



5D_46/2019

Urteil vom 18. Dezember 2019

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt, Schöbi,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

1. **A.A.** _____,
2. **B.A.** _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Stutz,
Beschwerdeführer,

gegen

C. _____,
vertreten durch Fürsprecher Peter Krebs,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Besitzerschutz, Nachbarrecht,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, vom
11. Dezember 2018 (ZVE.2018.44).

Sachverhalt:

A.

A.a Die an einem Hang gelegenen Grundstücke GB U._____ Nr. xxx, Parzelle yyy, und Nr. zzz, Parzelle www, sind mit einem Terrassenhaus überbaut. Das oberliegende, ursprünglich im Eigentum von D._____ stehende Grundstück Nr. yyy verfügt zu Lasten des C._____ gehörenden Grundstücks Nr. www über ein Überbaurecht. Danach dient das Dach des unterliegenden Wohnhauses dem oberliegenden Wohnhaus als Terrasse. Diese wird durch eine halbhohle Mauer eingefasst, die baulich als Verlängerung der Aussenfassade des unterliegenden Wohnhauses über die Dachkante bzw. den Terrassenboden hinaus erscheint (im Folgenden als Aufmauerung bezeichnet). Gemäss Dienstbarkeitsvertrag (vom 30. August 1978) ist der Eigentümer des Grundstücks Nr. yyy verpflichtet, "[a]uf der Terrasse der Parzelle (...) unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, so dass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist" (Ziff. VIII). Ursprünglich befanden sich auf der Terrasse Pflanzentröge, die durchgehend mit dichten, immergrünen Büschen bis 2.5 m Höhe bepflanzt waren. D._____ hatte diese entfernt und durch rund 40 cm hohe, unbepflanzte oder nur locker bepflanzt Tröge ersetzt. Damit verfügte C._____ über keinen Sichtschutz mehr und entstand insofern eine Gefahr, als kein wesentliches Hindernis die Benutzer der oberliegenden Terrasse vor einem Sturz auf die unterliegende Terrasse mehr schützte.

A.b In der Absicht, selber ein Geländer und einen Sichtschutz zu erstellen, liess C._____ in der ersten Hälfte 2014 an der Aussenwand ihres Wohngeschosses grüne Pfosten montieren, die ca. 100 cm über den Boden der oberliegenden Terrasse hinaus ragen. D._____ gelangte darauf an das Bezirksgericht Baden, welches C._____ zunächst superprovisorisch und alsdann provisorisch verbot, die begonnenen Bauarbeiten fortzusetzen. Sodann setzte das Bezirksgericht D._____ eine Frist von drei Monaten zur Einleitung eines Hauptsacheverfahrens an (Entscheid vom 30. Juni 2015). Dieser kam seiner Verpflichtung nach und beantragte dem Bezirksgericht, C._____ zu verbieten, die begonnenen Bauarbeiten fortzusetzen, und sie zu verpflichten, die widerrechtlich installierten Vorrichtungen zu entfernen sowie die Terrasse in deren ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Zuzufolge Hängigkeit eines baurechtlichen Verfahrens (vgl. A.c hiernach) sistierte das Bezirksgericht das Verfahren.

A.c Am 28. September 2015 wandte sich C._____ an den Gemeinderat U._____, welcher mit Verfügung vom 2. November 2015 D._____ verpflichtete, eine den massgeblichen SIA-Normen entsprechende Absturzsicherung zu erstellen, und ihm für die Zwischenzeit die Benützung der Terrasse untersagte. Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau wie auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau wiesen die jeweils von D._____ dagegen ergriffenen Rechtsmittel ab (Entscheidung vom 12. April 2016 bzw. 7. April 2017). In der Folge ergriff D._____ bauliche Massnahmen. Am 3. Juli 2017 stellte der Gemeinderat U._____ fest, dass die erforderliche Absturzsicherung vollständig und den Normen entsprechend ausgeführt worden sei.

A.d Am 4. Juli 2017 hob das Bezirksgericht Baden die Verfahrensstellung auf, führte einen Augenschein sowie eine Hauptverhandlung durch und gab der Klage des D._____ mit Entscheidung vom 16. November 2017 vollumfänglich statt. Es hielt fest, weder die Absturzsicherung noch der Sichtschutz seien Prozessthema, sondern die Frage sei zu beurteilen, "wer *Besitzer* der Gebäudefassade ist, an welcher die grünen Pfosten aus Metall angebracht wurden" und daraus folgend, ob die Klage auf Unterlassung bzw. Beseitigung gutzuheissen sei oder nicht (E. 3 S. 8 f. des Entscheids vom 16. November 2017).

B.

B.a C._____ wandte sich alsdann mit Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau und beantragte die kostenfällige Abweisung der Klage.

B.b Am 13. Dezember 2017 und damit zwischen der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils (am 16. November 2017) und dessen Zustellung an die Parteien (am 30. Mai 2018) hat D._____ sein Grundstück an A.A._____ und B.A._____ verkauft. Diese sind in den Prozess eingetreten.

B.c Das Obergericht hiess die Berufung gut und wies die Klage kostenfällig ab (Entscheidung vom 11. Dezember 2018).

C.

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen vom 18. Februar 2019 wenden sich A.A._____ und B.A._____ (Beschwerdeführer) an das Bundesgericht, dem sie beantragen, ihre Klage im Sinne des erstinstanzlichen Entscheids gutzuheissen; even-

tualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen.

Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt.

Der Präsident der urteilenden Abteilung hat das Gesuch um aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen mit Verfügung vom 15. März 2019 abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1 Mit ihrer fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichten Eingabe setzen sich die Beschwerdeführer gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 BGG) in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) zur Wehr.

1.2 Die Beschwerdeführer machen Ansprüche aus Besitzschutz geltend. Eine solche Zivilrechtsstreitigkeit ist vermögensrechtlicher Natur (Urteil 5A_453/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 1, nicht publ. in: BGE 133 III 638). Die Beschwerde unterliegt deshalb grundsätzlich der Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Gemäss vorinstanzlicher Feststellung betrifft die angefochtene Verfügung einen Streitwert von Fr. 20'000.--. Die Beschwerdeführer anerkennen dies ausdrücklich.

Sie machen indes geltend, es stellten sich gleich mehrere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn von Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG, weshalb unter diesem Titel die Beschwerde in Zivilsachen zulässig sei. Dabei übersehen sie, dass Besitzschutzklagen zu einem Urteil führen, in welchem dem Kläger nur Besitzschutz, d.h. Schutz der tatsächlichen Gewalt über die Sache zuerkannt wird, also nur über die Wiederherstellung oder Erhaltung des Zustands der tatsächlichen Gewalt über die Sache, nicht aber über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes bzw. über das Recht an der Sache entschieden wird. Besitzschutzurteile können daher durch ein späteres Urteil über das Recht an der Sache umgestossen werden und sind unter diesem Blickwinkel nicht als endgültige, sondern bloss als vorläufige Regelung zu betrachten (vgl. BGE 113 II 243 E. 1b). Besitzschutzklagen gel-

ten daher als vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (Urteil 5A_428/2009 vom 23. November 2009 E. 1, nicht publ. in: BGE 135 III 633; vgl. auch BGE 133 III 638 E. 2; 144 III 145 E. 2), so dass – wie bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde – nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann. Damit liegt von vornherein kein Anwendungsfall von Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG vor, denn der damit angestrebte Zweck, eine Rechtsfrage (von grundsätzlicher Bedeutung) mit uneingeschränkter Kognition beurteilen zu können, kann nicht erreicht werden (vgl. BGE 134 I 184 E. 1.3.3). Folglich nimmt das Bundesgericht die Rechtsschrift wie eingereicht als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegen.

1.3 Mit der Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Das Bundesgericht untersucht nicht von Amtes wegen, ob der angefochtene kantonale Entscheid verfassungsmässig ist. Die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte überprüft es nur insofern, als die rechtsuchende Partei sie in der Beschwerde vorbringt und begründet (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Es gilt das strenge Rügeprinzip: Im Schriftsatz ist präzise anzugeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen kantonalen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen substantiiert darzulegen, worin die Verletzung besteht (BGE 133 III 439 E. 3.2). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 133 II 396 E. 3.1; 134 II 244 E. 2.2; 140 III 264 E. 2.3). Sind die Anforderungen des Rügeprinzips erfüllt, prüft das Bundesgericht allerdings frei, ob die angerufenen verfassungsmässigen Rechte verletzt sind (vgl. BGE 130 I 26 E. 2.1). Dabei ist es an den Sachverhalt gebunden, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Von diesen Sachverhaltsfeststellungen kann das Bundesgericht nur abweichen, wenn sie unter Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts zustande kamen (Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG), was der Beschwerdeführer wiederum präzise geltend zu machen hat (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 439 E. 3.2); neue Tatsachen und Beweismittel sind grundsätzlich unzulässig (Art. 117 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 BGG).

1.4 Um mit dem Vorwurf einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung durchzudringen, muss der Beschwerdeführer nachweisen, dass das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt, dass es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen

oder dass es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der recht-suchenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 142 II 433 E. 4.4; 140 III 264 E. 2.3; je mit Hinweisen). Ausserdem hat der Beschwerdeführer aufzuzeigen, dass die Behebung des behaupteten Mangels einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben kann (Urteil 2D_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 140 I 285).

1.5 Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dabei ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 mit Hinweisen).

2.

Die Beschwerdeführer werfen dem Obergericht eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) vor. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht, einen Entscheid so abzufassen, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Daher müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich sein Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass es sich ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Argument auseinandersetzen muss. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 139 IV 179 E. 2.2; 141 III 28 E. 3.2.4; 141 IV 249 E. 1.3.1). Das Obergericht ist vom Mitbesitz der Parteien an der streitgegenständlichen Aufmauerung ausgegangen, was, wie die Beschwerdeführer im umgekehrten Sinn selber behaupten, einen Alleinbesitz ausschliesst. Daher brauchte es nicht all jene Argumente, aus welchen die Beschwerdeführer auf Alleinbesitz schlossen, ausdrücklich zu widerlegen. An der Grenze der Verwegenheit ist der Vorwurf einzuordnen, das Obergericht habe nicht ausgeführt, was das E-Mail vom Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer vom 26. April 2013 bedeuten soll bzw. welche Schlüsse es daraus ziehe, denn im Kontext ist die Bedeutung des E-Mails klar (vgl. E. 6.1) und die Beschwerdeführer haben diese, wie sich ihren Ausführungen in Ziff. 2.4.6.4 der Beschwerde entnehmen lässt, auch klar erkannt. Das Obergericht hat sich einlässlich mit den ihm rechtlich

relevant erscheinenden Fragen befasst und seinen Entscheid ausführlich begründet. Die Beschwerdeführer waren denn auch in der Lage, diesen sachgerecht anzufechten. Der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht ist unbegründet.

3.

Der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer hat eine Klage gemäss Art. 928 ZGB erhoben. Jeder Besitzer kann, wenn ihm eine "Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen" (Art. 927 Abs. 1 ZGB) oder sein "Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört" (Art. 928 Abs. 1 ZGB) wird, gegen den Besitzesentzieher oder -störer Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet. Im Besitzesschutzverfahren wird nur über die Wiederherstellung oder Erhaltung des Zustands der tatsächlichen Gewalt über die Sache, nicht aber über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes bzw. über das Recht an der Sache entschieden (vgl. E. 4.2). Einzig im Fall der Besitzesentziehung kann der Besitzesschutz als Schutz der tatsächlichen Gewalt über die Sache verweigert werden, wenn der Besitzesentzieher "sofort ein besseres Recht nachweist" und aufgrund dieses sofort nachgewiesenen besseren Rechts "dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte" (Art. 927 Abs. 2 ZGB). Auch der Dienstbarkeitsberechtigte kann sich neben dem Rechtsschutz durch Klagen, wie sie dem Eigentümer vergleichbar zustehen, auf den Besitzesschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB berufen und gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks, der die Ausübung der Grunddienstbarkeit behindert, eine Klage aus Besitzesstörung nach Art. 928 ZGB erheben. Im Besitzesschutzprozess zwischen dem Grunddienstbarkeitsberechtigten und dem belasteten Grundeigentümer ist nicht auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit gemäss der Rechtslage abzustellen, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung (Urteil 5A_59/2010 vom 22. März 2010 E. 2.1; vgl. zum hier nicht gegebenen Fall des Streites zwischen an einer Grunddienstbarkeit Mitberechtigten: LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 163 zu Art. 737 ZGB). Mithin ist die Frage nach dem Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache (Art. 919 Abs. 1 ZGB) von der Frage nach dem Recht an der Sache, insbesondere nach dem Recht zur Beeinträchtigung des Besitzes grundsätzlich zu trennen (BGE 135 III 633 E. 3.1).

Daher zielen die Ausführungen der Beschwerdeführer, soweit sie sich auf deren *Rechte* als Eigentümer oder als Dienstbarkeitsberechtigte, die *Rechtmässigkeit* des streitgegenständlichen Zustandes oder das *Recht an der Sache* beziehen (die Nutzung der Aufmauerung werde im Rahmen des ihnen zustehenden und im Grundbuch eingetragenen

Überbaurechts gewährt [S. 11 der Beschwerde]; die Aufmauerung sei Bestandteil des Überbaurechts und stehe daher in ihrem Eigentum; der unumstrittene Rechtsgrundsatz des Überbaurechts werde krass verletzt [S. 12]; ein im Grundbuch eingetragenes *Überbaurecht* lege eine klare räumliche und zeitliche Abgrenzung des Nutzungsrechts fest und die Beschwerdeführer könnten "aus dem Recht klagen" [S. 14]; gehe man davon aus, dass die Aufmauerung auf der Terrasse als Bau-Substanz der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin zu qualifizieren sei, so ergebe sich im Zusammenhang mit dem Überbaurecht rechtlich zwingend Miteigentum beider Parteien [S. 15]; die Aufmauerung müsse als Bestandteil des Überbaurechts qualifiziert werden; beim Überbaurecht handle es sich um eine Baute, welche in das Grundstück der Beschwerdegegnerin hineinrage [S. 16]; es gehörten sämtliche funktional mit der Terrasse verbundenen Bauteile mit zur Terrasse als Überbaurecht und die Aufmauerung gehöre zur Rechts-sphäre der Beschwerdeführer geschützt durch das Überbaurecht [S. 17]; das im Grundbuch eingetragene Überbaurecht der Beschwerdeführer schliesse die Randmauer mit ein [S. 18]; ein Miteigentum der Beschwerdeführer an der Aussenfassade der Aufmauerung genüge, um ihr Recht auf Besitzschutz und damit auf Abwehr der geltend gemachten und bewiesenen Störung ihres Mitbesitzes durch die Beschwerdegegnerin zu rechtfertigen und sich darauf rechtmässig berufen zu können [S. 19]; Art. 679 und Art. 684 ZGB müssten als Anspruchsgrundlage herangezogen werden [S. 26]), an der Sache vorbei. Sie sind von vornherein nicht geeignet, den angefochtenen Entscheid als willkürlich auszuweisen. Auf diese Argumente ist nicht näher einzugehen, ebenso wenig wie auf die Frage, ob die Beschwerdeführer aus materiell-rechtlicher Sicht Alleineigentümer der Aufmauerung sind oder Kraft der Begrenzungsfunktion derselben zwischen den dinglichen Berechtigungen der Beschwerdeführer (Terrasse) und der Beschwerdegegnerin (vertikales Eigentum) Miteigentum besteht (Art. 670 ZGB) und daraus folgend, ob die Erhöhung der Aufmauerung durch die Beschwerdegegnerin das Miteigentumsrecht der Beschwerdeführer verletzt (vgl. HAAB, Zürcher Kommentar, 1933, N. 9 zu Art. 670 ZGB; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 1964, N. 14 zu Art. 670 ZGB).

4.

4.1 Das Zivilgesetzbuch versteht unter Besitz die tatsächliche Gewalt über die Sache (Art. 919 ZGB). Es unterscheidet zwischen dem im Eigentum begründeten selbständigen und dem anderswie begründeten unselbständigen Besitz (Art. 920 ZGB). Ansprüche können sich auch aus Mit- oder Gesamtbesitz ergeben. Mitbesitz liegt vor, wenn mehrere Personen auf einer Stufe Anteil am Besitz haben. Dieser kann in

Mitbesitz im engeren Sinn und Gesamtbesitz eingeteilt werden (Urteil 5A_8/2010 vom 10. März 2010 E. 4.4.1). Diese Differenzierung hängt von der tatsächlichen Möglichkeit der Ausübung der Sachherrschaft ab und nicht von der rechtlichen Beziehung der Besitzer, weshalb keine Korrelation zu den Begriffen des Gesamteigentums bzw. Miteigentums besteht (NICOLAS FUCHS, Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, 2018, S. 58 Rz. 81). Mitbesitz i.e.S. liegt vor, wenn mehrere Personen für sich alleine, ohne Mitwirkung der anderen die Sachherrschaft ausüben können (Urteil 5A_8/2010 vom 10. März 2010 E. 4.4.1). Es ist somit nicht vorausgesetzt, dass die Sachherrschaft von allen Beteiligten gleichzeitig ausgeübt wird, um Mitbesitz i.e.S. annehmen zu können.

4.2 Die possessorischen Rechtsbehelfe gegen andere Mitbesitzer i.e.S. können nur angerufen werden, wenn damit nicht die Streitigkeit über die Rechtsbeziehung der Mitbesitzenden ausgetragen werden soll (Urteile 5A_8/2010 vom 10. März 2010 E. 4.4.1; 5P.220/2000 vom 6. September 2001 E. 2a). Einzig relevant für die Berufung auf Besitzesschutz unter Mitbesitzern i.e.S. sind die bisherigen tatsächlichen Verhältnisse (STARK/LINDENMANN, Berner Kommentar, 2016, N. 70 der Vorbemerkungen Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB). Die Besitzesstörungsklage ist zulässig, wenn die Besitzsphären der Mitbesitzer deutlich abgegrenzt werden können (Urteil 5P.308/2000 vom 28. September 2000 E. 2b/bb mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 1981, N. 72 [recte: N. 101] zu Art. 646 ZGB; STARK/LINDENMANN, a.a.O., N 69 der Vorbemerkungen).

4.3 Besitzesstörung ist jede übermässige (vgl. Art. 684 ZGB) Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache in irgendeiner ihrer Äusserungen, soweit sie nicht zum Verlust des Besitzes und damit zur Schmälerung des Besitzstandes des Besitzers geführt hat (BGE 85 II 275 S. 279). Eine Besitzesstörung liegt namentlich auch vor, wenn eine Einwirkung auf die Sache stattfindet, ohne dass der Störer in irgendeinem Sinne eine Herrschaft über sie ausüben würde. Die Störung setzt nicht voraus, dass durch sie ein finanzieller Schaden entsteht (vgl. BGE 126 III 223 E. 4a).

4.4 Als "verbotene" Eigenmacht erscheint nach der herrschenden Lehre jede Beeinträchtigung des Besitzes, die ohne Einwilligung des Besitzers oder Vorliegen einer Erlaubnisnorm des objektiven Rechts erfolgt (STARK/LINDENMANN, a.a.O., N. 21 der Vorbemerkungen Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB). Mithin kann sich der Anspruch auf Duldung einer Besitzesstörung nicht nur aus einer Einwilligung des

Besitzers, sondern auch aus dem objektiven Recht ergeben (ERNST, Basler Kommentar, 2019, N. 18 vor Art. 926–929 ZGB; HOMBERGER, Zürcher Kommentar, 1938, N. 14 zu Art. 926 ZGB; STARK/ LINDENMANN, a.a.O., N. 41 der Vorbemerkungen Besitzerschutz zu Art. 926–929 ZGB mit Hinweisen). Namentlich sieht das objektive Recht in nachbarrechtlichen Verhältnissen vor, dass Grundeigentümer gewisse nicht übermässige Immissionen vom Nachbargrundstück zu dulden haben (Art. 684 ZGB). Diese Norm stellt eine besitzrechtliche Rechtfertigung dar (SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, SPR V/1, 2. Aufl. 2014, S. 601 Rz. 1314; DOMEJ, in: ZGB, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 926 ZGB; STARK/LINDENMANN, a.a.O., N. 45 der Vorbemerkungen Besitzerschutz zu Art. 926–929 ZGB). Demgemäss liegt keine verbotene Besitzesstörung vor, wenn die verursachten Immissionen (auch) nachbarrechtlich zu dulden sind. Geht die Störung aber darüber hinaus, hilft dem Beklagten aufgrund der possessorischen Natur des Verfahrens selbst die Berufung auf eine bestehende Rechtsposition nicht weiter. Es handelt sich um einen der wenigen Fälle, wo der Streit um den Besitz nicht gänzlich vom Rechtsstreit getrennt werden kann (BGE 85 II 275 S. 280). Daher muss bei der Frage, ob die Besitzesstörung übermässig ist, auf einen objektiven Massstab abgestellt werden und nicht auf die zwischen den Parteien möglicherweise vereinbarten Rechte und Pflichten (FUCHS, a.a.O., S. 158 Rz. 229 mit Hinweisen).

5.

Streitig ist zunächst, ob die Parteien *Mitbesitzer* sind an der Aufmauerung.

5.1 Dazu erwog das Obergericht, die Beschwerdeführer hätten tatsächliche Sachherrschaft über die Aufmauerung am Rand ab Terrassenboden, weil diese ihnen als Begrenzung ihrer Terrasse diene und ohne diese Begrenzung die Terrasse gar nicht genutzt werden könnte. Würde die Beschwerdegegnerin (eigenmächtig) die Aufmauerung auch nur teilweise beseitigen, wäre die Besitzesstörung offenkundig. Andererseits habe aber die Beschwerdegegnerin tatsächliche Sachherrschaft über die Aussenwand der Aufmauerung, denn diese bilde den natürlichen Abschluss der Aussenfassade ihrer Liegenschaft; würden die Beschwerdeführer (eigenmächtig) die Aufmauerung bzw. die Aussenfassade anders gestalten, wäre eine Störung des beschwerdegegnerischen Besitzes ebenso evident. Mithin hätten die Parteien Mitbesitz an der Aufmauerung.

5.2 Die Beschwerdeführer halten diese Schlussfolgerung des Obergerichts für offensichtlich unhaltbar. Die Aufmauerung gehöre weder

zur Aussenmauer noch zur Decke der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin. Vielmehr bilde sie "den funktionellen Abschluss der Terrasse". Die Aufmauerung müsse rechtlich als Bestandteil des Überbaurechts im Rahmen einer üblichen Benutzung der Terrasse qualifiziert werden. Wie das Bezirksgericht richtig gefolgert habe, nützten die Beschwerdeführer die über den Terrassenboden ragende Mauer als Mauer/Wand für ihren mit Blähton gefüllten Pflanzentrog allein. Ohne Aufmauerung/Abschluss der Terrasse sei ein Pflanzentrog, wie er vorliegend gebaut sei, gar nicht möglich. Insofern bilde die Aufmauerung die Begrenzung bzw. den Rand des Troges. Ausserdem sei die obere Umrandung der Aufmauerung mit einem Kupferblech rundum abgeschlossen. Daraus ergebe sich, dass auch der obere Teil der Aufmauerung auf der Aussenseite auf jeden Fall zum Abschluss der Terrasse der Beschwerdeführer gehöre und nichts mit der Aussenfassade zu tun haben könne, weder baulich noch funktional. Schliesslich werde die Aussenfassade erst deutlich unterhalb der Aufmauerung von der Beschwerdegegnerin genutzt, und zwar durch eine oberhalb des Fensters angebrachte Markise, welche erst an dieser Stelle im Funktionsbereich der Beschwerdegegnerin liege. Der in der Rechtssphäre der Beschwerdegegnerin liegende Funktionsbereich der Aussenfassade beginne erst dort zu wirken, wo diese Markise angebracht sei. Oberhalb, d.h. im funktionellen Bereich der Terrasse mit Trogumrandung (Aufmauerung) werde die Aussenfassade in keiner Form durch die Beschwerdegegnerin genutzt. Bezogen auf die Begrenzungsfunktion der Aufmauerung hätten die Beschwerdeführer damit daran alleinigen Besitz.

Sodann halten die Beschwerdeführer die Begründung des Obergerichts für willkürlich, wonach im Falle, dass die Beschwerdeführer den Bereich der Aussenfassade der Aufmauerung eigenmächtig anders gestalteten, den beschwerdegegnerischen Besitz störten. Die Vorinstanz übersehe, dass die Aufmauerung den funktionellen Abschluss der Terrasse bilde und damit auch die Nutzung im Rahmen des ihnen zustehenden und im Grundbuch eingetragenen Überbaurechts als rechtsgültige Dienstbarkeit gewähre. Dies umfasse die Aussenfassade der Terrassenaufmauerung. Dabei verstehe sich von selbst, dass die Beschwerdeführer ihr Recht in möglichst schonender Weise auszuüben hätten, aber sie hätten das Recht zur Ausübung aller Rechte, die ihnen im Rahmen der üblichen Nutzung der Terrasse zukämen, einschliesslich eben der gesamten Aufmauerung bzw. der Aussenfassade bis dorthin, wo die Begrenzungsfunktion des Troges aufhöre. Somit sei auch die Schlussfolgerung des Obergerichts falsch, wonach die Aussenfassade der Aufmauerung sich als natürlicher Ab-

schluss der Aussenfassade der beschwerdegegnerischen Liegenschaft darstelle. Die Aufmauerung über den Terrassenboden hinaus, der zugleich das Dach der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin bilde, sei einzig dem Rechtsbestand der Terrasse als im Grundbuch eingetragenes Überbaurecht geschuldet und impliziere die Nutzung als Abgrenzung des Troges mit dem Blätton. Ohne die Terrassenutzung und das Überbaurecht würde keine Aufmauerung existieren und auch die Aussenfassade örtlich Oberkant Flachdachboden (= heute Terrassenboden) enden. Folglich wäre der natürliche Abschluss der Aussenfassade im Verständnis der Vorinstanz nicht Oberkant Aufmauerung, sondern Oberkant Flachdach zu verorten. Daraus müsse der logische Schluss gezogen werden, dass die Aufmauerung einzig und allein für und wegen der Terrasse und deren Nutzung erstellt worden sei, und die Feststellung, wonach die Aufmauerung als natürlicher Abschluss der Aussenfassade zu qualifizieren sei, erweise sich als willkürlich.

5.3 Soweit die Beschwerdeführer einwenden, die Aufmauerung müsse rechtlich als Bestandteil des Überbaurechts im Rahmen einer üblichen Benutzung der Terrasse qualifiziert werden, argumentieren sie aus dem Recht, was im Besitzesstörungsverfahren unzulässig ist (E. 3). Mit ihrer Behauptung, die Aufmauerung gehöre weder zur Aussenmauer noch zur Decke der beschwerdegegnerischen Liegenschaft, beschränken sich die Beschwerdeführer darauf, die Tatsachen aus ihrer eigenen Sicht zu würdigen. Damit lässt sich keine Willkür in der Sachverhaltsfeststellung dartun (E. 1.4). Soweit sie schliesslich behaupten, ohne die Terrassenutzung und das Überbaurecht würde keine Aufmauerung existieren und die Aussenfassade örtlich Oberkant Flachdachboden (= heute Terrassenboden) enden, tragen sie Tatsachen vor, welche sich nicht aus dem angefochtenen Entscheid ergeben und somit neu, d.h. unbeachtlich sind (Art. 99 Abs. 1 BGG). Im Übrigen übersehen die Beschwerdeführer, dass hier nicht ein hypothetischer Sachverhalt zu beurteilen, sondern von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen ist. Unter diesem Blickwinkel durfte das Obergericht willkürfrei festhalten, dass die Aufmauerung einen Zweck erfülle, der sowohl die Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin betreffe. Auf dieser Basis durfte es ausserdem willkürfrei den Schluss ziehen, die Parteien hätten Mitbesitz an der Aufmauerung.

6.

Ist von Mitbesitz der Parteien an der Aufmauerung auszugehen (E. 5.3), kann ein Mitbesitzer gegen einen anderen Mitbesitzer possessorisch

vorgehen, wenn die *Besitzsphären* der Mitbesitzer deutlich abgegrenzt werden können (E. 4.2).

6.1 Das Obergericht erwog, die Besitzsphären der einzelnen Mitbesitzer könnten weder zeitlich noch räumlich eindeutig voneinander abgegrenzt werden. Jedenfalls hätten die Beschwerdeführer einen die Beschwerdegegnerin ausschliessenden Gebrauch der Aussenwand der Aufmauerung, in welcher die streitgegenständlichen Pfosten verankert seien, nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Vielmehr habe sich der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer in einer E-Mail vom 26. April 2013 gegenüber der Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt gestellt, es sei ihre Mauer und folglich sei sie dafür verantwortlich.

6.2 Die Beschwerdeführer halten dies alles für unzutreffend. Dabei argumentieren sie einerseits aus dem Recht, was unzulässig ist (E. 3), und andererseits werfen sie dem Obergericht vor, ihren Mitbesitz an der Aufmauerung aberkannt zu haben, was offensichtlich nicht zutrifft (vgl. E. 5.3). Sie wenden sich sodann gegen die Erwägung, wonach die Beschwerdeführer einen die Beschwerdegegnerin ausschliessenden Gebrauch der Aussenwand der Aufmauerung nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen hätten. Dabei zitieren sie ausführlich aus ihren im kantonalen Verfahren eingereichten Rechtsschriften, in welchen sie indes ausschliesslich aus dem Recht argumentiert haben oder – unzutreffenderweise – auf Alleinbesitz bzw. auf ihren Mitbesitz Bezug nehmen. Damit gelingt es ihnen aber nicht darzutun, dass die Schlussfolgerung des Obergerichts, sie hätten nicht aufgezeigt, dass sie und nur sie, d.h. unter Ausschluss der Beschwerdegegnerin, die tatsächliche Gewalt über die Aufmauerung hätten, offensichtlich unhaltbar sein soll.

Ausserdem beanstanden die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang in verschiedener Hinsicht die Bezugnahme des Obergerichts auf ein vom Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer verfasstes E-Mail vom 26. April 2013. Sie behaupten Willkür in der Sachverhaltsfeststellung, Willkür in der Beweiswürdigung und Beweislastverteilung und nehmen dieses E-Mail zum Anlass, Noven einzureichen. Indes übersehen die Beschwerdeführer vollständig, dass die fragliche Belegstelle nicht entscheiderelevant ist. Für die Beurteilung der Frage, ob die Besitzsphären der Mitbesitzer eindeutig voneinander abgegrenzt werden könnten, hat das Obergericht nämlich hauptsächlich darauf abgestellt, dass die Beschwerdeführer einen die Beschwerdegegnerin ausschliessenden Gebrauch der Aussenwand der Aufmauerung, in welcher die

streitgegenständlichen Pfosten verankert seien, nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen hätten. Der weitere Verweis auf das E-Mail vom 26. April 2013 hatte damit keine den Entscheid tragende Bedeutung. Damit muss sich das Bundesgericht mit den im Zusammenhang mit dieser Belegstelle stehenden Ausführungen nicht auseinandersetzen.

Insgesamt vermögen die Beschwerdeführer die Schlussfolgerung des Obergerichts, eine klare räumliche Abgrenzung der Besitzsphären mit Bezug auf die Aussenwand der Aufmauerung sei nicht gegeben, nicht als offensichtlich unhaltbar auszuweisen. Folglich ist auch die Weigerung des Obergerichts, den Beschwerdeführern gegen das Anbringen einer Vorrichtung an der Aussenseite der Aufmauerung Besitzschutz zu gewähren, nicht willkürlich.

7.

Es verbleibt die Frage zu erörtern, ob die über den Terrassenrand bzw. über die Aufmauerung hinaus ragenden vertikalen Pfosten bzw. der beabsichtigte Sichtschutz den Besitz der Beschwerdeführer an der Terrasse stören.

7.1 Das Obergericht erwog, grundsätzlich könne jedermann, der durch Immissionen in seinem Besitz gestört werde, Besitzschutz geltend machen. In diesem Fall müsse trotz der begrifflich reinen Trennung zwischen Possessorium und Petitorium bei der Beurteilung der Klage aus Art. 928 ZGB die materielle Rechtslage berücksichtigt werden. Danach liege verbotene Eigenmacht im Sinn von Art. 928 ZGB vor, wenn die Einwirkung im Sinn von Art. 684 ZGB übermässig ist. Für die Übermässigkeit der behaupteten Immission sei der Kläger beweispflichtig. Vorliegend könne unter Anlegung eines objektiven Massstabes, der grundsätzlich keinen Raum für subjektive Empfindlichkeiten lasse, nicht davon gesprochen werden, dass die Aussicht von der klägerischen Terrasse durch die vereinzelt in die Höhe ragenden Pfosten übermässig beeinträchtigt werde. Hinzu komme, dass gemäss einer in den Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978 aufgenommenen Verpflichtung der Eigentümer der klägerischen Liegenschaft für einen Sichtschutz gegenüber dem Sitzplatz der unterliegenden Liegenschaft durch unverrückbare Pflanzentröge zu sorgen habe. Dementsprechend hätten sich offenbar ursprünglich auf der beschwerdeführerischen Terrasse Pflanzentröge befunden, die durchgehend mit dichten, immergrünen Büschen von bis zu 2.5 m Höhe bepflanzt waren, die aber vom Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer entfernt und durch rund 40 cm hohe, unbepflanzte oder nur locker bepflanzte Tröge ersetzt wurden.

Die Beschwerdeführer bzw. deren Rechtsvorgänger hätten sich somit durch die Beseitigung des in Nachachtung einer dienstbarkeitsrechtlichen Verpflichtung erstellten Sichtschutzes gegenüber dem beschwerdegegnerischen Grundstück die nun im vorliegenden Prozess angerufene Aussicht erst verschafft. Damit sei das Beseitigungsbegehren abzuweisen. Was das Unterlassungsbegehren anbelange, hätten die Beschwerdeführer zu beweisen, dass der von der Beschwerdegegnerin geplante Sichtschutz eine übermässige Immission darstelle. Für diesen Beweis genüge es nicht, in der Klage geltend zu machen, die Beschwerdeführer seien nie über die konkrete bauliche Massnahme unterrichtet worden. Sei diese nicht bekannt, lasse sich die Übermässigkeit der damit verbundenen Immissionen auf das beschwerdeführerische Grundstück von vornherein nicht beurteilen. Damit sei das Unterlassungsbegehren bereits zufolge fehlender Substanziierung einer übermässigen Immission abzuweisen.

7.2 Die Beschwerdeführer wollen die Art. 679 und Art. 684 ZGB als Anspruchsgrundlage herangezogen wissen. Sie halten dem Obergericht vor, die Prüfung der Übermässigkeit der Immissionen auf die montierten Pfosten beschränkt zu haben. Jenes verkenne, dass es nicht nur um die grünen Pfosten gehe, sondern dass die Beschwerdegegnerin eine vollständige Sichtschutzwand montieren wolle. Dies gehe ohne Weiteres und völlig klar aus der im vorsorglichen Massnahmeverfahren als Duplikbeilage Nr. 2 zu den Akten erkannten Offerte der Firma E. _____ AG vom 11. April 2014 hervor. Selbst das Obergericht spreche von einer "Metallpalisade". Vor der ersten Instanz habe die Beschwerdegegnerin anlässlich des Augenscheins selber ausgeführt, eine "grüne Metallpalisade, nicht transparent" erstellen zu wollen als "Sichtschutz". Allen beteiligten Personen sei somit klar gewesen, dass das Endziel die Errichtung einer Sichtschutzwand sei. Somit gehe es vorliegend um den Immissionsschutz im Zusammenhang mit einer Metallpalisade im Sinne einer Sichtschutzwand und nicht nur um grüne Pfosten. Vor diesem Hintergrund gehe das Obergericht von einem falschen Sachverhalt aus, denn der Immissionsschutz könne auch gegen einen drohenden Schaden in Anspruch genommen werden.

7.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer sind die Art. 679 und Art. 684 ZGB im Besitzschutzverfahren nicht unmittelbar anwendbar; diese Bestimmungen dienen lediglich dazu, die auch im Besitzschutz relevante Übermässigkeit der Störung und damit die verbotene Eigenmacht zu beurteilen. Sind die verursachten Immissionen nachbarrechtlich zu dulden, liegt keine verbotene Besitzesstörung vor

(E. 4.4). Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführer hat das Obergericht seine Prüfung keineswegs auf die bereits angebrachten Pfosten beschränkt. Vielmehr hat es erwogen, die Übermässigkeit der mit dem beabsichtigten Sichtschutz verbundenen Immissionen könne mangels Kenntnis der konkreten baulichen Massnahmen nicht beurteilt werden. Die Ausführungen der Beschwerdeführer sind nicht geeignet, diese Erwägung des Obergerichts als offensichtlich unhaltbar erscheinen zu lassen. Mit ihrem Verweis auf eine Offerte und den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin eine Metallpalisade zu erstellen beabsichtige, vermögen sie nicht darzutun, welche baulichen Massnahmen konkret vorgesehen sind bzw. dass die gegenteilige Feststellung des Obergerichts willkürlich sein soll. Waren aber die konkreten baulichen Massnahmen im Urteilszeitpunkt nicht bekannt, scheint die daraus gezogene Folgerung, die immissionsrechtliche Übermässigkeit der nicht bekannten baulichen Massnahmen könne nicht beurteilt werden, ebenfalls nicht offensichtlich unhaltbar zu sein.

8.

Wie sich aus den obenstehenden Ausführungen ergibt, vermögen die Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid nicht als verfassungswidrig auszuweisen. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführer unterliegen, weshalb sie kostenpflichtig sind (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Ausserdem haben sie die Beschwerdegegnerin, welche sich dem Gesuch um aufschiebende Wirkung widersetzt und in diesem Verfahren obsiegt hat, zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführer haben die Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, und der Staatsanwaltschaft Baden schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. Dezember 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

von Roten