

Beschluss vom 25. Juli 2016

ZK2 2016 28

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichter Bettina Krienbühl und Pius Schuler,
a.o. Gerichtsschreiber MLaw Daniel Gabrieli.

In Sachen **X**,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Roger Brändli, Breitenstrasse 16,
8852 Altendorf,

gegen

1. **Y**,
Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin,
2. **Z**,
Gesuchsgegner und Beschwerdegegner,
beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Nicola Celia, Postfach 644, Zür-
cherstrasse 49, 8853 Lachen,

betreffend privatrechtliche Baueinsprache, Wärmedämmung (2. Rechtsgang)
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 5. Februar 2015, ZES 2013 600);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. X ist Eigentümerin des Reiheneinfamilienhauses, Parzelle Nr. A in Päfikon (Gemeinde Freienbach). Y und Z sind Eigentümer des nördlich gelegenen Nachbargrundstücks KTN B. Im Amtsblatt vom [Datum] liess X ihr Bauvorhaben für eine Aussenwärmendämmung publizieren. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2013 erhoben Y und Z privatrechtliche Baueinsprache beim Bezirksgericht Höfe und ersuchten, dem Bauvorhaben die Bewilligung zu verweigern. Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe hiess die Einsprache mit Verfügung vom 5. Februar 2015 gut und untersagte das Bauvorhaben gemäss Publikation im Amtsblatt. Mit Beschluss vom 20. Oktober 2015 untersagte das Kantonsgericht Schwyz in teilweiser Gutheissung der Beschwerde von X die Ausführung des Bauvorhabens insoweit, als die Erstellung der Aussenwärmendämmung an der Ost-, West-, und Nordfassade von KTN A über die Grundstücksgrenze hinaus auf KTN B zu liegen kommt, sofern es im Übrigen – unter Vorbehalt einer nachträglichen anderslautenden Zustimmung der Gesuchsteller – in unveränderter Farbe ausgeführt wird (ZK2 2015 7).

Auf Beschwerde von X hat das schweizerische Bundesgericht mit Urteil vom 12. April 2016 (5A_948/2015) den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 20. Oktober 2015 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an das Kantonsgericht zurückgewiesen.

2. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens (5A_948/2015) bildete die Frage, ob der Gesetzgeber des Kantons Schwyz die privatrechtliche Baueinsprache in § 80 PBG und § 31 JG (generell) dem summarischen Verfahren zuordnen durfte. Zusammenfassend hielt das Bundesgericht in Erwägung 4.3 und 5 fest:

4.3. Steht dem kantonalen Gesetzgeber nach dem Gesagten keine Kompetenz zu, streitige Zivilsachen über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinaus dem summarischen Verfahren zuzuordnen, so hat der Kanton Schwyz mit § 80 Abs. 4 PBG und § 31 Abs. 2 lit. d JG nach der

zutreffenden Argumentation der Beschwerdeführerin den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts im Sinn von Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 BV verletzt. Dem kantonalen Gesetzgeber war dies, wie die Darstellung in E. 2 zeigt, durchaus bewusst und er hat vorausgesehen, dass das Bundesgericht im Beschwerdefall eingreifen würde.

5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in dahingehender Gutheissung der Beschwerde der Entscheid des Kantonsgerichtes aufzuheben ist. Indes kann dem weiteren Begehren um Nichteintreten auf die Einsprache nicht stattgegeben werden. Es ist nicht am Bundesgericht, sondern an den kantonalen Instanzen, über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden.

a) Die Erwägungen eines bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils (Art. 107 Abs. 2 BGG) sind sowohl für jene Behörde verbindlich, an welche die Angelegenheit zurückgeht, als auch für das Bundesgericht selber, wenn dieses erneut über die Sache zu entscheiden hat. Weder das kantonale Gericht noch das Bundesgericht dürfen sich deshalb in ihrem neuen Entscheid auf Erwägungen stützen, welche das Bundesgericht im Rückweisungsurteil ausdrücklich oder sinngemäss verworfen hat. Hingegen darf der neuerliche Gerichtsentscheid mit Erwägungen begründet werden, welche im letztinstanzlichen Rückweisungsurteil noch nicht angeführt wurden oder zu denen sich das Bundesgericht noch nicht geäußert hat (vgl. BGE 112 Ia 353 E. 3c/bb S. 354; 131 III 91 E. 5.2 S. 94; Urteile 2C_1020/2011 vom 16. November 2012 E. 4.2, und 5A_2011/2013, E. 3.1).

b) Sowohl § 80 Abs. 4 PBG als auch § 31 Abs. 2 lit. d JG weisen die privatrechtliche Baueinsprache dem **Einzelrichter** im summarischen Verfahren zu. Ebenso erklärt § 80 Abs. 2 JG den **Einzelrichter** am Ort der gelegenen Sache für zuständig. In seinem Urteil vom 12. April 2016 hat sich das Bundesgericht nur mit der Zuweisung des privatrechtlichen Baueinspracheverfahrens durch den kantonalen Gesetzgeber ins summarische Verfahren befasst, soweit dies gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinaus geht. Nicht beurteilt - und auch nicht angefochten - wurde hingegen die Zuweisung der privatrechtlichen Baueinsprache an den **Einzelrichter**. Gemäss

Art. 4 Abs. 1 ZPO regelt das kantonale Recht die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Kantone können deshalb die sachliche und funktionelle Zuständigkeit ihrer Gerichte frei bestimmen, solange die ZPO nichts anderes vorsieht (Bernhard Berger, in: Berner Kommentar ZPO, N 1 zu Art. 4). Ausschlaggebend für die Zuweisung kann auch die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses sein (Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, N 5 zu Art. 4). Es ist deshalb davon auszugehen, dass privatrechtliche Baueinsprachen nach wie vor durch den Einzelrichter zu behandeln sind.

Festzuhalten ist, dass das Bundesgericht die Anwendung des summarischen Verfahrens bei privatrechtlichen Baueinsprachen lediglich ausgeschlossen hat, soweit dies in den gemäss Art. 248 lit. a ZPO vom Gesetz bestimmten Fällen über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinausgeht. Nicht ausgeschlossen ist die Anwendung des summarischen Verfahrens dagegen auch bei Baueinsprachen für den Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 248 lit. b ZPO und für die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 248 lit. d ZPO (vgl. Erw. 1.2 und 4). Abgesehen davon sind Streitige Zivilrechtsstreitigkeiten wie vorliegend die *actio negatoria*, d.h. privatrechtliche Abwehransprüche, welche sich üblicherweise aus dem Eigentum, einer Dienstbarkeit oder dem Nachbarrecht ergeben, insbesondere dem privatrechtlichen Immissionsschutz gemäss Art. 684 ff. ZGB, durch den Einzelrichter im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu behandeln (vgl. Erw. 3.1 ff. und Erw. 4).

c) Das Bundesgericht hat es ausdrücklich abgelehnt, den vorliegenden Fall mit Nichteintreten auf die Einsprache zu erledigen und hat festgehalten, dass es an den kantonalen Instanzen liegt, über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden (Erw. 5). Was darunter zu verstehen ist, hat es nicht dargelegt. Ob diese Formulierung, an welche die kantonalen Instanzen gebunden sind, vorliegend ein Nichteintreten durch eine kantonale Instanz offen lässt, hängt auch von der Verfahrensart ab,

in welcher das Verfahren fortzuführen ist, und ist aus nachfolgenden Gründen hier offen zu lassen.

d) Aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) leitet die Rechtsprechung ein Recht auf Vertrauensschutz ab. Daraus ergibt sich beispielsweise, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen dürfen, solange sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durften (BGer 5A_894/2014 vom 06.05.2015, E. 2.4.1, mit Hinweisen). Wie das Bundesgericht konkretisiert hat, verleiht der in Art. 9 BV enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 126 II 377 E. 3a S. 387; 122 II 113 E. 3b/cc S. 123, je mit Hinweisen). Vorliegend hat der kantonale Gesetzgeber die privatrechtliche Baueinsprache gemäss § 80 Abs. 4 PBG und § 31 Abs. 2 lit. d JG dem summarischen Verfahren im Sinne von Art. 248 Abs. 1 lit. a ZPO unterstellt. Die Gerichte haben diese Bestimmungen auch nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO in konstanter Rechtsprechung angewandt. Nicht nur bei Privaten, sondern auch bei Anwälten wurde damit berechtigtes Vertrauen in die Weiterführung dieser Praxis geschaffen. Auch das Bundesgericht erachtete noch im Urteil vom 8. März 2015 (5A_754/2015) das genannte Vorgehen als nicht willkürlich. Der Gesuchstellerin (Einsprecherin) darf deshalb dadurch, dass sie die privatrechtliche Baueinsprache im Vertrauen auf die bisherige Praxis und die kantonale Rechtslage im summarischen Verfahren anhängig gemacht hat, kein Rechtsnachteil erwachsen.

e) Die privatrechtliche Einsprache des Kantons Schwyz ist die Geltendmachung eines subjektiven privaten Rechtes, das der Ausführung einer geplanten Baute entgegensteht. Die Einsprache verfolgt als Prohibitivmassnahme den Zweck, einen drohenden Schaden abzuwenden (Birchler, Baueinsprache und Baubewilligung nach schwyzerischem Recht, Diss., Zürich 1970, S. 137).

Sie stellte gemäss seiner ursprünglichen Konzeption eine Klageprovokation dar, wobei aufgrund der schwyzerischen Rechtsprechung die Versäumung der Frist eine materiellrechtliche Verwirkung des privatrechtlichen Anspruchs zur Folge hatte. Letzteres war bereits mit dem Erlass des ZGB bundesrechtswidrig geworden, sodass trotz unterlassener Baueinsprache das verletzte private Recht später noch geltend gemacht werden konnte, soweit dem nicht Art. 674 ZGB entgegenstand (vgl. Birchler, a.a.O., S. 171-173).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe hat die Baueinsprache vorliegend (bundesrechtswidrig) im summarischen Verfahren nach Art. 248 lit. a ZPO durchgeführt. Er hat einen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt (Vi-act. [•]), eine Expertise angeordnet (Vi-act. [•]+[•]) und bei den Parteien eine Stellungnahme dazu eingeholt (Vi-act. [•]+[•]). Es ist zu prüfen, wie das Verfahren fortzuführen ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

aa) Sowohl im ordentlichen als auch im vereinfachten Verfahren ist aufgrund von Art. 228 ff. sowie Art. 219 und 245 ZPO nach dem Schriftenwechsel grundsätzlich eine Hauptverhandlung durchzuführen, es sei denn, die Parteien verzichten darauf (vgl. zum Ganzen: BGer 4A_65/2014 vom 01.09.2014, E. 3.2 f., mit Hinweisen). Dem Entscheidverfahren geht zudem nach Art. 197 ZPO - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Das Fehlen des Schlichtungsversuchs stellt nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO dar (Beschluss vom 23. September 2013, ZK1 2013 14, Erw. 3 mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen).

bb) Gemäss Art. 257 ZPO gewährt das Gericht in klaren Fällen Rechtsschutz im summarischen Verfahren. Alles, was Gegenstand eines ordentlichen (oder vereinfachten) Verfahrens sein kann, kann auch mittels Rechtsschutz in klaren Fällen geltend gemacht werden. In Betracht kommen sowohl

Leistungs-, als auch Gestaltungs- und Feststellungsansprüche (Andreas Günscher, in: Berner Kommentar, N 3 Art. 257 ZPO). Es ist der klagenden Partei überlassen, ob sie den Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen beschreiten will. Sie kann stattdessen auch im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren klagen. Es handelt sich um eine "freie Option" (Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 2 zu Art. 257 ZPO). Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen ist gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. a+b ZPO, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Dabei obliegt es dem Kläger, für die anspruchsbegründenden Tatsachen vollen Beweis zu erbringen und damit für klare Verhältnisse zu sorgen (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 7 zu Art. 257 ZPO). Ausgeschlossen sind Expertisen (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O. N 5 zu Art. 257 ZPO; ebenso, wenn auch weniger einschränkend: Dieter Hofmann, in: Basler Kommentar, N 13 zu Art. 257 ZPO). Sind die Voraussetzungen (unbestrittener, bzw. sofort beweisbarer Sachverhalt und klare Rechtslage) nicht gegeben, so ergeht ein Nichteintretensentscheid (Dieter Hofmann, a.a.O., N 9 zu Art. 257 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 31 zu Art. 257 ZPO; Dieter Hofmann, a.a.O., N 26 zu Art. 257 ZPO).

cc) Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Im Gegensatz zum Rechtsschutz in klaren Fällen genügt hier blosses Glaubhaftmachen. Glaubhaft zu machen sind die Prozessvoraussetzungen (Zuständigkeit, etc.), der Verfügungsanspruch (der zivilrechtliche Anspruch), der Verfügungsgrund (die zu befürchtende Verletzung sowie ein daraus resultierender nicht wieder gutzumachender Nachteil) und die Dringlichkeit. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erforderlich sein (Thomas Sprecher in: Basler Kommentar, insb. N 10, 50 und 54 zu Art. 261 ZPO; Huber in: Sutter-

Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, insb. N 17 ff. sowie N 25 zu Art. 261 ZPO).

dd) Es obliegt primär der Gesuchstellerin, sich darüber zu äussern, wie sie das Verfahren fortführen will, nachdem sich das gestützt auf das kantonale Recht angehobene summarische Verfahren als bundesrechtswidrig erwiesen hat. Es ist beiden Parteien Gelegenheit zu geben, ihre tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen entsprechend zu ergänzen (vgl. vorne, lit. aa-cc). Ebenso sind allenfalls notwendige weitere Verfahrensschritte durch das Gericht nachzuholen.

Das Kantonsgericht kann nicht anstelle der ersten Instanz die notwendigen Ergänzungen des Verfahrens vornehmen. Insbesondere kann es nicht ein summarisches, ordentliches oder vereinfachtes Baueinspracheverfahren durchführen. Das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren folgt eigenen Regeln. Das Verfahren ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen, um im Sinne der Erwägungen und des bundesgerichtlichen Entscheids "über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden."

3. Die Gesuchsgegnerin obsiegt mit ihrem Hauptantrag auf Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügung (Ziff. 1 erster Satzteil der Berufung/Beschwerde vom 19. Februar 2015). In formeller Hinsicht ist zwar über ihren Nichteintretensantrag (Ziff. 1 zweiter Satzteil der Berufung/Beschwerde vom 19. Februar 2015) noch nicht entschieden. Dies hat jedoch entsprechend dem bundesgerichtlichen Entscheid keinen Einfluss auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Gesuchsteller unterliegen mit ihrem Antrag, die Berufung/Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei (Ziff. 1 der Berufungsantwort vom 6. März 2015). Ihr Nichteintretensantrag hinsichtlich der Berufung war von untergeordneter Bedeutung (Begründung in II. Ziff. 4-6 der Berufungsantwort vom 6. März 2015). Die Kosten des Be-

schwerdeverfahrens, welche im Verfahren ZK2 2015 7 auf Fr. 2'500.00 festgesetzt wurden, sind somit den Gesuchstellern aufzuerlegen. Die Kosten des zweiten Rechtsganges gehen zu Lasten des Staates.

Entsprechend diesem Ausgang haben die Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Unter Berücksichtigung der Rechtsschrift der Gesuchsgegnerin im Umfang von knapp acht Seiten erscheint in Nachachtung von § 12 GebTRA eine Entschädigung von Fr. 1'500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) als angemessen.

Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wird der Vorderrichter im neuen Entscheid zu befinden haben;-

beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelrichters vom 5. Februar 2015 (ZES 2013 600) wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'500.00 werden den Gesuchstellern auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchsgegnerin in gleicher Höhe bezogen. Die Gesuchsteller sind verpflichtet, der Gesuchsgegnerin den Betrag von Fr. 2'500.00 zurückzuerstatten.
3. Die Gesuchsteller haben die Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'500.00 zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 10'000.00.

5. Zufertigung an Rechtsanwalt Roger Brändli (2/R), Rechtsanwalt Nicola Celia (3/R), die Vorinstanz (1/R; mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü; im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Der a.o. Gerichtsschreiber