

Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände/Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV). Aargauische Notariatsgesellschaft. Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz. Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachenrecht

Von Dr. iur. *Meinrad Huser*, Huser Bau- und Immobilienrecht, Zug, Lehrbeauftragter an der ETH Zürich für Sachenrecht, Kataster- und Geoinformationsrecht sowie Dozent für Recht an der FHNW und für Raumplanungs- und Umweltrecht am MSE der Schweizer Hochschulen.

I. Fragestellung

Leitungen dienen der Versorgung mit Elektrizität oder anderer Energie und der Übertragung von Kommunikationen im weitesten Sinn. Sie durchziehen die Landschaft oder liegen als Kabelanlagen im Boden. In jedem Fall verbinden sie als Transportanlagen¹ einen Produktionsbetrieb mit Bezüglern. Sie bestehen aus Leitungssträngen und tragenden Masten oder in erdverlegten nicht sichtbaren Leitungsrohren. Sie beliefern in der Regel eine Vielzahl von teilweise weit entfernten Abnehmern. Infrastrukturleitungen erschliessen das Baugebiet der Gemeinden, vernetzen die Regionen und verknüpfen die Schweiz mit dem Ausland.

Leitungen sind Sachen und überqueren oder durchziehen fremde Immobilien oder den öffentlichen Raum. Grundeigentümer werden durch die Installationen von Leitungen gleichzeitig begünstigt und beschränkt: Sie werden durch den Einbau einer Leitung automatisch Eigentümer dieser Leitung. Gleichzeitig beschränken die Leitungsstränge die Nutzung der Grundstücke, wenn Werke «ihre» Leitungen zum Transport ihrer Produkte (Daten, Energie, Elektrizität, Gas usw.) nutzen wollen und sich diese Nutzung durch Vereinbarung oder mit Unterstützung des Gesetzes sichern.

¹ *Heinz Rey/Lorenz Strebel*, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB II, N. 13 zu Art. 676 ZGB.

Den offensichtlichen Regelungsbedarf hat der Gesetzgeber bereits vor über hundert Jahren erkannt und im ZGB grundsätzlich geregelt.² Weil sich in der Zwischenzeit die nationale und internationale Vernetzung und damit auch die Funktionen der Leitungen verändert haben, wurden für einzelne Leitungen oder Transportgüter im öffentlichen Interesse neue Regeln geschaffen.³ Diese spezialgesetzlichen Regeln und ihre Einordnung ins System der dinglichen Rechte des Schweizerischen Zivilgesetzbuches sind Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes. Es kommt zunächst die Eigentumsregelung des ZGB zur Sprache (II.). Die verschiedenen Eigentums- und Nutzungsregeln von Leitungen im öffentlichen Interesse werden im Hauptteil dargestellt (III.). Der Aufsatz schliesst mit Vorschlägen (IV.).

Nicht erörtert werden die rechtlichen Zusammenhänge zwischen den Leitungen als Transportinstallation und ihrem Transportgut. Auch die umfangreichen Fragen im Rahmen der Baubewilligungs- oder Plan genehmigungsverfahren für das Erstellen der Leitungsnetze werden nicht angesprochen (und schon gar nicht gelöst).

II. Leitungen im privaten Sachenrecht

A. Einleitung

Leitungen sind körperliche Gegenstände, die wirtschaftlich abgrenzbar, unpersönlich und rechtlich beherrschbar sind.⁴ Sie erfüllen damit die Voraussetzungen zur Sache. Leitungen sind bewegliche Sachen, so lange sie nicht zusammengestellt und mit einem Werk verbunden, durch Masten getragen oder im Boden fest verankert sind.⁵

Zunächst ist das für Leitungen geltende System der dinglichen Rechte zu erläutern. Es ist die Bedeutung des Akzessionsprinzips und dessen Durchbrechung darzulegen (B.). Zudem sind weitere Instrumente anzusehen, die für die spezielle sachenrechtliche Stellung der Leitung von Bedeutung sein könnten (C.). Schliesslich ist der Versuch zu erwähnen, kantonalen Leitungskatastern sachenrechtliche Bedeutung zukommen zu lassen (D.).

² Ausführlich *Denis Piolet*, A qui appartiennent les conduites sur le fonds d'autrui?, ZBGR 91 S. 341 ff., 342.

³ Zu den Spezialregeln siehe *Rey/Strebel* (FN 1), N. 4 zu Art. 676 ZGB; ebenso die Hinweise bei *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, RZ 902; *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid*, ZGB, 14. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2015, § 101 RZ 22 FN 17.

⁴ Zum Begriff «Leitung» im Sinne des ZGB siehe *Piolet* (FN 2), S. 345 f.; *Vito Roberto / Stephanie Hrubesch-Millauer*, Sachenrecht, 4. Aufl., Bern 2014, RZ 1; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (FN 3), RZ 4 ff.; *Wolfgang Wiegand*, in: *Honsell/Vogt/Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB II, N. 5 ff. vor Art. 641 ff. ZGB; *Oliver Kälin*, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Züricher Studien zum Privatrecht 174, Zürich 2002, S. 42 ff.; *Rey/Strebel* (FN 1), N. 13 zu Art. 676 ZGB.

⁵ *Wiegand* weist darauf hin, dass die Zugehörigkeit der Leitungen zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen unklar und nach deren Funktion zu beurteilen ist ([FN 4], N. 24 vor Art. 641 ff. ZGB).

B. Das Grundsystem der Rechte an Leitungen

1. Einleitung

Leitungen verbinden Werke und Nutzer über weite Distanzen, dienen aber nicht allen Grundstücken, die sie durchqueren. Leitungen sind auf Masten montiert oder direkt im Boden verlegt. Wer eine Leitung erstellt, ist regelmässig nicht Eigentümer all dieser Grundstücke; die Leitungen werden mit dem Boden eines Dritten verbunden oder durchqueren dessen Eigentum in der Höhe.

Diese Verknüpfungen sind genauer zu betrachten. Um die dinglichen Berechtigungen verstehen zu können, wird zunächst die gesetzliche Zuweisung des Eigentums besprochen (2.). Anschliessend ist die Bedeutung des Akzessionsprinzips zu erörtern (3.). Und schliesslich sind die Regeln zur Benutzung fremder Grundstücke beim Durchqueren darzustellen (4.).

2. Das Eigentum an Leitungen

Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, die sich ausserhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen, gehören dem Eigentümer des Werks und zum Werk, von dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden (Art. 676 Abs. 1 ZGB). Sie fallen somit nicht mit dem Bodeneigentum zusammen und behalten ihre Eigentumsposition auch beim Durchqueren eines Grundstücks in der Höhe.

Art. 676 ZGB schafft für Leitungen eine sachgerechte dingliche Ordnung, die der speziellen Situation bei der Verbindung der Leitungselemente mit dem fremden Boden Rechnung trägt. Das Eigentum wird vom Gesetz zugeordnet. Damit wird verhindert, dass Leitungen nicht wegen ihrer Lage über oder in einer Vielzahl von Grundstücken zerstückelt werden.⁶

Im Weiteren lässt die Bestimmung aber verschiedene Fragen im Hinblick auf eine sachbezogene Praxis offen:

Sie legt nicht fest, was als Werk zu gelten hat. Die juristische Literatur ist sich einig, dass dieser Begriff weit auszulegen ist und auch Nebenwerke, Transformatorenstationen, Quellfassungen oder Wasserreservoirs umfassen kann.⁷

Art. 676 ZGB bestimmt zudem nicht, ob das Werk, von dem sie ausgehen oder jenes, zu dem sie führen, Eigentum beanspruchen kann.

Schliesslich bestimmt das Gesetz auch nicht konkret, welche Leitungen betroffen sind. Nach allgemeinen Rechtsregeln gilt: Wer ein Werk im eigenen Namen und mit eigenen Mitteln erstellt, ist grundsätzlich dessen

⁶ Ob sie in diesem Zusammenhang rechtlich Zugehör sind (*Wiegand* [FN 4], N. 21 vor Art. 641 ff. ZGB, reiht sie unter dem Begriff «Werkzugehör» ein; ebenso *Roberto/Hrubesch-Millauer* [FN 4], RZ 134b und *Rey/Strebel* [FN 1]), N. 2 zu Art. 676 ZGB, ist seit der Revision 2012 nicht mehr von Bedeutung.

⁷ *Rey/Strebel* (FN 1), N. 12 zu Art. 676 ZGB mit Hinweisen auf weitergehende Literatur.

Eigentümer.⁸ Lässt er die Aufgabe durch einen Dritten ausführen, wird er aufgrund des Werkvertrags oder des Auftrags Eigentümer des Vertragsergebnisses.

3. Das Akzessionsprinzip und seine Ausnahmen

Das Sachenrecht umschreibt das Grundeigentum in seiner Ausdehnung (Art. 667 ZGB) aber auch in seinem Inhalt. Es zählt zum Grundstück alles, was mit einem Grundstück fest und dauernd verbunden wird oder ist (a.); es sieht dazu aber auch die Grenzen (b.).

a. Das Akzessionsprinzip als Grundsatz

Alles, was mit einem Grundstück fest und dauernd verbunden wird oder ist, gilt als dessen Bestandteil und fällt in das Eigentum des Grundeigentümers (Art. 642 Abs. 2 ZGB). Nach diesem Akzessionsprinzip hat der Eigentümer einer Sache auch das Eigentum an allen ihren Bestandteilen (Art. 641 Abs. 1 ZGB).⁹ Das Eigentum an Grund und Boden umfasst denn auch alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen (Art. 667 Abs. 2 ZGB).

Das Akzessionsprinzip gilt als zwingender, ungeschriebener Grundsatz für das gesamte Sachenrecht. Das ZGB folgt damit dem römisch-rechtlichen Grundsatz «*superficies solo cedit*». Danach umfasst das Akzessionsprinzip alles was oberhalb oder unterhalb der Erde fest mit dem Boden verbunden ist¹⁰ und nicht mehr ohne Zerstörung abgetrennt werden kann (642 Abs. 2 ZGB).¹¹

b. Ausnahmen

Ausnahmen vom Akzessionsprinzip bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.¹² Solche Grundlagen können sich im Privatrecht aber auch im öffentlichen Recht befinden.

⁸ Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (zum Stromverteilnetz Art. 15a EleG und ähnlich Art. 37 FMG zum Telekommunikationsnetz) weisen das Eigentum jeweils jener Unternehmung zu, die sie erstellt oder von Dritten erworben hat (dazu unten III.B.2.).

⁹ Zum Akzessionsprinzip siehe etwa *Roberto/Hrubesch-Millauer* (FN 4), RZ 44g, S. 135 ff., 307 f.; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (FN 3), RZ 79 f.

¹⁰ *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Bd 1, 3. Aufl., Bern 2007, RZ 1081 f.; *Roberto/Hrubesch-Millauer* (FN 4), RZ 308; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (FN 3), RZ 889.

¹¹ Für die Diskussion der Voraussetzungen zur Anwendung des Akzessionsprinzips siehe *Wiegand* (FN 4), N. 9 ff. zu Art. 642 ZGB; *Steinauer* unterscheidet drei Voraussetzungen: 1. Le lien matériel, 2. Le lien intellectuel, 3. La reconnaissance par l'usage local (*Paul-Henri Steinauer*, Les droits réels, Tomes 1–3, Berne 2012, tome I, n. 1050 ff.).

¹² *Roberto/Hrubesch-Millauer* (FN 4), RZ 320 mit Hinweisen auf Grundlagen aus dem Privatrecht. Siehe auch die detaillierte Aufzählung bei *Piotet* (FN. 2), S. 342 f.

aa. Im Allgemeinen

Das Akzessionsprinzip wird mehrfach durchbrochen, etwa indem das ZGB eine eigene Regelung enthält (Art. 674–676 und 704 ZGB),¹³ aber auch – wie später zu zeigen ist – wenn öffentlich-rechtlichen Normen einer Sache einen eigenständigen Eigentümer zuteilen.

Mit Art. 676 ZGB besteht eine zentrale Bestimmung für das private Leitungsrecht. Sie gewährt Leitungen von Gesetzes wegen eigenes Eigentum, unabhängig davon, ob sie mit dem Boden verbunden sind oder nicht. Die Bestimmung regelt auch die speziellen Anforderungen, wenn Leitungsstränge über weite Strecken fremdes Eigentum durchquerend Werke und Abnehmer verbinden.

Neben dem Art. 676 ZGB sind weitere privatrechtliche Konstruktionen denkbar, die Eigentums- oder dinglichen Rechte der Leitungen gegenüber dem Boden abgrenzen können und ihnen ein sachenrechtlich eigenständiges Schicksal ermöglichen: Leitungen können als Baurechtsdienstbarkeit ausgestaltet sein (Art. 675 und 779 ZGB), womit eine Person das Recht erhält, auf oder unter dem «fremden» Boden eine Leitung zu errichten oder beizubehalten.¹⁴ Das Baurecht kann in Form eines selbständigen und dauernden Rechts als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden (655 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 ZGB).¹⁵ An Leitungen kann zudem Miteigentum des (ehemaligen) Werk- und des Bodeneigentümers gebildet werden, wenn Grund und Leitungen eine Einheit bilden (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB)¹⁶.

Das Akzessionsprinzip gilt nur im Rahmen des Privatrechts.¹⁷ Soweit das öffentliche Recht des Bundes oder der Kantone dingliche Rechte bestimmen kann, muss es das Prinzip nicht formell durchbrechen. Dies gilt etwa für herrenlose oder öffentliche Grundstücke nach Art. 664 ZGB¹⁸ oder für Leitungen, die im allgemeinen Interesse als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen die privaten Grundstücke einschränken.

bb. Bei Leitungen im Boden

Nach Art. 676 ZGB sind Leitungen der Versorgung und Entsorgung nicht Bestandteil des Grundstücks und unterstehen damit dem Akzes-

¹³ BGE 121 III 448 S. 452 = ZBGR 77 S. 336 f.

¹⁴ Ausführlich *Schmid/Hürlimann-Kaup* (FN 3), RZ 1366 ff.; *Roberto/Hrubesch-Millauer* (FN 4), RZ 320, 553; *Rey/Strebel* (FN 1), N. 3 ff. zu Art. 675 ZGB.

¹⁵ *Schmid/Hürlimann-Kaup* (FN 3), RZ 1374 f.; *Hansheiri Inderkum*, Artikel 676 ZGB und sein Verhältnis zu Artikel 691 ZGB, in FS für Roland Pfäffli, BN 2014 S. 256 ff., 264 f.; *Rey/Strebel* (FN 1), N. 1 zu Art. 676 ZGB.

¹⁶ So auch *Piotet* (FN 2), S. 344, 348 f.

¹⁷ *Piotet* (FN 2), S. 342.

¹⁸ Neuerdings ausführlich *Bettina Hürlimann-Kaup/Fabia Nyffeler*, Die grundbuchliche Behandlung der nicht im Privateigentum stehenden und der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke nach Art. 944 ZGB, ZBGR 97 S. 81 ff.

sionsprinzip nicht.¹⁹ Leitungen, die eine zusammenhängende Transportinfrastruktur darstellen, sollen nicht zerstückelt werden, wenn sie Grundstücke durchqueren.

Bei der Revision des ZGB im Jahre 2012 wurde der Begriff «Zugehör»²⁰ gestrichen und das Eigentum an Leitungen in fremden Grundstücken gesetzlich direkt zugewiesen. Die Zuweisung im konkreten Fall wird vermutet.²¹

cc. Bei Leitungen ohne Bodenkontakt

Für Leitungsstränge, die überhaupt nicht mit dem Boden verbunden sind, sondern ohne Masten über ein Grundstück geführt werden oder in ein Grundstück hineinragen, hat das Akzessionsprinzip – gemäss heutiger Interpretation – keine Bedeutung. Die Überlagerungen sind nicht fest mit dem Grundstück verbunden und werden deshalb nicht dessen Bestandteil.²² Sie fallen nicht dem Grundstückseigentum zu, und es müssen keine Rechtspositionen getrennt oder auseinander gehalten werden.²³

4. Sicherung der Durchleitung

a. Einleitung

Mit der Sicherung des eigenständigen Eigentums der Leitungen (Art. 676 ZGB) sind keine Rechte für die Nutzung des fremden Bodens erteilt. Die Durchleitung ist zusätzlich sicherzustellen.

Der Zusammenhang zwischen dem Eigentum an Leitungen und deren Durchleitung durch fremden Boden wird in der Literatur regelmässig mit der Kurzformel dargestellt: «Der Dienstbarkeitsberechtigte ist Eigen-

¹⁹ «Die Bestimmung bezieht sich zwar zunächst nur auf Transitleitungen, doch kann verabredet werden, dass auch das Eigentum an Hausanschlussleitungen und zugehörigen Apparaten dem Eigentümer des Werks, dessen Erzeugnis über das Leitungsnetz verteilt wird, vorbehalten bleiben soll (...).» (BGE 121 III 448 S. 452 = ZBGR 77 S. 337).

²⁰ Der Begriff deckte sich nicht mit dem gleichen Ausdruck in Art. 644 f. ZGB, sondern meinte eine Zugehör sui generis und verwirrte (Botschaft Registerschuldbrief, BBl 2007 S. 5306).

²¹ *Piotet* (FN 2), S. 346 f.; Diskussionen um die Zugehörfunktion der Leitungen, wie sie in der juristischen Literatur regelmässig aus dem Schrifttum vor 2012 übernommen werden, haben heute keine Bedeutung mehr. Die neuesten Kommentierungen des Energierechts von Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, erwähnen den Begriff Zugehör zu Recht nicht mehr.

²² Klärend *Steinauer* (FN 12), tome II, n. 1622: «..., le droit du propriétaire ... s'étend à tout ce qui est incorporé au sol, c'est-à-dire aux constructions, aux plantations et aux sources ...».

²³ Ungenau erscheint in diesem Zusammenhang die juristische Literatur, wonach (erst) das Überbaurecht das Akzessionsprinzip des überlagerten Grundstücks durchbreche (so *Rey*, Grundlagen [FN 10], RZ 1141; *Roberto/Hrubesch-Millauer* [FN 4], RZ 15; *Schmid/Hürlimann-Kaup* [FN 3], RZ 898).

tümer der Leitung» (Art. 676 Abs. 2 ZGB)²⁴ und das Akzessionsprinzip werde mit dem Durchleitungsrecht durchbrochen.²⁵ Diese Kernsätze halten das Eigentum als volles dingliches Recht, das beim Einbau im Boden durch eine Dienstbarkeit vom Akzessionsprinzip befreit wird, und die vom Eigentum abhängige Dienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht zu wenig auseinander. Werden beide Funktionen mit einer einzigen Dienstbarkeit geregelt, ist ihre getrennte Wirkung trotzdem zu beachten: Das Durchleitungsrecht kann nicht nur mit einer Dienstbarkeit, sondern auch durch ein einvernehmliches Dulden, eine vertragliche Regelung oder eine Konzession eingeräumt werden. Und beim Wegfall des beschränkten dinglichen Rechts geht das Eigentum nicht in jedem Fall verloren.²⁶ Das Leitungsrecht hat somit zwei voneinander nicht zwingend abhängige Funktionen: Durchbrechen des Akzessionsprinzips, um der Leitung ihr eigenständiges Eigentum zu verschaffen; Berechtigung zur Nutzung fremden Eigentums für die Durchleitung (wie etwa die Konzessionen).

b. Eigentum und Durchleitung

Leitungen verfügen über ein selbständiges Eigentum, unabhängig davon, ob sie über Masten in der Luft oder im Boden das Grundstück queren. Das Akzessionsprinzip gilt nicht (Art. 676 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz durchbricht vielmehr die automatische Zugehörigkeit der Leitungen zum Boden, mit dem sie fest verbunden sind. Zusätzliche Vereinbarungen sind nicht nötig.

Soweit aber die gesetzlich verselbständigten Leitungen ein (nun) fremdes Grundstück durchqueren wollen,²⁷ sind Abmachungen über die Durchleitung erforderlich, sei es im Gesetz für äusserlich wahrnehmbare Leitungen (Art. 676 Abs. 3 ZGB), in Form einer Dienstbarkeit bei nicht

²⁴ *Phyllis Scholl*, Eigentum an Stromleitungen und den erforderlichen Nebenanlagen – Auslegung von Art. 15a EleG, Jusletter 15 April 2013, RZ 3; *Michèle Balthasar*, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, Art. 15a EleG, RZ 16 f.; Richtig erörtert ist die Rechtslage in Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2012 (2C_401/2010 Erw. 2.4.4), zum Rohrleitungsgesetz mit Hinweisen auf *Riccardo Jagmetti*, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, 2005, N. 3721; *Klinger* beurteilt diesen Entscheid als diskutabel, weil in der Praxis in der Regel die Unternehmung sei, welche die Rohrleitungsanlage erstellt habe, die Besitzerin der Betriebsbewilligung sei (*Georg Klingler*, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 14 zu Art. 32c RLG).

²⁵ *Michel Brunner/Murat Alkan*, Freileitung oder Erdkabel? Wie wird entschieden? – unter besonderer Berücksichtigung des Durchleitungsrechts und der Entschädigung, BIAR 2015 S. 165 ff., 173 mit Hinweisen auf *Rey/Strebel* (FN 1), N. 5 f. zu Art. 676 ZGB.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2012 (2C_401/2010) zum Rohrleitungsgesetz: siehe dazu *Scholl* (FN 24), RZ 11 und dabei v.a. die Hinweise in FN 11.

²⁷ Praktikabilitätsüberlegungen, die zur Verselbständigung des Leitungseigentums geführt haben, gelten auch für das Durchleitungsrecht. Diese Parallelität wird jedoch in Art. 676 Abs. 2 ZGB ausdrücklich ausgeschlossen. Und bei der Revision des Immobiliarsachenrechts 2012 war die Frage – leider – kein Thema.

wahrnehmbaren Leitungen (Art. 676 Abs. 2 ZGB)²⁸ oder durch eine Berechtigung aus Nachbarrecht bei einer Notlage (Art. 691 ZGB).

Mit der Eigentumszuweisung ist also das Durchleitungsrecht ebenso wenig gesichert, wie auch aus dem Wegfall eines Durchleitungsrechts nicht automatisch auf den Heimfall des Eigentums geschlossen werden darf!²⁹ Zudem kann ein Durchleitungsrecht erforderlich sein, wenn das Akzessionsprinzip gar nicht zur Anwendung kommt.

c. Wahrnehmbare Leitungen

Ist die Leitung äusserlich wahrnehmbar, entsteht das Durchleitungsrecht – von Gesetzes wegen – mit und im Zeitpunkt³⁰ ihrer Erstellung (Art. 676 Abs. 3 ZGB). Es besteht eine gesetzliche Berechtigung ohne zusätzliche Dienstbarkeit.³¹

Ein Eintrag im Grundbuch ist weder für die Entstehung noch für den Bestand dieses Durchleitungsrechts erforderlich.³² Die Tatsache, dass eine Leitung wahrgenommen werden kann, schafft die natürliche Publizität und ersetzt den Grundbucheintrag.³³ Als wahrnehmbar gelten nicht nur die oberirdisch erkennbaren Leitungsstränge und Masten, sondern auch die Leitung im Boden, wenn ihre Existenz durch äusserlich gut sichtbare Schächte offenkundig ist.³⁴

Man beachte: Der Berechtigte kann, anders als bei ausserbuchlichem Eigentumserwerb, ohne Eintrag im Grundbuch über die Dienstbarkeit verfügen. Die Berechtigung zur Nutzung des fremden Bodens ist Dritten gegenüber aufgrund der natürlichen Publizität³⁵ bekannt und zerstört den guten Glauben nach Art. 973 ZGB.

Die Realisierung der Leitung setzt in jedem Fall, auch ohne Eintrag im Grundbuch, eine Vereinbarung zwischen dem Leitungseigentümer und dem Grundstückeigentümer voraus. Über die Form des Vertrags

²⁸ Scholl erwähnt richtigerweise die Konzession bei öffentlichen Grundstücken (Scholl [FN 24]; Phillis Scholl, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 4 zu Art. 33 StromVG.

²⁹ So das Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2012 (2C_401/2010) zum Rohrleitungsgesetz. Im Kommentar zu dieser Entscheidung bedauert Jürg Schmid, dass die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze über den ordentlichen Heimfall der Baurechtsbauten nicht analog angewendet wurden (ZBGR 95 S. 353, 360).

³⁰ Piotet (FN 2), S. 347.

³¹ Inderkum (FN 15), S. 262 ff.

³² Der Grundbucheintrag ist lediglich deklaratorischer Natur (Brunner/Alkan [FN 25], s. 173).

³³ Piotet (FN 2), S. 347; Diese Regelung entstand im Rahmen der Beratung des Gesetzes auf Antrag der Elektrizitätsindustrie und der Telefondirektion, deren Leitungen oberirdisch geführt waren (so Rey/Strebel [FN 1], N. 8 zu Art. 676 ZGB mit weiteren Hinweisen).

³⁴ Rey/Strebel (FN 1), N. 15 zu Art. 676 ZGB.

³⁵ Zur natürlichen Publizität bei Dienstbarkeiten siehe: Jürg Schmid, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 90 S. 111 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup (FN 3), RZ 1281a.; Balthasar (FN 24), N. 12 zu Art. 15a EleG.

bestehen in der Literatur unterschiedliche Meinungen: Zum einen wird festgehalten, die vertragliche Grundlage könne auf Zusehen hin (präkaristisch) oder durch förmliche Vereinbarung (obligatorisch) erfolgen.³⁶ Zum anderen findet sich die Meinung, dass seit der Revision des Immobiliarsachenrechts im Jahre 2012 ein schriftlicher Vertrag vorliegen müsse, der auch ohne Eintrag der Duldungspflicht im Grundbuch zu beurkunden sei.³⁷ Fordert man die Beurkundung, stellt man möglicherweise die Instruktions- und Erläuterungspflicht der Urkundsperson in den Vordergrund.

d. Nicht wahrnehmbare Leitungen

Soweit Leitungen äusserlich nicht wahrnehmbar sind, besteht kein gesetzliches Recht zur Nutzung des fremden Bodens. Die Durchleitung muss mit einer förmlichen Dienstbarkeit sichergestellt werden (Art. 676 Abs. 2 ZGB). Dieses Durchleitungsrecht ist in einem beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag³⁸ zu vereinbaren und entsteht mit dem Eintrag im Grundbuch (Art. 731 ZGB).

Die Beurkundungspflicht für alle Durchleitungsrechte seit 2012 hat in der Praxis zu keinen speziellen Rechtsfragen, aber bei kleinen Leitungen offenbar zu einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand geführt.³⁹

e. Notwendige Durchleitungen

Eine Durchleitungsberechtigung kann aufgrund nachbarrechtlicher Situationen entstehen (Art. 676 Abs. 2 ZGB). Das Gesetz verweist dazu auf Art. 691 ZGB (Notleitungen).⁴⁰

Art. 691 ZGB regelt die Duldungspflicht von Röhren und Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, wenn ein Grundstück nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten erschlossen werden könnte und das kantonale Recht oder das Bundesrecht nicht auf den Weg der Enteignung verweist.⁴¹ Der Anspruch besteht gegenüber dem Eigentümer eines Grundstücks, das in einem Umkreis gelegen ist, dessen Versorgung und Entsorgung die in Frage stehende Leitung dient.⁴²

Das nachbarliche Durchleitungsrecht (Notleitung) entsteht durch Rechtsgeschäft oder Urteil, jedenfalls ohne bzw. vor dem Grundbucheintrag.⁴³ Art. 691 Abs. 3 zweiter Satz ZGB verdeutlicht seit der Revision des

³⁶ *Inderkum* (FN 15), S. 263; für das öffentliche Recht verlangt *Scholl* ([FN 24], RZ 13 ff.) eine Klärung.

³⁷ *Piotet* (FN 2), S. 348; siehe auch *Thomas J. Wenger/Bernhard Blum*, Form. Vorschriften bei der Übertragung von Baurechtsdienstbarkeiten (ZBGR 97 S. 153 ff.).

³⁸ Zum Vertrag *Rey/Strebel* (FN 1), N. 15 zu Art. 676 ZGB; *Inderkum* (FN 15), S. 261 f.

³⁹ Dazu die eindrücklichen Zahlen bei *Brunner/Alkan* (FN 25), S. 171 f.

⁴⁰ *Inderkum* (FN 15), S. 262.

⁴¹ Zum Ganzen *Tuor/Schnyder/Schmid* (FN 3), § 102 RZ 59; *Inderkum* (FN 15), S. 266 ff.

⁴² *Inderkum* (FN 15), S. 266.

⁴³ *Tuor/Schnyder/Schmid* (FN 3), § 102 RZ 59; Urteil des Bundesgerichts 1C_565/2014 vom 11. Mai 2015 Erw. 5.3 = ZBGR 97 S. 256 Erw. 5.3 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.278/2001 vom 13. Februar 2002 Erw. 4c.

Immobiliarsachenrechts 2012, dass das Durchleitungsservitut gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des Nachbargrundstücks selbst dann geltend gemacht werden kann, wenn kein Grundbucheintrag besteht.⁴⁴

Ob Art. 691 auch für Leitungen über grosse Entfernungen im Einzelfall gilt, ist fraglich.⁴⁵ Dienen sie der Stromversorgung, der Gaslieferung oder der Informationsübertragung über Telekommunikationsleitungen ist dieses private Notrecht jedoch nicht nötig, weil ihnen das Enteignungsrecht⁴⁶ zur Verfügung steht.⁴⁷

f. Durchleitungsrecht bei fehlendem Bodenbezug

Hochspannungsleitungen oder Telefonleitungen können mit den Interessen der Grundeigentümer in der vertikalen Eigentumsausdehnung nach Art. 667 ZGB in der Höhe kollidieren. Dies ist der Fall, wenn Leitungen den Eigentumsbereich der Luftsäule durchqueren, ohne dass sie über Masten mit dem Bodeneigentum in Kontakt kommen.

Der Rechtstatus solcher Leitungen ist mit direkten Überflügen⁴⁸ oder mit herübertagenden Ästen und Wurzeln aus Nachbargrundstücken (Art. 687 ZGB) vergleichbar.⁴⁹ Solche «Störungen» sind nicht automatisch zu dulden, sondern können einvernehmlich (präkaristisch, obligatorisch oder dinglich) gesichert werden. Anders als bei den Notleitungen besteht für das «Überleiten» keine gesetzliche Duldungspflicht. Die Be-

⁴⁴ In der Lehre war die Meinung vertreten worden, ein fehlender Eintrag dieser Grunddienstbarkeiten im Grundbuch könne dem gutgläubigen Erwerber des belasteten Grundstücks aufgrund des Prinzips des öffentlichen Glaubens des Grundbuches (Art. 973 ZGB) nicht entgegengehalten werden, sofern die betreffenden Leitungen nicht äusserlich wahrnehmbar sind (Art. 676 Abs. 3 ZGB). Die Unklarheit war zu beseitigen (Botschaft Registerschuldbrief, BBl 2007 S. 5308).

⁴⁵ *Tuor/Schnyder/Schmid* (FN 3), § 102 RZ 59 mit Hinweis auf BGE 67 I 396.

⁴⁶ Nach dem Fernmeldegesetz kann auch ein Mitbenutzungsrecht hoheitlich verfügt werden (Art. 36 FMG).

⁴⁷ Enteignungen sollen jedoch nur als ultima ratio vorgenommen werden (beispielhaft *Michael Merker*, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 16 zu Art. 44 EleG); ebenso *Michael Merker* in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 1 zu Art. 10 RLG.

⁴⁸ Es wird unterschieden zwischen Beeinträchtigungen aus dem Eindringen von Flugzeugen in den Luftraum eines Grundstückes (direkte Überflüge) und Beeinträchtigungen aus nachbarlichen Lärmimmissionen (BGE 129 II 72 Erw. 2.1–2.3 = ZBGR 85 S. 57 Erw. 2.1–2.3). Bei direkten Überflügen kommen die eigentumsrechtlichen Abwehrrechte zur Anwendung (BGE 134 II 49). Wird das Grundstück nicht direkt überflogen, kommen die nachbarrechtlichen Abwehrrechte gegenüber Lärmeinwirkungen zum Tragen und es wird über die Enteignung der Unterdrückung dieser Rechte anhand der drei Kriterien «Unvorhersehbarkeit», «Spezialität der Immissionen» sowie «Schwere des immissionsbedingten Schadens» diskutiert (BGE 136 II 263 Erw. 7 = ZBGR 93 S. 46 Erw. 7).

⁴⁹ Siehe dazu *Jörg Schmid*, Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen, BRT 2011 S. 96 f.; BGE 132 III 651 = ZBGR 88 S. 135 (Baar).

lastung braucht also aus privatrechtlicher Sicht sinnvollerweise⁵⁰ eine dingliche Berechtigung in Form einer Dienstbarkeit, die sich am Überbaurecht nach Art. 674 ZGB orientiert.⁵¹

g. Flächenangabe bei Belastung von Grundstücksteilen

Die Durchleitung wird auf jeden Fall nur eine Teilfläche des Grundstücks beanspruchen. Diese belastete Fläche ist im Plan für das Grundbuch nach Art. 7 VAV⁵² kenntlich zu machen, wenn die örtliche Lage der Leitung im Rechtsgrundausweis nicht genügend bestimmbar umschrieben ist (Art. 732 Abs. 2 ZGB).⁵³

C. Dingliche Wirkung des Leitungskatasters?

Verschiedene Gesetze verlangen, dass die Leitungsverläufe und deren Funktion erfasst werden.⁵⁴ Diese Pflicht betrifft die Gemeinden (etwa Inventar über Wasserversorgungsanlagen und Grundwasservorkommen),⁵⁵ teilweise die Werke (Kabelleitungen in Werkplänen)⁵⁶, aber auch die marktbeherrschenden Fernmeldeanbieterinnen (Verlauf der Kabelkanäle und die Standorte der Zugangsschächte).⁵⁷

Im öffentlichen Recht finden sich nur selten Bestimmungen über das Verhältnis dieser Leitungen zum privaten Sachenrecht. Eine Pflicht, alle Leitungen der Versorgung und Entsorgung gebündelt in einem Kataster darzustellen und damit dem Transparenzgebot Bedeutung zu verschaffen, ist aber ebenso wenig vorhanden wie eine Gesetzgebung über die Rechtsbedeutung des Inhalts eines möglichen Leitungskatasters⁵⁸ und dessen sachenrechtliche Einordnung.

Bei der Revision des Immobiliarsachenrechts (2012) war der Leitungskataster zwar ein Thema. Ein neuer Absatz 4 in Art. 676 ZGB sah

⁵⁰ Art. 674 Abs. 2 ZGB ist eine Kann-Vorschrift, es braucht nicht immer eine Dienstbarkeit, wie Piotet zu verlangen scheint (Piotet [FN 2], S. 343).

⁵¹ Siehe dazu ausführlich Tuor/Schnyder/Schmid (FN 3), § 101 RZ 24 ff.

⁵² Ein Situationsplan genügt seit der Revision des Immobiliarsachenrechts 2012 nicht mehr, auch wenn er beurkundet wäre (a.M. Brunner/Alkan [FN 25], S. 174). Siehe dazu BGE 138 III 742 (= ZBGR 94 S. 276) und die Kritik bei Meinrad Huser, Darstellung von Grenzen zur Sicherung dinglicher Rechte, ZBGR 94 238 ff.

⁵³ Huser, Sicherung dinglicher Rechte (FN 52), S. 248 ff.

⁵⁴ Übersicht bei Daniel Kettiger, Geheimhaltung oder Öffentlichkeit von Leitungskatastern: Das Beispiel des Raumdatenpools Kanton Luzern, Sicherheit und Recht 2010 S. 166 ff.

⁵⁵ Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Gewässerschutz, vom 24. Januar 1991 (SR 814.20).

⁵⁶ Verordnung über elektrische Leitungen, vom 30. März 1994 (SR 734.31).

⁵⁷ Art. 63 Abs. 2 Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (SR 784.101.1); Kettiger, Leitungskataster (FN 54), S. 168.

⁵⁸ Ausführlich Meinrad Huser, Digitale Kataster über raumwirksame Tätigkeiten, Eine Übersicht über das Kataster- und Geoinformationsrecht, Vorlesungsunterlage an der ETH Zürich, letzte Fassung 2015, S. 84 ff. (zu beziehen beim Autor); Meinrad Huser, Schweizerisches Vermessungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Geoinformationsrechts und des Grundbuchrechts, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht Bd. 28, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, RZ 59 f.

die gesetzliche Vermutung vor, dass die in einem Kataster dargestellten Informationen über die Lage und den Verlauf der unterirdischen Leitungen richtig seien und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erhalten, sofern sie nach den Grundsätzen der Technik erstellt worden sind (SIA-Normen, Geo 405 Merkblatt 2015/2016).⁵⁹

Der Vorschlag fand im Parlament keine Zustimmung und die für das Beweisrecht wichtige Vermutung besteht nicht. Immerhin kann das kantonale Recht im Zusammenhang mit der Raumplanung und Erschliessung solchen Katasterinhalten Rechtswirkungen zusprechen. Private Grundstückseigentümer könnten gestützt auf einen Leitungskataster beispielsweise zur Durchleitung verpflichtet werden, eine klassische öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung.

III. Leitungen im öffentlichen Recht

A. Vorbemerkungen

Das Privatrecht gilt für Leitungen, die von Privaten auf privatem Grund und nicht von der öffentlichen Hand oder einem Energieverantwortlichen im Auftrag des Staats erstellt wurden. Es gilt nicht zwingend, wenn Leitungen in einem Grundstück verlegt werden sollen, das dem öffentlichen Interesse dient, oder wenn die Leitungen im öffentlichen Interesse erstellt werden. Öffentliche Sachen sind der privatrechtlichen Eigentumsordnung nur unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.⁶⁰

Das Bundesverwaltungsrecht kann das Privatrecht zurückdrängen oder ganz ersetzen, wenn das Landesinteresse dies verlangt und die Verfassung den Bund dafür zuständig erklärt (B.). Dieses Recht steht auch den Kantonen zu, wenn sie Leitungen im Rahmen der Nutzungsordnung, etwa für die Erschliessung von Grundstücken, planen und erstellen (C.).

1. Im Allgemeinen

Für die Nutzung des Grund und Bodens der herrenlosen und öffentlichen Sachen nach Art. 664 ZGB gilt kantonales öffentliches Recht (2.).⁶¹ Die Nutzungsfreiheit der privaten Grundstücke kann durch öffentliches Recht beschränkt sein, (auch) um Leitungen im öffentlichen Interesse zusammenhängend verlegen zu können (3.). Leitungen können schliesslich als Bestandteil einer Infrastrukturanlage ausschliesslich dem öffentlichen Recht unterstehen (4.)

Die Regelung der Leitungen für die Versorgung und Entsorgung können in den Aufgabenbereich des Bundes oder des Kantons fallen, je nach

⁵⁹ Im Einzelnen Botschaft Registerschuldbrief (BBI 2007 S. 5306), *Christina Schmid-Tschirren*, Eine Einführung, in Stephan Wolf (Hrsg.) Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 1 ff., insbes. 15.

⁶⁰ BGE 1C_401/2010 = ZBGR 95 S. 353, 355 mit Hinweisen auf weitere Entscheide des Bundesgerichts.

⁶¹ *Piotet* (FN 2), S. 342.

verfassungsmässiger Zuständigkeit.⁶² Zum Bundesrecht gehören ohne Zweifel die Stromleitungen und die Telekommunikationsleitungen. Die Regeln für internationale Gasleitungen finden sich ebenfalls im Bundesrecht, im Rahmen der Erschliessung jedoch im kantonalen Recht.⁶³ Für die Leitungen der Wasserversorgung⁶⁴ und der Abwasserbeseitigung, wie auch für Leitungen der Fernwärmeversorgung, gilt kantonales Recht.

2. Leitungen ausserhalb des Grundeigentums

a. Einleitung

Nach Art. 667 ZGB und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht das Grundeigentum nicht weiter in die Tiefe, als sich der Grundeigentümer über ein entsprechendes, realisierbares Interesse ausweisen kann. Die Verfügungsbefugnis über den restlichen Teil des Erdkörpers – also den «Untergrund» – wird dem Staat (Kanton) zugestanden (Art. 664 ZGB). Dies gilt auch für das Recht über Leitungen im Untergrund. Zwar ergibt sich dies nicht wörtlich aus dem Gesetzestext, aber die Rechtsprechung setzt eine derartige Zuordnung mit dem Grundgedanken von Art. 664 ZGB gleich.⁶⁵

b. Räume ausserhalb des Grundeigentums

Art. 664 ZGB gilt zunächst für die Räume, die sich ausserhalb des Grundeigentumsvolumens nach Art. 667 ZGB befinden. Das kantonale Recht ist dort abschliessend zuständig.

Hier besteht kein Grundeigentum mehr und die Nutzungszuweisung ist nicht an die für das Privatrecht verbindlichen Grundstücksarten gebunden. Das private Sachenrecht hat dort keinen Platz mehr; es wird nicht zurückgedrängt, sondern durch das kantonale öffentliche Recht ersetzt. Die Abgrenzung und Zuweisung von Leitungsräumen, die Durchleitung und die Organisation der verschiedenen Nutzungsrechte in diesen Tiefen bzw. Höhen hat der Kanton zwingend zu regeln, ansonsten ein juristisches Vakuum entsteht. Die heute erlassenen kantonalen Gesetze zum tiefen Untergrund⁶⁶ regeln die Nutzung ab 300 oder 400 Meter Tiefe. Die Nutzungswünsche zwischen diesen fixen Tiefen und der in der Ver-

⁶² Siehe im Einzelnen *Kettiger*, Leitungskataster (FN 54), S. 167 f.

⁶³ So ist die Gasversorgung im Kanton Zürich gleich wie in den meisten anderen Kantonen eine kommunale Aufgabe (vgl. *Jagmetti*, Energierecht [FN 24], N. 3701).

⁶⁴ Im Rahmen des Gesetzesvollzugs haben die Kantone aber die bundesrechtliche Pflicht, Inventare über die Wasserversorgungsanlagen und Grundwasservorkommen zu erstellen (Art. 58 Abs. 2 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer, vom 24. Januar 1991 [SR 814.20]).

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 17. September 2009 (1C_27/2009) Erw. 2.4 = ZBGR 92 S. 333 Erw. 2.4; *Hürlimann-Kaup/Nyffeler* (FN 18), S. 96 ff.

⁶⁶ Dargestellt etwa bei *Philipp Blatzer*, Kanton Aargau: Das Gesetz über die Nutzung des tiefen Untergrundes und die Gewinnung von Bodenschätzen, URP 2014 S. 462 ff. oder *Gisela Oliver*, Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrunds, URP 2014 S. 473 ff.

tikalen flexiblen Eigentumsausdehnung⁶⁷ sind damit nicht abgedeckt und der Kanton wird diese «Zwischenschicht» im Einzelfall nach den Regeln der Rechtmässigkeit und Gleichberechtigung zuteilen müssen.

Soweit die kantonale Regelung Fragen offen lässt, sind nicht automatisch die privatrechtlichen Grundsätze beizuziehen. Vielmehr ist der kantonale Erlass nach den Grundsätzen der Lückenfüllung zu ergänzen.⁶⁸ Öffentlich-rechtlichen Regeln über die Nutzung des Untergrunds können im Einzelfall behilflich sein.

c. Grundstücke als öffentliche Sachen

Grundstücke, die als öffentliche Sache im Sinne von Art. 664 ZGB gelten, befinden sich innerhalb des privatrechtlichen Eigentumsvolumens. Das öffentliche Recht bestimmt die sachenrechtlichen Rahmenbedingungen Sachenrechts abschliessend.⁶⁹ Es legt fest, wer unter welchen Voraussetzungen Eigentum beanspruchen kann, ob darin etwa Leitungsrechte zu dulden sind, ob ein Akzessionsprinzip anwendbar ist, ob allenfalls (privatrechtliche/öffentlich-rechtliche) Dienstbarkeiten vereinbart werden müssen oder ob ein hoheitliches Verfügungsrecht besteht.⁷⁰

Anders als bei den Räumen ausserhalb des Grundeigentumsinteresses überdeckt hier das Recht der öffentlichen Grundstücke die private Grundstücksordnung.⁷¹ Das Privatrecht wird in diesem Fall ergänzend helfen können zur Klärung von Fragen, die im Gesetz offen gelassen wurden.

3. Öffentlich-rechtliche Leitungen auf privatem Boden

Leitungen im öffentlichen Interesse unterstehen den Nutzungsbedingungen des öffentlichen Rechts, unabhängig davon, ob sie auf privatem oder öffentlichem Boden verlegt sind.

Das öffentliche Recht kann das Durchleitungsrecht durch fremden Boden verbindlich ordnen. Es kann zum Beispiel die Benutzung privater Grundstücke für Leitungsbauten der öffentlichen Hand vorschreiben. Es wird aus einer parzellenübergreifenden Sicht den Ort bestimmen, wo und in welcher Höhe oder Tiefe die Leitung die einzelnen privaten Grundstücke durchqueren wird. Insbesondere kann es den Platzbedarf im Boden oder in der Luft auch (planungsrechtlich) sichern und eine Pflicht

⁶⁷ Das Eigentumsinteresse kann auch nur bis nahe unter die Erdoberfläche reichen (Einzelheiten bei *Thomas Ender*, Wem gehört der Untergrund, URP 2014 S. 445 ff., 453 f.).

⁶⁸ In der Regel wird bei fehlenden Regeln die privatrechtliche Ordnung ohne weitere Diskussion beigezogen (so etwa *Merker* [FN 47], N. 27 f. zu Art. 10 RLG).

⁶⁹ Ausführlich *Hürlimann-Kaup/Nyffeler* (FN 18), S. 98 f. mit dem Hinweis, dass kein Kanton ein umfassendes öffentliches Sachenrecht erlassen hat.

⁷⁰ *Piotet* (FN 2), S. 342; neuerdings *Hürlimann/Nyffeler* (FN 18), S. 98 ff.

⁷¹ Zum Ganzen *Hürlimann-Kaup/Nyffeler* (FN 18), S. 98 f.

zur Duldung einer Durchleitung gesetzlich vorschreiben.⁷² Dieses Rechtsverhältnis ist den privatrechtlichen Dienstbarkeiten ähnlich und kann – mit Piotet⁷³ – als öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit bezeichnet werden.

4. Leitungen als Bestandteil anderer Leitungsträger

Leitungen können in einer Röhre, Brücke oder einer anderen Sache eingebaut und mit dem Grundeigentum nur indirekt verbunden sein. Diese Situation kann sich durchaus auch im Privatrecht ergeben. Sie hat aber vor allem bei öffentlich-rechtlichen Infrastrukturen Bedeutung.

a. Im Allgemeinen

Leitungen stehen nicht immer direkt mit dem Boden in Berührung, sondern überqueren ein Grundstück ohne Masten.⁷⁴ Sie können auch in anderen mit dem Boden verbundenen Rechtsträgern, in bestehenden Bauten oder Leitungselementen, eingebaut sein, etwa Telefon- oder Stromleitungen⁷⁵ in einem Eisenbahn- oder Strassentunnel (b.) oder ein Datentransportkanal auf einer bestehenden Stromleitungsanlage (c.).⁷⁶ In beiden Fällen stehen drei Rechtsinteressierte in zwei verschiedenen Rechtsbeziehungen zueinander⁷⁷: Das Verhältnis des Grundeigentümers mit dem Bodennutzungsberechtigten sowie das Verhältnis des Bodennutzungsberechtigten mit dem Leitungseigentümer. In beiden Fällen ist die Berechtigung des Leitungseigentümers von seinem Verhältnis zum Bodennutzungsberechtigten definiert und von dessen Verhältnis zum Bodeneigentümer beschränkt. Der Bodennutzungsberechtigte kann dem Leitungsersteller nur Rechte im Rahmen seines eigenen Berechtigungsumfangs einräumen.

⁷² Die Darstellung des Eigentums als dreidimensionaler Körper würde die Sicherheit des konkreten Leitungsverlaufes optimal gewährleisten (dazu *Meinrad Huser*, Nutzung des Untergrunds: Umfang des Grundeigentums – ein Diskussionsbeitrag, URP 2014 S. 522 ff.).

⁷³ *Denis Piotet*, Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral, BR 2000 S. 39 ff., insbes. 42 Ziff. 4 b) mit Hinweisen.

⁷⁴ Dazu oben II B. 2. b.

⁷⁵ Unter dem Titel «Im Tunnel durch das Grimselmassiv» soll ein doppeifunktionaler Tunnel realisiert werden. Swissgrid, die das Schweizer Höchstspannungsnetz betreibt, muss offenbar an der Grimsel Engpässe beseitigen und ihre Leitungskapazität massiv erhöhen. «Da entstand die Idee, diese Leitung, die heute mit 120 Masten über den Pass führt und beträchtliche Kosten verursacht, zusammen mit einem Bahntrasse in einen Tunnel zu verlegen.» (NZZ am Sonntag vom 8. November 2015, S. 12)

⁷⁶ Siehe dazu den BGE 132 III 651 = ZBGR 88 S. 135 (Baar); siehe dazu *Roland Pfäffli*, Das Bundesgericht und seine Praxis zum Dienstbarkeitsrecht, Jusletter vom 22. Januar 2007, RZ 36 ff.

⁷⁷ Siehe dazu die klärende Darstellung bei *David Dürr/Daniel Zollinger*, Verwendung einer Stromleitungsdienstbarkeit für Daten der Telekommunikation. Kritik am BGE 132 III 651 = ZBGR 88 S. 135, BN 2010 S. 261 ff., 265.

b. Leitungen in einer körperlich abgeschlossenen Anlage

Spezialrecht legt insbesondere für Infrastrukturbauten (Eisenbahnrecht, Nationalstrassenrecht, Kernenergiegesetz usw.) die Voraussetzungen fest, unter denen ein bestimmter Leitungsträger gebaut wird, welcher Funktion er primär dienen soll und wie er das private Grundeigentum durchstossen bzw. den darunter liegenden eigentumslosen Untergrund nutzen soll. Das Spezialrecht dient der Umsetzung des öffentlichen Interesses und tritt an die Stelle von Art. 667 ZGB.⁷⁸

Bei der Nutzung des Tunnels als Leitungsträger werden die in der Regel fix angebrachten oder im Tunnel aufgehängten Leitungen Bestandteile des Tunnels und gehören zu dessen Eigentum. Soll die Leitung gegenüber dem Tunnel ein eigenes sachenrechtliches Schicksal haben, muss das Akzessionsprinzip vertraglich oder durch Gesetz durchbrochen sein. Mit dem ausserhalb des Tunnels liegenden «Bodeneigentum» kommen diese Leitungen rechtlich jedoch nicht in Berührung.

c. Leitungen auf funktional abgeschlossenen Anlagen

Leitungen können auch auf visuell nicht umschlossenen Anlagen installiert sein, etwa auf Seilbahnen oder als Datentransportkabel auf einer Stromanlage. Diese Anlagen stellen mit der Leitungsanlage funktional eine Einheit dar, sind regelmässig fest mit ihr verbunden und deshalb sachenrechtlich gleich zu behandeln, wie die Leitungen in einem körperlich abgeschlossenen Anlage, einem Tunnel.

Gegenüber dem Bodeneigentümer ist der Betreiber der Leitungsanlage dank der Dienstbarkeit berechtigt, die Stromleitungsmasten zu erstellen und miteinander zu verkabeln und sie in seinem Eigentum zu bewirtschaften. Den Grundeigentümer muss und darf es nicht interessieren, welche Güter (Strom, Daten) über dieses Eigentumsnetz transportiert werden, solange keine zusätzliche Strahlenbelastung entsteht,⁷⁹ oder solange nichts anderes mit der Dienstbarkeit vereinbart wurde oder sich aus dem Dienstbarkeitseintrag im Grundbuch ergibt.⁸⁰

Das Bundesgericht hat im Entscheid Baar⁸¹ die neue Leitung als selbständige Anlage auf dem Eigentum des Netzbetreibers bezeichnet. Es hat die Vereinbarkeit des neuen Datentransportkabels mit dem Inhalt der Dienstbarkeit geprüft und kam zum Schluss, dass das Einrichten und Betreiben einer Fernmeldeanlage etwas anderes – ein aliud – sei als der

⁷⁸ Dazu *Huser* Untergrund (FN 72), S. 527; *Piotet* (FN 2), S. 354.

⁷⁹ *Dürri/Zollinger* (FN 77), S. 264. Ergänzend kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass das Abwehrrecht nach Art. 641 Abs. 2 ZGB auch dann bestehe, wenn der Eingriff nicht schädigend sei (BGE 132 III 651 Erw. 7 = ZBGR 88 S. 137 Erw. 7).

⁸⁰ Bei der Interpretation des Grundbucheintrags ist zu unterscheiden, ob Streitigkeiten zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien oder mit, bzw. zwischen späteren (gutgläubigen) Eigentümern zu entscheiden sind (dazu *Schmid/Hürlimann-Kaup* [FN 3], RZ 1275a ff.

⁸¹ BGE 132 III 651 Erw. 8 und 9 = ZBGR 88 S. 138 Erw. 8 und 9.

Bau und Betrieb einer elektrischen Leitung.⁸² Der Dienstbarkeit fehle die Identität.⁸³ Das Bundesgericht stellte somit in Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags fest, dass der dienstbarkeitsberechtigte Betreiber der Leitungsanlage dem Eigentümer des Datentransportkabels mehr Rechte einräume, als ihm aus dem Vertrag selber zustehen. Da der Transport von allgemeinen Telekommunikationsdaten nicht rechtmässig erfolge, liege in der Benutzung der für die Übertragung elektrischer Energie bestimmten Infrastruktur zu Fernmeldezwecken eine ungerechtfertigte Einwirkung im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB vor.⁸⁴ Unklar bleibt, wie der Eigentümer des Datentransportkabels mit dem Bodeneigentümer ein dingliches Recht vereinbaren soll, nachdem ihre Sachen zueinander in keiner (körperlichen) Beziehung stehen.

B. Regelungen im Bundesrecht

1. Einleitung

Der Bund ist für verschiedene Sachbereiche zuständig, bei denen Leitungen zur Kernaufgabe zählen. Er kann Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie erlassen und die Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe regeln (Art. 91 BV). In der Raumplanung legt der Bund jedoch nur die Grundsätze fest; die Kantonewerden für die Umsetzung zuständig. Werkleitungen für das Abwasser, die Wasserversorgung oder Energieversorgung in einem Energieverbund zur Erschliessung der Bauzonen unterstehen deshalb der kantonalen Hoheit.⁸⁵ Soweit die «Bundesleitungen» im Rahmen der Bauzonenerschliessung Bedeutung erhalten, geht ihre gesetzlich bestimmte Eigentumsposition dem freien Gestaltungswillen des Kantons vor, denn Bundesrecht bricht kantonales Recht (Art. 49 Abs. 1 BV).

Im Bundesverwaltungsrecht besteht kein «allgemeiner Teil», der einzelne Fragen für alle Rechtsgebiete einheitlich regelt. Das Verhältnis zwischen den Leitungen des öffentlichen Rechts und dem privaten Sachenrecht ist deshalb aus den einzelnen verwaltungsrechtlichen Fachgesetzen zu erschliessen. Es gilt abzuklären, ob die Spezialregelungen die Eigentumsverhältnisse oder die Nutzung fremder Grundstücke selbstständig regeln und wie diese mit dem Privatrecht koordiniert sind. Die Darstellung erfolgt für die drei Bereiche Stromleitungen (2.), Telekommunikationsleitungen (3.) und internationale Gasleitungen (4.).

⁸² Siehe die fundierte Kritik bei *Dürr/Zollinger* (FN 77), S. 271 ff. unter dem Titel «Dienstbarkeit als belastendes Negativum». Soweit ersichtlich hatte das Bundesgericht noch keine Gelegenheit, sich mit der Meinung von *Dürr/Zollinger* auseinander zu setzen.

⁸³ Nach *Dürr/Zollinger* (FN 77), S. 264, 276 ff. wird der Begriff «Identität der Dienstbarkeit» im vorliegenden Zusammenhang falsch verwendet.

⁸⁴ BGE 132 III 651 S. 658 nicht publizierte Erw. 10.

⁸⁵ Dazu unten III.C.

2. Stromleitungen

a. Einleitung

Der Schweizer Strommarkt ist stark fragmentiert. Die Versorgung mit elektrischer Energie wird durch rund 900 Elektrizitätsversorgungsunternehmen, darunter sieben Verbundunternehmen und rund 80 Produzenten, sichergestellt. Zudem sind viele gemeindeeigene Werke als Querverbundunternehmen auch für die Wasser- und Gasversorgung verantwortlich, und in einigen Kantonen und Städten ist ein einziges, vertikal integriertes Unternehmen für die ganze Versorgungskette zuständig, in anderen Kantonen wird die Versorgung von unterschiedlichen Unternehmen wahrgenommen.⁸⁶

Aus gesamtschweizerischer Sicht wird heute zwischen zwei verschiedenen Netzen⁸⁷ unterschieden: dem Übertragungsnetz, dem Verteilnetz sowie – nach kantonalem Recht – den Anschlüssen an die Grundstücke und Bauten.⁸⁸

b. Eigentum am Übertragungsnetz

aa. Funktion des Übertragungsnetzes

Das Übertragungsnetz ist ein Elektrizitätsnetz, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird (Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG⁸⁹). Es ist also ein Netz von Hoch- und insbesondere «Höchstspannungsleitungen»⁹⁰. Es wird auch als «Transportnetz» bezeichnet, das neben den Übertragungsgewisse Versorgungsaufgaben erfüllen kann.⁹¹

Auch das mit der Frequenz 16,7 Hz und auf der Spannungsebene 132 kV betriebene Übertragungsnetz der schweizerischen Eisenbahnen untersteht dem StromVG, soweit es der sicheren Elektrizitätsversorgung in der Schweiz dient (Art. 1 Abs. 2 StromVV).

Zum Übertragungsnetz gehören weitere Bauwerke, wie Leitungen inklusive Tragwerke, Kuppeltransformatoren, Schaltanlagen, Mess-, Steuer- und Kommunikationseinrichtungen, gemeinsam mit anderen Netzebenen genutzte Anlagen, Schaltfelder vor dem Transformator beim

⁸⁶ Aus der Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 in BBl 2005 S. 1611 (Zit. Botschaft StromVG).

⁸⁷ Zu den verschiedenen Netzebenen der schweizerischen Stromversorgung siehe *Pascal Leumann*, Eigentumsverhältnisse und Verantwortlichkeiten am Hausanschluss, Jusletter vom 23. April 2012, RZ 4.

⁸⁸ Siehe dazu unten III.C.

⁸⁹ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007 (SR 734.7).

⁹⁰ *David Mamane/Michael Vlcek*, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 5 zu Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG mit Hinweis auf BGE 133 II 104 Erw. 7.2.1 f.

⁹¹ *Mamane/Vlcek* (FN 90), N. 1 zu Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG.

Übergang zu einer anderen Netzebene oder zu einem Kraftwerk (Art. 2 Abs. 2 StromVV⁹²).⁹³

bb. Swissgrid als Eigentümerin

Das Stromversorgungsgesetz zentralisierte die zersplitterten Eigentumsverhältnisse mit dem Ziel, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit auch in einem liberalisierten Umfeld, mit Rechtssicherheit für Investitionen, zu gewährleisten.⁹⁴ Dies ist durch die buchhalterische, organisatorische und rechtliche Entflechtung des Übertragungsnetzbetreibers von den Netzeigentümern zu erreichen. Das Übertragungsnetz und seine dazugehörigen Anlagen stehen mit dem Erlass des Stromversorgungsgesetzes unter der Herrschaft und Verantwortung der Swissgrid AG⁹⁵, einer unabhängigen, privatrechtlichen Gesellschaft.⁹⁶

cc. Übergang der Rechte

Die Leitungen standen bisher im Eigentum der verschiedenen Elektrizitätswerke, die sie erstellt hatten. Die Leitungen des Verteilnetzes waren im Rahmen der Entflechtung der neu gegründeten Swissgrid zu übertragen (Art. 18 Abs. 2 StromVG).⁹⁷ Als Entgelt erhielten sie Aktien an der Netzgesellschaft Swissgrid und allenfalls weitere vereinbarte Rechte zugewiesen. Darüber hinaus gehende Wertminderungen waren von Swissgrid auszugleichen (Art. 33 Abs. 4 StromVG). Das Stromversorgungsgesetz setzte für die Erfüllung dieser gesetzlichen Pflicht eine Frist von 5 Jahren.⁹⁸

Interessant beim Eigentumsübergang erscheint, dass gesetzliche Pflichten mit privatrechtlichen Instrumenten zu erfüllen waren (Vertrag, Eintrag im Grundbuch), beim Scheitern aber öffentlich-rechtliche «Unterstützung» (Genehmigung⁹⁹ oder Ersatzverfügung¹⁰⁰ durch die ElCom¹⁰¹) bereit stand.

⁹² Stromversorgungsverordnung (StromVV) vom 14. März 2008 (SR 734.71).

⁹³ Zum Übertragungsnetz gehören mithin auch Anlagen an der Schnittstelle zwischen den Übertragungsleitungen und den nachfolgenden Netzebenen (siehe *Mamane/Vlcek* [FN 90], N. 21 f. zu Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG).

⁹⁴ Botschaft StromVG, BBl 2005 S. 1611, 1617.

⁹⁵ AG mit Kapital- und Stimmrechtsmehrheit der Kantone und Gemeinden (Art. 18 Abs. 3 StromVG). Details zu den Tätigkeiten dieser Aktiengesellschaft siehe *Brunner/Alkan* (FN 25), S. 166 ff.

⁹⁶ Zu den Aufgaben im Einzelnen siehe *Frederik Kreuzer*, in: *Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse* (Hrsg.), *Kommentar zum Energierecht*, Bern 2016, N. 3 ff. zu Art. 20 StromVG.

⁹⁷ Der Gesetzgeber hat damit ein rechtliches Monopol errichtet: *Kathrin Föhse*, in: *Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse* (Hrsg.), *Kommentar zum Energierecht*, Bern 2016, N. 13 f. zu Art. 18 StromVG.

⁹⁸ Art. 33 Abs. 3 StromVG: «Die nationale Netzgesellschaft legt die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Verfügungsrechte über die Netzanlagen mit den Eigentümern der Übertragungsnetze vertraglich fest. ...».

⁹⁹ Art. 33 Abs. 3 StromVG.

¹⁰⁰ Art. 33 Abs. 5 StromVG.

¹⁰¹ Elektrizitätskommission gemäss Art. 21 StromVG.

Bei Übergang war das Übertragungsnetz von den Verteilnetzen, eine Aufteilung die früher nicht existierte und deshalb nicht diskussionslos erfolgen konnte.¹⁰² Im gerichtlichen Fokus stand die Interpretation von Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG, der das *Übertragungsnetz* als Elektrizitätsnetz definierte, «das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird».¹⁰³ Mit Blick auf den Zweck des Stromversorgungsgesetzes wurde der Begriff weit ausgelegt¹⁰⁴, sodass auch eine Sticheleitungen oder Verbindungsleitungen der Swissgrid zu übertragen waren.¹⁰⁵

Seit Januar 2013 ist das gesetzliche Ziel erreicht und Swissgrid ist Eigentümerin des gesamten Übertragungsnetzes samt dessen Nebenanlagen.¹⁰⁶

c. Eigentum am Verteilnetz

aa. Umfang des Verteilnetzes

Das Verteilnetz ist ein Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niedriger Spannung zur Belieferung von Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen (Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG). Es umfasst «... das gesamte Übertragungsnetz sowie die überregionalen, regionalen und lokalen Verteilnetze, ... unabhängig davon auf welcher Spannungsebene sie betrieben werden ...».¹⁰⁷ Auch Nebenanlagen, die für den Betrieb der Leitungen erforderlich sind,¹⁰⁸ sowie die Leitungen zu den Endverbrauchern, welche der Verbindung zwischen einem Niederspannungs-Verteilnetz und einer Hausinstallation¹⁰⁹ dienen (Hausanschlussleitungen),¹¹⁰ gehören zum Verteilnetz.¹¹¹ Leitungen des Verteilnetzes sind gleichzeitig

¹⁰² Siehe dazu *Scholl* (FN 28), Art. 33 StromVG, Rz. 10 ff.

¹⁰³ Siehe dazu BGE vom 10. Dezember 2012 (2C_548/2012).

¹⁰⁴ *Mamane/Vlcek* (FN 90), N. 13 zu Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG mit dem Hinweis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 2011 Erw. 7.4 (A-120/2011).

¹⁰⁵ Einzelheiten bei *Mamane/Vlcek* (FN 90), N. 16 ff. und 19 f. zu Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG.

¹⁰⁶ *Brunner/Alkan* (FN 25), S. 166.

¹⁰⁷ *Balthasar* (FN 24), N. 2 zu Art. 15a EleG.

¹⁰⁸ *Balthasar* (FN 24), N. 4 zu Art. 15a EleG; *Piotet* (FN 2), S. 353 mit dem überzeugenden Hinweis, dass Nebenanlagen gerade keine Leitungen seien und deshalb sinnvollerweise als selbständige und dauernde Rechte ins Grundbuch einzutragen seien.

¹⁰⁹ Hausinstallationen sind elektrische Einrichtungen in Häusern, zugehörigen Räumen und Nebengebäuden bei denen nicht höhere als die vom Bundesrat als zulässig erklärten elektrischen Spannungen, d.h. Maximum 1000 V Gleichstrom und 1500 V Wechselstrom, verwendet werden (vgl. Art. 14 EleG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a NIV). Siehe dazu *Merker* (FN 47), N. 5 ff. zu Art. 14 EleG.

¹¹⁰ *Balthasar* (FN 24), N. 3 zu Art. 15a EleG. Zur Schnittstelle zwischen dem lokalen Niederspannungsverteilstrom und der Hausinstallation siehe *Leumann* (FN 87), RZ 8.

¹¹¹ Arealnetze, die zwischen dem Endverbraucher und dem Verteilnetz eingeschaltet sind, gelten nicht als Elektrizitätsnetz (Art. 4 Abs. 1 lit. a Satz 2 StromVG) und unterstehen dem Geltungsbereich des StromVG nicht (BGE 141 II 141 Erw. 3).

Teil des gesamtschweizerisch geregelten Verteilnetzes wie auch der Grob- bzw. Feinerschliessungsnetze der kantonalen und kommunalen Raumplanung.

Nicht als Leitungen des Elektrizitätsnetzes nach Art. 15a EleG¹¹² gelten Vorrichtungen, die ausschliesslich der Produktion von Energie dienen, wie Photovoltaikanlagen, Windanlagen und Kraftwerke.¹¹³

bb. Eigentum des Erstellers oder Erwerbers

Anders als beim Übertragungsnetz wurden die vorherstehenden Eigentumsrechte beibehalten und mit der Funktionsentflechtung nicht zentralisiert. Das Verteilnetz mit den erforderlichen Nebenanlagen steht vielmehr seit dem 1. Januar 2008¹¹⁴ im Eigentum der Unternehmen der Energiewirtschaft¹¹⁵, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben (15a EleG). Es wird durch das Gesetz direkt und ohne Grundbucheintrag zugewiesen; das Akzessionsprinzip ist nicht zu beachten¹¹⁶ und die Leitung erhält ein eigenes, vom Boden oder andern Leitungsträgern getrenntes Eigentum.¹¹⁷

Das Gesetz hat « ... das Eigentum an unterirdischen Elektrizitätsleitungen und dazu gehörenden Nebenanlagen (z.B. Kabelkanäle, Schächte) auch dort den Netzbetreibern zugeordnet, wo keine Dienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen wurde.»¹¹⁸ Diese gesetzliche Eigentumszuweisung sei notwendig geworden, nachdem die sachenrechtlichen Verhältnisse an Leitungen oft nicht geklärt oder zumindest nicht gesichert wurden.¹¹⁹ Art. 676 Abs. 2 ZGB wurde – so ist zu vermuten – bei nicht sichtbaren Stromleitungen des öffentlichen Rechts nicht systematisch angewandt, da man sich an die Praxis für wahrnehmbare Leitungen gewöhnt hatte.

¹¹² Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24. Juni 1902 (SR 734.0).

¹¹³ *Balthasar* (FN 24), N. 5 zu Art. 15a EleG.

¹¹⁴ Art. 15a wurde zusammen mit dem Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 beschlossen und ist seit 1. Januar 2008 in Kraft

¹¹⁵ Zu diesen Unternehmen zählen vor allem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, aber auch Verbundunternehmen, sofern sie ein eigenes Netz direkt oder über Tochtergesellschaften betreiben und die SBB (*Balthasar* [FN 24], N. 6 zu Art. 15a EleG).

¹¹⁶ Botschaft StromVG, BBl 2005 S. 1670; zur Auslegung von Art. 15a EleG siehe *Scholl* (FN 24), RZ 5 ff.; *Balthasar* (FN 24), N. 13 zu Art. 15a EleG.

¹¹⁷ So auch *Balthasar* (FN 24), N. 19 zu Art. 15a EleG.

¹¹⁸ BBl 2005 S. 1670. Die Gleichstellung von Eigentum und Dienstbarkeit deckt sich mit der in der Zwischenzeit anerkannten Gleichwertigkeit zwischen der Freileitung und der unterirdischen Verkabelung (siehe dazu Botschaft zum Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze, Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes, vom 13. April 2016, BBl 2016 S. 3865, 3901).

¹¹⁹ Botschaft StromVG, BBl 2005 S. 1670: «Die Aufnahme dieser Regelung entspricht einem dringenden Bedürfnis der Unternehmen der Energiewirtschaft. Zahlreiche Netzbetreiber haben ihr Leitungsnetz bisher rechtlich ungenügend gesichert, was in der Vergangenheit zu diversen Problemen geführt hat (z.B. bei der Übertragung des Netzeigentums oder bei Begehren des Grundeigentümers um Entfernung der Leitung).»

d. Durchleitung beim Übertragungs- und Verteilnetz

Durchleitungsrechte durch fremde Grundstücke sind in den Spezialgesetzen weder für das Übertragungsnetz noch für das Verteilnetz vorgesehen.¹²⁰

In der Literatur wird immerhin die Frage diskutiert, ob mit der Aufhebung des Akzessionsprinzips durch Art. 15a EleG gleichzeitig ein gesetzliches Durchleitungsrecht begründet wurde.¹²¹ Diese Ansicht entstammt der verfänglichen Kurzformel zu Art. 676 ZGB, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte der Eigentümer sei. Sie ist – der Rechtsprechung zum Telekommunikationsnetz folgend¹²² – abzulehnen.¹²³

Immerhin kann die Durchleitung unter oder über fremdes Grundeigentum durch obligatorische Abmachungen oder vor allem durch planerische Massnahmen sichergestellt werden. Das öffentliche Recht des Bundes stellt dazu die Planungsinstrumente (Sachplan¹²⁴), sowie die Bewilligungen/Plangenehmigung und Konzession zur Verfügung. Zur Durchsetzung steht zudem das Enteignungsrecht zur Verfügung.¹²⁵ «Gegenstand der Enteignung ist die Errichtung einer Dienstbarkeit. Diese beinhaltet die Erstellung und Benützung einer Leitung und seiner erforderlichen Nebenanlagen auf seinem Grundstück zu dulden.»¹²⁶

3. Telekommunikationsleitungen

a. Einleitung

Zu den Telekommunikationsleitungen zählen alle Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind und benutzt werden.¹²⁷ Sie unterstehen dem Fernmeldegesetz.¹²⁸

b. Eigentum

Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen und Kabelkanäle stehen im Eigentum der Anbieterinnen von Fernmelde-

¹²⁰ *Piotet* (FN 2), S. 354.

¹²¹ *Leumann* (FN 87), RZ 9 f.; *Scholl* (FN 24), RZ 3.

¹²² BGE 132 III 651 S. 658 = ZBGR 88 S. 139 f., dazu gleich III.B.3.

¹²³ Dazu oben II.B.4.a.

¹²⁴ Der Sachplan Übertragungsleitungen des BFE behandelt die Höchstspannungsleitungen der Elektrizitätswerke (220-kV/380-kV). Er ist momentan sistiert (www.are.admin.ch/sachplan/index (zuletzt besucht am 02.02.2016)), wird aber mit der Revision des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes 2016 wieder vorangetrieben (siehe dazu Botschaft Um- und Ausbau der Stromnetze, BBl 2016 S. 3878 ff. und zur Umsetzung der Sachplanpflicht ausführlich S. 3908 ff.).

¹²⁵ Art. 20 Abs. 4 StromVG, Art. 43 und 44 EleG, Art. 36 FMG, Art. 10 RLG.

¹²⁶ Für das Verteilnetz siehe *Balthasar* (FN 24), N. 21 zu Art. 15a EleG mit Hinweis auf *Piotet* (FN 2), S. 353 f.

¹²⁷ Es gehören aber nicht nur die Kupferleitungen (Schwachstromanlagen), sondern auch die Lichtwellenleiter zu dieser Leitungsart (Art. 2 Abs. 4 Verordnung über elektrische Leitungen, LeV, vom 30. März 1994 [SR 734.31]). – Nicht unter die Leitungen fallen die Funkbereiche, die auch im FMG geordnet sind.

¹²⁸ Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 (SR 784.10).

diensten, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben (Art. 37 FMG).¹²⁹

Die gesetzliche Zuweisung des Eigentums will – nach den Ausführungen des Bundesrats¹³⁰ – vor allem die Kabelkanäle und weniger die (darin enthaltenen) Leitungen vom Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 1 ZGB) ausnehmen. Das ist konsequent. Soweit die Leitungen in Kabelkanälen oder weiteren Anlagen mit eigenständigem Eigentum geführt werden, steht nicht das Akzessionsprinzip zum Boden, sondern zum Kabelkanal zur Diskussion.

c. Durchleitung

Das Fernmeldegesetz räumt den Fernmelde-Konzessionärinnen weder ausdrücklich noch sinngemäss ein gesetzliches Durchleitungsrecht zu Lasten privater Grundstücke ein. Die Konzessionärinnen von Fernmeldediensten müssen daher die für den Bau und Betrieb ihrer Leitungen benötigten Rechte, gleich wie die Inhaberinnen und Eigentümer anderer Leitungsanlagen (elektrische Leitungen, Rohrleitungen), von den privaten Grundeigentümern erwerben.¹³¹ Ausdrücklich hat das Bundesgericht im Entscheid Baar vermerkt: «Die Meinung der Beklagten, das Recht zum Betrieb einer Fernmeldeleitung über den Grundstücken der Klägerin stehe ihnen aufgrund der Fernmeldegesetzgebung per se zu, erweist sich somit als unbegründet.»¹³²

Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind hingegen gesetzlich verpflichtet, den Konzessionärinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für den Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen (Art. 35 Abs. 1 FMG), soweit die Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen oder das öffentliche Interesse entgegensteht (Art. 36 Abs. 2 FMG). Die Bewilligung ist entschädigungslos zu erteilen (Art. 35 Abs. 5 FMG). Zudem haben die Konzessionärinnen die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu tragen und sind gehalten, ihre Leitungen zu verlegen, wenn vom Grundeigentümer eine Benützung des Grundstücks beabsichtigt wird, die sich mit der Leitungsführung nicht verträgt (Art. 35 Abs. 2 FMG).¹³³

¹²⁹ Dazu *Piotet* (FN 2), S. 352 ff.; *Kettiger*, Leitungskataster (FN 54), S. 168.

¹³⁰ Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003 (BBl 2003 S. 7951, 7984 f.).

¹³¹ So auch *Piotet* (FN 2), S. 535.

¹³² BGE 132 III 651 S. 658 = ZBGR 88 S. 139 f. Die Formulierung erscheint ungenau: Die Leitung liegt zwar in der Luft, über dem Boden und den Häusern. Sie durchquert aber offensichtlich das Grundeigentum in dessen vertikalen Ausdehnung. Würde die Leitung tatsächlich über dem Grundstück bzw. oberhalb der grundeigentumsrechtlichen Interessenslage verlaufen, wäre das Grundstück nicht betroffen (Art. 667 ZGB) und die Diskussion um eine Durchleitung nicht nötig. Es kämen vielmehr Fragen des übermässigen nachbarrechtlichen Einwirkens nach Art. 684 ZGB zur Sprache.

¹³³ BGE 131 II 420 S. 425 f.

4. Rohrleitungen

a. Einleitung

Rohrleitungen zur Beförderung von Erdöl, Erdgas oder anderen flüssigen oder gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen sind Gegenstand der Bundesregelung (Rohrleitungsgesetz¹³⁴, Rohrleitungsverordnung¹³⁵). Rohrleitungen sind regelmässig im oder auf dem Erdboden verlegt. Ihr Verlauf ist mit orangefarbenen Flugmarkierungen (Art. 40 Abs. 1 RLSV¹³⁶) im Gelände markiert; sie sind auch Gegenstand der amtlichen Vermessung¹³⁷ und im Plan für das Grundbuch (Art. 7 Abs. 2 VAV¹³⁸) allgemein zugänglich dargestellt.

b. Eigentum

Rohrleitungsanlagen stehen, sofern es nicht anders geordnet ist¹³⁹, im Eigentum der Unternehmung, welche die Betriebsbewilligung besitzt (Art. 32c RLG). Rohrleitungen erhalten von Gesetzes wegen einen vom Boden getrennten Eigentümer. Anlagen gemäss Rohrleitungsgesetz teilen somit – anders als Leitungen im Sinne von Art. 676 Abs. 1 ZGB – nicht vermutungsweise das gleiche rechtliche Schicksal wie das Werk, von dem sie ausgeht.¹⁴⁰

Die Sonderregelung für Rohrleitungen ist – gemäss Bundesrat – deshalb nötig, weil Art. 676 ZGB unerwünscht sei, sobald eine Leitung von einem im Ausland befindlichen Pumpwerk ausgehe. Das Gesetz stelle deshalb die Vermutung auf, dass die Rohrleitung im Eigentum des Inhabers der Betriebsbewilligung¹⁴¹ bzw. des Konzessionärs stehe.¹⁴²

Diese offene Regelung ist der Rechtssicherheit kaum zuträglich; sie klärt insbesondere nicht, was mit den Installationen auf dem Feld passiert, wenn keine Betriebsbewilligung und damit kein «Eigentümer» mehr vorhanden sind.¹⁴³

¹³⁴ Die Bundeskompetenz stützt sich auf Art. 91 Abs. 2 BV.

¹³⁵ Rohrleitungsverordnung (RLV) vom 2. Februar 2000 (SR 746.11).

¹³⁶ Verordnung über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen (RLSV) vom 4. April 2007 (SR 746.12).

¹³⁷ *Huser*, Vermessungsrecht (FN 58), RZ 437 ff.

¹³⁸ Verordnung über die amtliche Vermessung (VAV) vom 18. November 1992 (SR 211.432.2).

¹³⁹ *Piotet* vermutet, mit diesem Einschub seien nicht die Regeln des ZGB ausgenommen, sondern die Konzessionsregeln (*Piotet* [FN 2], S. 352).

¹⁴⁰ *Klingler* (FN 24), N. 8 zu Art. 32c RLG.

¹⁴¹ *Klingler* (FN 24), N. 9 zu Art. 32c RLG.

¹⁴² Art. 23c RLG war in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes in Art. 14 enthalten. Zum Sinn der Bestimmung siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe, vom 28. September 1962 (BBl 1962 II 791 S. 818).

¹⁴³ Siehe dazu die berechtigte Kritik bei *Klingler* (FN 24), N. 9 zu Art. 32c RLG.

c. Durchleitung

Zur Durchleitung der Gasleitungen über fremdes Eigentum äussert sich das Rohrleitungsgesetz nicht. Aus der gesetzlichen Zuweisung des Eigentums (Art. 32c RLG) kann jedenfalls auch bei Gasleitungen ein Benutzungsrecht des fremden Bodens abgeleitet werden. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch keine Hinweise zu entnehmen, ob Durchleitungen aufgrund von Planungsmassnahmen (Sachplan) oder Einzelbewilligungen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen darstellen und auf dieser Grundlage dem Privatrecht vorgehen. Ohne weitere Auseinandersetzung wird Privatrecht zur Anwendung gebracht.¹⁴⁴

Das Gesetz gibt aber der Inhaberin der Betriebsbewilligung/Konzessionärin einen Anspruch auf Kreuzung von öffentlichen¹⁴⁵ Verkehrsweegen (Art. 11 RLG).¹⁴⁶ Und mit dem Ersuchen um Plangenehmigung¹⁴⁷ steht ihr¹⁴⁸ – als ultima ratio¹⁴⁹ – auch das Enteignungsrecht zu (Art. 10 RLG).¹⁵⁰ Objekt der Enteignung ist die Begründung von Personaldienstbarkeiten im Sinn von Art. 781 ZGB, insbesondere von Durchleitungsrechten.¹⁵¹ Damit kann der Konflikt mit Privateigentümern durchaus sachgerecht, aber mit erheblichem Aufwand geregelt werden.

C. Regelungen im kantonalen/kommunalen Recht

1. Einleitung

Damit ein Stück Land überbaut werden kann, muss es mit den erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen erschlossen sein (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG). Die Leitungsnetze gelangen zum Endverbraucher, erschliessen dessen Grundstück und machen es überbaubar.

Erschliessungsnetze werden regelmässig im Boden eingebaut und es stellen sich die gleichen sachenrechtlichen Grundfragen (Eigentum und

¹⁴⁴ Auch Merker prüft direkt (aber überzeugend) die Anwendung der privatrechtlichen Möglichkeiten, wie Vertrag, auf Zusehen hin oder Dienstbarkeit (Merker FN 47), N. 27 f. zu Art. 10 RLG.

¹⁴⁵ Das Gesetz erfasst die privaten Verkehrswege nicht. Der Betrieb oder der Ausbau einer Rohrleitung in einem privaten Verkehrsweg müsse vertraglich vereinbart werden (so Pantaleo Bonatesta in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, N. 10 zu Art. 11 RLG).

¹⁴⁶ Verkehrswege sind: Strassen, Wegen, Schienenwege, Wasserstrassen, aber auch die Rohrleitungen selber, da auch sie Gas und Flüssigkeiten transportieren (Bonatesta [FN 145], N. 9 zu Art. 11 RLG).

¹⁴⁷ Baubewilligungsverfahren für bundesrechtliche Projekte werden im Bundesrecht als Plangenehmigung bezeichnet.

¹⁴⁸ Im Rohrleitungsbau kommen als Enteigner sowohl die öffentliche Hand als auch Private in Frage; es genügt die Stellung eines Plangenehmigungsgesuchs für eine Rohrleitungsanlage (Merker [FN 47], N. 11 zu Art. 10 RLG).

¹⁴⁹ Merker (FN 47), N. 17 zu Art. 10 RLG.

¹⁵⁰ Umfassend Merker (FN 47), N. 1 zu Art. 10 RLG; Bonatesta (FN 145), N. 11 zu Art. 11 RLG.

¹⁵¹ Merker (FN 47), N. 15 zu Art. 10 RLG.

Durchleitung) wie bei den anderen Leitungen. Ob diese Rechte aber durch kantonales Recht frei und in Abweichung zum eidgenössischen (privaten oder öffentlichen) Sachenrecht bestimmt werden können, muss zunächst diskutiert werden (2.). Anschliessend sind die groben Züge der möglichen kantonalen Regelungen aufzuzeigen (3.).

2. Regelungsfreiraum

a. Einleitung

Umschreibung und Inhalt des Grundeigentums sind Teil des Zivilrechts, das dem Bund zur ausschliesslichen Regelung zusteht (Art. 122 BV). Leitungen zur Erschliessung der Bauzonen durchqueren öffentliche und private Grundstücke. Die Gemeinden oder deren Werke erstellen die Anlagen und beanspruchen das Eigentum (samt der Möglichkeit, dafür Benützungsgebühren zu erheben). Sie stützen sich auf kantonales Recht.¹⁵² Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Kanton bzw. die Gemeinden für Erschliessungsnetze eigene Regelung überhaupt erlassen können, ohne das private oder das öffentliche Sachenrecht des Bundes zu beachten.

b. Verhältnis zum Bundeszivilrecht

Nach Art. 6 Abs. 1 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB). Die Kantone können also Regeln erlassen, um ihre Aufgaben im öffentlichen Interesse zu verwirklichen. Gemäss der Rechtsprechung darf das kantonale öffentliche Recht eine vom Bundeszivilrecht festgelegte Regel sogar abändern, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. «Insoweit verschafft Art. 6 ZGB dem kantonalen öffentlichen Recht eine expansive Kraft.»¹⁵³

In Abweichung vom Akzessionsprinzip behält Art. 676 Abs. 1 ZGB andere Ordnungen ausdrücklich vor und lässt damit auch abweichende öffentlich-rechtliche Regelungen der Kantone und des Bundes zu.

c. Verhältnis zum öffentlichen Recht des Bundes

Der Bund ist im Rahmen der Bundesverfassung zur Regelung zuständig. Wo ihm keine Kompetenz zusteht und soweit er keine Bestimmungen erlassen hat, kann der Kanton eine Aufgabe ordnen. Dies ist vor allem beim Planungs- und Baurecht der Fall. Planungsmassnahmen be-

¹⁵² In der Raumplanung ist der Bund nur für die Regelung der Grundsätze zuständig. Die Kantone führen die Raumplanung durch (statt vieler: *Peter Hänni*, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 9 ff.).

¹⁵³ Urteil des Bundesgerichts vom 11. Mai 2015 Erw. 2.1 (1C_565/2014 = ZBGR 97 S. 253 Erw. 2.1.).

stimmen die Nutzung der einzelnen Parzellen. Der kantonale oder kommunale Planer hat dabei die Bundessachplanungen (Sachplan Übertragungsleitungen) und die vom Bundesrat genehmigte kantonale Richtplanung zu beachten. Freiraum steht ihm bei der örtlichen Festlegung der Leitungskorridore zu.

3. Leitungen der Groberschliessung und der Feinerschliessung

Die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen werden im Rahmen der Groberschliessung¹⁵⁴ bis ans Grundstück herangeführt (Art. 19 Abs. 1 RPG), der Anschluss innerhalb des Grundstücks wird Feinerschliessung genannt. Das Verteilnetz für den elektrischen Strom oder das Gasleitungsnetz, die dem Bundesrecht unterstehen, führen zum Teil bis zum Hausanschluss und sind damit Teil der Grob- oder Feinerschliessung.

Das kantonale und kommunale Bau- und Planungsrecht bzw. das Gesetz über Grundeigentümerbeiträge an die Kosten der Erstellung und Benutzung der Erschliessungsanlagen erklären die Erstellung der Groberschliessung zur Aufgabe der Gemeinde. Damit ist in der Regel auch die Gemeinde als Eigentümerin der erstellten Leitungen bestimmt.¹⁵⁵ Auch bei der Selbsterschliessung durch Private (Art. 19 Abs. 3 RPG) sind die Anlagen nach Fertigstellung ins Eigentum der Gemeinde zu überführen.¹⁵⁶ Sollen sie im Eigentum Dritter stehen, müsste ihre Zweckbestimmung für den öffentlichen Gebrauch definiert und die Verfügungsmacht der Gemeinde ausdrücklich vorgesehen sein.¹⁵⁷

Groberschliessungsleitungen werden oft in die öffentlichen Strassen eingebaut; Eigentums- und Durchleitungsrechte fallen dann in der Regel zusammen. Sie können aber auch durch fremdes Eigentum führen. Das kantonale Recht darf für diesen Zweck in der Erschliessungsplanung und auf dem Weg der Gesetzgebung ein Leitungstrasse sichern. Sie muss dazu ausdrücklich die Fläche vor Überbauung freihalten und den Bestand der Leitung schützen. Sie darf die Eigentumsnutzung beschränken, namentlich das Erstellen von Bauten oder andere Vorkehren verbieten, die den Bau und den Unterhalt der Leitungen verunmöglichen, erheblich erschweren oder ihren Bestand gefährden.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Unter Groberschliessung wird gemäss Art. 4 Abs. 1 des eidgenössischen Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 (SR 843) «die Versorgung eines zu überbauenden Gebiets mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen verstanden, namentlich Wasser-, Energieversorgungs- und Abwasserleitungen sowie Strassen und Wege, die unmittelbar dem zu erschliessenden Gebiet dienen» (BGE 105 Ia 223 S. 233).

¹⁵⁵ Die Anlagen gehören zum Verwaltungsvermögen, da sie unmittelbar der Erfüllung des Staatsauftrags dienen. Sie können damit nicht ohne gesetzlichen Auftrag veräussert werden (*Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 48 RZ 13 ff.).

¹⁵⁶ *Hänni* (FN 152), S. 294 f.

¹⁵⁷ *Tschannen/ Zimmerli/ Müller*, (FN 155), § 49 RZ 5 ff. sprechen ausdrücklich von der (Ir)Relevanz der Eigentümerstellung.

¹⁵⁸ Siehe als Beispiel Art. 21 Wasserversorgungsgesetz des Kantons Bern (WVG) vom 11.11.1996 (BSG 752.32) mit dem Randtitel: Sicherung von öffentlichen Leitungen.

Das kantonale Recht bestimmt auch, in wessen Eigentum und Verantwortung die Leitungen der Feinerschliessung stehen.¹⁵⁹ Das Eigentum und damit auch die Erneuerungsverantwortung können bei den Gemeinden oder den Privaten Grundeigentümern liegen.¹⁶⁰

IV. Würdigung und Vorschläge

1. Würdigung

Leitungen durchziehen den Boden und den Luftraum in unterschiedlicher Höhe und in gegensätzlichen Richtungen. Sie bilden jedoch kein wirres, sondern ein äusserst filigranes Netz, das vom Energiekonzern oder der Wassergenossenschaft zu den einzelnen Haushalten führt. Die Rechtslage stimmt mit diesem Bild überein: Leitungen finden ihre Rechtsgrundlagen in verschiedenen Rechtsbereichen, die sich letztlich aber zum Gesamtwerk vereinen.

Das Sachenrecht des ZGB hat für das Eigentum und die weiteren dinglichen Rechte der Leitungen eine allgemeine Regelung mit dem Akzessionsprinzip und den Ausnahmen dazu sowie den Durchleitungsvereinbarungen obligatorischer oder dinglicher Prägung und Notleitungen ein umfassendes Grundsystem geschaffen. Das öffentliche Recht kann davon abweichen und für dingliche Rechte im öffentlichen Interesse eigene Regeln erlassen.

Das öffentliche Recht des Bundes hat von dieser Freiheit zurückhaltend Gebrauch gemacht. Es hat zwar für Stromverteilungsleitungen, Gasleitungen und die Telekommunikationsleitungen das Eigentum für den jeweiligen Bereich vom Boden getrennt und dem Ersteller, dem Übernehmer oder gar dem Konzessionär der Leitung zugesprochen. Damit haben diese speziellen Regelungen des öffentlichen Rechts das private Sachenrecht ausser Kraft gesetzt.¹⁶¹ Für die Durchleitung respektiert das öffentliche Recht des Bundes hingegen mehrheitlich das private Sachenrecht, versucht jedoch Konflikte zu vermeiden und setzt in erster Linie auf die Benutzung des öffentlichen Grundes. Duldungspflichten der privaten Grundeigentümer finden sich im Bundesrecht nicht. Leitungseigentümer müssen deshalb weiterhin mit vielen Grundeigentümern die erforderlichen Rechte auszuhandeln¹⁶², oder letztlich das administrativ aufwändige Enteignungsverfahren bemühen. Dies gilt auch für die Leitungen der Baulanderschliessung, sofern nicht die Gemeinden, sondern Genossenschaften oder Werke ihr Leitungsnetz betreiben.

¹⁵⁹ Siehe dazu BGE 103 Ia 250 Erw. 3; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. September 2007 (B 2007/62).

¹⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 6. Februar 2015 Erw. 3 (2C_759/2014).

¹⁶¹ *Piotet* spricht von «choc» (*Piotet* [FN 2], S. 352 ff.).

¹⁶² *Swissgrid* musste mit dem Antritt der Eigentümerschaft 55000 Dienstbarkeitsverträge für Durchleitung von Strom und Daten samt den dinglichen Rechten (Durchleitungsrechte, aber auch Bau- und Wegrechte sowie Baumniederhaltungspflichten!) übernehmen oder neu verhandeln (*Brunner/Alkan* [FN 25], S. 171).

2. Vorschläge zur Eigentumsbehandlung

Aufgrund der speziellen Verhältnisse ist die Verselbständigung der Eigentumsposition von Leitungen, so wie sie im öffentlichen Recht des Bundes und im kantonalen Recht praktiziert wird, richtig und zu befürworten.

Ausser beim Übertragungsnetz für Strom, das ausdrücklich der Swiss-grid gehört, spricht das Gesetz das Eigentum dem jeweiligen Ersteller oder Erwerber (Elektrizitätsgesetz) bzw. Konzessionsinhaber (Gasleitungen) zu. Wer zu welchem Zeitpunkt, auf welche Art Eigentümer geworden ist, lässt sich aus dieser Regelung nicht ableiten. Insbesondere ist für Dritte nicht ersichtlich, wer Inhaber, Eigentümer oder Konzessionsärin ist und daher unter anderem die Verantwortung trägt.¹⁶³ Ausser bei den Leitungen für Fernmeldedienste¹⁶⁴ existiert auch kein öffentlich einsehbares Register. Und im Grundbuch wäre nur dann Auskunft zu finden, wenn Leitungen als Grundstücke eingetragen oder zumindest als Durchleitungsrechte erfasst wären. Diese Lücken müssen geschlossen werden, wenn Leitungseigentum gegenüber jedermann verbindlich sein und von allen respektiert werden soll.

Das Leitungsnetz ist örtlich nicht georeferenziert und seine Lage kaum bekannt. Daraus ergeben sich bautechnische Gefahren mit Haftungsfolgen.

Diese Mängel wären behoben, wenn Leitungen analog zu den Bau-rechten, als Grundstücke in Form selbständiger und dauernder Rechte ins Grundbuch (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) aufgenommen oder mit ihren Lageinformationen in einem mit Rechtswirkungen ausgestatteten Leitungskataster, idealerweise gar im Plan für das Grundbuch (Art. 7 VAV) dargestellt würden; die bereits für die Gasleitungen vorgesehene Informationsebene «Rohrleitungen» (Art. 6 Abs. 2 lit. g VA)¹⁶⁵ könnte für die Stromleitungen und die Telekommunikationsleitungen¹⁶⁶ erweitert werden. Die vom Bundesrat verabschiedete «Strategie Stromnetze» unterstützt diesen Vorschlag teilweise, indem sie dem Elektrizitäts- und dem Versorgungsnetz¹⁶⁷ von Gesetzes wegen oder durch den Entscheid

¹⁶³ Die Funktion wäre wegen der geteilten Haftungsverantwortung zwingend bekannt zu machen. Zum Rohrleitungsgesetz siehe etwa: *Brigitta Kratz*, in: *Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse* (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bern 2016, Art. 33 RLG, Rz. 17 ff.

¹⁶⁴ Art. 13 und 19b FMG.

¹⁶⁵ Dazu *Huser*, Vermessungsrecht (FN 58), RZ 437 f.

¹⁶⁶ Auch sie stellen Aufgaben des Bundes dar (*Andreas Abegg*, *Energiewende im Konflikt mit Natur- und Heimatschutz*, Schriften zum Energierecht, Zürich/St. Gallen 2016, S. 23 f.).

¹⁶⁷ Dies gilt nach Art. 15d EleG für das Übertragungsnetz der SBB (Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze, BBl 2016 S. 3906 f.).

des Bundesrats nationales Interesse gemäss Artikel 6 Absatz 2 NHG zuspricht.¹⁶⁸ Die Zuständigkeit ist bekanntlich Voraussetzung, dass Bundesrecht das Erfassen und Darstellen dieser Leitungen vorschreiben kann.

3. Vorschläge für die Durchleitung

Der Gesetzgeber wollte nicht, dass die Leitungsstränge beim Durchqueren der kleinräumigen Liegenschaften wegen der Geltung des Akzesionsprinzips zerstückelt werden. Das Grundanliegen hat er nur halbwegs umgesetzt, solange für jede Grundstückquerung ein Durchleitungsrecht vereinbart oder die Rechtslage im Enteignungsverfahren gesichert werden muss.¹⁶⁹

Im Gegensatz zum privaten Sachenrecht ist im öffentlichen Recht die Nutzung des fremden Eigentums zur Durchleitung kaum geregelt. Das öffentliche Recht könnte diese Lücke schliessen und für öffentlich-rechtliche Leitungen des Bundes (Strommarkt, Telekommunikation, Gastransport) Durchleitungsrechte als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen festlegen, die von Gesetzes wegen zu dulden sind und ohne Eintrag im Grundbuch gelten.¹⁷⁰ Solche gesetzlichen Beschränkungen sind im Plangenehmigungsverfahren genügend konkretisiert und können als Teil des ÖREB-Katasters¹⁷¹ die notwendige Publizität erhalten. Diese Lösung ist sachgerecht, ist ja die raumplanerische Nutzungsplanung samt ihrer Erschliessungsplanung bereits Teil dieses Katasters.¹⁷² Die Lösung deckt sich zudem mit der «Strategie Stromnetze», mit welcher der Bundesrat auch den Bezug des Leitungssystems zur Geoinformationsgesetzgebung herstellen will.¹⁷³ Im kantonalen Bau- und Planungsrecht bzw. durch die Erschliessungsplanung wird diese verordnete Durchleitung auf

¹⁶⁸ Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze (BBl 2016 S. 3906 f.). *Abegg* (FN 166), S. 21 f. beurteilt die Situation bei Anlagen zum Energietransport als «komplex»; die Revisionsvorschläge könnte seinen Forderungen (S. 29 f.) möglicherweise gerecht werden.

¹⁶⁹ *Huser*, Vermessungsrecht (FN 58), RZ 445 ff. Diesen Gedanken findet man auch in der «Strategie Stromnetze» in Art. 26a EleG auf (Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze, BBl 2016 S. 3916 f.).

¹⁷⁰ Die Sicherung der Stromnetze ist offensichtlich nötig, weil die bestehenden Leitungstrassen aufgrund der Siedlungsentwicklung immer mehr unter Druck geraten sind. So die Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze, BBl 2016 S. 3914.

¹⁷¹ Dazu *Meinrad Huser*, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, BR 2010 S. 169 ff.; *Daniel Kettiger*, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, ZBGR 91 S. 137 ff. Neuerdings auch *Meinrad Huser*, Baubeschränkungen und Grundbuch BR 2016 H. 4.

¹⁷² Auch das Erstellen und Bewirtschaften der Telekommunikationsleitungen ist eine Bundesaufgabe (*Abegg* [FN 166], S. 23 f.).

¹⁷³ Gemäss der Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze (BBl 2016 S. 3914) werden die Baulinien im Sinne der Transparenz im Grundbuch angemerkt und später in den ÖREB-Kataster aufgenommen.

kantonalen und kommunalen Stufe schliesslich bereits gelebt.¹⁷⁴ Durchleitungsrechte und Verträge mit den privaten Eigentümern wären nicht mehr nötig.¹⁷⁵

Schliesslich ist die Unterscheidung zwischen den wahrnehmbaren und den nicht wahrnehmbaren Leitungen und damit die Wirkung der natürlichen Publizität, die aus registerrechtlicher Sicht abzulehnen ist,¹⁷⁶ zu hinterfragen. Die Prüfung drängt sich vor allem auch deshalb auf, weil gemäss «Strategie Stromnetze» Freileitungen eine geringe gesellschaftliche Akzeptanz haben¹⁷⁷ und künftig wohl seltener erstellt werden.

4. Schlussbemerkungen

Dingliche Rechte sind immer Rechte an Sachen, unabhängig davon, ob sie von Privatpersonen oder von der öffentlichen Hand beherrscht und verwaltet oder ob ihre Nutzung eingeschränkt werden. Das Privatrecht stellt für das Eigentum und dessen Nutzung ein durchdachtes Rechtssystem zur Verfügung, das für Leitungen spezielle Vorgaben macht. Das öffentliche Recht übernimmt diese Prinzipien teilweise für ihre Leitungen, sieht aber auch eigenständige Regeln vor. Es wäre wünschenswert, wenn sich das öffentliche Recht nicht ohne Not vom erprobten Instrumentarium des Privatrechts verabschiedet. Soweit eine Sonderlösung nötig ist, muss der Gesetzgeber aber eine konsequente Regelung finden, die eine mit dem privatrechtlichen Grundsystem vergleichbare Rechtssicherheit und Transparenz bringt.

Der Bundesrat hat Handlungsbedarf erkannt und schlägt im Rahmen der «Strategie Stromnetze» Änderungen im Elektrizitätsgesetz und im Stromversorgungsgesetz vor.¹⁷⁸ Es werden unter anderem die Bewilligungsverfahren für Leitungsprojekte optimiert sowie Kriterien und Vorgaben für die Entscheidungsfindung betreffend Kabel oder Freileitung definiert. Ausserdem sollen der Öffentlichkeit grundsätzliche Informationen über die Netzentwicklung zur Verfügung gestellt werden.

¹⁷⁴ Der Entwurf zu einem neuen Art.18b EleG geht ebenfalls in diese Richtung (Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze, BBl 2016 S. 3914).

¹⁷⁵ Scholl schlägt die folgende Präzisierung vor (Scholl [FN 24], RZ 13).

¹⁷⁶ Siehe auch die kritischen Bemerkungen zur natürlichen Publizität von Jürg Schmid, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 90 S. 111 ff.

¹⁷⁷ Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze (BBl 2016 S. 3903).

¹⁷⁸ Botschaft zum Um- und Ausbau der Stromnetze (BBl 2016 S. 3865).