

# GR\_GERICHTE ZK1 2010 48 vom 9. Januar 2012

GR Gerichte, 2012-01-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2010\\_48](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2010_48)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2010 48 du 9 janvier 2012

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2010 48 del 9 gennaio 2012

## Regeste

Rückbau Wintergärten | Berufung ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 2

Die Kosten des Kreisamtes F. von CHF 400.00 sowie die Kosten des Bezirksgerichts J. von CHF 8'965.90 (Gerichtsgebühren CHF 6'500.00, Schreibgebühren CHF 401.00, Barauslagen CHF 598.00, Auslagen Au- genschein CHF 466.90, Streitwertzuschlag CHF 1'000.00) gehen unter solidarischer Haftung zu Lasten der Kläger. Nach Abzug des geleisteten Kostenvorschusses von CHF 6'500.00 verbleibt ein ungedeckter Betrag von CHF 2'465.90. Dieser ist innert 30 Tagen auf das PC-Konto 70- 3596-3 des Bezirksgerichtes J. zu überweisen. Die Kläger haben die Beklagte ausserdem unter solidarischer Haftung mit CHF 11'891.85 (inkl. CHF 2'000.00 Interessenwertzuschlag, Spesen, MwSt. und Auslagen) zu entschädigen.

### E. 3

[Mitteilung]“ I. Dagegen wurde von X. und Y. am 15. November 2010 die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgenden Anträgen erhoben: „1. Das Urteil des Bezirksgerichts J. vom 28. September 2010 sei aufzuheben und in Gutheissung der erstinstanzlich gestellten, klägerischen Rechtsbegehren sei der Beschluss der STWE-Gemeinschaft C. vom 20. Februar 2009, gemäss Traktandum 3 des Protokolls der STWE- Gemeinschaft C., B., bezüglich des Rückbaus der Wintergärten Y. und X., aufzuheben, eventuell für nichtig zu erklären. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklag- ten/Berufungsbeklagten sowohl für das erstinstanzliche Verfahren wie auch für dasjenige vor dem Kantonsgericht. und prozessualiter Es seien die dieser Berufungserklärung beigelegten Kopien der Fotos, welche der Kreispräsident F. im Zuge des Baueinspracheverfahrens D. vs. Y. erstellt hat, sowie das Schreiben von RA Kessler an das Kreisamt F. vom 15.11.2010 zu den Akten zu nehmen; Eventualiter die Originale durch das Kreisamt F. zu edieren;

Seite 5 — 30 Subeventualiter sei der Kreispräsident des F., Herr Landamann K., als Zeuge/Auskunftsperson zum Thema "Fotos im Zusammenhang mit dem Baueinspracheverfahren D. vs. Y." einzuvernehmen.“ K. Nachdem die Vorsitzende der I. Zivilkammer mit Verfügung vom 19. No- vember 2010 das schriftliche Verfahren gemäss Art. 224 Abs. 2 ZPO angeordnet hatte, reichten die Berufungskläger innert erstreckter Frist am 31. Januar 2011 eine ausführliche Berufungsbegründung ein. Die Berufungsantwort erfolgte am 22. Februar 2011. Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die Ausführungen der Par- teien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegan- gen. II. Erwägungen 1.a) Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts

J. wurde am 28. September 2010 gefällt und den Parteien am 27. Oktober 2010, somit vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (CH-ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011, mit- geteilt. Anwendbar ist damit gemäss Art. 405 Abs. 1 CH-ZPO noch die Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000). b) Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann die Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts J. betrifft - wie die Vorinstanz unwidersprochen und zu Recht ausgeführt hat (angefochtenes Urteil E. 1) - einen vermögensrechtlichen Streit über einen Betrag von ungefähr Fr. 50'000.-- (Rückbau zweier Wintergärten), so dass der Berufungsstreitwert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist. Daneben ist vorliegend klarerweise auch die für die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erforderliche Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- erfüllt (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). c) Eine Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die Beru-

Seite 6 — 30 funungskläger erklärten am 15. November 2010 die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts J. vom 28. September 2010, mitgeteilt am 27. Oktober 2010, und hielten damit sowohl die Frist von 20 Tagen als auch sämtliche anderen Formerfordernisse ein. 2.a) Vorab rügen die Berufungskläger eine Verletzung der Protokollierungspflicht durch die Vorinstanz. Von der Hauptverhandlung vom 28. September 2010 sei kein eigentliches Verhandlungsprotokoll erstellt worden. Der genaue Wortlaut der beklaglichen Duplik, in welcher unter anderem die ganze Angelegenheit „Fotos, vom Kreispräsidenten erstellt“ erwähnt werde, könne nicht mehr eruiert werden (Berufungsbegründung S. 3 f.). b) Art. 115 ZPO regelt die Protokollierung und damit auch den Inhalt des Verhandlungsprotokolls. Gemäss Art. 115 Abs. 4 ZPO können die Parteien verlangen, dass eigene oder gegnerische Erklärungen über wichtige Tatsachen wörtlich zu Protokoll genommen werden, darüber hinaus aber sind die Ausführungen der Parteien nicht zu protokollieren. Mit der Protokollierung soll sichergestellt werden, dass das Gericht die Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung tatsächlich zur Kenntnis nimmt und pflichtgemäss würdigt. Dieses Recht auf Kenntnisnahme und Würdigung durch das Gericht setzt indes nicht voraus, dass sämtliche Äusserungen protokolliert werden, sondern es reicht aus, wenn die entscheidwesentlichen Äusserungen zu Protokoll genommen werden (vgl. BGE 124 V 389 E. 4). Jedoch ergibt sich weder aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) noch aus Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) eine Verpflichtung zur Ausfertigung eines separaten, formellen Dokumentes, welches die an einer Verhandlung erfolgten Aussagen festhält, und auch das Prozessrecht des Kantons Graubünden verlangt in Art. 115 ZPO nicht, dass ein formelles Protokoll der gemachten Äusserungen im Hauptverfahren abgefasst wird. Vielmehr kann das Protokoll rechtsgenügend auch im Urteil selbst enthalten sein, wenn es die gemäss Art. 115 Abs. 1 ZPO erforderlichen Angaben enthält und es die entscheidrelevanten Ausführungen wiedergibt (Urteil der Zivilkammer ZF 2007 75 und PZ 2007 157 vom 8. Oktober 2007 S. 11 f., mit weiteren Hinweisen auf die bundes- und kantonsgerichtliche Rechtsprechung). c) In Anbetracht dieser Rechtslage gehen die Berufungskläger mit ihrer Rüge fehl, denn sie

haben nicht die wörtliche Protokollierung der beklagischen Duplik verlangt und behaupten dies auch gar nicht. Ebenso wenig behaupten sie, die Angaben gemäss Art. 115 Abs. 1 ZPO seien im angefochtenen Urteil nicht enthalten.

Seite 7 — 30 Dies ist offensichtlich auch nicht der Fall. Es ist sodann nicht ersichtlich, dass sich die Vorinstanz mit entscheidungswesentlichen Parteivorbringen anlässlich der Hauptverhandlung nicht auseinandergesetzt hätte. Damit war es den Berufungsklägern aber ohne weiteres möglich, das vorinstanzliche Urteil sachgerecht anzufechten - ihre ausführliche Berufungsbegründung umfasst denn auch 30 Seiten - und ihre Rügen in voller Kenntnis der Entscheidungsgründe anzubringen. Soweit sich die Berufungskläger auf die CH-ZPO berufen, ist zu bemerken, dass auch diese - ganz abgesehen von ihrer fehlenden Anwendbarkeit im vorliegenden Fall (vgl. vorstehend E. 1.a) - keine wortwörtliche Protokollierung sämtlicher Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung verlangt, sondern ausdrücklich bloss die Protokollierung des wesentlichen Inhalts der tatsächlichen Ausführungen (vgl. Art. 235 Abs. 2 CH-ZPO). Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im angefochtenen Urteil entgegen der Behauptung der Berufungskläger gerade nicht auf die Duplikaussagen des berufungsbeklagischen Rechtsvertreters abgestellt hat. In diesem Zusammenhang stützte sich die Vorinstanz vielmehr - soweit ersichtlich ausschliesslich (angefochtenes Urteil E. 3.b/ee) - auf den von den Berufungsklägern eingelegten Entscheid des Kreispräsidenten (kB 19), auf den nicht nur der berufungsbeklagische Rechtsvertreter in seinem ersten Parteivortrag vor der Vorinstanz (Plädoyer RA Kunz S. 4), sondern der berufungsklägerische Rechtsvertreter selber bereits in seiner Prozesseingabe (S. 17 f.) - unter ausdrücklicher Erwähnung der vom Kreisamt erstellten Fotos - Bezug genommen hat. 3.a) In ihrer Berufung stellen die Berufungskläger den Prozessantrag, die mit der Berufung eingereichten Kopien von Fotos, die der Kreispräsident F. im Rahmen des Baueinspracheverfahrens erstellt hat, sowie das Schreiben von RA Kessler an das Kreisamt F. vom 15. November 2010 zu den Akten zu nehmen. Echte Noven müssten im Berufungsverfahren zugelassen werden. Auch die Voraussetzungen von Art. 317 CH-ZPO seien erfüllt und es wäre stossend, Ende Jahr rabulistisch noch auf der kantonalen ZPO zu beharren, obschon einige Tage später die CH-ZPO in Kraft trete. Aus den Fotos sei ersichtlich, dass in Wahrheit eine Gartenfackel im Grünen gestanden sei und nicht die eigentlichen Profilstangen, die auf dem seinerzeit bereits über 9 Jahre erweiterten Sitzplatz beziehungsweise an dessen unmittelbaren Rand gestellt worden seien. Um die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Sachverhaltsdarstellung zu belegen, sei der Beizug der entsprechenden Fotos, auf welche sich der Kreispräsident offenbar bezogen habe und welche ihn zur von der Vorinstanz übernommenen Aussage der „Profilstange im Grünen“ bewogen habe, unumgänglich.

Seite 8 — 30 b) Neue Beweismittel dürfen von den Parteien vor der Berufungsinstanz ausser im Falle der Revision nicht angerufen werden. Hingegen können die Parteien verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster Instanz fristgemäss angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein können (Art. 226 Abs. 1 ZPO). Die Frage, ob im Berufungsverfahren echte Noven, das heisst Tatsachen, die erst nach dem angefochtenen Urteil eingetreten sind, geltend gemacht werden können, muss vorliegend nicht entschieden werden (bejaht im Urteil der Zivilkammer ZF 2004 77 vom 2. Mai 2005 E. 6.d/bb), denn aus der von den Berufungsklägern angerufenen Literaturstelle selbst ergibt sich, dass bei Tatsachen, die sich vor dem angefochtenen Urteil verwirklicht haben, aber aus Unvorsorgfalt

oder mangels Kenntnis der Parteien nicht geltend gemacht worden sind, unechte Noven vorliegen (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kapitel 13 N 43). Damit handelt es sich bei den eingereichten Fotos eindeutig um unechte Noven, denn ihre Existenz geht bereits aus dem von den Berufungsklägern vor der Vorinstanz eingereichten Entscheid des Kreispräsidenten F. vom 20. Januar 2009 hervor (kB 19). Die Einbringung solcher unechter Noven ist auf dem Wege eines Revisionsgesuches während hängiger Berufung (vgl. Art. 250 ZPO) grundsätzlich möglich. Jedoch ist sie an die Voraussetzung geknüpft, dass der vorliegend in neuen Beweismitteln bestehende Revisionsgrund den Revisionsbeziehungsweise Berufungsklägern ohne ihre Schuld unbekannt geblieben ist (Art. 243 Abs. 2 ZPO). Die Berufungskläger wussten jedoch bereits zur Zeit des vorinstanzlichen Verfahrens von der Existenz der fraglichen Fotos, haben sie diese in ihrer Prozesseingabe vom 23. November 2009 doch selber ausdrücklich erwähnt (S. 17). Dass es den Berufungsklägern tatsächlich unmöglich gewesen wäre, die Fotos bereits vor der Vorinstanz beizubringen (vgl. Art. 243 Abs. 2 ZPO), wird von ihnen nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr brachten sie berufungshalber selbst vor, auf Anfrage beim Kreispräsidenten F. seien ihnen die Fotos „promptestens“ zugestellt worden (Berufungsbegründung S. 5). Soweit mit der Einlage des Schreibens von Rechtsanwalt Kessler an das Kreisamt F. vom 15. November 2010 bewiesen werden soll, dass der konkrete Inhalt der Fotos - und damit die angebliche Unrichtigkeit der Feststellung des Kreispräsidenten, die Profilierung des Neubaus sei klar im grünen Rasen gestanden (kB 19 S. 5) - erst mit deren am 12. November 2010 erfolgten Zustellung bekannt wurde, ist den Berufungsklägern entgegenzuhalten, dass es nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme des neuen Beweismittels, sondern auf den Zeitpunkt der Entstehung desselben beziehungsweise der Möglichkeit zur Kenntnisnahme ankommt. Diese Möglichkeit bestand nach dem Gesagten offensichtlich bereits im vorin-

Seite 9 — 30 stanzlichen Verfahren. Darüber hinaus ist überhaupt nicht ersichtlich, zu welchem Zweck und mit welchem Einfluss auf den Streitgegenstand das Schreiben an den Kreispräsidenten F. vom 15. November 2010 in den Prozess eingeführt werden soll, handelt es sich dabei doch im Wesentlichen bloss um einen Beibruf zur Re-tournierung der Akten verbunden mit dem Hinweis, im Berufungsverfahren sei beantragt worden, allenfalls die Originale der Fotos einzuverlangen oder den Empfänger des Schreibens (Kreispräsident F.) als Zeuge oder Auskunftsperson einzuvernehmen. Abgesehen vom Hinweis auf die hier nicht Verfahrensgegenstand bildende anwaltliche Sorgfaltspflicht begründen die Berufungskläger die Einlage des Schreibens vom 15. November 2010 denn auch mit keinem Wort, womit sie den Begründungsanforderungen selbstredend nicht genügen. Weshalb schliesslich die - von Art. 405 Abs. 1 CH-ZPO vorgeschriebene - Anwendung der bündnerischen Zivilprozessordnung rabulistisch sein könnte, ist für das Gericht nicht nachvollziehbar. Aufgrund des Gesagten steht somit fest, dass auf den Prozessantrag um Beizug der Fotos aus dem Baueinspracheverfahren vor dem Kreispräsidenten F. und des Schreibens an den Kreispräsidenten F. vom 15. November 2010 nicht einzutreten ist. Im Übrigen verhalten sich die Berufungskläger widersprüchlich, wenn sie mit ihrem Prozessantrag im Berufungsverfahren die Unrichtigkeit der von der Vorinstanz übernommenen Feststellung des Kreispräsidenten geltend machen wollen, auf welche sie in ihrer Prozesseingabe vom 23. November 2009 (S. 17 f.) noch selber Bezug genommen und daraus Rechte abgeleitet haben, indem sie mit Hilfe ebendieser Feststellung des Kreispräsidenten das angeblich widersprüchliche Verhalten der Berufungsbeklagten und ihren behaupteten guten Glauben zu begründen suchten. Das zum prozessualen

Hauptantrag Gesagte gilt schliesslich auch für den Eventualantrag um Edition der Originale durch das Kreisamt F. sowie den Subeventualantrag, den Kreispräsidenten F. als Zeugen zum Thema „Fotos im Zusammenhang mit dem Baueinspracheverfahren D. vs. Y.“ einzuvernehmen. Weder auf den Eventual- noch auf den Subeventual- antrag kann demnach eingetreten werden.

#### E. 4

In ihrer Berufung erneuern die Berufungskläger ihren Eventualantrag, den angefochtenen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft C. vom 20. Februar 2009 nichtig zu erklären. In ihrem Plädoyer an der vorinstanzlichen Haupt- verhandlung begründeten die Berufungskläger diesen Eventualantrag mit dem Hinweis auf die angeblich fehlende Kompetenz der Stockwerkeigentümergeinschaft zum Erlass eines Abbruchbeschlusses und auf eine behauptete schwerwiegende Verletzung der Struktur des Stockwerkeigentums durch das nachträgliche Widerrufen von rechtsgenügend erteilten Sondernutzungsrechten Seite 10 — 30 beziehungsweise von bewilligten Wintergärten (Plädoyer RA Kessler S. 12 f.). Die Vorinstanz wies den Eventualantrag auf Feststellung der Nichtigkeit ab, indem sie erwog, die Berufungskläger hätten gemeinschaftliches Eigentum in Anspruch genommen, ohne dass die Berufungsbeklagte ihnen daran Sondernutzungsrechte eingeräumt habe, weshalb diese befugt gewesen sei, über diese gemeinschaftlichen Teile Anordnungen zu treffen beziehungsweise den Beschluss zu fassen, die Wintergärten auf das zugebilligte Mass zurückzubauen. Der Beschluss stelle keine formelle Abbruchverfügung dar, mit welcher der Rückbau der Wintergärten erzwungen werden könnte, sondern komme einer internen Willensbildung der Berufungsbeklagten gleich. Auch sei der Beschluss formell richtig zustande gekommen (angefochtenes Urteil E. 4.b). Mit diesen Erwägungen haben sich die Berufungskläger in ihrer Berufungsbegründung nicht auseinandergesetzt, sondern sie haben sich auf die Wiederholung des entsprechenden Antrags beschränkt. Damit liegt insoweit keine substantiierte Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil vor, weshalb in diesem Punkt auf die Berufung nicht einzutreten ist (vgl. PKG 2000 Nr. 7 E. 3 und 5). 5.a) Ein Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft kann angefochten werden, wenn er widerrechtlich ist. Aufgrund der anwendbaren vereinsrechtlichen Bestimmung von Art. 75 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), welche in Art. 712m Abs. 2 ZGB für anwendbar erklärt wird, unterliegen der Anfechtung einerseits Gesetzesverletzungen, andererseits Verstösse gegen die Statuten (vgl. auch § 33 des Reglements vom 31. August 1990, bB 3). Unter Gesetz ist über das Stockwerkeigentumsrecht im engeren Sinne hinaus die Gesamtheit der das Stockwerkeigentum betreffenden Normen, geschriebene oder ungeschriebene (z.B. Gleichbehandlungsprinzip), zu verstehen (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 712a-712t ZGB, Bern 1988, Art. 712m ZGB N 128). Als Gesetzesverletzung gelten dabei auch Verstösse gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Konkretisierungen von Art. 2 ZGB (vgl. Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 3. Abteilung, Zweiter Teilband, Art. 60-79 ZGB, Bern 1990, Art. 75 ZGB N 36). Den Statuten des Vereinsrechts entsprechen im Stockwerkeigentumsrecht die gesamte Gemeinschaftsordnung, also der Begründungsakt, das Reglement und die Hausordnung, aber auch etwa die Beschlüsse der Stockwerkeigentümergeinschaft (Wermelinger, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband IV 1c, Art. 712a-712t ZGB, Zürich 2010, Art. 712m ZGB N 204), denn

ein gültiger Beschluss ist für alle Beteiligten - auch und insbesondere für die Stockwerkeigentümerge-

Seite 11 — 30 meinschaft selbst (vgl. zum Vereinsrecht: Riemer, a.a.O., Art. 66 ZGB N 12) - ver- bindlich. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden die Rechtmässigkeit des am 20. Februar 2009 gefassten Rückbaubeschlusses zu überprüfen. b) Die Vorinstanz hielt fest, eine rechtsgenügli- che Änderung des Sondernut- zungsrechts, wie es im Begründungsakt, in den integrierende Bestandteile bilden- den Plänen und im Stockwerkeigentümerreglement definiert sei, habe nie stattge- funden und den Berufungsklägern sei der Nachweis des wirksam zustande ge- kommenen, erweiterten Sondernutzungsrechts nicht gelungen. Die Berufungsklä- ger hätten das ihnen eingeräumte, ausschliessliche Nutzungsrecht überschritten und mit dem Bau der Wintergärten Fläche des Gemeinschaftseigentums in An- spruch genommen. Folglich könne die Berufungsbeklagte - trotz Vorliegens einer rechtskräftigen öffentlichrechtlichen Baubewilligung - von den Berufungsklägern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangen, da sie in ihren Eigentumsrechten tangiert sei. Der angefochtene Beschluss verstosse weder ge- gen das Gesetz noch gegen die Begründungsurkunde und das Reglement. Damit sei die Anfechtungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit nicht gegeben und die Klage abzuweisen (angefochtenes Urteil E. 3.d). c/aa) Die Berufungskläger bringen vor, die Vorinstanz habe die Qualifikation des Rückbaubeschlusses und die damit verbundene Frage des notwendigen Quorums nicht abgeklärt und sich einzig darauf berufen, dass Einstimmigkeit gemäss dem Reglement nur in ausserordentlichen Fällen vorliegen müsse - so bei Änderungen des Reglements und bei Auflösung der Gemeinschaft - und andernfalls ein Be- schluss mit einfachem oder qualifiziertem Mehr genügen soll. Die Berufungsbe- klagte habe vor der Vorinstanz argumentiert, dass die Wintergärten nicht ästhe- tisch seien. Es handle sich deshalb lediglich um eine Änderung der Ansehnlichkeit der Sache, weshalb der Rückbau eine luxuriöse Massnahme darstelle, die gemäss Art. 647e ZGB und § 33 des Reglements Einstimmigkeit voraussetze. Aber auch nützliche bauliche Massnahmen, welche den Gebrauch von gemein- schaftlichen Teilen für einen oder mehrere Stockwerkeigentümer erheblich er- schweren oder die wirtschaftliche Nutzung beeinträchtigen oder unzumutbare Aufwendungen verursachen würden, dürften dem betroffenen Stockwerkeigentü- mer nicht zugemutet werden, welcher über ein Vetorecht verfüge. Unabhängig von der Qualifikation des Rückbaus der Wintergärten habe die Stockwerkeigentümer- gemeinschaft dem diesbezüglichen Antrag nicht mit dem erforderlichen Quorum zugestimmt (Berufungsbegründung S. 24 ff.).

Seite 12 — 30 c/bb) Die Parteien und die Vorinstanz verstehen den Rückbaubeschluss vom 20. Februar 2009 (bB 12) übereinstimmend in dem Sinne, dass beide erstellten Win- tergärten auf die aus dem Grundbuch ersichtliche Dienstbarkeitsgrenze des Gar- tensitzplatzes zuzüglich 10 cm zurückzubauen sind. Dies, obschon der Bezug auf die „Flucht Balkon D.“ für den Wintergarten von X. nicht direkt Sinn macht, wohnen die Eheleute D. doch über der Einheit von Y., nicht jedoch über derjenigen von X.. Zudem wurde, wie aus dem entsprechenden Protokoll hervorgeht (kB 7), an der Stockwerkeigentümersammlung vom 6. März 1998, auf die offensichtlich Be- zug genommen wurde, wenn von den „bewilligten 10 cm“ die Rede war, X. im Ge- gensatz zu Y. nicht ausdrücklich eine Verlängerung seines Gartensitzplatzes um 10 cm zugestanden, sondern wohl eher eine Verlängerung im damals von ihm erstellten Ausmass. Da der umschriebene Sinn des Rückbaubeschlusses jedoch seiner übereinstimmenden Auslegung

im bisherigen Verfahren entspricht, kann insoweit offen bleiben, ob dieser allenfalls anders verstanden werden könnte. Von diesem Sinn ist vielmehr auch im Folgenden auszugehen. Beim Rückbaubeschluss handelt es sich weder - wie bereits die Vorinstanz zu Recht erwogen hat (angefochtenes Urteil E. 4.b) - um eine den staatlichen Er- kenntnisbehörden vorbehaltene formelle Abbruchverfügung, noch entgegen den Berufungsklägern um einen Entscheid über eine von der Stockwerkeigentümer- gemeinschaft auszuführende bauliche Massnahme. Mangels Selbsthilferecht der Stockwerkeigentümergeinschaft gegen die durch die Berufungskläger erstellten Wintergärten wäre eine solche bauliche Massnahme widerrechtlich, was wohl die Nichtigkeit des Rückbaubeschlusses zur Folge hätte (vgl. zur Nichtigkeit von Be- schlüssen der Stockwerkeigentümersammlung Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., Art. 712m ZGB N 146 ff.; vgl. auch Riemer, a.a.O., Art. 75 ZGB N 113). Davon ist je- doch nicht auszugehen, denn viel näher liegt die Annahme einer Verwaltungs- handlung, wurde doch mit dem Rückbaubeschluss über die klarerweise in die Kompetenz der Stockwerkeigentümersammlung fallende Beseitigung einer - von der Berufungsbeklagten behaupteten - bestehenden Störung des gemein- schaftlichen Eigentums durch die Erstellung der Wintergärten entschieden. Dem- nach wird die Berufungsbeklagte den Rückbau der Wintergärten nicht einfach selbst vornehmen dürfen, selbst wenn sich der Rückbaubeschluss als gültig her- ausstellen sollte. Vielmehr wird sie diesfalls die Erfüllung des Rückbaubeschlus- ses einklagen müssen oder - wozu auch jeder einzelne Stockwerkeigentümer be- rechtigt ist - gestützt auf den Rückbaubeschluss eine Negatorienklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB einzuleiten haben, wenn die Berufungskläger den Rückbau nicht freiwillig vornehmen (vgl. PKG 1994 Nr. 5). Zu Unrecht wenden die Berufungsklä-

Seite 13 — 30 ger in diesem Zusammenhang ein, bei der Frage des Rückbaus handle es sich in Wahrheit um den Rückbau einer rechtmässig erstellten und bewilligten Baute, denn die Wintergärten seien rechtskonform erstellt worden (Berufungsbegründung S. 24). Ob erwiesen ist, dass die Wintergärten rechtmässig erstellt wurden, wird später noch zu prüfen sein und bejahendenfalls wäre der Rückbaubeschluss je- denfalls nicht nur mangels Erreichung des notwendigen Quorums, sondern in ers- ter Linie aus Gründen des in diesem Fall gegebenen Verstosses gegen das Rechtsmissbrauchsverbot und die Gemeinschaftsordnung, aufzuheben (vgl. nach- stehend E. 5.f). Nachdem feststeht, dass der Rückbaubeschluss eine Verwaltungshandlung be- trifft, mit welcher die Beseitigung von angeblich unzulässigerweise auf gemein- schaftlichem Eigentum errichteten Bauten angeordnet wurde, erhellt, dass der Rückbaubeschluss entgegen der Auffassung der Berufungskläger weder der Ein- stimmigkeit bedurfte, noch diesen ein Vetorecht zustand. Wird die Anordnung des Rückbaus als qualifizierte Verwaltungshandlung gemäss § 30 lit. b des Regle- ments (bB 3) beziehungsweise als wichtige Verwaltungshandlung im Sinne von Art. 647b Abs. 1 ZGB angesehen, bedurfte der Rückbaubeschluss nach § 31 des Reglements der Zustimmung der (qualifizierten) Mehrheit aller anwesenden Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten auf sich zu vereinigen hatten. Dieses Quorum entspricht auch der von Art. 647b Abs. 1 ZGB vorgeschriebenen Regelung (vgl. zur Berechnungsbasis der anwesenden oder vertretenen Stimmen: Wermelinger, a.a.O., Art. 712m N 187). Ist die Anordnung des Rückbaus der Wintergärten hingegen als notwendige Verwaltungshandlung nach § 30 lit. a des Reglements oder Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zu betrachten, so benötigte der Rückbaubeschluss nach § 30 lit. a des Reglements lediglich der Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer. Ob mit dem angeordneten Rückbau eine wichtige beziehungsweise

eine qualifizierte oder aber eine notwendige Verwaltungsmassnahme vorlag, kann hier jedoch offen bleiben, denn es ist völlig unbestritten, dass das in § 31 des Reglements beziehungsweise in Art. 647b Abs. 1 ZGB festgelegte (qualifizierte) Quorum am 20. Februar 2009 mit der Zustimmung von sieben Stimmen bei Ablehnung von zwei Stimmen und einer Enthaltung erreicht worden ist (vgl. bB 12). Der angefochtene Rückbaubeschluss setzte nach dem Gesagten weder aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen noch aufgrund des Reglements (vgl. § 32) Einstimmigkeit voraus und den Berufungsklägern kam in dieser Hinsicht auch kein Vetorecht zu. Jedes andere Ergebnis wäre systemwidrig, denn es würde darauf hinauslaufen, dass die Berufungskläger als Ersteller der Wintergärten den Beschluss auf Beseitigung der nach Ansicht der

Seite 14 — 30 Berufungsbeklagten unrechtmässig erstellten Bauten blockieren könnten. Die Rechte der Berufungskläger werden genügend gewahrt mit der von ihnen genutzten Möglichkeit, den Rückbaubeschluss gerichtlich anzufechten und im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens die Aufhebung des Beschlusses mit der Begründung zu verlangen, ihre Wintergärten seien rechtmässig erstellt worden. Eine Quorumsverletzung liegt nach dem Gesagten nicht vor. d/aa) Die Berufungskläger bringen vor, die von der Vorinstanz abgehandelte Frage des Sondernutzungsrechts an den Gartensitzplätzen sei betreffend den Rückbau der Wintergärten gänzlich irrelevant und gar nicht Bestandteil des angefochtenen Rückbaubeschlusses. Die Frage, ob und allenfalls wer auf gemeinschaftlichen Teilen Sondernutzungsrechte ausüben dürfe, sei von der Frage der Erstellung beziehungsweise dem Rückbau einer Baute zu unterscheiden. Abgesehen vom Bestehen eines Sondernutzungsrechts müssten sowohl beim Bau als auch beim Rückbau von Bauten und Anlagen im Bereich der gemeinschaftlichen Teile die Besonderheiten des Stockwerkeigentumsrechts eingehalten werden. Dies sei beim angefochtenen Rückbaubeschluss aber nicht der Fall gewesen (Berufungsbegründung S. 9). d/bb) In der Tat hat die Vorinstanz zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Fragen nicht unterschieden. Die besonderen Nutzungsrechte an den Gartensitzplätzen, wie sie aus dem Begründungsakt (mitsamt den dazugehörigen Plänen; bB 2) hervorgehen, in § 5 des Reglements (bB 3) erwähnt und im Grundbuch als Grunddienstbarkeiten eingetragen wurden, sind vom Bau der zumindest teilweise auf den Flächen der Gartensitzplätze stehenden Wintergärten zu trennen. Die Flächen der Gartensitzplätze befinden sich als Teil des Bodens der Liegenschaft kraft Gesetzes (vgl. Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) im gemeinschaftlichen Eigentum aller Stockwerkeigentümer. Um darauf Wintergärten zu erstellen, konnten sich die Berufungskläger somit nicht auf ihre in Art. 712a Abs. 2 ZGB verankerte Gestaltungsfreiheit berufen, sondern für solche bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen verweist Art. 712g Abs. 1 ZGB auf die Bestimmungen über das gewöhnliche Miteigentum (Art. 647c-647e ZGB), wonach die baulichen Massnahmen in notwendige, nützliche und luxuriöse unterteilt werden (vgl. BGE 136 III 261 E. 2.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dies ungeachtet dessen, dass die Wintergärten zumindest teilweise auf mit besonderen Nutzungsrechten ausgestatteten Miteigentumsbestandteilen (Gartensitzplätze) errichtet wurden (Urteile des Bundesgerichts 5A\_222/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3.1, wo die Beschlussfassung insbesondere für bauliche Umgestaltungen reglementarisch erschwert war; 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006 E. 3.1, wo namentlich für die Er-

Seite 15 — 30 stellung von Wintergärten auf zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Flächen eine reglementarische Sonderregelung bestand; 5C.11/2001 vom 15. Oktober 2001

E. 4). Auch in der Lehre wird darauf hingewiesen, dass, obwohl die berechtigten Gemeinschaftler mit der Einräumung eines Sondernutzungsrechts die entsprechenden gemeinschaftlichen Teile ausschliesslich nutzen dürfen, die bauliche Verwaltungsbefugnis hinsichtlich dieser gemeinschaftlichen Objekte nur allen Mitbeziehungsweise Stockwerkeigentümern gemeinsam zusteht, weshalb bauliche Massnahmen an solchen Objekten zwingend einen Beschluss der Gemeinschaft erfordern (Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Zürich 2010, S. 105 f.). Ein Sondernutzungsrecht erteilt also, wie es bereits der Name sagt - abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmen - kein Recht zur baulichen Ausgestaltung (Wermelinger, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 712a- 712t ZGB N 202). Art. 647c-e ZGB sind damit in der Regel ohne weiteres auf gemeinschaftliche Teile mit Sondernutzungsrechten anwendbar. Würde man dem berechtigten Stockwerkeigentümer ein uneingeschränktes Recht für deren bauliche Ausgestaltung einräumen, würde dies eine Umgehung von Art. 712b Abs. 2 ZGB bedeuten. Ein zwingend gemeinschaftlicher Teil kann deshalb keinem Stockwerkeigentümer zur freien Verfügung (und Ausgestaltung) übertragen werden (Wermelinger, a.a.O., Art. 712a ZGB N 165). Nach dem Ausgeführten ist somit zwischen Sondernutzung und der Vornahme baulicher Massnahmen klar zu differenzieren. Insbesondere beinhaltet die Sondernutzung kein Recht zur Vornahme baulicher Massnahmen und bedarf es für Letztere stets und unabhängig von einer allfälligen Sondernutzung eines Beschlusses der hierfür zuständigen Stockwerkeigentümerversammlung. Dies hat die Vorinstanz übersehen, wenn sie sich auf die Sondernutzungsrechte an den (erweiterten) Gartensitzplätzen konzentriert hat. Als Zwischenergebnis steht demnach fest, dass der Bau der umstrittenen Wintergärten unabhängig vom Umfang der bestehenden Sondernutzungsrechte an den Gartensitzplätzen eine bauliche Veränderung von gemeinschaftlichem Eigentum darstellte und als solche zustimmungsbedürftig im Sinne von Art. 647c ff. ZGB beziehungsweise der entsprechenden reglementarischen Bestimmungen war. Nur am Rande ist festzustellen, dass, auch wenn die Stockwerkeigentümerversammlung ihre Zustimmung zu einer im ausschliesslichen Individualinteresse liegenden baulichen Massnahme - wie es ein Wintergarten regelmässig darstellt - unabhängig vom Bestehen eines Sondernutzungsrechts erteilen kann, in der Zustimmung zu einer solchen baulichen Massnahme regelmässig die (in den von Treu und Glauben gesetzten Schranken widerrufbare) Einräumung eines obligatorischen Nutzungsrechts enthalten sein wird, soweit die bewilligte Bauteumfangmässig über ein bestehendes Sondernutzungsrecht hinausgeht. Für die Einräumung eines solchen obligatorischen Sondernutzungsrechts ist grundsätzlich dasselbe Quorum erforderlich wie für einen Beschluss über eine nützliche bauliche Massnahme im Sinne von Art. 647d Abs. 1 ZGB, nämlich die qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen (vgl. PKG 1992 Nr. 8; Urteil des Bundesgerichts 5C.264/2006 vom 30. März 2007 E. 3.2, mit welchem Entscheid das Urteil der Zivilkammer ZF 2005 74 vom 14. Februar 2006 bestätigt wurde). d/cc) Nach dem Gesagten ist - zumindest in einem ersten Schritt - irrelevant, ob und in welchem Umfang die im Begründungsakt umschriebenen Sondernutzungsrechte erweitert wurden. Immerhin sei nebenbei darauf hingewiesen, dass vorliegend keine rechtsgültige Erweiterung der Gartensitzplätze als Grunddienstbarkeiten erwiesen ist. Gegen eine Erweiterung der Dienstbarkeiten spricht bereits, dass eine solche nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Eine Bezugnahme auf eine allfällige Erweiterung der Dienstbarkeit mit Beschluss vom 6. März 1998 wäre aber insbesondere anlässlich des Nachtrags vom 19. November 2003 (bB

4) zu erwarten gewesen, mit welchem die Stockwerkeinheiten Nr. 1 und Nr. 3 abgetauscht wurden. Dies war jedoch nicht der Fall. Vielmehr wurde im Nachtrag ausdrücklich festgehalten, über den vorgenommenen Abtausch hinaus behielten die Begründungspläne und das Reglement unverändert ihre Gültigkeit. Ohnehin ist fraglich, ob mit § 32 des Reglements - wie die Berufungskläger argumentieren (Berufungsbegründung S. 14) - hinsichtlich der Erweiterung von Grunddienstbarkeiten von dem durch Art. 648 Abs. 2 ZGB statuierten Erfordernis der Zustimmung aller im Grundbuch eingetragener - und somit nicht nur aller an der Versammlung anwesenden oder vertretenen - Stockwerkeigentümer (vgl. dazu Wermelinger, a.a.O., Art. 712m N 192) abgewichen wurde. Die Frage ist mit Blick darauf, dass § 32 des Reglements Verfügungen über die Sache mit keinem Wort erwähnt und auch § 30 („Die Beschlussfassung im allgemeinen“) und § 31 des Reglements („Qualifiziertes Mehr“) - soweit diese Bestimmungen für den vorliegenden Zusammenhang relevant sind - nur Verwaltungshandlungen betreffen, eher zu verneinen, denn eine Erleichterung des umschriebenen Einstimmigkeitsquorums von Art. 648 Abs. 2 ZGB bedürfte aufgrund des Minderheitenschutzes eine - im vorliegenden Fall gerade fehlende - klare und eindeutige Grundlage im Reglement (vgl. PKG 1996 Nr. 7). Die Frage kann jedoch letztlich offen gelassen werden, denn die Akten verbieten nach dem Gesagten ohnehin die Annahme einer Erweiterung der im Grundbuch als Dienstbarkeiten eingetragenen Sitzplätze der Berufungskläger. Ebenso ist festzuhalten, dass dem Berufungskläger II der Beweis des genauen Umfangs einer angeblichen Erweiterung seines Sitzplatzes im Sinne eines - über die Fläche seines im Grundbuch eingetragenen Sitzplatzes hinaus gehenden - reglementari-

Seite 17 — 30 schen oder obligatorischen Nutzungsrechts insoweit misslungen ist, als er behauptet, dass ihm an der Versammlung vom 6. März 1998 entgegen dem Wortlaut des unangefochten gebliebenen Protokolls (kB 7) eine Verlängerung des Sitzplatzes um mehr als 10 cm bewilligt worden sei. Jedenfalls haben die Berufungskläger nicht bewiesen, dass sie über ihre mit Verbundsteinen gepflästerte Sitzplatzfläche - wie sie vor der Erstellung der Wintergärten bestand - hinaus ein Sondernutzungsrecht hatten. Dieser Beweis hätte ihnen jedoch obliegen, sprengte doch die Erstellung der Wintergärten schliesslich die so begrenzten Sitzplätze, wie die Vorinstanz unter Hinweis auf den Entscheid des Kreispräsidenten F. vom 20. Januar 2009 (kB 19 S. 5) zu Recht festgehalten hat (angefochtenes Urteil E. 3.b/ee; vgl. auch vorstehend E. 3.b, wonach sich die Berufungskläger widersprüchlich verhalten und somit nicht zu hören sind, wenn sie die Unrichtigkeit dieser von der Vorinstanz übernommenen Feststellung des Kreispräsidenten geltend machen wollen). Im Übrigen ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Berufungskläger (Berufungsbegründung S. 17) der am 1. Januar 2012 in Kraft getretene Art. 712g Abs. 4 ZGB vorliegend nicht anwendbar ist, zumal Art. 1 SchlTZGB von der Regel der Nichtrückwirkung ausgeht, weshalb allenfalls begründete reglementarische Sondernutzungsrechte auch gegen den Willen der Berufungskläger entziehbar gewesen wären (vgl. Wermelinger, a.a.O., Art. 712g N 170). e/aa Weder die Berufungsbeklagte noch die Vorinstanz haben das Vorliegen eines formell gültigen Zustimmungsbeschlusses zur Erstellung der Wintergärten in Frage gestellt. Die Vorinstanz erwog, acht der zehn Stockwerkeigentümer hätten dem Bauvorhaben schriftlich zugestimmt. Gestützt darauf habe die Berufungsbeklagte die Berufungskläger anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 20. Juli 2007 ermächtigt, die geplanten Wintergärten zu realisieren. Beim Wintergarten handle es sich um eine nützliche bauliche Massnahme im Sinne von Art. 647d Abs. 1 ZGB, wofür ein Mehrheitsbeschluss

erforderlich sei, weshalb die er- gangene Zustimmung der Berufungsbeklagten formal korrekt erfolgt sei (ange- fochtenes Urteil E. 3.b/gg). Gemäss dem Protokoll der ausserordentlichen Stock- werkeigentümersversammlung vom 20. Juli 2007 (kB 9) sind die Beteiligten an- scheinend hinsichtlich der Erstellung der Wintergärten von einer baulichen Mass- nahme nach § 23 des Reglements („Massnahmen, die der Verschönerung oder der Bequemlichkeit dienen“) ausgegangen, für welche zufolge Kostenübernahme durch die Berufungskläger das Einstimmigkeitserfordernis entfiel und ein qualifi- ziertes Mehr genügte. e/bb) Die Bewilligung der Erstellung von Wintergärten durch zwei Stockwerkeigentümer betrifft zweifelsohne eine Verwaltungshandlung baulicher Natur und

Seite 18 — 30 führt, zumal der Boden der Liegenschaft, worauf die Wintergärten erstellt wurden, einen - zwingend - gemeinschaftlichen Teil darstellt und Art. 712g Abs. 1 ZGB für bauliche Massnahmen auf solchen Teilen auf die Bestimmungen über das ge- wöhnliche Miteigentum verweist, zur Anwendbarkeit von Art. 647c-647e ZGB, wo- nach die baulichen Massnahmen in notwendige, nützliche und luxuriöse unterteilt werden (vgl. bereits vorstehend E. 5.d/bb). Die Erstellung der Wintergärten stellte sicherlich keine für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Lie- genschaft C. nötige, sogenannte notwendige bauliche Massnahme im Sinne von § 21 des Reglements und Art. 647c ZGB dar. Jedoch ist zu klären, ob die Wintergär- ten als nützliche oder gar luxuriöse Aufwendungen zu betrachten sind. e/cc) Nützliche Aufwendungen sind Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die eine Wertsteigerung oder Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit der Sache bezwecken. Selbst Neubauten können darunter fallen und entspre- chend beschlossen werden (Brunner/Wichtermann, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 647d ZGB N 5). Luxuriöse Bauarbeiten sind solche, die lediglich der Verschönerung, der An- sehnlichkeit der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch dienen. Die Abgren- zung der nützlichen zu den luxuriösen Massnahmen ist unter diesem Gesichts- punkt nicht immer einfach. Ein für den Gebrauch der Sache absolut unnötiger Um- und Einbau kann den Verkehrwert erheblich steigern, ebenfalls die künstlerische Gestaltung einer Sache. Zur Zuordnung nur beschränkt brauchbar ist die Unter- scheidung zwischen Verbesserung der Gebrauchsfähigkeit der Sache und Steige- rung der reinen Bequemlichkeit, da sich auch das bloss Angenehme wertsteigernd auswirken kann (Brunner/Wichtermann, a.a.O., Art. 647d ZGB N 7). Die betreffen- den Massnahmen beziehungsweise die widerstreitenden Zuordnungskriterien sind in solchen Fällen am Kriterium von getätigten Investitionen und objektiver Verbes- serung der Sache zu messen. Ist das Verhältnis zwischen der Investition und der Wertsteigerung günstig, das heisst sind beide Werte möglichst identisch, ist von einer nützlichen Baute auszugehen. Sind die Kosten der Arbeiten im Vergleich zur erreichten Steigerung hoch, ist eher von einer luxuriösen Massnahme auszugehen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 1. Ab- teilung, 1. Teilband, Art. 641-654 ZGB, Bern 1981, Art. 647e ZGB N 2). Zwar kann auch die Realisierung von luxuriösen Baumassnahmen den Sachwert steigern. Jedoch darf die Wertsteigerung nicht der Investition entsprechen. Je höher diese im Vergleich zum geschaffenen Mehrwert ist, desto eher liegt eine luxuriöse bauli- che Massnahme vor. Bei ihr ist die Wertsteigerung primär affektiver Art (Meier- Hayoz, a.a.O., Art. 647e ZGB N 1 f.; Brunner/Wichtermann, a.a.O., Art. 647e ZGB

Seite 19 — 30 N 1 und 3 ff.). Als Beispiele für nützliche bauliche Massnahmen werden in Literatur und Rechtsprechung Um-, Aus- und Anbau von Gebäuden aller Art, Abbruch und

Neubau eines Gebäudes unter Beibehaltung des Zwecks genannt, etwa die Aufstockung eines Gebäudes, der Ausbau von abgeschrägten Dachzimmern, unter Umständen auch ein Fensterdurchbruch, das Ausgraben von Kellerräumen zum Zwecke einer Kantine, ebenfalls die Aufstockung eines Gebäudes durch den obersten Stockwerkeigentümer (vgl. Friedrich, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Bern 1972, § 25 N 11; Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 647d ZGB N 16 ff.; Brunner/Wichtermann, a.a.O., Art. 647d ZGB N 8). Beispiele für luxuriöse Bauten sind etwa der Einbau eines Luxusbads, die Erstellung eines Springbrunnens, die Auskleidung mit Marmor, die Anlage eines Dachgartens (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 647e ZGB N 4). Das Kantonsgericht von Graubünden qualifizierte in PKG 1996 Nr. 7 die Erstellung eines weiteren Zuganges mit Aussentreppe, eines zusätzlichen Fensters und einer Dachlukarne durch einen Stockwerkeigentümer klar als nützliche bauliche Massnahme und nicht als luxuriöse Aufwendung. Unbeachtlich ist bei der Beurteilung einer baulichen Massnahme, ob - ebenso wie bei der obgenannten Aufstockung durch einen Stockwerkeigentümer oder bei dem in PKG 1996 Nr. 7 behandelten Fall - die Umbaute in erster Linie dem Gebrauch des betroffenen Stockwerkeigentümers dient. Massgebend ist vielmehr, ob eine Wertsteigerung damit auch bei der gesamten Liegenschaft zu verzeichnen ist (vgl. zum Ganzen: Urteil der Zivilkammer ZF 2003 11 vom 20. Mai 2003 E. 7.c sowie Urteil des Bundesgerichts 5C.110/2001 vom 15. Oktober 2001 E. 5; kritisch zur direkten Anwendung der Art. 647c ff. ZGB auf bauliche Massnahmen im ausschliesslichen Individualinteresse: Thurnherr, a.a.O., S. 111 ff.). e/dd) Nach dem Ausgeführten sind die vorliegend erstellten Wintergärten als nützliche bauliche Massnahmen zu qualifizieren. Zwar liegt es auf der Hand, dass Wintergärten den Gebrauch der Sache durchaus auch bequemer machen. Mit dem Anbau von Wintergärten an zwei Wohnungen des Erdgeschosses ist jedoch fraglos eine Wertsteigerung der betreffenden Stockwerkeigentumseinheiten verbunden. Diese führt im gleichen Umfang zu einer Wertsteigerung der gesamten Liegenschaft, weil sich deren Wert aus der Summe der Werte der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten ergibt. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Erstellung von Wintergärten durch die Berufungskläger diene lediglich der Verschönerung der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch. Mit Blick auf die erwähnten Präjudizien ist klar von einer nützlichen baulichen Massnahme auszugehen. Wie erwähnt ändert daran nichts, dass die Wintergärten praktisch im ausschliesslichen Interesse der beiden Berufungskläger liegen, denen sie zum

Seite 20 — 30 exklusiven Gebrauch bestimmt sind und die auch für die entsprechenden Kosten aufgekommen sind. Nützliche bauliche Massnahmen erfordern gemäss § 31 des Reglements und Art. 647d Abs. 1 ZGB die qualifizierte Zustimmung der Mehrheit aller anwesenden Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten auf sich vereinigen. Dies deckt sich im Ergebnis mit der Ansicht, welche offenbar die Beteiligten an der Stockwerkeigentümersammlung vom 20. Juli 2007 vertraten, dass nämlich die in § 23 Abs. 2 des Reglements ebenso umschriebene qualifizierte Zustimmung nötig war. Eine Quorumsverletzung liegt damit nicht vor. e/ee) Wie die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft zustande zu kommen hat, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Aufgrund des Legalverweises von Art. 712m Abs. 2 ZGB ist auf das Vereinsrecht zurückzugreifen. Beschlüsse von Stockwerkeigentumsgemeinschaften sind grundsätzlich in der Stockwerkeigentümersammlung zu fassen. Allerdings ist es möglich, im Reglement oder im Begründungsakt die Zulässigkeit von Zirkulationsbeschlüssen oder von Urabstimmungen vorzusehen. Nach Art. 712m Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 ZGB ist die schriftliche Zustimmung aller

Mitglieder zu einem Antrag einem Beschluss der Versammlung gleichgestellt. Es müssen sich aber sämtliche Stockwerkeigentümer in einer schriftlichen Beschlussfassung einig sein; verweigert auch nur ein einziger seine Stimme, muss eine Versammlung abgehalten werden (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., Art. 712m ZGB N 118). Zustand gekommen ist ein Zirkulationsbeschluss im Moment, in welchem die letzte Zustimmungserklärung eingegangen ist. Mit anderen Worten bedarf ein Zirkularbeschluss - unabhängig von der gesetzlichen Kompetenzordnung - der Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer (PKG 1995 Nr. 18). In § 30 Abs. 2 des Reglements findet sich eine entsprechende Regelung, wonach jeder Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung durch die schriftliche Zustimmung aller Stockwerkeigentümer ersetzt werden kann. Wird keine gesetzliche Beschlussvariante gewählt, so ist der (Form-)Fehler jedenfalls so gravierend, dass er nicht bloss einen Anfechtungsgrund darstellen kann (BGE 127 III 506 E. 3.d). Eine Urabstimmung fällt vorliegend, da sie in der Gemeinschaftsordnung nicht verankert ist, von vornherein ausser Betracht. Mangels Einstimmigkeit - D. sowie E., welche zusammen eine Wertquote von 262/1000 vertreten (vgl. bB 1), gaben ihre schriftliche Zustimmung zum Bau der Wintergärten durch die Berufungskläger nicht - kam durch die schriftliche Zustimmung von sechs beziehungsweise (unter Einschluss der Berufungskläger) acht Stockwerkeigentümern sodann auch kein

Seite 21 — 30 Zirkulationsbeschluss nach Art. 66 Abs. 2 ZGB und § 30 Abs. 2 des Reglements zustande. Jedoch wurden diese schriftlichen Zustimmungen an der ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung vom 20. Juli 2007 bestätigt, an der 9 Stockwerkeigentümer entsprechend einer Wertquote von 887/1000 anwesend waren und im Anschluss an welche das Recht der Berufungskläger zur Erstellung der Wintergärten protokolliert wurde (bB 8). Ausgehend davon, dass die Stimmabgabe formlos und damit auch stillschweigend erfolgen kann (Riemer, a.a.O., Art. 67 N 55), steht fest, dass aus dem Protokoll unmissverständlich hervorgeht, dass die - jedenfalls die Mehrheit der Stockwerkeigentümer darstellenden und gleichzeitig mehr als die Hälfte der Wertquoten auf sich vereinigenden - schriftlich zustimmenden und zugleich an der Versammlung vom 20. Juli 2007 anwesenden Stockwerkeigentümer damit beschlossen, die Erstellung der Wintergärten zu akzeptieren (vgl. Urteil der Zivilkammer ZF 2003 11 vom 20. Mai 2003 E. 8.d). Daher kann die Frage, ob das Protokoll nicht nur in dem Sinne konstitutive Wirkung aufweist, als nur ein daraus ersichtlicher Beschluss eine rechtliche Wirkung zu entfalten vermag (so Urteil des Bundesgerichts 5C.354/2006 E. 3.1 mit Verweis auf BGE 127 III 506 E. 3.c), sondern darüber hinaus im Anschluss an Wermelinger (a.a.O., Art. 712n N 152) auch ein falsch protokollierter - oder gar ein niemals gefällter, aber dennoch protokollierter - Beschluss so zu gelten hat, wie er aus dem Protokoll zu entnehmen ist, hier offen gelassen werden. e/ff) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass an der ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung vom 20. Juli 2007 ein formell gültiger Beschluss über die Erstellung von Wintergärten durch die Berufungskläger gefasst wurde. Im Übrigen wäre eine allfällige Verletzung von Quorumsbestimmungen - und auch von Vetorechten - durch die unterlassene Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses geheilt worden. Denn abgesehen davon, dass umstritten ist, ob eine Quorumsverletzung überhaupt zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen kann (vgl. PKG 1991 Nr. 59; 1992 Nr. 8; Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., Art. 712m ZGB N 147, mit Hinweisen auf die schwankende bundesgerichtliche Rechtsprechung; verneinend nunmehr Urteil des Bundesgerichts 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006 E. 2.2 betreffend einen Zirkularbeschluss zur Bevollmächtigung eines Anwalts), ist auf Nichtigkeit nur aus -

vorliegend jedenfalls nicht gegebenen - absolut zwingenden Gründen zu erkennen, wenn krasse und offensichtliche Verstösse vorliegen, so zum Beispiel bei der Einberufung der Stockwerkeigentümersversammlung durch eine unzuständige Person oder bei der Beschlussfassung durch eine informelle Zusammenkunft der Stockwerkeigentümer, welche nicht einberufen wurde, sondern „zufällig“ stattfand (vgl. Urteil der

Seite 22 — 30 Zivilkammer ZF 2005 74 vom 14. Februar 2006 E. 2.b/cc, mit weiteren Hinweisen; Wermelinger, a.a.O., Art. 712m ZGB N 209). Nichts anderes hat für die Verletzung der Traktandierungspflicht zu gelten (vgl. die Bemerkungen der Verwaltung im Protokoll der ordentlichen Stockwerkeigentümersversammlung vom 20. Februar 2009 [bB 12], wonach die Beschlussfassung über die Erstellung der Wintergärten nicht traktandiert worden war; vgl. auch § 26 des Reglements zur Traktandierungspflicht); durch die unterlassene Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses wurde auch dieser Mangel geheilt (vgl. PKG 1993 Nr. 3 und Riemer, a.a.O., Art. 75 ZGB N 112). f/aa) Zu prüfen ist, ob für die Berufungsbeklagte ein legitimer Grund bestand, um mit dem Rückbaubeschluss vom 20. Februar 2009 auf den Zustimmungsbeschluss vom 20. Juli 2007 zurückzukommen oder ob sie sich damit eine Verletzung des - von Amtes wegen zu prüfenden - Rechtsmissbrauchsverbots (Verbot des widersprüchlichen Verhaltens) oder der Gemeinschaftsordnung entgegenhalten lassen muss. Auszugehen ist dabei von der Verbindlichkeit des gefassten Zustimmungsbeschlusses für sämtliche Beteiligten (vorstehend E. 5.a). f/bb) In ihrer Prozessantwort vom 28. Januar 2010 (S. 5 f.) brachte die Berufungsbeklagte vor, die Berufungskläger hätten sich an ihre Versprechungen und Zusicherungen nicht mehr gebunden gefühlt, denn sie hätten mit Bezug auf Grösse und Ausdehnung komplett andere Wintergärten realisiert, als sie versprochen hätten. Zum einen würden sich die Wintergärten nicht auf die Schnittpunkte am bestehenden Gebäude anpassen und zwar weder von vorne noch von der Seite. Vielmehr würden diese deutlich über die Gebäudeflucht hinauslappen. Zum anderen stünden die Wintergärten zu einem erheblichen Teil auf dem Boden der Gemeinschaft, was vorher mit keinem Wort jemals thematisiert worden sei. Von einer „harmonischen Anpassung“ und von Wintergärten, die sich auf die Schnittpunkte des bestehenden Gebäudes anpassen würden, könne deshalb keine Rede sein. Die Berufungskläger hätten wissentlich auf fremdem Boden gebaut und ohne die Gebäudefluchten zu respektieren. f/cc) Ob ein Irrtum der Berufungsbeklagten oder einzelner Stockwerkeigentümer über die Ausdehnung der im Sondernutzungsrecht der Berufungskläger stehenden Gartensitzplatzflächen für die Rücknahme der Zustimmung zur Erstellung der Wintergärten ausreichen würde, erscheint fraglich. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, kann dies jedoch offen bleiben. Die Berufungskläger haben ihre Wintergärten auf dem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Boden der Liegenschaft erstellt (vgl. vorstehend E. 5.d/bb). Bei solchen Bauten an gemeinschaftli-

Seite 23 — 30 chen Miteigentumsbestandteilen gilt die Regel der Eigentumsfreiheitsklage, dass der auf fremdes Mit- oder Alleineigentum Einwirkende die Beweislast für die seine Einwirkung rechtfertigenden Sachumstände trägt (vgl. Wiegand, in: Honell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 641 ZGB N 64; Meier-Hayoz, a.a.O., 115). Im vorliegenden Fall obliegt demnach den Berufungsklägern der Beweis dafür, dass sie ein Recht hatten, ihre Wintergärten - in ihrer konkreten Ausgestaltung - zu errichten. Dies gilt völlig unbeschadet davon, dass die Wintergärten zumindest teilweise auf den sich im Sondernutzungsrecht der Berufungskläger befindenden Flächen ihrer Gartensitzplätze gebaut wurden, denn das Sondernutzungsrecht

hat keinen Einfluss auf die sach- rechtliche Zuordnung und stellt auch kein Sonderrecht dar, in dessen Rahmen jeder Stockwerkeigentümer in der baulichen Ausgestaltung frei ist (vgl. Art. 712a Abs. 2 ZGB und vorstehend E. 5.d/bb). Vorab ist festzuhalten, dass der Zustim- mungsbeschluss an der Stockwerkeigentümerversammlung vom 20. Juli 2007, anlässlich welcher die schriftlichen Zustimmungen von insgesamt sechs Stock- werkeigentümern (die Berufungskläger ausgenommen) durch die (die qualifizierte Mehrheit bildenden schriftlich zustimmenden und zugleich) an der Versammlung anwesenden Stockwerkeigentümer bestätigt wurden (vorstehend E. 5.e/ee), auf der konkreten Ausgestaltung der Bauvorhaben basierte, wie sie im März 2007 den schriftlich zustimmenden Stockwerkeigentümern bekannt gegeben wurde (kB 8). Demnach lag dem Zustimmungsbeschluss zugrunde, dass die „Konstruktion [...] komplett aus Holz erstellt“ und sich dem Gebäude perfekt anpassen würde. Als Farbe sollte „Nussbaum Mittelbraun Ralfarbe“ gewählt werden. Die Bauten sollten sowohl von vorne als auch von der Seite „genau auf die Schnittpunkte am beste- henden Gebäude angepasst werden“. Die genaue Anpassung der geplanten Bau- ten ging aus drei nicht aktenkundigen Front-Seitenansichten hervor, wobei es sich zumindest teilweise um CAD-Zeichnungen handelte (vgl. Schreiben von H. vom 27. Februar 2008, bB 11). Sollten die Wintergärten entsprechend dieser Um- schreibung und entsprechend den integrierten Projektunterlagen ausgeführt wor- den sein, könnte die Berufungsbeklagte - jedenfalls nicht ohne vorgängige Anfech- tung des Zustimmungsbeschlusses wegen Willenmängeln - nicht ohne Wider- spruch zu ihrer Zustimmung zur Erstellung der Wintergärten deren Rückbau be- schliessen. Ob die Erstellung der Wintergärten vom Zustimmungsbeschluss tatsächlich gedeckt ist, stellt eine Frage der Beweiswürdigung dar, welche die I. Zivilkammer gestützt auf die Akten zu beantworten hat, wobei die negativen Fol- gen einer allfälligen Beweislosigkeit wie gesehen von den insoweit beweisbelaste- ten Berufungsklägern zu tragen sind.

Seite 24 — 30 f/dd) Bereits vor Ausführung der Wintergärten erhoben D. am 19. und 21. August 2007 öffentlichrechtliche und privatrechtliche Baueinsprache gegen das Bauge- such des Berufungsklägers II (kB 10-11). G. protestierten sodann unlängst nach Fertigstellung der Wintergärten, am 30. Dezember 2007, gegen deren Ausführung, wobei neben der Ästhetik auch die angebliche Beanspruchung „gemeinschaftli- chen Landbesitzes“ beanstandet wurde (bB 10). Mit Schreiben vom 9. Januar 2008 rügte H. gegenüber X. sodann, dessen Wintergarten beanspruche Boden- fläche über das ihm zugewiesene ausschliessliche Benützungsrecht des Garten- sitzplatzes hinaus (bB 9). Dies hielt sie im Wesentlichen auch in ihrem Schreiben vom 27. Februar 2008 an die damalige Verwalterin, die I., fest. Zudem entspreche die Arbeitsausführung nicht den zugestellten CAD-Zeichnungen (bB 11). Zu Recht weist die Vorinstanz zudem auf das „Protokoll der informellen Stockwerkeigentü- merversammlung“ vom 19. Dezember 2008 hin, wonach die Berufungskläger be- vorzugten, der Berufungsbeklagten „für die Umnutzung des Gartensitzplatzes in Form des geschlossenen Wintergartens die zusätzlich belegte bis heute nicht im ausschliesslichen Benützungsrechte stehende Bodenfläche ab[zu]kaufen“ und die „Fläche des ursprünglichen Gartensitzplatzes ins Eigentum der beiden Wohnun- gen überführt“ würde (kB 20; angefochtenes Urteil E. 3.b/gg). Aus dem Entscheid des Kreispräsidenten F. vom 20. Januar 2009 (kB 19) geht schliesslich hervor, dass gemäss einem am 12. September 2007 zwischen dem Berufungskläger II sowie D. abgeschlossenen Vergleich „diese [umstrittene] Fläche mittels jährlichem Zins [...] abgegolten werden könnte“ und dass die Profilierung des Neubaus klar und offensichtlich gut einsehbar im grünen Rasen, somit ausserhalb der eigentli- chen Terrasse stand (kB 19 S. 5; vgl. auch

vorstehend E. 3.b und 5.d/cc, wonach die Berufungskläger nicht zu hören sind, wenn sie die Unrichtigkeit dieser Feststellung geltend machen). f/ee) Die Frage, ob die von D. erhobenen Baueinsprachen, der rasche Protest von G. gegen die ausgeführten Bauten, die Tatsache, dass H. bereits am 9. Januar 2008 eine Abweichung von den zugestellten Plänen behauptete und die aus den Akten hervorgehende Bereitschaft der Berufungskläger, für eine offenbar umstrittene Fläche eine „Abgeltung“ zu leisten, den Schluss zulassen, die Wintergärten seien abweichend von der dem Zustimmungsbeschluss zugrunde liegenden Beschreibung (kB 8) und den nicht aktenkundigen Projektionsunterlagen erstellt worden, kann hier offen bleiben. Fest steht, dass den Berufungsklägern jedenfalls der Nachweis nicht gelungen ist, dass die Wintergärten entsprechend dieser Beschreibung und den Plänen erstellt worden sind. Das Protokoll des Zustimmungsbeschlusses vom 20. Juli 2007 enthält keine Aussage über den genauen Umfang

Seite 25 — 30 und die Ausgestaltung der Wintergärten und auch deren bereits wiedergegebene (vorstehend E. 5.f/cc) Beschreibung im Ersuchen der Berufungskläger um schriftliche Zustimmung zu ihren Bauvorhaben (kB 8) ist nicht eindeutig, fehlen doch etwa genaue Massangaben (vgl. für ein Gegenbeispiel etwa den dem Urteil des Bundesgerichts 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006 zugrunde liegenden Sachverhalt). Die den schriftlichen Zustimmungserklärungen von sechs Stockwerkeigentümern zugrunde liegenden Planunterlagen beziehungsweise CAD-Zeichnungen haben die Berufungskläger nicht ins Recht gelegt. Es ist haltlos, wenn sie mit Verweis auf die Baubewilligungspläne (kB 17-18) vorbringen, es handle sich dabei um die „seinerzeit den Stockwerkeigentümern schon unterbreiteten“ Pläne (Berufungsbegründung S. 21). Bei den Baubewilligungsplänen handelt es sich weder um Front- noch um Seitenansichten. Zudem tragen sie das Datum des 10. August 2007 und wurden am 13. August 2007 der Gemeinde B. eingereicht, während der Zustimmungsbeschluss bereits früher, nämlich am 20. Juli 2007 gefasst wurde, weshalb die Baubewilligungspläne gar nicht Grundlage des Zustimmungsbeschlusses sein konnten. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass im Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung vom 20. Februar 2009 von der Verwaltung bemerkt wurde, bei der Zustimmung seien den Stockwerkeigentümern „alle Pläne, Zeichnungen etc.“ bekannt gewesen (bB 12), denn damit waren offensichtlich nur die beim Zustimmungsbeschluss überhaupt existierenden Pläne, nicht aber die - wie die Baubewilligungspläne vom 10. August 2007 - erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehenden Pläne gemeint. Zudem wurde gegen dieses Protokoll und die darin gemachten Bemerkungen der Verwaltung im Namen von D. gemäss den Akten Einsprache erhoben (bB 14), weshalb insoweit ohnehin nicht auf diese Ausführungen abgestellt werden kann. Unter diesen Umständen hilft den Berufungsklägern auch nicht, wenn sie vorbringen, den einzelnen Stockwerkeigentümern seien genaue Pläne mit den entsprechenden Mass- und Situierungsangaben vorgelegt worden (Berufungsbegründung S. 23). Ob diese Behauptung der Wirklichkeit entspricht, ist insoweit ohne Belang, jedoch hätte es ihnen zwecks Überprüfung mit der tatsächlichen Bauausführung obliegen, diese Pläne einzureichen. Dass die beweiselasteten Berufungskläger dies unterlassen haben, gereicht allein ihnen zum Nachteil. Da somit nicht feststeht, dass die Berufungskläger ein Recht zur Erstellung ihrer Wintergärten über das zugestandene Ausmass (Sitzplatzgrenze gemäss Grundbuch plus 10 cm) hinaus hatten, konnte die Berufungsbeklagte ohne Widerspruch zum Zustimmungsbeschluss den Rückbau der Wintergärten verlangen (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation Urteil der Zivilkammer ZF 2000 61/62 vom 18. Juni 2001).

Seite 26 — 30 f/ff) Was die Verhältnismässigkeit des Rückbaubeschlusses betrifft, ist keine Interessenabwägung vorzunehmen, ob der durch die Einwirkung dem Eigentümer zugefügte Nachteil unverhältnismässig geringer ist als die dem Störer entstehenden Kosten der Behebung des Nachteils (vgl. Urteil der Zivilkammer ZF 2003 11 vom 20. Mai 2003 E. 10.f, mit Hinweis auf BGE 68 II 374 E. 4 und Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 641 ZGB N 105). Die Berufungskläger können sich daher gegen den Rückbaubeschluss nicht dahingehend wehren, dass die Kosten des Rückbaus und ihre auf dem Spiel stehenden erheblichen finanziellen Interessen (vgl. vorstehend E. 1.b) im Vergleich zur Beeinträchtigung der übrigen Stockwerkeigentümer durch die Wintergärten unverhältnismässig seien. Jedenfalls gibt es keine Anhaltspunkte, dass die Abwägung der beiderseitigen Interessen krass zu Gunsten der Berufungskläger ausfallen könnte, denn die Berufungsbeklagte hat ein Interesse daran, dass gemeinschaftliches Eigentum von einzelnen Stockwerkeigentümern ohne besonderen Rechtstitel nicht exklusiv benutzt werden soll (vgl. BGE 127 III 506 E. 4.b). Ebenso wenig erscheint die Anordnung des Rückbaus der Wintergärten durch die Berufungsbeklagte unnützlich oder gar schikanös. Die Berufungskläger machen ein Verhalten wider Treu und Glauben geltend. Das widersprüchliche Verhalten der Berufungsbeklagten und insbesondere das lange Zuwarten mit der Rechtsausübung sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz (Berufungsbegründung S. 29 f.). Auch dieser Einwand der Berufungskläger geht fehl. Namentlich schadet der Berufungsbeklagten nicht, dass sie im Baubewilligungsverfahren keine Einsprachen erhoben hat. Die von der Gemeinde B. erteilten Baubewilligungen (kB 15-16) stellen behördliche Erklärungen dar, dass den projektierten Bauten, für die Baubewilligungsgesuche eingereicht wurden, keine Hindernisse aus dem Baurecht entgegen stehen. Sie sagen indes nichts über die zivilrechtlichen Verhältnisse in Bezug auf die Liegenschaft und die geplanten Bauten aus, insbesondere ordnen sie diese nicht neu oder bestimmen nicht deren Bestand, Umfang oder Untergang (Urteil des Kantonsgerichts ZF 2003 12 vom 29. September 2003 E. 2.b; PKG 1994 Nr. 5 E. 3). Hinzugefügt sei, dass der sachenrechtliche Abwehrensanspruch aus Art. 641 Abs. 2 ZGB grundsätzlich unverjährbar ist, weshalb wegen Zeitablaufs nur sehr zurückhaltend auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden kann, weil damit die Unverjährbarkeit unterlaufen werden könnte. Die Verwirkung eines Anspruchs aus Verletzung von Rechten wegen verspäteter Rechtsausübung ist also nicht leicht hin anzunehmen, weil nach Art. 2 Abs. 2 ZGB der Rechtsmissbrauch offenbar sein muss. Daher ist nicht jedes irgendwie ein wenig stossende Verhalten schon rechtsmissbräuchlich, sondern nur ein krass stossendes Verhalten. Auch eine

Seite 27 — 30 sehr lange widerspruchslose Duldung der Nutzung lässt das Zurückkommen auf die Bereitschaft zur Überlassung erst als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn die Erwartung geweckt wurde, man werde sein Recht nicht durchsetzen und dann (insoweit widersprüchlich) trotzdem auf seinem Recht beharrt hätte. Blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung begründet somit noch nicht Rechtsmissbrauch (vgl. zum Ganzen und je mit weiteren Hinweisen BGE 127 III 506 E. 4.a und PKG 1994 Nr. 5 E. 4). Demnach konnten der Rückzug der durch D. gegen das Baubewilligungsgesuch des Berufungsklägers II erhobenen öffentlichrechtlichen Baueinsprache sowie der zwischen denselben Parteien am 12. September 2007 abgeschlossene Vergleich, welcher zur Abschreibung des privatrechtlichen Einspracheverfahrens führte, nicht zur Verwirkung des Anspruchs der Berufungsbeklagten auf Rückbau der Wintergärten führen, denn dadurch erweckten D. in den Berufungsklägern nicht die Erwartung, sie würden ihre Rechte nicht durchsetzen. Die gegenteilige Ansicht würde bereits an der Tatsache scheitern, dass der Rückzug der

Einsprachen an in den Vergleich vom 12. September 2007 aufgenommene Bedingungen geknüpft wurde, die bis heute nicht erfüllt wurden. So wurde etwa vereinbart, dass ein Teil der durch die Wintergärten in Anspruch genommenen Bodenfläche mittels eines jährlichen Zinses abgegolten werden könnte (vgl. vorstehend E. 5. f/dd), was sich jedoch nie verwirklicht hat. Im Übrigen müsste sich die Berufungsbeklagte das Verhalten von D. ohnehin nicht zurechnen lassen, ist sie doch von ihren einzelnen Mitgliedern weitgehend verselbständigt. Entgegen der Ansicht der Berufungskläger muss sich die Berufungsbeklagte sodann auch keine lange Duldung der Wintergärten vorhalten lassen. Ganz abgesehen davon, dass die Wintergärten nach der Darstellung der Berufungskläger im Frühjahr 2008 fertig gestellt wurden (Berufungsbegründung S. 8) und bereits im Dezember 2007 und Januar 2008 erste Reklamationen einzelner Stockwerkeigentümer gegen die erstellten Bauten erfolgten (bB 9-10), beschloss die Berufungsbeklagte am 20. Februar 2009 - somit ungefähr ein Jahr nach Erstellung der Wintergärten - die Anordnung des Rückbaus. Von einem langen Zuwarten kann damit keine Rede sein und im Übrigen vermag das bloße Zuwarten wie gesehen ohnehin keinen Rechtsmissbrauch zu begründen. Dies hat vorliegend umso mehr zu gelten, als das Mehrfamilienhaus C. offenbar zumindest teilweise als Feriendomizil dient. g/aa) Die Berufungskläger bringen vor, selbst wenn die Wintergärten nicht entsprechend den Genehmigungen der Stockwerkeigentümergeinschaft errichtet worden seien, wäre der verlangte Rückbau in Anbetracht von Art. 674 Abs. 3 ZGB nicht mehr möglich. Die Berufungsbeklagte habe es verpasst, rechtzeitig dagegen

Seite 28 — 30 zu remonstrieren, dass einer der Wintergärten über den sondernutzungsberechtigten Teil des Gartensitzplatzes hinausrage. Die Berufungskläger seien im guten Glauben bezüglich der Sondernutzungsrechte an den Gartensitzplätzen gewesen (Berufungsbegründung S. 27 ff.). g/bb) Da Art. 674 Abs. 3 ZGB von Bauten und anderen Vorrichtungen spricht, „die von einem Grundstück auf ein anderes überragen“, im vorliegenden Fall jedoch die Berufungskläger offenbar ein dingliches Recht am Stammgrundstück beanspruchen, soweit ihre Wintergärten die in ihrem Sondernutzungsrecht stehenden Gartensitzplätze überschreiten, kann diese Bestimmung von vornherein - wenn überhaupt - nur analog zur Anwendung gelangen. Die Berufungskläger übersehen aber, dass der von ihnen behauptete Anspruch mit einer Gestaltungs-klage auf Einräumung des dinglichen Rechts gegen angemessene Entschädigung geltend zu machen ist (vgl. Urteil der Zivilkammer ZF 2003 13 vom 18. November 2003 E. 5). Eine solche Klage haben die Berufungskläger vorliegend nicht erhoben und der behauptete Anspruch auf Einräumung eines Überbaurechts war auch gar nicht Gegenstand des angefochtenen Rückbaubeschlusses der Berufungsbeklagten. Die Berufungskläger bestreiten dies im Prinzip auch nicht, sondern führen selbst aus, die Vorinstanz habe „eigentlich richtigerweise“ festgehalten, dass lediglich die Rechtmässigkeitsprüfung des Rückbaubeschlusses Gegenstand des Verfahrens sei. Wenn sie sich dennoch gegen das diesbezügliche Nichteintreten auf die Klage durch die Vorinstanz - das angegriffene Dispositiv erscheint in dieser Hinsicht ergänzungsbedürftig, was den Berufungsklägern jedoch nicht zu helfen vermag - zu wehren suchen, erscheint dies nur schwer nachvollziehbar. Nichts anderes gilt schliesslich in Bezug auf den nicht geltend gemachten, aber allenfalls denkbaren Anspruch auf Erweiterung der Sonderrechte in analoger Anwendung von Art. 673 ZGB. Ein solcher Anspruch erscheint ohnehin fraglich, da es sich beim Boden der Liegenschaft, worauf die Wintergärten erstellt wurden, um einen zwingend gemeinschaftlichen Miteigentumsbestandteil handelt. Jedenfalls wäre

er aber als selbständige Klage auf Zuweisung von Sonderrecht geltend zu machen gewesen, weshalb er - wie der Anspruch auf Einräumung eines Überbaurechts - nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet (vgl. dazu PKG 1993 Nr. 3). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass diese Ansprüche - beispielweise als Widerklage im allfälligen Verfahren betreffend Erfüllung des Rückbaubeschlusses (vgl. vorstehend E. 5.c/bb) - in der Vollstreckungsphase noch geltend gemacht werden können. Dabei dürfte die vorausgesetzte Gutgläubigkeit nicht allein wegen der aufgrund des Begründungsaktes und seinen Plänen sowie des Grundbuches erkennbaren Grenzen des dinglichen Sondernutzungsrechts an den Gartensitzplätzen

Seite 29 — 30 zu verneint werden können. Zu schützen wäre in jenem Verfahren vielmehr das Vertrauen der Berufungskläger in die Zustimmung der Berufungsbeklagten zur Erstellung der Wintergärten im Umfang, wie er sich aus den dem Ersuchen um schriftliche Zustimmung beiliegenden Projektunterlagen ergibt sowie allenfalls ihr Vertrauen in das Verhalten der Stockwerkeigentümergeinschaft beziehungsweise deren Verwalters während des Baubewilligungsverfahrens. 6.a) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Rückbaubeschluss weder das Gesetz noch die Gemeinschaftsordnung der Berufungsbeklagten verletzt. Die Berufung gegen das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts J. vom 28. September 2010 ist demnach abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. b) Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO wird der unterliegende Teil in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Überdies wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Nach diesen Grundsätzen sind auch die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu verteilen (vgl. Art. 223 ZPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.--, zuzüglich einer Schreibgebühr von Fr. 496.--, total somit Fr. 5'496.--, gehen somit vollumfänglich und unter solidarischer Haftbarkeit zulasten der Berufungskläger. Der vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten geltend gemachte Aufwand von 12.5 Anwaltsstunden zu einem Stundenansatz von Fr. 250.--, entsprechend einem Honorar von Fr. 3'125.-- (inkl. Spesen und MWSt), erscheint angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als angemessen. Für das Berufungsverfahren haben die Berufungskläger die Berufungsbeklagte somit unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 3'125.-- zu entschädigen.

Seite 30 — 30 III.

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