



## Urteil vom 14. November 2025

mitgeteilt am 19. November 2025

Referenz            ZR1 25 25

Instanz            Erste zivilrechtliche Kammer

Besetzung        Aebli, Vorsitz  
                      Bäder Federspiel und Moses  
                      Jent-Sørensen, Aktuarin ad hoc

Parteien         **A.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

**B.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

**C.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

**D.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

**E.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

**F.**\_\_\_\_\_

                      und

**G.**\_\_\_\_\_  
                      Berufungskläger

alle vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Kevin Eggimann

Visinoni & Metzger Rechtsanwälte, Via dal Bagn 3, Postfach 3086,  
7500 St. Moritz

gegen

**H.**\_\_\_\_\_

Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Ettisberger

Kornplatz 2, 7000 Chur

mit Wirkung für die Parteien, die Abstand genommen haben:

**I.**\_\_\_\_\_

**J.**\_\_\_\_\_

**K.**\_\_\_\_\_

**L.**\_\_\_\_\_

**M.**\_\_\_\_\_

**N.**\_\_\_\_\_

**O.**\_\_\_\_\_

**P.**\_\_\_\_\_

**Q.**\_\_\_\_\_

**R.**\_\_\_\_\_

**S.**\_\_\_\_\_

**T.**\_\_\_\_\_

**U.**\_\_\_\_\_

**V.**\_\_\_\_\_

**W.**\_\_\_\_\_

**X.**\_\_\_\_\_

**Y.**\_\_\_\_\_

**Z.**\_\_\_\_\_

**AA.**\_\_\_\_\_

**AB.**\_\_\_\_\_

**AC.**\_\_\_\_\_

**AD.**\_\_\_\_\_

**AE.**\_\_\_\_\_

Gegenstand      Anfechtung Beschlüsse Miteigentümergeinschaft

Anfechtungsobj.      Entscheid Regionalgericht Maloja vom 28. Januar 2025, mitgeteilt  
am 29. Januar 2025 (Proz. Nr. 115-2021-39)

## Sachverhalt

A. Die Parteien sind Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_ in O.1.\_\_\_\_ mit 56 Parkplätzen (= 56 Miteigentumsanteile). Ihnen stehen ein oder mehrere fest zugeteilte Parkplätze im Allein- oder Miteigentum zur Verfügung. Eine besondere Ordnung hat sich die Miteigentümergeinschaft nicht gegeben. Das Dach des Garagengebäudes ist mit einem Grasbelag bedeckt. Darauf hat die AF.\_\_\_\_ einen Kinderspielplatz erstellt, bestehend aus einer Schaukelanlage mit zwei Schaukeln sowie einer Rutschbahn, zu der auf zwei verschiedenen Leitern (Holzsprossen, Schnurgitter) hinaufgestiegen werden kann (bezeichnet als "*klassische Doppelschaukel, ein multifunktionales Spiel-Kletter-Rutschgebilde*"). H.\_\_\_\_, Miteigentümer von zwei Einstellplätzen, sind mit diesem Kinderspielplatz auf der Wiese auf dem Dach der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_ nicht einverstanden, während die Mehrheit der Miteigentümer der Erstellung des Kinderspielplatzes an der Miteigentümerversammlung am 12. November 2019 zugestimmt hat.

B. Nach erfolgloser Durchführung des Schlichtungsverfahrens und Ausstellung der Klagebewilligung am 1. Juni 2021 haben H.\_\_\_\_ am 10. September 2021 Klage beim Regionalgericht Maloja (nachfolgend Vorinstanz) eingereicht mit folgendem Rechtsbegehren:

1. *Die Beschlüsse der Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_ in O.1.\_\_\_\_ vom 12. November 2019 seien vollumfänglich aufzuheben, evtl. sei festzustellen, dass diese nichtig resp. unverbindlich sind.*
2. *Unter vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zulasten der Beklagten.*

C. Die Klage richtete sich gegen sämtliche anderen Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_, die mit Klageantwort vom 26. November 2021 die Abweisung der Klage verlangten, soweit darauf einzutreten sei. Bereits zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens hatte eine grössere Zahl von Miteigentümern sog. Abstandserklärungen abgegeben und in der Folge taten dies noch weitere Miteigentümer. Am Prozess nehmen letztlich noch A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ sowie F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ teil.

D. Nach Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens wurde am 28. Januar 2025, mitgeteilt am 29. Januar 2025, folgender Entscheid gefällt:

1. *Der Beschluss der Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_, GB-O.1.\_\_\_\_, gemäss Ziff. 3 des Protokolls der Versammlung vom 12. November 2019 wird aufgehoben.*
2. *Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.*
3. *Die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 12'500.-, bestehend aus der Entscheidungsbüher von CHF 12'000.- sowie der Pauschale für das*

*Schlichtungsverfahren von CHF 500.-, werden den Beklagten 1-6 solidarisch auferlegt, sodass jede beklagte Partei für den gesamten Betrag belangt werden kann. Die Entscheidegebühr von CHF 12'000.- wird mit dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'000.- verrechnet. Den Klägern wird im Umfang der Gerichtskosten von CHF 8'500.- das Regressrecht auf die Beklagten 1-6 unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag erteilt. Für den Fehlbetrag in der Höhe von CHF 4'000.- wird den Beklagten 1-6 eine separate Rechnung zugestellt.*

4. Die Beklagten 1-6 werden unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag verpflichtet, die Kläger mit CHF 32'310.-, inkl. Spesen und MwSt., zu entschädigen.

#### 5./6. Rechtsmittel/Mitteilung

E. Gegen diesen Entscheid erhoben A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ sowie F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungskläger) am 3. März 2025 Berufung beim Obergericht des Kantons Graubünden mit folgendem Rechtsbegehren:

1. Die Berufung sei gutzuheissen. Folglich
  - a. sei Ziff. 1 des Dispositivs des Entscheids des Regionalgerichts Maloja (Proz. Nr. 115-2021-39) vom 28. Januar 2025 aufzuheben und die Klage dementsprechend vollumfänglich abzuweisen.  
*Eventualiter sei Ziff. 1 des Dispositivs des Entscheids des Regionalgerichts Maloja (Proz. Nr. 115-2021-39) vom 28. Januar 2025 aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen.*
  - b. sei Ziff. 3 des Dispositivs des Entscheids des Regionalgerichts Maloja (Proz. Nr. 115-2021-39) vom 28. Januar 2025 aufzuheben und seien die Gerichtskosten der ersten Instanz vollumfänglich den Berufungsbeklagten (erstinstanzlichen Klägern) aufzuerlegen.
  - c. sei Ziff. 4 des Entscheids des Regionalgerichts Maloja (Proz. Nr. 115-2021-39) vom 28. Januar 2025 aufzuheben und seien die Berufungsbeklagten (erstinstanzliche Kläger) solidarisch zu verpflichten, den Berufungsklägern eine Parteientschädigung zu bezahlen.
2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer unter solidarischer Haftung zulasten der Berufungsbeklagten.

F. Der für das Berufungsverfahren erhobene Kostenvorschuss von CHF 6'000.00 wurde rechtzeitig geleistet.

G. Mit der Berufungsantwort vom 1. April 2025 stellten H.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungsbeklagte) folgende Rechtsbegehren:

a) *Materielle Anträge*

1. *Die Berufung und entsprechend die Begehren der Berufungskläger gemäss Ziff. 1.1. lit. a. bis lit. c. und Ziff. 1.2. der Berufung seien vollumfänglich abzuweisen.*
2. *Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer unter solidarischer Haftung zulasten der Berufungskläger.*

b) *Formelle Anträge*

3. *Die unter Ziff. 2.1. nachstehend angemeldeten Noven seien aus der Prozedur zu weisen und das entsprechende Gesuch, sofern darauf überhaupt einzutreten ist, sei abzuweisen.*

H. Mit Stellungnahme vom 30. April 2025 äusserten sich die Berufungskläger. Dieser folgte am 16. Mai 2025 die Stellungnahme der Berufungsbeklagten, welche den Berufungsklägern am 19. Mai 2025 mit Fristansetzung zugestellt wurde. Eine weitere Äusserung ging nicht ein.

I. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Sache ist spruchreif.

## **Erwägungen**

1.1. Der angefochtene Entscheid ist ein erstinstanzlicher Endentscheid, der grundsätzlich mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), sodass die Berufung im vorliegenden Verfahren zulässig ist. Es handelt sich um einen vermögensrechtlichen Streit; in Betracht zu ziehen sind die Folgekosten, die die allfällige Aufhebung der Beschlüsse vom 12. November 2019 nach sich ziehen würden. Dass die Klage betreffend die Beschlüsse Ziff. 1, 2 und 4 von der Vorinstanz abgewiesen wurde, ist für den Berufungsstreitwert nicht von Bedeutung, da es auf das vor Vorinstanz zuletzt aufrechterhaltene Rechtsbegehren ankommt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass der Streitwert jedenfalls CHF 30'000.00 übersteigt (vgl. act. B.3 E. 1), schätzt sie damit diese Folgekosten ab, was die Parteien im Berufungsverfahren nicht in Frage stellen.

1.2. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich, begründet und unter Beilage des angefochtenen Entscheides (Art. 311 ZPO) beim Obergericht des Kantons Graubünden (Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO];

BR 320.100]) einzureichen. Der erstinstanzliche Entscheid wurde den Berufungsklägern am 29. Januar 2025 mitgeteilt und ging diesen am 30. Januar 2025 zu. Die dagegen mit Eingabe vom 3. März 2025 (Poststempel) erhobene Berufung erfolgte demnach fristgerecht (act. A.1; Art. 142 Abs. 3 ZPO). Sie entspricht zudem den in Art. 311 ZPO vorgegebenen Formerfordernissen. Auf die Berufung ist einzutreten. Ihre Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der Ersten zivilrechtlichen Kammer (Art. 9 lit. a OGV [BR 173.010]).

2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt – jedenfalls grundsätzlich – voraus, dass der Berufungskläger die vor-instanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (statt vieler BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.). Das Berufungsgericht ist jedenfalls nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4; je m.w.H.).

3. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde verlangt, dass die Beschlüsse der Miteigentümersversammlung der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ in O.1.\_\_\_\_\_ vom 12. November 2019 vollumfänglich aufzuheben seien. Die Vorinstanz hat die Klage bezüglich Ziff. 1, 2 und 4 des Versammlungsprotokolls abgewiesen (act. B.3 E. 2). Diese Abweisung ist nicht angefochten worden und sie ist demnach in Rechtskraft erwachsen. Das ist im Dispositiv festzuhalten und im vorliegenden Berufungsverfahren ist entsprechend nur noch über den gemäss Ziff. 3 gefassten Beschluss (Ermächtigung der AF.\_\_\_\_\_ zum Bau eines Spielplatzes) zu entscheiden.

4.1. Schon im erstinstanzlichen Verfahren war die Zulässigkeit von Noven ein Thema (vgl. RG-act. I/31 Rz. 7 f.; RG-act. I/32). Im vorinstanzlichen Entscheid wurde diesbezüglich festgehalten, dass sämtliche von den Berufungsbeklagten im Schlussvortrag neu vorgebrachte Tatsachenbehauptungen bei der Fällung des Endentscheides nicht berücksichtigt worden seien, wobei das Recht von Amtes wegen angewendet werde (act. B.3 E. 3.2.3). Diesbezüglich bringen die Parteien im Berufungsverfahren nichts Wesentliches vor.

4.2. Auch in der Berufung spielt die Novenfrage eine Rolle. Die Berufungsbeklagten weisen unter dem Titel "*0. Gesuch betr. Zulassung von Noven (Ziff. II.2)*" darauf hin, dass die Berufungskläger es unterlassen haben, einen formellen Antrag auf Zulassung von Noven zu stellen, was z.B. auch für das Begehren um Aufhebung prozessleitender Entscheide erforderlich sei, wie sich gemäss SPÜHLER, (in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, Art. 311 N. 12) ergebe. Daher sei auf das in der Begründung enthaltene Begehren um Zulassung der Noven nicht einzutreten.

Offenbar geht es um die Ausführungen der Berufungskläger zur Grösse des Spielplatzes/des Spielgerätes. Darauf wird in E. 10.2. zurückzukommen sein. Das vorstehende Zitat von SPÜHLER betrifft generell die Anträge im Berufungsverfahren. Wenn gesagt wird, dass Noven nur berücksichtigt würden, wenn sie durch die Parteien geltend gemacht werden (HILBER/REETZ, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2025, Art. 317 N. 19), meint dies, dass die Geltendmachung von Noven Sache der Parteien ist und nicht, dass es dazu eines förmlichen prozessualen Antrages bedarf. Wenn SEILER (Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1356 i.V.m. Rz. 1294) einen Antrag erwähnt, bezieht sich dies auf separate Noveneingaben und nicht auf die in einer Rechtsschrift integriert geltend gemachten Noven.

5. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid in der Sache wie folgt begründet: Streitig sei, ob die Erstellung des Spielplatzes eine Zweckänderung der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ zur Folge habe, was gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB einen einstimmigen Beschluss der Miteigentümerschaft erfordere. Zudem würden die Berufungsbeklagten davon ausgehen, dass der Spielplatz eine luxuriöse Massnahme sei, die ebenfalls die Zustimmung aller Miteigentümer erfordere. Die Berufungskläger hingegen würden eine Zweckänderung verneinen und von einer nützlichen Massnahme ausgehen (act. B.3 E. 5.1). Mangels einer dispositiven Regelung sei für eine Zweckänderung die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich (act. B.3 E. 5.4). Eine Zweckänderung liege dann vor, wenn die wirtschaftliche Gebrauchs- und Nutzungsweise einer Miteigentums Sache durch tatsächliche oder rechtliche Massnahmen in tiefgreifender einschneidender Weise umgestaltet werde. Der Zweck werde auch dann geändert, wenn die übrigen Miteigentümer im zweckgemässen Gebrauch ihres Anteils gehindert oder eingeschränkt werden oder wenn der bisherige Zweck zu einem nebensächlichen umgestaltet werde (act. B.3 E. 5.5). Fest stehe, dass der Spielplatz nicht auf der im Baubewilligungsplan von 2013 als "*Begegnungszone*" bezeichneten Fläche im oberirdischen Teil der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ erstellt worden sei. Ausserdem sei die Begegnungszone gemäss Plan ohnehin wesentlich anders bzw. kleiner als der heutige Spielplatz dimensioniert; Spielgeräte seien nicht vorgesehen gewesen. Die Begegnungszone des Planes sei daher für die vorliegende Frage irrelevant (act. B.3 E. 5.6). Dem Kaufvertrag, dem Quartierplan "AG.\_\_\_\_\_", der Baubewilligung der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ vom 1. Mai 2013, dem Baubeschrieb sowie dem Parzellierungsantrag seien keine Anhaltspunkte zu entnehmen, ob etwas und gegebenenfalls was nach dem Willen der Parteien bzw. der Eigentümer auf dem Dach der Autoeinstellhalle bzw. dem oberirdischen Teil der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ hätte erstellt werden sollen. Dafür, dass mit dem Parkplatzerwerb ein Anteil an einem Spielplatz verbunden sei, habe es keine begründete Erwartung geben können (act. B.3 E. 5.7). Die Bereitstellung der Parkplätze sei von der Veränderung der Oberfläche nicht tangiert, sodass der Hauptzweck unverändert bleibe (act. B.3 E. 5.8). Ginge es nur um eine wertmässige Grobbetrachtung, so wäre der Nebenzweck "*Wiese*" unbedeutend. Da etliche der Miteigentümer auch Anstösser mit Wohneinheiten seien, könne allerdings davon ausgegangen werden, dass die Wiese auf dem Dach der Garage als Ort für Spiel, Spass und Begegnung nicht bedeutungslos sei (act. B.3 E. 5.9). Es handle sich um die Autoeinstellhalle Nr. Z.2.\_\_\_\_\_ und die darüber liegende Bodenbedeckung werde ohne Zweckbestimmung als Acker, Wiese und Weide bezeichnet (act. B.3 E. 5.10 f.). Massgeblich könne neben der unterirdischen Garage als Hauptzweck nur die Wiese als Nebenzweck sein mit freier Verfügung, unter Rücksichtnahme auf die anderen,

zum Teil auch extern lebenden Miteigentümer. Die Art der Gestaltung als Wiese biete viele Möglichkeiten bzw. maximale Flexibilität für Gebrauch und Nutzung (act. B.3 E. 5.12). An einer Veränderung des Nebenzwecks bestehe vor allem bei nicht in der Nähe wohnenden Dritten, d.h. Parkplatzigentümer ohne angrenzende Stockwerkeigentumswohnung, kein Interesse, da eine gewöhnliche Wiese keine Kosten und kein Haftungsrisiko bedeute. Der Spielplatz schränke demnach die Handelbarkeit der Sache ein (act. B.3 E. 5.13). Spielplätze hätten in der Regel Werkqualität, was neben der primären Verantwortung der Eltern haftungsmässig von Bedeutung sein könne. Die Wiese sei für Personen jeden Alters nutzbar, während Erwachsene, auch die Berufungsbeklagten, die in grosser Nähe dazu wohnten, und Kleinstkinder von der Nutzung der Spielgeräte ausgeschlossen seien. Die Dimension des Spielplatzes – sie sei umstritten und in einer E-Mail (RG-act. II/43b) sei von gegen 140 m<sup>2</sup> (bei insgesamt 1152 m<sup>2</sup> Wiesfläche) die Rede – übersteige 10 % und sei daher bezüglich Fläche nicht mehr vernachlässigbar, wobei der Spielplatz die Wiese zudem in zwei Teilflächen unterteile, was die freie Nutzung zusätzlich einschränke (act. B.3 E. 5.13). Die Folgen des Spielplatzes hinsichtlich Kosten, Risiko, erschwerte Handelbarkeit und dauernder Einschränkung im Gebrauch und in der Nutzung in nicht mehr kleiner Dimension sei für die Miteigentümer so einschneidend, dass es sich um eine Veränderung des Zweckes handle, sodass die Klage gutzuheissen sei (act. B.3 E. 5.14 f.).

6. Die Berufungskläger wenden sich zusammengefasst mit folgenden Argumenten gegen den vorinstanzlichen Entscheid: Der Spielplatz/die Spielanlage sei ein kleines multifunktionales Spielgerät, gebaut an der südlichen Grenze der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_, mit einer Fläche von 89.57 m<sup>2</sup>, davon 80.57 m<sup>2</sup> auf der Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_, entsprechend dem Plan vom 20. März 2019 (act. A.1 Rz. 9.3 ff.). Die Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ liege in einem Quartier mit Wohnungen für Einheimische und insbesondere für Familien mit Kindern und sei ein integraler Bestandteil des Quartiers AH.\_\_\_\_\_. Der Spielplatz stehe Miteigentümern bzw. Wohnungseigentümern und deren Kindern und Gästen zur freien Nutzung zur Verfügung (act. A.1 Rz. 9.6). Im vorinstanzlichen Verfahren sei behauptet worden, die Spielanlage sei über 150 m<sup>2</sup> gross und mehrere Meter hoch. Die Berufungskläger hätten einen Augenschein verlangt; die Vorinstanz habe die Grösse ohne diesen Augenschein auf 147 m<sup>2</sup> festgelegt, weshalb die Noven mit Beilage 5 - 7 eingereicht würden, was zulässig sei. Das Recht auf Beweis sei verletzt, weil die Sachvorbringen weder erstellt noch widerlegt waren, sodass eine antizipierte Beweiswürdigung nicht zulässig gewesen sei (act. A.1 Rz. 13 ff.). In der Zusammenfassung ihres Entscheids nenne die Vorinstanz in Erwägung 5.14 die Kostenhöhe, die Risikoerhöhung, die erschwerte

Handelbarkeit, die dauernde Einschränkung im Gebrauch und der Nutzung in nicht mehr kleiner Dimension als Argumente für das Vorliegen einer Zweckänderung. Die Berufungsbeklagten hätten die vorgenannten Elemente im Prozess weitgehend weder vorgetragen noch geltend gemacht und auch nicht substantiiert und bewiesen (act. A.1 Rz. 16.2 ff.).

Entgegen der Vorinstanz ist nach Ansicht der Berufungskläger die im Grundbuch eingetragene Grundstückbeschreibung für die Zweckbestimmung nicht von Bedeutung. Bestimmten die Miteigentümer den Zweck nicht gemeinsam im Begründungsakt, sei im Zweifel von einer weit gefassten Zweckbestimmung auszugehen, geprägt vom Willen der Eigentümer. Der Zweck der Beteiligung sei ausschliesslich die Benützung des Autoeinstellplatzes gewesen. Die Oberfläche sei den Miteigentümern gleichgültig gewesen. Die Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ bezwecke demnach nur die Bereitstellung von Parkmöglichkeiten (act. A.1 Rz. 17.2.2 ff.). Die Nutzung der Oberfläche sei weder Grundlage der Beteiligung noch Voraussetzung des Erwerbs eines Anteils gewesen und die Grundstückbeschreibung habe nicht der Zweckbestimmung gedient, sodass mangels Zweckbestimmung jeder Gebrauch und jede Nutzung erlaubt sei (act. A.1 Rz. 17.2.6). Die Festlegung der Zweckbestimmung der Fläche nach dem Willen der (Dritt-)Eigentümer der angrenzenden Grundstücke sei für das vorliegende Verfahren aus rechtlicher Sicht unerheblich und nicht ausschlaggebend. Es sei offensichtlich, dass die Festlegung der Zweckbestimmung auf Grundlage des Willens der (Dritt-)Eigentümer der angrenzenden Grundstücke zu einer sehr weit gefassten Zweckbestimmung führen würde. Angesichts der Tatsache, dass die oberirdische Fläche der Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ ein integraler Bestandteil des Quartiers AH.\_\_\_\_\_ sei, welches dem Wohnungsbau für Einheimische und insbesondere für Familien mit Kindern diene, sei es offensichtlich, dass diese oberirdische Fläche für die Wohnungseigentümer und deren Kinder und Gäste einen zur freien Nutzung zustehenden Raum darstelle. Es sei ein Raum (und nicht eine Wiese), der unter anderem Entspannung, Begegnung und Spiel ermögliche (act. A.1 Rz. 17.2.7).

Die Vorinstanz leite die angebliche Veränderung des Nebenzwecks aus der Kostenerhöhung, der Risikoerhöhung, der erschwerten Handelbarkeit und der dauernden Einschränkung in Gebrauch und Nutzung in nicht mehr kleiner Dimension ab (act. A.1 Rz. 17.3.3). Die Kostenerhöhung sei weder substantiiert noch nachgewiesen, allenfalls angesichts der übrigen Unterhalts- und Instandstellungskosten im Zusammenhang mit der Einstellhalle äusserst gering. Erstellungskosten gebe es für die Miteigentümer nicht (act. A.1 Rz. 17.3.4). Eine

allfällige Risikoerhöhung sei weder substantiiert behauptet noch nachgewiesen worden, sodass das Argument nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Im Falle eines Unfalls könnte zwar eine Werkeigentümerhaftung ins Spiel kommen, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen. Da sich auf der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ bereits andere Werke befänden (Halle, Zufahrts- und Eingangsrampe, befestigte Fusswege), trete dort bei winterlichen Wetterverhältnissen ein Unfall mit Haftung der Miteigentümer mit höherer Wahrscheinlichkeit ein. Eine allfällige Ausdehnung der Haftpflichtversicherung habe daher keine Auswirkungen auf die Versicherungsprämien (act. A.1 Rz. 17.3.5). Die erschwerte Handelbarkeit sei weder behauptet noch nachgewiesen und hätte daher nicht berücksichtigt werden dürfen. Massgeblich sei einzig die Benützung des Autoabstellplatzes (act. A.1 Rz. 17.3.6). Was die dauernde Einschränkung von Gebrauch und Nutzung anbelange, sei diese weder behauptet noch bewiesen worden. Zudem sei die Flächengrösse nicht nachgewiesen worden. Die behaupteten 140 m<sup>2</sup> würden aus einer veralteten E-Mail-Korrespondenz stammen und nicht den tatsächlich erstellten kleinen Spielplatz betreffen. Was nur in einer Beilage erwähnt sei, dürfe das Gericht ohnehin nicht von sich aus berücksichtigen. Mit der Durchführung des Augenscheins hätte die Grösse von 89.57 m<sup>2</sup> (davon 80.57 m<sup>2</sup> auf der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_) bestätigt werden können, was lediglich noch ca. 7 % der oberirdischen Gesamtfläche der Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ ausmache. Die gesamte *"nördliche nordwärts Fläche"* bliebe zur freien Verfügung (act. A.1 Rz. 17.3.7). Zudem verfügten die Berufungsbeklagten als Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ über einen zur Liegenschaft gehörenden eigenen Garten, dessen Benutzung nicht von der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ abhängig bzw. eingeschränkt sei. Weil die Zweckbestimmung durch die Erstellung des kleinen Spielplatzes nicht geändert habe, hätte die Vorinstanz die beantragte Folgeprüfung (nützliche oder luxuriöse bauliche Massnahme) durchführen müssen (act. A.1 Rz. 17.3.7.7 f.).

7. Nach der zusammengefassten Ansicht der Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort seien die Berufungskläger auf der Behauptung in den vorsorglichen Massnahmen und in der Klageantwort (RG-act. I/6 Ziff. III.A.6.) zu behaften, dass der Spielplatz nur den Miteigentümern, welche auch Wohnungs- und Hauseigentümer seien, diene. Miteigentümer ohne gleichzeitiges Wohnen im Quartierplangebiet wären entsprechend von der Benützung des Spielplatzes/der Oberfläche der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen. Weil gegenseitige Berechtigungen zwischen der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ und den Liegenschaften Z.4.\_\_\_\_\_ - Z.5.\_\_\_\_\_ wie auch den Liegenschaften Z.4.\_\_\_\_\_ - Z.5.\_\_\_\_\_ unter sich fehlten, könne nur je das *"eigene"* Grundstück benützt werden. Spielplätze seien ausserdem der Wohnnutzung zuzurechnen (act. A.2 Rz. 9.1). Die

Spielplatzgrösse sei irrelevant (act. A.2 Rz. 9.3). Der Spielplatz sei durch die Verkäufer der Liegenschaften erstellt worden und zwar an einem ganz anderen Ort als an der Position der "Begegnungszone" in den Baueingabeplänen. Unmittelbar in der Nähe der Überbauung bestehe ein öffentlicher Spielplatz (act. A.2 Rz. 9.4). Die Zahl 140 m<sup>2</sup> stamme aus einer E-Mail der Verkäuferschaft. Bei den 80.57 m<sup>2</sup> (von 89.57 m<sup>2</sup>), welche die Berufungskläger nennen, würden 9 m<sup>2</sup> namentlich auf dem Grundstück Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ – wo sich auch die Stockwerkeigentumseinheit der Berufungsbeklagten befinde – liegen, worüber die Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ nicht beschliessen könnten (act. A.2 Rz. 9.5). Der oberirdische Teil des Grundstückes Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ sei nicht integraler Bestandteil des Quartierplans AH.\_\_\_\_\_ und stehe nicht zur freien Nutzung zur Verfügung (act. A.2 Rz. 9.6). Die behauptete Fläche von ca. 150 m<sup>2</sup> habe sich darauf bezogen, dass der Spielplatz wesentlich grösser erstellt worden sei als die Fläche der Begegnungszone in den Baueingabeplänen. Für den vorliegenden Prozess sei die Dimension nicht von Bedeutung und den von beiden Parteien beantragten Augenschein brauche es deshalb nicht. Zugestanden sei nunmehr die Höhe von 2 m. Zur Fläche fehlten vor Vorinstanz substantielle Vorbringen der Berufungskläger. Die in der Berufung neu eingereichten Beweismittel seien unzulässig (act. A.2 Rz. 13 f.). Bestand und "Betrieb" des Kinderspielplatzes würden Kosten verursachen (Unterhalt/Erneuerung), das sei gerichtsnotorisch, gleich wie die Erhöhung des Risikos, ganz abgesehen von einem explizit erfolgten Hinweis der Berufungsbeklagten auf die Werkeigentümerhaftung. Auch der negative Einfluss von Immissionen auf den Wert sei notorisch. Unabhängig von der Grösse bedeute der Spielplatz Immissionen und Entzug der Grünfläche für denjenigen, dessen Balkon unmittelbar an den Spielplatz rage (act. A.2 Rz. 15.3 und 16.3). Die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Überlegungen zur Zweckänderung rechtlich relevante Aspekte abgewogen, was zulässig sei (act. A.2 Rz. 16.3). Mit Blick auf die Frage der Zweckänderung seien nur die Miteigentümer der Autoeinstellhalle und nicht die Eigentümer von Wohnliegenschaften im Quartier relevant (act. A.2 Rz. 17.01). Die Zweckbestimmung der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ ergebe sich aus der Nutzung als Autoeinstellhalle (act. A.2 Rz. 17.2.1). Der seinerzeitige Erwerb durch die Miteigentümer sei einzig in der Absicht erfolgt, Autos abstellen zu können (act. A.2 Rz. 17.2.3). Es treffe aber nicht zu, dass die Oberfläche der Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ für die Miteigentümer unbeachtlich und gleichgültig sei (act. A.2 Rz. 17.2.3). Unrichtig sei, dass bei Fehlen einer Zweckbestimmung jede Gebrauchs- und Nutzungsweise erlaubt sei, im Gegenteil: eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung und damit auch die Nutzungsweise könnten nur einstimmig beschlossen werden (act. A.2 Rz. 17.2.7). Die Festlegung der Zweckbestimmung aufgrund des Willens der Eigentümer der angrenzenden Wohnliegenschaften sei

nicht ausschlaggebend. Selbst wenn die Oberfläche den Wohnungseigentümern und deren Kindern und Gästen zur freien Nutzung zur Verfügung stünde, so berechtige dies nicht zum Betrieb eines Spielplatzes. Eigentumsrechtlich stehe das Grundstück Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ mit der Oberfläche ausschliesslich den Miteigentümern zu; eine andere Berechtigung sei klar nicht gegeben (act. A.2 Rz. 17.2.7). Wenn die Spielplatzanlage nunmehr Dritten, den Eigentümern der umliegenden Wohnliegenschaften im Quartier, zur Verfügung stehe, sei die Frage der Zweckänderung bereits geklärt (act. A.2 Rz. 17.3.1). Die von den Berufungsklägern geltend gemachte freie Nutzung sei nicht bloss eine Veränderung des Nebenzweckes, sondern de jure oder de facto eine Veräusserung oder Belastung der Sache gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB (act. A.2 Rz. 17.3.2). Der Einfluss der direkt vor dem Balkon liegenden und ästhetisch störenden Anlage, die die Berufungsbeklagten offenbar nicht einmal sollen mitbenützen dürfen, sei wertvermindernd (act. A.2 Rz. 17.3.6). Die Einschränkung im Gebrauch ergebe sich daraus, dass die freie Nutzung auch Dritten zur Verfügung stehen solle (act. A.2 Rz. 17.3.7). Die Errichtung eines Spielplatzes sei keine nützliche Massnahme, sondern eine luxuriöse im Sinne von Art. 647e ZGB (act. A.2 Rz. 18.4). Der Spielplatz sei einzig auf Wunsch der Wohnungseigentümer und in deren Interesse und nicht in demjenigen der Miteigentümer der Einstellhalle erstellt worden; Miteigentümer ohne Wohneigentum im Quartier könnten den Spielplatz faktisch gar nicht nutzen. Ausserdem sei der Spielplatz auch öffentlich-rechtlich nicht zulässig (act. A.2 Rz. 18.4).

8. Auf die weiteren Stellungnahmen der Berufungskläger (act. A.3) und der Berufungsbeklagten (act. A.4) wird, soweit erforderlich, im jeweiligen Zusammenhang zurückgekommen.

9. Die Berufungsbeklagten (Kläger vor erster Instanz) verlangten mit ihrem Rechtsbegehren, die am 12. November 2019 gefassten Beschlüsse der Miteigentümergeinschaft der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ vollumfänglich aufzuheben. An dieser Versammlung war unter anderem traktandiert worden, die AF.\_\_\_\_\_ zum Bau eines Spielplatzes zu ermächtigen; im Protokoll ist festgehalten, dass das qualifizierte Mehr erreicht sei und dass die AF.\_\_\_\_\_ somit die nötigen Unterlagen der Gemeinde einreichen könne (RG-act. II/10).

10.1. Die Berufungskläger machen in der Berufung geltend, dass die Spielanlage lediglich 89.57 m<sup>2</sup> messe und dass sich davon nur 80.57 m<sup>2</sup> auf der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ befinden würden (act. A.1 Rz. 9.5). Dazu präzisieren die Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort, dass die restlichen 9 m<sup>2</sup> namentlich auf dem Grundstück Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ lägen, und damit auf dem Grundstück, auf dem

sich das Stockwerkeigentum der Berufungsbeklagten befinde (act. A.2 Rz. 9.5; vgl. RG-act. II/4 S. 7). In der Stellungnahme (act. A.3 Rz. 19) schreiben die Berufungskläger: *"Dass ein geringer Flächenanteil des Spielplatzes auf die Nachbargrundstücke hineinreicht, ist für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits unerheblich. Die Beanstandungen der Berufungsbeklagten sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Etwaige Rechtsverletzungen der Berufungsbeklagten als Eigentümer des Grundstückes Nr. Z.6.\_\_\_\_ (recte wohl Nr. Z.3.\_\_\_\_), GB O.1.\_\_\_\_, sind auf einem anderen Rechtsweg geltend zu machen"*.

10.2. Im vorinstanzlichen Entscheid wird festgehalten, dass sich die Parteien bezüglich der Grösse des Spielplatzes nicht einig seien (act. B.3 E. 5.13). Die von den Berufungsklägern behaupteten Zahlen, d.h. 89.57 m<sup>2</sup>, wovon nur 80.57 m<sup>2</sup> auf dem Miteigentumsgrundstück stünden, wurden jedoch neu und erstmals in der Berufung geltend gemacht. Vor Vorinstanz nannten die Berufungsbeklagten in einer Rechtschrift zweimal die Zahl von 150 m<sup>2</sup> (RG-act. I/10 Ziff. III.B.1. und III.B.5.). Dazu behaupten die Berufungskläger in der Berufung, sie hätten die Dimension bestritten, ohne allerdings den Ort der Bestreitung zu nennen (act. A.1 Rz. 13). Die Bestreitung stellen die Berufungsbeklagten in Abrede (act. A.2 Rz. 13). Die Suche danach, ob und wo die behauptete Bestreitung in den vorinstanzlichen Akten stehen soll, ist nicht Aufgabe des Berufungsgerichts (vgl. vorstehend E. 2).

Nach den Berufungsklägern ist diese Zahl weder durch Einreichung von Beweismitteln noch durch Beweisanträge bewiesen worden. Der von ihnen vor Vorinstanz beantragte Augenschein sei nicht durchgeführt worden, obwohl dieser das geeignetste Beweismittel zum Nachweis von Lage und Dimension des Spielplatzes sei. Die Vorinstanz habe die Grösse willkürlich auf 147 m<sup>2</sup> festgelegt, was den Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens entscheidend beeinflusst habe (act. A.1 Rz. 13; im vorinstanzlichen Entscheid wird unter Hinweis auf RG-act. II/43b von gegen 140 m<sup>2</sup> ausgegangen); das wird von den Berufungsklägern deshalb bemängelt, weil die Parteien dem Gericht die Tatsachen vorzulegen hätten und es nicht Sache des Gerichts sei, Tatsachen aus den Beilagen zusammenzusuchen. Wenn von den Berufungsklägern in diesem Zusammenhang an den Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) erinnert wird, ist zu präzisieren, dass dieser u.a. bedeutet, dass *"Tatsachen, die von einer Partei behauptet und von der anderen nicht oder nicht substantiiert bestritten"* werden, dem Gerichtsentscheid ohne weitere Prüfung zugrunde gelegt werden dürfen und müssen (OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 11; BGE 144 III 67

E. 2.1). Dass der Augenschein nicht durchgeführt wurde, ist keine antizipierte Beweiswürdigung, sondern folgt der Logik der Massgeblichkeit der von den Berufungsklägern im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebenen Behauptungen. Dass die Vorinstanz sich auf eine E-Mail (RG-act. II/43b) bezieht, in dem 140 m<sup>2</sup> genannt worden sind, hat sich angesichts des behaupteten und unbestritten gebliebenen grösseren Ausmasses von 150 m<sup>2</sup> jedenfalls nicht zum Nachteil der Berufungskläger ausgewirkt. Angesichts der von den Berufungsbeklagten genannten 150 m<sup>2</sup> hätten die Berufungskläger Anlass gehabt, ihre eigenen Zahlen zu nennen und die nunmehr vorgelegten Dokumente/Pläne (act. B.5-7), die es auch damals schon gegeben haben muss – etwas Anderes behaupten die Berufungskläger jedenfalls nicht – einzureichen. Entsprechend handelt es sich um unzulässige Noven (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

10.3. Die Berufungskläger rügen, dass der von ihnen angebotene Augenschein, der nicht durchgeführt worden sei, ihr Recht auf Beweis verletze (act. A.1 Rz. 15.1-15.3). Für ihr erstinstanzliches Beweisanerbieten beziehen sie sich auf die Klageantwort (RG-act. I/6 Ziff. III.B., S. 7). Dort wird u.a. ausgeführt, dass nachträglich keine Veränderung bei der Umgebungsgestaltung erfolgte, sondern dass die Begegnungszone, welche dem heute kleinen Kinderspielplatz entspreche, auch auf den Baueingabeplänen eingezeichnet gewesen sei. Der Kaufvertrag mit den Berufungsbeklagten enthalte in Ziff. 1 den Hinweis auf die Autoeinstellhalle u.a. gemäss Baubewilligung der Gemeinde. Die Baueingabepläne seien nun einmal Bestandteil der Baubewilligung, sodass im Kaufvertrag nicht speziell auf den Spielplatz habe hingewiesen werden müssen, wofür u.a. die Beweisofferte "Augenschein" gemacht wird.

In diesem Zusammenhang ist auf die Zuordnung der Beweismittel zu den einzelnen Behauptungen hinzuweisen. Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_391/2020 vom 9. Dezember 2020 E. 2.3.1 wird dazu ausgeführt: *"Nach Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung sind in der Regel die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; Urteil des Bundesgerichts 4A\_487/2015 vom 6. Januar 2016 E. 5.2 mit Hinweisen). Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden (Urteil des Bundesgerichts*

4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4)“; vgl. dazu auch im gleichen Sinn das Urteil des Bundesgerichts 4A\_448/2020 vom 4. November 2020 E. 4.1.3). Anzumerken ist, dass auch die Berufungskläger selber in ihren Ausführungen zu Art. 55 Abs. 1 ZPO (act. A.1 Rz. 16.1) wie folgt auf diese Grundsätze hinweisen: “[...] es gilt das Prinzip der Beweismittelverbindung. Die Beweise sind unmittelbar am Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen anzubieten”.

Da der Augenschein für die vorstehenden Behauptungen – sie betrafen Pläne, Baueingaben und Verträge – nichts hätte klären können, gab es für die Vorinstanz auch keinen Grund, diesen durchzuführen. Die diesbezüglichen Vorwürfe sind daher nicht gerechtfertigt.

10.4. Die Berufungskläger weisen in der Berufung darauf hin, dass nur rund 80 m<sup>2</sup> des Spielplatzes auf dem Grundstück Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ und dass die anderen 9 m<sup>2</sup> ausserhalb desselben stehen würden. Als Lageort der 9 m<sup>2</sup> werden in den Rechtsschriften die Grundstücke Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ und Z.6.\_\_\_\_\_ genannt, wobei es sich bei Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ um die Parzelle der Stockwerkeigentumseinheit der Berufungsbeklagten handelt. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass es letztlich Behauptungen über die Lage des Spielplatzes auf den Parzellen Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ und Nr. Z.6.\_\_\_\_\_ gibt, führen doch die Berufungsbeklagten im Schlussvortrag (RG-act. I/29 Rz. 1.6) an, dass der Spielplatz wahrscheinlich auch teilweise auf dem Grundstück Nr. Z.6.\_\_\_\_\_ und vermutlich geringfügig auf Grundstück Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ liege. Daher ist der Frage nicht weiter nachzugehen, inwieweit die Berufungsbeklagten gegebenenfalls als Stockwerkeigentümer und damit als Teil der Stockwerkeigentümergeinschaft der Parzelle Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ berechtigt wären, allein und unabhängig von der Stockwerkeigentümergeinschaft die Abwehr der Beeinträchtigung des Stammgrundstückes Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ zu erwirken. Im vorliegenden Verfahren ist das nicht das Thema, sondern die Aufhebung des Beschlusses gemäss Ziff. 3 der Miteigentümersammlung.

11.1. Die Berufungskläger halten die Gründe, die die Vorinstanz für die Bejahung der Zweckänderung anführt, nämlich Kostenerhöhung, Risikoerhöhung, erschwerte Handelbarkeit und dauernde Einschränkung von Nutzung und Gebrauch in nicht mehr kleiner Dimension (act. B.3 E. 5.13), für unmassgeblich. Die Berufungsbeklagten hätten die vorgenannten Elemente im Zivilprozess weder vorgetragen noch geltend gemacht und auch nicht substantiiert und bewiesen (act. A.1 Rz. 16.3 f.; Rz. 17.3.3 ff.). Die Vorinstanz hätte diese Argumente deshalb nicht verwenden dürfen.

Dem halten die Berufungsbeklagten entgegen, dass es gerichtsnotorisch sei, dass Bestand und "*Betrieb*" eines Kinderspielplatzes Kosten verursachen würden, ebenso wie die erhöhten Risiken von Werkeigentümern, welche im Übrigen in der Klage und Replik (RG-act. I/1 Ziff. III.14.; RG-act. I/10 Ziff. III.B.13.) ausdrücklich erwähnt worden seien (act. A.2 Rz. 16.3 und 17.3.5). Spielplätze mit Anlagen seien mit Lärm verbunden, was auch dadurch belegt werde, dass im konkreten Fall kein alternativer Standort im Quartier habe gefunden werden können (act. A.2 Rz. 16.3.). Dass die Spielanlage eine anderweitige Nutzung durch andere Personen als Kinder beeinträchtige, bedürfe keiner zusätzlichen Erläuterung. Die Berufungsbeklagten würden aus diesen Tatsachen direkt auch keine Rechte ableiten, sondern es gehe nur um die Rechtmässigkeit des Beschlusses und nicht um die Zusprechung von Rechten, um Überlegungen, basierend auf allgemein Bekanntem, welche das Gericht ohne weiteres in seine Erwägungen zur Frage der Zweckänderung habe einfließen lassen dürfen (act. A.2 Rz. 16.3). Das trifft zu, denn offenkundige Tatsachen müssen nicht behauptet und auch nicht bewiesen werden (vgl. Art. 151 ZPO; BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 151 N. 4).

Wie erwähnt wird im vorinstanzlichen Entscheid das vom Spielplatz ausgehende Haftungsrisiko der Miteigentümer als belastender Faktor bejaht (act. B.3 E. 5.13). Diesbezüglich wird in Art. 58 Abs. 1 OR die fehlerhafte Anlage, die Herstellung oder der mangelhafte Unterhalt eines Werkes genannt. Wenn die Berufungskläger einwenden, dass das Haftungsrisiko vernachlässigbar sei, da es die Eltern seien, die ihre Kinder beaufsichtigen müssten (RG-act. I/6 Ziff. III.B. S. 11), hilft dies nicht, wenn Mängel des Werkes für einen Unfall (mit-)ursächlich sind. Zur Vermeidung solcher Unfälle sind deshalb regelmässige Kontrollen und ein entsprechender Unterhalt erforderlich. Miteigentümer haften bei Kausalhaftungen (wie insb. Art. 679 ZGB und Art. 56 und 58 OR) solidarisch, auch wenn ihnen kein schuldhaftes Zusammenwirken bei der Schadensverursachung vorgeworfen werden kann (GRAHAM-SIEGENTHALER, Berner Kommentar, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, 2022, Art. 646 N. 196).

Zu den Kosten führen die Berufungskläger weiter aus, dass die Mehrkosten im Zusammenhang mit dem Spielplatz/dem Spielgerät angesichts der übrigen Kosten, die mit der Autoeinstellgarage verbunden sind, unbedeutend seien, zumal die Errichtungskosten unbestrittenermassen von der AH.\_\_\_\_\_ getragen würden (act. A.1 Rz. 17.3.4.). Dass die Kosten für den Unterhalt des Spielplatzes im Verhältnis zu den Gesamtkosten der Miteigentumssache gering(er) sein dürften, basiert ebenfalls auf allgemeinen Überlegungen und trifft gleichermassen zu, wie

die bereits erwähnte Tatsache, dass der Betrieb eines Spielplatzes/Spielgerätes mit einem gewissen finanziellen Aufwand verbunden ist. Dass von keiner Seite ein Betrag genannt wird, macht das Argument im vorliegenden Zusammenhang nicht ungültig, wenn auch nicht näher quantifizierbar.

Dass allfällige, nicht in der Siedlung lebende Käufer von Miteigentumsanteilen/Garagenplätzen am Spielplatz/Spielgerät nicht interessiert sein werden, ist naheliegend. Die von der Vorinstanz (act. B.3 E. 5.13) erwähnte Verteuerung der Einstellplätze, verursacht durch Kosten- und Haftungsrisiken des Spielplatzes, und die dadurch tangierte Handelbarkeit bzw. Verkäuflichkeit braucht in dieser allgemeinen Form keiner expliziten Behauptung. Auf Grund von allgemein Bekanntem könnte in diesem Zusammenhang etwa auch erwähnt werden, dass (nur) namhafte Mehrkosten und Risiken ins Gewicht fallen dürften und dass ein Argument für allfällige Erwerber vor allem auch sein dürfte, wie gesucht Garagenplätze in der Umgebung sind und zu welchem Preis solche verkauft werden. Was die Vorinstanz zur Einschränkung der Nutzung der Wiese als solche für erwachsene Miteigentümer und Kleinstkinder erwähnt, ist zutreffend; tatsächlich dient ein Spielplatz in aller Regel nur Kindern einer gewissen Altersgruppe. Das Argument, dass die Berufungsbeklagten wegen der Lage ihrer Wohnung zur Nutzung einer vollständig freien Fläche besonders prädestiniert wären, hat wenig Überzeugungskraft (act. A.2 Rz. 15.3), allerdings noch mehr als das Argument der Gegenseite, dass den Berufungsbeklagten ja ein eigener Gartenanteil auf der Stockwerkeigentumsparzelle Nr. Z.3.\_\_\_\_\_ zur Verfügung stehe und sie deshalb gar nicht auf die Nutzung der Miteigentumswiese angewiesen seien (act. A.1 Rz. 17.3.7).

11.2. Die Grundstückbeschreibung im Grundbuch ist nach Ansicht der Berufungskläger für die Zweckbestimmung ohne Bedeutung. Ohne Zweckbestimmung durch die Miteigentümer, die hier fehle, sei diese weit gefasst. Für den Erwerb eines Anteils sei ausschliesslich die Einstellmöglichkeit in der unterirdischen Garage von Bedeutung, nicht aber die Nutzung der Oberfläche (act. A.1 Rz. 17.2.5 ff.). Die Nutzung der Oberfläche sei weder Grundlage noch Voraussetzung für den Erwerb eines Anteils an der Garage (act. A.1 Rz. 17.2.6). Nach Hinweis darauf, was Literatur und Rechtsprechung unter Zweckänderung (Art. 648 Abs. 2 ZGB) verstehen (vgl. z.B. GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 648 N. 86: *"es genügt, das der bisherige Zweck durch tatsächliche oder rechtliche Massnahmen zu einem nebensächlichen wird"*; BRUNNER/WICHTERMANN, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., 2023, Art. 648 N. 21: *"Der Zweck muss sich nicht grundsätzlich ändern, um eine Entscheidung*

*i.S.v. Abs. 2 zu veranlassen; ausreichend ist bereits, wenn der bisherige Zweck fortan zur Nebensache wird*"; THURNHERR, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 219, 2010, Rz. 229 und Anm. 727; BGE 139 III 1 E. 4.3.3 = Pra 2013 Nr. 104), subsumiert die Vorinstanz die Veränderung des Nebenzwecks unter Art. 648 Abs. 2 ZGB und verlangt dafür Einstimmigkeit (act. B.3 E. 5.5 und 5.13 f.). Die Berufungskläger weisen darauf hin, dass Art. 648 Abs. 2 ZGB auch anwendbar sein könne, wenn der Zweck nur für einen Teil der Gesamtsache geändert werden solle. Voraussetzung sei dann aber, dass es dadurch zu einer Änderung des wirtschaftlichen Charakters der Sache – verstanden als das gemeinsame Grundstück insgesamt – komme (act. A.1 Rz. 17.3.1).

12.1. Die Vorinstanz geht zu Recht davon aus, dass der Hauptzweck – die Garagennutzung – durch die Erstellung des Spielplatzes nicht tangiert wird und dieser unverändert bleibt (act. B.3 E. 5.8 und 5.12 f.). Die Wiese sei bei der wertmässigen Grobbetrachtung gegenüber dem Wert der Garage an sich vernachlässigbar. Allerdings sei im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon auszugehen, dass die Wiese von denjenigen Miteigentümern, die in der Nähe wohnen, rege genutzt werde. Damit sei die Wiese im Vergleich eben doch nicht bedeutungslos (act. B.3 E. 5.9). Für die Berufungskläger ist der einzige Zweck des Grundstückes Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ die Bereitstellung von Parkmöglichkeiten (act. A.1 Rz. 17.2.7). Die Berufungsbeklagten halten die Zweckänderung bereits für gegeben, wenn die Spielplatzanlage nunmehr Dritten, den Eigentümern/Bewohnern der umliegenden Wohnliegenschaften im Quartier, die nicht Miteigentümer der Einstellhalle sind, zur Verfügung stehen solle (act. A.2 Rz. 17.3.1).

12.2. Für das Obergericht ist die umstrittene Zweckänderung nicht die ausschlaggebende Frage und ihr wird daher auch nicht weiter nachgegangen. Insbesondere kann offenbleiben, wie es sich verhält, wenn es nicht um die Änderung des Hauptzwecks geht, sondern um die Veränderung eines Nebenzwecks (act. B.3 E. 5.13). Entscheidend ist für das Obergericht die Rechtslage bei Öffnung des Miteigentumsgrundstückes bzw. von Teilen davon für Dritte und die Frage, ob die Miteigentümer eine solche Öffnung dulden müssen. Das ist nach der Ansicht des Obergerichts allerdings – anders als die Berufungsbeklagten geltend machen – keine Zweckänderung.

Miteigentumsgemeinschaften gehören zu den Rechtsgemeinschaften, für die charakteristisch ist, dass *"die Rechte und Pflichten im Sinne des Wesensmerkmals jeder Rechtsgemeinschaft den mehreren Beteiligten zustehen"* (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Vorbem. zu Art. 646-654a N. 10). Nach Art. 648 Abs. 1 ZGB

kann der einzelne Miteigentümer die Sache insofern gebrauchen und nutzen, als dies mit den Rechten *der anderen Miteigentümer* verträglich ist. Die gemeinschaftliche Sache als Ganzes kann – anders als die einzelnen Miteigentumsanteile – nur mit der Zustimmung aller Miteigentümer veräußert oder belastet werden, weil alle Miteigentümer gemeinschaftlich i.S. eines Gesamtrechts daran beteiligt sind (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 646 N. 81 ff.). Dritte sind in diesem Zusammenhang nicht erwähnt und ihnen steht auch kein entsprechender Anspruch zu.

Im Sinne der herrschenden Ansicht weist GRAHAM-SIEGENTHALER (a.a.O., Art. 646 N.176, vgl. auch BGE 95 II 397 E. 2b) darauf hin, dass Miteigentümer gleich wie Alleineigentümer ein Recht auf Verteidigung von Eigentum und Besitz gegenüber Dritten haben, und zwar gilt dies auch, wenn andere Miteigentümer mit der Störung einverstanden sind oder dagegen nicht einschreiten. Zwar wird darauf verwiesen, dass der *einzelne Miteigentümer* die gemeinschaftliche Sache auch durch Dritte benützen lassen kann, wenn dadurch die Rechte der anderen Miteigentümer nicht geschmälert werden. Werden hingegen Gebrauch und Nutzung ganz generell Dritten zugänglich gemacht, ist davon auszugehen, dass es der Zustimmung sämtlicher Miteigentümer bedarf (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 648 N. 32). Das folgt aus dem Wesen des Miteigentums und zudem aus der Regel, dass Vereinbarungen über Nutzung und Verwaltung der Miteigentumssache dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegen. Wenn Dritte in einem Beschluss ganz grundsätzlich zur Nutzung der Miteigentumssache oder eines Teils davon zugelassen werden sollen, entspricht dies einer (an keine besondere Form gebundenen) partiellen Vereinbarung über die Nutzung, wofür das Einstimmigkeitserfordernis gilt (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 647 N. 9, N. 45 und N. 49; Urteil des Bundesgerichts 5A\_11/2015 vom 13. Mai 2015 E. 2.4.3). Dass sich Nutzung und Gebrauch an den Rechten der anderen Miteigentümer orientieren (Art. 648 Abs. 1 ZGB), kann für Dritte klarerweise nicht gelten, weil Dritte keinerlei Rechte an der Miteigentumssache haben.

12.3. In der Einladung vom 21. Oktober 2019 war die "*Ermächtigung der AF. \_\_\_\_\_ zum Bau eines Spielplatzes*" (RG-act. II/30) traktandiert und im Protokoll der ausserordentlichen Versammlung vom 12. November 2019 wird dieses Traktandum wiederholt (RG-act. II/10), ohne dass Angaben zum Benutzerkreis des Spielplatzes gemacht werden. Sowohl die klagende als auch die beklagte Partei haben der Vorinstanz die im Hinblick auf die Abstimmung vom 12. November 2019 verfasste sog. Botschaft "*Erstellung Spielplatz AG. \_\_\_\_\_*" eingereicht (RG-act. II/30; RG-act. II/5), in der in einem Schlusswort festgehalten ist: "*Die UPI [AF. \_\_\_\_\_] ist der*

*Meinung, mit der Erstellung des Spielplatzes einen wichtigen Beitrag für das Zusammenleben im Quartier zu leisten. Ebenfalls hält sich die UPI an ihre Statuten zur Förderung von Wohneigentum für Einheimische, insbesondere für Familien mit Kindern. Und zuletzt hält sich die UPI auch an das Baugesetz von O.1.\_\_\_\_\_, in welchem laut Art. 44 auch ein Spielplatz gefordert wird".*

Auch wenn im Traktandum und im Beschluss der Benützerkreis nicht direkt genannt wird, kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Spielplatz für alle Bewohner der Überbauung, auch wenn sie keine Miteigentümer der Autoeinstellhalle sind, geöffnet werden soll. In der vorinstanzlichen Duplik (RG-act. I/11 Ziff. III.A.3.) haben die Berufungskläger darauf hingewiesen, dass gerade das der Zweck des Spielplatzes sei: *"Dieses Grundstück liegt in der Bauzone und im Rahmen einer Umgebungsgestaltung kann ein Spielplatz, welcher sämtlichen Bewohnern des Quartiers dient, erstellt werden".* Und weiter a.a.O.: *"Die AF.\_\_\_\_\_ hat die Überbauung erstellt, mit dem Ziel eine wohnliche Umgebung für Einheimische zu erstellen und dazu gehört ebenfalls ein Spielplatz, weil die Wohnungen hauptsächlich durch Familien mit Kindern bewohnt werden".* Und schliesslich: *"Kein Kaufvertrag enthält eine Bestimmung bezüglich Erstellung eines Spielplatzes, sondern die AH.\_\_\_\_\_ hat sich auf mehrheitlichen Wunsch der Wohnungskäufer bereit erklärt, einen Spielplatz zu erstellen"* (RG-act. I/11 Ziff. III.A.7.). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang abschliessend noch folgende Aussage der Berufungskläger: *"Auf jeden Fall ist es offensichtlich, dass die Zweckbestimmung als Grundlage des Willens der angrenzenden (Dritt-)Eigentümer zu einer sehr weit gefassten Zweckbestimmung führen würde"* (act. A.1 Rz. 17.2.7) und a.a.O. weiter: *"[...] die oberirdische Fläche des Grundstücks Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ [stellt] einen integralen Bestandteil des Quartiers AH.\_\_\_\_\_ [...] und den Wohnungseigentümern und deren Kindern und Gästen einen zur freien Nutzung zur Verfügung stehenden Raum [dar]"*.

12.4. Gleich wie Alleineigentümer sind Miteigentümer berechtigt, das Miteigentum allein und ohne Beizug der übrigen Miteigentümer gegen Entziehung und Störung zu verteidigen. Dies gilt folgerichtig auch dann, wenn sich andere Miteigentümer mit der Störung ausdrücklich einverstanden erklärt haben oder dagegen nicht eingeschritten sind (BRUNNER/WICHTERMANN, a.a.O., Art. 646 N. 35; Urteil des Bundesgerichts 5D\_178/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen). Das Recht von Miteigentümern, Störungen Dritter nicht dulden zu müssen, ist demnach nicht von der Haltung der anderen Miteigentümer abhängig, die sich mit der Störung ausdrücklich einverstanden erklären oder auch bloss nicht einschreiten (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Art. 646 N. 176). In dieses Konzept passt es auch,

dass sich die Miteigentümergeinschaft zwar eine eigene Nutzungs- und Verwaltungsordnung geben kann, wobei diese nur rechtsgültig zustande kommt, wenn ihr alle Miteigentümer zustimmen (Einstimmigkeit; vgl. BRUNNER/WICHTERMANN, a.a.O., Art. 647 N. 23; Urteile des Bundesgerichts 5A\_11/2015 vom 13. Mai 2015 E. 2.4.3; 5A\_380/2013 vom 19. März 2014 E. 3.2 und 3.3.1). Mangels einer Einschränkung auf die Gesamtsache muss Einstimmigkeit entsprechend auch gelten, wenn es um Nutzung und Gebrauch von Teilbereichen geht wie hier um die Öffnung des Spielplatzes/der Spielanlage auf der oberirdischen Fläche der Miteigentumssache. Mangels der erforderlichen Einstimmigkeit (vgl. RG-act. II/10) ist der angefochtene Beschluss gemäss Ziff. 3 des Versammlungsprotokolls vom 12. November 2019 vorliegend nicht rechtsgültig zustande gekommen.

Die Berufung ist daher abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

13.1. Bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid, bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Berufungskläger fechten die Festsetzung der Prozesskosten durch die Vorinstanz zwar formell an (act. A.1 Ziff. I. 1b und c). Sie äussern sich aber in ihrer Berufungsbegründung nicht dazu. Mithin ist davon auszugehen, dass sie die entsprechenden Begehren nur für den Fall ihres Obsiegens mit der Berufung gestellt haben.

13.2. Soweit es um das Berufungsverfahren geht, werden die sechs unterliegenden Berufungskläger A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ sowie F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ je zu gleichen Teilen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Was die anderen Parteien anbelangt, die sich dem noch auszufällenden Urteil unterzogen haben, sind sie hinsichtlich der Kosten dann uneingeschränkt auf der Gewinnerseite, wenn es im Prozess eine vollumfänglich obsiegende Partei (Art. 106 Abs. 1 ZPO) gibt (vgl. dazu MINNIG, Prozessrechtliche Überlegungen zur antizipierten Abstandserklärung im Erbteilungsprozess, in: ZZZ 2019, S. 126); sie haben daher keine Kosten zu tragen.

Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 6'000.00 festgesetzt und den sechs berufungsklagenden Parteien je zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtsgebühr wird aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'000.00 bezogen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

13.3. Die Berufungsbeklagten sind für die Kosten der anwaltlichen Vertretung durch die sechs in E. 13.2 namentlich genannten berufungsklagenden Parteien entsprechend zu entschädigen, und zwar zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit. Die Berufungsbeklagten haben im Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht, sodass der Stundenaufwand vom Obergericht zu schätzen ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 Honorarverordnung [HV; BR 310.250]). Für das Studium des vorinstanzlichen Urteils und der berufungsklägerischen Eingaben sowie für das Verfassen der Rechtsschriften (Berufungsantwort, Stellungnahme) erscheint, insbesondere unter Berücksichtigung, dass der Rechtsvertreter mit dem Prozessstoff bereits vertraut war, eine Entschädigung von pauschal CHF 7'500.00 (inklusive Spesen und MwSt.) als angemessen.

Die den Abstand erklärenden Parteien sind mangels Umtrieben nicht zu entschädigen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Abweisung der Klage betreffend die Ziffern 1, 2 und 4 des Beschlusses der Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_, GB O.1\_\_\_\_\_, gemäss Protokoll der Versammlung vom 12. November 2019 ist nicht angefochten worden und der vorinstanzliche Entscheid ist diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen.
2. Die Berufung betreffend den Beschluss der Miteigentümer der Liegenschaft Nr. Z.1.\_\_\_\_\_, GB O.1\_\_\_\_\_, gemäss Ziffer 3 des Protokolls der Versammlung vom 12. November 2019 wird abgewiesen und der vorinstanzliche Entscheid wird bestätigt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 6'000.00 gehen zu Lasten von A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ sowie F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ je zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung und werden aus dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'000.00 bezogen.
4. A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ sowie F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ haben H.\_\_\_\_\_ je zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung eine Parteientschädigung von CHF 7'500.00 (inkl. Spesen und MwSt.) für das Berufungsverfahren zu bezahlen.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Mitteilung an:]