



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

Ref.:
ERZ 09 143

Chur, 30. Juni 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz Präsident Brunner
Redaktion Aktuar ad hoc Schaub

In der zivilrechtlichen Beschwerde

der Stockwerkeigentümergeinschaft U., Gesuchstellerin und
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Patrik Wagner,
V.nhügelweg 6, 7270 Davos Platz,
Stockwerkeigentümergeinschaft V., Gesuchstellerin und
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Patrik Wagner,
Rosenhügelweg 6, 7270 Davos Platz,

gegen

Verfügung Kreispräsident Gemeinde A. vom 22. April 2009, mitgeteilt am 30. Mai
2009, in Sachen W. A.G., Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin, vertreten
durch Rechtsanwalt lic. iur. Christian Hew, Promenade 60, 7270 Davos Platz,

betreffend Amtsbefehl

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Die W. AG ist Eigentümerin der Parzellen Nr. B. und C., eingetragen im Grundbuch der Gemeinde A.. Gemäss Grundbuchauszug lastet auf der Parzelle Nr. B. unter anderem folgende Dienstbarkeit:

"18980520.10

Last: Bauverbot zugunsten Grundstück Nr. ...

Für die Parzelle Nr. C. lautet der Eintrag folgendermassen:

"b) Last: Bauverbot zu Gunsten Blatt ...

Die aufgeführten „Bauverbote“ wurden mittels Errichtungsgeschäft (Kaufvertrag) vom 20. Mai 1898 zwischen P. X. und O. W. begründet. Die belasteten Parzellen sind heute unüberbaut.

B. Die W. AG reichte bei der Landschaft Gemeinde A. drei Baugesuche (Baupublikationen vom 23. Dezember 2008, 10. März 2009 und 27. März 2009) für Umbauten und Erweiterungen der ehemalige Klinik Z. ein, welche auch die dienstbarkeitsbelasteten Parzellen Nr. B. und C. betreffen.

Dagegen riefen die Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaften „V.“ und „U.“, die heutigen Eigentümer der dienstbarkeitsberechtigten Parzellen Nr. D. (V.), bzw. Nr. E. (U.), mit ihren Eingaben vom 31. März 2009, bzw. 8. April 2009 den Kreispräsidenten Gemeinde A. an und ersuchten, jegliche Bautätigkeiten auf den belasteten Parzellen im Sinne der Baugesuche – insofern diese dem Bauverbot gemäss den Dienstbarkeitsbelegen widersprechen würden –mittels Amtsbefehl zu verbieten.

In der beklaglichen Vernehmlassung vom 21. April begehrte die W. AG, auf die Baueinsprache sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.

C. Mit Entscheid vom 22. April 2009, mitgeteilt am 30. Mai 2009, verfügte der Kreispräsident:

"1. Die Gesuche werden abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten, bestehend in:

<i>Gerichtsgebühr</i>	<i>Fr. 1500.00</i>
<i>Schreibgebühren, Fotos, Kopien</i>	<i>Fr. 321.00</i>
<i>Total</i>	<i>Fr. 1821.00</i>

gehen je zur Hälfte zu Lasten der Gesuchstellerinnen und werden mit den entsprechenden Kostenvorschüssen verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 179.00 wird zurückerstattet. Die Kostenvorschüsse der Gesuchsgegnerin von Fr. 2'000.00 werden zurückerstattet.

3. *Die Gesuchstellerinnen werden verpflichtet, die Gesuchsgegnerin ausseramtlich je mit Fr. 1'500.00 (insgesamt mit Fr. 3'000.00) für dieses Verfahren zu entschädigen.*

4. *(Mitteilung).“*

Zusammengefasst erwägte der Kreispräsident, dass im summarischen Befehlsverfahren eine Baueinsprache nur dann gutgeheissen werden könne, wenn eine Dienstbarkeit dem Bauvorhaben zweifelsfrei widerspreche und es sich zudem um einen „einfachen Fall“ handle. Eine gesuchsbegründende Auslegung sei nur dann möglich, wenn ein unzweideutiges Ergebnis resultiere. Vorliegend erlaube die Komplexität der Grundlagen keine Gutheissung des Amtsbefehlsgesuches.

D. Am 11. Juni 2009 reichten die Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaften „U.“ und „V.“ beim Einzelrichter am Kantonsgericht Graubünden Beschwerde ein, mit dem Begehren, der Entscheid des Kreispräsidenten Gemeinde A. sei aufzuheben. Weiter sei der Beschwerdegegnerin jegliche Bautätigkeit aufgrund der Baugesuche gemäss Baupublikationen vom 23. Dezember 2008, 10. März und 27. März 2009 gerichtlich zu verbieten, sofern auf den unüberbauten Parzellenflächen von Parzelle B. und C., Grundbuch Gemeinde A., seitens der Beschwerdegegnerin nicht der Zustand als „Gartenanlage und/oder Wiesboden“ erhalten bleibe oder nicht wieder hergestellt werde und sofern diese Bautätigkeiten auf diesen Flächen dem Bauverbot gemäss Dienstbarkeitsinträgen widersprechen würden. Die Beschwerdeführerinnen begründeten ihr Begehren insbesondere damit, dass kein komplizierter Fall vorliege, welcher einem Amtsbefehlsverfahren entgegen stehen würde. Im Gegenteil sei der Inhalt der in Frage stehenden Dienstbarkeit (Bauverbot) klar und eindeutig bestimmbar, vor allem unter Zuhilfenahme der entsprechenden Belege.

E. Die Beschwerdegegnerin beehrte in der Beschwerdeantwort vom 22. Juni 2009, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Sie bezweifelt in ihrer Begründung das Vorliegen einer ausreichenden Prozessführungsbefugnis im Sinne von Art. 25 Ziff. 6 ZPO seitens der Beschwerdeführerinnen. Weiter schliesst sie sich zwar der Meinung der Beschwerdeführerinnen in dem Punkt an, dass der Inhalt der zu beurteilenden Dienstbarkeiten klar und eindeutig bestimmbar sei und sich demnach die Baueinsprache durch das Amtsbefehlsverfahren abwickeln lasse. Sie anerkennt jedoch die Forderung der Beschwerdeführerinnen auf deren Anspruch auf die

dauernde Erhaltung der belasteten Grundstücke als Gartenanlage, Wiesboden oder begrünte Ruhezone nicht.

II. Erwägungen

1.a) aa) Die Beschwerdegegnerin bestreitet in ihrer Beschwerdeantwort das Vorliegen einer ausreichenden Prozessführungsbefugnis der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 25 Ziff. 6 ZPO. Zu der von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Prozessermächtigung der Eigentümer seien keine Beweis-Urkunden eingereicht worden.

bb) Nach Art. 712t Abs. 2 ZGB ist eine Ermächtigung des Verwalters durch die Stockwerkeigentümer zur Führung eines summarischen Verfahrens explizit nicht erforderlich. Der Verwalter ist durch diese gesetzliche Vollmacht ebenso befugt, im summarischen Verfahren ein Rechtsmittel zu ergreifen (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 712a-712t ZGB, Bern 1988, N. 41 f. zu Art. 712t ZGB; vgl. PKG 2001 Nr. 38 S. 161). Eine vom Gesetz abweichende Einschränkung dieser gesetzlichen Vollmacht wäre zwar grundsätzlich zulässig – z. B. könnte ein Genehmigungsvorbehalt seitens der Stockwerkeigentümergeinschaft eingesetzt werden – sofern die Regelung ausdrücklich festgehalten würde und Bezug auf die dispositiven Bestimmungen des Gesetzes nähme (PKG 2001 Nr. 38 S. 162; Meier-Hayoz/Rey, a. a. O, N. 51 zu 712t ZGB), jedoch bestehen im vorliegenden Fall keine diesbezüglichen Hinweise. Die Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaften „U.“ und „V.“ sind mithin im summarischen Amtsbefehlsverfahren (vgl. Art. 137 Ziff. 14 in Verbindung mit Art. 145 ff. ZPO) auch ohne speziellen Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Beschwerdeführung legitimiert.

b) Gegen Entscheide des Kreispräsidenten gemäss Art. 145 ff. der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) kann beim Kantonsgerichtspräsidenten Beschwerde erhoben werden, wobei für das Beschwerdeverfahren die Vorschriften von Art. 152 ZPO anzuwenden sind. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit der Mitteilung einzureichen (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Da die vorliegende Beschwerde fristgerecht eingereicht wurde und im Übrigen den Formerfordernissen entspricht, kann darauf eingetreten werden.

2.a) Die Beschwerdeführerin hat bei der Gemeinde A. ein Baugesuch eingereicht. Dagegen ergriffen die Beschwerdegegnerinnen Baueinsprache nach Art. 146 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. Nach diesem Artikel kann namentlich die Verletzung von

privatrechtlichen Bauvorschriften geltend gemacht werden. Privatrechtliche Bauvorschriften umfassen zum einen nachbarrechtliche und zum anderen vertragliche Baubeschränkungen. Deren Verletzung stellt in der Regel eine Besitzesstörung dar, welche im Kanton Graubünden in einem gewöhnlichen Besitzeschutzverfahren anhängig gemacht werden muss (PKG 2001 Nr. 39 S 164 E. 3.a).

b) Die Beschwerdeführerin beanstandete die Verletzung einer vertraglichen Baubeschränkung. Es steht namentlich eine Verletzung einer negativen Dienstbarkeit (Bauverbot) in Frage. Gemäss Art. 919 Abs. 2 ZGB ist im Rahmen negativer Grunddienstbarkeiten die tatsächliche Ausübung des Rechts dem Sachbesitz gleichgestellt. Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks werden dabei bestimmte Handlungen verboten. Seine Pflicht besteht demnach im Unterlassen des vertraglich als unbefugt erklärten Handelns (vgl. Liver, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Aufl. Zürich 1980, N. 4 zu Art. 730 ZGB). Dementsprechend kann eine negative Dienstbarkeit nicht tatsächlich ausgeübt werden, wie es Art. 919 Abs. 2 ZGB bei wörtlicher Auslegung verlangen würde. Nach herrschender Lehre erfüllt, bezüglich einer negativen Servitut, der Rechtsbesitz die gesetzlichen Anforderungen, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstückes die ihm verbotene Tätigkeit wegen der Servitut unterlassen hat und der Inhaber des herrschenden Grundstückes sein Recht geltend macht, sobald ein Verstoss dagegen begangen wird (Stark, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, 3. Abteilung, 1. Teilband, Art. 919-941 ZGB, 3. Aufl. Bern 2001, N. 90 zu Art. 919 ZGB; vgl. PKG 2001 Nr. 39 E. 3.a S. 165). Die Verletzung eines Bauverbots unterliegt somit ebenfalls den Regeln des Besitzeschutzes. Sie kann im Baueinspracheverfahren gerügt werden (PKG 2001 Nr. 39 E. 3.c S. 165 f.). Demzufolge ist das Einspracheverfahren im vorliegenden Fall zulässig.

3.a) In Art. 152 ZPO wird offen gelassen, ob dem Einzelrichter im Beschwerdeverfahren eine volle Kognition oder nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis zusteht. Die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde lässt eher auf das letztere schliessen. Die Möglichkeit, von Amtes wegen Beweise erheben zu können (Art. 152 Abs. 3 ZPO), spricht hingegen klar für eine umfassende Kognition. Von der Sache her ist eine Überprüfung auf Angemessenheit auch angezeigt, da es bei der Kosten- und Entschädigungsfolge häufig um Ermessensfragen geht und das Rechtsmittel an praktischer Bedeutung verlieren würde, wenn der Kantonsgerichtspräsident nur bei Missbrauch des Ermessens und offensichtlich falscher Feststellung des Sachverhalts einschreiten

könnte. Damit ist dem Einzelrichter im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 152 ZPO volle Kognition zuzuerkennen. Er ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden (PKG 2001 Nr. 39 E. 2.c S. 164; vgl. Entscheid des Kantonsgerichtspräsidiums des Kantons Graubünden PZ 08 26 vom 5. März 2008 E. 2).

b) Zur Abgrenzung des Inhalts und Umfangs einer Dienstbarkeit ist primär der Wortlaut des Grundbucheintrags massgebend (Art. 738 Abs.1 ZGB). Daneben lässt Art. 738 Abs. 2 ZGB zusätzlich eine Auslegung nach Sinn und Zweck zu. Der Inhalt einer Dienstbarkeit kann sich demnach aus dem Erwerbsgrund und der Art, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt wurde, ergeben. Um den Inhalt zu bestimmen, muss also auf die für die Willensbildung der Parteien, bei der Begründung des Rechtsverhältnisses, entscheidenden Zweckvorstellungen zurückgegriffen werden (Liver, a. a. O., N. 16 zu Art. 738 ZGB).

c) In Besitzschutzangelegenheiten, insbesondere auch im Baueinspracheverfahren, ist grundsätzlich voller Beweis für das Vorhandensein der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zu erbringen. Die Verletzung privatrechtlicher Gesetzesbestimmungen oder privater Ansprüche ist nachzuweisen (vgl. Art. 146 Abs. 1 Ziff. 4. und Abs. 2 ZPO; PKG 2001 Nr. 39 E. 4.c S. 167). Im summarischen Befehlsverfahren können folglich nur klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche durchgesetzt werden (Rudolf Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Diss., Zürich 1977, S. 96). Eine Auslegung ist wohl gestattet, sie hat jedoch mit restriktiver Behutsamkeit zu erfolgen und hat eben nur dann ihren Platz im Amtsbefehlsverfahren, wenn sich nach den allgemeinen Grundsätzen eindeutige Erkenntnisse herleiten lassen (Liver, a. a. O. N. 14 zu Art. 738 ZGB). Ist dies nicht möglich, ist die Besitzschutzklage abzuweisen und der Einsprecher hat im ordentlichen Zivilprozess aus dem Recht zu klagen (PKG 2001 Nr. 39 E. 4.c S. 167 und E. 5.b S. 168; vgl. Felix Schöbi, Der Besitzschutz, Diss., Bern 1987, S. 104; Rehli, a. a. O., S. 96).

4.a) Die Einsprecher sind Eigentümer der Parzelle Nr. E. und D. des Grundbuches von der Gemeinde A.. Zu deren Gunsten lasten Dienstbarkeiten unter anderem auf den Parzellen Nr. B. und Nr. C. der Beschwerdegegnerin. Allerdings ergibt sich aus den bei den Akten liegenden Belegen nicht, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft „V.“ tatsächlich Eigentümerin der Parzelle Nr. E. ist und ihr die behauptete Bauverbotsdienstbarkeit zulasten der Parzelle Nr. C.

zusteht. Trotz der Verfügung des Kreispräsidenten vom 8. April 2009, wonach die Grundbuchauszüge von den Parteien selber zu beschaffen seien, hat die Eigentümerin einen entsprechenden Nachweis nicht nachgereicht. Auf dem Grundbuchauszug betreffend die Parzelle Nr. C. (act. 5/3) ist die Parzelle Nr. E. unter den Dienstbarkeitsberechtigten nicht aufgeführt. Die entsprechenden, hier zur Diskussion stehenden Rechte werden aber von der Gesuchsgegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 20. April 2009 ausdrücklich anerkannt (S. 5 Z. 4), so dass sich ein weiterer Nachweis erübrigt.

b) Auf den Parzellen Nr. B. und C. ist ein Bauprojekt geplant (Anbau einer Einstellhalle mit Kellergeschoss; Umbau und Erweiterung ehemalige Klinik NAD). Dem Bauvorhaben steht möglicherweise die unter dem Stichwort „Bauverbote“ in den zugehörigen Grundbucheinträgen vermerkte Dienstbarkeit entgegen. Lediglich aus dieser Kurzbezeichnung kann indessen bei sachgemässer und angezeigt restriktiver Auslegung, genauso wenig ein ausreichend bestimmter Inhalt der Dienstbarkeit gefolgert werden, wie etwa aus dem Stichwort „Fuss- und Fahrwegrecht“ (vgl. Art. 738 Abs. 1 ZGB; BGE 128 III 169 E. 3.a S. 172; PKG 1997 Nr. 14 E. 5 S. 67; Entscheid der Zivilkammer des Kantonsgerichts Graubünden ZF 07 88 vom 21. April 2008 E. 3.b). Es ist somit – wie von den Parteien richtig erkannt – zur Bestimmung des konkreten Inhalts der Dienstbarkeiten auf den Erwerbstitel zurückzugreifen (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Im vorliegenden Fall lauten die entsprechenden Grundbuchbelege der Servitut in den entscheidenden Passagen alle gleich:

"Die zukünftigen Eigentümer der im obigen Rayon liegenden Bauplätze dürfen den Boden zwischen der genannten Bebauungslinie & der neuen Strasse nur als Gartenanlage oder Wiesboden benutzen, denselben dagegen keinerlei überbauen. Die Errichtung von Gartenhäuschen oder Liegehallen ist erlaubt, in sofern die Höhe derselben nicht drei Meter übersteigt, jedoch dürfen keine Kamine oder sonstige Feueranlagen angebracht werden. Im Weiteren verpflichtet sich P. X., den Boden unter derselben Strasse bis an die Grenzen der unteren, im Situationsplan eingezeichneten Bauplätze ebenfalls nur als Wiesboden oder Gartenanlagen zu verwenden, niemals zu bebauen."

Die Dienstbarkeitsberechtigten ersehen aus dem zitierten Auszug den Anspruch, die belasteten Grundstücke als Gartenanlage und Wiesboden zu erhalten, wobei sie allenfalls den Bau einer Tiefgarage, unter der Voraussetzung der Wiederherstellung des jetzigen oberirdischen Zustands, erlauben würden. Demgegenüber gehen die Dienstbarkeitsbelasteten davon aus, die Servitut verbiete nicht, die Bodenfläche nach Belieben auszugestalten – vor allem soll es ihnen gestattet sein diese zu asphaltieren, bzw. Werke auf ihr zu erstellen, welche die

Bodenoberfläche nur geringfügig überragen (insbesondere Parkplätze und Zufahrten).

c) Ein eindeutiges Ergebnis lässt sich im vorliegenden summarischen Verfahren, in dem die Parteien nicht alle Beweise anriefen, welche in einem ordentlichen Verfahren zur Bestimmung des Inhalts des Rechts produziert oder beantragt würden, nicht finden. Vielmehr finden sich für beide Standpunkte gewisse Gründe: Einerseits sprechen der heutige Zustand mit asphaltierten Verkehrswegen auf der Parzelle Nr. B., öffentlichen Parkplätzen entlang der Strasse Y. und der im Errichtungsakt eingeräumten Möglichkeit der Erstellung von Gartenhäuschen oder Liegehallen bis zu drei Metern Höhe gegen ein absolutes Bauverbot und die Erhaltung eines parkähnlichen Zustandes. Andererseits weisen die Begriffe „Gartenanlagen“, „Wiesboden“ und „Liegehallen“ auf eine Naturzone mit Kurbetrieb und wenig Immissionen (Verbot von Kaminen und sonstigen Feueranlagen) hin. Aus keiner der Auffassungen lässt sich ein klarer und unzweifelhafter Anspruch herleiten, so dass der Entscheid dem ordentlichen Richter überlassen werden muss, welcher den Inhalt der Dienstbarkeit unter Gewichtung aller massgeblichen Kriterien und unter Berücksichtigung der Entwicklung seit dem Errichtungsakt festzulegen hat. Der Kreispräsident hat daher zu Recht angenommen, dass der Anspruch der Einsprecher nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist. Die Abweisung der privatrechtlichen Baueinsprache ist daher nicht zu beanstanden und die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet.

5. Wird die Beschwerde abgewiesen, gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Beschwerdeführerinnen, welche die Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen haben (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO).

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'200.— (einschliesslich Schreibgebühr) gehen je zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Beschwerdeführerinnen, welche überdies verpflichtet werden, die Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt Fr. 2'000.— (inkl. MWSt) aussergerichtlich zu entschädigen.
3. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 113 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) subsidiäre Verfassungsbeschwerde 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 einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gelten die Art. 113-119 BGG.
4. Mitteilung an: