Art. 928 ZGB, Besitzesschutz; Art. 1 lit. a ZPO, Zivilsache. *Mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit belastetes privates Grundstück. Kann der Eigentümer eine (behauptete) Überschreitung der Dienstbarkeit auf zivilprozessualem Weg verbieten lassen? Frage in Anlehnung an einen Entscheid des Bundesgerichts verneint.*

Der Streit geht um ein gerichtliches Verbot im Zusammenhang mit der (an sich nicht bestrittenen) öffentlichen Nutzung eines Holzsteges am Seeufer.

Hauptantrag

'Gerichtliches Verbot
Jegliche Nutzung dieses Stegs – mit Ausnahme des Begehens sowie des Befahrens mit kommunalen Unterhaltsfahrzeugen, Fahrrädern und anderen, nicht motorisierten Fahrzeugen sowie Rollstühlen – ist verboten. Das Anlegen mit Booten sowie das Baden und Tauchen im Hafenbeckenbereich sind untersagt. Hunde sind an der Leine zu führen. Widerhandlungen gegen dieses Verbot können auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft werden.'

Eventualantrag
'Gerichtliches Verbot
Jegliche Nutzung dieses Stegs – mit Ausnahme des Begehens sowie des Befahrens mit kommunalen Unterhaltsfahrzeugen, Fahrrädern und anderen, nicht motorisierten Fahrzeugen sowie Rollstühlen – ist verboten. Das Anlegen mit Booten sowie das Baden und Tauchen im Hafenbeckenbereich sind untersagt. Widerhandlungen gegen dieses Verbot können auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft werden.'

Subeventualantrag
'Gerichtliches Verbot
Jegliche Nutzung dieses Stegs – mit Ausnahme des Begehens sowie des Befahrens mit kommunalen Unterhaltsfahrzeugen, Fahrrädern und anderen, nicht motorisierten Fahrzeugen sowie Rollstühlen – ist verboten. Widerhandlungen gegen dieses Verbot können auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft werden.'

Ergänzend (im Sinne einer Einschränkung des Rechtsbegehrens) wird der Erlass des folgenden gerichtlichen Verbots beantragt (Subsubeventualantrag):
'Gerichtliches Verbot
Das Liegen, Sitzen, Picknicken, Grillieren und Angeln auf dem Steg, das Anlegen mit Booten am Steg sowie das Baden und Tauchen im Hafenbeckenbereich sind untersagt. Hunde sind an der Leine zu führen. Widerhandlungen gegen dieses Verbot können auf Antrag mit einer Busse bis zu 2'000 Franken bestraft werden.'

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Das Grundstück … liegt im Miteigentum der Berufungskläger (act. 2/2) und befindet sich direkt am Zürichsee. Die Berufungskläger führen vorab aus, dass zur Liegenschaft ein Steg gehöre, der Teil des Seeuferwegs bilde. Dieser Steg

werde durch die Öffentlichkeit zum Anlegen mit Booten, zum Baden, Tauchen, Angeln, zum in der Sonne Liegen sowie zum Picknicken inklusive Grillieren mit Einweggrills genützt. Zum einen seien dadurch Schäden in Form von Brandlöchern und Absplitterungen an den Holzlatten des Stegs entstanden sowie drei LED-Lampen beschädigt worden. Zum anderen sei an den Wochenenden ein Durchkommen zu ihren sechs bewilligten Bootsplätzen, für welche sie hohe Konzessionsgebühren bezahlten, kaum möglich. Damit seien sie in der Nutzung des Stegs stark eingeschränkt. Weiter stelle der liegengelassene Abfall, der teilweise sogar in die Boote geworfen werde, ein grosses Ärgernis dar. Dasselbe gelte für liegengebliebene Hundeexkremente (act. 25 S. 5). Die Berufungskläger beantragen daher den Erlass eines gerichtlichen Verbots im Sinne von Art. 258 ZPO (act. 25 S. 2 f.).

2. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Von zentraler Bedeutung für die Anhandnahme eines Falles ist die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Nur wenn das Gericht sowohl örtlich wie sachlich als auch funktionell zuständig ist, darf es auf das Gesuch oder das Rechtsmittel eintreten (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Die Zuständigkeit ist nur gegeben, wenn es sich beim Streitgegenstand um eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO handelt.

3.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es den Berufungsklägern versagt sei, ein gerichtliches Verbot betreffend Bootssteg und Hafenanlage bzw. Seeuferweg zu verlangen und wies das (reduzierte) Gesuch der Berufungskläger ab (act. 24 S. 9 und12).

3.2 Zur Begründung hielt sie fest, dass das gerichtliche Verbot Ausfluss des Besitzesschutzes nach Art. 919 ff. ZGB sei. Für öffentliche Sachen bestehe jedenfalls dann kein Anspruch auf Besitzesschutz nach den Regeln des ZGB, wenn dieser mit der Zweckgebundenheit der öffentlichen Sache im Widerspruch stehe. Ob eine Sache eine öffentliche darstelle, entscheide ihre Zweckbestimmung, nicht das Eigentum daran. Deshalb könne auch eine im Privateigentum stehende Sache eine öffentliche sein (act. 24 S. 7). Vorliegend ergebe sich die Zweckbestimmung primär aus der Konzession der Baudirektion vom 7. Januar 2009, mit der

den Berufungsklägern das Recht eingeräumt worden sei, das öffentliche Gewässer in einer den Gemeingebrauch beschränkenden oder übersteigenden Weise zu nutzen und die dazu erforderlichen Bauten zu erstellen. Gemäss Nebenbestimmung b) der Konzession sei der ganze Steg der Öffentlichkeit jederzeit frei zugänglich zu halten. Somit werde deutlich, dass der zu erstellende bzw. erstellte Steg in seiner Gesamtheit und mitsamt dem Seeuferweg der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Ein privatrechtliches gerichtliches Verbot sei mit diesem Zweck nicht vereinbar. Nicht entscheidend für die Zulässigkeit des Verbots sei der Inhalt des Fuss- und beschränkten Fahrwegrechts zugunsten der Gemeinde Küsnacht (act. 24 S. 9).

3.3 Die Berufungskläger halten diese Ausführungen der Vorinstanz für unzutreffend. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass das zu untersagende Anlegen mit Booten am Steg sowie das Baden und Tauchen im Hafenbecken von der Nebenbestimmung b) in der Konzession von vornherein nicht tangiert sei. Zudem könne aus dem Umstand, dass der Öffentlichkeit der freie Zugang zum Steg zu gewährleisten sei, nicht geschlossen werden, dass ihr jegliche Nutzungen erlaubt sei (act. 25 S. 6 f.). Auch berücksichtige die Vorinstanz die Dienstbarkeit, mit welcher die freie Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit konkretisiert worden sei, in keiner Weise. Mit dem Fuss- und beschränkten Fahrwegrecht zugunsten der Öffentlichkeit sei jedoch der Umfang der Nutzung durch dieselbe konkret umschrieben worden. Zusammengefasst halten die Berufungskläger dafür, dass das beantragte gerichtliche Verbot nicht gegen die Verfügung der Baudirektion vom 7. Januar 2009 verstosse (act. 25 S. 9).

Sodann führen sie aus, dass der Staat Herrschaftsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch durch Konzession, d.h. durch die Verleihung von Sondernutzungsrechten, an Private abtreten könne. Durch die Einräumung einer Sondernutzungskonzession erfahre der Konzessionär einen Zuwachs in seinen privaten Eigentümerbefugnissen. Somit erwerbe eine Privatperson, welcher vom Gemeinwesen das Recht verliehen wurde, auf oder über dem öffentlichen Grund eine Baute zu errichten, Privateigentum an der betreffenden Baute. Entgegen den

vorinstanzlichen Ausführungen stehe der Steg im Privateigentum der Berufungskläger (act. 25 S. 10).

4.1 Das Gesuch um Erlass eines gerichtlichen Verbots stellt ein Einparteienverfahren dar und ist der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen. Gemäss Art. 255 lit. b ZPO gilt in diesen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz. Demnach stellt das Gericht nicht unbesehen auf die Darstellung des Gesuchstellers ab, sondern hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen.

4.2 Aus dem von den Berufungsklägern eingereichten Originalkatasterplan in Verbindung mit dem Servitutsplan ergibt sich, dass der ganzen Seeseite entlang des Grundstücks Kat.-Nr. … ein Streifen Land (mit einer Mauer) abgetrennt ist, auf dem seit dem 1. September 2008 eine Personaldienstbarkeit zugunsten der Gemeinde Küsnacht lastet (act. 4/1, act. 2/5 S. 2; vgl. auch act. 2/2 S. 4). Gemäss Servitutenprotokoll SP 7067 beinhaltet diese Personaldienstbarkeit ein durch die Öffentlichkeit ausübbares Fuss- und beschränktes Fahrwegrecht, wobei dieses Weggebiet Teil des Seeuferwegs bildet (act. 20/5 S. 1).

Dem Grundstück der Berufungskläger vorgelagert ist ein Steg, der L-förmig in den Zürichsee hineinragt (act. 4/1). Mit Verfügung der Baudirektion Kanton Zürich vom 7. Januar 2009 wurden dem Baukonsortium E. als Rechtsvorgänger der Berufungskläger die wasserrechtliche Konzession sowie die aufgrund des Fischereigesetzes erforderliche Bewilligung erteilt, vor der genannten Liegenschaft die Bootsstationierung für sechs Boote, einen Steg mit Badeleiter, einen Wellenbrecher und sechs Pfähle bis am 31. Dezember 2024 fortbestehen zu lassen (act. 2/4 S. 3 = act. 28/3 S. 3). Die Konzessions- und Bewilligungserneuerung erfolgte im Zuge einer Umgestaltung des Uferbereichs, welche bereits vorgängig dazu geführt hatte, dass der Seeuferweg auf das Grundstück der Berufungskläger erweitert worden war (act. 28/3 S. 2). Die Baudirektion stimmte in ihrer Verfügung sodann dem Abbruch des bis anhin dem Ufer entlang verlaufenden (und von der bisherigen Konzession erfassten) Stegs zu, da der (auf dem Grundstück der Berufungskläger) neu angelegte bzw. anzulegende Seeuferweg noch immer genügend breit und der Steg der Bootsstationierungsanlage überdies öffentlich zugänglich sei (act. 28/3 S. 2).

Aus den eingereichten Akten wird deutlich, dass der mit einem gerichtlichen Verbot zu belegende Steg rechtlich gesehen in zwei unterschiedliche Flächenstücke unterteilt werden muss: in den Abschnitt, der dem Ufer entlang führt, und
– als Teil des Seeuferwegs – auf dem Grundstück der Berufungskläger liegt, sowie in denjenigen Abschnitt, der in den Zürichsee hineinragt und unter die Konzession vom 7. Januar 2009 fällt.

5.1 Die Baudirektion erteilte mit Verfügung vom 7. Januar 2009 dem Rechtsvorgänger der Berufungskläger die Konzession, Steg, Bootsstationierung, Wellenbrecher und sechs Pfähle fortbestehen zu lassen unter gleichzeitiger Aufhebung ihrer alten Konzession vom 6. September 2002 (act. 28/3 S. 3, Dispositivziffern I. und II.). Gemäss § 36 WWG bedürfen Nutzungen öffentlicher Gewässer, welche den Gemeingebrauch beschränken oder übersteigen, sowie die dazu erforderlichen Bauten und Anlagen einer Konzession oder Bewilligung. Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch (HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2607). Werden auf öffentlichen Gewässern Bootsstege errichtet, handelt es sich um die Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, was sowohl die Berufungskläger als auch die Vorinstanz zu Recht erkennen (act. 25 S. 10, act. 24 S. 7 f.; vgl. HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2430).

5.2 Bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch untersteht das Verhältnis zwischen dem Träger der Herrschaft und dem Benutzer stets dem öffentlichen Recht (HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2369 und 2365). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der strafrechtliche Besitzesschutz bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch nicht in Anspruch genommen werden kann. Im Gegensatz zum Zivilrecht ist nicht der Besitz zu schützen, sondern mit einer Benutzungsordnung die Nutzung einer öffentlichen Sache zu regeln (BGer 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011, E. 3.3). Auf Art. 258 ZPO kann sich daher der Träger einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch nicht berufen. Will er den Gemeingebrauch aufheben oder einschränken, muss er auf öffentlich-rechtlichem Weg vorgehen (BSK ZPO-

TENCHIO/TENCHIO, 2. Aufl., Art. 258 N 9 und 16; BGer 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011, E. 3.3). Wie sich die Eigentumsverhältnisse an der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch gestalten, namentlich ob der Konzessionär Eigentum an der gestützt auf eine Konzession erstellten Anlage erwirbt, ist dabei nicht massgebend.

Aus dem Gesagten folgt, dass auf das Gesuch der Berufungskläger hinsichtlich des in den See hineinragenden Teils des Stegs, der von der Konzession erfasst und als öffentliche Sache im Gemeingebrauch zu qualifizieren ist, mangels Zuständigkeit nicht einzutreten ist.

5.3 Nicht zu beurteilen ist damit im vorliegenden Verfahren, inwiefern die Nebenbestimmung b) in der Verfügung vom 7. Januar 2009 einer Einschränkung der Benutzung durch die Öffentlichkeit entgegensteht.

6.1 Derjenige Abschnitt des Stegs, der dem Ufer entlang verläuft, bildet Bestandteil des Seeuferwegs und liegt im Gegensatz zum restlichen Steg auf dem Grundstück der Berufungskläger (vgl. act. 5/2). Mit Dienstbarkeitsvertrag vom 16. Juli / 27. August 2008 wurde der Politischen Gemeinde Küsnacht – in Umsetzung des Projekts "Seeuferweg" – eine Dienstbarkeit in Form eines öffentlichen Fuss- und beschränkten Fahrwegrechts zulasten des Grundstücks der Berufungskläger eingeräumt (act. 11/2, vgl. act. 2/2 S. 4). Dieser Teil des Stegs liegt somit unzweifelhaft im Eigentum der Berufungskläger.

6.2 Wie die Vorinstanz korrekt erwog, ist für die Frage der Öffentlichkeit einer Sache indessen das Eigentum kein geeignetes Anknüpfungskriterium. Massgebend für die Zugehörigkeit einer Sache zu den öffentlichen sind deren Zweckbestimmung und die Verfügungsmöglichkeit des Staates darüber. Es kann daher auch eine im Privateigentum stehende Sache eine öffentliche sein (act. 24 S. 7, HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2327). Wird eine Sache in diesem Sinne öffentlich erklärt, bedarf es einer Widmung, d.h. einer Verfügung, mit der die Sache zur Benutzung durch die Allgemeinheit für einen spezifischen Zweck bestimmt wird. Bei Grundstücken, die sich im Eigentum Privater befinden, muss das Gemeinwesen die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung einholen oder ihm

eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auferlegen (HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2350).

Die Berufungskläger weisen zu Recht darauf hin, dass sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin, die … AG, diese Zustimmung mit Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags vom 16. Juli / 27. August 2008 erteilt haben (act. 20 S. 5). Aus demselben sowie aus dem Servitutenprotokoll vom 1. September 2008 ergibt sich auch die Zweckbestimmung des betreffenden Stegabschnittes: Demnach gestatten die jeweiligen Grundstückeigentümer der Gemeinde Küsnacht für die Realisation des Seeuferwegs ein "durch die Öffentlichkeit ausübbares Fuss- und beschränktes Fahrwegrecht". Das Fahrwegrecht beschränkt sich auf kommunale Unterhaltfahrzeuge, Fahrräder und andere, nicht motorisierte Fahrzeuge sowie Rollstühle (act. 11/2 S. 1, act. 2/5 S. 1).

Mit der Dienstbarkeit wurde also bezweckt, der Öffentlichkeit ein Gehen bzw. in beschränktem Umfang Fahren entlang des Ufers – wie es mit der Erstellung des Seeuferwegs angestrebt wurde – zu ermöglichen. Der öffentliche Zugang zum See und die Begehung des Seeufers sollten erleichtert werden und der Öffentlichkeit die Möglichkeit bieten, direkt am Ufer entlang zu spazieren und diesen Erholungsraum zu nutzen (vgl. act. 28/5). Dies anerkennen auch die Berufungskläger (vgl. act. 25 S. 8f. und 15 f.). Der entsprechende Teil des Grundstücks der Berufungskläger ist damit einem öffentlichen Zweck gewidmet. Indem das beschränkt dingliche Recht der Gemeinde eingeräumt wurde, kommt dieser sodann die Verfügungsmacht zu. Die Kriterien der Öffentlichkeit einer Sache sind demzufolge erfüllt, weshalb auch dieser Abschnitt des Stegs als öffentliche Sache zu qualifizieren ist.

Besteht wie vorliegend auf einem Privatgrundstück ein öffentlich-rechtliches Wegrecht, sind diesbezügliche Beschränkungen auf dem Wege des öffentlichen Rechts zu erwirken. Art. 258 ZPO ist nicht anwendbar (vgl. BSK ZPO-TENCHIO/TENCHIO, 2. Aufl., Art. 258 N 17). Auf das Gesuch ist auch hinsichtlich des dem Ufer entlang verlaufenden Teil des Stegs, der Gegenstand des Dienstbarkeitsvertrags vom 16. Juli / 27. August 2008 bildet, nicht einzutreten.

6.3 Ob der von den Berufungsklägern geltend gemachte Störzustand mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar ist, muss vorliegend nicht beurteilt werden. Die Berufungskläger können sämtliche Einwände ohne weiteres im öffentlich-rechtlichen Verfahren vorbringen.

7.1 Der Antrag der Berufungskläger lautet zwar auf vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (act. 25 S. 2). Da das Berufungsbegehren dem reduzierten Rechtsbegehren vor der Vorinstanz entspricht, blieb in der Sache das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf die Erledigung durch Rückzug unangefochten, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

7.2 Zusammengefasst ergibt sich somit, dass auf das Gesuch der Berufungskläger mangels Zuständigkeit nicht einzutreten ist, soweit es nicht als durch Rückzug erledigt abzuschreiben ist.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 1. Juli 2014
Geschäfts-Nr.: LF140043-O/U

Hinweis: der Entscheid kann noch ans Bundesgericht weiter gezogen werden, allerdings nur unter einschränkenden Voraussetzungen (Art. 74 und 113 BGG; der Streitwert wurde auf Fr. 25'000 beziffert)