Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_949/2015

Urteil vom 12. April 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roger Brändli,
Beschwerdeführerin,

gegen

D. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Zinon Koumbarakis,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
privatrechtliche Baueinsprache,

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, 2. Zivilkammer, vom 20. Oktober 2015.

Sachverhalt:

A.
Die Parzellen Nr. www, xxx, yyy und zzz in der Ortschaft U. _____ (Gemeinde V. _____) sind mit vier Reiheneinfamilienhäusern überbaut. A. _____ ist Eigentümerin der Parzelle Nr. xxx. Das südlich davon gelegene Grundstück Nr. yyy steht im Eigentum von D. _____ und das nördlich davon gelegene Grundstück Nr. www ist im Eigentum der im Verfahren 5A_948/2015 betroffenen Ehegatten B.B. _____ und C.B. _____.

A. _____ möchte eine Wärmedämmung an der Aussenwand sowie einen Isolationsaufbau im Dachbereich ihres Hauses anbringen. D. _____ hat gegen das am 20. September 2013 publizierte Bauvorhaben von A. _____ am 7. Oktober 2013 eine privatrechtliche Baueinsprache erhoben.

B.
Im Rahmen dieses Verfahrens ordnete das Bezirksgericht Höfe zur Bestimmung des Grenzverlaufs zwischen den beiden Grundstücken eine Expertise an, welche ergab, dass das Gebäude von D. _____ auf der Nordseite in der Verlängerung der Ostfassade um 31 cm und in der Verlängerung der Westfassade um 6 cm auf das Grundstück von A. _____ ragt. Das Problem liegt darin, dass die Reiheneinfamilienhäuser diagonal verschoben zu den Parzellengrenzen verlaufen.

Mit Verfügung vom 4. Februar 2015 hiess das Bezirksgericht Höfe die privatrechtliche Baueinsprache gut und untersagte A. _____ die Ausführung des Bauvorhabens "Aussenwärmedämmung".

Mit Beschluss vom 20. Oktober 2015 hiess das Kantonsgericht Schwyz die Beschwerde von A. _____ teilweise gut, indem es die Ausführung des Bauvorhabens an der Südfassade sowie die Farbänderung untersagte.

C.
Gegen diesen Beschluss hat A. _____ am 27. November 2015 eine Beschwerde in Zivilsachen,

eventualiter eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben mit dem Begehren um dessen Aufhebung und Nichteintreten auf die privatrechtliche Baueinsprache, eventualiter um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 hat das Kantonsgericht auf eine Stellungnahme verzichtet. Mit Vernehmlassung vom 15. Januar 2016 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Beschlusses. Am 1. Februar 2016 hat die Beschwerdeführerin hierzu unaufgefordert Gegenbemerkungen eingereicht.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 139 III 133 E. 1 S. 133; 141 II 113 E. 1 S. 116).

1.1. In der Sache geht es um geltend gemachte Abwehransprüche aus Eigentums- bzw. Miteigentumsrecht (Art. 670 ZGB), aus Dienstbarkeitsrecht (Baubeschränkung und Überbaurecht) und nachbarrechtlich aus Art. 685 Abs. 1 ZGB (vgl. angefochtener Entscheid, S. 6 und 8; erstinstanzlicher Entscheid, S. 4, 6, 8, 9 und 10). Somit handelt es sich um eine vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeit im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG (vgl. im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Bauinhibition beispielsweise Urteile 5A_378/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 1 betr. Dienstbarkeit; 5A_205/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1 betr. Nachbarrecht; 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 1.1 betr. negatorischen Anspruch).

1.2. Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG), welcher das Verfahren abschliesst und damit auch ein formeller Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG ist (vgl. BGE 134 III 426 E. 1.1 S. 428).

Nicht klar - aber für die Eintretensfrage auch nicht relevant - ist, ob nach der schwyzerischen Konzeption der Entscheid über die privatrechtliche Baueinsprache sogar einen materiellen Endentscheid darstellt, denn gemäss den Ausführungen des Schwyzer Gesetzgebers soll dem im summarischen Verfahren abgewickelten Prozess kein anderer nachfolgen (Näheres dazu in E. 2). Hingegen hält das Kantonsgericht fest (angefochtener Entscheid, S. 4), der unterlegene Einsprecher könne immer noch mit Klage den Zivilrichter im ordentlichen Verfahren anrufen. Diesfalls würde aber nahe liegen, dass das Kantonsgericht das vorliegende Verfahren nach Art. 248 lit. d ZPO geführt und Frist zum Hauptprozess angesetzt hätte (Art. 263 ZPO). Wie es sich damit genau verhält, kann indes offen gelassen werden, weil so oder anders ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG vorliegt.

An der Sache vorbei geht im Übrigen der Einwand der Beschwerdegegnerin, weil kein materieller Endentscheid gegeben sei, liege auch keine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinn von Art. 1 lit. a ZPO vor. Diese Behauptung ist selbst dann falsch, wenn es tatsächlich um eine vorsorgliche Massnahme ginge; auch solche fallen für das kantonale Verfahren in den Anwendungsbereich der ZPO und stellen Zivilsachen im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG dar, wenn sie das betreffende Sachgebiet beschlagen (statt vieler: Urteil 5A_453/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 137 III 563, betr. provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes).

1.3. Hingegen ist der für die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.-- nach der Feststellung im angefochtenen Entscheid und auch nach Darstellung der Beschwerdeführerin nicht erreicht.

Die Beschwerdeführerin behauptet allerdings eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG. Eine solche setzt voraus, dass ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchststrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen (BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 210; 141 III 159 E. 1.2 S. 161).

Nachdem die Frage, ob der kantonale Gesetzgeber die Beurteilung eines Zivilanspruches in das summarische Verfahren verweisen darf, in BGE 139 III 38 (im Zusammenhang mit dem Exmissionsverfahren) bereits beurteilt worden ist - übrigens auch mit Bezug auf den Kanton Schwyz - , lässt sich mit Fug fragen, ob es einer erneuten "Klärung" der gleichen Frage bedarf, zumal die Beschwerdeführerin angesichts dieser publizierten Rechtsprechung auch mit Verfassungsprügen (namentlich wegen Verletzung des Willkürverbotes, Art. 9 BV) ans Ziel gelangen könnte. Indes geht das Kantonsgericht (angefochtener Entscheid, S. 4) davon aus, dass eine andere Fallkonstellation vorliege, zumal das Bundesgericht bei früheren Fällen privatrechtlicher Baueinsprachen aus dem Kanton Schwyz nie habe durchblicken lassen, dass eine Bundesrechtswidrigkeit vorliegen könnte.

Was das letzte Argument anbelangt, ist festzuhalten, dass das Bundesgericht nur prüft, was von einer Partei vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 134 III 102

E. 1.1 S. 104 f.; 140 III 115 E. 2 S. 116). Deshalb lässt sich aus bisherigen Entscheiden in Bezug auf den Kanton Schwyz nicht ableiten, das Bundesgericht habe die Zulässigkeit des Summarverfahrens für die privatrechtliche Baueinsprache gewissermassen gebilligt, indemes "mit keinem Wort habe durchblicken lassen", dass die gewählte Verfahrensart unzulässig sein könnte. Entgegen der Behauptung des Kantonsgerichts (angefochtener Entscheid, S. 4) wurden diesbezüglich insbesondere auch im Nichteintretensentscheid 5A_93/2015 vom 27. Mai 2015 keine Andeutungen gemacht.

Im Übrigen ist auf das parallele Verfahren 5A_948/2015 hinzuweisen, welches das gleiche Bauvorhaben, aber die privatrechtliche Baueinsprache anderer Eigentümer betrifft. Dort hat das Kantonsgericht in Bezug auf die privatrechtliche Baueinsprache, welche es als eine ausschliesslich vom kantonalen Recht beherrschte eigene Verfahrenskategorie sieht, Grundsätze aufstellt, an welchen es explizit auch in Zukunft festhalten will (vgl. im Übrigen auch den Beschluss ZK2 2014 9 und 10. vom 20. Juli 2015 E. 6b/cc). Mithin besteht Anlass zu definitiver Klärung. Für Einzelheiten kann auf die Begründung im Urteil 5A_948/2015 heutigen Datums verwiesen werden.

1.4. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist nach dem Gesagten einzutreten. Damit ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wie es schon in ihrer Bezeichnung zum Ausdruck kommt, gegenstandslos (vgl. Art. 113 BGG).

2.

Aufgrund der Quellenhinweise und Darstellung im angefochtenen Entscheid sowie insbesondere der Beschwerde besteht im Kanton Schwyz die nachfolgend dargestellte gesetzgeberische Lage.

2.1. In § 80 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ist das Einspracheverfahren gegen Baubewilligungen geregelt. Gemäss § 80 Abs. 1 PBG kann während der Auflagefrist gegen das Bauvorhaben Einsprache erhoben werden. Nach § 80 Abs. 2 PBG sind öffentlich-rechtliche Einsprachen nach Massgabe des Verwaltungsrechtspflegegesetzes bei der Bewilligungsbehörde und privatrechtliche Einsprachen nach Massgabe des Justizgesetzes beim zuständigen Einzelrichter am Ort der gelegenen Sache einzureichen. Schliesslich bestimmt § 80 Abs. 4 PBG, dass der Einzelrichter die privatrechtlichen Einsprachen im summarischen Verfahren beurteilt. Die gleiche Anordnung ist nochmals im Justizgesetz (JG) enthalten, indem § 31 Abs. 2 lit. d JG festhält, dass das Bezirksgericht als Einzelgericht alle summarischen Verfahren einschliesslich privatrechtliche Baueinsprachen und gerichtliche Verbote beurteilt.

2.2. Vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung ordnete § 80 Abs. 4 PBG in seiner damaligen Fassung an, dass die privatrechtliche Baueinsprache im beschleunigten Verfahren zu beurteilen sei, welches nach der schwyzerischen Zivilprozessordnung eine Unterart des ordentlichen Verfahrens war (vgl. § 188 ZPO/SZ) und in der schweizerischen ZPO als solches nicht vorgesehen ist. Mit Blick auf die Einführung der schweizerischen ZPO diskutierten der Regierungsrat und der Kantonsrat, was mit der privatrechtlichen Baueinsprache geschehen solle.

Im Beschluss Nr. 1119/2009 hielt der Regierungsrat des Kantons Schwyz zu § 30 der Justizverordnung (heute § 31 JG) fest, privatrechtliche Baueinsprachen seien im summarischen Verfahren zu beurteilen. Die Kommissionsmehrheit beantrage, es sei diesbezüglich zu ergänzen, dass alle Beweismittel zulässig seien, und sie begründe dies wie folgt: Es sei davon auszugehen, dass das Bundesrecht für Zivilrechtsstreitigkeiten abschliessend regle, wann das summarische Verfahren anwendbar sei. Soweit es sich um Rechtsschutz in klaren Fällen handle, gelte von Bundesrechts wegen das summarische Verfahren (Art. 257 ZPO). Ob die privatrechtliche Baueinsprache darüber hinaus generell dem summarischen Verfahren unterstellt werden könne, sei unklar. Aus praktischen Gründen (kürzere Verfahrensdauer als das vereinfachte bzw. ordentliche Verfahren) sollte dies - mit dem Risiko der Bundesrechtswidrigkeit - zumindest versucht werden. Im summarischen Verfahren sei der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel seien nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, unter anderem dann, wenn es der Verfahrenszweck erfordere (Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO). Diese Voraussetzung dürfte bei privatrechtlichen

Baueinsprachen in der Regel erfüllt sein. Um eine gegenteilige Auffassung des Gerichts von vornherein auszuschliessen, solle ausdrücklich festgehalten werden, dass keine Beweismittelbeschränkung gelte. Demgegenüber beantrage eine Kommissionsminderheit, auf die Ergänzung, dass keine Beweismittelbeschränkung gelte, zu verzichten, weil die Verfahrensarten und deren Ausgestaltung in der ZPO abschliessend geregelt seien und sich mit der vorgeschlagenen Ergänzung das Risiko erhöhe, dass das Bundesgericht die Zuweisung der privatrechtlichen Baueinsprache ins summarische Verfahren nicht akzeptiere.

An der ausserordentlichen Sitzung des Kantonsrates vom 18. November 2009 (vgl. Sitzungsprotokoll,

S. 592 ff.) wurde gar nicht erst darüber debattiert, ob die privatrechtliche Baueinsprache ins summarische Verfahren zu weisen sei, sondern einzig, ob dem Richter überdies verbindlich vorzuschreiben sei, dass er im summarischen Verfahren alle Arten von Beweismitteln zulassen müsse. Bruno Beeler führte aus, dass ohne entsprechende Vorschrift nur Urkunden, grundsätzlich aber kein Augenschein möglich wäre, ausser der zuständige Richter finde das wichtig. Die Kommissionsmehrheit wolle aber, dass man dem Richter befehle, von Gesetzes wegen alle Beweismittel, die möglich seien, abzunehmen, damit das Verfahren möglichst schnell erledigt werden könne. Wenn man im summarischen Verfahren keinen Augenschein vornehme, könnte das bedeuten, dass die Gegenpartei nachher ins ordentliche Verfahren steige. André Rüeegsegger führte aus, das Baubewilligungsverfahren solle nicht unnötig in die Länge gezogen werden, weshalb die Kommission und der Regierungsrat zum Schluss gelangt seien, die privatrechtliche Baueinsprache dem summarischen Verfahren zu unterstellen. Ein mögliches Problem sei aber, dass man die Ansicht vertreten könnte, dass der Bund in seiner

Zivilprozessordnung eigentlich vorgebe, welche Angelegenheiten im summarischen und welche im ordentlichen Verfahren zu beurteilen seien. Da die privatrechtliche Baueinsprache unter dem summarischen Verfahren nicht ausdrücklich aufgeführt sei, könnte es allenfalls sein, dass es vom übergeordneten Bundesrecht her gar nicht möglich sei, dass der Kanton Schwyz die Baueinsprachen immer und voraussetzungslos im summarischen Verfahren behandle. Die Rechts- und Justizkommission sei aber zur Ansicht gelangt, dass das auch nicht im Voraus ausgeschlossen sei und es der Kanton Schwyz mit der Zielsetzung, das private Baueinspracheverfahren möglichst einfach und rasch zu halten, auf jeden Fall versuchen müsse. Allerdings gebe der Bund in seiner Zivilprozessordnung genaue Vorgaben. Er sage klar und deutlich, welche Beweismittel unter welchen Voraussetzungen zugelassen seien. Daran könne der Kanton Schwyz nichts ändern und es würde gegen das Bundesrecht verstossen, wenn man die Fassung der Kommissionsmehrheit übernehme, wonach im privatrechtlichen Baueinspracheverfahren generell keine Beweismittelbeschränkung gelte. Persönlich habe er nichts dagegen, aber es wäre für jeden unterliegenden Anwalt ein Genuss, vor Bundesgericht auf die Unzulässigkeit

der Bestimmung hinzuweisen. Wenn man also das gemeinsame Ziel erreichen wolle, dass privatrechtliche Baueinsprachen im summarischen Verfahren entschieden werden könnten, dürfe man nicht auch noch an der vorgegebenen Ausgestaltung herumschrauben. Dies würde die Gefahr, dass die ganze Sache dereinst vom Bundesgericht kassiert werde, erheblich erhöhen. In der darauf folgenden Abstimmung setzte sich der Minderheitsantrag mit 58 zu 27 Stimmen gegen die Kommissionsfassung durch.

Im Schwyzer Justizhandbuch wird schliesslich als Kommentar zu § 31 JG ausgeführt: Um das Institut der Baueinsprachen zu retten, mussten sie (unabhängig vom Streitwert und ohne Schlichtungsverfahren) dem summarischen Verfahren zugewiesen werden; es gilt dabei keine Beweismittelbeschränkung (Anwendungsfall von Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO; eine ausdrückliche Regelung wurde im Rat verworfen, nachdem die Kommission dies noch vorgesehen hatte, vgl. RJK-Prot. Nr. 5 S. 3).

3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die kantonale Regelung gegen den Vorrang des Bundesrechts im Sinn von Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 BV sowie gegen Art. 1 lit. a, Art. 248 lit. a und Art. 249 ZPO verstosse, indem die privatrechtliche Baueinsprache voraussetzungslos - d.h. nicht beschränkt auf den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO) - ins summarische Verfahren gewiesen werde.

3.1. Mit der privatrechtlichen Baueinsprache im Sinn von § 80 Abs. 2 PBG bringt der Einsprecher vor, dass durch das Bauvorhaben ein subjektives privates Recht (vgl. BIRCHLER, Baueinsprache und Baubewilligung nach schwyzerischem Recht, Diss. Zürich 1970, S. 137) bzw. ein privatrechtlicher Anspruch verletzt ist (BRUNNER, Der Bauverbotsprozess unter besonderer Berücksichtigung der privatrechtlichen Baueinsprache, Diss. St. Gallen 1997, S. 11). Diese privatrechtlichen Abwehransprüche ergeben sich in der Regel aus dem Eigentum oder einer Dienstbarkeit und typischerweise aus dem Nachbarrecht, insbesondere dem privatrechtlichen Immissionsschutz gemäss Art. 684 ff. ZGB (vgl. Urteile 5A_93/2015 vom 27. Mai 2015 E. 2.4; 5A_239/2015 vom 17. Juni 2015 E. 4). Vorliegend geht es, wie in E. 1.1 erwähnt, um eine auf Miteigentumsrecht, auf Dienstbarkeitsrecht und auf Nachbarrecht gestützte Abwehrklage. Diese stellt von Bundesrechts wegen eine streitige Zivilsache dar.

3.2. Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 1 lit. a ZPO regelt das betreffende Gesetz für streitige Zivilsachen in abschliessender Weise das Verfahren vor den kantonalen Instanzen. Für die Definition der streitigen Zivilsache nach Art. 1 lit. a ZPO kann auf die bereits vor dem Inkrafttreten der ZPO

gängige Definition der Zivilrechtsstreitigkeit zurückgegriffen werden (Urteil 4A_215/2013 vom 5. September 2013 E. 2.4.1; vgl. sodann BERGER, Berner Kommentar, N. 8 zu Art. 1 ZPO; VOCK, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 1 ZPO; HALDY, Code de procédure civile commenté, N. 9 zu Art. 1 ZPO). Eine Zivilrechtsstreitigkeit liegt demnach vor, wenn das dem Streit zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem Zivilrecht angehört und das Verfahren kontradiktorisch zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Träger privater Rechte oder zwischen einer solchen Person und einer Behörde, der das Zivilrecht Parteistellung zuerkennt, ausgetragen wird (vgl. BGE 120 II 11 E. 2a S. 12 f.; 123 III 346 E. 1a S. 349; 124 III 44 E. 1a S. 46). Dies ist bei der gestützt auf verschiedene sachenrechtliche Positionen erhobenen Klage offensichtlich der Fall. Die Einsprecherin behauptet die Verletzung von Eigentums- bzw. Miteigentumsrecht sowie von Dienstbarkeits- und dinglichen Nachbarrechten, welche ihr als subjektive private Rechte zustünden und aus denen sich dingliche Abwehrpositionen gegen die bauwillige Beschwerdeführerin als Eigentümerin des Nachbargrundstücks ableiten liessen (u.a. wurde Dämmungsarbeit an fremden bzw. im Miteigentum stehenden Gebäudeteilen sowie fehlende Zustimmung im Sinn von Art. 647c und d ZGB behauptet).

3.3. Fallen nach dem Gesagten solche Zivilrechtsstreitigkeiten gemäss Art. 1 lit. a ZPO in den Anwendungsbereich der schweizerischen ZPO, welche das Verfahren für die betreffenden Angelegenheiten in abschliessender Weise regelt, hat der schwyzerische Gesetzgeber bzw. hat das Kantonsgericht mit der hierauf beruhenden Rechtsanwendung gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts im Sinn von Art. 49 Abs. 1 BV verstossen. Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz gemäss Art. 122 Abs. 1 BV durch Erlass einer Zivilprozessordnung Gebrauch gemacht und die Kantone sind nicht (mehr) befugt, für die Geltendmachung zivilrechtlicher Abwehransprüche eine eigene Verfahrensordnung aufzustellen, mit welcher sie die im Bundesgesetz aufgestellte Ordnung derogieren. Insofern wäre es ihnen auch versagt, für die Geltendmachung von Zivilansprüchen dem Zivilverfahren gewissermassen ein verwaltungsrechtliches Präliminarverfahren voranzustellen.

4.

Nach dem Gesagten regelt die Zivilprozessordnung das Verfahren für streitige Zivilsachen vor den kantonalen Instanzen abschliessend (Art. 1 lit. a ZPO). Diese werden entweder im ordentlichen (mit der Unterkategorie des vereinfachten) oder im summarischen Verfahren abgewickelt. Vorliegend interessiert, ob auf die zur Debatte stehende Zivilrechtsstreitigkeit das summarische Verfahren Anwendung finden kann.

4.1. In Art. 248 ZPO werden die fünf Kategorien aufgezählt, auf welche das summarische Verfahren anwendbar ist. Unbestritten ist, dass es vorliegend um die unter Art. 248 lit. a ZPO fallenden Verfahren geht, für welche nicht wie bei Art. 248 lit. b-e ZPO aufgrund einer spezifischen Eigenart das summarische Verfahren Anwendung findet, sondern weil es "vom Gesetz bestimmt" wird.

4.2. Mit dem Wort "Gesetz" verweist Art. 248 lit. a ZPO zunächst auf die Zivilprozessordnung selbst, nämlich auf die Auflistungen in Art. 249-251 ZPO. Bei der Eigentumsfreiheitsklage geht es um eine sachenrechtliche Angelegenheit. Sie müsste deshalb in Art. 249 lit. d ZPO aufgezählt sein, was nicht der Fall ist. Zwar sind die Kataloge nach dem klaren Wortlaut von Art. 249 ff. ZPO nicht abschliessend (vgl. auch Botschaft, BBI 2006 7349). Damit soll Raum bleiben für weitere Angelegenheiten, welche aufgrund ihrer Natur zwingend ins summarische Verfahren gehören (für ein Beispiel vgl. BGE 138 III 166), wofür der Vorentwurf noch eine eigene Anwendungskategorie bilden wollte (Art. 258 lit. e VE ZPO; Begleitbericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, S. 125). Dass eine auf sich aus dem Eigentum und beschränkten dinglichen Rechte ergebende Abwehrklage aufgrund ihrer Natur zwingend ins summarische Verfahren gehören müsste, behauptet zu Recht weder das Kantonsgericht noch die Gegenpartei. Vielmehr wäre das summarische Verfahren - welches typischerweise von der Beweismittelbeschränkung geprägt ist (vgl. Art. 254 ZPO; Botschaft, BBI 2006 7349) - gerade wenig passend. Das zeigt sich exemplarisch im vorliegenden Fall, in welchem ein

Gutachten in Auftrag zu geben war und ferner ein aufwändiger zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Übrigens ist auch in der Debatte des Kantonsrates zur Sprache gekommen, dass die Beweismittelbeschränkung für das privatrechtliche Baueinspracheverfahren problematisch sein kann, zumal oft ein Augenschein erforderlich ist (vgl. E. 2.2).

Sodann stellt sich die Frage, ob mit dem Wort "Gesetz" in Art. 248 lit. a ZPO einzig Bundesgesetze gemeint sind oder auch kantonale Gesetze in Frage kommen könnten. Die Botschaft hält dazu fest, dass mit Art. 249-251 ZPO nur die Angelegenheiten des ZGB, OR und SchKG aufgelistet, aber auf eine Zusammenstellung der Summarsachen aus den Spezialgesetzen des Bundesprivatrechtes

verzichtet worden sei (BBI 2006 7649). Die Botschaft geht somit implizit davon aus, dass mit dem Wort "Gesetz" ein Bundesgesetz gemeint ist. Auch das Bundesgericht ist in BGE 139 III 38 E. 2.3 und 2.4 S. 40 f. unter Verweis auf die herrschende Lehre und in Erwägung, dass die Zivilprozessordnung die echten Vorbehalte zugunsten des kantonalen Gesetzgebers ausdrücklich als solche aufführe (Art. 3, 4, 6 und 7, Art. 68 Abs. 2 lit. d, Art. 96, Art. 116 Abs. 1 und Art. 218 Abs. 3 ZPO), davon ausgegangen, dass der Bundesgesetzgeber abschliessend regle, auf welche streitigen Zivilsachen das summarische Verfahren anzuwenden sei. Zwar konnte die Frage in BGE 139 III 38 E. 2.4 S. 41 schliesslich formell offen gelassen werden, aber es besteht angesichts der zutreffenden Erwägungen kein Anlass, die Frage vorliegend anders zu beantworten.

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 Bundesrechtes 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.

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Kernanliegen durchgedrungen, weshalb sich eine Kostenausscheidung für das bundesgerichtliche Verfahren nicht rechtfertigt. Die Gerichtskosten sind mithin der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und diese hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass der Beschluss des Kantonsgerichtes Schwyz vom 20. Oktober 2015 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an das Kantonsgericht zurückgewiesen wird.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. April 2016
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli