

C1 18 99

**URTEIL VOM 3. SEPTEMBER 2019**

**Kantonsgericht Wallis  
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Dr. Thierry Schnyder und Jérôme Emonet, Kantonsrichter; Flurina Steiner, Gerichtsschreiberin

**in Sachen**

**X** \_\_\_\_\_ **SA**, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt  
**M** \_\_\_\_\_

**gegen**

**Y** \_\_\_\_\_ **AG**, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Dr. Rechtsanwalt  
**N** \_\_\_\_\_

(Feststellungsklage / Eigentumsfreiheitsklage)

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgericht A \_\_\_\_\_ vom 21. März 2018

(Z1 15 xxx)

## Verfahren

**A.** Die Y \_\_\_\_\_ AG erhob am 15. September 2015 gegen die X \_\_\_\_\_ SA eine Eigentumsfreiheitsklage beim Bezirksgericht A \_\_\_\_\_ mit folgenden Rechtsbegehren (S. 17):

1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass zu Gunsten der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und StWE xx2, gelegen in A \_\_\_\_\_, im Eigentum der X \_\_\_\_\_ SA, kein ausschliessliches Benutzungsrecht an der Dachfläche zwischen beiden Wohnungen als Terrasse begründet und im Grundbuch eingetragen wurde.
2. Der X \_\_\_\_\_ SA sei unter Hinweis auf die Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB zu untersagen, die Dachfläche zwischen den Wohnungen der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und StWE xx2 als Terrasse zu nutzen.
3. Der Y \_\_\_\_\_ AG sei eine angemessene Parteientschädigung nach GTar zuzusprechen.
4. Die X \_\_\_\_\_ SA sei zu verurteilen, die Kosten von Verfahren und Entscheid zu tragen.

**B.** In der Klageantwort vom 27. November 2015 stellte die X \_\_\_\_\_ SA nachfolgende Rechtsbegehren (S. 198):

### Primärbegehren

1. Das angerufene Gericht wird ersucht, in einem Vor- bzw. Zwischenentscheid über die Frage der Aktivlegitimation der Y \_\_\_\_\_ AG im Sinne von Art. 237 ZPO, welche beklagten-seits bestritten wird, zu entscheiden.

### Subsidiärbegehren

2. Es wird gerichtlich die Gegenstandslosigkeit des Rechtsbegehrens I festgestellt.
3. Das Rechtsbegehren II wird kostenpflichtig abgewiesen.
4. Der Beklagtenpartei ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
5. Sämtliche Gerichtskosten gehen zu Lasten der Klägerin.

**C.** Mit Verfügung vom 14. Dezember 2015 beschränkte das Bezirksgericht das Verfahren auf die Frage der Aktivlegitimation und stellte am 21. März 2016 mit unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Zwischenentscheid Z3 16 xxx fest, dass die Y \_\_\_\_\_ AG zur Hinterlegung der Eigentumsfreiheitsklage vom 15. September 2015 legitimiert war (S. 246 ff.).

**D.** Das Bezirksgericht erliess am 28. September 2016 eine Beweisverfügung (S. 272 ff.), worin es namentlich auf die Durchführung einer Ortsschau verzichtete.

**E.** Nach Abschluss des Beweisverfahrens hielten die Parteien am 3. Oktober 2017 die mündlichen Schlussvorträge (S. 370 ff.) und stellten folgende Schlussbegehren:

Klägerin (S. 383):

1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass zu Gunsten der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und STWE xx2, gelegen in A \_\_\_\_\_, im Eigentum der X \_\_\_\_\_ SA, kein ausschliessliches Benutzungsrecht an der Dachfläche im 3. OG zwischen beiden Wohnungen als Terrasse begründet und im Grundbuch eingetragen wurde.
2. Der X \_\_\_\_\_ SA sei unter Hinweis auf die Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB zu untersagen, die Dachfläche zwischen den Wohnungen der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und STWE xx2 als Terrasse zu nutzen.
3. Der Y \_\_\_\_\_ AG sei eine angemessene Parteientschädigung nach GTar zuzusprechen.
4. Die X \_\_\_\_\_ SA sei zu verurteilen, die Kosten von Verfahren und Entscheid zu tragen.

Beklagte (S. 384):

1. Die Eigentumsfreiheitsklage der Y \_\_\_\_\_ AG wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Der X \_\_\_\_\_ SA ist zu Lasten der Y \_\_\_\_\_ AG eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.
3. Die Gerichtskosten gehen zu Lasten der Y \_\_\_\_\_ AG.

**F.** Das Bezirksgericht fällte am 21. März 2018 folgendes Urteil (S. 385 ff.):

1. Auf Ziffer 1 der klägerischen Rechtsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Der X \_\_\_\_\_ SA wird untersagt, die Dachfläche zwischen den Wohnungen der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und StWE-Nr. xx2 als Terrasse zu nutzen.
3. Die Organe und Vertreter der X \_\_\_\_\_ SA werden darauf hingewiesen, dass sie nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen mit Busse bis zu 10'000 Franken bestraft werden können, wenn sie der gerichtlichen Anweisung nicht Folge leisten.
4. Die Gerichtskosten des Verfahrens vor Bezirksgericht von Fr. 10'950.-- werden der X \_\_\_\_\_ SA auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen in gleicher Höhe verrechnet. Die X \_\_\_\_\_ SA schuldet der Y \_\_\_\_\_ AG Fr. 3'250.-- für geleisteten Kostenvorschuss.
5. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 200.-- werden der X \_\_\_\_\_ SA auferlegt.
6. Die X \_\_\_\_\_ SA schuldet der Y \_\_\_\_\_ AG eine Parteientschädigung von Fr. 5'600.--.

**G.** Dagegen reichte die X \_\_\_\_\_ SA (hiernach Berufungsklägerin) am 4. Mai 2018 eine Berufung beim Kantonsgericht Wallis mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein (S. 411 ff.):

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts A \_\_\_\_\_ vom 21. März 2018 aufgehoben.
2. Der Berufungsklägerin wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid trägt wer rechtens.

**H.** Die Y \_\_\_\_\_ AG (hiernach Berufungsbeklagte) beantragte mit der Berufungsantwort vom 18. Juni 2018 die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Berufung (S. 479 ff.). Die Berufungsklägerin nahm hierzu am 6. Juli 2018 abschliessend Stellung (S. 497 ff.).

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 11. Februar 2009 [EGZPO; SGS/VS 270.1]). Mit Berufung anfechtbar sind u.a. erstinstanzliche Endentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Massgeblich für die Streitwertbestimmung im Berufungsverfahren sind die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO), also die Rechtsbegehren vor erster Instanz unter Berücksichtigung von Anerkennungen und Rückzügen einzelner Rechtsbegehren (Spühler, Basler Kommentar, 3. A., N. 9 zu Art. 308 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, N. 30 zu Art. 308 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 39 zu Art. 308 ZPO).

Das angefochtene Urteil bringt das Verfahren vor Bezirksgericht zu Ende, weshalb es sich hierbei um einen Endentscheid handelt. Die Vorinstanz beurteilte die Eigentumsfreiheitsklage hinsichtlich einer Dachterrasse zwischen zwei Stockwerkeigentumsanteilen in einem ordentlichen Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO, da die Klägerin den Streitwert

auf «über Fr. 30'000.--» beziffert hat (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Berufung gegen das angefochtene Urteil übersteigt die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- und ist damit zulässig.

**1.2** Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie (lit. a) ohne Verzug vorgebracht werden und (lit. b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Praxismässig ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden sind. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Diesfalls hat die Partei die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1; Bundesgerichtsurteile 4A\_538/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 4.5.2, 5A\_790/2016 vom 9. August 2018 E. 3.1).

**1.2.1** Die Berufungsklägerin beantragt mit der Berufung die Durchführung einer Ortsschau. Hierbei handelt es sich nicht um einen neuen Beweismittelantrag, sondern um einen solchen, welchen die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. September 2016 abgewiesen hat (vgl. S. 265 und 273). Das Bezirksgericht verzichtete auf eine Ortsschau aufgrund der hinterlegten Aufnahmen und weil das bauliche Erscheinungsbild des Flachdachs verändert worden sei. Dem hielt die Berufungsklägerin in der Berufung entgegen, die Fotos und Situationspläne in den Akten vermöchten nicht annähernd einen Eindruck der tatsächlichen Situation zu vermitteln. Für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen sei eine genaue Kenntnis der tatsächlichen Situation erforderlich.

Die Berufungsinstanz kann Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Gegenstand des Beweises sind jedoch nur rechtserhebliche und streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Tatsachen, die von der Gegenpartei im Prozess als wahr zugestanden worden sind, müssen nicht bewiesen werden, sondern gelten als wahr. Vorliegend ist die tatsächliche Ausgangslage weitestgehend unbestritten und hinreichend belegt. Die wesentlichen Fakten wurden überdies durch einen gerichtlich ernannten Experten festgehalten, wobei dieser vorgängig zusammen mit den Rechtsvertretern der Parteien eine Ortsschau vorgenommen hat. Die dabei erstellten Fotos befinden sich ebenfalls in den

Akten. Es ist nicht zu erwarten, dass ein Augenschein der Berufungsinstanz neue Erkenntnisse in tatsächlicher Hinsicht liefern könnte, welche für die Urteilsfindung ausschlaggebend wären. Es stellen sich vorab Rechtsfragen, die aufgrund des erstellten Sachverhalts beantwortet werden können. Dementsprechend ist der Beweisantrag, eine Ortsschau vorzunehmen, abzuweisen.

**1.2.2** Die Berufungsklägerin hat diverse Fotos bzw. Skizzen (Bilder Nr. 1, 2, 3, 4 zur Situation vor Ort und Bilder Nr. 5 und 6 zu zwei Bundesgerichtsurteilen) in die Berufung integriert. Hierbei handelt es sich um unechte Noven, da diese bei Beachtung der zumutbaren Sorgfalt bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten eingebracht werden können. Entgegen ihrer Behauptung in der Stellungnahme vom 6. Juli 2018 sind die Fotos auch nicht bereits in den Gerichtsakten bzw. der Gerichtsexpertise enthalten. Die Bilder Nr. 1 - 6 sind dementsprechend bei der Urteilsfällung nicht zu berücksichtigen. Ebenso sind die Ausführungen zum Bild Nr. 3 (S. 417, Ziff. 214) neu und nicht zu berücksichtigen.

Des Weiteren stellt die Berufungsklägerin in der Berufung erstmals Tatsachenbehauptungen auf, welche sie bei gehöriger Sorgfalt bereits früher im Verfahren hätte vorbringen können und daher nicht mehr zu berücksichtigen sind, nämlich:

- dass die Baugesuchpläne allen Stockwerkeigentümern bekannt waren (S. 440, Ziff. 3.7);
- dass die ausschliessliche Nutzung der Dachterrasse aus den Protokollen der Stockwerkeigentümerversammlung hervorgeht (S. 440, Ziff. 3.7);
- dass der Berufungsbeklagten die Protokolle der Stockwerkeigentümerversammlung der letzten fünf Jahre im Rahmen des Kaufvertrags ausgehändigt worden sind (S. 440, Ziff. 3.7) und ihr auch deshalb die Nutzung der Dachterrasse nach dem Erwerb des Stockwerkeigentums bekannt war (S. 440, Ziff. 3.7);
- dass mehrere Dachflächen existieren, welche als begehbare nutzbare Dachflächen konzipiert sind und kein Aussengeländer haben (S. 414, Ziff. 2.5).

Nicht neu (entgegen der Meinung der Berufungsbeklagten) ist die Behauptung, wonach die B \_\_\_\_\_ AG seinerzeit Abschränkungen mit Blumentrögen und einem immergrünen Haag vorgenommen hat (S. 189, TB 41; vgl. S. 482) und diese bereits 1999 bestanden haben (S. 189, TB 42). Behauptet wurde zudem, dass «für sämtliche begehbaren Terrassen in der Überbauung kein ausschliessliches Benutzungsrecht begründet wurde, wie dies auch üblich ist» (S. 188, ad TB 27) und die Dachfläche angeblich seit

1995 «ununterbrochen und unangefochten» als Dachterrasse genutzt worden ist, wogegen namentlich durch die Berufungsbeklagte bzw. erstinstanzliche Klägerin keine Einwände erhoben worden sind (S. 189, TB 39 und TB 43 f.; S. 242, TB 71 f.). Es wurde auch behauptet, dass die Teilüberdachung, wie auch die Terrassengestaltung, als solche nie beanstandet worden seien (S. 192, TB 62). Überdies ist nicht neu, dass im 4. OG eine ca. 300 m<sup>2</sup> grosse Dachterrasse während 20 Jahren ungestört und ununterbrochen durch Mieter und Eigentümer genutzt worden ist (S. 191, TB 59; vgl. zu Bild Nr. 2 S. 416).

Ob aus der Gemeinschaftsordnung – wie von der Berufungsklägerin behauptet – eine Widmung zur Nutzung der Dachterrasse hervorgeht und welche rechtlichen Folgen sich für den vorliegenden Fall daraus ergeben, sind Rechtsfragen und werden hiernach erörtert (S. 500).

**1.3** Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Die Berufung hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Art. 58 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über freie Überprüfungs-kognition (vgl. Art. 310, 318 und 157 ZPO), doch obliegt es den Parteien, die Berufung bzw. Anschlussberufung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO in fine). Die Art. 310 f. ZPO verlangen vom Berufungskläger bzw. Anschlussberufungskläger, dass er jeweils in den Schranken von Art. 317 ZPO der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteile 5D\_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2.1 und 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZZP 2013 S. 29 f.; Reetz/Theiler, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO).

Die Berufungsklägerin rügt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine unrichtige Rechtsanwendung. Darauf ist, soweit ihre Einwände gegen das angefochtene Urteil gehörig begründet werden und diese Punkte für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung sind, einzutreten.

**2.** Das Bezirksgericht bejahte mit Zwischenentscheid vom 21. März 2016 die Aktivlegitimation der Klägerin. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. In der Berufung bringt die Berufungsklägerin erneut Einwände dagegen vor.

Mit einem Zwischenentscheid wird eine formelle oder materielle Vorfrage vorab beantwortet, welche bei abweichender oberinstanzlicher Beurteilung sofort zu einem Endentscheid führen und so einen bedeutenden Zeit- und Kostenaufwand ersparen soll (Art. 237 Abs. 1 ZPO; Bundesgerichtsurteile 5A\_784/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 2.4, 4A\_545/2014 vom 10. April 2015 E. 2.1, 4A\_545/2014 vom 10. April 2015 E. 2.1). Der Zwischenentscheid schliesst das Verfahren nicht ab, sondern stellt lediglich einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid dar (Bundesgerichtsurteil 5D\_160/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.4). Dennoch ist er selbständig anzufechten und eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Entscheid in der Sache ausgeschlossen (Art. 237 Abs. 2 ZPO; vgl. Bundesgerichtsurteil 5A\_784/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 2.4).

Da der Zwischenentscheid vom 21. März 2016 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, können die dagegen erhobenen Einwände nicht mehr geprüft werden (Art. 237 ZPO). Demnach gilt die Klägerin zur Erhebung der Eigentumsfreiheitsklage als aktivlegitimiert.

### **3.**

**3.1** Das Bezirksgericht setzte sich im angefochtenen Urteil mit der Zulässigkeit der Nutzung der Dachfläche im 3. OG der Überbauung «X \_\_\_\_\_» in A \_\_\_\_\_ auseinander. Die Berufungsbeklagte, Eigentümerin der StWE-Anteile Nr. xx3 bis xx4, verlangte mit Klage vom 15. September 2015 die gerichtliche Feststellung, dass zu Gunsten der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und Nr. xx2 kein ausschliessliches Benutzungsrecht an der Dachfläche zwischen den beiden Wohnungen als Terrasse begründet und im Grundbuch eingetragen worden sei und der Berufungsklägerin die Nutzung der Dachfläche unter Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB zu untersagen sei. Das Bezirksgericht trat auf das Feststellungsbegehren (Ziff.1 der Klage) der Berufungsbeklagten mangels schutzwürdigem Interesse nicht ein. Hingegen hiess es die Unterlassungsklage gut (Ziff. 2 der Klage) und untersagte der Berufungsklägerin, die Dachfläche zwischen den Wohnungen der Sonderrechte StWE-Nr. xx1 und Nr. xx2 als Terrasse zu nutzen. Das Bezirksgericht begründete dies damit, dass es sich bei der Dachterrasse um einen gemeinschaftlichen Teil handle und daran kein ausschliessliches Benutzungsrecht zu Gunsten der StWE-Anteile Nr. xx1 und Nr. xx2 begründet worden sei (E. 3.3). Die späte Klage erachtete es als nicht rechtsmissbräuchlich (E. 4).

**3.2** Nachfolgender Sachverhalt ist unstrittig: Auf dem Grundstück Nr. xxx, gelegen in der Gemeinde A \_\_\_\_\_, wurde am 1. Mai 1995 Stockwerkeigentum begründet und dieses am 14. Juli 1995 im Grundbuch eingetragen. Es erfolgten am 24. Mai 1996 und am 15. Juni 2009 zwei Abänderungen des Stockwerkeigentums. Die Berufungsklägerin ist seit dem 23. Oktober 2000 Eigentümerin diverser Stockwerkeigentumsanteile, namentlich der StWE-Anteile Nr. xx1 und Nr. xx2 mit Sonderrecht an zwei Duplexwohnungen. Zwischen diesen Duplexwohnungen befindet sich eine Dachfläche, welche derzeit nur über das Sonderrecht dieser beiden Stockwerkanteile begehbar und erreichbar ist. Diese Dachfläche wurde, was aus den Bauakten ersichtlich ist, als begehbares und teilweise überdachtes Flachdach konzipiert und gebaut, als solches seit 1999 genutzt sowie jeweils an die Mieter der Duplexwohnungen mitvermietet. Im Frühjahr 2015 liess die Berufungsklägerin auf der Dachterrasse immergrüne Hecken in Blumentrögen, welche als Absturzsicherung dienen sollten, entfernen und ein Glasgeländer sowie eine Trennwand montieren (E. 3.2.1 und 3.2.2). Vorgängig hatte die Berufungsklägerin die Stockwerkeigentümergeinschaft mit Schreiben vom 7. April 2015 aufgefordert, sich an den Kosten für das Geländer – da gemeinschaftlich – zu beteiligen. Anlässlich der ausserordentlichen Versammlung vom 28. April 2015 wurde jedoch kein Beschluss über die Vornahme von baulichen Massnahmen gefällt bzw. dieser Antrag abgelehnt (E. 4.3.1).

**3.3** Die Berufungsklägerin rügt hinsichtlich des Sachverhalts, die Vorinstanz sei fälschlicherweise von einer störenden Einwirkung auf das gemeinschaftliche Eigentum ausgegangen. Die Befugnisse würden durch die Nutzung der Dachterrasse nicht überschritten, sondern das gemeinsame Miteigentum so genutzt, wie es jeder Miteigentümer nutzen dürfe (S. 427).

In rechtlicher Hinsicht anerkennt die Berufungsklägerin die vorinstanzliche Feststellung, wonach es sich bei der Dachfläche um einen gemeinschaftlichen Teil handelt und daran kein ausschliessliches Benutzungsrecht besteht (S. 418, 431). Hingegen ist sie der Auffassung, ein ausschliessliches Benutzungsrecht sei nicht erforderlich, damit die Dachfläche als Terrasse genutzt werden dürfe. Als Begründung beruft sie sich unter anderem auf die natürliche Publizität, Art. 973 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 ZGB.

#### **4.**

**4.1** Das Stockwerkeigentum ist ein Miteigentumsverhältnis an einem Grundstück, wobei dem Miteigentümer das Sonderrecht eingeräumt wird, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Gegenstand von Sonderrecht können ganze Stockwerke oder Teile davon sowie Nebenräume (z.B.

Keller, Waschküche, Garage, Estrich etc.) sein, soweit sie in sich abgeschlossen sind, einen eigenen Zugang haben (Art. 712b Abs. 1 ZGB) und es sich nicht um zwingend gemeinschaftliche Gebäudeteile handelt (Art. 712b Abs. 2 ZGB; Tuor/Schyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 101 N. 48). Das Sonderrecht kann frei und unter Ausschluss der anderen Stockwerkeigentümer genutzt, verwaltet oder ausgebaut werden (Tuor/Schyder/Schmid/Rumo-Jungo, a.a.O., § 101 N. 49).

Art. 712b Abs. 2 ZGB legt fest, welche Bauteile und Anlagen zwingend gemeinschaftliche Teile sind: Der Boden, die Bauteile welche den Bestand, die konstruktive Gliederung des Gebäudes und die Festigkeit des Gebäudes bewirken und die Anlagen und Einrichtungen, die auch den andern Stockwerkeigentümern für die Benutzung der Räume dienen wie z.B. Dach, Zentralheizung, Treppenhaus (Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum – Grundlagen und praktische Probleme, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 219, Diss. Zürich 2010, N. 63 N. ff). Grundsätzlich sind alle Stockwerkeigentümer frei, die gemeinschaftlichen Teile des Stockwerkeigentums zusammen mit den anderen Stockwerkeigentümern zu gebrauchen und zwar so, dass sich die Stockwerkeigentümer nicht gegenseitig stören (Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 143 zu Art. 712a ZGB). Die Stockwerkeigentümer können aber Abweichungen von der normalen Nutzung gemeinschaftlicher Teilen vorsehen. Ein Sondernutzungsrecht berechtigt einzelne Stockwerkeigentümer, gemeinschaftliche Bauteile oder Anlagen wie Garten oder auch Parkplätze alleine, unter Ausschluss der anderen Stockwerkeigentümer, zu gebrauchen (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N. 1023; Wermelinger, a.a.O., N. 160 zu Art. 712a ZGB). Das Nutzungsrecht kann mittels einer Dienstbarkeit (Grund- oder Personaldienstbarkeit), einer vertraglichen Vereinbarung (vgl. BGE 136 III 261 E. 4.3), eines Reglements oder einer Nutzungsordnung, bereits im Begründungsakt oder zu einem späteren Zeitpunkt begründet werden (Bösch, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 712g ZGB; Wermelinger, a.a.O., N. 160 zu Art. 712a ZGB). Die besondere Nutzungsordnung bzw. das Reglement können dabei im Grundbuch angemerkt werden (Art. 712g Abs. 3 ZGB; Art. 80 Abs. 3 GBV; Wermelinger, a.a.O., N. 172, 202b ff. zu Art. 712g ZGB), wodurch die obligatorischen (persönlichen) Rechte bzw. Duldungspflichten der übrigen Stockwerkeigentümer dingliche Wirkung erlangen (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 1023).

Auch bei Bestehen eines besonderen Nutzungsrechts dürfen dabei ohne explizites Einverständnis der Stockwerkeigentümergeinschaft grundsätzlich keine baulichen Ver-

änderungen vorgenommen werden, zumal das Sondernutzungsrecht lediglich zur exklusiven Nutzung gemeinschaftlicher Bauteile oder Anlagen berechtigt und nicht etwa zu deren Umgestaltung (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647 ff. ZGB; Thurnherr, a.a.O., N. 194; Wermelinger, a.a.O., N. 180 zu Art. 712a ZGB).

**4.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre können Dachterrassen nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden, da das Dach zur Gebäudehülle gehört und einen elementaren Bestandteil im Sinn von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB bildet. Jedoch können daran Sondernutzungsrechte errichtet werden (vgl. BGE 141 III 357 E. 3.2 und auch BGE 130 III 450 E. 1.2; Bundesgerichtsurteile 5A\_521/2016 vom 9. Oktober 2017 E. 3.1.4, 5A\_116/2011 vom 14. März 2011 E. 2; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 1021; Brückner/Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, Zürich 2016, N. 212; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, Sachenrecht, 5. A., Bern 2017, N. 06.370; Wermelinger, a.a.O., N. 151 ff. zu Art. 712b ZGB; Pfäffli, Einzelfragen zum Stockwerkeigentum aus Sicht der Grundbuchführung, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, S. 55 f.). In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat auch der Kanton Bern die langjährige Praxis, wonach Dachterrassen dem Attikageschoss zu Sonderrecht ausgeschieden werden können, wenn sie nur von der betreffenden Wohnung aus zugänglich sind, geändert (vgl. Handbuch der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Berns für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, S. 32 mit Hinweis auf einen Entscheid der Justizdirektion vom 6. Dezember 1972 in: BN 1972, S. 66 ff., bestätigt im Rundschreiben des Grundbuchinspektors vom 6. Januar 1973, in: BN 1973, S. 98, vgl. auch BN 1974, S. 240). Die Praxisänderung wurde zudem damit begründet, dass es keinen Sinn mache, Dachterrassen zu Sonderrecht auszuscheiden, wenn sich der betreffende Stockwerkeigentümer nicht auf seine in Art. 712a Abs. 2 ZGB verankerte Gestaltungsfreiheit berufen könne, sondern sich (z.B. betreffend Sanierung des Dachs) dem Beschluss der Stockwerkeigentümersversammlung nach Art. 712g Abs. 1 ZGB unterziehen müsse.

**4.3** Nach dem Dargelegten muss jedenfalls nach der aktuellen Praxis – auch im Kanton Wallis – ein Sondernutzungsrecht oder eine Dienstbarkeit begründet werden, wenn eine Dachfläche exklusiv bestimmten Stockwerkanteilen unter Ausschluss der übrigen Stockwerkanteile als Terrasse dienen soll. Es kann offengelassen werden, ob die Grundbuchämter im Kanton Wallis es nach der früheren Praxis ebenfalls zugelassen haben, an abgeschlossenen Dachterrassen Sonderrecht zu begründen und welche Konsequenzen eine Praxisänderung nun für bereits eingetragenes Stockwerkeigentum haben würde. Denn die hier betroffene Dachfläche zwischen den StWE-Anteilen Nr. xx1 und Nr. xx2

bildet nicht Sonderrecht der Stockwerkanteile, sondern gemeinschaftliches Eigentum. Dies ist in rechtlicher Hinsicht unstrittig und wird auch von der Berufungsklägerin selbst bestätigt (S. 418 zweitletzter Absatz auf S. 8 der Berufung). Davon ging die Berufungsklägerin auch bereits vor Einleitung der Eigentumsfreiheitsklage aus. Mit Schreiben vom 7. April 2015 wandte sie sich an die Verwalterin des Stockwerkeigentums und verlangte darin explizit die Kostenbeteiligung für das Installieren des Geländers, weil die Dachfläche zwingend gemeinschaftlich sei (TB 14, S. 6 und Beleg Nr. 10, S. 152). Insoweit die Berufungsklägerin nun rügt, die Dachterrasse sei – wie ein Balkon – Teil des Sonderrechts, widerspricht sie sich selbst und verkennt, dass ein Bauteil nicht gleichzeitig gemeinschaftlich und Teil des Sonderrechts sein kann. Und selbst wenn, entsprechend einer früheren Praxis, eine Dachfläche zu Sonderrecht ausgeschieden worden wäre, müsste dies aus dem Grundbuchauszug bzw. aus dem Begründungsakt oder dem Änderungsakt mitsamt Plänen hervorgehen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Weder in einer der Urkunden, noch in den Plänen ist ersichtlich oder erwähnt, dass die Dachfläche zum Sonderrecht der StWE-Anteile Nr. xx1 und Nr. xx2 gehört.

Des Weiteren ist unbestritten, dass an der Dachfläche auch kein entsprechendes Sondernutzungsrecht mittels Reglement oder in Form einer Dienstbarkeit zu Gunsten der StWE-Anteile Nr. xx1 und Nr. xx2 begründet worden ist (S. 431 zweiter Absatz auf S. 21 der Berufung). Eine andere obligatorische Verpflichtung (z.B. durch Kaufvertrag), gemäss welcher sich die Berufungsbeklagte das Nutzungsrecht an der Dachfläche entgegenhalten lassen müsste, wurde nicht behauptet und ist auch nicht belegt.

## **5.**

**5.1** Mittels der Eigentumsfreiheitsklage (sog. *actio negatoria*) kann jeder Eigentümer ungerechtfertigte Einwirkungen auf sein Eigentum abwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Die auf Art. 641 Abs. 2 ZGB gestützte Klage setzt einen unmittelbaren, d.h. direkten Eingriff in die Substanz des Grundstücks voraus. Wird mit der Störung nicht unmittelbar in die Substanz des Grundstücks eingegriffen, sondern wirkt sie sich nur indirekt auf das Nachbargrundstück aus, geht Art. 679 ZGB als nachbarschutzrechtliche Norm im Sinn einer *lex specialis* vor (Bundesgerichtsurteil 5A\_340/2017 vom 11. Dezember 2018 E. 3.1).

Das Bezirksgericht hat mit Zwischenentscheid vom 21. März 2016 rechtskräftig festgestellt, dass ein einzelner Stockwerkeigentümer die Eigentumsfreiheitsklage auch dann erheben kann, wenn die Einwirkung durch einen anderen Stockwerkeigentümer einen gemeinschaftlichen Teil betrifft. Demnach war die Berufungsbeklagte vorliegend legitimiert, gegen die Berufungsklägerin eine Eigentumsfreiheitsklage betreffend die Nutzung

der Dachfläche zwischen den StWE-Anteilen Nr. xx1 und Nr. xx2 einzureichen. Die Berufungsklägerin macht vorliegend geltend, sie habe nicht störend auf das gemeinschaftliche Eigentum eingewirkt, sondern so genutzt, wie es grundsätzlich jedem anderen Stockwerkeigentümer erlaubt sei. Sie ist als Eigentümerin der Stockwerkeinheiten bzw. Vermieterin der Duplexwohnungen für die bestehende Nutzung der Dachfläche als Terrasse verantwortlich und als (Verhaltens- oder Zustands-) Störerin passivlegitimiert (BGE 145 III 121 E. 4.1).

**5.2** Als Einwirkung im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB gilt jeder störende unmittelbare körperliche oder immaterielle Eingriff in das Eigentum, der einer Besitzesstörung im Sinn von Art. 928 ZGB gleichkommt (vgl. BGE 104 II 166 E. 2, 111 II 24 E. 2b; Bundesgerichtsurteil 5A\_340/2017 vom 11. Dezember 2018 E. 3.1). Hingegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Eingriff schädigend ist (BGE 100 II 307; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 671). Beispielsweise kann bereits das Betreten eines Grundstückes (BGE 104 II 166 E. 2) oder das Spannen eines Kabels über ein fremdes Grundstück (BGE 132 III 651 E. 7) störend im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB sein, oder im Zusammenhang mit dem Stockwerkeigentum, wenn jemand Räumlichkeiten, die zum Sonderrecht eines anderen Stockwerkeigentümers gehören, für sich beansprucht (BGE 132 III 9 E. 3.6). Ein Verschulden des Störers ist nicht notwendig und es spielt – offener Rechtsmissbrauch vorbehalten (Art. 2 Abs. 2 ZGB) – auch keine Rolle, wenn die Unterlassung für den Störer mit grösseren Nachteilen verbunden ist, als die Einwirkung auf das Eigentum des Betroffenen störend erscheint (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 675; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, a.a.O., N. 04.143 f.). Die Einwirkung muss ungerechtfertigt sein, das heisst ohne Bestehen eines gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Rechts erfolgen (Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, a.a.O., N. 04.137).

**5.3** Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Teile hat grundsätzlich jeder Stockwerkeigentümer ein Nutzungs- und Gebrauchsrecht, welches sich nach Art. 648 Abs. 1 ZGB richtet (Wermelinger, a.a.O., N. 143). Jeder Stockwerkeigentümer darf die gemeinschaftlichen Teile – unter Vorbehalt einer anders lautenden Nutzungsordnung – nach deren Zweckbestimmung nutzen, insoweit dies mit den Rechten der anderen Stockwerkeigentümer verträglich ist (Art. 648 Abs. 1 ZGB; Wermelinger, Zürcher Kommentar, 2. A., N. 118 zu Art. 712a ZGB, hiernach zit. Wermelinger, ZK). Es gibt gemeinschaftliche Teile, die nicht gleichzeitig genutzt werden können (z.B. Parkplätze oder Waschküche) oder aufgrund ihrer Lage oder ihrer Funktion nur von bestimmten Stockwerkeigentümern genutzt werden können (Wermelinger, ZK, N. 120 zu Art 712a ZGB). Begehbbare Flächen dürfen

demnach von allen Stockwerkeigentümern betreten werden. Hingegen bedarf es für weitergehende Nutzungsarten, welche die anderen Stockwerkeigentümer in ihrem eigenen Recht einschränken, eines Sondernutzungsrechts. Dies ist anzunehmen, sobald fixe Installationen wie z.B. Sichtschutzwände oder Gartensitzplätze (vgl. BGE 122 III 145 E. 4b; Bundesgerichtsurteil 5A\_851/2010 vom 17. März 2011 E. 4.2) exklusiv für bestimmte Nutzer eingerichtet werden und die übrigen Stockwerkeigentümer den ausschliesslichen Gebrauch durch diese dulden müssen.

**5.4** Das Dach zwischen den StWE-Anteilen Nr. xx1 und Nr. xx2 ist vorliegend als begehbares und teilweise überdachtes Flachdach konzipiert und gebaut worden. Auch wenn der Begründungs- bzw. Abänderungsakt die Nutzung dieser Dachfläche nicht ausdrücklich regelt und die Fläche derzeit nur über die angrenzenden Stockwerkanteile erreichbar ist, erscheint deren Zweckbestimmung als Terrasse aufgrund der baulichen Konstruktion und der funktionellen Ausgestaltung erstellt. Die Widmung der Dachfläche ist zumindest stillschweigend durch die tatsächliche Ausgestaltung erfolgt. Die Dachfläche wurde über Jahre von den Bewohnern der beiden Duplexwohnungen entsprechend genutzt. Insoweit die Bewohner die Dachfläche zwischen den StWE-Anteilen Nr. xx1 und Nr. xx2 betreten und sich dort aufhalten, kann ihnen jedenfalls keine störende Einwirkung auf das Eigentumsrecht der übrigen Stockwerkeigentümer vorgeworfen werden, weil sie dies im Rahmen der erlaubten gemeinsamen Nutzung tun. Ob es technisch möglich wäre, einen Zugang (z.B. über eine Wendeltreppe auf den Innenhof) für die anderen Stockwerkeigentümer zu errichten, wurde im erstinstanzlichen Verfahren nicht geprüft. Jedenfalls erscheint dies nicht absolut ausgeschlossen. Wie vorerwähnt, widerspricht es jedenfalls nicht dem Nutzungszweck eines gemeinschaftlichen Teils, wenn nur gewisse Stockwerkeigentümer direkten Zugang dazu haben.

Damit unterliegen bauliche Massnahmen für die gemeinschaftliche Dachterrasse den Vorschriften nach Art. 647 ff. ZGB (BGE 141 III 357 E. 3.2). Daraus folgt eine grundsätzliche Kostenbeteiligung der übrigen Stockwerkeigentümer. Art. 712h Abs. 1 ZGB statuiert denn auch eine solche nach Massgabe der Wertquoten als Regel, von welcher laut Abs. 3 jedoch abgewichen werden kann, wenn bestimmte gemeinschaftliche Teile einzelnen Stockwerkeigentümern nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Auf der Dachfläche wurde ein Glasgelande installiert, dessen rechtliche Zulässigkeit und Kostenverteilung indes nicht Verfahrensgegenstand bilden, da vorliegend einzig die Eigentumsfreiheitsklage zu beurteilen ist.

**5.5** Ungerechtfertigt im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB ist hingegen die ausschliessliche Benutzung ohne Sondernutzungsrecht. D.h. eine derartige Nutzung der Dachfläche, welche die anderen Stockwerkeigentümer ausschliesst, ohne dass dafür eine Berechtigung besteht. Ein entsprechendes (gesetzliches oder rechtsgeschäftliches) Recht, die Dachfläche *exklusiv* als Terrasse zu nutzen, liegt hier nicht vor. Gemeinschaftliches Eigentum darf per se ohne besonderen Rechtstitel nicht von einem einzelnen Stockwerkeigentümer exklusiv genutzt werden (BGE 127 III 506 E. 4a). Daher kann die alleinige Benutzung auch nicht mit dem Recht des einzelnen Eigentümers zur freien Nutzung der gemeinschaftlichen Teile gerechtfertigt werden. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, vermag die Berufungsklägerin mit ihren Rügen kein ausschliessliches Nutzungsrecht zu begründen.

## **6.**

**6.1** Die Berufungsklägerin beruft sich auf die «natürliche Publizität». Sie macht geltend, die Dachfläche sei seit 1995 ununterbrochen und unangefochten als Terrasse genutzt worden. Sie kritisiert implizit, dass die anderen Stockwerkeigentümer nicht in ihrem guten Glauben in das Grundbuch zu schützen seien (Art. 973 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Der Grundsatz der natürlichen Publizität besagt, dass der tatsächliche, nach aussen sichtbare physische Zustand der Liegenschaft den guten Glauben des Erwerbers in einen allgemein gehaltenen Grundbucheintrag (z.B. «Wegrecht») zerstören kann (Art. 973 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 145 E. 3.3 und 153 E. 4.1.3; Bundesgerichtsurteil 5A\_361/2017 vom 1. März 2018 E. 3.3). Bei Dienstbarkeiten bedeutet der Grundsatz der natürlichen Publizität insbesondere, dass dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit nach aussen in Erscheinung tretende bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen (Bundesgerichtsurteil 5A\_361/2017 vom 1. März 2018 E. 3.4.1). Die natürliche Publizität kann demnach die positive Rechtskraft des Grundbuchs durchbrechen, gemäss welcher im Grundbuch eingetragene Rechte gültig sind. Hingegen vermag sie keine Rechte zu verschaffen, die im Grundbuch nicht eingetragen sind. Im Sinne der negativen Rechtskraft bestehen – Ausnahmen vorbehalten (sog. relatives Eintragungsprinzip) – nur jene Rechte, die im Grundbuch eingetragen sind (Art. 971 Abs. 1 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 570).

Die Berufungsklägerin kann aus dem Umstand, dass die Dachfläche während langer Zeit exklusiv als Terrasse genutzt worden ist, nicht ableiten, der gute Glaube der Berufungsbeklagten in das Grundbuch werde zerstört. Es besteht an der Dachterrasse keine Dienstbarkeit und es geht auch aus dem angemerkten Reglement kein Sondernutzungsrecht hervor. Aus dem Grundbuch ergibt sich kein ausschliessliches Benutzungsrecht und ein solches kann auch die natürliche Publizität nicht verschaffen. Hingegen könnte die Ersitzung einem Berechtigten ausserhalb des Grundbuchs ein (dingliches) Recht vermitteln (Art. 656 Abs. 2, Art. 662 und Art. 731 Abs. 3 ZGB). Die entsprechenden Voraussetzungen für die Ersitzung sind hier aber nicht erfüllt – die Ersitzungsdauer von dreissig Jahren ist nicht erreicht und in A \_\_\_\_\_ ist das eidgenössische Grundbuch bereits vor der Begründung des Stockwerkeigentums eingeführt worden, so dass auch keine Dienstbarkeit ausserhalb des Grundbuchs ersessen werden kann (vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 860 ff. und 1249 ff.; Schnyder/Steiner/Murmann/Guntern Volken/Stoffel, Der Notar im Kanton Wallis – Allgemeiner Teil, S. 194 f.; Brogli, Das intertemporale Stockwerkeigentumsrecht der Schweiz am Beispiel des Kantons Wallis, Freiburg 1985). Demnach ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass offengelassen werden kann, ob die Berufungsbeklagte die (ausschliessliche) Nutzung der Dachterrasse tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (E. 4.3.1, S. 401), weil dies am Ergebnis nichts ändern würde. Es besteht kein ausschliessliches Nutzungsrecht an der Dachterrasse. Es besteht einzig eine gemeinschaftliche Nutzungsbefugnis.

**6.2** Darüber hinaus kann die Berufungsklägerin auch nichts aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes ableiten. Selbst wenn die Flachdachterrasse über Jahre entsprechend alleine von der Berufungsklägerin bzw. deren Mietern genutzt wurde und dies unter Umständen für die anderen Stockwerkeigentümer bei gehöriger Sorgfalt erkennbar gewesen wäre, ändert dies nichts daran, dass ein entsprechendes ausschliessliches Nutzungsrecht nicht rechts- bzw. formgültig begründet worden ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands selbst dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die exklusive Benutzung eines nicht im Sonderrecht stehenden Teils der Liegenschaft während vielen Jahren auf Zusehen hin geduldet worden ist (BGE 127 III 506 E. 4; vgl. auch BGE 136 III 261 E. 3.2 mit Hinweis auf Bundesgerichtsurteil 5C.40/2006 vom 18. April 2006 E. 9, in: ZBGR 88/2007 S. 473). Erst wenn die anderen Stockwerkeigentümer beim Betroffenen durch ihr Verhalten die Erwartung geweckt haben, sie würden ihr Recht nicht durchsetzen und dann (insoweit widersprüchlich) trotzdem auf ihrem Recht beharren, kann

nach einer sehr langen widerspruchslosen Duldung der Nutzung die Klage auf Wiederherstellung des Zustands rechtsmissbräuchlich erscheinen. Vorliegend wurde weder behauptet, noch ist aufgrund der Akten ersichtlich, dass die Berufungsbeklagte (oder die Stockwerkeigentümergeinschaft) bei der Berufungsklägerin die Erwartung geweckt hat, sie dürfe die fragliche Dachfläche unbeschränkt und alleine als Terrasse nutzen. Streng genommen bestand nicht einmal eine prekaristische Gestattung für die ausschliessliche Nutzung (vgl. dazu Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N. 1201 ff.). Es ist nämlich nicht erstellt, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft der Berufungsklägerin unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs eine ausschliessliche Nutzungsmöglichkeit an der Dachfläche eingeräumt hat. Das blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung begründet für sich noch nicht Rechtsmissbrauch. Auch die lange Zeitdauer ändert daran nichts, weil es sich hierbei um einen unverjähren sachenrechtlichen Abwehranspruch handelt (BGE 127 III 506 E. 4). Im Übrigen ist auf die korrekten Erwägungen der Vorinstanz zum Rechtsmissbrauch zu verweisen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Dachfläche grundsätzlich der gemeinsamen Nutzung allen Stockwerkeigentümern offen steht, womit sie insbesondere auch von den Bewohnern der Duplexwohnungen betreten werden darf (Art. 648 Abs. 1 ZGB). Der konforme Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile bildet keine ungerechtfertigte Einwirkung nach Art. 641 Abs. 2 ZGB. Nur die alleinige und exklusive Nutzung der Dachterrasse verträgt sich nicht mit dem Recht der anderen Stockwerkeigentümer, den gemeinschaftlichen Teil ebenfalls zu nutzen und zu gebrauchen. Hierfür besteht kein ausschliessliches Sondernutzungsrecht (z.B. durch Dienstbarkeit, Nutzungsordnung oder Vertrag).

Ein absolutes Nutzungsverbot für die Dachfläche kann – wegen der gemeinschaftlichen Nutzungsbefugnis, verbunden mit der beim Bau des Hauses vorgenommenen Ausgestaltung des Flachdaches als Terrasse und deren seitherigen Gebrauchs als solche – nicht angeordnet werden. Infolge Fehlen eines ausschliesslichen Nutzungsrechts kann indessen die Berufungsklägerin ihren Mietern ein solches im Mietvertrag nicht übertragen bzw. verschaffen.

Demnach ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, Ziff. 1 der Klage gutzuheissen und Ziff. 2 der Klage abzuweisen. Die Berufung ist im Ergebnis nur teilweise im Sinne der Berufungsklägerin gutzuheissen, da sie mit ihren erstinstanzlichen Rechtsbegehren (sie verlangte die vollumfängliche Abweisung der Klage) teilweise unterliegt und keine ausschliessliche Nutzung der Dachfläche für sich beanspruchen kann.

## 8.

**8.1** Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten – welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO) – und andererseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalen Tarifen (Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar). Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Da die Berufung und die Klage teilweise gutzuheissen sind, rechtfertigt es sich, die Kosten je hälftig den Parteien aufzuerlegen.

**8.2** Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidunggebühr), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen, Letzteres namentlich wenn bloss eine Teilfrage entschieden wird (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar). Die Gebühr bewegt sich in einem ordentlichen Rahmen von Fr. 1'800.-- bzw. 6'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren gelten die gleichen Ansätze; dabei kann ein Reduktions-Koeffizienten von bis zu 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar).

**8.2.1** Die Vorinstanz hat in E. 5.2 ihres Urteils ihre Kosten mitsamt Auslagen in korrekter Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften festgelegt. Es besteht für das Kantonsgericht kein Anlass, diese anders zu bemessen, zumal dieser Punkt nicht beanstandet wurde. Ausgangsgemäss sind die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 10'950.-- je zur Hälfte, d.h. je Fr. 5'475.-- der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und mit den geleisteten Vorschüssen (Fr. 3'250.-- durch die Klägerin und Berufungsbeklagte; Fr. 7'700.-- durch die Beklagte und Berufungsklägerin) in der

gleichen Höhe zu verrechnen. Die Berufungsbeklagte schuldet der Berufungsklägerin für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 2'225.--.

Die Kosten des Schlichtungsverfahrens vor dem Gemeinderichteramt A \_\_\_\_\_ von Fr. 200.-- sind zur Hauptsache zu schlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO) und gemäss dem Kostenverteilungsschlüssel je zur Hälfte, je Fr. 100.-- den Parteien aufzuerlegen aufzuerlegen.

**8.2.2** Im Berufungsverfahren wurde ein einfacher Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung durchgeführt, wobei sich die Berufungsklägerin danach nochmals schriftlich meldete. Das Dossier war mittelmässig umfangreich. Deshalb ist unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'500.-- angemessen. Diese ist den Parteien je zur Hälfte, d.h. je Fr. 1'750.-- aufzuerlegen und mit dem geleisteten Vorschuss (durch die Berufungsklägerin) in gleicher Höhe zu verrechnen. Die Berufungsbeklagte schuldet der Berufungsklägerin für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 1'750.--.

**8.3** Entsprechend des Verfahrensausgangs sind die Parteientschädigungen des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens wett zu schlagen.

### **Das Kantonsgericht beschliesst**

1. Der Beweisantrag der X \_\_\_\_\_ SA auf Durchführung einer Ortsschau wird abgewiesen.
2. Die mit der Berufung erstmals hinterlegten Bilder Nr. 1 – 6 (Fotos und Skizze von Dachterrasse und Innenhof sowie zu zwei Bundesgerichtsurteilen) werden nicht berücksichtigt.

### **und erkennt**

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil Z1 15 xxx des Bezirksgerichts A \_\_\_\_\_ vom 21. März 2018 aufgehoben und wie folgt abgeändert:

1. Ziff. 1 der Klage vom 15. September 2015 wird gutgeheissen und festgestellt, dass zu Gunsten der StWE-Nr. xx1 und StWE xx2, gelegen auf Gebiet der Gemeinde

A \_\_\_\_\_, kein ausschliessliches Benutzungsrecht an der Dachfläche zwischen den beiden Duplexwohnungen als Terrasse begründet und im Grundbuch eingetragen worden ist.

2. Ziff. 2. der Klage vom 15. September 2015 wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 10'950.-- werden je zur Hälfte, d.h. je zu Fr. 5'475.-- der X \_\_\_\_\_ SA und der Y \_\_\_\_\_ AG auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen (Fr. 3'250.-- durch die Y \_\_\_\_\_ AG; Fr. 7'700.-- durch die X \_\_\_\_\_ SA) verrechnet. Die Y \_\_\_\_\_ AG schuldet der X \_\_\_\_\_ SA für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 2'225.--.
4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 200.-- werden je zur Hälfte, d.h. je zu Fr. 100.-- der X \_\_\_\_\_ SA und der Y \_\_\_\_\_ AG auferlegt.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'500.-- werden je zur Hälfte, d.h. je zu Fr. 1'750.-- der X \_\_\_\_\_ SA und der Y \_\_\_\_\_ AG auferlegt und mit dem durch die X \_\_\_\_\_ SA geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Y \_\_\_\_\_ AG schuldet der X \_\_\_\_\_ SA für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 1'750.--.
6. Die Parteientschädigungen des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens werden wettgeschlagen.

Sitten, 3. September 2019