

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 9. April 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

gegen

**Stockwerkeigentümergeinschaft B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch X \_\_\_\_\_ [Verband],

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses**

**Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 24. Mai 2012; Proz. CG110003**

**Rechtsbegehren:**

- "1. Es sei der protokollierte Beschluss zu Traktandum 3. der a.o. Eigentümerversammlung vom 25. August 2010 aufzuheben, eventualiter sei festzustellen, dass dieser nichtig ist;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (Weisungskosten Fr. 450.--)."

**Urteil des Bezirksgerichtes Horgen (act. 23 = 25 S. 16 f.):**

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbühe wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt. Sie werden vollumfänglich vom Kläger bezogen resp. mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Überschuss von Fr. 3'030.-- wird dem Kläger durch die Bezirksgerichtskasse zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 4'800.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel."

**Berufungsanträge:**

**Des Klägers (act. 24 S. 2):**

- "1. Es sei, unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz (VI), der protokollierte Beschluss zu Traktandum 3. der a.o. Eigentümerversammlung vom 25. August 2010 aufzuheben, eventualiter sei festzustellen, dass dieser nichtig ist;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MWSt) für alle Instanzen zulasten der Beklagten (Weisungskosten Fr. 450.--)."

## Erwägungen:

### I.

1. Der Kläger ist mit einer Wertquote von 62/1000 Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft "B.\_\_\_\_\_" an der C.\_\_\_\_\_-Strasse .. in D.\_\_\_\_\_. An der Eigentümerversammlung vom 25. August 2010 war eine Abstimmung darüber traktandiert gewesen, ob die bereits fertig gestellten Terrassenbrüstungen – Glasgeländer mit Klarglas, welche als Ersatz für Pflanzentröge erstellt worden waren – in den Wohneinheiten von vier Stockwerkeigentümern definitiv belassen werden dürfen. Der Kläger erteilte die Genehmigung nicht. Umstritten ist, ob die Genehmigung trotz der Gegenstimme des Klägers rechtsgültig zustande gekommen ist.

2. Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 24. Mai 2012 ab (act. 20 = act. 23 = act. 25 S. 16), wogegen der Kläger rechtzeitig Berufung bei der Kammer einreichte (act. 24). Mit Verfügung vom 28. August 2012 (act. 28) wurde dem Kläger ein Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- auferlegt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 30). Da die Berufung offensichtlich unbegründet ist, wurde keine Berufungsantwort eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

### II.

1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid die Verletzung von Art. 712a und 712b ZGB, insbesondere des Bestandesschutzes von Art. 712a Abs. 2 ZGB geprüft, weil nach Ansicht des Klägers das äussere Erscheinungsbild des Gebäudes beeinträchtigt werde (act. 25 S. 6). Massgebend sind nach der Vorinstanz für die Verwaltung, Benutzung und Vornahme baulicher Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen die Bestimmungen über das Miteigentum. Art. 712a Abs. 2 ZGB schützt den Bestand ebenfalls, wobei es in diesem Artikel um die Ausübung von Sonderrechten und nicht um einen Beschluss der Gemeinschaft gehe (act. 25 S. 6). Die Aussenseiten von Balkonen und Terrassen seien, wie der Kläger zu

Recht geltend mache, gemeinschaftliche Teile, so dass Art. 712a Abs. 2 ZGB bei der Veränderung derselben nicht einschlägig sei (act. 25 S. 6 f.). Nach Art. 647c bis Art. 647e ZGB, auf die auch in Art. 21 Abs. 2 des STWEG-Reglements verwiesen wird, sei eine einstimmige Zustimmung lediglich bei luxuriösen Massnahmen, die einzig der Verschönerung oder der Bequemlichkeit dienen, erforderlich, wobei es gemäss Art. 647e Abs. 2 ZGB vom Einstimmigkeitsprinzip Ausnahmen gebe (act. 25 S. 8). Die Terrassengeländer aus Klarglas würden auch die Absturzgefahr mindern (act. 25 S. 8), so dass sie nützlich, wenn nicht sogar notwendig seien (act. 25 S. 8). Bei einer Wertquote des Klägers von 62/1000 sei der Beschluss mit einer qualifizierten Mehrheit gefasst worden (act. 25 S. 9). Das bei nützlichen Massnahmen vorgeschriebene Veto gemäss Art. 647d Abs. 2 ZGB schütze den Gebrauch und die Nutzung zum bisherigen Zweck sowie die Wirtschaftlichkeit der Sache, wobei im vorliegenden Fall lediglich das Erscheinungsbild der Liegenschaft verändert worden sei (act. 25 S. 9); diese Modernisierung sei sogar ein Wertgewinn (act. 25 S. 10). Art. 648 Abs. 2 ZGB sei nicht einschlägig, weil keine Veräusserung, Belastung oder Änderung der Zweckbestimmung vorliege (act. 25 S. 10). Die vom Kläger verlangte Einstimmigkeit, weil mit einer Fassadenänderung über das gesamte Grundstück verfügt werde, treffe nicht zu, weil durch die verglasten Geländer nur das Aussehen verändert werde (act. 25 S. 10). Dass sich aus Art. 6 STWEG-Reglement ergebe, dass Teile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen betreffen, gemeinschaftliche Teile seien, entspreche der gesetzlichen Regelung (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) und erfordere ein gemeinschaftliches Vorgehen, was – mit der Fällung des Beschlusses – geschehen sei (act. 25 S. 11). Auch aus Art. 12 STWEG-Reglement könne der Kläger nichts für sich ableiten, weil es um die Folgen der gemeinsam beschlossenen Sanierung der Terrassen gehe, denen der Kläger grundsätzlich zugestimmt habe; letztlich sei er ja nur mit der Art des Geländers nicht einverstanden (act. 25 S. 12). Da es nur um die Gültigkeit des Beschlusses vom 25. August 2010 gehe, sei das Verhalten der Stockwerkeigentümer im Zusammenhang mit den vorgenommenen Veränderungen nicht zu beurteilen (act. 25 S. 12).

2. Der Kläger weist in der Berufungsschrift darauf hin, dass die Frage von Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit eine Rechtsfrage sei, obwohl sie hier – weil der

Kläger den Beschluss rechtzeitig angefochten habe – akademischer Natur sei (act. 24 Rz 4). Das Stimmenverhältnis werde nicht grundsätzlich in Frage gestellt, jedoch die Folgerung der Verwaltung, dass damit der *Antrag* genehmigt worden sei (act. 24 Rz. 4). Verletzt seien kumulativ Gesetz und Reglement. Dass früher keine Geländer nötig gewesen seien, sei auf die ursprünglich verwendeten Pflanztröge zurückzuführen. Durch die Entfernung dieser Tröge seien die Brüstungen zu niedrig geworden. Weil die Brüstungen zur äusseren Gestalt des Gebäudes gehörten, wäre – wenn keine Einigkeit über die Gestaltung der Geländer erzielbar gewesen sei – auf die Entfernung der Pflanztröge zu verzichten und der ursprüngliche Zustand zu belassen gewesen. Einer Veränderung auf der Innenseite der Terrassen habe sich der Kläger nicht entgegengestellt, weil dies lediglich die im Sonderrecht bestehenden Gebäudeteile der jeweiligen Eigentümer betreffe (act. 24 S. 5). Er habe jedoch gewünscht, dass aus Tierschutzgründen keine Klarglasscheiben verwendet würden und er wäre sonst mit eigentlich Allem einverstanden gewesen. Das Aussehen des Hauses sei total verändert worden und Klarglas würde von den ornithologischen Vereinen als gefährlich eingestuft (act. 24 S. 5). Es gehe um Ästhetik und Tierschutz als ideelle Immissionen, womit sich die Vorinstanz nicht befasst habe. Die in Art. 647d Abs. 2 ZGB verwendeten Termini "Gebrauch und Nutzung" seien nicht eng auszulegen, selbst wenn die Veränderung der äusseren Gestalt des Gebäudes bloss als nützlich und nicht als luxuriös angesehen würde (act. 24 Rz 6 S. 6). Dass die umbauwilligen Miteigentümer ihre Terrassen vergrössern wollten, könne eigentlich nur als der Bequemlichkeit im Gebrauch gemäss Art. 647e Abs. 1 ZGB dienend qualifiziert werden (act. 647e Abs. 1 ZGB). Art. 712a Abs. 2 ZGB betreffe nicht nur die Sonderrechtsanteile; diese Norm richte sich zwar an die einzelnen Stockwerkeigentümer, schütze aber gleichzeitig die anderen. Indem diese Bauteile faustrechtlich verändert worden seien, würde die Norm direkt anwendbar. Ein erster Beschluss, welcher solche Veränderungen nicht erlaubt habe, sei nicht angefochten worden und der faustrechtlich vorgenommene Umbau hätte erst nachträglich an einer a.o. Eigentümerversammlung legalisiert werden sollen. Art. 712a Abs. 2 ZGB sei wegen des Bestandsschutzes der äusseren Erscheinung des Gebäudes geschaffen worden (act. 24 S. 7). Ein vergleichbarer Fall finde sich in 5C.10/2000, welcher

auf einen Entscheid der Kammer zurückgehe, wo der äussere Bestand einer Aus-  
senfassade geschützt worden sei. Die mehreren umgebauten Terrassen hätten  
gegenüber den nicht umbauwilligen Miteigentümern ein ungleiches Erschei-  
nungsbild, was unschön und der Ästhetik abträglich sei (act. 24 S. 8). Eine Wert-  
verminderung sei nicht beweisbar, weil die Preise derzeit ohnehin steigen würden;  
trotzdem könne präsumiert werden, dass die Wertvermehrung gebremst und der  
Interessentenkreis um die Tier- und Landschaftsschützer verkleinert worden sei  
(act. 24 S. 8). Die Vorinstanz habe Art. 647e ZGB unrichtig gewürdigt; es handle  
sich bei den Terrassengeländern um eine bauliche Massnahme. Bisher sei man  
ohne Geländer ausgekommen und in 40 Jahren sei niemand abgestürzt. Die  
Pflanztröge im Sondernutzungsbereich der einzelnen Stockwerkeigentümer, die  
nunmehr von dort entfernt worden seien, hätten früher die Absturzgefahr gemin-  
dert. Die durch die Wegnahme erforderlichen Geländer würden daher lediglich der  
Bequemlichkeit dienen. Von geradezu tierfeindlichen Baumassnahmen würden  
ideelle Immissionen ausgehen. Das uneinheitliche Bild der Frontfassade lasse die  
Frage aufkommen, ob der Bestandesschutz dem Veränderungswunsch der  
Mehrheit vorgehe, nachdem das Reglement darauf besonderen Wert lege (act. 24  
S. 9). Der Kläger habe stets darauf hingewiesen, dass er Vogel freundliche Ge-  
länder akzeptiere und die alten Pflanztröge sonst eben belassen werden müssten  
(act. 24 Rz 11). Die Wertsteigerung, von der die Vorinstanz ausgehe, sei jeden-  
falls nicht eingetreten (act. 24 S. 10). Es sei bloss eine Fassadenrenovation be-  
schlossen worden. Der Kläger sei mit Geländern grundsätzlich einverstanden ge-  
wesen, allerdings nur unter einer Bedingung, welche nicht eingetreten sei (act. 24  
S. 11). Führe eine an sich nicht zustimmungsbedürftige Veränderung eines Ge-  
bäudeteils im Sonderrecht zwingend zu einer Veränderung der Fassade – einem  
gemeinschaftlichen Bauteil – so sei die vorgelagerte private Veränderung i.S.v.  
Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements unstatthaft. Das im Reglement vorgesehene  
Veränderungsverbot gehe über das gesetzliche Veränderungsverbot hinaus. Vor  
einer Veränderung hätte demnach zuerst das Reglement hinsichtlich des Verän-  
derungsverbotes geändert werden müssen (act. 24 Rz 11). Die Vorinstanz habe  
sich nicht zur Feststellung im Protokoll vom 15. Juni 2009 geäussert. Aber selbst  
wenn das falsch wäre, was bestritten sei, so habe keiner der umbauwilligen Mitei-

gentümer dieses Protokoll angefochten und es sei damit in Rechtskraft erwachsen. Wenn dann trotzdem gebaut worden sei, sei das der "wilde Westen" und eine Genehmigung ex post müsste mindestens dazu führen, dass die Beklagte bei jedem Verfahrensausgang kosten- und entschädigungspflichtig würde (act. 24 S. 12). Die Vorinstanz habe bezüglich der bisherigen Übung bei der Beschlussfassung der Gemeinschaft übersehen, dass das Beispiel mit der Versetzung der Eingangstüre nach den Vorfällen mit der Balkonbrüstung geschehen sei: Es gebe immerhin eine knapp 40 Jahre geltende Praxis zum Veränderungsverbot und der daraus abgeleiteten Einstimmigkeit, welche erst mit den hier zu beurteilenden Vorfällen aufgegeben worden sei (act. 24 Rz 12).

### III.

1. Der Kläger beanstandet die Streitwertberechnung durch die Vorinstanz. Weil die Beklagte den Streitwert absichtlich "aufgepumpt" habe, habe die Vorinstanz ein zu hohes Gerichtskostendepositum verlangt. Tatsächlich handle es sich um ein Verfahren ohne Streitwert (act. 24 Rz 1).

a) Der Kläger ging zu Beginn des Prozesses davon aus, dass die Klage eigentlich gar keinen Streitwert habe, da es nicht um eine Geldzahlung gehe. Eine allfällige Bezifferung, basierend auf den Kosten der Entfernung der Geländer, berechnete er mit Fr. 1'033.-- (inkl. MWSt), allenfalls, wenn die Pflanztröge wieder angebracht werden müssten, mit Fr. 9'033.-- (act. 2/7). Die Beklagte ging von einem Streitwert von Fr. 81'350.40 aus, welcher im Wesentlichen auf den Kosten der neu erstellten Geländer sowie im Unterliegensfall den allfälligen Demontage- und Wiederbeschaffungskosten für neue Pflanztröge basierte (act. 2/15 Rz 2), wobei zunächst vom höheren Streitwert ausgegangen wurde.

Im Urteil kam die Vorinstanz auf die Streitwertfrage zurück. Sie wies darauf hin, dass sich inzwischen ergeben habe, dass der Kläger nur die Aufhebung des Beschlusses verlange, was nicht unmittelbar zur Demontage der streitigen Terrassengeländer führen würde, sondern es wäre diesbezüglich ein separater Pro-

zess erforderlich. Daher ging sie neu von einer Klage nicht vermögensrechtlicher Natur aus (act. 25 S. 15).

b) Die Streitwertberechnung richtet sich nach Art. 91 ff. ZPO. Massgeblich ist der objektive Wert der geforderten Leistung (ZK ZPO-Stein-Wigger, N. 15 zu Art. 91). Dass die Klage nicht auf eine Geldzahlung lautet, bedeutet nicht, dass sie nicht vermögensrechtlich ist (ZK ZPO-Stein-Wigger, N. 25 zu Art. 91). Massgebend ist, "ob der Rechtsgrund des Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht" (Dike-Kommentar-ZPO-Diggelmann, N. 36 zu Art. 91 mit Beispielen zu Vermögensrechtlichem, z.B. der Streit um Mutationen im Verwaltungsrat, den Wechsel der Revisionsstelle und die Statutenänderung bei einer Aktiengesellschaft). Das ist bei dinglichen Rechten regelmässig der Fall. Im Zusammenhang mit der Stockwerkeigentümergeinschaft wurde in BGE 113 II 15 ff. entschieden, dass der Ausschluss aus der Gemeinschaft vermögensrechtlich ist, weil neben persönlichen und gesellschaftsrechtlichen erhebliche vermögensrechtliche Interessen dahinter stehen.

Für den vorliegenden Fall ist deshalb von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Aufhebung des Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 25. August 2010 die vermögensrechtlichen Interessen nicht abschliessend regelt und insbesondere, dass der Kläger keinen Vollstreckungstitel gegen die einzelnen Stockwerkeigentümer für die Entfernung der bereits montierten Geländer erhalten würde, wenn er obsiegt, sondern dass es sich hier um ein – allerdings unerlässliches – präparatorisches Verfahren handelt. Dieser Tatsache ist mit einer angemessenen Reduktion der Kosten Rechnung zu tragen, worauf bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zurückzukommen sein wird.

2. Die Frage, ob der Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 25. August 2010 (act. 2/3) nichtig oder anfechtbar ist, stellt sich – wie der Kläger selber ausführt – in der Tat nicht, wenn der Beschluss fristgerecht angefochten wird, was hier geschehen ist (act. 24 S. 3 f.).

3. Der Kläger weist darauf hin, dass das Haus C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ aus den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts stammt und die fraglichen Balkone/Terrassen – wie damals üblich – mit Pflanztrögen versehen wurden, so dass sie nur Brüstungen, jedoch keine Geländer hatten (act. 24 Rz 5). Der Kläger geht davon aus, dass sie im Sonderrecht der jeweiligen Stockwerkeigentümer stehen bzw. standen: die Gemeinschaft habe daher auch nichts dazu zu sagen, wenn diese entfernt würden. Allerdings habe sich die Geländerfrage nur wegen der Entfernung der Tröge gestellt, weil erst dadurch die Höhe der ursprünglichen Brüstungen zu niedrig geworden sei. Weil die Brüstungen zur äusseren Gestalt des Gebäudes gehört, wirke sich die Veränderung auf die Fassade als solche aus. Mangels Einigung über die Geländer, hätten die Pflanztröge belassen werden müssen (vgl. zum Ganzen act. 24 S. 4 ff.). Das Ziel des Umbaus der Terrassen sei eine Vergrösserung der Terrasse und damit eine Bequemlichkeit im Gebrauch i.S.v. Art. 647e Abs. 1 ZGB.

a) Was es zu beurteilen gilt, sind bauliche Veränderungen, wofür die Regeln von Art. 647c bis e ZGB massgeblich sind, sofern sich aus allfälligen Reglementen der jeweiligen Stockwerkeigentümergeinschaft nichts Abweichendes ergibt. Bei den Akten liegt das Reglement über die Benützung und Verwaltung des Grundstückes für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer "B.\_\_\_\_\_", Kat. Nr. ..., C.\_\_\_\_\_-strasse .. und .. in D.\_\_\_\_\_" (act. 2/4; act. 19/1). Im vorliegenden Zusammenhang sind von Bedeutung:

- Art. 3 (Teile an denen Sonderrechte bestehen)
- Art. 4 (Gemeinschaftliche Teile). Erwähnt ist u.a.
  - "die Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind (wie u.a. Fundament, Umfassungsmauern, Stützmauern, Tragwände, Decken, Dach etc.)"
  - "Teile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen".

➤ Art. 5 (Grundsatz)

- Ziff. 1: Freiheit in der Benützung und baulichen Ausgestaltung der eigenen Räume, "soweit dies mit den gleichen Rechten jedes anderen Stockwerkeigentümers und den Interessen der Gemeinschaft vereinbar ist, oder dieses Reglement keine Einschränkungen enthält".
- Ziff. 2: "Innerhalb des Stockwerkes kann der Stockwerkeigentümer Bauteile beseitigen oder umgestalten, soweit dadurch der Bestand, die konstruktive Gliederung oder die Festigkeit des Gebäudes, die Räume anderer Stockwerkeigentümer oder schliesslich die äussere Gestalt und das Ansehen des Gebäudes nicht berührt werden.

Vorbehalten bleiben ferner die baupolizeilichen Bestimmungen".

➤ Art. 8 (Pflicht zum Unterhalt des Stockwerkes). "Der Stockwerkeigentümer ist verpflichtet, die Räume und Einrichtungen, die im Sonderrecht stehen, auf seine Kosten so zu unterhalten, wie es nötig ist, damit das Gebäude ein gutes Aussehen bewahrt und in einwandfreiem baulichen Zustand bleibt. ...".

➤ Art. 12 (Die Benützung der gemeinschaftlichen Teile). "Jeder Stockwerkeigentümer ist befugt, die gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes sowie die gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen zu benützen, soweit dies mit dem gleichen Recht jedes anderen und mit den Interessen der Gemeinschaft vereinbar ist.

Nicht gestattet ist u.a.:

a) Irgendwelche Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes vorzunehmen. ..."

➤ Art. 19 (Eigentümerversammlung). "Oberstes Organ der Stockwerkeigentümergeinschaft ist die Eigentümerversammlung. Ihr steht die Befugnis zum Entscheid in allen von der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu lösenden Problemen zu, soweit dafür nicht durch gesetzliche Vorschriften,

Vertrag oder Reglemente ein Ausschuss oder Delegierter oder Verwalter zuständig ist. Für die Einberufung und Leitung der Versammlung, die Ausübung des Stimmrechtes und die Beschlussfähigkeit ist die im Bundesgesetz über die Aenderung des 4. Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19. Dezember 1963 vorgesehene Regelung massgebend (insbesondere Art. 712 o und 712 p); subsidiär finden die Gesetzesbestimmungen des Vereinsrechtes sinngemäss Anwendung".

- Art. 26 (Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen). "Soweit dieses Reglement nichts Abweichendes bestimmt, gelten die Vorschriften des Schweiz. Zivilgesetzbuches über das Stockwerkeigentum und über das einfache Miteigentum. Ebenso findet bzgl. der Stockwerkeigentümerversammlung das Vereinsrecht entsprechend Anwendung".

Der Kläger macht in der Berufung geltend, dass sowohl das Gesetz als auch das Reglement verletzt worden seien (act. 24 Rz 4). Er nennt explizit Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements: "Wenn eine nicht zustimmungsbedürftige Veränderung eines Gebäudeteils im Sonderrecht zwingend zu einer Veränderung der Fassade, also einem gemeinschaftlichen Gebäudeteil führe, dann ist eben diese vorgelagerte private Veränderung i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit a. des Reglements unstatthaft. Dieses Veränderungsverbot richtet sich an alle Miteigentümer und nicht nur an einen Einzelnen wie die VI meint. Wer einen Stockwerkanteil kauft, der liest immer das Reglement und verlässt sich darauf, dass ein sogar über die gesetzlichen Normen hinausgehendes Veränderungsverbot auch gilt" (act. 24 Rz 13 S. 11).

Die Ansicht des Klägers, dass mit Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements ein absolutes Veränderungsverbot, das auch für die Gemeinschaft als solche verbindlich ist, statuiert worden ist, trifft nicht zu. Artikel 12 richtet sich an die einzelnen Stockwerkeigentümer. In Abs. 1 wird erwähnt, wozu "jeder Stockwerkeigentümer ... befugt" ist. In Abs. 2 ist zwar nicht mehr wiederholt, dass sich das Verbot an "jeden" Stockwerkeigentümer richtet, jedoch macht dies der Kontext ohne weiteres deutlich. Nur den einzelnen Stockwerkeigentümern sind daher eigenmächtige Veränderungen an "Teilen, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des

Gebäudes bestimmen" verboten (vgl. diese Formulierung in Art. 4 des Reglements). Letztlich entspricht dies Art. 712a Abs. 2 ZGB, worauf bereits die Vorinstanz hingewiesen und festgehalten hat, dass es diesbezüglich nicht um einen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft gehe (act. 23 S. 6 E. 2.3.2.). In die gleiche Richtung weist der vom Beklagten zitierte BGer 5C.10/2000: In jenem Entscheid ging es um eine hierzulande unübliche Klimaanlage, die ein Stockwerkeigentümer an der Aussenfassade montiert hatte. Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass die Aussenfassade zu den gemeinschaftlichen Bauteilen gehöre und dass das auch gelte, wenn ihr Balkone vorgelagert sind. Das beschränkt aber nur den einzelnen Stockwerkeigentümer und nicht die Gemeinschaft als solche. Enthält Art. 12 Abs. 2 lit. a des Reglements für die Gemeinschaft als solches kein absolutes Verbot, so muss das Reglement auch nicht revidiert werden, um über Veränderungen der Fassade beschliessen zu können.

b) Zunächst ist festzuhalten, dass es die einzelnen Stockwerkeigentümer waren, die die Kosten für die Entfernung der Tröge und den Ersatz mit Geländern bezahlt haben (act. 2/15; act. 2/16), so dass der Kläger und die anderen Stockwerkeigentümer daran nichts beigetragen haben und diesbezüglich weder direkt noch indirekt beschwert sind.

Bauliche Veränderungen, die Auswirkungen auf gemeinschaftliche Teile haben, erfordern einen Beschluss der Gemeinschaft, ausser es handle sich um dringliche oder um gewöhnliche Massnahmen (Christoph Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 2010, Rz 106; Rz 193; als Beispiel wird a.a.O. ausdrücklich die Veränderung von Balkonbrüstungen genannt). Oder wie es ZK ZGB-Wermelinger (N. 136 zu Art. 712b) ausdrückt: Das, was die ästhetische Einheit des Gebäudes als Ganzes mitbestimmt, ist zwingend gemeinschaftlich, weil der Gesetzgeber diese Einheit sicherstellen will. Nicht erfasst sind allerdings Details, auch wenn sie von aussen sichtbar sind (ZK ZGB-Wermelinger, N. 136 zu Art. 712b). Bei der Beurteilung der Verhältnisse hat der Richter einen objektiven Massstab anzusetzen und die Interessen der Gemeinschaft einerseits gegen die Interessen des einzelnen Stockwerkeigentümers andererseits abzuwägen (ZK ZGB-Wermelinger, N. 136 zu Art. 712b).

Zu beurteilen sind die baulichen Massnahmen nach den Art. 647c bis 647e ZGB (Thurnherr, a.a.O., N. 174 f.; ZK ZGB-Wermelinger, N. 22 und 27 zu Art. 712a). Die hier zu beurteilenden Terrassensanierungen sind nicht ganz einfach einzuordnen. Die Pflanztröge – davon geht auch der Kläger aus (act. 24 Rz 5) – sind bzw. waren im Bereich der Sondernutzung durch die einzelnen Stockwerkeigentümer. Hingegen bewirkt der Ersatz der Pflanztröge die Notwendigkeit der Sicherung der Terrassen, weil die ursprünglichen Brüstungen ohne die Pflanztröge zu niedrig wurden (act. 24 Rz 5 S. 4), was mit Sicherheit dem öffentlichen Baurecht widerspricht. Das führt zur Notwendigkeit, Abschränkungen anbringen zu müssen, was wiederum das Aussehen des Gebäudes als solches verändert. Und Modifikationen bzw. Veränderungen der Fassade sind bauliche Vorhaben mit Auswirkungen auf gemeinschaftliche Teile, was, wie erwähnt, einen Beschluss der Gemeinschaft erfordert. Der Kläger schildert die Situation insofern zutreffend, als er darauf hinweist, dass die Situation "durch die Entfernung der Pflanztröge verursacht wurde" und dass die "aufzusetzenden Geländer ... eine Folge der jeweils individuellen Veränderung auf einem Gebäudeteil mit Sonderrechten" ist (act. 24 Rz 5 S. 4). Die Rechtsfolge dieser Tatsache ist nach Ansicht des Klägers, dass bei nicht erzielbarer Einigkeit auf die Entfernung der Pflanztröge verzichtet werden müsse (act. 24 Rz 5 S. 4).

c) Art. 647c bis 647e ZGB regeln die Mehrheitsverhältnisse bei baulichen Veränderungen an Miteigentum; unterschieden wird zwischen notwendigen (Art. 647c ZGB), nützlichen (Art. 647d ZGB) und der Verschönerung und der Bequemlichkeit dienenden, auch als luxuriös bezeichneten Massnahmen (Art. 647e ZGB). Das Besondere an der vorliegenden Konstellation ist, dass es sich an sich um eine notwendige Massnahme handelt, wobei die Notwendigkeit durch die Veränderung von Teilen in Sondernutzung geschaffen wurde. Das erfordert insofern eine differenzierte Betrachtung, als gewichtet werden muss, ob die Notwendigkeit der Massnahme überwiegt oder ob sie als luxuriös angesehen werden kann und muss, weil ursprünglich eine genügende Abschränkung bestand und diese bei der Sanierung aus Gründen "der Verschönerung und der Bequemlichkeit" nicht durch neue Pflanztröge, sondern durch Geländer, die der Kläger aus ästhetischen

Gründen und aus Gründen des Vogelschutzes ablehnt (act. 24 S. 5 Mitte), ersetzt wurden.

Die Qualifikation nach den vorgenannten Artikeln 647c bis 647e ZGB kann im vorliegenden Fall letztlich allerdings offen bleiben. Die Kaskade und damit die Bedeutung der jeweiligen Massnahme: notwendig (Art. 647c ZGB), nützlich (Art. 647d ZGB) oder luxuriös (Art. 647e ZGB) zeigt sich an den Quoren, mit denen diese beschlossen werden müssen. Bei Notwendigkeit bedarf es eines einfachen Mehrheitsbeschlusses (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 12 zu Art. 647c), Nützlichkeit erfordert eine (nach Köpfen und Anteilen) qualifizierte Mehrheit (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 9 zu Art. 647d) und verschönernder Luxus bedarf der Einstimmigkeit (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 6 zu Art. 647e). Da sich einzig der Kläger gegen die neuen Terrassengeländer wehrt (vgl. act. 2/3 S. 4), könnte ihm nur die Einreihung bei den luxuriösen Massnahme helfen, weil nur dort Einstimmigkeit verlangt wird. Bei den beiden anderen Arten wären die Massnahmen ohnehin beschlossene Sache.

d) Der Kläger selbst qualifiziert die Massnahmen als Anwendungsfall von Art. 647e Abs. 1 ZGB (act. 24 Rz 7, Rz 9). Der gleiche Artikel sieht allerdings die Möglichkeit vor, das Einstimmigkeitsprinzip zu durchbrechen (Art. 647e Abs. 2 ZGB BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e). Dies ist dann der Fall, wenn eine (luxuriöse) Massnahme die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt, erhält.

Dem Beklagten steht ein Anteil von 62/1000 am Ganzen zu (act. 8 S. 3). Wenn er an der Sitzung vom 25. August 2010 als Einziger die baulichen Massnahmen nicht genehmigt hat, ist das Quorum für die Anwendbarkeit von Art. 647e Abs. 2 ZGB erreicht. Die Weigerung eines einzelnen nicht zustimmenden Miteigentümers ist unbeachtlich, "sofern dieser durch sie in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht nicht dauernd beeinträchtigt wird, ihm die übrigen Miteigentümer für eine bloss vorübergehende Beeinträchtigung Ersatz leisten und seinen Kostenanteil übernehmen (Art. 647e Abs. 2 ZGB). Folgende Voraussetzungen müssen damit kumulativ vorliegen (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e):

- Keine (dauernde) Beeinträchtigung von Nutzen und Gebrauchsrechten des Widersprechenden;
- Entschädigung allfälliger vorübergehender Beeinträchtigungen des Widersprechenden;
- Kostenlosigkeit der Massnahme für den Widersprechenden.

Der Kläger weist auf sein Weigerungsrecht gemäss Art. 647e Abs. 1 ZGB hin (act. 24 Rz S. 5; vgl. auch act. 2/2 Rz 9). Er werde in seinem Nutzungs- und Gebrauchsrecht dauernd beeinträchtigt. Es gehe um ideelle Immissionen, handle es sich doch um geradezu tierfeindliche Baumassnahmen. Die Frontfassade habe kein einheitliches Erscheinungsbild mehr und der Bestandesschutz sei gegenüber dem Veränderungswunsch der Mehrheit stärker zu gewichten, zumal die Regelung der betroffenen Stockwerkeigentümergeinschaft demselben besonderes Gewicht beimesse. Die Ausnahmeregelung von Art. 647e Abs. 2 ZGB helfe nicht weiter, weil die dort stipulierten Voraussetzungen nicht erfüllt seien (act. 2/2 Rz 9). Durch die uneinheitliche und unästhetische Fassade seien seine Nutzungs- und Gebrauchsrechte dauernd beeinträchtigt, weil das Gebäude entwertet werde. Ausserdem müsse er eine dauernde ideelle Beeinträchtigung erdulden, weil der Anschein entstehe, dass die Stockwerkeigentümer, zu denen er gehöre, tierquälerrische Egoisten seien.

Die vom Kläger angeführten Motive betreffen die Ästhetik und den Vogelschutz, nicht aber Nutzen und Gebrauch. Ausserdem nennt er den Wert der Liegenschaft. Dass der Nutzen und Gebrauch im Wortsinn nicht beeinträchtigt ist, räumt der Kläger selber ein, wenn er erwähnt, dass das Anbringen von Glasscheiben auf den anderen Balkonen sein Wohnen nicht verunmögliche, was er auch nicht behauptet habe, sondern ihm gehe es um die ideelle Beeinträchtigung, die nicht belanglos sein könne. Die Liegenschaft sei jedenfalls nicht mehr wert, wie die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Fassadenrevision unterstellt habe (act. 24 S. 10 Rz 11), im Gegenteil.

Nutzen und Gebrauch betreffen die Verwendbarkeit und die Verwendung. Ideelle Werte lassen sich darunter auch bei einer grosszügigen und weiten Auslegung nicht subsumieren. In der Literatur wird einzig hinsichtlich der Intensität betont, dass jegliche Beeinträchtigung von Nutzen und Gebrauch genüge und dass sie nicht besonders schwerwiegend sein müsse, um die Ausnahmeregelung von Art. 647e Abs. 2 unanwendbar zu machen (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N. 8 zu Art. 647e). Bei den hier geltend gemachten Beeinträchtigungen geht es offensichtlich nicht um Nutzen und Gebrauch, so dass sich die Frage der Intensität gar nicht stellt. Vorübergehende Beeinträchtigungen, die zu entschädigen sein könnten, macht der Kläger nicht geltend und dass die betreffenden Stockwerkeigentümer die Kosten der Änderungen tragen, ist bereits erwähnt worden, so dass der Kläger nicht mit zusätzlichen Kosten belastet wird. Die Wertfrage an sich ist offensichtlich nicht Teil der gesetzlich genannten Voraussetzungen von Art. 647e Abs. 2 ZGB.

Ebenso wenig ist Art. 648 Abs. 2 ZGB einschlägig, weil dieser Verfügungen über die Sache (Veräusserung, Belastung und Veränderung der Zweckbestimmung) betrifft und daher auf bauliche Veränderungen wie die vorliegenden offensichtlich nicht zur Anwendung kommt.

e) Der Kläger erwähnt schliesslich, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft das Einstimmigkeitsprinzip stets praktiziert habe und als Beispiel dafür nennt der Kläger den ihm seinerzeit bewilligten Wintergarten (act. 2/2 Rz 11). Wenn sich die Stockwerkeigentümer während langer Zeit einigen konnten, war das dem Zusammenleben zweifellos förderlich, führt jedoch nicht dazu, dass dies auf alle Zeiten so bleiben muss. Was getan und geduldet werden muss, ergibt sich aus Gesetz und Reglement und es ist nicht ersichtlich, wie sich daneben eine Art gewohnheitsrechtliches Einstimmigkeitserfordernis hätte bilden können.

f) Der Kläger weist darauf hin, dass die Geländer ohne vorgängigen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft erstellt worden seien. Anstatt die Rechtslage bezüglich Mehrheitsverhältnissen zu klären, hätten die Protagonisten der Fassadenveränderung vollendete Tatsachen geschaffen (act. 13 Rz 14). Was an der Eigentümerversammlungen vom 25. März 2009 und vom 15. Juni 2009

(act. 10/18 S. 4 und act. 10/25 S. 3), an der bereits über die damals noch bevorstehenden Änderungen diskutiert und darüber abgestimmt worden war, letztlich entschieden wurde (streitig ist offenbar die Bedeutung des Abstimmungsergebnisses: Ja: 5, Nein: 1; Enthaltung 3), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auch wenn damals anders entschieden worden wäre als an der hier zu beurteilenden Versammlung von 2010, entfaltet ein solcher Versammlungsbeschluss keine Rechtskraft im Sinne der Unabänderbarkeit und die Beteiligten können darauf zurückkommen. Juristisch gesehen steht im Ergebnis die nachträgliche Genehmigung der vorgelagerten Bewilligung gleich, auch wenn dies im gemeinschaftlichen Zusammenleben nicht immer so empfunden wird ("wilder Westen"; act. 24 Rz 14). Dieser Punkt ist allerdings nicht justiziabel.

g) Der Kläger moniert weiter, dass sich die Vorinstanz nicht mit seinen Anliegen – Ästhetik und Vogelschutz – auseinandergesetzt habe (act. 24 S. 5 Mitte). Nach Ansicht der Kammer hat diese Frage im Zusammenhang mit Art. 647c bis Art. 647e ZGB keine selbständige Bedeutung. Wollte man das anders sehen, so könnten diese Argumente aus den folgenden Gründen in der Sache nicht behandelt werden:

Wer klagt, muss substantzieren, wer beklagt wird, muss substantziiert bestreiten. Substantzieren bedeutet, dass die Parteien die Tatsachen, aus denen sie ihre Rechte ableiten, dem Gericht darlegen müssen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, § 10 Rz 18). Prozessrelevante Tatsachen dürfen nicht nur vage behauptet, sondern müssen detailliert dargelegt werden (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2012, Rz 1060). Nicht genügend substantziiert ist, wenn es bei undeutlichen oder unvollständigen Tatsachenbehauptung sein Bewenden hat (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 168). Die Parteien haben ihre Behauptungen so umfassend und klar vorzutragen, dass darüber ein Beweisverfahren durchgeführt werden kann; der Sachverhalt muss dem Gericht so vollständig dargelegt werden, dass das Beweisverfahren nicht der Erschliessung des Sachverhalts dienen muss, sondern dass es sich darauf beschränken kann, die (bestrittenen) Parteibehauptungen mit den zur Ver-

fügung gestellten Beweismitteln zu klären (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 298).

Der Kläger macht zur Fassade bzw. dem Aussehen des Gebäudes im erstinstanzlichen Verfahren Folgendes geltend:

- Bei vier Wohnungen seien die ursprünglichen Pflanztröge entfernt worden (act. 2/2 Rz 6).
- Anstelle der Tröge hätten einige Miteigentümer Glasscheiben auf die Brüstung aufsetzen lassen, was an der repräsentativen Seeseite des Gebäudes sehr auffällig und gut sichtbar sei (act. 2/2 Rz 6).
- Sie passten nicht zum Baustil der 1970er-Jahre; das Erscheinungsbild sei uneinheitlich, weil die Glaselemente nur partiell aufschienen (act. 2/2 Rz 6).
- Glaselemente seien gefährlich für die Ornis (act. 2/2 Rz 6).
- Das Aussehen des Hauses leide, weil das Gebäude an seiner repräsentativen Seite nicht mehr einheitlich sei (act. 2/2 Rz 9; act. 13 Rz 9); BO: Augenschein.
- Die uneinheitliche und unästhetische Fassade beeinträchtige den Kläger (act. 2/2 Rz 9).
- Es sei eine dauernde ideelle Beeinträchtigung, weil der Anschein entstehe, die Eigentümer – darunter er – seien tierquälerische Egoisten (act. 2/2 Rz 9).
- Es sei nicht zu prüfen, ob die Glaselemente der Verschönerung, Ansehnlichkeit oder Bequemlichkeit dienen, weil dies auf die gesamte Liegenschaft jedenfalls nicht zutreffe.
- Die neuen Geländer passen nicht zum Stil des Hauses und den übrigen Geländern (act. 13 Rz 5 S. 4).
- Einschneidende Veränderung der Fassade (act. 13 Rz 6 S. 4) in nicht dem Stil des Hauses entsprechender Weise (act. 13 Rz 18).
- Erwähnt wird ein Augenschein eines Experten der Vogelwarte E.\_\_\_\_\_: Es treffe zu, dass sich der von einer Phalanx von Klarglasbefürwortern in die Enge getriebene Experte wegen der Höhe der Elemente zurückhaltend äussert. Er habe aber eine Vielzahl möglicher Alternativen präsentiert. Als bedenkenlos seien die Klarglaselemente jedoch nicht eingestuft worden (act. 13 Rz 12).
- Es gebe neben den alten Balkonen die neuen mit den glänzenden Scheiben, was nicht ästhetisch sei (act. 13 Rz 12).
- Am Gebäude gebe es auch Balkone mit Geländer, welche nicht auf die Seeseite hinausgehen (act. 13 Rz 17). Wenn entsprechende Geländer gewählt worden wären, dann wären es keine stilfremden Fremdkörper (act. 13 Rz 19, Rz 20).

- Die Pflanztröge seien von der Strasse aus nicht sichtbar gewesen, sondern nur die Pflanzen (act. 13 Rz 18). Die gut sichtbaren Gläser dominieren heute das Erscheinungsbild der gesamten vorderen Fassade (act. 13 Rz 18).
- Bei zwei Stockwerkeinheiten seien die Glasbrüstungen nicht erstellt worden. Deshalb sei der Eingriff auch für das Gericht erlebbar, falls das für die Beantwortung der einfachen Rechtsfrage überhaupt relevant sein sollte (act. 13 Rz 24).
- Wegen der begrünten Seefassade sei das Gebäude vom See her kaum aufgefallen, weil es quasi in der Landschaft aufging (act. 13 Rz 29).

In der Berufungsschrift finden sich folgende Äusserungen:

- Feine Metallgeländer wären am ehesten mit der ursprünglichen Konzeption des Hauses vereinbar gewesen (act. 24 S. 5).
- Klarglasscheiben würden das Aussehen des Hauses total verändern. Sie würden von ornithologischen Vereinen seit längerer Zeit mit guten Argumenten als gefährlich eingestuft (act. 24 S. 5).
- Das ungleiche Erscheinungsbild der Fassade sei unschön. Glaselemente würden bei einer Baute aus einer anderen Zeitepoche stilfremd aufgesetzt wirken und selbst dann stören, wenn sie überall angebracht worden wären. Es könne mindestens präsumiert werden, dass die Veränderung an den Terrassen die normale Wertvermehrung gebremst habe und dass sie für Tier- und Landschaftsschützer unattraktiv geworden sei (act. act. 24 Rz 8 S. 8).

Aus all dem ergibt sich, was der Kläger gegen die baulichen Massnahmen anführt, hingegen lässt sich aus seinen Angaben nicht genügend detailliert und klar auf das zu beurteilende Erscheinungsbild schliessen. Wird das Aussehen einer Fassade bemängelt, so ist das nur sehr schwer in Worte zu kleiden. Zu einer gehörigen Substanziierung braucht es daher bildliche Darstellungen, insbesondere Fotos, allenfalls Zeichnungen, Pläne etc. Aber selbst mit Worten wäre eine genauere Beschreibung möglich und erforderlich, z.B. wäre von Interesse zu wissen, wie hoch die Geländer bzw. die Glaselemente sind, wie gross sie im Verhältnis zu den Brüstungen sind, ob die Terrassen mit den bestehen gebliebenen Pflanztrögen auf dem gleichen Stockwerk oder über die Fassade verteilt sind, inwieweit die Seitenbalkone von der Seeseite her sichtbar sind, die Grössenverhältnisse der Fassade zu den neuen aufgesetzten Elementen etc. Anzumerken ist schliesslich, dass diejenigen Aktenstücke, die das Problem der Fassade und ihrer

Ausgestaltung illustrieren, ausschliesslich von der Beklagten eingereicht wurden (vgl. act. 10/1-27), was an sich einer Berücksichtigung nicht entgegensteht. Sie sind jedoch insofern nicht hilfreich, als es sich um Entwürfe und Projekte und nicht um die letztlich erstellte Variante handelt. Die ebenfalls von der Beklagten eingereichten Fotos zeigen eine Terrasse mit und ohne Pflanztrog (act. 10/7, 10/24). Diese hat noch kein neues Geländer, das beurteilt werden könnte, und die Fassade als solche ist überhaupt nicht ersichtlich.

Zutreffend ist, dass das Gericht "zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhaltes auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen Augenschein durchführen" kann (Art. 181 Abs. 1 ZPO), und zwar als Beweismittel und als Aufklärungsmittel zwecks Ergänzung des Sachverhalts (KuKo ZPO-Schmid, N. 1 zu Art. 181/2). Als Informationsmittel dient der Augenschein dem besseren Verständnis unter anderem von Urkunden. Einen solchen Augenschein hat der Kläger vor erster Instanz denn auch beantragt, und zwar im Zusammenhang mit der Ästhetik der Fassade (act. 2/2 Rz 7). Ob der Sachverhalt ergänzt werden muss, hängt davon ab, ob es substantiierte Behauptungen, gegebenenfalls unterlegt mit bildlichen Darstellungen, gibt. Sehen die Richter auf Grund der Sachverhaltsschilderung und wegen fehlender Visualisierung vor ihrem "geistigen" Auge nichts oder doch nichts einigermaßen Genaues, so fehlt es an ergänzungswürdigen Parteivorbringen. Gleiches gilt zur Problematik des Vogelschutzes. Dass es irgendwo Glas gibt, betrifft bzw. verletzt oder tötet noch keine Vögel. Das, was der Kläger über den Besuch des Fachmannes der E.\_\_\_\_\_ berichtet, ist jedenfalls nicht geeignet, von einer unmittelbaren und naheliegenden Gefahr auszugehen. Das Vorliegen einer solchen hätte ebenfalls genauer substantiiert und visualisiert werden müssen. Angesichts dessen hatte die Vorinstanz zum vornerein keine Veranlassung, sich mit Ästhetik und Vogelschutz zu befassen, zumal wenn davon auszugehen ist, dass sie im Zusammenhang mit Art. 647e Abs. 2 ZGB keine Rolle spielen.

Aus all diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 24. Mai 2012 ist zu bestätigen.

### III.

Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist der Streitwert von Bedeutung, wozu bereits oben bei III./1. Stellung genommen und darauf hingewiesen worden ist, dass es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von rund Fr. 80'000. – handelt, dass jedoch die Tatsache, dass es um eine Art präparatorisches Verfahren geht, angemessen zu berücksichtigen sei.

Der Kläger ist als unterliegende Partei für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die einfache Gerichtsgebühr beträgt Fr. 8'000.--. Die Vorinstanz hat – wenn auch aus anderen Gründen (act. 23 S. 14 f.) – eine Gebühr von Fr. 5'000.-- erhoben und die Gerichtskasse angewiesen, dem Kläger den Überschuss von Fr. 3'030.-- aus der Gerichtskasse zu erstatten (act. 23 S. 16; Disp. Ziff. 3). Da diese Gebührenhöhe angemessen erscheint (§ 4 Abs. 2 GerGebV), ist diese Anordnung zu bestätigen. Auch im vorliegenden Berufungsverfahren ist gemäss § 4 Abs. 2 und § 12 GerGebV und den vorstehenden Erwägungen eine Gebühr von Fr. 5'000.-- zu erheben, ebenfalls unter Anweisung der Rückerstattung des zu hohen Kostenvorschusses. Die Entschädigung der Gegenpartei vor Vorinstanz ist zu bestätigen; für das Berufungsverfahren erhält sie, weil sie sich nicht äussern musste und auch nicht äusserte, keine Entschädigung.

Der Kläger hat beantragt, Kosten und Entschädigungen auf jeden Fall der Gegenpartei aufzuerlegen bzw. sie zur Entschädigung des Klägers zu verhalten, wofür er sich auf Art. 107 ZPO beruft (act. 24 Rz 14). Er wirft den umbauwilligen Miteigentümern vor, das Protokoll der Versammlung vom 15. Juni 2009 nicht angefochten zu haben, so dass dieses in Rechtskraft erwachsen sei. Die Genehmigung ex post sei "wilder Westen". Wäre das Protokoll korrekt angefochten worden, dann hätte sich die Rechtsfrage geklärt, ohne dass der Kläger am Verfahren hätte teilnehmen müssen.

Allerdings gibt es keinen Anlass, von der Regel von § 106 ZPO abzuweichen. Selbst wenn die Stockwerkeigentümer 2009 anders entschieden haben sollten, könnte es der Gemeinschaft nicht verwehrt sein, später darauf zurückzu-

kommen und einen abweichenden Entscheid zu fällen. Dass dies in Form einer nachträglichen Genehmigung geschehen ist, ist insofern nicht ausschlaggebend. Wäre das Vorhaben der vier umbauwilligen Stockwerkeigentümer vor der Realisierung nochmals traktandiert worden und hätte die Abstimmung das gleiche Resultat erbracht, dann hätte der Kläger, wenn er die Realisierung hätte verhindern wollen, den gleichen Prozess führen müssen, wie er ihn jetzt nachträglich geführt hat.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 24. Mai 2012 wird bestätigt.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Der Überschuss von Fr. 3'000.-- wird dem Kläger durch die Obergerichtskasse zurückerstattet.
5. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 24, sowie an das Bezirksgericht Horgen, III. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 80'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: