

# **LU\_GERICHTE 1B 16 49 vom 25. Januar 2017**

LU Gerichte, 2017-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_1B\\_16\\_49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_1B_16_49)

FR: LU\_GERICHTE 1B 16 49 du 25 janvier 2017

IT: LU\_GERICHTE 1B 16 49 del 25 gennaio 2017

## **Regeste**

1. Die Einsprache nach Art. 260 Abs. 2 ZPO bedarf keiner Begründung (E. 4.3). 2. Inhalt und Voraussetzungen der Klage auf Durchsetzung des richterlichen Verbots (E. 3-6). 3. Dem Erlass eines gerichtlichen Verbots auf einer Strasse im Privateigentum kann der Umstand entgegenstehen, dass sie öffentlich erklärt wurde. Die Beurteilung dieser öffentlich-rechtlichen Frage erfolgt im Zivilverfahren vorfrageweise. Rechtliche Voraussetzungen für die Öffentlicherklärung einer im Privateigentum stehenden Strasse im Kanton Luzern (E. 7). | Art. 26 BV; Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 928 ZGB; Art. 260 ZPO; § 9 Abs. 1 StrG, § 13 f. StrG. | Zivilrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Einsprache nach Art. 260 Abs. 2 ZPO bedarf keiner Begründung (E. 4.3).

### **E. 2**

Inhalt und Voraussetzungen der Klage auf Durchsetzung des richterlichen Verbots (E. 3-6).

### **E. 3**

Dem Erlass eines gerichtlichen Verbots auf einer Strasse im Privateigentum kann der Umstand entgegenstehen, dass sie öffentlich erklärt wurde. Die Beurteilung dieser öffentlich-rechtlichen Frage erfolgt im Zivilverfahren vorfrageweise. Rechtliche Voraussetzungen für die Öffentlicherklärung einer im Privateigentum stehenden Strasse im Kanton Luzern (E. 7). Rechtskraft: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Entscheid: Der Einzelrichter des Bezirksgerichts erliess mit Entscheid vom 30. Oktober 2013 auf Gesuch der Grundeigentümerin (nachfolgend Klägerin) ein Fahr- und Betretungsverbot auf Grundstück Nr. z. Dieses tangiert die Y-Strasse, welche über das besagte Grundstück verläuft. Gegen das Verbot erhob der Gemeinderat namens der Einwohnergemeinde Z Einsprache nach Art. 260 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272). Auf die daraufhin von der Klägerin gegen den Gemeinderat erhobene Klage auf Anerkennung bzw. Durchsetzung des Verbots trat der Bezirksgerichtspräsident mit Urteil vom 12. August 2016 mangels Partei- und Prozessfähigkeit des eingeklagten Gemeinderates nicht ein. Zudem äusserte er sich der Vollständigkeit wegen und um einen weiteren Prozess zu vermeiden in einer Eventualerwägung zu den materiellen Fragen. Er verneinte die sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichts für den Erlass des genannten Verbots im Wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei der Y-Strasse um eine öffentliche Strasse handle. Dagegen gelangte die Klägerin mit Berufung an das Kantonsgericht und verlangte mit ihrem Hauptbegehren die Nichtigklärung der Einsprache der Beklagten und im Eventualpunkt die "Durchsetzung" des Verbots vom 30. Oktober 2013 gegenüber der Beklagten, handelnd für die Allgemeinheit. Aus den

Erwägungen:

### **E. 3.4**

Wie im Betreibungsverfahren der betreibende Gläubiger bei einem Rechtsvorschlag den Prozessweg zu beschreiten hat, muss auch beim gerichtlichen Verbot gemäss Art. 260 ZPO der Verbotsberechtigte (vorliegend also die Klägerin) der einsprechenden Person mit einer Anerkennungsklage den Prozess machen, ansonsten das Verbot gegen diese strafrechtlich nicht durchgesetzt werden kann. Die Klage des Verbotsberechtigten hat in der Regel ein Unterlassungsbegehren zum Inhalt und stützt sich auf Art. 928 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) bzw. Art. 641 Abs. 2 ZGB ab. Ein gutheissendes Urteil bindet das Strafgericht in Bezug auf die Verbindlichkeit des Verbots im Verhältnis zu dieser beklagten Partei (Göksu, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger], 3. Aufl. 2016, Art. 260 ZPO N 16; Schwander, in: Komm. Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Brunner/Gasser/Schwander], 2. Aufl. 2016, Art. 260 N 3 mit Hinweis auf die Botschaft). Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB kann der Eigentümer u.a. jede ungerechtfertigte Einwirkung auf sein Eigentum abwehren. Dabei handelt es sich um eine actio negatoria, die überwiegend als Eigentumsfreiheitsklage, aber auch als negative Eigentumsklage, als Abwehrklage oder als negatorische Unterlassungsklage bezeichnet wird. Mit der Eigentumsfreiheitsklage kann der Eigentümer einer Sache die Beseitigung einer ungerechtfertigten Einwirkung auf das Eigentum beseitigen bzw. die Unterlassung drohender Eingriffe verlangen. Aktivlegitimiert ist der Eigentümer; passivlegitimiert der Störer. Typische Beispiele für ungerechtfertigte Einwirkungen sind das Betreten oder Überfliegen eines Grundstücks. Die Klage dient primär der Beseitigung bestehender Störungen bzw. drohender Beeinträchtigungen des Eigentums (Wiegand, Basler Komm., 4. Aufl. 2011, Art. 641 ZGB N 40 ff., 58 ff., 63 ff.). Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, so kann der Besitzer gegen den Störer Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben glaubt (Art. 928 ZGB). Passivlegitimiert sind diejenigen Personen, gegen welche die Klage gerichtet werden muss, um störende Einwirkungen in Zukunft auszuschalten. Der Klageantrag kann bezüglich der Beseitigung allgemein lauten; er braucht die einzelnen Beseitigungsmassregeln nicht anzugeben, denn der Gestörte kann sich häufig kein Bild über die tauglichen Massnahmen machen. Zu beweisen hat der Kläger nur seinen Besitz (Klage nach Art. 928 ZGB) resp. sein Eigentum (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und die Störungen bzw. die drohenden Störungen. Dem Beklagten obliegt der Beweis der Einwilligung des Klägers zum Eingriff und der sonstigen, die verbotene Eigenmacht resp. das Eigentum ausschliessenden Umstände (Lindenmann, Berner Komm., Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Bern 2016, Art. 928 ZGB N 10, 12, 50 f.).

### **E. 3.5**

Versäumt jemand die Einsprache, steht diesem gegen den Verbotsberechtigten die "Aberkennungsklage" offen, mit welcher das Verbot und die damit verbundene Sanktion ausser Kraft gesetzt wird. Inhalt der Klage ist, dass die untersagte Störung durch den Kläger rechtmässig erfolgen kann. Es handelt sich um eine negative Feststellungsklage, bei welcher das Feststellungsinteresse regelmässig mit der Anordnung des Verbots selber gegeben sein dürfte (Tenchio/Tenchio, Basler Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 260 ZPO N 9).

### **E. 4**

Die Klägerin verlangt mit ihrem Hauptbegehren die Nichtigkeitserklärung der Einsprache der Beklagten. Im Eventualpunkt verlangt sie die Durchsetzung des verfahrensgegenständlichen Verbots. (...)

#### **E. 4.3**

Eine Einsprache bedarf keiner Begründung und mit ihr wird das ausgesprochene Verbot von Gesetzes wegen dem Einsprecher gegenüber unwirksam (vgl. Art. 260 Abs. 2 ZPO). Jedermann, der das Verbot nicht anerkennen will, kann Einsprache erheben und es ist auch nicht erforderlich, dass der Einsprecher ein besonderes Interesse oder eine besondere Nähe zum fraglichen Grundstück nachweist. Art. 260 ZPO erlaubt mithin eine Art Populäreinsprache. Der Verbotrichter hat keine Legitimationsprüfung vorzunehmen. Nur querulatorische und missbräuchliche Eingaben sind dem Einsprecher zu retournieren (Güngerich, Berner Komm., Bern 2012, Art. 260 ZPO N 2; Tenchio/Tenchio, a.a.O., Art. 260 ZPO N 3; Schwander, a.a.O., Art. 260 ZPO N 2). Von einer querulatorischen oder missbräuchlichen Einsprache kann vorliegend keine Rede sein. Privatrechtlich handelt es sich bei einem öffentlichen Fusswegrecht (wie es vorliegend zur Diskussion steht) um einen Weg oder eine Strasse, der bzw. die von jedermann benützt werden kann (Populärservitut, Gemeindedienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB). Berechtig ist die Öffentlichkeit, welche durch die Einwohnergemeinde vertreten wird. Die Beklagte macht vorliegend geltend, der Öffentlichkeit stehe aufgrund des Zivilrechts (Dienstbarkeitsvertrag; Duldung) ein Wegrecht zu. Ferner vertritt sie den Standpunkt, dass aufgrund einer Öffentlicherklärung der streitbetroffenen Strasse kein Raum mehr für ein privatrechtliches Verbot bestehe. Damit macht sie öffentliche Rechte an der Y-Strasse (öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sowie die aufgrund einer Widmung [Öffentlicherklärung] bestehende Öffentlichkeit der Strasse) und damit einen Eingriff in ihre geschützten Recht geltend, weshalb sie ohne Weiteres zur Einsprache legitimiert ist (vgl. ZR 85 Nr. 99 E. 2d). Dies gilt auch für ihre Eigenschaft als Grundeigentümerin der drei Grundstücke Nrn. y, x und w. Daran ändern auch die Ausführungen der Klägerin nichts. Entgegen ihrer Ansicht ist die Beklagte durch das prozessgegenständliche allgemeine Verbot im Sinne der obigen Ausführungen wie eine Privatperson betroffen (vgl. statt vieler BGE 141 I 253 E. 3.1; LGVE 2009 II Nr. 3 E. 2b/bb). Die Klägerin vertritt die Ansicht, öffentlich-rechtliche Körperschaften könnten den Gemeingebrauch einer Privatstrasse nicht mit einer privatrechtlichen Einsprache erzwingen. Damit verkennt die Klägerin jedoch, dass die Einsprache die Verhinderung eines auf Besitzschutz beruhenden privatrechtlichen Verbots nach Art. 258 ff. ZPO bezweckt. Auch insoweit ist die Einsprachelegitimation der Beklagten, die behauptet, "Inhaberin" des Gemeingebrauchs der Privatstrasse resp. des dadurch gewährleisteten öffentlichen Fusswegrechts zu sein, zu bejahen.

#### **E. 4.4**

Der Hauptantrag, die Einsprache der Beklagten gegen das mit Entscheid des Bezirksgerichts erlassene Verbot sei für nichtig zu erklären, ist somit abzuweisen.

#### **E. 5**

Das Eventualbegehren der Klägerin lautet auf "Durchsetzung" des Verbots vom 30. Oktober 2013 gegenüber der Beklagten, handelnd für die Allgemeinheit. (...)

#### **E. 5.3**

Die Klage des Verbotsberechtigten hat zwar in der Regel ein Unterlassungsbegehren zum Inhalt (vgl. E. 3.4). Ein solches Unterlassungsbegehren könnte sich jedoch im vorliegenden

Zivilprozess einzig gegen die Beklagte richten (z.B. "der Beklagten sei zu verbieten, Grundstück Nr. z im Bereich der Y-Strasse zu betreten"). Damit würde das Verbot nur die Gemeinde (allenfalls deren Organe), nicht jedoch die als Störer auftretenden Privatpersonen der Allgemeinheit umfassen. Die beabsichtigte strafrechtliche Sanktion der das Verbot verletzenden Privatpersonen würde mit einer Unterlassungsklage nicht erreicht. Insoweit ist vorliegend eine Leistungsklage im Sinne einer Unterlassungsklage nicht zielführend. Analog der "Aberkennungsklage" des Störers (vgl. E. 3.4) bleibt der Klägerin als einzige Möglichkeit eine Feststellungsklage mit der Fragestellung, ob das gerichtliche Verbot vom 30. Oktober 2013 gegenüber der Allgemeinheit (repräsentiert durch die Beklagte) und gegenüber der Beklagten als Grundeigentümerin diverser umliegender Grundstücke zu Recht besteht und damit als Störer auftretende Privatpersonen mit der im Verbot angedrohten Busse bestraft werden können.

## **E. 6**

Wie in E. 3.4 erwähnt, kommen als Rechtsgrundlage für die Feststellungsklage der Klägerin Art. 641 Abs. 2 ZGB und / oder Art. 928 ZGB in Frage.

### **E. 6.1**

Die Klägerin ist unbestritten sowohl Eigentümerin wie auch Besitzerin des betroffenen Grundstücks Nr. z.

### **E. 6.2**

(...) Richtig ist, dass das Betreten der streitgegenständlichen Y-Strasse durch die Öffentlichkeit aufgrund der Einsprache der Beklagten zurzeit strafrechtlich ohne Folgen bleibt. Ob das Betreten durch die Allgemeinheit jedoch zivilrechtlich zulässig ist, ist gerade Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die durch die Klägerin dargelegten und von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen Vorfälle belegen, dass unberechtigte Personen die Y-Strasse betraten und somit Beeinträchtigungen resp. Störungen des Besitzes und Eigentums effektiv stattfanden sowie aufgrund der unklaren rechtlichen Situation nach wie vor zu erfolgen drohen. Die Klage wurde am 14. Oktober 2015 eingereicht; die letzten geltend gemachten Störungen erfolgten im Mai 2015. Auch die in Art. 929 ZGB vorgesehene Frist ist damit eingehalten; etwas anderes wird auch von der Beklagten nicht geltend gemacht. Damit hat die Klägerin sowohl die Voraussetzungen der actio negatoria nach Art. 641 Abs. 2 ZGB wie auch die Voraussetzungen von Art. 928 ZGB nachgewiesen. Im Folgenden ist auf die von Amtes wegen erfolgten Feststellungen der Vorinstanz zur sachlichen Zuständigkeit und auf die Einwände der Beklagten einzugehen.

## **E. 7**

Die Vorinstanz prüfte in ihrer Eventualerwägung, ob der Bezirksgerichtspräsident für den Erlass des Verbots sachlich zuständig war, was sie verneinte. Sie führte zusammengefasst aus, sachenrechtlich sei die streitgegenständliche Strasse zwar im Eigentum der Klägerin, entscheidend sei indes auf die Zweckbestimmung abzustellen. Eine im Privateigentum stehende Strasse könne gemäss § 9 Abs. 1 des kantonalen Strassengesetzes vom 21. März 1995 (StrG; SRL Nr. 755, in Kraft seit 1.1.1996) durch eine Dienstbarkeit, eine formelle Öffentlicherklärung und (nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung) als dritte Möglichkeit formlos für den öffentlichen Gebrauch gewidmet und damit zur Benutzung durch die Allgemeinheit bestimmt werden. Eine im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit bestehe vorliegend nicht, hingegen sei die Strasse formell öffentlich erklärt und zudem formlos der Öffentlichkeit gewidmet worden. Die streitbetreffene Strasse sei daher eine öffentliche

Verkehrsfläche. Für entsprechende Verkehrsanordnungen komme das Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01) zur Anwendung; zuständig für solche sei der Kanton und nicht die Gemeinde Z. Das Zivilgericht sei somit für den Erlass des Verbots sachlich nicht zuständig gewesen. Das gerichtliche Verbot erweise sich deshalb mangels sachlicher Zuständigkeit als nichtig. Die Klägerin rügt diese rechtlichen Annahmen in verschiedener Hinsicht als falsch.

### **E. 7.1**

Die streitgegenständliche Y-Strasse steht im Privateigentum der Klägerin. Dem Erlass eines Verbots auf einer Strasse im Privateigentum kann der Umstand entgegenstehen, dass sie öffentlich erklärt wurde. Die Beurteilung dieser öffentlich-rechtlichen Frage erfolgt im vorliegenden Zivilverfahren vorfrageweise (vgl. BGer-Urteil 5A\_348/2012 vom 15.8.2012 E. 3.2 f.).

### **E. 7.2.1**

Die Vorinstanz vertritt in ihrer Eventualerwägung die Ansicht, die Y-Strasse sei gemäss § 9 Abs. 1 StrG formell öffentlich erklärt worden. Mit Vereinbarung vom 9. Juli 1995 (recte 16.6.1995) habe der damalige Grundeigentümer A der Einwohnergemeinde Z das Einverständnis gegeben, dass auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein öffentliches Fusswegrecht grundbuchlich errichtet werde. Im Gegenzug habe er das Benützungsrecht eines Teilstücks der Parzelle Nr. v, GB Z, als Garten erhalten. § 13 Abs. 2 StrG setze für die Öffentlicherklärung einzig die schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers voraus und damit die einfache Schriftlichkeit. Konsequenterweise unterscheide der Gesetzgeber in § 9 Abs. 1 StrG zwischen der Öffentlicherklärung einerseits und der Errichtung einer Dienstbarkeit andererseits als zwei verschiedenen Möglichkeiten der Öffentlichkeit einer Privatstrasse. Die vorliegend erfolgte, an der Gemeindeversammlung kommunizierte (formelle) Öffentlicherklärung sei als entschädigungslose öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung zu qualifizieren. Als solche bedürfe sie keiner Anmerkung im Grundbuch. Letzterer käme bloss deklaratorische Wirkung zu (Art. 680 Abs. 1 ZGB). Der in Art. 680 Abs. 1 ZGB verwendete unbestimmte Gesetzesbegriff "gesetzliche Eigentumsbeschränkungen" erfasse unmittelbare privatrechtliche sowie öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums. Ein Indiz für die öffentlich-rechtliche Natur sei der Umstand, dass der Rechtssatz auf dem Verwaltungsweg geltend gemacht werden könne. Darüber hinaus liege es hier im Ermessen der Gemeinde, eine Anmerkung vorzunehmen oder auf eine solche zu verzichten (§ 103 Abs. 1 StrG, Art. 962 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 129 Abs. 1 GBV e contrario). Der Umstand, dass es weder zu einer öffentlichen Beurkundung noch zu einer Eintragung des Fusswegrechts im Grundbuch gekommen sei, sei in diesem Lichte irrelevant. Mit der schriftlichen Vereinbarung im Jahre 1995 und der Information der Bevölkerung von Z sei die streitgegenständliche Privatstrasse – ungeachtet des Grundbuchvorbehaltes – formell öffentlich erklärt worden. Die Öffentlicherklärung gelte als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gegenüber dem jeweiligen Grundeigentümer uneingeschränkt. Ihre Aufhebung oder Abänderung durch Rechtsgeschäft bedürfe zur Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und der Eintragung in das Grundbuch. Die allfällige Aufgabe des Benützungsrechts des Gartens auf der Parzelle Nr. v, GB Z, wäre demnach für die Aufhebung der Öffentlicherklärung unzureichend. (...)

### **E. 7.3**

Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich in erster Linie nach kantonalem Recht. Dieses umschreibt insbesondere, in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeingebrauch genutzt werden dürfen und wie namentlich öffentlicher Grund von der Allgemeinheit benützt werden darf. Die Eigentumsverhältnisse in einem zivilrechtlichen Sinne sind oftmals für die Benutzung durch die Öffentlichkeit nicht entscheidend. Die Gegenstände des Verwaltungsvermögens sowie die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch brauchen mit anderen Worten nicht zwingend im Eigentum des Gemeinwesens zu stehen. Vielmehr ist entscheidend, dass die Sache zum einen eine entsprechende Zweckbestimmung (Widmung) aufweist und zum anderen dem Gemeinwesen die Verfügungsbefugnis darüber zukommt. Letztere kann sich (nebst Eigentum) aus einem dem Gemeinwesen zustehenden beschränkten dinglichen Recht, einem obligatorischen Recht oder einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsbefugnis ergeben. Die Widmung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, sondern kann auch stillschweigend erfolgen, wobei das Verfahren nach kantonalem Recht bestimmt wird (vgl. Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, 2011, S. 30 f.; vgl. BGer-Urteil 5A\_348/2012 vom 15.8.2012 E. 4.3.1). Strassen und Wege können – wie vorliegend – auch im Eigentum von Privaten stehen. In einem solchen Fall kann das Gemeinwesen dem Privaten die Öffnung seines Grundeigentums nicht einfach aufzwingen; ein derartiges Vorgehen wäre mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) nicht vereinbar, beseitigt doch die Widmung das Recht des Eigentümers, den Gemeingebrauch zu beschränken oder aufzuheben. Aus diesem Grund wird für die Widmung die Verfügungsmacht des (die Widmung) verfügenden Gemeinwesens an der zu widmenden Sache vorausgesetzt. Die Verfügungsmacht wird sich regelmässig daraus ergeben, dass das Gemeinwesen vom Eigentümer ein dingliches Recht erwirbt oder aber – genügende öffentliche Interessen vorausgesetzt – auf dem Weg der (entschädigungspflichtigen) Enteignung erfolgen kann. Schliesslich kann die Verfügungsmacht des Gemeinwesens auch darauf beruhen, dass der private Eigentümer den Gemeingebrauch durch Einverständnis zulässt; dieses kann auch formlos erteilt werden, wobei allerdings ein blosses Dulden der allgemeinen Benützung nicht genügt (Moser, a.a.O., S. 39 f.; vgl. BGer-Urteil 5A\_348/2012 vom 15.8.2012 E. 4.3.2).

#### **E. 7.4**

Es ist unbestritten, dass die Y-Strasse im Eigentum der Klägerin steht. Umstritten ist jedoch, ob der Allgemeinheit dennoch ein Recht auf Benützung, insbesondere Betretung, derselben zukommt und somit kein Raum mehr für die Anordnung eines privatrechtlichen Verbots nach Art. 258 ZPO besteht. Ob es sich bei der Y-Strasse, wie von der Beklagten geltend gemacht, um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch handelt, bestimmt sich nach dem Gesagten nach kantonalem Recht. Da es vorliegend um einen Fussweg geht, welcher Bestandteil einer Strasse ist, ist das kantonale Strassengesetz anzuwenden (Art. 1 Abs. 3 StrG). Öffentliche Strassen im Sinn dieses Gesetzes sind Strassen, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind. Private Strassen sind alle Strassen, die nicht dem Gemeingebrauch gewidmet sind (§ 3 Abs. 1 und 2 StrG). § 9 Abs. 1 StrG bestimmt sodann bezüglich der Privatstrassen weiter, dass diese der Erschliessung des Baugebiets dienen und nicht dem Gemeingebrauch gewidmet sind. Gleichzeitig hält er jedoch fest, dass Privatstrassen durch Dienstbarkeiten oder durch Öffentlicherklärung einer beschränkten öffentlichen Nutzung zur Verfügung gestellt werden können. Gemäss § 13 StrG wird mit der Öffentlicherklärung eine Strasse dem Gemeingebrauch gewidmet (Abs. 1). Diese erfordert bei privaten Güterstrassen und bei Privatstrassen die schriftliche Zustimmung des

Strasseneigentümers oder die Erteilung des Enteignungsrechts (Abs. 2). § 14 StrG hält sodann das genaue Verfahren der Öffentlicherklärung fest. Als Folge der Widmung wird die Strasse mit öffentlich-rechtlicher Wirkung dazu bestimmt, dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Durch den Widmungsakt geht die Strasse aus der privatrechtlichen Sphäre in den Bereich des öffentlichen Rechts über. Die dingliche Berechtigung der Öffentlichkeit am betreffenden Strassenterrain erfolgt kraft öffentlichen Rechts originär. Ein allfälliger Grundbucheintrag ist bloss deklaratorischer Natur (Wicki, Die öffentliche Strasse und ihre Benützung, Winterthur 1967, S. 15 ff.; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 04 122 vom 23.11.2004 E. 3b).

#### **E. 7.5**

Das Grundstück Nr. z ist mit keinem öffentlichen Fusswegrecht belastet. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Y-Strasse auf Grundstück Nr. z nicht durch eine im Zivilrecht begründete Dienstbarkeit zur öffentlichen Strasse im Sinne von § 9 Abs. 1 StrG wurde.

#### **E. 7.6**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Y-Strasse im Rahmen einer formellen Öffentlicherklärung sowie durch formlose Widmung einer öffentlichen Nutzung zugeführt wurde.

##### **E. 7.6.1**

In diesem Zusammenhang dreht sich der Streit vorab um die Frage, welche Anforderungen an die "schriftliche Zustimmung" des Strasseneigentümers im Sinne von § 13 Abs. 2 StrG zu stellen sind. Zu Recht weist die Klägerin in diesem Zusammenhang auf das in §§ 14 und 15 StrG geregelte, straffe Verfahren der (formellen) Öffentlicherklärung von Privatstrassen hin (u.a. öffentliche Bekanntmachung; Einsprachemöglichkeit; formeller Entscheid der Gemeinde über die Öffentlicherklärung). An eine entsprechende schriftliche Zustimmung, die der Erteilung des Enteignungsrechts gleichkommt (vgl. § 13 Abs. 2 StrG), sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Eine solche hat sich vorab auf eine konkrete Absicht des Gemeinderates, eine Privatstrasse öffentlich zu erklären, zu beziehen und muss demgemäss seitens des Grundeigentümers den klaren Willen enthalten, die Privatstrasse künftig als öffentliche Strasse anzuerkennen.

##### **E. 7.6.2**

Aus dem von der Vorinstanz angeführten Dienstbarkeitsvertrag vom 16. Juni 1995 ergibt sich lediglich, dass A der Beklagten ein öffentliches Fusswegrecht zugestand, wobei die Details erst noch zu formulieren waren. Diese Vereinbarung kann nicht als schriftliche Zustimmung im Sinne von § 13 Abs. 2 StrG qualifiziert werden.

##### **E. 7.6.3**

Hinzu kommt, dass auch wenn der Eigentümer der Öffentlicherklärung schriftlich zustimmt, das Verfahren nach § 14 StrG durchzuführen ist, damit Anstösser und weitere Betroffene ihre Rechte wahren können (Botschaft vom 12.4.1994 zum Strassengesetz [B 163] in: GR 1995 S. 590; Erläuterungen zum Strassengesetz vom 21.3.1995 [Hrsg. Baudepartement des Kantons Luzern], Luzern 1997, zu § 13 StrG S. 14). Vorliegend wurde dieses Verfahren nicht durchgeführt und der Gemeinderat fällte auch keinen formellen Entscheid über die Öffentlichkeit der Y-Strasse im Sinne von § 14 Abs. 1 StrG. (...)

#### **E. 7.6.4**

Damit liegt entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine formelle Öffentlicherklärung der streitgegenständlichen Privatstrasse vor. (...)

#### **E. 7.7**

Die Vorinstanz erachtet auch den Tatbestand der formlosen öffentlichen Widmung der Y-Strasse als erfüllt. In rechtlicher Hinsicht erachtet sie das Urteil des Bundesgerichts 5A\_348/2012 vom 15. August 2012 als einschlägig und verweist zur Begründung auf die bereits erwähnte Vereinbarung vom 16. Juni 1995 der Einwohnergemeinde Z mit A. Sie führt aus, die Klägerin habe das Grundstück Nr. z am 3. April 1996 von A erworben, weshalb die Vereinbarung von Gesetzes wegen nach Art. 261 OR auf sie übergegangen sei. Das schriftliche Einverständnis vom 16. Juni 1995 komme einer Zustimmung zur Widmung für den öffentlichen Gebrauch gleich. Nach 1995 hätten A und die Klägerin den Gebrauch der Strasse durch die Öffentlichkeit jahrelang geduldet, was zusätzlich auf eine formlose, konkludente Zustimmung zur öffentlichen Widmung schliessen lasse. Die erste Störungsmeldung sei erst für das Jahr 2005, mithin rund neun Jahre nach dem Kauf des Grundstücks der Klägerin von A, aktenkundig. Die nächste Handlung sei dann der Antrag auf Erlass eines Verbots vom 23. August 2013 gewesen. Es sei somit bei der in Frage stehenden Verkehrsfläche von einer öffentlichen Widmung bzw. Teilwidmung auszugehen. (...)

#### **E. 7.7.1**

Im Urteil 5A\_348/2012 vom 15. August 2012 führte das Bundesgericht zunächst aus, Grundvoraussetzung für die Widmung einer Sache zum Gemeindegebrauch sei die Verfügungsmacht des Gemeinwesens. Eine Strassenparzelle im Privateigentum sei grundsätzlich für den privaten und nicht für den öffentlichen Gebrauch bestimmt. Das Gemeinwesen dürfe sie nur dann und nur soweit durch hoheitliche Anordnungen als öffentliche Verkehrsfläche behandeln, als es die dafür erforderliche Verfügungsmacht (z.B. in der Form eines dinglichen Rechts) erlangt habe. Mangels eines dinglichen Rechts oder einer unmittelbar wirkenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung bedürfe es des Einverständnisses des privaten Eigentümers. Dessen Zustimmung zur Widmung könne auch formlos sein. Ein blosses Dulden der allgemeinen Benützung genüge aber nicht (E. 4.3.2 mit Hinweisen). Das Einverständnis des Eigentümers mit der Widmung seiner im Privateigentum stehenden Strasse zum Gemeindegebrauch bedürfe keiner besonderen Form; ein jahrelanger, widerspruchloser Gebrauch einer Sache durch die Öffentlichkeit könne eine entsprechende (formlose) Widmung bedeuten (E. 4.3.3). Anzumerken ist ferner, dass das Bundesgericht ausdrücklich darauf hinwies, dass sich die Nutzung von öffentlichen Sachen nach dem einschlägigen kantonalen Recht richte (E. 4.3.1). Insofern sind die entsprechenden kantonalen Verfahrensbestimmungen auch massgebend, soweit – wie in casu – eine formlose Widmung zur Diskussion steht (vgl. Moser, a.a.O., S. 30 f. und 37 f.).

#### **E. 7.7.2**

Vorliegend fehlt der Beklagten die Verfügungsmacht. Ihr wurde weder ein dingliches Recht eingeräumt (die Vereinbarung vom 16.6.1995 genügt hierfür nicht) noch steht ihr eine unmittelbar wirkende öffentliche Eigentumsbeschränkung zu (vgl. dazu E. 7.6). Öffentlich kann eine Strasse nur durch Widmung zum Gemeindegebrauch werden. Widmung bedeutet die Bestimmung einer Sache für den öffentlichen Gebrauch, die "Öffentlicherklärung". Der Zweck der öffentlichen Strasse besteht darin, in ihrer Eigenschaft als Verkehrsträger dem

Gesamtwohl, also den Bedürfnissen des allgemeinen Verkehrs, zu dienen (B 163 in: GR 1995 S. 585; zur identischen Rechtsprechung unter dem alten Strassengesetz vom 15.9.1964; vgl. LGVE 1985 III Nr. 41). In casu hat die Beklagte die streitgegenständliche Y-Strasse nie ausdrücklich (d.h. mit Verwaltungsakt) der Öffentlichkeit gewidmet. Dementsprechend hat sie diese weder in eine bestimmte Strassenkategorie eingereiht (vgl. §§ 3 ff. StrG) noch festgelegt, wer die Strassenbaulast trägt (betreffend Privatstrassen vgl. § 61 StrG). Die Öffentlicherklärung von Privatstrassen ist im Kanton Luzern in §§ 13 f. StrG abschliessend geregelt; so war es auch unter altem Strassengesetz vom 15. September 1964 (LGVE 1985 III Nr. 41). Eine formlose Widmung fällt daher im Kanton Luzern ausser Betracht. Damit fehlt es an einer der Grundvoraussetzungen für eine formlose Widmung der Y-Strasse als öffentlichen Weg. Nichts daran zu ändern vermag das sich auf den Kanton Zürich beziehende BGer-Urteil 5A\_348/2012.

### **E. 7.7.3**

Selbst wenn man im Kanton Luzern eine formlose Widmung zulassen wollte, würde dies im vorliegenden Fall nichts am Ergebnis ändern. Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe sich an die Vereinbarung vom 16. Juni 1995 zu halten. Wie bereits erwähnt, sind an eine schriftliche Zustimmung (welche der Erteilung des Enteignungsrechts gleichkommt) hohe Anforderungen zu stellen. Daher hat das Kantonsgericht die Vereinbarung vom 16. Juni 1995 nicht als schriftliche Zustimmung im Sinne von § 13 Abs. 2 StrG qualifiziert (vgl. E. 7.6.2). Somit kann in der Vereinbarung vom 16. Juni 1995 auch keine Zustimmung zur formlosen Widmung für den öffentlichen Gebrauch erblickt werden. Auch hält die Feststellung der Vorinstanz, die Vereinbarung vom 16. Juni 1995 sei nach Art. 261 OR von Gesetzes wegen auf die Klägerin übergegangen, einer näheren Prüfung nicht stand. Art. 261 OR bezieht sich einzig auf Mietverträge. Ein solcher liegt aber vorliegend nicht vor. Die Vorinstanz und die Beklagte vertreten die Ansicht, die Y-Strasse sei durch jahrelangen, widerspruchslosen Gebrauch konkludent formlos der Öffentlichkeit gewidmet worden. Diese Ansicht überzeugt schon deshalb nicht, weil die Widmung zum Gemeingebrauch definitionsgemäss nicht vom Grundeigentümer, sondern vom Gemeinwesen auszugehen hat (vgl. Moser, a.a.O., S. 41). Sodann hat die Klägerin dargelegt, dass sie spätestens ab 2005 immer wieder gegen Störungen, namentlich auch gegen solche durch Fussgänger interveniert hat. Zwar bezieht sich das Schreiben vom 9. Juni 2005 auf das Befahren der Y-Strasse durch Velo- und Töfffahrer, doch ging es bei den klägerischen Reklamationen gemäss den übrigen Schreiben von 2005, 2006 und 2008 implizit darum, dass unberechtigte Personen die Y-Strasse betraten. Die Klägerin hat zudem verneint, in der Zeit zuvor, untätig gewesen zu sein. Das hat die Beklagte nicht rechtsgenügend bestritten. Von einem widerspruchslosen Dulden kann nicht die Rede sein. Anders als im Sachverhalt gemäss BGer-Urteil 5A\_348/2012, wo die streitgegenständliche Strasse gemäss öffentlich-rechtlichen Vorgaben (Baubewilligungen) der Erschliessung bestimmter Gebiete diente, ist zudem vorliegend nicht ersichtlich, dass die Öffentlicherklärung der Y-Strasse für die Erschliessung umliegender und / oder gemeindeeigener Grundstücke zwingend nötig ist. Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass der erwähnte Entscheid für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht einschlägig ist. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass es nach der Vereinbarung vom 16. Juni 1995 nicht zum Grundbucheintrag eines öffentlichen Wegrechts kam. Dabei ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin resp. deren Rechtsvorgänger mit einem solchen Eintrag nicht einverstanden erklärten, andernfalls dies längst erfolgt wäre. Die Annahme einer konkludenten Widmung steht damit im Widerspruch zum Willen der Klägerin resp. deren Rechtsvorgänger.

### **E. 7.8**

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Y-Strasse keine öffentliche Strasse im Sinne des kantonalen Strassengesetzes darstellt. (...) Aus dieser Sicht ist der Zivilrichter sachlich zuständig, entsprechende Verbote nach Art. 258 ff. ZPO zu erlassen. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit ist als Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO) von Amtes wegen zu prüfen (Gehri, Basler Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 59 ZPO N 1).

### **E. 7.9**

Die Vorinstanz führte aus, neben dem kantonalen Strassengesetz seien auch das Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01) sowie die Signalisationsverordnung (SSV; SR 741.21) zu beachten und kämen vorliegend zur Anwendung (BG-Urteil E. II.2.1.2). "Öffentlich" im strassenverkehrsrechtlichen Sinn sind Strassen, welche nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dienen (Art. 1 Abs. 2 VRV). Massgebend ist, dass die Verkehrsfläche einem unbestimmten Personenkreis zur Benützung offensteht (Waldmann/Kraemer, Basler Komm., Basel 2014, Art. 1 SVG N 19; Weissenberger, Komm. SVG, 2. Aufl. 2015, Art. 1 N 6). Öffentlich ist zum Beispiel eine im privaten Eigentum stehende Strassenparzelle, auf der ein vertraglich eingeräumtes öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht lastet (BGer-Urteil 2A.194/2006 vom 3.11.2006 E. 2). Die streitgegenständliche Y-Strasse ist eine reine Privatstrasse, welche nicht zum Zweck des allgemeinen Gebrauchs erstellt (vgl. § 3 Abs. 1 StrG) bzw. nach dem Gesagten dazu mangels Widmung zum Gemeingebrauch auch nicht nachträglich bestimmt worden ist. Auch bestehen darauf kein öffentliches oder privates Fuss- und Fahrwegrecht oder andere privatrechtliche Einschränkungen (vgl. E. 8). Sie wird ausschliesslich privat genutzt und stellt auch keine öffentliche Verkehrsfläche dar, weshalb sie nicht dem Strassenverkehrsrecht des Bundes unterstellt ist (vgl. Moser, a.a.O., S. 57 und 64). Damit kommen SVG und SSV nicht zur Anwendung. Das Verfügungsrecht über die Strasse steht daher der Klägerin zu.

### **E. 7.10**

Der Erschliessungsrichtplan der Gemeinde Z vom Mai 2010 deklariert die streitgegenständliche Y-Strasse als Fusswegverbindung. Gemäss § 1 Abs. 1 des Weggesetzes (WegG; SRL Nr. 758a) enthält der kommunale Erschliessungsrichtplan gemäss § 10a des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRL Nr. 735) das Fusswegnetz mit den Fusswegen, die zu ändern oder neu zu erstellen sind. Richtpläne sind für die Behörden verbindlich und beschränken das Grundeigentum nicht (§ 11 Abs. 1 und 2 PBG). Die Verwaltungs- und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Erlass und die Genehmigung von Richtplänen sind ausgeschlossen (§ 13 Abs. 4 PBG). Insoweit ist die vorinstanzliche Eventualerwägung korrekt. Bei dieser Ausgangslage geht der vorinstanzliche Vorwurf, die Klägerin hätte sich gegen den Richtplan wehren müssen, fehl. Zum einen stand ihr – wie gesagt – kein Rechtsmittel zur Verfügung. Zum andern ist der kommunale Richtplan – wie gesagt – bloss behördenverbindlich. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch für die Öffentlicherklärung von Wegen die Vorschriften in § 14 StrG über das Verfahren der Öffentlicherklärung sinngemäss Anwendung finden (§ 29 Abs. 1 und 2 WegG).

### **E. 8.1**

Ferner hat die Vorinstanz in einer weiteren Eventualerwägung gestützt auf die Vereinbarung vom 16. Juni 1995 ein Mietverhältnis zwischen den Parteien angenommen. Die Klägerin hält dem zu Recht entgegen, dass aus der Vereinbarung vom 16. Juni 1995

kein Wille der Parteien zum Abschluss eines Mietvertrags hervorgeht. Insbesondere ist vorliegend nicht ersichtlich und durch die dafür beweispflichtige Beklagte nicht dargetan, dass die betroffene Y-Strasse auf Grundstück Nr. z mietweise der Beklagten überlassen wurde. Geplant war ja die Eintragung einer entsprechenden Dienstbarkeit und dafür sollte das Entgelt in Form der Gebrauchsüberlassung eines Gartenanteils auf dem Nachbargrundstück erfolgen. Dass der Gartenanteil auf Grundstück Nr. v in der Folge von der Klägerin genutzt wurde, obwohl nie eine Dienstbarkeit ins Grundbuch aufgenommen wurde, hat nicht zur Folge, dass für die dienstbarkeitsrelevante Fläche nachträglich ein Mietvertrag zustande kam. Grundeigentümerin von Grundstück Nr. v ist zudem im heutigen Zeitpunkt nicht die Beklagte, sondern das Alterswohncentrum Z. Wäre von einem Mietvertrag auszugehen, wäre nicht die Beklagte, sondern das Alterswohncentrum Z legitimiert, diesbezüglich Ansprüche zu erheben.

### **E. 8.2**

Soweit die Beklagte sinngemäss einwendet, die langjährige Duldung des Begehens durch die Klägerin resp. deren Rechtsvorgänger begründe in zivilrechtlicher Hinsicht ein öffentliches Fusswegrecht, ist vorab auf die obigen Erwägungen zu verweisen, wonach eine solche verneint wurde (E. 7.7.3). Zudem würde die vorliegend theoretisch in Frage kommende ausserordentliche Ersitzung des öffentlichen Fusswegrechts nach Art. 731 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 662 ZGB voraussetzen, dass (a) das klägerische Grundstück Nr. z nicht im Grundbuch aufgenommen ist bzw. war und (b) die unangefochtene Ausübung der Dienstbarkeit während 30 Jahren durch die Beklagte belegt wäre. Beide Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

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