



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2018.25
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	16.12.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	14.09.2020

### Entscheid Kantonsgericht, 14.09.2020

**Art. 648 Abs. 2, Art. 712b ZGB (SR 210): Terrassen sind bei in Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaften zwingend gemeinschaftlich, ungeachtet dessen, ob sie sich auf dem Dach oder auf dem Boden befinden. Eine geplante Anbaute auf einer Dachterrasse stellt eine Umwandlung von gemeinschaftlichen Teilen in Sonderrechtsteile und damit eine Verfügung über die Sache i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB dar, wofür die Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer erforderlich ist (Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 14. September 2020, BO.2018.25).**

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Liegenschaft X. ist zu Stockwerkeigentum mit fünf Stockwerkeinheiten (Terrassenwohnungen) aufgeteilt. Die Kläger sind Stockwerkeigentümer mit Sonderrecht an der zweitobersten Wohnung (Wertquote 212/1000). A. ist Stockwerkeigentümer mit einer Wertquote von 158/1000 und Sonderrecht an der obersten, flächenmässig kleinsten und direkt über jener der Kläger liegenden 3.5-Zimmer-Terrassenwohnung. Er plant eine Vergrösserung seiner Wohnung, indem er südwärts auf der ihm zur Sondernutzung zustehenden Dachterrasse zwei Zimmer und eine Nasszelle bauen möchte.

Nachdem A. im Juni 2016 mit seinem Versuch, mittels Zirkulationsbeschlusses das Einverständnis sämtlicher Stockwerkeigentümer für den geplanten Ausbau zu erhalten, an der fehlenden Zustimmung des in der Zwischenzeit verstorbenen Rechtsvorgängers



der Kläger gescheitert war, liess er am 22. Februar 2017 für die ordentliche Stockwerkeigentümerversammlung vom 16. März 2017 unter Beilage der Pläne den Antrag stellen, es sei ihm zu gestatten, gemäss Art. 24 des Reglements die Umbauarbeiten gemäss den beiliegenden Bauplänen durchzuführen.

An der Stockwerkeigentümerversammlung nahmen B., S., A. und seine Ehefrau sowie der Rechtsvorgänger der Kläger teil; M. blieb der Versammlung fern. Gegenstand der Versammlung war unter Traktandum 4a der geplante Umbau von A., welchen die Versammlung gemäss Protokoll mit drei Ja-Stimmen zu einer Nein-Stimme genehmigte, d.h. dem entsprechenden Antrag stattgab.

Der Rechtsvorgänger der Kläger erhob am 14. August 2017 beim Kreisgericht Klage gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft X. mit dem Begehren um Aufhebung des Beschlusses betreffend Traktandum 4a.

Erwägungen (Auszug)

[...]

III.

[...]



4.a) Die Kläger verlangen die Aufhebung des am 16. März 2017 gefällten Beschlusses zum Traktandum 4a betreffend Erweiterungsbau. Gemäss Protokoll stimmte damals die Stockwerkeigentümergeinschaft X. dem eingangs aufgeführten Antrag von A. betreffend den von ihm geplanten Umbau mit drei Ja-Stimmen und einer Gegenstimme zu. Inhalt des Beschlusses war somit lediglich die Zustimmung zum Umbau. Nicht Beschluss gefasst wurde über eine allfällige Änderung des Stockwerkeigentümerreglements, über die Umschreibung der im Sonderrecht stehenden Teile gemäss Art. 2 Abs. 2 Reglement und über die dazugehörenden Aufteilungspläne. Entsprechend sind diese Punkte, die von den Parteien im Verfahren (ausführlichst) ebenfalls zur Diskussion gestellt wurden, nicht Thema des vorliegenden Verfahrens. Darüber hat die Stockwerkeigentümergeinschaft allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt zu befinden, sei dies aufgrund eines Antrags der Verwaltung oder eines Stockwerkeigentümers, sei dies im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung bei Uneinigkeit zwischen den Stockwerkeigentümern. In diesem Verfahren geht es allein um die Frage, ob der Beschluss betreffend den Umbau rechtsgültig zustande kam. Dabei ist unbestritten, dass der Rechtsvorgänger der Kläger den Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft rechtzeitig anfocht.

b) Anlass zur Berufung bildet das nötige Quorum, mit welchem die Versammlung der Stockwerkeigentümer einem Mitglied die Vergrösserung seiner Stockwerkeinheit auf der ihm zu Sondernutzungsrecht zustehenden Dachterrasse bewilligte, und zwar im Rahmen eines Anbaus von zwei Zimmern und einer Nasszelle mit einem Ausmass von 37.55 m<sup>2</sup>.

aa) Bei der geplanten Vergrösserung handelt es sich um eine bauliche Massnahme auf der Dachterrasse, die nicht zum Stockwerkanteil des Bauherrn, sondern zum gemeinschaftlichen Eigentum gehört (Wermelinger, SVIT-Kommentar, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Art. 712b ZGB N 128; ZK-Wermelinger, Art. 712b ZGB N 127 und 146). Damit kann sich der Eigentümer nicht auf seine in Art. 712a Abs. 2 ZGB verankerte Gestaltungsfreiheit berufen, sondern das Vorhaben bedarf auf jeden Fall der



Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft (BGE 130 III 450 E. 1.2). Der Umstand, dass dem Bauherrn die Dachterrasse im Begründungsakt zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen wurde (Art. 14 Reglement), ändert daran nichts (vgl. BGer 5A\_222/2007 E. 3.1 und BGer 5C.246/2005 E. 3.1).

In Art. 5 Reglement werden die Dachterrassen explizit als gemeinschaftliche Teile i.S.v. Art. 712b ZGB qualifiziert. Dies gründet primär darin, dass eine Dachterrasse das Dach der unterliegenden Wohnung bildet und somit einen elementaren Gebäudeteil darstellt. Terrassen sind zwingend gemeinschaftlich, ungeachtet dessen, ob sie sich auf dem Dach oder auf dem Boden befinden. Durch die explizite Qualifikation der Dachterrasse als gemeinschaftlicher Teil in Art. 5 Reglement und durch die Zuweisung des ausschliesslichen Benutzungsrechts an diesen Flächen in Art. 14 Reglement ist aber auch gleichzeitig bestimmt, dass das Dach / die Decke der einzelnen Wohnungen der darüber liegenden Wohnung als Terrasse dienen und als Terrasse genutzt werden soll. Die Dachterrasse bestimmt die äussere Erscheinung und Gestalt des Gebäudes nicht nur aufgrund der exponierten Lage, sondern auch aufgrund ihrer Nutzung wesentlich. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Dachterrasse zwingend gemeinschaftlich, gilt doch jeder Bauteil, der die ästhetische Einheit der Gesamtbaute mitbestimmt, als zwingend gemeinschaftlich (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB; vgl. ZK-Wermelinger, Art. 712b N 141).

Durch den geplanten Anbau wird die Dachterrasse um 37.55 m<sup>2</sup> verkleinert und die bis anhin A. als Terrasse dienende Fläche, die ihm lediglich zur Sondernutzung zugewiesen war, in eine Wohneinheit umgewandelt, an welcher A. neu Sonderrecht haben soll. So schreibt die Beklagte selber, dass auf der Dachterrasse neu gemeinschaftliche Teile und Sonderrechtsteile zu stehen kämen, nämlich die neu angebauten Zimmer und die zu errichtende Nasszelle. Die Vorinstanz kam deshalb zu Recht zum Schluss, dass das Bauvorhaben zu einer Umwandlung von einem gemeinschaftlichen Teil in einen Sonderrechtsteil führe, was eine Verfügung über die Sache i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB darstelle, wofür die Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer erforderlich sei.



bb) Die Beklagte glaubt, dass das beabsichtigte Bauvorhaben keine Umwandlung von gemeinschaftlichen Teilen in Sonderrechtsteile bewirke, da die Dachterrasse lediglich in zwingend gemeinschaftlichen Zwischenboden umfunktioniert werde. Zudem stelle der bisherige Luftraum über der Dachterrasse keinen gemeinschaftlichen Teil dar. Die gemeinsamen Teile könnten lediglich das eigentliche Gebäude umfassen.

Diese Auffassung trifft nicht zu: Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind der Boden und somit auch der Garten, Vorplätze im Freien, offene Innenhöfe und auch Kinderspielplätze, aber auch das Dach und die Dachterrasse als elementare Gebäudeteile gemeinschaftliche Objekte. Dazu gehört auch der nutzbare Luftraum über der Dachterrasse, ist doch durch die Ausgestaltung des Dachs als Terrasse (und nicht nur als reine Gebäudehülle) und insbesondere auch durch das Stockwerkeigentümerreglement klar definiert, dass das Flachdach als Terrasse genutzt wird und genutzt werden soll. Anders verhält es sich mit dem Luftraum über einem nicht genutzten Dach, so wie dies in BGer 5A\_760/2011, den die Beklagte erwähnt, der Fall war. Dort ging es um die Erhöhung des Dachs und die Abänderung der Dachneigung, ohne dass dem Dach nach dem Eingriff eine andere Funktion als diejenige der Gebäudehülle zukam. Wenn aber ein Dach als Dachterrasse genutzt und die Dachterrasse im Reglement explizit als Gemeinschaftsteil definiert ist, so gehört der nutzbare und effektiv genutzte Luftraum auch zum gemeinschaftlichen Teil, den der einzelne Stockwerkeigentümer nicht frei für sich beanspruchen darf und der Gemeinschaft entziehen kann. Davon ist umso weniger auszugehen, als durch das geplante Bauvorhaben die gemeinschaftliche Dachterrasse um 37.55 m<sup>2</sup> verkleinert wird, ohne dass für die wegfallende Dachterrasse eine Ersatzfläche geschaffen wird. Somit ist augenfällig, dass der Gemeinschaft gemeinschaftliche Teile weggenommen und stattdessen dem bauwilligen Stockwerkeigentümer neue Sonderrechte zugeteilt werden. Eine solche Umwandlung von einem zwingend gemeinschaftlichen Teil in einen Sonderrechtsteil bedarf des einstimmigen Beschlusses der Stockwerkeigentümer (ZK-Wermelinger, Art. 712b ZGB N 20; SVIT-Wermelinger, Art. 712b ZGB N 12; Wolf/Kernen, Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats,



in: INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Bd. 21, S. 42; BGer 5C.264/2006 E. 3.2). Kein Miteigentümer muss sich den Entzug von im Gesamteigentum stehenden Flächen gefallen lassen, ausser solches sehe das Reglement vor, so wie dies in BGer 5C.246/2005 der Fall war. Dort fand Art. 648 Abs. 2 ZGB darum keine Anwendung, weil das Stockwerkeigentümerreglement festhielt, dass Wintergärten auf zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Flächen mit der Zustimmung der Mehrheit aller Eigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten verträten, erstellt werden dürften. Bereits im Begründungsakt hatten also in jenem Fall die Stockwerkeigentümer Bauten auf der gemeinsamen Gartenfläche ins Auge gefasst und entsprechende Anbauten und mögliche Beeinträchtigungen und Veränderungen des Erscheinungsbildes in Kauf genommen. Deshalb kam das Bundesgericht zum Schluss, dass bei der Errichtung eines Wintergartens nicht von einer Zweckänderung gesprochen werden könne, weil das Reglement eine solche Änderung bereits bei Errichtung der Stockwerkeigentümergeinschaft in Betracht gezogen hatte. Gerade solches sah und sieht aber das Reglement der Beklagten nicht vor.

Am Erfordernis der Einstimmigkeit ändert auch der Hinweis der Beklagten auf Wolf/Kernen nichts. Diese führen lediglich mit Hinweis auf BGer 5A\_108/2010 aus, dass beispielsweise der Aufbau zusätzlicher Stockwerke auf dem Gebäude ohne Begründung eines Stockwerkanteils eine nützliche bauliche Massnahme darstelle, welche mit qualifiziertem Mehr nach Köpfen und nach Wertquoten beschlossen werden müsse (Wolf/Kernen, a.a.O., S. 41). Allein im vorliegenden Fall geht es nicht einfach um den Aufbau eines zusätzlichen Stockwerks auf das Gebäude, sondern um den Anbau einer Stockwerkeinheit auf der im Gemeinschaftseigentum stehenden Dachterrasse. Es wird somit in gemeinschaftliche Teile eingegriffen und die gemeinschaftlichen Teile werden zulasten der Sonderrechtsteile verkleinert, was bei einem Aufbau auf einem ungenutzten Flachdach gerade nicht der Fall ist.

Im von der Beklagten erwähnten BGer 5C.264/2006 schliesslich wandte das Bundesgericht Art. 648 Abs. 2 ZGB trotz der Feststellung, dass die Umwandlung von



Sonderrechtsteilen in gemeinschaftliche Teile oder umgekehrt eine Verfügung über die Sache i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB darstelle und deshalb den einstimmigen Beschluss der Stockwerkeigentümer erfordere, darum nicht an, weil förmlich keine Umwandlung gemeinschaftlicher Teile in Sonderrechtsteile beschlossen wurde und deshalb die ungenutzten Räume und Raumteile nach wie vor gemeinschaftlich blieben (E. 3.3). Mit der Genehmigung des Bauvorhabens habe, so das Bundesgericht in jenem Fall, die Stockwerkeigentümergeinschaft dem Berechtigten lediglich ein Sondernutzungsrecht an diesen Räumen eingeräumt. Hierzu bedürfe es aber lediglich der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache verträten. Im vorliegenden Fall geht es aber gerade nicht nur darum, dem bauwilligen Stockwerkeigentümer ein Sondernutzungsrecht einzuräumen. Vielmehr beansprucht dieser das Sonderrecht an der von ihm zu erstellenden Anbaute.

c) Der vorinstanzliche Entscheid, wonach die geplante Anbaute eine Umwandlung von gemeinschaftlichen Teilen in Sonderrechtsteile darstelle und deshalb über die Sache i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB verfügt werde, erweist sich somit als richtig. Für eine solche Umwandlung ist ein einstimmiger Beschluss erforderlich, der nicht vorliegt. Entsprechend hob die Vorinstanz den Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft vom 16. März 2017 in Gutheissung der Klage zu Recht auf, ist die Berufung abzuweisen und brauchen die übrigen strittigen Punkte betreffend Einstimmigkeit aufgrund von Art. 31 lit. a Reglement, die Frage, ob eine nützliche oder eine luxuriöse bauliche Massnahme vorliege und ob A. anlässlich der Versammlung hätte in den Ausstand treten müssen, [...], nicht weiter geprüft zu werden.

Beigefügt sei immerhin, dass der Anbau an eine im Sonderrecht stehende Stockwerkeinheit eine (erhebliche) Veränderung des äusseren Erscheinungsbildes der gesamten Liegenschaft bewirkt und das geplante Bauvorhaben für die Gemeinschaft keine ersichtlichen Vorteile mit sich bringt. Damit steht die bauliche Massnahme einzig im Partikularinteresse von A., was nahelegen könnte, sie als luxuriöse bauliche



Massnahme i.S.v. Art. 647e ZGB bzw. Art. 24 des Reglements zu qualifizieren, mit der Folge, dass jede und damit auch eine nicht erhebliche dauernde Beeinträchtigung der Kläger (vgl. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, 6. Aufl., Art. 647e N 8 al. 1) diese zur Verweigerung der Zustimmung berechtigen würde (vgl. Art. 647e Abs. 2 ZGB). Ebenfalls im Sinne einer blossen Anmerkung an dieser Stelle letztlich offengelassen sei, ob die Voraussetzungen von Art. 68 ZGB nicht deshalb zu bejahen wären und der begünstigte Miteigentümer von der Mitwirkung am fraglichen Beschluss auszuschliessen wäre, weil mit dem Beschluss betreffend Einräumung des Rechts zur Vornahme baulicher Massnahmen resp. Verwaltungshandlung baulicher Natur bzw. mit der damit verbundenen Überführung eines Teils des gemeinschaftlichen (Mit-)Eigentums aus dem Sondernutzungs- ins *Sonderrecht* das Rechtsverhältnis zwischen den Stockwerkeigentümern zu Gunsten eines Miteigentümers verändert wird.

[...]