



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

Ref.:
ERZ 09 270

Chur, 05. Januar 2010

Schriftlich mitgeteilt am:
29. Januar 2010

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz Präsident Brunner
Redaktion Aktuarin ad hoc Küng

In der zivilrechtlichen Beschwerde

der X. AG, Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwältin Dr. iur. Marianne Sonder, Hartbertstrasse 11, 7002 Chur,

gegen

die Verfügung des Kreispräsidenten Maienfeld vom 18. November 2009, mitgeteilt
am 20. November 2009, in Sachen des Y., Gesuchsteller und Beschwerdegegner,

betreffend Amtsbefehl (Besitzesschutz),

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. 1. Im Sommer 2008 wurde in A. entlang der Parzelle Nr. __, deren Eigentümer offenbar Y. ist, die Zufahrtsstrasse (Parzelle Nr. __) zur Parzelle Nr. __ der Eigentümerin X. AG erstellt, um damit die Liegenschaft B. in A. zu erschliessen. Mit Schreiben vom 2. November 2008 forderte Y. die X. AG nach Abschluss der Arbeiten auf, gewisse Mängel zu beheben. Unter anderem verlangte er, dass die Risse an der Mauer entlang der Parzelle Nr. __ behoben und die Mauer, dort wo Terrain abgetragen worden sei, unterfangen werden.

2. Da nicht alle Mängel innert Frist behoben wurden, gelangte Y. mit Amtsbefehlsgesuch vom 10. August 2009 an den Kreispräsidenten Maienfeld, wobei er folgende Rechtsbegehren stellte:

„1. Dem Gesuchsgegner sei unter Androhung der Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB zu befehlen, die bestehende Mauer zwischen den Parzellen __ und __ auf der Strassenseite neu zu unterfangen.

2. Dem Gesuchsgegner sei unter Androhung der Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB zu befehlen, die herausgerissenen Marksteine zwischen den Parzellen 1517 und __ sowie __ zu ersetzen.

3. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegner.“

3. Die X. AG beantragte am 10. September 2009, auf das Amtsbefehlsgesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen.

4. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2009, mitgeteilt am 30. Oktober 2009, lud der Kreispräsident von Maienfeld die Parteien zum Augenschein und zur Hauptverhandlung auf den 19. November 2009 vor Ort vor. Anlässlich dieser Verhandlung machte der Gesuchsteller unter anderem auf eine einseitige Untergrabung entlang der Grundstückmauer von ca. 40 bis 50 cm aufmerksam und machte geltend, diese sei zwischenzeitlich durch eine kleine Aufschüttung verdeckt worden. Die Gesuchsgegnerin bestritt anlässlich der Verhandlung die Vorbringen der Gegenseite und stellte sich zudem auf den Standpunkt, der Kreispräsident sei in casu nicht zuständig, da es sich ihres Erachtens um eine Forderung nach Leistung handle.

B. Am 18. November 2009, mitgeteilt am 20. November 2009, erliess der Kreispräsident von Maienfeld folgenden Amtsbefehl:

„1. Im Sinne der Erwägungen wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, die erwähnte Mauer luftseitig durch geeignete Massnahmen so zu sichern, dass diese durch die

landwirtschaftliche Nutzung des höheren Terrains keinen Schaden nehmen und auch später nicht umkippen kann.

2. Auf die sonstige bauliche Sanierung der erwähnten Mauer (Ausbessern von Rissen) durch die Gesuchsgegnerin wird im Sinne der Erwägungen verzichtet.

3. Die Neuvermarchung mit Bolzen erfolgt durch den Geometer.

4. Die Kosten des Verfahrens von Total Fr. 350.00 werden beiden Parteien zu gleichen Teilen auferlegt. Die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen.

5. (Rechtsmittelbelehrung).“

In seiner Begründung hielt der Kreispräsident fest, die Mauer sei strassenseitig um 40 bis 50 cm abgegraben worden und es bestehe die Gefahr, dass sie im Laufe der Zeit umkippen werde. Es könne hingegen nicht rechtsgenügend bewiesen werden, dass der Riss im Verputz der Mauer durch die Bauarbeiten an der neuen Strasse entstanden sei. Weiter hielt der Kreispräsident fest, dass die Art der Vermarchung allein der Geometer bestimme.

C. 1. Gegen diesen Amtsbefehl reichte die X. AG am 1. Dezember 2009 innert Frist Beschwerde beim Einzelrichter am Kantonsgericht ein und beantragte Folgendes:

„1. Ziffer 1 der Verfügung des Kreispräsidenten Maienfeld vom 18.11.2009 sei aufzuheben und das entsprechende Gesuch des Y. vom 10.08.2009 abzuweisen.

2. Dem Rekurs sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer zulasten des Rekursgegners.“

In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der vom Kreispräsident eingenommene Standpunkt, die X. AG habe entlang der Mauer einseitig 40 bis 50 cm abgegraben, nicht zutreffe und bestritten werde. Das Fundament der Mauer sei weder berührt, noch untergraben worden. Zudem liege der Strassengrenzverlauf rund 40 bis 60 cm von der Mauer entfernt. Auch sei der Bereich zwischen Strasse und Mauer mittels Humus auf Wunsch von Y. ordentlich hergerichtet worden. Y. hätte alsdann nicht bewiesen, dass die Mauer oder deren Fundament durch die X. AG verändert worden sei. Auch handle es sich beim Vorbringen, die Mauer werde im Laufe der Zeit umkippen, um eine reine Behauptung. Eine Bedrohung des Besitzstandes durch einen Eingriff der X. AG sei weder erstellt noch bewiesen. Ausserdem habe sich der Beschwerdegegner nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 928 ZGB gegen die Besitzesstörung gewehrt. Der Anspruch sei gemäss Art. 929 Abs. 2 ZGB verjährt. Die angefochtene Verfügung des Kreispräsidenten Maienfeld gehe überdies über den von Y. gestellten Antrag hinaus und sei daher auch aus diesem Grund aufzuheben.

2. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2009 forderte der Einzelrichter am Kantonsgericht die Vorinstanz und den Beschwerdegegner zur Vernehmlassung auf. Die Vernehmlassung des Kreisamtes Maienfeld ging am 9. Dezember 2009 ein. Der Beschwerdegegner reichte keine Stellungnahme ein.

3. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Gegen Entscheide des Kreispräsidenten im Befehlsverfahren gemäss Art. 145 ff. ZPO kann beim Einzelrichter am Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden, wobei für das Beschwerdeverfahren die Vorschriften von Art. 152 ZPO anzuwenden sind. Da die vorliegende Beschwerde fristgerecht eingereicht wurde und im Übrigen den Formerfordernissen entspricht, kann grundsätzlich darauf eingetreten werden.

2.a) Beim bundesgerichtlichen Besitzeschutz handelt es sich um einen materiellrechtlichen Anspruch (vgl. Marginalie zu Art. 146 ZPO). Die Regelung des Verfahrens ist jedoch dem kantonalen Recht überlassen. Der bündnerische Zivilprozess sieht für den Besitzeschutz ausschliesslich das Befehlsverfahren vor (vgl. Art. 137 Ziff. 14 ZPO; Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Diss. Zürich 1977, S. 57). Dies liegt darin begründet, dass beim Besitzeschutz im Allgemeinen verhältnismässig einfach festgestellt werden kann, ob der Anspruch ausgewiesen ist und sich das summarische Verfahren durchaus für die Erledigung von Besitzeschutzangelegenheiten eignet. Im summarischen Verfahren gelten grundsätzlich die Vorschriften des beschleunigten Verfahrens mit gewissen Einschränkungen, die sich aus Art. 138 ZPO ergeben. Als Beweismittel sind etwa Urkunden, schriftliche Auskünfte, Augenscheine und Beweisaussagen einer Partei zulässig. Andere Beweismittel werden nur zugelassen, wenn der Kläger nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann oder wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (Art. 138 Ziff. 4 ZPO).

b) Offengelassen wird in Art. 152 ZPO, ob dem Einzelrichter am Kantonsgericht im Beschwerdeverfahren volle Kognition oder eine bloss beschränkte Prüfungsbefugnis zusteht. Die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde lässt zwar eher auf letzteres schliessen. Die Möglichkeit, von Amtes

wegen Beweise erheben zu können, spricht hingegen klar für eine volle Kognition. Von der Sache her ist eine Überprüfung auf Angemessenheit denn auch angezeigt, da es im Befehlsverfahren häufig um Ermessensfragen geht und das Rechtsmittel praktisch an Bedeutung verlöre, wenn der Kantonsgerichtspräsident nur bei Missbrauch des Ermessens und offensichtlich falscher Feststellung des Sachverhalts einschreiten könnte. Auch das Fehlen eines Hinweises wie in Art. 236 Abs. 3 ZPO lässt den Schluss zu, der Gesetzgeber habe eine Beschränkung der Kognition nicht gewollt (vgl. Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Chur 1986, S. 101). Damit ist dem Einzelrichter am Kantonsgericht eine volle Kognition zuzuerkennen. Er ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden (vgl. PKG 2001 Nr. 39 E. 2c).

c) Der Umfang des Novenrechts im Rechtsmittelverfahren wird in Art. 152 Abs. 3 ZPO geregelt, welcher bestimmt, dass der Einzelrichter von Amtes wegen neue Beweise erheben kann. In PKG 2001 Nr. 39 E. 2.a wurde, in Anlehnung an Art. 152 ZPO sowie aufgrund des Umstandes, dass der Nachreichung von Beweismitteln gerade im summarischen Verfahren durchgeführten Amtsbefehlsverfahren gemäss Art. 137 Ziff. 14 ZPO eine grössere Bedeutung zukommt als im ordentlichen Zivilprozess, entschieden, eine Nachreichung von Urkunden durch die Parteien müsse auch im Beschwerdeverfahren gegen einen Amtsbefehl möglich sein. In PKG 2005 Nr. 26 wurde der Umfang des Novenrechts dahingehend konkretisiert, dass die Nachreichung von Beweismitteln nur dann zulässig ist, wenn es darum geht, eine im vorinstanzlichen Verfahren bereits behauptete Tatsache zu belegen. Das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweise zu neuen Tatsachen ist jedoch unzulässig.

d) Im Besitzesschutzverfahren ist grundsätzlich voller Beweis für das Vorhandensein der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zu erbringen (vgl. Art. 146 Abs. 2 ZPO). Nur klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche können durchgesetzt werden. Wenn der Kläger sein Recht nicht restlos eindeutig belegen kann, ist er abzuweisen und hat sich an den ordentlichen Zivilrichter zu wenden (vgl. Rehli, a.a.O., S. 96). Dort kann er allerdings nicht mehr aus dem Besitz klagen, sondern muss sein Recht mit dem im ordentlichen Zivilprozess erforderlichen Beweis dartun (vgl. Schöbi, Der Besitzesschutz, Diss. Bern 1987, S. 104).

3. Das Befehlsverfahren vor dem Kreispräsidenten zum Erlass eines Amtsbefehls gemäss Art. 145 ff. ZPO ist unter anderem zulässig zum Schutze

eines bedrohten Besitzstands nach Art. 928 ZGB, wenn jemand durch die beabsichtigte oder begonnene Handlung eines anderen oder durch die Unterlassung einer solchen in seinem Besitz verletzt oder gefährdet wird (vgl. Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 145 ZPO). Gestützt auf die Besitzeschutzbestimmung von Art. 928 ZGB kann derjenige Besitzer, der durch verbotene Eigenmacht gestört wird, klageweise die Beseitigung der Störung, die Unterlassung sowie Schadenersatz für den durch die Störung verursachten Schaden geltend machen. Besitzeschutz nach Art. 928 Abs. 1 ZGB steht jedem Besitzer zu, auch dem unselbständigen, dem mittelbaren, dem Mitbesitzer sowie dem Rechtsbesitzer (Emil W. Stark/Wolfgang Ernst, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N. 5 zu Art. 928 ZGB). Massgebend für den Besitz ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB).

a) In ihrer Beschwerdeschrift erhebt die X. AG die Einrede der Verwirkung des Anspruchs der Besitzstörung und beruft sich auf Art. 929 ZGB. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung ist die Klage aus verbotener Eigenmacht nur zulässig, wenn der Besitzer sofort, nachdem ihm der Eingriff und der Täter bekannt geworden sind, die Sache zurückfordert oder Beseitigung der Störung verlangt (Abs. 1). Die Klage verjährt nach Ablauf eines Jahres; das mit der Entziehung oder Störung zu laufen beginnt, auch wenn der Besitzer erst später von dem Eingriff und dem Täter Kenntnis erhalten hat (Abs. 2).

Einzuhalten sind somit insbesondere zwei Voraussetzungen, welche beide in zeitlicher Hinsicht mit dem Beginn der Störung ausgelöst werden. Einmal muss „sofort“ nach Bekanntwerden des Eingriffs und der Täter der sogenannte Protest erhoben werden und im Weiteren ist innert Jahresfrist ab dem Zeitpunkt der Störung die Klage einzureichen. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin wurden die Störarbeiten (Aushub, Kofferung) im Sommer 2008 ausgeführt (Beschwerdeschrift S. 3). Auf den eingelegten Fotografien des Gesuchstellers (act. 8/9) ist aber zu erkennen, dass die Strasse später mit einem Teerbelag versehen wurde. Wann dies war, ergibt sich nicht aus den Akten. Bis zum Abschluss der Strassenbauarbeiten durfte der Gesuchsteller aber damit rechnen, dass seitens der Bauherrschaft allfällige Besitzesstörungen an der Mauer verhindert bzw. allenfalls behoben würden. Den Beweis dafür, wann die Strasse als vollendet zu gelten hatte, hat die Beschwerdeführerin, welche sich auf Verwirkung beruft, nicht erbracht. Der Beginn der Frist für die Erhebung des Protestes und der Klageinstanzierung bleibt somit im Unklaren. Zugunsten des Gesuchstellers ist somit davon auszugehen, dass das Beanstandungsschreiben vom 2. November 2008 noch rechtzeitig war, was somit auch für die

Klageeinreichung vom 10. April 2009 gilt. Die Einrede der Verwirkung ist somit unbegründet. Offen bleiben kann unter diesen Umständen, ob sie überhaupt rechtzeitig erhoben wurde und dies nicht spätestens in der Vernehmlassung der Gesuchsgegnerin ans Kreisamt hätte erfolgen müssen (vgl. PKG 1996 Nr. 9), zumal neue Tatsachen im Beschwerdeverfahren nicht mehr vorgebracht werden dürfen (PKG 2005 Nr. 26).

4. Im Beschwerdeverfahren zu beurteilen bleibt, ob der Kreispräsident die X. AG zu Recht verpflichtet hat, die Mauer entlang der Parzelle Nr. _ zu sichern, damit sie später nicht umkippen kann. Nicht mehr Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind die vom Gesuchsteller gerügten Punkte im Zusammenhang mit den Rissen in der Mauer und den Marksteinen.

a) Der Kreispräsident ging in seinem Amtsbefehl davon aus, dass das Terrain strassenseitig bei der Mauer im Vergleich zur früheren Bodenhöhe um 40 bis 50 cm abgegraben worden sei. Dadurch bestehe die Gefahr, dass die Mauer im Laufe der Zeit umkippe. Zu dieser Feststellung kam der Kreispräsident aufgrund eines Augenscheins vor Ort und anhand der vom Gesuchsteller eingereichten Fotografien und einer Skizze. Die Feststellungen des Kreispräsidenten wurden von der X. AG bereits in ihrer Vernehmlassung ans Kreisamt bestritten. Diesen Standpunkt nimmt sie auch in ihrer Beschwerde ein und untermauert das Ganze mit Einreichung weiterer Fotografien sowie eines Schreibens der ausführenden Baufirma A. Käppeli's Söhne AG vom 21. August 2009 (act. 01/4 und 01/5). Die Einreichung dieser neuen Beweismittel war unter diesen Umständen, wie unter 2. c ausgeführt, gestattet (PKG 2001 Nr. 39, PKG 2005 Nr. 26). Im erwähnten Schreiben bestätigt die Baufirma, dass der Strassengrenzverlauf ca. 40 bis 60 cm von der Mauer entfernt liege. Damit liege die Mauer nicht mehr im Bereich der Strasse bzw. des Platzbedarfs für den Neubau der Strasse. Damit wollte die Baufirma ausdrücken, dass der Boden in einer Breite von 40 bis 60 cm entlang der Mauer durch den Strassenbau gar nicht verändert worden sei. Diese Darstellung wird durch die neu eingelegten Fotografien, welche den Strassenbau im Zeitpunkt nach der Kofferung zeigt, belegt. Zu sehen ist entlang der Mauer ein Bodenstreifen mit altem Grünbewuchs, aus welchem sich deutlich ergibt, dass die Geländehöhe am strassenseitigen Mauerfuss nicht verändert wurde. Dies wurde offensichtlich auch später für die Einbringung des Belags nicht nötig. Ebenso wenig ist der teilweise im unteren Bereich der Mauer abgefallene Verputz ein Beweis für die behauptete Abgrabung. Dies muss nämlich angesichts des dort sichtbaren Bewuchses mit Moos bzw. Flechten (act. 01/4) schon längere Zeit

geschehen sein. Unter diesen Umständen ist dem Gesuchsteller der Beweis der Besitzesstörung durch die X. AG nicht gelungen.

b) Offen gelassen werden kann, ob eine Besitzesstörung selbst dann angenommen werden könnte, wenn die vom Gesuchsteller behauptete Abgrabung stattgefunden hätte. Dies wäre nur dann der Fall, wenn dadurch die Stabilität der Mauer wesentlich geschmälert worden wäre. Eine solche Annahme lässt sich nur machen, wenn bekannt wäre, wie tief die Mauer in den Boden ragt. Dazu fehlen aber jegliche Angaben, womit dem Gesuchsteller der Beweis der Besitzesstörung nicht gelungen ist und der Amtsbefehl zu Unrecht erlassen wurde. Damit ist Ziffer 1 dieses Dispositives antragsgemäss aufzuheben. Unter diesen Umständen erübrigt sich auch die Erhebung weiterer Beweise gemäss Antrag der Beschwerdeführerin.

5. Nicht angefochten wurde der Kostenpunkt des Amtsbefehls. Es hat somit mit der Aufteilung der Kosten des Kreisamts Maienfeld nach Hälften zulasten der Parteien sein Bewenden. Dies gilt auch für die Wettschlagung der aussergerichtlichen Kosten für das vorinstanzliche Verfahren.

6. Mit der Mitteilung des Hauptentscheides wird der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens gehen bei diesem Ausgang zulasten des Beschwerdegegners, welcher die Beschwerdeführerin aussergerichtlich angemessen zu entschädigen hat.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Ziffer 1 des Dispositives der angefochtenen Verfügung aufgehoben und die Ziffer 1 des Amtsverbotsgesuchs abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'200.-- (einschliesslich Schreibgebühr) gehen zulasten des Beschwerdegegners, welcher die Beschwerdeführerin aussergerichtlich für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'200.-- zu entschädigen hat.
3. 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, 1000 Lausanne 14, geführt werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG gegeben. In beiden Fällen ist das Rechtsmittel 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., 90 ff. und 113 ff. BGG.
4. Mitteilung an: