



Kommentar zu: Urteil: [5D_197/2019](#) vom 24. Februar 2020
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Besitzesschutz und Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO

Die Relevanz der «bisherigen tatsächlichen Ausübung» bei der Prüfung der verbotenen Eigenmacht im Rahmen von Besitzesschutzklagen

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Gegenstand des Bundesgerichtsurteils 5D_197/2019 vom 24. Februar 2020 war eine mit einer zivilprozessualen Problematik eng verknüpfte materiellrechtliche Fragestellung. In materiellrechtlicher Hinsicht war umstritten, ob eine neu verlegte schwarze Kunststoffleitung in einem bestehenden Schacht noch von der bisherigen tatsächlichen Ausübung des Benützungs- und Werkleitungsrechts umfasst sei. In prozessualer Hinsicht ging es um die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Das Bundesgericht schützte die Sichtweise des Kantonsgerichts Luzern, wonach die materiellrechtliche Lage alles andere als klar gewesen sei.

I. Sachverhalt

[1] An der E.-Strasse in U. stehen vier Terrasseneinfamilienhäuser. Das oberste Grundstück wird von der Beschwerdegegnerin 3 bewohnt, das zweitoberste Grundstück von der Beschwerdeführerin, das drittoberste Grundstück von den Beschwerdegegnern 1 und 2 und das unterste Grundstück von den Eltern der Beschwerdeführerin. Im Zeitpunkt der Erstellung der Bauten verfügten die vier Häuser über eine im obersten Haus eingebaute, gemeinsame Heizung sowie einen gemeinsamen Öltank im zweitobersten Haus.

[2] Unter den vier Terrasseneinfamilienhäusern verläuft ein durchgehender Leitungsschacht. In diesem sind – neben elektrischen Kabeln – eine Kanalisationsleitung, eine Kaltwasserleitung sowie eine Heizungs-, Vor- und Rücklaufleitung installiert. An diese bis zum Heizkessel führende Heizungsleitung waren alle vier Einfamilienhäuser angeschlossen. Hierfür räumten sich die damaligen Grundeigentümer gegenseitige Benützungs- und Werkleitungsrechte ein, die zugunsten und zulasten der jeweiligen Grundstücke im Grundbuch eingetragen wurden.

[3] Am 28. April 2015 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie habe eine Wärmepumpe installiert und kündige deshalb ihre Benutzung an Heizung und Öltank. Im Auftrag der Beschwerdegegner 1, 2 und 3 demontierten Angestellte der Beschwerdegegnerin 4, der D. AG, im Juli 2018 die bestehende Heizung und installierten eine neue. In diesem Zusammenhang verlegte die Beschwerdegegnerin 4 zudem eine zusätzliche schwarze Kunststoffleitung, welche die Heizungs-, Vor- und Rücklaufleitungen für die neue Heizung enthielt, und befestigte diese mittels Kabelbindern an die bestehende Heizungsleitung. Die Beschwerdeführerin verlangte mit Schreiben vom 25. bzw. 27. Juli 2018 von den Beschwerdegegnern die umgehende Beseitigung der neu verlegten Leitung auf ihrem Grundstück.

[4] Am 7. August 2018 stellte die Beschwerdeführerin beim zuständigen Bezirksgericht ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 [ZPO](#) und beantragte zusammengefasst, den Beschwerdegegnern sei zu befehlen, die neu verlegte schwarze Kunststoffleitung mit den darin enthaltenen Heizungs-, Vor- und Rücklaufleitungen auf ihrem Grundstück innert zehn Tagen nach Rechtskraft des Entscheids zu entfernen, wobei sie im Unterlassungsfall zu ermächtigen sei, die neu verlegte Leitung durch ein Unternehmen auf Kosten der Beschwerdegegner entfernen zu lassen. Das Bezirksgericht hiess das Gesuch am 3. Januar 2019 vollumfänglich gut.

[5] Das Kantonsgericht Luzern trat mit Entscheid vom 30. August 2019 in Gutheissung der von den Beschwerdegegnern ergriffenen Berufung auf das Gesuch nicht ein.

[6] Am 7. Oktober 2019 gelangte die Beschwerdeführerin mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht und erneuerte ihre bereits in den kantonalen Verfahren gestellten Begehren.

[7] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[8] Das Bundesgericht erinnerte vorab daran, dass das Gericht in denjenigen Fällen Rechtsschutz im summarischen Verfahren gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt, in denen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (E. 2.1).

[9] Im vorliegenden Fall verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer klaren Rechtslage i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO aus zwei Gründen.

[10] Erstens sei mit Blick auf die Erwägungen des Kantonsgerichts Luzern festzuhalten, dass die Beschwerdegegner 1, 2 und 3 unbestrittenermassen über Werkleitungsrechte zulasten des Grundstücks der Beschwerdeführerin verfügen würden. Für die Prüfung der verbotenen Eigenmacht sei bei Besitzesschutzklagen im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten nicht auf den Inhalt des Grunddienstbarkeitsvertrags, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung abzustellen. Dem Dienstbarkeitsbelasteten seien bei ungemessenen Dienstbarkeiten diejenige Mehrbelastung zumutbar, die auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse zurückgehe. Die zentrale Frage gehe dahin, ob das Verlegen der zusätzlichen Leitung im Leitungsschacht – im Vergleich zur bisherigen tatsächlichen Ausübung des Werkleitungsrechts – zu einer unzumutbaren Mehrbelastung und somit zu einer erheblichen Überschreitung bzw. zu einer übermässigen Einwirkung geführt habe. In diesem Zusammenhang seien noch viele Fragen offen gewesen, insbesondere die Frage, ob das Verlegen der zusätzlichen Leitung als Änderung der bisherigen Zweckbestimmung oder als erhebliche Überschreitung der Dienstbarkeit «Werkleitungsrechte» zu qualifizieren sei, ob diese zusätzliche Leitung die Beschwerdeführerin mehr als bisher einschränke bzw. übermässig störe und ob die zusätzliche Leitung die Grenze dessen überschreite, was bei der Begründung 1968 habe in Betracht gezogen werden können. Dies hätte zur Folge gehabt, dass das erkennende Gericht einen Ermessensentscheid mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände habe fällen müssen. Vor diesem Hintergrund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass, in Übereinstimmung mit den zweitinstanzlichen Erwägungen, vorliegend von einer «klaren Rechtslage» i.S.v. Art. 257 Abs. 1 ZPO keine Rede sein könne (E. 2.2).

[11] Zweitens ging das Bundesgericht, ebenfalls in Übereinstimmung mit den Erwägungen des Kantonsgerichts Luzern, aufgrund des illiquiden Sachverhalts nicht von einer «klaren Rechtslage» i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO aus. Die Beschwerdeführerin habe eine Überschreitung der Dienstbarkeit «Werkleitungsrecht», welches seit 1968 bestehe, geltend gemacht. Gemäss Stichwort umfasse dessen tatsächliche Ausübung den Einbau, das Belassen

und das Unterhalten von Werkleitungen im Grundstück der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin habe sich vor Bundesgericht einzig auf den Zeitpunkt des Einbaus der zusätzlichen Leitungen abgestützt und diesbezüglich behauptet, die Ausübung der Dienstbarkeit nach dem Einbau sei die aktuelle tatsächliche Ausübung. Demgegenüber stelle die Ausübung der Dienstbarkeit vor dem Einbau gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin die bisherige tatsächliche Ausübung dar, wobei diese Annahme durch nichts belegt, von den Beschwerdegegnern substantiiert bestritten und vor diesem Hintergrund nicht liquid sei (E. 3.2).

[12] Diesbezüglich wies das Bundesgericht darauf hin, dass in Bezug auf die Bestimmung der Parameter der bisherigen, tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit nicht auf den Zeitpunkt Juli 2018 abzustellen sei. Vielmehr hätte sich dem Beweisverfahren entnehmen lassen müssen, dass von der Einräumung der Dienstbarkeit bis 2018 stets nur die gleiche Anzahl von Leitungen gleicher Grösse im Werkleitungsschacht vorhanden gewesen seien und dass nie eine Leitung ersetzt, ergänzt oder erweitert worden sei. Ausserdem sei der Leitungsschacht, in welchem die streitgegenständlichen Vor- und Rücklaufleitungen verlegt worden seien, dienstbarkeitsrechtlich gesehen eine Vorrichtung, welche der Ausübung des Werkleitungsrechts diene. Was in den Leitungsschacht an Leitungen eingebaut, ersetzt oder erweitert werde, gehöre zur bisherigen tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit. Damit sei die bisherige tatsächliche Ausübung mit der aktuellen deckungsgleich mit der Folge, dass der Besitzesschutzanspruch der Beschwerdeführerin – als belastete Grundeigentümerin – mangels Liquidität eines gegenteiligen Sachverhalts obsolet sei (E. 3.2).

[13] Gestützt auf die in der Lehre vertretene Meinung, dass eine Vorrichtung, die der Ausübung der Dienstbarkeit diene, im Sondereigentum der Dienstbarkeitsberechtigten stehe, stelle der Einbau der zusätzlichen Leitung in den Leitungsschacht durch den Beschwerdegegner 4 nicht eine Überschreitung der bisherigen tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit dar, sondern die Ausübung der Befugnisse aus dem Sondereigentum der Dienstbarkeitsberechtigten am Leitungsschacht. Da mässige Immissionen vom Nachbargrundstück in besitzesschutzrechtlicher Hinsicht erlaubt seien, habe das Kantonsgericht Luzern folgerichtig als Voraussetzung die Übermässigkeit der Störung festgelegt, was gemäss Bundesgericht nicht zu beanstanden sei. *In casu* sei deshalb eine klare Rechtslage i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO auch aus diesem Grund zu verneinen (E. 3.2).

III. Kommentar

[14] Art. 928 Abs. 1 [ZGB](#) hält fest, dass der Besitzer in einer Konstellation, in welcher der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört wird, gegen den Störenden Klage erheben kann, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung geht die Klage auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störung und Schadenersatz. Demnach wird mit dieser Bestimmung die Besitzesschutzklage in denjenigen Fällen geregelt, in denen die Beeinträchtigung auf einer *Störung* fusst (EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016 [zit. BK-STARK/LINDENMANN], Art. 928 N 1). Voraussetzung hier ist, dass die Besitzesstörung sich in der Form der *verbotenen Eigenmacht* konkretisiert (WOLFGANG ERNST, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-ERNST], Art. 928 N 2). In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei der Störung – die materieller oder immaterieller Natur sein kann, wobei es auch vorkommen kann, dass der Störer überhaupt keine Herrschaft über die Sache selbst ausübt – nicht um eine zum Verlust des Besitzes führende Beeinträchtigung der Sachherrschaft des Besitzers handeln muss (BSK ZGB II-ERNST, Art. 928 N 2). Keine Voraussetzung ist zudem, dass die Störung zu einem Schaden führt (BGE [104 II 166](#) E. 3c S. 170).

[15] Die Besitzstörungsklage ist ihrer Natur nach ausschliesslich *possessorisch* mit einer scharfen Trennung zwischen Rechts- und Besitzesstreit, also zwischen *petitorium* und *possessorium* (BK-STARK/LINDENMANN, Art. 928 N 2). Nichtsdestotrotz ist bei der Beurteilung einer Besitzesschutzklage die materielle Rechtslage in den meisten Fällen mitzuberücksichtigen (BK-STARK/LINDENMANN, Art. 928 N 4). Da – obschon sich dies dem Gesetzestext nicht entnehmen lässt – eine Besitzesschutzklage nur gegen *übermässige Störungen* erhoben werden kann, ist diesbezüglich auf die zu Art. 684 ZGB entwickelten Grundsätze zurückzugreifen (BSK ZGB II-ERNST, Art. 928 N 3). Beispielhaft hierfür ist die im Nachbarrecht bestehende Regelung, dass nach Art. 684 ZGB jeder Grundeigentümer gewisse Einwirkungen von den Nachbargrundstücken zu dulden hat, wobei nur bei *übermässigen Immissionen* von verbotener Eigenmacht gesprochen werden kann (BK-STARK/LINDENMANN,

Vorbem. zu Art. 926–929 N 45; BSK ZGB II-ERNST, Art. 928 N 3; vgl. BGE [83 II 375](#) E. 3 S. 383). Diesbezüglich ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger – d.h. übermässiger – Immissionen die *Intensität der Einwirkungen* massgebend, welche sich nach objektiven Kriterien beurteilt, wobei stets zu beachten bleibt, dass Art. 684 ZGB – als nachbarrechtliche Norm – in erster Linie «der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs» dienen soll (BGE [132 III 49](#) E. 2.1 S. 50). Daraus folgt, dass die störende Eigenmacht erst dann verboten ist, wenn sie – aufgrund ihrer Intensität – nicht mehr von der nachbarlichen Duldungspflicht umfasst wird (BK-STARK/LINDENMANN, Vorbem. zu Art. 926–929 N 45). Die materiellrechtliche Abgrenzung nach Art. 684 ZGB gilt analog auch im Bereich der Besitzstörungsklage (BK-STARK/LINDENMANN, Vorbem. zu Art. 926–929 N 45).

[16] Des Weiteren ist vor Augen zu halten, dass im Prozess um den Besitzesschutz nicht auf den *Inhalt* der Grunddienstbarkeit gemäss Rechtslage abgestellt wird, sondern auf die *bisherige tatsächliche Ausübung* (BK-STARK/LINDENMANN, Art. 928 N 5). Analog ist bei Grundstücken und Grunddienstbarkeiten auf diejenige Person abzustellen, welche die tatsächliche Gewalt ausübt und nicht auf den im Grundbuch als Berechtigten Eingetragenen (BK-STARK/LINDENMANN, Vorbem. zu Art. 926–929 N 12; BSK ZGB II-ERNST, Art. 928 N 3). Dass die bisherige tatsächliche Ausübung der zentrale Dreh- und Angelpunkt in der vorliegenden Problemkonstellation ist, hielt das Bundesgericht bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1934 folgendermassen fest: «Nach Art. 919 ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat; dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt. Die tatsächliche Ausübung der Nutzung des Triftbachwassers durch die Beschwerdeführer ist nicht bestritten. Aber die Gemeinde Zermatt wendet ein, dass sie nicht genüge, weil gemäss Art. 937 al. 1 hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke eine Klage aus dem Besitze nur für den Eingetragenen bestehe, die Nutzungsbefugnis der Beschwerdeführer aber sowenig wie der Triftbach im Grundbuch eingetragen sei» (BGE [60 II 483](#) E. 4 S. 488). In Bezug auf die Sperrung der Zufuhr von Wasser, Energie oder dergleichen gegenüber einem Grundstückbesitzer, sprechen – gewisser Ansicht nach – die besseren Gründe gegen die Annahme einer Besitzesstörung, da die tatsächliche – den Besitz ausmachende – Sachherrschaft das Recht auf Belieferung nicht umfasst, weswegen die Unterbrechung der Zufuhr keine Verletzung des Besitzes darstellt (BSK ZGB II-ERNST, Art. 928 N 3).

[17] So ist auch in einer Sachlage betreffend Wegrecht einem Gesuchsteller der Besitzesschutz zu gewähren, wenn der Gesuchsteller das behauptete Wegrecht tatsächlich ausübte, indem er über das belastete Grundstück fuhr und dies anhand der vorhandenen Wegspuren erkennbar war, auch wenn ihm die *Glaubhaftmachung* des Bestandes der Dienstbarkeit nicht gelingt (PETER LIVER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730–792 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1980 [zit. ZK-LIVER], Art. 737 N 139). Würde der Besitzesschutz in einem solchen Fall vom Nachweis des Bestandes der Dienstbarkeit abhängig gemacht, würden die Grenzen des *possessorium* überschritten (ZK-LIVER, Art. 747 N 139). Diesbezüglich gilt es ferner zu bedenken, dass ein Richter in einem Besitzesschutzprozess die Rechtslage nicht komplett ausblenden kann, denn ein Blick auf die Rechtslage kann in gewissen Sachlagen der entscheidende Faktor sein: Dies ist bspw. in einem Verfahren der Fall, in welchem Zweifel daran bestehen, dass ein Gesuchsteller die entsprechenden Besitzeshandlungen nicht *vi aut clam aut precario* – also weder gewaltsam, noch heimlich, noch als Bittleihe – vollzog, da er in einer solchen Konstellation gar nicht wegen verbotener Eigenmacht davon abgehalten worden wäre (ZK-LIVER, Art. 747 N 139).

[18] In prozessualer Hinsicht ist zu erwähnen, dass Besitzesschutzansprüche nicht nur – wie im vorliegenden Entscheid – im summarischen, sondern auch im ordentlichen bzw. im vereinfachten Verfahren geltend gemacht werden können. Es liegt jedoch auf der Hand, dass sich für solche Fälle der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO besonders eignet, da er zu einer definitiven, der vollen Rechtskraft fähigen Entscheid über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des gesetzlichen Besitzschutzanspruchs aus dem ZGB führt, ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden müsste und dieses *beschleunigte Verfahren* zudem dem Sinn des Besitzschutzes bestens entspricht (WOLFGANG ERNST, Possessorischer Besitzschutz und eidgenössischer Zivilprozess, in: recht 2011, S. 102). Die klagende Partei kann daher rasch einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid erwirken, weswegen im Vorentwurf zur ZPO treffend vom «schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen» die Rede war: Nur wenn der Fall des Klägers wirklich *klar* ist, ergeht ein Urteil im «kurzen Prozess» (DIETER HOFMANN, Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 [zit. BSK ZPO-HOFMANN], Art. 257 N 2).

[19] Bei der Beanspruchung des raschen Rechtsschutzes ist somit immer das Risiko abzuwägen, dass ein Zivilgericht die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen als nicht gegeben erachtet und die Durchsetzung des Anspruchs dann auf dem Weg des ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren zu erfolgen hat (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 2). Ein Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren nach Art. 257 Abs. 1 ZPO, wenn der *Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar* und die *Rechtslage klar* ist. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Entscheid, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, materielle Rechtskraft entfaltet, steht der Kläger in der Pflicht, sofort den *vollen Beweis* für die anspruchsbegründenden Tatsachen – also den Sachverhalt – zu erbringen, damit klare Verhältnisse herrschen (BGE [141 III 23](#) E. 3.2 S. 26; BGE [138 III 620](#) E. 5.1.1 S. 623; Urteil [4A 184/2015](#) vom 11. August 2015, E. 4.2.1).

[20] Ein «klarer Fall» setzt somit erstens voraus, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen nach Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO *unbestritten oder sofort beweisbar* sind. Voraussetzung für die Gutheissung eines Gesuches um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 Abs. 1 ZPO ist demnach, dass der Sachverhalt – der den Besitz des Gesuchstellers und dessen Entziehung oder Störung durch verbotene Eigenmacht des Gegners darstellt – unbestritten oder sofort beweisbar ist (ERNST, a.a.O., S. 102). Zur Natur der Besitzeschutzklagen führte das Bundesgericht Folgendes aus: «Besitzeschutzklagen führen zu einem Urteil, in dem nur über die Wiederherstellung oder Erhaltung des Zustands der tatsächlichen Gewalt über die Sache, nicht aber über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes bzw. über das Recht an der Sache entschieden wird. Besitzeschutzurteile können daher durch ein späteres Urteil über das Recht an der Sache umgestossen werden und sind unter diesem Blickwinkel nicht als endgültige, sondern bloss als vorläufige Regelung zu betrachten» (BGE [135 III 633](#) E. 4.1 S. 636; BGE [113 II 243](#) E. 1b S. 245). Obschon im Hinblick auf das *Beweismass* dieselben Regeln gelten wie im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren, gilt die in Art. 254 ZPO normierte Beweismittelbeschränkung, insbesondere die Beschränkung auf den Urkundenbeweis, wobei die Elemente eines solchen Sachverhaltes in einem Besitzeschutzprozess gerade häufig nicht einem Urkundenbeweis zugänglich sind (ERNST, a.a.O., S. 102).

[21] Da es sich beim Rechtsschutz in klaren Fällen um ein verkürztes Erkenntnisverfahren handelt, muss der Kläger den entsprechenden Anspruch mit den entsprechenden – eingeschränkten – Beweismitteln *voll beweisen* und nicht nur glaubhaft machen (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 3). Der liquide Sachverhalt muss dabei den Vorbringen der Gegenpartei standhalten (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 9). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt in denjenigen Fallkonstellationen ein *unbestrittener Sachverhalt* vor, in denen der Beklagte die anspruchsbegründenden Behauptungen des Klägers nicht bestreitet (Urteil [5A 768/2012](#) vom 17. Mai 2013, E. 4.2.1). Bei einer Bestreitung des Sachverhalts durch den Beklagten ist der Kläger gehalten, den Sachverhalt sofort zu beweisen (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10a). Das Bundesgericht geht dann von einem sofort beweisbaren – und damit liquiden – Sachverhalt aus, wenn er *ohne zeitliche Verzögerung* sowie *ohne besonderen Aufwand* nachgewiesen werden kann (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10a; vgl. BGE [138 III 123](#) E. 2.1.1 S. 125; BGE [138 III 620](#) E. 5.1.1 S. 621; Urteil [5A 768/2012](#) vom 17. Mai 2013, E. 4.2.1). Entscheidend und der relevante Massstab ist, dass der Kläger den «klaren Fall» zu beweisen hat und das erkennende Gericht davon auch überzeugt ist, denn nur auf dieser Grundlage konkretisieren sich die Anforderungen, die an die Bestreitung durch den Beklagten gestellt werden (BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 10b).

[22] Zweitens setzt «ein klarer Fall» nach Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO voraus, dass die *Rechtslage klar* ist. Das Bundesgericht beschreibt eine klare Rechtslage folgendermassen: «Eine klare Rechtslage ist gegeben, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt» (Urteil [4A 184/2015](#) vom 11. August 2015, E. 4.2.1). Ist jedoch bei der Anwendung einer Norm ein *Ermessens- oder Billigkeitsentscheid* des erkennenden Gerichts mit *wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände* erforderlich, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht von einer klaren Rechtslage auszugehen (BGE [141 III 23](#) E. 3.2 S. 26; BGE [138 III 123](#) E. 2.1.2 S. 126). Eine *unklare Rechtslage* liegt demnach vor, wenn der Beklagte «substanziell und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern» (Urteil [4A 184/2015](#) vom 11. August 2015, E. 4.2.1). Im Unterschied dazu ist in denjenigen Sachlagen von einem *klaren Fall* auszugehen, in denen das erkennende Gericht «aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der klagenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagten Einwände könne daran nichts ändern» (Urteil

[23] In Bezug auf die klare Rechtslage gilt in Erinnerung zu rufen, dass die *possessorische Rechtslage* klar sein muss mit der Folge, dass an der Anwendung der entsprechenden Bestimmungen aus Art. 927 bzw. 928 ZGB keine Zweifel bestehen dürfen (ERNST, a.a.O., S. 102). Nicht von Relevanz ist hierbei, ob die Rechtslage in Bezug auf das bessere Recht klar oder unklar ist (ERNST, a.a.O., S. 102). Im Rahmen von Besitzesschutzprozessen ist die Rechtslage oft – aber nicht zwingend immer – klar, weswegen auf ein Gesuch nach Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten ist, wenn kein klares Recht vorliegt (ERNST, a.a.O., S. 103).

[24] Vorliegend hat das Kantonsgericht Luzern erwogen, dass abgeklärt werden müsse, ob das Verlegen der entsprechenden zusätzlichen Leitung im Leitungsschacht im Vergleich zur bisherigen tatsächlichen Ausübung des Werkleitungsrechts zu einer unzumutbaren Mehrbelastung und damit zu einer erheblichen Überschreitung bzw. zu übermässigen Einwirkungen führe und in diesem Zusammenhang noch einige Fragen offen seien (vgl. E. 2.2). Dies bedinge einen Ermessensentscheid des erkennenden Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände, weshalb eine klare Rechtslage, wie von Art. 257 Abs. 1 ZPO gefordert, nicht vorliege. Eine klare Rechtslage nach Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO habe auch deshalb nicht bestanden, weil vor dem Hintergrund, dass mässige Immissionen vom Nachbargrundstück in besitzesschutzrechtlicher Hinsicht erlaubt seien, das Kantonsgericht die Übermässigkeit der Störung als Voraussetzung festgelegt habe und diesbezüglich nicht von Klarheit bezüglich übermässige Immission habe ausgegangen werden können (vgl. E. 3.2). Das Kantonsgericht Luzern hatte aufgrund des Sachverhalts einen Ermessensentscheid mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände zu fällen. Unter Berücksichtigung der aus Literatur und bundesgerichtlicher Rechtsprechung skizzierten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Rechtsschutzes in klaren Fällen erweisen sich die durch das Bundesgericht geschützten Erwägungen des Kantonsgerichts Luzern in jeder Hinsicht als schlüssig und überzeugend.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Besitzesschutz und Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, in: dRSK, publiziert am 18. Juni 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)