

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



5A_521/2017

Urteil vom 27. November 2017

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Fritz Frey,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urban Hulliger,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Aufhebung von Beschlüssen (Stockwerkeigentum),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. Juni 2017.

Sachverhalt:

A.

Bei der Überbauung "B._____" handelt es sich um vier nebeneinander liegende Wohnhäuser, welche insgesamt eine Stockwerkeigentümergeinschaft bilden. A._____ ist Eigentümerin der Stockwerkeinheiten D2 und D4 der Liegenschaft "C._____". Die beiden Einheiten sind intern verbunden und bilden zusammen eine 8½-Zimmer-Wohnung.

Mit Vertrag vom 13. Mai 2014 vermietete A._____ ihre Wohneinheiten ab 1. Oktober 2014 für fünf Jahre an die D._____ GmbH zur Nutzung für altersgerechtes begleitetes Wohnen.

An der Stockwerkeigentümerversammlung vom 2. September 2014 wurde mit 23 gegen 1 Stimme (bei einer Enthaltung) beschlossen, dass die Einheiten D2 und D4 nicht umgenutzt werden dürfen; mit 23 gegen 2 Stimmen wurden A._____ und ihr Ehemann aufgefordert, den Mietvertrag aufzulösen. Ferner wurde die Verwaltung ermächtigt, entsprechende rechtliche Schritte zu ergreifen, und das Budget wurde dahingehend ergänzt.

B.

Mit Klage vom 5. Februar 2015 verlangte A._____ beim Bezirksgericht Meilen die Aufhebung der betreffenden Beschlüsse. Mit Urteil vom 11. Januar 2017 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies die hiergegen erhobene Berufung mit Urteil vom 6. Juni 2017 ab, unter Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urteils.

C.

Gegen das obergerichtliche Urteil hat A._____ am 10. Juli 2017 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und Aufhebung des strittigen Stockwerkeigentümerbeschlusses. Mangels Opposition der Gegenseite wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 7. August 2017 die beantragte aufschiebende Wirkung erteilt. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid betreffend die Anfechtung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

2.

Gemäss den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Urteils lautet Ziff. 8 des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft wie folgt:

Die Stockwerke dürfen nur zu den im Begründungsakt und in diesem Reglement umschriebenen Zwecken verwendet werden.

Die Wohnungen sind ausschliesslich zu Wohnzwecken bestimmt.

Die Einrichtung eines stillen Bürobetriebes ohne Kundenverkehr ist gestattet, wobei die Bestimmungen der Bau- und Zonenordnung vorbehalten bleiben.

In keinem Fall sind Tätigkeiten gestattet, welche z.B. übelriechende Gerüche oder starken Lärm etc. verursachen.

Weiter ist im angefochtenen Urteil festgestellt, dass es sich beim Angebot der D._____ GmbH (Betreuung und Pflege betagter Personen in den betreffenden Stockwerkeinheiten) um eine gewinnorientierte Tätigkeit handelt.

Ausgehend von diesen Feststellungen gingen beide kantonalen Instanzen von einer nicht mit der reglementarischen Widmung (Wohnzweck) vereinbaren Nutzung aus. Das Bezirksgericht stellte zur Begründung die Kommerzialität der Nutzung durch die Mieterin, das Obergericht hingegen die konkrete Nutzungsart in den Vordergrund. Es hielt fest, dass das Reglement in Bezug auf die Frage des "Wohnzweckes" nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei. In der juristischen Literatur werde der Begriff der Wohnnutzung oft als Gegensatz zur gewerblichen Nutzung verwendet, so etwa im Mietrecht (Miete von Wohn- bzw. von Geschäftsräumen). In Anlehnung daran betone die Beschwerdegegnerin, dass es sich um eine Geschäftsraummiete handle; dieses Verständnis setze indes ein Hintergrundwissen voraus, das bei der Beschwerdeführerin nicht vorausgesetzt werden könne. Die Auffassung, eine kommerzielle Nutzung sei mit Ausnahme von stillen Bürobetrieben ausgeschlossen, greife daher zu kurz, denn eine gewerbliche Wohnnutzung als Sonderfall einer Wohnnutzung wäre mit dem Reglement vereinbar (z.B. natürliche oder juristische Person als Mieterin, welche die Wohnung im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an

Expats oder Senioren untervermietet). Vielmehr sei vorliegend relevant, dass neben dem Wohnen auch die Pflege ein Teil des Angebotes der Mieterin sei. Zwar gingen die Ansichten der Parteien über das Verhältnis der beiden Elemente auseinander. Angesichts der Aufstellung der zusätzlichen Betreuungstaxe, die von der Mieterin für besondere pflegerische Dienstleistungen zusätzlich zur Grundtaxe verrechnet werde, stehe das betreffende Dienstleistungspaket, d.h. die Pflege, und nicht die Wohnmöglichkeit im Vordergrund. Es gehe um Verträge, welche in der Praxis uneinheitlich als Heim- oder Heimaufnahme-, Pensions-, Beherbergungs- und Betreuungsverträge bezeichnet und gemischte Innominatsverträge darstellen würden, deren Hauptelemente auftragsrechtlicher und mietvertraglicher Natur seien, wobei nach der Lehre das auftragsrechtliche Element überwiege. Vor diesem Hintergrund verletze der konkrete Gebrauch der Wohneinheiten das Reglement auch dann, wenn nicht auf den kommerziellen Charakter, sondern auf die Art der Nutzung abgestellt werde. Selbst wenn das mietvertragliche Element stärker berücksichtigt würde, als die Lehre dies tue, läge keine reine Wohnnutzung, sondern eine gemischte Nutzung vor, was gegen die reglementarische Vorgabe verstosse.

Weiter haben die kantonalen Instanzen festgehalten, eine stille Büronutzung ohne Kundenverkehr, wie sie als einzige Ausnahme gestattet sei, werde von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Diese Regelung ziele denn auch auf einen selbständig erwerbenden Bewohner, der seine Hauptarbeitsstätte am Ort der Stockwerkeigentümergeinschaft habe (ohne Kundenverkehr) oder im Sinn eines Home-Office an seinem Wohnort arbeite, während die vorliegende Nutzung diesem Bild nicht entspreche. Was schliesslich die Immissionen betreffe, ziehe die Rundumbetreuung der Bewohner der Pflegewohnung einschliesslich der regelmässigen Belieferung mit Verpflegung, Medikamenten und frischer Wäsche zwangsläufig ein gewisses Verkehrsaufkommen nach sich und sei aufgrund der zimmerweisen Belegung der Wohnung nicht damit vergleichbar, dass ein Stockwerkeigentümer selbst pflegebedürftig werde und sich von Angehörigen oder Fachpersonen betreuen lasse.

3.

Die Beschwerdeführerin stimmt mit dem Obergericht dahingehend überein, dass nicht der Umstand der kommerziellen Nutzung durch die Mieterin im Vordergrund stehen könne. Indes stelle das Obergericht auf ein sachfremdes Kriterium ab, wenn es von einer gemischten Nutzung ausgehe und nicht auf die konkrete Nutzung durch die Bewohner abstelle. Die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen könne näm-

lich stark variieren, ohne dass sich dies auf die tatsächliche Nutzung auswirke. So wäre es aufgrund der Argumentation des Obergerichtes mit dem Reglement vereinbar, wenn die Beschwerdeführerin mit den Bewohnern reine Mietverträge abschliessen würde und diese sich dann ihrerseits aufgrund von reinen Pflegeverträgen mit der D._____ GmbH betreuen liessen. Mithin könne es für die Qualifikation der Wohnnutzung keine Rolle spielen, was ein Bewohner neben dem Mietvertrag sonst noch für Verträge abschliesse. Ein jeder Bewohner bewohne seine Wohnung auch dann, wenn er Leistungen der Spitex beanspruche, wenn sein Arzt oder ein Seelsorger bei ihm Heimbesuche mache, wenn er seine Wohnung von einem Reinigungsservice putzen lasse oder wenn er einen Wäscheservice mit Abhol- und Lieferdienst beanspruche. Im Übrigen halte das Obergericht selbst fest, dass der Wohnzweck einer gewerblichen Wohnnutzung nicht entgegenstehe. Das obergerichtliche Kriterium der Mischnutzung sei insofern sachfremd, als es ein "reines Wohnen" gar nicht gebe; insbesondere könnten auch andere Bewohner pflegebedürftig werden. Dass die Bewohner Pflegeleistungen in Anspruch nähmen, ändere nichts daran, dass sie dort wohnen würden. Konkret gehe es ebenso um eine Wohnnutzung wie dies bei einer Familie oder einer Studenten-WG der Fall sei.

4.

Umstritten ist die Frage, ob die konkrete Nutzung der Stockwerkeinheiten D2 und D4 mit der reglementarisch umschriebenen Widmung bzw. Nutzungsart vereinbar ist.

4.1 Von Gesetzes wegen sind die Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der in ihrem Sonderrecht stehenden Räume frei (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Diese Freiheit wird vermutet, kann aber durch das Gesetz, durch die Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarungen mit Dritten eingeschränkt werden (BGE 139 III 1 E. 4.3.1 S. 4). Sie ist namentlich dort beschränkt, wo der Aus- oder Umbau oder die Nutzung der Sonderrechtsteile die Zweckbestimmung oder die Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft betrifft (Urteil 5A_632/2011 vom 8. November 2011 E. 3.1).

Die Zweckbestimmung der Liegenschaft und die Regelung der Benutzungsweise obliegt den Stockwerkeigentümern. In der Regel geschieht dies im Begründungsakt oder in einem Reglement (Art. 712g ZGB), wobei sich Anhaltspunkte auch aus den konkreten Umständen ergeben können, insbesondere aus der bisherigen Nutzungsweise (vgl.

Urteil 5C.264/2006 vom 30. März 2007 E. 2.2). Bei der reglementarischen Umschreibung sind die üblichen Schranken von Art. 2 und 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR sowie diejenigen zu beachten, welche sich aus der Institution des Stockwerkeigentums ergeben (BGE 139 III 1 E. 4.3.2 S. 4).

Die Auslegung des Reglements erfolgt nach dem Vertrauensprinzip (Urteile 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006 E. 3.4; 5C.254/2006 vom 8. November 2007 E. 3.1; 5A_865/2011 vom 24. Mai 2012 E. 3.2). Es ist demnach zu ermitteln, wie die hier infrage stehende Reglementsbestimmung nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 417 E. 3.2 S. 424; 133 III 406 E. 2.2 S. 409; 138 III 29 E. 2.2.3 S. 35 f.). Dabei ist bezüglich vorformulierter Satzungsbestimmungen einer Stockwerkeigentümergeinschaft, die häufig nicht von den ihrer Anwendung Unterworfenen verfasst worden sind, stets diejenige Auslegung vorzuziehen, die den Text des Reglements gesamthaft erfasst und nicht Teile davon überflüssig werden lässt (vgl. BGE 133 III 406 E. 3.3 S. 412).

Die Änderung der Benutzungsart einer Stockwerkeinheit bedarf einer entsprechenden Reglementsänderung bzw. eines Stockwerkeigentümerbeschlusses, wobei gemäss Art. 647b Abs. 1 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB die doppelte Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten erforderlich ist (BGE 139 III 1 E. 4.3.3 S. 5; zuletzt Urteil 5A_98/2017 vom 27. Juni 2017 E. 3.2.2). Eine solche Änderung der Benutzungsart wurde in der bundesgerichtlichen Praxis bejaht bei der Umnutzung einer Stockwerkeinheit von Optikergeschäft in Spielsalon (Urteil 5C.14/1993 vom 1. November 1993 E. 1c), von Ladenlokal in bis zu den Morgenstunden geöffnete Kaffeebar (Urteil 5C.16/2004 vom 2. März 2004 E. 3.4), von Gemüsehandel mit Büro und Lager in Sportgeschäft mit Laden und Werkstätte (Urteil 5C.264/2006 vom 30. März 2007 E. 2.2), von Wohnung in Privatclub (Urteil 5A_428/2008 vom 19. März 2009 E. 4.5.2) und von Buchhandlung in Kaffeebar (Urteil 5A_816/2012 vom 15. April 2013 E. 2.3.4).

Ist die geänderte Benutzungsweise einer Stockwerkeinheit dergestalt, dass dies den Gesamtcharakter der Liegenschaft verändert, ist deren Zweckbestimmung betroffen und bedarf es deshalb gemäss Art. 648 Abs. 2 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (BGE 139 III 1 E. 4.3.3 S. 5; Urteile 5C.264/2006 vom 30. März 2007 E. 2.1; 5A_98/2017 vom 27. Juni 2017 E. 3.2.2; vgl. auch BGE 130 III 441 E. 2.3 und 2.4 S. 444). Davon ist das Bundesgericht ausgegangen bei einer Umnutzung einer Stockwerkeinheit von

Wohnung zu pensionsweiser Zimmervermietung (Urteil 5C.195/2002 vom 23. Dezember 2002 E. 2.2), von Wohnungen in zusätzliche Hotelzimmer für ein bereits als andere Stockwerkeinheit bestehendes Hotel (Urteil 5A_632/2011 vom 8. November 2011 E. 5.2.2) und von einer Wohnung in eine Kindertagesstätte (Urteil 5A_98/2017 vom 27. Juni 2017 E. 3.3).

In der jüngsten Literatur wird im Zusammenhang mit der Nutzung von Wohnungen und diesbezüglicher Vereinbarkeit mit dem "Wohnzweck" die Vermietung über die Plattform Airbnb diskutiert und festgehalten, dass dies – vorbehältlich einer im Reglement vorgesehenen Erstwohnungspflicht – nicht per se eine Nutzungsänderung oder gar Zweckänderung der Liegenschaft bedeutet, sondern dass es auf die konkrete Art des Anbietens (Häufigkeit der Vermietung bzw. der Benutzerwechsel; Vermietung der ganzen Wohnung oder nur eines Zimmers; Intensität der Immissionen; u.ä.m.) und auf die weiteren konkreten Umstände (städtisches Wohnhaus; Liegenschaft mit Ferienwohnungen in touristischem Gebiet; eigentliche kommerzielle Tätigkeit, namentlich durch einen institutionellen Anleger; etc.) des Einzelfalles ankommt (vgl. VISCHER, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 2017 S. 483 f.; WERMELINGER, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum, in: Aktuelles zum Stockwerkeigentum, Bern 2017, S. 134 ff.).

4.2 Vorliegend geht es um ein Wohnhaus, weshalb der im Reglement umschriebene Zweck ("Wohnen") gleichzeitig als Widmung des Gebäudes wie auch als Umschreibung der zulässigen Nutzung für die einzelnen Stockwerkeinheiten gelten kann (vgl. zur Abgrenzung WERMELINGER, Zürcher Kommentar, N 174 zu Art. 712a ZGB).

Die zu einer 8½-Zimmer-Wohnung zusammengelegten zwei fraglichen Stockwerkeinheiten werden nach den unbestrittenen Sachverhaltsfeststellungen an eine Firma vermietet, welche diese gemäss dem im Mietvertrag umschriebenen Zweck zur Erbringung der von ihr angebotenen Dienstleistungen nutzt, nämlich der Beherbergung und Pflege betagter Personen.

Dass die im Reglement konkret festgelegte Nutzungsart – welche in der Praxis weit verbreitet ist (Wohnzweck einschliesslich Duldung eines stillen Bürogewerbes) – nicht zulässig oder für die einzelnen Stockwerkeigentümer nicht verbindlich wäre, wird ebenso wenig geltend gemacht, wie dass es bei der vorliegend zu beurteilenden Nutzung um ein stilles Bürogewerbe im Sinn des Reglementes gehen

könnte.

Einzig zu beurteilen ist mithin die Frage des "Wohnens" im Sinn des Reglementes vor dem Hintergrund des Charakters der zur Diskussion stehenden Liegenschaft; die Streitigkeit reduziert sich mit anderen Worten auf die Frage, ob die Mieterin die Wohnung zu Wohnzwecken angemietet hat bzw. ob die konkrete Nutzung als Wohnnutzung angesehen werden kann.

4.3 Für die Beantwortung dieser Frage ist mangels einschränkender reglementarischer Bestimmungen nicht von Belang, ob der Stockwerkeigentümer die reglementarisch vorgesehene Nutzung selbst ausübt oder ob er diese aufgrund eines dinglichen (Dienstbarkeit, Wohnrecht) oder obligatorischen Verhältnisses (insbesondere Mietvertrag) einer anderen Person überlässt (vgl. MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 712a ZGB). Für die vorliegend fragliche "Wohnnutzung" kommt es also nicht darauf an, ob die Beschwerdeführerin ihre Stockwerkeinheiten selbst bewohnt oder ob sie die betreffende Nutzung einem Dritten überlässt bzw. ob dieser die Nutzung in Rahmen eines nachgelagerten Verhältnisses seinerseits weiterüberträgt (z.B. Vermietung durch den Nutzniesser oder Untermietverhältnis, vgl. Art. 262 OR). Deshalb darf ohne Weiteres auch eine juristische Person, welche naturgemäss nicht selbst in der Stockwerkeinheit "wohnen" kann, Mieterin sein, indem sie die Wohnung z.B. ihrem Abwart oder einem anderen Angestellten zu Wohnzwecken überlässt. Es kommt einzig darauf an, ob die konkrete tatsächliche Nutzung im Einklang mit der reglementarisch umschriebenen Nutzungsart steht.

4.4 Aus der Perspektive der einzelnen zu betreuenden Person stellt ihr Aufenthalt in der Stockwerkeinheit durchaus ein "Wohnen" dar, auch wenn ihr bloss ein einzelnes Zimmer zur Verfügung steht, handelt es sich doch um das Zuhause für die letzten Lebensjahre. Dabei ist nicht von Belang, dass ein Pflegeaufenthalt für sich allein noch keinen zivilrechtlichen Wohnsitz zu begründen vermag (Art. 23 Abs. 1 ZGB, dazu BGE 141 V 255 E. 4.1 S. 262; bei Hinzutreten weiterer Umstände vgl. BGE 133 V 309 E. 3.1 S. 312; 137 III 593 E. 3.4 und 3.5 S. 599 f.), denn eine Person kann sich in ganz verschiedenen Konstellationen zu "Wohnzwecken" in einer Stockwerkeinheit aufhalten, ohne dort zivilrechtlichen Wohnsitz zu haben (z.B. Wochenaufenthalter).

Die Beschwerdeführerin überspielt aber bei ihren auf den einzelnen Bewohner fokussierten Ausführungen, dass es für die Frage der reglementskonformen Nutzung der Stockwerkeinheit nicht entscheidend sein

kann, wie der einzelne Bewohner seinen Aufenthalt empfindet; vielmehr kommt es darauf an, wie die Stockwerkeinheit insgesamt genutzt wird. An das Reglement, welches wie gesagt nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist, sind nämlich einzig die Stockwerkeigentümer gebunden. Sie sind verpflichtet, ihre Stockwerkeinheit reglementsconform zu nutzen, was beinhaltet, dass diese auch nur im Rahmen konformer Nutzung an Dritte überlassen werden darf. Insofern war es möglich, die strittige Nutzungsthematik zum Gegenstand eines Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft zu machen, was denn auch (mit eindrucklichem Stimmenverhältnis) geschehen ist.

Vorliegend wird die Wohnung zum Betrieb eines Pflegeheimes im landläufigen Wortsinn (vgl. dazu STECK, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 382 ZGB) genutzt, wobei dieses von einer darauf spezialisierten GmbH kommerziell betrieben wird. Während die Überlassung einer 8½-Zimmer-Wohnung – auch an eine Personenmehrheit (typischerweise an eine Wohngemeinschaft) – in der Regel ohne Weiteres vom Wohnzweck abgedeckt ist, lässt sich dies bei einem professionellen Pflegebetrieb – selbst wenn er direkt von der Beschwerdeführerin geführt und nicht einer juristischen Person überlassen worden wäre – bei objektiver Betrachtungsweise aus der Perspektive der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht sagen. Die konkrete Nutzung würde weit über den nach Reglement zulässigen stillen Bürobetrieb ohne Kundenverkehr – der nach zutreffender Ansicht der Parteien aber ohnehin nicht vorliegt – hinausgehen. Sie weist eine Nähe zum Betrieb einer Pension oder einer Kostgeberei auf, auch wenn die den Bewohnern angebotenen Dienstleistungen nicht völlig kongruent sind und vorliegend der Heimaufenthalt der einzelnen Personen auf grössere Dauer ausgerichtet sein mag. So oder anders sprengen aber derlei Betriebe den Rahmen dessen, was unter dem Begriff der Wohnnutzung bei Stockwerkeigentum zu verstehen ist (vgl. FRIEDRICH, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl. Bern 1972, N 5 zu Reglement § 8), weil die "Beherbergung von Dritten" eine vom "Wohnen" abweichende Nutzung dargestellt (vgl. hierzu Urteil 5A_632/2011 vom 8. November 2011 E. 4.3). Im Übrigen dürfte der Betrieb eines Pflegeheimes aufgrund der in E. 4.1 zitierten Rechtsprechung sogar einen Einfluss auf den Gesamtcharakter des (keinerlei Mischnutzung gewidmeten) Wohnhauses bzw. der eine Stockwerkeigentümergeinschaft bildenden Wohnüberbauung haben, was aber offen gelassen werden kann, weil es vorliegend nicht um die Frage des Einstimmigkeitsquorums geht.

Auf der rechtlichen Ebene spiegelt sich der Unterschied zwischen der obligatorischen Überlassung einer Wohnung zu Wohnzwecken einer-

seits und zum Betrieb eines Pflegeheimes andererseits auch in den zwischen den Akteuren bestehenden Rechtsverhältnissen. Die erstgenannte Nutzungsweise erfolgt typischerweise im Rahmen eines Mietvertrages oder nachgelagert eines Untermietvertrages. Dabei verändert sich die Nutzungsart nicht; der Mieter bzw. ein allfälliger Untermieter wohnt genau gleich in der Wohnung wie es der Stockwerkeigentümer tun würde. Vorliegend jedoch schloss die Beschwerdeführerin mit der D._____ GmbH einen Mietvertrag zur Betreuung eines Pflegeheims. Im Rahmen ihres Pflegebetriebes schliesst diese ihrerseits mit den aufgenommenen Personen einen Kontrakt, der nach den zutreffenden Erwägungen des Obergerichtes als Heim- bzw. als Heimaufnahme- oder als Betreuungs- bzw. Pflegevertrag bezeichnet wird (vgl. zum Vertragsverhältnis namentlich BREITSCHMID/STECK/WITTWER, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009, S. 867 ff.; HOTZ, Der Betreuungsvertrag, FamPra.ch 2016, S. 815 ff., insb. S. 821 oben; LEUBA/VAERINI; FamKomm Erwachsenenschutz, N. 3 zu Art. 382 ZGB). Bei diesem Innominatkontrakt (immerhin für bestimmte Konstellationen gesetzlich erwähnt in Art. 382 ZGB) steht, auch wenn durchaus mietrechtliche Elemente vorhanden sind, nicht die Überlassung der Stockwerkeinheit im Rahmen des reglementarischen Zweckes im Vordergrund, sondern die Betreuung und Pflege im Alter. Dies zeigt sich auch darin, dass den betreffenden Personen keine rechtliche Stellung verschafft wird, auf deren Basis sie ihrerseits die "Wohnnutzung" weiterübertragen könnten, namentlich durch ein Untermietverhältnis, wie dies etwa bei sog. Alterswohnungen (dazu BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 884) durchaus der Fall sein könnte. Dass die D._____ GmbH nicht eine "Wohnnutzung" (weiter-)überträgt, sondern ein Dienstleistungspaket anbietet, zeigt sich auch darin, dass als Gegenleistung nicht ein Mietzins, sondern nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid Taxen geschuldet sind (vgl. auch HOTZ, a.a.O., S. 829). Diese richten sich nicht nach Kriterien, wie sie bei der obligatorischen Überlassung von Wohnraum typisch sind (insbesondere Grösse und Ausstattung der Wohnung sowie Verkehrslage, Aussicht u.ä.m.), sondern bemessen sich anhand der personenspezifischen Pflegebedürftigkeit.

Vor diesem Hintergrund geht der Vergleich der Beschwerdeführerin mit einem Mieter, welcher im Alter auf Pflege angewiesen ist, ebenso an der Sache vorbei wie derjenige mit einem Mieter, welcher eine Familie mit Kindern hat: Während der Betrieb einer KITA sich nicht unter den "Wohnzweck" subsumieren lässt (vgl. Urteil in E. 4.1), ändert sich an diesem nichts, wenn eine Stockwerkeinheit durch eine Familie mit Kindern statt durch eine Einzelperson oder ein kinderloses Paar bewohnt wird; während der Betrieb einer Pension bzw. die pensions-

weise Zimmervermietung sich ebenfalls nicht mit der bestehenden reglementarischen Nutzungsbeschränkung vereinbaren lässt (vgl. Urteile in E. 4.1), wird der Wohnzweck nicht beeinträchtigt, wenn ein Stockwerkeigentümer oder ein Mieter der betreffenden Einheit im Verlauf der Zeit pflegebedürftig wird. Die Gleichartigkeit der Nutzung in den besagten beiden Konstellationen spiegelt sich auf der vertragrechtlichen Ebene nicht zuletzt beim Entgelt für eine obligatorische Überlassung: Die erwähnten Umstände (Familie mit Kindern; Pflegebedürftigkeit im Alter) sind zur Bestimmung der Gegenleistung für die Wohn(ungs)nutzung irrelevant; diese bemisst sich vielmehr nach Kriterien wie Wohnfläche, Lage, Ausstattung, Hypothekarzins, Teuerung, u.ä.m.

4.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass (jedenfalls bei einem reinen Wohnhaus) der Betrieb eines Pflegeheimes mit dem "Wohnzweck", wie ihn das Reglement für sämtliche Wohnungen vorsieht, bei einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht vereinbar ist und deshalb eine unzulässige Nutzung darstellt. Der angefochtene Entscheid ist deshalb zu schützen.

5.

Erweist die konkrete Nutzung der Stockwerkeinheiten D2 und D4 als reglementswidrig, sind die weiteren Ausführungen, mit welchen eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes im Zusammenhang mit dem Ausmass der Immissionen und eine Verletzung des Rechtes auf Beweis gerügt wird, gegenstandslos. Die Frage nach der Intensität der Nutzung und der Immissionen für die anderen Stockwerkeigentümer im Zusammenhang mit der Gemeinwohlverträglichkeit ("civiliter uti") kann sich bei bestimmten Nutzungsweisen durchaus stellen. Dies ist aber nicht der Fall, wo eine konkrete Nutzungsart in grundsätzlicher Weise nicht mit der reglementarisch umschriebenen übereinstimmt (vgl. Urteil 5A_632/2011 vom 8. November 2011 E. 5.2.1).

6.

Angesichts des Ausgangs des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und die Beschwerdegegnerin für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. November 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli