

GR_GERICHTE ZF 2005 74 vom 14. Februar 2006

GR Gerichte, 2006-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2005_74

FR: GR_GERICHTE ZF 2005 74 du 14 février 2006

IT: GR_GERICHTE ZF 2005 74 del 14 febbraio 2006

Regeste

Stockwerkeigentum (Beschluss StWEG betreffend bauliche Änderungen/Nutzungsänderungen, Quorum, Nichtigkeit, Wiederherstellung des früheren Zustandes, Anfechtung Beschluss StWEG betreffend Kostenverteilung, Schadenersatz etc.) | ZGB Sachenrecht

Erwägungen

E. 2

CC. ist Mieter des Erdgeschosses im Haus auf Parzelle 1038, worin er ein Sportgeschäft mit Verkaufsladen und Ski-Service betreibt. Mit dem Eigentümer der Parzelle 1038, TZ., hat CC. ab 1. November 2003 einen Mietvertrag über 10 Jahre mit Verlängerungsoption abgeschlossen. In der StWE Nr. 1 des Hauses auf Parzelle 1039 betrieben die Grosseltern und Eltern X. bis im Jahre 2003 einen Gross- und Detailhandel für Gemüse. Ab 1. November 2003 mietete CC. von MX. und LX. die Stockwerkeinheiten Nr. 1 (UG und EG) und Nr. 2 (1. OG) für zehn Jahre, in der Absicht, sein Sportgeschäft im EG des Hauses auf Parzelle 1038 in die Räumlichkeiten im EG und UG der StWE Nr. 1 auf Parzelle 1039 auszudehnen. Zu diesem Zweck stellte er am 27. Juni 2003 bei der Gemeinde Qx. ein Baugesuch betreffend Umbau- und Erweiterung der von ihm gemieteten Geschäftsräumlichkeiten in den Liegenschaften auf den Parzellen 1038 und 1039. Der Umbau sollte rund 1.3 Mio. Franken kosten. Die Pläne für den Umbau des 1. OG im Haus SA. wurden in der

E. 3

Folge jedoch fallengelassen. Soweit hier von Interesse und die Parzelle 1039 betreffend, bestand das Baugesuch (mit teilweisen späteren Änderungen vom Oktober/November 2003) schliesslich im Wesentlichen in Folgendem: • Verlegung der Heizung vom EG ins UG der Parzelle 1039; Abbrechen der Wände des alten Heizungsraums und Umfunktionieren seiner Fläche zu Lagerraum für das Sportgeschäft • Verlegung des durch UG und EG gehenden Lifts von der Parzelle 1039 ins UG/EG der Parzelle 1038 • Abbrüche und Neubau von Unterteilungsmauern innerhalb UG und EG der StWE Nr. 1 zwecks Nutzung als Verkaufs-, Service- und Lagerflächen des Sportgeschäfts • 2 Durchbrüche in der Umfassungs- und Trennmauer vom EG von Parzelle 1039 zum EG des Hauses auf Parzelle 1038, mit Ersatz durch Träger und Stützen aus Stahlprofilen • teilweise Änderungen an der Südostfassade.

E. 4

dem Umbau wurde Anfang Oktober 2003 begonnen. Am 05. Dezember 2003 wurde das neue Sport- und Ladengeschäft offiziell eröffnet.

E. 5

Am 14. September 2003 vermieteten die Eheleute K. ihre beiden Wohnungen im 2. OG samt Parkplätzen an AM. für monatliche Mietzinse von Fr. 1'500.— und Fr. 2'500.— inklusive Nebenkosten. Als Mietbeginn wurde der 15. September 2003 vereinbart mit einer festen Mietdauer bis am 15. September 2004. Im Falle einer Renovation der vermieteten Wohnungen war das Mietverhältnis bis am 15. April 2004 abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 18. November 2003 löste der Mieter das Mietverhältnis fristlos auf, mit der Begründung, die Räumlichkeiten seien zufolge der Umbauarbeiten und den damit einhergehenden Beeinträchtigungen (Lärm, Dreck, fehlendes Wasser, fehlende Beheizung) unbewohnbar.

E. 6

An einer weiteren Versammlung der Stockwerkeigentümer vom 22. Oktober 2003 war im Wesentlichen die Ersetzung der bisherigen Heizungsanlage traktandiert, u.a. mit der Projektvariante, für die zusammengebauten Liegenschaften auf den Parzellen 1038 und 1039, in Absprache mit dem Eigentümer von Parzelle 1038 (TZ.) und unter Aufhebung des bisherigen Heizungsraums im EG von Parzelle 1039, eine neue und gemeinsame Heizungsanlage für die beiden Liegenschaften im UG der Parzelle 1039 einzubauen. Die Kosten (ohne Leitungen im 1. und 2. OG) sollten diesfalls allein durch die Finanzierungsanteile von TZ. und CC. getragen werden. Die Eheleute K. waren mit der Verlegung der Heizung einverstanden, jedoch nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden Anpassung der Begründungserklärung, wofür nach ihrer Meinung Einstimmigkeit erforderlich sei. Gegen Letzteres sträubten sich die übrigen Stockwerkeigentümer. Schliesslich wurde dem Neubau einer gemeinsamen Heizung mit Verlegung des Heizungsraums ins UG mit 698/1000 Wertquoten und 2 von 3 Kopfstimmen zugestimmt. Die Eheleute K. enthielten sich der Stimme.

E. 7

2. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 12'000.—, einem reduzierten Streitwertzuschlag von CHF 2'000.— und Schreibgebühren von CHF 780.— sowie die vermittleramtlichen Kosten von CHF 220.— werden den Klägern zu ■ (= CHF 10'000.—) und dem Beklagten 1 zu ■ (= CHF 5'000.—) auferlegt. 3. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten 1 mit CHF 10'626.—, den Beklagten 2 mit CHF 15'012.35 und die Beklagte 3 mit CHF 10'593.— ausseramtlich zu entschädigen. 4.

.....(Rechtsmittelbelehrung). 5.(Mitteilung)." E.1. Gegen das am 16. August 2005 mitgeteilte Urteil liessen A. und B. K. am 05. September 2005 Berufung an das Kantonsgericht einlegen, mit den Anträgen: "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben. 2. Die Beklagten 1-3 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, a) die Nutzungsänderungen gemäss Baubescheid der Gemeinde Qx. vom 1./10. September 2003 rückgängig zu machen und die Nutzung gemäss Begründungserklärung vom 20. September 1976 wieder herzustellen. Insbesondere seien • im Erdgeschoss die Fläche der Heizung wieder allgemein zugänglich zu machen; • die Verkaufsfläche im Erdgeschoss auf den Bereich des ehemaligen Büros zu reduzieren; • die Verkaufsfläche im Untergeschoss aufzuheben; • der Zugang zur Heizung für alle Stockwerkeigentümer zu gewährleisten. b) die Fassadenänderungen an der Südostfassade rückgängig zu machen. c) die Umfassungsmauer gegen die Parzelle 1038 (TZ.) wieder herzustellen. 3. a) Die Beklagten 1 - 3 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Klägern Fr. 16'000.— zu bezahlen. b) Die Beklagten 1 - 3 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den

Klägern als Ersatz für den Mietzinsausfall, der durch die fehlende Vermietbarkeit der Wohnung im 2. OG bis 15. September 2004 entstanden ist, Fr. 30'000.— zu bezahlen. Eventuell sei festzustellen, dass die Beklagten den Klägern den Mietzinsausfall zu ersetzen haben, der durch die fehlende Vermietbarkeit der Wohnung im 2. OG bis 15. September 2004 entstanden ist..

E. 8

4. Der Beschluss der ordentlichen Stockwerkeigentümersversammlung vom 3. Dezember 2003 Ziff. 2 sei aufzuheben und die Beklagte 3 zu verpflichten, den Wasserverbrauch für die Jahre 2001 und 2002 gemäss effektivem Verbrauch und nicht gemäss Wertquoten zu verteilen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zulasten der Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit." 2. Am 15. September 2005 liess MX., Beklagter 1, Anschlussberufung erheben, mit den Begehren: "1. Ziffer 2 des Dispositivs sei aufzuheben und es seien die Verfahrenskosten den Klägern aufzuerlegen. 2. Ziffer 3 des Dispositivs sei in Bezug auf die ausseramtlichen Kosten zu Gunsten des Beklagten 1 aufzuheben und es sei dem Beklagten 1 eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von CHF 15'939.00 zuzusprechen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Anschlussberufungsbeklagten." 3. An der mündlichen Hauptverhandlung vom 14. Februar 2006 vor der Zivilkammer des Kantonsgerichts waren A. K. und B. K. (Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte) mit ihrem Rechtsvertreter Rechtsanwalt Dr. Robert K. Däppen, MX. (Beklagter/Berufungsbeklagter 1 und Anschlussberufungskläger) mit seinem Vertreter Rechtsanwalt lic. iur. Mario Pfiffner, Rechtsanwalt Dr. Peter Curdin Conrad für CC. (Beklagter/ Berufungsbeklagter 2) sowie lic. iur. Martina Gorfer für die StWEG SA. (Beklagte/Berufungsbeklagte 3) anwesend. Der Rechtsvertreter von A. K. und B. K. bestätigte und begründete die Anträge gemäss der schriftlichen Berufungserklärung vom 05. September 2005. Der Rechtsvertreter von MX. beantragte die Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger. Sodann bestätigte und begründete er die Anträge gemäss seiner schriftlichen Anschlussberufungserklärung vom 15. September 2005. Der Rechtsvertreter von CC. beantragte die Abweisung der Berufung, unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger.

E. 9

Die Rechtsvertreterin der StWEG SA. beantragte die Abweisung der klägerischen Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne, unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger. Mit Replik und Duplik hielten die Rechtsvertreter aller Parteien an ihren Berufungs- und Anschlussberufungsbegehren fest. Die schriftlichen Zusammenfassungen der mündlichen Vorträge sämtlicher Rechtsvertreter wurden gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b Abs. 2 OG zu den Akten genommen. 4. Das Bezirksgericht Maloja hat sich zur Sache nicht vernehmen lassen. 5. Auf die Begründungen der Berufungsanträge, die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf das Beweisergebnis ist, soweit sachdienlich und notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1.a. Bezirksgerichtliche Urteile im Sinne von Art. 19 ZPO, seien sie in vermögensrechtlichen (Ziff. 1) oder nicht vermögensrechtlichen Streitsachen (Ziff. 2) ergangen, können gemäss Art. 218 Abs. 1 ZPO mit Berufung bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts angefochten werden. Bei allen 3 Berufungsbegehren handelt es sich um vermögensrechtliche Streitgegenstände (für die

Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersversammlung vgl. BGE 108 II 77). Die Zulässigkeit der Berufung in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist über die Verweisung auf Art. 19 ZPO an die Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts und diese wiederum an das Vorhandensein eines Mindeststreitwerts von 8'000 Franken geknüpft (Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Das im vorinstanzlichen Urteilszeitpunkt noch im Streit liegende Interesse muss diesen Wert übersteigen. Das ist vorliegend offensichtlich der Fall, verlangen die Kläger doch nach wie vor den teilweisen Rückbau eines Umbauprojekts mit approximativen Baukosten von 1.3 Mio. Franken und überdies die Zahlung von wenigstens Fr. 16'000.—. Ein Wert von schätzungsweise mehreren hunderttausend Franken entspricht auch noch dem vor Appellationsinstanz strittigen Interesse (Art. 51 Abs. 1 lit. a OG), so dass die vermögensrechtliche Streitsache berufungsfähig ist (Art. 19 Ziff. 1 ZPO, Art. 218 Abs. 1 ZPO; PKG 1994 Nr. 15). Da die Berufung ferner innert der 20-tägigen Rechtsmittelfrist an den dafür zuständigen Bezirksgerichtspräsidenten erklärt wurde (Art. 219

E. 10

Abs. 1 Satz 1 ZPO) und die Weiterzugserklärung mit den ausformulierten Anträgen auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den gesetzlichen Formerfordernissen entspricht (Art. 219 Abs. 1 Satz 2 ZPO), ist auf sie grundsätzlich einzutreten. b. Die Höhe der nach dem Kostentarif zu bestimmenden amtlichen Gerichtskosten und die Höhe der ausseramtlichen Parteikosten sind nicht strittig. MX. rügt mit Anschlussberufung vielmehr ihre Verteilung auf die Parteien in Anwendung von Art. 122 ZPO. Gegen diesen unselbständigen Kostenentscheid (Art. 121 Ziff. 5 ZPO) ist das in der Hauptsache gegebene Rechtsmittel (PKG 1996 Nr. 21), vorliegend demnach die Berufung und folglich auch die Anschlussberufung gegeben. Ist die Berufungsfähigkeit im Licht von Anfechtungsobjekt/Streitwert bejaht, gilt dies auch für die von der Berufung abhängige Anschlussberufung. Die Anschlussberufung ist überdies innert der Frist und mit den formulierten Anträgen auf Abänderung gemäss Art. 220 Abs. 1 ZPO formgerecht bei der ersten Instanz eingelegt worden, sodass auf sie vorbehaltlos einzutreten ist. c.aa. Die beklagten Rechtsvertreter verwiesen in ihren Plädoyers vorab grundsätzlich oder teilweise auf ihre früheren Ausführungen und/oder jene im angefochtenen Urteil. Insoweit sie damit die genannten Schriftsätze zu Bestandteil ihrer Argumentationen und Teil der Berufungsbegründung erklärt haben wollen, ist dies prozessual unzulässig. Die gesamte Begründung hat aus der Rechtsschrift (im Schriftverfahren nach Art. 224 Abs. 2 ZPO) oder dem Plädoyer selbst hervorzugehen. Was darin nicht enthalten ist, kann umgekehrt nicht als Rechtsmittelbegründung gelten. Unbedenklich ist wohl die konkrete Übernahme bereits früher vortragener Argumentationen im Sinne einer blossen Wiederholung oder zwecks Untermuerung von in der Berufungsschrift selbst enthaltenen neuen Argumenten. Nach ständiger Rechtsprechung des Kantonsgerichts und seiner Abteilungen ist es indessen grundsätzlich unzulässig, anstelle eigener, in der Berufungsschrift selbst enthaltener Begründung in globo oder punktuell auf frühere, eigene und/oder andere schriftliche Eingaben zu verweisen. Denn der Rechtsmittelinstanz ist es nicht zuzumuten, die Argumentationen der Parteien im Sinne eines Puzzles in verschiedenen anderen Schriftstücken zusammenzusuchen und an deren Stelle zusammenzutragen beziehungsweise dasjenige davon, das für ihre Argumentationen an den entsprechenden Orten gerade als passend erscheinen könnte. Das ist Sache der Parteien. Insoweit muss die Berufungsschrift ein autonomer, aus sich selbst heraus verständlicher Schriftsatz sein; unter Vorbehalt von hier nicht zur Anwendung gelangenden Prozessmaximen, welche das

Gericht zum Einschreiten von Amtes wegen veranlassen, können sich Prüfungsgegenstand und -umfang nur aus dem

E. 11

mündlichen Plädoyer (Art. 225-227 ZPO) und seiner schriftlichen Zusammenfassung oder aus der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 224 Abs. 2/3 ZPO) ergeben. Soweit die Berufungsbeklagten zur Begründung ihrer Anträge auf ihre früheren Ausführungen und Erwägungen der Vorinstanz lediglich verweisen, hat sich folglich die Zivilkammer damit nicht zu beschäftigen. bb. Im Unterschied zu den Parteien kann sich die Berufungsinstanz für eigene Verweisungen auf die Erwägungen des Erstrichters auf eine klare Gesetzesvorschrift stützen. Gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO genügt es, statt eigener Begründung auf die Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug zu nehmen, wenn dieses auch in seinen Erwägungen bestätigt wird. d. Die Berufungskläger haben gemäss Leitschein und vor Bezirksgericht das Rechtsbegehren gestellt, es sei festzustellen, dass die Beklagte [Singular] Ersatz für den Mietzinsausfall, welcher ihnen durch die fehlende Vermietbarkeit ihrer Wohnung im 2. OG [vom 1. Februar 2004] bis 15. September 2004 entstanden sein soll (act. 02.2.I.1, Klagebegehren Ziffer 2.b). Anstelle dieses Feststellungsbegehrens klagen sie nunmehr mit Berufung gegen alle Beklagten 1, 2 und 3 auf Leistung von Fr. 30'000.— (Berufungsbegehren Ziffer 3.b Abs. 1). Dessen ungeachtet stellen sie diesbezüglich abermals das Begehren - nunmehr eventualiter - es sei festzustellen, dass die Beklagten den Klägern den Mietzinsausfall zu ersetzen haben, der durch die fehlende Vermietbarkeit der Wohnung im 2. OG bis 15. September 2004 entstanden ist (Berufungsbegehren Ziffer 3.b Abs. 2). Abgesehen davon, dass die Kläger anscheinend un schlüssig sind, gegen wen sie ihre Ansprüche aus entgangenen Mietzinseinnahmen richten sollen, sind alle drei Begehren prozessual unzulässig. aa. Die Kläger wollen Ersatz für entgangene Mietzinse. Der monatliche Mietzins ist bekannt und der (Maximal)Anspruch bezieht sich auf eine bestimmte Periode, welche im Zeitpunkt von Klageeinleitung und -prosequierung bereits begonnen hatte. Das zum materiellen Bundesrecht gehörende und von diesem beschränkte Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann; diesfalls ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten. Ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung einer blossen Feststellungsklage wird hingegen bejaht, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch

E. 12

die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist (BGE 123 III 49 E. 1a/b; 122 II 97 E. 3; 122 III 279, 120 II 20 E. 2 und 3a; 119 II 368 E. 2a; 118 II 254 E. 1c, 435 E. 3a und 521 E. 2a; 116 II 196 E. 1b und 2a; 110 II 352 E. 1a, 1c und 2). Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn für längere Zeit nicht auf Leistung oder nicht auf vollen Schadenersatz geklagt werden kann (BGE 114 II 253 E. 2a; 103 II 220 E. 3). Diese Voraussetzungen sind hier allesamt nicht gegeben. Wenn wenig später nach der Klageeinleitung eine Leistungsklage gegeben ist, was vorliegend fraglos der Fall ist, muss der Kläger ein Interesse an der Vorwegnahme der Feststellung dartun (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur ZPO des Kantons Zürich, 3. A. Zürich 1997, N 2 zu § 59). Das haben die Kläger nicht. Die Erhebung einer Feststellungsklage neben einer Leistungsklage - wofür sich die Kläger vorliegend entschieden haben - ist ferner zulässig,

wenn nicht nur die fällige Leistung verlangt, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen zukünftige Abwicklung festgestellt werden soll (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 19 zu § 59). Ein Interesse an einer solchen auf Dauerschuldverhältnisse ausgelegten Ausnahme können die Kläger kaum anrufen, denn für die nach der Vermittlungstagfahrt fällig werdenden Mieten ab 1. Februar 2004 steht mit entsprechendem Zeitfortschritt (monatlich) jeweils die Leistungsklage offen. Die Miete wäre fällig und es wäre bekannt, ob der Schaden durch Neuvermietung abgewendet werden konnte. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass anstelle eines Feststellungsbegehrens bereits im Vermittlungsstadium und im erstinstanzlichen Verfahren eine, allenfalls unter Nachklage- oder Erhöhungsvorbehalt stehende, im Übrigen aber die ganze kurze Periode abdeckende Leistungsklage oder eine Teilklage hätte erhoben werden können (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 a/b zu § 59). Auf das Feststellungsbegehren betreffend die Mietperiode vom 1. Februar 2004 bis 15. September 2004 wäre daher bereits im erstinstanzlichen Verfahren nicht einzutreten gewesen. bb. Das identische Feststellungsbegehren haben die Berufungskläger in Ziffer 3.b Abs. 2 der Berufungserklärung als Eventualbegehren gegen alle 3 Beklagten gestellt. Darauf kann aus denselben Überlegungen nicht eingetreten werden. Würde man den Klägern darin folgen, dass die Beklagten für die bis am 15. September 2004 entgangenen Mieten haften, bestünden heute für die Berufungskläger keinerlei Schwierigkeiten, Schadenseintritt und Schadenshöhe zu behaupten und darzutun, nachdem die diesbezüglich in Frage kommende Zeitspanne vor 1 ½ Jahren abgelaufen ist. Bei dieser Sachlage gebricht es von vorneherein an einem legitimen Bedürfnis, auf Feststellung anstatt auf Leistung zu klagen.

E. 13

cc. Das Berufungsbegehren Ziffer 3.b Abs. 1, womit für die Mietperiode vom 1. Februar 2004 bis 15. September 2004 eine Ersatzleistung von Fr. 30'000.— gefordert wird, stellt darüber hinaus im Verhältnis zum Feststellungsbegehren gemäss Ziffer 2.b der Prozesseingabe eine unzulässige Klageänderung eines (unzulässigen) Klagebegehrens dar. Es trifft zwar zu, dass die beiden Begehren grundsätzlich auf dem gleichen Lebensvorgang beruhen und insofern auf das gleiche Beweisthema abstellen. Dies ändert jedoch letztlich nichts daran, dass die Kläger mit Berufung von einer vermittelten Feststellungsklage zu einer nicht vermittelten Leistungsklage wechselten. Darauf kann daher ebenso wenig eingetreten werden. 2.a. Die Berufungskläger verlangen, dass die mit dem Umbau erfolgten Nutzungsänderungen rückgängig gemacht und die Nutzung gemäss Begründungserklärung vom 20. September 1976 wieder hergestellt wird. Ebenso sollen die baulichen Änderungen an der Südostfassade und an der Umfassungsmauer gegen die Parzelle 1038 (TZ.) rückgängig gemacht und der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt werden. Diese Rechtsbegehren richten sie gegen alle 3 Beklagten, unter solidarischer Haftbarkeit. Für die Gutheissung setzen die Kläger voraus, dass vorab die Nichtigkeit des Beschlusses der Stockwerkeigentümerversammlung vom 25. August 2003 zufolge Verletzung von Quorenbestimmungen richterlich festgestellt wird. aa. Hinsichtlich der Aufhebung/Rückgängigmachung von Nutzungsänderungen an der StWE Nr. 1 (allgemeine Zugänglichkeit der Fläche der alten Heizung im EG; Ausbau von EG und UG als Sportgeschäft; neue Heizung im UG, Gewährleistung des Zugangs zur neuen Heizung) besteht die Passivlegitimationen ausschliesslich gegenüber dem Beklagten 1 als Eigentümer der StWE Nr. 1 (Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2004, N 209, 211 zu Art. 712I ZGB). Dies umfasst auch die genannten Zugangsrechte, führen doch sowohl der Zugang zur Fläche des alten Heizungsraums im EG als auch jener zur

neuen Heizung im UG durch sein Sonderrecht. Insoweit sich die Klage in diesen Punkten auch gegen die beiden anderen Beklagten richtet, ist sie mangels Passivlegitimation abzuweisen. bb. Hinsichtlich der Aufhebung/Rückgängigmachung von Nutzungsänderungen und baulichen Änderungen an gemeinschaftlichen Teilen (Aufhebung Heizungsraum im EG; bauliche Änderungen an der Südostfassade; Durchbrüche in der Umfassungsmauer zum Haus TZ.) und die Feststellung der Nichtigkeit des entspre-

E. 14

chenden Beschlusses der Stockwerkeigentümersammlung vom 25. August 2003 besteht Passivlegitimation ausschliesslich bei der Beklagten 3. Nur sie kann Änderungen an gemeinschaftlichen Teilen des Stockwerkeigentums verfügen und hierüber Beschluss fassen (vgl. auch Wermelinger, a.a.O., N 188, 190, 195, 201 zu Art. 712l ZGB). Insoweit sich die Klage in diesen Punkten auch gegen die beiden anderen Beklagten richtet, ist sie mangels Passivlegitimation abzuweisen. cc. Der Beklagte 2 ist bloss Mieter der StWE Nr. 1. Ihm kommt an keinem der Berufungsbegehren gemäss Ziffer 2 materielle Rechtszuständigkeit zu. Er kann als Mieter, das heisst aus seiner obligatorischen Rechtsposition zum Beklagten 1, weder indirekt über Nutzungsänderungen von Sonderrechten oder gemeinschaftlichen Teilen des Stockwerkeigentums, noch über bauliche Änderungen an solchen bestimmen, noch direkt an einer Beschlussfassung der StWEG hierüber teilnehmen. Im Verhältnis zur StWEG und zu anderen Stockwerkeigentümern liegen die aus der Stellung als Sonderrechtsinhaber und Mitglied der StWEG fliessenden und von den Klägern gerügten Verantwortungen gegenüber der Gemeinschaft und/oder anderen Stockwerkeigentümern allein beim Beklagten 1. Soweit sich Klage und Berufung in diesen Punkten gegen den Beklagten 2 richten, sind sie demzufolge mangels Passivlegitimation abzuweisen. b. Nach Meinung der Kläger hätten MX. und sein Mieter CC. zur Ausführung ihres Bauvorhabens, welches unbestrittenermassen auch gemeinschaftliche Teile erfasste (Heizungsraum, Trennmauer zu Parzelle 1038, Südostfassade), nur gültig ermächtigt werden können, wenn dem sämtliche Stockwerkeigentümer beigespflichtet hätten und die Begründungserklärung mit Bezug auf die Nutzungsart der StWE Nr. 1 vorgängig und mit Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer geändert worden wäre. Weil sie nicht zugestimmt hätten, bestehe die Rechtsfolge in der Nichtigkeit des Beschlusses vom 25. August 2003. Da der frühere Heizungsraum im EG und der infolge durchbrochener Umfassungsmauer im EG freigewordene Raum in das Sonderrecht des Beklagten 1 überführt worden seien, hätte sich das Vorgehen nach den Vorschriften richten müssen, die bei einer Überführung von gemeinschaftlichen Teilen in Sonderrecht zu beachten seien. Räumliche Veränderungen beim Stockwerkeigentum seien nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Durch die Überführung eines bisher im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raums ins Sonderrecht werde der Mitgebrauch und damit die Mitberechtigung aller an einem Raum eingeschränkt, weshalb dafür nach Meier-Hayoz/Rey (a.a.O., N 43 zu Art. 712e ZGB) von Gesetzes wegen die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer unerlässlich sei. Das Gleiche gelte für die Verfügung über das ge-

E. 15

meinschaftliche Grundstück, die Änderung der Zweckbestimmung, soweit die Stockwerkeigentümer nicht ein anderes Quorum vereinbart hätten (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar 1988, N 95 zu Art. 712m ZGB) sowie für die Abänderung der Sonderrechtsbereiche (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 96 zu Art. 712m ZGB) und die

Festlegung (gewillkürter) gemeinschaftlicher Teile (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 96 zu Art. 712m ZGB). Die Verletzung dieser Quorenbestimmung führe zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., Art. 712m ZGB N 147, 2. Lemma; Riemer, Berner Kommentar 1990, N 107/109 zu Art. 75 ZGB). aa. Die Argumentation der Berufungskläger erscheint bereits im Ansatz fruchtlos, da zum einen eine Überführung von gemeinschaftlichen Teilen ins Sonderrecht des Beklagten 1 durch den gerügten Beschluss in rechtlicher Hinsicht gar nicht stattgefunden hat und zum anderen der Beklagte 1 derartiges nicht verlangt. Der Sonderrechtsbereich hat nicht geändert; ein Beschluss darüber hat die StWEG am 25. August 2003 nicht gefällt. Die angesprochenen Räume/Raumteile sind nach wie vor gemeinschaftlich. Dem Projekt der Heizungsverlegung lag wohl die Vorstellung von MX. zugrunde, dass der bisherige Heizungsraum dem Sonderrecht des Beklagten 1 und der neue grössere Heizungsraum aus seinem Sonderrecht aus- und den gemeinschaftlichen Teilen zugeschlagen werden sollte (act. 05.4, S. 2). Dazu kam es bislang nicht (act. 02.2.II.22, 02.2.III.6). Dass es vernünftig wäre, die Begründungserklärung dahin abzuändern, dass ein Abtausch der Flächen/Räume des neuen und alten Heizungsraums im Verhältnis von Stockwerkeigentum des Beklagten 1 und gemeinschaftlichen Teilen erfolgt, allenfalls verbunden mit einer Prüfung der Wertquotenänderung, welche sich nach Ansicht des Beklagten 1 auch aus anderen Gründen aufdrängt, liegt objektiv auf der Hand. Beides ist vorliegend jedoch nicht Prozessthema. Die erfolgte Verlegung und Erneuerung der Heizungsanlage wird von den Klägern nicht beanstandet. Dass der Zugang der anderen Stockwerkeigentümer zur neu im UG befindlichen Heizung nach wie vor zu gewährleisten ist, wird vom Beklagten 1 nicht in Abrede gestellt. Die Heizungsanlage befindet sich - damals wie heute - innerhalb der StWE Nr. 1 des Beklagten 1. Damals wie heute wird die Zutrittsberechtigung der Stockwerkeigentümer zur Heizungsanlage durch eine ausdrückliche Bestimmung in der Erklärung auf Begründung auf Stockwerkeigentum gewährleistet (act. 02.2.II.3, Begründungserklärung Ziffer III Abs. 2). Das in der Begründungserklärung formulierte Zugangsrecht zur Heizung besteht - wo auch immer die Heizung ist; es muss in dieser Hinsicht nicht einmal die Begründungserklärung

E. 16

angepasst werden. Mit ihrer Forderung auf Zugang zur neuen Heizung für alle Stockwerkeigentümer rennen die Kläger demnach eine offene Tür ein. Der Klage mangelt es insoweit an einem Rechtsschutzinteresse. bb. Im Zusammenhang mit der Heizung erscheint die Haltung der Kläger in sich widersprüchlich und letztlich rechtsmissbräuchlich. Das Berufungsbegehren, es sei im EG die Fläche der (alten) Heizung wieder allgemein zugänglich zu machen (Ziff. 2a Abs. 2, 1. Lemma), gründet darauf, dass sie einem Beschluss zur Heizungsverlegung hätten zustimmen müssen. Das erscheint formalistisch respektive in Widerspruch zu eigenem Verhalten, nachdem sie an der Versammlung vom 22. Oktober 2003 und in der Prozesseingabe der Heizungsverlegung zugestimmt haben. In diesem Sinne herrscht materiell bereits Einstimmigkeit. In der Prozesseingabe wurde ausgeführt: Nachdem die Heizung bereits ins Untergeschoss verlegt wurde, verlangen die Kläger nicht, dass die Anlage zurückverlegt wird (act. 02.2.I.1, S. 11). Nach diesem Zugeständnis wieder ein entgegenstehendes Recht geltend zu machen, stellt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, der nicht zu schützen ist. Die Berufungskläger sind zwar damit einverstanden, dass der Heizungsraum in einen zum Sonderrecht des Beklagten 1 gehörenden Bereich des UG verlegt wird und verlangen dort Zugang. Gleichzeitig verlangen sie aber, dass die Fläche der alten Heizung im EG wieder

allgemein zugänglich gemacht wird. Sie sträuben sich anscheinend dagegen, dass der neue Heizungsraum aus dem Sonderrecht des Beklagten 1 den gemeinschaftlichen Teilen zugewiesen und der alte, seiner Funktion für die Gemeinschaft faktisch enthobene Heizungsraum, zu Sonderrecht des Beklagten 1 zugewiesen wird. Ein solcher Abtausch bildet zwar nicht Gegenstand des hiesigen Verfahrens, immerhin ist dies eine inkonsequente Haltung beziehungsweise es ist ein Widerspruch zwischen den entsprechenden Berufungsbegehren (Ziff. 2.a Abs. 2, 1. und 4. Lemma) festzustellen. Bei der Änderung der dinglichen Zuordnung im Stockwerkeigentum ist der Minderheitenschutz extrem stark ausgebaut, was mit sich bringen kann, dass ein einzelner Stockwerkeigentümer die Gemeinschaft lähmen kann. Das kann sich insbesondere bei einem solchen Raumtausch als stossend erweisen. Treu und Glauben verlangen von zu einer Gemeinschaft näher gerückten Rechtssubjekten ein die gemeinsamen Ziele nicht verhin-derndes, gemeinschaftsadäquates Verhalten. Bei schlechthin unhaltbarer, offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Zustimmungsverweigerung drängt sich unter Umständen auf, über den Willen des Verweigerers hinwegzugehen (so Rolf H. Weber,

E. 17

Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, in ZBGR 60 (1979) S. 148 f.). Ein solcher Fall scheint hier gegeben. Die Berufungskläger sehen ein und haben zugestimmt, dass die zentrale Anlage der Heizung ersetzt, in einen anderen, im Sonderrecht des Beklagten 1 stehenden Raum verlegt sowie für die beiden benachbarten Liegenschaften auf Parz. 1038/1039 konzipiert und durch beide betrieben wird. Wenn dem so ist, ist schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar, warum sie sich gegen den beschriebenen Raumtausch sträuben. Letzteres muss angenommen werden, wenn sie daran festhalten, dass der mit ihrer Zustimmung seiner sachlichen Funktion als Heizungsraum enthobene Raum im EG nach wie vor für alle Stockwerkeigentümer zugänglich bleiben müsse. Sie wollen den tatsächlichen Heizungsraum im Sonderrecht des Beklagten 1 sehen und den fiktiven als gemeinschaftlichen Teil beibehalten. Ihre verweigerte Zustimmung könnte ersatzweise über den Richter eingeholt werden (vgl. Weber, ebenda), respektive es erweisen sich die Argumentation der fehlenden Einstimmigkeit und das Berufungsbegehren gemäss Ziff. 2.a Abs. 2, 1. Lemma, als missbräuchlich. cc. Will man davon ausgehen, es seien MX. am alten Heizungsraum – der (immer noch) gemeinschaftlicher Teil ist – zufolge des Umbaus zumindest faktisch ein Sonderbenutzungsrecht eingeräumt worden, weil Fläche und Raum jetzt als Sportgeschäft gebraucht werden, womit sie die Nutzungsmöglichkeiten für die anderen Stockwerkeigentümer im gleichen Bereich vermindern, ist festzustellen, dass das Gesetz die Möglichkeit der reglementarischen Einräumung von (nicht ausschliesslichen) Sondernutzungsrechten an gemeinschaftlichen Teilen durchaus kennt. Erforderlich ist, was das Quorum der Regelungsmaterie anbetrifft, die qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen (Art. 712g Abs. 3 ZGB) nicht die Einstimmigkeit des Begründungsaktes (vgl. Weber, Minderheitenschutz, a.a.O., S. 150). Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass durch den beanstandeten Umbau gewisse Teile des Sonderrechts wenigstens faktisch zu Sonderrecht würden und für einen entsprechenden Beschluss Einstimmigkeit erforderlich wäre, ist der gerügte Beschluss nicht mit dem qualifizierten Mangel der Nichtigkeit behaftet. Widerrechtliche Beschlüsse der StWEG sind in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist nur beizumessen, falls ein Willensbildungsakt der StWEG einen schwerwiegenden formellen oder inhaltlichen Mangel aufweist und dadurch gegen ihre Grundstruktur verstösst, an die Wurzeln der Gemeinschaft rührt, unvereinbar ist mit den Rechtssätzen, welche dem Schutz der Gläubiger oder der Wahrung

öffentlicher Interessen dienen, inhaltlich unsittlich ist, einen unmöglichen Inhalt hat, gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst, die

E. 18

Organisation aus den Angeln hebt oder wenn er unter Verletzung zwingender Vorschriften über die Beschlussfassung zustande gekommen ist. Angenommen der krittisierte Beschluss erforderte Einstimmigkeit, wäre der Einwand der Berufungskläger, es könne nicht einfach auf die normative Kraft des Faktischen ankommen, nicht a priori von der Hand zu weisen. In der Rechtsgüterabwägung müsste er dennoch zurücktreten, was umso leichter fällt, als es die Kläger in der Hand gehabt hätten, den Beschluss rechtzeitig anzufechten. Weil im Falle der Feststellung von Nichtigkeit theoretisch eine Zurückversetzung der Gemeinschaft und der Sache in den Zustand vor Fassung des nichtigen Beschlusses erfolgen müsste, ist bei der Annahme der Nichtigkeit von Gesellschafts- und Versammlungsbeschlüssen Zurückhaltung zu üben. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als ein teilweiser Rückbau mit hohen Kosten (Mauerdurchbrüche, Fassade) und Schaden (brachliegende Nutzung von EG/UG als Sportgeschäft) droht. Auf Nichtigkeit ist nur aus absolut zwingenden Gründen zu erkennen, wenn krasse und offensichtliche Verstöße vorliegen, so beispielsweise, bei Einberufung der Versammlung durch eine unzuständige Person, ein Verbot des Verkaufs von StWE eingeführt werden soll, das Stimmrecht eines Stockwerkeigentümers definitiv entzogen werden soll, auf einem zwingend gemeinschaftlichen Teil Sonderrechte zugewiesen werden sollen, die Stockwerkeigentümer inskünftig auf die Rechte zur Anfechtung von Beschlüssen und den Ausschluss von Stockwerkeigentümern verzichten sollen, sowie bei Änderung der Wertquote einer StWE ohne Zustimmung des betroffenen Stockwerkeigentümers (PKG 2002 Nr. 17 E. 3a; Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 146 zu Art. 712m ZGB; Wermelinger, a.a.O., N 205-214 zu Art. 712m ZGB, mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf PKG 1997 Nr. 6, 1996 Nr. 7, 1993 Nr. 3, 1992 Nr. 8, Nr. 20, 1991 Nr. 59; Riemer, a.a.O., N 92 zu Art. 75 ZGB). Die Nichtigkeit bei inhaltlichen Mängeln wird auf Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR gestützt (Riemer, a.a.O., N 113 zu Art. 75 ZGB). Ein vergleichbarer Vorgang ist hier nicht gegeben, insbesondere liegt - wie bereits dargelegt - nicht etwa eine formelle Zuscheidung von Sonderrechten auf zwingend gemeinschaftlichen Teilen vor - weder beim Heizungsraum, noch bei den Mauerdurchbrüchen, noch bei der Fassade. In jedem Fall nichtig sind Versammlungsbeschlüsse mit generell-abstraktem Inhalt wie etwa Beschlüsse betreffend Statuten- oder Reglementsänderungen, welche gegen zwingendes Recht verstossen. Ob ein individuell-konkreter Beschluss anfechtbar oder nichtig ist, richtet sich demgegenüber danach, ob bei der Verletzung zwingenden objektiven Rechts öffentliche Interessen, Drittinteressen oder Rechte der Stockwerkeigentümer, über welche diese nicht verfügen können, auf dem Spiele stehen oder ob nur Rechte eines Stockwerkeigentümers betroffen sind, so dass dieser

E. 19

auch - mittels Verzicht auf Erhebung einer Anfechtungsklage im Sinne von Art. 75 ZGB - auf die entsprechenden Rechte verzichten kann. Letzteres wäre beispielsweise zu bejahen bei einem Beschluss, der eine rechtsmissbräuchliche Ausschliessung oder eine Ungleichbehandlung eines oder mehrerer Stockwerkeigentümers beinhaltet (Riemer, a.a.O., N 113 ff. zu Art. 75 ZGB). Nichtigkeit ist von vorneherein nicht gegeben, wenn es sich um verzichtbare Rechte handelt (PKG 2002 Nr. 17 E. 3a/b). Die Mitglieder der STWEG SA. können zweifellos - ohne das Institut des Stockwerkeigentums in seiner Grundfesten zu erschüttern - auf den alten Standort der Heizung verzichten, ebenso darauf, dass die Trenn-

und Umfassungsmauer zu Parzelle 1039 und die Südostfassade auf Dauer völlig unangetastet bleiben. Von einem untragbaren Einbruch in die institutionelle Struktur des Stockwerkeigentums oder einer unsittlichen Beschränkung eines Mitglieds der StWEG ist man weit entfernt. In diesem Zusammenhang darf Erwähnung finden, dass die Kläger nicht gegen die Ausführung des Bauprojekts gestimmt, sondern sich der Stimme enthalten haben. Sie waren nicht gegen den Neubau und die Verlegung des Heizungsraums und auch nicht gegen das neue Geschäft in EG und UG (act. 02.2.II.8, S. 3). Ihre nachträgliche Berufung auf Nichtigkeit erscheint rechtsmissbräuchlich, weil vorgeschoben. Zumindest im massgeblichen Zeitpunkt der Willensbildung wollten sie augenscheinlich das Umbauprojekt nicht um des konkreten Inhalts des Bauvorhabens und seiner Auswirkungen willen verhindern, sondern, dass das Projekt eine legale Basis habe, alle Fakten auf den Tisch kommen und die Kosten bekannt sein müssten. Abgesehen von der öffentlich-rechtlichen Baubewilligung sollte die "legale Basis" mit dem zu fällenden Beschluss der StWEG geschaffen werden, die Fakten lagen in Form von Bauplänen auf dem Tisch und die Umbaukosten gingen die Eheleute K. nichts an, weil sie nichts zu bezahlen hatten. Den Eheleuten K. ging es um etwas ganz anderes. Sie stehen – aus hier nicht weiter interessierenden Gründen – in offener Feindschaft zum Beklagten 1 (vgl. Schreiben A. K. an MX. vom 3. September 2003, vorsorgliches Massnahmeverfahren act. 02.2.IV.I. und dortiges kläg. act. 7). Sie wollten zuerst andere Zugeständnisse vom Beklagten 1 und andere Beschlüsse von der Gemeinschaft erreichen (act. 02.2.II.9, 02.2.II.10, 02.2.II.11, act. 02.2.IV.I. des vorsorglichen Massnahmeverfahrens und dortiges kläg. act. 7: unbestimmte "pendenze e problematiche della StWEG", "molte cose non chiare da mettere in ordine", Änderung des Verteilschlüssels für Auslagen, Korrektur konkrete Energierechnungen, grundbuchliche Nachführung der faktisch erfolgten Änderungen seit 1976, - insbesondere die nachträgliche Sanktionierung der faktischen Aufteilung der klägerischen StWE Nr. 3 in 2 separate StWE) und verknüpften dies mit

E. 20

ihrer Zustimmung zum Bauprojekt. Ihr ganzes Verhalten vor Einleitung des Prozesses und vor allem ihre Haltung in der Heizungsfrage lässt ohne in Willkür zu verfallen annehmen, dass es ihnen vielmehr darum ging, noch mehr für sich herauszuholen. Sie wollten sich ihre formelle Zustimmung bestmöglich abgelten lassen. Weil ihnen dies in Punkten, die mit dem Bauvorhaben offensichtlich keinen Zusammenhang aufwiesen, nicht gelang, berufen sie sich heute auf Nichtigkeit der Willensbildung. Es genügte ihnen nicht, dass der neue, ohnehin zur Ersetzung fällige Heizkessel für sie gratis war und sie eine neue, im Betrieb günstigere Heizung erhielten. Sie glaubten, den Beklagten 1 "am Wickel zu haben" und forderten – sachlich vollkommen unangemessen – die Ersetzung aller Hauptleitungen für Wasser und Heizung bis unter das Dach zulasten der Bauenden und stellten für ihre Zustimmung zum Bauprojekt weitere Bedingungen (Einstimmigkeit für künftige Umnutzungen und Aufstockung der Liegenschaft, grundbuchliche Sanktionierung der Aufteilung der Wohnung K. in 2 Wohnungen), die keinen unmittelbaren Zusammenhang zum Bauprojekt hatten (act. 02.2.III.8). dd. Der Einwand, im Licht der Eigentumsgarantie müsse von einem "krassen Fall" mit Nichtigkeitsfolge gesprochen werden, weil rechtswidrig in das (Mit-)Eigentumsrecht der Berufungskläger eingegriffen worden sei, ist wenig hilfreich. Die gesetzliche Ordnung des Stockwerkeigentums begnügt sich für die überwiegenden Fälle sachenrechtlicher Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen, mit einem einfachen oder qualifizierten Mehr. Über die Zustimmungsverweigerung Einzelner kann in diesen Fällen hinweggegangen werden. Wer sich in eine solche Gemeinschaft

begibt, muss damit rechnen. Mit dem Eintritt in die Stockwerkeigentümerge- meinschaft unterwirft sich jeder Eigentümer grundsätzlich dem Willen der Mehrheit und anerkennt, dass die Mehrheit unter Umständen auch dann für alle bindend ent- scheidet, wenn sie nicht Lösungen trifft, die seinem eigenen Willen entsprechen (BGE 102 II 265 E. 3 S. 269). Bestimmte Beschlüsse unterstellt das Gesetz dem qualifizierten Mehr nach Köpfen und Wertquoten (z.B. Art. 647b Abs. 1, Art. 647d Abs. 1, Art. 647e Abs. 2 oder Art. 712g Abs. 3 ZGB). Mit einem solchen Mehrheits- erfordernis werden die Eigentümer bevorzugt, welche einen grösseren wirtschaftli- chen Anteil am Stockwerkeigentum halten; damit wird dessen sachenrechtliche Komponente betont. Schliesslich können bestimmte Beschlüsse gemäss Gesetz nur einstimmig gefasst werden, weil ein Mehrheitsbeschluss deren Tragweite nicht genügend Rechnung trägt (z.B. Art. 647e Abs. 1, Art. 648 Abs. 2 oder Art. 712g Abs. 2 ZGB). Das Erfordernis der Einstimmigkeit gewährt jedem Mitglied ein Vetorecht und damit einen umfassenden Minderheitenschutz. Die Einstimmigkeit entspricht nicht einem demokratischen Entscheidverständnis, weshalb sie ausserordentlichen

E. 21

Fällen vorbehalten bleibt (BGE 131 III 459 E. 5.2; Wermelinger, a.a.O., N 163 ff. zu Art. 712m ZGB). Die Freiheit des Stockwerkeigentümers in der baulichen Ausgestaltung sei- ner eigenen Räume setzt deren Ausscheidung zu Sonderrecht voraus. Der Eingriff in gemeinschaftliche Teile ist allerdings nicht a priori unstatthaft, sondern nur dann, wenn er eigenmächtig ist (BGE 130 III 450, E. 1). Nützliche bauliche Massnahmen in Bezug auf die gemeinschaftliche Teile bedürfen der Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt (Art. 647d Abs. 1 ZGB; BGE 130 III 450, E. 1.2). Nach Art. 647e Abs. 1 ZGB bedarf es bezogen auf das Stockwerkeigentum zwar eines einstimmigen Beschlusses der Stockwerk- eigentümersversammlung (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 93 f. zu Art. 712m ZGB.; Heinz Rey, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 2. A. Zürich 2001, Rz 315 und 318; Wermelinger, a.a.O., N 171 zu Art. 712m ZGB), allerdings nicht für beliebige derartige Eingriffe, sondern nur für luxuriöse bauliche Massnahmen, für Vorkehren, die einzig der Verschönerung der Sache, der Bequemlichkeit im Gebrauch, dem Prunk oder dem Vergnügen dienen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar 1981, N 1 zu Art. 647e ZGB). Geht es demgegenüber bloss um nützliche bauliche Massnahmen, um Vorkehren, mit denen objektiv betrachtet eine Wertsteigerung, eine Verbesse- rung der Wirtschaftlichkeit oder eine Verbesserung der Gebrauchstauglichkeit der Sache erreicht werden soll, ohne dass sie als geradezu notwendig erscheinen (Meier-Hayoz, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 647d ZGB), ist nach Art. 647d Abs. 1 ZGB nur noch das qualifizierte Mehr nach Köpfen und Anteilen erforderlich (Meier- Hayoz/Rey, a.a.O., N 103 und 105 zu Art. 712m ZGB; Rey, a.a.O., Rz. 320 und 323; Wermelinger, a.a.O., N 168 zu Art. 712m ZGB). In diesem Sinne gelten etwa als nützliche Massnahmen der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, der Abbruch eines Gebäudes mit anschliessendem Neubau, wenn dieser dem gleichen Zweck dient, sowie die Aufstockung eines Gebäudes (Meier-Hayoz, a.a.O., N 16 und 18 zu Art. 647d ZGB sowie zur Aufstockung im Besonderen Rolf H. Weber, Die Stock- werkeigentümergeinschaft, Zürich 1979, S. 301). Dass die gegenständlich gerügten baulichen Veränderungen (Verlegung/Neubau Heizungsraum, teilweise Durchbrüche Umfassungsmauer, kleine Veränderungen an der Südostfassade) lu- xuriöser Natur, einzig der Verschönerung, der Bequemlichkeit, dem Prunk oder dem Vergnügen dienen, machen die Berufungskläger zu Recht nicht geltend. Selbst wenn anzunehmen wäre, die vorgenommenen Änderungen (Heizungsneubau und -verlegung; Mauerdurchbrüche, Fassade) dienten nur der Bequemlichkeit (des Be- klagten1), wäre

einerseits festzustellen, dass der mit dem qualifizierten Mehr nach Köpfen und Anteilen gefällte Beschluss nicht nichtig, sondern nur anfechtbar ist

E. 22

(Wermelinger, a.a.O., N 209 zu Art. 712m ZGB, unter Hinweis auf PKG 1992 Nr. 8). Andererseits könnte sich der Beklagte 1 auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 647d Abs. 3 ZGB oder Art. 647e Abs. 2 ZGB berufen, denn durch die umstrittenen baulichen Änderungen werden die Eheleute K. in ihren Nutzungs- und Gebrauchsrechten nicht dauernd beeinträchtigt und der Umbau ist für sie mit keinerlei Investitionskosten und/oder höheren Unterhaltskosten verbunden. ee. Die Nichtigkeit eines Versammlungsbeschlusses kann jederzeit, auch vom Zustimmenden, klageweise oder einredeweise, innerhalb oder ausserhalb eines Prozesses geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Nichtigkeit steht allerdings unter den Schranken von Art. 2 ZGB (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 146 zu Art. 712m ZGB). Die Kläger haben an der Versammlung, an welcher der ihnen missliebige Beschluss gefasst wurde, teilgenommen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor. Die Kläger hatten zudem seit der Versammlung das Bewusstsein einer angeblichen Verletzung ihrer Rechte. Unter diesen tatsächlichen Umständen und im Licht eines Verhaltens nach Treu und Glauben muss fragwürdig erscheinen, dass die Kläger nach dem Beschluss 2 ½ Monate zugewartet haben. Sie hätten – ungeachtet der rechtlichen Qualifikation des Mangels – innert nützlicher Frist handeln können und müssen. ff. Die Berufungskläger machen geltend, im Rahmen der Umbauarbeiten seien das EG und das UG zu Verkaufs- und Serviceflächen des Sportgeschäfts C. "umfunktioniert" worden. Die geänderten Sondernutzungs-berechtigungen des Beklagten 1 an EG und UG würden sich nicht mehr mit der Begründungserklärung decken. Zur Änderung der Nutzungsart der StWE Nr. 1 hätte es vorgängig eines ebenso einstimmigen Beschlusses der Stockwerkeigentümer betreffend Anpassung der Begründungserklärung bedurft. Da ein solcher fehle, sei die Nutzungsänderung beziehungsweise der Mehrheitsbeschluss, welcher dies sanktioniere, nichtig. Das lässt sich nicht halten. Wenn die Ersetzung einer bestehenden Tennishalle durch eine Wellnessanlage in einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Aparthotel den Zweck einer solchen Überbauung mit Hotel, Wohnungen, Läden, Restaurants, Sportanlagen und Autoeinstellhallen nicht ändert (BGE 130 III 441), gilt dies auch für die Umbau der Räumlichkeiten eines Gross- und Detailhandels für Gemüse zu einem Sportgeschäft mit Laden und Skiservice. Eine Zweckänderung liegt nicht vor. Das Umfunktionieren von Nebenräumen wie Estrich, Keller oder Garage in Wohnräume stellt keine Zweckänderung, wohl aber eine die Zustimmung der anderen Stockwerkei-

E. 23

gentümer erheischende Nutzungsänderung dar (BGE 130 III 450, E. 2). Eine Nutzungsänderung liegt nach Auffassung der Zivilkammer hingegen nicht vor, wenn ein Gemüsehandelsgeschäft mit Büro, Lagerräumen, Weinkellern und Weintanks zu einem Sportgeschäft mit Laden und Werkstatt für Skigerät umfunktioniert wird. Es handelt sich um zwei gut vergleichbare Gewerbe mit mässig störenden Immissionen, wobei das Beweisergebnis die anfängliche Behauptung der Kläger, das Sportgeschäft mit Verkaufslokal sei mit mehr Immissionen verbunden, eindeutig widerlegt hat (act. 02.2.V.2, S. 3; 02.2.V.3, S. 2). Bereits der Gemüsehandel betrieb ein Verkaufslokal (act. 02.2.V.2, S. 2). Ob sich der Vorbehalt in der Begründungserklärung, dass "eine Änderung dieser Nutzungsordnung der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedarf" (act. 02.2.II.3, Ziff. IV Abs. 3), entgegen der Systematik nicht nur auf die Autoabstellplätze sondern auf die

ganze Nutzungsordnung beziehe, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Bei dem in der Begründungserklärung im Rubrum aufscheinenden Begriff "Wohnhaus" handelt es sich um einen Teil des grundbuchlichen Grundstücksbeschriebs; dieser ist nicht im Sinne einer funktionalen, sachenrechtlichen Widmung zu verstehen, aus dem eine Nutzungsbeschränkung abzuleiten ist. Wenn er es wäre, wäre er durch die seit 30 Jahren unter den heutigen Stockwerkeigentümern und ihren Rechtsvorgängern anstandslos gelebte Ordnung (Beanspruchung der gesamten Räumlichkeiten in der StWE Nr. 1 als Gemüsehandelsgeschäft), überholt. In den besagten Räumlichkeiten wurde bereits Jahrzehnte vor der Begründung von Stockwerkeigentum ein Obst- und Gemüsehandel betrieben (act. 02.2.V.3, S. 2). Es kann sodann nicht allen Ernstes angenommen werden, bei einer Gebäudegrundfläche von rund 140 m², würden Magazine, Büro, Weinkeller und Weintanks im Ausmass von ca. 220 m² auf 2 Stockwerken dem Wohnen dienen. gg. Die Berufungskläger rügen, es seien der Hauseingang an der Südostfassade im EG entfernt und dort über die ganze Fassadenlänge Schaufenster neu errichtet worden. Das ist bereits in tatsächlicher Hinsicht falsch. Richtig ist, dass die Türe in gleicher Grösse verschoben wurde und bereits vor dem Umbau Schaufenster in gleicher Aufmachung und Grösse - wenn nicht gar etwas grösser - vorhanden waren. Keinem einzigen der eingereichten und genehmigten Baupläne kann entnommen werden, dass an den Stellen der Fenster im Erdgeschoss neue Mauerdurchbrüche oder Vergrösserungen von solchen, die gelb eingezeichnet sein müssten, erfolgt sind (act. 02.2.II.5, 02.2.III.2.2 und 3, 02.2.IV.I, 02.2.IV.II.1 und 2). Die Akten zur Begründung von Stockwerkeigentum beweisen das Gegenteil. Die Schaufenster waren bereits 1976 und vor dem Umbau am gleichen Ort und in gleicher Grösse - wenn nicht grösser - vorhanden (act. 02.2.II.3, 02.2.III.2.8/Foto Nr.

E. 24

1). Eine Überführung von einem zwingend gemeinschaftlichen Teil in das Sonderrecht des Beklagten 1 ist entgegen der Ansicht der Berufungskläger auch im Falle der baulichen Vorkehren an der Südostfassade nicht erfolgt. Für diese Renovation mit marginalen Änderungen an der gemeinschaftlichen Fassade genügte auf jeden Fall ein Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung mit qualifiziertem Mehr nach Köpfen und Anteilen. hh. In Bezug auf die Durchbrüche in der Trenn- und Umfassungsmauer zum Haus auf der Nachbarparzelle 1038 soll der Zustimmungsbeschluss der StWEG zum Bauprojekt nach Auffassung der Kläger nichtig sein, weil er die Zuweisung eines zwingend gemeinschaftlichen Teils zu Sonderrecht zum Inhalt habe. Das ist zurückzuweisen. Der Weiterbestand der Mauer ist zum einen nicht notwendig im Sinne von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB und zum anderen hat eine Zuweisung zu Sonderrecht nicht stattgefunden. Trennmauern und Decken zwischen nebeneinander oder übereinander liegenden StWE können unter Umständen durchbrochen werden (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 54 f. zu Art. 712b ZGB). Grenzen ein Teil, der Gegenstand eines Sonderrechts bildet, und ein gemeinschaftlicher Teil aneinander, ist die Abgeschlossenheit noch weniger wichtig, als wenn beide Teile sich im Sonderrecht befinden (ZBGR 75 (1994) S. 283 ff.). Das weitere klägerische Argument, es fehle die notwendige Abgeschlossenheit zwischen dem Sonderrecht und gemeinschaftlichen Teilen, ist vorliegend umso verfehlt, als der angrenzende Teil/Raum weder Sonderrecht eines Mitglieds der StWEG SA. noch gemeinschaftlicher Teil der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Sache ist, sondern ein Grundstück eines Dritten (Haus TZ., Parzelle 1038). Das heutige Fehlen eines Teils der Wand beeinträchtigt weder den rechtlichen Bestand des Sonderrechts noch jenen der gemeinschaftlichen Teile, und in tatsächlicher Hinsicht auch nicht die Stabilität des

Gebäudes. Es ist erwiesen, dass die Funktion der Tragfähigkeit der Mauer durch Einbau von Stahlträgern vollauf erhalten geblieben ist, beziehungsweise diese sogar für eine 2-geschossige Aufstoc- ckung des ganzen Gebäudes dimensioniert worden ist (act. 02.2.III.4). Die Existenz einer durchgehenden Umfassungsmauer ist demnach sowohl für die rechtliche Ab- geschlossenheit der StWE Nr. 1 im Sinne von Art. 712b Abs. 1 ZGB entbehrlich, als auch für die konstruktive Festigkeit des Gebäudes und die Beständigkeit der oben liegenden Stockwerkeinheiten im Sinne von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. Zum klä- gerischen Argument, mit dem teilweisen Abreissen der Umfassungsmauer im EG sei der frei gewordene Raum (richtigerweise nur die Hälfte davon, nachdem die Mauer nicht an, sondern auf der Grenze zum Grundstück 1038 steht) dem Sonder-

E. 25

recht der StWE Nr. 1 zugewiesen worden, kann mutatis mutandis auf das zum Hei- zungsraum Erwogene verwiesen werden (vorstehend Erwägung Ziffer 2.b.aa). Sol- ches hat (noch) nicht stattgefunden. Nebenbei bemerkt stünde, nachdem die Um- fassungsmauer an den durchbrochenen Stellen für die Festigkeit des Gebäudes und die Tragung der oberen Stockwerke entbehrlich ist, die Vorschrift von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB einer Zuweisung des freigewordenen Raums (Hälfte der Mauer) zum Sonderrecht des Beklagten 1 nicht entgegen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschluss der Stockwerkei- gentümerversammlung SA. vom 25. August 2003 weder nichtig ist noch rechtzeitig angefochten worden ist, weshalb die Berufungsbegehren Ziffer 2.a-c abzuweisen sind. c. Im angefochtenen Versammlungsbeschluss vom 25. August 2003, dessen angebliche Nichtigkeit die Grundlage für die Berufungsbegehren Ziffern 2.a- c bilden soll, ging es ausschliesslich um die Ermächtigung eines Stockwerkeigentü- mers zur Ausführung seines Bauvorhabens. Ein traktandierter Antrag auf Änderung der Wertquoten war damals nicht zu behandeln (act. 02.2.II.8) und es fehlt insoweit an einem entsprechenden Anfechtungsobjekt. Das gemäss Leitschein vermittelte Eventualbegehren um Neufestlegung aller Wertquoten wurde dem Bezirksgericht nicht unterbreitet. Dann aber muss nicht weiter interessieren, ob zurzeit die Voraus- setzungen für eine Anpassung der Wertquoten wegen in früheren Jahren erfolgter Umbauten erfüllt wären. Ebenso wenig ist im hiesigen Verfahren darüber zu befin- den, ob und allenfalls in welchem Mass der ausgeführte Umbau eine Neubewertung aller oder einzelner Wertquoten erforderlich macht. Führt die von der Versammlung der Stockwerkeigentümer und dem Beklagten 1 in Aussicht genommene Überprü- fung der Wertquoten (act. 02.2.II.8; 02.2.III.9) zur Ausarbeitung und Unterbreitung eines Änderungsantrages an die Gemeinschaft, können die direkt beteiligten Stock- werkeigentümer, welche damit nicht einverstanden sind, dessen Annahme durch Verweigerung der Zustimmung verhindern. Wird die Verwaltung auf der anderen Seite überhaupt nicht tätig oder führen ihre Abklärungen zum Ergebnis, dass kein Handlungsbedarf bestehe – nicht jeder Umbau vermag die Wertquoten massgeblich zu beeinflussen (Wermelinger, a.a.O., N 98 ff. zu Art. 712e ZGB mit Hinweisen) – oder wird eine Vorlage auf Anpassung der Wertquoten abgelehnt, kann derjenige, der sich damit nicht abfinden will, weil die Wertquote seiner Stockwerkeinheit nicht mehr den geänderten Verhältnissen entspreche, immer noch mit einem Berichti- gungsbegehren an den Richter gelangen. Entgegen dem, was die Kläger zumindest ursprünglich anzunehmen schienen, geben weder die gesetzliche Ordnung zur

E. 26

Wertquotenänderung noch andere Bestimmungen eine Handhabe, einen an sich ordnungsgemäss gefassten Baubeschluss, dem sie selber nicht zugestimmt haben, doch noch dadurch zu Fall zu bringen, dass sie Befürchtungen äussern, die geplanten Massnahmen hätten Auswirkungen auf die Wertquote ihrer StWE. Ein derart weitgehendes Vetorecht besteht nicht. Aus dem Umstand, dass bei der Begründung von Stockwerkeigentum vor Errichtung des Gebäudes ein Aufteilungsplan vorliegen und die Zuweisung der Wertquoten erfolgt sein muss, darf jedenfalls nicht einfach abgeleitet werden, dass auf die geschilderte Weise jeder Um- und Ausbau rechtmässig verhindert werden könne. Die differenzierte Regelung in den Art. 647c, d und e ZGB über die für die Vornahme bestimmter baulicher Massnahmen notwendigen Quoten, auf die in Art. 712g Abs. 1 ZGB verwiesen wird, würde damit ebenso hinfällig wie die Bestimmung von Art. 712e Abs. 2 ZGB, wonach allenfalls notwendig werdende Berichtigungen der Wertquoten bei Nichtzustandekommen einer einvernehmlichen Lösung nach Satzteil 1 vom einzelnen Stockwerkeigentümer nach Abschluss der Umbauarbeiten immer noch – aber eben erst dann – erreicht werden könnten (vgl. Urteil der Zivilkammer vom 02.09.2003 i.S. T.R., ZF 03 18, E. 6, S. 16- 18). 3. Die Berufungskläger klagen sodann auf Schadenersatz für entgangene Mietzinseinnahmen vom 01. Oktober 2003 bis am 15. September 2004. Ihr Mieter AM. habe das mit einer festen Dauer bis am 15. September 2004 abgeschlossene Mietverhältnis berechtigterweise fristlos aufgelöst, weil die Wohnungen zufolge des widerrechtlichen und von den Beklagten zu verantwortenden Umbaus unbewohnbar gewesen seien. a. Sowohl das Leistungsbegehren gemäss Ziffer 3.b Abs. 1 als auch das (Eventual)Feststellungsbegehren gemäss Ziffer 3.b Abs. 2 der Berufungserklärung ist, wie bereits dargelegt (vorstehend Erwägung Ziffer 1.d), aus mehreren Gründen prozessual unzulässig. Darauf ist nicht einzutreten. b.aa. Ihre Klage auf Ersatz entgangener Mietzinseinnahmen richten die Berufungskläger zumindest seit der Berufungserklärung ausdrücklich auch gegen die StWEG SA.. Vor der Vorinstanz führten sie als Rechtsgründe Art. 679 ZGB und Art. 41 OR an. Mit Berufung machen sie nurmehr geltend, einschlägig sei Art. 712a Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung verweise implizit auf die Normen des Nachbarrechts, so etwa auf die Kausalhaftung gemäss Art. 679 i.V.m. Art. 684 ff. ZGB. Die Überschreitung des Eigentumsrechts als Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht sei vorliegend erfüllt. Art. 679 ZGB gewähre die Möglichkeit der Abwälzung der erlittenen

E. 27

Vermögenseinbusse auf denjenigen Haftpflichtigen, der die aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte überschritten habe. Beim rechtswidrigen Umbauprojekt seien Heizung und Warmwasser abgestellt worden und Lärm- und Staubmissionen seien für einen Umbau derart übermässig gewesen, dass die für eine feste Dauer vermietete Stockwerkeinheit der Berufungskläger, nicht mehr bewohnbar gewesen sei. Durch Verletzung der Miteigentumsrechte der Berufungskläger habe die StWEG SA. ihr Grundeigentum überschritten. bb. Basierend auf dem angerufenen Rechtsgrund von Art. 679 ZGB hat die Vorinstanz die Passivlegitimation der StWEG SA. mit Bezug auf die Haftung für Mietzinsausfälle generell verneint. Soweit die Kläger ihren Ersatzanspruch für Mietausfall aus dem Umbau der im Sonderrecht stehenden Teile der StWE Nr. 1 herleiten wollen, kann dem zugestimmt werden. Man kann weiter gehen und feststellen, dass der StWEG in dieser Hinsicht mangels Vermögens-, Handlungs- und Deliktsfähigkeit die Prozessfähigkeit abgeht (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 61 zu Art. 712l ZGB; Rey, Stockwerkeigentum, a.a.O., Rz 266) und daher auf die Klage nicht einzutreten ist. Soweit der Umbau - als behauptete schädigende Handlung - die gemeinschaftlichen Teile

betroffen hat, scheint dies indessen nicht richtig. Ansprüche aus Art. 679 ZGB können gegen den Grundeigentümer, den Inhaber beschränkter dinglicher Rechte und obligatorische Berechtigte (hier gegen den Beklagten 2 als Mieter) geltend gemacht werden (Heinz Rey, Basler Kommentar 2003, N 26 f. zu Art. 679 ZGB). Die StWEG verfügt lediglich aber immerhin über eine beschränkte, sich auf den Bereich ihrer Verwaltungs- und Nutzungstätigkeit erstreckende passive Prozessfähigkeit (Art. 712l Abs. 2 ZGB; Wermelinger, a.a.O., N 158 ff. zu Art. 712l ZGB; BGE 125 II 350). Zu den in einem solchen funktionellen Zusammenhang stehenden Ansprüchen, welche klageweise gegen die Gemeinschaft geltend zu machen sind, gehören unter anderen jene auf Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung, sodann aber auch solche, die sich aus Vorkehren im ganzen Bereich gemeinsamer Nutzung und Verwaltung von gemeinschaftlichen Teilen der im Miteigentum stehenden Liegenschaft ergeben, wobei darunter je nach den konkreten Umständen auch die Berechtigung zu einer umfassenderen Interessenwahrung hinsichtlich der gemeinschaftlichen Sache verstanden werden muss (vgl. Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 13 f. zu Art. 712g ZGB, N 91 zu Art. 712l ZGB; Rolf H. Weber, Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, in SJZ 75 (1979) S. 119 f.). In Fällen, in denen es um die Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Miteigentümer am ungestörten Weiterbestand der gemeinschaftlichen

E. 28

Sache geht, ist die StWEG, obwohl nicht selber Eigentümerin, daher als befugt anzusehen, in eigenem Namen zu klagen oder andere zur Abwehr der Störung geeignete Massnahmen zu ergreifen (Weber, Prozessfähigkeit, a. a. O., S. 120; Meier-Hayoz/Rey, a. a. O., N 92 zu Art. 712l ZGB). Dies muss mutatis mutandis auch für die Passivlegitimation der StWEG gelten. Für Klagen aus Art. 679 ZGB, die einen gemeinschaftlichen Teil betreffen, ist sie aktiv- und passivlegitimiert (Wermelinger, a.a.O., N 187/159 zu Art. 712l ZGB). Eine ordnungsgemässe Verwaltung verlangt, die gemeinschaftlichen Teile so zu unterhalten und zu nutzen, dass keine Schädigungen Dritter vorkommen, wobei im vorliegenden Zusammenhang auch ein anderer Stockwerkeigentümer als Dritter angesehen werden muss (Rey, Stockwerkeigentum, a.a.O., Rz 266 a.E.). Allfällige Ersatzansprüche aus den Haftungstatbeständen von Art. 58 OR und Art. 679 ZGB lassen sich als Verwaltungskosten im Sinne von Art. 712h Abs. 2 Ziff. 2 bezeichnen, weshalb die StWEG in diesem Bereich auch als beschränkt deliktstfähig anzusehen ist (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 60 zu Art 712l ZGB; Rey, Stockwerkeigentum, a.a.O., Rz 265 f.). Erleidet jemand einen Schaden, weil das Eigentumsrecht im Zusammenhang mit einem gemeinschaftlichen Teil überschritten wurde, kann die StWEG dafür haftbar gemacht werden, sofern die weiteren Voraussetzungen von Art. 679 ZGB erfüllt sind (Wermelinger, a.a.O., N 152 zu Art. 712l ZGB, mit Hinweisen). Die Gemeinschaft haftet diesfalls direkt und ausschliesslich (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 60 zu Art. 712l ZGB). Wenn die Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder Ausübung des Grundeigentums im Bereich der gemeinschaftlichen Teile ausschliesslich gegen die StWEG zu richten sind, ist damit gleichzeitig gesagt, dass sie nicht gegen einen oder mehrere Stockwerkeigentümer geltend gemacht werden können und weiter, dass Schäden die aus Ausübung von Sonderrechten herrühren oder mit diesen in einem funktionellen Zusammenhang stehen, nicht gegen die StWEG geltend zu machen sind (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N 70 zu Art 712l ZGB). Zusammenfassend kann gesagt werden: Geht eine Schädigung von gemeinschaftlichen Teilen aus, ist die Klage ausschliesslich gegen die Gemeinschaft zu richten, geht sie von einem Sonderrecht aus, ausschliesslich gegen den entsprechenden Stockwerkeigentümer.

Soweit sich gegenständlich die Ersatzklage für schädigende Handlungen aus dem Umbau gemeinschaftlicher Teile gegen die Beklagten 1 und 2 richtet und soweit sie sich für schädigende Handlungen aus dem Umbau der StWE Nr. 1 gegen die StWEG richtet, ist sie folglich mangels Passivlegitimation abzuweisen. c. Zu prüfen bleibt die materielle Begründetheit der bezifferten Leistungsklage punkto Mietzinsausfall für die Zeit vom Oktober 2003 bis Januar 2004 (Berufungsbegehren Ziffer 3.a). Da, wie zu zeigen sein wird, das unmittelbare Verhalten,

E. 29

welches zur Entstehung dieses Schadens geführt hat, bei den Klägern/Vermietern liegt und dieses zudem allein adäquat kausal für den Schadenseintritt ist, kann beklagtenseits eine Unterscheidung hinsichtlich der Person des Schädigers beziehungsweise hinsichtlich der Herkunft der behaupteten schädigenden Handlungen - Umbau gemeinschaftlicher Teile (Passivlegitimation bei der StWEG) beziehungsweise Umbau des Sonderrechts von StWE Nr. 1 (Passivlegitimation bei den Beklagten 1 und/oder 2) - unterbleiben. aa. Die Vorinstanz hat den Ersatzanspruch im Wesentlichen mit zutreffenden Begründungen verworfen. Darauf kann in Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO vorab verwiesen werden. Ergänzend ist zu erwägen: bb. In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Bauarbeiten weniger als 2 Monate von anfangs Oktober 2003 bis Ende November 2003 gedauert haben. Der Mieter AM. hat am 18. November 2003, also erst gegen Ende dieser Periode, gekündigt. Als Zeuge hat er später die im Schreiben vom 18. November 2003 erwähnten Kündigungsgründe erheblich relativiert, was sich damit erklären lässt, dass das Kündigungsschreiben gar nicht aus seiner Feder stammte (siehe nachstehend). Er sagte aus: "...ho comunicato le disdette dopo la fine dei lavori perché ho pensato che i proprietari avrebbero sistemato l'appartamento ... verbalmente avevo già loro comunicato le mie intenzioni di disdire il contratto, poiché l'appartamento era invivibile" (act. 02.2.V.5, sub. 3). Von Baulärm ist in seiner ganzen Zeugenaussage nicht die Rede. Er hatte die Erwartungshaltung, dass die Wohnung in Ordnung gebracht (sistemare) würde, was man zwanglos auf die Aspekte Schmutz/Wasser/Heizung reduzieren kann. Der wahre Grund für die Kündigung lag darin, dass "i proprietari" die Mietwohnung nach dem Bauabschluss nicht bewohnbar gemacht haben. Der Mieter ging davon aus, dass die Kläger diese Zustände zu seiner Zufriedenheit hätten verbessern können. Mietrechtlich qualifiziert, handelte es sich somit im Zeitraum Oktober/anfangs November um innert nützlicher Frist behebbare Mängel. AM. hätte nicht gekündigt, wenn die Vermieter die Wohnung dann zumal einigermaßen in Ordnung gebracht hätten. Das war möglich, geschah aber nicht, was den Klägern im Verhältnis zu den Beklagten als Verletzung ihrer Schadenminderungspflicht anzulasten ist. Die Meinung der Berufungskläger, es wäre die primäre Pflicht der Beklagten gewesen, den Schaden so gering wie möglich zu halten und die Wohnung zu reinigen, ist irrig. Das oblag den Klägern/Vermietern. Unmittelbar schadensstiftende Handlung war die fristlose Kündigung des Mietvertrages durch AM. beziehungsweise ihre vorbehaltlose Akzeptanz durch die Kläger/Vermieter. Auch im Verhältnis zu den hiesigen Beklagten ist somit nach miet-

E. 30

rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, wem diese schadensstiftenden Handlungen zuzurechnen sind. Die klägerische Tatsachenbehauptung, es habe während der ganzen Umbauphase nicht geheizt werden können und kein Warmwasser gehabt, erscheint widerlegt. Betreffend Wasser ist angesichts der Zeugenaussage ES. davon auszugehen, dass der

Unterbruch nur 1-2 Tage jeweils zu Beginn und Ende der Bauarbeiten gedauert hat und Warmwasser/Heizung ungefähr 1 Woche unterbrochen waren (act. 02.2.V.1). Im Kündigungszeitpunkt des 18. November 2003 dürfte also das Provisorium für Wasser und Heizung im 2. OG in Betrieb gewesen sein. Unmittelbarer Grund für den Eintritt des Schadens (entgangene Mietzinse) ist die fristlose Kündigung durch den Mieter beziehungsweise ihre vorbehaltlose Annahme durch die Kläger. Sie haben als Vermieter die fristlose Auflösung des Mietverhältnisses ohne weiteres akzeptiert und dem Mieter gesagt, er solle gar nichts bezahlen (Zeugenaussage AM., act. 02.2.V.5, sub.4). Das war ein Fehler. Im obligatorischen Vertragsverhältnis zum Mieter hätten sie nach Art. 259a OR vorgehen, das heisst die Mängel beseitigen, den Mietzins verhältnismässig herabsetzen oder Ersatz anbieten müssen. Die innert nützlicher Frist (Art. 259b lit. a OR) durchaus behebbaren Mängel der Mietsache wären durch die Vermieter oder durch den Mieter auf Kosten der Vermieter zu beseitigen gewesen. Sie haben indessen gar nichts unternommen. In diesem Licht geht die Meinung der Berufungskläger, sie hätten keine rechtlichen Schritte gegen den Mieter eingeleitet, weil ein Prozess aufgrund der Sachlage aussichtslos schien und die (unbewiesene) Behauptung, der Mieter habe Schadenersatzansprüche angedroht, an der Sache vorbei. Kennt der Vermieter einen nachträglich eingetretenen Mangel und beseitigt er ihn nicht innert angemessener Frist, so kann der Mieter fristlos kündigen, wenn der Mangel die Tauglichkeit einer unbeweglichen Sache zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt (Art. 259b lit. a OR). Angesichts der Zeugenaussage AM. besteht hinreichend Grund zur Annahme, dass die Mängel innert angemessener Frist beherrbar gewesen wären. Ob sie die Tauglichkeit der Wohnungen zum vorausgesetzten Gebrauch ausschlossen oder erheblich beeinträchtigten, kann im gegenständlichen Zusammenhang offen bleiben. Denn ein allfälliges fristloses Kündigungsrecht des Mieters ergab sich erst daraus, dass die Vermieter die Mängel - obwohl möglich - nicht innert angemessener Frist behoben. Das fällt in ihre Verantwortung. Sie hätten es in der Hand gehabt, die Kündigung durch geeignete Massnahmen (Schutzvorkehrungen gegen Immissionen, Reinigung Wohnung, evtl. Reduktion Mietzins, evtl. Ersatzwohnung für eine beschränkte Zeit (Art.

E. 31

259c OR)) zu verhindern, allenfalls unter späterer Schadloshaltung durch die Bauenden für einen wesentlich geringeren Schaden. Die Kläger sind in diesem Sinne ihrer Schadenminderungspflicht im Verhältnis zu den mittelbaren Schadensverursachern nicht nachgekommen. In diesem Zusammenhang passt ins Bild, dass durch Vergleich mit anderen bei den Akten liegenden Schreiben von A. K. (identisches Schriftbild, gleiche Formatierungen, Seiteneinrichtungen, Stil, Stempel "KO-PIE" etc.) leicht erkennbar ist, dass A. K. die fristlose schriftliche Kündigung vom 18. November 2003 offenbar selbst geschrieben und dem Mieter dann zur Unterzeichnung vorgelegt hat (act. 02.2.II.8/9/10/11/13/16/20). Unter diesen Umständen erhebt sich der begründete Argwohn, dass die Kläger den Mieter geradezu zur Kündigung eingeladen, wenn nicht gar gedrängt haben, woraus zu schliessen ist, dass es ihnen mehr darum ging, einen möglichst hohen Schaden zum Nachteil der Beklagten zu produzieren, als ihrer primären Pflicht zur Schadensminderung nachzukommen. cc. Die Kläger haben spätestens seit dem 25. August 2003 und daher im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages am 14. November 2003 gewusst oder mussten damit rechnen, dass der Umbau im UG/EG während des Mietverhältnisses mit AM. stattfinden würde. Für den Fall, dass sie ihre eigenen, vermieteten Wohnungen renovieren würden, haben sie sich gegenüber dem Mieter

abgesichert, indem sie den Vertrag terminiert haben. Vorsorglicherweise hätten sie den Mieter auch auf den bevorstehenden Umbau im EG/UG hinweisen und dafür sorgen müssen, dass er sich mit den damit üblicherweise verbundenen Inkonvenienzen abfindet. Das haben sie nicht getan (act. 02.2.V.5, sub. 2). dd. Beizupflichten ist der Vorinstanz und den Beklagten sodann insofern, als die Kläger ihre Schadenminderungspflicht verletzt haben, indem sie einen valablen Ersatzmieter für die Zeit ab dem 1. November 2003 abgelehnt haben. Die Kläger haben am 6. November 2003 Bereitschaft signalisiert, "die Bauarbeiten im Nachhinein zu sanktionieren" und dafür 9 Bedingungen gestellt, die in einem Vereinbarungsentwurf formuliert waren. Unter anderem verlangten sie, dass die Bauherrschaft die klägerischen Wohnungen im 2. OG von November 2003 bis September 2004 zu einem Mietpreis von Fr. 4'000.— pro Monat übernehme (act. 02.2.III.1.8). Tags darauf nahmen die Beklagten 1 und 2 zu den einzelnen Punkten Stellung. Der Beklagte 2 erklärte darin seine Bereitschaft, die Wohnungen zu den genannten Bedingungen zu mieten und stellte "diese Mietofferte" unter eine Annahmefrist bis am 14. November 2003 (act. 02.2.III.1.8). Die Kläger gingen nicht darauf ein. Sie vertreten heute die Auffassung, es habe sich beim Anerbieten des Beklag-

E. 32

ten 2 um Teil eines Vergleichspakets gehandelt, das es als Ganzes anzunehmen oder abzulehnen galt. Das überzeugt nicht. Es erscheint schon deshalb fraglich, weil Idee und Offerte nicht vom Beklagten 2 sondern von den Klägern kamen. Der Beklagte 2 qualifizierte seine Antwort zwar selber als "Mietofferte" und stellte deren Annahme unter eine Frist von 7 Tagen, nahm die Offerte der Kläger im Übrigen aber bedingungslos an. Die von ihm gesetzte Frist dürfte sich bloss auf die schriftliche Besiegelung des Mietvertrages bezogen haben. Sollten die Kläger im Rahmen der Vergleichsverhandlungen angenommen haben, die Stellungnahme der Beklagten vom 7. November 2003 bilde ein unteilbares Ganzes, so mussten sie daran zumindest Zweifel haben. Diese hätten sie einer Klärung zuführen können. Das haben sie nicht; es ging ihnen augenscheinlich vor allem darum, Schaden zum Nachteil der Beklagten zu produzieren. Der Schaden ab dem 1. November 2003 ist auf schuldhaftes Versäumnis der Kläger zurückzuführen, sodass sie darauf sitzen bleiben. d. Wenig nachvollziehbar sind die vorinstanzlichen Erwägungen zur Rückerstattung von Kosten über Fr. 1'300.— für die Reinigung der beiden Wohnungen der Kläger. Einen Ersatz dafür haben sie nicht eingeklagt. Der Forderungsbeitrag von Fr. 16'000.— setzt sich aus den monatlichen Mietzinsen von Fr. 4'000.— für die 4 Monate von Oktober 2003 bis Januar 2004 zusammen und darin erschöpft er sich auch (act. 02.2.I.1, S. 14; act. 02.2.I.8, S. 12 ff.). 4. Die Berufungskläger begehren schliesslich die Aufhebung des Beschlusses gemäss Ziff. 2 der Stockwerkeigentümerversammlung vom 03. Dezember 2003, womit es die Stockwerkeigentümer abgelehnt haben, auf die bereits verteilten Kosten des Wasserbrauchs früherer Jahre zurückkommen. Die Berufungskläger wollen eine neue Verteilung der Kosten für die Jahre 2001 und 2002 nach dem tatsächlichen Verbrauch der Stockwerkeinheiten erreichen. Grund für den sprunghaft angestiegenen Verbrauch sei der Einbau von wasserbetriebenen Kühlzellen für den Gemüsehandel in der StWE Nr. 1 gewesen. Im Zeitpunkt der Annahme der Jahresrechnungen für die Jahre 2001 und 2002 hätten sie keine Kenntnis gehabt, dass der massiv höhere Wasserverbrauch von der StWE des Beklagten 1 verursacht worden sei. Die Berufungskläger hätten sich diesbezüglich in einem Irrtum befunden, der erst anlässlich der Versammlung vom 03. Dezember 2003 entdeckt worden sei. a. Die Kläger waren sich anscheinend selbst nicht darüber im Klaren, wen sie unter diesem Titel ins Recht fassen wollten. Gemäss Leitschein

richtete sich das Begehren sowohl gegen den Beklagten 1 als auch gegen die StWEG (Be-

E. 33

klagte 3). Sowohl im Widerspruch dazu als auch widersprüchlich in sich, haben sie an der Hauptverhandlung vor erster Instanz ausgeführt, dieses Rechtsbegehren richte sich allein gegen die StWEG (act. 02.2.I.8, S. 2), handkehrum hielten sie daran fest, es sei auch der Beklagte 1 zu verpflichten, "den Wasserbrauch für die Jahre 2001 und 2002 gemäss effektivem Verbrauch und nicht gemäss Wertquoten zu verteilen" (act. 02.2.I.8, S. 17). Gemäss Berufung wollen sie in diesem Punkt wiederum nur die Beklagte 3 verpflichtet wissen. Die Kosten für das Wasser stellt die Gemeinde der StWEG in Rechnung; es handelt sich im Aussenverhältnis um Kosten der Gemeinschaft, über deren Verteilung im Innenverhältnis sie nach Massgabe ihrer Kompetenz gemäss Art. 712m Abs. 1 Ziff. 4 ZGB befindet. Der angefochtene Beschluss stammt nicht vom Beklagten 1. Es ist nicht die Aufgabe von MX., die diesbezüglichen Auslagen der Gemeinschaft eines bestimmten Geschäftsjahres unter den einzelnen Stockwerkeigentümern aufzuteilen oder über einen entsprechenden Verteilschlüssel zu bestimmen oder einen bestehenden Verteilschlüssel zu ändern. Es ist denn auch offensichtlich, dass er sich solches weder mit Beschluss vom 3. Dezember 2003 noch sonst wie angemasst hat. Die Klage auf Anfechtung des Beschlusses der StWEG vom 3. Dezember 2003 kann sich ebenso wie die begehrte Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses vom 25. August 2003 nur gegen die Gemeinschaft richten, nicht gegen die einzelnen Stockwerkeigentümer (SJZ 100 (2004) 266-268). Dies gilt auch dann, wenn in einer Gemeinschaft von 3 Personen, der Beschluss von einem Stockwerkeigentümer ausgegangen ist, der für sich selbst und einen weiteren von ihm vertretenen Stockwerkeigentümer gegen den Kläger gestimmt hat. Die Beklagte 3 ist hier allein passivlegitimiert (Wermelinger, a.a.O., N 201 zu Art. 712l ZGB; René Bösch, Basler Kommentar 2003, N 16 zu Art. 712l ZGB). Insoweit sich die Klage dennoch gegen den Beklagten 1 richtet, ist sie folglich abzuweisen. b. Insoweit sich die Klage auf teilweise Aufhebung des Beschlusses vom 03. Dezember 2003 und auf die Verpflichtung zur rückwirkenden Neuverteilung der Wasserverbrauchskosten nach dem effektiven Verbrauch gegen die Beklagte 3 richtet, wäre darauf allerdings bereits im erstinstanzlichen Verfahren aus anderen Gründen nicht einzutreten gewesen, denn: aa. Es ist festzustellen, dass dieser Klagepunkt prozessual nicht gehörig eingeleitet wurde. Die Streitanhängigkeit tritt ein mit der Anmeldung der Klage beim Kreispräsidenten als Vermittler (Art. 50 Abs. 1 ZPO). Die Streitanhängigkeit kann sich naturgemäss nur auf einen Sachverhalt beziehen, welcher sich im gleichen Zeitpunkt bereits verwirklicht hat. Im Zeitpunkt der Anmeldung der Klage auf "Ver-

E. 34

letzung von Eigentums- und Besitzrechten" beim Vermittler vom 10. November 2003 (act. 02.2.I.L1) existierte das nachmalige Anfechtungsobjekt (Beschluss vom 03. Dezember 2003) noch gar nicht. Es ist sowohl aus diesem Grund als auch angesichts des Betreffs der Streit anmeldung auszuschliessen, dass dafür eine allgemeine Umschreibung des Streitgegenstandes im Sinne von Art. 64 ZPO erfolgt ist. Die Sache war im Zeitpunkt ihrer Anmeldung nicht vermittlungsfähig. Eine Klage auf Vorrat gibt es nicht. Mit Blick auf die später tatsächlich erfolgte Vermittlung des Streitpunktes ist festzustellen, dass ein förmliches Vermittlungsbegehren fehlt. bb. Die Kläger machen selbst nicht geltend, der umstrittene Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung sei nichtig. Es bleibt die Möglichkeit der Anfechtbarkeit. Gemäss Leitschein lautet die Anmeldung der Klage auf

"Verletzung von Eigentums- und Besitzrechten". Die Berufungskläger machen geltend, (irgendein) Antrag auf Sühne reiche; es genüge, wenn der Beklagte wisse, dass "gegen ihn etwas laufe". Ausserdem könne man die Anfechtung des Beschlusses vom 03. Dezember 2003 in die Verletzung von Eigentums- und Besitzrechten "hineinpacken". Art. 64 ZPO sieht zwar vor, dass der Streitgegenstand bei der Klageanmeldung nur allgemein zu umschreiben ist. Dies kann aber nicht dazu führen, dass der Beklagte an der Vermittlungsverhandlung durch Rechtsbegehren überrumpelt wird, mit denen er aufgrund der Klageanmeldung nicht rechnen musste. Aus Gründen der Fairness und des Gehörs hat er Anspruch darauf, vor der Vermittlungsverhandlung zu wissen, worum es geht, muss er sich doch auf die Verhandlung vorbereiten (Art. 67 ff. ZPO). An der Vermittlungsverhandlung wurden die Beklagten mit einem neuen Anspruch konfrontiert, welcher den rein dinglichen Klagegegenstand "Verletzung von Eigentums- und Besitzrechten" sprengt. Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung, die Anfechtung eines Nichteintretensbeschlusses betreffend Verteilung gemeinschaftlicher Wasserbrauchskosten habe in einer Klage auf Verletzung von Eigentums- und Besitzrechten ohne weiteres Platz, einigermassen abenteuerlich. Dies umso mehr, als die Klage von einem Rechtsanwalt zur Sühne angemeldet wurde. Die Anfechtungsfrist von 30 Tagen gemäss Art. 712m Abs. 2 ZGB/Art. 75 ZGB, welche eine Verwirkungsfrist ist, haben die Kläger nicht eingehalten. Der Umstand, dass die Kläger an der Versammlung und Beschlussfassung vom 03. Dezember 2003 teilgenommen haben beziehungsweise dabei vertreten waren, ist fristauslösend. Für die Frage der Fristwahrung ist weiter der Zeitpunkt der Streitanhän-

E. 35

gigkeit entscheidend, da eine bundesrechtliche Klagefrist durch die rechtzeitige Anrufung des bündnerischen Vermittlers (Streitanhängigkeit gemäss Art. 50 ZPO) gewahrt wird (BGE 111 II 186 E. 8b). Bei einer beabsichtigten Anfechtung des Beschlusses vom 03. Dezember 2003, nicht mehr auf die Kostenaufteilung bezüglich des Wasserverbrauchs für das Geschäftsjahr 2001/2002 zurückzukommen, hätte die Klageanmeldung bis zum 02. Januar 2004 erfolgen müssen. Das klägerische Vermittlungsbegehren datiert vom 10. November 2003 (act. 02.2.II.L1). Wie bereits dargetan, konnte es sich nicht auf einen Streitgegenstand "Beschluss der StWEG vom 03. Dezember 2003" beziehen. Gemäss Leitschein sollen zwar die Parteien "am 11. Dezember 2003, um 14.00 Uhr bzw. 08. Januar 2004 um 09.00 Uhr, zur Sühneverhandlung erschienen" sein, eine Vermittlungstagfahrt fand, entgegen der irrigen Annahme des Bezirksgerichts jedoch nicht am 11. Dezember 2003 statt, sondern tatsächlich erst und nur am 08. Januar 2004. Erst anlässlich der Sühneverhandlung vom 08. Januar 2004 stellte der klägerische Rechtsvertreter neu und erstmals das Klagebegehren auf Aufhebung des unter Ziffer 2 gefassten Beschlusses der ordentlichen Stockwerkeigentümersversammlung vom 03. Dezember 2003. Entsprechendes haben der Beklagte 1 und die Beklagte 3 vor erster Instanz behauptet und die Kläger haben es nicht bestritten (act. 02.2.I.9, S. 8, 02.2.I.10, S. 8, 02.2.I.8., S. 15 f.). Wollte man von einer ordnungsgemässen Klageeinleitung bezüglich des Begehrens auf teilweise Aufhebung des Beschlusses der Stockwerkeigentümersversammlung vom 03. Dezember 2003 ausgehen, wäre somit der 08. Januar 2004 der früheste mögliche Zeitpunkt der Streitanhängigkeit im Sinne von Art. 50 ZPO. Nachdem eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist durch kantonale Gerichtsferien nicht erstreckt wird, erfolgte die Anfechtung des Beschlusses verspätet. Das Anfechtungsrecht ist verwirkt, weshalb auf die Klage gegen die StWEG SA. in diesem Punkt nicht einzutreten ist. c. Bei materieller Behandlung wäre die Klage aus den von der Vorinstanz genannten Gründen (angefochtenes

Urteil, act. 02.2.I.14, S. 19 unten) abzuweisen, worauf in Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO verwiesen werden kann. Ferner auch aus folgenden Überlegungen: aa. Für die Stockwerkeigentümersversammlung vom 03. Dezember 2003 war ein Geschäft, welches auf die rückwirkende Umverteilung der Wasserverbrauchs-kosten für das Jahr 2001 (Geschäftsjahr vom 1.9.2000-31.8.2001) und/oder das Jahr 2002 (Geschäftsjahr vom 1.9.2001-31.8.2002) abzielte, gar nicht traktandiert (act. 02.2.II.22). Derartiges kann auch nicht ohne weiteres unter das dortige Traktandum "Jahresrechnung per 31. August 2003" subsumiert werden, denn diese

E. 36

Ankündigung konnte, nachdem die Vorjahresrechnung bereits abgenommen war und die Kläger vorgängig keine anderen Traktandierungswünsche angebracht hatten, von vorneherein nur das Geschäftsjahr 2002/2003, das heisst die Zeitspanne vom 1.9.2002-31.8.2003 betreffen. bb. Die tatsächliche Behauptung, die Kläger hätten an der Versammlung vom 03. Dezember 2003 den Antrag gestellt, den Wasserverbrauch "für die Jahre 2001 und 2001" zu korrigieren, ist widerlegt. Gemäss Versammlungsprotokoll äusserte der Rechtsvertreter der Eheleute K., dass ein allfälliger, auch in diesem Jahr noch vorhandener Mehrwasserverbrauch durch die Kühlanlagen im UG/EG zu Lasten des betreffenden Stockwerkeigentümers gehen solle und nicht zu Lasten der Allgemeinheit. MX. anerkannte den Einwand. Der Verwalter bemerkte, dass die Rechnung für das Kalenderjahr 2003 noch nicht vorliege. Er wurde beauftragt, von der Gemeinde eine Zwischenabrechnung bis zum 31. August 2003 zu verlangen, damit diese Rechnung entsprechend aufgeteilt werden kann. Die Jahresrechnung 2002/2003 blieb allerdings unverändert und wurde mit den genannten Vorbehalten auch von den Eheleuten K. genehmigt (act. 02.2.II.22, S. 2). Den Akten kann unschwer entnommen werden und wird von den Klägern nicht in Abrede gestellt, dass der Verwaltung der StWEG SA. jeweils ein Geschäftsjahr vom 1. September bis am 31. August zu Grunde gelegt wird. Das Versammlungsprotokoll vom 3. Dezember 2003 kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass erst ab dem 01. September 2003 (also für das Rechnungsjahr 2003/2004) auf den effektiven Wasserverbrauch abgestellt wird und die Vorjahresrechnung 2002/2003, umfassend die Zeit vom 1. September 2002 bis 31. August 2003, unverändert bleiben sollte. Die Kläger haben zugestimmt, dass die Jahresrechnung und damit die Verteilung der Wasserkosten für das (traktandierete) Geschäftsjahr 2002/2003 unverändert blieb. Nur unter diesen Vorzeichen macht der von den Klägern unterstützte Auftrag an den Verwalter, von der Gemeinde eine Zwischenabrechnung per 31. August 2003 zu verlangen, einen Sinn. In dieselbe Richtung weist auch die Tatsache, dass die Kläger anschliessend den Antrag stellten, eine entsprechende Korrektur für das Geschäftsjahr 2001/2002 anzubringen. Dieser Antrag bezog sich ausdrücklich nur auf das singuläre Geschäftsjahr 2001/2002 (1.9.2001-31.8.2002), und nicht etwa auf die Jahre 2001 und 2002, wie sie heute geltend machen. Nachdem auch die Kläger die Jahresrechnung 2002/2003 unverändert genehmigt haben, können sie den darin enthaltenen Beschluss über die Verteilung der vom 1.9.2002-31.8.2003 angefallenen Wasserkosten, nicht mehr anfechten. Von einem Irrtum über die Abrechnungsgrundlagen kann nicht die Rede sein. Allenfalls

E. 37

müsste dieser als ein fahrlässiger qualifiziert werden, denn die Kläger haben den sprunghaften Anstieg des Wasserverbrauchs bereits früher erkannt. Die Zahlen lagen also auf dem Tisch; dass diese nicht stimmen, wurde nicht geltend gemacht. Obwohl sie den

Grund für den Anstieg nicht kannten, stimmten sie der Abrechnung/Verteilung nach bisheriger Methode (Wertquoten) zu. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Berufung von A. und B. K. in allen Teilen abzuweisen ist. 5.a. Die Vorinstanz hat auf vollständige Klageabweisung erkannt. In teilweiser Abkehr von der gesetzlichen Regel von Art. 122 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wonach der unterliegende Teil zu verpflichten ist, sämtliche Gerichtskosten des Verfahrens zu übernehmen und der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen, hat das Bezirksgericht Maloja den vollständig obsiegenden Beklagten 1 zum einen mit einem Drittel der gerichtlichen Kosten belastet und zum anderen seinen Anspruch auf Prozessentschädigung entsprechend gekürzt. Beides wird von MX. mit Anschlussberufung angefochten. Er beantragt, alle vorinstanzlichen Verfahrenskosten den Klägern zu überbinden und sie zu einer vollen Prozessentschädigung für dieses Verfahrensstadium an ihn zu verpflichten. b. Das Bezirksgericht stützt seine Entscheidung auf die Ausnahme gemäss Art. 122 Abs. 1 Satz 2 ZPO, wonach von der Regel insbesondere dann abgewichen werden kann, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder der genaue Umfang des Anspruchs für den Kläger aus objektiven Gründen nicht überblickbar war. Die Kläger hätten sich bei 4 von ihren 12 Rechtsbegehren in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen. Hinsichtlich des Heizungsraums wäre ein Nachtrag zur Begründungserklärung angezeigt gewesen, was vom Beklagten 1 in der Prozessantwort zugestanden worden sei. Bezüglich der Schaufenstergestaltung sei die Rechtslage ebenfalls nicht eindeutig. Der Beklagte 1 habe es hier ganz offensichtlich versäumt, die sonderrechtliche Nutzung hervorzuheben und entsprechende Wertquotenanpassungen vorzuschlagen beziehungsweise vorzunehmen. In diesen beiden Punkten sei den Klägern zuzubilligen, dass sie sich zur Prozessführung veranlasst sahen, zumal sie den genauen Anspruch hinsichtlich einer Wertquotenbereinigung nicht hätten überblicken können. Ebenso sei die Verteilung des Wasserverbrauchs in früheren Jahren ohne Verschulden der Kläger nicht richtig erfolgt und erst nachträglich korrigiert worden.

E. 38

c. Bei näherer Prüfung lässt sich keine dieser Begründungen halten: aa. Bei den Vorwürfen an die Adresse des Beklagten 1, er habe es versäumt, zufolge der Verlegung der Heizung und der Fassadenänderung einen Nachtrag zur Begründungserklärung und eine Wertquotenberichtigung vorzuschlagen, wird übersehen, dass weder das eine noch das andere mit den Rechtsbegehren erreicht werden konnte, welche die Kläger gestellt hatten. Ein Nachtrag zur Begründungserklärung wegen der Verlegung der Heizung ist nicht Prozessthema. Das anfängliche Klagebegehren auf Wertquotenberichtigung haben die Kläger mit Klageeinreichung beim Bezirksgericht fallen gelassen. Was die Beklagten schliesslich wollten, war vielmehr ein weitgehender Rückbau. Es ist kaum als Prozessieren in guten Treuen zu bezeichnen, wenn wesentlich mehr und anderes verlangt wird, als die Kläger angeblich zur Klage motiviert haben soll. Ganz abgesehen davon, ist die tatsächliche Annahme, der Beklagte 1 habe es versäumt, eine Anpassung der Begründungserklärung zu Stockwerkeigentum und eine Wertquotenberichtigung vorzuschlagen beziehungsweise dazu Hand zu bieten, willkürlich. Die Kläger haben an der StWE-Versammlung vom 25. August 2003 vorgeschlagen, dass sie eine Offerte für die Neuberechnung der Wertquoten einholen und nachher entschieden wird; der Beklagte 1 war mit diesem Vorgehen schliesslich einverstanden (act. 02.2.II.8). Die Kläger haben dann offenbar selbst direkt ein Gutachten eingeholt (act. 02.2.III.7), aber die Sache nicht konkret über die Verwaltung und Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer weiterverfolgt. Der Beklagte 1 war zu einer

Wertquotenüberprüfung mit allfälliger Berichtigung nicht nur bereit, sondern hat solches selbst von der Gegen- seite gefordert. Dies, weil nach seiner Meinung eine eigenmächtige Unterteilung der 5-Zimmerwohnung der Kläger im 2. OG in eine 2- und eine 3-Zimmerwohnung mit Einbau von Nasszellen und separaten Wohnungseingängen eine Bereinigung der Begründungserklärung wie auch der Wertquoten erforderlich machte (act. 02.2.III.9). Der Beklagte 1 hat also Hand dazu geboten, dass allenfalls berechtigten Anliegen der Kläger bezüglich einer Änderung von Begründungserklärung/Aufteilungsplänen und einer Wertquotenberichtigung Rechnung getragen werden kann und insoweit versucht, einen Prozess zu vermeiden. Der implizite Vorwurf, er habe in dieser Hinsicht einen vermeidbaren Prozess veranlasst beziehungsweise Weiterungen in demselben zu verantworten, stösst ins Leere. bb. Fehl geht auch der vorinstanzlich hergestellte Zusammenhang zwischen der Fassadenänderung und einer sich aufdrängenden Anpassung der Begründungserklärung. Denn dass die Schaufenster im EG, wobei es sich nur um die Südostfassade handeln kann, dem Sonderrecht des Beklagten 1 zugeschlagen

E. 39

werden sollten, haben die Kläger auch vorprozessual nicht gefordert. Klägerische Behauptung und vorinstanzliche Annahme, es seien neu "über die ganze Länge der Südostfassade Schaufenster eingebracht" worden, sind zudem aktenwidrig. Es kann keinem einzigen der eingereichten und genehmigten Baupläne entnommen werden, dass an den Stellen der Fenster im Erdgeschoss neue Mauerdurchbrüche oder Vergrösserungen von solchen, die gelb eingezeichnet sein müssten, erfolgt sind (act. 02.2.II.5, 02.2.III.2.2 und 3, 02.2.IV.I, 02.2.IV.II.1 und 2). Die Akten zur Begründung von Stockwerkeigentum beweisen das Gegenteil: Die Schaufenster waren bereits 1976 und vor dem Umbau am gleichen Ort und in gleicher Grösse - wenn nicht grösser - vorhanden (act. 02.2.II.3, 02.2.III.2.8/Foto Nr. 1). Da bereits vor dem Umbau Schaufenster vorhanden und diese nicht zu Sonderrecht ausgeschieden waren, bestand aus Sicht des Beklagten 1 darüber hinaus auch keine Veranlassung, den Klägern mit einer entsprechenden Anpassung der Begründungserklärung entgegenzukommen. Von einem Versäumnis des Beklagten 1, welches die Kläger in guten Treuen zum Prozess veranlasst haben soll, kann folglich auch unter diesem Aspekt nicht die Rede sein. cc. Schliesslich erscheint auch das Argument, die Kostenverteilung für den Wasserverbrauch in den Jahren 2001 und 2002 sei ohne Verschulden der Kläger nicht richtig erfolgt und habe erst für die nachfolgenden Jahre korrigiert werden können, im hiesigen Zusammenhang der Gerichtskostenverteilung unersperrlich. Es ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass der Beklagte 1, welcher nach unbestrittener Darstellung erst am 19. August 2003 und damit nach der hinterfragten Abrechnungsperiode Eigentümer der StWE Nr. 1 wurde, in der Klage auf Aufhebung des entsprechenden Beschlusses der StWEG gar nicht passivlegitimiert ist. Das konnten die Kläger nicht "in guten Treuen" übersehen. Wenn sich die StWEG am 03. Dezember 2003 dem Ansinnen der Kläger, auf die bereits abgesegnete Verteilung der Wasserkosten für das Geschäftsjahr 2001/2002 zurückzukommen, widersetzte, kann daraus kaum ein persönliches Verhalten des Beklagten 1 konstruiert werden, welches die Kläger in guten Treuen zu einer unzulässigen Klage gegen den Beklagten 1 veranlasst haben soll. Falls überhaupt, könnte die darauf gestützte prozessuale Wirkung, trotz Obsiegens Gerichtskosten aufzuerlegen, somit nur die Beklagte 3 treffen. Mit der teilweisen Überbindung von Verfahrenskosten soll dem Beklagten 1 ein fehlerhaftes vorprozessuales Verhalten in dem Sinne vorgeworfen werden, dass er an der Versammlung vom 3.

Dezember 2003 den Antrag gestellt hat, es sei auf den Korrekturantrag der Kläger betreffend nachträgliche Umverteilung der Wasser-

E. 40

kosten für das Geschäftsjahr 2001/2002 nicht einzugehen. Aus der Einschätzung, die Kostenverteilung für den Wasserverbrauch in den Jahren 2001 und 2002 sei ohne Verschulden der Kläger nicht richtig erfolgt und habe erst für die nachfolgenden Jahre korrigiert werden können, lässt sich nicht folgern, dass das Verschulden dafür beim Beklagten 1 liegt. Wenn nun plötzlich unter dem Aspekt der Prozesskostenverteilung die Abrechnung der Wasserkosten rechtlich fragwürdig gewesen sein und legitimen Anlass zur Klage abgegeben haben soll, begibt sich die Vorinstanz in einen offenen Widerspruch zur eigenen Argumentation in der Sache. Sodann ist die Annahme, die Kläger seien ohne Verschulden, unzutreffend. Dass der Verteilungsschlüssel nicht bereits früher geändert wurde, ist vielmehr auf deren eigenes damentales Versäumnis zurückzuführen. Ihr Argument, eine Abnahme der früheren Jahresrechnungen sei mangels Abrechnungsgrundlagen gar nicht möglich gewesen, ist unbehelflich, denn auch dies wäre rechtzeitig anzufechten gewesen. Eine Anfechtung ist damals nicht erfolgt. Im Übrigen musste die Kostensteigerung zwangsläufig auch für die Kläger aus der Jahresrechnung ersichtlich gewesen sein. Dass die Verbrauchszahlen nicht stimmten, machen die Kläger nicht geltend. Dass die Kläger nicht gewusst haben wollen, dass der auf mehr als das Doppelte gestiegene Wasserverbrauch allein auf die geänderte Bewirtschaftung der StWE Nr. 1 zurückzuführen war, spielt keine Rolle. Sie hätten es einfach einmal annehmen und die Zustimmung zur Jahresrechnung verweigern können. Es hätte also bereits damals - wie später im Jahr 2003 - Grund bestanden, nachzufragen und weitere Abklärungen vor der Genehmigung zu verlangen. Die Kläger haben dazumal aber die Verteilung nach bisherigem Schlüssel genehmigt, keinen Vorbehalt angebracht und auch für die Zukunft keinen förmlichen Antrag auf Änderung des Verteilungsschlüssels gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB gestellt, letzteres obwohl sie schon damals der Meinung waren "i millesimi per la ripartizione delle spese già da tempo non sono giusti" (act. 02.2.II.9). d. Die Anschlussberufung von MX. ist folglich zur Gänze gutzuheissen. Die Ziffer 2 des angefochtenen Urteilsdispositivs wird aufgehoben. Die in ihrer Höhe unangefochten gebliebenen Kosten des Sühneverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens gehen vollumfänglich zu Lasten der Kläger. Die Ziffer 3 des angefochtenen Urteilsdispositivs wird in Bezug auf den Beklagten 1 aufgehoben und die Kläger werden verpflichtet, MX. für das erstinstanzliche Verfahren voll zu entschädigen. Seinen unter diesem Titel behaupteten Aufwand von Fr. 15'950.— (inkl. MWST und Streitwertzuschlag von Fr. 4'000.—), von dem die Vorinstanz ausgegangen ist, haben die Kläger der Höhe nach nicht bestritten. Dieser Betrag ist zuzusprechen.

E. 41

6.a. Bei diesem Ausgang des Berufungs- und Anschlussberufungsverfahrens tragen die Berufungskläger in Anwendung des bereits dargelegten Grundsatzes von Art. 122 Abs. 1 ZPO, welcher auch für das Berufungsverfahren gilt (Art. 223 ZPO), die gesamten amtlichen Kosten des Rechtsmittelverfahrens. Diese sind in Anwendung des von Art. 5 lit. a des Kostentarifs im Zivilverfahren (KT) für die Gerichtsgebühr vorgegebenen Rahmens und unter Berücksichtigung des konkreten Verfahrensaufwandes sowie gestützt auf Art. 8 Abs. 1 KT (Schreibgebühr Fr. 15.— pro Urteilsseite) gesamthaft auf Fr. 10'675.— (Gerichtsgebühr Fr. 10'000.—, Schreibgebühr Fr. 675.—) festzusetzen. b. Gemäss Art. 122

Abs. 2 ZPO haben die vollständig unterlegenen Berufungskläger ausserdem die vollständig obsiegenden Berufungsbeklagten für deren notwendigen Umtriebe im Berufungsverfahren voll zu entschädigen. Auf Seiten der Beklagten hat lediglich der Rechtsvertreter von CC. eine Honorarnote für seine entsprechenden Aufwendungen eingelegt (Honorar nach Zeitaufwand Fr. 3'125, entsprechend 14.2 h). Für die beiden anderen Beklagten setzt die Zivilkammer daher die Prozessentschädigung nach pflichtgemäsem Ermessen durch Schätzung, unter Berücksichtigung der tatsächlich getätigten und für eine sachgerechte Rechtsvertretung notwendigen Aufwendungen, fest. Der Rechtsvertreter der unterlegenen Berufungskläger hat für seinen Aufwand eine Honorarnote über Fr. 10'850.05 (Zeitaufwand 44.5 h) eingelegt. Dieser Betrag müsste im Falle eines Obsiegens der Berufungskläger einerseits merklich gekürzt werden, da die Gegenseite den Mehraufwand zufolge des nach der Berufungserklärung vollzogenen Anwaltswechsels nicht zu tragen hätte. Andererseits war der Aufwand nicht für alle Beklagten der gleiche. Insbesondere ist im Verhältnis der Beklagten festzustellen, dass er für den Beklagten 1, welcher als Einziger Anschlussberufung geführt hat, sowohl tatsächlich (act. 05.4, 05.5, 05.7) als auch unter Berücksichtigung der Ausgangslage und unter dem Aspekt der sachgerechten Notwendigkeit am grössten war. Eine Verfahrensentschädigung für das Appellationsverfahren von Fr. 3'000.— an MX., von Fr. 2'500.— an CC. und von Fr. 2'000.— an die StWEG SA. (MWST jeweils eingerechnet) erscheint unter diesen Umständen als angemessen. c. Die von den Klägern/Berufungsklägern geltend gemachten Ansprüche leiten sich überwiegend aus ihrer Stellung als Grundeigentümer der StWE Nr. 3 ab. Als deren Eigentümer zu gesamter Hand im Sinne von Art. 652 ZGB sind sie bereits aufgrund des materiellen Rechts gehalten, gemeinsam zu klagen, weshalb sie eine notwendige Streitgenossenschaft bilden (Art. 28 Abs. 1 ZPO). Die bündnerische ZPO enthält hinsichtlich der Verteilung von Gerichtskosten und Prozessentschädi-

E. 42

gung an die Gegenpartei auf unterliegende Streitgenossen keine ausdrücklichen Vorschriften. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass das Gericht sowohl bei notwendigen als auch bei einfachen Streitgenossen im Urteil solidarische Verpflichtung hinsichtlich der amtlichen Gerichtskosten und/oder der ausseramtlichen Prozessentschädigungen anordnen kann (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 407, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 70; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die ZPO für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1 zu Art. 61). Diese Lösung erscheint hier jedenfalls für die amtlichen Kosten vorgezeichnet, nachdem von den Berufungsklägern - oppositionslos - nur ein gesamthafter Gerichtskostenvorschuss, für beide haftend, eingeholt wurde (act. 03). Sie ist indessen auch für die ausseramtlichen Kosten anzuordnen, und den Eheleuten K. die interne Ausmarchung betreffend Tragung des gegnerischen Prozessschadens zu überlassen. Auf Seiten der drei obsiegenden und je durch einen anderen Rechtsvertretenen Beklagten besteht keine Streitgenossenschaft, weshalb je auf einen selbständigen Anspruch auf Prozessentschädigung zu erkennen ist.

E. 43

Demnach erkennt die Zivilkammer :

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