



---

{T 0/2}  
5A\_393/2016

## **Urteil vom 30. November 2016**

### **II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

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

---

Verfahrensbeteiligte

**Verband A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hannes Zehnder,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Frick und  
Rechtsanwalt Marc Widmer,  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

Grundeigentum (Durchleitungsrecht; Zivilweg),

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts  
Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 19. April 2016.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der Verband A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) ist ein Zweckverband mehrerer Gemeinden und damit eine Körperschaft im Sinne der Verfassung des Kantons Schwyz (§ 73 Abs. 2 KV/SZ, SRSZ 100.100). Er besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und bezweckt gemäss Art. 2 seiner Statuten

- den Betrieb und Unterhalt einer zentralen Abwasserreinigungsanlage in U.\_\_\_\_\_ und der in seinem Eigentum stehenden Sammelkanäle, Hochwasserentlastungsanlagen sowie Pumpstationen (gemäss beiliegendem Übersichtsplan);
- die Erstellung und den Unterhalt weiterer Anlagen, die dem Schutz der Gewässer vor Verunreinigungen dienen.

Die Abwasserreinigungsanlage (ARA) befindet sich auf dem Grundstück des Beschwerdeführers KTN xxx, Gemeinde U.\_\_\_\_\_. Die Hauptsammelleitung "V.\_\_\_\_\_ – ARA W.\_\_\_\_\_" als Zubringer verläuft unter anderem durch die Grundstücke KTN yyy und KTN zzz, die im Eigentum von B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner) stehen. Ein im Grundbuch eingetragenes Durchleitungsrecht zulasten der Grundstücke besteht nicht.

### **B.**

Am 16. September 2014 reichte der Beschwerdegegner Klage ein mit dem Hauptbegehren, den Beschwerdeführer zu verpflichten, den durch die Grundstücke KTN yyy und KTN zzz führenden Leitungskanal zu entfernen. Der Beschwerdeführer schloss auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Klage. Das Bezirksgericht W.\_\_\_\_\_ trat auf die Klage nicht ein, da die Sache öffentlich-rechtlicher Natur sei (Verfügung vom 1. Juni 2015). Auf Berufung des Beschwerdegegners vom 29. Juni 2015 hin entschied das Kantonsgericht Schwyz gegenteilig. Es ging von einer streitigen Zivilsache aus und wies die Sache zur Fortführung des Verfahrens an das Bezirksgericht zurück (Beschluss vom 19. April 2016).

### **C.**

Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, auf die Klage des Beschwerdegegners nicht einzutreten, eventuell das Kantonsgericht anzuweisen, auf die Klage nicht einzutreten. Es sind die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Der angefochtene Beschluss betrifft die privatrechtlichen Abwehransprüche aus Eigentum (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert gemäss den kantonsgerichtlichen Feststellungen (S. 20 Ziff. 4) den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- überschreitet (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Urteil 5A\_471/2012 vom 2. Juli 2013 E. 1; 5A\_173/2010 vom 15. Juli 2010 E. 1, in: ZBGR 93/2012 S. 174). Er ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil des Beschwerdeführers (Art. 76 Abs. 1 BGG) und unterliegt als selbstständig eröffneter Zwischenentscheid der Beschwerde, weil er die Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Beurteilung der Klage des Beschwerdegegners bejaht und die Sache zur Fortführung des Verfahrens an das Bezirksgericht zurückweist (Art. 92 BGG; BGE 135 III 566 E. 1.1 S. 568). Die – fristgerecht erhobene (Art. 100 Abs. 1 BGG) – Beschwerde ist grundsätzlich zulässig. Formelle Einzelfragen werden im Sachzusammenhang zu erörtern sein (E. 2.4 unten).

### **2.**

Der Beschwerdegegner stützt seine Klage auf Art. 641 Abs. 2 ZGB und beantragt zur Hauptsache, den im Erdreich seiner Grundstücke verlegten Leitungskanal zu entfernen. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Leitung diene der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben und gehöre zum bestimmungsgemässen Gebrauch der von ihm als öffentlich-rechtlicher Körperschaft hoheitlich betriebenen Abwasserreinigungsanlage auf seinem Grundstück. Angebliche Einwirkungen des Leitungskanals auf die Grundstücke des Beschwerdegegners seien unvermeidbar und im Enteignungsverfahren zu entschädigen.

**2.1** Der im Erdreich verlegte Leitungskanal bedeutet eine direkte körperliche Einwirkung in die Substanz der Grundstücke, durch die er verläuft. Der Anspruch auf Beseitigung ergibt sich deshalb nicht aus Art. 679 ZGB, sondern aus Art. 641 Abs. 2 ZGB, wonach der Eigentümer einer Sache das Recht hat, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (BGE 107 II 134 E. 3 S. 136 ff.; 131 III 505 E. 5.1 S. 508). Ungerechtfertigt ist eine Einwirkung dann, wenn keine auf öffentlichem oder privatem Recht gründende Pflicht zu ihrer Duldung besteht (BGE 132 III 651 E. 7 S. 654).

**2.2** Im Zusammenhang mit Flugplätzen hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich der Grundeigentümer gegen das Überfliegen gemäss

Art. 641 Abs. 2 ZGB und gegen übermässige (Flug-) Lärmimmissionen auf Grund von Art. 679 und 684 ZGB wehren kann, wenn die Einwirkungen auf sein Grundstück von sog. Flugfeldern ausgehen, d.h. von Flugplätzen, die zwar einer Betriebsbewilligung, aber keiner Konzession bedürfen und auch nicht mit dem Enteignungsrecht ausgestattet sind (BGE 134 III 248 E. 4 S. 251 f.). Anders verhält es sich bei sog. Flughäfen, d.h. dem öffentlichen Verkehr dienenden Flugplätzen. Ihr Betrieb erfordert eine Konzession, und dem Konzessionär steht kraft Gesetzes das Enteignungsrecht zu. Mit der Erteilung der Betriebskonzession und dem damit verbundenen Enteignungsrecht steht nicht nur fest, dass der Betrieb des Flughafens im vorrangigen öffentlichen Interesse liegt, sondern auch, dass damit verbundene unvermeidbare Einwirkungen grundsätzlich zu dulden sind und vom Enteignungsrecht erfasst werden. Dem vorrangigen Interesse weichen die privatrechtlichen Abwehransprüche. Die von den Einwirkungen Betroffenen haben die sich aus dem Enteignungsgesetz ergebenden Ansprüche im Enteignungsverfahren wahrzunehmen, in dem sie namentlich geltend machen können, bestimmte Einwirkungen könnten vermieden werden. Es liegt nicht am Zivilgericht, in einem zum Enteignungsverfahren parallelen Verfahren zu prüfen, ob mit dem bestimmungsgemässen Betrieb des Flughafens verbundene Einwirkungen vermeidbar sind und insoweit vom Enteignungsrecht nicht erfasst werden. Desgleichen ist es Sache des Enteignungsgerichts, über den Umfang des Rechts, aber auch über Fragen der Entschädigung zu entscheiden. Die Abwehrrechte des Privatrechts sowohl hinsichtlich des Überflugs in geringer Höhe (Art. 641 Abs. 2 ZGB) wie auch hinsichtlich übermässiger Immissionen (Art. 679 Abs. 1 ZGB) stehen nicht zur Verfügung, und es tritt der Anspruch auf Enteignungsentschädigung an die Stelle der privaten Klagen. Da im entschiedenen Fall die Betreiberin des Flughafens über eine Konzession verfügt hatte und von Gesetzes wegen mit dem Enteignungsrecht ausgestattet war, durfte die Zuständigkeit des Zivilgerichts zur Beurteilung der privatrechtlichen Abwehransprüche verneint und der Kläger auf das Enteignungsverfahren verwiesen werden (BGE 134 III 248 E. 5 S. 252 ff. mit Hinweisen).

**2.3** Entgegen der Annahme des Kantonsgerichts (E. 6a/bb S. 13 f.) gelten die im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb aufgestellten Grundsätze allgemein. Erst kürzlich hat sich das Bundesgericht mit dem Fall befasst, wo eine Gemeinde als Inhaberin einer Konzession für den Betrieb des Jachthafens die Mole ausbessern liess und wegen dadurch verursachter Immissionen von einem Grundeigentümer auf Schadenersatz verklagt wurde. Das Bundesgericht bestätigte, dass die privatrechtlichen Abwehransprüche gegen Einwirkungen, die vom bestimm-

mungsgemässen Gebrauch des Jachthafens herrühren, nur dann nicht zur Verfügung stehen, wenn die Gemeinde über eine Konzession für den Betrieb des Jachthafens und über das Enteignungsrecht verfügt (Urteil 5A\_587/2015 vom 22. Februar 2016 E. 2.3). Im entschiedenen Fall begründete und belegte die Gemeinde nicht, dass ihr das Enteignungsrecht kraft Gesetzes zustand oder aufgrund behördlicher Verfügung erteilt worden war. Dass ihr das Enteignungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen hätte erteilt werden können, genügte nicht. Die kantonalen Zivilgerichte durften deshalb ihre Zuständigkeit für die Beurteilung der Schadenersatzklage bejahen (zit. Urteil 5A\_587/2015 E. 2.4).

**2.4** Selbst wenn die Rechtsprechung betreffend Flugplätze (E. 2.2 oben) anwendbar sein sollte, hat das Kantonsgericht weiter dafürgehalten, seien die Voraussetzungen für einen Ausschluss der privatrechtlichen Abwehransprüche nicht erfüllt, weil dem Beschwerdeführer nicht bereits von Gesetzes wegen das Enteignungsrecht zustehe und weil ihm das Recht zur Enteignung einer Durchleitungsdienstbarkeit auch nicht erteilt worden sei. Eine entsprechende Ermächtigung des Regierungsrates zur Enteignung liege nicht vor (E. 6a/cc S. 14 f. des angefochtenen Beschlusses).

**2.4.1** Enteignungsberechtigt sind gemäss § 6 Abs. 1 des kantonalen Enteignungsgesetzes (EntG; SRSZ 470.100) der Kanton, die Bezirke, die Gemeinden und weitere Körperschaften nach der Spezialgesetzgebung. Die hier einschlägige Spezialgesetzgebung sieht im Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz (EGzGSchG; SRSZ 712.110) vor, dass der Regierungsrat Zweckverbänden und anderen öffentlich- oder privatrechtlichen Körperschaften für Massnahmen des Gewässerschutzes das Enteignungsrecht erteilen kann (§ 42 Abs. 2 EGzGSchG). Aufgrund der Gesetzesgrundlage behauptet der Beschwerdeführer zu Recht nicht, ihm stehe von Gesetzes wegen das Enteignungsrecht zu. Er kann unter den gesetzlichen Voraussetzungen lediglich zur Enteignung durch behördliche Verfügung ermächtigt werden.

**2.4.2** Zum Verfahren hat das Kantonsgericht festgestellt, es liege keine Ermächtigung des Regierungsrates vor, wonach dem Beschwerdeführer mit Bezug auf die Grundstücke des Beschwerdegegners das Enteignungsrecht gemäss § 42 Abs. 2 EGzGSchG erteilt wurde. Der Beschwerdeführer erhebt dagegen keine ausnahmsweise zulässigen Sachverhaltsrügen (Art. 97 Abs. 1 BGG), so dass die Feststellung des Kantonsgerichts für das Bundesgericht verbindlich ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.).

**2.4.3** Vor Bundesgericht behauptet und belegt der Beschwerdeführer, dass er die Ermächtigung des Regierungsrates zur Enteignung eingeholt und mit Beschluss Nr. 423/2015 vom 12. Mai 2015 (zugestellt am 19. ds.) erhalten hat (S. 11 f. Ziff. 8 der Beschwerdeschrift und Beschwerde-Beilage Nr. 2). Aufgrund der unangefochtenen Feststellungen des Kantonsgerichts zum Prozesssachverhalt (E. 2.4.2 oben) muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei den heutigen Vorbringen des Beschwerdeführers um neue Tatsachen und Beweismittel handelt. Inwiefern die neuen Vorbringen gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG im Beschwerdeverfahren ausnahmsweise zulässig sind, legt der Beschwerdeführer nicht dar, obwohl ihn diesbezüglich die Begründungspflicht trifft (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123). Bereits vor Bezirksgericht hat der Beschwerdeführer zudem einen Nichteintretensantrag gestellt und damit begründet, der Betrieb des Hauptsammelkanals sei für die Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben unvermeidbar, die Klagen aus Eigentum oder Besitz seien daher ausgeschlossen und der Beschwerdegegner habe höchstens die Möglichkeit, eine Entschädigung nach Enteignungsrecht zu verlangen (S. 4). Das Bezirksgericht ist der Ansicht gefolgt und hat die massgebende Rechtsprechung (E. 2.2 oben) erwähnt (E. 5 S. 7 f. der bezirksgerichtlichen Verfügung). Die Frage des Enteignungsrechts war Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Beschwerdegegner hat einen Sistierungsantrag gestellt, bis geklärt sei, ob der Beschwerdeführer enteignen könne oder nicht (S. 4 f. der Berufungsschrift und S. 6 ff. der Berufungsreplik beschränkt auf den Sistierungsantrag). Der Beschwerdeführer hat zu den Fragen der Enteignung geantwortet (S. 3 ff. der Berufungsantwort und S. 3 f. der Berufungsduplik), das ihm damals bereits erteilte Enteignungsrecht aber nicht belegt. Dazu ist es vor Bundesgericht zu spät (BGE 134 III 625 E. 2.2 S. 629; 136 III 123 E. 4.4.3 S. 129).

**2.5** Im Lichte der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer das Enteignungsrecht nicht kraft Gesetzes zusteht, sondern durch Beschluss der Regierungsrates erteilt werden kann, im massgebenden Zeitpunkt aber nicht erteilt war. Das Kantonsgericht durfte deshalb die Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Beurteilung der Klage des Beschwerdegegners bejahen und die Sache zur Fortführung des Verfahrens an das Bezirksgericht zurückweisen. Für das Bezirksgericht ist die Zuständigkeitsfrage damit verbindlich entschieden. Unter den gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 229 ZPO) kann das Bezirksgericht neue Tatsachen und Beweismittel nur mehr innerhalb des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens berücksichtigen, den das Kantonsgericht durch seinen Rückweisungsentscheid vorgegeben hat (vgl.

REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 40 f. zu Art. 318 ZPO). Nicht vorzugreifen ist heute dem Entscheid darüber, wie das Klageverfahren fortzuführen sein wird, falls der Beschwerdeführer gestützt auf die Erteilung des Enteignungsrechts gemäss Beschluss Nr. 423/2015 vom 12. Mai 2015 formell ein Enteignungsverfahren eröffnet.

**3.**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, zumal keine Vernehmlassungen eingeholt wurden (Art. 66 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. November 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten