



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK1 17 106

Chur, 16. Juli 2018

Schriftlich mitgeteilt am:
27. August 2018

Urteil

I. Zivilkammer

Vorsitz	Schnyder
RichterInnen	Brunner und Pedrotti
Aktuar ad hoc	Kollegger

In der zivilrechtlichen Berufung

der X._____, Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur.
Cristina Keller, San Roc, 6537 Grono,

gegen

den Entscheid des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 8. Juni 2017, mitgeteilt
am 22. Juni 2017, in Sachen der Berufungsklägerin gegen die Y._____,
Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Georg S. Mattli,
Promenade 60, 7270 Davos Platz,

betreffend Anfechtung Beschluss Stockwerkeigentümerversammlung,

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Am 15. April 2016 beschloss die Stockwerkeigentümerversammlung der Y._____ (Y._____; Stammgrundstück Nr. _____, Grundbuch Gemeinde O.1_____) die Sanierung des Daches im 1. Obergeschoss (OG) mit 19 Ja-Stimmen zu einer Nein-Stimme. Der Beschluss lautete wie folgt:

- "1. Grundsätzlich ist das Dach (Seite B._____) zu sanieren. Es wird ein Kostendach gemäss Sanierungskonzept von Herrn A._____ (Seite 5) von Fr. 90'000.00 gewährt. Es sind Gegenofferten einzuholen. Die Verwaltung und Herr Architekt A._____ werden berechtigt, im Notfall die entsprechenden Aufträge zu erteilen.*
- 2. An der Eigentümerversammlung 2017 wird der Zeitpunkt - falls kein Notfall vorliegt - der Sanierung festgelegt.*
- 3. Die Kosten sind nach Wertquoten zu verteilen.*
- 4. Für den Fall, dass die gefassten Beschlüsse betreffend Dachsanierung und / oder Verteilung der Sanierungskosten von einem oder mehreren Stockwerkeigentümern angefochten werden sollten, wird dem Verwalter eine Vollmacht zur Führung des entsprechenden Zivilprozesses (Vertretung der Stockwerkeigentümergeinschaft) erteilt. Diese Vollmacht umfasst auch das Recht zur Substitution auf einen Rechtsanwalt (Herr Rechtsanwalt Mattli)."*

B. Das Haus Y._____ befindet sich im Innerortsbereich an der _____strasse, an welche auch die zum Stammgrundstück gehörende Tankstelle grenzt. Das sanierungsbedürftige Flachdach dient sowohl der Überdachung eines Teils der Tankstelle als auch als Terrasse für die angrenzenden Stockwerkeinheiten des 1. OG. Überdies bildet das Dach ein Hauptdach für diejenigen StWE-Einheiten (StWE-Einheiten) des Erdgeschosses (EG), welche keine weiteren Stockwerke über sich haben. Da das besagte Flachdach aus unbekannten Gründen undicht war und deshalb Wasser in die Dämmung der gesamten Fläche gelangte, drängte sich die Sanierung des Daches auf.

C. Die X._____, welche als Stockwerkeigentümerin der StWE-Einheit Nr. S55981 mit dem Beschluss vom 15. April 2016 nicht einverstanden war, reichte dagegen, nach dem Scheitern der Schlichtungsverhandlung vom 12. August 2016, am 21. November 2016 Klage beim Bezirksgericht Prättigau/Davos (seit 1. Januar 2017: Regionalgericht Prättigau/Davos) mit folgendem Begehren ein:

- 1. Der Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung vom 15. April 2016 betreffend Sanierung Dach im 1. Obergeschoss (Seite B._____) "3. Die Kosten sind nach Wertquoten zu verteilen" wird aufgehoben und wie folgt geändert: "Die Kosten sind gemäss Art. 712h Abs. 3 ZGB zu verteilen und der Gesamtkostenbetrag denjenigen*

Stockwerkeigentümern aufzuerlegen, deren Stockwerkeinheit das Dach im 1. Obergeschoss (Seite B._____) dient".

2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der beklagten Stockwerkeigentümergeinschaft (exkl. der Klägerin), eventualiter der Verwaltung.*

D. Die Klageantwort vom 11. Januar 2017 der Y._____ forderte die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der X._____.

E. In der Replik vom 24. Februar 2017 und Duplik vom 20. März 2017 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

F. Mit Entscheid vom 8. Juni 2017, mitgeteilt am 22. Juni 2017, wies das Regionalgericht Prättigau/Davos die Klage ab. Das Dispositiv lautete wie folgt:

1. *Die Klage wird abgewiesen.*
2. *Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 5'000.00 gehen zu Lasten der X._____ und werden mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.*
3. *Die X._____ hat die Y._____ mit CHF 6'060.35 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen.*
4. *(Rechtsmittelbelehrung)*
5. *(Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid)*
6. *(Mitteilung)*

G. Dagegen reichte die X._____ (nachfolgend: Berufungsklägerin) am 25. August 2017 beim Kantonsgericht von Graubünden Berufung mit folgendem Rechtsbegehren ein:

1. *Die Berufung wird gutgeheissen und der Entscheid des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 8./22. Juni 2017 aufgehoben. Demnach wird der Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung vom 15. April 2016 betreffend Sanierung Dach im 1. Obergeschoss (Seite B._____) "3. Die Kosten sind nach Wertquoten zu verteilen" aufgehoben und wie folgt geändert: "Die Kosten sind gemäss Art. 712h Abs. 3 ZGB zu verteilen und der Gesamtkostenbetrag denjenigen Stockwerkeigentümern aufzuerlegen, deren Stockwerkeinheiten das Dach im 1. Obergeschoss (Seite B._____) dient".*
2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten.*

H. In der Berufungsantwort vom 21. September 2017 verlangte die Y._____ (nachfolgend: Berufungsbeklagte) die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

I. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2017 reichte die Berufungsklägerin weitere Bemerkungen zur Berufungsantwort ein, zu welchen die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 13. November 2017 Stellung nahm.

J. Zu der Stellungnahme der Berufungsbeklagten reichte die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 13. November 2017 weitere Bemerkungen ein.

K. Auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie auf die Begründungen in den Eingaben der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.1. Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit der Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit der Zustellung desselben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]).

1.2. Anfechtungsobjekt bildet der Entscheid des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 8. Juni 2017, mitgeteilt am 22. Juni 2017, in welchem die Klage der Berufungsklägerin abgewiesen wurde. Die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung ist grundsätzlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit, was insbesondere gilt, wenn es um bauliche Massnahmen in gemeinschaftlichen Teilen des Stockwerkeigentums geht (BGE 140 III 571 E. 1.1). Streitwertbestimmend ist in der Regel das Interesse der gesamten Stockwerkeigentümerschaft als Gesamtes und nicht dasjenige der Rechtsmitteleinlegerin als klagende Stockwerkeigentümer (Urteil des Bundesgerichts 5A_386/2009 vom 31. Juli 2009 E. 5.1) Im Berufungsverfahren ist zur Bestimmung des Streitwerts einer vermögensrechtlichen Angelegenheit auf den Betrag abzustellen, welcher im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war (vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N 9

zu Art. 308 ZPO; Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 39 f. zu Art. 308 ZPO). Da die Parteien den von der Vorinstanz ermittelten Streitwert in der Höhe der Sanierungskosten (CHF 90'000.00) nicht bestreiten, beträgt der Streitwert somit deutlich über CHF 10'000.00, sodass auf die im Übrigen form- und fristgerechte Berufung eingetreten werden kann.

2.1 Die Berufungsklägerin brachte im vorinstanzlichen Verfahren vor, ihre StWE-Einheit befinde sich im 3. OG, und das Dach im Erdgeschoss diene allen StWE-Einheiten nur insofern, als *"es eine gewöhnliche Dachfunktion für die StWE im Erdgeschoss ausübt, die nicht schon durch das Hauptdach im 3. Obergeschoss ausgeübt wird, nicht aber für seine Funktion als Vordach der Tankstelle"*. Die Grösse des Dachs sei im Verhältnis zu seiner Funktion als obere Decke der StWE-Einheiten im Erdgeschoss überdimensioniert. Vom übergrossen Dach würden nur die StWE-Einheiten im Erdgeschoss und die Einheiten im 1. OG profitieren, die dieses als Terrassen-Sitzplatz nutzen würden. Das sanierungsbedürftige Dach sei *"primär als Überdachung der Tankstelle, und auch als Eingangs- und Schaufenstervordach bzw. Terrassenebene konzipiert und erstellt"* worden. Den Einheiten im 2. und 3. OG bringe das Dach keinen Nutzen, weshalb die Kosten nicht nach den Wertquoten aufgeteilt werden könnten. Weiter kritisierte die Berufungsklägerin die nicht angemessene Aufteilung der Wertquoten, ohne indessen deren Abänderung zu beantragen.

2.2. Demgegenüber machte die Berufungsbeklagte nebst formellen Einwendungen geltend, dass das Vordach zwingend zu den gemeinsamen Teilen gehöre, *"da es für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung ist und überdies die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmt"*. Sie verwies zudem auf die Ansicht der Berufungsklägerin, welche dem Dach zumindest teilweise eine herkömmliche Dachfunktion zusprach. Entgegen der Behauptung der Berufungsklägerin handle es sich dabei um den weitaus grössten Teil der Dachfläche. Zum eigentlichen Nutzen der Sanierung für die Einheiten im 3. OG äusserte sie sich hingegen nicht.

2.3 Die Vorinstanz wies die Klage ab mit der Begründung, das Dach komme der Berufungsklägerin zu Gute, da sie so vor den Tankstellen-Immissionen (Treibstoffdünste, Lärm, neugierige Blicke etc.) geschützt sei. Auch Sorge das Dach dafür, dass allfällige künftige Nachbarbauten einen grösseren Abstand

einhalten müssten, was sich hinsichtlich Licht und Aussicht günstig auswirke. Zudem erhalte der gesamte Gebäudekomplex durch das Vordach eine eigenständige Note, welche der Architektur, Ästhetik und wohl auch der Statik besonders diene. Ohne das Dach hätte das Gebäude einen anderen Charakter. Falls das undichte Dach dazu führen sollte, dass das Wasser in Richtung der Stockwerkeinheiten im EG und im ersten OG abflüsse und damit die entsprechenden Böden und Decken feucht würden, wären auch die Aussenmauern des Gebäudes betroffen.

2.4. Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Klage somit ausschliesslich mit Argumenten, welche die Berufungsbeklagte in den Rechtsschriften nicht vorgebracht hatte. Dieses Vorgehen ist unter formellen Gesichtspunkten nicht zulässig, wie noch zu zeigen sein wird.

3. Materiellrechtlich geht es um die Frage, ob der vorliegende Sachverhalt einen Anwendungsbereich von Art. 712h Abs. 3 ZGB darstellt. Gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB haben die Stockwerkeigentümer an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung Beiträge nach Massgabe ihrer Wertquoten zu leisten. Namentlich erwähnt werden in Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB die Auslagen für den laufenden Unterhalt, für Reparaturen und Erneuerungen der gemeinschaftlichen Teile des Grundstückes und Gebäudes, sowie der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen. Art. 712h Abs. 3 ZGB normiert jedoch einen Ausnahmetatbestand für den Grundsatz der Aufteilung nach den Wertquoten, indem er folgendes statuiert: *"Dienen bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse, so ist dies bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen."* Die Bestimmung von Art. 712h Abs. 3 ZGB ist zwingender Natur, so dass ein Abweichen von diesem Grundsatz in der Regel nichtig ist (BGE 117 II 251 E. 5b; Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 96 zu Art. 712h ZGB mit weiteren Verweisen). Voraussetzung für die Anwendung dieses Ausnahmetatbestands ist eine objektive Unbrauchbarkeit des gemeinschaftlichen Teils für den betroffenen Stockwerkeigentümer (Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, a.a.O., N 99 ff. zu Art. 712h ZGB; René Bösch, in: Honsel/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 9 zu Art. 712h ZGB) Obwohl der Wortlaut dieser Bestimmung schon Fälle miterfassen würde, bei denen der Stockwerkeigentümer "nur in ganz geringem Masse" einen Nutzen von dem gemeinschaftlichen Teil hat, bejaht das

Bundesgericht die Anwendung von Art. 712h Abs. 3 ZGB sehr zurückhaltend und verlangt eine absolute Unbrauchbarkeit (BGE 117 II 251 E. 6b, 112 II 312 E. 3b; Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, a.a.O., N 104 zu Art. 712h ZGB). Für die Frage, ob hinsichtlich der Kostenverteilung Art. 712h Abs. 1 oder Abs. 3 ZGB zum Zug kommt, ist entscheidend, ob die einzelnen Stockwerkeigentümer beim Erwerb der Einheit davon ausgehen durften und mussten, dass für einzelne gemeinschaftliche Bauteile oder Anlagen eine vom Wertquotenprinzip abweichende Regelung bestehen würde. Dabei ist grundsätzlich von der Integrität des Gebäudes in seiner architektonischen und konstruktiven Gestalt auszugehen. Schliesslich bilden die gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen normalerweise den Standard bei Grundstücken im Stockwerkeigentum und jeder Stockwerkeigentümer hat mindestens einen ideellen, oft aber - weil es sich um Miteigentum handelt - auch wirtschaftlichen Nutzen an den gemeinschaftlichen Bauteilen oder Anlagen (vgl. dazu auch PKG 1989 Nr. 20 E. 2).

4. Da die Vorinstanz die Abweisung der Klage - wie bereits angesprochen - ausschliesslich mit Argumenten begründet, welche die Berufungsbeklagte in den Rechtsschriften nicht vorgebracht hatte, muss zuerst auf zwei formelle Rechtsverletzungen eingegangen werden.

4.1.1. Erstens liegt – soweit behauptungs- und beweisbedürftige Tatsachen betroffen sind – eine Verletzung der im vorliegenden Fall grundsätzlich uneingeschränkt geltenden Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO vor. Nach dieser Bestimmung darf das Gericht für sein Urteil nur jene Tatsachen beiziehen, die im Verlauf des Verfahrens geltend gemacht wurden (mit weiteren Verweisen Alain Muster, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, N 2 zu Art. 55 ZPO). Es darf den Sachverhalt von sich aus weder ergänzen noch berichtigen (Daniel Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 7 zu Art. 55 ZPO). Es gilt der Grundsatz: *"Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistent"* (Thomas Sutter-Somm/Claude Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 12 zu Art. 55 ZPO). Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass diejenigen Argumente der Vorinstanz, die die Klägerin nicht vorgebracht hatte, von ihm jedoch hätten behauptet und bewiesen werden müssen, nicht hätten beachtet werden dürfen. Dies betrifft insbesondere den nicht weiter begründeten Hinweis auf allfällige öffentlich-rechtliche Abstandsvorschriften und die konkrete statische Bedeutung des Vordaches sowie die blosse Möglichkeit,

dass durch die Undichtigkeit des Daches auch die Seitenmauern in Mitleidenschaft gezogen werden könnten. Letztlich bleibt lediglich die allgemeine, wenn auch nicht sehr aussagekräftige Feststellung, dass das Vordach einen Teil von Architektur, Ästhetik und Charakter des Gebäudes ausmache, und die Annahme, dass das Dach die darüber liegenden Wohnungen in einem – quantitativ unbestimmten – Umfang von den Immissionen einer Tankstelle schütze.

4.1.2. Nach Art. 151 ZPO bedürfen offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze allerdings keines Beweises. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die überwiegende Lehre vertreten darüber hinaus die Auffassung, dass derartige Tatsachen und Erfahrungssätze auch nicht behauptet werden müssen (BGE 135 III 88 E. 4; 112 II 172 E. I.2c; vgl. ferner die Zusammenstellung bei Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 3c zu Art. 151 ZPO). Beabsichtigt das Gericht jedoch Fakten zu berücksichtigen, die nicht von den Parteien in den Rechtsschriften vorgebracht wurden, muss es die Parteien davon in Kenntnis setzen und ihnen Gelegenheit einräumen, sich dazu zu äussern. Sind die Äusserungen der Parteien geeignet, Zweifel an den vom Gericht als notorisch erachteten Tatsachen und Erfahrungssätzen zu wecken, muss darüber Beweis abgenommen werden (Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 3d zu Art. 151 ZPO; Daniel Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 5 zu Art. 151 ZPO). Materiell wird demnach noch zu prüfen sein, ob es sich bei den nicht explizit behaupteten entscheiderelevanten Tatsachen um notorische handelt. Was die Äusserungsmöglichkeit der Parteien zu diesen Tatsachen angeht, kann auf die sogleich folgenden Ausführungen verwiesen werden.

4.2.1. Zweitens beinhaltet die Urteilsbegründung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör räumt dem Betroffenen das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE [138 V 125](#) E. 2.1; [135 I 187](#) E. 2.2, je mit Hinweisen). Vorliegend hatte die Klägerin – und grundsätzlich auch die Beklagte – vor der

Fällung des erstinstanzlichen Entscheids nie Gelegenheit und Veranlassung, sich zu den erst in der Urteilsbegründung gefundenen Argumenten zu äussern.

4.2.2. Somit hat die Vorinstanz, unabhängig davon, ob es sich bei den entscheiderelevanten Tatsachen um notorische handelt, das rechtliche Gehör der Parteien verletzt. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist, führt seine Verletzung unabhängig von der materiellen Beurteilung der Sache zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 135 I 187 E. 2.2; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 93 vom 28. Juni 2018 E. 5.2).

5. Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel. Die Rückweisung an die Vorinstanz ist nach Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO nur dann möglich, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1), oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). Diese Regelung hat abschliessenden Charakter (Peter Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/

Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 16 vor Art. 308-318 ZPO), wobei im Rahmen des relativ weiten richterlichen Ermessens auch schwerwiegende Verfahrensmängel eine Rückweisung begründen können, weil Fehler dieser Art regelmässig dazu führen, dass Klage oder Sachverhalt nur unvollständig beurteilt werden (Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 36 f. zu Art. 318 ZPO; Thomas Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 8 ff. zu Art. 318 ZPO; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, S. 666). In aller Regel ist ein reformatorischer Entscheid zu fällen; die Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme (Thomas Steininger, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 318 ZPO). Andererseits ist es nicht Sache des Berufungsgerichts, umfangreiche Beweisabnahmen durchzuführen, die bereits vor erster Instanz hätten vorgenommen werden müssen. Verletzungen des rechtlichen Gehörs können unter Umständen in zweiter Instanz, unter Gewährung des Novenrechts, geheilt werden, insbesondere dann, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, weil der vorinstanzliche Entscheid – allenfalls auch aus anderen Gründen – inhaltlich richtig ist (Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 93 vom 28. Juni 2018 E. 5.2; Peter Reetz/Sarah Hilber, a.a.O., N 37 zu Art. 318 ZPO). Vorliegend ist der Entscheid der Vorinstanz wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Indessen liegt weder eine Nichtbeurteilung eines Rechtsbegehrens vor, noch wurde der Sachverhalt in

wesentlichen Teilen nicht entsprechend den Parteianträgen abgeklärt. Die Vorinstanz hat im Gegenteil den durch die Verhandlungsmaxime limitierten Sachverhalt in unzulässiger Weise selbständig ergänzt. Im Rahmen des Berufungsverfahrens konnte sich die Berufungsklägerin zudem mit den Ausführungen der Vorinstanz im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels eingehend auseinandersetzen. Damit wurde die in der fehlerhaften Begründung des vorinstanzlichen Entscheids liegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt. Eine Rückweisung ist unter diesen Voraussetzungen weder möglich noch sinnvoll; das Kantonsgericht trifft einen reformatorischen Entscheid.

6.1. Damit bleibt in beweisrechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht annahm, dass das Vordach über der Tankstelle einen gewissen, quantitativ nicht näher definierten, Schutz vor Immissionen für die dadurch abgeschirmten Wohnungen darstellt und ob dies als notorisch gelten kann. Hinsichtlich der Geruchsmissionen im dritten Stock dürfte bei einer modernen Tankstellenanlage kaum von allgemeinen Erfahrungstatsachen gesprochen werden können. Ein entsprechender Nachweis könnte – wenn überhaupt – nur durch eine Expertise geführt werden. Hingegen ist allgemein bekannt, dass Tankstellen Lärmimmissionen verursachen (Türe öffnen und schliessen, Musik, Motorengeräusche, Stimmen) und die Unterbrechung einer direkten Verbindung zwischen Schallquelle und -empfänger durch ein massives Hindernis zweifellos eine lärmreduzierende Wirkung hat. Damit steht aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ausser Frage, dass das als Terrasse dienende Vordach eine auch für die Wohnung der Berufungsklägerin wahrnehmbare Lärm-Abschirmung bewirkt und es sich bei dieser Tatsache um eine bekannte im Sinne von Art. 151 ZPO handelt. Insofern profitiert auch die Berufungsklägerin vom Vordach und eine merkliche Reduktion der Schallimmissionen kann nicht mehr als vernachlässigbarer Nutzen im Sinne von Art. 712h Abs. 3 ZGB bezeichnet werden. Dass der exakte Umfang der Lärmdämmung durch die Terrasse nicht in genau quantifizierter Form festgestellt wurde, ist vorliegend nicht entscheidend; massgeblich ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 712h Abs. 3 ZGB lediglich, dass der betreffende Gebäudeteil eine Funktion hat, die auch den Bewohnern der oberen Stockwerke zu Gute kommt, und dies nicht in bloss vernachlässigbarer Weise.

6.2. Anzumerken ist, dass sich die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren darauf beschränkt, die Ausführungen der Vorinstanz über den Nutzen des Vordachs mangels Expertise als *"rein subjektiv und damit spekulativ"* zu bezeichnen und sie zu bestreiten. Sie verzichtet indessen darauf, im Berufungsverfahren eigene Beweisanträge zu stellen und verlässt sich zu Unrecht darauf, dass ihre

Klage bereits aufgrund der Verletzung der Verhandlungsmaxime und des Anspruchs auf rechtliches Gehör gutgeheissen werden müsste. Damit setzt sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheides aus formellen Gründen mit der materiellen Gutheissung der Klage gleich und verkennt insoweit den grundsätzlich reformatorischen Charakter des eingelegten Rechtsmittels. Insbesondere verzichtet sie auch darauf, sich mit der gestützt auf Art. 151 Abs. 1 ZPO getroffenen Annahme der Vorinstanz, dass das fragliche Dach geeignet sei, die von der Tankstelle ausgehenden Lärmimmissionen zu dämpfen, konkret auseinanderzusetzen. Inwiefern diese auf offenkundigen Tatsachen und Erfahrungen beruhende Feststellung der Vorinstanz im vorliegenden Fall, beispielsweise aufgrund der Form oder Materialisierung des Daches oder der Eigenart der Umgebung, unrichtig sein sollte, wird nicht dargelegt. Die Begründung der Berufung genügt nur dann den Anforderungen von Art. 311 ZPO, wenn der Berufungskläger im Einzelnen aufzeigt, welche Erwägungen der Vorinstanz inwiefern fehlerhaft sind; allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Entscheid oder blosser Verweise auf die damaligen Vorbringen reichen nicht (vgl. zur Begründungspflicht BGE 138 II 374 E. 4.3.1; Peter Reetz/Stefanie Theiler, a.a.O., N 36 zu Art. 311 ZPO). In dieser Hinsicht erweist sich die Berufung als nicht ausreichend begründet, so dass die entsprechende Argumentation selbst dann nicht geprüft werden könnte, wenn Beweisanträge vorliegen würden.

6.3. Damit steht fest, dass das fragliche Vordach aufgrund seiner schalldämpfenden Wirkung einen nicht vernachlässigbaren Nutzen für die Wohnung der Berufungsklägerin darstellt, was durchwegs eine notorische Tatsache darstellt. Für ein Abweichen von der normalen Kostenverteilung im Verhältnis der Wertquoten gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB besteht unter diesen Umständen keine Veranlassung, so dass die Klage abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

7.1. Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen ist die Klage aber auch aus einem anderen Grund abzuweisen, der sich unmittelbar auf die im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Behauptungen und Beweise zu stützen vermag und insofern in Übereinstimmung mit der Verhandlungsmaxime ist, ohne dass dazu auf notorischen Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO abzustellen ist.

7.2. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer Terrassensiedlung festgehalten, dass Dächer nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können und elementare Gebäudeteile gemäss Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB darstellen (Urteil des Bundesgerichts 5A_116/2011 vom 14. März 2011). Dies gelte

unabhängig von der effektiven Nutzung des Daches; selbst wenn ein Flachdach eine Terrasse sei und mit einem Sondernutzungsrecht belastet werde, bleibe es gemeinschaftlich. Der Argumentation des damaligen Beschwerdeführers, wonach es Art. 712h Abs. 3 ZGB widerspreche, dass die Gemeinschaft – und nicht nur die unmittelbar von der Dach- bzw. Terrassenfunktion betroffenen Eigentümer – für die Reparatur zuständig sei, wurde verworfen.

7.3. Wie die Parteien des vorliegenden Falls geht auch das Bundesgericht zumindest implizit davon aus, dass das Dach (bzw. die verschiedenen Dachflächen einer in Stockwerkeigentum aufgeteilten Baute) in jedem Fall, auch wenn nur ein Teil der zu Sonderrecht ausgeschiedenen oder in gemeinsamer Nutzung stehenden Räumlichkeiten davon abgedeckt ist, als derart zentraler Bauteil zu betrachten ist, dass deren Sanierung grundsätzlich nach Massgabe der Wertquoten im Sinne von Art. 712h Abs. 1 ZGB zu erfolgen hat. Jeder Stockwerkeigentümer hat gegenüber der Gemeinschaft einen Anspruch auf ein funktionierendes Dach, und dies selbst dann, wenn der sanierungsbedürftige Teil der Dachfläche nicht sämtliche Gebäudeteile abdeckt, wie dies bei unterschiedlichen Dachniveaus, aber auch bei Giebeldächern (linkes Dach, rechtes Dach), regelmässig der Fall sein sollte. Eine Regelung, bei welcher nur diejenigen Stockwerkeigentümer sich an den Kosten der Reparatur einer Dachfläche zu beteiligen haben, deren Stockwerkeinheiten unmittelbar von der schadhafte Fläche bedeckt werden, würde dem Charakter des Stockwerkeigentums als Miteigentum widersprechen, wäre praktisch kaum handhabbar und würde ein unüberschaubares Konfliktpotential beinhalten. Eine Abweichung vom Grundsatz, dass die Reparatur von Dächern als absolut unabdingbarer Gebäudeteil stets als gemeinsame Aufgabe der Stockwerkeigentümergeinschaft aufzufassen ist und damit die Kosten nach Wertquoten aufzuteilen sind, dürfte sich deshalb nur in absoluten Ausnahmefällen rechtfertigen. Dies könnte unter Umständen dann der Fall sein, wenn das fragliche Dach überhaupt keine zu Sonderrecht ausgeschiedenen Stockwerkeinheiten oder kein zum dauernden Aufenthalt von Personen zu Wohn- oder Geschäftszwecken bestimmten Räume bedeckt, wie etwa bei einem nur von einem Teil der Stockwerkeigentümer zu gebrauchenden Gartenhaus.

7.4. Nur am Rande sei erwähnt, dass das Dach zwar auch als Terrasse genutzt wird, dies jedoch nicht massgeblich ist, da die Reparatur nicht dazu dient, diese Nutzung sicherzustellen. Würde es beispielsweise nur um die Erneuerung eines der blossen Verschönerung der Terrasse dienenden Bodenbelags gehen, der auf die Dichtigkeit des Daches keinen Einfluss hätte, wäre unter Umständen anders

zu entscheiden. Hier geht es jedoch um die Funktion des Daches als Schutz der darunterliegenden Räumlichkeiten und Gebäudeflächen.

8. Als drittes Argument, das gegen die Anwendbarkeit von Art. 712h Abs. 3 ZGB spricht, ist anzuführen, dass die Berufungsklägerin dem fraglichen Dachteil zumindest teilweise eine herkömmliche Dachfunktion zuspricht, nämlich als Hauptdach für die StWE-Einheiten im Erdgeschoss und als Abdeckung des Eingangsbereichs. Das sanierungsbedürftige Dach über dem Erdgeschoss bildet nämlich eine bauliche Einheit. Als diese ist es als eigentlicher "Bauteil" im Sinne von Art. 712h Abs. 3 ZGB zu betrachten. Eine Aufteilung des sanierungsbedürftigen Dachs in einen Dachteil, der unmittelbar die geschlossenen Räumlichkeiten bedeckt und einen anderen, der als Vordach bezeichnet werden könnte, ist weder von der Sache her sinnvoll noch entspricht dies dem aus dem Text hervorgehenden Zweck der Norm. Nachdem das sanierungsbedürftige Dach einen einheitlichen Bauteil bildet, der in seiner Gesamtheit renoviert werden muss, lässt der Gesetzestext sowohl in grammatikalischer wie teleologischer Auslegung für die von der Berufungsklägerin angestrebte Differenzierung keinen Raum.

9. Nebenbei ist darauf hinzuweisen, dass die Rüge der Berufungsklägerin unbegründet ist, wonach die Vorinstanz zu Unrecht keine Beurteilung der Angemessenheit der bestehenden Wertquoten vorgenommen habe. Die Frage ist nicht, wie allfällige Kosten unter den StWE-Einheiten aufzuteilen sind, sondern ob eine oder mehrere Einheiten überhaupt nicht oder nur begrenzt mit Kosten belastet werden dürfen, da es sich um einen Anwendungsfall von Art. 712h Abs. 3 ZGB handelt. Das massgebliche Kriterium für die Anwendung von Art. 712h Abs. 3 ZGB besteht nicht im Wertanteil der Einheiten am Gesamtgrundstück, sondern am (fehlenden) Nutzen einer Massnahme für einzelne Einheiten. Diese Frage steht in keinem Zusammenhang zur Wertquote.

10. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die vorgesehene Dachsanierung eine gemeinschaftliche, nach Wertquoten zu finanzierende Aufgabe der Stockwerkeigentümergeinschaft darstellt. Das fragliche Dach bedeckt als Hauptdach nicht nur einen Teil der Tankstelle – die ihrerseits zum grösseren Teil ohnehin unter den 1.-3. OG liegt –, sondern dient auch in erheblichem Umfang als Dach für das darunterliegende Erdgeschoss. Zudem schützt das Dach - als bauliche Einheit - den Eingangsbereich der Überbauung vor den Witterungseinflüssen. Bei dieser Sachlage fällt nach den vorstehenden Erwägungen für das Dach die Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 712h Abs. 3 ZGB ausser Betracht, weswegen die Klage abzuweisen ist.

11. Die Berufung ist also insofern gutzuheissen, als der angefochtene Entscheid aus formellen Gründen aufzuheben ist. In materieller Hinsicht ist die Klage und damit auch der entsprechende Teil des Berufungsantrags abzuweisen. Das Kantonsgericht fällt ein neues Urteil, das auch den Kostenpunkt umfasst.

12. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Kosten führt die Abweisung der Klage zu einer Kostenverteilung nach dem Grundsatz von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Es bleibt damit inhaltlich bei der von der Vorinstanz getroffenen und für den Fall der materiellen Abweisung der Klage nicht beanstandeten Regelung, in der die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 5'000.00 zu Lasten der Klägerin gehen und diese die Beklagte mit CHF 6'060.35 aussergerichtlich zu entschädigen hat.

13. Für das Verfahren vor dem Kantonsgericht ist eine differenzierte Regelung zu treffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der vorinstanzliche Entscheid wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben wird und das Urteil der Vorinstanz aus diesem Gesichtspunkt somit einen berechtigten Grund zur Einlegung des Rechtsmittels setzte. Andererseits hat die Berufungsklägerin den reformatorischen Charakter des Berufungsverfahrens verkannt, und die dem Verfahren zu Grunde liegende Klage erweist sich im Endeffekt als unbegründet. Im Verhältnis zur Gegenpartei unterliegt die Berufungsklägerin damit im Ergebnis vollständig.

13.1. Für die Verteilung der Gerichtskosten erscheint es gerechtfertigt, dass der Kanton Graubünden gestützt auf Art. 107 Abs. 2 und Art. 108 ZPO mit einem Drittel der Kosten belastet wird, d.h. in demjenigen Umfang des Rechtsmittelentscheids, der sich mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zu befassen hatte. Den restlichen Teil geht zu Lasten der Berufungsklägerin.

13.2. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung im Verhältnis zwischen den Parteien sind insofern keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von Art. 106 Abs. 1 ZPO rechtfertigen würden, als dass die Berufungsklägerin im Endeffekt unterliegt. Die eingereichte Honorarnote des Anwalts der Berufungsbeklagten erscheint in zeitlicher Hinsicht ausgewiesen (10.8 Stunden), allerdings gelangt praxisgemäss in Ermangelung einer Honorarvereinbarung nur ein Stundenansatz von CHF 240.00 (statt CHF 250.00) zur Anwendung, womit von einer Parteientschädigung von total CHF 2'883.35 (CHF 2'592.00; 3% Barauslagen, CHF 77.75; 8% MWSt., CHF 213.60) auszugehen ist.

13.3. Nach Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Kostenverursacher kann in diesem Zusammenhang auch die

Vorinstanz sein (David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 7 zu Art. 108 ZPO). Soweit sich die Berufungsklägerin berechtigterweise mit der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz auseinanderzusetzen hatte – dies betrifft etwa die Hälfte der Ausführungen – hat sie deswegen ebenfalls Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese geht jedoch nicht zu Lasten der Gegenpartei, sondern der dafür verantwortlichen Vorinstanz. Schuldner ist somit der Kanton Graubünden, buchhalterisch sind die entsprechenden Kosten der Gerichtskasse des Regionalgerichts Prättigau/Davos zu belasten. Da die Berufungsklägerin keine Honorarnote eingereicht hat, wird der Gesamtaufwand vorliegend auf 12 Stunden geschätzt, so dass der hälftige Aufwand in Anwendung des Stundenansatzes von CHF 240.00 total CHF 1'601.85 ausmacht (CHF 1'440.00; 3% Barauslagen, CHF 43.20; 8% MWSt., CHF 118.65).

III. Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben.
2. Die Klage der X._____ gegen die Y._____ wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des Regionalgerichts Prättigau/Davos in der Höhe von CHF 5'000.00 gehen zu Lasten der X._____ und werden mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die X._____ hat die Y._____ für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 6'060.35 (inklusive Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 6'000.00 gehen im Betrag von CHF 2'000.00 zu Lasten des Kantons Graubünden und im Betrag von CHF 4'000.00 zu Lasten der X._____. Die auf die X._____ entfallenden Gerichtskosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 2'000.00 wird der X._____ erstattet.
6. Die X._____ hat die Y._____ für das Berufungsverfahren mit CHF 2'883.35 (inklusive Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen.
7. Der Kanton Graubünden hat die X._____ für das Berufungsverfahren mit CHF 1'601.85 (inklusive Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen. Die Ausrichtung der Entschädigung erfolgt zu Lasten der Gerichtskasse des Regionalgerichtes Prättigau/Davos.
8. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.

9. Mitteilung an: