

Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht
Tagung 2. September 2021 in Fribourg

Leitungen in Grundstücken Dritter

Referent: Samuel Lemann, Rechtsanwalt, weiland Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Schulhausstrasse 26, 3052 Zollikofen, s.lemann@bluewin.ch

30.08.2021

1

1

Literatur

- «Dienstbarkeiten» Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016 Jörg Schmid Hrsg., Zürich (Schulthess) 2017; hier von Bedeutung ist insbesondere der Abschnitt «Leitungsdienstbarkeiten im Sinn von Art. 676 ZGB» von Prof.in. Dr. Bettina Hürlimann-Kaup auf S. 55 ff.

Zu empfehlen ist im hiavor erwähnten Buch das vorzügliche Literaturverzeichnis auf S. XVII – XXVIII.

Die dort auf S. XXVII angegebenen Bände aus «Les droits réels» von Prof. Dr. Paul-Henri Steinauer sind teilweise neu aufgelegt: Band I als 6. A von 2019, Band II 5. A. von 2020 und Band III als 5. A. September 2021

- «Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachrecht» Dr. iur. Meinrad Huser in ZBGR Heft 2016, S. 221 ff.
- Eigentum an Stromleitungen und den erforderlichen Nebenanlagen – Auslegung von Art. 15a EleG von Phyllis Scholl in Jusletter 15. April 2013.
- A qui appartiennent les conduites sur les fonds d'autrui? Prof. Dr. Denis Piotet (Lausanne) in ZBGR Heft 6 2010, S. 341

Wegleitungen aus dem Kanton Bern

- Eigentumsabgrenzungen bei Leitungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, AWA, Amt für Wasser und Abfall 01/2021 https://www.bve.be.ch/bve/de/index/direktion/organisation/awa/formulare_bewilligungen/wasserversorgung.assetref/dam/documents/BVE/AWA/de/WASSER/Wasserversorgung/Organisation%20und%20Finanzierung/Eigentumsabgrenzung%20d.pdf
- Öffentlich-rechtliche Sicherung öffentlicher Leitungen, AWA, Amt für Wasser und Abfall 01/2021 <https://www.bve.be.ch/bve/de/index/wasser/wasser/abwasser.assetref/dam/documents/BVE/AWA/de/WASSER/Wasserversorgung/Organisation%20und%20Finanzierung/%C3%96ffentlich-rechtliche-Sicherung%20d.pdf>

30.08.2021

2

2

Vorbemerkung

Meine Ausführungen sind ein Plädoyer, nach 40 Jahren Anwaltstätigkeit nicht weiter erstaunlich. Ich habe die Idee auch von dem kurzen und bündigen Artikel von Prof. Dr. Alain Griffel abgeschaut, wie er unter «Meinung und Debatte» in der NZZ vom 26.07.2021 wiedergegeben ist. Unter dem Titel «Die Ehe für alle ist verfassungskonform» beginnt er seine Ausführungen mit der Feststellung, dass BV Art. 14 von 1999 nach historischer Auslegung offensichtlich die Ehe von Mann und Frau vor sich hatte. Unter Zuhilfenahme des grundrechtlichen Diskriminierungsverbots erachtet er die Ausdehnung auf «Ehe für alle» als durchaus mit dem Text der Verfassung vereinbar. Der Wortlaut lässt dies zu.

Ziel meiner Ausführungen ist – ganz ähnlich - die «Emanzipierung» des Abs. 1 von ZGB Art. 676 vom folgenden Absatz 2. Der Wortlaut lässt dies zu:

30.08.2021

3

3

Wortlaut ZGB Art. 676 zu den Leitungen:

¹ Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, die sich ausserhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen, gehören, wo es nicht anders geordnet ist, dem Eigentümer des Werks und zum Werk, von dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden.

² Soweit nicht das Nachbarrecht Anwendung findet, erfolgt die dingliche Belastung der fremden Grundstücke mit solchen Leitungen durch die Errichtung einer Dienstbarkeit.

³ Die Dienstbarkeit entsteht mit der Erstellung der Leitung, wenn diese äusserlich wahrnehmbar ist. Andernfalls entsteht sie mit der Eintragung in das Grundbuch

Dieser Artikel wurde auf den 01.01.2012 leicht geändert.

30.08.2021

4

4

Themenübersicht

A. Eigentum und Sicherung

1. Privatrecht
2. Öffentliches Recht

B. Unterhalt

C. Leitungsverlegung

30.08.2021

5

5

A. Eigentum und Sicherung

A.1. Privatrecht

- Bis jedenfalls zur Revision des Immobiliarsachenrechts i. K. 01.01.2012 war die Doktrin so gut wie einhellig, dass eine Leitung im Sinne von ZGB Art. 676 Abs. 1 nur dann nicht Teil des betroffenen Bodens ist, wenn dafür eine Dienstbarkeit besteht. Diese Meinung bestätigt auch Prof.in. Bettina Hürlimann in «Leitungsdienstbarkeiten...» auf S. 61 bei Fussnote 18. Eine Ausnahme erwägt im Zusammenhang mit spezialgesetzlichen Regelungen im Bundesrecht, namentlich (vgl. die folgenden Folien 7 – 9):
 - Fernmeldegesetz FMG (SR 784.10) Art. 37, nebenbei mit einem Abs. 2, der an gesetzliche Selbsthilfe gemahnt (Folie 7),
 - Elektrizitätsgesetz EleG (SR 734.0) Art. 15a (Folie 8) und
 - Rohrleitungsgesetz RLG (SR 746.1) Art. 32c (Folie 9).
- Sie kann sich (berechtigte) Kritik nicht verkneifen: «Die Tragweite der ... Normen ist damit äusserst unklar» («Leitungsdienstbarkeiten...» auf S. 88 vor Ziff. 4).
- Nebenbei: Wohl alle öffentlichen Leitungen sind als «Anlagen» **durch das Strafrecht geschützt**, was auch im Privatrecht zu beachten ist: ich meine StGB Art. 239 unter der Überschrift «Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen».

30.08.2021

6

6

Fernmeldegesetz FMG (SR 784.10) Art. 37

¹ Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen und Kabelkanäle stehen im Eigentum der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben.

² Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, die auf dem eigenen Grundstück die Leitung oder den Kabelkanal einer Anbieterin von Fernmeldediensten beschädigen, haften bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für den Schaden.

30.08.2021

7

7

Elektrizitätsgesetz EleG (SR 734.0) Art. 15a

Leitungen mit den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität stehen im Eigentum der Unternehmen der Energiewirtschaft, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben.

30.08.2021

8

8

Rohrleitungsgesetz RLG (SR 746.1) Art. 32c

Die Rohrleitungsanlage steht, sofern es nicht anders geordnet ist, im Eigentum der Unternehmung, welche die Betriebsbewilligung besitzt.

30.08.2021

9

9

BGE 121 III 448 i.S. Kriens:

Der Eigentümer einer Liegenschaft in Kriens liess 1983 die Einwohnergemeinde einen Wasserzähler und einen Entleerungshahn installieren. Am Nachmittag des 23. Juni 1986 brach der Entleerungshahn und im Erdgeschoss des Gebäudes entstand eine Überschwemmung.

Das Amtsgericht hiess die Klage auf Schadenersatz im Umfang von CHF 16'751.45 gut, das Obergericht wies die Klage ab. Der Eigentümer rief das Bundesgericht an. In E.3.b führte das Bundesgericht aus: «...Die Anschlussleitung und die zugehörigen Apparate sind im Haus des Klägers zwar über Putz verlegt und insofern vom Innern des Gebäudes aus sichtbar. Da die Leitung im übrigen jedoch unterirdisch verläuft, ist sie nicht äusserlich wahrnehmbar im Sinne von Art. 676 Abs. 3 (Verweise). Die Beklagte hätte deshalb nur dann ... sachenrechtliche Eigentümerin der Leitung bleiben können, wenn das Leitungsrecht im Grundbuch eingetragen worden wäre. Daran fehlte es indessen.»

Und jetzt der entscheidende Satz: in lit. c von E.3: «Auch ohne Grundbucheintrag besitzt die Beklagte aber in Bezug auf die mangelhafte Anschlussleitung eine Sachherrschaft, die derjenigen eines privaten Eigentümers vergleichbar ist... Dieser Hahn gehört unter dem Gesichtspunkt von OR Art. 58 vielmehr zum Leitungsnetz der Beklagten, befindet sich mithin haftpflichtrechtlich in deren Verantwortungsbereich.»

Dieses Ausweichen auf die Werkeigentümerhaftung ändert nichts daran, dass das Bundesgericht die Gemeinde Kriens als Eigentümerin der defekten Anlage behandelte. Also genau nach dem «emanzipierten» Abs. 1 von ZGB Art. 676...

30.08.2021

10

10

A. 2 Öffentliches Recht

BGer in 5er-Besetzung 2C_401/2010 vom 14.12.2012 i.S. Opfikon

- Sachverhalt: Die Gemeinde Opfikon erteilte der Stadt Zürich im Jahre 1925 eine Konzession zur Gasversorgung auf ihrem Gebiet. Der ursprüngliche Gasversorgungsvertrag von 1925 wurde 1980 durch einen neuen ersetzt in Folge der Ausgliederung der Gasversorgung aus der Verwaltung der Stadt Zürich auf die Erdgas Zürich AG. Die AG kündigte den Vertrag auf den 30. September 2010. Mangels Einigung über die Folgen erhob die Stadt Opfikon beim Verwaltungsgericht Klage und beantragte Feststellung, dass Leitungen und Anlagen der Gasversorgung nach dem 30. September 2010 ihr Eigentum geworden seien und die Erdgas Zürich AG nach diesem Datum weder ein Recht auf Weiternutzung des Verteilnetzes noch auf irgendwelche Entschädigungen habe. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab und hiess die Widerklage gut mit der Feststellung, dass die AG nach dem 30. September 2010 Eigentümerin der Leitungen und Anlagen zur Gasversorgung im öffentlichen Grund der Klägerin sei.
- Beide Parteien riefen das Bundesgericht an.
- Fast ein wenig scheinheilig hält das Bundesgericht in E.1 vorab fest, dass öffentliche Sachen der privatrechtlichen Eigentumsordnung unterstellt sind, «soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (Verweise)... Weil Grundlage öffentlich-rechtliche Verträge sind, ist die Streitsache öffentlich-rechtlicher Natur.» In diesem Geflecht fehlt die Regelung eines automatischen oder geltend zu machenden Heimfallrechts der Beschwerdeführerin. «Das hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerin (AG) weiterhin Eigentümerin der Leitungen und Anlagen im öffentlichen Grund der Beschwerdeführerin (Gemeinde) bleibt.» (E.2.4.4).
- Urteil: Das Bundesgericht hält weiter fest, dass die Benützbarkeit der Leitungen bzw. das Recht dazu nach wie vor offen sei, heisst die Beschwerde teilweise gut und weist zurück an die Vorinstanz: «... die Sache (wird) zur Neubeurteilung eines allfälligen Weiternutzungsrechts der Anlagen durch die Beschwerdeführerin (AG) und eines allfälligen Entschädigungsanspruchs der Beschwerdeführerin (AG) an die Vorinstanz zurückgewiesen.»
- Das Bundesgericht weicht auch hier dem Sachenrecht aus, kommt aber zum Resultat, wie es dem «emanzipierten» Abs. 1 von ZGB Art. 676 entspricht.

Das Bundesgericht hat den Entscheid vom 14.12.2012 in 5er-Besetzung statt wie üblich zu dritt gefällt, was auf Diskussion oder Grundsätzlichkeit schliessen lässt. Der Entscheid ist nicht als Leiterteil publiziert. Es wird wohl Gründe dafür geben, sie werden regelmässig nicht sichtbar gemacht.

30.08.2021

11

11

Weitere Überlegungen:

- Frau Kollegin Phyllis Scholl, damals aus Sicht der Elektrizitätswirtschaft, formulierte im Jusletter vom 15. April 2013 zur Auslegung des neuen EleG Art. 15a einen Vergleich, der bei mir hängen blieb (Rz 3 am Ende): «Das Bild eines Autos und seines Parkplatzes veranschaulicht die Fragestellung: Bei der engen Auslegung von Art. 15a EleG ist die Berechtigung am Parkplatz Voraussetzung für das Eigentum am Auto. Bei der weiten Auslegung von Art. 15a EleG sind Eigentum am Auto und Berechtigung am Parkplatz konzeptionell trennbar... Dessen ungeachtet steht ausser Frage, dass für die Beanspruchung von fremden Grundstücken zur Errichtung und zum Betrieb einer Leitung (Durchleitungsrecht) in jedem Fall eine Dienstbarkeit oder eine Konzession notwendig ist...»
- Diese Auffassung scheint dem Referenten richtig zu sein, und zwar nicht nur als Rückfalllinie über die spezialgesetzliche Regelung in EleG Art. 15a, als vielmehr direkt auf den Wortlaut der beiden Abs. 1 und 2 von ZGB Art. 676.
- Dass beim Eigentum Abwehrrecht, Verantwortlichkeit, Publizität etc. zusammengehören, ist ein gewohnter und wünschbarer Zustand, an dem hier etwas gezerrt wird.
- Es gibt nach hiesiger Auffassung keine «richtigen» öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeiten. Das öffentliche Recht hilft sich in aller Regel mit Bauverbotslinien beidseitig bestehender oder projektierte Leitungen und versucht, diese so zu schützen. Hier komme ich auf eine immer wieder aufwallende Diskussion mit einem geschätzten Büropartner zu sprechen: Er ist der Meinung, für den eigentlichen Übergang des Eigentums brauche es insbesondere bei Leitungen ausserhalb der 3 Spezialfälle nach Bundesrecht neben der öffentlich-rechtlichen Sicherung mit Baulinien immer noch eine Dienstbarkeit. Ich vertrete tendenziell eine gegenteilige Auffassung, müsste aber an der Front eines konkreten Projektes wohl seine Meinung übernehmen, um das Risiko anderer Auffassungen insbesondere der Justiz vorwegzunehmen.
- Hier scheint auch Herr Prof. Paul-Henri Steinauer meine Meinung zu stützen, indem er als eine der drei Ausnahmen vom Akzessionsprinzip in Rz 2330 von Band II (2020) festhält, dass eine «disposition de droit public» anstelle einer Dienstbarkeit oder des Nachbarrechts treten könne. Ich hätte ihn gerne gefragt, ob ich ihn da richtig verstehe.
- Diese «Verzerrung» dinglicher Rechte ist Preis für eine vernünftige Lösung. Es gibt weitere, unbestrittene Erscheinungen, die das «versammelte Eigentum» verlassen haben: erwähnt seien insbesondere ZGB Art. 691 Abs. 3, wonach auf die Eintragung von Dienstbarkeiten im Grundbuch im Nachbarrecht verzichtet werden kann oder das genügen lassen der Erwähnung von Nebenbestimmungen zu Dienstbarkeiten in den Grundbuchbelegen für ihre Wirkung erga omnes in ZGB Art. 741 Abs. 2 und/oder SchT Art. 21 Abs. 2 (Unterhaltsbeteiligung).
- Das Enteignungsrecht verschafft der öffentlichen Hand bzw. den dazu ermächtigten Trägern wie Swissgrid, Eisenbahnen, Flugplatzbetreibern oder der Wasserversorgung das Recht zum zwangsweisen Erwerb von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten wie insbesondere die Dienstbarkeit auf Duldung einer Leitung. Der Vollzug erfolgt über das dem Privatrecht dienende Grundbuch (EntG, SR 711, insbesondere Art. 89ff für den Bund und kantonale Gesetze mit sinngemäss gleicher Lösung).
- Eine Kombination von öffentlich-rechtlichem Leitungsschutz durch Baulinien und dem vom ZGB nach heutiger Doktrin notwendigen Eintrag im Grundbuch als Dienstbarkeit ist auf Gesetzesstufe nicht ersichtlich. Für die nationalen Netzbetreiber (Bereiche Telekommunikation, Elektrizität und mineralische Stoffe) wird es sehr schwierig, auch wenn sie gleichsam das Privileg geniessen können, dass sich wohl niemand traut, eine strategische Leitung zu unterbrechen, wofür der BGE Opfikon wenn auch nur auf kommunaler Ebene ein gutes Beispiel gibt: BGE 2C_401/2010 vom 14.12.2012 hält in C des Sachverhaltes fest, dass der Präsident des Verfahrens vor Bundesgericht der Erdgas Zürich AG vorsorglich untersagt hat, die der Gasversorgung der Stadt Opfikon dienenden Leitungen und Anlagen zu veräussern. Zugleich hat er erklärt, dass die Erdgas Zürich AG vorläufig berechtigt und verpflichtet bleibe, die Gasversorgung der Beschwerdeführerin nach Massgabe des Gasversorgungsvertrages 1980 weiter zu betreiben.
- Der Gesetzgeber hat bei der Revision des ZGB wohl wenig auf das öffentliche Recht geschaut und zweiteres hat 1998 das sogenannte Koordinationsgesetz geschaffen. Dieses Gesetz besteht nur in der amtlichen Sammlung (AS 1999, S. 3071 -3124). Weil es nur aus der Änderung anderer Gesetze besteht, löste es sich zeitgleich mit dem Inkrafttreten auf (Sekundengesetz).
- Dass damit lückenhafte Lösungen entstehen, kann nicht verwundern. Das Ausweichen im Privatrecht auf die Werkeigentümerhaftung und im öffentlichen Recht auf das öffentliche Recht entspricht dieser gegenseitigen Gleichgültigkeit auch im Bereich der Rechtsanwendung sowohl in der Praxis als auch in der Lehre.

30.08.2021

12

12

- Hier erwähnenswert ist die Besprechung eines Obergerichtsurteils aus dem Kanton Bern durch Prof. Bettina Hürlimann in BR/DC 6/2015, S. 337ff unter dem Titel «Bestellung eines unselbständigen Baurechts an einem Gebäudeteil». Das Obergericht korrigierte hier Entscheide von Grundbuchamt und erster Beschwerdeinstanz, das vom beigezogenen Notar vorgesehene Baurecht für die Querung fremden Eigentums durch den Autobahntunnel Neufeld Bern im Grundbuch nicht einzutragen. In den Anmerkungen dazu kam sie auf Nationalstrassengesetz (NSG, SR 725.11), Art. 8 Abs. 1 zu sprechen, wonach der Bund Eigentümer der Nationalstrassen ist. Sie kommt dann in Ziffer 4 zu folgendem Schluss: *«Nach dem Gesagten steht dem Bund das Eigentum an den Nationalstrassen (in casu: am Tunnel) bereits von Gesetzes wegen zu. Hat der Bund nicht gleichzeitig das Eigentum am Grundstück, über das die Nationalstrasse führt, bewirkt Art. 8 Abs. 1 NSG eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips...»*. Ich zweifle noch heute an der Ernsthaftigkeit dieser Aussage. Auch wenn hier Strasse und nicht Leitung betroffen sind (immerhin kommt ein Strassentunnel einer Leitung fast ein wenig nahe), hilft dieser Kommentar immerhin der «Emanzipation» Abs. 1 von ZGB Art. 676.

Damit kommen wir zum Graben zwischen Privatem und öffentlichem Recht: Prof. Peter Gauch thematisierte in BR/DC 1/2003 unter dem Titel «Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag» auf S. 9 (Ziff. 13) den gleichen Graben im Submissionsrecht, wiederum gesetzlich nicht oder schlecht geregelten Verhältnis zwischen den beiden Phasen im Submissionsrecht mit Kür des Unternehmens im öffentlich-rechtlichen Verfahren und Abschluss des Vertrages in der Regel im Privatrecht. Sein Fazit: *«Die Suche nach befriedigenden Antworten wird leider noch dadurch erschwert, dass die Protagonisten des öffentlichen und jene des privaten Rechts mit einer ausgeprägten Blindsicht für die je andere Seite geschlagen sind.»*

Nicht nur bei der Rechtsanwendung durch Lehre und Praxis, auch bei der Gesetzgebung ist zu wünschen, dass der Graben zwischen den beiden Welten von öffentlichem und privatem Recht überspringbar und wer weiss, sogar überbrückbar wird. Wie wäre es, FMG, EleG, RLG oder NSG mit beiden Seiten des Grabens anzugehen und den Zustand der äussersten Unklarheit gemäss Folie 6 hiervon zu verhindern?

30.08.2021

13

13

B. Unterhalt

Hier möchte ich mich kurz halten: Dass der Unterhalt von dem oder der Berechtigten oder entsprechende Ansprüche stellenden Verwaltungseinheit bzw. Unternehmung zu tragen ist, versteht sich von selbst, Klarheit schafft auch ZGB Art. 741. Es gibt Fälle von mehreren Berechtigten, womit das Vorgehen auch durch die Regeln des Miteigentums oder doch zumindest ein analoges Verfahren ausgeschmückt sein könnte. Die grosse Revision Sachenrecht mit Inkrafttreten am 01.01.2012 schuf dazu immerhin ausdrücklich auch das Miteigentum zumindest sinngemäss (vgl. hierzu das Kapitel «Dienstbarkeitsanlagen, Fragen zu Art. 740a ZGB und darüber hinaus» von Prof. Dr. Jörg Schmid im bereits erwähnten Sammelband «Dienstbarkeiten» 2016 auf S. 17 ff.)

30.08.2021

14

14

C. Leitungsverlegung

Leitungsverlegungen sind häufig, insbesondere, weil ja Leitungen nicht das ganze Grundstück betreffen und auch belasten. Die Verlegung kann von beiden Seiten gewünscht sein. Hier zwei kleine Bemerkungen:

- ZGB Art. 742 regelt diese Selbstverständlichkeit. Gemäss Abs. 2 kann der Eigentümer des Landes die Verlegung auch dann verlangen, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle gelegt worden ist. Selbstverständlich sind dafür Voraussetzungen zu erfüllen: die Kosten trägt in der Regel der belastete Grundeigentümer und die Lösung darf für die Berechtigte «nicht weniger geeignet» sein. Der Abs. 3 ergänzte bis zur Revision 2012 die dispositive Regel der Kosten zu Lasten des Leitungsberechtigten. Dass dieser Absatz ersatzlos gestrichen worden ist, ist wohl auf gut koordiniertes Vorgehen der zahllosen Leitungsbetreiberinnen zurückzuführen.
- Meine Erfahrung als Anwalt zu diesem Punkt zeigt, dass insbesondere die Gemeinwesen schon bei der Errichtung entsprechender Leitungen mehr und mehr das Verlegungsrisiko dem Belasteten zuschieben. Damit können entsprechende Fälle auch bis zu krass unverhältnismässig werden. So begegnete ich beispielsweise einer Gemeinde im Kanton Bern, die ihre unregulierten Leitungen in einem grösseren Unterfangen rechtlich sichern wollte. Das geschieht im Kanton Bern häufig mit Nutzungsplänen, hier heissen sie meistens Überbauungsordnung. Die Mustervorlage dafür sieht für die Errichtung des Leitungsrechts in der Regel keine Entschädigung vor und unterstellt die von ihm gewünschten Änderungen der alleinigen Kostenpflicht des Landeigentümers. Ich möchte meine geschätzten Kollegen ermuntern, hier mitunter auch die Interessen der Bodeneigentümerschaft in vielleicht 50 Jahren nach Errichtung zu bedenken.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.