

# GR\_GERICHTE ZF 2000 61 vom 18. Juni 2001

GR Gerichte, 2001-06-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF 2000 61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2000_61)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2000 61 du 18 juin 2001

IT: GR\_GERICHTE ZF 2000 61 del 18 giugno 2001

## Regeste

Nachbarrecht | ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 2

hat sich ergeben: A.1. Die B. in D. ist ein 1975 erstelltes Mehrfamilienhaus mit 26 Wohnungen. Am 11. Februar 1991 erwarb A. die 5-Zimmerwohnung Nr. xxx. im Attikageschoss, deren Eigentümer gemäss der Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum vom 24. Juli 1975 das alleinige und uneingeschränkte Benützungsrecht an zwei Balkonen und zwei Dachterrassen zusteht. Bereits am 26. Januar 1991 hatte A. an einer Stockwerkeigentümer-Versammlung teilgenommen, an welcher über seinen Antrag bezüglich des Umbaus seiner Wohnung und der Umgestaltung der Terrasse diskutiert wurde. Die Versammlung gab ihre Zustimmung zu den geplanten Veränderungen. Nachdem erste Überdachungsvarianten offenbar nicht realisiert werden konnten, wurde der innere Teil der Dachterrasse, der auch die beiden sogenannten Pergolas umfasst, auf Grund einer Baubewilligung vom 4. November 1993 überdacht. Im Frühjahr 1994 trat in der im vierten Stock unter der Wohnung A. liegenden Wohnung K. ein grösserer Wasserschaden auf, der eine Sanierung des ganzen Dachteils im Bereiche der Wohnung A. erforderlich machte. Die Stockwerkeigentümergeinschaft und A. einigten sich in der Folge darauf, dass die erstere nur den äusseren, ungedeckten Terrassenteil sanieren würde, während A. den inneren, überdeckten Teil der Dachterrasse auf seine Kosten und nach seinen Wünschen sollte gestalten und sanieren können. Das Dach wurde im Spätsommer 1994 durch G. saniert, wobei der Auftrag für den inneren Teil nach Darstellung der Klägerin direkt von A. erteilt worden sein soll, was von diesem jedoch bestritten wird. In der Folge erstellte G. im Auftrag von A. Kostenzusammenstellungen als Hilfe für die Aufteilung der Sanierungskosten, wobei die Kosten für die Schadensermittlung und die Provisorien auf 11'500 Franken, für die Sanierung des ganzen Daches auf 57'500 Franken und jene für den inneren (überdachten) Dachteil allein auf 22'500 Franken beziffert wurden. Dieses Dokument liess A. der Stockwerkeigentümergeinschaft zukommen. Am Nachmittag des 20. April 1996 fand eine Stockwerkeigentümersammlung statt; vorgängig hatte A. den übrigen Stockwerkeigentümern die inzwischen fertiggestellte Dachgartenanlage gezeigt. Die Anwesenden konnten dabei feststellen, dass im überdachten Terrassenteil Granitplatten verlegt worden waren und dass der äussere Dachteil mit Grasziegeln bepflanzt und in einem Abstand von 30 bis 120 cm entlang der Aussenmauer eine Bruchsteinmauer errichtet worden war. Der Zwischenraum war mit Erde aufgefüllt und mit Blumen und kleinen Sträuchern bepflanzt worden, wobei A. betonte, dass er gegen die Aussenwand und nach unten eine Abdichtung durch eine Kunststoffolie habe anbringen lassen. Die so gestaltete

### **E. 3**

Anlage soll nach Darstellung A.s den Neid verschiedener Stockwerkeigentümer geweckt haben; dem Vorwurf, alle baulichen Massnahmen seien ohne Orientierung der Stockwerkeigentümergeinschaft ausgeführt worden, begegnete A. mit dem Einwand, dass er bereits in der Versammlung vom Januar 1991 seine Absicht bekundet habe, Steintröge auf die Terrasse zu stellen, weil auf allen umliegenden Dachterrassen Föhren und andere Pflanzen in solchen Trögen stünden. 2. Im Juli 1996 trat in der Wohnung K. erneut ein Wasserschaden auf. Die Freiburger Versicherungsgesellschaft, die für den Schaden aufzukommen hatte, liess durch Architekt L. ein Gutachten erstellen. Darin wurde festgehalten, für die Gewichte der Bepflanzung der Dachbrüstung mit Natursteinvormauerung hätte bei der Dachsanierung eine druckfeste Isolation eingebaut werden müssen; es könnten Belagsabscherungen entstehen. Für die Dachabstützung seien fünf Holzstützen auf die rohe Betonplatte abgestellt worden, welche die Dachhaut und die Isolation durchstiessen. Die Stützen seien jedoch mit richtigen Blecheinfassungen abgedichtet, so dass sie nicht schadensverursachend seien. Beim Natursteinplattenboden fehle an den Wandanschlüssen das Winkelblech und es seien im weiteren die Türschwelle nicht nach den SIA-Empfehlungen ausgebildet. A. stellte zu diesem Bericht fest, als Schadensursache habe der Schadeninspektor in erster Linie die undichte Dachablaufleitung bezeichnet, seine übrigen Feststellungen und Vermutungen stünden mit dem Schadenfall in keinem Zusammenhang. Wenn das Winkelblech fehle, sei dies auf einen Fehler G.s zurückzuführen. Eine druckfeste Isolation unter der Natursteinvormauerung sei durch den armierten Zement-Unterlagsboden eingebaut worden und die Holzstützen stünden nicht auf der rohen Betonplatte, sondern auf dem Gefällüberzug. Mit Bezug auf die Türschwelle habe der Schadeninspektor zu sagen vergessen, dass diese im überdachten Bereich lägen und nicht mehr der direkten Witterung ausgesetzt seien. Auf Grund der Feststellungen A.s wurde G. vom Verwalter E. abgemahnt. G. antwortete am 25. September 1996, die Offerte für die gesamte Dachsanierung habe die Position 'Isolation Flumroc von 100 mm Dicke' enthalten, doch sei die Sanierung des ganzen Daches auf Grund des Auftrags von A. nur in 50 mm Dicke ausgeführt worden, da sonst seine Terrasse zu hoch geworden wäre. Der Teil von A.s Attikawohnung sei nicht neu isoliert, sondern nur renoviert, d.h. mit neuer Dachpappe versehen worden. Anlässlich der Dachrenovation von 1994 habe A. sogar den Auftrag gegeben, die notwendigen Kupferbleche am Rande der Terrasse bodeneben abzufräsen, um diese dann durch einen Marmorsockel zu ersetzen. Dies habe zur Folge, dass das auf der Terrasse gesammelte Wasser zwischen dem Überzug und der Wasserisolation durchlaufen und dann hinter dem abgeschnittenen Winkelblech durch den Marmorsockel

### **E. 4**

Am 30. November 1996 fand in D. eine Stockwerkeigentümerversammlung statt, an welcher in Kenntnis der Expertise von C. über die tatsächliche und

### **E. 5**

rechtliche Situation und das weitere Vorgehen diskutiert wurde. Die Versammlung beschloss schliesslich mit den Stimmen von 14 der 16 anwesenden oder vertretenen Stockwerkeigentümern, die Sach- und Rechtslage durch einen Anwalt prüfen zu lassen. Die Verwaltung wurde ermächtigt, zur Durchsetzung und Vollstreckung der Ansprüche der Stockwerkeigentümergeinschaft alle notwendigen Schritte zu unternehmen und insbesondere auch einen Zivilprozess zu führen. B. Am 3. Dezember 1996 meldete die

StWEG B. die vorliegende Streitsache beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin zur Vermittlung an. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 20. Januar 1997 bezog die Klägerin den Leitschein und prosequierte die Klage darauf mit Prozesseingabe vom 12. Mai 1997 an das Bezirksgericht Maloja. Sie stellte folgende Rechtsbegehren: „1.a) Der Beklagte sei zu verpflichten, den inneren Teil der Flachdachterrasse der beklagten Attikawohnung Nr. xxx. in der B. (Parzelle Nr. yyy., Plan zzz., D., Grundbuchblatt Nr. yyy., Apartementhaus Nr. yyy.) in ein sämtlichen Regeln der Baukunst entsprechendes Werk zu überführen, und zwar durch konkret vom Gericht festzulegende (aufgrund eines Gutachtens zu ermittelnde) bauliche Massnahmen. Wird das Urteil während der ersten 8 Monate eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. bis 12. Monat eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. b) Evt.: Der Beklagte sei zu verpflichten, den inneren Teil der Flachdachterrasse der beklagten Attikawohnung Nr. xxx. in der B. teilweise in ein den Regeln der Baukunst entsprechendes Werk zu überführen, und zwar durch konkret vom Gericht festzulegende (aufgrund eines Gutachtens zu ermittelnde) bauliche Massnahmen.

Wird das Urteil während der ersten 8 Monate eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. bis 12. Monat eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen.

Der Beklagte sei überdies zu verpflichten, der Klägerin Fr. 25'000.00 nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen. c) Subvt: Es sei festzustellen, dass die Klägerin jederzeit berechtigt ist, den inneren Teil der Flachdachterrasse baulich zu ver-

## **E. 6**

ändern, und zwar auch unter (entschädigungsloser) teilweiser oder ganzer Zerstörung der bestehenden Bausubstanz. 2.a) Der Beklagte sei zu verpflichten, sämtliche auf dem äusseren Teil der Flachdachterrasse aufgebrachten, von der Klägerin nicht bewilligten Dachaufbauten fachmännisch zu entfernen, insbesondere die Rabatte, die Bruchsteinmauer, die Rasenziegel sowie die abgesägten Holzpfosten der Pergola. Wird das Urteil während der ersten 8 Monate eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. bis 12. Monat eines Jahres rechtskräftig, so seien die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. b) Evt: Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, sämtliche auf dem äusseren Teil der Flachdachterrasse aufgebrachten, von ihr nicht bewilligten Dachaufbauten zu entfernen, und der Beklagte sei überdies zu verpflichten, der Klägerin Fr. 30'000.00 nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen. 3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 45'000.00 nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen.“ Der Beklagte liess in seiner Prozessantwort vom 18. August 1997 beantragen, auf die Klage sei hinsichtlich der Rechtsbegehren 1a und 1b, je Absatz 1 und 2, sowie 1c und 2b, erster Satzteil, nicht einzutreten. Eventuell und im übrigen sei die Klage unter Kosten- und Entschädigungspflicht zu Lasten der Klägerin abzuweisen. C. Am 26. März 1998 beauftragte der Bezirksgerichtspräsident F., mit der Ausarbeitung einer Expertise. Der Gutachter lieferte seinen Bericht am 14. Januar 1999 ab; dieser wurde tags darauf vom Bezirksgerichtspräsidenten den Parteien zugestellt. Da der Experte in wesentlichen Punkten zu anderen Schlüssen gelangt war als der Privatgutachter C., wurde diesem auf Antrag der Klägerin am 19. Januar 1999 durch den Bezirksgerichtspräsidenten der Streit verkündet.

Sowohl die Klägerin als auch der Eingerufene beantragten darauf die Anordnung einer Oberexpertise, wobei der letztere unter anderem auf eine Stellungnahme von M. hinwies, welcher in einem Schreiben an den Rechtsvertreter des Streitberufenen vom 1. Februar 1999 die Schlussfolgerung des gerichtlichen Experten, er könne die statischen Feststellungen im Gutachten C. nicht bestätigen, als grundsätzlich nicht richtig bezeichnete. Der Beklagte beantragte, es sei auf die Einholung einer Oberexpertise zu verzichten. Nachdem der Bezirksgerichtspräsident diese Beweisergänzung darauf am 5. März 1999 abgelehnt hatte, entschied der Bezirksgerichtsausschuss auf Be-

#### **E. 7**

schwerde der Klägerin und des Eingerufenen am 6. Mai 1999, es sei in Ergänzung der Expertise vom 14. Januar 1999 bezüglich der Statik ein Ingenieur zu beauftragen. Am 22. Juni 1999 bezeichnete der Bezirksgerichtspräsident darauf N. als Experten und er unterbreitete Architekt F. gleichzeitig Ergänzungsfragen. Nachdem der ernannte Gutachter in die Akten Einsicht genommen hatte, stellte er fest, dass er für den Beklagten im gleichen Hause bereits Aufträge ausgeführt hatte, weshalb er das Mandat wegen Befangenheit ablehnen musste. Der Bezirksgerichtspräsident beauftragte darauf am 2. November 1999 an seiner Stelle H. vom Ingenieurbüro I. mit der Ausarbeitung einer Expertise über die statischen Fragen. Dieser lieferte sein Gutachten am 23. Dezember 1999 ab. Der Experte stellte fest, die von A. erstellte Dachgartenanlage habe die Beanspruchung der ursprünglichen Tragkonstruktion verändert. Die Hauptbeanspruchung bestehe in Querrichtung der Auskragung; die Fliessgrenze der Armierung sei in der Mitte der Auskragung um 20 %, am Rande der Auskragung um mehr als 20 % überbeansprucht. Die 1,2 m breite Rabatte stelle den grössten Lastenanteil auf der auskragenden Betondecke dar. Die Tragsicherheit der Decke über dem 4. Obergeschoss sei nach SIA –Norm 162 nicht gewährleistet. Die Armierung in der 1. und 4. Lage sei um 3 % bis 18 %, jene im Bereiche der Auskragung in der 1. Lage um 50 % überbeansprucht. Die Schneelast erzeuge eine zusätzliche Beanspruchung von 20 % bis 50 %; die Tragsicherheit werde mit der Schneelast entsprechend reduziert. Der Schwachpunkt der Tragkonstruktion liege vor allem im Bereiche der Auskragungen. Als sofortige Sicherheitsvorkehrung sei dafür zu sorgen, dass kein Schnee auf dem Pergoladach und in der Gartenanlage liegen bleibe; ohne Schneelast sei die Tragsicherheit der Decke über dem 4. OG gewährleistet. Als Instandsetzungsmassnahmen käme als erste Variante eine Entlastung in Frage, indem die nachträglich aufgebrachten Lasten teilweise oder ganz entfernt würden, oder es müssten die Tragelemente über dem 4. OG verstärkt werden; es sei auch eine Kombination der beiden Varianten denkbar. – Nachdem es noch zu einem Beschwerdeverfahren betreffend die Zulassung von Ergänzungsfragen an den Experten F. gekommen war, welches im Sinne der Klägerin und des Eingerufenen mit der Zulassung dieser Fragen entschieden wurde, beantwortete der Gutachter in einem Schreiben vom 6. April 2000 die Ergänzungsfragen, wobei er seine zwei früheren Sanierungsvarianten mit einer dritten Variante ergänzte. - Am 27. Juni 2000 führte das Bezirksgericht Maloja einen Augenschein und gleichentags die Hauptverhandlung durch. D. Mit Urteil vom 27. Juni 2000, mitgeteilt am 14. Juli 2000, erkannte das Bezirksgericht Maloja:

#### **E. 8**

„1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und der Beklagte wird verpflichtet, den inneren Teil der Flachdachterrasse der beklagten Attikawohnung Nr. xxx. in der B. (Parzelle Nr. yyy., Plan zzz., D., Grundbuchblatt Nr. yyy., Appartementhaus Nr. yyy.) nach Massgabe

der Sanierungsvariante 3 gemäss Gutachtensergän- zung vom 6. April 2000 zu sanieren, indem entlang der Aussen- wände 2 Plattenreihen und der Plattensockel entfernt werden, auf einer Breite von 50 cm entlang der Aussenwand der Überzug vor- sichtig abgespitzt wird, die Terrassentüre ausgewechselt und eine neue Schwelle eingebracht wird, eine neue Dachpappe auf die alte abgeschweisst, an der Wand hochgezogen und mit Win- kelblech und Silikon abgeschlossen wird, der Zementüberzug neu eingebracht und die Platten wieder verlegt werden. Wird das Urteil während der ersten 8 Monate eines Jahres rechts- kräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. und dem 12. eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. 2. Der Beklagte wird verpflichtet, nach Massgabe des Gutachtens vom 14. Januar 1999 die auf dem äusseren Teil der Flachdacher- rasse aufgebrachten Rabatten, die Bruchsteinmauer sowie die Ra- senziegel und die abgesägten Holzpfosten der Pergola zu entfer- nen. Wird das Urteil während der ersten 8 Monate eines Jahres rechts- kräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. und dem 12. eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. 3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 22'438.--, zuzüg- lich Zins zu 5 % seit dem 3. Dezember 1996, zu bezahlen. 4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 12'000.--, einem Streitwertzuschlag von CHF 2'000.--, Schreibgebühren von CHF 1'000.-- und Gutachterkosten von CHF 14'791.05, werden zu 2/3 dem Beklagten und zu 1/3 der Klägerin auferlegt. 5. Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin in Höhe von 1/3 ihrer Anwaltsrechnung mit CHF 12'255.20 ausseramtlich zu entschädi- gen. 6. Rechtsmittel ... 7. Mitteilung an ... E.1. Gegen dieses Urteil liess A. am 1. September 2000 die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären mit dem Antrag:

## **E. 9**

„1. Die Ziffern 1 bis 5 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben. 2. In Gutheissung von Ziff. 1 sei 1. auf die Klage hinsichtlich des klägerischen Rechtsbegehrens 1a und 1b 1. und 2. Abs. und 1c und 2b 1. Satzteil nicht ein- zutreten. 2. Eventualiter und im übrigen die Klage abzuweisen. 3. Subeventualiter auf die in der Hauptverhandlung vor Bezirks- gericht Maloja von der Klägerin neu formulierten Rechtsbe- gehren nicht einzutreten; allenfalls sei die Angelegenheit für die Beurteilung dieser Rechtsbegehren an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7,5 % MwSt für beide Instanzen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.“ Der Berufungskläger beantragte sodann, es sei durch das Kantonsgericht ein Augenschein auf seiner Terrasse und auf der Nachbarterrasse in D. unter Beizug des Gerichtsexperten F. durchzuführen, eventuell sei die Streitsache zur Ergänzung der Akten, namentlich zur Wiederholung des Augenscheins unter Beizug des Ge- richtsexperten F. und entsprechender Protokollierung an das Bezirksgericht Maloja zurückzuweisen. 2. Am 4. September 2000 reichte auch die StWEG B. eine Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Maloja ein und stellte darin folgende Rechtsbegehren „1. Ziff. 4 des angefochtenen Urteils sei dergestalt abzuändern, dass die Gutachterkosten H. (I.) von Fr. 9'204.70 vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen seien; die übrigen Verfahrenskosten, be- stehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 12'000.--, einem Streit- wertzuschlag von Fr. 2'000.--, Schreibgebühren von Fr. 1'000.-- und den Gutachterkosten F. von Fr. 5'586.35 seien zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 der Klägerin aufzuerlegen. 2. Ziff. 5 des angefochtenen Urteils sei dergestalt abzuändern, dass der Beklagte zu verpflichten sei, die Klägerin

ausseramtlich in der Höhe von 8/10 ihrer Anwaltsrechnung, mithin mit Fr. 29'412.50, zu entschädigen. 3. Ziff. 3 des angefochtenen Urteils sei dergestalt abzuändern, dass der Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin Fr. 25'961.-- nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen. 4. Verfahrensrechtlicher Antrag: Bei einer Überprüfung von Ziff. 2 des angefochtenen Urteils (infolge einer entsprechenden Beru-

#### **E. 10**

fung oder Anschlussberufung) sei ein Augenschein durchzuführen. (Diesen Antrag zog die Klägerin mit Schreiben vom 21. September 2000 wieder zurück). 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten. "Die Berufungsklägerin hielt fest, dass sie für den Fall, dass der Beklagte weder die Ziff. 1 noch die Ziff. 2 noch die Ziff. 3 des vorinstanzlichen Urteils im Rahmen einer Berufung oder Anschlussberufung anfechte, die Berufungsanträge 3 und 4 zurückziehe und in diesem Falle nur noch die erstinstanzliche Kostenregelung zu überprüfen sei. - Nachdem sie von der Berufung des Beklagten Kenntnis genommen hatte, reichte die Stockwerkeigentümergeinschaft am 13. September 2000 eine Anschlussberufung ein, mit welcher sie beantragte, die Ziff. 1 des angefochtenen Urteils sei dergestalt zu ergänzen, dass die Formulierung in Linie 9 durch die Formulierung ersetzt werde, dass sämtliche Terrassentüren im inneren (überdeckten) Terrassenteil ausgewechselt und neue Schwellen eingebracht werden müssten. Für den Fall, dass das Kantonsgericht die Ziffern 1 oder 2 des angefochtenen Urteils zu ihren Ungunsten abändern sollte, stellte die Klägerin Eventual-Anschlussberufungsanträge, nämlich bei Aufhebung von Ziffer 1: „a) Eventuell: Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 13'000.- nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen. b) Subeventuell: Es sei festzustellen, dass die Klägerin – zur Schadensermittlung und zur Vornahme von Reparaturarbeiten an der Dachhaut – jederzeit berechtigt ist, den inneren Teil der Flachdachterrasse baulich zu verändern, und zwar auch unter (entschädigungsloser) teilweiser oder ganzer Zerstörung der bestehenden Bausubstanz.“ und bei Aufhebung von Ziff. 2: „Eventuell (bei Entfernung der Dachgartenanlage durch die Klägerin): Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, sämtliche auf dem äusseren Teil der Flachdachterrasse aufgebrachten, von ihr nicht bewilligten Dachaufbauten zu entfernen, und der Beklagte sei überdies zu verpflichten, der Klägerin Fr. 6'500.— nebst 5 % Zins seit 3. Dezember 1996 zu bezahlen.“ Schliesslich beantragte die Klägerin, es seien – falls das Gericht die von der Vorinstanz zugesprochenen Forderungen auf Grund der verschiedenen Gutachten als zu wenig substantiiert qualifizieren sollte - entsprechende Ergänzungsgutachten bzw. Erläuterungen einzuholen.

#### **E. 11**

3. Mit Schreiben vom 27. Februar 2001 teilte Rechtsanwalt lic.iur. Martin Buchli dem Kantonsgericht mit, sein Mandant, der Eingerufene C., beteilige sich nicht am Berufungsverfahren. F. Am 31. Mai 2001 wurde in der B. in D. ein Augenschein durchgeführt, an welchem seitens des Kantonsgerichts im Einverständnis mit den Parteien lediglich der Vorsitzende und der Aktuar teilnahmen. Mit Bezug auf den Verlauf und das Ergebnis des Augenscheins wird auf das Protokoll vom 5. Juni 2001 und dessen Ergänzung durch das Schreiben Architekt F.s vom 14. Juni 2001 verwiesen. Am 18. Juni 2001 fand in Chur die Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht statt, an welcher die Klägerin durch Frau Irene Hengartner und Herr Robert Ackeret sowie Rechtsanwalt Dr.iur. Duri Pally vertreten war, während seitens der Beklagtschaft die Eheleute A. und Rechtsanwalt lic.iur. Stefan Metzger anwesend waren. In seinem Plädoyer bestätigte der Rechtsvertreter des Beklagten sein Berufungsbegehren auf Abweisung der Klage. An seinen Anträgen auf

Nichteintreten auf die Rechtsbegehren der Prozesseingabe hielt er nicht fest, wohl aber an jenen auf Nichteintreten auf die in der Hauptverhandlung neu formulierten Rechtsbegehren. Er beantragte sodann auch, es sei auf die Anschlussberufung der Klägerin nicht einzutreten. Der klägerische Rechtsvertreter beantragte die Abweisung der Berufung A.s. Er bestätigte sodann die in seiner Berufung sowie in der Anschluss- bzw. Eventualan Anschlussberufung gestellten Anträge, wobei er diese allerdings in die Übersichtlichkeit nicht eben förderlichen Weise unter Veränderung der Reihenfolge der einzelnen Begehren in einem neu formulierten Rechtsbegehren zusammenfasste. – Auf die Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung: I.1. Der Beklagte hat in seiner Berufungserklärung den Beweisantrag gestellt, es sei durch das Kantonsgericht unter Beizug des Gerichtsexperten F. ein Augenschein auf seiner und auf der Terrasse seines Nachbarn durchzuführen. In der Begründung zu diesem Antrag hat er darauf hingewiesen, dass das Protokoll sowohl des Augenscheins als auch der erstinstanzlichen Hauptverhandlung in entscheidenden Punkten unvollständig und unrichtig sei. Mit Bezug auf das Verhandlungsprotokoll wurde insbesondere gerügt, dieses halte nicht fest, dass sein Rechtsvertreter gegen das vom klägerischen Anwalt anlässlich der Hauptverhandlung überraschend neu formulierte Rechtsbegehren vehement protestiert und eine Verschie-

## **E. 12**

bung der Verhandlung verlangt habe. Die Rechtsbegehren seien nicht nur präzisiert, sondern zum Teil substantiell verändert worden; man hätte aber die neuen Rechtsbegehren in geschriebener Fassung mit den ursprünglichen Begehren vergleichen können müssen, um die Änderungen zu erkennen. Da dies nicht möglich gewesen sei, habe man ihm das rechtliche Gehör verweigert. Der Rechtsvertreter des Beklagten hat diese Rügen an den beiden Protokollen auch in seinem Schreiben vom 18. September 2000 an den Bezirksgerichtspräsidenten im Sinne von Einwendungen gegen das Aktenverzeichnis erhoben, wobei er allerdings festhielt, die fraglichen Aktenstücke könnten zwar im Recht belassen werden, doch sei von ihrer Unvollständigkeit Vormerk zu nehmen. Man kann sich fragen, ob es möglich ist, im Rahmen von Einwendungen gegen das Aktenverzeichnis im Sinne von Art. 221 ZPO Rügen gegen den Inhalt einzelner Aktenstücke vorzubringen. Die Frage braucht jedoch nicht beantwortet zu werden, da die vom Beklagten erhobenen Rügen durch das Berufungsverfahren an Bedeutung verloren haben. Dem Antrag auf Durchführung eines Augenscheins wurde stattgegeben und es fand auch eine mündliche Berufungsverhandlung statt. Der Berufungskläger hatte also ausreichend Gelegenheit, im erstinstanzlichen Augenscheinprotokoll angeblich unrichtig oder unvollständig festgehaltene Feststellungen korrigieren zu lassen. Auch die geltend gemachten Mängel am Protokoll der Hauptverhandlung können als durch die Berufungsverhandlung geheilt betrachtet werden, konnte der Rechtsvertreter des Beklagten doch die sich im wesentlichen gegen Änderungen der klägerischen Rechtsbegehren erhobenen Proteste wiederum vorbringen. Der Beklagte beantragte im erstinstanzlichen Verfahren noch, es sei auf die Rechtsbegehren der Prozesseingabe nicht einzutreten, weil diese zu unpräzise seien. Im Berufungsverfahren hält der Beklagte an diesem Begehren nicht mehr fest, er wendet sich nur noch gegen die anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung neu formulierten Rechtsbegehren. Diese unterscheiden sich nun von den ursprünglichen Begehren nicht dermassen, dass Grund bestanden hätte, die Hauptverhandlung zu verschieben. Bezüglich des inneren Dachteils (1.a) besteht die Differenz lediglich darin, dass auf die Zusatzexpertise F. Bezug genommen wurde, was keine Änderung, sondern lediglich eine

Präzisierung darstellt, mit der zudem zu rechnen war, da den Parteien ja das Gutachten F. mit seiner Ergänzung zugestellt worden war, womit sich auch der Beklagte mit dessen Inhalt auseinandersetzen und sich dazu äussern konnte. Mit Bezug auf das Eventualbegehren gemäss Ziff. 1.b) fand eine problemlos feststellbare Reduktion von 25'000 auf 13'000 Franken statt, die selbstverständlich ohne weiteres möglich war. Unzulässig war hingegen, dass das Subeventualbegehren gemäss Ziff. 1.c) in ein Hauptbegeh-

### **E. 13**

ren umgewandelt wurde. Mit Bezug auf den äusseren Dachteil ergab sich wiederum lediglich eine unproblematische Reduktion im Eventualbegehren (2.b) von 30'000 auf 15'000 Franken und bei der Schadenersatzposition eine solche von 45'000 Franken auf Fr. 30'461.--. Gesamthaft betrachtet kann damit festgestellt werden, dass es mit Ausnahme von Ziff. 1.c) keinen Grund gibt, auf die anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gestellten Rechtsbegehren nicht einzutreten, da es sich bei diesen nur um eine im ursprünglichen Rechtsbegehren mit dem Hinweis auf durch einen Gutachter festzulegende bauliche Massnahmen vorbehaltene Präzisierung, beziehungsweise um Reduktionen der im ersten Rechtsbegehren geforderten Beträge handelt. Es macht damit also praktisch keinen Unterschied, ob die Streitsache auf Grund des ursprünglichen oder des an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung modifizierten Rechtsbegehren entschieden wird, zumal der Beklagte ja heute auf dem Nichteintreten auf das in der Prozesseingabe vorgebrachte Rechtsbegehren nicht mehr beharrt und damit nicht mehr bestreitet, dass es in nachbarrechtlichen Verfahren nicht erforderlich ist, die konkret zu treffenden Massnahmen zu nennen, sondern dass deren Umschreibung dem Ermessen des Richters anheim gestellt werden kann. Der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe die Regel, wonach die nachträgliche Präzisierung des Rechtsbegehrens spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens zu erfolgen habe, grösstlich verletzt, trifft ins Leere. Die Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass das Beweisverfahren anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht geschlossen wird; sie hat also nichts versäumt, wenn sie die Präzisierung anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vorgenommen hat. 2. Die StWEG B. hat in ihrer Berufung vom 4. September 2001 das erstinstanzliche Urteil nur bezüglich seiner die Schadenersatzklage entscheidenden Ziffer 3 sowie bezüglich der sich auf die Verteilung der Gerichts-, Expertise- und aussergerichtlichen Kosten beziehenden Ziffern 4 und 5 angefochten. Der Beklagte seinerseits hat mit seiner Berufung hingegen die Aufhebung des ganzen Urteils des Bezirksgerichts und Nichteintreten auf die Klage bzw. eventualiter deren Abweisung beantragt. Er macht sodann geltend, es sei auf die Anschlussberufung der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht einzutreten, da eine solche ausgeschlossen sei, wenn die gleiche Partei bereits ihrerseits Berufung eingelegt habe. Dass eine Partei, die gegen ein Urteil Berufung eingelegt hat, ihre Berufungsansprüche konsumiert hat und auf eine Berufung der Gegenpartei nicht mehr mit einer Anschlussberufung antworten kann, hat das Kantonsgericht in dem in PKG 1995 Nr. 16 publizierten Urteil in Übereinstimmung mit der Praxis des Bundesgerichts zum seinerzeitigen Art. 70 OG (BGE 62 II 46 ff.) entschieden. Dieser Grundsatz hat nach wie vor seine

### **E. 14**

Gültigkeit, ist aber im vorliegenden Fall nicht von entscheidender Bedeutung. Was die Klägerin mit ihrer Anschlussberufung beantragt, entspricht im wesentlichen dem, was sie

als Eventualbegehren schon im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hat. Nachdem der Beklagte das Urteil des Bezirksgerichts Maloja als ganzes angefochten hat, steht im Berufungsverfahren wiederum alles zur Diskussion, was schon vor erster Instanz zu beurteilen war. Es leben mit anderen Worten auch die von der Klägerin seinerzeit gestellten Eventualbegehren wieder auf. Da die Klägerin mit ihren Hauptbegehren vor Bezirksgericht im wesentlichen durchgedrungen ist (wenn im Dispositiv nur von einer Terrassentür gesprochen wird, ist dies ein offensichtlicher Verschieb, der - falls das Kantonsgericht in dieser Frage zum gleichen Schluss wie die Vorinstanz kommen sollte - ohne weiteres zu korrigieren wäre), war sie diesbezüglich nicht beschwert und konnte folglich in diesen Punkten keine Berufung erklären. Da es ihr andererseits nach der erwähnten Praxis verwehrt war, der Berufung des Beklagten eine Anschlussberufung entgegenzuhalten, müssen ihre vor erster Instanz vorgebrachten Eventualbegehren auf Grund der Berufung des Beklagten ebenfalls wieder zur Diskussion gestellt werden können (vgl. dazu PKG 1992 Nr. 9). Nicht auf Grund der Anschlussberufung der Stockwerkeigentümergeinschaft, sondern weil der Berufungskläger das angefochtene Urteil als Ganzes aufgehoben und die Klage abgewiesen haben will, wird sich daher das Kantonsgericht auch mit den Eventualbegehren der Klägerin zu befassen haben, falls es dem Antrag des Beklagten entsprechend zum Schluss kommen sollte, deren Hauptbegehren könnten nicht gutheissen werden.

3. Der Rechtsvertreter des Berufungsklägers hat am 5. Juni 2001 zwei Aktenstücke mit dem Antrag eingelegt, diese beiden echten Noven seien als Beweismittel zuzulassen. Es handelt sich einerseits um einen Zeitungsausschnitt, der sich mit den ungewöhnlichen Schneefällen im Oberengadin im vergangenen Winter befasst, und andererseits um eine von seinem Mandanten bezahlte Rechnung für die Schneeräumung von November 2000 bis März 2001. Ob diese beiden neuen Dokumente als echte Noven entgegengenommen werden können, braucht vorläufig nicht entschieden zu werden; es wird darauf zurückzukommen sein, falls sich die Fragen, für deren Beantwortung sie von Bedeutung sein könnten, stellen sollten.

4. Eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vorsitzenden und dem Rechtsvertreter des Beklagten bezüglich eines Passus in den Ausführungen des Experten anlässlich des Augenscheins vom 31. Mai 2001, der offenbar infolge einer Fehlmanipulation nicht registriert worden war, erledigte sich dadurch, dass ein auf die Berufungsverhandlung hin eingegangenes Schreiben des Gutachters F. die vom

## **E. 15**

Vorsitzenden aus dem Gedächtnis wiedergegebene Aussage des Experten als richtig bestätigte. II.1.a) Es ist unbestritten, dass mit Bezug auf die Frage, ob A. als Eigentümer der Wohnung Nr. xxx. im Appartementhaus B. im Rahmen der Neugestaltung der ihm gemäss der Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum vom 24. Juli 1975 zur alleinigen und uneingeschränkten Benützung zugewiesenen Dachterrasse die ihm zustehenden Befugnisse überschritten hat, zwischen dem äusseren und dem inneren (überdachten) Terrassenteil zu unterscheiden ist. Im Rahmen der notwendig gewordenen Sanierung der Dachterrasse hatten sich die Stockwerkeigentümergeinschaft und A. darauf geeinigt, dass die erstere nur den äusseren Terrassenteil sanieren werde, während der Beklagte den inneren Teil auf seine Kosten nach seinen Vorstellungen sollte gestalten dürfen. Was den inneren Terrassenteil betrifft sind von den in der vorliegenden Auseinandersetzung diskutierten Problemen nur noch deren zwei streitig, nämlich die Frage, ob die Türschwellen zu erhöhen sind und ob die abgeschnittenen Winkelbleche wieder angebracht werden müssen. Mit Bezug auf die Türschwellen hat die Vorinstanz festgestellt,

nach der vom Experten F. vorgeschlagenen Sanierungsvariante 3 seien die Türschwellen um 6 cm zu erhöhen. Dazu sei die Terrassentür auszuwechseln und eine neue Schwelle einzubringen. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang nur von einer Tür und Schwelle spricht, handelt es sich dabei – wie schon oben angedeutet - offensichtlich um einen Verschieb, führen doch drei Türen von der Wohnung A. in den inneren Terrassenteil, und es stellt sich bezüglich aller drei Türen die Frage, ob die Schwellenhöhe genügend ist. In der vorliegenden Auseinandersetzung nicht zur Diskussion steht hingegen die vom Schlafzimmer auf den ungedeckten Terrassenteil führende Tür (Tür Nr. 5a im Protokoll des Augenscheins vom 31. Mai 2001), die nie zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden war. Wenn sich das Bezirksgericht zur Begründung ihres Entscheides, wonach die Türen auszuwechseln und neue, höhere Schwellen anzubringen seien, auf die Ausführungen im Ergänzungsgutachten F. vom 6. April 2000 stützt und feststellt, nach der dort vertretenen Auffassung müssten die Türschwellen um 6 cm erhöht werden, so stimmt dies in dieser absoluten Formulierung nicht. Der Experte F. hielt in seinem Bericht als Vorbemerkung fest, um die Türschwellen um 6 cm zu erhöhen, müssten die Türen zur Terrasse ausgewechselt werden. Damit wollte er offensichtlich sagen, falls man die Schwellen auf die Höhe von 12 cm bringen wolle, wie es nach seinen Aussagen anlässlich des Augenscheins heute als Norm gelte, müssten die Schwellen um 6 cm erhöht werden. In seiner Expertise vom 14. Januar 1999 sprach er noch von einer vorgeschriebenen Minimalhöhe von 6 cm, was nach seiner Präzisierung am

## **E. 16**

Augenschein der Norm zum Zeitpunkt der Erstellung der B. entsprach. Anlässlich des Augenscheins vom 31. Mai 2001 wurden die Schwellenhöhen der Türen der Wohnungen J. und A. gemessen, wobei verschiedenen Messmethoden zur Anwendung gelangten. Der Experte F. erklärte, messe man die Schwellenhöhen nach der alten Methode, ergebe sich für die tiefste Schwelle (Nr. 5) der Wohnung A. eine Höhe von 4,7 cm. Nach der von ihm für richtig erachteten und vertretbaren Messmethode betrage die Schwellenhöhe der beiden Türen der Wohnung J. hingegen je 5, 7 cm, jene der Tür Nr. 5 in der Wohnung A. 6,3 cm, bei der Tür Nr. 3 messe man 6,5 cm und bei der Tür Nr. 4 betrage sie 12 cm (die Tür Nr. 5a steht hier nicht zur Diskussion). In dem den Parteien anlässlich der Berufungsverhandlung zur Kenntnis gebrachten Schreiben des Experten vom 14. Juni 2001 bestätigte dieser, dass die Schwellenhöhen trotz der Überdachung nötig seien, dass die Schwellen aber selbst bei (offenbar nach heutiger Norm) zu geringer Höhe noch einen gewissen Schutz böten. Auf Grund der anlässlich des Augenscheins vom 31. Mai 2001 gemachten Feststellungen und der Ausführungen des Experten steht demnach fest, dass die Schwellen der in den überdachten Terrassenteil der Wohnung A. führenden Türen im Gegensatz etwa zu den Schwellen der Wohnung J. der zur Zeit der Erstellung des Hauses gültigen Norm entsprechen und dass sie – auch wenn die heutigen Vorschriften eine grössere Höhe verlangen – einen gewissen Schutz bieten. Würden die Türschwellen in der ganzen B. der heute offenbar geltenden Norm angepasst, müsste man selbstverständlich auch vom Beklagten verlangen, sich einem entsprechenden Beschluss zu unterziehen. Davon ist aber keine Rede, so dass es Treu und Glauben widerspräche, würde man nur den Beklagten verpflichten, den heutigen Empfehlungen entsprechend seine Türschwellen auf 12 cm zu erhöhen. Eine solche Verpflichtung wäre um so stossender, wenn man bedenkt, dass die Schwellen der in den überdeckten Teil der Dachterrasse A.s führenden Türen immerhin den früheren Vorschriften entsprechen, während die Schwellen der der Witterung ausgesetzten Türen der Wohnung J. sogar etwas tiefer sind, als es die beim Bau des Hauses gültige Norm

verlangte. Angesichts dieser Sachlage gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass es unverhältnismässig wäre, den Beklagten zum Auswechseln der Türen und zum Anbringen neuer Schwellen zu verpflichten. Seine Berufung ist daher in diesem Punkt gutzuheissen.

b) Die Klägerin machte in ihrer Prozesseingabe weiter geltend, die Sanierung des inneren Dachteils, die vereinbarungsgemäss direkt A. veranlasst habe, sei nicht nach den Regeln der Kunst vorgenommen worden. Zu beanstanden sei insbesondere, dass die wasserabhaltenden, der Wand entlang laufenden Kupferbleche entgegen aller Regeln der Kunst bodeneben weggefräst worden seien. Der Beklagte

#### **E. 17**

bestritt dies in seiner Prozessantwort nicht. Er machte aber geltend, infolge der Überdachung sei der innere Teil der Dachterrasse nicht mehr der Witterung ausgesetzt; er habe in diesem Bereich wie vereinbart einen Zementunterlagboden und darauf einen kompakten Granitbelag aufgebracht. Die seit 1986 vorhandenen Kupferbleche von etwa 25 cm Höhe hätten alsdann noch um einige Zentimeter aus dem Plattenbelag herausgeragt und seien auf diesem Niveau bodeneben weggefräst, der Rand mit Silikon wieder abgedichtet und darüber ein Granitsockel angebracht worden. In seinem in der Folge eines Wasserschadens zuhanden der Freiburger Versicherungen verfassten Bericht vom 6. August 1996 äusserte der Architekt L. die Vermutung, der Schaden könnte darauf zurückzuführen sein, dass der Dachablauf nicht dicht sei und dass auf der Wohnungsseite das Winkelblech fehle. Die Stockwerkeigentümergeinschaft machte darauf in einem Schreiben vom 20. August 1996 für die Fehler und die Folgeschäden G. verantwortlich, der jedoch in seinem Brief vom 25. September 1996 - von welchem der Beklagte allerdings bezweifelt, dass er vom Spengler G. verfasst wurde - seine Haftung entschieden bestritt. Zur Frage der Winkelbleche führte er aus, A. und dessen Bauführer hätten anlässlich der Dachrenovation von 1994 den Auftrag gegeben, die notwendigen Kupferbleche am Rande der Terrasse bodeneben abzufräsen und diese durch Marmorsockel zu ersetzen. Dies habe zur Folge gehabt, dass das sich auf der Terrasse sammelnde Wasser zwischen dem Überzug und der Wasserisolation durchlaufen könne und hinter dem abgeschnittenen Winkelblech durch den Marmorsockel hindurch der Mauer entlang abflüsse, so dass ein Wasserschaden entstehen könne. Der Gutachter F. kam in seiner Expertise vom 14. Januar 1999 zum Schluss, die Wandanschlüsse seien nicht nach den Regeln der Baukunst ausgeführt worden; die Winkelbleche fehlten und die zweilagige Dachpappe sei unterhalb des Plattenbodens abgeschnitten worden. Der Beklagte bestreitet dies auch heute nicht, er macht aber geltend, die Winkelbleche seien nach der Ansicht der Klägerin, beziehungsweise ihres Unternehmers G. nicht mehr nötig gewesen, da die Fassade jetzt durch die Überdachung geschützt sei. Aus diesem Grunde habe G. den weggeschnittenen Teil nicht mehr ersetzt. Er habe sodann zwecks Reparatur des Dachwasserablaufs das Winkelblech in diesem Bereich auf einer Breite von etwa einem Meter entfernt und dieses fehle jetzt, wie vom Experten anlässlich des Augenscheins festgestellt worden sei. Damit habe er (der Beklagte) nichts zu tun, das sei Sache der Klägerin, welche diese Arbeit abgenommen und bezahlt habe. Wenn der Nicht-Ersatz des entfernten Winkelblechs ein Mangel sei, so möge die Klägerin bei ihrem Unternehmer Mängelrüge erheben.

#### **E. 18**

Auf Grund der Beweislage steht fest, dass A. die Winkelbleche entlang der Hauswand bodeneben abfräsen liess. Dies ist auch unbestritten, doch macht der Beklagte geltend, er habe dies getan, weil der Dachdecker und Spengler G. diese Winkelbleche (wobei es vor

allem um die darunterliegende, vom Winkelblech geschützte Dachpappe geht) infolge der Überdachung des inneren Terrassenteils als nicht mehr erforderlich bezeichnet habe. Diese Darstellung widerspricht allerdings den Ausführungen G.s im Brief an die Stockwerkeigentümergeinschaft vom 25. September 1996, von welchem der Beklagte behauptet, es könne nicht wirklich von G. geschrieben worden sei. Wie dem auch sei, es gibt keine Zweifel darüber, dass der Beklagte – ohne jedenfalls von der Stockwerkeigentümergeinschaft dazu ermächtigt worden zu sein – gemeinschaftliche Gebäudeteile abgetrennt hat und dass aus diesem Vorgehen ein Schadenersatzanspruch aus Eigentumsbeschädigung entstanden ist. Dies gilt zumindest mit Bezug auf den Bereich auf beiden Seiten des Dachwasserablaufs, also entlang dem Teil der Hauswand, bei welchem der Granitboden bis an die Wand heranreicht, was nur dort nicht der Fall ist, wo sich hinter einer Art Kastentür der Wasserablauf befindet. Auch an dieser Stelle fehlt nach den Feststellungen des Experten, welche sich am Augenschein bestätigten, das Winkelblech, doch ist nicht bewiesen, wer für dessen Entfernung in diesem Bereich verantwortlich ist. Nach der nicht widerlegbaren Darstellung des Beklagten war dies im Rahmen der von der Klägerin in Auftrag gegebenen Reparatur des Dachwasserablaufs geschehen, weshalb er nicht berechtigt sei und auch nicht gezwungen werden könne, daran eine Korrektur vorzunehmen. Dies trifft an sich zu, hingegen entbindet es den Kläger nicht von seiner Verantwortung, für die Entfernung der ausserhalb dieses Bereichs vorhanden gewesenen Winkelbleche geradezustehen. Mit Bezug auf diesen gemeinschaftlichen Gebäudeteil hat A. gemäss Art. 712a Abs. 2 und 641 Abs. 1 ZGB seine Eigentumsrechte überschritten, so dass der Stockwerkeigentümergeinschaft schon auf Grund dieser Bestimmungen ein Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrig geschaffenen Zustandes (im Sinne von Naturalersatz; vg. BGE 111 II 24 ff.) zusteht. Es kann damit offen bleiben, ob auch ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Grund der getroffenen Vereinbarungen über die Ausführung der Sanierungsarbeiten im inneren und im äusseren Terrassenteil besteht. Die Akten lassen darauf schliessen, dass wohl auch eine solche Rechtsgrundlage gegeben wäre und der Beklagte auch aus diesem Grunde zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet werden könnte. - Der Gutachter hat anlässlich des Augenscheins klar dargelegt, dass die an den Wänden hochgezogene Dichtungsschicht aus Dachpappe im inneren Teil der Dachterrasse trotz der Überdachung erforderlich sei, um Wasserschäden zu vermeiden; diese hochgezogene Dichtungsschicht müsse mit Winkelblechen, Steinplatten oder durch Ver-

## **E. 19**

putz mit Netz geschützt werden. Angesichts dieser Sachlage kommt man nicht umhin, den Beklagten in Gutheissung der Klage zu verpflichten, die zur Behebung der von ihm veranlassten Eigentumsverletzung notwendigen Arbeiten gemäss den vom Experten F. in seinem Zusatzbericht vom 6. April 2000 unter der Sanierungsvariante 3 beschriebenen baulichen Massnahmen (nach dem oben unter Ziffer 1 Gesagten selbstverständlich ohne die Arbeiten an den Terrassentüren) ausserhalb des Bereichs des Dachwasserablaufs ausführen zu lassen. Es ist zwar richtig, dass der durch diese Vorkehren angestrebte Schutz vor Wasserschäden erst voll wirksam werden wird, wenn auch der Dachwasserablauf regelgerecht saniert sein wird. Da die Klägerin jedoch den ihr obliegenden Beweis, dass der Beklagte die Wasserabdichtung auch in diesem Bereich entfernt hat, nicht zu erbringen vermochte, kann A. nicht zur Behebung auch dieses Mangels verpflichtet werden. Soll die Gutheissung der Klage hinsichtlich des umfangmässig weit grösseren Teils der Abdichtungen nicht zu einem Pyrrhussieg verkommen, tut die Klägerin also gut daran,

sich mit dem Beklagten auf eine gemeinsame Lösung der gleich gelagerten Probleme zu einigen. - Ist der Beklagte nach dem Gesagten im Sinne von Naturalersatz zu verpflichten, den durch das Abfräsen der Winkelbleche und das Abschneiden der Dachpappe geschaffenen rechtswidrigen Zustand zu beheben, wird das auf Zahlung eines Schadenersatzes gerichtete Eventualbegehren auf Zahlung eines Betrages von 13'000 Franken gegenstandslos, wurde dieses für den Fall der Aufhebung von Ziffer 1 des angefochtenen Urteils doch lediglich mit der allfälligen Verneinung des Wiederherstellungsanspruchs bezüglich der Winkelbleche und nicht etwa auch mit der Verneinung des Anspruchs auf Erhöhung der Türschwellen begründet. 2. Mit Bezug auf den äusseren Dachterrassenteil beantragte die Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, sämtliche auf diesem angebrachten, von ihr nicht bewilligten Dachaufbauten zu entfernen, insbesondere die Rabatte, die Bruchsteinmauer, die Rasenziegel sowie die abgesägten Holzpfosten der Pergola. Die Vorinstanz hat diesem Begehren stattgegeben und dazu ausgeführt, nach den Feststellungen und Berechnungen des für Statikfragen beigezogenen Experten stehe fest, dass die Dachgartenanlage die Beanspruchung der ursprünglichen Tragkonstruktion verändere. Die Tragsicherheit der Decke über dem vierten Obergeschoss sei bei Berechnung mit Eigengewicht und Schneelasten nach der massgebenden SIA-Norm nicht gewährleistet. Das Bezirksgericht hielt sodann fest, nach dieser Beurteilung durch den Experten stelle die Gartenanlage eine Gefährdung für das Gebäude dar. Das Recht zur alleinigen und ausschliesslichen Nutzung der Dachterrasse berechtige den Beklagten aber nicht, auf dieser eine das Gebäude schädigende Gartenanlage zu errichten. Die Klägerin verlange daher zu Recht die Beseitigung die-

## **E. 20**

ses einen Schadenseintritt begünstigenden Zustandes. Der Berufungskläger wendet gegen diese Argumentation ein, er habe mit dem seinerzeitigen Bau nichts zu tun, weshalb die SIA-Normen keine Rolle spielten. Er habe die Eigentumswohnung gestützt auf den Begründungsakt und das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft mit dem ausdrücklichen Recht der ausschliesslichen und uneingeschränkten Nutzung der Dachterrasse erworben. Beurteilungskriterien seien daher die gesetzlichen Schranken festlegenden Art. 712a und Art. 679 ZGB und nicht irgendwelche SIA-Normen. Durch die Anlage des Dachgartens habe er aber seine Rechte nicht überschritten und keine gemeinsamen Bauteile beschädigt und solche auch nicht mit Schaden bedroht. Der Gerichtsexperte H. habe klar festgehalten, dass die Tragsicherheit der Decke über dem 4. OG ohne Schneelast gewährleistet sei, also drohe eine Gefährdung bloss durch die Kombination von Gewicht der Dachgartenanlage mit der heutigen normgemässen Schneelast von 721 kg/m<sup>2</sup>, was einer für St. Moritz völlig unrealistischen Schneehöhe von sieben Metern entspreche. Es drohe also nach diesen Feststellungen mindestens solange keine Gefahr, als die Dachterrasse von Schnee geräumt werde; dass dies geschehe, habe aber die Klägerin in der Hand, und die entsprechenden Arbeiten würden vom Hauswart auch stets ausgeführt, wenn ihm die Klägerin keine gegenteiligen Instruktionen erteile. Es wird von niemandem bestritten, dass der Berufungskläger mit dem Kauf seiner Eigentumswohnung auch das Recht auf die alleinige und uneingeschränkte Benützung der Dachterrasse erworben hat. Es trifft auch zu, dass A. anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 26. Januar 1991 bewilligt worden war, seine Wohnung umzubauen und die Dachterrasse zu verändern. Dem Protokoll dieser Versammlung kann allerdings nicht entnommen werden, welche Veränderungen genehmigt worden waren, doch hatte der Beklagte damals offenbar detaillierte Pläne

vorgelegt. Er gesteht heute aber zu, dass von der Anlage eines Dachgartens mit Steintrögen die Rede gewesen sei, was auch im Protokoll der Liegenschaftsbegehung vom 20. April 1996, auf das vom Rechtsvertreter des Beklagten ausdrücklich verwiesen wird, unter Verweis auf die Intervention verschiedener Eigentümer anlässlich dieser Begehung festgehalten wird. Bei dieser Gelegenheit wurde offenbar die Meinung geäußert, dass das, was A. gebaut hatte, nicht dem entsprach, was seinerzeit bewilligt worden war. Der Beklagte soll dem entgegnet haben, er habe mit der Wohnung auch das Benützungsrecht an der Dachterrasse erworben. Auch heute beharrt er auf seiner Auffassung, wonach ihm die uneingeschränkte Benutzung der Dachterrasse zugesichert worden sei. Obwohl er dann aber zugesteht, dass sich die Genehmigung der Stockwerkeigentümergeinschaft auf

## **E. 21**

Steintröge bezogen habe, stellt er sich auf den Standpunkt, die Gartenanlage, wie er sie angelegt habe, entspreche der landesüblichen Gestaltung eines Dachgartens. Dieser Auffassung, welche das Aufstellen von Steintrögen mit der Gartenanlage, wie sie vom Beklagten geschaffen wurde, gleichsetzt, kann nun aber offensichtlich nicht gefolgt werden. Wenn der Beklagte geltend macht, es stehe ihm das alleinige und uneingeschränkte Benützungsrecht an der Dachterrasse zu, so trifft dies von vornherein nur insoweit zu, als es um Gebäudeteile geht, die zu Sonderrecht ausgeschieden werden können. Dies ist nun nicht mit Bezug auf alle Teile einer Dachterrasse der Fall. So wird etwa im Kommentar Bärmann/Pick/Merle (8. Auflage, München 2000) zum deutschen Wohneigentumsgesetz festgehalten (S. 223), soweit eine Terrasse einen konstruktiven und integrierenden Bestandteil des Gebäudes bilde und insbesondere für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sei, könne sie nicht Gegenstand des Sondereigentums sein. Dies werde in den meisten Fällen zutreffen, vor allem dann, wenn die Terrasse gleichzeitig das Dach für darunter liegende Wohnungen bilde. Wenn die oberste Schicht eines Flachdaches noch eine Isolierungsfunktion habe, sei vom gemeinschaftlichen Eigentum des Daches auszugehen. Allenfalls könne die oberste begehbare Schicht des Aufbaus zu Sondereigentum erklärt werden, also der Belag, zum Beispiel die Fliesen, hingegen seien die darunterliegenden Schichten zur Feuchtigkeitsisolierung und Wärmedämmung zwingend gemeinschaftliches Eigentum (a.a.O. Seite 211 f.). In die gleiche Richtung geht auch die schweizerische Gesetzgebung. Meier-Hayoz (Berner Kommentar, N. 31 und 19 zu Art. 712b Abs. 2) hält dafür, dass an einer Dachterrasse zwar Sondernutzungsrechte eingeräumt werden könnten, dass es sich aber bei einer solchen Terrasse trotzdem um einen Gebäudeteil handle, der die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes so wesentlich mitbestimme, dass er kraft Art. 712 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zwingend gemeinschaftlich sei; damit soll verhindert werden, dass die einzelnen Stockwerkeigentümer Eingriffe in diese Gebäudeteile vornähmen und so die äussere Gestalt des Gebäudes eigenmächtig verändern könnten. Nicht nur auf das Aussehen, sondern auch auf die Funktion eines Gebäudeteils stellt das Gesetz ab, wenn in Art. 712a Abs. 2 ZGB bestimmt wird, der Stockwerkeigentümer dürfe die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen. Geht man vom Gesetzestext und von den zitierten Literaturstellen aus, so könnte im vorliegenden Fall bestenfalls die oberste Schicht des Terrassenbodens, also im inneren Terrassenteil etwa der Granitboden und im äusseren Teil die losen Bodenplatten, zu Sonderrecht ausgeschieden werden. Wie es sich damit verhält, kann an sich offen bleiben, es war dem Beklagten in jedem Fall verwehrt, die äussere Gestalt der Dachterrasse und ihre Funktionalität über das hinaus

## E. 22

zu verändern, das ihm von der Stockwerkeigentümergeinschaft zugestanden wurde. Nach der Aktenlage war es sein Recht, den inneren Teil der Terrasse nach seinen Vorstellungen zu gestalten und auf dem äusseren Teil eine Bepflanzung unter Verwendung von Steintrögen vorzunehmen. Was den an dieser Stelle zur Diskussion stehenden äusseren Terrassenteil betrifft, hat A. sich nun aber in keiner Weise an diese Vorgabe gehalten. Wenn er anstelle der Pflanztröge aus Stein eine rund um seine Terrasse herumführende Natursteinmauer von 44 bis 54 cm Höhe und 20 bis 30 cm Breite auf einer Erdschicht anlegte und das Ganze mit Humus auffüllte, so ist dies schon vom Aussehen her etwas ganz anderes als das Aufstellen von mobilen Steintrögen. Das gleiche gilt mit Bezug auf den Ersatz der lose verlegten Steinplatten durch eine geschlossene Rasenfläche. Einmal abgesehen von den Folgen bezüglich der Statik wurde durch dieses Vorgehen nicht nur die äussere Gestalt der Dachterrasse grundlegend verändert, was – da diese praktisch nicht einsehbar ist - weniger ins Gewicht fällt, es wurde auch die Funktion dieses Gebäudeteils entscheidend verändert. Die Klägerin hat überzeugend dargelegt und es konnte dies auch anlässlich des Augenscheins mit aller Klarheit festgestellt werden, dass durch diese massiven Veränderungen der Zugang zu den unter der obersten Bodenschicht liegenden gemeinschaftlichen Gebäudeteilen in untolerierbarer Weise erschwert wird. Dies führt gerade bei der Suche nach Undichtigkeiten des Daches zu Nachteilen, die schwer wiegen und von der Stockwerkeigentümergeinschaft daher mit guten Gründen nicht hingenommen werden müssen (vgl. um Ganzen auch Bärman/Pick/Merle, a.a.O. S. 435, 682 und 711/12, wonach das Erstellen einer Gartenanlage mit Intensivbegrünung und Bepflanzung mit Gehölzen eine das Benützungsrechts überschreitende, unzulässige bauliche Massnahme und zudem eine unzulässige Beeinträchtigung darstellt, da Schäden am gemeinschaftlichen Eigentum nur noch erschwert festgestellt werden können). Das Kantonsgericht ist daher mit der Klägerin der Auffassung, dass der Beklagte durch die vorgenommenen Veränderungen seine Rechte als Stockwerkeigentümer in einer Art. 641 und Art. 712a Abs. 2 ZGB verletzenden Weise überschritten hat und folglich schon aus stockwerkeigentumsrechtlichen Gründen zu verpflichten ist, die Dachgartenanlage, einschliesslich der abgesägten Pergolastützen, die nach den Feststellungen des Experten F. nicht nach den Regeln der Baukunst beseitigt wurden, in der vom Bezirksgericht festgelegten Weise zu entfernen. Mit Bezug auf gewisse Teile der Dachgartenanlage kommt man auch aus statischen Gründen zum gleichen Schluss. Der Gutachter H. stellte in seiner Expertise vom 23. Dezember 1999 fest, die von A. erstellte Dachgartenanlage habe die Beanspruchung der ursprünglichen Tragkonstruktion verändert. Die Hauptbean-

## E. 23

spruchung bestehe in Querrichtung der Auskragung. Die Fliessgrenze der Armierung sei in der Mitte der Auskragung um 20 % und am Rande um mehr als 20 % überbeansprucht. Den grössten Lastenanteil stelle die 1,2 m breite Rabatte auf der auskragenden Betondecke dar. Die Tragsicherheit der Decke über dem 4. OG sei nach SIA-Norm 162 nicht gewährleistet; die Armierung in der 1. und 4. Lage des unterliegenden Zimmers sei um 3 % bis 18 %, jene im Bereiche der Auskragung in der 1. Lage um 50 % überbeansprucht. Die Schneelast erzeuge eine zusätzliche Beanspruchung von 20 bis 50 %; die Tragsicherheit werde mit der Schneelast entsprechend reduziert. Als sofortige Sicherheitsvorkehrung sei dafür zu sorgen, dass kein Schnee auf dem gedeckten Pergoladach und der Gartenanlage liegen bleibe. Die Tragsicherheit der Decke über dem 4. OG sei ohne Schneelast gemäss

SIA- Norm 162 gewährleistet. Als Instandsetzungsmassnahmen schlug der Gutachter entweder die ganze oder teilweise Entfernung der nachträglich aufgetragenen Lagen oder die Verstärkung der Tragelemente über dem 4. OG vor. Am Augenschein vom 31. Mai 2001 präzisierte der Experte, zu beseitigen seien die Rabatten samt Bruchsteinmauern im Bereich der Auskragungen, im Plan bezeichnet mit den Schnitten C-C; die restlichen Teile könnten nach seiner Ansicht stehen bleiben. Auf Grund dieser Sachlage steht für das Kantonsgericht zweifelsfrei fest, dass die erwähnten Bauteile nicht nur aus stockwerkeigentümerrechtlichen Gründen, sondern auch aus statischer Sicht entfernt werden müssen. Es ist dabei entgegen der Darstellung des Beklagten nicht erforderlich, dass bereits eine Beschädigung gemeinsamer Bauteile nachgewiesen wird, es genügt vollkommen, wenn ein Schaden droht; dies ist aber bei der vom Gutachter festgestellten Überbeanspruchung der Armierung zweifellos der Fall. Die Argumentation des Berufungsklägers, es stehe ihm die uneingeschränkte Nutzung und Gestaltung der Dachterrasse innerhalb der gesetzlichen Schranken zu, trifft durchaus zu. Diese Schranken gebieten nun aber eben, dass die Dachterrasse nicht stärker belastet werden darf, als es die beste- hende Konstruktion erlaubt; der Beklagte hat also mit anderen Worten keinen Anspruch darauf, die Terrasse mit so und soviel Tonnen zusätzlich belasten zu dürfen. Dabei ist es völlig klar, dass sich der Gutachter bei der Beantwortung der Frage, ob bestimmte Aufbauten aus statischer Sicht akzeptiert werden können, auf aner- kannte Berechnungsgrundlagen stützen musste, wie sie eben die SIA-Regeln dar- stellen. Der an die Vorinstanz gerichtete Vorwurf, sie habe zu Unrecht auf die SIA- Normen abgestellt, ist daher nicht gerechtfertigt. Das Bezirksgericht hat, wie auch das Kantonsgericht, nicht selbst die SIA-Normen angewandt, sondern auf die Schlussfolgerungen des Experten abgestellt, zu denen dieser nicht willkürlich auf- grund irgendeiner persönlichen Betrachtungsweise, sondern unter Bezugnahme auf die anerkannten Regeln der Baukunde, wie sie eben die SIA-Normen darstellen, ge-

#### **E. 24**

langt ist. Es ist nicht einzusehen, was bei diesem Vorgehen nicht rechtens sein soll. Für das Kantonsgericht völlig selbstverständlich ist auch, dass die Frage, ob eine Überbeanspruchung von gemeinschaftlichen Bauteilen besteht, unter Einbeziehung des Schneegewichts zu beantworten ist. Dabei ist nicht etwa auf Annahmen bezüglich eines gewissen Objekts an einem bestimmten Ort, sondern auf allgemein gültige Gewichte abzustellen, wie sie ebenfalls durch Normen geregelt sind. Abgesehen davon, dass in den Ausführungen, die der Rechtsvertreter des Beklagten unter Berufung auf eine Tabelle des Eidgenössischen Instituts für Schnee- und Lawinen- forschung in Davos zu den Schneehöhen macht, stets mit dem Gewicht von frisch gefallenem Schnee argumentiert wird, während sich gesetzter Nassschnee nach der gleichen Tabelle schon bei einer nicht ungewöhnlichen Höhe ein Gewicht von bis zu 600 kg/m<sup>3</sup> erreichen kann, darf nicht davon ausgegangen werden, dass stets und sofort nach einem starken Schneefall eine umgehende Schneeräumung stattfindet. Es gibt mannigfache Gründe, dass gerade auch in Fällern, in denen ungewöhnlich viel Schnee fällt, eine überall gleichzeitige Schneeräumung nicht vorgenommen werden kann und der Schnee folglich liegen bleibt. An dieser Tatsache vermag auch die Bestätigung über die vom Beklagten im vergangenen Winter für die Schneeräumung bezahlte Rechnung nichts zu ändern. Die Sicherheit eines Gebäudes darf nicht von Umständen abhängen, welche zwar in den meisten Fällen zutreffen mögen, die aber doch ausnahmsweise einmal nicht zum Tragen kommen können. In Würdigung all dieser Umstände erachtet das Kantonsgericht die Schlussfolgerungen des Experten H.,

wonach die Gartenanlage im Bereiche der Auskragungen eine Überbeanspruchung der Armierung zur Folge hat und deshalb zu entfernen ist, als überzeugend; sie bestätigt im übrigen nur die auch von M. geteilte Auffassung des Privatgutachters C.. Die Klage ist daher, soweit sie die Beseitigung dieses Teils der Gartenanlage verlangt, auch aus statischen Gründen gutzuheissen. 3. Unter der Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens machte die Klägerin für verschiedene Schadenersatzpositionen ursprünglich einen Betrag von 45'000 Franken geltend, den sie anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nach Durchführung des Beweisverfahrens auf Fr. 30'461.— herabsetzte. Das Bezirksgericht hiess von dieser Summe insgesamt einen Betrag von Fr. 22'438.— gut, und mit ihrer Berufung verlangt die Klägerin Erhöhung dieser Position auf eine Summe von Fr. 25'961.--. In der Prozesseingabe legte die Stockwerkeigentümergeinschaft dar, dass Fr. 9'099.— des eingeklagten Betrages auf die Kosten des sich auf die Statik beziehenden Teil des Gutachtens von C. und Fr. 4'838.90 auf die im Hinblick auf das vorliegende Verfahren dem Verwalter angeblich entstandenen zusätzlichen Arbeits-

## **E. 25**

aufwand entfallen würden. Einen in der Prozesseingabe noch nicht näher beziffernden, durch Expertise zu bestimmenden Betrag forderte die Klägerin als Schadenersatz für angeblich auf Weisung des Beklagten erfolgte mangelhaft ausgeführte Dachsanierungsarbeiten (anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wurden unter dieser Position insgesamt Fr. 8'023.— gefordert) und schliesslich wurde ein ebenfalls durch Expertise festzusetzender Betrag für bauliche Massnahmen nach Entfernung der Dachgartenanlage durch den Beklagten verlangt (an der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht auf Fr. 8'500.-- beziffert). Zu diesen Positionen ergibt sich folgendes: a) Das Bezirksgericht sprach der Klägerin den zuletzt erwähnten Betrag von Fr. 8'500.-- mit der Begründung zu, nach Entfernung der vom Kläger gebauten Gartenanlage müsse dieser Dachteil wieder hergestellt werden; der dafür erforderliche finanzielle Aufwand werde vom Experten auf den geforderten Betrag beziffert. Die vom Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung erhobene Verjährungseinrede könne – weil verspätet vorgebracht – nicht gehört werden. Der Berufungskläger machte vor Kantonsgericht geltend, es handle sich bei dieser Position um einen Teil des klägerischen Eventualbegehrens 2b gemäss Leitschein und Prozesseingabe. Nachdem das Bezirksgericht das Hauptbegehren 2a gutgeheissen habe, sei das Eventualbegehren gegenstandslos geworden. Anlässlich der Hauptverhandlung habe die Klägerin den gleichen Sachverhalt erstmals als Teil des Rechtsbegehrens 3 unter dem Titel Schadenersatz geltend gemacht. Auf diesen neu vorgebrachten Sachverhalt hätte nicht eingetreten werden dürfen; in jedem Falle hätte seine sofort erhobene Verjährungseinrede berücksichtigt werden müssen. Die Argumentation der Beklagten hält einer Überprüfung nicht stand. Einmal trifft es nicht zu, dass das Schadenersatzbegehren gegenstandslos geworden ist, weil der Beklagte verpflichtet wurde, die Gartenanlage zu entfernen. Der im Rechtsbegehren 2a geforderte und vom Bezirksgericht angeordnete Abbruch dieser Anlage war eine Sache, die Wiederherstellung des alten Zustandes, für das in Ziffer 3 Schadenersatz gefordert wurde, eine andere. Es trifft daher auch nicht zu, dass es sich bei dieser anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung auf 8'500 Franken bezifferten Position um einen neu vorgebrachten Sachverhalt handelte, wurde doch unter der Ziffer 25 c) der Prozesseingabe dieser Punkt ausdrücklich erläutert, einzig die Bezifferung der Position wurde unter Hinweis auf die Ermittlung durch einen Gutachter noch offen gelassen. Angesichts dieser Sachlage wies die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass der Beklagte in seiner Prozessantwort mit Bezug auf diese Schadenersatzposition die

Verjährungseinrede hätte erheben müssen,

#### **E. 26**

falls er eine auf den umschriebenen Sachverhalt gegründete Forderung für verjährt gehalten haben sollte. Damit erweisen sich die vom Beklagten erhobenen Einwände als nicht stichhaltig, doch bleibt noch prüfen, ob die Forderung in quantitativer Hinsicht begründet ist. Nachdem der Beklagte verpflichtet wurde, die Gartenanlage selbst abzuräumen, verbleibt als Schadenersatzforderung nur noch die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach erfolgter Entfernung der Natursteinmauer, der Rabatten und der Rasenfläche. Im Gutachten F. werden nun aber unter dem Gesamtbetrag von 8'500 Franken sowohl Abbruch- als auch Wiederherstellungsarbeiten zusammengefasst, es wird nicht unterschieden, welche Beträge im einzelnen auf das (gemäss Urteil vom Beklagten vorzunehmende) Entfernen des Humus und des Rasens, auf die Beseitigung des Holzrostes sowie auf den Abbruch des partiellen Unterlagsbodens und das Instandstellen der Schutzschicht entfallen. Eine konkrete Ziffer gibt der Experte nur für die Kosten eines begehbaren Belages (Kies, Sand, Betonplatten) an. Nur dieser, vom Gutachter auf Fr. 6'120.-- geschätzte Betrag kann der Klägerin daher unter dieser Position zugesprochen werden. Damit erübrigen sich Ausführungen zur Kontroverse über das Detailproblem Zementunterlagsboden. b) Bereits in ihrer Prozesseingabe verlangte die Klägerin Ersatz für die ihr vor dem Prozess entstandenen Expertenkosten sowie für den zusätzlichen Aufwand, der der Verwaltung im Zusammenhang mit der angeblich von A. herbeigeführten Gefährdung des Daches zusätzlich entstanden und von ihr zu vergüten gewesen sei. C. stellte für seine im Auftrage der Klägerin erfolgte Gutachtertätigkeit am 4. Dezember 1996 insgesamt den Betrag von Fr. 13'163.40 in Rechnung. Er schlüsselte den Rechnungsbetrag auf fünf Teilbereiche auf, von denen auf den Aufgabenbereich Statik Fr. 7'007.10 und auf allgemeine Kosten (Grundlagenbeschaffung usw.) Fr. 3'032.35 entfielen. Die Klägerin verlangte vom Beklagten mit ihrer Forderung von Fr. 9'099.-- von vornherein nur Ersatz für den auf den statischen Teil des Gutachtens sowie auf den durch diesen prozentual entstandenen Aufwand an allgemeinen Kosten (69 % oder Fr. 2'092.--). Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, es sei von vornherein völlig unhaltbar, dass angesichts der nur teilweisen Guttheissung der Klage die Kosten des Ingenieurberichts C. nicht im gleichen Verhältnis wie die Gerichtskosten verteilt worden seien. Die Kosten des Privatgutachtens C. dürften ihm aber überhaupt nicht auferlegt werden, da es sich entsprechend dem von der Klägerin erteilten Auftrag mit verschiedenen Fragen befasse, welche nicht Prozessgegenstand seien. Die Klägerin habe sodann bei der Auftragserteilung grob fahrlässig gehandelt, indem sie C. mit Bezug auf die Ursachen der Wasserschäden und die Risse im 4. OG verschiedene Fakten vorenthalten habe.

#### **E. 27**

Der Beklagte bestreitet zu Recht nicht grundsätzlich, dass vorprozessuale Kosten, wie sie etwa in der Form von Aufwand für rechtliche Abklärungen, technische Expertisen oder auch Verwaltungshandlungen entstehen können, in einem in der Folge angehobenen Prozess als Schadenersatz geltend gemacht werden können. Er stellt sich aber auf den Standpunkt, dass für einen Mangelfolgeschaden nur gehaftet werden könne, soweit dieser auf einen von einem Unternehmer zu vertretenden Mangel zurückzuführen sei. Im vorliegenden Fall beträfen aber alle dem Privatgutachter erteilten Aufträge Vorgänge, welche nicht Prozessgegenstand seien. Dazu ist festzustellen, dass sich C. intensiv mit statischen Fragen befusste, welche im Mittelpunkt dieses Verfahrens stehen. Er hat in seiner

Rechnung die Kosten sei- ner auf diese Bereich entfallenden Bemühungen in transparenter Weise vom restli- chen Aufwand ausgeschieden, so dass zweifelsfrei gesagt werden kann, dass die geltend gemachten Fr. 9'099.— ausschliesslich auf die Abklärung statischer Fragen entfallen. Wenn der Beklagte sodann geltend macht, die Expertenkosten hätten – wenn schon – im gleichen Verhältnis wie die Verfahrenskosten verteilt werden müs- sen, so träfe dies grundsätzlich zu, wenn die Kosten auf einen Bereich zurückzu- führen wären, mit Bezug auf den es nur zu einer teilweisen Gutheissung der Klage kam. Es ginge also beispielsweise sicher nicht an, dem Prozessgegner Kosten für die vorprozessuale Abklärung von Mängeln zu überbinden, welche sich auf Grund der Begutachtung als nicht bestehend erwiesen haben. Im vorliegenden Fall verhält es sich jedoch nicht so. Die Schlussfolgerungen des Privatgutachters mit Bezug auf die Statik haben sich auf Grund der gerichtlichen Begutachtung bestätigt, und es ist die Klägerin in dieser Beziehung mit ihren Begehren voll durchgedrungen. Ange- sichts dieser Sachlage war es daher gerechtfertigt, die ausschliesslich auf den Sta- tikbereich entfallenden Kosten des Ingenieurberichts C. dem Beklagten zu überbin- den. Das erstinstanzliche Urteil erweist sich also in dieser Beziehung als angemessenes. Unter dem gleichen Titel macht die Klägerin einen ihr durch das Verhalten A.s angeblich entstandenen Verwaltungsaufwand von Fr. 4'839.—geltend, der ihr vom Bezirksgericht im vollen Umfange zugesprochen worden ist. Der Beklagte ist der Auffassung, auch diese Kosten hätten ihm selbst bei grundsätzlicher Gutheis- sung der Klage nur teilweise überbunden werden dürfen, da sich die Verwaltung gemäss Rechnung mit verschiedenen aussergewöhnlichen Problemen zu befassen gehabt habe, welche er nicht zu vertreten habe. Dieser Einwand ist gerechtfertigt. Der von Verwalter E. in Rechnung gestellte zusätzliche Arbeitsaufwand betraf nicht nur die Statik, mit Bezug auf welche die Klägerin mit ihrer Argumentation vollständig durchgedrungen ist. Wenn E. als Zeuge aussagte, der ganze in der Rechnung vom

### **E. 31**

diese Bestimmung berufen. So wie sie bezüglich der Statik einen Privatgutachter beigezogen hatte, wäre es ihr auch möglich gewesen, ihre Schadenersatzan- sprüche schätzen zu lassen, womit sie wohl zu einer etwas realistischeren Forde- rung gelangt wäre. Mit den anfänglich verlangten 45'000 Franken hat sie aber einen so übersetzten Betrag gefordert, dass sie die Möglichkeit einer aussergerichtlichen Einigung ungünstig beeinflusste. Selbst mit dem nach Abschluss des Beweisverfah- rens geforderten Schadenersatzbegehren ist die Klägerin vor erster Instanz schliesslich nur zu rund 73 % durchgedrungen. Angesichts dieser Umstände konnte die von der Klägerin angerufene Bestimmung nicht allzu stark ins Gewicht fallen. Die Klägerin wirft der Vorinstanz weiter vor, sie habe der Kostenverteilung eine fehlerhafte Streitwertberechnung zugrunde gelegt. Massgebend sei nicht der Wert der Aufwendungen des Beklagten, sondern der Wert des dem Kläger entste- henden, vom Gericht gemäss Art. 22 Abs. 3 ZPO zu schätzenden Vorteils. Der klä- gerische Rechtsvertreter beziffert diesen auf 105'000 Franken, nämlich auf den po- tentiellen Schaden, der entstehe, wenn sich der gefährliche Zustand, den es zu be- seitigen gelte, verwirklichen sollte. Diese recht eigenwillige Schadensschätzung mag phantasievoll sein, sie ist jedoch völlig unrealistisch, vermag doch auch die Klägerin in keiner Weise abzuschätzen, welche Schäden im Falle der Verwirklichung des Ernstfalles, also bei einem Einsturz der Flachdachterrasse infolge Überlastung ent- stehen würden. Jede Bezifferung eines solchen hypothetischen Schadens wäre also rein willkürlich und folglich für die Feststellung des Streitwertes im vorliegenden Verfahren völlig unbrauchbar. Die Berechnung der Vorinstanz hält sich demgegenü- ber wenigstens an Fakten und ist

demnach wesentlich realistischer als die auf einem unvorhersehbaren Szenarium beruhenden Schätzungen der Klägerin. Abgesehen davon kann vor allem in Fällen, bei denen es nicht allein um die Beurteilung einer genau bezifferten Forderung geht, die Kostenzuteilung nicht einfach auf Grund eines Zahlenvergleichs erfolgen, sondern es ist eine Gesamtbeurteilung der Interessenlage vorzunehmen. Dabei ist in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit bestimmtem Wert das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen ein wichtiges, aber nicht das einzige Kriterium. Wenn es im vorliegenden Verfahren unter anderem um die Beseitigung eines gefährlichen Zustandes geht, so ist nicht einzusehen, wieso das Interesse der Klägerin weitergehen soll als der Aufwand, der zu seiner Beseitigung notwendig ist, geht es doch letztlich einfach darum, dass nicht die Klägerin, sondern der Beklagte die Kosten für diese Arbeiten zu bezahlen hat. Zur Diskussion steht also die Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs und nicht die Frage, wer in welchem Umfang die Kosten für die Behebung des Schadens im Fall der Verwirklichung des gefährlichen Zustandes zu tragen hat. Die rein hypotheti-

### **E. 32**

sche Streitwertberechnung der Klägerin macht daher wenig Sinn und kann jedenfalls für die Kostenzuteilung nicht massgebend sein, und mit seiner Bemerkung über die Konsequenzen einer anderen Betrachtungsweise stellt der Vertreter der Klägerin den gesunden Menschenverstand des Gerichts in Frage. Klammert man sich nicht pedantisch an zudem recht fragwürdige Zahlen, sondern stellt man – wie es bei einem Ermessensentscheid angebracht ist – eine Gesamtbetrachtung an, bei der auch das Verhalten der Parteien und insbesondere auch deren Bereitschaft, zu einer aussergerichtlichen Lösung Hand zu bieten, berücksichtigt werden kann, erscheint die vom Bezirksgericht vorgenommene Kostenzuteilung auch nach Durchführung des Berufungsverfahrens noch durchaus angemessen. Verschiedene Fragen, die schon vor der Prozesseinleitung diskutiert, aber auch in den Rechtsschriften noch erwähnt wurden, wie etwa die genauen Ursachen der Wasserschäden und die Rissbildungen sowie das Versetzen eines Teils der Wohnfassade nach aussen, fanden im Verfahren keine eindeutige Antwort oder verliefen im Sande. Es lässt sich sodann nach Auffassung des Kantonsgerichts nicht bestreiten, dass mit etwas konzilianterem Verhalten beider Parteien Lösungen gesucht und gefunden hätten werden können, welche ein Gerichtsverfahren vermeidbar gemacht oder zumindest erheblich vereinfacht hätten. Mit Bezug auf die Statik, also den äusseren Dachterrasenteil, ist der Beklagte ganz unterlegen. Bezüglich des inneren Terrassenteils ist die Klägerin insofern durchgedrungen, als der Beklagte verpflichtet wurde, die Wandabschlüsse mit Winkelblechen wieder in Ordnung zu bringen, hingegen wurde in teilweiser Gutheissung der Berufung davon abgesehen, vom Beklagten das Auswechseln der Türen und Schwellen zu verlangen. Mit ihren Schadenersatzansprüchen ist die Klägerin schliesslich ausgehend von ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren zu knapp der Hälfte und von dem im erstinstanzlichen Verfahren noch streitigen Betrag zu gut 70 % durchgedrungen. Die beidseitigen Erfolge im Berufungsverfahren halten sich in diesem Punkt etwa die Waage. Gesamthaft betrachtet wird die Verteilung der Kosten der ganzen Prozedur im Verhältnis von 2:1 zu Lasten des Beklagten dem Ausgang des Verfahrens gerecht. Die Bemessung der der Klägerin zustehenden Prozessentschädigung ist im gleichen Verhältnis vorzunehmen.

3. Am 26. Februar 2001 reichte das Bezirksgericht Maloja beim Kantonsgericht eine Honorarrechnung des Architekturbüros P. + F., über 920 Franken ein, welche eine Stellungnahme des Gutachters F. an das Bezirksgericht Maloja sowie den Augenschein und die Hauptverhandlung vor erster Instanz vom 27. Juni 2000 betrifft. Diese erst am 23.

Februar 2001 erstellte Rechnung konnte im Kostenspruch des erstinstanzlichen Urteil nicht mehr berücksichtigt werden, was an dieser Stelle

### **E. 33**

von Amtes wegen nachzuholen ist. Sie sind zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu zählen, die sich damit auf insgesamt Fr. 21'506.35 belaufen.

### **E. 34**

Demnach erkennt die Zivilkammer: 1. Die Berufungen werden teilweise gutgeheissen und das angefochtene Urteil wird aufgehoben. 2. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, den inneren Teil der Flachdachterrasse seiner Attikawohnung Nr. xxx. in der B. (Parzelle Nr. yyy., Plan zzz., D., Grundbuchblatt Nr. yyy.) in der Weise zu sanieren, dass entlang der Aussenwände zwei Plattenreihen und der Plattensockel entfernt werden, auf einer Breite von 50 cm entlang der Aussenwand der Überzug vorsichtig abgespitzt wird, eine neue Dachpappe auf die alte abgeschweisst, an der Wand hochgezogen und mit Winkelblech und Silikon abgeschlossen sowie der Zementüberzug neu eingebracht wird und die Platten wieder verlegt werden. Wird das Urteil während der ersten acht Monate eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. und dem 12. Monat eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. 3. Der Beklagte wird verpflichtet, die Rabatten, die Bruchsteinmauern, die Randsiegel und die abgesägten Holzpfosten der Pergola zu entfernen. Wird das Urteil während der ersten acht Monate eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende September desselben Jahres auszuführen; wird das Urteil zwischen dem 9. und dem 12. Monat eines Jahres rechtskräftig, so sind die baulichen Massnahmen bis Ende Juni des folgenden Jahres auszuführen. 4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'968.-- nebst 5 % Zins seit dem 3. Dezember 1996 zu zahlen. 5. Die Kosten des Gutachtens H., I., von Fr. 9'204.70 gehen zu Lasten des Beklagten. Die Kosten der Vermittlung von Fr. 200.--, die übrigen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 21'506.35 sowie die Kosten des Berufungs-

### **E. 35**

verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.--, den Kosten der Gutachter von Fr. 623.65 sowie einer Schreibgebühr von Fr. 504.--, total somit Fr. 9'127.65, gehen zu 1/3 zu Lasten der Klägerin und zu 2/3 zu Lasten des Beklagten, welcher die Klägerin aussergerichtlich für beide Instanzen zusammen mit 15'000 Franken zu entschädigen hat. 6. Mitteilung an : \_\_\_\_\_ Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden  
Der Vorsitzende Der Aktuar ad hoc

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.