



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

Ref.:  
ZK1 10 31

Chur, 4. Oktober 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

(Eine gegen dieses Urteil beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist mit Urteil vom 17. März 2011 abgewiesen worden, soweit darauf einzutreten war).

## **Urteil**

### **I. Zivilkammer**

Vorsitz	Schlenker
RichterInnen	Brunner, Michael Dürst
Redaktion	Akuar ad hoc Wolf

In der zivilrechtlichen Berufung

des X., des W., der V., des U., des E. und der T., Kläger und Berufungskläger, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Steiner, Plazzet 11, Chesa Engiadina, 7503 Samedan,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichtes I. vom 13. April 2010, mitgeteilt am 17. Juni 2010, in Sachen der Kläger und Berufungskläger gegen Y., und Z., Beklagte und Berufungsbeklagte, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. E. Joos, Via Stredas 4, 7500 St. Moritz,

betreffend Klage auf Entfernung eines Gartensitzplatzes und der Balkontüre,

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Die A. begründete am 25. August 2005 vor dem Notar Dr. iur. B. Stockwerkeigentum auf der Liegenschaft Nr. C., in D.. In den Jahren 2006 und 2007 erwarben X., W., V., U. sowie E. und T. mit öffentlich beurkundeten Kaufverträgen die heute ihnen gehörenden Stockwerkeinheiten auf der Liegenschaft Nr. C..

Y. und Z. erwarben die zu derselben Liegenschaft gehörende Stockwerkeinheit Nr. F. von der A. mit Kaufvertrag vom 28. März 2008. Kurze Zeit nach dem Kauf gaben sie die Erstellung eines Gartensitzplatzes auf der Nordseite ihrer Wohnung in Auftrag und liessen ein Fenster durch eine Gartentüre ersetzen.

B. Mit Einschreiben vom 18. August 2008 wurden Y. und Z. von verschiedenen Stockwerkeigentümern (darunter: E. und T., V. und U.) zur Entfernung der Gartenterrasse und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes aufgefordert. In der Folge hielt der Rechtsvertreter der heutigen Berufungskläger Y. und Z. noch mehrmals an, den Gartensitzplatz sowie die Gartentüre unter Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu entfernen.

C. Nachdem sich zwischen den Parteien keine einvernehmliche Lösung abzeichnete, liessen X., W., V., U. sowie E. und T. am 10. Juli 2009 beim Kreisamt G. ein Vermittlungsbegehren einreichen. Nach erfolgloser Sühneverhandlung bezogen sie am 2. Dezember 2009 den Leitschein mit folgenden klägerischen Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die Beklagtschaft zu verpflichten, den nördlich vor der Wohnung Nr. 3 der H. in D. (STWEG-Nr. F.) erstellten Gartensitzplatz auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand des Gartens wieder herzustellen.*
- 2. Es sei die Beklagtschaft zu verpflichten, die Balkontüre, welche vom Schlafzimmer der Wohnung Nr. 3 der H. in D. (STWEG-Nr. F.) Richtung Norden in den Garten führt, auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand und das ursprüngliche Erscheinungsbild der Hausfassade wieder herzustellen.*
- 3. Unter vollumfänglicher amtlicher und ausseramtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagtschaft, zuzüglich 7.6% MwSt.“*

Das beklagtische Rechtsbegehren lautete auf Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Kläger.

D. Mit Prozesseingabe vom 21. Dezember 2009 prosequierten die Kläger die Streitsache an das Bezirksgericht I.. Dabei hielten sie an den anlässlich der Sühneverhandlung gestellten Rechtsbegehren fest. Mit Prozessantwort vom 22. Janu-

ar 2010 beantragten die Beklagten im Wesentlichen die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Klage.

E. Mit Urteil vom 13. April 2010, mitgeteilt am 17. Juni 2010 erkannte das Bezirksgericht I. wie folgt:

*„1. Die Klage wird abgewiesen.*

*2. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 4'500.- und Schreibgebühren von CHF 500.-, sowie die vermittleramtlichen Kosten von CHF 300.- werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit und intern zu gleichen Teilen auferlegt.*

*3. Die Kläger werden unter solidarischer Haftbarkeit und intern zu gleichen Teilen verpflichtet, die Beklagten mit CHF 18'743.75 ausseramtlich zu entschädigen.*

*4. [Rechtsmittelbelehrung]*

*5. [Mitteilung]“*

F. Dagegen wurde am 7. Juli 2010 von den Klägern die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit den Anträgen erklärt, wie sie von ihnen bereits anlässlich der Sühneverhandlung und vor der Vorinstanz gestellt worden waren. Zudem seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Verfahrens vor dem Vermittleramt den Berufungsbeklagten aufzuerlegen und den Berufungsklägern sei eine volle Parteientschädigung zuzusprechen.

G. Mit Verfügung vom 21. Juli 2010 setzte der Vorsitzende der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden die mündliche Berufungsverhandlung auf den 4. Oktober 2010, 14.00 Uhr, an.

Der Kostenvorschuss wurde von beiden Parteien geleistet. Da der berufungsklägerische Rechtsvertreter am 4. Oktober 2010 jedoch unentschuldigt nicht zur Berufungsverhandlung erschien, eröffnete der Vorsitzende um 14.18 Uhr in Anwesenheit des berufungsbeklagten Rechtsvertreters die Berufungsverhandlung und erklärte das Kontumazverfahren für anwendbar. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben, so dass sich dieses als in der Sache legitimiert erklärte, worauf der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten seinen Antrag auf kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Berufung stellte und begründete. Auf die Abgabe schriftlicher Plädoyerernotizen sowie auf die Einreichung einer Honorarnote wurde verzichtet.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die Ausführungen des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten anlässlich der Berufungsverhandlung

sowie auf die Vorbringen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen.

## **II. Erwägungen**

1.a) Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden [ZPO; BR 320.000] in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts I. betrifft - wie die Berufungskläger in ihrer Prozesseingabe vom 21. Dezember 2009 unwidersprochen vorgebracht haben - einen vermögensrechtlichen Streit über einen Betrag von mehr als Fr. 8'000.--, so dass der Berufungstreitwert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist.

b) Fraglich ist, ob zudem auch die für die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erforderliche Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- erfüllt ist (Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG hat die Rechtsmittelbelehrung die Angabe des Streitwertes zu enthalten. Im vorliegenden Fall ist die Entfernung eines Gartensitzplatzes sowie einer Balkontüre unter Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes streitig. Hierbei handelt es sich um eine Streitigkeit vermögensrechtlicher Natur, wobei zur Bestimmung des Streitwerts - analog zur Streitwertberechnung bei Grunddienstbarkeiten (vgl. PKG 1997 Nr. 7) - alternativ auf die Vorteile des Weiterbestandes des Gartensitzplatzes und der Balkontüre für die Berufungsbeklagten oder auf die daraus fliessenden Nachteile für die Berufungskläger abgestellt werden kann. Dabei sind auch die den Berufungsbeklagten erwachsenden Kosten eines allfälligen Rückbaus zu berücksichtigen. Der finanzielle Aufwand für die Entfernung des Gartensitzplatzes mit Wiederbegrünung der entsprechenden Fläche sowie der Aufwand für die Entfernung der Balkontüre mit Wiederherstellung der Aussenmauer und der Fassade wird nach Schätzung der I. Zivilkammer auf mindestens Fr. 30'000.-- festgesetzt, weshalb der für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erforderliche Streitwert gegeben ist.

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-

fungskläger erklärten am 7. Juli 2010 die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts I. vom 13. April 2010, mitgeteilt am 17. Juni 2010, und hielten damit sowohl die Frist von 20 Tagen als auch sämtliche Formerfordernisse ein.

2. Vorliegendenfalls blieb der Rechtsvertreter der Berufungskläger gänzlich und unentschuldigter auf den 4. Oktober 2010, 14.00 Uhr, angesetzten Berufungsverhandlung fern. Wenn eine gehörig vorgeladene Partei im ordentlichen Verfahren zur Hauptverhandlung nicht erscheint oder die gesetzliche Vertröstung nicht leistet beziehungsweise keine Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege beibringt, wird die andere Partei gleichwohl zum Vortrage ihrer Begehren zugelassen, und es wird sodann das Kontumazverfahren durchgeführt (Art. 125 Abs. 1 ZPO). Das gleiche gilt gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 125 ZPO, wenn eine Partei trotz gehöriger Vorladung nicht an der Berufungsverhandlung erscheint. Während die Durchführung des Kontumazverfahrens für die säumige Partei im ordentlichen Verfahren auch mit Einschränkungen bezüglich der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel verbunden ist (Art. 133 Abs. 2 ZPO), bewirkt die Kontumazierung im Berufungsverfahren allein, dass die säumige Partei unter bestimmten, im Gesetz eng umschriebenen Voraussetzungen die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen kann (PKG 1994 Nr. 3 E. 1.c). Nach dem Gesagten kann das vorliegende Verfahren nicht wie im Falle der offensichtlichen Verspätung der Berufung durch den Vorsitzenden abgeschrieben werden (vgl. Art. 224 Abs. 1 ZPO). Die I. Zivilkammer des Kantonsgerichts bleibt vielmehr gestützt auf Art. 228 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 127 ZPO verpflichtet, in Durchführung eines Kontumazverfahrens das angefochtene Urteil im Rahmen der Anträge anhand der Akten und der Stellungnahme der Gegenpartei zu überprüfen. Diese Kontrolle hat (beschränkt auf den Anfechtungsbereich) grundsätzlich umfassend zu geschehen, sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht, handelt es sich doch bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 507 f., insbesondere N 7b; PKG 2005 Nr. 7 E. 2).

Gemäss Art. 228 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit 128 ZPO ist den Berufungsklägern mit dem vorliegenden Urteil eine Wiederherstellungsfrist (Purgationsfrist) von einem Monat bis sechs Monaten ab Mitteilung des Urteils anzusetzen, innert der sie, falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen können. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens erscheint eine Wiederherstellungsfrist von einem Monat als angemessen.

3. Die Berufungskläger sind Stockwerkeigentümer an der Liegenschaft Nr. C.. Das Stockwerkeigentum vermittelt ihnen einen Miteigentumsanteil an der erwähnten Liegenschaft. Mit diesem Miteigentumsanteil ist das Sonderrecht verknüpft, bestimmte Teile des auf dem Grundstück errichteten Gebäudes ausschliesslich zu nutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können - weil zwingend gemeinschaftlich - insbesondere der Boden der Liegenschaft und die Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind oder die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB). Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB ist jeder Eigentümer legitimiert, sich gegen Beeinträchtigungen seines Eigentums zur Wehr zu setzen. Dies gilt auch für jeden einzelnen Miteigentümer, und zwar auch dann, wenn die Störung von einem anderen Miteigentümer oder, wie vorliegend, von einem anderen Stockwerkeigentümer ausgeht (PKG 1994 Nr. 5 E. 2b mit weiteren Hinweisen). Demnach sind die Berufungskläger legitimiert, mit der Negatorienklage die Entfernung des Gartensitzplatzes und der Balkontüre unter Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu verlangen.

4.a) An der vorinstanzlichen Hauptverhandlung sowie anlässlich der Berufungsverhandlung liessen die Berufungsbeklagten vorbringen, im Aufteilungsplan Erdgeschoss der Begründungserklärung sei im fraglichen nördlichen Zimmer der Beklagten anstelle eines Fensters eine Türe und mit klaren Strichen ein Gartensitzplatz eingezeichnet. Die Berufungskläger hätten im Zeitpunkt des Kaufs ihrer Stockwerkeinheiten den Aufteilungsplan mit Türe und Sitzplatz gesehen und mit ihrem Kaufvertrag auch akzeptiert.

b) Die Vorinstanz führte dazu aus, in ihren in den Jahren 2006 und 2007 unterzeichneten Kaufverträgen hätten die Berufungskläger erklärt, von der vom 25. August 2005 datierenden Begründungserklärung Kenntnis zu haben. Die als Bestandteile der Begründungserklärung bezeichneten Aufteilungspläne hätten die eingezeichnete Türe und den eingezeichneten Gartensitzplatz aufgewiesen. Es stehe fest, dass die Berufungskläger von der geplanten Fenstertür und vom geplanten Gartensitzplatz Kenntnis gehabt und diese auch akzeptiert hätten. Damit hielt die Vorinstanz als erstellt, dass der auf dem Aufteilungsplan Erdgeschoss eingezeichnete Gartensitzplatz sowie die ebenda eingezeichnete Balkontüre - versehen mit dem handschriftlichen Schriftzug „Neuer, nicht vorgesehener Sitzplatz und abgeändertes Fenster zu einer Aussentüre“ - bereits zur Zeit der Vertragsun-

terzeichnung der Berufungskläger in den Jahren 2006 und 2007 in dem Aufteilungsplan eingefügt waren.

c) Als Stockwerkeigentümer können sich die Berufungskläger mit der Negatorienklage gegen ungerechtfertigte Eigentumsstörungen wehren (vgl. vorstehend E. 3). Die Einwirkung auf das Eigentum muss demnach ungerechtfertigt sein, wobei prinzipiell jede unmittelbare oder körperliche Einwirkung rechtswidrig ist (Wiegand in: Basler Kommentar ZGB II, 3. Aufl., Basel 2007, N. 63 zu Art. 641). Wer ein Recht zur Einwirkung behauptet, mag dies auf Gesetz oder rechtsgeschäftlicher Vereinbarung beruhen, schuldrechtlicher oder dinglicher Natur sein, muss dessen Voraussetzungen beweisen (Wiegand, a.a.O., N. 63 zu Art. 641 mit Hinweis; Meier Hayoz, Berner Kommentar, 5. Aufl., Bern 1981, N 115 zu Art. 641). Mit anderen Worten trägt der auf fremdes Mit- oder Alleineigentum Einwirkende die Beweis- und Behauptungslast (vgl. Guldener, a.a.O., S. 166) für die seine Einwirkung rechtfertigenden Sachumstände. Vorliegendenfalls haben demnach die Berufungsbeklagten, welche durch den Einbau eines Gartensitzplatzes und einer Gartentüre als bauliche Massnahmen an zwingend gemeinschaftlichen Liegenschaftsteilen im Sinne von Art. 712b Abs. 2 ZGB auf das (Mit-)Eigentum der anderen Stockwerkeigentümer einwirken (vgl. nachfolgend E. 5), die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, falls sich kein Rechtfertigungsgrund für die Erstellung eines Gartensitzplatzes sowie den Einbau einer Balkontüre erstellen liesse. Ebenso wäre zum Nachteil der Berufungsbeklagten zu entscheiden, falls sich herausstellen würde, dass ein solcher Rechtfertigungsgrund gar nicht, nicht rechtzeitig oder nicht genügend substantiiert geltend gemacht worden ist.

Entgegen der Vorinstanz und den Berufungsbeklagten kann im vorliegenden Fall keineswegs davon ausgegangen werden, dass der Gartensitzplatz sowie die Balkontüre zur Zeit der Vertragsunterzeichnungen durch die Berufungskläger in den Jahren 2006 und 2007 bereits in den Aufteilungsplänen eingezeichnet und die Berufungskläger hiervor Kenntnis hatten. Dies aus mehreren Gründen:

c/aa) Gemäss Art. 118 ZPO ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen. Damit statuiert die bündnerische Zivilprozessordnung die Verhandlungsmaxime. Folge der Verhandlungsmaxime ist, dass das Gericht seinem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen darf, die behauptet worden sind („Quod non est in actis, non est in mundo“, „Da mihi facta, dabo tibi ius“). Oder mit anderen Worten: Was nicht behauptet worden ist, darf vom Richter nicht berücksichtigt und kann auch nicht zum Beweis verstellt werden (Schmid in: Basler Kommentar ZGB I, 3. Aufl., Basel 2006, N 31 zu Art. 8 ZGB). Rechtsbegrün-

dende und rechtsaufhebende Tatsachen müssen daher von den Parteien behauptet werden. Das Gericht legt seinem Verfahren im Weiteren nur rechtzeitig geltend gemachte Tatsachen zugrunde (sogenannte Eventualmaxime; Art. 118 Satz 2 ZPO). Rechtzeitig bedeutet gemäss bündnerischem Zivilprozessrecht in den Rechtsschriften vor der ersten Instanz (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, Art. 87 Abs. 3 ZPO; PKG 1987 Nr. 9, 1997 Nr. 5, 2002 Nr. 7; Urteile des Kantonsgerichts Graubünden vom 5. Februar 2007, ZF 06 81 E. 5a und vom 2. Mai 2005, ZF 04 77 E 6d/bb). In einem späteren Zeitpunkt sind neue Behauptungen ausgeschlossen. Lediglich neue Beweismittel können unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 98 und Art. 108 ZPO noch später zugelassen werden, indessen nur insoweit, als damit tatsächliche, bereits in den Rechtsschriften enthaltene Behauptungen bewiesen werden sollen (vgl. auch Art. 226 ZPO für das Berufungsverfahren). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ergibt sich aus Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 117 Abs. 1 ZPO. Demgemäss ist dem Urteil - unter Vorbehalt rechtzeitiger Geltendmachung - derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen, wie er im Urteilszeitpunkt besteht. Dadurch wird die strenge Eventualmaxime dahingehend eingeschränkt, dass Tatsachen, welche nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels eintreten, nachträglich behauptet und bewiesen werden dürfen. Denn solche nachträglich eingetretene Tatsachen konnten von den Parteien aus objektiven, von ihnen nicht zu verantwortenden Gründen im Rahmen der Rechtsschriften gar nicht geltend gemacht werden (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 2. Mai 2005, ZF 04 77 E 6d/bb mit Hinweisen). Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Normen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Massgebende Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E 2b mit Hinweisen). Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365 E 2b mit Hinweisen; vgl. auch Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 42 f. zu Art. 8, 9 und 10 ZGB). Diejenige Partei, die eine solchermassen vorgeschriebene Substantiierung unterlässt, muss mit dem Verlust ihrer Angriffs- beziehungsweise Verteidigungsmittel rechnen; unsorgfältige Prozessführung darf den

Verlust des materiellen Anspruchs nach sich ziehen (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 5. Februar 2007, ZF 06 81 E. 5a).

Im vorliegenden Fall reichten die Berufungskläger mit der Prozesseingabe vom 21. Dezember 2009 die Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum vom 25. August 2005 (RA Steiner act. 4) ein. Darin findet sich unter anderem der Aufteilungsplan Erdgeschoss, auf dem der heute streitige Gartensitzplatz sowie die Balkontüre mit dem handschriftlichen Schriftzug „Neuer, nicht vorgesehener Sitzplatz und abgeändertes Fenster zu einer Aussentüre“ eingezeichnet sind. Trotzdem erwähnten die Parteien in den Rechtsschriften die Tatsache dieser Einzeichnung mit keinem Wort. In ihrer Prozesseingabe beschäftigten sich die Berufungskläger lediglich mit der - nach ihrer Ansicht zu verneinenden - Frage, ob sie sich die baulichen Veränderungen angesichts der von ihnen mit der Begründerin abgeschlossenen Kaufverträge gefallen lassen müssten oder ob sich die streitigen baulichen Massnahmen allenfalls auf die Bestimmungen der Begründungserklärung oder des Reglements abstützen liessen. Die Aufteilungspläne wurden dabei nicht erwähnt. Die Berufungsbeklagten ihrerseits beschränkten sich in ihrer Prozessantwort vom 22. Januar 2010 auf die Feststellung, dass sie aufgrund des von ihnen mit der Begründerin abgeschlossenen Kaufvertrages Anspruch auf Vornahme der streitigen baulichen Massnahmen hätten und diese im Übrigen von den Bestimmungen der Begründungserklärung abgedeckt würden, ohne auf die Aufteilungspläne Bezug zu nehmen. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung war es jedoch zu spät, um gänzlich neue Tatsachen, welche in den Rechtsschriften nicht einmal in ihren Grundzügen vorgebracht worden waren, zu behaupten (handschriftlicher Schriftzug im Aufteilungsplan Erdgeschoss, Zeitpunkt der Anbringung desselben). Dies hat ungeachtet dessen zu gelten, dass die tatsächliche Behauptung, im Plan Erdgeschoss seien die baulichen Veränderungen eingezeichnet, an der Hauptverhandlung nicht ausdrücklich replicando bestritten wurde, sondern aus unerfindlichen Gründen auf weitere Parteivorträge offenbar verzichtet wurde. Es ist nämlich vom Grundsatz auszugehen, dass als bestritten gilt, was nicht zugestanden wird (vgl. Art. 156 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Daher kann nicht gesagt werden, es handle sich um eine anerkannte Tatsache, dass die Einzeichnung bereits in den Jahren 2006 und 2007 erfolgt sei und somit die baulichen Veränderungen den Berufungsklägern bereits damals bekannt gewesen seien. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Berufungskläger an der Hauptverhandlung hypothetisch einen Vorbehalt für die Vornahme der streitigen baulichen Massnahmen in der Begründungserklärung für unbeachtlich erklärten (Klägerische Plädoyerprotokolle, S. 6). Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der

fragliche Sachumstand (Zeitpunkt der Vornahme der handschriftlichen Eintragungen im Aufteilungsplan Erdgeschoss) bereits mit der Prozesseingabe vom 21. Dezember 2009 oder mit der Prozessantwort vom 22. Januar 2010 in den Prozess eingeführt worden ist. Tatsachenbehauptungen haben in den Rechtsschriften enthalten zu sein (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO für die Prozesseingabe). Das blosses Vorhandensein von Tatsachen in den Beilagen genügt nicht, wenn sie - wie vorliegend - in den Rechtsschriften nicht einmal in den Grundzügen beschrieben werden und in den Rechtsschriften auch nicht hinsichtlich dieser Tatsachen auf die Beilagen verwiesen wird (vgl. dazu PKG 1997 Nr. 5 Erw. 2a sowie PKG 2002 Nr. 7 Erw. 4). Vorliegend hat dies umso mehr zu gelten, als es sich beim Vorbringen, die baulichen Massnahmen seien bereits in den Jahren 2006 und 2007 im Bestandteil der Begründungserklärung bildenden Aufteilungsplan eingezeichnet gewesen, um eine materiell offensichtlich erhebliche und nicht bewiesene Tatsachenbehauptung handelt (vgl. nachstehend).

c/bb) Es ist nicht nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz ausführt, dass die Berufungsbeklagten zwar den Einbau der Fenstertüre und die Erstellung des Gartensitzplatzes hätten in Auftrag geben dürfen, ihnen jedoch hieran kein besonderes Nutzungsrecht eingeräumt worden sei (angefochtenes Urteil E. 4.c/dd). Der Gartensitzplatz wurde direkt vor der Balkontüre der Berufungsbeklagten erstellt und mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse ist es klar, dass dieser Sitzplatz einzig und allein den Berufungsbeklagten dienen soll (vgl. die Fotodokumentation des vorinstanzlich am 13. April 2010 durchgeführten Augenscheines). Auch ist die Zusicherung der Begründerin gegenüber den Berufungsbeklagten, einen Gartensitzplatz sowie eine Balkontüre zu erstellen (Ziffer 4 der weiteren Vertragsbestimmungen des berufungsbeklagten Kaufvertrages, RA Joos act. 1), nur wenig sinnvoll, wenn darin nicht die Einräumung eines besonderen Nutzungsrechtes gesehen werden kann. In der Begründungserklärung wurde ein ausschliessliches Nutzungsrecht am „Sitzplatz/Gartenanteil“ jedoch einzig den Wohnungen Nr. 1 und 2 zugewiesen (Ziffer II der Begründungserklärung, RA Steiner act. 4). Ebenso wäre nicht plausibel, weshalb die streitigen baulichen Massnahmen nicht bereits im Rahmen der Liegenschaftsüberbauung berücksichtigt worden sind, sondern erst nach dem 28. März 2008 vorgenommen wurden, wenn sie bereits zur Zeit des Begründungsaktes auf dem Aufteilungsplan Erdgeschoss eingezeichnet gewesen wären. Demnach kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der Aufteilungsplan Erdgeschoss bereits im Zeitpunkt der Begründungserklärung am 25. August 2005 diese Einzeichnungen enthielt.

Selbst die Parteien gingen in ihren vorinstanzlich eingereichten Rechtschriften stillschweigend, aber übereinstimmend davon aus, dass der Gartensitzplatz und die Balkontüre zur Zeit der Vertragsunterzeichnung durch die Berufungskläger in den Jahren 2006 und 2007 noch nicht in den Aufteilungsplänen eingezeichnet waren. Die gegenteilige Behauptung wurde erst vom berufungsbeklagten Rechtsvertreter an der Hauptverhandlung vorgebracht, worauf der anwaltliche Vertreter der Berufungskläger aus unbekanntem Gründen nicht replizierte. Bis zum ersten Vortrag der Berufungskläger anlässlich der Hauptverhandlung jedoch beschränkten sich beide Parteien hauptsächlich auf die Frage, ob es gestützt auf die mit der Begründerin abgeschlossenen Kaufverträge, die Bestimmungen der Begründungserklärung sowie das Reglement zulässig gewesen sei, die streitigen baulichen Massnahmen vorzunehmen, oder ob es hierzu eines Beschlusses der Stockwerkeigentümerversammlung bedürft hätte. Auch das angefochtene Urteil geht primär davon aus, dass die Berufungsbeklagten gestützt auf die Vorbehalte im Kaufvertrag und in den Bestimmungen der Begründungserklärung den Einbau der Fenstertüre und die Erstellung des Gartensitzplatzes in Auftrag geben durften, ohne dass hierzu ein Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung notwendig gewesen wäre (angefochtenes Urteil E. 4d). Mit diesen Überlegungen schlossen sowohl die Parteien in ihren Rechtsschriften als auch die Vorinstanz sinngemäss geradezu aus, dass die umstrittenen baulichen Massnahmen bereits in den Jahren 2006 und 2007 im Aufteilungsplan Erdgeschoss vorhanden waren und so zu dieser Zeit den Berufungsklägern zur Kenntnis gelangen konnten, ansonsten jegliche über den Hinweis auf den Bestandteil der Begründungserklärung - von welcher sämtliche Käufer ausdrücklich Kenntnis zu haben erklärten (vgl. exemplarisch Ziffer 8 der weiteren Vertragbestimmungen der im Recht liegenden Kaufverträge, RA Steiner act. 3a, 3b, RA Joos act. 1) - bildenden Aufteilungsplan hinausgehende Erörterungen schlicht überflüssig gewesen wären. Ein Einverständnis der Berufungskläger zu den im Aufteilungsplan vorgesehenen baulichen Massnahmen zum Zeitpunkt der Abschlüsse ihrer Kaufverträge hätte den nachträglichen Widerstand gegen diese Massnahmen unweigerlich als offensichtlich treuwidrig entlarvt. Von diesem nicht erstellten Sachverhalt ausgehend, stellte die Vorinstanz lediglich als Zusatzbegründung - und zu Unrecht - fest, dass auf dem Aufteilungsplan sowohl die Balkontüre als auch der Gartensitzplatz eingezeichnet seien und dass daher die Berufungskläger von diesen baulichen Massnahmen Kenntnis gehabt hätten, weshalb die Klage auch aus diesem Grunde abzuweisen sei. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass keinesfalls ausgewiesen ist, dass die streitigen baulichen Massnahmen vor dem Abschluss des Kaufvertrages durch die Berufungsbeklagten am 28. März 2008 und vor deren Vornahme kurz danach jemals Anlass zu

Meinungsverschiedenheiten gegeben hätten. Zudem führten die Berufungsbeklagten in ihrer Prozessantwort ausdrücklich aus, für sie sei die Zusicherung einer Aussentüre und eines Gartensitzplatzes eine *conditio sine qua non* gewesen, weil die Berufungsbeklagte gesundheitlich angeschlagen sei und deshalb einen direkten Zugang zum Garten haben müsse. Damit aber begründeten selbst die Berufungsbeklagten die Vornahme der streitigen baulichen Massnahmen mit der Person der Berufungsbeklagten, die ihre Stockwerkeinheit erst mit Vertrag vom 28. März 2008 erwarb. Aus dem Gesagten erhellt, dass der Gartensitzplatz und die Balkontüre erst im Hinblick auf den Verkauf der Stockwerkeinheit Nr. F. an die Berufungsbeklagten ein Thema war und nicht bewiesen ist, dass diese baulichen Massnahmen schon in den Jahren 2006 und 2007 - als die Berufungskläger ihre Stockwerkeinheiten erwarben - im Aufteilungsplan eingezeichnet waren.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass selbst bei einer - hier nicht vorliegenden (vgl. vorstehend E. 4.c/aa) - übereinstimmenden Parteidarstellung der Inhalt einer Urkunde den Richter nicht binden würde, wenn die Urkunde offensichtlich wahrheitswidrig ist, weil auch die Verhandlungsmaxime den Richter nicht zwingen kann, unzweifelhaft Falsches als massgebend hinzunehmen (Kummer, Berner Kommentar, Bern 1966, N 57 zu Art. 9 ZGB). Vorliegend ist offensichtlich nicht erstellt, dass bereits zur Zeit der Begründung von Stockwerkeigentum am 25. August 2005 oder spätestens beim Abschluss der Kaufverträge durch die Berufungskläger in den Jahren 2006 und 2007 der heute streitige Gartensitzplatz sowie eine Balkontüre im Aufteilungsplan Erdgeschoss eingezeichnet gewesen wären, weshalb die Vorinstanz diese „Tatsache“ zu Unrecht als erstellt hielt.

c/cc) Aufgrund des Gesagten wurde vorliegendenfalls nicht rechtsgenügend behauptet, geschweige denn kann als erstellt gelten, dass der Gartensitzplatz und die Balkontüre bereits zur Zeit der Vertragsunterzeichnung durch die Berufungskläger in den Jahren 2006 und 2007 im Aufteilungsplan eingezeichnet waren. Damit können demnach die Einwirkungen auf das (Mit-)Eigentum der berufungsklägerischen Stockwerkeigentümer nicht gerechtfertigt werden.

5. Der Boden, worauf der Gartensitzplatz errichtet wurde, stellt einen zwingend gemeinschaftlichen Liegenschaftsteil dar, an welchem nur mittels der Benutzungsordnung im Reglement oder mittels der Einräumung von Dienstbarkeiten besondere Nutzungsrechte begründet werden können (Meier-Hayoz, a.a.O., N 10 zu Art. 712b ZGB). Für eine bauliche Massnahme wie die Errichtung eines Gartensitzplatzes 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. Aus Art. 647c-647e ZGB geht hervor, dass bauliche Massnahmen unter Vorbehalt der hier nicht zutreffenden Ausnahmen der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen (Art. 647c ZGB in Verbindung mit 647a ZGB) und der dringlichen Massnahmen im Sinne von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB nur mit einem entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung oder - bei Scheitern des erforderlichen Beschlusses hinsichtlich notwendiger baulicher Massnahmen (vgl. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) - aufgrund einer richterlichen Anordnung vorgenommen werden dürfen. Entsprechendes gilt sodann für den vorgenommenen Einbau der Balkontüre, mit welchem klarerweise in die äussere Gestalt des Gebäudes - und damit in zwingend gemeinschaftliche Gebäudeteile - eingegriffen wurde (vgl. Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; Meier-Hayoz, a.a.O., N 24 zu Art. 712b ZGB, wonach gewöhnliche Fenster und Balkontüren wohl zu Sonderrecht ausgeschieden werden können, jedoch die Grösse der Fenster und deren Art nicht verändert werden darf). Ein Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung hinsichtlich der Erstellung eines Gartensitzplatzes und dem Einbau einer Balkontüre liegt jedoch nicht vor und wird auch nicht behauptet. Zu prüfen bleibt demnach, ob diese baulichen Massnahmen eine Rechtfertigung in den abgeschlossenen Kaufverträgen, in den Bestimmungen der Begründungserklärung oder im Reglement finden.

a) Die Berufungskläger erklärten in ihren Kaufverträgen gegenüber der Verkäuferin und Begründerin, von den Bestimmungen der Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum sowie des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft Kenntnis zu haben (vgl. vorstehend 4.c/bb). Die Begründungserklärung sieht insbesondere die Erstellung von zwei Aussenparkplätzen im Freien auf der Liegenschaft Nr. C. vor. Nach dem Wortlaut der Erklärung behält sich die Begründerin das Recht vor, diese Autoabstellplätze, ohne Begrüssung von bereits im Grundbuch eingetragenen Stockwerkeigentümern, Interessenten zuzuweisen und die entsprechenden Dienstbarkeiten zu begründen (Ziff. IV Abs. 1 der Begründungserklärung, RA Steiner act. 4). Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, es stehe fest, dass, weil die Verkäuferin einen solchen Autoabstellplatz einem einzelnen Stockwerkeigentümer einer ausschliesslichen Nutzung habe zuweisen können, sie dies auch bei einem Gartensitzplatz gedurft habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Vorbehalt der Erstellung von zwei Aussenparkplätzen in der Begründungserklärung taugt offensichtlich nicht als Ersatz eines entsprechenden - und hier nicht vorliegenden - Beschlusses der Stockwerkeigentümerversammlung in Bezug auf die Erstellung eines Gartensitzplatzes. Es kann keine Rede davon sein, vom Einverständnis der Berufungskläger zur Erstellung der Aus-

senparkplätze sei auch ein Gartensitzplatz abgedeckt. Die Berufungsbeklagten können sodann auch aus dem Reglement (RA Steiner act. 5) nichts für sich ableiten. Dieses sieht in Art. 21 lediglich vor, dass unter anderem wesentliche bauliche Veränderungen der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Wertquoten bedürfen.

b) Gemäss Ziffer VII der Begründungserklärung ist die Begründerin befugt, solange noch nicht alle Stockwerkeinheiten verkauft sind, notwendig werdende Änderungen der Stockwerkeinheiten oder der Wertquoten an noch nicht verkauften Stockwerkeinheiten ohne Begrüssung und Zustimmung von Eigentümern bereits verkaufter Stockwerkeinheiten vorzunehmen und in das Grundbuch eintragen zu lassen, insbesondere Stockwerkeinheiten zusammenzulegen bzw. neu aufzuteilen und damit zusammenhängende geringfügige Änderungen in Bezug auf die allgemeinen Bauteile und Anlagen vorzunehmen. Diese Bestimmung sieht geringfügige Änderungen der allgemeinen Bauteile und Anlagen nur im Zusammenhang mit notwendigen Änderungen der Stockwerkeinheiten oder der Wertquoten an noch nicht verkauften Stockwerkeinheiten vor, weshalb die Berufung hierauf den Berufungsbeklagten nicht zu helfen vermöchte, wurde doch vorliegend keine Änderung einer Stockwerkeinheit oder der Wertquoten im Sinne der wiedergegebenen Bestimmung vorgenommen, insbesondere wurden keine Stockwerkeinheiten zusammengelegt oder neu aufgeteilt. Diese Bestimmung der Begründungserklärung deckt nach dem Gesagten keinesfalls die vorgenommenen streitgegenständlichen baulichen Massnahmen.

c) Laut Ziffer XI der Begründungserklärung ist die Begründerin unwiderruflich berechtigt, die Begründung von Stockwerkeigentum mittels Nachträgen abzuändern und/oder zu ergänzen, insbesondere noch nicht verkaufte Stockwerkeinheiten räumlich und grundbuchlich zu trennen oder zu vereinigen (Abs. 1). Nach Abs. 2 der Bestimmung gilt ebendies für die Begründung aller wünschbaren Dienstbarkeiten im Interesse der Gesamtüberbauung zugunsten und zulasten der Liegenschaft Nr. C., insbesondere für Mitbenützungs-, Anschluss- und Durchleitungsrechte für Erschliessungsanlagen, Durchgangs- und Durchfahrtsrechte, Grenz- und Näherbaurechte, Parkplatzbenützungsrechte sowie Nutzungsübertragung. Auch diese Bestimmung genügt offensichtlich nicht als Vorbehalt für die Erstellung eines Gartensitzplatzes und einer Balkontüre. Vorliegend wurden keine Stockwerkeinheiten getrennt oder vereinigt und auch keine Dienstbarkeit im Interesse der Gesamtüberbauung begründet, dienen doch die Balkontüre und der Gartensitzplatz augenscheinlich einzig den Interessen der Berufungsbeklagten (vgl. vorstehend E. 4.c/bb). Somit vermag auch Ziffer XI der Begründungserklärung

offensichtlich nicht die vorgenommene Erstellung eines Gartensitzplatzes und einer Balkontüre vorzubehalten.

d) Ziffer 5 der weiteren Vertragsbestimmungen der von den Berufungsklägern abgeschlossenen Kaufverträge bestimmen unter dem Titel „Interne Änderungen“, dass allfällige interne Änderungen an der Liegenschaft als Ganzes sowie Änderungen an den Fassaden, welche das Kaufsobjekt nicht tangieren, von der Verkäuferin vorgenommen werden dürfen. Weiter können die in den Plänen eingetragene Masse im Zuge der Detailplanung und der Bauausführung kleinere Änderungen erfahren, wobei von der Käuferschaft aus solchen Änderungen keinerlei Ansprüche abgeleitet werden können. Unklar ist, was unter das Kaufsobjekt nicht tangierenden internen Änderungen an den Fassaden zu verstehen ist. Fassaden beschlagen die Aussenseite eines Gebäudes, weshalb Veränderungen daran nur schwerlich oder überhaupt nicht als „interne Änderungen“ bezeichnet werden können. Ebenso ist fraglich, ob mit dem „Kaufsobjekt“ (untechnisch) die im Sonderrecht des jeweiligen Käufers stehende Eigentumswohnung oder aber der beziehungsweise Stockwerkeigentumsanteil an der ganzen Liegenschaft (mit all ihren Bestandteilen) zu verstehen ist. Diese Fragen können jedoch offen bleiben, da der Einbau einer Balkontüre, mit welchem in die äussere Gestalt des Gebäudes und somit in zwingend gemeinschaftliche Gebäudeteile eingegriffen wurde, jedenfalls nicht von diesem Vorbehalt gedeckt wird. Würde vom Gegenteil ausgegangen, so wäre festzuhalten, dass ein Vorbehalt in der Begründungserklärung, der zeitlich unbefristet beliebige bauliche Massnahmen an zwingend gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes durch die Begründerin zulässt, aufgrund seines unvorherseh- und unbestimmbaren Inhalts nicht wirksam wäre (vgl. Art. 27 ZGB). Auch Ziffer 4 der weiteren Vertragsbestimmungen der Kaufverträge („von der [jeweiligen] Käuferschaft in Auftrag gegebene Sonderausbauwünsche“) kann aufgrund der offenen Formulierung den Berufungsklägern nicht entgegengehalten werden, denn von der Erstellung eines Gartensitzplatzes und dem Einbau einer Balkontüre ist in dieser Bestimmung keine Rede.

e) Die Berufungsbeklagten wiesen im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht darauf hin, dass sich die Begründerin ihnen gegenüber im Kaufvertrag vom 28. März 2008 verpflichtete, auf Kosten der Berufungsbeklagten beim Elternschlafzimmer statt des Fensters eine Türe einzubauen und vor dieser Türe einen Sitzplatz zu erstellen (vgl. vorstehend 4.c/bb). Jedoch müssen sich die Berufungskläger dies nicht entgegenhalten lassen. Beim Anspruch auf Einbau einer Türe und Erstellung eines Gartensitzplatzes handelt es sich um ein relatives Recht der Berufungsbeklagten gegenüber der Begründerin (vgl. Bucher, Schweizerisches Obli-

gationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 31 ff.). Können die versprochenen baulichen Massnahmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht vorgenommen werden, so können die Berufungsbeklagten ihre Ansprüche nach den Regeln der Nicht- oder Schlechterfüllung gegen die Verkäuferin geltend machen. Eine Durchsetzung gegen die vertragsfremden Berufungskläger ist jedoch ausgeschlossen.

f) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Erstellung des streitgegenständlichen Gartensitzplatzes und der Balkontüre ungerechtfertigt erfolgte. Mangels genügendem Vorbehalt in der Begründungserklärung, dem Reglement und den Kaufverträgen sowie mangels entsprechendem Beschluss der Stockwerkeigentümersversammlung können sich die Berufungskläger gegen diese ungerechtfertigten Eigentumsstörungen wehren.

6. Grundsätzlich ist der Anspruch des Eigentümers auf Beseitigung einer ungerechtfertigten Einwirkung auf sein Eigentum aus Art. 641 Abs. 2 ZGB unverjährbar. Duldet der Eigentümer jedoch während längerer Zeit unangefochten eine Einwirkung auf sein Eigentum, so kann er unter Umständen nicht mehr dagegen vorgehen, ohne das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu verletzen. Bei der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 2 ZGB ist dabei nicht nur auf die Motive abzustellen, sondern ausnahmsweise auch auf das beim Störer erweckte berechnete Vertrauen auf Duldung des Zustand (Meier-Hayoz, a.a.O., N 117 zu Art. 641 ZGB). Die Verwirkung eines Anspruchs aus Verletzung von Rechten wegen verspäteter Rechtsausübung ist allerdings nicht leichthin anzunehmen, weil nach Art. 2 Abs. 2 ZGB der Rechtsmissbrauch offenbar sein muss. Es ist somit nicht jedes irgendwie ein wenig stossende Verhalten schon rechtsmissbräuchlich, sondern nur ein krass stossendes Verhalten (zum Ganzen: PKG 1994 Nr. 5 E. 4 mit weiteren Hinweisen).

Vorliegendenfalls gaben die Berufungsbeklagten die Erstellung des Gartensitzplatzes und der Balkontüre kurze Zeit nach dem Kauf ihrer Stockwerkeinheit vom 28. März 2008 in Auftrag. Mit Einschreiben vom 18. August 2008 wurden die Berufungsbeklagten zur Entfernung der Gartenterrasse und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes aufgefordert (RA Steiner act. 8). Dabei kann offen bleiben, wann genau der Gartensitzplatz erstellt wurde, denn die Aufforderung zu deren Entfernung erfolgte jedenfalls weniger als fünf Monate nach der Vornahme dieser baulichen Massnahme. Ebenso kann offen bleiben, ob diese Abmahnung auch den Einbau der Balkontüre umfasste, denn aus den Akten geht hervor, dass die Berufungsbeklagten spätestens mit Schreiben des Rechtsvertreters der Beru-

fungskläger vom 17. November 2008 - somit rund drei Monate später - ausdrücklich auch zur Entfernung der Balkontüre angehalten wurden (RA Steiner act. 10). Ein Rechtsverlust infolge verspäteter Rechtsausübung ist damit weder hinsichtlich des Anspruchs auf Entfernung des Gartensitzplatzes noch bezüglich des Anspruchs auf Entfernung der Balkontüre eingetreten, haben doch die Berufungskläger ihren Wohnsitz teilweise nicht in D. und waren für längere Zeit auslandsabwesend, wie sie vorinstanzlich unangefochten vorbrachten. Inwiefern die Ausübung der Beseitigungsansprüche durch die Berufungskläger darüber hinaus - das heisst über die Duldung des rechtswidrigen Zustandes hinaus - rechtsmissbräuchlich sein könnte, wird von den Berufungsbeklagten nicht geltend gemacht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Durch die unrechtmässige Erstellung des Gartensitzplatzes und der Balkontüre wurde das Mit- beziehungsweise Stockwerkeigentum der Berufungskläger erheblich beeinträchtigt. Die Berufungsbeklagten ihrerseits machten vor der Vorinstanz - ohne näheren Beweis - geltend, die baulichen Massnahmen seien aufgrund der Krankheit der Beklagten notwendig gewesen. Den Einwand der Berufungskläger, die Wohnung der Berufungsbeklagten sei vermietet, weshalb von der geltend gemachten Notwendigkeit keine Rede sein könne, haben diese nicht entkräftet. Damit ist nicht restlos geklärt, ob die Berufungsbeklagten ein Interesse an den streitigen baulichen Massnahmen haben, um der angeblich gesundheitlich angeschlagenen Berufungsbeklagten den Zugang zum Garten zu ermöglichen. Aus diesen Ausführungen erhellt ausserdem, dass die Berufungskläger jedenfalls in keiner Weise rechtsmissbräuchlich handeln, wenn sie die Entfernung des Gartensitzplatzes und der Balkontüre verlangen.

7. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist. Die Berufungsbeklagten sind zu verpflichten, den nördlich vor ihrer Wohnung erstellten Gartensitzplatz sowie die Balkontüre, welche von ihrer Wohnung Richtung Norden in den Garten führt, auf eigene Kosten und unter Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu entfernen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Vorinstanz von insgesamt Fr. 5'000.-- sowie die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 300.-- unter solidarischer Haftbarkeit den Berufungsbeklagten aufzuerlegen, welche die Berufungskläger zudem angemessen zu entschädigen haben. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung reichte der Rechtsvertreter der Berufungskläger eine Honorarnote über insgesamt Fr. 12'565.95.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) für seine Bemühungen vom 6. Mai 2008 bis zum 13. April 2010 ein. Unter Kürzung des vorprozessualen Aufwandes (bis zur Stellung des Vermittlungsgesuchs am 10. Juli 2009; vgl. PKG 1972 Nr. 24 E. 3/5; 1977 Nr. 24; 1992 Nr. 21 E.

2; Urteil des Kantonsgerichts vom 26. Januar 2004, ZF 03 26, E. 6.b) erscheint der I. Zivilkammer eine Entschädigung von insgesamt Fr. 8'000.-- (inkl. MWSt) für das vermittleramtliche und vorinstanzliche Verfahren als angemessen. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.-- schliesslich gehen unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungsbeklagten, welche die Berufungskläger für das Berufungsverfahren solidarisch haftend angemessen mit Fr. 500.-- (inkl. MWSt) zu entschädigen haben, hat doch der Rechtsvertreter der Berufungskläger lediglich eine Berufungserklärung verfasst und an der Berufungsverhandlung nicht teilgenommen.

### **III. Demnach wird erkannt**

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das angefochtene Urteil wird aufgehoben.
- 2.a) Die Berufungsbeklagten werden verpflichtet, den nördlich vor der Wohnung Nr. 3 der H. in D. (StWEG-Nr. F.) erstellten Gartensitzplatz auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand des Gartens wieder herzustellen.
- b) Die Berufungsbeklagten werden verpflichtet, die Balkontüre, welche vom Schlafzimmer der Wohnung Nr. 3 der H. in D. (StWEG-Nr. F.) Richtung Norden in den Garten führt, auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand und das ursprüngliche Erscheinungsbild der Hausfassade wieder herzustellen.
3. Die Kosten des Bezirksgerichtes I. von insgesamt Fr. 5'000.-- sowie die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 300.-- gehen unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungsbeklagten, welche die Berufungskläger solidarisch haftend mit Fr. 8'000.-- (inkl. MWSt) zu entschädigen haben.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.-- gehen unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungsbeklagten, welche die Berufungskläger solidarisch haftend mit Fr. 500.-- (inkl. MWSt) zu entschädigen haben.
5. Den Berufungsklägern wird eine Purgationsfrist (Wiederherstellungsfrist) von einem Monat ab Mitteilung des vorliegenden Urteils angesetzt.
6. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.

7. Mitteilung an: