



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

Ref.:
ERZ 09 57

Chur, 7. April 2009/kj

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Einzelrichter am Kantonsgericht

Präsident Brunner

In der Beschwerde

der X., Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Protakta Rechtsschutz-Versicherungs AG, Monbijoustrasse 68, 3001 Bern,

gegen

die Verfügung des Kreispräsidenten Fünf Dörfer vom 27. Februar 2009, mitgeteilt am gleichen Tag, in Sachen der Beschwerdeführerin gegen Y., Gesuchsgegner und Beschwerdegegner,

betreffend Amtsbefehl (Herausgabe von Gegenständen)

wird nach Einsichtnahme in die Beschwerde vom 11. März 2009 samt mitgereichten Akten, in die Vernehmlassung des Kreispräsidenten Fünf Dörfer vom 23. März 2009 samt mitgereichten Verfahrensakten sowie in Erwägung,

- dass Y. am 18. Juli 2008 dem Betreibungsamt Fünf Dörfer eine Eingabe zustellte, welche er als „Eigentums Freiheitsklage“ bezeichnete und in der Folge vom Kreispräsidenten als Amtsbefehlsgesuch behandelt wurde,
- dass sich das Gesuch gegen X., der früheren Lebenspartnerin von Y., richtete und die Herausgabe verschiedener Gegenstände im Zusammenhang mit dem früheren gemeinsamen Haushalt bezweckte,
- dass X. am 26. August 2008 beim Kreisamt Fünf Dörfer ein eigenes Amtsbefehlsgesuch stellte und von Y. die Herausgabe folgender Gestände verlangte:

„12 Flaschen Wein Barbera Piemonte DOC05 Accademia

1 Bürostuhl braun/grau

1 Tuch mit Waschlappen, Frotteewäsche grau

1 Bosticpistole orange/schwarz

1 altes Tablar von meinem Bauernschrank

1 Fernseekabel (Anschluss nicht Verlängerung)

1 Spiegel, Geschenk von meiner Schwester

1 Sonnenschirm (Calandabräu)

1 Korkenzieherset (30x20x15) Koffer braun, Inhalt verschiedene Weinutensilien

1 Tupperware Pfeffermühle schwarz/durchsichtig

1 Uhr bestellt bei Coopcard anstatt den Stewi der zurückblieb (Stewi 19800, Uhr 15900 Pkt.)

1 Migrokarte auf meinen Namen

1 Pendeluhrschlüssel zum aufziehen

1 Benzinkanisterausguss“

- dass Y. am 7. August 2008 dem Kreisamt Fünf Dörfer ein Schreiben zukommen liess, in welchem er zu den Begehren von X., welche sie grösstenteils in ihrer Vernehmlassung vom 23. Juli 2008 zum Amtsbefehlsgesuch von Y. einreichte, Stellung nahm,
- dass X. am 30. November 2008 dem Kreisamt Fünf Dörfer mitteilte, das Korkenzieherset sei in der Zwischenzeit zum Vorschein gekommen,

- dass der Kreispräsident Fünf Dörfer mit Verfügung vom 27. Februar 2009 auf das Amtsbefehlsgesuch nicht eintrat und X. in das ordentliche Verfahren verwies,
- dass zur Begründung im wesentlichen ausgeführt wurde, Y. habe sich zu den Begehren von X. in diesem Verfahren nicht geäußert und ein Beweis über den Besitz von X. an den herausverlangten Gegenständen liege nicht vor,
- dass X. gegen diese Verfügung am 11. März 2009 beim Kantonsgericht von Graubünden (recte Einzelrichter am Kantonsgericht) Beschwerde einreichte mit dem sinngemässen Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Gutheissung ihres Amtsbefehlsgesuchs,
- dass die Vernehmlassung des Kreispräsidenten Fünf Dörfer am 23. März 2009 zugestellt wurde und Y. am 2. April 2009 unter Hinweis auf den angefochtenen Entscheid auf eine Vernehmlassung verzichtete,
- dass gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO gegen Entscheide im Amtsbefehlsverfahren innert 10 Tagen seit der Mitteilung beim Einzelrichter am Kantonsgericht Beschwerde geführt werden kann,
- dass das Befehlsverfahren gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO zur Wiedererlangung eines durch verbotene Eigenmacht entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes, besonders in Fällen von Art. 716 und 927 ZGB zulässig ist,
- dass es im vorliegenden Fall gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin um eine Besitzesentziehung gemäss Art. 927 ZGB geht,
- dass der Kreispräsident grundsätzlich zu Recht davon ausgeht, dass jener, der die Vorenthaltung seines Besitzes behauptet, dafür vollen Beweis erbringen muss (PKG 2001 Nr. 39),
- dass X. somit einerseits beweisen müsste, dass die von ihr aufgelisteten Gegenstände überhaupt existieren und der Besitz daran ihr von Y. unrechtmässig vorenthalten wird,
- dass sie dieses Beweises dann entoben ist, wenn die Gegenpartei die Vorenthaltung des Besitzes ausdrücklich anerkennt,

- dass Y. für gewisse Gegenstände in seinem Schreiben vom 7. August 2008 an das Kreisamt Fünf Dörfer, welches dem Kreispräsidenten aus dem parallel geführten Verfahren des Y. gegen X. bekannt war, eine derartige Anerkennung aussprach,
- dass Y. darin ausdrücklich und ohne Vorbehalt versprach, X. die graue Frotteewäsche und das Fernsehkabel auszuhändigen,
- dass Y. im weiteren die Rückgabe des Bürostuhls, des alten Tablars eines Bauernschrankes und des Spiegels in Aussicht stellte, sofern X. ihm selber gewisse Gegenstände erstatte,
- dass mit diesen Ausführungen einerseits erwiesen ist, dass sie in der Tat existieren, im gemeinsamen Haushalt im Besitz der X. standen und diese nun von Y. vorenthalten werden,
- dass Y. für gewisse Gegenstände wohl Rückgabebedingungen formuliert, indessen weder ein Faustpfandrecht gemäss Art. 884 ZGB noch ein Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB ausdrücklich geltend macht,
- dass es für ein Faustpfandrecht offensichtlich einer entsprechenden Vereinbarung mit X. mangelt und das Retentionsrecht schon daran scheitert, dass die Gegenstände sich nicht mit dem Willen von X. im Besitz von Y. befinden und grösstenteils wohl auch nicht verwertbar wären (vgl. Corrado Rampini/Hermann Schulin/Nedim Peter Vogt, Basler-Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., Basel 2007, N 2 zu Art. 895 ZGB),
- dass somit für jene Gegenstände gemäss der von X. eingereichten Liste, welche Y. als sich bei ihm befindend anerkannt hat, erstellt ist, dass sie von Y. X. zu Unrecht vorenthalten werden,
- dass Y. somit zu verpflichten ist, diese Gegenstände X. unverzüglich auszuhändigen, sofern dies in der Zwischenzeit nicht bereits geschehen ist,
- dass für die übrigen Gegenstände gemäss der Auflistung von X. kein Beweis vorliegt, dass sie jemals oder noch im Besitz von Y. waren oder sind und ihr diese zu Unrecht vorenthalten werden,
- dass die Beschwerde bezüglich dieser Gegenstände somit erfolglos bleibt,

- dass die Verfügung des Kreispräsidenten indessen auch diesbezüglich unrichtig ist, da er aufgrund der Erwägungen das Amtsbefehlsgesuch von X. wegen Beweislosigkeit der Begehren als unbegründet erachtete und somit diese hätte abweisen müssen, statt einen Nichteintretensentscheid zu erlassen,
- dass dieser Punkt im Beschwerdeverfahren von Amtes wegen zu korrigieren ist,
- dass dies indessen kostenmässig keine Auswirkungen hat, da der Kreispräsident für seine Verfügung keine Kosten erhoben hat,
- dass bei diesem Ausgang die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu einem Drittel von Y. und zu zwei Dritteln von X. zu tragen sind,

verfügt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgehoben.
2. Y. wird verpflichtet, X. die graue Frotteewäsche, das Fernseekabel, den Bürostuhl, das alte Tablar und den Spiegel unverzüglich auszuhändigen.

Im übrigen wird das Amtsbefehlsgesuch und die Beschwerde abgewiesen.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'200.-- (einschliesslich Schreibgebühr) gegen zu einem Drittel zu Lasten des Y. und zu zwei Dritteln zu Lasten der X..
4. Aussergerichtliche Entschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Gegen diese, einen Streitwert von weniger als 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Diese 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 90 ff. BGG.
6. Mitteilung an: