

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A\_212/2008/don

Urteil vom 18. September 2008  
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Raselli, Präsident,  
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Marazzi,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt Urban Carlen,

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Advokat André Sieber.

Gegenstand  
Dienstbarkeit, Vertragsauslegung, Konventionalstrafe,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Zivilgerichtshof I, vom 6. Februar 2008.

Sachverhalt:

A.

Im Jahre 2003 beabsichtigte X. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) das Grundstück Nr. 1 in Zermatt zu überbauen, wobei er die Baumeisterarbeiten der A.A. \_\_\_\_\_ AG übertrug. Für dieses Projekt schloss er mit der Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y. \_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) am 25. April/6. Mai 2003 eine Vereinbarung über die entgeltliche Einräumung einer Baustrasse bis zum 30. November 2003 auf deren Grundstück Nr. 2. Zu Gunsten der im Osten daran angrenzenden Parzelle Nr. 3 ist im Grundbuch ein im Norden der Parzelle Nr. 2 verlaufendes Durchgangs- und Durchfahrtsrecht in einer Breite von drei Metern eingetragen. Die Parzelle Nr. 3 stand gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers im kantonalen Verfahren bis zum 8. April 2004 im Miteigentum von B.A. \_\_\_\_\_ und A.A. \_\_\_\_\_, ab diesem Datum war B.A. \_\_\_\_\_ Alleineigentümer. Die Parzelle Nr. 3 stösst an der Nordostgrenze an eine weitere Parzelle Nr. 4, daran anschliessend folgt das Grundstück des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer verpflichtete sich, die Baustrasse nach bestimmten Vorgaben zu erstellen und vor der Erstellung den Ist-Zustand des Terrains durch einen Geometer aufnehmen zu lassen. Die von der Baustrasse beanspruchte Fläche musste er ab dem 1. Dezember 2003 wieder in den ursprünglichen Zustand zurückversetzen. Sollte die Frist vom 30. November 2003 nicht eingehalten werden, schuldete der Beschwerdeführer pro Monat eine einmalige Entschädigungssumme von Fr. 5'000.--.

B.

Die erstellte Baustrasse entsprach nicht sämtlichen Vorgaben. Die Betonierung war mangelhaft. Die verabredete Schutzwand wurde erst verspätet erstellt und dann wieder abgebrochen. Zudem kam es beim Befahren der Baustrasse zu Schäden. Der Beschwerdeführer benutzte die Baustrasse nach dem 30. November 2003 nicht mehr stellte aber den ursprünglichen Zustand nicht wieder her. Am 12. Dezember 2003 teilte der vom Beschwerdeführer beauftragte Architekt mit, weil A.A. \_\_\_\_\_ ein Durchfahrtsrecht zur Parzelle Nr. 3 habe, solle die Durchfahrt nicht geändert werden. Der Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft informierte den Architekten und den Beschwerdeführer, dass der jetzige Zustand der Baustrasse nicht geduldet werde und der ursprüngliche Zustand

wiederherzustellen sei. Der Eigentümer der Parzelle Nr. 3 besitze ausschliesslich ein Durchgangs- und Durchfahrtsrecht, aber nicht das Recht, eine Bauzufahrt zu erstellen.

C.

In der Folge wurden dem Beschwerdeführer regelmässig (erstmalig am 7. Juni 2004) Akontorechnungen entsprechend Fr. 5'000.-- pro Monat zugestellt. Mit Schreiben vom 30. Juni 2004 bedauerte der Beschwerdeführer, dass die vereinbarte Frist nicht eingehalten werden konnte, und hielt fest, der in Rechnung gestellte Betrag sei wenn überhaupt von A.\_\_\_\_\_ zu bezahlen. Nachdem die Stockwerkeigentümergeinschaft auf ihrer Forderung beharrt hatte, wies der Beschwerdeführer darauf hin, er habe A.A.\_\_\_\_\_ auf die bestehende Vereinbarung aufmerksam gemacht und zur Einhaltung derselben aufgefordert. Dieser habe sich aber unter Hinweis auf das bestehende Durchfahrts- und Durchgangsrecht geweigert, der Aufforderung nachzukommen.

D.

Am 2. Oktober 2006 reichte die Beschwerdegegnerin Klage ein und verlangte vom Beschwerdeführer Fr. 170'000.-- nebst Zins als Konventionalstrafe, Schadenersatz und Minderwert, wobei die Anpassung des Betrages mit Blick auf die Fortdauer des vertragswidrigen Zustandes vorbehalten wurde. Der Beschwerdeführer gab an, B.A.\_\_\_\_\_ als neuer Eigentümer der Parzelle Nr. 3 habe den Auftrag erteilt, die Strasse aufgrund des bestehenden Durchfahrts- und Durchgangsrechts so zu belassen. Allfällige Forderungen der Stockwerkeigentümergeinschaft seien an B.A.\_\_\_\_\_ zu richten. Der Beschwerdeführer habe die Überbauung der Parzelle Nr. 1 der A.A.\_\_\_\_\_ AG übertragen, welche sich laut Werkvertrag verpflichtet habe, Zufahrten und Transportpisten nach Beendigung der Arbeiten wiederum in Stand zu stellen. In einem im Juli 2005 gegen B.A.\_\_\_\_\_ und die A.A.\_\_\_\_\_ AG eingeleiteten vorsorglichen Massnahmeverfahren hätten die Gesuchsgegner ausgeführt, B.A.\_\_\_\_\_ verlange die Respektierung seines Zugangs- und Zufahrtsrechts. Die A.A.\_\_\_\_\_ AG habe den Zugang zum Haus auf der Parzelle fachmännisch wiederhergestellt. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei abgewiesen worden.

E.

Der Beschwerdeführer verkündete sowohl B.A.\_\_\_\_\_ als auch dem Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft den Streit. Beide lehnten die Gewährung ab. Das Kantonsgericht des Kantons Wallis hiess die Klage mit Ausnahme einer Korrektur bezüglich der Zinse am 6. Februar 2008 gut.

F.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 4. April 2008 beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Für den Fall, dass eine Konventionalstrafe geschuldet sei, sei diese auf Fr. 5'000.-- herabzusetzen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein letztinstanzlicher Entscheid in einer Zivilsache (Art. 72 BGG). Die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG wird überschritten. Die Beschwerde in Zivilsachen ist daher gegeben.

2.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 133 III 545 E. 2.2 S. 550; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254, je mit Hinweis).

2.1 Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Grundsätzlich unzulässig sind Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheides richten, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 545 E. 2.3 S. 550; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

2.2 Der Beschwerdeführer, welcher die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will,

muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind (BGE 133 III 462 E. 2.4 S. 466). Er hat im Einzelnen aufzuzeigen, weshalb die beanstandeten Feststellungen offensichtlich unrichtig und demnach willkürlich sind, und zudem aufzuzeigen, dass das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre (Art. 97 Abs. 1 BGG). Wer den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, hat mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen genannt hat (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4339). Neue Vorbringen sind nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was wiederum näher darzulegen ist (BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

3.

Die Vorinstanz erachtete die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer als zur Klageeinreichung legitimiert, und erkannte, die Fr. 5'000.-- monatlich seien als Konventionalstrafe zur Absicherung des Rückbaues der Strasse vereinbart worden. Diese Punkte werden von den Parteien vor Bundesgericht nicht mehr thematisiert, so dass darauf nicht näher einzugehen ist.

4.

Der Beschwerdeführer zählt zunächst mit Aktenhinweisen verschiedene Vorbringen auf, mit denen sich die Vorinstanz nicht hinreichend auseinandergesetzt haben soll, und rügt diverse Verletzungen seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt insbesondere, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242). Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; 129 I 232 E. 3.2 S. 236 mit Hinweisen).

4.2 Der Beschwerdeführer anerkennt selbst, dass die Vorinstanz die von ihm genannten Einwände im angefochtenen Urteil erwähnt, also zur Kenntnis genommen hat. Er bemängelt, dass die Vorinstanz aus seinen Vorbringen nicht die richtigen Schlüsse gezogen habe und rügt in seiner Beschwerde diesbezüglich auch die Verletzung von Bundesrecht. Dies betrifft nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern die materielle Überprüfung des angefochtenen Entscheides. Dass die Begründung der Vorinstanz keine sachgerechte Anfechtung erlaubt, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht dargetan.

5.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Stockwerkeigentümergeinschaft habe sich nicht rechtsgültig zur Prozessführung gegen ihn entschieden. Er wirft der Vorinstanz auch in diesem Zusammenhang eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs vor.

5.1 Die Vorinstanz hielt fest, die im Protokoll der Stockwerkeigentümersammlung festgehaltene Quoten differierten von den vom Registerhalter erstellten Eigentümerlisten. Der Mehrheitsbeschluss der Stockwerkeigentümersammlung bleibe aber bestehen. Überdies hätten sämtliche Stockwerkeigentümer ausdrücklich Vollmacht an den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin erteilt. Damit ist der Entscheid hinreichend begründet, um gegebenenfalls eine Anfechtung zu ermöglichen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor.

5.2 Waren die für die Beschlussfassung notwendigen Quoten nicht gültig vertreten, hätten die betroffenen Stockwerkeigentümer den Beschluss anfechten können (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB). Da dies nicht geschehen ist, kann der Beschwerdeführer aus allfälligen Mängeln bei der Beschlussfassung nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal der behauptete Mangel des Beschlusses nicht derart schwerwiegend ist, dass dieser als absolut nichtig zu qualifizieren wäre. Zudem erhielt der Rechtsvertreter von sämtlichen Stockwerkeigentümern eine Prozessvollmacht, womit der Auftrag jedenfalls gültig erteilt wurde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006, E. 2). Ob die Vollmachten vor oder nach Einleitung des Prozesses ausgestellt wurden, spielt dabei keine Rolle.

6.

Materiell erkannte die Vorinstanz, der Eigentümer der berechtigten Parzelle könne den Eigentümern der belasteten Parzelle nicht von sich aus einseitig die Ausgestaltung der Dienstbarkeit aufoktroieren, insbesondere wenn es sich um eine nicht vertragskonform erstellte Baustrasse handle. Selbst wenn ein Durchgangs- und Durchfahrtsrecht zu Gunsten der Parzelle Nr. 3 eingetragen sei, werde der Beschwerdeführer dadurch von seinen vertraglichen Pflichten nicht befreit. Die Eigentümer des berechtigten Grundstückes hätten von ihm nicht verlangen können, die Baustrasse zu belassen, sondern hätten sich zunächst mit den Eigentümern der belasteten Parzelle über die Ausübung der eingetragenen Dienstbarkeit einigen müssen. Es sei für die Eigentümer unzumutbar, eine Baustrasse unmittelbar vor ihren Fenstern vorzufinden, die von Ende November 2003 bis Herbst 2006 nicht oder lediglich zum Wegtransport eines Krans und des Baustellendepots gebraucht worden sei. Aus diesem Grund erachtete die Vorinstanz die Konventionalstrafe grundsätzlich als geschuldet. Mit Bezug auf die Höhe der Konventionalstrafe ging die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdeführer habe das Durchgangs- und Durchfahrtsrecht nur als Vorwand geltend gemacht, und erachtete eine Herabsetzung nicht als gerechtfertigt.

6.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Dienstbarkeitsberechtigte habe im Dezember 2003 im Rahmen der ihm nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zustehenden Befugnisse (BGE 115 IV 30) die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes verboten. Mit der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes hätte der Beschwerdeführer sich selbst widerrechtlich verhalten. Die Konventionalstrafe könne aber nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches Versprechen bekräftigen solle. Zudem sei, wie der Massnahmerichter dargelegt habe, die Erfüllung der Hauptschuld durch das Hinzutreten des Dienstbarkeitsberechtigten verunmöglicht worden. Aus dem Entscheid über das Massnahmebegehren kann der Beschwerdeführer aber nichts zu seinen Gunsten ableiten, da die Beschwerdegegnerin nicht am Verfahren beteiligt war, so dass ihr der Entscheid nicht entgegen gehalten werden kann.

6.2 Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Berechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist. Diese Bestimmung gestattet dem Berechtigten, auf dem dienenden Grundstück den tatsächlichen Zustand herzustellen, aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, welcher die ungehinderte Ausübung der Dienstbarkeit ermöglicht. Der Servitutsberechtigte, der die geschilderten Handlungen zur Erhaltung der Dienstbarkeit unternimmt, ist nicht gezwungen, den Rechtsweg einzuschlagen, sondern darf kraft seiner Stellung als (beschränkt) dinglich Berechtigter vorgehen (BGE 115 IV 26 E. 3a S. 30 mit Hinweis). Diese Befugnisse betreffen indessen nicht das vertragliche Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer hat sich zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet und kann sich nicht mit dem Hinweis auf allfällige Befugnisse des Dienstbarkeitsberechtigten seinen vertraglichen Verpflichtungen entziehen. Selbst wenn das Verbot des Dienstbarkeitsberechtigten einem Rückbau entgegenstünde, würde die Leistungspflicht des Beschwerdeführers nicht einfach erlöschen. Es wäre bloss eine Voraussetzung für die Leistungserbringung nicht gegeben. Unter diesen Umständen hätte der Beschwerdeführer die geschuldete Leistung anbieten und die Gläubigerin darauf hinweisen können, dass die von ihr zu schaffende Voraussetzung für die Erbringung der Leistung nicht gegeben sei. Dadurch hätte er die Beschwerdegegnerin in Annahmeverzug gesetzt, womit diese keine Konventionalstrafe wegen Verspätung hätte verlangen und der Beschwerdeführer nach Art. 95 OR hätte vorgehen können. Dass der Beschwerdeführer die Vornahme der Leistung angeboten hätte, ist dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer die Leistung verweigert, und die Beschwerdegegnerin an den Dienstbarkeitsberechtigten verwiesen. Da die Annahme, der Rückbau sei widerrechtlich oder unmöglich, nicht zutrifft, musste sich die Vorinstanz mit den entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers und dem Massnahmeverfahren nicht näher auseinandersetzen.

6.3 Der Frage, ob der Dienstbarkeitsberechtigte die Beibehaltung der Baustrasse verlangen konnte, kommt indessen mit Bezug auf die Höhe der Konventionalstrafe Bedeutung zu, da kein Interesse an der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bestünde, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte die Baustrasse umgehend in gleicher Form wieder erstellen würde. Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen, kann der Eigentümer indessen, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen. Hiezu ist er auch dann befugt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle gelegt worden ist (Art. 742 ZGB). Dass das ursprünglich gewachsene Terrain der Ausübung des Wegrechts entgegensteht und dafür nicht geeignet ist, wird vom Beschwerdeführer zwar behauptet, hat die Vorinstanz aber nicht festgestellt.

Dies wäre aber unabdingbare Voraussetzung dafür, dass sich der Dienstbarkeitsberechtigte der Wiederherstellung allenfalls widersetzen könnte (vgl. Art. 742 ZGB). Da der Beschwerdeführer nicht mit Aktenhinweisen aufzeigt, dass er für seine Behauptung im kantonalen Verfahren prozesskonform Beweise angeboten hat, scheidet eine Sachverhaltsergänzung und damit auch eine Reduktion der Konventionalstrafe mit Blick auf das ausgesprochene Verbot aus.

6.4 Davon abgesehen ist der Dienstbarkeitsberechtigte, auch soweit er eine "Wegbereinigung" vornehmen darf, verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB; BGE 115 IV 26 E 3a S. 30). Damit verträgt es sich nicht, wenn A.A. \_\_\_\_\_ eigenmächtig, gegen den ihm bekannten Willen der Eigentümer und ohne vorherige Rücksprache die Beibehaltung der Baustrasse verlangt, selbst wenn der ursprüngliche Terrainverlauf der Nutzung des Durchgangs- und Durchfahrtsrecht entgegenstünde. Es ist an den Eigentümern zu entscheiden, ob sie das Durchfahrtsrecht allenfalls in anderer Weise als mit Belassung der Baustrasse gewährleisten wollen, denn der Grundeigentümer bleibt zur Ausübung aller Eigentumsbefugnisse berechtigt, soweit sie nicht zu einer Erschwerung im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB führen (Liver, Berner Kommentar, N. 57 und 75 zu Art. 737 ZGB).

6.5 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht festgestellt, dass lediglich das gewachsene Terrain nicht wieder hergestellt worden sei. Damit sei sie in Willkür verfallen und habe das rechtliche Gehör verletzt. Er behauptet aber nicht, seinen vertraglichen Pflichten vollumfänglich nachgekommen zu sein. Daher ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Konventionalstrafe sei grundsätzlich geschuldet. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist insoweit nicht gegeben. Ob die Vorbringen des Beschwerdeführers bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe hätten berücksichtigt werden müssen, wie er vorbringt, bleibt nachfolgend zu prüfen.

7.

Der Beschwerdeführer macht geltend, für den Fall dass eine Konventionalstrafe geschuldet sei, sei diese auf Fr. 5'000.-- herabzusetzen. Die Feststellung der Vorinstanz, das Durchgangsrecht sei dem Beschwerdeführer gerade recht gekommen als Vorwand, um den ursprünglichen Zustand nicht wieder herstellen zu müssen, sei willkürlich, zumal die Beschwerdegegnerin nichts Entsprechendes behauptet habe. Der Beschwerdeführer habe vielmehr durch die Einleitung des Massnahmeverfahrens versucht, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu erwirken. Die Feststellung, die Baustrasse schrecke potentielle Mieter beziehungsweise Feriengäste ab und wirke sich alles andere als positiv auf einen allenfalls beabsichtigten Verkauf aus, sei willkürlich, weil die baulichen Vorkehrungen der Baustrasse wieder entfernt und die Baustrasse wieder begrünt worden sei. Nur das gewachsene Terrain sei nicht wieder hergestellt worden. Die Beschwerdegegnerin habe keine konkreten Angaben zum ihr entstandenen Schaden gemacht. Unter diesen Umständen habe die Vorinstanz nicht von einem möglichst hohen Schaden auszugehen.

7.1 Nach Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen. Dabei ist aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten, denn die Strafe kann von den Parteien an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt. Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung und damit auch das Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse sind vom Schuldner zu behaupten und nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Soweit der Schuldner in Bezug auf den Schaden, der dem Gläubiger entstanden ist, aus eigener Kenntnis nichts darlegen kann, darf vom Gläubiger verlangt werden, seinen Schaden zu beziffern und die Behauptung, es liege kein oder bloss ein geringer Schaden vor, substantiiert zu bestreiten. Der Richter darf sich bei der Prüfung, ob ein Missverhältnis vorliege und die Strafe deshalb herabzusetzen sei, nicht mit dem eingetretenen Schaden begnügen, da dieser dem Interesse des Ansprechers, an der Konventionalstrafe im vollen Umfang festzuhalten, nicht entsprechen muss. Eine

Konventionalstrafe kann mithin nicht schon deshalb als übermässig bezeichnet werden, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könnte; diesfalls verlöre die Strafe ihren Sinn (BGE 133 III 43 E. 3.3.1 und 4.1).

7.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung der Beweise im Hinblick auf die Herabsetzung in Willkür verfallen, ist zu beachten, dass ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann willkürlich ist, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in

klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen).

7.3 Auch im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime hat das Gericht die ihm unterbreiteten Fakten zu würdigen und kann daraus in tatsächlicher Hinsicht selbständig Schlüsse ziehen. Es hat namentlich die Behauptungen der Parteien auf ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen. Sofern die Vorinstanz aus den ihr unterbreiteten Fakten ohne Willkür schliessen konnte, der Beschwerdeführer benutze die Dienstbarkeit nur als Vorwand, ist dieser Schluss selbst dann nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin dies nicht explizit behauptet haben sollte. Der Beschwerdeführer verlangte laut Massnahmeentscheid die vorzeitige Erfüllung des Hauptanspruchs. Die engen Voraussetzungen unter denen dies zulässig sein kann, waren gemäss den Ausführungen des Massnahmerichters nicht gegeben, weshalb das Gesuch jedenfalls abzuweisen gewesen wäre. Überdies war die Beschwerdegegnerin am Verfahren nicht beteiligt. Unter diesen Umständen war das Massnahmeverfahren von vornherein nicht geeignet, bezüglich der Dienstbarkeit Klarheit zu schaffen. Wenn der Beschwerdeführer, statt seine Leistung anzubieten und von der Vertragspartnerin allenfalls die Klärung der Situation zu verlangen, ein Massnahmeverfahren einleitet, welches von vornherein aussichtslos erscheint, ist

es im Ergebnis nicht völlig unhaltbar, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, der Beschwerdeführer habe sich auf die Dienstbarkeit nur als Vorwand berufen. Unter dieser Voraussetzung kann der Beschwerdeführer aus dem Massnahmeverfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten und ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz sein Verschulden als schwer taxierte.

7.4 Ein allfälliges Übermass der Konventionalstrafe misst sich am berechtigten Interesse der Gegenpartei, an der vollen Konventionalstrafe festzuhalten. Der tatsächlich entstandene Schaden ist nicht allein massgeblich. Gemäss der Vereinbarung wollten die Stockwerkeigentümer die Abweichung vom ursprünglichen Zustand nur für eine begrenzte Zeit tolerieren. Danach hätten sie die Liegenschaft wieder im ursprünglichen Zustand geniessen können. Dies ist ein legitimes Interesse, auch wenn es schwer quantifizierbar ist und die Verzögerung des Rückbaus nicht zwingend zu einem wirtschaftlich messbaren Schaden bei Verkauf oder Vermietung der Liegenschaft führen muss. Insoweit gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, die Konventionalstrafe als übermässig auszuweisen. Sie sichert das Interesse der Beschwerdegegnerin daran, dass der ursprüngliche Zustand möglichst schnell wiederhergestellt wird. Als übermässig könnte die Konventionalstrafe allenfalls erscheinen, wenn der aufgelaufene Betrag in keinem Verhältnis zu den Kosten des Rückbaus selbst steht, jedenfalls soweit der Beschwerdegegnerin zuzumuten ist, den vertragskonformen Zustand selbst herstellen zu lassen. Über die diesbezüglich zu erwartenden Kosten hätte der Beschwerdeführer, der sich zum Rückbau verpflichtet hatte, indessen ohne Weiteres selbst nähere Angaben machen können. Wenn er dies unterlässt, ist nicht zu beanstanden, wenn unter diesem Blickwinkel keine Herabsetzung erfolgte.

7.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Einfahrt sei wieder begrünt und nur das gewachsene Terrain nicht wieder hergestellt worden. Er wirft der Vorinstanz eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz erwähnt, der Beschwerdeführer habe geltend gemacht, die A.A. \_\_\_\_\_ AG habe den Zugang zum Haus wieder fachmännisch hergestellt. Sie hat die entsprechenden Vorbringen mithin nicht unberücksichtigt gelassen, sondern lediglich verkürzt wiedergegeben. Die Rüge der willkürlichen Feststellung des Sachverhaltes begründet der Beschwerdeführer mit Bildern, auf welchen der Zustand der Baustrasse am 12. Juni 2003 und am 12. Juli 2005 dokumentiert ist. Für die Herabsetzung ist aber nicht der Unterschied zwischen dem Zustand während Benützung der Baustrasse und zwei Jahre danach massgeblich, sondern der Unterschied zwischen dem Zustand während der Zeit, für welche die Konventionalstrafe gefordert wird, und demjenigen vor Bau der Zufahrt. Dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands inklusive des gewachsenen Terrains ein zentrales Anliegen der Vereinbarung darstellte, ergibt sich aus der Tatsache, dass der ursprüngliche Terrainverlauf vom Geometer festgehalten werden

musste. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen durfte, der Beschwerdeführer habe die Dienstbarkeit als Vorwand benutzt, ist nicht zu beanstanden, dass keine Herabsetzung erfolgte, auch wenn die Baustrasse teilweise wieder zugewachsen ist oder begrünt wurde. Mangels Entscheidwesentlichkeit ist auf die Rüge nicht weiter einzugehen.

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Wallis, Zivilgerichtshof I, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. September 2008

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Raselli Luczak