

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF140108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal.

## Urteil vom 24. März 2015

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft C.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

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

betreffend

### **Anordnung baulicher Massnahmen**

(Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Dezember 2014 (ES140038)

### Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es seien durch das Gericht folgende baulichen Massnahmen  
anzuordnen:

Verlegung eines durchgehenden, begehbaren Plattenbelages samt erforderlicher Ergänzungen bzw. Anpassungen der Unterkonstruktion (Splittbett, etc.) auf der Dachfläche des Gebäudes ....strasse ... in ... [C.\_\_\_\_\_], die der Attikawohnung der Kläger (Stockwerkeinheit Nr. 1, GB-BI. ...) vorgelagert ist, beschränkt auf den Bereich, welcher in den Plänen zur Stockwerkeigentumsbegründung vom 20. Dezember 1995 (Beilage 8) als ausschliessliches Nutzungsrecht z.G. der Wohnung der Kläger bezeichnet worden ist;

2. Der Plattenbelag gemäss Ziff. 1 vorstehend sei mittels glasierten Bodenplatten der Firma D.\_\_\_\_\_ AG, ..., Art. Nr. ... (Feinsteinzeugplatten 600 x 600 x 20 mm, Terrassenplatte grau geflammt, rektifiziert, rutschhemmend R10, Frostsicherheit J) auszuführen; eventualiter sei ein gleichwertiges Produkt mit gleichem Aussehen wie die vorstehend beschriebenen Bodenplatten zu verwenden;
3. Die Kläger seien berechtigt zu erklären, die in Ziff. 1 und 2 beantragten baulichen Massnahmen selber auszuführen bzw. ausführen zu lassen; Eventualiter sei durch das Gericht eine geeignete Fachperson zu bezeichnen, die die in Ziff. 1 und 2 beantragten baulichen Massnahmen im Einzelnen anordnet und durchführt;
4. Die Kosten der beantragten, vom Gericht anzuordnenden baulichen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend (inkl. einer allfälligen Fachperson gemäss Eventualbegehren Ziff. 3 vorstehend) seien der Beklagten aufzuerlegen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzliche MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

### **Urteil des Bezirksgerichtes Meilen:**

(act. 23 = act. 25 S. 10)

- " 1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'200.-.
3. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'200.- verrechnet.
4. Die Gesuchsteller werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 5'000.- (inkl. 8 % MwSt) zu bezahlen.

5./6. Mitteilung/Rechtsmittel."

**Berufungsanträge des Gesuchstellers:**

(act. 24 S. 2 f.)

"Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 3. Dezember 2014 (ES140038-G) sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei das Gesuch der Kläger mit nachfolgenden (unveränderten) Rechtsbegehren gutzuheissen:

1. Es seien durch das Gericht folgende baulichen Massnahmen anzuordnen:  
  
Verlegung eines durchgehenden, begehbaren Plattenbelages samt erforderlicher Ergänzungen bzw. Anpassungen der Unterkonstruktion (Splittbett, etc.) auf der Dachfläche des Gebäudes C.\_\_\_\_\_, die der Attikawohnung der Kläger (Stockwerkeinheit Nr. 1, GB-BI. ...) vorgelagert ist, beschränkt auf den Bereich, welcher in den Plänen zur Stockwerkeigentumsbegründung vom 20. Dezember 1995 (Beilage 8) als ausschliessliches Nutzungsrecht z.G. der Wohnung der Kläger bezeichnet worden ist;
2. Der Plattenbelag gemäss Ziff. 1 vorstehend sei mittels glasierten Bodenplatten der Firma D.\_\_\_\_\_ AG, ..., Art. Nr. ... (Feinsteinzeugplatten 600 x 600 x 20 mm, Terrassenplatte grau geflammt, rektifiziert, rutschhemmend R10, Frostsicherheit J) auszuführen;  
Eventualiter sei ein gleichwertiges Produkt mit gleichem Aussehen wie die vorstehend beschriebenen Bodenplatten zu verwenden;
3. Die Kläger seien berechtigt zu erklären, die in Ziff. 1 und 2 beantragten baulichen Massnahmen selber auszuführen bzw. ausführen zu lassen;  
Eventualiter sei durch das Gericht eine geeignete Fachperson zu bezeichnen, die die in Ziff. 1 und 2 beantragten baulichen Massnahmen im Einzelnen anordnet und durchführt;
4. Die Kosten der beantragten, vom Gericht anzuordnenden baulichen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend (inkl. einer allfälligen Fachperson gemäss Eventualbegehren Ziff. 3 vorstehend) seien der Beklagten aufzuerlegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

## **Erwägungen:**

### **I. Formelles**

#### **1. Sachverhalt / Prozessgeschichte**

1.1. Die Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) sind Miteigentümer der Liegenschaft GB ... mit Sonderrecht an der Attikawohnung (Stockwerkeinheit Nr. 1 GBB1 ...) an der ...strasse ... in ... [C.\_\_\_\_\_], die sie selber bewohnen. Die in der Planbeilage zur Begründungserklärung gelb schraffierte Fläche (act. 3/8), die an die Attikawohnung der Gesuchsteller angrenzt, wurde ihnen als ausschliessliches Sondernutzungsrecht zugewiesen. Diese Fläche (fortan Dachfläche) ist nur zu einem Teil mit einem Plattenbelag versehen. Im Übrigen weist die Dachfläche einen Kiesbelag auf (act. 1 Rz. 10, Rz. 12; act. 3/1 Ziff. 10; act. 3/10 Ziff. 13). Im Kaufvertrag wird explizit darauf hingewiesen, dass sich die ausschliessliche Benützung der Terrasse auf die gelb schraffierte Dachfläche bezieht.

1.2. Die Gesuchsteller stellten sowohl anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 7. Mai 2014 als auch vom 22. Mai 2014 den Antrag, es sei die gesamte Dachfläche mit einem Plattenbelag auszugestalten, um diese als Terrasse benutzen zu können. Beide Anträge wurden jeweils mit Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft (fortan Gesuchsgegnerin) abgelehnt (act. 3/3 Rz. 10; act. 3/4 Rz. 6.4; act. 1 Rz. 4 und 7). Daraufhin beantragten die Gesuchsteller beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) die Anordnung von notwendigen baulichen Massnahmen i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, mithin die Verlegung von Platten auf der gesamten Dachfläche (act. 1 Rz. 7).

1.3. Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Urteil vom 3. Dezember 2014 ab (act. 23 = act. 25), wogegen die Gesuchsteller rechtzeitig Berufung einreichten, mit welcher sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Gutheissung ihres Gesuches beantragen (act. 24). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen

(act. 1-21). Den Kostenvorschuss von Fr. 4'200.– für das Berufungsverfahren leisteten die Gesuchsteller auf erste Aufforderung (act. 27 und act. 29). Auf eine Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet, weil sich das Verfahren als spruchreif erweist.

## 2. Rechtliche Vorbemerkungen zur Berufung

2.1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 5). Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4).

2.2. Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition und prüft das Recht im Rahmen der Berufungsanträge von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die vorstehend aufgezeigte Rügeobliegenheit ist lediglich eine Voraussetzung für das Einsetzen der zweitinstanzlichen Prüfung, aber sie ändert an der daran anschließenden Rechtsanwendung von Amtes wegen nichts. Die Berufungsinstanz ist daher im Rahmen der Prüfung der Berufungsanträge weder an die in der Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann die Berufung aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der vorinstanzlichen Argumentation abweichenden Begründung abweisen (vgl. BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21, 39 ff.). Eine Pflicht des Gerichts, die Parteien über die massgeblichen Rechtsnormen oder juristischen Argumente zu orientieren und sie dazu anzuhören, besteht nur dann, wenn das Gericht seinen Entscheid auf solche Normen oder Argumente abstützen will, mit deren Heranziehung die Parteien nicht rechnen mussten (BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 22; OGer ZH LY130025 vom 22. November 2013 E. II./1.2.).

2.3. Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Gesuchsteller einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

## **II. Materielles**

### **1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens**

1.1. Wie bereits eingangs kurz erwähnt, beantragten die Gesuchsteller bei der Vorinstanz die Anordnung von notwendigen baulichen Massnahmen i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, weil ihre Anträge von der Gesuchsgegnerin zweimal abgelehnt wurden (I./1.2. vorne).

1.2. Die hier relevante Dachfläche gehört zu den Gebäudeteilen, die die äussere Gestalt und das Ansehen des Gebäudes so wesentlich mitbestimmen, dass sie kraft Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zwingend gemeinschaftlich sind und damit nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können. Zulässig ist es hingegen, ein Recht auf ausschliessliche Benutzung der Dachfläche in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu begründen (BK ZGB-Meier-Hayoz, 5. Aufl., Art. 712b N 15 und N 31; ZR 99 (2000) Nr. 2 S. 4). Vorliegend ist unbestritten, dass die Dachfläche zu den gemeinschaftlichen Bauteilen der im Stockwerkeigentum stehenden Liegenschaft gehört und den Gesuchstellern an dieser ein Sondernutzungsrecht (ein ausschliessliches Benutzungsrecht) eingeräumt wurde.

In der Regel werden durch ein Sondernutzungsrecht hauptsächlich Benutzungsrechte übertragen und erteilen dem berechtigten Stockwerkeigentümer keine Befugnis zur baulichen Ausgestaltung. Solche können dem Berechtigten aber durch die Gemeinschaft erteilt werden (Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Genf 2014, 2. Aufl., Art. 712a N 179, N 180). Soweit ersichtlich, wur-

den den Gesuchstellern keine Befugnisse erteilt und wurden solche von ihnen auch nicht geltend gemacht. Zu eigenmächtigen Erneuerungs- oder Umbauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen sind bzw. wären die Gesuchsteller selbst dann nicht befugt, wenn damit keine Beschädigungen oder Beeinträchtigungen verbunden sind (BGE 130 III 450 E. 1.2). Der Entscheid über bauliche Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen und damit an der Dachfläche kommt der Stockwerkeigentümergeinschaft als Ganzes zu (BGE 135 III 212 E. 3.2).

1.3. Die Vorinstanz setzte sich in ihrem Entscheid nur mit der konkreten Gebrauchsmöglichkeit der Dachfläche auseinander. Sie prüfte den vorgesehenen Zweck der Dachfläche und gelangte nach Auslegung des Reglementes der Gesuchsgegnerin zum Ergebnis, dass die Begehbarkeit der Dachfläche nicht bezweckt worden sei (act. 23 = act. 25 E. 3.1. S. 4 f. und E. 3.5 S. 7 f.). Der Prozess dreht sich aber vorliegend vielmehr um die Frage, ob die beantragten baulichen Massnahmen notwendig im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB sind. Mit dieser Thematik setzte sich die Vorinstanz nicht auseinander. Es ist daher im folgenden zu prüfen, ob es sich beim Antrag der Gesuchsteller, die gesamte Dachfläche mit Platten zu verlegen, um notwendige bauliche Massnahmen handelt, die – aufgrund der Verweigerung der Gesuchsgegnerin – gestützt auf Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB angeordnet werden müssen.

Es mag zwar zutreffen, dass die Fragen der Begehbarkeit der Dachfläche und der Notwendigkeit der Plattenverlegung ineinander fliessen können. Diese Fragen müssen hier aber auseinandergelassen werden. Bei der vorliegend beantragten Anordnung handelt es sich um eine Leistungsklage. Die Feststellung des Umfangs der Begehbarkeit der Dachfläche ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und muss für die Beurteilung des Gesuchs der Gesuchsteller auch nicht vorfrageweise geprüft werden. Denn selbst wenn man bei der Auslegung des Reglements zum Ergebnis gelangen würde, dass die Gesuchsteller die gesamte Dachfläche als Terrasse benutzen dürften, würde dies nicht bedeuten, dass es sich bei der angebehrten baulichen Ausgestaltung zwangsläufig auch um eine notwendige bauliche Massnahme handelt.

## 2. Notwendige Verwaltungshandlungen i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

### 2.1. Vorbemerkungen

2.1.1. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) schreibt zwingend vor, jeder Stockwerkeigentümer könne verlangen, dass die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendigen Verwaltungshandlungen durchgeführt werden.

Zur Kategorie der notwendigen Verwaltungshandlungen gehören auch die in Art. 647c ZGB erwähnten notwendigen baulichen Massnahmen und damit alle Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten, die für die Erhaltung des Werts und der Gebrauchsfähigkeit der Sache nötig sind (BGE 120 II 11 E. 2.c). Dazu gehört jede Handlung, welche das Miteigentumsobjekt vor irgendwelcher Verschlechterung, der Zerstörung, des Zerfalls oder der Verwahrlosung bewahrt (BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, 4. Aufl., Art. 647 N 49). Bauliche Massnahmen können auch notwendig sein, wenn sie vom Gesetz verlangt werden (Amédéo Wermelinger, a.a.O., Art. 712a N 123). Das Bundesgericht hielt fest, dass mit dem Begriff "Sache" in Art. 647c-647e ZGB die Gesamtsache gemeint sei, weshalb sich die Notwendigkeit der baulichen Massnahme (Art. 647c ZGB) an der Gesamtsache zu messen habe (BGE 130 III 441 E. 3.4). Für die notwendigen Verwaltungshandlungen nach Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB kann daher nichts anderes gelten, da in dieser Bestimmung ebenfalls der Begriff "Sache" verwendet wird (vgl. BGer 5A\_604/2008 E. 5.2.3). Über den Wert und die Gebrauchsfähigkeit hinaus spielt auch die Nutzungsfähigkeit der Sache eine Rolle (Christoph Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Diss. Zürich 2010, Rz. 131). Die Frage der Notwendigkeit einer baulichen Massnahme lässt sich nicht allgemein beantworten. Es ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen, wobei dort objektive Massstäbe anzulegen sind (BGE 130 III 441 E. 3.3).

Als Beispiele für notwendige Verwaltungshandlungen gemäss Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 647c ZGB werden in der Lehre u.a. folgende Beispiele erwähnt (ZK

ZGB-Wermelinger, Zürich 2010, Art. 712a N 126; Thurnherr, a.a.O., Rz. 143, Rz. 186):

- bauliche Massnahmen gegen Naturereignisse (z.B. Lawinenschutz),
- Reparatur von mangelhaften oder beschädigten gemeinschaftlichen Teilen (zerschlagenes Fenster der Waschküche, löchriges Dach),
- Vornahme von baulichen Massnahmen, welche Drittpersonen vor Schäden bewahren sollen (Sicherung von Ziegeln),
- Bau einer Zugangsstrasse bei einem Grundstück, das nur ungenügend erschlossen ist.

2.1.2. Nützliche sind demgegenüber jene bauliche Massnahmen, die – ohne notwendig zu sein – zum Vorteil der Sache, insbesondere zur Steigerung ihres Wertes und Ertrages oder zur Verbesserung ihrer Gebrauchsfähigkeit getroffen werden. Zwar können auch notwendige Massnahmen eine Wert- oder Ertragssteigerung oder eine Verbesserung der Gebrauchsfähigkeit der Sache bewirken. Im Gegensatz zu ihnen könnten die nützlichen Massnahmen aber ohne Not auch unterbleiben (BK ZGB-Meier-Hayoz, 5. Aufl., Art. 647d N 12).

Folgende Anwendungsfälle finden sich dazu in der Lehre (ZK ZGB-Wermelinger, Zürich 2010, Art. 712a N 158; Thurnherr, a.a.O., Rz. 189):

- Ersatz einer Zentralheizung durch ein energieeffizienteres Modell,
- Einbau einer moderneren gemeinschaftlichen Waschküche,
- Einbau eines Aufzuges oder von Garagen,
- Ausbau eines ungenutzten Dachgeschosses,
- Abbruch eines Gebäudes mit anschliessendem Wiederaufbau unter Beibehaltung des Zwecks,
- Aufstockung eines Gebäudes,
- Umgestaltung von Wohn- zu Gewerberäumen,
- Neubau einer Tiefgarage,
- Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit,
- Massnahmen zur besseren Wärme- oder Schallisolation,
- Installation von Solarzellen.

Die luxuriösen Massnahmen (Art. 647e ZGB) dienen schliesslich lediglich der Verschönerung, der Ansehnlichkeit der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch (Thurnherr, a.a.O., Rz. 190).

2.1.3. Vorliegend ist bei der beantragten Plattenverlegung unzweifelhaft von einer baulichen Massnahme auszugehen. Soll nun beurteilt werden, ob diese bauliche Massnahme eine notwendige Verwaltungshandlung im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB darstellt, so ist nach dem oben Gesagten zu prüfen, ob sich die Verlegung von Platten auf der hier relevanten Dachfläche in Bezug auf die Sicherung und den Erhalt des Zustandes oder der Gebrauchsfähigkeit der Liegenschaft aufdrängt.

## 2.2. Vorbringen der Gesuchsteller

Da die anwaltlich vertretenen Gesuchsteller die Anordnung von notwendigen baulichen Massnahmen beantragen, liegt es an ihnen, die Umstände, aus denen der Schluss gezogen werden kann, dass es sich um notwendige bauliche Massnahme handelt, substantiiert darzutun. In ihrer Berufungsschrift beschränken sich die Gesuchsteller aber darauf, zu rügen, dass die Vorinstanz die Regeln der Vertragsauslegung verletzt habe (act. 24 Rz. 18 lit. a-f, Rz. 19). Über die Notwendigkeit der beantragten baulichen Massnahmen äussern sie sich in ihrer Berufungsschrift kaum. Sie führen nur aus, dass sie die Verlegung von Platten beantragen, um die Dachfläche nutzen bzw. begehen zu können (act. 24 Rz. 6), und dass die Plattenverlegung aus baurechtlichen sowie bautechnischen Gründen zwingend anzuordnen sei (act. 24 Rz. 21 und Rz. 22, vgl. dazu E. II./2.3.2 und 2.3.3. hinten).

## 2.3. Notwendige bauliche Massnahme

2.3.1. Mit der in Art. 647c ZGB erwähnten Erhaltung des Werts ist der durch die bestehende Bausubstanz definierte Wert gemeint. Dasselbe gilt auch für die Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit. Auch hier geht es um die Erhaltung der durch die bestehende Bausubstanz definierten Gebrauchsfähigkeit. Die Ursache für die Beeinträchtigung oder die Gefährdung des Wertes oder der Gebrauchsfähigkeit ei-

ner Sache muss daher in einer entsprechenden Beeinträchtigung oder Gefährdung der bestehenden Bausubstanz begründet sein (vgl. PKG 1995 S. 170, 173).

Vorliegend wird von den Gesuchstellern nicht dargetan, dass ohne die Verlegung der Platten die bestehende Bausubstanz beeinträchtigt oder zumindest gefährdet wäre. In Bezug auf den Gebrauch bzw. die Nutzung der Dachfläche machen die Gesuchsteller geltend, dass sie befugt seien, die gesamte Dachfläche zu benutzen. Die Zulässigkeit der Benutzung der gesamten Dachfläche durch die Gesuchsteller ist vorliegend aber nicht von Bedeutung (vgl. E. II./1. vorne). Die folgenden Ausführungen beantworten demnach auch nicht die Frage des Umfangs des Sondernutzungsrechts bzw. dessen Zweck. Nach dem oben Gesagten muss die bauliche Massnahme – vorliegend die Verlegung von Platten auf der gesamten Dachfläche – die Erhaltung der durch die bestehende Bausubstanz definierten Gebrauchsfähigkeit bezwecken. Bei der Errichtung der Liegenschaft wurde unbestrittenermassen nur ein Teil der Dachfläche mit Platten verlegt. Damit ist dieser Bereich für die Nutzung als Terrasse vorgesehen und wird die durch die Bausubstanz definierte Gebrauchsfähigkeit ersichtlich. Die bauliche Massnahme muss daher auf den Erhalt der Gebrauchsfähigkeit des bereits mit Platten versehenen Abschnitts abzielen. Die Gesuchsteller behaupten vorliegend aber nicht, dass der bis anhin als Terrasse genutzte Abschnitt nicht mehr gebraucht werden könne, wenn nicht die gesamte Dachfläche mit Platten versehen werde. Den Gesuchstellern wird die Nutzung des bisherigen Terrassenabschnitts weder erschwert noch verunmöglicht. Sie können diesen im gleichen Ausmass wie bis anhin nutzen.

Die angebehrte bauliche Massnahme kann daher nach den Ausführungen im vorstehenden Abschnitt nicht als notwendig im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden.

2.3.2. Die Gesuchsteller monieren, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass die Dachfläche aus baurechtlichen Gründen zwingend entweder mit einem Plattenbelag oder als Grünfläche auszugestalten sei. Da die Unterkonstruktion der neuen Dachsanierung für eine Begrünung nicht ausgelegt sei, erweise sich der Plattenbelag bereits aus diesem Grund als notwendige bauliche Massnahme (act. 24 Rz. 21).

Die von den Gesuchstellern angerufene Bestimmung der am 30. März 2009 und 6. April 2009 von der Gemeindeversammlung festgesetzten und am 5. März 2010 durch die Baudirektion genehmigten Bau- und Zonenordnung der Gemeinde ... lautet wie folgt (Art. 31 Abs. 2 BZO):

*Flachdächer grösser als 30 m<sup>2</sup> sind zu begrünen, soweit sie nicht als begehbare Terrassen benutzt oder für den Bau von Anlagen für die Nutzung von Sonnenenergie beansprucht werden.*

Inwiefern sich aus dieser Bestimmung ein Anspruch auf Verlegung von Platten auf der gesamten Dachfläche ableiten lässt, ist nicht ersichtlich. Sie beantwortet nämlich nicht die Frage, was vorzukehren ist, wenn es sich um eine begehbare Terrasse handelt. Die Frage, ob die Dachfläche an die Vorschriften der Bau- und Zonenordnung von ... anzupassen ist, oder ob sie ihren Vorgaben bereits entspricht (immerhin scheint es so, dass ein Teil der Dachfläche bereits begrünt ist [vgl. act. 3/20]), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens. Die Beantwortung dieser Frage fällt in den Aufgabenbereich der kommunalen Baubehörde. Eine vom Gesetz verlangte bauliche Massnahme kann der BZO nicht entnommen werden. Indem die Vorinstanz ausführte, dass aus dieser Bestimmung kein Anspruch auf Begehbarkeit abgeleitet werden könne (act. 23 = act. 25 E. 3.5. S. 8 f.), liegt – entgegen der Ansicht der Gesuchsteller (act. 24 Rz. 21) – auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.3.3. Ebenso wenig verfängt die Argumentation, die Beschwerung mittels Platten sei notwendig, weil das Gelände instabil sei (act. 24 Rz. 22). Die Montage bzw. Instabilität des Geländers ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Soweit die Gesuchsteller damit eine mangelhafte Installation des Geländers geltend machen wollen, so betrifft dies vielmehr das Verhältnis Auftraggeber/Unternehmer. Zudem ist wiederum zu berücksichtigen, dass die bauliche Massnahme erforderlich sein muss, um den Wert der Liegenschaft zu erhalten. Inwiefern die Liegenschaft ohne solche Platten in ihrer Substanz beeinträchtigt oder gefährdet sein soll, ist weder ersichtlich noch wird dies von den Gesuchstellern dargetan.

2.3.4. Worauf die Gesuchsteller mit ihrer Kritik, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass bis anhin keine positive Anordnung hinsichtlich eines alternativen Dachbelags bzw. einer Dacheindeckung, die aus baurechtlichen und bautechnischen Gründen zwingend erforderlich wäre, beschlossen worden sei (act. 24 Rz. 23), abzielen wollen bzw. weshalb gestützt darauf ihr Gesuch hätte gutgeheissen werden sollen, ist nicht ersichtlich und wird von ihnen auch nicht eingehender begründet.

2.3.5. Insgesamt stellt die Verlegung von Platten auf der gesamten Dachfläche keine notwendige bauliche Massnahme im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB dar, die – bei Nichtzustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses – durch den Richter angeordnet werden kann. Die vorliegend beantragte bauliche Massnahme scheint vielmehr eine nützliche (Art. 647d ZGB) oder eine luxuriöse Massnahme (Art. 647e ZGB) zu sein. Die Plattenverlegung lässt sich aber nicht von vornherein klar den Massnahmen nach Art. 647d Abs. 1 ZGB oder denjenigen nach Art. 647e Abs. 1 ZGB zuordnen, denn das Vorhaben erscheint sowohl nützlich zu sein als auch der Bequemlichkeit zu dienen. Eine abschliessende Beurteilung kann hier aber ohnehin offenbleiben.

2.3.6. Da die anwaltlich vertretenen Gesuchsteller bereits vor Vorinstanz die Anordnung von notwendigen baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB beantragt haben und sie mit der Heranziehung der diesem Entscheidung zugrunde gelegten Normen und Argumente bzw. mit einer abweichenden Begründung ohne weiteres rechnen mussten, sind sie vorgängig weder zu orientieren noch anzuhören (vgl. E. I./2.2. vorne).

### 3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1. Die Gesuchsteller rügen die Nichtabnahme der vor Vorinstanz offerierten Beweismittel und machen damit eine Verletzung des Rechts auf Beweis bzw. des rechtlichen Gehörs geltend. Sinngemäss führen sie dazu aus, für den Fall, dass an der Nutzung als (begehbare) Dachterrasse wider Erwarten Zweifel bestünden, hätte die Vorinstanz die ihr offerierten Beweise abnehmen müssen. Die Beweismittelbeschränkung gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO finde vorliegend gestützt auf

Art. 254 Abs. 2 ZPO keine Anwendung. Sowohl die Zeugeneinvernahme als auch der Augenschein wären ohne weiteres durchführbar gewesen, sodass auch die Voraussetzungen von Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO gegeben seien (act. 24 Rz. 20).

3.2. Die Vorinstanz hielt zu den offerierten Beweismitteln fest, dass in einem summarischen Verfahren ein Augenschein mit Verweis auf Art. 254 Abs. 2 ZPO nur in Ausnahmefällen in Betracht komme. Im vorliegenden Fall sei es den Geschützten zumutbar gewesen, ihre Behauptung zumindest mit einem Foto zu belegen (act. 23 = act. 25 E. 3.6. S. 9).

3.3. Dem Zweck des summarischen Verfahrens entsprechend sind grundsätzlich nur sofort greifbare, das heisst liquide Beweismittel zulässig, denn nur solche können ohne Verzug abgenommen werden. Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen. Der Urkundenbeweis ist somit im summarischen Verfahren das im Vordergrund stehende Beweismittel. Es gilt somit grundsätzlich eine Beweismittelbeschränkung. Zweck der Bestimmung ist es, Verzögerungen des Verfahrens durch aufwendige Beweisabnahmen zu vermeiden. Andere Beweismittel sind jedoch nicht per se ausgeschlossen (vgl. Art. 254 Abs. 2 ZPO). Keine Beschränkung der Beweismittel besteht gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO, wenn die entsprechenden Beweise abgenommen werden können, ohne dass dies zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führt. Dies ist immer der Fall, wenn eine Beweisabnahme bereits innerhalb der ohnehin angesetzten mündlichen Verhandlung abgenommen werden kann, bzw. gerade mit dieser verbunden werden kann. So besteht im Rahmen der mündlichen Verhandlung durchaus Raum für eine Zeugenaussage oder eine Parteibefragung bzw. Beweisaussage. Auch ein Augenschein, der im Rahmen der mündlichen Verhandlungen durchgeführt wird, führt zu keiner wesentlichen Verfahrensverzögerung. Gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO sind zudem andere Beweismittel als Urkunden zulässig, wenn es der Verfahrenszweck erfordert. Der Verfahrenszweck erfordert immer dann weitere Beweismittel, wenn die jeweiligen materiellen Voraussetzungen kaum mit Urkunden bewiesen werden können (ZK ZPO-Chevalier, 2. Aufl., Art. 254 N 1 ff.; BK ZPO-Günther, Art. 254 N. 4 f.; Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7350).

Da vorliegend in Anwendung von Art. 256 Abs. 1 ZPO keine mündliche Verhandlung stattfand, hätte die Durchführung der Einvernahme der fünf offerierten Zeugen (vgl. act. 1 und act. 16) zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung geführt, weil diese eigens für die Befragung hätten vorgeladen werden müssen. Ebenso hätte die Durchführung eines Augenscheins einen zusätzlichen Termin verursacht und das Verfahren ebenfalls weiter verzögert. Darüber hinaus hätte anschliessend den Parteien – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs – die Möglichkeit gegeben werden müssen, sich zum Beweisergebnis zu äussern, was das Verfahren genauso in die Länge gezogen hätte. Die Gesuchsteller hätten – wie die Vorinstanz zurecht ausführt – ihre Behauptungen durchaus mit Fotografien belegen können. Auch hätten sie eine schriftliche Aussage der Zeugen einreichen können, wobei anzumerken ist, dass der Beweiswert geringer als derjenige einer Zeugenaussage gewesen wäre. Das Vorgehen der Vorinstanz ist daher keineswegs zu beanstanden. Die Abnahme der offerierten Beweise würden aber ohnehin nichts am Ergebnis ändern, zumal Beweis nur über strittige, rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen abzunehmen ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO), was hier nicht gegeben ist.

#### 4. Gesamtwürdigung

Aus all diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, und das erstinstanzliche Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Dezember 2014 zu bestätigen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Gesuchsteller die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Entscheidegebühr ist beim gegebenen Streitwert von Fr. 50'000.– (vgl. act. 24 Rz. 3 und act. 27) in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'200.– festzusetzen. Mangels Umtrieben ist der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Dezember 2014 (ES140038) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 24, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz 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 Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: