

# GR\_GERICHTE ZF 2003 11 vom 20. Mai 2003

GR Gerichte, 2003-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF\\_2003\\_11](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2003_11)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2003 11 du 20 mai 2003

IT: GR\_GERICHTE ZF 2003 11 del 20 maggio 2003

## Regeste

Wiederherstellung des Dachlukarne-Umbaus und der Wohnraumerweiterung | ZGB  
Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 12

Februar 2003, in Sachen des I. B., Kläger und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Patrik Wagner, Rosenhügelweg 6, 7270 Davos Platz, gegen den Beklagten und Berufungskläger, betreffend Wiederherstellung des Dachlukarne-Umbaus und eines eingebauten Fensters, hat sich ergeben:

2 A. Die Stockwerkeigentümergeinschaft „C.“, Parzelle Nr. 2904 des Grundbuchs der Gemeinde D., besteht aus fünf Stockwerkeigentumseinheiten. I. B. ist Alleineigentümer von Hauptbuchblatt-Nr. 51'077 mit einem Sonderrecht an der 4½-Zimmer-Wohnung im Dachgeschoss mit einer Wertquote von 200/1000. A. ist Eigentümer von Hauptbuchblatt-Nr. 51'076 mit einem Sonderrecht an der 3½-Zimmer-Wohnung mit einer Wertquote von 189/1000. Der Miteigentümer E. ist Eigentümer von zwei Wohnungen mit einer Wertquote von je 239/1000, während die Miteigentümer F. Eigentümer einer Wohnung mit einer Wertquote von 133/1000 sind. Die Verwaltung wird von der G. besorgt. Im Frühling 2000 beabsichtigte A., eine Decke in seinen Wohnraum einzuziehen, eine Dachlukarne auf der südlichen Dachhälfte zu erstellen und ein Fenster in die Westfassade einzubauen. Die G. informierte mit Schreiben vom 13. März 2000 die Stockwerkeigentümer über das Vorhaben und bat diese, zum Umbauvorhaben Stellung zu nehmen. I. B. widersetzte sich mit Schreiben vom 22. März 2000 an die Verwaltung und vom 30. Mai 2000 an A. dem Umbauvorhaben infolge geltend gemachter übermässiger Einwirkungen auf sein Eigentum. Die Eigentümer E. und F. dagegen stimmten dem Vorhaben zu. Das Baugesuch wurde am 17. März 2000 publiziert. Nach unbenutzter Einsprachefrist wurde die Baubewilligung von der Gemeinde H. am 12. April 2000 erteilt. Eine privatrechtliche Einsprache wurde ebenfalls nicht erhoben. Im Frühling 2001 liess A. die Umbauarbeiten ausführen. Am 11. Juli 2001 bemerkte dies die Ehefrau von I. B., K. B., anlässlich eines Ferienbesuches und beanstandete dies bei der G.. Am 21. September 2001 fand eine ausserordentliche Stockwerkeigentümersammlung statt mit dem Traktandum der Genehmigung des Ausbaus der Wohnung A.. Dabei gab der Miteigentümer E. bekannt, dass er gegen den Ausbau keine Einwendungen habe, die Miteigentümer F. erachteten den Ausbau zwar als nicht sehr schön, verzichteten im Sinne eines guten Einvernehmens aber auf eine Klage. I. B. wehrte sich hingegen weiterhin. B. Am 19. Oktober 2001 liess I. B. beim Vermittleramt des Kreises Klosters eine Klage auf Verpflichtung von A. zur Versetzung des Einbaus des Fensters, der Dachlukarne und der Wohnraumerweiterung in den ursprünglichen Zustand anhängig machen. Ebenso verlangte er die Androhung von Art.

292 StGB bei allfälliger Widerhandlung sowie die Ermächtigung, im Falle des Widerhandelns gegen das Urteil die Wiederherstellung auf Kosten des Beklagten selbst vornehmen zu lassen. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 12. Dezember 2001

3 wurde am 29. Januar 2002 der Leitschein ausgestellt. I. B. liess die Streitsache alsdann mit Prozesseingabe vom 5. Februar 2002 dem Bezirksgericht Prättigau/Davos mit folgendem Rechtsbegehren unterbreiten: „1. Es sei der Beklagte gerichtlich zu verpflichten, die ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer in seiner Ferienwohnung in der „C.“, im Frühjahr 2001 vorgenommenen baulichen Veränderungen mit Einbau eines Fensters, Dachlukarne und Wohnraumerweiterung wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. 2. Es sei das Urteil auf Wiederherstellung ausdrücklich unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB zu erlassen, wonach mit Haft oder Busse bestraft wird, wer einer gerichtlichen Verfügung keine Folge leistet. 3. Es sei der Kläger bereits heute unabhängig eines allfälligen Strafverfahrens zu ermächtigen, im Falle der Widerhandlung gegen das Urteil auf Wiederherstellung der unrechtmässig vorgenommenen Umbauten in vorstehender Ziff. 1 auf Kosten des Beklagten die Wiederherstellung selbst vorzunehmen oder in Auftrag zu geben. 3. Unter voller gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7,6% MWSt.“ Der Kläger habe bereits nach dem ersten Schreiben der Hausverwaltung dieser telefonisch mitgeteilt, dass er dem Bauvorhaben nicht zustimme. Der Beklagte habe das Bauvorhaben trotzdem und ohne Kenntnis der Miteigentümer und der Hausverwaltung realisiert. Damit sei eindeutig in das äussere Erscheinungsbild eingegriffen worden. Die Dachlukarne verändere die Ansicht der Südfassade wesentlich und erheblich negativ, sei weder proportional noch vermöge sie architektonisch zu überzeugen. Das äussere Ansehen der Westfassade sei durch das Fenster wesentlich beeinträchtigt. Ebenso tangiere die Erweiterung des Innenraums seine Wohnung. Insbesondere das Fenster sei zu weit an den Balkon des Klägers herangebaut, was ihn beim Aufenthalt auf dem Balkon störe und ihn in seiner Bewegungsfreiheit einenge. Wie in das Eigentum des Klägers eingegriffen worden sei, zeige auch der in seine Wohnung eingeschlagene Nagel. Seine Eigentumsrechte seien erheblich verletzt worden. C. A. liess mit Prozessantwort vom 12. März 2002 die Abweisung der Klage beantragen. Die Stellungnahme der Parteien auf die Aufforderung der Hausverwaltung hin habe eine Zustimmung von vier Stockwerkeigentümern mit einer Wertquote von 800/1000 ergeben. Das Baugesuch sei korrekt eingereicht und die Bewilligung erteilt worden. Einsprachen seien nicht eingegangen. Die Stockwerkeigentümerversammlung vom 21. September 2001 habe das gleiche Bild gezeigt. Der Kläger habe als einziger Eigentümer opponiert. Die 4 Stockwerkeigentümer hätten den Bauarbeiten mit einem qualifizierten Mehr zugestimmt. Die Planabweichung sei auf einen unkorrekten Begründungsplan zurückzuführen. Das Fenster läge nicht so nahe am Balkon, wenn dieser entsprechend dem Begründungsplan erstellt worden wäre. D. In seiner Stellungnahme entgegnete der Kläger, die Wertquote des Klägers betrage nur 198/1000, der angebliche Zirkulationsbeschluss sei nicht im Verhältnis 800 zu 200, sondern von 611/1000 mit einer Enthaltung von 189/1000 erfolgt. Die Zustimmung der Miteigentümer F. sei unter Bedingungen erfolgt. Unzutreffend sei, dass der Kläger die Balkonlage verändert habe. Vielmehr habe eine Veränderung mit zusätzlichem Balkon bereits im Jahre 1979 unter Zustimmung aller Miteigentümer stattgefunden. E. Mit Urteil vom 30. Januar 2003, mitgeteilt am 12. Februar 2003, erkannte das Bezirksgericht Prättigau/Davos: „1. Die Klage des I. B. gegen A. wird teilweise

gutgeheissen und A. wird verpflichtet, die jüngst erstellte Dachlukarne (Südfassade) und das jüngst erstellte Fenster (Westfassade) so zurückzubauen, dass die Umfassungsmauer, Fassade und das Dach aussehen, als wäre dort nie eine Dachlukarne und ein Fenster eingebaut gewesen. Zudem hat A. den in die Wohnung durchgeschlagenen Nagel zu entfernen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die Kosten des Kreises Klosters von Fr. 132.00 gehen je hälftig zulasten des I. B. und des A.. Die Kosten des Bezirksgerichts Prättigau/Davos, bestehend aus - einer Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.00 - Schreibgebühren von Fr. 460.00 - Barauslagen von Fr. 75.20 total somit von Fr. 5'535.20 gehen je hälftig (= je Fr. 2'767.60) zulasten des I. B. und des A.. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. 3. Die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen. 4. (Rechtsmittelbelehrung). 5. (Mitteilung).“ Der Kläger habe dem Umbaubegehren des Beklagten nie zugestimmt. Dass er keine Einsprache gegen das Baugesuch erhoben habe, ändere an seinen zivilrechtlichen Ansprüchen nichts. Das klägerische Rechtsbegehren genüge. Nach dem Benützungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft wie auch nach Art. 712a ZGB sei es den

5 Stockwerkeigentümern nicht gestattet, Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes, an dessen Untergrund sowie an der Liegenschaft überhaupt vorzunehmen. Es handle sich dabei um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Dies gelte insbesondere für die Erstellung einer Dachlukarne sowie eines Fensters bei nicht im Sondereigentum stehenden Bauteilen. Dafür sei die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer notwendig. Ein Stockwerkeigentümer könne jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren, wobei es keine Rolle spiele, von wem diese ausgehe. Es sei offensichtlich, dass der Kläger durch die Dachlukarne und das Fenster in seinem Stockwerkeigentum ungerechtfertigt beeinträchtigt sei. Dies treffe für die Schaffung des neuen Innenwohnraums demgegenüber nicht zu. F. Gegen dieses Urteil liess A. am 27. Februar 2003 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erheben mit folgenden Anträgen: „1. Ziffer 1, Sätze 1 und 2, sowie die Ziffern 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben. 2. Die Klage des Berufungsbeklagten I. B. sei abzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.“ G. An der mündlichen Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht vom 20. Mai 2003 waren A. und I. B. sowie die Rechtsvertreter beider Parteien anwesend. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Der Rechtsvertreter von A. bestätigte seine in der Berufungserklärung gestellten Anträge. Der Rechtsvertreter von I. B. beantragte in seinem Plädoyer die vollumfängliche Abweisung der gegnerischen Begehren. Die Rechtsvertreter beider Parteien gaben im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG die schriftliche Ausfertigung ihrer Vorträge zu den Akten. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Urteil sowie der Parteien in ihren Vorträgen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1. Nach Art. 219 Abs. 1 ZPO kann gegen Urteile der Bezirksgerichte innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils Berufung an das Kantonsgericht erklärt werden. Diese hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue

6 Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten. Der Berufungskläger hat sein Rechtsmittel frist- und formgerecht eingereicht. 2. Was den von der Dachlukarne aus in die Wohnung des Berufungsbeklagten hineingeschlagenen Nagel betrifft, hat sich der Berufungskläger anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung bereit erklärt, diesen zu entfernen. Von dieser Bereitschaft wird Vormerk genommen. Zur einvernehmlichen

Erledigung sind die Parteien gehalten, den Zugang in ihre Wohnungen für die entsprechenden Arbeiten zu gewährleisten. Damit bildet der in die Wohnung des Berufungsbeklagten ragende Nagel nicht mehr weiter Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es braucht daher nicht weiter entschieden zu werden, ob hinsichtlich der Beseitigung des Nagels keine genügende Vermittlung stattgefunden hat oder der Nagel als Teil der gerügten Dachlukarne zu betrachten wäre. Zu entscheiden bleibt hingegen, ob die Dachlukarne und das Fenster an der Westfassade zu Recht erbaut worden sind. 3.a) Die Vorinstanz hat den Rückbau der Dachlukarne sowie des Fensters angeordnet. Sie hat ausgeführt, jeder Eigentümer sei gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB legitimiert, sich gegen Beeinträchtigungen seines Eigentums zur Wehr zu setzen, auch wenn diese durch einen Miteigentümer erfolge. Vorliegend seien gemeinschaftliche Teile beeinträchtigt worden. Veränderungen an gemeinschaftlichen Bauteilen dürften von Stockwerkeigentümern aber nach dem Benützungs- und Verwaltungsreglement, welches in Wiederholung von Art. 712a Abs. 2 ZGB eine unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung wiedergebe, nicht vorgenommen werden. Dies gelte insbesondere für die Dachlukarne und den Neueinbau des Fensters, welche in nicht im Sonderrecht stehene Bauteile eingreifen würden. A. hätte den Umbau nur ausführen dürfen, wenn er über die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer verfügt hätte. Damit bestehe eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung von I. B.. b) Der Berufungskläger liess anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung ausführen, das Rechtsbegehren des Klägers sei derart verfasst gewesen, dass es nicht habe durchgesetzt werden können. An dieser Einrede werde festgehalten. Es sei nicht Sache des Richters, dieses umzudeuten. In rechtlicher Hinsicht sei massgebend, ob für die Umbauarbeiten die Zustimmung der Stockwerkeigentümer vorliege. Soweit dies mit dem Zirkularbeschluss nicht geschehen sei, könne die Zustimmung durchaus später mit einer qualifizierten Mehrheit nachgeholt werden. Diese sei spätestens bei der ausserordentlichen

7 Generalversammlung vom 21. September 2001 erfolgt. Sowohl der Einbau des Fensters sowie auch die Dachlukarne würden eine Wertsteigerung darstellen und die Wirtschaftlichkeit und Gebrauchsfähigkeit der Wohnung des Berufungsklägers und letztlich auch der Stockwerkeigentümergeinschaft erhöhen. Es handle sich dabei um nützliche bauliche Massnahmen im Sinne von Art. 647d ZGB. Verfehlt sei der Einwand der Einstimmigkeit im Sinne der Verschönerung und Bequemlichkeit der Massnahme. Die qualifizierte Mehrheit liege vor, wenn drei von fünf Stockwerkeigentümer mit einer Wertquote von insgesamt 611/1000 zugestimmt hätten. Betroffenen Stockwerkeigentümern stehe dagegen ein Vetorecht im Sinne von Art. 647d Abs. 2 ZGB zu. Der betroffene Stockwerkeigentümer müsse aber beweisen, dass die Ausbauarbeiten die Nutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschwerten oder die Sache unwirtschaftlich gemacht würde. Solches sei nicht der Fall. Eine Beeinträchtigung der Wohnung B. liege nicht vor. Dass die mögliche Einsehbarkeit des Balkons eine Gebrauchsminderung darstelle, sei spitzfindig, zumal der Balkon auch vom zweiten Stock aus einsehbar sei. Der Berufungskläger könne im Sinne der Verhältnismässigkeit höchstens dazu verpflichtet werden, den Rückbau derart vorzunehmen, dass das Fenster nicht geöffnet werden könne. K. B. habe sich in ihrer Zeugenaussage ohnehin nicht auf die Einsehbarkeit, sondern auf die Abhörbarkeit der Gespräche berufen. Der Berufungsbeklagte habe die dauernde Beeinträchtigung seines Nutzungs- und Gebrauchsrechts seiner Wohnung weder behauptet noch bewiesen. Er habe nur das äussere Erscheinungsbild der Stockwerkeigentümliegenschaft bemängelt. Das klägerische Rechtsbegehren sei im Übrigen aufgrund seiner Formulierung gar nicht durchsetzbar. Eventualiter stellte sich der

Berufungskläger auf den Standpunkt, dass ihm ein Überbaurecht nach Art. 674 ZGB zustehe, welches er einredeweise geltend mache. Art. 674 Abs. 3 ZGB schliesse ein solches zwar aus, wenn der beeinträchtigte Nachbar rechtzeitig Einsprache erhebe. Nach dem Umbau im Frühling/Frühsummer 2001 habe der Berufungsbeklagte indessen erst im September 2001 interveniert, was nicht mehr rechtzeitig sei. Die Einsprachefrist gegen das Baugesuch sei ebenfalls verwirkt worden. Der Überbau sei gutgläubig erfolgt, zumal der Berufungskläger sich gutgläubig auf den Zirkulationsbeschluss habe berufen können und die Hausverwaltung auch nach Erteilung der Baubewilligung nichts von sich habe hören lassen. Der Berufungskläger habe davon ausgehen dürfen, dass sein Nachbar die Opposition aufgegeben habe. Beim Überbaurecht zu würdigen seien die besonderen Umstände. Es sei eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Nachteile für den Berufungsbeklagten seien marginal. Es frage sich, ob nicht gar ein Rechtsmissbrauch von Seiten von I.

8 B. vorliege, wenn dieser erst interveniert habe, als die Umbauten bereits ausgeführt worden seien. c) Der Berufungsbeklagte liess anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung entgegen, es gelte der Grundsatz der Unantastbarkeit der elementarsten Gebäudeteile. Die Dachlukarne und das Fenster würden die konstruktive Gliederung, die Festigkeit des Gebäudes und die architektonische Konzeption des Hauses verändern. Im Zweifelsfall sei zu Gunsten des bestehenden Zustandes auszugehen. Kein Stockwerkeigentümer könne von sich aus Änderungen an der äusseren Sache vornehmen. Im Benützungsglement sei ausdrücklich eine Unterlassungspflicht statuiert, die einer unmittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkung gleichkomme. Der Berufungskläger habe von Anfang an um die Bedeutung dieser Vorschriften gewusst und die Einstimmigkeit gekannt. Er habe auch gewusst, dass die Miteigentümer F. die Zustimmung nur unter bestimmten Voraussetzungen abgegeben hätten. Ebenso habe er die Praxis und Übung in der Stockwerkeigentümergeinschaft gekannt, habe doch vor Jahren ein Eigentümer an der Ostfassade einen Balken bauen wollen. Wenn der Berufungskläger sich auf einen nachträglichen Beschluss für eine nützliche Baute nach Art. 647d ZGB berufe, so sei im Zweifelsfall eine luxuriöse Baute anzunehmen. Dazu seien verschiedene Kriterien massgebend, nämlich der Sachnutzen der Betroffenen, welcher vorliegend nur für den Beklagten zutrefte, die Wertsteigerung, welche im konkreten Fall nur dem Berufungskläger zukomme sowie Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten nach dem Wortlaut von Art. 647d ZGB, nicht aber Neubauten. Das Reglement habe die Arbeiten ebenfalls geregelt. Vorliegend sei wegen des grösseren Minderheitenschutzes auf eine luxuriöse Massnahme zu schliessen. Selbst andernfalls sei das Vetorecht nach Art. 647d Abs. 2 ZGB zu beachten. Es liege eine dauernde und erhebliche Beeinträchtigung von I. B. vor. Aus einer ruhigen und abgesonderten Dachwohnung sei mit dem Umbau eine normale Ferienwohnung mit erheblicher Mehrbelastung geworden. 4. Soweit der Berufungskläger wie bereits vor der Vorinstanz das Klagebegehren des Berufungsbeklagten als ungenügend qualifiziert, so ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass das klägerische Rechtsbegehren dem Berufungskläger fraglos vor Augen gehalten hat, was der Berufungsbeklagte damit bezwecken will, nämlich die Beseitigung der vom Berufungskläger erstellten Dachlukarne und des Fensters an der Westfassade. Der Kläger hat ausgeführt, dass die ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümer erstellten Umbauten in den

9 ursprünglichen Zustand zu versetzen seien. Seine Begehren sind für den Prozessgegner letztlich klar erkennbar. Eine andere Auffassung würde, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, einen überspitzten Formalismus darstellen. Ob für die fragliche Umbaute

eine genügende Zustimmung besteht, ist für die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens nicht relevant (vgl. dazu PKG 1987 Nr. 2). 5. Nach Art. 641 Abs. 2 ZGB hat, wer Eigentümer einer Sache ist, das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Er kann dazu die Beseitigung einer bestehenden Störung durch die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder die Unterlassung einer künftigen Störung verlangen. Nicht jeder Eingriff berechtigt indessen den Eigentümer zur Abwehr, sondern nur derjenige, welcher als ungerechtfertigt qualifiziert werden kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 641 - 654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, N 100 zu Art. 641 ZGB). Ob der durch die Einwirkung dem Eigentümer zugefügte Nachteil unverhältnismässig geringer ist als die dem Störer entstehenden Kosten der Behebung, ist nicht beachtlich. Eine solche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen (vgl. BGE 68 II 374; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 105 zu Art. 641 ZGB). Zur Klage legitimiert ist der beeinträchtigte Eigentümer von Grundstücken. Darunter fallen auch Stockwerkeigentümer oder gewöhnliche Miteigentümer, selbst wenn die Störung von anderen Miteigentümern ausgeht (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 91 f. zu Art. 641 ZGB, N 100 zu Art. 646 ZGB; Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457 - 977 ZGB, Art. 1 - 61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel 2003, N 59 zu Art. 641 ZGB). Der Berufungsbeklagte hat vor der Vorinstanz die Beseitigung unter anderem der Dachlukarne sowie des in die Westfassade eingebauten Fensters beantragt. Die Vorinstanz hat diese alsdann angeordnet. Dies ist nur dann zu Recht erfolgt, wenn die entsprechenden baulichen Massnahmen zu Unrecht umgesetzt wurden und in die Rechte des Berufungsbeklagten als Stockwerkeigentümer eingegriffen wurde. 6.a) Nach Art. 712a Abs. 1 ZGB ist Stockwerkeigentum der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Der Stockwerkeigentümer ist in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume frei, darf jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung des gleichen Rechts erschweren und die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beeinträchtigen (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Der konkrete Umfang der sich aus dem 10 Sonderrecht ergebenden Befugnisse eines bestimmten Stockwerkeigentümers ergibt sich nicht bloss aus dem Gesetz, sondern kann auch im Errichtungsakt, im Reglement und allenfalls in der Hausordnung umschrieben werden (Bösch, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, a.a.O., N 5 zu Art. 712a ZGB). Welche Bauteile nicht als Sonderrecht ausgeschieden werden können und den in Art. 712a ZGB ausgeführten Beschränkungen unterliegen, wird in Art. 712b ZGB umschrieben. Bauteile, die für den festen Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind oder die die äussere Gestalt und das Aussehen bestimmen, sind gemeinschaftliche Bauteile (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Mit der Regelung des Sonderrechts wird indessen bloss umschrieben, welche Befugnisse dem einzelnen Stockwerkeigentümer in der Ausübung seines Sonderrechts zukommen und wo deren Grenzen liegen. Dies bedeutet indessen entgegen der Auffassung der Vorinstanz noch nicht, dass in gemeinschaftliche Bauteile eingreifende bauliche Massnahmen durch einen Miteigentümer überhaupt nicht oder ausschliesslich unter Zustimmung sämtlicher Miteigentümer rechtens sind. Für die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen gelten nämlich nach der Verweisungsnorm von Art. 712g Abs. 1 ZGB die Bestimmungen über das Miteigentum (Art. 647 - 647e ZGB). Diese Bestimmungen wiederum können - ausschliesslich im Begründungsakt oder mit

einstimmigem Beschluss aller Stockwerkeigentümer - durch eine andere Ordnung ersetzt werden, soweit sie es nicht selber ausschliessen (Art. 712g Abs. 2 ZGB). Art. 712g Abs. 1 ZGB verweist damit integral auf die Bestimmungen des gewöhnlichen Miteigentums von Art. 647 bis 647e ZGB. b) Die Bestimmungen über das gewöhnliche Miteigentum sehen hinsichtlich baulicher Massnahmen vor, dass notwendige Unterhalts-, Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache nötig sind, mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer ausgeführt werden dürfen (Art. 647c Abs. 1 ZGB), es für Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die eine Wertsteigerung oder Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit der Sache bezwecken, der Zustimmung der Mehrheit aller Mitglieder, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt, bedarf (Art. 647d Abs. 1 ZGB) und schliesslich der Verschönerung und Bequemlichkeit dienende Bauarbeiten nur mit Zustimmung aller Miteigentümer ausgeführt werden dürfen (Art. 647e Abs. 1 ZGB). Damit sind bei Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen je nach deren Natur unterschiedliche Mehrheitsverhältnisse notwendig. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedarf es nicht in allen Fällen der Einstimmigkeit. Die

11 von der Vorinstanz genannte gesetzliche Eigentumsbeschränkung von Art. 712a f. ZGB bezieht sich demgegenüber auf die Befugnisse des Miteigentümers in der Ausübung seines Sonderrechts. Diese können sich nicht auf gemeinschaftliche Bauteile erstrecken. Strikt davon zu trennen sind Bauarbeiten an gemeinschaftlichen Bauteilen. Diese unterstehen der Ordnung von Art. 647c ff. ZGB sowie einer allfällig im Sinne von Art. 712g Abs. 2 ZGB abgeänderten Regelung. c) Bei den vom Berufungsbeklagten beanstandeten Bauarbeiten handelt es sich nicht um Fragen der ungestörten Ausübung des Sonderrechts, sondern um einen baulichen Eingriff in gemeinschaftliche Bauteile. Dessen Zulässigkeit richtet sich nach den in Art. 647c ff. ZGB aufgeführten Voraussetzungen. Es kann entgegen der Vorinstanz nicht gesagt werden, es bedürfe dafür zum Vornherein der Einstimmigkeit. Entscheidend ist vielmehr, welcher Art der in Art. 647c ff. ZGB genannten Bauarbeiten die vorliegenden Eingriffe zuzuordnen sind und ob die Stockwerkeigentümer in ihrem Reglement diesbezüglich allenfalls vom Gesetz abweichende Kompetenzordnungen getroffen haben. 7.a) Soweit zu prüfen ist, ob die Stockwerkeigentümergeinschaft andere Kompetenzordnungen kennt, ist auf deren Benutzungs- und Verwaltungsreglement hinzuweisen. Dieses regelt in Kapitel 2 und 3 die Benützung der gemeinschaftlichen Teile und der den Sondereigentümern zu Sonderrecht zustehenden Teile. Die Vorinstanz hat zur Prüfung der Zuständigkeit der baulichen Vorhaben insbesondere auf Art. 9 Abs. 1 und auf Art. 13 Abs. 1 lit. d des Reglementes abgestellt, der Berufungsbeklagte zusätzlich auf Ziff. 5. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die Regelung zur Erstellung notwendiger, nützlicher oder luxuriöser Bauten, sondern um die Festlegung beziehungsweise Abgrenzung des Sonderrechts gegenüber den gemeinschaftlichen Teilen. In Art. 9 und

## **E. 13**

Hayoz, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 647e ZGB). Zwar kann auch die Realisierung von luxuriösen Baumassnahmen den Sachwert steigern. Jedoch darf die Wertsteigerung nicht der Investition entsprechen. Je höher diese im Vergleich zum geschaffenen Mehrwert ist, desto eher liegt eine luxuriöse bauliche Massnahme vor. Bei ihr ist die Wertsteigerung primär affektiver Art (Meier-Hayoz, a.a.O., N 1 f. zu Art. 647e ZGB; Brunner/Wichtermann, Basler Kommentar, N 1 und 3 ff. zu Art. 647e ZGB). Als Beispiele für nützliche bauliche Massnahmen werden in Literatur und Rechtsprechung Um-, Aus- und Anbau von Gebäuden aller Art, Abbruch und Neubau eines Gebäudes unter

Beibehaltung des Zwecks genannt, etwa die Aufstockung eines Gebäudes, der Ausbau von abgeschrägten Dachzimmern, unter Umständen auch ein Fensterdurchbruch, das Ausgraben von Kellerräumen zum Zwecke einer Kantine, ebenfalls die Aufstockung eines Gebäudes durch den obersten Stockwerkeigentümer (vgl. Friedrich, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Bern 1972, N 11 zu § 25; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 16 ff. zu Art. 647d ZGB; Brunner/Wichtermann, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 647d ZGB). Beispiele für luxuriöse Bauten sind etwa der Einbau eines Luxusbads, die Erstellung eines Springbrunnens, die Auskleidung mit Marmor, die Anlage eines Dachgartens (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 647e ZGB). Das Kantonsgericht Graubünden qualifizierte in PKG 1996 Nr. 7 die Erstellung eines weiteren Zuganges mit Aussentreppe, eines zusätzlichen Fensters und einer Dachlukarne durch einen Stockwerkeigentümer klar als nützliche bauliche Massnahme und nicht als luxuriöse Aufwendung. Unbeachtlich ist bei der Beurteilung einer baulichen Massnahme, ob - ebenso wie bei der obgenannten Aufstockung durch einen Stockwerkeigentümer oder bei dem in PKG 1996 Nr. 7 behandelten Fall - die Umbaute in erster Linie dem Gebrauch des betroffenen Stockwerkeigentümers dient. Massgebend ist vielmehr ob eine Wertsteigerung damit auch bei der gesamten Liegenschaft zu verzeichnen ist. d) Die vorliegend erstellte Dachlukarne sowie das in die Westfassade eingebaute Fenster sind als nützliche Aufwendungen im Sinne von Art. 647d Abs. 1 ZGB zu qualifizieren. Zwar liegt es auf der Hand, dass eine Dachlukarne, ein Fenster und ein - vorliegend nicht mehr angefochtener - erweiterter Wohnraum den Gebrauch der Sache durchaus auch bequemer machen. Wesentlich verbessert wurde aber vor allem die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung, welche mit dem weiteren Raum, der Dachlukarne, dem neuen Fenster und dem damit verbundenen Lichteinfall erheblich erhöht wurde. Mit dem Ausbau der Wohnung des Berufungsklägers ist zudem fraglos eine Wertsteigerung der Stockwerkeigentumseinheit verbunden. Diese führt im gleichen Umfang zu einer

#### **E. 14**

Wertsteigerung der gesamten Liegenschaft, weil sich deren Wert aus der Summe der Werte der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten ergibt. Es kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden, der Ausbau der Wohnung des Berufungsklägers durch eine Dachlukarne und ein Fenster diene lediglich der Verschönerung der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch. Vergleicht man den Umbau mit den greifbaren Präjudizien - insbesondere des Kantonsgerichts gemäss PKG 1996 Nr. 7 -, liegt fraglos ein Anwendungsfall von Art. 647d ZGB und nicht ein solcher von Art. 647e ZGB vor. Nichts an der Qualifikation als nützliche bauliche Massnahme kann wie erwähnt ändern, dass deren Nutzen praktisch ausschliesslich dem Berufungskläger zukommt. Nicht zuletzt ist dieser auch für die Kosten der baulichen Massnahmen aufgekommen. 8.a) Stellen die Dachlukarne und das Fenster an der Westfassade nützliche Aufwendungen dar, war gemäss Art. 647d Abs. 1 ZGB die Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer notwendig, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt. Damit ist ein sogenanntes qualifiziertes Mehr für die Zulässigkeit nützlicher Bauten notwendig. Ist dieses nicht zustande gekommen, wurden die Dachlukarne sowie das Fenster zu Unrecht erstellt. b) Wie die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft zustande zu kommen hat, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Aufgrund des Legalverweises von Art. 712m Abs. 2 ZGB ist auf das Vereinsrecht zurückzugreifen. Beschlüsse von Stockwerkeigentumsgemeinschaften sind grundsätzlich in der Stockwerkeigentümersammlung zu fassen. Allerdings ist es möglich, im Reglement oder im Begründungsakt die Zulässigkeit vor Zirkulationsbeschlüssen oder von Urabstimmungen vorzusehen. Nach Art. 712m Abs. 2

ZGB in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 ZGB ist die schriftliche Zustimmung aller Mitglieder zu einem Antrag einem Beschluss der Versammlung gleichgestellt. Es müssen sich aber sämtliche Stockwerkeigentümer in einer schriftlichen Beschlussfassung einig sein; verweigert auch nur ein einziger seine Stimme, muss eine Versammlung abgehalten werden (Rey, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Zürich 2001, N 333; Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 712a - 712t ZGB, Bern 1988, N 118 zu Art. 712m ZGB). Zustande gekommen ist ein Zirkulationsbeschluss im Moment, in welchem die letzte Zustimmungserklärung eingegangen ist. Mit anderen Worten bedarf ein Zirkularbeschluss - unabhängig von der gesetzlichen Kompetenzordnung - der Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer (PKG 1995 Nr. 18). Im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft findet sich eine entsprechende Regelung.

#### **E. 15**

So können Beschlüsse der Eigentümerversammlung auch auf dem Weg der schriftlichen Zustimmung zu einem gestellten Antrag gefasst werden, sofern nicht ein Eigentümer die mündliche Beratung verlangt (Art. 30 Abs. 1). Stimmen alle Stockwerkeigentümer vor dem Versammlungstage schriftlich den Anträgen zu, die in der Einladung zur Eigentümerversammlung aufgeführt sind, unterbleibt die Versammlung. c) Ein Zirkulationsbeschluss ist vorliegend nicht zustande gekommen. Die Stockwerkeigentümer sind mit Schreiben vom 13. März 2000 von der G. über die Umbaupläne des Berufungsklägers informiert und zu einer Stellungnahme innert zwei Wochen aufgefordert worden. Bereits mit Schreiben vom 22. März 2000 verweigerte der Berufungsbeklagte seine Zustimmung zum Umbauprojekt. Damit fehlten die Voraussetzungen für einen Zirkulationsbeschluss zum vornherein. Selbst der Berufungskläger hat in seinem Schreiben vom 18. Mai 2000 an den Berufungsbeklagten festgehalten, dass das Umbauvorhaben damit blockiert sei. Eine Anfechtung des Beschlusses im Sinne von Art. 75 ZGB durch den Berufungsbeklagten war nicht erforderlich, da ein genügender Beschluss auf dem Zirkulationsweg gar nie zustande gekommen war. Es fehlte zum vornherein an einem Anfechtungsobjekt und es kann nicht angehen, in einem solchen Fall den die Zustimmung verweigernden Stockwerkeigentümer zusätzlich noch auf den gerichtlichen Weg zu zwingen (vgl. auch Rey, a.a.O., N 344). d) Der Berufungskläger führt indessen zutreffend aus, dass einem Stockwerkeigentümer die Zustimmung zu einer bereits erstellten nützlichen Baute im Rahmen eines ordentlichen Beschlusses nachträglich erteilt werden kann. Vorliegend wurde am 21. September 2001 eine ausserordentliche Stockwerkeigentümerversammlung abgehalten. Wie dem Protokoll zu entnehmen ist, bildete der Ausbau der Wohnung des Berufungsklägers dabei das Haupttraktandum der Sitzung. Anwesend waren dabei vier von fünf Stockwerkeigentümern mit Wertquoten von insgesamt 811/1000. In der Versammlung liess der Miteigentümer E. mit Vollmacht mitteilen, dass er gegen den Ausbau keine Einwendungen habe. Die Miteigentümer F. erachteten die Dachlukarne zwar als nicht sehr schön, verzichteten jedoch im Sinne des guten Einvernehmens auf eine Klage und gaben auf diese Weise ihre Zustimmung zu den durchgeführten baulichen Massnahmen. Einzig der Berufungsbeklagte hielt an der Stockwerkeigentümerversammlung an seinem Widerspruch gegen die Bauarbeiten fest. Damit aber sprachen sich mit dem Miteigentümer E., welcher zwei Miteigentumsanteile à 239/1000 hat, sowie den Miteigentümern F., welche eine

#### **E. 16**

Wertquote von 133/1000 vertreten, die Mehrheit der Stockwerkeigentümer, welche zugleich auch die Mehrheit der Miteigentumsanteile besitzt, für die Bauarbeiten aus. Das nach Art. 647d Abs. 1 ZGB an einer Versammlung erforderliche qualifizierte Mehr wurde damit an der Stockwerkeigentümersammlung vom 21. September 2001 erreicht. Dass im Protokoll dies nicht als eigentlicher formeller Beschluss festgehalten wurde, kann daran nichts ändern, weil aus dem Wortlaut des Protokolls unmissverständlich hervor geht, dass die Mehrheit der Stockwerkeigentümer beschloss, die durchgeführten Bauarbeiten zu akzeptieren. 9.a) Damit kann indessen noch nicht abschliessend über die Zulässigkeit der beiden baulichen Massnahmen befunden werden. Nach Art. 647d Abs. 2 ZGB können Änderungen, die einem Miteigentümer den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen, nicht ohne seine Zustimmung durchgeführt werden. Mit anderen Worten kommt jedem einzelnen Miteigentümer bei übermässiger Belastung seiner Sache ein Vetorecht zu. In diesen Fällen soll der Miteigentümer nicht schutzlos dem Willen der Mehrheit ausgeliefert sein (Brunner/Wichtermann, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 647d ZGB). Art. 647d Abs. 2 ZGB ist zwingender Natur und kann von der Gemeinschaft nicht abgeändert werden. b) Die übermässige Belastung muss für den einzelnen Miteigentümer im Vergleich zu den anderen Gemeinschaftern unverhältnismässig sein. Wie der Berufungskläger in der mündlichen Hauptverhandlung zutreffend darlegen liess, beeinträchtigt der Dachlukarnenaufbau den Berufungsbeklagten als Miteigentümer nicht übermässig. Der Berufungsbeklagte hat nicht dargetan, inwiefern die Dachlukarne die Benutzung seiner Wohnung dauernd und erheblich erschwert oder seine Sache gar unwirtschaftlich macht. Die in den Akten befindlichen Fotos der Dachlukarne zeigen, dass diese auf der Südseite des Daches erstellt wurde und von der Wohnung des Berufungsbeklagten gar nicht einsehbar ist. Ob die Dachaufbaute für den Berufungsbeklagten in ästhetischer Hinsicht beeinträchtigend wirkt, ist in diesem Zusammenhang nicht zu beurteilen. Solches hätte auf die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck oder auf deren Wirtschaftlichkeit im konkreten Fall fraglos keinen Einfluss. Überdies würde eine ästhetische Beeinträchtigung die übrigen Miteigentümer in gleichem Masse treffen, da sie von der Wohnung des Berufungsbeklagten nicht besser einsehbar ist als von den Wohnungen der anderen Miteigentümer. Die Voraussetzungen für die Einsprache nach Art. 647d Abs. 2 ZGB sind daher klarerweise nicht gegeben. Die Vorinstanz hat die Beseitigung der Dachlukarne vielmehr zu Unrecht angeordnet. Die dagegen

#### **E. 17**

erhobene Berufung ist daher in diesem Punkt gutzuheissen und die Klage des Berufungsbeklagten ist abzuweisen. 10.a) Was das eingebaute Fenster betrifft, so führt der Berufungskläger aus, der Berufungsbeklagte habe die dauernde Beeinträchtigung seines Nutzungs- und Gebrauchsrechtes gemäss Art. 647d Abs. 2 ZGB gar nicht behauptet, wenn er in seiner Rechtsschrift das Fenster an der Westfassade als nicht passend und fehl am Platz beschrieben und somit einzig das äussere Erscheinungsbild der Stockwerkeigentumsliegenschaft, nicht aber Einschränkungen im Nutzungs- und Gebrauchswert bemängelt habe. Folglich sei er damit seiner Behauptungslast nicht nachgekommen und könne der Vorhalt gar nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. Dies trifft nicht. Zwar hat der Berufungsbeklagte in der Tat das äussere Erscheinungsbild der Westfassade bemängelt. In Ziff. 6 seiner Prozesseingabe vom 5. Februar 2002 hat er aber klar ausgeführt, dass das Fenster zu weit an seinen Balkon herangebaut worden sei, was ihn beim Aufenthalt auf dem Balkon störe und ihn in seiner

Bewegungsfreiheit einenge. Damit hat er aber genügend behauptet, worin er die Nachteile des eingebauten Fensters sehe und ist insbesondere mit Bezug auf das Vetorecht betreffend die Beeinträchtigung des Balkons zu seinem Gebrauch der Behauptungslast genügend nachgekommen. b) Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich nach dem vorinstanzlichen Augenschein die Richter von der räumlichen Nähe des eingebauten Fensters zum Balkon des Berufungsbeklagten haben überzeugen können. Das Fenster sei offensichtlich nur geschaffen worden, um dem Naturlicht Einlass zu gewähren. Um auf den Balkon des Berufungsbeklagten Einsicht zu nehmen, reiche es aus, sich an die linke Ecke des Fensters zu stellen und hinauszublicken. Nach den klägerischen Fotos befindet sich das neue Fenster in der Tat unmittelbar neben dem Balkon des Berufungsbeklagten und besteht kaum ein Abstand zum Balkongeländer. Es ist fraglos ohne weiteres möglich, auf einen Teil des Balkons Einsicht zu nehmen und ohne jeglichen Aufwand beobachten zu können, was sich auf dem Balkon ereignet. Hält sich der Berufungsbeklagte im fraglichen Teil des Balkons auf, kann er mit anderen Worten von der Wohnung des Berufungsklägers jederzeit beobachtet werden. Ebenso ist es ohne weiteres möglich, die Ereignisse auf dem Balkon akustisch mitzuverfolgen. Es fragt sich dabei, ob diese Umstände dem Berufungsbeklagten den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen und die Voraussetzungen des Vetorechts nach Art. 647d Abs. 2 ZGB gegeben sind.

#### **E. 18**

c) Eine dauernde Beeinträchtigung des Gebrauchs des Balkons des Berufungsbeklagten besteht fraglos. Dem Berufungskläger wird es jederzeit möglich sein, auf den Balkon des Berufungsbeklagten Einsicht zu nehmen. Massgebend ist daher, ob eine erhebliche Erschwerung im Gebrauch des Balkons vorliegt. Auch dies ist aufgrund der Umstände zu bejahen. Festzuhalten ist dabei, dass der Balkon des Berufungsbeklagten bis anhin aus der Wohnung des Berufungsklägers nicht hat eingesehen werden können und der Aufenthalt im fraglichen Bereich dem Berufungsbeklagten und den anderen Benützern der Wohnung gegenüber den Benützern der benachbarten Wohnung eine gewisse Intimsphäre garantierte. Diese geht ihm gegenüber dem Berufungskläger nun ab, nachdem über das neue Fenster von der Wohnung jederzeit auf zumindest einen Teil des Balkons unmittelbar eingesehen werden kann, wenn sich eine Person auf die linke Seite des Fensters hinstellt. Damit kann der Berufungsbeklagte sich auf seinem Balkon entgegen der bisherigen Konstellation nicht mehr ohne weiteres ungestört fühlen und muss damit rechnen, von den Nachbarn aus nächster Nähe beobachtet zu werden. Die bisherige Gebrauchsfähigkeit des Balkons ist daher für den Berufungsbeklagten mit Bezug auf die Einsehbarkeit aus der Wohnung des Berufungsklägers und der damit verbundenen Einschränkung in der Intimsphäre nachvollziehbar erheblich eingeschränkt. Festzuhalten ist, dass sich auch die Zeugin K. B. durch die Nähe des Fensters durchaus in ihrer Intimsphäre beeinträchtigt fühlt. Dies bedeute für sie die gravierendste Störung des Umbaus. Soweit der Berufungskläger geltend machen lässt, der Balkon sei vom Balkon des zweiten Stocks ohnehin einsehbar, so ist festzuhalten, dass nach den eingereichten Fotos (KB 10, BB 11) der Balkon zwar von dem einen Stock tiefer und rechtwinklig liegenden Balkon betrachtet werden kann. Auf den Balkon selber kann jedoch von unten nicht Einsicht genommen werden, weil das Geländer diesen gut abdeckt. Da auch eine grössere Distanz besteht als zum beanstandeten, unmittelbar anliegenden Fenster, ist die Beeinträchtigung vom unteren Balkon doch eine erheblich geringere und mit dem Fenster nicht vergleichbar. Sie war überdies - im Gegensatz zum neu erstellten Fenster - von allem Anfang an Teil der Gebrauchsfähigkeit des Balkons des

Berufungsbeklagten. Zutreffend ist in diesem Zusammenhang, dass die Gespräche auf dem Balkon des Berufungsbeklagten durchaus auch von den anderen Balkonen mitgehört werden können und dieser Umstand folglich nicht entscheidend sein kann. Die unmittelbare Nähe des Fensters indessen verstärkt die bereits mit der unmittelbaren Einsehbarkeit festgestellte Beeinträchtigung und verstärkt das Gesamtbild einer klaren, dauernden und erheblichen Beeinträchtigung des Balkons der Berufungsbeklagten in seiner Benutzung zum bisherigen Zweck.

#### **E. 19**

d) Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Einwandes nach Art. 647d Abs. 2 ZGB sind daher nach dem Gesagten entgegen der Ansicht des Berufungsklägers erfüllt. Es liegt eine Störung des in seinem Miteigentum durch Art. 647d Abs. 2 ZGB geschützten Stockwerkeigentümers vor. Diese ist zu beseitigen. Nur am Rande sei erwähnt, dass es vorliegend einzig dem Berufungskläger möglich ist, vom Einbau des Fensters zu profitieren, während der Miteigentümer B. nur die Nachteile zu tragen hat und selbst kein entsprechendes Ausbaurecht für sich in Anspruch nehmen kann. Umso mehr erscheint es daher billig, die Anforderungen an eine dauernde und erhebliche Beeinträchtigung der Sache im Sinne von Art. 647d Abs. 2 ZGB nicht übermässig streng anzusetzen. e) Nicht zu hören ist der vom Berufungskläger unter Anrufung des Grundsatzes in maiore minus erst anlässlich der Berufungsverhandlung gestellte Eventualantrag der Montage eines Fenstergitters oder eines nicht zu öffnenden Fensters. Wie bereits erwähnt, beruht die erhebliche und dauernde Beeinträchtigung im Sinne von Art. 647d ZGB in der Einsehbarkeit des Balkons von der Wohnung des Berufungsklägers aus und nicht in der Tatsache, dass zwecks Einsichtnahme auf den Balkon das Fenster geöffnet und der Kopf hinausgestreckt werden müsste oder die Gespräche mitgehört werden können. Die Einsehbarkeit des Balkons bereits von der linken Ecke des Fensters aus wurde anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheines festgestellt und vom Berufungskläger nicht beanstandet. Sie wird durch ein nicht zu öffnendes Fenster oder die Anbringung eines Fenstergitters fraglos nicht wesentlich geringer. Eine entsprechende Anordnung könnte daher an der Rechtmässigkeit des Vetorechts gemäss Art. 647d Abs. 2 ZGB nichts ändern. Ob das erst im Berufungsverfahren getätigte Vorbringen formell überhaupt zulässig ist und solches noch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann, kann daher ebenso offen bleiben wie die Frage, ob der Berufungskläger überhaupt zu anderen, geringeren, vorliegend von ihm ohnehin nicht ausreichend dargelegten Rückbauten angehalten werden kann. Nach weiteren Lösungen Ausschau zu halten, kann im Übrigen nicht Aufgabe des Gerichts sein. f) Was die Verhältnismässigkeit betrifft, so ist keine Interessenabwägung vorzunehmen, ob der durch die Einwirkung dem Eigentümer zugefügte Nachteil unverhältnismässig geringer ist als die dem Störer entstehenden Kosten der Behebung des Nachteils (vgl. BGE 68 II 374; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 105 zu Art. 641 ZGB). Der Berufungskläger kann sich daher für die Beibehaltung

#### **E. 20**

des eingebauten Fensters nicht dahingehend wehren, dass dessen Kosten im Vergleich zur Beeinträchtigung des Nachbarn unverhältnismässig seien. 11.a) Der Berufungskläger macht schliesslich einredeweise ein Überbaurecht nach Art. 674 ZGB geltend und führt hiezu aus, die Einräumung eines Überbaurechts sei von der baulichen Anlage her ohne weiteres möglich. Zwar habe der Berufungsbeklagte anfänglich Opposition angemeldet, nach Erteilung der Baubewilligung durch die Gemeinde indessen nichts mehr von sich hören

lassen. Der Umbau sei im Frühling und Frühsommer des Jahres 2001 erfolgt. Der Berufungsbeklagte habe erst am 4. September 2001 interveniert, was nicht mehr rechtzeitig sei. Wer so lange zuwarte, verwirke die Einsprachefrist. Unter Rechtzeitigkeit werde die 30-tägige Frist seit der Publikation oder die Zeit bis zum Beginn der Überbauarbeiten verstanden. Es könne sich auf das Überbaurecht berufen, wer gutgläubig sei. Die Gutgläubigkeit werde vermutet. Es sei nachvollziehbar, dass sich der Berufungskläger auf den Zirkulationsbeschluss abgestützt habe. Weil auch die Verwaltung es unterlassen habe, gestützt auf diese Baubewilligung die Rechtslage abzuklären, habe der Berufungskläger davon ausgehen dürfen, dass die Opposition aufgegeben worden sei. Es seien überdies die besonderen Umstände zu würdigen, eine Interessenabwägung sei vorzunehmen. b) Nach Art. 674 Abs. 1 ZGB verbleiben Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, Bestandteil des Grundstückes, von dem sie ausgehen, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein dingliches Recht hat. Ist ein Überbau unberechtigt und erhebt der Verletzte, trotzdem dies für ihn nicht erkennbar geworden ist, nicht rechtzeitig Einspruch, so kann, wenn es die Umstände rechtfertigen, dem Überbauenden, der sich in gutem Glauben befindet, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden (Art. 674 Abs. 3 ZGB). Was den guten Glauben anbetrifft, so soll durch dieses Erfordernis verhindert werden, dass ein Grundeigentümer, der wissentlich über die Grenze baut, auf die Untätigkeit des Nachbarn spekuliert und daraus Nutzen zieht. Wenn auch das allgemeine Interesse für die Erhaltung aller einmal erstellten Bauten spricht, so geht es zu weit, wenn nur dieses Interesse gewahrt würde und auch einem Bauenden zuteil würde, welcher wegen seines Verschuldens nicht schutzwürdig ist (Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, 2. Teilband, Art. 655 - 679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, N 65 zu Art. 674 ZGB). In gutem Glaube befindet sich der Überbauende, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit

## **E. 21**

angenommen hat, dass er das Recht habe, zu bauen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er eine falsche Voraussetzung von der richtigen Grenze hatte oder aber ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, dass der Nachbar mit dem Überbau einverstanden sei. Der gute Glaube wird vermutet. Bei bösem Glauben des Überbauenden kann der Nachbar hingegen die Beseitigung des Überbaus selbst dann fordern, wenn er nicht oder nicht rechtzeitig Einspruch erhoben hat (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 68 zu Art. 674 ZGB). c) Vorliegend kann sich der Berufungskläger aufgrund der im Recht liegenden Beweise nicht auf den guten Glauben berufen. Der Berufungsbeklagte hat bereits gegenüber der Verwalterin mit Schreiben vom 22. März 2000 seine Zustimmung zu den Umbauplänen des Berufungsklägers verweigert, was dem Berufungsbeklagten zur Kenntnis gebracht wurde. Der Berufungskläger hat mit Schreiben vom 18. Mai 2000 selbst ausgeführt, dass der Berufungsbeklagte das Bauvorhaben blockiert habe. Mit Schreiben vom 30. Mai 2000 wiederholte der Berufungsbeklagte gegenüber dem Berufungskläger seine Zustimmungsverweigerung. Selbst der Berufungskläger ging damit im Jahre 2000 von der Blockierung des Bauvorhabens aus und wusste, dass ein gleichwohl durchgeführter Ausbau gegen den Willen des Berufungsbeklagten geschah. Im Schreiben vom 31. Juli 2001 führte der Berufungskläger gar selbst aus, die Opposition des Berufungsbeklagten sei ihm wohl bekannt gewesen. Damit handelte der Berufungskläger beim Ausbau aber fraglos bösgläubig und er kann sich nicht auf ein Überbaurecht nach Art. 674 Abs. 3 ZGB berufen. Unerheblich ist daher, dass der Berufungsbeklagte keine Einsprache gegen das Baugesuch

erhoben hat. Daraus durfte der Berufungskläger nicht mit gutem Glauben folgern, dass der Berufungsbeklagte den Widerstand inzwischen aufgegeben habe, zumal die Baubewilligung gerade noch vor den Korrespondenzbriefen des Berufungsbeklagten im Mai 2000 erteilt worden war (vgl. auch PKG 1994 Nr. 5). Ebenso wenig kann gesagt werden, dass sich der Berufungskläger gutgläubig auf einen Zirkularbeschluss hat berufen können, war ein solcher - infolge fehlender Zustimmung des Berufungsbeklagten - doch gar nie zustande gekommen. Wenn der Berufungskläger schliesslich vorbringt, der Berufungsbeklagte sei nach Entdecken des Umbaus nicht tätig geworden, so ist doch darauf hinzuweisen, dass dessen Ehefrau nach ihrer Anreise am 11. Juli 2001 den vorgenommenen Umbau entdeckt und umgehend die Verwalterin benachrichtigt hat. Diese wiederum setzte am darauffolgenden Tag den Berufungskläger davon in Kenntnis.

## **E. 22**

d) Fehlt der gute Glauben aber offensichtlich, entfällt der Anspruch des Berufungsklägers auf ein entsprechendes Überbaurecht zum vornherein und braucht nicht beurteilt zu werden, ob die übrigen Voraussetzungen bestehen. Offen gelassen werden kann, ob ein Überbaurecht im vorliegenden Fall überhaupt einredeweise geltend gemacht werden könnte. 12. Der Berufungskläger wirft der Gegenpartei Rechtsmissbrauch vor, da diese erst interveniert habe, als die Bauten ausgeführt worden seien, obwohl der Berufungsbeklagte die Möglichkeit gehabt habe, sich zur Wehr zu setzen. Die Ausübung seines Rechts sei für ihn zumutbar gewesen, die Verzögerung dem Berufungskläger nun nachteilig. Letzterer habe in guten Treuen auf die Untätigkeit vertrauen dürfen. Dem ist nicht so. Wie bereits mehrfach erwähnt, hat sich der Berufungsbeklagte unmittelbar nach Bekanntwerden der Umbaupläne gegen diese gestellt und seinen Widerstand gegenüber dem Berufungskläger unmissverständlich kund getan. Er hat die Zustimmung verweigert, weshalb ein gültiger Zirkularbeschluss nie zustande gekommen ist. Es kann dem Berufungsbeklagten unter diesen Umständen nicht zum Vorwurf gereichen, dass er nach Mai 2000 bis zum Bekanntwerden des realisierten Umbaus nichts mehr unternommen hat, zumal der Berufungskläger seinerseits noch nach Erhalt der Baubewilligung ausgeführt hat, dass er das Bauvorhaben als blockiert erachte. Der Berufungsbeklagte hat daher nicht davon ausgehen müssen, dass trotz seines Widerstandes und eines fehlenden Zirkularbeschlusses der Berufungskläger sein Vorhaben gleichwohl umsetzen würde. Nach Entdeckung des Umbaus hat er zudem über die Verwalterin rasch festhalten lassen, dass er sich damit nicht einverstanden erklären könne. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann dem Berufungsbeklagten daher fraglos nicht vorgeworfen werden. Vielmehr war es der Berufungskläger, welcher den ihm wohl bekannten Willen des benachbarten Miteigentümers schlicht unbeachtet gelassen hat. 13. Der Berufungskläger hat damit zu Unrecht ein Fenster in die Westfassade eingebaut. Damit hat er in das geschützte Miteigentum des Berufungsbeklagten eingegriffen. Er ist daher zum Rückbau zu verpflichten und hat folglich das Fenster zu entfernen und den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. Die Klage des Berufungsbeklagten ist in diesem Punkt von der Vorinstanz zu Recht gutgeheissen worden. Die Berufung ist folglich bezüglich des in die Westfassade eingebauten Fensters abzuweisen.

## **E. 23**

14.a) Der Berufungskläger beantragte die Aufhebung von Ziffer 2 und 3 des angefochtenen Urteils und die Auferlegung der Kosten und Entschädigung an den Berufungsbeklagten. Gemäss Art. 122 ZPO sind die Kosten des Gerichtsverfahrens in der Regel von der

unterliegenden Partei zu tragen. Hat keine der Parteien vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden; sie werden dann den Parteien nach dem Masse ihres Unterliegens überbunden (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, S. 294 ff.). Wie bereits der Gesetzeswortlaut erkennen lässt, handelt es sich auch bei Art. 122 Abs. 1 ZPO nicht um eine starre Vorschrift; sie lässt vielmehr Ausnahmen zu. Grundsätzlich ist es dabei dem richterlichen Ermessen anheim gestellt, ob und in welchem Umfang vom üblicherweise Geltenden abgewichen wird. Doch darf dies nicht willkürlich geschehen; der Entscheid muss sich vielmehr sachlich vertreten lassen (PKG 1988 Nr. 14).

b) Was die erstinstanzlichen Kosten betrifft, so ist festzuhalten, dass der Kläger und Berufungsbeklagte mit seinem Begehren um Rückversetzung der Umbauten in den ursprünglichen Zustand nur bezüglich des Einbaus des Fensters durchgedrungen ist, während die Dachlukarne und die Wohnraumerweiterung dem Beklagten zugestanden wurden. Da der Einbau des Fensters gegenüber der Dachlukarne und der Wohnraumerweiterung eher gering ins Gewicht fällt, rechtfertigt es sich, die Kosten für das Verfahren vor der Vorinstanz zu einem Viertel dem Berufungskläger und zu drei Vierteln dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. c) Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen verteilt werden wie die gerichtlichen. Für die Bemessung der Prozessentschädigung wird auf die Bedeutung des Prozesses, vor allem aber auf seine Schwierigkeiten und den dadurch erforderlichen Umfang der Bemühungen abgestellt (Vogel/Spühler, a.a.O., S. 297; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 ff. zu § 69 ZPO ZH). Der für die sachgerechte Prozessführung notwendige Aufwand bildet mit anderen Worten Kriterium für die Höhe der ausseramtlichen Entschädigung. Die Entschädigung an die obsiegende Partei, welche von einem patentierten Rechtsanwalt vertreten wurde, ist nach den Honoraransätzen des bündnerischen Anwaltsverbandes festzusetzen (vgl. PKG 1995 Nr. 20, 1989 Nr. 11, 1986 Nr. 11), wobei das Gesetz dem Richter bei der Bemessung der ausseramtlichen

#### **E. 24**

Entschädigung einen verhältnismässig grossen Spielraum offen lässt (PKG 1986 Nr. 11). d) Vorliegend besteht keine Veranlassung, bei der Auferlegung der ausseramtlichen Kosten von der obgenannten Kostenverteilung abzuweichen, weshalb der Berufungsbeklagte dem Berufungskläger dessen ausseramtliche Aufwendungen in reduziertem Umfange zu entschädigen hat. Der Berufungsbeklagte reichte keine Urkunden zu seinen Aufwendungen ein. Unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes sowie der Honoraransätze des bündnerischen Anwaltsverbandes erscheint für das vorinstanzliche Verfahren eine reduzierte ausseramtliche Entschädigung des Berufungsbeklagten an den Berufungskläger von Fr. 3'000.-- als angemessen. Damit ist die Berufung auch im Kostenpunkt teilweise gutzuheissen. 15. Nach Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO wird der unterliegende Teil auch im Berufungsverfahren in der Regel zu Übernahme sämtlicher Kosten verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Vorliegend ist der Berufungskläger mit seiner Berufung im Punkt der Dachlukarne sowie teilweise im Kostenpunkt durchgedrungen, während der Berufungsbeklagte beim Fenster in der Westfassade obsiegt hat. In Würdigung dieser Umstände rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte den

Parteien aufzuerlegen. Nach den gleichen Grundsätzen ist auch mit den ausseramtlichen Kosten zu verfahren. Diese werden folglich wettgeschlagen.

**E. 25**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

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