zu begründen. Zu einer gänzlichen Unterlassung der – nach dem Gesagten vom Zweck der Liegenschaft gedeckten – Wohnnutzung könnten die Beklagten hingegen auch bei übermässigen Immissionen nicht verpflichtet werden. Ein gänzlich Verbot der Wohnnutzung wäre vielmehr unverhältnismässig. Da die Klage nichts anderes verlangt, ist sie abzuweisen.

Das führt zur Abweisung der Berufung.

III.

(Kosten / Entschädigung)

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung ohne Weiteres zu bestätigen. Das Bezirksgericht hat den Streitwert zutreffend anhand der von den Parteien übereinstimmend angegebenen Umbaukosten der Beklagten im Betrag von Fr. 50'000.-- bestimmt (act. 42 S. 15). Das gilt auch für das Berufungsverfahren (vgl. act. 43).

3. Die massgebliche ordentliche Entscheidgebühr beträgt bei diesem Streitwert nach § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG Fr. 5'550.--. Gründe für eine Erhöhung oder Ermässigung bestehen nicht. Der Aufwand hielt sich im ordentlichen Rahmen, zumal kaum neue Aspekte diskutiert wurden. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4. Die Klägerin ist sodann zu verpflichten, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Gestützt auf §§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf gerundet Fr. 3'500.-- festzusetzen (unter dem Titel Rechtsmittelverfahren auf die Hälfte reduzierte Grundgebühr ohne Zuschlag). Ersatz der Mehrwert-

steuer haben die Beklagten nicht verlangt (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'550.-- festgesetzt, der Klägerin auferlegt und aus dem geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 50'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. V. Seiler

versandt am: