

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120088-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil und Beschluss vom 17. April 2014

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,
2. **B.** \_\_\_\_\_,
3. **C.** \_\_\_\_\_,
4. **D.** \_\_\_\_\_,

Beklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **E.** \_\_\_\_\_,
2. **F.** \_\_\_\_\_,
3. **G.** \_\_\_\_\_,
4. **H.** \_\_\_\_\_,
5. **I.** \_\_\_\_\_,
6. **J.** \_\_\_\_\_,
7. **K.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen / Ausschluss aus Miteigentümerschaft**

**Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. August 2012; Proz. CG100051**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2 f.)

1. Es seien die Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Art. 292 StGB zu verpflichten, ihrer vertraglichen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag sowie Werkvertrag vom 11.12.2007 nachzukommen und ihre Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum an der L.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich gemäss den von der M.\_\_\_\_\_-AG beim NOTARIAT GRUNDBUCH- UND KONKURSAMT HÖNGG-ZÜRICH hinterlegten Verträgen und Plänen schriftlich abzugeben;
2. Es seien die Beklagten 3 und 4 unter Androhung von Art. 292 StGB zu verpflichten, ihrer vertraglichen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag sowie Werkvertrag vom 11.12.2007 nachzukommen und ihre Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum an der L.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich gemäss den von der M.\_\_\_\_\_-AG beim NOTARIAT GRUNDBUCH- UND KONKURSAMT HÖNGG-ZÜRICH hinterlegten Verträgen und Plänen schriftlich abzugeben;
3. Es seien die Beklagten gestützt auf Art. 649b ZGB aus der Miteigentümerschaft auszuschliessen bzw. im Fall der zwischenzeitlichen Begründung des Stockwerkeigentums aus der Stockwerkeigentümergeinschaft auszuschliessen;
4. Es sei den Beklagten unter Androhung von Art. 292 StGB zu verbieten, nach der Veräusserung ihrer Miteigentümeranteile bzw. ihren Stockwerkeinheiten diese weiterhin zu benutzen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 27. August 2012**  
**(act. 90 = act. 101):**

1. Die Beklagten werden aus der Miteigentümergeinschaft L.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, ausgeschlossen und zur Veräusserung ihres Mitei-

gentumsanteils innert vier Monaten verpflichtet unter der Androhung, dass bei Säumnis die öffentliche Versteigerung nach den Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken unter Ausschluss der Bestimmungen über die Auflösung des Miteigentumsverhältnisses angeordnet wird. Im Übrigen wird auf die Klage nicht eingetreten.

2. Den Beklagten 1 und 2 wird unter Androhung von Art. 292 StGB untersagt, nach Veräusserung ihrer Miteigentümeranteile diese weiterhin zu benützen. Art. 292 StGB lautet: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 12'000.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden den Klägern einerseits und den Beklagten andererseits je zur Hälfte auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den gesamten Kostenanteil.
5. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.

(6./7. Mitteilung / Rechtsmittel)

#### Berufungsanträge:

der Beklagten, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten (act. 97 S. 3, act. 114 S. 3):

#### A) Berufung

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 27. August 2012 sei aufzuheben und auf die Klage vom 1. April 2010 nicht einzutreten; eventualiter sei die Klage abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger (unter solidarischer Haftbarkeit).

#### B) Anschlussberufung

- "1. Auf die Anschlussberufung sei nicht einzutreten, eventualiter seien die Anträge der Anschlussberufung abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8 % MwSt. zulasten der Berufungsbeklagten (unter solidarischer Haftbarkeit).

der Kläger, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger (act. 107 S. 2 f.):

A) Berufung und B) Anschlussberufung (Anträge Ziffern 3 bis 5)

1. Es sei die Berufung der Beklagten vom 12. Oktober 2012 vollumfänglich abzuweisen;
2. Es sei Ziffer 1 (Seite 30) des vorinstanzlichen Urteils vom 27. August 2012, wonach die Beklagten aus der Miteigentümerschaft L. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich ausgeschlossen und zur Veräusserung ihres Miteigentumsanteils innert vier Monaten verpflichtet werden unter Androhung, dass bei Säumnis die öffentliche Versteigerung nach den Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken unter Ausschluss der Bestimmungen über die Auflösung des Miteigentumsverhältnisses angeordnet wird, zu bestätigen;
3. Es sei der letzte Satz von Ziffer 1 (Seite 30) des vorinstanzlichen Urteils vom 27. August 2012 zu streichen und seien die Beklagten gemäss klägerischen Rechtsbegehren richterlich zu verpflichten, ihrer vertraglichen Verpflichtung nachzukommen und ihre Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum an der L. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich abzugeben;
4. Es sei die Ziffer 2 (S. 30 f.) des vorinstanzlichen Urteils dem Ausgang des Verfahrens entsprechend derart abzuändern, dass nicht nur den Beklagten 1 & 2, sondern auch 3 & 4 nach der Veräusserung ihrer Miteigentumsanteile untersagt ist, diese weiterhin zu benützen;
5. Es seien die Ziffern 4 und 5 (Seite 31) des vorinstanzlichen Urteils dem Ausgang des Verfahrens entsprechend derart abzuändern, dass die Beklagten vollumfänglich die Verfahrenskosten zu tragen haben und den Klägern die volle Prozessentschädigung zu entrichten sei;
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt zu Lasten der Beklagten.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

- 1.1. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 11. Dezember 2007 verkauften N. \_\_\_\_\_ und die Immobilien von O. \_\_\_\_\_ AG B. \_\_\_\_\_ und A. \_\_\_\_\_ (den Beklag-

ten 1 und 2; auch Familie AB.\_\_\_\_\_ genannt) einen Miteigentumsanteil von 102/1000 an der Liegenschaft Kat. Nr. ... in Zürich-Höngg (act. 4/7). Anstelle des bisherigen Wohnhauses sollte ein Mehrfamilienhaus mit 9 Eigentumswohnungen erstellt werden (4/7 S. 5 oben und act. 4/8 S. 1). Die Familie AB.\_\_\_\_\_ schloss deshalb zu diesem Zweck mit der Totalunternehmerin M.\_\_\_\_\_ AG einen Werkvertrag ab, welcher ebenfalls vom 11. Dezember 2007 datiert (act. 4/8). Inhalt des Werkvertrages war die Erstellung einer 3 ½ Zimmer-Garten-Wohnung (mit Keller und Waschküche) und ein Autoeinstellplatz (so genannte *Überbauung* L.\_\_\_\_\_ -strasse ...; act. 4/8 S. 1).

Der Kaufvertrag der Beklagten 3 und 4 (Frau C.\_\_\_\_\_ und Herr D.\_\_\_\_\_) liegt nicht im Recht, wohl aber der Werkvertrag, den diese mit der M.\_\_\_\_\_ AG ebenfalls im Dezember 2007 abschlossen (act. 78/14). Die M.\_\_\_\_\_ AG verpflichtete sich zur Erstellung einer 4 ½ Zimmer-Wohnung für die Beklagte C.\_\_\_\_\_ und den Beklagten D.\_\_\_\_\_.

Im Kaufvertrag findet sich der Passus, dass *nach Angaben der Parteien beabsichtigt sei, an der gemeinschaftlichen Liegenschaft Stockwerkeigentum zu begründen* (act. 57 S. 3; act. 4/7 S. 7 Ziffer 10). *Der Vertrag der Miteigentümer über die Ausgestaltung ihrer Anteile zu Stockwerkeigentum* (vgl. zum Entwurf, datierend vom "\*\*\*\* 2009", act. 4/9) wurde unbestrittenermassen allerdings nie unterzeichnet (act. 57 S. 3). Die Parteien streiten sich darüber, ob bzw. inwiefern Sonderrecht an der noch zu erstellenden Liegenschaft L.\_\_\_\_\_ -strasse ... verkauft wurde.

Gesamthaft halten die Kläger rund 78 % und die Beklagten gemeinsam rund 22 % der Miteigentumsanteile.

1.2. Ausgangspunkt der Auseinandersetzung ist der Vorwurf der Beklagten, ihre Wohnungen seien flächenmässig kleiner als ursprünglich geplant. Die Beklagten stellen die Richtigkeit der von der M.\_\_\_\_\_ AG ermittelten Flächenmasse, die den Wertquoten für das Stockwerkeigentum zugrunde liegen, in Frage (act. 57 S. 5, S. 12) bzw. sie stellen sich auf den Standpunkt, es seien nachträglich bauliche Änderungen am Gebäude durchgeführt worden, die nicht in den Grundplänen gemäss Werkvertrag vorgesehen gewesen seien und ihnen, den Beklagten, zum

Nachteil gereichen würden (act. 57 S. 5 f., act. 77 S. 3 ff.). Die Miteigentumsquote gemäss den Kaufverträgen von Dezember 2007 (act. 4/7) könne daher nicht unbesehen als Wertquote für die Begründung von Stockwerkeigentum (act. 4/9) übernommen werden (Art. 712e Abs. 2 ZGB; act. 57 S. 13). Die Beklagten fordern eine Berichtigung, nämlich eine Reduzierung der ihnen ursprünglich zugeteilten Wertquoten (act. 77 S. 3), bevor sie mit den Klägern Stockwerkeigentum begründen.

Die Parteien sind damit nach wie vor am gesamten Grundstück (inkl. errichtetem Gebäude), L. \_\_\_\_\_-strasse ..., mit ihren jeweiligen Quoten gemäss Grundbucheintrag Miteigentümer.

2.1. Die Parteien führen als Folge dieser Differenzen der Berechnungsmethode seit 2009 eine Auseinandersetzung. Vergleichsbemühungen ihrer Rechtsanwälte war kein Erfolg beschieden. Im Zuge der Auseinandersetzung haben sich die beiden Seiten gegenseitig streitsüchtiges, unverträgliches, ja strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen. Strafanzeigen wurden erstattet (vgl. etwa act. 4/23, act. 2 S.13 N 29). Die Kläger beschlossen schliesslich in der Miteigentümerversammlung vom 10. Februar 2010 einstimmig, die Beklagten durch gerichtliches Urteil aus der Miteigentümergeinschaft ausschliessen zu lassen (Art. 649b Abs. 1 ZGB; act. 4/2 S. 5 unten f.; so auch in der Miteigentümerversammlung vom 13. April 2011, act. 69/42 S. 4 oben).

2.2. Mit Klage vom 1. April 2010 beantragten die Kläger, die Umwandlung des gewöhnlichen Miteigentums in Stockwerkeigentum (Anträge gemäss Ziffern 1 und 2 der Klagebegründung) und – auch als Hauptbegehren – den Ausschluss der Beklagten aus der Miteigentümergeinschaft (Antrag gemäss Ziff. 3 der Klagebegründung; act. 2 S. 2 f.; Prot. VI S. 6). Das Bezirksgericht führte das gesamte Hauptverfahren schriftlich durch. Diesem folgte kein Beweisverfahren. Das Bezirksgericht unternahm indes erfolglose Bemühungen zur gütlichen Beendigung des Streites. Mit Urteil vom 27. August 2012 hiess das Bezirksgericht Zürich einen Teil der Klage gut. Es ordnete den Ausschluss sämtlicher Beklagten aus der Miteigentümerschaft und die Veräusserung deren Eigentumsanteile sowie die Zwangsversteigerung für den Fall der Weigerung an (act. 101 = act. 90, Disposi-

tivziffer 1). Im Übrigen trat es auf die Klage nicht ein. Die Gerichtskosten wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, und es wurden keine Entschädigungen zugesprochen (act. 101 = act. 90, Dispositivziffern 4 und 5). Für Einzelheiten zum Gang des bezirksgerichtlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen unter Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden (vgl. act. 101 S. 3-5).

2.3. Dagegen führen die Berufungskläger mit Eingabe vom 12. Oktober 2012 rechtzeitig Berufung (act. 97 i.V. mit act. 92) und beantragen, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und es sei auf die Klage zufolge unzulässiger alternativer Klagenhäufung nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen (act. 97 S. 3 ff., S. 8 ff.). In der Folge wurden die bezirksgerichtlichen Akten beigezogen. Nach deren Eingang wurde von den Berufungsklägern und Beklagten (nachfolgend nur noch Beklagte) ein Kostenvorschuss i.S. des Art. 98 ZPO erhoben (vgl. act. 102) und – nachdem der Vorschuss geleistet worden war (act. 105) – Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Die Berufungsbeklagten und Kläger (nachfolgend nur noch Kläger) erstatteten mit Schriftsatz vom 19. Februar 2013 die Berufungsantwort (vgl. act. 107). Zugleich erhoben sie Anschlussberufung, weshalb von ihnen ebenfalls ein Kostenvorschuss eingefordert wurde (vgl. act. 109). Frist zur Beantwortung der Anschlussberufung wurde den Beklagten mit Verfügung vom 22. Mai 2013 angesetzt (vgl. act. 112). Die Antwort der Beklagten (act. 214) ging am 27. Juni 2013 rechtzeitig ein (act. 114). Die gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsel waren damit durchgeführt. Da sich die Sache seit da als spruchreif erweist, wurde den Klägern lediglich noch ein Doppel von act. 114 zugestellt (vgl. act. 114, act. 118).

## II.

1.1. Die Klage wurde beim Bezirksgericht vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011 anhängig gemacht. Das bezirksgerichtliche Verfahren folgte daher noch – wie in Art. 404 Abs. 1 ZPO festgehalten – bis zu seinem Abschluss den Regeln des kantonalen Verfahrensrechts, namentlich also der ZPO/ZH, des GVG/ZH sowie der dazugehörigen Nebenerlas-

se etwa zu den Gerichts- und Anwaltsgebühren. Das wird im Folgenden zu beachten sein.

1.2. Das vorliegende Berufungsverfahren untersteht demgegenüber gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO den Regeln der ZPO (und hat die Regeln des kantonalen Rechts zu Gebühren usw. zu beachten, welche die ZPO ergänzen). Demnach stellt das Berufungsverfahren im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses anhand des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift und in der Anschlussberufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375).

2.1. Mehrere Begehren im gleichen Gesuch sind eine objektive Klagenhäufung gemäss Art. 90 ZPO. Die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, die Kläger hätten mit ihrer ausdrücklichen Erklärung, sie erachteten die beiden Begehren auf Umwandlung und Ausschluss als gleichwertig (Prot. VI S. 6), eine unzulässige objektive Klagenhäufung gestellt (act. 97 S. 5 ff., S. 7 unten). Das Ausschlussbegehren der Kläger sei nämlich ausdrücklich beschränkt gewesen auf zwei Fälle, nämlich Ausschluss aus der Miteigentümergeinschaft und Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergeinschaft "im Fall der zwischenzeitlichen Begründung des Stockwerkeigentums" (act. 97 S. 6). Mit der "zwischenzeitlichen Begründung des Stockwerkeigentums" sei der Fall "einer widererwartend und plötzlichen Zustimmung der Beklagten zur beantragten Stockwerkbegründung" gemeint; nicht erfasst und gemeint sei demgegenüber der Fall, dass die Beklagten gerichtlich zur Begründung von Stockwerkeigentum verurteilt würden. Deshalb hätten die

Kläger ihre beiden Hauptbegehren auch ausdrücklich als gleichwertig erachtet. Die beiden Hauptbegehren würden sich aber gegenseitig ausschliessen, weil nur das eine oder andere Begehren gutgeheissen werden könne. Es liege ein Fall unzulässiger alternativer Klagenhäufung vor, weil es nicht der freien Entscheidung des Gerichts überlassen werden könne zu entscheiden, welchen Anspruch es den Klägern zusprechen solle (act. 97 S. 7 oben). Die Kläger hätten sagen müssen, ob sie das gewöhnliche Miteigentum mit den Beklagten zu Stockwerkeigentum umgestalten wollen oder ob sie die Beklagten aus der Gemeinschaft ausschliessen wollen (ebenda). Stattdessen hätten sie diesen Entscheid der Vorinstanz überlassen, die nach eigenem Gutdünken, aus prozessökonomischen Gründen, entschieden habe, von den beiden Hauptbegehren das Ausschlussbegehren zu behandeln. Die Vorinstanz habe die (beiden) Hauptbegehren der Kläger von sich aus in das Verhältnis von Haupt- und Eventualantrag gebracht. Das Ausschlussbegehren habe sie als Hauptantrag und das Umwandlungsbegehren als Eventualantrag behandelt. Damit habe die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt (act. 97 S. 7). Hätte die Vorinstanz nach eigenem Gutdünken nicht zunächst das Ausschlussbegehren, sondern das Umwandlungsbegehren behandelt und dieses gutgeheissen, hätte sie nach ihrer Logik auf das Ausschlussbegehren nicht mehr eintreten können. Die Beklagten wären nicht ausgeschlossen worden, sondern stattdessen verpflichtet worden, das Miteigentum in Stockwerkeigentum umzuwandeln. Der völlig unterschiedliche Ausgang des Verfahrens könne aber nicht von der willkürlichen Entscheidung des Gerichts abhängen, welches der gleichwertigen Hauptbegehren es zuerst behandle. Und vor allem habe die Vorinstanz die beiden Hauptbegehren nicht von sich aus nach eigenem Gutdünken in das Verhältnis Hauptbegehren und Eventualbegehren stellen dürfen (act. 101 S. 6 unten, S. 29 unten), zumal die Kläger ihre Begehren ausdrücklich als gleichwertig verstanden und behandelt wissen wollten (act. 97 S. 7, act. 114 S. 11). Die Vorinstanz hätte auf die Klage mangels genügender Bestimmtheit zufolge unzulässiger alternativer Klagenhäufung nicht eintreten dürfen (act. 114 S. 12 oben, S. 14 oben).

2.2. Klagehäufungen sind zulässig, wenn das gleiche Gericht sachlich zuständig und wenn die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (§ 58 Abs. 1 ZPO ZH; so auch

Art. 90 ZPO). Das ist hier der Fall, sind doch sowohl Begehren auf Ausschluss aus der Miteigentümergeinschaft wie auch dasjenige auf Verpflichtung zur Begründung von Stockwerkeigentum dem Bezirksgericht im ordentlichen Verfahren vorzulegen (§ 31 GVG ZH i. V. m. § 215 lit. d ZPO ZH i.V.m. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB und Art. 649b Abs. 1 ZGB; so auch Art. 29 ZPO i. V. m. § 19 GOG i. V. m. Art. 249 lit. d ZPO). Die Kläger können beide Ansprüche auf Umwandlung und Ausschluss gleichwertig nebeneinander erheben, so dass das Gericht über beide Ansprüche zu entscheiden hat (vgl. auch Prot. VI S. 6). Die beiden Begehren schliessen sich nicht gegenseitig aus. Die Kläger haben ein legitimes Interesse an der Beurteilung der Frage, ob die konkreten Rechtsgrundlagen eine (gerichtliche) Verpflichtung der Beklagten zur Begründung von Stockwerkeigentum zulassen bzw. ob die Beklagten ihre Miteigentümergeinschaftspflichten verletzen, wenn sie dem klägerischen Ansinnen nicht nachkommen, Stockwerkeigentum zu begründen. Zwar kann jeder Miteigentümer über seinen Miteigentumsanteil rechtsgeschäftlich verfügen (Art. 646 Abs. 3 OR), doch sind Miteigentumsanteile weit schwieriger zu handeln als Stockwerkeigentumsanteile und die Hypothekierung ist teurer (vgl. act. 4/11, act. 69/50). Aus diesen Gründen verkauft der Ersteller der Baute in der Regel auch Stockwerkeigentumsanteile und nicht Miteigentumsanteile. Gleichzeitig haben die Kläger im Interesse der raschen und vollständigen Auseinandersetzung Anspruch auf Klärung der Frage, ob Ausschlussgründe aus der Miteigentümergeinschaft vorliegen: Art. 649b ZGB ermöglicht, einen Miteigentümer, und, weil das Stockwerkeigentumsrecht keine eigene Ausschlussregelung enthält (Art. 712a ff. ZGB), auch einen Stockwerkeigentümer durch richterliches Urteil aus der Gemeinschaft auszuschliessen. Auf die Klage ist einzutreten.

3. Die Beklagten beantragen für den Fall, dass auf die Klage eingetreten wird, deren Abweisung und damit die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (vgl. act. 97 S. 3). Die Kläger beantragen die Abweisung der Berufung sowie die Gutheissung der Anschlussberufung, nämlich vorgängig des zu bestätigenden Ausschlusses der Beklagten aus der Miteigentümergeinschaft, die Verpflichtung der Beklagten, ihre Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum an der L. \_\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich abzugeben. Keine der Parteien beantragt eine Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht. Die Rechtsmittelinstanz kann die

Sache aber auch dann an die Vorinstanz zurückweisen, wenn der Rechtsmittelkläger das nicht verlangt (ZPO Komm-Reetz, vor Art. 308 ff. N 18, Art. 318 N 25, ZPO-Rechtsmittel-Kunz, vor Art. 308 ff. N 110).

### III.

1.1. Die Begründung von Stockwerkeigentum setzt einen Rechtsgrundaussweis voraus. Der Rechtsgrundaussweis wird durch den Begründungsakt geliefert. Der Begründungsakt kann in zwei verschiedenen Formen auftreten: Als einseitige Erklärung des Eigentümers, hier der Verkäuferschaft (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), oder als Begründungsvertrag der Miteigentümer (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; A. Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Zürich 2010, N 44 zu Art. 712d ZGB).

1.2.1. Vorliegend wurde den Parteien lediglich ein Miteigentumsanteil im Sinne von Art. 646 ff ZGB verkauft. Davon sind auch die Kläger in der Klagebegründung noch ausgegangen (act. 2 S. 6 oben). Erst in der Replik im bezirksgerichtlichen Verfahren (und vor Berufungsinstanz) stellen sich die Kläger auf den Standpunkt, dass den Parteien mit dem Kaufvertrag ein Sonderrecht an ihren Wohnungen im Sinne von Art. 712a Abs. 1 und 2 ZGB verschafft wurde und ihnen eine im Kaufvertrag festgesetzte Quote am Wert der gesamten Liegenschaft zugewiesen wurde (act. 68 S. 4, act. 107 S. 43 ff.). Dieser Auffassung kann indes nicht gefolgt werden. Zwar machen die Kläger geltend, dass die Wertquote mit dem Miteigentumsanteil gleichzusetzen sei (act. 68 S. 3 f und S. 17, act. 57 S. 8, act. 107 S. 43 ff). Es ist möglich, die Wertquote mit dem Miteigentumsanteil gleichzusetzen. Den Klägern ist auch beizupflichten, dass die Begründung von Stockwerkeigentum (inkl. den festgelegten Wertquoten) im Interesse der einzelnen Teilkäufer der Liegenschaft zur späteren Rechtssicherheit ihrer Eigentumsverhältnisse liegt (act. 68 S. 4 oben). Es ist unbestritten, dass die Parteien am Stammgrundstück L. \_\_\_\_\_-strasse ... Stockwerkeigentum begründen wollen (act. 97 S. 29 f., act. 107 S. 43 f.). Dessen ungeachtet hat vorliegend die Verkäuferschaft Miteigentum und nicht Stockwerkeigentum verkauft (act. 4/7). Der – zwischen der Verkäuferschaft und den Beklagten 1 und 2 abgeschlossene – Kaufvertrag enthält die Er-

klärung, dass sie, die Parteien, gemeint also die Verkäufer und die Beklagten, *beabsichtigen*, Stockwerkeigentum zu begründen, die Wertquoten sollen den Miteigentums-anteilen entsprechen. Jedenfalls wurde zu diesem Zweck – so die Behauptungslage - von jedem einzelnen Käufer des jeweiligen Miteigentümers eine Drittperson, P. \_\_\_\_\_ von der M. \_\_\_\_\_ AG, mit der Begründung und dem Vollzug des Stockwerkeigentums beauftragt (act. 4/7 S. 7 Ziff. 10). Diese Auftragserteilung wurde aber von den Beklagten widerrufen (act. 60/1). Die Auftrag erteilenden Beklagten dürfen von ihren ursprünglichen Absichten Abstand nehmen. Dass sie so nicht nur sich selbst, sondern auch den Klägern vor allem auch wirtschaftliche Nachteile einhandeln, ändert entgegen der klägerischen Darstellung nichts an der freien Widerruflichkeit (Art. 404 Abs. 1 OR, act. 107 S. 44 oben). Auch wenn das Interesse an der Begründung von Stockwerkeigentum evident ist, führt der streitgegenständliche Vertrag nicht dazu, dass der Auftraggeber nur noch aus wichtigem Grund die Vollmacht (zur Begründung von Stockwerkeigentum) entziehen darf oder dass ein Widerruf stets unzeitig (Art. 404 Abs. 2 OR) wäre. Lehre und Rechtsprechung betonen im Gegenteil die Entschlussfreiheit des Auftraggebers. Entgegen der Darstellung der Kläger räumt der Kaufvertrag den Klägern auch kein direktes Forderungsrecht gegenüber den Beklagten auf Begründung von Stockwerkeigentum ein (act. 107 S. 44 oben, act. 68 S. 4 f.). Beim von den Klägern als Rechtsgrundausweis angeführten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR) richten sich Bestand und Inhalt des Forderungsrechtes des Dritten, hier der Kläger, nach dem Vertrag zwischen dem Schuldner (der Beklagten) und dem Gläubiger (hier der Verkäufer). Fehlt es in diesem Vertrag am Minimum dessen, was von Gesetzes wegen verabredet werden muss, damit ein bestimmter Vertrag zustande kommen kann, dann kann dieser Vertrag dem Dritten (den Klägern) auch kein Forderungsrecht einräumen. Auch wenn ein Vertrag einem Dritten ein Recht auf Begründung von Stockwerkeigentum zugestehen würde, dann müssten dort alle wesentlichen Punkte geregelt sein, insbesondere die Aufteilung nach Wertquoten. Damit handelt es sich vorliegend nicht um den von den Klägern angespielten Fall, in welchem das Gericht aufgrund einer Erfüllungsklage lediglich noch den simplen Vollzug einer materiellen Vertragspflicht zu bewerkstelligen hat (act. 107 S. 47, wohl in Anlehnung an Wermelinger, a.a.O, N 114 zu Art. 712d

ZGB). Im übrigen kann auch die Totalunternehmerin den Miteigentümern kein Eigentum an Stockwerk im Sinne von Art. 712a ff ZGB verschaffen, sie hat sich gegenüber dem jeweiligen Miteigentümer zur Erstellung eines Werkes im Sinne von Art. 363 ff OR verpflichtet (act. 4/8).

1.2.2. Die Miteigentümer haben sich auch nicht in einem Begründungsvertrag über die Ausgestaltung ihrer Wertanteile zu Stockwerkeigentum geeinigt (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Als inhaltlich unbedingt notwendige Elemente des Begründungsvertrages werden die räumliche Ausscheidung der Stockwerkeinheiten und die Festsetzung der Wertquoten vorgeschrieben (Art. 712e Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712d Abs. 2 ZGB). Es fehlt vorliegend an den für die zur Begründung von Stockwerkeigentum notwendigen übereinstimmenden Willenserklärungen sämtlicher Miteigentümer. Die Unterlagen zeigen, dass über die Höhe der jeweiligen Wertquoten unter Zugrundelegung vor allem auch der Ausbaupläne der zu Sonderrecht auszugestaltenden Räume diskutiert wurde (act. 78/12 und act. 78/13). Das Gesetz enthält keine Vorschriften im Hinblick auf die Berechnung der Wertquoten. Grundfläche oder Volumen der im Sonderrecht stehenden Räume, die Nutzungsmöglichkeit der Nebenräume, Lage zur Strasse etc., Höhe des Stockwerkes, Besonnung, Aussicht etc. bestimmen die Wertquote im Einzelfall. Die Beklagten stören sich v.a. an den nun tatsächlich vorgefundenen Massen der Wohnnutzflächen und an den effektiven Nutzungsmöglichkeiten von gemeinschaftlichen Teilen, Faktoren bei der Bestimmung der Wertquote (act. 97 S. 29, act. 57 S. 8, S. 12 f.). Der *Vertrag der Miteigentümer über die Ausgestaltung ihrer Anteile zu Stockwerkeigentum* wurde nicht unterzeichnet und blieb im Entwurf (act. 4/9). Eine Einigung kam (bislang) nicht zustande. Ohnehin müsste aber der Begründungsvertrag, auf welchen sich ein Anspruch der Kläger auf Begründung von Stockwerkeigentum stützen könnte, öffentlich beurkundet sein, damit er gültig ist (Art. 712d Abs. 3 ZGB). Die fehlende öffentliche Beurkundung des Begründungsvertrages wird auch von den Klägern konzediert (act. 107 S. 46 unten).

1.2.3. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass kein Begründungsakt, weder in Form eines Begründungsvertrages noch einer einseitigen Erklärung der Verkäu-

ferschaft, vorliegt (welcher als notwendiger Rechtsgrund für die konstitutive Eintragung im Grundbuch wirkt).

Die Kläger verlangen, dass die Beklagten ihrer vertraglichen Verpflichtung gemäss Kauf- und Werkvertrag vom 11. Dezember 2007 nachkommen und ihre Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum gemäss den von M. \_\_\_\_\_ AG beim Grundbuchamt Höngg-Zürich hinterlegten Verträgen und Plänen schriftlich abzugeben hätten (act. 2 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2, act. 107 S. 3, Rechtsbegehren Ziffer 3). Nur: es gibt keinen Vertrag, der die Beklagten zur Abgabe von Willenserklärungen verpflichtete. Damit kann das Gericht die Kläger auch nicht berechtigt erklären, anstelle der Erklärungen der Beklagten unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beim Grundbuchamt die Erklärung zur Begründung von Stockwerkeigentum abzugeben; explizit verlangen die Kläger dies auch nicht.

Falls die Kläger mit dem genannten Rechtsbegehren die richterliche Begründung von Stockwerkeigentum beantragen wollen (vgl. hierzu act. 68 S. 4 ff, act. 107 S. 47 unten), Folgendes:

a) Das Bundesgericht hielt in BGE 94 II 231 im Zusammenhang mit einem Erbteilungsprozess zusammengefasst fest, Art. 712d ZGB zähle die Möglichkeiten für die Begründung von Stockwerkeigentum abschliessend auf. Habe der Erblasser nicht bereits zu Lebzeiten sein Mehrfamilienhaus in Stockwerkeigentum umgewandelt, so könne er dies mit einer Verfügung von Todes wegen nachholen. Daneben dürfen die Erben im Erbteilungsvertrag die Bildung von Stockwerkeigentum vereinbaren (Art. 712d Abs. 3). Indessen erwähne Art. 712d das Erbteilungsurteil nicht als Errichtungsakt. Daraus folgert das Bundesgericht, der Gesetzgeber habe die Begründung von Stockwerkeigentum kraft Gesetz oder eines Urteils ausschliessen wollen. Andernfalls hätte er diese Möglichkeit ausdrücklich vorsehen müssen (BGE 94 II 231, 238 = Pra 58 (1969) Nr. 65, S. 218, 223). Den Klägern ist Recht zu geben, wenn sie ausführen, im Unterschied zu den bundesgerichtlichen Fällen betreffend die richterliche Begründung von Stockwerkeigentum bei einer Erbstreitigkeit werde vorliegend nicht eine Gemeinschaft (Gesamthandschaft/Erbbengemeinschaft) aufgelöst und durch eine neue (Stockwerkeigentümerschaft)

begründet, sondern nur eine Miteigentümerschaft in eine spezifischere Form von Miteigentumsgemeinschaft mit Sonderrechten umgewandelt, was der gelebten Realität der Parteien ohnehin entspreche bzw. entsprechen würde (act. 107 S. 47 unten f.). Die Wohnungen sind in der Tat seit Jahren bezogen. Die Aufteilung der Liegenschaft zu Stockwerkeigentum ist faktisch vollzogen. Auch die Beklagten wollen nur noch den Nachvollzug des (Stockwerkeigentums-)Rechts an die Fakten (zuletzt so in act. 114 S. 15). Ein Vergleich der Wertquoten gemäss dem Entwurf zur Begründung von Stockwerkeigentum (act. 4/9 S. 4 ff., act. 69/53) und der IST-Wertquotenermittlung der Beklagten (act. 60/11, act. 78/12, act. 78/13) müsste eigentlich eine verbindliche Festlegung der Wertquoten möglich machen, zumal auch Gewichtungsfaktoren, die nur schwierig zu quantifizieren sind, in die Berechnung der Wertquoten einfliessen. Vergegenwärtigt man sich, dass durch die Begründung von Stockwerkeigentum der jedem Miteigentümer zustehende (auf die Handelbarkeit und den Preis der Miteigentumsanteile drückende) Teilungsanspruch (Art. 651 ZGB) aufgehoben wird, gleichzeitig aber jedem Stockwerkeigentümer das Recht eingeräumt wird, seine Wohnung mit der dieser zugeteilten Wertquote zum Marktwert zu veräussern und so sich von der Gemeinschaft zu verabschieden, so erscheint die in der Lehre geäusserte Kritik am Ausschluss richterlicher Begründung von Stockwerkeigentum vor allem in einem Fall wie dem vorliegenden verständlich (vgl. v.a. Lionel Harald Seeberger, die richterliche Erbteilung, Diss, Freiburg 1992, S. 194-208, BSK ZGB II-Bösch, N 7 ff. zu Art. 712d; und Simonius/Sutter, in: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, § 14 N 124, die im Zusammenhang mit der richterlichen Aufhebung von Miteigentum gestützt auf Art. 651 Abs. 2 und 3 ZGB dafür plädieren, dass die Umwandlung in Stockwerkeigentum als Form der körperlichen Teilung möglich sein sollte). Die Rechtsprechung und herrschende Lehre ist sich aber einig, dass Stockwerkeigentum nicht durch Gerichtsurteil begründet werden kann (A. Wermelinger, a.a. O. N 113 ff. zu Art. 712d ZGB mit weiteren Hinweis, auch wieder unter Hinweis auf BGE 94 II 231 = Pra 58 (1969) Nr. 65, S. 218 ff.; act. 107 S. 47).

Das materielle Stockwerkeigentumsrecht kennt nur in zwei Fällen die rechtsgestaltend wirkende (Berichtigungs-)Klage: Bei anfänglich unrichtiger Berechnung der Wertquoten und bei Veränderung am Gebäude oder an der Umgebung kön-

nen die Wertquoten durch Gestaltungsurteil geändert werden (Art. 712e Abs. 2 i.V.m. Art. 656 Abs. 2 ZGB; anstatt vieler A. Wermelinger, a.a.O., N 105 ff., N 119 zu Art. 712e ZGB, Meier-Hayoz/Rey, Das Stockwerkeigentum, Bern 1988, N 55 zu Art. 712e ZGB).

b) Doch selbst wenn man in einem Fall wie dem vorliegenden davon ausginge, dass der öffentlich beurkundete Begründungsvertrag durch ein Gerichtsurteil ersetzt werden könnte, so genügt das Rechtsbegehren den prozessualen Anforderungen nicht. Gerade weil durch ein solches Gestaltungsurteil Grundeigentum übertragen werden sollte, ist in prozessualer Hinsicht unerlässlich, dass im Rechtsbegehren um richterliche Begründung von Stockwerkeigentum die Wertquoten und die räumliche Aufteilung der Liegenschaft genannt werden (Bösch, a.a.O., N 9 zu Art. 712d ZGB). Dies wurde vorliegend nicht getan. Die dafür notwendigen Unterlagen (Grundbuchblätter) wurden nicht eingereicht.

1.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagten mangels Rechtsgrundausweis nicht zur Begründung von Stockwerkeigentum verpflichtet werden können. Für die Herbeiführung von Stockwerkeigentum durch Gestaltungsurteil fehlt es an einer einschlägigen gesetzlichen Grundlage. Die Klage, es seien die Beklagten zur Begründung von Stockwerkeigentum zu verpflichten, ist abzuweisen. Möglicherweise liesse sich die verfahrenre Situation durch ein Gutachten eines Architekten oder Liegenschaftschätzers, der die Wertquoten verbindlich festlegt, deblockieren.

2.1. Das Bezirksgericht geht zutreffend davon aus, dass der Ausschluss eines Miteigentümers aus der Miteigentümergeinschaft im Sinne von Art. 649b ZGB als sehr schwere Sanktion nur als letzte Massnahme in Frage kommt (act. 101 S. 7; vgl. auch BGE 113 II 15 ff., 20 ff). Zugespitzt formuliert, haben die Miteigentümer keinen Anspruch auf erspriessliches Zusammenleben. Allerdings haben die Miteigentümer immerhin Anspruch darauf, dass sich kein Nachbar speziell gemeinschaftsfeindlich verhält. Es interessiert, ob Pflichtverletzungen behauptet und bewiesen sind, welche einen Ausschluss der Beklagten aus der Miteigentümergeinschaft rechtfertigen. Der Umstand, dass noch kein Stockwerkeigentum begründet wurde, kann, wie gezeigt, nicht ausschliessbegründend sein (act. 2 S. 2 ff.).

2.2. Gemäss Art. 649b Abs. 2 ZGB ist für eine Ausschlussklage, wenn nichts anderes vereinbart worden ist, eine Ermächtigung durch einen Mehrheitsbeschluss aller Miteigentümer, mit Ausnahme der Beklagten (als Störer), notwendig. Es ist unbestritten, dass vorliegend diesem Erfordernis Rechnung getragen wurde. Die Beklagten rügen, im angefochtenen Urteil der Vorinstanz finde sich kein einziger Ausschlussgrund, der im Zeitpunkt, als die Kläger den Ermächtigungsbeschluss fassten, schon vorgelegen wäre. Das Bezirksgericht argumentiere mit späteren Umständen, was unzulässig sei (act. 97 S. 10, S. 15, S. 17 unten, S. 18 oben, S. 22 unten). Falls die Beklagten damit geltend machen wollen, es fehle an einer Voraussetzung für die Aktivlegitimation der auf Ausschluss klagenden Kläger, ist Folgendes festzuhalten: Sinn und Zweck dieses Beschlusses ist es, den Auszuschliessenden vor einer unbegründeten Klage zu verschonen und die Gemeinschaft vor einer übereilten gerichtlichen Auseinandersetzung zu schützen (R. Strittmatter, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften, Diss., Zürich, 2002, S. 64). Es muss der Wille der Mehrheit der Miteigentümer zum Ausdruck gebracht werden, das (angeblich) unverträgliche Mitglied ausschliessen zu wollen. Unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs müssen die materiellen Ausschlussvoraussetzungen im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht vorliegen: Die Beklagten hätten die Möglichkeit gehabt, den Ermächtigungsbeschluss mit der Begründung anzufechten, der Beschluss sei allein mit dem Ziel gefasst worden, sie, die Beklagten, ohne Grund, in schikanöser Absicht, aus der Gemeinschaft auszuschliessen (Art. 712m Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 60 ff. ZGB; vgl. hierzu R. Strittmatter, a.a.O., S. 77). Dies haben die Beklagten nicht getan. Ob – mittlerweile – dermassen schwere Pflichtverletzungen vorliegen, die die Fortsetzung der Gemeinschaft für die Kläger unzumutbar erscheinen lassen, ist Gegenstand der Ausschlussklage. Das Gericht legt dabei dem Urteil innerhalb den Schranken des Novenrechtes denjenigen Sachverhalt zugrunde, wie er in diesem Zeitpunkt besteht. Die Unzumutbarkeit der Fortführung der Gemeinschaft muss im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegen, damit die Ausschlussklage gutgeheissen werden kann. Dies bedeutet nicht, dass die Pflichtverletzung in diesem Zeitpunkt zwingend andauern muss. Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit hat sich der Störer vielmehr sein gesamtes Verhalten anrechnen zu lassen (R. Strittmatter, a.a.O., S. 43).

2.3.1. Das Bezirksgericht kam zum Schluss, dass die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ im Sommer 2010 unrechtmässig und ohne Einwilligung der Kläger den Garten nach ihrem Gusto umgestaltet und unter anderem ein Gartenhaus errichtet hätten. Dies stelle einen Verstoss gegen die miteigentümerrechtlichen Pflichten dar (act. 101 S. 19 ff). Als zweiten Ausschlussgrund führt das Bezirksgericht an, dass die Gesamtheit der Indizien darauf hindeuteten, dass sich der Beklagte A.\_\_\_\_\_ gegenüber den Baubehörden im Zusammenhang mit der Einreichung eines Baugesuches für ein Lamellendach mit Schiebeelemente als Stockwerkeigentümer auszugeben versucht habe. Diese Vorgehensweise sei schon für sich alleine genommen dermassen schwerwiegend, dass sie einen Ausschluss aus der Miteigentümergeinschaft rechtfertigen würde (act. 101 S. 28). Obwohl das Bezirksgericht die weiteren von den Klägern behaupteten Sachverhalte (Haustürschlosszylinder, Wasserschaden, gewaltsamer Zutritt zur Wohnung, "Eindecken" der Kläger mit haltlosen Vorwürfen durch die Beklagten, Whirlpool, streitsüchtiges Verhalten) den Beklagten nicht als Verstoss gegen die Gemeinschaft anlastete, hielt es zusammenfassend und im Ergebnis dann doch fest, dass das gesamte Verhalten des Beklagten A.\_\_\_\_\_ eine dermassen gravierende Eigenmächtigkeit, Widersprüchlichkeit und Unberechenbarkeit zeige, dass ein weiterer Verbleib in der Gemeinschaft für die übrigen Miteigentümer die Grenze des Zumutbaren überschreiten würde (act. 101 S. 28). Weil die Beklagten 2-4 die Vorgehensweise des Beklagten 1 sodann ganz offensichtlich unterstützen und diese teilweise unter Anleitung des Beklagten 1 in eigenem Namen handeln würden, müssten sich die Beklagten 2-4 sein, des Beklagten 1, Verhalten voll anrechnen lassen (act. 101 S. 29 oben). Das Bezirksgericht schloss mit dieser Argumentation folgerichtig auch die Beklagten 2-4 aus der Gemeinschaft aus.

2.3.2. Die Beklagten argumentieren, es könne ihnen keine gravierenden Verfehlungen vorgeworfen werden. Objektiv falsch habe sich der Beklagte A.\_\_\_\_\_ – wenn auch nicht böswillig – höchstens in Bezug auf die Gartengestaltung und das entsprechende Baugesuch verhalten, weil dazu nicht vorgängig ein Beschluss der Gemeinschaft eingeholt worden sei (act. 97 S. 23). Die Beklagten rügen sodann, das Bezirksgericht hätte, nachdem es dem Baugesuch für die Errichtung eines Lamellendachs eine derartige Bedeutung für den Ausschluss der Beklagten

aus der Gemeinschaft zumesse, ein Beweisverfahren zu den behaupteten Vorgängen durchführen müssen, insbesondere zu der Frage, ob sich der Beklagte 1 tatsächlich als Stockwerkeigentümer gegenüber den Behörden ausgegeben habe (act. 97 S. 20). Das Bezirksgericht habe zu Unrecht nicht das Regelbeweismass des strikten Beweises angewendet (act. 97 S. 20 f.). Im Übrigen hätten die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ weder eine Pergola noch einen Wintergarten gebaut, welche Beanstandung aber ohnehin verspätet in den Prozess eingebracht worden sei (act. 114 S. 18). Vermutlich würden die Kläger mit der Pergola aber die Plane meinen, welche von den Beklagten als Schutzmassnahme über die Terrasse habe gespannt werden müssen. In den Schlafzimmern sei durch Nässeeinwirkung vom Hang und frontseitig Schimmelbildung entstanden (act. 114 S. 19). Das Problem könnte mit einem Glasdach gelöst werden, für das aber zufolge Verweigerungshaltung der Kläger keine Baubewilligung eingeholt werden könne. Man behelfe sich jetzt im Sinne einer Sofortmassnahme mit der Plane, die jederzeit wieder entfernt werden könne (ebenda). Bestünde vorliegend nicht das Problem der Begründung von Stockwerkeigentum, wären diese Aspekte (Gartengestaltung und Einreichen eines Baugesuches für ein Lamellendach) völlig belanglos, zumal sie mit mildereren Massnahmen korrigiert werden können. Solche mildereren Massnahmen seien von den Klägern nicht ergriffen worden. Hätten die Kläger z.B. das Gartenhäuschen wirklich entfernt haben wollen, hätten sie bei Weigerung der Beklagten AB.\_\_\_\_\_ eine entsprechende Beseitigungsklage anstelle einer Ausschlussklage erheben können. Den Klägern gehe es aber gar nicht um das Gartenhäuschen, die geringfügige Gebäudeaufschüttung oder das abgelehnte Baugesuch. Was sie störe, sei die nicht vollzogene Begründung von Stockwerkeigentum (ebenda). Es sei im Übrigen für jeden einzelnen Miteigentümer separat zu prüfen, ob Gründe für einen Ausschluss aus der Gemeinschaft vorliegen. Es müsste im Einzelnen aufgezeigt werden, bei welchem Verhalten konkret die Beklagten 2-4 den Beklagten 1 zu Unrecht unterstützt und für dessen Verhalten einzustehen hätten (act. 97 S. 25).

2.3.3. Die Kläger halten demgegenüber zusammengefasst fest, dass die einzelnen Pflichtverletzungen des unbefugten Wechselns der Haustürschlosszylinder am 8. Februar 2010, des Verursachens eines Wasserschadens durch den Be-

klagten A.\_\_\_\_\_ am 9. Februar 2010, des von den Beklagten durch Gewalt verschafften Zutritts zu ihren Wohnungen ohne offizielle Schlüsselübergabe am 5. März 2010, des "Eindeckens" der Verwaltung und der Kläger mit Briefen, E-Mails etc. durch die Beklagten, des Einbauens eines nicht den gesetzlichen bzw. bautechnischen Normen entsprechenden Whirlpools in der Wohnung der Beklagten AB.\_\_\_\_\_ und des seit Baubeginns von den Beklagten an den Tag gelegten streitsüchtigen Verhaltens, gesondert betrachtet vielleicht auf Bagatellen hinauslaufen, aber in der – vom Gericht – festzustellenden Häufigkeit ein Gewicht zu kommen. Zu Unrecht würde das Bezirksgericht auch das querulatorische Verhalten der Beklagten in Zusammenhang mit der Verwaltung der Miteigentümerschaft ausblenden. Die Beklagten würden die rechtmässig gewählte Verwaltung bis heute nicht anerkennen (act. 107 S. 21 ff.), insbesondere würden sie ihren Anteil an den Verwaltungskosten ignorieren. Ebenso würden die Beklagten von ihren anteilmässig geschuldeten Kosten der Miteigentümergeinschaft Abzüge machen, mit der Begründung und unter Vorlage zweifelhafter Dokumente, die im Grundbuch hinterlegten Miteigentumsanteile seien nicht korrekt berechnet worden (act. 68 S. 14, act. 107 S. 21 und S. 23; act. 70/37, act. 108/64-68). Diese Behauptung der falschen Berechnung sei aber bereits mehrfach widerlegt worden. Solches Verhalten der Beklagten, wie z.B. auch die Erstattung einer Strafanzeige durch den Beklagten AB.\_\_\_\_\_ gegen die Verwaltung wegen angeblicher Sachbeschädigung im Januar 2010, die konstante Weigerung der Beklagten 1-4 an Mitgliederversammlungen anwesend zu sein, sei gemeinschaftsschädigend (act. 107 S. 24 unten). Das Bezirksgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Familie AB.\_\_\_\_\_ im Sommer 2011 eine Baubewilligung für ein Lamellendach und Schiebeelemente zu erhalten versucht und dazu in ihrer Eingabe an die Baubehörde irreführende und gefälschte Dokumente eingereicht hätte (act. 107 S. 17 und S. 33). Obwohl sie die Baubewilligung bis heute nicht erhalten hätten, hätten sie mittlerweile sogar eine flexible Dachkonstruktion und einen Wintergarten erstellt (act. 108/62-63).

2.4.1. Es ist von den Feststellungen des Bezirksgerichts auszugehen und zu prüfen, ob das Bezirksgericht die Voraussetzungen eines Ausschlusses der Beklagten zu Recht bejaht hat. Gemäss Art. 649b Abs. 1 ZGB müssen die Pflichtverlet-

zungen gegenüber den anderen Eigentümern dermassen schwer sein, dass eine Fortsetzung der Gemeinschaft gegenüber den sich wohl verhaltenden Mitgliedern unzumutbar ist. Diese generalklauselartige Umschreibung der Ausschlussgründe verpflichtet das Gericht dazu, seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen. Es hat also einen Ermessensentscheid zu fällen und dabei alle wesentlichen Besonderheiten des konkreten Falles zu berücksichtigen sowie in Würdigung der objektiven Umstände zu entscheiden (R. Strittmatter, a.a.O., S. 42 f.). Damit verweist das Gesetz auf Art. 4 ZGB. Solche objektiven Kriterien, die gemäss Art. 4 ZGB bei Art. 649b ZGB zu berücksichtigen sind, sind zum Beispiel die Häufigkeit, Intensität und Art der begangenen Pflichtverletzungen. Einzelne geringfügige Pflichtverletzungen können durch die Häufigkeit und das zeitliche Andauern zu einer groben Pflichtverletzung werden (R. Strittmatter, a.a.O., S. 43, mit weiteren Hinweisen). Pflichtverletzungen gegenüber verschiedenen anderen Eigentümern dürfen summiert werden und dem Störer gesamthaft vorgeworfen werden, da sie in ihrer Gesamtheit gegen die Gemeinschaft gerichtet sind.

Das Gericht darf aber seinem Ermessensentscheid nur dann den bestrittenen rechtserheblichen Sachverhalt zugrunde legen, wenn es von der Richtigkeit der Behauptungen überzeugt ist und keine ernsthaften Zweifel mehr daran bestehen, dass sich der behauptete Sachverhalt auch tatsächlich verwirklicht hat. Nicht erfüllt ist der strikte Beweis, wenn das Gericht zum Schluss kommt, die Richtigkeit sei mit einiger Wahrscheinlichkeit anzunehmen oder wenn lediglich mehr für die Verwirklichung der zu beweisenden Tatsachen spricht als dagegen.

Das Bezirksgericht geht in seinem Entscheid vom Beweismass der Glaubhaftmachung aus, wenn es die Qualifizierung verschiedener Verstösse offen lässt (act. 101 S. 10 bis S. 18, E. 3.2 - 3.7) und bei der Beurteilung des Vorwurfes, der Beklagte A.\_\_\_\_\_ habe sich gegenüber den Behörden als Stockwerkeigentümer auszugeben versucht, festhält, auch wenn diesbezüglich kein strikter Beweis erbracht werden könne, so würden doch die Gesamtheit der erwähnten Indizien in diese Richtung deuten (act. 101 S. 28 E. 3.9.4). Wenn dann das Bezirksgericht im Ergebnis festhält, dass im Übrigen das gesamte Verhalten des Beklagten A.\_\_\_\_\_ - welches aber nicht beweismässig erstellt wurde -, die Grenze des Zu-

mutbaren überschreite, so erweist sich die Rüge der Beklagten, es sei von den Klägern für ihre Sachdarstellung nicht der strikte Beweis verlangt worden, als begründet. Aber auch die Kläger rügen zu Recht, sie hätten Anspruch auf beweismässige Abklärung der übrigen geltend gemachten Verstösse, weil diese in ihrer Häufigkeit, lassen sie sich beweismässig erstellen, zu einer schweren Pflichtverletzung werden.

2.4.2. Es ist zu unterscheiden zwischen den Beklagten AB. \_\_\_\_\_ und den Beklagten C. \_\_\_\_\_/D. \_\_\_\_\_:

2.4.3. Die Beklagten AB. \_\_\_\_\_ einerseits und die Beklagten C. \_\_\_\_\_/D. \_\_\_\_\_ andererseits, haben je einen Miteigentumsanteil am streitgegenständlichen Grundstück erworben. AB. \_\_\_\_\_ haben den Miteigentumsanteil je zur Hälfte erworben (act. 4/7 S. 1; "Miteigentum an Miteigentum"). Der Kaufvertrag der Beklagten C. \_\_\_\_\_/D. \_\_\_\_\_ liegt nicht im Recht, doch ist nicht zuletzt auch wegen der gesetzlichen Vermutung (Art. 646 Abs. 2 ZGB) davon auszugehen, dass auch hier Miteigentum je zur Hälfte erworben wurde. Jedenfalls wurde für keine der beiden Familien ein Gesamthandverhältnis am gekauften Miteigentumsanteil geltend gemacht.

Das Bezirksgericht kommt zum Schluss, dass die Beklagte B. \_\_\_\_\_ und die Beklagten C. \_\_\_\_\_/D. \_\_\_\_\_ den Beklagten A. \_\_\_\_\_ in seiner Vorgehensweise ganz offensichtlich unterstützen und teilweise unter seiner Anleitung im eigenen Namen handeln würden, weshalb sie sich sein Verhalten voll anrechnen lassen müssten (act. 101 S. 29 oben E. 4.1). Die Beklagten beanstanden zu Recht, dass die vom Beklagten A. \_\_\_\_\_ begangenen Pflichtverletzungen nicht ohne Weiteres ihnen zugerechnet werden dürfen (act. 97 S. 24).

Art. 649b Abs. 1 ZGB kennt zwar eine grundsätzliche Verantwortlichkeit des Miteigentümers für fremdes Verhalten. Ehepartner (die Beklagte B. \_\_\_\_\_) kommen indes nicht als Personen in Betracht, die für einen unverträglichen Miteigentümer nach der Formulierung von Art. 649b ZGB per se einzustehen haben (Strittmatter, a.a.O., S. 53 f.). Aber auch aus der Ordnung "Miteigentum an Miteigentum" folgt keine Verantwortung für fremdes Verhalten. Die Beklagten AB. \_\_\_\_\_ üben ihr Ei-

gentum an der Sache (der Wohnung) gemeinschaftlich aus, und es gibt, da nichts anderes behauptet wurde, keine ausschliesslichen Nutzungs-, Einwirkungs- und Verfügungsbefugnisse hinsichtlich des Miteigentums (der Wohnung); die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ wirken bei der Willensbildung zusammen. Dies spricht auf den ersten Blick für gegenseitige Verantwortung.

Jeder Miteigentumsanteil ist aber auch noch selbständiges Objekt des Rechtsverkehrs (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Der einzelnen Beteiligung am (Mit-)Eigentum kommt damit ein eigenes rechtliches Schicksal zu. Der Miteigentumsanteil der Beklagten AB.\_\_\_\_\_ ist ein verkehrsfähiges Grundstück (Art. 655 ZGB). Damit müssen aber auch die Ausschlussgründe in ihrer Person gegeben sein.

Entgegen der Darstellung der Beklagten behaupten die Kläger Ausschlussgründe in der Person der Beklagten A.\_\_\_\_\_. Sie machen geltend, diese sei auch verantwortlich für das Aufbohren/Wechseln der Haustürschlosszylinder (act. 2 S. 11), sie habe sich auch gewaltsam Zutritt zur Wohnung verschafft (act. 2 S. 11 unten), und zeichne auch verantwortlich für den nicht gesetzeskonformen Whirlpool (act. 2 S. 13, act. 68 S. 20). Ebenso sollen sie die Vorwürfe im Zusammenhang mit der Umgebungsgestaltung (act. 68 S. 21 f.) und die Vorgänge im Zusammenhang mit der Erstellung des Lamellendaches treffen (act. 68 S. 22 unten; sogleich hiernach unter 2.5.1- 2.5.3).

2.4.4. Art. 649b Abs. 1 ZGB kennt auch keine Verantwortlichkeit von befreundeten, allenfalls nicht genügend auf Distanz zum Störer gehenden Miteigentümer (Beklagte C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_). Die einzelnen Ausschlussgründe müssen in der Person der Beklagten C.\_\_\_\_\_ und in der Person des Beklagten D.\_\_\_\_\_ gegeben sein. Die diesen – substantiiert (act. 68 S. 32 oben) – vorgeworfenen Pflichtverletzungen reichen nicht aus, um sie für die Gemeinschaft als untragbar erscheinen zu lassen.

Die Darstellung der Kläger, sämtliche Beklagten würden konsequent Eigentümersversammlungen fernbleiben (act. 2 S. 10 unten f.) und ein Nein kommunizieren (act. 68 S. 31 unten f.), lässt sich mit den eingereichten Unterlagen in Einklang bringen. Wie bereits das Bezirksgericht zu Recht festgehalten hat, wei-

gern sich die Beklagten mit der rechtmässig gewählten Verwaltung zusammenarbeiten und haben sozusagen eine Gegenverwaltung installiert (vgl. hierzu act. 69/49/3, act. 69/49/9, act. 69/49/11, act. 69/49/13-14, act. 69/49/16, act. 69/49/19, act. 69/49/24, act. 69/49/26-27). Als Konsequenz davon schulden die Beklagten unbestrittenermassen Zahlungen an den Verwaltungsaufwand (act. 2 S. 12, act. 107 S. 21, act. 108/64-68, act. 114 S. 21 unten).

Es gibt keine Pflicht, bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums mitzuwirken (act. 68 S. 32 oben). Dauernde und beharrliche Verweigerung, an Eigentümersammlungen teilzunehmen, kann ein Verhalten entgegen Treu und Glauben darstellen, zumal wenn man weiss, dass Geschäfte zu beschliessen sind, die Einstimmigkeit erfordern. Das Gesetz eröffnet aber Möglichkeiten, das Einstimmigkeitsprinzip zu durchbrechen (Art. 647e Abs 2 ZGB).

Die Beitragspflicht der Eigentümer an den Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und der Verwaltung ergibt sich aus dem Gesetz (Art. 649 ZGB). Zahlungsrückstände sind mit Hilfe des Betreibungsrechtes und einem allfälligen Gerichtsprozess einzutreiben. Es trifft zu, dass der Miteigentümergeinschaft anders als der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Absicherung von Beitragsforderungen kein Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechtes zulasten der Einheit der säumigen Eigentümer zusteht (Art. 712i ZGB). Angesichts der hinlänglich geschilderten Umstände ist der Unmut der Kläger über diese fehlende gesetzliche Absicherungsmöglichkeit für Beitragsforderungen verständlich. Ein Ausschluss der Beklagten 3 und 4 lässt sich aber damit, wie auch mit dem Fakt des Zahlungsrückstandes, nicht begründen.

Die Beklagten C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ befürworten die Prüfung der Einleitung strafrechtlicher Schritte gegen die Kläger und ihren Rechtsvertreter im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die Begründung von Stockwerkeigentum (act. 69/49/12). Ein solches Verhalten trägt nicht zur Entspannung der Situation bei. Es kann aber nicht, auch nicht in Kombination mit den übrigen Pflichtverletzungen als ausserordentlich schweren Verstoss gegen die Gemeinschaft gewertet werden, was Voraussetzung der Ausschlussklage ist.

Die Klage auf Ausschluss der Beklagten 3 und 4 ist abzuweisen.

2.5.1. a) Anders gestaltet sich die Behauptungslage für die Beklagten AB.\_\_\_\_\_. Ihnen werden diverse Pflichtverletzungen, auch gegenüber Dritten, nämlich der Verwaltung, vorgeworfen, welche in ihrer Gesamtheit einen Ausschluss gegebenenfalls zu rechtfertigen vermögen. Es ist den Klägern somit die Möglichkeit zu geben, den strikten Beweis für die von ihnen behaupteten und sich gemäss Sachdarstellung der Kläger über Jahre hinziehenden Verstösse der Beklagten zu geben. Es wird zu prüfen sein, ob die bewiesenen Sachverhalte die Ausschlussklage gutzuheissen vermögen. Die Beweiswürdigung der erstellten Umstände muss neu vorgenommen werden. Es kann auch beachtlich sein, wie sich die Situation seit den zum Beweis zu verstellenden Ereignissen aus den Jahren 2010 bis 2012 weiter entwickelt hat. Die neu eingetretene Entwicklung wird in die Erwägungen einzubeziehen sein, möglicherweise führt sie zu einer Ausweitung des Beweisverfahrens. Im Einzelnen:

b) Art. 649b Abs. 1 ZGB spricht von Verletzungen der Verpflichtungen gegenüber Mitberechtigten. Pflichtwidriges Verhalten eines Eigentümers gegenüber Dritten kann aber dann als Pflichtverletzung im Sinne von Art. 649b ZGB qualifiziert werden, wenn es einen genügenden Bezug zum Miteigentumsverhältnis der Beteiligten aufweist (R. Strittmatter, a.a.O., S. 33, mit weiteren Hinweisen). Pflichtverletzungen gegenüber der Verwaltung (act. 97 S. 13 und S. 14) berühren die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte der übrigen Mitglieder und dürfen daher bei der Gesamtbeurteilung der Unzumutbarkeit der Fortführung der Gemeinschaft zumindest mitberücksichtigt werden. Das renitente Verhalten der beiden Beklagten AB.\_\_\_\_\_ gegenüber der Verwaltung ist erstellt (vgl. hierzu die bereits zitierten Aktenbelege act. 69/49/3, act. 69/49/9, act. 69/49/11, act. 69/49/13-14, act. 69/49 /16, act. 49/49/19, act. 69/49/24, act. 69/49/26-27). Der Beklagte A.\_\_\_\_\_ sah sich sogar zur Einreichung der Strafanzeige gegen die Organe der Verwaltung wegen diverser Delikte veranlasst (act. 10/12, act. 4/23, act. 69/49/5-6). Den Nichteintretensentscheid der Staatsanwalt hat er an das Obergericht weitergezogen (act. 69 /56). Die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ schulden unbestrittenermassen Zahlungen an den Verwaltungsaufwand (act. 107 S. 21, act. 108/64-68, act. 114 S. 21

unten). Ein solches Verhalten, das in erster Linie gegen die rechtmässig gewählte Verwaltung gerichtet ist, trifft aber auch die Eigentümergemeinschaft, und ist daher zur Beurteilung des Gesamteindrucks rechtserheblich.

c) Zum Gesamteindruck gehören auch folgende Aspekte: Bauunternehmer übernehmen nicht selten wie hier Verwaltungsmandate für die von ihnen erstellten Liegenschaften. Bereits das Bezirksgericht wies darauf hin, dass die möglichen gegensätzlichen Interessen bei einer solchen Ausgangslage im Auge zu behalten seien. Es bedarf bei der Zuweisung der Mängelverantwortlichkeit vertiefter Kenntnisse und vor allem auch unvoreingenommener Abklärungen der einzelnen Bauvorgänge. Vorliegend ist angesichts der Auseinandersetzung um ausstehende Werklohnforderungen zwischen der M. \_\_\_\_\_ AG und den Beklagten AB. \_\_\_\_\_ ein idealer Nährboden für Interessenkonflikte gegeben. Die gegensätzlichen Interessen werden auch deutlich durch die vertragliche Abrede, wonach die Mängelhaftung der Bauunternehmerin ausgeschlossen ist, und sie, die Bauunternehmerin, ihre Mängelrechte gegenüber den Handwerkern an die Bauherren abtritt (Ziffer 10 des Werkvertrages, act. 4/8).

Der Interessenkonflikt ist vorliegend zusätzlich akzentuiert: Ab dem 20. Januar 2010 waren die Wohnungen bezugsbereit. Die M. \_\_\_\_\_ AG verweigerte der Familie AB. \_\_\_\_\_ die Schlüsselübergabe wegen der ausstehenden Restzahlung. Bereits das Bezirksgericht wies daraufhin, dass die Verweigerung der Schlüsselübergabe durch die M. \_\_\_\_\_ AG unrechtmässig war (act. 101 S. 12). Die Familie AB. \_\_\_\_\_ verschaffte sich daraufhin unbestrittenermassen am 8. Februar 2010 gewaltsam Zutritt zum Haus und am 5. März 2010 gewaltsam Zutritt zu ihrer Wohnung, indem sie die Schlosszylinder u.a. der Hauseingangstüre aufbohrte und den Schlosszylinder austauschte (act. 101 S. 10 E. 3.2; act. 4/27-30). Dafür hatten sie wiederum keinen Rechtfertigungsgrund. Die Beklagten AB. \_\_\_\_\_ hätte gegen die Bauträgerin auf Herausgabe der (Wohnungs-)Schlüssel klagen müssen. Das Aufbohren und Austauschen der Schlosszylinder der Haustüre (Vorfall vom 8. Februar 2010, E. 3.2) und das gewaltsame Aufbrechen der Wohnung und weiterer Nebenräumlichkeiten (Keller etc.; Vorfall vom 5. März 2010, E. 3.4) tangiert die Eigentumsrechte der Miteigentümer und ist daher bei der Beurteilung der

Frage, ob hier gemeinschaftsschädigendes Verhalten vorliegt, von Relevanz. Es ist auch zu versuchen, beweismässig abzuklären, wer das Wasser vor der Wohnung der Beklagten AB.\_\_\_\_\_ am 9. Februar 2010 ausgeleert hatte (act. 101 S. 13 E. 3.3, act. 4/24-25, act. 107 S. 26).

d) Die Bauträgerin hat noch offene Werklohnforderungen gegen die Beklagten, weshalb sie im Einklang mit dem Gesetz (Art. 648 Abs. 3 ZGB) zur Sicherstellung dieser Forderungen auf die einzelnen Miteigentumsanteile aller Eigentümer Bauhandwerkerpfandrechte errichten liess (act. 107 S. 20). Wäre vorliegend Stockwerkeigentum ausgeschieden, so wäre das Bauhandwerkerpfandrecht zu Lasten der Stockwerkeigentumsanteile der Beklagten eingetragen worden. Die sich hinziehende Begründung von Stockwerkeigentum wirkt sich, wie auch dieses Beispiel zeigt, auf den Wert und die Verkäuflichkeit der Miteigentumsanteile aus. Für eine Gesamtbetrachtung ist, wie verlangt, abzuklären, ob und weshalb die Bauhandwerkerpfandrechte auf den Miteigentumsanteilen der Kläger nicht durch anderweitige Sicherheiten abgelöst wurden, zumal die Beklagten angeboten haben wollen, Sicherheiten zu hinterlegen (act. 2 S. 7 ff., act. 68 S. 34, act. 4/13-15, act. 107 S. 20, act. 77 S. 20).

2.5.2. Die Kläger machen geltend, die Familie AB.\_\_\_\_\_ hätte unsachgemäss eine den baulichen Anforderungen nicht entsprechende Badewanne (Whirlpool) eingebaut. Das Wasserwerk habe die Abnahme ausgeschlossen. Trotz Abmahnung sei die fehlerhafte Installation nicht richtig gestellt worden (act. 101 S. 16, E. 3.6, act. 97 S. 16, act. 2 S. 6, act. 68 S. 20 act. 4/12, act. 69/42 S. 4). Der Vorwurf, der Einbau sei bautechnisch mangelhaft erfolgt und es bestehe ein erhebliches Risiko eines Wasserschadens für das Gebäude, wird bestritten, und es wird darauf hin gewiesen, dass der auch von den Klägern GH.\_\_\_\_\_ eingebaute Whirlpool nicht von der Installationskontrolle der städtischen Wasserversorgung abgenommen worden sei (act. 97 S. 16, act. 57 S. 9, act. 77 S. 22 unten, S. 23 unten). Die tatsächlichen Begebenheiten sind zum Beweis zu verstellen, um beurteilen zu können, ob der Familie AB.\_\_\_\_\_ hier ein gemeinschaftswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.

2.5.3. a) Entgegen der Behauptung der Beklagten machen die Kläger im Zusammenhang mit der Windschutzverglasung im vorhandenen Balkon bzw. der Aufschüttung und Planierung im Garten (act. 101 S. 19 f, E. 3.8) und des (in einem anderen Terrassenbereich) angeblich erstellten Lamellendaches (act. 101 S. 21 f, E. 3.9) keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO geltend (act. 114 S. 18). Die Kläger äussern sich in der Berufung lediglich zur diesbezüglichen Entwicklung bzw. zur heutigen Situation in der Miteigentümergeinschaft (act. 107 S. 17, S. 31 f.). Es sind demnach zwei Sachverhalte zu unterscheiden:

Die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ haben im Schlafzimmer Schimmelbildung festgestellt, angeblich u.a. durch Nässeeinwirkung vom Hang, und sie wollen dieses Problem mit einer Lamellenüberdachung und Verglasung der Terrasse lösen (act. 69/51, act. 114 S. 19). Auf dieses Baugesuch (act. 69/52/2) wurde mit Bauentscheid vom 17. August 2011 nicht eingetreten, weil die Unterlagen nicht vollständig waren, insbesondere weil auch die Zustimmungen der Miteigentümer nicht vorlagen. In diesem Baubewilligungsverfahren soll sich der Beklagte A.\_\_\_\_\_ als Stockwerkeigentümer ausgegeben haben, was er bestreitet (act. 68 S. 22 ff., act. 97 S. 20). Das Bezirksgericht würdigt die als Beweismittel offerierten Urkunden zwar umsichtig (act. 101 S. 21-28), ohne aber ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen und die offerierten Beweismittel abzunehmen, wie die Befragung des Zeugen Q.\_\_\_\_\_, der damals damit befasste Kreisarchitekt der städtischen Baubehörde (act. 77 S. 24 unten f.). Dies ist nachzuholen.

b) Sodann hat die Familie AB.\_\_\_\_\_ im Sommer 2010 begonnen, im gegen Süden gerichteten Teil der Terrasse eine Windschutzverglasung im vorhandenen Balkon einzubauen und ihren Garten aufzuschütten und zu planieren. Ein Gartenhäuschen wurde aufgestellt (act. 101 S. 19 f, E. 3.8, act. 68 S. 21 f.). Die Kläger haben unbestrittenermassen keine Zustimmung zum Vorhaben erteilt (act. 107 S. 31, act. 114 S. 22, act. 97 S. 17, act. 68 S. 22, act. 77 S. 24). Die Kläger machen gemeingefährliche Rutschgefahr geltend und stellen das von der Familie AB.\_\_\_\_\_ in Anspruch genommene Recht auf Ersatzvornahme in Abrede (act. 68 S. 22, act. 107 S. 31). Die Beklagten AB.\_\_\_\_\_ stellen sich auf den Standpunkt, die M.\_\_\_\_\_ AG habe sich geweigert, die Gartenarbeiten fertig zu stellen, weil

Uneinigkeit in Bezug auf die Werklohnforderungen bestünde. Sie, die Familie AB.\_\_\_\_\_, hätten deshalb die Umgebungsarbeiten selbst an die Hand genommen und zu Ende führen müssen. Jetzt seien sie mit der Gartengestaltung rundum zufrieden, was auch im Interesse der Kläger sei (act. 77 S. 24, S. 36 unten, act. 97 S. 18, act. 114 S. 21). Im Übrigen falle der Vorwurf des eigenmächtigen Handelns auf die Kläger zurück, hätten diese doch bauliche Veränderungen vorgenommen, ohne dass entsprechende Beschlüsse vorgelegen seien (vgl. hierzu act. 57 S. 18, act. 97 S. 10 unten, S. 18, act. 114 S. 18). So würde der Kläger E.\_\_\_\_\_ im Garten umfangreiche Gartenarbeiten ausführen (act. 114 S. 21, act. 115/4; so der Vorwurf auch in act. 97 S. 10 und act. 57 S. 18).

Die Beklagten 1 und 2 haben dem Amt für Baubewilligung nachträglich ein Gesuch zur Bewilligung der Windschutzverglasung samt Gartengestaltung eingereicht (act. 108/63). Es ist nicht aktenkundig, ob mittlerweile das Gesuch nachträglich bewilligt wurde. Da aber die Rechtslage nach öffentlichem Recht nicht entscheidend ist, kommt einer allfälligen nachträglichen Bewilligung des Gesuchs keine Bedeutung zu. Das Bezirksgericht kam zu Recht zum Schluss, dass die streitgegenständlichen Umgebungsarbeiten nützliche oder gar luxuriöse bauliche Massnahmen gemäss Art. 647d f. ZGB seien, welche der Zustimmung eines qualifizierten Quorums bedürfen. Eine solche Zustimmung liegt unbestrittenermassen nicht vor. Ein solches Gebaren ist mit dem Bezirksgericht als gemeinschaftswidrig zu beurteilen (act. 101 S. 21 E. 3.8.3.2). Noch nicht berücksichtigt ist aber bei dieser Einschätzung der Einwand der geltend gemachten "Ersatzvornahme". Eigenen Ausführungen der M.\_\_\_\_\_ AG zufolge waren die Umgebungsarbeiten im Februar 2010 jedenfalls noch eine Pendenza (vgl. act. 4/14 S. 6 oben, siehe auch zum Umfang der geschuldeten Leistung den Werkvertrag, act. 4/8 S. 4, oben, S. 5, die Gestaltung des Gartens wurde nicht von der Bezahlung der letzten Rate abhängig gemacht); Behauptungen, wonach die M.\_\_\_\_\_ AG später den Gartenbereich fertig stellen wollte, gibt es nicht (act. 77 S. 24, act. 107 S. 31 unten).

Gemäss Ziffer 3 des Werkvertrages vom 11. Dezember 2007 kommen die Regeln nach SIA Norm 118 zur Anwendung (act. 4/8 S. 2 und S. 4, nachfolgend SIA). Gemäss Art. 157 SIA ist Gegenstand des Werkvertrages nicht nur die Herstellung

des Werkes, sondern auch dessen Ablieferung. Die Ablieferung des Werkes setzt voraus, dass das Werk vollendet ist. Das Werk ist vollendet, wenn der Bauunternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Vorliegend wird zunächst zu prüfen sein, ob die mit einer Abnahme des Werkes verbundenen, für den Besteller/Bauherrn nachteiligeren Wirkungen, nämlich der Übergang des Erfüllungsanspruches zu den Mängelrechten überhaupt eingetreten sind. Die Familie AB.\_\_\_\_\_ hat sich zwar (gewaltsam und unrechtmässig) Zugang zu ihrer Wohnung verschafft, dies nachdem sich aber die M.\_\_\_\_\_ AG vertragswidrig weigerte, der Familie AB.\_\_\_\_\_ die Haus- und Wohnungsschlüssel auszuhändigen. Mit dem Bezug der Wohnung kann nicht ohne Weiteres auf Abnahme des von der Wohnung separaten Gartenbereichs geschlossen werden (vgl. in diesem Zusammenhang auch der Eintrag im Protokoll der Miteigentümerversammlung vom 13. April 2011, act. 69/42 S. 5 unten). Damit hätten die Beklagten 1 und 2 gegenüber der M.\_\_\_\_\_ AG immer noch einen Erfüllungsanspruch in Sachen Gestaltung des Gartenbereichs. Aber auch wenn man von einer Abnahmewirkung ausgeht, und damit von einem stattgefundenen Übergang zu den Mängelrechten, so sind gemäss Art. 169 SIA die erleichterten Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme zu berücksichtigen. Der Bauherr kann zur Ersatzvornahme schreiten, falls der Bauunternehmer nicht innert Frist die Mängel behoben hat. Eine Androhung der Ersatzvornahme ist nicht erforderlich (vgl. zum Ganzen Spiess/Huser, Stämpfli's Handkommentar zur Norm SIA 118 Art. 169 N 10 ff., N 16). Die zumindest implizit geltend gemachte Fristansetzung zur Fertigstellung des Gartens wird nicht in Abrede gestellt (act. 77 S. 24, act. 69/49/2).

Schliesslich wird der Vorwurf der gemeingefährlichen Rutschgefahr durch die Anlage des Gartens zum Beweis zu verstellen sein.

#### IV.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass das erstinstanzliche Verfahren durch den Rückweisungsentscheid in den Stand zurückversetzt wird, in welchem es sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheides befunden hat, weshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO für die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens

das kantonale Prozessrecht anwendbar bleibt (BGer 4A\_225/2011 und 4A\_471/2011).

## V.

1.1. Heute wird über einen Teil der gestellten Begehren entschieden, weshalb auch diesbezüglich die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln sind. Der Aufwand hinsichtlich der heute definitiv zu erledigenden Begehren am gesamten Verfahren ist auf die Hälfte zu veranschlagen.

1.2. Das Bezirksgericht hat die Gerichtsgebühr für das bisherige Verfahren auf Fr. 12'000.-- festgesetzt. Die Höhe der Gebühr wurde nicht angefochten und ist zu bestätigen.

Soweit die Gerichtsgebühr auf die heute abgewiesenen Begehren entfällt (nämlich die Hälfte), ist diese in Aufhebung von Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils im Betrag von Fr. 6'000.-- den Klägern aufzuerlegen, weil die Kläger diesbezüglich vollständig unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Anschlussberufung der Kläger, und damit die Klage auf Verpflichtung der Beklagten zur Begründung von Stockwerkeigentum, ist abzuweisen. Demgegenüber ist die Hauptberufung der Beklagten bezüglich der Klage auf Ausschluss der Beklagten 3 und 4 gutzuheissen. Die Beklagten 3 und 4 obsiegen vollständig, die Beklagten 1 und 2 lediglich in Bezug auf einen Teil der Begehren. Trotzdem rechtfertigt sich angesichts der Höhe der zuzusprechenden Entschädigungen, die Beklagten bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen im Urteil gleich zu behandeln.

1.3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 27'000.-- (act. 102 S. 6 oben). Soweit die Gerichtsgebühr auf den heute definitiv zu erledigenden Teil des Berufungsverfahrens fällt, ist sie auf Fr. 13'500.-- festzusetzen. Die Gerichtsgebühr für den der Vorinstanz zurückzuweisenden Teil des Berufungsverfahrens ist ebenfalls auf Fr. 13'500.-- festzusetzen. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Teils des Verfahrens wie auch der Entscheidung über die Verwendung des Kostenvorschusses wird dem Bezirksgericht vorbehalten. Die Beklagten haben für das Berufungsverfahren einen Kostenvor-

schuss im Sinne von Art. 98 ZPO von Fr. 27'000.-- geleistet (act. 104); die Kläger haben einen solchen von Fr. 4'910.-- geleistet (act. 111). Der von den Klägern geleistete Kostenvorschuss ist aber vollständig zur Deckung des heute definitiv zu erledigenden Teils des Verfahrens zu verwenden.

Die heute zu beziehenden gesamten Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind gestützt auf Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen, unter Verpflichtung der Kläger, den Beklagten den von diesen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 27'000.-- im Betrag von Fr. 8'590.-- zu ersetzen (Fr. 13'500 ./ Fr. 4'910.--).

2. Entsprechend der Kostenaufgabe haben die Kläger die Beklagten für deren Aufwendungen zu entschädigen. Die Kläger haben in Aufhebung von Dispositiv Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils den Beklagten für den heute definitiv zu erledigen Teil des Verfahrens für ihre Aufwendungen im erstinstanzlichen Verfahren in Anwendung der Anwaltsgebührenverordnung eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich MwSt zu bezahlen (act. 82, act. 84, act. 88). Sodann sind den Beklagten für die Hauptberufung und das Beantworten der Anschlussberufung Kosten erwachsen, welche die Kläger ihnen mit einem auf die Hälfte reduzierten Betrag von Fr. 13'000.-- zuzüglich MwSt zu ersetzen haben.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Hauptberufung der Beklagten werden Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils vom 27. August 2012 aufgehoben, und die Klage auf Ausschluss der Beklagten 3 und 4 aus der Miteigentümergeinschaft L.\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, wird abgewiesen.
2. In Abweisung der Anschlussberufung der Kläger wird die Klage, es seien die Beklagten 1-4 zur Begründung von Stockwerkeigentum an der Liegenschaft L.\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, zu verpflichten, abgewiesen.

3. In Aufhebung von Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils wird die Gerichtsgebühr für den hier definitiv erledigten Teil des erstinstanzlichen Verfahrens auf Fr. 6'000.-- festgesetzt und den Klägern auferlegt.
4. Die Gerichtsgebühr für dieses Urteil wird auf Fr. 13'500.-- festgesetzt, den Klägern auferlegt sowie aus den von beiden Parteien geleisteten Vorschüssen bezogen, Fr. 4'910.-- aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss und Fr. 8'590.-- aus dem von den Beklagten geleisteten Vorschuss.
5. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten 1-4 den Betrag von insgesamt Fr. 8'590.-- zu ersetzen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.
6. In Aufhebung von Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils werden die Kläger verpflichtet, den Beklagten 1-4 für ihre erstinstanzlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit den in diesem Urteil erledigten Klagen eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.
7. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten für ihre zweitinstanzlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit den in diesem Urteil erledigten Klagen eine Parteientschädigung von Fr. 13'000.-- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.
8. Mitteilung gemäss nachstehenden Beschluss.
9. 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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

**und es wird weiter beschlossen:**

1. Im Übrigen wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung über die Klage auf Ausschluss der Beklagten 1 und 2 aus der Miteigentümergeinschaft L. \_\_\_\_\_-strasse ..., Zürich, an das Bezirksgericht zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr für diesen Beschluss wird auf Fr. 13'500.-- festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Teils des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten, unter Hinweis auf den von den Beklagten beim Obergericht geleisteten Vorschuss.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

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: