

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU110051-O/U.doc

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

Urteil vom 5. März 2012

in Sachen

1. **A1.**_____,

2. **A2.**_____,

Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Feststellungs- resp. Anfechtungsklage**
gegen Beschlüsse der STWEG-Versammlung vom tt. Mai 2011 / Kosten

Beschwerde gegen eine Verfügung des Friedensrichteramtes der Stadt C. _____
vom 12. Oktober 2011 (GV.IA110100-TV_V17)

Erwägungen:

I.

1. Mit drei Eingaben je vom 8. Juli 2011 leiteten die Kläger das Schlichtungsverfahren beim Friedensrichteramt der Stadt C._____ ein und beantragten einerseits die Nichtigerklärung und/oder Korrektur verschiedener Abstimmungsentscheide der Stockwerkeigentümer anlässlich der Eigentümerversammlung 2011 sowie andererseits das Anordnen oder Einleiten von gesetzlichen Massnahmen. Konkret ging es um Wärmedämmungsvorschriften, die nachträgliche Genehmigung von Eingriffen in gemeinschaftliche Bauteile sowie die Anpassung der Abrechnung betr. Erneuerungsfond 2010 (act. 1/1-3).

2. Nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung vom 6. September 2011 unterzeichneten die Parteien am 26. bzw. 28. September 2011 einen aussergerichtlichen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt für den Fall, dass die Beklagte innert vierzehn Tagen keine rechtsgenügende Vertretungsvollmacht nachreicht (vgl. Vorladungsprotokoll und act. 19). Über die Kostenverteilung konnten die Parteien keine Einigung erzielen (act. 12 f.; act. 19). Nach Eingang der nachträglichen Bevollmächtigung bei der Vorinstanz (vgl. act. 7 und 22) wurde das Verfahren mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 als durch Vergleich erledigt abgeschlossen. Die Gerichtsgebühr wurde auf Fr. 680.-- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt (act. 23 = act. 28). Gegen diese Kostenverteilung (nicht jedoch das Total der Kostenhöhe) erhoben die Kläger mit Eingabe vom 26. Oktober 2011 rechtzeitig Beschwerde (act. 26 und 30) mit dem Antrag, die Gerichtskosten seien entweder:

„1. gänzlich zu unseren Gunsten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO als überwiegend obsiegende Partei aufzuheben,

oder

2. nach Art. 106 Abs. 2 ZPO als hauptsächlich obsiegende Partei zu unseren Gunsten zu korrigieren, wobei nach Art. 107 Abs. 1 lit. a, b oder f die Verteilung nach Ermessen vorzunehmen ist.“

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 26; act. 29). Der den Klägern mit Verfügung vom 17. November 2011 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 150.-- wurde innert Frist (doppelt) bezahlt (act. 33 - 35/1-2).

3. Im Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt der Stadt C._____ trat Y._____, Angestellter der Verwalterin (Z._____ AG) der Beklagten, als Prozessvertreter der beklagten Stockwerkeigentümergeinschaft auf (act. 7; act. 28 S. 2). Da sich seine Bevollmächtigung als Prozessvertreter der Beklagten ausdrücklich auf das Schlichtungsverfahren beschränkte (act. 7) und weder ein Verwaltungsvertrag noch ein Reglement vorlagen, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 1. Dezember 2011 – nach ausführlicher Erläuterung von Art. 712t Abs. 2 und 3 ZGB (act. 38 S. 2 ff.) – eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung der Verfügung an die Verwalterin Z._____ AG angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, durch welche natürliche Person sie im Rechtsmittelverfahren vertreten wird und um eine entsprechende Vollmacht (protokollierter Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung mit oder ohne besondere Vollmachtsurkunde) einzureichen. Damit verbunden wurde der Hinweis, dass im Unterlassungsfall zukünftige gerichtliche Entscheide gemäss Art. 712t Abs. 3 ZGB durch Zustellung an die Verwalterin an ihrem Sitz oder am Ort der gelegenen Sache als wirksam mitgeteilt gelten würden (act. 38 Dispositiv-Ziff. 1). Die Verfügung vom 1. Dezember 2011 wurde für die Beklagte am 5. Dezember 2011 entgegen genommen (act. 39/3). Die 30-tägige Frist endete am 20. Januar 2012 (vgl. Art. 142 f. und 145 ZPO) und ist ungenutzt verstrichen.

4. In Anwendung von Art. 110 i.V.m. Art. 322 ZPO wurde der Beklagten mit Verfügung vom 24. Januar 2012 eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung der Verfügung an die Verwalterin angesetzt, um die Beschwerde schriftlich im Doppel zu beantworten (act. 40 und 41). Innert Frist reichte die Verwalterin Z._____ AG eine von D._____ und Y._____ unterzeichnete Stellungnahme inkl. Beilagen ein (act. 41 - 43/1-2). Diese Eingaben sind zufolge fehlender Vollmacht zur Prozessvertretung der Beklagten im Rechtsmittelverfahren nicht zu berücksichtigen. Eine Beschwerdeantwort einer zur Prozessvertretung der Beklagten im Beschwerdeverfahren bevollmächtigten natürlichen Person ging nicht ein. Das Verfahren ist

androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen (Art. 147 Abs. 2 ZPO).

II.

1. Die Kläger machen geltend, die verfügte hälftige Teilung der Gerichtskosten bei einem Vergleich entspreche seit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 nicht mehr dem Willen des Gesetzgebers. Sie (die Kläger) hätten im Sinne der Verteilungsregel nach Art. 106 ZPO in zwei Punkten gänzlich und in einem Punkt zumindest teilweise obsiegt. Das Verfahren sei somit im Verhältnis fünf zu sechs zu ihren Gunsten ausgegangen, weshalb eine Kostenbeteiligung ihrerseits bei höchstens einem Sechstel als angemessen erscheine. Doch selbst diese Regelung erweise sich vorliegend als ungerecht. So seien im Ergebnis sämtliche klägerischen Forderungen letztlich nicht ausschliesslich zu ihren Gunsten, sondern vielmehr zu Gunsten der gesamten Stockwerkeigentümergeinschaft und Liegenschaft erfüllt worden. Wenn an ihrer Stelle ein anderer Stockwerkeigentümer geklagt hätte, hätten sie für das gleiche erzielte Ergebnis lediglich ca. 4% der Gerichtskosten (anteilig aus der Höhe ihrer Wertquote) aus der Nebenkostenabrechnung übernehmen müssen. Der ihnen in der angefochtenen Verfügung auferlegte Gerichtsgebührenanteil von 50% sei daher krass unverhältnismässig und unbillig (act. 30 S. 3 f.).

2.1 Zum ersten klägerischen Rechtsbegehren ergibt sich aus den Akten, dass anlässlich der Stockwerkeigentümersammlung vom tt. Mai 2011 der klägerische Antrag 1a auf nachträgliche Erfüllung der gesetzlichen Wärmedämmungsvorschriften des Kantons Zürich abgelehnt wurde. Hierauf klagten die Kläger mit dem Rechtsbegehren, der negative Abstimmungsentscheid des Antrags 1a sei für nichtig zu erklären und/oder eventuell zu korrigieren und die nötige gesetzliche Massnahme anzuordnen oder einleiten zu lassen (act. 1/1). Gemäss Vergleich vom 26./28. September 2011 vereinbarten die Parteien, dass die Verwaltung der Beklagten an der ordentlichen Stockwerkeigentümersammlung 2012 den Antrag auf Erfüllung der gesetzlichen Wärmedämmungsvorschriften in unbeheizten Räumen vor der Heizperiode 2012 stellen wird (act. 28 S. 3). Damit

kam die Beklagte dem Antrag der Kläger zwar insofern teilweise nach, als sie sich verpflichtet hat, die von ihnen verlangte Massnahme „einzuleiten“. Dies lässt jedoch den von den Klägern beanstandeten negativen Abstimmungsentscheid, dessen Nichtigkeitserklärung und/oder Korrektur sie nebst der Anordnung der nötigen gesetzlichen Massnahme ausdrücklich verlangt haben, gänzlich unberührt.

2.2 Mit ihrem zweiten Rechtsbegehren verlangten die Kläger im Schlichtungsverfahren, die Zustimmung der Stockwerkeigentümer zum Traktandum 11 und der negative Abstimmungsentscheid zu ihrem Antrag 3a (gemeint wohl 3b, Anmerkung des Gerichts) unter Traktandum 12 seien für nichtig zu erklären und/oder eventuell zu korrigieren sowie die nötigen gesetzlichen Massnahmen anzuordnen oder einleiten zu lassen (act. 1/2). Konkret ging es um die von den Klägern beantragte nachträgliche Zustimmung der Stockwerkeigentümer zum eigenmächtigen Tragwandeinbruch in der Wohnung von E._____. Die Kläger machten geltend, beim entsprechenden Antrag der Verwaltung und der Wohndelegation vom 28. April 2011 betreffend Tragwand- und Rissanierung gemäss Traktandum 11 habe es sich lediglich um eine Stellungnahme von Herrn F._____ gehandelt, über den Abbruch der Tragwand sei an der Stockwerkeigentümerversammlung 2011 mangels Antrag gar nicht gültig abgestimmt worden (act. 1/2). Hiezu vereinbarten die Parteien, dass die Verwaltung der beklagten Partei an der ordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung 2012 die Zustimmung beantragen wird, um den durchgeführten baulichen Eingriff am gemeinschaftlichen Bauteil nachträglich zu genehmigen (act. 28 S. 3). Auch in diesem Punkt gilt, dass sich die Beklagte vergleichsweise lediglich verpflichtet hat, an der nächsten Stockwerkeigentümerversammlung den Eigentümern einen entsprechenden Antrag zu unterbreiten, was jedoch die von den Klägern angefochtenen Abstimmungsentscheide (Traktandum 11, Traktandum 12 Antrag 3a), deren Nichtigkeitserklärung und/oder Korrektur sie nebst der ausdrücklichen Anordnung von gesetzlichen Massnahmen geltend gemacht haben, nicht tangiert.

2.3 Mit ihrem dritten und letzten Rechtsbegehren hatten die Kläger verlangt, der negative Abstimmungsentscheid der Stockwerkeigentümer zu ihrem Antrag 6a, mit welchem die Korrektur der Liegenschaften-Abrechnung 2010 bean-

trägt wurde, sei für nichtig zu erklären und/oder eventuell zu korrigieren, die Abrechnung für das Jahr 2010 sei anzupassen und neu verteilen zu lassen (act. 1/3). Im Vergleich wurde hiezu festgehalten (act. 28 S. 3): „Die Verwaltung der beklagten Partei hat der klagenden Partei ihre anteilige Einzahlung in den Erneuerungsfonds 2010 über total CHF 35'000.00 mit Schreiben vom 16. September 2011 bestätigt (Versand letzte Woche)“. Auch hier deckt sich der Vergleichstext nicht dem von den Klägern Verlangten, indem lediglich die sie betreffende Korrektur der Abrechnung 2010 vereinbart und vollzogen wurde.

3.1 Wenn ein Vergleich wie vorliegend mangels Einigung der Parteien keine Kostenregelung enthält, kommen gemäss Art. 109 Abs. 2 lit. a ZPO die Regeln von Art. 106 - 108 ZPO zur Anwendung. Am bedeutsamsten ist Art. 106 Abs. 2 ZPO, wonach bei nicht vollständigem Obsiegen einer Partei die Verteilung der Prozesskosten nach Ausgang des Verfahrens erfolgt. Aufgrund des Verweises in Art. 109 ZPO bleibt kein Raum mehr, für eine generelle hälftige Teilung der Gerichtskosten unter Wettschlagung der Parteientschädigung (vgl. ZK ZPO-Jenny, N 6 zu Art. 109 ZPO). Das bedeutet indes nicht, dass eine solche Regelung im Einzelfall ausgeschlossen ist.

3.2 Bei einem Vergleich der Klagebegehren mit dem Wortlaut der geschlossenen Vereinbarung ist ersichtlich, dass sich diese entgegen der Ansicht der Kläger inhaltlich nicht decken. So ist einerseits ein Vergleich über die strittige Gültigkeit der beanstandeten Beschlüsse der Stockwerkeigentümer ohnehin ausgeschlossen (vgl. Art. 712m Abs. 2 ZGB und BSK ZGB I-Heini/Scherrer, Basel 2010, 4. Aufl., N 28 zu Art. 75 ZGB) und daher auch nicht Gegenstand des Vergleichs vom 26./28. September 2011. Die Beklagte verpflichtete sich vereinbarungsgemäss lediglich zur Antragstellung in zwei Punkten an der nächsten Stockwerkeigentümerversammlung. Die von den Klägern gerügten Gesetzesverstösse sind nicht Gegenstand des Vergleichs und können es wie gesagt auch nicht sein. Sodann wurden andererseits die beanstandeten Beschlüsse der Stockwerkeigentümer auch nicht aufgehoben und haben somit weiterhin Bestand. Wie die Eigentümer an der nächsten Versammlung über die vereinbarungsgemäss zu stellenden Anträge abstimmen werden, ist offen. Die Parteien haben somit im

Vergleich "lediglich", aber immerhin die nochmalige Erörterung / Entscheidung in den strittigen Punkten durch die Stockwerkeigentümerversammlung vereinbart sowie im dritten Punkt eine individuelle Lösung gefunden. Der Vergleich diene damit der aussergerichtlich erwünschten gegenseitigen Streitvermeidung und bewegt sich insofern ausserhalb des von den Klägern fixierten Streitgegenstandes. Dass unter diesen Umständen die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt wurden, stellt weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes dar und wäre vielmehr auch eine Kostenverteilung mit einem den Klägern auferlegten Anteil von mehr als der Hälfte denkbar gewesen.

Besondere Umstände, von der verfügbaren Kostenregelung abzuweichen, liegen ebenfalls nicht vor. Jedenfalls können diese nicht darin erblickt werden, dass, wie die Kläger geltend machen, das Vergleichsergebnis auch anderen bzw. der gesamten Stockwerkeigentümergeinschaft zu Gute komme und sie (die Kläger) nur einen Bruchteil der Kosten hätten übernehmen müssen, wenn nicht sie sondern ein anderer Stockwerkeigentümer geklagt hätte. Einerseits fusst diese Begründung auf einer Hypothese und andererseits sind die entsprechenden Prozessfolgen das Resultat der im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen beschränkten Prozessfähigkeit einer Stockwerkeigentümergeinschaft im Sinne von Art. 712I Abs. 2 ZGB.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 180.-- festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend den Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vom geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 300.-- zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde der Kläger wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 180.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 300.-- verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Friedensrichteramt der Stadt C. _____ und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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. 680.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: