Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.143/2005 /bnm

Sitzung vom 2. Februar 2006
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Nordmann, Escher,
Bundesrichter Marazzi, Ersatzrichter Riemer,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
Orange Communications SA,
Beklagte und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Amadeus Klein,

gegen

X._____,
Kläger und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Rechtsanwalt Armin Neiger,

Gegenstand
actio negatoria; Stockwerkeigentum,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 15. April 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ ist zu 110/1000 Stockwerkeigentümer der Liegenschaft "Wohn- und Gewerbehaus Y._____" in A._____. Sie liegt in der Gewerbezone und umfasst elf Einheiten. Acht Einheiten im UG und 1. bis 3. OG mit einem Anteil von 805/1000 dienen als Gewerbe- und Lagerraum, zwei Einheiten im 3. OG mit einem Anteil von 150/1000 sind Wohnungen und eine Einheit im 3. OG mit einem Anteil von 45/1000 wird als Gymnastik- und Fitnessraum genutzt. X._____ betreibt in seiner Einheit im Untergeschoss eine Schreinerei.

Im Zuge des Ausbaus ihres Mobilfunknetzes gelangte die Orange Communications SA (Orange) im September 2000 an die Eigentümer der Liegenschaft "Y._____" mit dem Anliegen, ihr auf dem Dach des Hauses die Installation und den Betrieb einer Funkantenne zu ermöglichen. X._____ stellte sich an der Stockwerkeigentümerversammlung vom 15. November 2001 gegen das Ansinnen der Mehrheit, diesem Vorhaben zuzustimmen.

Am 10. Januar 2002 beschloss die Stockwerkeigentümergemeinschaft im Verhältnis von 820 zu 110 Anteilen gegen die eine Stimme von X._____ eine Änderung von Art. 20 ihres Reglements. Nach der neuen lit. b bedarf es für den Abschluss von Dienstbarkeits- sowie Miet- und Pachtverträgen zur Benützung gemeinschaftlicher Teile wie Dach, Fassaden, etc., der Zustimmung einer Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten, und der Verwalter ist diesfalls zur Unterzeichnung der entsprechenden Verträge ermächtigt. Nach der neuen lit. c gilt das gleiche Mehr auch für Beschlüsse über bauliche Massnahmen.

Am 21. November 2002 stimmte die Stockwerkeigentümergemeinschaft dem Projekt von Orange im Verhältnis

von 890 zu 110 Anteilen gegen die eine Stimme von X._____ zu. Am 18. März 2003 fand auf dem Hausdach ein Informationstreffen statt. In der Folge beschloss die Stockwerkeigentümergemeinschaft wiederum mit quotenmässiger Mehrheit und gegen die Stimme von X._____, den Mietvertrag mit Orange abzuschliessen.

Am 15. bzw. 22. April 2003 wurde der auf eine feste Dauer bis Ende 2013 und anschliessend auf unbestimmte Zeit weitergeltende, aber unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten auf das Ende eines Kalenderjahres kündbare Mietvertrag unterzeichnet. Der Mietzins wurde auf Fr. 12'000.– pro Jahr (indexiert) festgelegt. Ausserdem wurde vereinbart, dass der Stockwerkeigentümergemeinschaft ein ausserordentliches Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen zusteht und sie zur Übertragung aller Rechte und Pflichten auf jede Rechtsnachfolgerin verpflichtet ist, während Orange das Mietverhältnis auf Dritte übertragen und dieses für die vereinbarte feste Mietdauer im Grundbuch vormerken lassen kann.

Am 26. Juni 2003 erteilte die Baukommission der Gemeinde A._____ die notwendige Bewilligung. Danach will Orange eine Antennenanlage für den Betrieb eines kombinierten GSM/UMTS-Mobilfunknetzes erstellen. Vorgesehen ist ein Antennenmast von 4,13 m Höhe sowie versetzt ein sog. Dreibein von 1,45 m Höhe, gemessen je ab Oberkante des Dachs. Die darunter liegenden Räumlichkeiten sind einer erhöhten Strahlung ausgesetzt, welche durch Einbau einer strahlungsdämpfenden Schicht reduziert wird. Ausserdem muss rund um den Antennenmast eine Absperrung mit Beschilderung angebracht werden, damit niemand in die Strahlen treten kann.

B.

Mit Schreiben vom 8. Mai 2003 erhob X._____ beim Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft "Einsprache" bezüglich des Traktandums 8 (Mietvertrag mit Orange) der Versammlung der Stockwerkeigentümer vom 18. März 2003. Am 7. August 2003 erkundigte er sich ausserdem bei Orange, ob sie bereit sei, auf die Errichtung der Antennenanlage zu verzichten. Orange informierte ihn mit Schreiben vom 28. August 2003 dahingehend, dass sie an ihrem Projekt festhalte.

C.

Mit Eigentumsfreiheitsklage vom 5. März 2004 verlangte X._____, Orange sei zu verbieten, auf dem Hausdach der Liegenschaft Y._____ in A._____ Funkantennen für den Mobilfunk zu installieren.

Mit Urteil vom 23. April 2004 wies der Einzelrichter des Bezirksgerichts Horgen die Klage ab.

Demgegenüber hiess das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, die Klage in seinem Urteil vom 15. April 2005 gut und erliess das beantragte Verbot.

D.

Gegen das obergerichtliche Urteil hat Orange am 27. Mai 2005 eidgenössische Berufung eingereicht mit dem Begehren um dessen Aufhebung. In seiner Berufungsantwort vom 29. August 2005 hat der Kläger auf Abweisung der Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Obergericht hat befunden, der Mietvertrag stelle eine Belastung im Sinn von Art. 648 Abs. 2 ZGB dar, und entsprechend hätte es eines einstimmigen Beschlusses bedurft. Zwar hätten die Stockwerkeigentümer am 10. Januar 2002 das Reglement abgeändert und eine Ordnung geschaffen, welche für die Zustimmung zum Abschluss des Mietvertrages einen Mehrheitsentscheid genügen liess; indes sei der Beschluss vom 10. Januar 2002 zur Änderung des Reglements nicht einstimmig gefällt worden. Art. 648 Abs. 2 ZGB sei für den Schutz des einzelnen Miteigentümers von grundlegender Bedeutung. Fehle es an einem einstimmigen Beschluss über eine Belastung wie auch an einer einstimmig vereinbarten anderen Ordnung, so würden zwingende Schutzvorschriften zugunsten des Miteigentümers verletzt; es liege ein derart gravierender Mangel vor, dass es sich rechtfertige, diesem den Rechtsschutz auch dann nicht zu versagen, wenn er es versäumt habe, die Frist gemäss Art. 75 ZGB zur Anfechtung zu wahren. Der Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft vom 18. März 2003 zum Mietvertrag mit der Beklagten sei daher als nichtig zu betrachten. Liege aber für die Genehmigung des Mietvertrages kein gültiger Beschluss der Stockwerkeigentümer vor, verfüge die Beklagte gegenüber dem Kläger über keinen Rechtstitel, der dessen Miteigentumsrechten und damit dessen Eigentums-

freiheitsklage entgegenstünde.
2.
Das Obergericht geht explizit davon aus, dass die angenommene Nichtigkeit der Stockwerkeigentümerbeschlüsse die Ungültigkeit des Mietvertrages als Rechtstitel für das Erstellen und Betreiben der Anlage zur Folge hat und die Einwirkung durch die Anlage deshalb ungerechtfertigt im Sinn von Art. 641 Abs. 2 ZGB ist, und legt seinen Erwägungen stillschweigend zu Grunde, dass die Nichtigkeit eines privaten Rechtsaktes - wie im Übrigen auch diejenige einer gerichtlichen Verfügung bzw. Entscheidung (BGE 127 II 32 E. 3g S. 48; 129 I 361 E. 2 S. 363) oder einer Betreibungshandlung (BGE 121 III 142 E. 2 S. 144) - von jedermann geltend gemacht werden kann und von den rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten ist, was nicht nur für Verträge (BGE 110 II 360 E. 4 S. 368; 111 II 134 E. 1 S. 138; 114 II 329 E. 2b S. 333; 123 III 60 E. 3b S. 62), sondern grundsätzlich auch für Beschlüsse gilt (BGE 74 II 41 E. 4a S. 43; 78 III 33 E. 9 S. 43; 86 II 201 E. 2 S. 206; 97 II 108 E. 4 S. 115; vgl. nunmehr für das Aktienrecht Art. 706b und 714 OR).

Diese Regel gilt indes nicht schrankenlos. Das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, dass der Zeitablauf je nach der konkreten Situation selbst den Makel der Nichtigkeit zu "heilen" vermag. So handelt gegebenenfalls rechtsmissbräuchlich, wer mit der Klageanhebung zuwartet, um sich später aus der Berufung auf Nichtigkeit Vorteile zu verschaffen (vgl. etwa BGE 113 II 187 E. 1a S. 189; 123 III 70 E. 3c S. 75). Unabhängig von der Frage nach Rechtsmissbrauch kann die Rückabwicklung eines bereits vollzogenen, aber an sich nichtigen Beschlusses - und damit seine Nichtigerklärung - an praktischen Schwierigkeiten scheitern (vgl. allerdings BGE 116 II 713). Schliesslich kann der Schutz gutgläubiger Dritter die Feststellung der Nichtigkeit verbieten (vgl. BGE 78 III 33 E. 9 S. 44; 129 I 361 E. 2.3 S. 365; zum Ganzen siehe: Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N. 299 f.).

Vorliegend hat die Beklagte aufgrund des Mietvertrages nicht unerhebliche Investitionen in die Planung und das öffentlich-rechtliche Bewilligungsverfahren für die Antennenanlage gesteckt. Sie wusste zwar, dass der Kläger mit ihrem Vorhaben nicht einverstanden war, ist dieses doch vorerst an seinem Widerstand an der Versammlung vom 15. November 2001 gescheitert und hat er sich am 7. August 2003 auch direkt an sie gewandt mit der Bitte, auf die Anlage zu verzichten. Indes musste sich die Beklagte als Drittpartei weder um die internen Quoren für eine gültige Beschlussfassung noch um die tatsächlichen Abstimmungsergebnisse der Stockwerkeigentümerversammlung kümmern. Sie durfte jedenfalls nach Ablauf der auch für die Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft geltenden (vgl. Art. 712m Abs. 2 ZGB) einmonatigen Anfechtungsfrist von Art. 75 ZGB auf die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit des mit der Gemeinschaft abgeschlossenen Mietvertrages bauen und um die erwähnte öffentlich-rechtliche Bewilligung nachsuchen.

Bei dieser Ausgangslage, die dem Kläger in allen Teilen bekannt sein musste, hätte er selbst für den Fall, dass der Mietvertrag und die ihm zugrunde liegenden Beschlüsse als nichtig anzusehen wären, mit seiner Klage nicht über zwei Jahre zuwarten dürfen: Angelpunkt für die behauptete Nichtigkeit ist der Beschluss vom 10. Januar 2002, mit welchem das Reglement dahingehend abgeändert bzw. ergänzt wurde, dass für den Abschluss von Dienstbarkeits- sowie Miet- und Pachtverträgen zur Benützung gemeinschaftlicher Teile wie Dach oder Fassaden eine Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten genüge. Diese Reglementsänderungen wurden indes nicht losgelöst von einer konkreten Situation, sondern aufgrund der Anfrage der Beklagten von September 2000, ihr auf dem Dach des Hauses die Installation und den Betrieb einer Funkantenne zu ermöglichen, und dem Widerstand des Klägers an der Stockwerkeigentümerversammlung vom 15. November 2001, der dieses Projekt vorerst hatte scheitern lassen, beschlossen, was sich insbesondere auch darin zeigt, dass der Verwalter in Ziff. 20 lit. b des ergänzten Reglements zur Unterzeichnung der entsprechenden Verträge ermächtigt wurde. Vor diesem Hintergrund hätte sich der Kläger bereits gegen diese am 10. Januar 2002
beschlossenen Reglementsänderung wehren müssen. Sodann hätte er sich hinsichtlich des Beschlusses vom 18. März 2003 bzw. des Mietvertrages nicht vorerst mit blossen Reklamationen und schriftlichen Interventionen beim Verwalter und der Beklagten begnügen dürfen (zur Wirkungslosigkeit von Protesten, Diskussionen, Korrespondenzen im Zusammenhang mit dem Klageerfordernis: Riemer, Anfechtungsklage, N. 196). Die erst am 5. März 2004 angehobene Klage muss in der konkreten Situation jedenfalls selbst für den Fall, dass die dem Mietvertrag zugrunde liegenden Beschlüsse - und als Folge auch der Mietvertrag selbst - nichtig sein sollten, als verspätet angesehen werden.

3.
Ob der Verstoss gegen Art. 648 Abs. 2 ZGB tatsächlich in die Grundstrukturen der Stockwerkeigentümergesellschaft oder so gravierend in zwingende Schutzrechte des Stockwerkeigentümers eingreift (vgl. Riemer, a.a.O., N. 290), dass von der Nichtigkeit der Stockwerkeigentümerbeschlüsse und folglich auch des Mietvertrages ausgegangen werden muss, oder ob die Verletzung einer unstreitig dispositiven Norm nicht vielmehr nur die Anfechtbarkeit der betreffenden Beschlüsse zur Folge hätte (vgl. dazu: Riemer, a.a.O., N. 277 gegenüber N. 288), kann bei diesem Ergebnis ebenso offen gelassen werden wie die Frage, ob körperschaftsrechtliche Nichtigkeitsgründe überhaupt in einem Drittprozess geltend gemacht werden können oder ob hierfür nicht vielmehr Klage gegen die betreffende Körperschaft zu erheben wäre (vgl. Riemer, a.a.O., N. 296; Riemer, Berner Kommentar, N. 126 zu Art. 75 ZGB). Desgleichen kann offen gelassen werden, ob der (vormerkbare, aber nicht vorgemerkte) Mietvertrag überhaupt eine Belastung im Sinn von Art. 648 Abs. 2 ZGB darstellt (vgl. dazu: Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 47 zu Art. 648 ZGB).
4.
Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Gerichtsgebühr ist bei diesem Verfahrensausgang dem Kläger aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Die obsiegende Beklagte hat keinen Anwalt mandatiert, sondern durch ihre Organe gehandelt, weshalb sie keine Anwaltskosten im Sinn von Art. 3 des Tarifes über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.119.1), sondern lediglich Ersatz der Auslagen oder Umtriebe im Sinn von Art. 2 dieses Tarifes verlangen kann; mangels Substanziierung solcher Kosten ist jedoch vom Zuspruch einer Entschädigung abzusehen (BGE 113 Ib 353 E. 6b S. 357). Für die Neufestsetzung und -verlegung der kantonalen Kosten ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 159 Abs. 6 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, von 15. April 2005 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird dem Kläger auferlegt.
3.
Für die kantonalen Kosten wird die Sache an das Obergericht zurückgewiesen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. Februar 2006
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: