

*Zivil- und Zivilprozessrecht – Ausserordentliche Ersitzung – KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 23. August 2023, X. – TCV C3 23 80*

**Ausserordentliche Ersitzung an Katastergrundstücken mit unbekanntem Eigentümer**

- Eigentumserwerb an herrenlosen Grundstücken durch Aneignung (Art. 658 Abs. 1 i.V.m. Art. 664 Abs. 3 ZGB und Art. 162 EGZGB) und an Grundstücken mit unbekanntem Eigentümer durch ausserordentliche Ersitzung (Art. 662 Abs. 2 ZGB; E. 2.2).
- Im Auskündungsverfahren (Art. 662 Abs. 3 ZGB) erhalten allenfalls besser berechnigte Personen Gelegenheit, gegen das Begehren des Ersitzungsprätendenten Einsprache zu erheben; es handelt sich hierbei um ein summarisches Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchem der beschränkte Untersuchungsgrundsatz mit verstärkter gerichtlicher Fragepflicht gilt (E. 2.3).
- Beweisanforderungen an das Gesuch des Ersitzungsprätendenten um Auskündigung; Abweisung seines Gesuches bei Nichterfüllung der Beweisanforderungen bzw. Publikation seines Ersitzungsbegehrens bei Erfüllung der Beweisanforderungen; Eintragung des Ersitzungsprätendenten im Grundbuch bei fehlender Einsprache gegen dessen Ersitzungsbegehren bzw. Fristansetzung zur Klageeinreichung beim ordentlichen Zivilgericht im Falle einer erfolgten Einsprache, ohne dass sich die Verteilung der Parteirollen auf die durch das materielle Recht vorgegebene Behauptungs- und Beweislast auswirkt (E. 2.4 und 2.6 *in fine*).
- Anwendungsfall (E. 2.5 und 2.6).

**Acquisition par prescription extraordinaire de bien-fonds dont le propriétaire est inconnu**

- Acquisition par occupation de la propriété d'un immeuble sans maître (art. 658 al. 1 CC en relation avec l'art. 664 al. 3 CC et l'art. 162 LACC) et acquisition par prescription extraordinaire d'immeubles dont le propriétaire est inconnu (art. 662 al. 2 CC ; consid. 2.2).
- Dans le délai de sommation officielle (art. 662 al. 3 CC), les personnes au bénéfice d'un éventuel droit préférable ont la possibilité de former opposition à la prétention du requérant qui invoque la prescription acquisitive ; il s'agit alors d'une procédure sommaire non contentieuse, soumise à la maxime inquisitoire limitée, avec obligation judiciaire d'interpellation accrue (consid. 2.3).
- Exigences de preuve de la demande de sommation du requérant qui invoque la prescription acquisitive ; rejet de sa requête si les exigences de preuve ne sont pas remplies, respectivement publication de sa requête tendant à l'acquisition par prescription acquisitive si les exigences de preuve sont remplies ; inscription du requérant au registre foncier comme propriétaire, en l'absence d'opposition à sa requête d'acquisition par prescription acquisitive, respectivement fixation d'un délai pour introduire une action devant le tribunal civil ordinaire en cas d'opposition valable ; la répartition des rôles procéduraux des parties n'a alors pas d'effet sur la charge de l'allégation et celle de la preuve exigées par le droit matériel (consid. 2.4 et 2.6 *in fine*).
- Cas d'espèce (consid. 2.5 et 2.6)

## Sachverhalt und Verfahren (Zusammenfassung)

X. stellte beim Bezirksgericht ein Gesuch um Auskündigung gemäss Art. 662 Abs. 3 ZGB und machte die ausserordentliche Ersitzung an sechs Grundstücken geltend, deren Eigentümer im Kataster mit «unbekannt» eingetragen war. Nach dreimaliger Publikation des Auskündigungsgesuchs im kantonalen Amtsblatt erhob die Einwohnergemeinde Y. Einspruch mit dem Antrag, die Eintragung von X. als Eigentümer sei abzulehnen. Nach einer Stellungnahme von X. lehnte das Bezirksgericht dessen Gesuch mit der Begründung ab, dass es die Ersitzungsvoraussetzungen nicht als genügend glaubhaft gemacht erachte. Gegen diesen Entscheid reichte X. eine Beschwerde beim Kantonsgericht Wallis ein.

### Aus den Erwägungen

**2.2** Das Verfahren hinsichtlich des Erwerbs von Grundeigentum unterscheidet sich danach, ob ein Grundstück herrenlos oder der Eigentümer unbekannt ist. Ein herrenloses Grundstück, welchem eine Dereliktion durch den früheren Eigentümer vorangegangen ist, kann nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts angeeignet werden (Art. 658 Abs. 1 i.V.m. Art. 664 Abs. 3 ZGB und Art. 162 EGZGB; BGE 114 II 32 E. 2; KERNEN, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], Kommentar ZGB, 4. A., 2021, N. 3 zu Art. 62 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., 2015, N. 14 § 100). Ist demgegenüber im Grundbuch vermerkt, das Eigentum sei «unbekannt», so kann das Grundstück ausserordentlich ersessen werden (Art. 662 Abs. 2 ZGB; STREBEL, Basler Kommentar, 7. A., 2023, N. 14 zu Art. 662 ZGB). Die ausserordentliche Ersitzung ist in weiteren Fällen möglich, nämlich wenn das Grundstück nicht im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 662 Abs. 1 ZGB) sowie wenn der Eigentümer bei Beginn der Ersitzungsfrist tot oder für verschollen erklärt worden ist (Art. 662 Abs. 3 ZGB).

Vorliegend interessiert vorab die ausserordentliche Ersitzung bei nicht ersichtlichem Eigentümer nach Art. 662 Abs. 2 ZGB, zumal bei den sechs fraglichen Grundstücken im Kataster bei der Eigentümerrubrik unbestrittenemassen «unbekannt» eingetragen ist (Art. 662 Abs. 2 ZGB).

**2.3** Die sog. Extratabularersatzung erfolgt in einem Auskündungsverfahren, in welchem einer allenfalls besser berechtigten Personen Gelegenheit geboten wird, gegen das Begehren des Ersitzungspräsidenten Einsprache zu erheben (Art. 662 Abs. 3 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 9 zu Art. 662 ZGB). Das Verfahren ist summarisch und ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 249 lit. d Ziff. 2 und Art. 1 lit. b ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 19 zur Art. 249 ZPO). Folglich gelangt der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung und der Sachverhalt ist von Amtes wegen festzustellen (Art. 255 lit. b ZPO i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Dabei gilt in Summarsachen nach Art. 255 ZPO der beschränkte Untersuchungsgrundsatz, welcher keine richterliche Sachverhaltserforschung, sondern bloss eine Sachverhaltsfeststellung vorsieht (Bundesgerichtsurteile 5A\_1026/2018 vom 31. Oktober 2019 E. 3.2.2, 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.3.1; JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2021, N. 2 zu Art. 255 ZPO). Die Parteien sind nicht davon befreit, dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten, indem sie Tatsachenbehauptungen aufstellen und Beweise bezeichnen (Bundesgerichtsurteil 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 7.2.1; OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2021, N. 17 zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 2 zur Art. 255 ZPO), aber das Gericht trifft eine verstärkte Fragepflicht (Art. 55 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 56 ZPO; Oberhammer/Weber, a.a.O., N. 17 zu Art. 55 ZPO; KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 1 zu Art. 255 ZPO). Es hilft den Parteien, durch sachgemässe Fragen die notwendigen Behauptungen und dazugehörigen Beweismittel beizubringen, stellt aber selbst keine eigenen Ermittlungen an (Bundesgerichtsurteil 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 7.2.1). Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (BGE 125 III 231 E. 4a; Bundesgerichtsurteil 4A\_23/2016 vom 19. Juli 2016 E. 3.1). Wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 mit Hinweisen), jedenfalls so lange der Entscheid auf einem Rechtsgrund beruht, den die beteiligten Parteien ins Spiel gebracht haben oder mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise rechnen mussten (Bundesgerichtsurteil 4A\_62/2021 vom 27. Dezember 2023 E. 4.2.1). Im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes sind auch im

Summarverfahren neben den Urkunden weitere Beweismittel zulässig (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).

**2.4** Das Gesuch um Auskündigung ist beim Gericht des Ortes einzureichen, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist bzw. aufzunehmen wäre (Art. 29 Abs. 4 ZPO). Der Ersitzungsprätendent hat mit dem Gesuch nachzuweisen, dass aus dem Grundbuch der Eigentümer nicht ersichtlich ist bzw. dieser als «unbekannt» vermerkt ist (Art. 662 Abs. 2 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 9 zu Art. 662 ZGB). Diesen Nachweis kann er mit dem Katasterauszug oder durch den Grundbuchauszug erbringen. Die übrigen Ersitzungsvoraussetzungen – der 30-jährige ununterbrochene und unangefochtene Ersitzungsbesitz – hat der Ersitzungsprätendent nach ständiger (kantonaler) Rechtsprechung und Lehre zumindest glaubhaft zu machen (PKG 1993 S. 18; PKG 1989 S. 210; PKG 1983 S. 145 f.; ZBGR 47/1966 S. 134, 138; HAAB, Zürcher Kommentar, 2. A., 1977, N. 22 zu Art. 662 ZGB; MEYER-HAYOZ, Berner Kommentar, 3. A., 1946, N. 19 zu Art. 662 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 9 zu Art. 662 ZGB; KERNEN, a.a.O., N. 6 zu Art. 662 ZGB). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind und das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Tatsache nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1, 138 III 232 E. 4.1.1; Bundesgerichtsurteil 5A\_607/2022 vom 26. Januar 2023 E. 2.3.2.).

Erachtet das Gericht die Voraussetzungen als nicht glaubhaft, so weist es das Gesuch ab, ohne eine Auskündigung vorzunehmen, andernfalls publiziert es das Ersitzungsbegehren dreimal im amtlichen Publikationsorgan unter Ansetzung einer Frist, innert welcher gegen die ausserordentliche Ersitzung Einspruch erhoben werden kann (PKG 1989 S. 210; HAAB, a.a.O., N. 22 zu Art. 662 ZGB). Die Auskündigung kann unterbleiben, wenn zum vornherein feststeht, wer als Berechtigter in Frage kommt und wenn dieser im ordentlichen Prozess um das Eigentum selber als Partei auftritt (BGE 97 II 25 E. 6; ZWR 1987 S. 198; STREBEL, a.a.O., N. 9 zu Art. 662 ZGB; VOLKEN, Klageaufforderung, Auskündungsverfahren und ausserordentliche Ersitzung von Dienstbarkeiten, ZWR 1991 S. 489 f.).

Wird gegen das publizierte Ersitzungsbegehren keine Einsprache erhoben oder eine solche zurückgezogen, ordnet das Gericht die Eintragung des Ersitzungsprätendenten als Eigentümer in das Grundbuch an (PKG 1993 S. 18; KERNEN, a.a.O., N. 7 zu Art. 662 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 10

zu Art. 662 ZGB; VOLKEN, a.a.O., ZWR 1991 S. 492 f.). Wird hingegen Einspruch erhoben, so ist die Frage der ausserordentlichen Ersitzung gerichtlich durch den Zivilrichter in einem Erkenntnisverfahren zu entscheiden und es ist eine Frist zur Klageeinreichung anzusetzen (BGE 110 II 20 E. 2; PKG 1989 S. 210; HAAB, a.a.O., N. 22 zu Art. 662 ZGB; KERNEN, a.a.O., N. 7 zu Art. 662 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 662 ZGB; VOLKEN, a.a.O., ZWR 1991 S. 492 f.).

**2.5** Unter Berücksichtigung der (kantonalen) Rechtsprechung und Lehre hätte der Gesuchsteller als Ersitzungsprätendent mit seinem Gesuch gegenüber dem Bezirksgericht die Ersitzungsvoraussetzungen zumindest glaubhaft machen, dazu Tatsachenbehauptungen aufstellen und Beweise bzw. Beweisanträge beibringen müssen. In seinem Gesuch hat der Beschwerdeführer aber nur behauptet, er und seine Rechtsvorgänger hätten diese Parzellen seit mehr als 30 Jahren unangefochten und ununterbrochen als ihr Eigentum innegehabt und genutzt. Damit hat er bloss die gesetzlichen Vorgaben wiederholt, ohne auszuführen wie er bzw. seine Rechtsvorgänger die Grundstücke tatsächlich besessen und genutzt haben sowie aus welchen Fakten er seinen Ersitzungsbesitz ableitet. Anhand des eingereichten Gesuchs musste das Gericht ernsthaft damit rechnen, dass sein Anspruch möglicherweise überhaupt nicht besteht. Hingegen rügt der Beschwerdeführer zu Recht, das Bezirksgericht hätte diese Voraussetzungen bereits vor der amtlichen Auskündigung prüfen und den Sachverhalt dazu von Amtes wegen feststellen müssen. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung befand sich der Gesuchsteller – und mangels einer selbständigen Beschwerde durch die Einsprecherin auch jetzt noch – in einem Einparteienverfahren unter Herrschaft des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (vgl. zum Wechsel in ein streitiges Zweiparteienverfahren Bundesgerichtsurteil 5A\_925/2021 vom 2. März 2023 E. 3.1.2).

Das Bezirksgericht hätte den Sachverhalt, welcher dem Auskündungsgesuch zu Grunde lag, zwar nicht erforschen, aber zumindest feststellen und demzufolge den Gesuchsteller darauf hinweisen müssen, dass es die Ersitzungsvoraussetzungen auf der Grundlage der aufgestellten Tatsachenbehauptungen und hinterlegten Beweise als zweifelhaft erachtet. Es hätte ihm die Möglichkeit geben sollen, entsprechende substanziierte Behauptungen und Beweise zum 30-jährigen unangefochtenen und ununterbrochenen Ersitzungsbesitz nachträglich beizubringen. Dies erscheint selbst mit Blick auf die anwaltliche Vertretung gerechtfertigt, da es im vorliegenden Einparteienverfahren keine Gegenpartei gibt, welche

durch die verstärkte richterliche Fragepflicht einseitig bevorzugt werden könnte, zumal die freiwillige Gerichtsbarkeit darauf abzielt, einseitig hoheitlich Privatrechtsverhältnisse zu begründen, festzustellen oder zu ändern.

Neben dem speziellen Charakter des Auskündungsverfahrens hätte auch dessen Ablauf eine verstärkte Fragepflicht aufgedrängt. Durch die amtliche Publikation der Auskündigung ohne vorgängige Prüfung der Glaubhaftmachung der Ersitzungsvoraussetzungen nach Art. 662 Abs. 2 ZGB erweckte die Vorinstanz beim Gesuchsteller den Eindruck, die Vorgaben für die Durchführung des Auskündungsverfahrens seien erfüllt. Spätestens dann, als der Gesuchsteller in seiner Stellungnahme zur Einsprache anerkennend, seinen Anspruch mit weiteren Beweisen zu untermauern, hätte die Vorinstanz die verstärkte richterliche Fragepflicht wahrnehmen müssen. Auch in diesem Verfahrensstadium hätten noch Noven uneingeschränkt vorgebracht werden können, was unter Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes bis zur Urteilsberatung möglich ist (Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO).

**2.6** Die Sache ist deshalb zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen unter Ausübung der verstärkten richterlichen Fragepflicht und anschließenden neuerlichen Prüfung der Glaubhaftmachung des Ersitzungsanspruchs an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 2 lit. a ZPO). Kommt das Bezirksgericht dann immer noch zum Schluss, die Voraussetzungen des 30-jährigen ununterbrochenen und unangefochtenen Ersitzungsbesitzes seien nicht glaubhaft, hat es das Gesuch abzuweisen. Erscheint der Anspruch des Ersitzungsprätendenten demgegenüber glaubhaft, kann eine nochmalige Auskündigung unterbleiben, zumal diese bereits durchgeführt und eine Einsprache deponiert worden ist. Diesfalls hat die Vorinstanz der Einwohnergemeinde Gelegenheit zu geben zu erklären, ob sie an ihrer Einsprache (...) festhält, und falls ja zu prüfen, ob diese einspracheberechtigt ist. Anschliessend hat das Bezirksgericht – falls die Einsprache der Einwohnergemeinde zuzulassen ist – eine Frist zur Klageeinreichung zu setzen. Es wird dabei die Parteirollen zu verteilen haben, was keinen Einfluss auf die vom materiellen Recht geregelte Beweis- und Behauptungslast hat (Art. 8 ZGB; STREBEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 662 ZGB).