

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§§ 129 ff. ZPO. § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 129 ZPO kann der Gerichtspräsident, auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, u.a. Verfügungen treffen, die dazu dienen, den bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe und Störungen zu schützen (Ziff. 1) oder den gutgläubigen Besitz, sei er bereits verloren gegangen oder werde er erst bedroht, aufrechtzuerhalten (Ziff. 2). Diese prozessualen Institute des Befehlsverfahrens dienen u.a. dem Besitzerschutz, also dem Schutz des gutgläubigen Besitzes gegen Entzug oder Störung durch verbotene Eigenmacht, und können insoweit die materiellrechtlichen Besitzesschutzklagen (Art. 927/928 ZGB) weitgehend ersetzen (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 7b zu Art. 326). Die materiellrechtlichen Besitzesschutzklagen werden nicht im Befehlsverfahren, sondern gemäss § 135 Ziff. 28 ZPO im Summarverfahren auf Grundlage des Zivilrechts und des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes beurteilt. Während aber die Entscheidungen über Besitzesschutzklagen des materiellen Rechts die Frage des Zustandes, der vor der Störung bestand, definitiv regelt, handelt es sich bei dem auf § 129 ZPO gestützten Besitzesschutz lediglich um vorsorgliche Verfügungen. Das für die materiellen Besitzesschutzklagen zur Verfügung gestellte summarische Verfahren stellt kein eigentliches Summarium dar. Dieses dient hier der endgültigen Beurteilung einer Streitfrage, weshalb auch die Kognition umfassend sein muss und dementsprechend keine Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig ist (vgl. Ernst A. Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 80 ff.). Dementsprechend dürfen diese Klagen denn auch selbst dann nicht ins ordentliche Verfahren verwiesen werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse mit den beschränkten Mitteln des Summarverfahrens nicht genügend geklärt werden können (§ 128 Abs. 3 ZPO).

1.2 Durch ein allgemeines gerichtliches Verbot sucht sich nun der Grundeigentümer generell gegen ungerechtfertigte Störungen in seinem Grundbesitz zu schützen.

Zur Anwendung kommen gerichtliche Verbote in Fällen, bei denen es dem Grundeigentümer nicht möglich oder nicht zumutbar ist, jene Personen, die seinen Besitz stören, einzeln ins Recht zu fassen. Das Verbot richtet sich an die Allgemeinheit. Aus dem Zweck dieses Instituts ergibt sich, dass ein gerichtliches Verbot gegen einzelne Personen, die dem Eigentümer bekannt sind, nicht in Frage kommt, sondern hierfür der Besitzerschutz gemäss § 129 Ziff. 1 oder 2 ZPO bzw. Art. 928 ZGB i.V.m. § 135 Abs. 2 Ziff. 28 ZPO zur Verfügung steht. Allgemeine Verbote dienen aber ebenfalls dem Besitzerschutz und setzen eine zu erwartende Besitzesstörung voraus (ZR 98 Nr. 45). Dem Wesen nach handelt es sich beim Erlass eines – privaten – allgemeinen gerichtlichen Verbotes um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ernst A. Brandenburg, a.a.O., S. 94 mit Hinweis auf Max Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 4). Freiwillige Gerichtsbarkeit ist die hoheitliche Tätigkeit eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde in nichtstreitigen Angelegenheiten zur Feststellung, Begründung, Änderung oder Aufhebung privater Rechte oder zur Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes. Sie lässt sich als Verwaltung zur Verwirklichung privater Rechte bezeichnen. Im Gegensatz zum streitigen Verfahren tritt häufig nur eine Person als Gesuchsteller auf. Unter Umständen kann aber ein Dritter gegen die verlangte Anordnung Einsprache erheben und sich dadurch ein streitiges Verfahren entwickeln. Anders als im streitigen Gerichtsverfahren herrscht nicht die Verhandlungs-, sondern die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, und die materielle Rechtskraft der Verfügung geht weniger weit als die eines in einer Streitsache ergangenen Urteils (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 7 N 1 ff.). Solche allgemeine Verbote zum Besitzerschutz richten sich, wie erwähnt, gegen einen unbestimmten Personenkreis. Sie brauchen allerdings nicht für jedermann zu gelten, sondern können Ausnahmen (Bewohner einer Liegenschaft, Mieter privater Parkplätze) vorsehen. Dass sie zugleich auf bestimmte bekannte Personen abzielen, ist unerheblich, sofern sich das Interesse des Klägers nicht ausschliesslich gegen diese richtet (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 225 mit Hinweis auf ZR 76 Nr. 67 und ZR 65 Nr. 129). Der Umstand, dass gewisse Personen vom gerichtlichen Verbot ausgenommen sind, wird in der Praxis denn auch häufig mit der Wendung «für Unberechtigte» zum Ausdruck gebracht (Ernst A. Brandenburg, a.a.O., S. 94).

1.3 Die allgemeinen gerichtlichen Verbote unterscheiden sich in ihrem Zweck von den dem Besitzerschutz dienenden Verboten gemäss § 129 Ziff. 1 und 2 ZPO letztlich einzig dadurch, dass sie nicht gegen eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet sind, sondern – wie bereits mehrfach erwähnt – gegen einen unbestimmten Personenkreis. Die zugerische Prozessordnung sieht – anders als beispielsweise

die zürcherische (§ 225), luzernische (§ 229), thurgauische (§ 166), aargauische (§§ 309–316), solothurnische (§ 275) – den Erlass solcher allgemeiner Verbote nicht ausdrücklich vor. So hat § 134 ZPO, welcher zwar den Titel «Gerichtliches Verbot» trägt, nicht dieses allgemeine gerichtliche Verbot im Sinne des Besitzschutzes im Auge, wie man allenfalls aufgrund dieses Titels und namentlich seiner systematischen Stellung unter dem Unterabschnitt «B. Das Befehlsverfahren» annehmen könnte. Das ergibt sich bereits klar aus dem Wortlaut, namentlich von Abs. 1 der fraglichen Bestimmung, der vom «Abruf von Dienstbarkeiten auf einem Grundstück» spricht. Aus dem Bericht des Regierungsrates vom Juli 1936 an den Kantonsrat zum Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Zug geht denn auch hervor, dass diese Bestimmung ursprünglich unter dem Unterabschnitt «D. Die Aufforderung zur Klage» platziert war, und zwar als § 152, als letzte Bestimmung dieses Unterabschnitts. Der Regierungsrat führte dazu – wie schon der Redaktor des Vorentwurfs, Dr. W. Birchmeier, in seinem Bericht vom September 1935 – im Wesentlichen aus, dass das Provokationsverfahren gewissermassen ein ausserordentliches Verfahren sei und durch die Tatsache, dass die Möglichkeit der Feststellungsklage anerkannt, künftig stark eingeengt werde. Obschon einzelne Kantone wie etwa Zürich (§ 91) geradezu ein Verbot der Provokation aufstellten, werde im Entwurf (einer neuen zugerischen Zivilprozessordnung) an diesem Institut festgehalten, dieses aber stark eingeschränkt. Ein Interesse an der Aufrechterhaltung dieser Klageart bestehe namentlich solange das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt sei, d.h. wenn Ungewissheit darüber bestehe, ob an einem Grundstück dingliche Rechte geltend gemacht werden könnten. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf die §§ 149 und 152 des Entwurfs verwiesen, die in der vom Kantonsrat verabschiedeten Fassung dann zu §§ 139 bzw. 134 wurden. Es ist aus den Materialien nicht ersichtlich, weshalb § 152 des Entwurfs in der verabschiedeten, endgültigen Fassung der Zivilprozessordnung dann in § 134 unnummeriert und umplatziert wurde und dadurch systematisch zum letzten Paragraphen des Unterabschnitts «B. Das Befehlsverfahren» mutierte. Diese Änderung bzw. Verschiebung erfolgte aus nicht nachvollziehbaren Gründen offenbar zwischen der 1. und 2. Lesung bzw. in der 2. Lesung des Kantonsrates. Aus den Beratungsprotokollen des Rates ist dazu indes nichts zu entnehmen.

1.4 Die allgemeinen gerichtlichen Verbote entsprechen aber unbestreitbar einem echten Bedürfnis, weshalb sie die zugerische Praxis – wohl in analoger Anwendung von § 129 ZPO – seit Jahrzehnten zulässt. Es handelt sich denn auch letztlich um eine besondere Form des Besitzschutzes (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 225). So hat offenbar auch die thurgauische Praxis bereits unter ihrer alten Zivilprozessordnung, die das allgemeine Verbot von § 166 der geltenden Prozess-

ordnung noch nicht kannte, im Jahre 1971 eine Änderung seiner Rechtsprechung vorgenommen und festgehalten, obwohl das thurgauische Befehlsverfahren auf das Zweiparteienverfahren zugeschnitten sei, seien Besitzesschutzverfügungen auch gegenüber einem unbestimmten Personenkreis zulässig (Barbara Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, N 1 zu § 166 mit Hinweis auf RBOG 1971 Nr. 17). Die zugerische Praxis macht dabei offenbar auch vom vorerwähnten § 134 ZPO insofern Anleihen, als gemäss dessen Abs. 2 das Verbot im Amtsblatt zu veröffentlichen ist und gemäss dessen Abs. 3 der Gesuchsteller an geeigneter Stelle Verbotstafeln anbringen lassen kann. Hingegen wird – zumindest in neuerer Zeit – keine Einsprachemöglichkeit eingeräumt, wie das § 134 Abs. 1 ZPO «bei Abruf von Dienstbarkeiten auf einem Grundstück» vorsieht.

2. Der Einzelrichter verneint in der angefochtenen Verfügung – nach erneuter, einlässlicherer Prüfung – seine Zuständigkeit zum Erlass des beantragten Fahrverbotes und hebt deshalb seine ursprüngliche Verfügung vom 19. Dezember 2007 auf und tritt nun – gestützt auf die in GVP 2002 S. 216 ff publizierte Rechtsprechung – wegen Unzuständigkeit auf das Verbotsgesuch der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2007 nicht ein. Er führt aus, nach der zitierten Rechtsprechung sei die Zuständigkeit der Gemeinderäte gemäss § 21 Abs. 1 VSVS zu bejahen, sofern a) eine öffentliche Strasse bzw. ein öffentlicher Weg im Sinne des kantonalen Rechts (vgl. § 4 GSW) zur Diskussion stehe oder sofern b) nicht nur ein rein privates, sondern ein öffentliches Interesse an der fraglichen Signalisation bestehe bzw. davon tangiert sei. Aufgrund der Schreiben der Gemeinde A. vom 18. Januar bzw. 14. Februar 2008 sei glaubhaft, dass das von der Beschwerdeführerin beantragte Verbot einschlägige öffentliche Interessen tangiere, namentlich im Zusammenhang mit der Ortsbuslinie Z. Die Gemeinde A. führe diesbezüglich an, mangels anderer Möglichkeiten müsse diese Buslinie auch weiterhin über die B.-strasse verkehren. Zudem müsse die Zufahrt zu allen an die B.-strasse anstossenden Liegenschaften nicht nur für den Ortsbus, sondern auch für die weiteren Fahrzeuge der öffentlichen Dienste wie Feuerwehr, Polizei, Rettungsdienst, Kehrtafelfahrt etc. gestattet sein. Im Weiteren sei die Zufahrt zum Schulhaus B. nur über GS L möglich; eine reguläre Zu- und Wegfahrt im Verkehr mit dem Schulhaus müsse gestattet sein. Zudem stelle die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede, dass die Stockwerkeigentümergeinschaften B.-strasse 1 und C.-weg 1–42 nur unter der Bedingung bewilligt worden seien, dass die Zufahrt von der D.-strasse über die B.-strasse bzw. über GS M gewährleistet sei. Schliesslich sprächen auch Sicherheitsgründe gegen die von der Beschwerdeführerin beantragte Signalisation. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass am beantragten Fahrverbot nicht nur ein rein privates Interesse bestehe. Vielmehr tangiere das Fahrverbot vielfältige öffentliche

Interessen, was die Beschwerdeführerin denn auch selbst einräume. Entsprechend sei das Kantonsgerichtspräsidium für die materielle Prüfung des Gesuchs der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2007 nicht zuständig; zuständig sei vielmehr der Gemeinderat A. Auf das Gesuch vom 13. Dezember 2007 könne mithin nicht eingetreten werden. Entsprechend sei die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 19. Dezember 2007 aufzuheben.

2.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst die Vorgehensweise der Vorinstanz, wonach diese sich von nicht legitimierten Privaten und öffentlichen Parteien habe beeinflussen lassen und das Verfahren in unzulässiger Weise zu einem Mehrparteienverfahren aufgebauscht habe. Die befremdende Vorgehensweise sei durch die Eingabe der E. AG vom 9. Januar 2008 ins Rollen gebracht worden. Dabei habe es sich nicht etwa um eine Rechtsschrift gehandelt, sondern lediglich um eine Anfrage betreffend Datum der Publikation des Fahrverbots und Rechtskraft der Verfügung. Gleichwohl stütze die Vorinstanz ihren Entscheid vom 19. Januar 2008 (Ausserkraftsetzung des Fahrverbotes) genau auf diese Eingabe. Die weitere Begründung, wonach der Vollzug der Verfügung auch sonst mit Schwierigkeiten verbunden sei, sei ohnehin zu schwammig und unbestimmt formuliert, als dass sie irgendwelche Rechtsfolgen zu begründen vermöchte. Die erst am 24. Januar 2008 erhobene «Einsprache» dürfe aber keine Grundlage für die Verfügung vom 4. März 2008 bilden, weshalb sie bereits aus diesem Grunde aufgehoben werden müsse. Das vom Kantonsgerichtspräsidium am 19. Dezember 2007 erlassene Fahrverbot sei im Amtsblatt publiziert worden und damit in Rechtskraft erwachsen. Folglich hätte das Verbot auf dem ordentlichen Weg aufgehoben werden müssen. Es existiere kein Rechtsmittel, welches die Rechtskraft der Verfügung vom 19. Dezember 2007 zu hemmen vermocht hätte. Für das Vorgehen der Vorinstanz habe somit keine Rechtsgrundlage bestanden und eine solche bestehe auch heute nicht.

2.1.1 Wie erwähnt, handelt es sich beim – privaten – allgemeinen gerichtlichen Verbot um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welcher im Gegensatz zum streitigen Verfahren in der Regel nur eine Partei auftritt. Allenfalls kann aber ein Dritter gegen die verlangte Anordnung Einsprache erheben und sich dadurch ein streitiges Verfahren entwickeln. Eine solche Einsprache ist indes nach der zugerischen Praxis – wie erwähnt – nicht vorgesehen. Hierfür steht aber die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung (vgl. § 208 Ziff. 7 ZPO). Anders als im streitigen Gerichtsverfahren herrscht sodann nicht die Verhandlungs-, sondern eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime, und die materielle Rechtskraft der Verfügung geht weniger weit als die eines in einer Streitsache ergangenen Urteils (Stahelin/Sutter, a.a.O., § 7 N 1 ff.).

2.1.2 Die Vorinstanz kam im vorliegenden Fall am 10. Januar 2008 auf ihren Entscheidung vom 19. Dezember 2007 zurück und setzte ihn zunächst ausser Kraft, um ihn dann am 4. März 2008 definitiv aufzuheben und auf das ursprüngliche Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass eines allgemeinen Fahrverbotes wegen Unzuständigkeit nicht einzutreten. Ihr Vorgehen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Zwar dürfte die ursprüngliche Verfügung wohl nicht als absolut nichtig zu qualifizieren sein, wenn die Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums zum Erlass des verlangten Fahrverbotes tatsächlich nicht gegeben ist, so dass die Verfügung wirkungslos sowie unbeachtlich ist und deshalb jederzeit darauf zurückgekommen werden durfte (vgl. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel und Frankfurt a.M 1990 mit Hinweis auf BGE 63 III 57; a.M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 78 Anm. 1, wonach Anordnungen nichtig seien, durch welche sich das Gericht Funktionen anmassen würde, die ausschliesslich den Verwaltungsbehörden vorbehalten seien). Nach § 133 Abs. 2 ZPO kann der Gerichtspräsident aber ohnehin die von ihm im Befehlsverfahren erlassene Verfügung jederzeit ändern oder gänzlich aufheben, zumindest sofern sich die Grundlagen bzw. Verhältnisse nachträglich wesentlich geändert haben oder von Anfang an unrichtig waren (vgl. ROG 1953/54 S. 91; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 f.). Dementsprechend ist eben die materielle Rechtskraft des allgemeinen gerichtlichen Verbotes als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeschränkt, die ihm sonst grundsätzlich für spätere Summarentscheide zukommt. Eingeschränkt ist die materielle Rechtskraft von im Befehlsverfahren ergangenen Entscheiden insofern, als dem Richter entsprechend der provisorischen Natur solcher Verfügungen ein Zurückkommen in weitem Umfang gestattet ist und diese Verfügungen ausserdem den Entscheid im ordentlichen Prozess nicht präjudizieren (Barbara Merz, a.a.O., N 1b zu § 168). Die Zulässigkeit des Einbezugs Dritter zur Klärung dieser Grundlagen ergibt sich sodann aus der dieses Verfahren beherrschenden, beschränkten Untersuchungsmaxime. Dementsprechend ist nichts dagegen einzuwenden, wenn die Vorinstanz sowohl die Gemeinde A. als auch die E. AG als Vertreterin der vom fraglichen Fahrverbot betroffenen Stockwerkeigentümergeinschaften zur Klärung dieser Grundlagen anhörte. Zu Verfahrensparteien wurden sie dadurch allerdings nicht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt, weshalb ihnen auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Parteirechte zukommen. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin an den Vorderrichter, dieser habe das Verfahren in unzulässiger Weise zu einem Mehrparteienverfahren aufgebläht, welches ihr unnötige Umtriebe verursacht habe, ist deshalb unberechtigt.

2.1.3 Damit erweisen sich die formellen Einwände der Beschwerdeführerin aber als unbegründet.

Justizkommission, 1. Juli 2009

§ 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig.

Aus den Erwägungen:

2.3.1 Nach Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG erlassen die Kantone die Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren für Entscheide, die vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden. Das Gesetz lässt den Kantonen bei der Ausgestaltung des summarischen Verfahrens damit volle Freiheit (Urs Engler, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, a.a.O., N 11 zu Art. 25). Allerdings ergeben sich gewisse Schranken aufgrund der bundesrechtlichen Natur des Rechtsöffnungsverfahrens, wie etwa der des summarischen Urkundenprozesses (vgl. Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 109; Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, a.a.O., N 5 zu Art. 84). Das summarische Verfahren ist in der zugehörigen Zivilprozessordnung unter dem IV. Abschnitt in den §§ 126 ff. geregelt. Nach § 127 Abs. 1 ZPO muss der Gesuchsteller sein Gesuch mündlich oder schriftlich beim Gerichtspräsidenten anbringen; erscheint das Gesuch nicht von vornherein unbegründet, so ist der Gegenpartei Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmlassung zu geben. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist der Gerichtspräsident berechtigt, eine förmliche Parteiverhandlung anzuordnen und durch persönliche Befragung, Einholung von Urkunden und amtlichen Berichten, ausnahmsweise durch Augenschein, Einholung eines Gutachtens oder Abhörung von Zeugen über den Sachverhalt sich Gewissheit zu verschaffen. Der Rechtsöffnungsrichter ist damit von Gesetzes wegen berechtigt, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, bei der auch Zeugen einvernommen werden können, über ein Rechtsöffnungsgesuch zu entscheiden. Seit der Revision der Zivilprozessordnung von 1997 entscheidet der Einzelrichter am Kantonsgericht über Rechtsöffnungsgesuche in konstanter Praxis indes ausschliesslich im Rahmen eines schriftlichen Verfahrens. Zeugeneinvernahmen sind damit naturgemäss ausgeschlossen. Unter