

## **BGer 5D\_197/2019 vom 24. Februar 2020**

Bundesgericht, 2020-02-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5D\\_197\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5D_197_2019)

FR: TF 5D\_197/2019 du 24 février 2020

IT: TF 5D\_197/2019 del 24 febbraio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein bzw. welches Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1; 143 III 416 E. 1; je mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ) und auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist ( Art. 76 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.2**

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie hier eine vorliegt (Urteil 5A\_453/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 1, nicht publ. in: BGE 133 III 638 ), ist die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Nach den Feststellungen der Vorinstanz beträgt der Streitwert Fr. 10'000.--, was von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet wird.

#### **E. 1.3**

Demnach ist die Beschwerde als subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu behandeln ( Art. 113 BGG ). Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden ( Art. 116 BGG ). Diesbezüglich gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Grundrechten nicht von Amtes wegen, sondern nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 BGG ). Dies bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 140 III 571 E. 1.5; 135 III 232 E. 1.2 ; 134 I 83 E. 3.2).

#### **E. 2.1**

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn: a. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist; und b. die Rechtslage klar ist. Der Rechtsschutz in klaren Fällen erlaubt es der klagenden Partei, bei eindeutiger Sach- und Rechtslage rasch, das heisst ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren, zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Bei Gewährung des Rechtsschutzes ergeht mithin ein definitives, der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil, das einer neuen Beurteilung der Sache wegen der Rechtskraftwirkung entgegensteht ( BGE 138 III 620 E. 5.1.1; 144 III 462 E. 3.1; mit Hinweisen).

## **E. 2.2**

Im Kern erwog das Kantonsgericht, die Beschwerdegegner 1-3 verfügten unbestrittenermassen über Werkleitungsrechte zulasten des Grundstücks der Beschwerdeführerin. Bei Besitzeschutzklagen im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten sei für die Prüfung der verbotenen Eigenmacht zwar nicht auf den Inhalt des Grunddienstbarkeitsvertrags, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung abzustellen. Bei ungemessenen Dienstbarkeiten sei dem Dienstbarkeitsbelasteten diejenige Mehrbelastung grundsätzlich zumutbar, die auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse zurückgehe. Entscheidend sei somit vorliegend, ob das Verlegen der zusätzlichen Leitung im Leitungsschacht im Vergleich zur bisherigen tatsächlichen Ausübung des Werkleitungsrechts zu einer unzumutbaren Mehrbelastung und damit erheblichen Überschreitung bzw. zu einer übermässigen Einwirkung führe. Ob das Verlegen der zusätzlichen, die alte Leitung funktional ersetzenden neuen Kunststoffleitung für die neue Heizung im bestehenden, grosszügig dimensionierten Leitungsschacht als Änderung der bisherigen Zweckbestimmung oder als erhebliche Überschreitung der Dienstbarkeit "Werkleitungsrechte" zu qualifizieren sei, ob diese zusätzliche Leitung die Beschwerdeführerin in der Benützung ihres Grundstücks hindere bzw. im Vergleich zum früheren Zustand und zur bisherigen Ausübung wesentlich mehr als bisher einschränke bzw. übermässig störe, und ob die zusätzliche Leitung die Grenze dessen überschreite, was bei der Begründung der Dienstbarkeit 1968 vernünftigerweise habe in Betracht gezogen werden können, bedinge einen Ermessensentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände. Daher liege eine klare Rechtslage, wie sie Art. 257 Abs. 1 ZPO voraussetze, nicht vor.

## **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, nach gefestigter und unbestrittener Rechtsprechung sei der Besitzestreit (possessorium) vom Rechtsstreit (petitorium) zu trennen. Dessen ungeachtet stütze das Kantonsgericht den angefochtenen Entscheid auf aus dem Recht abgeleitete Gründe und vermische insofern Possessorium und Petitorium. Es begründe die Verneinung einer klaren Rechtslage mit petitorischen Elementen, die gar nicht Gegenstand des Besitzeschutzverfahrens sein könnten und wende damit Art. 928 ZGB i.V.m. Art. 257 ZPO qualifiziert unrichtig und damit im Sinn von Art. 9 BV willkürlich an.

## **E. 3.1**

Jeder Besitzer kann, wenn ihm eine "Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen" ( Art. 927 Abs. 1 ZGB ) oder sein "Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört" ( Art. 928 Abs. 1 ZGB ) wird, gegen den Besitzesentzieher oder -störer Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet.

### **E. 3.1.1**

Die Einräumung einer Grunddienstbarkeit kann, wie beispielsweise beim Weg- oder Leitungsrecht, dem Berechtigten das Recht verleihen, das belastete Grundstück für bestimmte Zwecke zu gebrauchen. Damit wird zugunsten des Berechtigten ein Anspruch auf Duldung einer Besitzesbeeinträchtigung begründet. Bei derartigen Grunddienstbarkeiten verschafft die Ausübung der Dienstbarkeit dem Berechtigten tatsächliche Gewalt über das belastete Grundstück und damit Sachbesitz im Sinn von Art. 919 Abs. 1 ZGB ( BGE 94 II 348 E. 1 betreffend die Ausübung eines Weg- und Fahrrechts; s. auch Stark/Lindenmann, Berner Kommentar, 2016, N. 37 der Vorbem. Besitzeschutz zu

Art. 926-929 ZGB , am Beispiel eines bisher ausgeübten Weiderechts). Der Dienstbarkeitsberechtigte kann sich neben dem Rechtsschutz durch Klagen, wie sie dem Eigentümer vergleichbar zustehen, auch auf den Besitzschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB berufen und gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks, der die Ausübung der Grunddienstbarkeit behindert, eine Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB erheben. Spiegelbildlich kann der Eigentümer der belasteten Liegenschaft den Besitzschutz gegen den Dienstbarkeitsberechtigten anrufen "bei eigenmächtiger Ausdehnung der Grunddienstbarkeitsausübung gegenüber dem bisherigen Bestande und dadurch erzeugter Störung seines Besitzes" (Stark/Lindenmann, a.a.O., N. 74 und N. 76 der Vorbem. Besitzschutz zu Art. 926-929 ZGB ; ebenso: Sutter-Somm, Eigentum und Besitz, SPR V/1, 2. Aufl. 2014, Rz. 1322 S. 606).

Die Abgrenzung zwischen petitorischem und possessorischem Rechtsschutz folgt danach, dass im Besitzschutzprozess zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem belasteten Grundeigentümer nicht auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit gemäss der Rechtslage abzustellen ist, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung (Urteile 5A\_59/2010 vom 22. März 2010 E. 2.1 und zuletzt 5D\_46/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 3). Die bisherige tatsächliche Ausübung wird durch Besitzansprüche gegen verbotene Eigenmacht geschützt. Der Schutz kann jedoch nur für den durch die Ausübung in Erscheinung getretenen Besitz angerufen werden. Wenn das durch den Begründungsakt und Grundbucheintrag eingeräumte Recht lediglich teilweise ausgeübt wurde, so besteht für den nicht in Anspruch genommenen Teil kein Besitzschutz (Sutter-Somm, a.a.O., S. 606 bei/in Anm. 3905).

In der Auseinandersetzung zwischen Grundeigentümer und Dienstbarkeitsberechtigten sind jene Tatsachen Beweisgegenstand, die (1.) die aktuelle Ausübung der Dienstbarkeit und (2.) die bisherige tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit erschliessen. Erfordert die Ausübung der Dienstbarkeit eine Vorrichtung (vgl. Art. 741 ZGB ; "ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude"; "opere necessarie per l'esercizio della servitù") und wurde diese auch gebaut, begründet die bauliche Anlage eine tatsächliche Vermutung für die lang andauernde tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit (Liver, Zürcher Kommentar, 1980, N. 131 f. zu Art. 738 ZGB , am Beispiel der Ausübungsbefugnisse im Zusammenhang mit einem Quellenrecht).

### **E. 3.1.2**

Damit das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen im Kontext des Besitzschutzes gutgeheissen werden kann, müssen der Sachverhalt der Besitzesstörung (resp. -entziehung) unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar sein. Den Sachverhalt bilden der Besitz des Gesuchstellers und dessen Störung (oder Entziehung) durch den Gesuchsgegner. Die Rechtslage, die klar sein muss, ist die possessorische Lage. Es darf also die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen aus Art. 927 bzw. Art. 928 ZGB nicht zweifelhaft sein (vgl. dazu Wolfgang Ernst, Possessorischer Besitzschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011 S. 101 ff.). Weil der Kläger im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen die anspruchsbegründenden Tatsachen voll zu beweisen hat und sich der Beklagte mit substantiierten und schlüssigen Einwendungen begnügen kann, muss der Kläger auch den Beweis für den Nichtbestand des den Einwendungen zugrunde gelegten Tatsachenfundaments erbringen, wenn er liquide Verhältnisse schaffen will ( BGE 138 III 620 E. 6.2).

### **E. 3.2**

Fallbezogen ergibt sich aus den obenstehenden Erwägungen, was folgt: Die Beschwerdeführerin macht eine Überschreitung der Dienstbarkeit "Werkleitungsrecht" geltend. Dieses besteht seit 1968. Seine bisherige tatsächliche Ausübung dürfte gemäss Stichwort den Einbau, das Belassen und das Unterhalten von Werkleitungen im Grundstück der Beschwerdeführerin umfassen. Was zur bisherigen tatsächlichen Ausübung alles gehört hat, bestimmt sich nicht im Juli 2018. Das Beweisverfahren müsste aufzeigen, dass von der Einräumung der Dienstbarkeit bis 2018 stets nur die gleiche Anzahl von Leitungen gleicher Grösse im Werkleitungsschacht vorhanden war und dass niemals eine Leitung ersetzt oder ergänzt oder erweitert wurde. Die Beschwerdeführerin stellt einzig auf den Zeitpunkt des Einbaus der zusätzlichen Leitung ab und behauptet, die Ausübung

nach dem Einbau sei die

aktuelle tatsächliche Ausübung und

vor dem Einbau die

bisherige tatsächliche Ausübung. Letztere Annahme ist durch nichts belegt und von den Beschwerdegegnern substantiiert bestritten und folglich nicht liquid.

Ausserdem ist der Leitungsschacht, in welchem die streitgegenständlichen Vor- und Rücklaufleitungen verlegt wurden, dienstbarkeitsrechtlich eine Vorrichtung, der der Ausübung des Werkleitungsrechts dient (vgl. E. 3.1.1). Was in den Leitungsschacht an Leitungen eingebaut, ersetzt oder erweitert wird, gehörte somit zur bisherigen tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit. Folglich wäre die bisherige tatsächliche Ausübung mit der aktuellen deckungsgleich, was den Besitzschutzanspruch der Beschwerdeführerin als belastete Grundeigentümerin mangels Liquidität eines gegenteiligen Sachverhalts hinfällig machte.

Schliesslich wird in der Doktrin die Auffassung vertreten, dass eine Vorrichtung, die der Ausübung der Dienstbarkeit dient, im Sondereigentum der Dienstbarkeitsberechtigten steht (Liver, a.a.O., N. 37 ff. zu Art. 743 ZGB ; Denis Piotet, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, 2. Aufl. 2012, Rz. 134 S. 54 f. bei/in Anm. 229 mit weiteren Hinweisen). Der Einbau der zusätzlichen Leitung in den Leitungsschacht wäre folglich nicht eine Überschreitung der bisherigen tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit, sondern die Ausübung der Befugnisse aus dem Sondereigentum der Dienstbarkeitsberechtigten am Leitungsschacht, womit das Kantonsgericht im Ergebnis ohne Willkür die Übermässigkeit der Störung vorausgesetzt hat, da mässige Immissionen vom Nachbargrundstück besitzschutzrechtlich erlaubt sind (Urteil 5D\_46/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 4.3 und E. 4.4). Mit Blick auf den daherigen Ermessensentscheid ( BGE 138 III 49 E. 4.4.5) durfte eine klare Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO auch aus diesem Grund willkürfrei verneint werden ( BGE 144 III 462 E. 3.1).

### **E. 4**

Aus den genannten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), aber keine Parteikosten, denn den Beschwerdegegnern ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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