

B. Sachenrecht

4 Art. 927 f. ZGB, §§ 300 ff. ZPO; Besitzerschutz

Besitzesschutzklagen sind nach Massgabe von § 300 Abs. 1 ZPO im summarischen Verfahren abzuwandeln. Werden sie mit einer Schadenersatzklage verbunden, sind sie nach § 135 EG ZGB im beschleunigten Verfahren zu beurteilen. Im beschleunigten Verfahren ist alsdann Raum für eine vorsorgliche Verfügung gemäss § 302 Abs. 1 lit. a ZPO (Erw. 2/a; Bestätigung der Rechtsprechung, AGVE 1991 S. 19 ff.).

Besizesrechtsklagen sind als Eigentumsprozess im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Vorläufiger Rechtsschutz kann mittels vorsorglicher Verfügung nach § 302 Abs. 1 lit. b ZPO gewährt werden (Erw. 2/b).

Grundsätzlich kann jeder zivilrechtliche Anspruch vorsorglichen Rechtsschutz nach § 302 Abs. 1 lit. b ZPO erlangen; Voraussetzungen (Erw. 2/c). Im Falle von dringender Gefahr kann der Richter bei Verfahren nach § 300 und § 302 ZPO vorläufige Massnahmen im Sinne von § 294 ZPO erlassen (Erw. 2/d).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 30. Juni 2003, i.S. B. u. U.K. ca. T. u. J.M.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der possessorische Besitzerschutz im Sinne von Art. 927 und 928 ZGB richtet sich gegen Besitzesverletzungen und zwar in der Form einer Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB) oder einer Besitzesstörung (Art. 928 ZGB). Die Besitzesschutzklagen bezwecken grundsätzlich nur die Wiederherstellung und Erhaltung eines früheren tatsächlichen Zustandes. Sie führen nicht zu einem Entscheid über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes und gewähren dem Kläger daher insoweit nur einen provisorischen Schutz. Auch über das bessere Recht i.S.v. Art. 927 Abs. 2 ZGB wird im Besitzesschutzverfahren wegen der Beschränkung auf dessen sofortigen, d.h. liquiden,

Nachweis nicht rechtskräftig entschieden (Stark, Berner Kommentar, Bern 2001, 3. A., N 23 zu Art. 927 ZGB; Stark, Basler Kommentar, Basel 2003, 2. A., N 7 zu Art. 927 ZGB). Die Besitzesschutzklagen erfordern von Bundesrechts wegen ein rasches Verfahren, in welchem aber über die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes als solche endgültig entschieden wird, auch wenn der Entscheid durch ein späteres Urteil über das Recht an der Sache umgestossen werden kann und dieser daher nicht berufungsfähig ist (BGE 113 II 243 f., 94 II 353 Erw. 3). Weder § 135 EG ZGB, der solche Klagen ins beschleunigte Verfahren verweist, noch eine vorsorgliche Verfügung nach § 302 Abs. 1 lit. a ZPO, die nur vorläufigen Rechtsschutz gewährt, entspricht diesen bundesrechtlichen Anforderungen. Besitzesschutzklagen sind daher grundsätzlich im - in Bezug auf den Besitzesschutz zu einem endgültigen Urteil führenden - summarischen Verfahren nach Massgabe von § 300 Abs. 1 ZPO abzuwandeln, in welches alle durch das Zivilrecht vorgesehenen Verfügungen zu verweisen sind, die ihrer Natur nach nicht in das ordentliche Verfahren gehören. Der Charakter der Klagen verlangt dabei, dass der Kläger den vollen Beweis der bisherigen tatsächlichen Sachherrschaft sowie der Besitzesentziehung oder -störung durch verbotene Eigenmacht zu erbringen hat. Werden Besitzesschutzklagen mit einer Schadenersatzklage verbunden, sind sie im beschleunigten Verfahren gemäss § 135 EG ZGB abzuwandeln, da die für die Beurteilung des Schadenersatzanspruches erforderlichen umfassenden Beweiserhebungen im Summarverfahren nicht möglich sind. Im beschleunigten Verfahren ist alsdann Raum für eine vorsorgliche Verfügung gemäss § 302 Abs. 1 lit. a ZPO. Wird mit der Besitzesschutzklage blosser Besitzesschutz verlangt, kann demgegenüber im Rahmen des nach Massgabe von § 300 ZPO durchzuführenden Summarverfahrens vorläufiger Rechtsschutz nur mittels vorläufiger Massnahme i.S.v. § 294 ZPO erlangt werden (vgl. zum Ganzen: AGVE 1991 S. 19 ff.).

Die in AGVE 1991 S. 19 ff. dargelegte und vorstehend zusammengefasste obergerichtliche Rechtsprechung wird von Killer (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aarg. Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 2 zu § 302 ZPO) zwar kritisiert, das Obergericht sieht sich aber nicht veranlasst, darauf zurückzukommen. Auf die

von den Beklagten unter Berufung auf Killer (a.a.O.) gegen die vorinstanzliche Verfahrensleitung erhobenen Einwände ist daher nicht weiter einzugehen.

b) Die vom possessorischen Schutzanspruch abzugrenzenden Besitzesrechtsklagen i.S.v. Art. 937 Abs. 1 ZGB sind als Eigentumsprozess im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Hier kann vorläufiger Rechtsschutz mittels vorsorglicher Verfügung nach § 302 Abs. 1 lit. b ZPO gewährt werden, wenn eine solche zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils oder zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes notwendig ist. Eine solche vorsorgliche Verfügung kann auch mit Hinblick auf einen noch anzuhebenden Eigentumsprozess erlassen werden, wobei eine Fristansetzung zur Klageanhebung nicht zwingend ist (§ 305 ZPO; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 1 zu § 305 ZPO).

c) Zu beachten ist, dass grundsätzlich jeder zivilrechtliche Anspruch vorsorglichen Schutz erlangen kann (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 2 und 3 der Vorbem. zu §§ 302-308 ZPO; Art. 641 ZGB). Solche Begehren sind nach den allgemeinen Vorschriften über das summarische Verfahren (§§ 289 ff. ZPO) und den besonderen Bestimmungen von §§ 302 ff. ZPO abzuwandeln; es handelt sich um "typische" Summarverfahren (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 5 der Vorbem. zu §§ 302-308 ZPO).

Gemäss § 302 Abs. 1 lit. b ZPO kann eine vorsorgliche Verfügung zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils erlassen werden. Als drohender Nachteil kommt vor allem ein vermögensrechtlicher in Betracht, überdies auch eine andere Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Gesuchstellers. Der Nachteil muss drohen, d.h. es muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für seinen Eintritt bestehen. Sodann muss der Nachteil, wenn er eintreten würde, nicht leicht aus der Welt zu schaffen sein. Dies ist z.B. der Fall, wenn er durch Geldleistung nicht oder nur unvollständig aufgehoben werden kann (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 9 ff. zu § 302 ZPO). Der Richter muss nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen überzeugt sein wie bei der Durchführung eines umfassenden Beweisverfahrens. Für die Richtigkeit muss lediglich eine

gewisse Wahrscheinlichkeit sprechen, weshalb blosser Glaubhaftmachung der das Gesuch begründenden Tatsachen genügt (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 13 zu § 302 ZPO). Nicht glaubhaft zu machen ist die Rechtslage, aus welcher das Begehren um Erlass der vorsorglichen Verfügung hergeleitet wird. Der Gesuchsteller hat die Rechtslage anzuführen, und der Massnahmenrichter nimmt eine vorläufige und summarische Prüfung derselben vor. Es geht dabei im Wesentlichen um eine Hauptsachenprognose (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 15 zu § 302 ZPO).

d) Im Falle von dringender Gefahr kann der Richter bereits vor der Anhörung der Gegenpartei vorläufige Massnahmen treffen und nötigenfalls deren Vollstreckung anordnen (§ 294 ZPO). Solche vorläufigen Massnahmen sind fakultativer Bestandteil des Summarverfahrens und sowohl bei Verfahren nach § 300 ZPO als auch im Rahmen von vorsorglichen Verfügungen nach § 302 ZPO - nicht aber ausserhalb des Summarverfahrens - möglich (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 1 f. zu § 294 ZPO). Die Anordnung vorläufiger Massnahmen wird nicht rechtskräftig. Diese können vom Richter jederzeit aufgehoben oder abgeändert werden, und zwar auch ohne Antrag der betroffenen Partei (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 5 zu § 294 ZPO).

C. Nachbarrecht

5 § 88 f. EG ZGB; Nachbarrecht; Abstandsvorschriften

Messweise: Bei Hanglagen ist die Pflanzenhöhe stets vom ursprünglich gewachsenen Terrain am Standort der Pflanze aus zu messen (Erw. 1/b; Präzisierung von AGVE 1956 Nr. 5 S. 30).

Rechtsschutzinteresse: Der Nachbar kann ohne Nachweis einer Überschreitung der zulässigen Höhe nicht generell verpflichtet werden, seine Pflanzen unter der Schere zu halten (Erw. 1/d).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 28. April 2003, i.S. D.E. ca. B. u. G.B.

Aus den Erwägungen:

1. b) Im Kanton Aargau sind die je nach Pflanzenhöhe unterschiedlichen Abstandsvorschriften für Bäume und Hecken in den §§ 88 und 89 EGZGB statuiert. Aus deren Wortlaut ergibt sich nicht ausdrücklich, ob für die Bestimmung der Höhe einer Pflanze das tatsächliche Bodenniveau oder das mutmassliche Niveau des ursprünglich gewachsenen Bodens relevant ist und ob auch ein allfälliger Niveauunterschied zwischen den Grundstücken zu berücksichtigen ist. Auch aus den einschlägigen Materialien (Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat von 1910, 1. und 2. Beratung des Grossen Rates von 1910 und 1911, Grossratsprotokoll von 1910) ergibt sich nichts dazu.

Die Lehre und Rechtsprechung behandeln die Frage kontrovers: Nach herrschender Meinung ist die Höhe einer Pflanze nur dann von ihrem Fuss aus zu messen, wenn es sich um natürlich gewachsenen Boden handelt. Wurde der Boden dagegen künstlich aufgeschüttet, soll nicht das aufgeschüttete, sondern das mutmassliche Niveau des ursprünglich gewachsenen Bodens am Standort der Pflanze massgebend sein. Die Höhe der künstlichen Aufschüttung wird somit