Urteilskopf

83 II 141

22. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Februar 1957 i.S. Albisser und Mitbeteiligte gegen Schwegler und Obergericht Luzern.
Regeste (de):
Besitzesschutz (Art. 926 ff. ZGB).

1. Das Verfahren zur Beurteilung von Besitzesschutzklagen nach Art. 927 und 928 ZGB (ordentliches oder summarisches) wird vom kantonalen Rechte bestimmt (Erw. 2 und 3, a).

2. Das kantonale Recht darf den Besitzesschutz nicht an strengere als die vom Bundesrecht aufgestellten Voraussetzungen knüpfen. Für eine Grunddienstbarkeit (Wegrecht) kann der Besitzesschutz (Art. 919 Abs. 2 ZGB) auch dann angerufen werden, wenn der Eigentümer des in Anspruch genommenen Landes ein allgemeines amtliches Verbot der Störung seines Eigenbesitzes erwirkt hat (Erw. 3 Anfang und lit. a).

3. Wer den Besitzesschutz für eine Grunddienstbarkeit in Anspruch nimmt (Art. 919 Abs. 2 ZGB), hat deren rechtlichen Bestand glaubhaft zu machen (Erw. 3, b).

Regeste (fr):
Protection de la possession (art. 926 ss. CC).

1. La procédure applicable aux actions possessoires des art. 927 et 928 CC (procédure ordinaire ou procédure sommaire) est réglée par le droit cantonal (consid. 2 et 3, a).

2. Le droit cantonal ne peut soumettre la protection de la possession à des conditions plus strictes que celles qui sont établies par le droit fédéral. La protection de la possession (art. 919 al. 2 CC) peut être invoquée pour une servitude (droit de passage) alors même que le propriétaire du fonds sur lequel celle-ci est prétendue a obtenu de l'autorité une défense générale de troubler sa propre possession (consid. 3, début et litt. a).

3. Celui qui invoque la protection de la possession pour une servitude (art. 919 al. 2 CC) doit rendre vraisemblable l'existence du droit qu'il prétend (consid. 3 b).

Regesto (it):
Protezione del possesso (art. 926 sgg. CC).

1. La procedura applicabile alle azioni possessorie degli art. 927 e 928 CC (procedura ordinaria o procedura sommaria) è disciplinata dal diritto cantonale (consid. 2 e 3, a).

2. Il diritto cantonale non può sottoporre la protezione del possesso a condizioni più severe di quelle stabilite dal diritto federale. Per una servitù (diritto di passo), la protezione del possesso (art. 919 cp. 2 CC) può essere invocata quand'anche il proprietario del fondo gravato abbia ottenuto dall'autoritàun divieto generale di turbare il suo possesso (consid. 3, inizio, e lett. a).

3. Chi invoca la protezione del possesso per una servitù (art. 919 cp. 2 CC) deve rendere verosimile l'esistenza del diritto allegato (consid. 3, b).

Sachverhalt ab Seite 142

BGE 83 II 141 S. 142

A.- Schwegler ist Eigentümer einer Liegenschaft in Werthenstein. Am 1. September 1956 erwirkte er beim Amtsgerichtspräsidenten von Entlebuch ein allgemeines Verbot des Befahrens einer auf seinem Boden verlaufenden Strasse mit Motorfahrzeugen (Autos, Lastwagen, Traktoren etc.), ferner des Betretens seiner Liegenschaft ausserhalb der bestehenden Wege und des Laufenlassens von Hühnern, wie überhaupt jeder Besitzesstörung, unter Strafandrohung.

B.- Seine Nachbarn Albisser, Brechbühl und Isenschmid (sowie Koch, der aber am Beschwerdeverfahren nicht mehr beteiligt ist) verlangten unverzüglich die Aufhebung des Verbotes hinsichtlich der Wegbenützung mit Motorfahrzeugen. Sie machten geltend, das streitige Wegstück sei seit jeher ihre Zufahrtstrasse. Für deren Pflege und Unterhalt hätten sie schon etliche Arbeit geleistet, namentlich beim Ausbau der Strasse im Winter 1952/53. Diese sei zum Befahren mit Automobilen geeignet, und heutzutage sei die Benützung solcher Fahrzeuge auch für Bauern unentbehrlich.
Der Beklagte widersetzte sich der Klage. Er verneinte jegliches Durchfahrtsrecht der Kläger und erklärte, er habe zwar nichts dagegen einzuwenden, dass sie das Strässchen "in vernünftigem Masse" mit Pferdefuhrwerken und andern Fahrzeugen benützen, die eine ähnliche Belastung mit sich bringen; dagegen könne er die Benützung mit Lastwagen auch "precario modo" nicht gestatten.

C.- Der Amtsgerichtspräsident von Entlebuch wies die Verbotsaufhebungsklage ab, weil die Kläger nicht in der Lage seien, urkundliche Fahrwegrechte nachzuweisen. Im gleichen Sinn entschied als zweite Instanz die Justizkommission des luzernischen Obergerichtes. Deren Entscheid vom 27. Dezember 1956 gelangte zum Ergebnis, es

BGE 83 II 141 S. 143

bestehe nicht nur, was die Kläger zugegeben, kein urkundliches Fahrwegrecht, sondern es sei auch weder eine Popularservitut noch eine Grunddienstbarkeit durch unvordenkliche Verjährung (Immemorialverjährung) dargetan. Da die Kläger im Verbotsaufhebungsverfahren ihre Behauptungen nicht hinreichend glaubhaft zu machen vermochten, seien sie auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen.

D.- Gegen diesen Entscheid haben die Kläger Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, mit der sie die Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechtes rügen (Art. 68 Abs. 1 lit. a OG). Sie machen geltend, ihre Klage hätte als reine Besitzesschutzklage nach Art. 926 ff. ZGB, ohne Prüfung des Rechtsbestandes, beurteilt werden sollen. Statt dessen habe das Obergericht auf Grund einer kantonalen Prozessnorm (§ 350 Abs. 2 der luzernischen ZPO) die Glaubhaftmachung einer materiellen Berechtigung verlangt.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 68 Abs. 1 OG ist in Zivilsachen, die nicht der Berufung unterliegen, gegen letztinstanzliche Ent-

scheide kantonaler Behörden Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, (a) wenn statt des massgebenden eidgenössischen Rechts kantonales Recht angewendet worden ist. Eine Zivilsache liegt zweifellos vor, da die Kläger den Besitzesschutz für eine Dienstbarkeit in Anspruch genommen haben. Und zwar hat die Justizkommission des Obergerichts als letzte kantonale Instanz geurteilt. Endlich ist nicht etwa ein Endentscheid ergangen, der bei genügendem Streitwert der Berufung unterläge, sondern ein blosser Zwischenentscheid im summarischen Verfahren (vgl. BGE 81 II 85), wie denn die Kläger auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen worden sind.

2. Die Verweisung in das ordentliche Verfahren bedeutet an und für sich keinen Einbruch in das Bundesrecht. Dieses schreibt für Besitzesschutzklagen nach

BGE 83 II 141 S. 144

Art. 927 und 928 ZGB kein bestimmtes Verfahren vor, sondern stellt es dem kantonalen Recht anheim, für solche Klagen das ordentliche oder ein summarisches Verfahren vorzusehen (vgl. E. HABLÜTZEL, Verhältnis der Besitzschutzklagen zum Rechtsschutz, S. 102). Gilt nach der kantonalen Ordnung für solche Klagen schlechthin das ordentliche Verfahren, so muss es dabei sein Bewenden haben. Aber auch wenn ein summarisches Verfahren zur Verfügung steht, jedoch in einem einzelnen Falle nicht als geeignet befunden wird, die Entscheidung herbeizuführen, kann nicht von der Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts gesprochen werden. Mag darin eine unrichtige Anwendung der kantonalen Verfahrensordnung liegen, so fällt doch der von den Beschwerdeführern angerufene Nichtigkeitsgrund ausser Betracht.

3. Zu entscheiden ist daher nur, ob das kantonale Urteil, ganz abgesehen vom Verfahrensgang, in seinem sachlichen Inhalt auf kantonalem statt auf eidgenössischem Rechte beruhe. Die Beschwerdeführer behaupten dies, indem sie dem Obergericht vorwerfen, aus einer kantonalen Prozessnorm das Erfordernis eines Rechtsnachweises hergeleitet zu haben, während die Art. 926 ff. ZGB bloss auf das tatsächliche Gewaltverhältnis des Besitzes Rücksicht nehmen. Es ist ihnen zuzugeben, dass es nicht anginge, auf Grund kantonalen Rechts für die vom Bundesrecht beherrschten Besitzesschutzklagen besondere, zusätzliche Erfordernisse aufzustellen und den Besitzesschutz auf solche Weise zu erschweren (vgl. OSTERTAG, N. 5 und HOMBERGER, N. 12 zu Art. 927 ZGB; gleiches gilt auch für die Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB). Allein im vorliegenden Fall erweist sich diese Rüge aus folgenden Gründen als unzutreffend. a) Neben dem bundesrechtlichen Besitzesschutz durch Selbsthilfe (Art. 926 ZGB) oder Klage (Art. 927 und 928 ZGB) gibt es einen administrativen und polizeilichen Besitzesschutz nach kantonalem Recht, wie ihn hier der Grundeigentümer durch Erwirkung eines amtlichen Verbotes

BGE 83 II 141 S. 145

in Anspruch genommen hat. Was vorzukehren sei, um die Wirkungen eines solchen Verbotes auf bestehende Rechte abzuwenden, bestimmt grundsätzlich ebenfalls das kantonale Recht (vgl. HOMBERGER, N. 18 zu Art. 927 ZGB). Während z.B. nach der bernischen Verbotsordnung ein Betroffener durch blossen Einspruch (”Rechtsvorschlag”) das Verbot, soweit es ihn betrifft, unwirksam machen kann (Art. 118 ff. EG zum ZGB), ist er nach § 350 Abs. 2 der luzernischen ZPO auf Erhebung einer Verbotsaufhebungsklage angewiesen. Freilich richtet sich das Verbot seinem Zweck entsprechend nur gegen Unbefugte, auch wenn dies in seinem Texte nicht ausgesprochen wird. Hätte der Verbotsnehmer eine Grunddienstbarkeit der Beschwerdeführer mit der Befugnis, auch mit Traktoren und dergleichen Fahrzeugen über den Weg zu fahren, anerkannt, so hätten sie das Verbot gar nicht auf sich selber beziehen müssen. Da Schwegler aber das Verbot ohne Zweifel auch gegen sie

anzuwenden gedachte, indem er sie zu den Unbefugten rechnete, hatten sie hinreichenden Anlass zur Verbotsaufhebungsklage, um ihre wirklichen oder vermeintlichen Rechte zu wahren. Und zwar durften sie die Klage auf die Art. 926 ff. ZGB stützen, da sie sich einen Rechtsbesitz als Servitutsberechtigte zuschreiben. Denn es kann nicht der Sinn eines auf einseitiges Verlangen des Grundeigentümers erlassenen allgemeinen Verbotes sein, in bestehende Besitzverhältnisse einzugreifen und Dritten, die am Verbotsbewilligungsverfahren nicht teilnahmen, den Rechtsbehelf des Besitzesschutzes vorzuenthalten. Liegt auch in der Erwirkung des Verbotes an und für sich keine verbotene Eigenmacht, so kann doch die Anwendung des Verbotes gegen Personen, denen am betreffenden Grundstück Besitz zusteht, ein unzulässiger Eingriff in einen solchen Besitzstand sein. Und da im vorliegenden Falle das Verbot nach der Absicht des Verbotsnehmers auch die Beschwerdeführer, seine Nachbarn, treffen sollte, war damit deren wirklicher oder vermeintlicher Rechtsbesitz bedroht, was einer Besitzesstörung durch Tathandlungen

gleichsteht (vgl. WIELAND, N. 2 zu Art. 928 ZGB). Die Klage war daher als Besitzesschutzklage nach Art. 926 ff. ZGB, speziell 928, zu beurteilen. b) Darüber, ob die Beschwerdeführer am streitigen Wege Besitz kraft einer Grunddienstbarkeit haben (Art. 919 Abs. 2 ZGB), konnte die Vorinstanz nun aber nur nach Prüfung des Bestandes und Umfanges des behaupteten Dienstbarkeitsrechtes entscheiden. Die Benützung eines Weges durch einen Nachbar, mag sie auch seit längerer Zeit und oft vorgekommen sein, darf nicht ohne weiteres als Ausübung eines Rechtes, zumal eines dinglichen, gelten. Kann sie doch unerlaubt sein oder aus blosser Gefälligkeit, auf Zusehen hin, ohne Einräumung eines Rechtes gestattet oder geduldet worden sein. Eine Grunddienstbarkeit kann nur ausüben, wem eine solche zusteht. Zur Errichtung bedarf es nach Art. 731 ZGB der Eintragung in das Grundbuch (oder, nach luzernischem Recht, der sog. Vormerkung am Hypothekarprotokoll; § 131 Ziff. 1 lit. b des EG zum ZGB). Deshalb wird als erste Voraussetzung eines auf Grunddienstbarkeit gestützten Besitzesschutzes der Grundbucheintrag bezeichnet (vgl. HOMBERGER, N. 22 zu Art. 919 ZGB). Nun ist den Beschwerdeführern allerdings darin beizustimmen, dass altrechtliche Grunddienstbarkeiten auch ohne Emtragung bis auf weiteres in Kraft bleiben (Art. 21 SchlT des ZGB). Wenn sie sich aber auf diese Rechtsgrundlage berufen wollten, hatten sie den rechtlichen Bestand der Grunddienstbarkeit nach den dafür geltenden Normen des kantonalen Rechtes glaubhaft zu machen. Davon geht der angefochtene Entscheid zutreffend aus und hält sich damit, wie dargetan, im Rahmen der bundesrechtlichen Voraussetzungen des Besitzesschutzes. Somit kann ihm nicht die Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts vorgehalten werden.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird abgewiesen.