

# **BGer 5A 44/2016 vom 25. April 2016**

Bundesgericht, 2016-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_44\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_44_2016)

FR: TF 5A 44/2016 du 25 avril 2016

IT: TF 5A 44/2016 del 25 aprile 2016

## **Regeste**

vorsorgliche Massnahmen (Besitzschutz etc.) | Sachenrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid ist in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) mit einem festgestellten Streitwert von Fr. 44'131.60 ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) ergangen und kantonal letztinstanzlich ( Art. 75 BGG ). Er lautet zum Nachteil der Beschwerdeführer, deren Berufungsbegehren nicht entsprochen wurde ( Art. 76 Abs. 1 BGG ). Obwohl die Wärmeversorgung der Liegenschaft zur Zeit gewährleistet ist, kann das aktuelle praktische Interesse der Beschwerdeführer an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids nicht verneint werden, besteht doch die Zusicherung, die Liegenschaft mit Warmwasser zu versorgen, ausdrücklich nur für die Dauer des hängigen Verfahrens (Bst. B.c oben; vgl. BGE 137 I 120 E. 2 S. 123 f., betreffend Liefersperre von Elektrizität).

### **E. 1.2**

Der angefochtene Nichteintretensentscheid betrifft ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 261 ff. ZPO und damit einen Zwischenentscheid, der der Beschwerde an das Bundesgericht nur unterliegt, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 327 ff.). Soweit diese Voraussetzung nicht offenkundig erfüllt ist, haben die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe darzutun, inwiefern sie einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil ausgesetzt sein könnten und die Voraussetzungen der Zulässigkeit ihrer Beschwerde erfüllt sind ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 137 III 522 E. 1.3 S. 525; 141 III 395 E. 2.5 S. 400). Dass bei einer erneuten Unterbrechung der Versorgung von vermieteten Wohnungen mit Warmwasser den Beschwerdeführern als Vermietern nachteilige Folgen wie die Auflösung von Mietverhältnissen, Schadenersatzklagen von Mietern usw. möglicherweise drohen, die auch mit einem günstigen Endentscheid in Zukunft nicht oder nicht gänzlich behoben werden können, liegt auf der Hand und bedarf insoweit keiner näheren Begründung durch die Beschwerdeführer (vgl. zum Begriff des Nachteils: BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 399).

### **E. 1.3**

Das Kantonsgericht ist auf die Berufung der Beschwerdeführer nicht eingetreten, so dass einzig der Antrag auf Aufhebung und Rückweisung zulässig ist. Auf alle weiteren gestellten Anträge kann nicht eingetreten werden ( BGE 138 III 46 E. 1.2 S. 48). Im Übrigen erweist sich die - fristgerecht erhobene ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) - Beschwerde in Zivilsachen als zulässig.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführer rügen den angefochtenen Entscheid als nichtig, weil das Kantonsgericht im Rubrum seines Entscheids nur den Beschwerdeführer 1 als Gesuchs- und Berufungskläger aufgeführt habe. Alle vier Beschwerdeführer, vertreten durch den Beschwerdeführer 1 als Rechtsanwalt, hätten indessen gegen die Abweisung ihres Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen Berufung erhoben und als Gesamteigentümer der Liegenschaft auch erheben müssen. Der Fehler lasse auf Befangenheit des Gerichts schliessen (vorab S. 3 f. und S. 9 der Beschwerdeschrift).

### **E. 2.1**

Das Kantonsgericht hat nicht übersehen, dass der Beschwerdeführer 1 die Berufung nicht bloss in seinem eigenen Namen, sondern auch im Namen der Beschwerdeführer 2-4 erhoben hat. Es ist davon ausgegangen, weil auf die Berufung bereits wegen der mangelhaften Begründung nicht einzutreten sei, könne vorliegend davon abgesehen werden, dem Beschwerdeführer 1 als Berufungskläger eine Nachfrist zu setzen, um die gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO benötigten schriftlichen Vollmachten der heutigen Beschwerdeführer 2-4 nachzureichen (E. 1.5 S. 4 des angefochtenen Entscheids).

### **E. 2.2**

Von Nichtigkeit kann nicht die Rede sein. In Frage steht vielmehr eine einfache Gesetzesverletzung. Nach Art. 132 Abs. 1 ZPO sind Mängel wie fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern, andernfalls die Eingabe als nicht erfolgt gilt. Das Kantonsgericht hat nicht festgestellt, dass der Beschwerdeführer 1 bewusst und freiwillig darauf verzichtet hat, die Vollmachten der Beschwerdeführer 2-4 einzureichen (Urteil 4D\_2/2013 vom 1. Mai 2013 E. 3.1, in: SZZP 2013 S. 295 f.). Der angerufene Art. 132 Abs. 1 ZPO bietet deshalb keine Grundlage dafür, ohne Ansetzung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels die Beschwerdeführer 2-4 im Rubrum des Entscheids wegzulassen. Auf die Ansetzung einer Frist zur Einreichung der fehlenden Vollmachten hat angesichts des Verfahrensausgangs zwar aus prozessökonomischen Gründen nachvollziehbar verzichtet werden dürfen, wie es das Bundesgericht mitunter und auch im vorliegenden Fall tut ( Art. 42 Abs. 5 BGG ; z.B. BGE 139 III 249 E. 1 a.E. S. 251). Bei dieser Vorgehensweise aber wären die Beschwerdeführer 2-4 gleichwohl im Rubrum des Entscheids als Gesuchs- und Berufungskläger aufzuführen gewesen.

### **E. 2.3**

Die unvollständige und damit unrichtige Parteibezeichnung bewirkt keine Nichtigkeit. Vielmehr entspricht es der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Berichtigung der Parteibezeichnung zulässig ist, wenn jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann ( BGE 131 I 57 E. 2.2 S. 63; 136 III 545 E. 3.4.1 S. 551), wie es hier der Fall war. Denn der Beschwerdegegner hat in seinen Eingaben an das Kantonsgericht stets von den Berufungsklägern in der Mehrzahl geschrieben und keine Verwirrung darüber gezeigt, wer Verfahrenspartei ist. Gegen die Berichtigung kann auch die Rechtskraft des Entscheids nicht eingewendet werden, zumal es sich dabei um einen Nichteintretensentscheid mangels ausreichender Begründung der Berufungsschrift gehandelt hat (Urteil 5A\_72/2009 vom 14. Mai 2009 E. 4, in: Praxis 98/2009 Nr. 133 S. 911 und JdT 158/2010 I S. 509 f.). Unter den gleichen Voraussetzungen kann die Berichtigung im bundesgerichtlichen Verfahren zugelassen und das Rubrum des vorliegenden Entscheids angepasst werden (z.B. Urteil 5A\_202/2016 vom 29. März 2016 E. 2).

#### **E. 2.4**

Einen Nichtigkeitsgrund erblicken die Beschwerdeführer weiter darin, dass der angefochtene Entscheid den Beschwerdeführern 2-4 nicht ordnungsgemäss eröffnet worden sei. Der Entscheid ist an den Beschwerdeführer 1 am 9. Dezember 2015 der Post aufgegeben und vom Beschwerdeführer 1 am 17. ds. in Empfang genommen worden. Da der Beschwerdeführer 1 seine Eingaben im kantonalen Verfahren stets auf Papier mit dem Briefkopf seiner Anwaltskanzlei "H. \_\_\_\_\_ Anwaltskanzlei A.A. \_\_\_\_\_" verfasst und sich in allen Eingaben als Vertreter aller Appellanten bezeichnet hatte, durften Zustellungen für alle an ihn allein erfolgen ( Art. 137 ZPO ). Die Zustellung darf somit grundsätzlich als rechtswirksam betrachtet werden. Was für den gegenteiligen Standpunkt sprechen könnte, ist weder ersichtlich noch dargetan.

#### **E. 2.5**

Insgesamt ist die geltend gemachte Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids zu verneinen. Der Mangel unvollständiger Parteibezeichnung wiegt zudem nicht derart schwer, dass er für sich allein die am Entscheid mitwirkenden Gerichtspersonen als befangen erscheinen lassen könnte ( Art. 47 ZPO ; BGE 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158 f.; 141 IV 178 E. 3.2.3 S. 180).

#### **E. 3**

Seinen Nichteintretensentscheid hat das Kantonsgericht damit begründet, dass die Berufung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO eine Begründung enthalten müsse, die Beschwerdeführer ihre Berufung aber mit Bezug auf die entscheidende und erstinstanzlich verneinte Passivlegitimation des Beschwerdegegners nicht begründet hätten.

#### **E. 3.1**

Das Kantonsgericht hat zunächst die Ausführungen der Erstinstanz wiedergegeben, wonach der Beschwerdegegner als natürliche Person zu einer Klage der Beschwerdeführer aus Besitzesstörung nicht passivlegitimiert sei, weil Verwalterin der gemeinsamen Heiz- und Tankanlage die F.E. \_\_\_\_\_ GmbH, eine juristische Person, sei, die im Auftrag der Eigentümerschaft die Einstellung der Wärmeversorgung veranlasst habe. Auch für die Eigentumsfreiheitsklage fehle es aus denselben Gründen an der Passivlegitimation des Beschwerdegegners (E. 1.2 S. 3 f.). Das Kantonsgericht hat festgestellt, die Berufungsschrift beschränke sich in Bezug auf die Passivlegitimation auf die Bemerkung, der Beschwerdegegner sei als Adressat des angefochtenen Entscheids "eo ipso" passivlegitimiert (E. 1.3 S. 4). Gestützt darauf hat das Kantonsgericht erwogen, die Beschwerdeführer behaupteten pauschal, der Beschwerdegegner sei passivlegitimiert, unterliessen es jedoch aufzuzeigen, weshalb die Erstinstanz zu Unrecht zum Schluss gelangt sein solle, der Beschwerdegegner sei aufgrund fehlender Passivlegitimation nicht berechtigt gewesen, aus Besitzesstörung eingeklagt zu werden. Es fehle in der Berufungsbegründung jegliche Auseinandersetzung mit den einlässlichen Ausführungen der Erstinstanz zum Fehlen der Passivlegitimation des Beschwerdegegners. Die Beschwerdeführer begründeten demnach ihre Berufung hinsichtlich der begehrten Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids nicht, weshalb auf ihre Berufung nicht eingetreten werden könne (E. 1.4 S. 4 des angefochtenen Entscheids).

#### **E. 3.2**

Gegen die kantonsgerichtlichen Feststellungen zu ihren Vorbringen begründen und belegen die Beschwerdeführer keine ausnahmsweise zulässigen Sachverhaltsrügen ( BGE 140 III 16

E. 1.3.1 S. 17 f.). Das Bundesgericht hat seinem Urteil folglich den Prozesssachverhalt zugrunde zu legen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), wonach die Beschwerdeführer gegen die einlässlich beurteilte und verneinte Passivlegitimation des Beschwerdegegners eingewendet haben, der Beschwerdegegner sei als Adressat des angefochtenen Entscheids "eo ipso" passivlegitimiert. Die Beschwerdeführer wenden ein, die Passivlegitimation ergebe sich aus elementarer Rechtslogik "eo ipso". Das Kantonsgericht müsse wissen, dass nicht gleichzeitig die Passivlegitimation bestritten und zugleich die Zahlung von Fr. 44'131.60 auf ein vom Gericht zu bestimmendes Sperrkonto verlangt werden könne, und es sei willkürlich zu behaupten, der Störer sei letztlich der beauftragte Sanitär und nicht der Beschwerdegegner als Auftraggeber, wenn die Erstinstanz eine superprovisorische Verfügung erlassen, dabei die Passivlegitimation des Beschwerdegegners von Amtes wegen geprüft und als gegeben erachtet habe (S. 11 f. der Beschwerdeschrift).

### **E. 3.3**

Zutreffend ist das Kantonsgericht davon ausgegangen, dass die Berufung gemäss Art 311 Abs. 1 ZPO "schriftlich und begründet einzureichen" ist. Begründen im Sinn der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragene Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht ( BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375).

### **E. 3.4**

Für die Rechtslogik, die die Beschwerdeführer gegen die Begründungspflicht einwenden, sprechen die Anträge des Beschwerdegegners vor der Erstinstanz nicht, da sie in einem Eventualverhältnis gestanden haben. Eventualbegehren können für den Fall gestellt werden, dass ein Hauptbegehren nicht geschützt wird ( BGE 134 III 332 E. 2.2 S. 333; 140 III 231 E. 3.5 S. 232). Es ist deshalb nicht widersprüchlich und kann daraus kein Zugeständnis der Passivlegitimation abgeleitet werden, wenn der Beschwerdegegner beantragt hat, das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abzuweisen und im Gutheissungsfalle im Sinn von Art. 264 ZPO von der Leistung einer Sicherheit durch die Beschwerdeführer abhängig zu machen (Bst. A.d oben). Die angerufene Rechtslogik lässt sich auch nicht damit belegen, dass die Erstinstanz das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen superprovisorisch gutgeheissen hat. Denn entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer prüft das Gericht die Sachlegitimation als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs zwar von Amtes wegen, unter Herrschaft der Verhandlungsmaxime allerdings bloss nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts ( BGE 118 Ia 129 E. 1 S. 130; 139 III 504 E. 3 S. 507). Da superprovisorische Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei ( Art. 265 Abs. 1 ZPO ) und damit wesentlich gestützt auf die Sachdarstellung des Gesuchstellers allein getroffen werden, kann aus ihrer Anordnung nicht geschlossen werden, das Gericht habe die Passivlegitimation des Gesuchsgegners gleichsam verbindlich bejaht. Entscheidend ist vielmehr, dass das Gericht nach Anhörung der Gegenpartei unverzüglich über das Gesuch entscheidet ( Art. 265 Abs. 2 ZPO ) und die zuvor angeordnete superprovisorische Massnahme ersetzt ( BGE 139 III 86 E. 1.1.1 S. 87 f.). In

diesem Entscheid aber hat die Erstinstanz gestützt auf die Sachdarstellung beider Parteien die Passivlegitimation des Beschwerdegegners geprüft und verneint (Bst. A.e oben). Damit hätten die Beschwerdeführer sich in ihrer Berufungsschrift befassen müssen.

### **E. 3.5**

Aus den dargelegten Gründen verletzt es kein Bundesrecht, dass das Kantonsgericht auf die Berufung der Beschwerdeführer mangels formell genügender Begründung der Berufungsschrift nicht eingetreten ist. Soweit die Beschwerdeführer nun vor Bundesgericht begründen wollen, dass und weshalb der Beschwerdegegner passivlegitimiert sei, gehen ihre Ausführungen an der vom Kantonsgericht beantworteten und heute einzig zu prüfenden Streitfrage nach ihrer in diesem Punkt formell ungenügenden Berufungsschrift vorbei.

### **E. 4**

Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführer werden damit kosten-, hingegen nicht entschädigungspflichtig, zumal keine Vernehmlassungen angeordnet wurden ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.