



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

Ref.:
ERZ 09 32

Chur, 17. März 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Präsident Brunner
Aktuarin ad hoc Thoma

In der Beschwerde

der **X.**, Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Victor Benovici, Postfach 553, Goldgasse 11, 7002 Chur,

gegen

die **Verfügung des Kreispräsidenten R.** vom 30.01.2009, mitgeteilt am 02.02.2009, in Sachen der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin gegen die **Gemeinde Y.**, Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Druey Just, Villa Zambail, Masanserstrasse 40, 7000 Chur, und den **Kanton Graubünden**, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, vertreten durch das Tiefbauamt Graubünden, Fachstelle für Langsamverkehr, Grabenstrasse 30, 7001 Chur, und den **B.**, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, und die **C.**, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner,

betreffend Amtsverbot,

hat sich ergeben:

A. X. ist Eigentümerin der Parzelle Nr._, Plan Nr._ T., in R.. Gemäss Grundbuchauszug vom 26. September 2008 weist die genannte Parzelle keine Lasten auf. Am 27. September 2008 ersuchte X. den Kreispräsidenten R. um Erlass eines Amtsverbotes, wonach das Betreten und widerrechtliche Befahren mit Fahrzeugen aller Art ihrer Parzelle für Unberechtigte amtlich zu verbieten sei. Am 9. Oktober 2008 wurde das Gesuch im kantonalen Amtsblatt publiziert. Dagegen reichten die Gemeinde Y., das Tiefbauamt Graubünden (Fachstelle Langsamverkehr), der B. sowie die C. Einsprachen ein. Nach Einholung einer Stellungnahme bei X. und Vernehmlassungen dazu von Seiten der Einsprecher sowie der Durchführung eines Augenscheins am 23. Januar 2009 erliess der Kreispräsident R. am 30. Januar 2009, mitgeteilt am 2. Februar 2009, eine Verfügung mit folgendem Wortlaut:

- „1. Der Gesuchstellerin, Frau X., vertreten durch RA lic. iur. V. Benovici, wird hiermit eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung von Klagen gemäss Art. 154 Ziff. 3 ZPO gegen die Einsprache-Erheber, Gemeinde Y., Tiefbauamt Graubünden, Fachstelle für Langsamverkehr, C. und B. angesetzt.*
- 2. Das Amtsverbotsverfahren wird für die Dauer des ordentlichen Verfahrens sistiert.*
- 3. (Mitteilung).“*

In den Ausführungen hielt der Kreispräsident R. unter anderem fest, anlässlich des Augenscheins vor Ort seien zwar die örtlichen Umstände klarer dargelegt worden, eine Annäherung der Parteien sei jedoch nicht gelungen. Vorliegend seien die durch die Parteien geltend gemachten Rechte nicht offensichtlich genug erkennbar, dass über die Begründetheit dieser entschieden werden könne. Folglich sei Frist zur Klageanhebung anzusetzen. Er sei der Ansicht, dass derjenigen Partei die Frist zur Klage anzusetzen sei, welche die Durchsetzung des Verbots verlange.

B. Am 10. Februar 2009 gelangte X. mit Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden und beantragte:

- „1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.*
- 2. Die Einsprachen des Tiefbauamtes Graubünden, der C. und des B. seien abzuweisen.*
- 3. Der Gemeinde Y. sei eine Frist zur Einreichung der Klage gemäss Art. 154 ZPO zu setzen.*
- 4. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.*
- 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenparteien.“*

In der Begründung wurde zunächst festgehalten, dass zwischen Gemeinde- und „Beschwerdevertretung“ die Bereitschaft zu späteren Diskussionen zugesichert

worden sei. Seitens des Kreispräsidenten seien keine Vergleichsbemühungen erfolgt. Bis auf die Gemeinde Y. hätten die Einsprecher überhaupt keine rechtlich erheblichen Tatsachen geltend machen können. Die C. könne kein Fahrwegrecht besitzen, da schon seit vielen Jahren ein Fahrverbot von der Kantonsstrasse Richtung Rhein bestehe, wovon nur Anstösser der unteren Parzellen ausgenommen seien. Der B. könne nicht einmal behaupten, dass ihm je irgendwelche Rechte zum Betreten der Parzelle zugestanden worden seien, auch nicht vom Vorgänger der Beschwerdeführerin. Was das Tiefbauamt Graubünden anbelange, sei dessen Vertreter anlässlich des Augenscheins dabei behaftet worden, dass die Vorstellungen des Kantons nicht eigentümerverbindlich seien. Aufgrund des Grundbuchauszuges würden sich die Behauptungen der Einsprecher als reine „Forderungen“ erweisen, weshalb diese Einsprachen zweifellos hätten abgewiesen werden müssen. Was die Gemeinde anbelange, sei festzuhalten, dass sie den Eintrag irgendwelcher Rechte im Grundbuch verpasst habe. Soweit sie auf solchen beharre, müsse sie klagen und nicht die Beschwerdeführerin, welche mit einem unbelasteten Grundstück und entsprechendem Auszug aus dem Grundbuchamt zweifellos die „Trumpfkarte“ in der Hand habe. Ob die Einwände der Gemeinde dann stichhaltig seien, werde sich weisen. Vielleicht aber werde zufolge geplanter neuer Wegführung ohnehin gegen ein Amtsverbotsgesuch nicht mehr opponiert, mindestens was den quer zur Parzelle T. gewünschten Weg für die Gemeinde anbelange.

C. Mit Beschwerdeantwort vom 25. Februar 2009 beantragte die Gemeinde Y.:

„1. Die Beschwerde sei abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.“

In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, über die in Frage stehende Parzelle führe mindestens seit Beginn des letzten Jahrhunderts ein Weg, der zum Rhein und dann diesem entlang ins E. führe. Dieser Weg sei einerseits im schweizerischen Wanderwegnetz eingezeichnet. Andererseits lasse er sich auch als Fussweg sowie als Land- und Forstwirtschaftsweg dem von 1986 datierten generellen Erschliessungsplan der Gemeinde Y. entnehmen. Er werde seit jeher durch die Gemeinde zur Bewirtschaftung der durch ihn erschlossenen Gebiete genutzt und habe früher der Gewinnung von Kies vom Rheinufer gedient. Obwohl dieser Weg nicht im Grundbuch eingetragen sei, handle es sich um einen öffentlichen Weg, denn eine Sache könne öffentlich sein, weil sie seit unvordenklicher Zeit durch die Öffentlichkeit genutzt werde. Sollte die Öffentlichkeit des Weges aufgrund Unvordenklichkeit verneint werden, sei davon auszugehen, dass die Gemeinde ihn durch Ersitzung erworben habe. Das öffentliche, der Gemeinde zustehende und durch dieses

zu verwaltende Wegrecht bestehe demnach unabhängig von einem Eintrag im Grundbuch. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin das Grundstück auch nicht gekauft, ohne den öffentlichen Weg zu kennen, weshalb ein gutgläubiger, lastenfreier Erwerb ausgeschlossen sei. Dem Kreispräsidenten sei insofern nicht zuzustimmen, als dieser aussage, die Rechtslage sei nicht liquide. Aus ihrer Sicht hätte das Amtsbefehlsgesuch an sich gleich ganz abgewiesen werden können. In jedem Fall aber habe die Beschwerdeführerin ihre Rechtsposition nicht genügend nachweisen können, um die Beschwerdegegner in die Situation der Kläger drängen zu können. Als Gemeinde sei sie verpflichtet, den öffentlichen Durchgang über das Grundstück Nr. _ zu verteidigen. Sollte die Beschwerdeführerin mit ihrem Amtsverbot trotz vorstehender Einwände durchkommen, sei die Gemeinde gezwungen, ein formelles Enteignungsverfahren gestützt auf den generellen Erschliessungsplan durchzuführen. Auch aus prozessökonomischer Sicht sei es daher nicht sinnvoll, der Beschwerdeführerin das Amtsverbot zu gewähren. Im Übrigen sei - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - keine Abschaffung des Weges über die besagte Parzelle geplant, sondern nur allenfalls ein anderer Zugang zu dieser Parzelle. Der Grund liege im Bahnübergang, welcher saniert werden müsse.

D. Am 20. Februar 2009 beantragte das Tiefbauamt Graubünden (Fachstelle für Langsamverkehr):

- „1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Eventualiter sei Herr A., Jahrgang 1935, wohnhaft in R., als Zeuge einzunehmen.*
- 3. Unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.“*

Begründend wurde ausgeführt, durch die Parzelle Nr. _ der Beschwerdeführerin verlaufe ein offizieller, im kantonalen Inventar für Wanderwege erfasster Wanderweg. Würde dem Amtsverbot entsprochen, bestünde kein Zugang mehr zu den Rheinauen vom Dorf R. aus. Der Wanderweg müsste zwischen R. und der Mineralquelle in D. auf der Kantonsstrasse (italienische Strasse) geführt werden. Da es sich bei der italienischen Strasse um eine verkehrsreiche Hauptstrasse handle, könne sie aus Sicherheitsgründen nicht als Verbindungsstück des Wanderwegnetzes dienen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass der über die Parzelle Nr. _ führende Weg seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehe, weshalb eine Eintragung ins Grundbuch und ein Erwerbstitel für eine entsprechende Dienstbarkeit zugunsten der Allgemeinheit ersetzt werde.

E. Ebenfalls am 20. Februar 2009 nahm der Kreispräsident R. zur Beschwerde Stellung und wies darauf hin, dass er nach Abwägung der Umstände zum Schluss

gelangt sei, aus prozessökonomischen Gründen die Klägerrolle der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Weder in ihren schriftlichen Stellungnahmen noch anlässlich des Augenscheins hätten die Parteien auch nur ansatzweise eine Bereitschaft zu einem Vergleich gezeigt. Die Möglichkeit, den strittigen Weg nur noch auf der Rheinseite über das Grundstück der Gesuchstellerin zu führen, sei durch ihn aufgeworfen worden. Diese Variante könnte in seinen Augen sinnvoll sein, wenn das hängige Verfahren der Gemeinde Y. betreffend der geplanten neuen Wegführung im besagten Gebiet zum Tragen komme. Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gemeinde Y. hätten es aber deutlich abgelehnt, über einen solchen Vergleich zu sprechen.

F. Von Seiten des B. und der C. gingen innert Frist keine Vernehmlassungen ein.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. a) Gegen Entscheide des Kreispräsidenten im Verfahren um Erlass eines allgemeinen Amtsverbotes gemäss Art. 154 Abs. 3 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) kann beim Einzelrichter am Kantonsgericht Beschwerde erhoben werden, wobei für das Beschwerdeverfahren die Vorschriften von Art. 152 ZPO anzuwenden sind (Art. 154 Abs. 4 ZPO). Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde innert 10 Tagen seit Mitteilung des angefochtenen Entscheids einzureichen. Die Beschwerdeführerin richtete ihre Beschwerde vom 10. Februar 2009 gegen den Amtsbefehl des Kreispräsidenten R. vom 30. Januar 2009, welcher am 2. Februar 2009 mitgeteilt wurde. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

verhaltes einschreiten könnte. Auch das Fehlen eines Hinweises auf die Beschwerde nach Art. 232 ff. ZPO lässt den Schluss zu, der Gesetzgeber habe eine Beschränkung der Kognition nicht gewollt (Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Chur 1986, S. 101). Damit ist dem Einzelrichter im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 152 ff. ZPO volle Kognition zu-zuerkennen (PKG 2001 Nr. 39). Er ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden.

2. Die Beschwerdeführerin beantragt zunächst in formeller Hinsicht, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen. Da die 20-tägige Frist zur Einreichung einer Klage jedoch erst ab Rechtskraft des angefochtenen Entscheides zu laufen beginnt und durch die fristgemässe Einreichung der vorliegenden Beschwerde der angefochtene Entscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, besteht kein Grund, dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entsprechen.

3. a) Die Beschwerdeführerin hält in prozessualer Hinsicht weiter fest, dass der Kreispräsident ihre Vernehmlassungen zu den Einsprachen den Einsprechern zu einer Replik zugestellt habe; eine Duplik sei „merkwürdigerweise“ nicht angeordnet worden. Zutreffend ist dieser Einwand insofern, als die Vernehmlassung der Gemeinde Y., des Tiefbauamtes Graubünden, des B. sowie der C. im kreisamtlichen Schreiben vom 31. Oktober 2008 der Gesuchstellerin zugestellt und ihr Frist zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Die Vernehmlassung der Gesuchstellerin wurde den Einsprechern zu einer weiteren Stellungnahme zugestellt. Letztere konnten sich in der Eingabe zu ihrer allfälligen Berechtigung, das fragliche Wegrecht zu beanspruchen, äussern. Der Gesuchstellerin hingegen wurde keine Möglichkeit mehr gegeben, auf dem schriftlichen Weg Stellung zu nehmen. Allerdings fand am 23. Januar 2009 ein Augenschein statt.

b) Im summarischen Verfahren ist ein zweiter Schriftenwechsel nicht vorgesehen (Art. 138 in Verbindung mit Art. 136 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO). Indem der Kreispräsident jedoch die Vernehmlassung der Gesuchstellerin den Einsprechern zustellte und diese zu einer weiteren Stellungnahme aufforderte, hat er einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Damit hätte grundsätzlich auch die Gesuchstellerin das Recht zu einer weiteren Eingabe gehabt. Die Beschwerdeführerin bezeichnet das Vorgehen des Kreispräsidenten jedoch lediglich als „merkwürdig“, ohne dass sie eine Rüge im eigentlichen Sinne vorträgt. Vielmehr erwähnt sie den vom Kreispräsidenten aufgeführten Augenschein, an welchem die Parteien offenbar umfassend zu Wort kamen. Auf diesen Einwand ist daher nicht weiter einzugehen.

4. Gemäss Art. 145 ZPO kann der zuständige Kreispräsident auf Gesuch hin durch Amtsbefehl die zum Rechtsschutz erforderlichen Massnahmen treffen, wenn jemand durch die beabsichtigte oder begonnene Handlung eines andern oder durch die Unterlassung einer solchen in seinen Rechten verletzt oder gefährdet wird. Nach Art. 154 ZPO kann jedoch neben dem Einzelnen auch die Allgemeinheit Adressat eines Amtsbefehls sein. Die sogenannten allgemeinen Amtsverbote haben praktisch ausschliesslich Besitzschutzansprüche gemäss Art. 926 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) zum Gegenstand, wobei eigenmächtige Besitzstörungen die Hauptanwendungsfälle bilden (Rudolf Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Diss. Zürich 1977, S. 53 f.). In solch einem Fall kann beim Kreispräsidenten ein allgemeines Amtsverbot verlangt werden. Vorausgesetzt wird also eine angeblich unberechtigte Handlung, die allgemein ausgeübt wird. Dies muss durch den in seinem Besitze Gestörten nachgewiesen werden (Art. 146 Abs. 2 ZPO). Im Verfahren vor dem Kreisamt wird also die Frage nach dem Besitz entschieden. Obwohl das Befehlsverfahren gemäss Art. 151 ZPO als summarisches Verfahren ausgestaltet ist, ist grundsätzlich voller Beweis für das Vorhandensein der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zu erbringen (Rudolf Rehli, a.a.O., S. 96). Es können damit auch im raschen und summarischen Befehlsverfahren nur klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche durchgesetzt werden. Der Gesetzgeber wollte es offensichtlich nicht einfach dem Kreispräsidenten freistellen, ob dieser selbst den Entscheid fällen oder ob er diesen dem ordentlichen Richter überlassen wolle. Der Sinn der Verweisung ins ordentliche Verfahren (Art. 154 Abs. 3 Satz 3 ZPO) liegt offenbar darin, dass bei nicht sofort überblickbaren Verhältnissen der Zivilrichter in einem kontradiktorischen und mit allen Beweismöglichkeiten ausgestatteten Verfahren einen endgültigen Entscheid fällen kann, während der Entscheid des Kreispräsidenten im summarischen Verfahren rascher für vorläufigen Rechtsfrieden sorgen kann (PKG 1988 Nr. 24).

5. Von den Parteien nicht in Abrede gestellt wird, dass X. Eigentümerin der Parzelle Nr. __, Plan Nr. __ T. in R. ist (vgl. Grundbuchauszug vom 26. September 2008, act. 6.2). Damit ist die Aktivlegitimation zur Beanspruchung von Besitzschutz gegeben, zumal von keiner Seite behauptet wird, die Eigentümerin sei nicht gleichzeitig Besitzerin der fraglichen Parzelle. X. stellte am 27. April 2008 dem Kreispräsidenten ohne jegliche Begründung ein Amtsverbotsgesuch betreffend das genannte Grundstück zu. Das Gesuch enthält weder eine Behauptung zu angeblich unberechtigt ausgeübten Handlungen noch werden solche Handlungen nachgewiesen. Damit genügt das Gesuch den oben umschriebenen Anforderungen offensichtlich

nicht. So hätte der Kreispräsident das Gesuch ohne weitere Rechtshandlungen zurück- bzw. abweisen können (vgl. Art. 138 Ziff. 2 und Art. 151 Ziff. 1 ZPO). Aufgrund der nach der Publikation eingegangenen Einsprachen ergibt sich allerdings, dass der auf besagtem Grundstück liegende Weg in der Tat als Wander- und Veloweg, Land- und Forstwirtschaftsweg sowie zur Ausübung der Fischerei benützt wird. Mit anderen Worten geht aus den Einsprachen hervor, dass der auf Parzelle Nr. _ liegende Weg von der Allgemeinheit beansprucht wird. Da die Gesuchstellerin in ihrer Vernehmlassung zu den Einsprachen davon ausgeht, derartige Nutzungen seien nicht gestattet, wird der Mangel im Gesuch durch den weiteren Verfahrensablauf geheilt.

a) Mit der Beschwerde wird zunächst die Abweisung der Einsprachen des Tiefbauamtes Graubünden, der C. und des B. begehrt. Grundsätzlich hat der Kreispräsident bei sofort überblickbaren Verhältnissen über die Einsprache selbst zu entscheiden und soll die Beteiligten nicht ohne weiteres ins aufwendigere ordentliche Verfahren verweisen (vgl. Art. 154 Abs. 3 ZPO; PKG 1988 Nr. 24; vgl. auch Verfügung KGP vom 3. Januar 2007 [PZ 06 210]). Dabei kann es durchaus sein, dass eine Einsprache schon an der fehlenden Aktivlegitimation des Einsprechers scheitert und somit abzuweisen ist. Sind derartige prozessuale Gegebenheiten offensichtlich, so ist auch hier der Kreispräsident zum Entscheid berufen. Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag auf direkten Entscheid durch den Kreispräsidenten damit, die drei genannten Einsprecher könnten keine „Rechte zu ihren Gunsten ableiten“. Diese Argumentation greift zu kurz. Die drei erwähnten Einsprecher leiten ihre Rechte nämlich ebenfalls aus dem von der Gemeinde Y. beanspruchten öffentlichen Wegrecht ab. Wenn dieses Wegrecht zugunsten der Allgemeinheit im eben beschriebenen Sinne im allenfalls notwendig werdenden Gerichtsverfahren bestätigt würde, so hätten - aufgrund der Wirkungen des Wegrechts für Belange der Allgemeinheit - die Einsprecher ohne weiteres gewisse Benützungsrechte im Sinne einer Ausübung des Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache. Zu verneinen ist indessen, dass dies bereits für eine Einsprachelegitimation im Amtsbefehlsverfahren ausreicht. Zu erinnern ist, dass die Prozedur zur Erlangung eines Amtsverbotes ein Besitzesrechtsverfahren darstellt (PKG 1988 Nr. 24; Verfügung KGP vom 3. Januar 2007 [PZ 06 210]). Voraussetzung, damit jemand Besitzesrecht beanspruchen kann, ist eine Stellung als Besitzer der fraglichen Sache. Sowohl das kantonale Tiefbauamt (recte der Kanton Graubünden selbst) in Ziffer 4 seiner Beschwerdeantwort als auch die C. und der B. leiten ihr Benützungsrecht und ihre Einsprachefähigkeit daraus ab, dass der fragliche Weg im Gemeingebrauch steht, d.h. dass zumindest das entsprechende Nutzungsrecht im Eigentum der politischen

Gemeinde Y. steht und zum Gemeingebrauch bestimmt ist (Art. 119 Abs. 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGzZGB; BR 210.100]).

b) In seiner Eingabe vom 28. April 2008 versuchte das Tiefbauamt Graubünden seine Einspracheberechtigung aus Art. 6 Abs. 7 des Strassengesetzes des Kantons Graubünden (StrG; BR 807.100) in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 der Strassenverordnung des Kantons Graubünden (StrV; BR 807.110) herzuleiten. Dies ist unbehelflich. Diese Bestimmungen regeln lediglich die verwaltungsinterne Organisation in Sachen Langsamverkehr, indem einerseits der Regierung die Kompetenz eingeräumt wird, eine Fachstelle für den Langsamverkehr zu bezeichnen (Art. 6 Abs. 7 StrG), welche gemäss Art. 5 Abs. 1 StrV sodann dem Tiefbauamt zugeordnet wurde. Damit kann selbstverständlich keine Einsprachekompetenz in einem Besitzschutzverfahren begründet werden. Eine solche ergibt sich nur aus der Privatrechtsordnung. Ebenso wenig wird damit ausgesagt, dass das Tiefbauamt in eigenem Namen Einsprache erheben kann. Allfälliger Rechtsträger wäre der Kanton Graubünden, der im Verfahren von der entsprechenden Fachstelle vertreten wird.

c) Offensichtlich ist unter diesen Umständen, dass weder der Kanton Graubünden noch der B. noch die C. Besitzer im Sinne von Art. 926 ZGB sind. Der blosser Gemeingebrauch führt noch zu keinem Besitz der Nutzer (Emil W. Stark, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 2001, N 13 der Vorbemerkung zu Art. 926-929 ZGB). Infolgedessen sind ihre Einsprachen abzuweisen. Nicht zu beurteilen ist in diesem Verfahren, welche Rechte diesen Institutionen in öffentlich rechtlichen Verfahren zukommen (Planungsverfahren, Enteignungsverfahren). Dagegen ist das Gemeinwesen, also die Gemeinde Y., Besitzer der ihr gehörenden öffentlichen Sachen (Emil W. Stark, a.a.O., N 13 der Vorbemerkung zu Art. 926-929 ZGB; Emil W. Stark/Wolfgang Ernst, Basler Kommentar zum ZGB II, 3. Aufl., Basel 2007, N 31 vor Art. 926-929 ZGB). Voraussetzung ist allerdings, dass das entsprechende Nutzungsrecht am Weg nachgewiesen ist.

6. Als unbestritten einsprachelegitimiert verbleibt somit die politische Gemeinde Y., welche ein seit Unvordenklichkeit bestehendes Recht bzw. eine ersessene Dienstbarkeit zu Gunsten der Allgemeinheit geltend macht. Da ein solches Recht weder von der Gesuchstellerin anerkannt wird noch im Grundbuch eingetragen ist, kam der Kreispräsident zu Recht zum Schluss, dass die Rechtsverhältnisse nicht liquid und somit im ordentlichen Verfahren zu klären sind, zumal der Nachweis einer Ersitzung des Wegrechts trotz Einführung des L.- und S.- Registers nicht ausgeschlossen ist (vgl. PKG 1991 Nr. 16). Der Kreispräsident setzte daher der Gesuch-

stellerin Frist zur Klageeinleitung an und sistierte das Amtsverbotsverfahren für die Dauer des ordentlichen Gerichtsverfahrens. Gegen diese Parteirollenverteilung richtet sich die Beschwerde von X..

a) In der Verfügung des Kreispräsidenten vom 30. Januar 2009 wird der Entscheid, weshalb die Klägerrolle der Gesuchstellerin zugeteilt wird, nicht begründet. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde ruft er prozessökonomische Gründe an, ohne diese allerdings im Einzelnen zu nennen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits ist der Auffassung, der fehlende Grundbucheintrag zugunsten der Gemeinde führe dazu, dass Letzterer die Klägerrolle zu auferlegen sei.

b) Setzt der Kreispräsident Frist zur Einreichung einer ordentlichen Klage an, so hat er die Wahl, entweder dem Gesuchsteller oder einem Einsprecher die Klägerrolle zuzuteilen. Völlig frei ist der Kreispräsident bei dieser Wahl allerdings nicht, obwohl ihm diesbezüglich ein weites Ermessen zukommt. Vielmehr hat er die konkreten Umstände zu berücksichtigen, wie etwa nach einer summarischen Prüfung die Stichhaltigkeit der Einsprachen (vgl. PKG 1988 Nr. 24, E. 2c). Eine Regel, wonach demjenigen die Klagefrist anzusetzen ist, dessen Berechtigung nicht aus dem Grundbuch hervorgeht, gibt es nicht. Vorliegendenfalls wird die von der Gemeinde dargelegte Rechtslage schon durch die tatsächliche Situation gestützt, dass der fragliche Weg - ausser der Kantonsstrasse - die einzige (Weg-)Verbindung ins E. ist und das Strassentrasse gemäss den bei den Akten liegenden Bildern offenbar schon Jahrzehnte alt ist. Sodann ist gemäss den Darlegungen des Kantons und der im Beschwerdeverfahren eingereichten Belege (vgl. PKG 2005 Nr. 26) der Weg in der Bündner Wanderkarte 1:60'000 seit längerer Zeit als offizieller Wanderweg markiert, was bisher offenbar zu keinen Beanstandungen geführt hat. Ebenso figuriert der Weg bereits in alten Plänen der Gemeinde Y. (Genereller Erschliessungsplan 1986 [act. 5.3, Beilage 1], Plan von 1912 betreffend Gemeindewaldungen [act. 5.3, Beilage 3]). Dies reicht ohne weiteres aus, um die von der Gemeinde Y. eingenommene rechtliche Position als plausibel erscheinen zu lassen. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen somit zweifellos, der Gesuchstellerin die Klägerrolle zuzuweisen. Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet.

Aus dem eben Dargelegten erhellt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen und Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben ist. Die Einsprachen des Kantons Graubünden, der C. und des B. sind indessen mangels Aktivlegitimation abzuweisen. X. wird gemäss Art. 154 Abs. 3 ZPO eine Frist von 20 Tagen ab Rechtskraft dieser Verfügung angesetzt, um gegen die politische Gemeinde Y. das ordentliche Verfahren betreffend die Berechtigung der Wegnutzung einzuleiten.

Wird auf die Einleitung des ordentlichen Gerichtsverfahrens verzichtet, ist das Amtsverbotsgesuch abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Verfahrens von Fr. 1'200.-- inkl. Schreibgebühr im Umfang von Fr. 600.-- zu Lasten von X. und zu je Fr. 200.-- zu Lasten des Kantons Graubünden, der C. und des B.. Eine aussergerichtliche Entschädigung wird nicht zugesprochen.

Demnach wird verfügt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgehoben.
2. Die Einsprachen des Kantons Graubünden, der C. und des B. werden abgewiesen.
3. X. wird gemäss Art. 154 Abs. 3 ZPO eine Frist von 20 Tagen ab Rechtskraft dieser Verfügung angesetzt, um gegen die politische Gemeinde Y. das ordentliche Verfahren betreffend die Berechtigung der Wegnutzung einzuleiten. Wird auf die Einleitung des ordentlichen Gerichtsverfahrens verzichtet, wird das Amtsverbotsgesuch abgewiesen.
4. Die Kosten des Verfahrens betragen Fr. 1'200.-- inklusive Schreibgebühr und gehen im Umfang von Fr. 600.-- zu Lasten von X. und zu je Fr. 200.-- zu Lasten des Kantons Graubünden, der C. und des B.. Eine aussergerichtliche Entschädigung wird nicht zugesprochen.
5. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 72 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen 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 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 Art. 90 ff. BGG.
6. Mitteilung an: