

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A\_40/2009

Urteil vom 14. Mai 2009  
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,  
Bundesrichter L. Meyer, Marazzi,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter von Werdt,  
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt Jodok Wyer,

gegen

Y. \_\_\_\_\_,  
Z. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner,  
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roland Fux.

Gegenstand  
Eigentumsfreiheitsklage,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Zivilgericht I, vom 1. Dezember 2008.

Sachverhalt:

A.  
Über die an die öffentliche Hauptstrasse angrenzende Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_ der Gemeinde Grächen, mit von AX. \_\_\_\_\_ 1962 erbautem Chalet N. \_\_\_\_\_ und 1974 erstellter Garage sowie mehreren geteerten Parkplätzen, heute Grundeigentum seines Sohnes X. \_\_\_\_\_ führt eine geteerte Strasse von rund 2m Breite zur östlich angrenzenden Liegenschaft Nr. A. \_\_\_\_\_, einer unüberbauten Wiese, vormals Eigentum von BYZ. \_\_\_\_\_ und heute Eigentum seiner Tochter Y. \_\_\_\_\_, und über diese weiter in südlicher Richtung vorerst zur Nr. B. \_\_\_\_\_, mit dem von BYZ. \_\_\_\_\_ 1969 gebauten Wohnhaus O. \_\_\_\_\_, nunmehr Eigentum seines Sohnes Z. \_\_\_\_\_, und alsdann zur Nr. C. \_\_\_\_\_, mit dem von den Brüdern BYZ. \_\_\_\_\_ und AX. \_\_\_\_\_ 1954 errichteten Chalet P. \_\_\_\_\_, heute Eigentum von Y. \_\_\_\_\_. Die Parzellen Nr. A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ liegen nicht direkt an einer öffentlichen Strasse. Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ sowie die Mieter der von ihnen vermieteten Ferienwohnungen in den Chalets O. \_\_\_\_\_ und P. \_\_\_\_\_ und weitere Dritte fahren über die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_ zu ihren Häusern bzw. den dortigen (Ferien)Wohnungen und/oder zu den dort gelegenen Autoabstellplätzen.

B.  
Am 10. Mai 2007 reichte X. \_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht Visp Klage gegen Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ ein mit den Rechtsbegehren:  
"1. Es ist den Gästen und jeder anderen in der Verantwortung der Beklagten liegenden Person zu verbieten, während der Dauer dieses Prozesses die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_ Plan Nr. 5 gelegen auf dem Gebiet der Gemeinde Grächen als Zufahrt zu benutzen.  
2. Es ist den Beklagten und jeder anderen in ihrer Verantwortung liegenden Person zu verbieten, die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_ Plan Nr. 5 gelegen auf dem Gebiet der Gemeinde Grächen als Zufahrt zu benutzen.

### 3. ..." (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Mit Urteil vom 1. Dezember 2008 untersagte das Kantonsgericht des Kantons Wallis Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_, "Verwandte, Freunde, Bekannte, Feriengäste und sonstige Dritte, welche nicht in den Häusern O. \_\_\_\_\_ oder P. \_\_\_\_\_ ganzjährig oder vorübergehend wohnen, ihre Zufahrt über die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_, Plan 5, Gemeinde Grächen, nutzen zu lassen". Soweit weitergehend, wies das Kantonsgericht die Klage ab. Die Gerichtskosten hat es zu 2/3 X. \_\_\_\_\_ und zu 1/3 Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ auferlegt.

### C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 14. Januar 2009 gelangt X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) an das Bundesgericht und beantragt, das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 1. Dezember 2008 sei aufzuheben und es sei "den Beschwerdegegnern und jeder anderen in ihrer Verantwortung liegenden Person zu verbieten, die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_, Plan 5, Gemeinde Grächen, als Zufahrt zu benutzen"; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

In ihrer Vernehmlassung vom 30. März 2009 beantragen Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Sache ist anlässlich einer öffentlichen Sitzung vom heutigen Tag beraten worden.

### Erwägungen:

#### 1.

Angefochten ist ein Endentscheid des Kantonsgerichts Wallis in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

1.1 Nach dem seit 1. Januar 2007 anwendbaren BGG haben die Kantone zwei Instanzen vorzusehen, denen mindestens die gleiche Kognition wie dem Bundesgericht zukommen muss (Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 3 BGG). Der Kanton Wallis hat die nötigen Anpassungen noch nicht vorgenommen; das Kantonsgericht urteilte vorliegend als einzige kantonale Instanz (Art. 23 Abs. 1 ZPO/VS). Dies ist indes zulässig, weil den Kantonen zur notwendigen Anpassung eine Übergangsfrist zusteht (Art. 130 Abs. 2 BGG).

1.2 Beim Streit über den Bestand einer Dienstbarkeit handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Das Kantonsgericht ging gemeinsam mit den Parteien von einem Streitwert von Fr. 12'000.-- aus. Die Beschwerde in Zivilsachen ist jedoch nur bei einem solchen ab Fr. 30'000.-- gegeben (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), es sei denn, es stelle sich - wie vom Beschwerdeführer behauptet - eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), was nachfolgend zu prüfen ist.

1.3 Dieser Rechtsbegriff wird vom Bundesgericht angesichts der im Verlaufe der parlamentarischen Beratungen eingeführten subsidiären Verfassungsbeschwerde restriktiv ausgelegt, weshalb nicht mehr einfach von den in der Botschaft des Bundesrates erwähnten Anforderungen ausgegangen werden kann (BGE 134 III 115 E. 1.2 S. 117; 133 III 493 E. 1.1 S. 495 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte). Die Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG sind erfüllt, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen (BGE 133 III 645 E. 2.4 S. 649; 134 III 354 E. 1.3 S. 357). Ein erhöhtes Interesse besteht dann, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass die entsprechende Frage je dem Bundesgericht unterbreitet werden kann, infolge der Streitwertgrenze äusserst gering ist (BGE 134 III 267 E. 1.2.3 S. 271). Keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt demgegenüber vor, wenn es lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht (BGE 133 III 493 E. 1.2 S. 495 f.; 134 III 115 E. 1.2 S. 117).

Beruft sich der Beschwerdeführer auf diese Bestimmung, hat er in seiner Rechtschrift darzutun, weshalb die Voraussetzungen hierfür gegeben sein sollen (Art. 42 BGG; BGE 133 III 645 E. 2.4 S. 648).

1.3.1 Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, dass es in seinem Fall um eine grundsätzliche rechtliche Auslegung von Art. 731 ZGB unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Verhältnis zu einem Urteil des Bezirksgerichtes Siders vom 2. März 1992 gehe. Danach sei eine Ersitzung, wie sie das Kantonsgericht in seinem Urteil vom 1. Dezember 2008 einredeweise akzeptiert habe, nicht möglich. Diese Rechtsfrage sei nicht entschieden. Das Kantonsgericht weiche von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab und nehme keine seriöse Beurteilung der speziellen Walliser Situation vor. Eine bundesgerichtliche Klarstellung tue Not.

1.3.2 Die Beschwerdegegner wenden in ihrer Vernehmlassung dagegen ein, es stelle sich keine

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Zum einen habe das Bundesgericht bereits mehrmals und in einheitlicher Rechtsprechung zu den aufgeworfenen Punkten Stellung genommen, und zum anderen werde mit der Problematik der Extratabularersitzung von Dienstbarkeiten in Katastergemeinden des Kantons Wallis letztlich eine Frage des kantonalen Rechts aufgeworfen und es gehe insofern nicht um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts.

1.3.3 Der Beschwerdeführer übersieht, dass der angefochtene Entscheid nicht in Anwendung von Art. 731 ZGB erging. Vielmehr war das Kantonsgericht der Auffassung, der an sich unverjährbaren *actio negatoria* nach Art. 641 Abs. 2 ZGB stünde das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) entgegen, wenn der Eigentümer eine Einwirkung während längerer Zeit unangefochten geduldet habe. Rechtsmissbrauch liege jedenfalls dann vor, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine Ersitzung gegeben seien. Das Kantonsgericht prüfte und bejahte das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen und erachtete die Eigentumsfreiheitsklage bereits aus diesem Grunde als rechtsmissbräuchlich (dazu E. 3.1). Zu demselben Ergebnis gelangte es aber auch aus zwei weiteren, voneinander unabhängigen Gründen.

Ob die Durchsetzung eines an sich gegebenen Rechts (vorliegend der *actio negatoria*) als rechtsmissbräuchlich erscheint, betrifft - wie die Beschwerdegegner zu Recht anführen - die Kasuistik. Generell beschlägt das Rechtsmissbrauchsverbot stets die Rechtsanwendung im Einzelfall; entsprechend aber kann es sich dabei nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handeln.

Im Übrigen behauptet der Beschwerdeführer nicht und legt er auch nicht dar, dass die entsprechende Rechtsfrage infolge der Streitwertgrenze wohl nie dem Bundesgericht mit voller Kognition unterbreitet werden könnte.

1.3.4 Nach dem Gesagten stellt sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb sich die Beschwerde in Zivilsachen mangels genügenden Streitwertes als unzulässig erweist. Die Beschwerde wird indessen als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen (Art. 113 BGG).

1.4 Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte vorgebracht werden, und hierfür gilt das strikte Rügeprinzip (Art. 117 i.V.m. mit Art. 106 Abs. 2 BGG). Danach prüft das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik wird nicht eingetreten (vgl. auch BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f. mit Hinweisen). Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Rechtslage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

2.

Der Beschwerdeführer legt über mehrere Seiten dar, weshalb seines Erachtens im Kanton Wallis im Allgemeinen und im vorliegenden Fall im Besonderen die Extratabularersitzung eines Wegrechtes nicht in Frage komme.

Indessen genügt die Geltendmachung einer einfachen Gesetzesverletzung für die Begründung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht. Weder aus den Ausführungen des Beschwerdeführers noch aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, weshalb im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage der ausserordentlichen Ersitzung ein verfassungsmässiges Recht verletzt worden sein soll.

3.

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Verwendung des Rechtsmissbrauchsbegriffs und damit eine Verletzung von Art. 9 BV bzw. Art. 2 ZGB.

3.1 Die Vorinstanz stellte fest, dass die Zufahrt über die Parzelle Nr. D. \_\_\_\_\_ auf eine mündliche Abmachung der Väter der Prozessparteien aus dem Jahre 1969 zurückgehe. Eine schriftliche Vereinbarung mit Grundbucheintrag erfolgte nie. Für das Kantonsgericht ist erwiesen, dass die Beschwerdegegner und zuvor ihr Vater sowie die jeweiligen Feriengäste des O. \_\_\_\_\_ und des P. \_\_\_\_\_ die strittige Zufahrt bereits zum Zeitpunkt des Todes von AX. \_\_\_\_\_ während mehr als 30 Jahren gebraucht haben (und heute noch gebrauchen), um zu ihren Wohnungen zu gelangen und dort zu parkieren. Jeder Eigentümer habe nach Art. 641 Abs. 2 ZGB das Recht, eine ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Der Abwehranspruch sei an sich unverjährbar. Doch könne der Eigentümer gegen eine während längerer Zeit unangefochten geduldete Einwirkung unter Umständen nicht mehr vorgehen, ohne das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu verletzen. Ob die Voraussetzungen von Art. 2 ZGB gegeben seien, habe das Gericht als Rechtsfrage von Amtes wegen aufgrund des bewiesenen Sachverhalts zu beurteilen. Dabei sei nicht nur auf die Motive

abzustellen, die den Eigentümer von der Geltendmachung seines Anspruchs abgehalten haben, sondern auch auf das beim Störer erweckte berechnete Vertrauen auf Duldung des geschaffenen Zustandes.

Das Überfahren der Parzelle des Beschwerdeführers stelle zweifellos eine störende körperliche Einwirkung in dessen Eigentum dar. In casu sei keine Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Parzellen der Beschwerdegegner begründet worden. Soweit jedoch die materiellen Voraussetzungen für eine Ersitzung gegeben seien, womit die Beschwerdegegner diese grundsätzlich jederzeit mit Erfolg durchsetzen könnten, stünde das Rechtsmissbrauchsverbot der actio negatoria entgegen. Da in Grächen das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt sei und dem kantonalen Register keine negative Grundbuchwirkung zukomme, sei eine Extratabularersitzung von Grunddienstbarkeiten grundsätzlich möglich (Art. 731 Abs. 3 ZGB; Art. 209 Abs. 1 lit. a EGZGB/VS; ZWR 1997 S. 256, 1995 S. 230). Vorausgesetzt sei eine dreissigjährige ununterbrochene und unangefochtene Ausübung; guter Glaube sei nicht erforderlich (LIVER, Zürcher Kommentar, N 94 zu Art. 731 ZGB; REY, Berner Kommentar, N 233 zu Art. 731 ZGB; a.M. PETITPIERRE, Basler Kommentar, N 32 zu Art. 731 ZGB). Die Beschwerdegegner und zuvor ihr Vater sowie die Gäste ihrer Ferienwohnungen im O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ hätten die Zufahrt ununterbrochen bereits bis zum Hinschied von AX.\_\_\_\_\_ während mehr als dreissig

Jahren genutzt. Wohl habe es dabei Diskussionen über das Einkassieren von Parkgeldern von nicht im O.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ die Ferien verbringenden Gästen und über die Beteiligung an der Schneeräumung gegeben. Die Zufahrtsberechtigung als solche sei indessen nie in Frage gestellt worden, sodass selbst der gute Glaube zu bejahen wäre. Mithin seien die materiellen Voraussetzungen der Ersitzung erfüllt, weshalb die Erhebung der Eigentumsfreiheitsklage vorliegend rechtsmissbräuchlich erscheine.

Das Kantonsgericht erachtete die actio negatoria aber auch sonst als rechtsmissbräuchlich: Vorab beruhe die Nutzung der Zufahrt auf einer wenn auch mündlichen Abmachung zwischen den Rechtsvorgängern der Prozessparteien. Dabei habe AX.\_\_\_\_\_ seinem Bruder die Zufahrt nicht aus altruistischen Gründen gewährt, sondern in dem Sinne eine Gegenleistung erwirkt, als BYZ.\_\_\_\_\_ durch Verzicht den Kauf einer von AX.\_\_\_\_\_ gewünschten Nachbarparzelle sicherte. Vor diesem Hintergrund und mangels Einspruchs von AX.\_\_\_\_\_ als betroffenem Grundeigentümer durften BYZ.\_\_\_\_\_ und seine Kinder darauf vertrauen, dass ihnen die Zufahrt in zeitlicher Hinsicht uneingeschränkt zugestanden würde, zumal sich ein anderweitiger Anschluss an eine öffentliche Strasse nur über Grundeigentum Dritter realisieren liesse.

Nicht unwesentlich erscheine schliesslich, dass AX.\_\_\_\_\_ den Kindern seines Bruders Josef nach dessen Hinschied die Zufahrt gerade nicht untersagt habe, womit diese in ihrem Vertrauen in den Fortbestand der Zufahrt bestärkt worden seien. Aus der Aufforderung von AX.\_\_\_\_\_, die Beschwerdegegner hätten sich an der Schneeräumung zu beteiligen und einen Teil seiner Parzelle zu teilen, durften diese nach Treu und Glauben den Schluss ziehen, dass ihnen im Gegenzug die Zufahrt wie seit Jahren zugestanden werde, weshalb die actio negatoria auch insoweit abzuweisen sei.

3.2 Nach Auffassung des Beschwerdeführers kann Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn ein Rechtsinstitut in einer Weise ausgeübt wird, die über den Sinn dieses Rechtsinstituts hinausgeht oder dasselbe in Frage stellt. In der Lehre werde dies als zweckwidrige Rechtsausübung oder als Institutsmisbrauch bezeichnet. Die Ausübung von Gestaltungsrechten sei rechtsmissbräuchlich, wenn sie als Antwort auf zulässige Rechtsausübung erfolge. Der Beschwerdeführer habe seine Rechte im Jahr 2004 gegenüber den Beschwerdegegnern geltend gemacht. Die Beschwerdegegner hätten es ihrerseits unterlassen, das zivilgesetzlich und zivilprozessual notwendige Verfahren einzuleiten. Das Sachenrecht als Eigentumsrecht gebe dem Beschwerdeführer das Recht zur actio negatoria.

3.3 Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen, so muss jede einzeln angefochten werden. Diese Rechtsprechung, wie sie sowohl für die staatsrechtliche Beschwerde (BGE 113 Ia 94 E. 1a/bb S. 95 f.; 132 I 13 E. 3 S. 17) als auch für die Berufung gegolten hat (BGE 111 II 397 E. 2b; 115 II 300 E. 2a S. 302), findet auch auf die Beschwerde in Zivilsachen Anwendung (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 134 IV 119 E. 6.3 S. 120 f.). Ficht der Beschwerdeführer nur eine von mehreren selbständigen Begründungen an, so entfällt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der beanstandeten Erwägungen (BGE 132 III 460 nicht publ. E. 2) und bleibt der angefochtene Entscheid gestützt auf die unangefochtenen Begründungen im Ergebnis auch dann bestehen, wenn die in der Beschwerde erhobenen Einwände begründet wären. Auf das Rechtsmittel ist diesfalls insgesamt nicht einzutreten (vgl. BGE 134 IV 119 E. 6.4 S. 121). Nur der Vollständigkeit halber sei deshalb angefügt, dass einer Eigentumsfreiheitsklage nach Art. 641 ZGB grundsätzlich die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegengesetzt werden kann (Urteil

5C.270/2000 vom 12. April 2001; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 117 zu Art. 641; WIEGAND, Basler Kommentar, N 65 und 67 zu Art. 641 ZGB). Freilich ist es unrichtig, von Rechtsmissbrauch zu sprechen, wenn einer actio negatoria die Einrede der ausserordentlichen Ersitzung entgegengesetzt wird, denn der Eigentumserwerb erfolgt, sofern sämtliche materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, von Gesetzes wegen, ohne richterliche Zusprechung (LAIM, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 662 ZGB mit Hinweisen); die als Ergebnis des Auskündverfahrens vom Richter erlassene Verfügung hat bloss deklaratorischen Charakter. Mit anderen Worten: der Ersitzende wird mit Ablauf der Ersitzungsfrist Eigentümer. Der Beschwerdeführer setzt sich aber in seinen Ausführungen mit diesen Tatsachen und den vorinstanzlichen Erwägungen nicht bzw. nicht rechtsgenügend auseinander, weshalb seine Beschwerde auch insofern unsubstanziert bleibt und nicht auf sie eingetreten werden kann. Namentlich geht daraus nicht hervor, inwieweit die Rechtsmissbrauchsverbots unter Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts - des Willkürverbots - zustande gekommen sein und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leiden soll (vgl. E. 1.4).

4.

Ist auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten, wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

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

Lausanne, 14. Mai 2009

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

Hohl Möckli