Urteilskopf

127 III 506

85. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Juni 2001 i.S. A. gegen B. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 712m Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 66 ZGB, Art. 712n Abs. 2 ZGB; Begründung von besonderen Nutzungsrechten bei bestehender Stockwerkeigentümergemeinschaft.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann formlos kein ausschliessliches Benutzungsrecht an einer Terrasse einräumen (E. 3).

Ein Mitglied, das die exklusive Benutzung eines nicht im Sonderrecht stehenden Teils der Liegenschaft während vielen Jahren durch ein anderes bloss geduldet hat, klagt nicht rechtsmissbräuchlich auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, selbst wenn es der Benutzung damals zugestimmt hat (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 712m al. 2 CC en relation avec l'art. 66 CC, art. 712n al. 2 CC; création d'un droit d'usage particulier dans le cadre d'une copropriété par étages existante.

La communauté des copropriétaires d'étages ne peut pas concéder sans forme un droit d'usage particulier sur une terrasse (consid. 3).

Un membre de la communauté qui a toléré pendant des années l'usage exclusif, par un autre copropriétaire, d'une partie commune, n'abuse pas de son droit en agissant en rétablissement de l'état initial, même s'il avait à l'époque donné son accord à cet usage particulier (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 712m cpv. 2 CC in combinazione con l'art. 66 CC, art. 712n cpv. 2 CC; costituzione di diritti d'uso particolare nel quadro di una comunione di comproprietari per piani esistente.

La comunione dei comproprietari per piani non può concedere senza alcuna forma speciale un diritto d'uso particolare su di una terrazza (consid. 3).

Un membro, che per molti anni ha unicamente tollerato l'uso esclusivo di una parte comune del fondo, non commette un abuso di diritto chiedendo giudizialmente nei confronti di un altro comproprietario il ripristino della situazione originaria, anche qualora avesse a suo tempo acconsentito a tale utilizzazione (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 507

BGE 127 III 506 S. 507

A.- Die Stockwerkeigentümergemeinschaft "X." wurde am 10. Juli 1968 begründet und umfasst das Grundstück Kat.-Nr. 2945 in Y. Auf dem Grundstück stehen zwei Wohngebäude (Assek.-Nr. 614 und 613) und ein Garagentrakt (Assek.-Nr. 615). B. und A. sind Mitglieder der Stockwerkeigentümergemeinschaft, Ersterer mit Sonderrecht an der Wohnung im Obergeschoss des Hauses Nr. 20 am Weg Z. (Wertquote 248/1000), der Zweite

mit Sonderrecht an der ebenfalls nach Süden orientierten Erdgeschosswohnung des gleichen Hauses (Wertquote 217/1000). B. erwarb seine Wohnung im Jahre 1968, A. kaufte die seine auf Jahresbeginn 1973 von C. Dieser hatte auf dem Dach des Traktes zwischen den Wohnhäusern, der in gemeinschaftlichem Eigentum steht, einen Dachgarten mit Plattenbelag, Mauerumrandung und Bepflanzung angelegt. Die Dachfläche des Zwischentraktes liegt (wie das Dach des anschliessenden Gebäudes Nr. 22 am Weg Z.) auf gleichem Niveau wie A.s Erdgeschosswohnung und wird von diesem für sich allein als Dachterrasse in Anspruch genommen. Gemäss Aufteilungsplan hat A. nur an einem untergeordneten, an seinen Balkon angrenzenden Teil der Dachfläche ein besonderes Nutzungsrecht (im Aufteilungsplan rot umrandet). Anlässlich einer Stockwerkeigentümerversammlung vom 4. November 1997 wurde über die Sanierung des Daches des Zwischentrakts diskutiert. A. lehnte in diesem Zusammenhang eine persönliche Kostenpflicht auch insoweit ab, als für die Dachsanierung die Sitzplatzeinrichtungen vorübergehend beseitigt werden müssen.

B.- Am 27. November 1998 reichte B. beim Bezirksgericht W. Klage ein. Er beantragte, A. sei zu verpflichten, die unberechtigte Nutzung gemeinschaftlicher Teile aufzugeben sowie die Bauteile zur Nutzung der Dachfläche als Terrasse zu entfernen, und es sei ihm zu verbieten, die ausserhalb des rot gekennzeichneten Bereichs liegenden Teile des Zwischentrakts und des Hauses Nr. 22 zu nutzen, zu betreten oder durch bauliche Massnahmen zu verändern. Mit Urteil vom 21. Dezember 1999 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Es erwog im Wesentlichen, dem Beklagten sei das besondere Nutzungsrecht an der Dachfläche einstimmig durch mündlichen Beschluss erlaubt worden. Dieser sei unangefochten geblieben und noch immer verbindlich. Selbst wenn der Beschluss aber ungültig wäre, müsste das Klagebegehren als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden und es könnte nicht geschützt werden.

C.- Auf Berufung des Klägers hin hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Klage am 6. Oktober 2000 teilweise dahin

gut, als es dem Beklagten untersagte, das Flachdach über den rot umrandeten Bereich hinaus als Dachterrasse zu benützen (Dispositivziffer 1 lit. a), und ihn verpflichtete, von diesem Bereich des Flachdaches alles Mobiliar und alle Pflanzen (einschliesslich Pflanzentröge) zu entfernen (Dispositivziffer 1 lit. b). Weitergehend wies es die Klage ab. In der Begründung führte es aus, die Willensbildung der Stockwerkeigentümergemeinschaft könne nur an einer Eigentümerversammlung oder durch schriftlichen Zirkulationsbeschluss erfolgen. Das mündlich erteilte Einverständnis habe nicht zu einer Erweiterung des besonderen Nutzungsrechts an der Dachfläche geführt, und es sei nicht rechtsmissbräuchlich, auf die bloss auf Zusehen hin erteilte Zustimmung zurückzukommen. Ein Berichtigungs- bzw. Erläuterungsbegehren des Beklagten betreffend die Dispositivziffer 1 lit. a des zweitinstanzlichen Urteils wies das Obergericht mit Beschluss vom 27. Oktober 2000 ab.

D.- Der Beklagte beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das Urteil vom 6. Oktober 2000 (insbesondere hinsichtlich der Dispositivziffer 1 lit. a und lit. b) aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventuell sei die Angelegenheit zur Aktenergänzung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen; subeventuell sei ihm nur zu verbieten, das Flachdach über den rot umrandeten Bereich hinaus ausschliesslich zu nutzen. Die Berufung bleibt erfolglos.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Das Obergericht ist davon ausgegangen, die interessierende Dachfläche sei ein gemeinschaftlicher Bauteil. Ein besonderes Nutzungsrecht daran bedürfe der Zustimmung der Eigentümerversammlung. Da für besondere Nutzungsrechte die zum Benutzungs- und Verwaltungsreglement (nachfolgend: BVR) gehörenden Aufteilungspläne massgebend seien, setze ein neues besonderes Nutzungsrecht (z.B. am Dachgarten) eine Reglementsänderung voraus. Gemäss Art. 20 und 24bis BVR fielen solche Änderungen in die Kompetenz der Stockwerkeigentümerversammlung. Diese könne an einer Versammlung mit Protokollführung oder schriftlich, auf dem Zirkulationsweg, beschliessen. Ein nicht an der Versammlung und bloss mündlich zustande gekommener Beschluss aber scheide aus, weil mündlich nur mit Protokollierung gültig beschlossen werden könne. Art. 26 BVR (schriftliche Zustimmung auf dem Zirkulationsweg) sei mehr als ein vertraglicher Formvorbehalt, auf den verzichtet werden könne. Auch bei kleinen Stockwerkeigentümergemeinschaften

müsse mit Blick auf das Rechtssicherheitsgebot und die erforderliche Klarheit bezüglich des Fristenlaufs zur Anfechtung von Beschlüssen am Erfordernis der Schriftform festgehalten werden. Mit Blick auf diese Anforderungen habe sich aus einer seinerzeitigen Abrede unter den Stockwerkeigentümern keine Erweiterung der besonderen Nutzungsrechte des Beklagten ergeben können. Die umstrittene Mehrnutzung müsse deshalb als ungerechtfertigte Einwirkung im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB betrachtet und das Unterlassungsbegehren gutgeheissen werden. Nach Auffassung des Beklagten hat das Obergericht den Grundsatz der Formfreiheit missachtet und dadurch Bundesrecht verletzt. Das Gesetz enthalte keinen gesetzlichen Formvorbehalt für Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft, und der Formvorbehalt gemäss Art. 20 ff. und Art. 26 BVR habe nur vertraglichen Charakter. Auf ihn könne verzichtet werden und sei auch verzichtet worden. Namhafte Lehrmeinungen, die das Obergericht missverstanden habe, bestätigten die Zulässigkeit mündlicher einstimmiger Beschlüsse. Hätte der Kläger den auch aus den Folgetatsachen hervorgehenden Beschluss nicht als verbindlich betrachten wollen, so hätte er Einspruch erheben müssen. Hierzu sei es längst zu spät. Auch Überlegungen um den Fristenlauf sprächen nicht gegen die Zulässigkeit der mündlichen Beschlussfassung, zumal ja Einstimmigkeit vorausgesetzt werde und eine Anfechtung deshalb regelmässig ausscheide. a) Es ist zu Recht unbestritten geblieben, dass die Einräumung von besonderen Nutzungsrechten in die Kompetenz der Stockwerkeigentümerversammlung fällt (vgl. den nicht abschliessend zu verstehenden Katalog und den Wortlaut von Art. 712m Abs. 1 ZGB; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, N. 44 ff. zu Art. 712g ZGB, N. 14, 20 ff. und 59 f. zu Art. 712m ZGB; HEINZ REY, Schweizerisches Stockwerkeigentum, Zürich 1999, Rz. 99 ff. und 279 f. S. 22 ff. und 75; ROLF WEBER, Die Stockwerkeigentümergemeinschaft, Diss. Zürich 1979, S. 209, 244 f. und 309 f.; CHRISTOPH MÜLLER, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1973, S. 87 f.; KURT MÜLLER, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1965, S. 51 und 71 f.). Soweit besondere Nutzungsrechte nicht schon im Begründungsakt oder im Reglement zugewiesen worden sind, können die Stockwerkeigentümer solche in einer Versammlung mündlich mit Protokoll oder auf dem Zirkulationsweg ausschliesslich schriftlich beschliessen (Art. 712m Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 1 und 2 ZGB und Art. 712n Abs. 2

ZGB). Eine weitere Beschlussform lässt sich aus der gesetzlichen Regelung höchstens für den Fall ableiten, dass man die schriftliche Urabstimmung zulassen will, was im vorliegenden Fall mangels erfüllter Voraussetzungen aber offen bleiben kann (vgl. dazu MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 712m ZGB und

REY, a.a.O., Rz. 336 ff. S. 89 f.). b) Die Argumentation des Beklagten, die in Art. 26 BVR vorgesehene schriftliche Zustimmung sei einem vertraglichen Formvorbehalt gleichzusetzen, von dem einvernehmlich abgewichen werden könne, geht fehl: Wohl kann Art. 11 Abs. 1 OR, wonach von der Formfreiheit von Verträgen auszugehen ist, gemäss Art. 7 ZGB auf andere zivilrechtliche Verhältnisse angewendet werden mit der Folge, dass die letztlich auf dem Zivilgesetzbuch basierende Formvorschrift von Art. 26 BVR im vorliegenden Fall nicht beachtet werden müsste. Jedoch verkennt der Beklagte, dass dem Gesetz vorliegendenfalls zwangslos Formvorschriften entnommen werden können, weil Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 1 und 2 ZGB formlose Zirkularbeschlüsse nicht zulässt. Wo dem Gesetz klare Regeln entnommen werden können, ist ausgeschlossen, über Art. 7 ZGB Vorschriften des allgemeinen Teils des Obligationenrechts anzuwenden (FRIEDRICH, Berner Kommentar, N. 35, 37 und 59 bis 64 zu Art. 7 ZGB; HANS SCHMID, Basler Kommentar, ZGB Bd. I, N. 8 f. zu Art. 7 ZGB; LIEBER, Zürcher Kommentar, N. 43 ff. und 57 zu Art. 7 ZGB). Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob gestützt auf eine für Verträge bestimmte Norm (Art. 11 Abs. 1 OR) von der reglementarischen Formvorschrift (Art. 26 BVR) im Einzelfall abgewichen werden kann, schreibt doch das Gesetz auch vor, wie das Reglement zu ändern ist (Art. 712g Abs. 3 Halbsatz 2 ZGB). c) Der Beklagte will zwar aus der Auffassung von WEBER, wonach das Protokoll für Beschlüsse der Eigentümerversammlung keine konstitutive Wirkung habe (a.a.O., S. 396 Ziff. 3), ableiten, das Gesetz erlaube nicht protokollierte mündliche Beschlüsse ausserhalb der Versammlung. Er interpretiert den genannten Autor jedoch falsch. Dieser hat an der angegebenen Stelle bloss ausgeführt, die unrichtige Protokollierung berühre die Wirksamkeit eines Beschlusses nicht. Dass ein Protokoll überhaupt entbehrlich sei, sagt WEBER nicht. Eine solche Meinung stünde denn auch im Widerspruch zu Art. 712n ZGB, der nicht nur eine Protokollierungspflicht, sondern auch eine Aufbewahrungspflicht vorsieht. Ebenso wenig verfängt der weitere Vorwurf des Beklagten an die Vorinstanz, sie

habe die Autoren MEIER-HAYOZ/REY falsch verstanden. Wenn diese Verfasser unter Hinweis auf CH. MÜLLER festgehalten haben, das schriftliche Verfahren könne einstimmig ausgeschlossen werden, weil der einzelne Stockwerkeigentümer keinen unentziehbaren Anspruch auf die Möglichkeit schriftlicher Stimmabgabe habe (MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 119 zu Art. 712m ZGB), so betrachten sie nicht die mündliche Stimmabgabe ausserhalb der Stockwerkeigentümerversammlung als zulässig, sondern bringen nur zum Ausdruck, dass die Stockwerkeigentümer sogar das schriftliche Zirkulationsverfahren ausschliessen können. Das ergibt sich bereits klar aus der Referenzstelle bei CH. MÜLLER (a.a.O., S. 106; vgl. ferner MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 32 ff. und 36 zu Art. 712n ZGB). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, vermag ein mündlicher Beschluss ausserhalb einer Stockwerkeigentümerversammlung einen schriftlichen Zirkulationsbeschluss oder einen protokollierten und aufzubewahrenden Versammlungsbeschluss nicht zu ersetzen. Die Möglichkeit, formlos Beschlüsse zu fassen, würde grundlegende Publizitätsinteressen namentlich der Rechtsnachfolger und Erwerber von dinglichen Rechten an Stockwerkeigentumsanteilen missachten, für die die Beschlüsse der Eigentümerversammlung zur Nutzungsordnung und Verwaltung verbindlich sind (Art. 649a ZGB analog; MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 32 f. und 37 zu Art. 712n ZGB; RENÉ BÖSCH, Basler Kommentar, ZGB Bd. II, N. 6 zu Art. 712n ZGB; REY, a.a.O., Rz. 341 S. 90 f.). Dies wäre der Rechtssicherheit abträglich. Hinzu kämen Schwierigkeiten bei der Berechnung der Anfechtungsfrist (Art. 712m Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 75 ZGB). Gewiss können Mitglieder, die zugestimmt haben, Versammlungsbeschlüsse in der Regel nicht anfechten. Zur Anfechtung wegen Willensmängeln aber sind auch sie befugt (REY, a.a.O., Rz. 344 S. 91 f.; MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 136 zu Art. 712m ZGB). Das soziale Zusammenleben unter einem Dach ist grundsätzlich nicht unproblematisch (MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 6 und 42 f. vor Art. 712a ff. ZGB). Die Schriftlichkeit dient dem Rechtsfrieden, weil die Rechtslage mit Dokumenten klar dargelegt werden kann und damit Streitigkeiten unter Menschen vermieden werden können, die als Mitglieder einer Stockwerkeigentümergemeinschaft zwangsläufig nahe zusammenleben. d) Es ergibt sich somit, dass die behauptete mündliche Zustimmung aller Stockwerkeigentümer dem Beklagten kein besonderes Nutzungsrecht an der umstrittenen Dachfläche verschaffen konnte, weshalb es nicht erforderlich ist, den Rückweisungsantrag des

Beklagten so weit gutzuheissen (Art. 64 Abs. 1 OG), dass zu klären wäre, ob ein entsprechender Beschluss ausserhalb der Stockwerkeigentümerversammlung ergangen ist. Weil keine vom Gesetz zugelassene Beschlussvariante gewählt worden ist, kann sich bloss die Frage stellen, ob gar kein Beschluss oder ein nichtiger vorliegt. Denn der (Form-) Fehler ist jedenfalls so gravierend, dass er nicht bloss einen Anfechtungsgrund darstellen kann (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB; MEIER-HAYOZ/REY, a.a.O., N. 128 ff. und 146 ff. zu Art. 712m ZGB; REY, a.a.O., Rz. 342 ff. S. 91 ff.; WEBER, a.a.O., S. 402 ff.; CH. MÜLLER, a.a.O., S. 107 ff.). Soweit der Beklagte sinngemäss geltend machen will, ihm sei ein vertragliches Benutzungsrecht an der seiner Stockwerkeigentumseinheit vorgelagerten Dachterrasse eingeräumt worden, ist auf seine Berufung mangels hinreichender Begründung (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3 S. 749) nicht einzutreten. Bei diesem Ergebnis kann auch offen bleiben, wie der Umstand zu berücksichtigen wäre, dass der Beklagte sowohl auf der Seite der Benutzungsrechtgeber stünde als auch Benutzungsberechtigter wäre. Denn bei dieser Ausgangslage hätte für den Beklagten offensichtlich ein Interessenkonflikt bestanden (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647b Abs. 1 ZGB sowie Art. 712l und 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 68 ZGB).

4. Für den Fall, dass der vom Beklagten behauptete Beschluss keine Rechtsfolgen zeitigt und die Vorinstanz den Abwehranspruch des Klägers bundesrechtskonform bejaht hat, macht der Beklagte weiter geltend, die Berufung des Klägers auf den Formmangel sei rechtsmissbräuchlich und aus diesem Grunde nicht zu schützen. Rechtsmissbrauch liege vor, weil der Kläger selber dem Beschluss zugestimmt und dessen Umsetzung während Jahrzehnten geduldet habe, und weil er kein Interesse an der Aufgabe der ausschliesslichen Nutzung habe. Die Immissionen aus der Dachterrassennutzung würden sich im Gegenteil in den erlaubten (rot umrandeten) Bereich nahe beim Haus und damit zum Schlafzimmer des Klägers hin verlagern. Dieser habe einen allfälligen Abwehranspruch auch durch Untätigkeit und lange Duldung verwirkt. Sein Vorgehen sei rein schikanös. Das Obergericht hat dazu ausgeführt, der Beklagte hätte aus den Aufteilungsplänen und dem im Grundbuch angemerkten BVR vor dem Kauf ersehen können, wie weit sein Benutzungsrecht gehe. Aus dem Umstand, dass der Kläger nicht schon früher gerichtlich vorgegangen sei, könne er daher nichts für sich ableiten. Zudem habe er selber den vorliegenden Prozess ausgelöst mit der Forderung, für

die Räumung und Wiederherstellung des Dachgartens zwecks Sanierung des Flachdaches habe die Gesamtheit der Stockwerkeigentümer aufzukommen. Eine auf blosses Zusehen hin erteilte Nutzungserlaubnis dürfe nach einer vernünftigen Zeitspanne, während der die baulichen Vorkehren hätten amortisiert werden können, zurückgenommen werden. Unverhältnismässig oder gar rechtsmissbräuchlich sei das Beharren auf einer reglementskonformen Nutzung des Stockwerkeigentums nicht. a) Die Ausführungen des Obergerichts überzeugen. Der Beklagte muss sich in der Tat das Wissen um den Umfang seines Benutzungsrechts entgegenhalten lassen. Auch wenn er davon ausgegangen ist, die nirgends festgehaltene und deshalb nur auf Zusehen erteilte Erlaubnis zur ausschliesslichen Nutzung der Dachfläche werde nicht zurückgezogen, musste er doch grundsätzlich jederzeit, jedenfalls aber nach Ablauf einer vernünftigen Amortisationsfrist, mit dem Entzug rechnen. Auch eine sehr lange widerspruchslose Duldung der Nutzung lässt das Zurückkommen auf die Bereitschaft zur Überlassung erst als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn der Kläger beim Beklagten die bestimmte Erwartung geweckt hätte, er werde sein Recht nicht durchsetzen und dann (insoweit widersprüchlich) trotzdem auf seinem Recht beharrt hätte (MERZ, Berner Kommentar, N. 512 ff. zu Art. 2 ZGB; BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 385,

391 ff., 399, 401, 407 ff. und 426 zu Art. 2 ZGB; MAYER-MALY, Basler Kommentar, ZGB Bd. I, N. 52 zu Art. 2 ZGB). Denn blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung begründet noch nicht Rechtsmissbrauch (BGE 124 II 436 E. 10e/dd S. 453; BGE 110 II 273 E. 2 S. 275 Abs. 3). Allein mit der mündlichen, seitens des Klägers offenbar nur unter Vorbehalt erteilten Einwilligung erhielt der Beklagte somit keineswegs eine ihrer Natur nach unentziehbare Nutzungsbefugnis, deren Rücknahme rechtsmissbräuchlich wäre. Der Beklagte macht nicht mit den erforderlichen Aktenhinweisen geltend (Art. 64 Abs. 1 OG), er habe prozesskonform und erfolglos die Abnahme von Beweisen beantragt (BGE 119 II 353 E. 5c/aa S. 357; BGE 115 II 484 E. 2a), aus denen gefolgert werden könnte, der Beklagte habe darauf vertrauen dürfen, der Kläger werde seine Rechte nicht durchsetzen (BGE 117 II 575 E. 4c S. 578 f.).
Der Beklagte kann sich für den Rechtsmissbrauchsvorwurf an den Kläger auch nicht auf BGE 114 II 106 E. 4 S. 111 f. und BGE 109 II 338 E. 2a S. 340 f. berufen, wo umstritten war, ob die Verletzung eines Rechts während so langer Zeit widerspruchslos geduldet wurde, dass der klägerische Anspruch als verwirkt betrachtet werden durfte.

BGE 127 III 506 S. 514

Denn in den beiden zitierten Entscheiden ging es um die Verletzung von immaterialgüterrechtlichen Unterlassungsansprüchen (so auch BGE 117 II 575 E. 4). Hier stehen auch nicht verjährbare obligationenrechtliche Forderungen, deren Durchsetzbarkeit von den Verjährungsvorschriften zeitlich begrenzt wird (Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 und Art. 127 ff. OR), sondern unverjährbare sachenrechtliche Abwehransprüche in Frage mit der Folge, dass wegen Zeitablaufs nur sehr zurückhaltend auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden kann, weil damit die Unverjährbarkeit unterlaufen werden könnte. Weiter ging es vorliegend um eine bis zum Entzug der Zustimmung geduldete und damit rechtmässige Nutzung und es wurde keine Verletzung hingenommen. Schliesslich kann von Rechtsmissbrauch umso weniger die Rede sein, als der Beklagte - wie das Obergericht verbindlich festgestellt hat (Art. 63 Abs. 2 OG) - den Anlass für den Sinneswandel beim Kläger selber geboten hat. Es kann auch nicht argumentiert werden, der Kläger dürfe sich wegen seiner Zustimmung nicht mehr auf den Formmangel berufen. Die Vorinstanz hat nirgends verbindlich festgestellt, eine allfällige Zustimmung der Stockwerkeigentümer habe sich nicht nur auf die (formlose) Überlassung der Dachfläche zur Verwendung als Terrasse, sondern auch auf die Nichteinhaltung der Form bezogen. b) Endlich führt auch die Interessenlage nicht zu einer anderen Beurteilung: Gewiss wird der Beklagte seine Aktivitäten im Rahmen der Terrassennutzung verlagern und unmittelbar beim Haus und unter dem Schlafzimmer des Klägers ausüben müssen. Indessen erlaubt die stark verkleinerte Terrasse naturgemäss nur noch verminderte Aktivitäten. Diese werden überdies zum Teil in den Bereich verdrängt, der durch den vorkragenden Balkon des Klägers abgeschirmt wird, was die Immissionen eher vermindern dürfte. Das und der Umstand, dass gemeinschaftliches Eigentum von einem einzelnen Stockwerkeigentümer ohne besonderen Rechtstitel nicht exklusiv benutzt werden soll, liegt im Interesse des Klägers mit der Folge, dass die Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht krass zu Gunsten des Beklagten ausfallen kann (BGE 123 III 200 E. 2b a.A. und 2b/bb S. 203 f.; BGE 117 II 575 E. 4c S. 579). Weil die Rechtsausübung des Klägers nicht unnütz und somit auch nicht schikanös erscheint (BGE 123 III 200 E. 2b/aa S. 203), hat die Vorinstanz auch unter diesem Gesichtswinkel Rechtsmissbrauch ohne Verletzung von Bundesrecht verneint.