

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_699/2008/bnm

Urteil vom 5. Dezember 2008
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
K._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Pius Schumacher,

gegen

1. A._____ AG,
2. B._____ AG,
Beschwerdegegnerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Richard Kottmann,

Gegenstand
Personaldienstbarkeit; obligatorische Ansprüche,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern, I. Kammer als
Rekursinstanz, vom 28. August 2008.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 8. September 1987 schlossen X._____ einerseits sowie die Ehegatten Y._____ und Z._____ andererseits einen Dienstbarkeitsvertrag. X._____ räumte den Ehegatten Y._____ und Z._____ zu Lasten seines Grundstücks Nr. xxx (Grundbuch R._____) das alleinige, übertragbare, dingliche Recht zur Ausbeutung von Kies, Sand sowie anderen Kiesmaterialien sowie für diesen Zweck ein Fahrwegrecht ein. Die Personaldienstbarkeiten wurden im Grundbuch eingetragen.

A.b Am 21. Januar 1992 unterzeichneten die Ehegatten Y._____ und Z._____ und die C._____ AG, handelnd durch deren Alleinaktionär Y._____, einerseits und die B._____ AG andererseits ein mit "Absichtserklärung" betitelttes Schriftstück. Darin erklärten zuerst die Ehegatten Y._____ und Z._____ ihre ausdrückliche Absicht, ihre Rechte und Pflichten unter anderem aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 8. September 1987 vollumfänglich auf die C._____ AG zu übertragen, die nach vollzogener Abtretung unmittelbar obligatorisch berechtigt und verpflichtet sein sollte. Die C._____ AG erklärte daraufhin ihre gleichlautende ausdrückliche Absicht, die ihr übertragenen Rechte und Pflichten mit obligatorischer Wirkung vollumfänglich auf die B._____ AG zu übertragen.

A.c Am 14. April 1992 schlossen die C._____ AG, handelnd durch deren Verwaltungsrat Y._____, einerseits und die B._____ AG andererseits einen Vertrag betreffend die entgeltliche Übertragung von Kiesausbeutungsrechten. Verwiesen wurde vorweg auf den Abtretungsvertrag vom gleichen Tag, mit dem die Ehegatten Y._____ und Z._____ ihre sämtlichen Rechte und Pflichten unter anderem aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 8. September 1987 mit obligatorischer Wirkung auf die C._____ AG übertragen hatten. Diese auf sie übergegangenen Rechte und Pflichten übertrug die C._____ AG auf die B._____ AG, die damit unmittelbar obligatorisch berechtigt und verpflichtet wurde.

A.d Am 7. September 2007 vereinbarten die Ehegatten Y._____ und Z._____ und die

K. _____ AG die Übertragung der im Grundbuch zu Lasten der Parzelle Nr. xxx eingetragenen Personaldienstbarkeiten. Das Ausbeutungsrecht für Kies, Sand sowie andere Kiesmaterialien und das Fahrwegrecht wurde neu zu Gunsten der K. _____ AG im Grundbuch eingetragen.

A.e Am 29. Januar bzw. 8. Februar 2008 verfügte der Gemeinderat R. _____ vorsorglich die Einstellung der Kiesabbau- bzw. Deponiearbeiten insbesondere der K. _____ AG auf dem Grundstück Nr. xxx mit der Begründung, dass einzig eine gültige Bau- und Betriebsbewilligung über die Kiesgrube besteht, die allein auf die B. _____ AG lautet und vom 9. Oktober 2003 datiert.

B.

Am 15. Mai 2008 stellte die K. _____ AG (fortan: Beschwerdeführerin) das Gesuch, der A. _____ AG und der B. _____ AG (hiernach: Beschwerdegegnerinnen) im Rahmen des Befehlsverfahrens und vorab im Sinne einer dringlichen Anordnung sofort zu verbieten, auf dem Grundstück Nr. xxx in irgendeiner Form Ausbeutungs-, Planierungs- und Deponiearbeiten auszuführen unter Androhung der Unehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall. Die Beschwerdegegnerinnen schlossen auf Abweisung des Gesuchs. Der Präsident 2 des Amtsgerichts S. _____ wies das Gesuch ab mangels Liquidität der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse (Entscheid vom 27. Juni 2008). Den dagegen eingelegten Rekurs der Beschwerdeführerin wies das Obergericht des Kantons Luzern mit gleicher Begründung ab (Entscheid vom 28. August 2008).

C.

Dem Bundesgericht beantragt die Beschwerdeführerin, den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und ihr Gesuch vom 15. Mai 2008 gutzuheissen, eventualiter den Fall an das Obergericht zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. Es sind die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

Die Streitigkeit betrifft die dingliche bzw. obligatorische Berechtigung von Privatpersonen an einem Grundstück und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Streitwert, der nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid (E. 11 S. 6) den Betrag von Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Das Obergericht hat als letzte kantonale Instanz entschieden (Art. 75 Abs. 1 BGG) und dadurch ein kantonales Befehlsverfahren abgeschlossen (Art. 90 BGG). Es hat die Liquidität der Sach- und Rechtslage und damit die Voraussetzung für die Einleitung des Befehlsverfahrens im Sinne von § 226 ZPO/LU verneint (E. 7-9 S. 4 f.). Der angefochtene Entscheid beruht ausschliesslich auf kantonalem Zivilprozessrecht (vgl. BGE 93 II 282 E. 3 S. 285; 100 II 285 E. 1 S. 289), dessen Anwendung das Bundesgericht einzig unter dem Blickwinkel der Willkür prüft (Art. 95 lit. a BGG), sofern eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 III 462 E. 2.3 S. 466; 133 I 201 E. 1 S. 203). Die Beschwerdeführerin erhebt denn auch ausschliesslich Verfassungsrügen (S. 4 Ziff. 5 der Beschwerdeschrift). Auf die Beschwerde kann eingetreten werden, wobei auf formelle Einzelfragen im Sachzusammenhang einzugehen sein wird.

2.

Eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass das Obergericht sich mit ihren Vorbringen nicht auseinandergesetzt habe, wonach sie über eine alleinige dingliche Berechtigung am Grundstück Nr. xxx verfüge, die gegen alle ihr entgegengehaltenen obligatorischen Rechte wirke, und wonach eine Abtretung der Rechte und Pflichten aus einem Dienstbarkeitsvertrag an die Beschwerdegegnerin 2 rechtswirksam nie erfolgt sei (S. 7 ff. Ziff. 14-17 der Beschwerdeschrift). Unter Hinweis auf die verschiedenen Beweisurkunden (Bst. A/a-e hiervor) ist das Obergericht davon ausgegangen, dass die Rechtslage nicht im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerin liquid sei und die Beschwerdegegnerinnen ihre Einwendungen glaubhaft gemacht hätten. Es hat dabei näher dargelegt, aus welchen Gründen zum einen die Rechtsfrage im Befehlsverfahren nicht geprüft werden könne, ob sich die Beschwerdeführerin auf ihre dingliche Berechtigung gemäss Grundbucheintrag zu berufen vermöge oder ob sie sich die obligatorischen Rechte der Beschwerdegegnerinnen entgegenhalten lassen müsse, und weshalb zum anderen die Beschwerdegegnerin 2 und die in ihrem Auftrag tätige Beschwerdegegnerin 1 ihre obligatorische Berechtigung zum

Abbau von Kies und zu Rekultivierungsarbeiten auf dem Grundstück Nr. xxx glaubhaft gemacht hätten (E. 7-9 S. 4 f. des angefochtenen Entscheids). Das Obergericht ist damit auf die wesentlichen Vorbringen der Parteien eingegangen und hat der verfassungsmässigen Prüfungs- und Begründungspflicht genügt, wie sie die Beschwerdeführerin selber umschreibt. Die

Beschwerdeführerin konnte sich auf Grund der Begründung über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88). Die Verfassungsgründe erweist sich als unbegründet.

3.

Ihre Willkürklagen begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen gleich wie die geltend gemachte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es geht um die vom Obergericht verneinte Liquidität der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und damit um die als glaubhaft angesehene obligatorische Berechtigung der Beschwerdegegnerinnen und die unbeachtet gebliebene Wirkung der dinglichen Berechtigung der Beschwerdeführerin sowie zusätzlich um das vom Amtsgerichtspräsidenten angeführte Moment der Duldung der von den Beschwerdegegnerinnen ausgeführten Arbeiten durch die Beschwerdeführerin (S. 9 f. Ziff. 18-21 der Beschwerdeschrift).

3.1 Gemäss § 15 Abs. 2 lit. a ZPO/LU entscheidet der Präsident des in der Hauptsache zuständigen Gerichts über "die schnelle Handhabung klaren Rechts (§ 226)". Das Befehlsverfahren nach § 226 ZPO/LU kann eingeleitet werden bei nicht streitigen oder sofort feststellbaren tatsächlichen Verhältnissen. Erforderlich sind nach der - unangefochtenen - kantonalen Rechtsprechung die Liquidität sowohl der Sachlage ("nicht streitig oder sofort feststellbar") als auch der Rechtslage ("klar"). Die Rechtslage ist nicht liquid, wenn verschiedene Rechtsnormen in Betracht kommen (LGVE 2001 I Nr. 26 S. 39 f.; 2004 I Nr. 40 S. 99; allgemein: HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, S. 297 ff. N. 914-924). Nach der kantonalen Praxis hat der Gesuchsteller die tatsächlichen Verhältnisse mit den rasch verfügbaren Beweismitteln - in der Regel durch Urkunden - zu belegen, während der Gesuchsgegner seine Einwendungen bloss glaubhaft machen, d.h. das Gericht nicht von der Richtigkeit, sondern nur vom wahrscheinlichen Bestand der Einwendungen überzeugen muss (vgl. STUDER/RÜEGG/EIHLER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N. 3 zu § 226 ZPO/LU, mit Hinweisen). Ob diese Liquidität der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse durch das kantonale Gericht richtig beurteilt worden ist, prüft das Bundesgericht einzig auf Willkür hin (vgl. BGE 118 II 302 E. 3 S. 305; 104 Ia 408 E. 3 S. 410 f., betreffend klares Recht im Sinne von § 222 ZPO/ZH).

3.2 Willkür erblickt die Beschwerdeführerin zunächst darin, dass das Obergericht das Vorbringen für glaubhaft betrachtet habe, den Beschwerdegegnerinnen stehe eine obligatorische Berechtigung für Kiesabbau und ähnliche Tätigkeiten auf dem Grundstück Nr. xxx zu.

Die obergerichtliche Beweiswürdigung lässt sich indessen auf die im Recht liegenden Beweisurkunden stützen und erscheint deshalb nicht als willkürlich. Unangefochten belegt ist, dass die C._____ AG der Beschwerdegegnerin 2, in deren Auftrag die Beschwerdegegnerin 1 auf dem Grundstück Nr. xxx Arbeiten verrichtet, am 14. April 1992 sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 8. September 1987 mit obligatorischer Wirkung übertragen hat. Richtig ist, dass die C._____ AG selber nicht Partei des besagten Dienstbarkeitsvertrags war und daher die Rechte daraus vorgängig selber übertragen erhalten haben muss. Dass diese Übertragung vorgängig erfolgt ist, durfte ohne Willkür angenommen werden, weil gemeinsam mit seiner Ehefrau der Alleineigentümer der C._____ AG dienstbarkeitsberechtigt war, die dienstbarkeitsberechtigten Ehegatten gemeinsam mit der C._____ AG und der Beschwerdegegnerin 2 schriftliche Absichtserklärungen unterzeichnet haben, die durch den Vertrag vom 14. April 1992 zwischen der C._____ AG und der Beschwerdegegnerin 2 dann umgesetzt wurden, und weil im fraglichen Vertrag zusätzlich auf die zwischen den dienstbarkeitsberechtigten Ehegatten und der C._____ AG erfolgte Abtretung der Rechte

und Pflichten aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 8. September 1987 verwiesen wird. Dass dieser letztere Abtretungsvertrag nicht vorliegt, vermag unter Willkür Gesichtspunkten die Glaubhaftigkeit der obligatorischen Berechtigung der C._____ AG und damit deren Befugnis zum Abschluss des Vertrags mit der Beschwerdegegnerin 2 auf Grund der Indizienlage insgesamt nicht zu erschüttern (vgl. Bst. A/b-c hiavor).

Es kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin 2 seit 2003 über eine ausschliessliche Bau- und Betriebsbewilligung über die Kiesgrube auf dem Grundstück Nr. xxx verfügt (vgl. Bst. A/e hiavor). Ihre obligatorische Berechtigung am Grundstück Nr. xxx durfte deshalb willkürfrei als glaubhaft betrachtet werden.

3.3 In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die Beschwerdeführerin die Personaldienstbarkeiten mit Vertrag vom 7. September 2007 übertragen erhalten hat und seither als Dienstbarkeitsberechtigte im Grundbuch eingetragen ist (vgl. Bst. A/d hievor). Streitig ist das Verhältnis der dinglichen

Berechtigung der Beschwerdeführerin zur vorbestehenden obligatorischen Berechtigung der Beschwerdegegnerin 2 aus dem Jahre 1992.

Gemäss Art. 924 Abs. 3 ZGB kann der Dritte dem Erwerber die Herausgabe einer Sache aus den gleichen Gründen verweigern, aus denen er sie dem Veräusserer hätte verweigern können. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung könnten die Beschwerdegegnerinnen ("Dritte") der Beschwerdeführerin ("Erwerber") die Überlassung des Grundstücks Nr. xxx zur Nutzung (Kiesabbau usw.) verweigern, wenn und soweit sie dies auch gegenüber den Ehegatten Y._____ und Z._____ ("Veräusserer") als ihren Vertragspartnern tun könnten. Der Wortlaut von Art. 924 Abs. 3 ZGB wird nun aber in der schweizerischen Lehre als zu weit betrachtet. Die Bestimmung soll sich - anders im deutschen Recht - sinngemäss nur auf dinglich berechnete Dritte beziehen (vgl. STARK, Berner Kommentar, 2001, N. 50 der Einleitung und N. 37 zu Art. 924 ZGB). Die bloss obligatorisch berechtigten Beschwerdegegnerinnen müssten deshalb das Grundstück Nr. xxx der Beschwerdeführerin zur Nutzung überlassen. Die Überlassung könnte freilich nicht sofort durchgesetzt werden, weil und soweit den Dritten ("Beschwerdegegnerinnen") ein Retentionsrecht an der Sache zusteht für ihre allfälligen Forderungen gegen die Veräusserer ("Ehegatten Y._____ und Z._____") aus Vertrag und Vertragsverletzung (vgl. STARK, a.a.O., N. 39 und N. 39a zu Art. 924 ZGB). Bevor diese Fragen nicht geklärt sind, darf der Erlass eines Verbots im Befehlsverfahren willkürfrei verweigert werden. Es kann deshalb nicht beanstandet werden, dass das Obergericht die Liquidität der Rechtslage verneint hat (für einen vergleichbaren Fall: ZR 76/1977 Nr. 58 S. 141 ff.), abgesehen davon, dass die Auffassung der herrschenden Lehre im neueren Schrifttum offenbar nicht mehr vorbehaltlos geteilt wird (vgl. REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3.A. Bern 2007, N. 1731 S. 447 f., und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2.A. Zürich 2003, N. 174 S. 37, mit Hinweisen auf die Lehrmeinungen; KIKINIS, Benutzungsrechte an Sachen, Diss. Zürich 1996, S. 135 f.). Es kommt hinzu, dass von der dargelegten Regelung in den Fällen von Miete und Pacht insofern eine Ausnahme besteht, als Miet- bzw. Pachtverhältnisse, d.h. die einzelnen sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten, kraft Gesetzes (Art. 261 und Art. 290 OR) mit der Sache auf den Erwerber übergehen (vgl. STARK, a.a.O., N. 37 Abs. 2 ZGB; ausführlich: KIKINIS, a.a.O., S. 133 ff. und S. 158 f.). Dass die Beschwerdegegnerinnen mit den Ehegatten Y._____ und Z._____ in einem Pachtverhältnis oder pachtähnlichen Verhältnis stehen, darf willkürfrei angenommen werden. Jedes Rechtsverhältnis, das den Inhalt einer Dienstbarkeit hat, kann auch als bloss obligatorisches Rechtsverhältnis begründet werden (vgl. LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 129 ff. der Einleitung vor Art. 730 ff. ZGB, mit Hinweisen), und die Einräumung des obligatorischen Rechts, über einen längeren Zeitraum hinweg regelmässig Kies abzubauen verbunden mit Renaturierungspflichten, kann als Pacht erfasst werden (vgl. BGE 86 I 229 E. 2 S. 232; 125 V 383 E. 2c S. 387). Liquidität der Rechtslage durfte auch unter diesem Blickwinkel willkürfrei verneint werden.

3.4 Die fehlende Liquidität der Sach- und Rechtslage hat der Amtsgerichtspräsident zusätzlich damit begründet, es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Beschwerdeführerin die Arbeiten der Beschwerdegegnerinnen auf dem Grundstück Nr. xxx während geraumer Zeit geduldet hätte, wie sie das selber zugegeben habe, wenn die Beschwerdegegnerinnen über keinerlei Rechte dazu verfügen würden (E. 6.3 S. 9). Da das Obergericht diese Zusatzbegründung nur erwähnt (E. 4 S. 3), darauf aber nicht abgestellt hat (E. 7-9 S. 4 f. des angefochtenen Entscheids), ist auf die dagegen erhobenen Willkürklagen nicht einzutreten (vgl. Art. 75 Abs. 1 BGG).

3.5 Aus den dargelegten Gründen durfte das Obergericht willkürfrei davon ausgehen, die Beschwerdegegnerinnen hätten ihre obligatorische Berechtigung am Grundstück Nr. xxx glaubhaft gemacht (E. 3.2) und die Rechtslage sei mit Bezug auf das Verhältnis dieser obligatorischen Berechtigung der Beschwerdegegnerinnen zur später erworbenen dinglichen Berechtigung der Beschwerdeführerin nicht klar (E. 3.3 hiavor). Die Verneinung der Liquidität im Sinne von § 226 ZPO/LU kann unter Willkürgesichtspunkten nicht beanstandet werden (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 134 II 124 E. 4.1 S. 133).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt ferner eine Verletzung der Eigentumsgarantie (S. 10 ff. Ziff. 22-26 der Beschwerdeschrift). Die Rüge ist unbegründet. Dienstbarkeiten geniessen als beschränkte dingliche Rechte den Schutz der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie vor staatlichen Eingriffen (vgl. REY, Berner Kommentar, 1981, N. 274 ff. des Syst. Teils vor Art. 730 und 731 ZGB), aber nicht unmittelbar im Verhältnis zwischen Privatpersonen (vgl. BGE 111 II 330 E. 5 S. 337 f.). Davon abgesehen, steht unwidersprochen fest, dass die beschränkte dingliche Berechtigung der Beschwerdeführerin am Grundstück Nr. xxx in dem Umfang besteht, wie sie aus dem Grundbuch hervorgeht. Streitig ist nicht

der Bestand der Personaldienstbarkeiten, sondern deren Kollision mit anderen Rechten und die damit verbundene Einschränkung der Nutzungsbefugnis. Zu beachten ist die verfassungsmässige Eigentumsgarantie deshalb bei der Auslegung der massgebenden Gesetzesbestimmungen, namentlich des dienstbarkeitsrechtlichen Grundgedankens in Art. 737 ZGB, wonach der Berechtigte zwar befugt ist, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Abs. 1), gleichzeitig aber sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben verpflichtet ist (Abs. 2), während der Belastete wiederum nichts vornehmen darf, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Abs. 3). Neben den Willkürträgen (vgl. E. 3 hiavor) kommt der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie insoweit keine selbstständige Bedeutung zu. Die Beschwerdeführerin wiederholt denn auch im Wesentlichen ihre Rügen, mit denen sie die beiden anderen geltend gemachten Verfassungsverletzungen zu begründen versucht hat.

5.

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, I. Kammer als Rekursinstanz, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Dezember 2008

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Raselli von Roten