

# GR\_GERICHTE ZK2 2020 27 vom 20. Oktober 2020

GR Gerichte, 2020-10-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2020\\_27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2020_27)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2020 27 du 20 octobre 2020

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2020 27 del 20 ottobre 2020

## Regeste

Vertragsauslegung (vorsorgliche Massnahmen) | Berufung OR Allgemeine Bestimmungen

## Erwägungen

### E. 1

Unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf diesen Artikel an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, sei der Gesuchsgegnerin (B.\_\_\_\_\_, Anmerkung des Gerichts) zu verbieten, auf der Parzelle Nr. \_\_\_\_\_, Gemeinde O.1\_\_\_\_\_, Grundbuch O.1\_\_\_\_\_, Bauarbeiten inklusive Vorbereitungsarbeiten aufzunehmen bzw. es sei anzuordnen, diese sofort einzustellen.

### E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen. Hiergegen steht die Berufung als Rechtsmittel grundsätzlich zur Verfügung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Da es sich in casu um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, ist die Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 zu beachten (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Beim vorliegenden Entscheid handelt es sich offensichtlich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Entscheidend ist der Streitwert der umstrittenen vorsorglichen Massnahme (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil-

### E. 1.2

Im Kanton Graubünden ist das Kantonsgericht zur Behandlung von zivilrechtlichen Berufungen zuständig, wobei die interne Zuständigkeit der II. Zivilkammer zufällt (vgl. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [BR 320.100; EGzZPO]).

### E. 2

Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin. Prozessualer Antrag: 1. Die in der vorstehenden Ziffer 1 angebehrte Massnahme sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin, zu erlassen. C. Mit Entscheid vom 13. Juli 2020, gleichentags mitgeteilt, wurde der politischen Gemeinde O.1\_\_\_\_\_ superprovisorisch und unter Strafindrohung von Art. 292 StGB verboten, auf der im Eigentum der Bürgergemeinde stehenden Parzelle Nr. \_\_\_\_\_, Gemeinde O.1\_\_\_\_\_, Grundbuch O.1\_\_\_\_\_, Bauarbeiten inklusive Vorbereitungsarbeiten aufzunehmen, wobei bereits erfolgte Bauarbeiten inklusive Vorbereitungsarbeiten sofort einzustellen seien. D. Nach entsprechender Aufforderung des Einzelrichters liess sich die B.\_\_\_\_\_ mit Stellungnahme vom 17. Juli 2020 zum Gesuch vernehmen und das Folgende beantragen: 1.

Die superprovisorische Massnahme vom 13. Juli 2020 bezüglich des Verbots der Aufnahme von Bauarbeiten inklusive Vorbereitungsarbeiten

### **E. 2.1**

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen. Es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Dokumente diese Argumentation stützen. Sie enthält in der Regel tatsächliche wie auch rechtliche Erörterungen, indem dargelegt wird, aufgrund welcher Sachverhaltselemente bzw. Rechtsgrundlagen sich die Berufungsanträge rechtfertigen (vgl. Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 893). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Verfahrensgrundsätze auch vor zweiter Instanz gelten und das Berufungsverfahren vorliegend somit weitgehend

### **E. 2.2**

Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Die Berufung steht grundsätzlich nur zur Verfügung, um Fehler im Urteil zu korrigieren und nicht, um den Parteien zu ermöglichen, eigene Versäumnisse zu beheben. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren sind daher nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO und längstens bis zum Beginn der Phase der Urteilsberatung zu berücksichtigen (BGE 138 III 625 E. 2.2; 142 III 413 E. 2.2.2 und E. 2.2.5; Urteil des Bundesgerichts 4D\_8/2015 vom 21. April 2015, E. 2.2). Es obliegt dem Berufungskläger darzulegen, dass die Voraussetzungen der Zulässigkeit sowohl hinsichtlich echter wie auch unechter Noven im Berufungsverfahren erfüllt sind (Karl Spühler, a.a.O., N

### **E. 3**

a) (Rechtsmittel Hauptentscheid) b) (Rechtsmittel Kostenentscheid)

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn ein Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) der gesuchstellenden Person verletzt ist bzw. eine Verletzung zu befürchten ist (sog. Verfügungsgrund). Verfügungsanspruch kann dabei jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts sein, die auf eine positive oder negative Leistung (Tun, Unterlassen oder Dulden), Gestaltung oder Feststellung gerichtet ist. Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft dartun, dass ihre Klage Aussicht auf Erfolg hat (sog. Hauptsacheprognose; Thomas Sprecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 12, N

#### **E. 3.2**

Die gesuchstellende Partei hat weiter das Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz, d.h. ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse darzulegen. Sie hat folglich glaubhaft zu machen, dass der materielle Anspruch bei Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess vereitelt oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert würde (sog. Nachteilsprognose; vgl.

Thomas Sprecher, a.a.O., N 16 zu

7 / 20 Art. 261 ZPO). Von der gesuchstellenden Partei ist in diesem Zusammenhang eine erfolgte oder drohende Anspruchsverletzung darzutun (sog. Verfügungsgrund). Ist eine Anspruchsverletzung bereits eingetreten, ist es erforderlich, dass eine weitere Benachteiligung zu befürchten ist. Massgeblich für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind dabei objektive Kriterien und nicht die subjektiven Vorstellungen des Gesuchstellers (Thomas Sprecher, a.a.O., N 10, N 16 ff., N 37 zu Art. 261 ZPO; Lucius Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, N 20 ff. zu Art. 261 ZPO). Die gesuchstellende Partei muss weiter dartun, dass ihr durch das rechtswidrige Verhalten der Gegenpartei ein – auch durch einen späteren Prozessgewinn – nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, welcher nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann. Grundsätzlich kommt dabei jeder drohende Nachteil in Betracht. Mit dem Eintritt des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils muss ernsthaft gerechnet werden (Thomas Sprecher, a.a.O., N 25 ff. und N 37 zu Art. 261 ZPO).

### **E. 3.3**

Auch wenn in Art. 261 ZPO nicht explizit genannt, gehört die zeitliche Dringlichkeit zum Voraussetzungskatalog für vorsorgliche Massnahmen. Allgemein ist zeitliche Dringlichkeit dann nicht gegeben, wenn eine akute Gefährdungslage und damit ein Massnahmeinteresse fehlt und das richterliche Endurteil ohne Weiteres abgewartet werden kann (Thomas Sprecher, a.a.O., N 39 ff. zu Art. 261 ZPO).

### **E. 3.4**

Ebenfalls nicht ausdrücklich in Art. 261 ZPO genannt, aber dennoch durchwegs zu beachten, ist das Verhältnismässigkeitsprinzip bei vorsorglichen Massnahmen (Lucius Huber, a.a.O., N 23 f. zu Art. 261 ZPO). Die vorsorgliche Massnahme muss zur Abwehr des Nachteils notwendig sein, d.h. die Massnahme muss in zeitlicher und sachlicher Hinsicht als geeignet erscheinen. Die Verhältnismässigkeit beurteilt sich im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung der einander entgegengesetzten Interessen des Gesuchstellers und des Gesuchsgegners; je dringlicher das Anliegen des Gesuchstellers, umso eher rechtfertigt sich ein Eingriff in die Rechte des Gesuchsgegners (Thomas Sprecher, a.a.O., N 47 und N 112 zu Art. 262 ZPO). Das Gericht hat diejenigen Massnahmen anzuordnen, welche für die verletzte Person genügend wirksam und für die verletzende Person am wenigsten einschneidend sind; das Verschulden der verletzenden Person spielt dabei keine Rolle (BGE 144 III 257 E. 4.1; Andreas Meili, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018, N 6 zu Art. 28b ZGB).

### **E. 3.5**

Die Beweisstrenge ist – wie bereits oben ausgeführt – auf das Beweismass der Glaubhaftmachung reduziert, da der Rechtsschutz im Verfahren über vorsorg-

8 / 20 liche Massnahmen schnell gewährt werden soll. Glaubhaftmachen ist mehr als nur behaupten, aber weniger als beweisen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Es reicht, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten

Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht (BGE 138 III 232 E. 4.1.1 und 130 III 321 E. 3.3; Lucius Huber, a.a.O., N 25 zu Art. 261 ZPO). 4. Der Vorderrichter setzte sich einleitend mit den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 261 ZPO auseinander (vgl. angefochtener Entscheid E. 2. ff.). In materieller Hinsicht hielt er sodann fest, dass nicht strittig sei, dass die Berufungsklagte beabsichtige, in absehbarer Zeit einen C.\_\_\_\_\_ zu erstellen, welcher unter anderem über bzw. durch eine Parzelle der Berufungsklägerin führen solle (Nr. \_\_\_\_\_, Gemeinde O.1\_\_\_\_\_). Sodann hielt er weiter fest, dass die Berufungsklägerin grundsätzlich keine Bauvorhaben auf dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück zu dulden habe, und damit grundsätzlich einen Verfügungsanspruch auf Abwehr entsprechender Handlungen habe. Indes sei fraglich, ob sie der Berufungsklagten mit Vertrag vom 18. Dezember 2019 bzw. 10. Januar 2020 ("Einräumung einer nachteiligen Nutzung für die Erstellung und den Betrieb eines C.\_\_\_\_\_ im Waldareal" [nachfolgend: Vereinbarung C.\_\_\_\_\_]) der Berufungsklagten das Recht eingeräumt habe, ihr Grundstück entsprechend zu nutzen. Die Berufungsklägerin habe sich darauf berufen, dass die im besagten Vertrag der Berufungsklagten eingeräumten Rechte dahingefallen seien, weil einerseits keine rechtskräftige Genehmigung des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements Graubünden gemäss Art. 9 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ vorliege und andererseits ihr Einverständnis zur Bebauung der Parzelle nicht vorliege, da die vereinbarte Bedingung gemäss lit. V. Abs. 3 (vertragliche Regelung des Wasserbezugs der Quelfassung D.\_\_\_\_\_) bislang nicht erfüllt sei. Die Berufungsklagte hätte demgegenüber die Bedingungen als erfüllt erachtet, sodass sie zur Bebauung berechtigt sei. Vor diesem Hintergrund legte der Vorderrichter Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ aus, die wie folgt lautet: "V. Weitere Bestimmungen Die Grundeigentümerin hat im Zusammenhang mit der Einräumung über die nachteilige Nutzung im Waldareal noch weiter[e] Forderungen gestellt die nachfolgend festgehalten werden. [...]"

9 / 20 3 Die Rechte für den Wasserbezug für die Quelfassung D.\_\_\_\_\_ auf Gemeindegebiet von O.1\_\_\_\_\_ muss vor Baubeginn in einem separaten Vertrag geregelt werden." Er gelangte sodann zum Schluss, dass es sich um eine Auflage und nicht um eine Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR handeln würde, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Parteien den Willen hatten, diese Bestimmung als Bedingung für die Gültigkeit der gesamten Vereinbarung zu vereinbaren bzw. dass sie die Zustimmung der Berufungsklägerin zum Bauvorhaben nicht von der Erfüllung der Auflage abhängig machen wollten. Selbst wenn es sich um eine (Potestativ-)Bedingung handeln würde, wäre das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzulehnen, da die Gesuchstellerin deren Eintritt wider Treu und Glauben verhindere, womit die Bedingung gemäss Art. 156 OR als erfüllt gelte. Die Berufungsklägerin verweigere ihre Zustimmung zur Vereinbarung von Wassernutzungsrechten in unzulässiger Weise, indem sie eine Grenzverschiebung der Gemeindegrenzen verlange, damit sich die Quelfassung anschliessend auf dem Territorialgebiet der Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ befinden würde. Damit erweitere sie die in Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ enthaltene Bedingung in unzulässiger Weise; aus dem Wortlaut der Bedingung sei klar ersichtlich, dass es den Parteien um die Regelung des Wasserbezugs und nicht um die Regelung der Eigentumsverhältnisse an der Quelle gegangen sei. Die Berufungsklägerin habe somit ihre Einwilligung zur Vereinbarung bindend erteilt, womit keine bestehende bzw. drohende Verletzung eines Anspruches der Berufungsklägerin glaubhaft gemacht werde. Die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen prüfte der Vorderrichter nicht. 5. Die Berufungsklägerin anerkennt nunmehr, dass die in Art. 9 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ vorausgesetzten

behördlichen Bewilligungen zur Ausführung des Projekts vorliegen (vgl. act. A.1, S. 7, Ziff. 18). Die Berufungsklägerin moniert in- dessen, dass die Parteien Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ als Bedin- gung für die Gültigkeit der gesamten Vereinbarung ausgestaltet hätten. Dies gehe bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung hervor. So hätten die Parteien den Baubeginn ausdrücklich vom Vorhandensein eines separaten Vertrags betreffend Regelung Wasserbezug von der Quelfassung D.\_\_\_\_\_ abhängig gemacht. Ziffer V. Abs. 3 sei nachweislich nicht erfüllt worden, liege diesbezüglich doch kein sepa- rater Vertrag vor.

10 / 20 Weiter trägt die Berufungsklägerin vor, dass sie ihre Zustimmung zur Vereinba- rung Wassernutzungsrechte nicht treuwidrig verweigert habe und ihre Zustimmung folglich nicht im Sinne von Art. 156 OR als erteilt gelten könne. In Ziff. V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ sei lediglich vereinbart worden, dass die Parteien die Rechte für den Wasserbezug für die Quelfassung D.\_\_\_\_\_ auf Gemeindegebiet von O.1\_\_\_\_\_ in einem separaten Vertrag regeln müssten, nicht aber, wie dieser Vertrag inhaltlich ausgestaltet werden solle. Es stehe keine konkrete Lösungsvari- ante im Vordergrund. Die Verschiebung der gegenseitigen Gemeindegrenzen im D.\_\_\_\_\_ sei früher schon als Lösungsvariante diskutiert worden. Es könne damit jede Variante der Rechtsbegründung an der Quelle diskutiert werden, ohne dass sich eine Partei treuwidriges Verhalten vorwerfen lassen müsse, wenn sie einem Entwurf nicht zustimme. Auch die politischen Gemeinden O.2\_\_\_\_\_ und O.1\_\_\_\_\_ hätten sich zuerst über die rechtliche Ausgangslage einigen müssen, was sie in der Aktennotiz vom 17. bzw. 18. März 2020 für ihre eigenen Zwecke getan hätten. Diese habe aber keine Gültigkeit für die Berufungsklägerin, da diese nicht vom unterzeichnenden Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli vertreten worden sei. Das Unterbleiben der Vertragsunterzeichnung zur Regelung der Wasserrechte, wie sie in Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ verlangt werde, sei damit nicht von der Berufungsklägerin verschuldet. Die in Ziffer V. Abs. 3 verlangte Bedingung sei nicht eingetreten, sodass die gesamte Vereinbarung "C.\_\_\_\_\_" als Ganzes dahin- fallen würde. Ein Rechtstitel der Berufungsbeklagten für die rechtmässige Nutzung der berufungsklägerischen Parzelle fehle demnach. Die angebehrte vorsorgliche Massnahme sei gutzuheissen.

#### **E. 4**

/ 20 G. In ihrer Berufungsantwort vom 31. August 2020 liess die B.\_\_\_\_\_ (nachfol- gend Berufungsbeklagte) was folgt beantragten: 1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuwei- sen. 3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Be- rufungsklägerin. H. Mit Eingabe vom 10. September 2020 ersuchte die Berufungsklägerin den Vorsitzenden der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden, ihrem prozessualen Antrag, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, schnellstmöglich zu entsprechen. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass die Beru- fungsbeklagte trotz des hängigen Berufungsverfahrens auf der strittigen Parzelle mit Rodungsarbeiten begonnen habe, zahlreiche Markierungspfosten und -bänder im Boden und an Bäumen angebracht habe und Baumaterial, Baucontainer, Was- sertanks und Baumaschinen deponiert und Wegsperrern und -signalisationen an- gebracht habe. Als Beleg hierfür reichte sie eine Fotodokumentation, einen Situa- tionsplan und eine Email vom 10. September 2020 ein. Darüber hinaus reichte sie ein Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2020 vom 3. August 2020 ins Recht. I. Der berufungsklägerische Antrag um Erteilung der

aufschiebenden Wirkung der Berufung wurde mit Verfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 11. September 2020, gleichentags mitgeteilt, abgewiesen. J. Der von der Berufungsklägerin geforderte Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.00 ging innert der gewährten Nachfrist ein. II. Erwägungen

## **E. 5**

/ 20 prozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 33, 38, 41 zu Art. 308 ZPO; Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 7 zu Art. 308 ZPO; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 5 vom 25. Juni 2018, E. 1.3). Dieser liegt nach Einschätzung der II. Zivilkammer über CHF 10'000.00. Auch die Vorinstanz ging offenkundig von einem über CHF 10'000.00 liegenden Streitwert aus, indem sie in ihrer Rechtsmittelbelehrung (Ziff. 3.a des Dispositivs des angefochtenen Entscheids) die Berufung als zulässiges Rechtsmittel angab. Dies wird von den Berufungsparteien nicht moniert. Die Berufungsklägerin selbst macht in ihrer Berufung nun vielmehr einen Streitwert von über CHF 10'000.00 geltend. Die Annahme eines über CHF 10'000.00 liegenden Streitwertes erscheint überdies mit Blick auf die in der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ festgehaltene Entschädigung für die Rechtseräumung während der nächsten 50 Jahre von CHF 50'000.00 sachgerecht (vgl. vorinstanzliches act. II/3, S. 3, Artikel 8, Absatz 1). Der angefochtene Entscheid vom 6. August 2020 wurde den Parteien gleichentags mitgeteilt und der Berufungsklägerin am 7. August 2020 zugestellt. Die vorliegende Berufung wurde damit innert der gesetzlichen Frist von Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO eingereicht. Darüber hinaus entspricht die Berufung den formellen Anforderungen von Art. 311 Abs. 1 und 2 ZPO, erfolgte sie doch schriftlich und begründet und unter Beilage des angefochtenen Entscheides. Die weiteren formellen Voraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Berufung einzutreten ist.

## **E. 6**

/ 20 vom Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) beherrscht wird. Demnach haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Die Parteien tragen daher eine Hauptungslast, bei der es sich um eine Obliegenheit handelt; der Richter darf sein Urteil nur auf Tatsachen gründen, welche geltend gemacht werden (vgl. z.B. Myriam Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 3 zu Art. 55 ZPO). Das Berufungsgericht hat bei der Überprüfung freie Kognition (Karl Spühler, a.a.O., N 2 zu Art. 310 ZPO).

### **E. 6.1**

Aufgrund der berufungsklägerischen Rügen wäre vorerst zu prüfen, ob der Vorderrichter die Bestimmung Ziffer V. Abs. 3 in der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ zutreffend als Auflage qualifizierte und folglich den Abschluss eines separaten Vertrages betreffend die Wassernutzungsrechte für die Gültigkeit der Vereinbarung Baumwipfelweg als irrelevant erachtete, oder ob damit, was von der Berufungsklägerin geltend gemacht wird, eine Bedingung für die Gültigkeit der Bauausführung definiert werden sollte. Die Bestimmung lautet wie folgt: "V. Weitere Bestimmungen Die Grundeigentümerin hat im Zusammenhang mit der Einräumung über die nachteilige Nutzung im Waldareal noch weiter(e) Forderungen gestellt die nachfolgend festgehalten werden. 1 Gleiche Eintrittspreise für alle Einwohner sowie für die Zweitwohnungseigentümer und Gäste von O.2\_\_\_\_\_ wie für die

O.1\_\_\_\_\_er

11 / 20 2 Der Unterhalt an den Bauten wird, soweit möglich, durch die Mitarbeiter des Forstreviers O.2\_\_\_\_\_ -O.1\_\_\_\_\_ ausgeführt. 3 Die Rechte für den Wasserbezug für die Quelfassung D.\_\_\_\_\_ auf Ge- meindegebiet von O.1\_\_\_\_\_ muss vor Baubeginn in einem separaten Ver- trag geregelt werden." Aus Absatz 3 geht hervor, dass die Rechte für den Wasserbezug für die Quelfas- sung D.\_\_\_\_\_ vor Baubeginn in einem separaten Vertrag hätten geregelt werden sollen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Berufungsinstanz zumindest zweifel- haft, ob die Bestimmung tatsächlich im Sinne einer Auflage verstanden werden kann. Der doch relativ klare Wortlaut der Bestimmung, welcher grundsätzlich vor den anderen Auslegungsmitteln Vorrang genießt (vgl. Wolfgang Wiegand, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, Ba- sel 2020, N 19 zu Art. 18 OR), spricht viel eher für eine vereinbarte Bedingung. Die zeitliche Präzisierung bezüglich des Vertragsabschlusses hätte bei einer Auf- lage keinen Sinn ergeben, jedenfalls nicht in der gewählten Form. Daran ändert auch die systematische Einbettung der Bestimmung unter Ziff. V. ("Weitere Be- stimmungen") sowie die vorangehenden und als Auflagen zu qualifizierenden Be- stimmungen nichts.

## **E. 6.2**

Ob die in Ziffer V. Abs. 3 enthaltene Bestimmung letztlich als Bedingung oder Auflage qualifiziert werden muss, ist – wie der Vorderrichter zutreffend aus- führte – mit Blick auf den (negativen) Ausgang des Gesuchsentscheides letztlich einerlei und folgenlos. Qualifizierte man die Bestimmung als Auflage, wäre davon nicht die Gültigkeit des Vertrages bzw. die Erlaubnis zum Baustart abhängig. Es handelte sich – wenn überhaupt – um eine vertragliche Nebenbestimmung, deren Erfüllung separat einzuklagen oder aufgrund deren Nichterfüllung Schadenersatz (Art. 97 OR) zu verlangen wäre. Diesfalls hätte also die Berufungsklägerin ihre Zustimmung zum Projekt und zu der Bauausführung ohne weiteres bereits ver- bindlich erteilt. Damit könnte sie sich gegenüber der Berufungsbeklagten nicht (mehr) auf ihr aus ihrem Eigentum fließendes Verfügungsrecht über das Grunds- tück berufen, zumal die Berufungsbeklagte mit Nachweis der notwendigen Bewilli- gungen sowie der Leistung des vertraglich geschuldeten Betrages den ihr oblie- genden vertraglichen Verpflichtungen nachkam. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme scheiterte demnach bereits in Ermangelung der vorausgesetzten Glaubhaftmachung einer Verletzung eines Verfügungsanspruches der Berufungs- klägerin (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). 7.1. Qualifizierte man die Bestimmung, wie der Vorderrichter in seiner Eventual- begründung in Erwägung 6, als Bedingung, ist das Folgende zu beachten:

12 / 20 7.2. Bei der Systematisierung der verschiedenen Bedingungsarten sind vorerst die positivrechtlich ausdrücklich geregelten Suspensivbedingungen (Art. 151-153 OR) von den Resolutivbedingung (Art. 154 OR) zu unterscheiden. Eine Suspen- sivbedingung (aufschiebende Bedingung) liegt dann vor, wenn vom Eintritt oder definitiven Ausbleiben des bedingenden Ereignisses der Eintritt der gewollten Rechtswirkung abhängt. Bei der Resolutivbedingung (auflösenden Bedingung) entfällt die bisherige Wirkung des Rechtsgeschäfts durch den Bedingungseintritt. Ob der vereinbarten Bedingung auflösende oder aufschiebende Wirkung zu- kommt, ist Auslegungsfrage. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte nach h.L. und Rechtsprechung im Zweifelsfalle der Suspensivbedingung der Vorzug gege- ben werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_705/2017 vom 10. August 2018, E. 2.2.3; BGE 56 II 203 E. 4). Im Weiteren wird zwischen potestativen Bedingungen (das bedingende Ereignis als beliebige Handlung einer

Partei) und kasuellen Bedingungen (Bedingung als Eintritt einer von den Parteien unbeeinflussbaren Tatsache) differenziert. Eine besondere Form der Potestativbedingung bildet die Wollensbedingung, bei der es einzig auf eine Willenserklärung der berechtigten Person ankommt (Markus Widmer/Renato Costantini/Felix Ehrat, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Auflage, N 8 vor Art. 151-157 OR). 7.3. Ist eine Bedingung vereinbart worden und hängt ihre Erfüllung in einem gewissen Ausmass vom Willen einer der Parteien, denen der Vertrag Verpflichtungen auferlegt, ab, hat diese Partei grundsätzlich keine vollumfängliche Freiheit, deren Erfüllung zu verweigern und sich so von ihren vertraglichen Verpflichtungen zu befreien. Sie muss gegenteils auf redlicher und den Regeln von Treu und Glauben entsprechender Art und Weise handeln; im Falle der Verletzung dieser Erfordernisse gilt die Bedingung gemäss Art. 156 OR als erfüllt (BGE 135 III 295 E. 5 ff.). Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung dann als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Art. 156 OR stellt eine Anwendungsnorm und eine konkretisierende Regel von Art. 2 ZGB dar (Markus Widmer/Renato Costantini/Felix Ehrat, a.a.O., N 1 zu Art. 156 OR). Tatbestandselemente von Art. 156 OR ist – nebst dem Verstoss gegen Treu und Glauben – ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Eintritt bzw. Ausbleiben der Bedingung (vgl. BGE 117 II 273 E. 5c). Dieser liegt in der Regel vor, wenn die Bedingung ohne treuwidrige Verhinderung eingetreten wäre. Der Beweis des Kausalzusammenhangs muss nicht mit Sicherheit erbracht werden; hohe Wahrscheinlichkeit genügt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005, E. 3.5.2 ["une haute vraisemblance"]).

13 / 20 Der Grad der für die betroffene Partei bestehenden Freiheit einerseits und der ihr durch die Regeln von Treu und Glauben auferlegten Pflichten andererseits müssen in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände und insbesondere des Gegenstandes und des Zweckes des vorschriftsgemäss nach dem Vertrauensgrundsatz ausgelegten Vertrages bestimmt werden (BGE 117 II 273 E. 4c f.). 7.4.1. Die Berufungsklägerin bringt nun in der Hauptsache vor, sich nicht treuwidrig im Sinne von Art. 156 OR verhalten zu haben (vgl. vorstehend E. 5 Absatz 2). Dem kann nicht gefolgt werden. 7.4.2. Wie schon der Vorderrichter zutreffend festhielt, zielte die strittige Vertragsklausel in Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ einzig auf die Regelung der Rechte für den Wasserbezug für die Quelfassung D.\_\_\_\_\_ ab. Mithin ging es lediglich um die Einräumung von Nutzungsrechten. Dies ergibt sich bereits aus dem – letztlich auch von der Berufungsklägerin am 10. Januar 2020 – unterzeichneten Vertrag betreffend C.\_\_\_\_\_, in dessen umstrittener Klausel Ziff. V. Abs. 3 explizit und einzig von "die Rechte für den Wasserbezug (Hervorhebung durch das Gericht) für die Quelfassung D.\_\_\_\_\_ [...]" gesprochen wird. Ferner wird dieser Schluss auch durch die Historie des Vertragsabschlusses gestützt, war doch bis zur Unterzeichnung der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ (18. Dezember 2019 bzw. 10. Januar 2020) nur die Einräumung bzw. Regelung der Wassernutzungsrechte thematisiert worden. Bereits im Vereinbarungsentwurf zur Regelung des Wasserbezugs vom 14. Oktober 2019 (vorinstanzliches act. III/11) wurde im Betreff nur die Einräumung von "Wassernutzungsrechten" angegeben. Der Entwurf wurde Rechtsanwältin lic. iur. Remo Cahenzli als Vertreterin der politischen Gemeinde sowie der A.\_\_\_\_\_ am 14. Oktober 2019 zugestellt. Mit Email vom 28. Oktober 2019 (vorinstanzliches act. II/13) wurde Rechtsanwältin lic. iur. Remo Cahenzli sodann um Rückmeldung zum Vertragsentwurf ersucht. In besagter Email wurde wiederum (nur) auf die "Neuregelung der Wasserrechte" hingewiesen. Änderungsvorschläge bzw. Vorbehalte

zum Vertragsentwurf seitens der Parteien sind trotz entsprechender Aufforderung in der Email weder dokumentiert noch behauptet worden. Die erst im Rahmen der Berufung vorgetragene Behauptung der Berufungsklägerin, wonach auch weitere Lösungsvarianten, wie eine Gebietsabtretung, diskutiert worden seien, kann vorliegend nicht berücksichtigt werden. Die Berufungsklägerin unterlässt es nämlich gänzlich, die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO substantiiert zu behaupten. Abgesehen davon findet diese Behauptung in den im Recht liegenden Urkunden keine Stütze. So sei auf ein dem Präsidenten der Berufungsklägerin adressiertes Schreiben der Berufungsbeklagten

14 / 20 vom 18. Dezember 2019 hingewiesen (vgl. vorinstanzliches act. III/9). Dieses – der Unterzeichnung der Vereinbarung "C.\_\_\_\_\_" kurz vorausgegangene – Schreiben weist ausdrücklich lediglich auf ein "Wassernutzungsrecht Quelle E.\_\_\_\_\_" hin (vgl. den Betreff des Schreibens). Weiter wird darin ebenfalls nur von der Regelung der "Rechtslage der Wassernutzungsrechte" gesprochen. Die Berufungsklägerin hat in Kenntnis dieser Ausgangslage den Vertrag am 10. Januar 2020 unterzeichnet. Eine Richtigstellung bzw. Erläuterung ihrerseits, dass sie eine Grenzverschiebung und nicht bloss eine Wassernutzungsrechtsbegründung verlangte, erfolgte nicht und ist nicht aktenkundig. Dass stets nur eine Nutzungsregelung der Quellfassung D.\_\_\_\_\_ unter den Parteien beabsichtigt war (und Ziff. V. Abs. 3 folglich in diesem Sinne auszulegen ist), bestätigt sodann in aller Deutlichkeit die Tatsache, dass anlässlich der Gemeindeversammlungen der Berufungsbeklagten wie auch der politischen Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ (vom 12. Juni 2020 bzw.

#### **E. 10**

zu Art. 317 ZPO).

#### **E. 15**

/ 20 nicht einverstanden war. Vielmehr verlangt sie urplötzlich statt lediglich einer Regelung der Wasserbezugsrechte eine Verschiebung der Gemeindegrenze, damit die Quellfassung anschliessend auf dem Gebiet der politischen Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ liege (vgl. vorinstanzliches act. II/11). Die Auffassung der Berufungsklägerin, gemäss Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ könnten beliebige Lösungsmöglichkeiten betreffend die Rechte für den Wasserbezug von der Quellfassung D.\_\_\_\_\_ – mithin auch eine Grenzverschiebung – verhandelt werden (act. A.1, S. 10, Rz. 27), ist angesichts der vorstehend erläuterten Historie nicht nachvollziehbar. Das Verhalten der Berufungsklägerin ist – wie der Vorderrichter zu Recht festhielt – vielmehr als treuwidrig zu qualifizieren, da diese aus nicht nachvollziehbaren Gründen von ihrem ursprünglichen Standpunkt abwich und entgegen der (auch von ihr so verstandenen) Ziffer V. Abs. 3 der Vereinbarung eine Grenzverschiebung – mithin ein durch die Vereinbarung nicht mehr gedecktes aliud – verlangt. Sie verhindert in unzulässiger Weise ihre Zustimmung zur Vereinbarung. Daran ändert auch der Hinweis nichts, wonach noch die Bürgerversammlung über den Vertrag abzustimmen hätte. Zunächst hat sich die Berufungsklägerin den Vorwurf gefallen zu lassen, dass sie selbst den Vertragsentwurf nicht der Bürgerversammlung unterbreitet hat, sondern sich weigert, diesen überhaupt entgegenzunehmen, solange die geforderte Anpassung nicht erfolgt ist (vgl. vorinstanzliches act. III/20). Damit hat sie jedenfalls den Eintritt einer Vorbedingung vereitelt. Sodann kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass bei pflichtgemäßem Bemühen der Berufungsklägerin um das Geschäft die

Bürgerversammlung der ausgearbeiteten Vereinbarung der Wassernutzungsrechte zugestimmt hätte. Davon ist umso mehr auszugehen, weil die Gemeindeversammlungen der Berufungsbeklagten wie auch der politischen Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ der Vereinbarung bereits zugestimmt hatten. Mit dem Vorderrichter ist damit festzuhalten, dass unter diesen Voraussetzungen der Eintritt der "Bedingung" gestützt auf Art. 156 OR zumindest als (sehr) wahrscheinlich gilt. Mit anderen Worten erscheint naheliegend, dass die Berufungsklägerin die Einwilligung zum Bau des C.\_\_\_\_\_ bindend erteilt hat. Jedenfalls vermag die Berufungsklägerin bei dieser Ausgangslage nicht glaubhaft aufzuzeigen, dass dem nicht so wäre, womit eine drohende bzw. bestehende Verletzung ihres Verfügungsanspruches über ihre Grundstückparzelle nicht glaubhaft erscheint. 7.4.4. Die Berufungsklägerin bringt vor, sie sei während der Vertragsverhandlungen nie von Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli vertreten gewesen. Weder aus dem (ihr nicht zugestellten) Vertragsentwurf vom 14. Oktober 2019 (betreffend Wassernutzungsrechten) noch der Aktennotiz vom 17. bzw. 18. März 2020 (vorinstanzliches act. III/14), unterzeichnet vom berufungsbeklagten Rechtsvertre-

#### **E. 16**

/ 20 ter sowie Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli, könne gefolgert werden, dass sie nur "Wassernutzungsrechte" vereinbaren wollte. Sie habe sich stets für die Grenzverschiebung ausgesprochen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Behauptung, wonach Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli die Berufungsklägerin nicht vertreten haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Die Berufungsbeklagte hat die gegenteilige Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2020 aufgestellt (vgl. vorinstanzliches act. I/2, S. 4, Ziff. 12). Die Stellungnahme wurde der Berufungsklägerin am 21. Juli 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt. Ein weiterer Schriftwechsel fand nicht statt. Die Berufungsklägerin hat sich bis zum Entscheid vom 6. August 2020 zu dieser Behauptung nie geäußert. Ob dies im vorliegenden Fall zu einer Anerkennung der Behauptung führt, kann indessen offengelassen werden. Denn jedenfalls gilt die erstmalig im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptung des fehlenden Mandatsverhältnisses als Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO, sodass die Berufungsklägerin das Vorliegende deren Voraussetzungen zu substantiieren hätte. Dies unterlässt sie indes gänzlich. Die neue Behauptung kann folglich nicht berücksichtigt werden. Selbst wenn die Behauptung im Berufungsprozess beachtlich wäre, änderte sie nichts an der vorinstanzlichen Feststellung des bestehenden Mandatsverhältnisses – jedenfalls zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen. Das von der Berufungsbeklagten behauptete Vertretungsverhältnis wird durch diverse im Recht liegende Akten beweismässig erhärtet. In seiner Email vom 24. September 2019 mit dem Betreff "Besprechung O.1\_\_\_\_\_/O.2\_\_\_\_\_" an den Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten hält Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli unter anderem das Folgende fest (vgl. vorinstanzliches act. II/10): "Nach Rücksprache mit der A.\_\_\_\_\_ und der Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ kann ich folgende Terminvorschläge unterbreiten: [...] Von unserer Seite (Hervorhebung durch das Gericht) werden voraussichtlich folgende Amtspersonen teilnehmen: Flurin Panier, Präsident A.\_\_\_\_\_ [...]" Die besagte Email wurde im "CC" auch dem Präsidenten der A.\_\_\_\_\_ zugestellt. Weiter wird der Bestand des (damaligen) Vertretungsverhältnisses durch die von Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli unterzeichnete Aktennotiz vom 17. bzw. 18.

#### **E. 17**

/ 20 März 2020 erhärtet. Darin wird mit Hinweis auf eine Besprechung "der Vertreter der politischen Gemeinde O.1\_\_\_\_\_ und O.2\_\_\_\_\_ sowie der A.\_\_\_\_\_" vom 4. März 2020 festgehalten, wie "die Rechtsvertreter der Parteien" die aktuelle Rechtslage hinsichtlich der Nutzung von öffentlichen Gewässern auffassen. Un- terzeichnet wurde die Aktennotiz sodann vom Rechtsvertreter der politischen Ge- meinde O.1\_\_\_\_\_ sowie von Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli, offensichtlich für die übrigen Parteien, d.h. die politische Gemeinde sowie die Berufungsklägerin (vgl. vorinstanzliches act. III/14). In einer Email des berufungsbeklagten Rechtsvertreters vom 28. Oktober 2019 betreffend Vereinbarungsentwurf Neuregelung Wasserrechte an Rechtsan- walt lic. iur. Remo Cahenzli wurde letzterer darum ersucht, mitzuteilen, ob seitens der politischen Gemeinde O.2\_\_\_\_\_ bzw. der A.\_\_\_\_\_. Vorbehalte oder Ände- rungswünsche bestehen würden (vgl. vorinstanzliches act. III/13). Eine Klarstellung, wonach Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli nicht Vertreter auch der Bürgergemeinde gewesen wäre, ist nicht aktenkundig. Vor diesem Hintergrund konnte der Vorderrichter ohne weiteres von einem beste- henden Mandatsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cahenzli – zumindest während der Dauer der Vertragsverhandlungen – ausgehen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Berufungsklägerin aktuell von Rechtsanwalt lic. iur. Mauro Lardi vertreten wird, datiert dessen Bevollmächtigung doch vom 9. Juli 2020 und somit erst nach der relevanten Vertragsverhandlungs- phase (vgl. vorinstanzliches act. II/1).

7.5. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen bereits wegen der nicht glaubhaft gemachten Haupt- sacheprognose kein Erfolg beschieden ist. Die Berufung ist demnach als unbe- gründet abzuweisen. Insofern kann offenbleiben, ob das beantragte Verbot über- haupt noch geeignet ist, den geltend gemachten Nachteil (Waldrodung) zu verhin- dern, angesichts des – von der Berufungsklägerin unwidersprochen gebliebenen – Vorbringens der Berufungsbeklagten, wonach die Arbeiten auf der Parzelle der Berufungsklägerin bereits weitgehend abgeschlossen seien (vgl. act. A.2, S. 17, Ziff. 79; vgl. auch act. A.3, wo die Berufungsklägerin sogar selber einräumt, die Rodungsarbeiten hätten begonnen).

8.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Berufungsver- fahrens, die in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über Gerichtsge- bühren in Zivilverfahren (BR 320.210; VGZ) auf CHF 3'000.00 festgesetzt werden,

## **E. 18**

/ 20 grundsätzlich zulasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Fragen könn- te sich höchstens, ob die im Zusammenhang mit der (ungenutzt gebliebenen) Schutzschrift – die von der Berufungsbeklagten mit Eingabe vom 14. September 2020 mit Blick auf eine mögliche superprovisorisch beantragte vorsorgliche Mass- nahme für das Berufungsverfahren eingereicht wurde – entstandenen Gerichts- kosten der Berufungsbeklagten auferlegt werden müssen. Hierzu ist zu bemerken, dass das Gericht für die Entgegennahme und das Bereithalten einer Schutzschrift grundsätzlich eine Gebühr verlangen darf (vgl. Beat Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Bern 2013, S. 245; Andreas Güngerich, in: Haus- heer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Bern 2012, N 14 zu Art. 270 ZPO; Lucius Huber, a.a.O., N 19 zu Art. 270 ZPO). Begründet wird dies damit, dass die Gerichte für jede eingereichte Schutzschrift ein formelles Verfahren eröffnen würden und im Verlauf eines solchen Verfahrens in der Regel ein Entscheid ergehe, in dem der Eingang der Schutzschrift und ihre Entgegennahme bestätigt würden (vgl. Andri Hess-Blumer, in: Spüh- ler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessord- nung, 3.

Auflage, Basel 2017, N 38 zu Art. 270 ZPO). Bei der Kostenfestsetzung ist sodann zu differenzieren: Findet die eingereichte Schutzschrift Berücksichtigung in einem späteren vorsorglichen Massnahmeverfahren und unterliegt die Gesuchstellerin dort, hat diese auch für die im Zusammenhang mit der Schutzschrift entstandenen Gerichtskosten aufzukommen (vgl. die Hinweise bei Andri Hess-Blumer, a.a.O., N 38a zu Art. 270 ZPO; ferner auch betreffend Parteien- tschädigung den Beschluss des Obergerichts Zürich LE140056 vom 28. Oktober 2014, E. 2); andernfalls – d.h. wenn die Schutzschrift unbenutzt bleibt oder den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht zu verhindern vermag – hat die Schutz- schriftverfasserin die Gerichtskosten zu tragen (Johann Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozess- ordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich 2016, N 6 zu Art. 270 ZPO). Die genaueren Modalitäten der Kostenauflegung können, wie sich nachfolgend zeigt, an dieser Stelle offengelassen werden (vgl. hierzu Beat Brändli, a.a.O., S. 245). Vorliegend wurde die Schutzschrift von der Berufungsbeklagten während eines hängigen Berufungsverfahrens eingereicht. Der formellen Eröffnung eines separa- ten Verfahrens zur Erfassung bzw. Entgegennahme der Schutzschrift bedurfte es daher nicht, sodass in diesem Zusammenhang auch kein nennenswerter Aufwand für das Gericht entstanden ist. Für die Entgegennahme der Schutzschrift sind so- mit keine gesonderten Kosten zu veranschlagen. Es bleibt somit dabei, dass die Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von CHF 3'000.00 zu Lasten der Beru- fungsklägerin gehen. Sie sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in

#### **E. 19**

/ 20 Höhe von CHF 5'000.00 zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 2'000.00 ist der Berufungsklägerin zurückzuerstatten. 8.2. Entsprechend des Prozessausganges hat die Berufungsklägerin der Beru- fungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine ausseramtliche Entschädigung zu bezahlen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). In der einge- reichten Honorarnote (act. A.3) macht Rechtsanwalt Dr. iur. Gieri Caviezel einen Aufwand von 23 Stunden und 15 Minuten (=23.25 Stunden) geltend. Dieser Auf- wand erscheint angesichts des Umfangs der eingereichten Berufungsantwort zwar eher hoch, aber grundsätzlich noch knapp angemessen. Allerdings werden in der Honorarnote auch Kosten für das Verfassen der Schutzschrift angeführt. Mangels Berücksichtigung der Schutzschrift infolge Ausbleibens eines von der Berufungs- klägerin eingereichten Gesuchs um Erlass superprovisorisch anzuordnender vor- sorglicher Massnahmen für das Berufungsverfahren sind die Kosten entsprechend der oben dargelegten Grundsätze zur Kostenauflegung für die Parteientschädigung nicht zu berücksichtigen. Die Position "Lektüre, prüfen Verfügung KGer, Korre- spondenz mit Herrn F. \_\_\_\_\_ und Herrn G. \_\_\_\_\_, Verfassen Schutzschrift" ist da- her ermessensweise von zwei auf eine Stunde zu kürzen. Daraus resultiert ein zu entschädigender Aufwand von 22.25 Stunden. Der veranschlagte Stundenansatz von CHF 270.00 ist gestützt auf die eingereichte Honorarvereinbarung (vor- instanzliches act. III/3) nicht zu beanstanden. Die ausseramtliche Entschädigung beläuft sich folglich auf total CHF 6'664.15 (22.25 Stunden x CHF 270.00 zzgl. CHF 180.20 [Spesen] und CHF 476.45 [MwSt.]).

#### **E. 20**

/ 20 III.