

C1 13 34

**URTEIL VOM 17. JUNI 2013**

**Kantonsgericht Wallis  
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Kantonsrichter Hermann Murmann, Präsident; Dr. Lionel Seeberger, Ersatzrichter Dr. Philipp Näpflin und Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber

**in Sachen**

**X**\_\_\_\_\_ **und Y**\_\_\_\_\_, Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt  
**A**\_\_\_\_\_

**gegen**

**Z**\_\_\_\_\_, Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt **B**\_\_\_\_\_

(Grunddienstbarkeit)

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012

## Verfahren

**A.** X\_\_\_\_\_ und Y\_\_\_\_\_ beantragten mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 6. September 2011 beim Bezirksgericht C\_\_\_\_\_, es sei jegliche Bautätigkeit auf der Parzelle GBV-Nr. xxx, Plan xxx, auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_, zu untersagen (Doss. Nr. Z2 11 66). Mit Entscheid vom 13. Oktober 2011 hiess das Bezirksgericht das Gesuch gut und setzte den Gesuchstellern Frist zur Einleitung des Hauptverfahrens an. X\_\_\_\_\_ und Y\_\_\_\_\_ reichten innert Frist am 3. November 2011 beim Bezirksgericht in C\_\_\_\_\_ gegen Z\_\_\_\_\_ Klage mit folgenden Begehren ein:

1. In Bestätigung des vorsorglichen Massnahmeentscheids vom 13.10.2011 hat Z\_\_\_\_\_ jegliche Bautätigkeit auf der Parzelle GBV Nr. xxx, Plan Nr. xxx, gelegen auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_ zu unterlassen.
2. Es wird gerichtlich festgestellt, dass die Parzelle GBV Nr. xxx, Plan xxx, gelegen auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_ gestützt auf den Erbvertrag und Erbteilungsvertrag vom 29.10.1952 integral mit einem Bauverbot belastet ist.
3. Sämtliche Kosten des Haupt- und des vorsorglichen Massnahmeverfahrens Z2 11 66 werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte hat den Klägern für das Haupt- sowie für das Massnahmeverfahren Z2 11 66 eine angemessene Parteientschädigung nach GTar auszurichten.

Die Kläger machten im Wesentlichen geltend, die Parzelle GBV-Nr. xxx sei aufgrund einer Grunddienstbarkeit, welche im Rahmen eines Erb- und Erbteilungsvertrags vom 29. Oktober 1952 stipuliert wurde, mit einem vollständigen Bauverbot belastet. Deshalb habe der Beklagte jegliche Bautätigkeit auf dieser Parzelle zu unterlassen.

**B.** Der Beklagte hinterlegte am 31. Januar 2012 die Klageantwort mit folgenden Anträgen:

1. Die Klage wird abgewiesen und es wird gerichtlich festgestellt, dass die Dienstbarkeit vom 29.10.1952 die Erstellung von Parkplätzen nicht verbietet.
2. Entsprechend wird der vorsorgliche Massnahmeentscheid vom 13.10.2011 aufgehoben.
3. Dem Beklagten wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid werden den Klägern auferlegt.

Er führte unter anderem aus, er habe im Rahmen des Kaufs der Parzelle GBV-Nr. xxx vom Bauverbot Kenntnis erhalten und dieses sei in diesem Verfahren zu interpretieren. Er habe davon ausgehen können, dass das Bauverbot zwar ein Verbot zur Errichtung von Häusern beinhalte. Indes sei die Erstellung von Parkplätzen möglich. Und zwar analog den Parkplätzen, welche die Kläger und ihre Angrenzer auf ihren mit demselben Bauverbot belasteten Flächen erstellt hatten.

**C.** Die Kläger hinterlegten am 1. März 2012 unter Aufrechterhaltung der bisherigen Begehren die Replik. Der Beklagte hielt in seiner Duplik vom 28. Juni 2012 seine Anträge aufrecht.

**D.** Die Instruktionsverhandlung fand am 28. Juni 2012 statt. Die Parteien beantragten mehrere Beweismittel. Mit Entscheid vom 28. Juni 2012 liess der Bezirksrichter als Beweismittel die Einvernahme der Parteien, die hinterlegten Urkunden und einen Augenschein in Gegenwart der Parteien zu. Ein Gutachten über die Ausdehnung des strittigen Bauverbots wurde für später vorbehalten. Die weiteren Beweismittel lehnte er ab. Den Streitwert legte das Bezirksgericht auf Fr. 60'000.-- fest. Der Beklagte reichte gegen diesen Entscheid am 12. Juli 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht ein. Mit Urteil vom 21. August 2012 trat dieses auf die Beschwerde nicht ein.

**E.** Die Beweisaufnahmesitzung vor dem Bezirksgericht mit der Befragung der Parteien sowie der anschliessenden Durchführung eines Augenscheins fand am 4. Oktober 2012 statt. Mit Verfügung vom 11. Oktober 2012 wurde den Parteien die Fotodokumentation des Augenscheins zugestellt.

**F.** Am 30. Oktober 2012 lud der Bezirksrichter die Parteien auf den 29. November 2012 zur Schlussverhandlung vor. Die Parteien stellten anlässlich der Schlussverhandlung folgende Anträge:

#### Kläger

1. In Bestätigung des vorsorglichen Massnahmenentscheids vom 13.10.2011 hat Z\_\_\_\_\_ jegliche Bautätigkeit auf der Parzelle GBV Nr. xxx, Plan Nr. xxx, gelegen auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_ zu unterlassen (richterliches Bauverbot).
2. Es wird gerichtlich festgestellt, dass die Parzelle GBV Nr. xxx, Plan xxx, gelegen auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_ gestützt auf den Erbvertrag und Erbteilungsvertrag vom 29.10.1952 integral mit einem Bauverbot belastet ist.
3. Sämtliche Kosten des Haupt- und des vorsorglichen Massnahmeverfahrens Z2 11 66 werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte hat den Klägern für das Haupt- sowie für das Massnahmeverfahren Z2 11 66 eine angemessene Parteientschädigung nach GTar zu bezahlen.

#### Beklagter

1. Die Klage wird abgewiesen und es wird gerichtlich festgestellt, dass die Dienstbarkeit gemäss Ziff. 5 des Erb- und Teilungsvertrages vom 29.10.1952, wonach der "Bauplatz No. xxx/xxx/xxx" nicht "überbaut werden" darf, die Erstellung von Parkplätzen auf der heutigen Parzelle Nr. xxx des Beklagten nicht verbietet.
2. Entsprechend wird der vorsorgliche Massnahmenentscheid vom 13.10.2011 aufgehoben.
3. Dem Beklagten wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid werden den Klägern auferlegt.

**G.** Am 3. Dezember 2012 fällte das Bezirksgericht folgendes Urteil, das es den Parteien am 5. Dezember 2012 im Dispositiv und, nachdem die Kläger am 13. Dezember 2012 die schriftliche Begründung verlangt hatten, am 18. Dezember 2012 in begründeter Form zustellte:

1. Die Klage wird abgewiesen und es wird festgestellt, dass die Bauverbotsdienstbarkeit gemäss dem Vertrag vom 29. Oktober 1952 die Erstellung von Parkplätzen auf der heutigen Parz. GBV-Nr. xxx in D\_\_\_\_\_ nicht verbietet.
2. Die Kosten des Verfahrens Z1 2011 64 in Höhe von Fr. 3'500.00 und diejenigen des Verfahrens Z2 2011 66 in Höhe von Fr. 1'000.00 werden unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern auferlegt.
3. Die Kläger bezahlen dem Beklagten für die Verfahren Z1 2011 64 und Z2 2011 66 unter Solidarhaft eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'600.00.

H. X\_\_\_\_\_ und Y\_\_\_\_\_ reichten am 1. Februar 2013 gegen das Urteil des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012 Berufung beim Kantonsgericht ein und beantragten was folgt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012 wird aufgehoben.
2. Das Kantonsgericht stellt fest, dass die Parzelle Nr. xxx mit einem Bauverbot belastet ist und weder Parkplätze erstellt noch andere baubewilligungspflichtige Veränderungen des Terrains vorgenommen werden dürfen.
3. Den Berufungsklägern wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid trägt wer rechtens.

Z\_\_\_\_\_ reichte innert angesetzter Frist eine Berufungsantwort ein mit folgenden Begehren:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksrichters II des Bezirkes C\_\_\_\_\_ vom 3.12.2012 wird bestätigt.
2. Dem Berufungsbeklagten wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid werden den Berufungsklägern auferlegt.

Die Berufungskläger reichten am 28. März 2013 eine Replik und der Berufungsbeklagte eine Duplik ein, wobei beide Parteien ihre bisherigen Anträge aufrecht hielten. Die Duplik wurde den Berufungsklägern am 19. April 2013 zugestellt.

## **Sachverhalt und Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen und Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Mit Berufung anfechtbar sind u.a. erstinstanzliche Endentscheide, worunter nebst Sach- auch Nichteintretensentscheide fallen (Art. 308 Abs. 1 lit. a, Art. 236 Abs. 1 ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), bei tieferen Streitwerten ist die Beschwerde gegeben (Art. 319 lit. a ZPO).

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet eine Grunddienstbarkeit (Überbauungs-/Bauverbot). Für dingliche Klagen ist gemäss Art 29 Abs. 1 lit. a ZPO das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, zuständig. Das

Grundstück liegt in D\_\_\_\_\_, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ gegeben war. Die sachliche Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichtes ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 ZPO.

Strittig ist, wie im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils, der Umfang des Bauverbotes, das auf Parzelle GBV-Nr. xxx lastet. Der Streitwert wurde vom Bezirksgericht mit Verfügung vom 28. Juni 2012 auf Fr. 60'000.-- festgesetzt (S. 96), was von den Parteien im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt wurde und von Seiten des Kantonsgerichts nicht zu beanstanden ist. Somit ist das erstinstanzliche Urteil mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde innert 30 Tagen frist- und formgerecht beim Kantonsgericht als der zuständigen Rechtsmittelinstanz für derartige Berufungen eingereicht (Art. 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO; Art. 3, 4 ZPO). Der angefochtene Entscheid lag bei (Art. 311 ZPO). Auf die Berufung ist somit einzutreten. Eine Anschlussberufung erfolgte nicht.

**1.2** Mit der Berufung kann die Verletzung des gesamten kantonalen und Bundesprivatrechts sowie öffentlichen kantonalen und Bundesrechts geltend gemacht werden. Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition in allen Rechts- und Sachfragen neu zu beurteilen (Art. 310 ZPO). Nach Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO dürfen neue Tatsachen dann in den Prozess eingeführt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Bei Gutheissung der Berufung kann die Berufungsinstanz in der Sache neu entscheiden, oder den Prozess an die Vorinstanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 ZPO).

**2.** Mit öffentlich beurkundetem Erb- und Teilungsvertrag vom 29. Oktober 1952 wurden mehrere Parzellen von E\_\_\_\_\_, gelegen auf dem Gebiete der Gemeinde D\_\_\_\_\_, an deren gesetzliche Erben übertragen. Insbesondere wurden die Parzelle Nr. xxx, Fol. xxx, F\_\_\_\_\_, gelegen auf Gebiet der Gemeinde D\_\_\_\_\_, die neu die GBV-Nr. xxx aufweist, sowie die Parzellen Nrn. xxx und xxx (S. 12), an J\_\_\_\_\_ Burgener übertragen und gemäss Ziff. 5 des Vertrags mit einer Dienstbarkeit nachfolgenden Inhalt belastet (S. 21, 23):

Der Bauplatz No.xxx/xxx/xxx kann nur im Ausmass von siebzehn Meter (17m) von der nördlichen Grenzlinie aus nach Süden gemessen überbaut werden. Der restliche Boden dieses Bauplatzes kann nicht überbaut werden zu Gunsten von No. xxx, No. xxx, No. xxx, xxx. xxx, xxx.

Der Vertrag wurde am 2. September 1953 sub Nr. xxx-xxx im Grundbuch G\_\_\_\_\_ eingetragen.

Gemäss Grundbuchplan vom 9. Juni 2011 ist somit unter anderem das Grundstück GBV-Nr. xxx (Kataster-Nrn. xxx und xxx) der Berufungskläger dienstbarkeitsberechtigt (S. 12), die auf dieser Parzelle bis vor einigen Jahren das Restaurant H\_\_\_\_\_ betrieben haben. Der Berufungsbeklagte kaufte die sich in der Bauzone befindende Parzelle GBV-Nr. xxx (Kataster Nr. xxx und nach durchgeführter Grenzmutation teils Ka-

taster Nr. xxx) im Halte von 394 m<sup>2</sup> zum Preis von Fr. 50'000.-- mit Vertrag vom 21. Dezember 2010 (S. 38 ff.). Der Kaufvertrag wurde am 22. Dezember 2010 im Grundbuch G\_\_\_\_\_ sub Nr. xxx eingetragen (S. 56). Die Handänderung wurde im Register der Gemeinde D\_\_\_\_\_ vorgenommen (S. 10).

Der Berufungsbeklagte reichte am 5. März 2011 ein Baubewilligungsgesuch bei der Gemeinde D\_\_\_\_\_ ein, um auf seiner Parzelle GBV-Nr. xxx eine minimal 1.2 Meter und maximal 1.5 Meter hohe, 20 cm breite sowie entlang der Parzellen GBV-Nrn. xxx (vormals Kataster Nrn xxx + xxx) und xxx verlaufende Stützmauer zu erstellen und eine Terrainanpassung resp. Terrainauffüllung vorzunehmen (unbestrittene TB 3 und S. 87). Die Berufungskläger sprachen gegen dieses Baugesuch am 25. März 2011 ein und machten geltend, die Parzelle GBV-Nr. xxx sei mit einem Bauverbot belegt. Die Gemeinde D\_\_\_\_\_ erteilte die Baubewilligung am 9. Mai 2011 und trat auf die Einsprache der Berufungskläger nicht ein mit der Begründung, die Baubewilligungsbehörde prüfe ein Baugesuch anhand des örtlichen Baureglements. Die Verwaltung nehme keine Stellung zu zivilrechtlichen Angelegenheiten und sei hierfür auch nicht zuständig. In der Folge wurde auf die Einsprache nicht eingetreten, jedoch wurde die Rechtsverwahrung der Einsprecher vorgemerkt (S. 14 ff.).

**3.** In der Gemeinde D\_\_\_\_\_ ist das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt. Die Kantone können gemäss Art. 48 SchIT zum ZGB mit dem Inkrafttreten des Sachenrechts und vor Einführung des Grundbuchs die Formen, wie Fertigung, Eintragung in Grund-, Pfand- und Servitutenregister, bezeichnen, denen sofort Grundbuchwirkung zukommen soll. Der Kanton Wallis hat diese Befugnis genutzt und in Art. 209 EG zum ZGB festgehalten, dass bis zur Einführung des Grundbuchs für die Errichtung, die Änderung oder die Löschung von Dienstbarkeiten und Grundlasten mit der Form der Eintragung (Transkription) in die öffentlichen vom Grundbuchverwalter geführten Eintragsregister (Transkriptionsregister) des alten Rechts Grundbuchwirkung zukommt. Das Kantonsgericht bezüglich der Bedeutung des Katasters wiederholt erkannt, dass diesem keine, somit auch nicht die negative Grundbuchwirkung zukommt (ZWR 1987 S. 194 f, 1982 S. 217).

Vorliegend wird die Gültigkeit der im Erb- und Teilungsvertrag vom 29. Oktober 1952 - im Grundbuch unter den Nummern xxx-xxx am 2. September 1953 eingetragen - stipulierten Grunddienstbarkeit (Bauverbot) zu Lasten der Parzellen Nrn. xxx, xxx und xxx, mithin u.a. zu Lasten der GBV-Nr. xxx und u.a. zu Gunsten der Parzellen Nrn. xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, mithin u.a. zu Gunsten der GBV-Nr. xxx nicht bestritten, auch wenn sie aus dem Lastenverzeichnis der I\_\_\_\_\_, Tochter der J\_\_\_\_\_, nicht als solche ersichtlich ist. Letzteres erstaunt nicht, da die Dienstbarkeiten erst ab dem Jahre 1985 zusätzlich auf den Loseblättern, welche auf den Namen der Eigentümer der belasteten Grundstücke geführt werden (Personalfoliensystem), aufgenommen wurden. Unstrittig ist auch, dass die gesamte Fläche der Parzelle GBV-Nr. xxx mit dem Bauverbot belastet ist.

Der Beklagte hatte überdies, wie er anlässlich seiner Parteibefragung aussagte (S. 112 ff.), vom Bauverbot und vom mehrseitigen „Begründungsvertrag“ aus dem Jahre 1952 vor der Unterzeichnung des öffentlich beurkundeten Kaufvertrags vom 21. Dezember

2010, mit welchem er die Parzelle GBV-Nr. xxx kaufte, umfassende Kenntnis von dieser Dienstbarkeit. Er bestreitet denn auch das Bestehen der Grunddienstbarkeit nicht.

Über die Gültigkeit resp. den Bestand der besagten Grunddienstbarkeit (Bauverbot) ist daher vorliegend nicht zu befinden.

4. Die Parteien sind sich jedoch nicht einig, was dieses Bauverbot beinhaltet. Strittig ist mithin der Inhalt resp. Umfang der Grunddienstbarkeit. Während die Berufungskläger die Ansicht vertreten, dass auf der Parzelle GBV-Nr. xxx keinerlei Bauten erstellt werden können, es herrsche mithin ein absolutes Bauverbot, vertritt der Berufungsbeklagte die Ansicht, lediglich Häuser könnten auf der Parzelle GBV-Nr. xxx nicht erstellt werden, andere Bauten, insbesondere die Erstellung einer Mauer mit einer Terrainauffüllung und Parkplätzen seien jedoch zulässig.

4.1 Gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB ist der Grundbucheintrag für den Inhalt einer Dienstbarkeit massgebend, soweit sich daraus Rechte und Pflichten deutlich ergeben. Dabei ist der eingetragene Text grundsätzlich aus sich selbst, nach heutigem Sprachgebrauch auszulegen (Bundesgerichtsurteil 5C.257/2001 vom 3. Dezember 2001 E. 2a mit Hinweis auf BGE 86 II 243). Eine präzise Beschreibung ist aber selten, weil die Dienstbarkeit bei der Eintragung im Hauptbuchblatt nach den Vorgaben in der Grundbuchverordnung nur mit einem Stichwort bezeichnet wird, das der Grundbuchverwalter festlegt (vgl. Art. 35 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 der Grundbuchverordnung; BGE 128 III 169 E. 3a; Schmid, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2007, 3. A., N. 16 f. zu Art. 946 ZGB). Das Stichwort soll indes die Dienstbarkeit soweit als möglich aussagekräftig spezifizieren, da diese nur im Rahmen des Eintrags besteht (Liver, Zürcher Kommentar, 1959/80, 3. A., N. 65 zu Art. 731 ZGB; Schmid, a.a.O.). Ist der Inhalt des Rechts nicht deutlich, kann er durch die Belege oder auf andere Weise nachgewiesen werden, wobei nur eine Verdeutlichung im Rahmen des Eintrags möglich ist (Schmid, a.a.O., N. 16 zu Art. 972 ZGB mit Hinweis auf BGE 88 II 252 E. 6b und c) bzw. nur für Einzelheiten innerhalb des durch den Eintrag geschaffenen Rahmens auf die übrigen Bestandteile des Grundbuchs verwiesen werden darf (vgl. BGE 56 II 85).

Dem Eintrag kommt insbesondere für den gutgläubigen Dritterwerber des Grundstücks vorrangige Bedeutung zu (vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich/Basel/Genf 2009, 13. A., § 107 N. 25), denn ihm gegenüber ist er nicht nur für den Bestand, sondern auch für den Inhalt des dinglichen Rechts massgebend, wobei der öffentliche Glaube des Grundbuchs (Art. 973 Abs. 1 ZGB) dem Hauptbuch und den es ergänzenden Registern und Urkunden zukommt, nicht aber den Auszügen aus dem Grundbuch; der Grundbuchauszug hat lediglich Beweisfunktion (Bundesgerichtsurteil 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E. 2.2). Ist der Eintrag unrichtig, darf sich der gutgläubige Dritterwerber gleichwohl darauf verlassen (vgl. Bundesgerichtsurteil 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E. 3.1; Liver, a.a.O., N. 20 zu Art. 738 ZGB), wenn das eingetragene Stichwort dem Recht einen Inhalt gibt (vgl. Homberger, Zürcher Kommentar, N. 21 zu Art. 971 ZGB). Den Gutgläubigen gegenüber kann die Unrichtigkeit des Eintrags nur geltend gemacht werden, wenn er sie im Zeitpunkt des Erwerbs gekannt hat oder bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, weil der Eintrag selber sichere Anhaltspunkte für sie aufweist. Ist er

gutgläubig, ist der Eintrag für ihn massgebend. Wer in das Hauptbuch Einsicht nimmt, darf davon ausgehen, dass die Einträge vollständig und richtig sind. Er soll sich auf den Eintrag verlassen dürfen, ohne prüfen zu müssen, ob er mit den Belegen und anderen Bestandteilen des Grundbuchs übereinstimmt (Bundesgerichtsurteil 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E 4.1; Liver, a.a.O., N. 27, 28 zu Art. 738 ZGB). Der gute Glaube ist dem Dritterwerber "(abgesehen von der Nichtbeachtung der Anhaltspunkte für die Erkenntnis der wirklichen Rechtslage, welche in aussergrundbuchlichen Tatsachen vorliegen, namentlich in der Lage und Beschaffenheit des Grundstückes, BIZR 48 Nr. 117)" nicht nur abzusprechen, "wenn der Eintrag ausdrücklich auf die Ergänzung durch den Erwerbsgrund hinweist und er von dieser nicht Kenntnis nimmt, sondern immer dann, wenn der Eintrag die Dienstbarkeit nicht ausreichend zu spezifizieren vermag und infolgedessen 'sich Rechte und Pflichten aus ihm nicht deutlich ergeben' (Art. 738 Abs. 1)". Der gute Glaube wird dem Erwerber auch nicht zugebilligt, wenn er es unterlassen hat, den Sinn eines ihm nicht verständlichen Eintrags abzuklären (Liver, a.a.O., N. 31, 33, 55 zu Art. 738 ZGB; vgl. auch BGE 123 III 461 E. 2c).

Ergeben sich aus dem Eintrag Rechte und Pflichten deutlich, ist er allein massgebend. Der Dritterwerber kann sich dagegen wehren, dass einer im Grundbuch klar umschriebenen Dienstbarkeit mittels Auslegung des Erwerbsgrundes ein anderer Inhalt beigegeben wird; umgekehrt ist ihm aber auch verwehrt, sich auf den Erwerbsgrund zu berufen, um daraus einen für ihn vorteilhaften Inhalt einer Dienstbarkeit abzuleiten, der dem Grundbucheintrag widerspricht; diesfalls wäre mittels Grundbuchberichtigungsklage die Löschung oder Abänderung des Eintrags zu verlangen (BGE 123 III 461 E. 2c; Bundesgerichtsurteil 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 3). Nur wenn der Wortlaut des Grundbucheintrags unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 128 III 169 E. 3a, 123 III 464 E. 2a und b), d.h. auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB; BGE 130 III 554 E. 3.1). Die Auslegung erfolgt wie bei den sonstigen Willenserklärungen (Art. 18 Abs. 1 OR). Die allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit der Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 937 ZGB) ergibt. So dürfen gegenüber Dritten individuelle Absichten und Motive der an der Errichtung der Dienstbarkeit Beteiligten, die für einen Dritten nicht erkennbar sind, bei der Auslegung des Erwerbstitels nicht berücksichtigt werden (BGE 130 III 554 E. 3.1 mit Hinweisen).

Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit - im Rahmen des Eintrags - aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGE 130 III 554 E. 3.1, Bundesgerichtsurteil 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 3.2).

**4.2** Die Dienstbarkeit ist vorliegend nicht unter einem Stichwort im Grundbuch eingetragen, so dass für den Inhalt der Erwerbsgrund, d.h. die Formulierung im Erb- und Teilungsvertrag vom 29. Oktober 1952, wovon, wie bereits gesagt, der Berufungsbeklagte vor Vertragsunterzeichnung Kenntnis hatte, massgebend ist. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass sich die Vertragsparteien beim Abschluss des Vertrages im Jahre 1952

durchaus bewusst waren, dass sie "Bauplatz" - mithin Parzellen mit einem hohen Verkehrswert - mit diesem Verbot belasteten.

Die strittige Grunddienstbarkeit ist mit „der restliche Boden dieses Bauplatzes kann nicht überbaut werden“ umschrieben. Diese Formulierung ist klar. Auf den belasteten Parzellen und insbesondere der Parzelle GBV-Nr. xxx dürfen keine Bauten erstellt werden.

Dem Erb- und Teilungsvertrag kann zudem entnommen werden, dass die Parteien die verschiedenen Bauverbote äusserst präzise festlegten. So wurde zum Beispiel festgehalten wie weit (15 oder 17 Meter) die Parzellen überbaut werden können und wie viel Abstand (5 Meter) zum Wohngebäude, trotz der Überbaubarkeit der Parzelle, eingehalten werden muss. Sie unterschieden aber auch zwischen den einzelnen Bauverboten, indem sie in Ziffer. 6 vereinbarten: „No. xxx darf nicht höher als drei Meter (3m) gebaut werden zu Gunsten von No xxx.“ Die Parteien unterschieden demnach zwischen vollumfänglichen d.h. gänzlichen und teilweisen Bauverboten. Zum einem sollten gewisse Parzellen überhaupt nicht und anderen nur beschränkt, d.h. bis zum einer Höhe von 3 Metern überbaut werden können. So präzise wie sich die Parteien in diesem Vertrag festlegten, hätten sie es sicher ausdrücklich erwähnt, wenn irgendeine Überbauung der mit dem Bauverbot belasteten Parzellen, u.a. die Parzelle GBV-Nr. xxx, möglich gewesen wäre. So wie sie dies auch in Art. 6 festgehalten haben.

Gemäss dem Bauentscheid der Gemeinde D\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2011 verfolgt der Berufungsbeklagte auf der sich in der W4-Zone befindenden Parzelle ein Bauvorhaben, wonach er eine Stützmauer erstellen und eine Terrainanpassung vornehmen will. Das Bauvorhaben befindet sich dabei (öffentlich-rechtlich betrachtet) in einer nicht besonders schützenswerten Bauzone. Näher betrachtet, will der Berufungsbeklagte zuerst eine Stützmauer mit einer Breite von 20 Zentimetern und mit einer minimalen Höhe von 1.2 Metern und einer Maximalhöhe von 1.5 Metern entlang der Grenze der Parzellen GBV-Nrn. xxx und xxx erstellen. Anschliessend soll das bestehende abfallende Terrain gemäss Schemaschnitt aufgeschüttet werden (vgl. S. 17). Die Fläche soll anschliessend geteert werden, so dass schliesslich gemäss den Aussagen des Berufungsbeklagten fünf bis sechs Parkplätze darauf entstehen können (S. 112).

Für das urteilende Kantonsgericht verstösst bereits das Erstellen einer Mauer mit einer Höhe zwischen 1.2 und 1.5 Metern gegen die bestehende Grunddienstbarkeit, wonach die Parzelle GBV-Nr. xxx nicht überbaut werden kann. Aufgrund des klaren und unzweideutigen Wortlauts der seit Jahrzehnten bestehenden Grunddienstbarkeit kann das Bauvorhaben des Berufungsbeklagten nicht realisiert werden. Diese Unterlassungspflicht ist in casu unverjährbar und besteht mithin auf unbeschränkte Zeit. Das Überbauungsverbot hat dabei insbesondere die ungeschmälerte Aussicht auf unbeschränkte Zeit zu erhalten. Dass vor Jahrzehnten vereinbarte Bau- bzw. Überbauverbote insbesondere aufgrund von wesentlich gestiegenen Bodenpreisen hohe Wertverluste zur Folge haben können, ist ein verhältnismässig häufig auftretendes Problem, das indes dem Bestehen und der Durchsetzbarkeit der Grunddienstbarkeit nicht entgegen steht.

Im Weiteren kann der Berufungsbeklagte aus dem Umstand, dass die Berufungskläger angeblich Parkplätze auf ebenfalls mit derselben Grunddienstbarkeit belasteten Flächen erstellt haben, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Bauverbot, das die Parzellen der Berufungskläger Kataster Nrn. xxx und xxx (GBV-Nr. xxx) belastet, ist zum einen nicht Gegenstand dieses Verfahren. Es wurde zwar auch im Erb- und Teilungsvertrag vom 2. Oktober 1952 stipuliert, jedoch nicht in Ziffer 5, wie dasjenige, dass die Parzelle des Berufungsbeklagten belastet, sondern in Ziffer 4. Begünstigt sind die Katasterparzellen xxx, xxx, xxx, xxx und xxx. Mithin nicht die Katasterparzellen xxx und xxx, somit nicht die Parzelle GBV-Nr. xxx des Berufungsbeklagten. Als nicht begünstigter Eigentümer der Parzelle GBV-Nr. xxx kann der Berufungsbeklagte zum anderen die Durchsetzung dieses Bauverbotes nicht verlangen. Auch wurde vorliegend nicht geprüft, ob die Berufungskläger die Gartenwirtschaft oder einen Parkplatz mit oder ohne Einverständnis der Eigentümer der berechtigten Parzellen erstellt haben. Aber auch aus einer eventuellen widerrechtlichen „Überbauung“ der Katasterparzellen xxx und xxx (GBV-Nr. xxx) kann der Berufungsbeklagte für sich nicht die Überbauung seiner Parzelle (GBV-Nr. xxx) ableiten. Es verstösst nicht gegen Treu und Glauben, wenn sich die Berufungskläger als berechnete Eigentümer der Katasterparzellen xxx und xxx (GBV-Nr. xxx) gegen die Überbauung der Parzelle GBV-Nr. xxx zur Wehr setzen und die Einhaltung des Bauverbotes verlangen.

Dementsprechend ist die Berufung vom 1. Februar 2013 gutzuheissen und das Urteil des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012 aufzuheben. Es wird festgestellt, dass die Parzelle GBV-Nr. xxx mit einem Bauverbot belastet ist, was das Erstellen von baubewilligungspflichtigen Bauten jeglicher Art, die das gewachsene Terrain überragen, sowie baubewilligungspflichtige Veränderungen des gewachsenen Terrains auf dieser Parzelle ausschliesst. Demzufolge kann der Berufungsbeklagte das vom Gemeinderat der Gemeinde D\_\_\_\_\_ am 9. Mai 2011 bewilligte Bauprojekt (Erstellen einer Stützmauer mit Terrinauffüllung und Erstellen von Parkplätzen) auf dieser Parzelle nicht erstellen.

## **5.**

**5.1** Das Gericht hat in seinem Urteil die Prozesskosten, welche sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 ZPO), von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich dabei nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, des Berufungsverfahrens und des Massnahmeverfahrens (Z2 2011 66) vorliegend dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**5.2** Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird auf Grund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich bei einem Streitwert von Fr. 60'000.-- zwischen Fr. 2'700.-- und Fr. 8'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar), wobei im Berufungsverfahren ein Reduktions-Koeffizient von 60 % zu berücksichtigen ist (Art. 19

GTar). Der Bezirksrichter hat die Gerichtsgebühr erstinstanzlich auf Fr. 3'472.-- festgesetzt, was als angemessen erscheint, womit die Gerichtskosten gesamthaft Fr. 3'500.-- (Gerichtsgebühr Fr. 3'472.--, Auslagen Fr. 28.--) betragen. Die Berufungsinstanz hat keine Veranlassung, diese anders festzulegen, zumal die Auslagen ausgewiesen sind. Diese Gerichtskosten werden mit dem von den Berufungsklägern erstinstanzlich geleisteten Vorschuss von insgesamt Fr. 5'000.-- verrechnet. Der Saldo von Fr. 1'500.-- ist durch das Bezirksgericht an die Berufungskläger zurück zu erstatten. Was das Berufungsverfahren betrifft, gilt es festzuhalten, dass das Dossier nicht sehr umfangreich und die zu beurteilenden Rechtsfragen nicht allzu schwer waren. In Berücksichtigung dieser Kriterien und des Streitwerts ist vorliegend nach richterlichem Ermessen eine Gebühr von Fr. 1'400.-- gerechtfertigt und angemessen, die dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen ist und mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.-- verrechnet wird. Der Saldo von Fr. 400.-- ist vom Kantonsgericht an die Berufungskläger zurück zu erstatten. Die Kosten des Massnahmeverfahrens Z2 2011 66 in Höhe von Fr. 1'000.-- sind dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und werden mit dem Kostenvorschuss der Berufungskläger in derselben Höhe verrechnet. Der Berufungsbeklagte hat den Berufungsklägern für geleistete Kostenvorschüsse Fr. 5'900.-- (erstinstanzliches Verfahren Fr. 3'500.--, Berufungsverfahren Fr. 1'400.--, Massnahmeverfahren Fr. 1'000.--) zu bezahlen.

**5.3** Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 60'000.-- beträgt der ordentliche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), Fr. 6'800.-- bis Fr. 9'200.-- (Art. 32 Abs. 1 GTar). Der Bezirksrichter hat in Anwendung des Rahmentarifs und in Berücksichtigung der Bedeutung sowie der Natur des Falls, der Prozessführung der Parteien, des Umfangs der Akten, der Schwierigkeit und der vom Anwalt nützlich aufgewandten Zeit (Art. 27 Abs. 1 GTar) die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren samt Massnahmeverfahren auf Fr. 7'600.-- (inkl. Auslagen) festgelegt. Dieser Betrag liegt innerhalb des Rahmentarifs und das Kantonsgericht hat keinen Anlass diesen abzuändern, zumal die Höhe der Entschädigung nicht beanstandet wurde. Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60% zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 2'720.-- und maximal Fr. 3'680.-- beträgt (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar anhand der gleichen Kriterien wie die Vorinstanz. Vorliegend war das Dossier nicht sehr umfangreich und die zu lösenden rechtlichen Fragen boten keine besonderen Schwierigkeiten. Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hievorgenannten Kriterien, erachtet das Kantonsgericht für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'040.-- (inkl. Auslagen) als angemessen. Dementsprechend schuldet der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 10'640.-- (Fr. 7'600.-- + Fr. 3'040.--).

**Demnach wird erkannt:**

1. Die Berufung vom 1. Februar 2013 wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2012 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Parzelle GBV-Nr. xxx mit einem Bauverbot belastet ist, was das Erstellen von baubewilligungspflichtigen Bauten jeglicher Art, die das gewachsene Terrain überragen, sowie baubewilligungspflichtige Veränderungen des gewachsenen Terrains auf dieser Parzelle ausschliesst.
2. In diesem Sinne ist das am 9. Mai 2011 vom Gemeinderat von D\_\_\_\_\_ bewilligte Bauprojekt unzulässig.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 3'500.-- (Gerichtsgebühr Fr. 3'472.--, Auslagen Fr. 28.--), des Berufungsverfahrens von Fr. 1'400.-- und des Massnahmeverfahrens Z2 2011 66 in Höhe von Fr. 1'000.--, insgesamt Fr. 5'900.--, gehen zu Lasten von Z\_\_\_\_\_.
4. Nach Verrechnung mit den jeweiligen Kostenvorschüssen werden die Saldi der Kostenvorschüsse des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 1'500.-- durch das Bezirksgericht und des Berufungsverfahrens von Fr. 400.-- vom Kantonsgericht an die Berufungskläger zurück erstattet.
5. Z\_\_\_\_\_ hat Y\_\_\_\_\_ und X\_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 10'640.-- (erstinstanzliches Verfahren und Massnahmeverfahren Fr. 7'600.--, Berufungsverfahren Fr. 3'040.--) und für geleistete Kostenvorschüsse insgesamt Fr. 5'900.-- (erstinstanzliches Verfahren Fr. 3'500.--, Berufungsverfahren Fr. 1'400.--, Massnahmeverfahren Fr. 1'000.--) zu bezahlen.

Sitten, 17. Juni 2013