Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 31 (1912)

Artikel: Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im Schweizer Recht

Autor: Müller, Emil

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896501

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im Schweizer Recht.

Von Dr. iur. Emil Müller.

Einleitung.

Die Behandlung des vorliegenden Themas an dieser Stelle dürfte sich unter verschiedenen Gesichtspunkten rechtfertigen. Einmal ist unsere Zeit überhaupt den öffentlichen Sachen günstig gesinnt, indem sie ihren Kreis stets erweitert und neue Objekte in den Dienst und Schutz der Gesamtheit bringt. Sodann bietet das Thema in rechtsvergleichendem Sinne vielen Reiz, da in der Schweiz die deutsche und die französische Auffassung über die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen aufeinanderstossen. Endlich ist die ganze Materie in der schweizerischen Rechtsliteratur noch sehr wenig beachtet worden.

Im folgenden sollen die öffentlichen Sachen nur unter dem Gesichtspunkt des Privatrechts behandelt werden. Die öffentlichrechtliche Ordnung derselben soll nur gestreift werden, soweit dies zur Einrahmung des Bildes notwendig erscheint. Notwendig wäre zur Vollständigkeit dagegen eine Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Sache und eine Darlegung, welche Sachen in den schweizerischen Rechtsgebieten zu den öffentlichen gehören. Allein dies würde zu weit führen. Ich muss mich hier mit der kurzen Andeutung begnügen, dass die Oeffentlichkeit ein dynamischer Begriff ist und die Sache soweit ergreift, als sie mit ihrem Gebrauchswert einem öffentlichen Zwecke dienstbar gemacht ist. Ergreift diese öffentliche Zweck-

bestimmung die Sache in ihrem ganzen Gebrauchswert, so gehört sie nach erfolgter Indienststellung durch den ihre Bestimmung wahrenden öffentlichen Rechtsträger zu den öffentlichen Sachen im technischen Sinne.[1]) Zu diesem Erfordernis lässt dann die französische Anschauung noch dasjenige der rechtlichen Zugehörigkeit an einen öffentlichen Rechtsträger[2]) treten; verneint also, dass Private als Eigentümer öffentlicher Sachen auftreten können. Für die Frage, welche Sachen im einzelnen in den schweizerischen Rechtsgebieten zu den öffentlichen gehören, mag ein kurzer Hinweis auf Hubers Schweizerisches Privatrecht[3]) genügen. Allgemein folgen die deutschen Kantone und der Bund für ihre öffentlichen Sachen der deutschen, die romanischen Kantone der französischen Auffassung. Dem tragen auch die Fassungen des Art. 664 ZGB Rechnung. Art. 664, der von der Rechtsordnung der öffentlichen Sachen handelt, bedient sich im deutschen Text in Anlehnung an die deutsche Doktrin der Ausdrücke „öffentliche und herrenlose Sachen". Aber der französische und der italienische Text schliesst sich, statt dieselben etwa mit „biens publics et biens sans maître" wiederzugeben, der französischen Sprachweise an und macht sich den theoretisch mit dem Begriffe des deutschen Textes nicht kongruenten Begriff des „domaine public" zu eigen.

Die Natur der rechtlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Sachen ist kontrovers, und wenn der Titel dieser Ausführungen vom Eigentum an den öffentlichen Sachen spricht, so liegt darin eine petitio principii. Es ist also der Beweis zu erbringen, dass die öffentlichen Sachen tatsächlich im privatrechtlichen Eigentum stehen, und zwar sowohl nach der deutschen wie nach der französischen Auffassung über ihr Wesen. Hiezu ist zunächst eine theoretische Erörterung und Eintreten in die Kontroverse notwendig.

---

[1]) Gierke, II, S. 19; Regelsberger, S. 417; Biermann, S. 1 ff.; Fleiner, Verw. R., S. 286 ff.; Wieland, Art. 664; Layer, S. 621.

[2]) Hauriou, p. 579; Baudry-Lacantinerie, p. 718.

[3]) III, S. 11 ff.; ferner Wieland, Art. 664.

Die Zweckbestimmung als Eigentumsbeschränkung.[4])

Die Erkenntnis des Eigentums an den öffentlichen Sachen ist meist dadurch erschwert, dass Eigentümer und Hoheitsträger in einer Person zusammenfallen. Da dies jedoch für die deutsche Auffassung nicht essentiell ist, so ist es methodisch richtig, den mehr umfassenden Fall — Verschiedenheit von Hoheitsträger und Eigentümer — der Betrachtung zu Grund zu legen.

Zunächst ist klar, dass jede Sache, soweit an ihr eine absolute Herrschaft ausgeübt wird, im Eigentum des Inhabers dieser Befugnis steht.[5]) Ein Recht gerichtet auf absoluten Sachgenuss gegenüber den koordinierten Rechtsgenossen ist nur als Privatrecht und nur als Eigentum möglich, wie man dieses Recht im einzelnen konstruieren mag. Auch die öffentliche Sache steht vor der Oeffentlichwerdung im Eigentum und dieses lebt nach der Ausserdienststellung in vollem Umfange wieder auf, kann also auch während der Indienstnahme nicht untergegangen sein. Auch lässt hierüber das positive Recht der deutschen Rechtsgebiete keinen Zweifel.[6]) Dagegen hat das Eigentum bei der Indienststellung durch die hiebei entstehenden Relationen zwischen Eigentümer und Hoheitsträger empfindliche Einschränkungen erlitten, die dem ersteren die Pflicht zur Duldung der Zweckbestimmung und zur Unterlassung aller Handlungen auferlegen, die der Zweckbestimmung entgegengesetzt wären, ja sogar ihn zu zweckgemässer Verwaltung der Sache zwingen. Der Rechtsgrund dieser Eigentumsbeschränkung ist ein Recht des Hoheitsträgers auf Eingriff in das Eigentum, das von der blossen Inanspruchnahme z. B. für Militärübungen sich steigern kann bis zur völligen Enteignung.

---

[4]) Regelsberger, S. 417; Gierke, II, S. 19; Biermann, S. 13, 39; Crome, I, S. 302; Zachariae-Crome, I, S. 300.

[5]) Regelsberger, Pand., S. 72, 199; Dernburg, I, § 39; Wieland, Komm., Art. 641, Bem. 1; Jhering, Jahrb., X, S. 393, Gierke, II, S. 405; O. Mayer, S. 178; Fleiner, S. 10.

[6]) Layer, S. 635 Anm. 1 und S. 638; Dernburg, Preuss. Pr R., 2. Aufl., I, § 67; Stobbe-Lehmann, I, S. 600; Anschütz, S. 86 ff.

Alle die hiebei auftretenden Beziehungen zwischen Eigentümer und Hoheitsträger sind öffentlichrechtlich und richten sich gegen den Eigentümer als Untertan.[7])

Fallen nun, und dieser Fall ist in Wirklichkeit der normale, Eigentümer und Hoheitsträger in einem Rechtssubjekt zusammen, so sind naturgemäss alle diese Relationen nicht mehr möglich. Trotzdem wäre die Vorstellung unrichtig, der Hoheitsträger verwalte seine öffentlichen Sachen nunmehr nur als Eigentümer[8]) oder nur als Hoheitsträger[9]). Als Eigentümer erscheint er vielmehr, soweit er nach freiem Ermessen ohne Rücksicht auf die Zweckbestimmung die Sache beherrscht; denn Ausübung eines Privatrechts ist stets nur Befugnis, nicht Rechtspflicht[10]). Im übrigen trifft aber auch den Hoheitsträger als Verwalter der Sache gemäss den Rechtssätzen der objektiven Rechtsordnung die Rechtspflicht, seine öffentlichen Sachen der Zweckbestimmung gemäss zu verwalten.[11])

Dieser Rechtspflicht des Hoheitsträgers kann sogar ein subjektives öffentliches Recht der Untertanen gegenüberstehen, was indessen selten der Fall sein wird. Stets aber ist durch die Auferlegung der Zweckbestimmung zu Gunsten der öffentlichrechtlichen Verwaltungspflicht — die auf einer Linie mit den andern öffentlichen Leistungspflichten steht — die dingliche privatrechtliche Beherrschung beschränkt. In welcher Weise ihr noch Spielraum gelassen ist, werden die einzelnen Ausführungen zeigen. Der Staat schränkt als Hoheitsträger in Ausübung der Verwaltungspflicht sein Eigentum selbst ein. Die vornehmste Eigentumsbeschränkung ist die Indienststellung

---

[7]) Gierke, II, S. 408.

[8]) Anschütz, S. 87 ff.

[9]) So Jhering und Keller in ihren Gutachten zum Basler Schanzenstreit.

[10]) Regelsberger, S. 229.

[11]) Layer, S. 643; Anschütz, Verw. Arch., V, S. 431, Rechtsprechung des deutschen Oberverw. Ger., 1906; BE, AS, 2, S. 541; Preuss. Oberverw. Ger., 18, S. 226; Fleiner, S. 37: „Die Behörde ist objektiv gebunden, ohne subjektives Recht des Untertans.“ Fleiner, Verw. R. S. 146; Jellinek, S. 196.

selbst. Dazu treten noch alle die andern Beschränkungen durch Ausübung der Strassenpolizei u. s. w., auch diejenigen, die nicht zur Wahrung der Zweckbestimmung gehören und die auch jeden anderen Grundeigentümer treffen.

Oeffentliches Eigentum und Domaine public.[12])

Die romanischen Kantone haben sich naturgemäss der französischen Doktrin angeschlossen. Es empfiehlt sich, auf sie einen Blick zu werfen. Dabei kann nicht mit Stillschweigen an der Otto Mayerschen Lehre vom „Oeffentlichen Eigentum“ vorübergegangen werden, die ja gerade zum Teil auf der französischen Auffassung fusst und dieselbe auch in Deutschland einzuführen bestrebt ist.

Das Prinzip jener Lehre ist Verschmelzung von Eigentum und Hoheitsrecht. Der Sache gegenüber ist das Eigentum nichts rechtliches. Wie nun die Regeln des Zivilrechts beim Privateigentum die Beziehungen des Sachbeherrschenden zu andern Rechtsubjekten enthalten, so geschieht dies beim öffentlichen Eigentum durch die Regeln des öffentlichen Rechts und zwar ausschliesslich des öffentlichen Rechts. Dies wird näher damit begründet, dass die Willensmacht des Staates, wo sie erscheine, stets nach öffentlichem Recht beurteilt werde, sofern sie nicht ausnahmsweise der Anwendung des Zivilrechts unterliege. Die öffentliche Sachbeherrschung durch den Staat sei die öffentliche Verwaltung. Sie sei zugleich das Symptom der Oeffentlichkeit der Sache. Das öffentliche Eigen-

---

[12]) Otto Mayer, II; derselbe, Arch. f. öff. Recht, XVI, S. 40 ff.; Eisele, Programm 1873; Tezner, Grünhut's Zeitschr., 21, S. 126; Schelcher, Arch. f. öff. Recht, IX, S. 375; derselbe, der öffentliche Weg, Fischer's Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgeb. der Verwaltung, 31, S. 1 ff.; Bezzola, die Rechtsverhältnisse am öff. Wasserlauf, S. 33 ff. — Gegen öff. Eigentum: Oertmann, S. 91; Dorner und Seng, S. 121, Anm. 7; Wieland, S. 664, Bem. 46; Biermann, S. 15, Anm. 3; Jellinek, S. 75; Anschütz, S. 88, Anm. 60; Fleiner, a. a. O., S. 60 und Verw. R. S. 286, derselbe: Umbildung zivilrechtlicher Institute d. d. öff. Recht, S. 15.

tum ist also in die beiden Rechtselemente aufgelöst [13]) das Recht, dessen Interesse auf Sachbeherrschung im öffentlichen Dienst gerichtet und dessen Willensmacht diejenige des Uebergeordneten im Verhältnis zum Untertan ist. „Die öffentliche Gewalt hat die Sache selbst erfasst und beherrscht sie als solche für das Gemeinwohl“ [14]).

Ich muss hier die Frage der begrifflichen Möglichkeit dieses zugleich dinglich und subjektiv öffentlich beschaffenen Rechtsgebildes offen lassen und begnüge mich damit, auf den Dualismus hinzuweisen, der in ihm liegt. In ihm wird die Sachbeherrschung zum materialen Element eines subjektiven öffentlichen Rechts, dessen Zweck doch auf einem ganz andern Boden, nämlich in der Regelung des Verhältnisses zwischen Gemeinwesen und Glied liegt. Das Bestehen beschränkter dinglicher Rechte an der öffentlichen Sache und die Geltung des Nachbarrechts vermag diese Theorie schlechterdings nicht zu erklären. Diesen Dualismus hat denn auch die französische Doktrin erkannt, und die Lehre vom öffentlichen Eigentum ist dort nie zur ausschliesslichen Herrschaft gelangt [15]).

---

[13]) Nämlich in das formale, das „können,“ die Willensmacht, und das materiale, das „dürfen,“ das Interesse, vergl. hierüber die grundlegenden Ausführungen von Bernatzik, Arch. f öff. Recht, 5, S. 169; Regelsberger, S. 74; Jellinek, S. 44.

[14]) Otto Mayer, Arch. f. öff. Recht, XVI (1901), S. 49. Ebenso Schelcher, Arch. f. ö. Recht, IX., S. 375–379 „unmittelbare publizistische Herrschaft ohne das Medium der öffentlichen Leistungspflicht des Eigentümers.“

[15]) Zum domaine public gehören: *a)* die Sachen, die kraft natürlicher Beschaffenheit öffentlichen Zwecken dienen; *b)* die Sachen, die durch öffentlichen Akt einem usage commun gewidmet sind. Die blosse Widmung zu einem Service public lässt die Sache nach neuerer Doktrin nicht öffentlich werden. Ducrocq, Droit administratif, 4me éd., II, p. 80; Aucoc, II, p. 139; Batbie, V, No. 334; Dalloz, I, 9, p. 257; Dareste, p. 249; Dalloz, XXII (1897), I, p. 611; Pand. franç., dom. publ. No. 43. Weiter ziehen den Kreis: Hauriou, p. 579; Foucart, Eléments du droit public et administratif 4me éd, II, p. 273 u. III, p. 440; O. Mayer, franz. Verw. R., S. 231; Gaudry, Traité du domaine, I No. 269, II No. 632, III No. 693; Desjardins, de l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat, p. 389.

Ich habe das im folgenden darzustellen, um so zugleich die Auffassung der französischen Schweiz über diesen Punkt zu beleuchten.

Zunächst decken sich die Lehre vom „öffentlichen Eigentum“ und die französische Doktrin insoweit als nach beiden, wenigstens in der Regel, nur öffentliche Hoheitsträger Beherrscher des domaine public sein können.[16]) Die Praxis spricht sich deshalb allgemein dahin aus, der Staat habe am domaine public ein „droit général“. Das ist das öffentliche Eigentum. So auch der französische Kassationshof. Die Natur dieses Rechts aber ist auch in Frankreich kontrovers.

Der Theorie vom öffentlichen Eigentum am nächsten kommt ein Ansicht, die das droit général als ein vom Privateigentum verschiedenes, sich mit ihm in keiner Weise berührendes Institut auffasst. Es wird zwar nicht so weit gegangen, dass wie bei Otto Mayer eine Konstruktion gegeben wird, eine Vorstellung vom Beherrschtsein der Sache durch die öffentliche Gewalt selbst. Der Begriff wird einfach als besonderes Rechtsgebilde in Gegensatz gebracht zum domaine privé de l'Etat[17]). Quand la domainialité est établie, il n'y a plus, en effet, place pour la constitution d'un droit privé de propriété, ou de servitude.[18]) Daher wird auch die Anwendbarkeit der Zivilklagen, z. B. der Vindicatio, abgelehnt. Und doch kommt auch diese Auffassung in ihrer Ausdrucksweise nicht um die Zuhilfenahme des Privateigentums herum.

. . . Le domaine public, en vue de l'intérêt de la société, se compose, en général, de toutes les propriétés et portions de territoire affectées à un service d'utilité publique; il comprend nécessairement tout ce qui est placé pour les besoins mêmes de ce service, en dehors de la possession privée.[19])

---

[16]) Abgesehen von wenigen Ausnahmen vergl. Zachariae-Crome, I, p. 301 ff.; Fuzier-Hermann, CC 538 Nr. 24, 25; Layer, S. 649, Anm. 1; Dareste, p. 248; Dalloz, XIX (1892), 1, p. 545.

[17]) Pand. franç., p. 638, No. 1497.

[18]) Pand. franç., p. 632, No. 1096.

[19]) Pand. franç., p. 566, No. 44.

Diese Formulierung, obwohl prinzipiell Unmöglichkeit des Privateigentums an öffentlichen Sachen erklärend, kommt doch bei näherem Zusehen auf die richtige Auffassung hinaus. Nur in der Konstruktion der Summe aller Eigentumsrechte zu einer Einheit, die durch Normen des öffentlichen Rechts geregelt wird, ist noch eine Verschiedenheit der Auffassung vorhanden.

Tiefer dringende Untersuchungen französischer Autoren haben das droit général in einzelne droits spéciaux zerlegt.

Zunächst ist auch die von Keller und Jhering im Basler Schanzenstreit vertretene Ansicht — Bestehen von Hoheitsrecht ohne Eigentum an den öffentlichen Sachen — namentlich früher in Frankreich verfochten worden. Als ihr Vertreter mag Proudhon genannt werden.[20])

Im übrigen wird ausnahmslos Eigentum und Hoheitsrecht an der öffentlichen Sache angenommen, wenn auch in verschiedener Weise.

Es wurde schon ausgeführt, dass der Staat in den Rechtsgebieten der deutschen Auffassung in der Beherrschung seiner öffentlichen Sachen nicht nur als Eigentümer auftritt, sondern auch aus diesem Eigentum in mannigfache privatrechtliche Relationen tritt. Dies ist im französischen Verwaltungsrecht nicht der Fall. Hier unterliegen grundsätzlich alle Beziehungen des öffentlichen Verwalters zu Dritten dem öffentlichen Recht. Aber damit ist natürlich nicht gesagt, dass der Staat kein Privateigentum an seinen öffentlichen Sachen habe; ihm bleibt noch ein weiteres Feld offen. Es ist auch in Frankreich zwar nicht üblich, aber nicht ausgeschlossen, dass dem Staat die zivilrechtlichen Schutzmittel[21]) gegen

---

[20]) Proudhon, Traité du domaine public (1841), I p. 261 ss. Ebenso Loyseau, des Seigneuries, Chap. IX, No. 75; Blanche, dictionnaire général d'administration V° Domaine No. 687; Serrigny, Organisation et compétence administrative II, No. 740; in der modernen Literatur Ducrocq 4ème édition II, No. 764, p. 77; Demolombe, cours du Code Napoléon.

[21]) Zachariae-Crome, p. 303 Note 5: Sirey 93 366 für die Mauer als Akzessorium einer öffentl. Strasse.

Störungen, besonders die Besitz- und Eigentumsklage zustehen. Nur bedient sich in praxi die Verwaltung des wirksameren öffentlichen Schutzes und überlässt dem Zivilrichter höchstens die Entschädigungsfrage.[22]) Die herrschende Ansicht der französischen Doktrin hält deshalb auch am Eigentum des Staates fest.[23]) Der Gesetzestext meinte damit ursprünglich gewöhnliches Privateigentum.[24]) Ebenso klar wurde stets von diesem Eigentum das Hoheitsrecht geschieden, wenn auch beide unter den Sammelbegriff des droit général gebracht wurden. Diese Scheidung findet prägnanten Ausdruck schon bei Portalis.[25]) „Au citoyen appartient la propriété et au souverain l'empire. L'empire ne renferme aucune idée de domaine proprement dit. Il consiste uniquement dans la puissance de gouverner." Dies ist eine klare Ablehnung der publizistischen Sachbeherrschung.

Was Anschütz für Preussen vertritt, das lehrt Hauriou[26]) für Frankreich: Die Verwaltung der öffentlichen Sache ist Eigentumsausübung schlechthin. „La vérité est que cette propriété se caractérise par un ensemble de modifications apportées à la propriété ordinaire . . . . C'est une propriété qui mérite le nom de publique, qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose. Elle n'est pas l'opposé de la propriété privée ordinaire: 1° parce qu'elle produit en partie les mêmes effets; 2° parce que par une simple désaffectation on fait reparaître la propriété ordinaire en remplaçant la

---

[22]) Dareste, La justice administrative en France, 2me éd. p. 253.

[23]) Aucoc, II, p. 128; Champagny, Traité de la police municipale (1844), II, p. 355, 356; Barckhausen, Revue critique de la jurisprudence, n. sér. XIII, p. 30 s.; Zachariae-Crome, I, p. 304 s.; Aubry et Rau, II, p. 38.

[24]) Loi domainiale vom 12. November bis 1. Dezember 1790 und CC Art. 537 § 2, 538–541, 1128, 1598 u. 2226. Vergl. hierüber Barckhausen, a. a. O., p. 30 s., Dareste, a. a. O., p. 249; Baudry-Lacantinerie, p. 718, Pand. franç., p. 565.

[25]) Exposé des motifs de la loi relative à la propriété CC titre II, 26 ventôse XII, zitiert bei Layer, S. 23.

[26]) p. 579 s., 659.

chose dans le domaine privé . . . Le droit d'affectation et de désaffectation est dans son principe une faculté de la propriété; il appartient bien au propriétaire à donner telle et telle destination à ses bâtiments et à ses terrains. Tout propriétaire a la police de son domaine."

Der von v. Seydel, Rehm und Hatschek vertretenen Ansicht von der Doppelfunktion des Staates[27]) als Subjekt des Privat- und Subjekt des öffentlichen Rechts, wo also auch die öffentlichen Sachen als im Eigentum stehend gedacht sind, ähnelt ein grundlegender Entscheid des Kassationshofes vom Jahre 1891.[28])

Zuerst wendet er sich gegen die Auffassung des öffentlichen Eigentums als blossen Hoheitsrechtes. „Ne reconnaître à l'Etat qu'un simple droit de garde et de police sur les choses du domaine public reviendrait donc à dire, que ces biens n'appartiennent à personne, et la raison repousse une semblable conséquence. Le droit de souveraineté de l'Etat, en tant qu'il s'applique aux choses du droit public, est donc un droit complexe: il comprend à la fois un droit de police et un droit d'administration, mais il renferme également un droit de propriété. En vertu de son pouvoir administratif il affecte à la jouissance publique ou désaffecte les biens qu'il juge à propos. Il confère, retire ou limite le caractère de domanialité publique. Comme propriétaire, il exerce sur ses biens les droits qui dérivent de cette qualité, l'exercice de ces droits est seulement limité par le droit de jouissance du public, qui doit toujours être assuré. Il est donc vrai de dire que toutes les choses du domaine public appartiennent à l'Etat. . . . "

Block[29]) fasst die herrschende Meinung in die Worte zusammen: l'Etat possède en effet le domaine comme tout propriétaire à l'exclusion de tous autres. Mais certaines

---

[27]) v. Seydel, bayr. Staatsrecht, V, S. 409 ff.; Rehm, die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 34; Hatschek, die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB, S. 18 ff., Verw. Arch., VII, S. 441 ff.

[28]) Dalloz, XIX, 1, p. 545.

[29]) Block, dictionnaire, V° domaine public, p. 926, No. 28.

fractions y sont affectées à l'usage de tous et c'est cette affectation qui leur donne le caractère de domaine public. Ebenso bestimmt spricht sich Champagny aus. Dieselbe Anschauung gilt auch in Belgien, wo zudem wie in Deutschland die öffentlichen Sachen dem Privatrechtsverkehr nicht gänzlich entzogen sind.[30])

Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Theorie vom öffentlichen Eigentum sich mit der französischen Auffassung vom domaine public nicht deckt.

Damit sind sich aber die deutsche und die französische Auffassung wesentlich näher gerückt und ist auch doktrinär eine einheitliche Auffassung für die schweizerischen Rechtsgebiete möglich geworden. Der Unterschied besteht allein darin, dass die französische nur öffentliche Sachen im Eigentum öffentlicher Rechtsträger kennt und die Extrakommerzialität strikt beobachtet.

Das Eigentum an öffentlichen Sachen nach schweizerischem Recht.

I. Kompetenz zur Regelung von Eigentum und Hoheitsrecht.

Mit dem Inkrafttreten des ZGB sind alle öffentlichen Sachen von dessen Eigentumsnormierung ergriffen worden. Prinzipiell ist der Bund zur Regelung des Eigentums an den öffentlichen Sachen auch weiterhin ausschliesslich kompetent. Nur in den Fällen der Art. 695, 697, Abs. 2, 699 Abs. 2, 703, 705 und 709 ist die Kompetenz zur Regelung des Eigentumsinhaltes an die Kantone delegiert, unter Vorbehalt der Art. 52 und 53 Abs. 1 der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen. Nicht hieher gehören die Art. 6, 664 und 702, die nicht die Kompetenz der Eigentumsfixierung an die Kantone delegieren, sondern den Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts anerkennen. Die Rechtspflicht der Kantone des Art. 53 Abs. 1 A u. E bezieht sich also nicht auf die Regelung des Gemeingebrauchs

---

[30]) Giron, dictionnaire du droit administratif et du droit public, 1895 V° domaine public, p. 306, im Einklang mit der Rechtsprechung.

und der Bund könnte hiefür keine Ergänzungsverordnung erlassen.[31]) Die Einführung des ZGB ändert grundsätzlich die Eigentumsordnung an den öffentlichen Sachen nur insoweit, als sie von nun an den Eigentumsnormen des ZGB unterliegen und nicht mehr denen des kantonalen Rechts.

Gegen das Eigentum richten sich die Hoheitsrechte als Beziehungen öffentlichrechtlicher Natur zwischen Hoheitsträger und Eigentümer.[32]) Als solche Beziehung ist zunächst die Auferlegung der Zweckbestimmung selbst zu betrachten. Hiezu sind kompetent Bund und Kantone. Die Verwaltung regelt im ersten Fall das Bundesverwaltungsrecht, im zweiten das kantonale öffentliche Recht. Aber auch für die öffentlichen Sachen des Bundes gilt das öffentliche Recht des Bundes nur, soweit es ausdrücklich dem kantonalen vorgeht. Denn die öffentlichen Sachen, weil stets auf kantonalem Gebiet stehend, unterliegen der kantonalen Gebietshoheit.

Die öffentlichen Sachen der Kantone, der Gemeinden und Privater unterstehen mit Vorbehalt der bundesrechtlichen Oberaufsichts- und Hoheitsrechte (besonders im militärischen Interesse) und der auch auf Strassenbahnen sich erstreckenden Eisenbahnhoheit des Bundes völlig dem kantonalen öffentlichen Recht. Es bestimmt die Voraussetzungen der Oeffentlichkeit. Es regelt die Eigentumsfrage. Es stellt die Erfordernisse zur Begründung und Endigung auf. Es bestimmt auch, ob Privatrechte und öffentlichrechtliche Sondernutzungen an den öffentlichen Sachen zulässig sind. Diese Regelung der öffentlichen Sachen steht den Kantonen wie bisher aus den allgemeinen Vorbehalten der BV Art. 3 und 5 zu. Das ZGB in Ausführung des Art. 64 hat daran nichts geändert. Der in Art. 6 ZGB ausgesprochene Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts ist rein deklarativ, ebenso die Art. 664 und 702 ZGB.

Im übrigen kann der Rechtsgrund des rechtmässigen Eingriffs des Kantons in das Eigentum direkt auf der Kantons-

---

[31]) A. M. Wieland, Art. 664, Bem. 5d.

[32]) Wieland, Art. 702 Bem. 4; 664 Bem. 5a.

verfassung, auf Gesetz, auf ausführender Verordnung oder auch auf einem in keinem Gesetz ausgesprochenen Akt gewisser Behörden, besonders der Polizei, beruhen, der in der bestimmungsgemässen Tätigkeit jener Behörden motiviert erscheint.[33])

II. Das Subjekt des Eigentums.

Dass jede öffentliche Sache in Jemands Eigentum steht, wird im Verlaufe dieses Aufsatzes sich deutlich zeigen.[34]) Dies gilt auch für die vom ZGB „herrenlos" genannten öffentlichen Immobilien, soweit dieselben überhaupt durch faktische Beherrschung und durch Inbeziehungsetzung mit menschlichen Zwecken als Sachen im Rechtssinne in Frage kommen.[35])

An der Beantwortung der Frage, ob im einzelnen ein Kanton seine Sachen als im Eigentum stehend annimmt, ändert das Inkrafttreten des ZGB nichts. Diese Frage gehört ganz in das kantonale öffentliche Recht. Nur soweit dieses das Eigentum zulässt, kann jenes Eigentum nur das des ZGB sein. Anhaltspunkte geben einmal die früheren kantonalen Privatrechtskodifikationen, dann die Einführungsgesetze zum ZGB, die Verwaltungsgesetzgebung und Gerichtsentscheide.

Blosses Hoheitsrecht an den öffentlichen Sachen nahmen noch an Zürch. PG § 60, Schaffhausen PG § 427. Doch ist nunmehr diese Auffassung angesichts der vorgesehenen Aufnahme öffentlicher Grundstücke in das Grundbuch und der Geltung des Nachbarrechts (Zürich Einf.-Ges. 138 f., 273; Schaffhausen Einf.-Ges. 137) nicht mehr haltbar. Eigentum des Staates nahmen schon früher an Graubünden,[36]) die welschen Kantone, sowie die Kantone der Gruppe des österreichischen Privatgesetzbuches.[37])

---

[33]) Wieland, Art. 702 Bem. 4a; Otto Mayer, II, S. 180.

[34]) Erläuterungen, S. 776, nehmen Privateigentum für alle öffentlichen Sachen mit Ausnahme der Gewässer und des kulturunfähigen Landes an. Die Staatshoheit könne aber an ihnen ein wirkliches Privateigentum in Anspruch nehmen und auf Dritte übertragen, als dingliches Recht im Grundbuch eingetragen. Wieland, 664 Bem. 4.

[35]) Jellinek, S. 23.

[36]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., 20, S. 51.

[37]) BGE 29², S. 785 „zivilrechtliches Eigentum und nicht blosse sog. Hoheit" (Bern).

Eine deutliche Bejahung des Eigentums geben die Einführungsgesetze von Uri (124),[38]) Schwyz (200, 212), Graubünden (126, 127, 128, 129), Aargau (82). Als Subjekt des Eigentums tritt auf der Kanton ausnahmslos für die Landstrassen, die die einzelnen Gemeinden untereinander und mit den benachbarten Staatswesen (Kantons-Strassen) verbinden.[39]) Indessen ist dies zur Wahrung der Zweckbestimmung nicht essentiell. Eigentum kann ausnahmsweise auch ein ausserhalb der staatlichen Organisation stehendes Rechtssubjekt haben.[40]) Im Gemeindeeigentum stehen die Strassen und Wege innerhalb der Ortschaften und die von den Landstrassen abzweigenden Feldwege. Die öffentlichen Gebäude und das übrige Verwaltungsvermögen stehen naturgemäss bald im Eigentum des Kantons, bald der Gemeinde.

Bezüglich der Gewässer kann man unterscheiden:[41])

1. Reines Privateigentum an ihnen nahmen bis jetzt Graubünden[42]) und Wallis für die Gemeinden an; Schwyz für die Bezirke Höfe, Gersau und Einsiedeln;

2. Oeffentliches Eigentum, als Eigentum und Hoheitsrecht aufgefasst, Bern, Luzern, Uri,[43]) Solothurn, Wallis für die Rhone, Genf.[44])

3. Herrenlosigkeit, d. h. blosses Hoheitsrecht, Nidwalden, Zürich, Schaffhausen, St. Gallen, Appenzell,[45]) Aar-

---

[38]) Oeff. Gut sind auch das Kirchengut und die Allmenden der Korporationen Uri und Ursern und die Sonderallmenden anderer Allmendgenossenschaften und Gemeinden. Vergl. ferner Ausscheidungsdekret vom 27. September 1889. Auch kulturunfähiges Land gehört zu diesen Allmenden.

[39]) BGE 2, S. 536; 32² S. 186.

[40]) Curti, Nr. 3257. — Speziell in den Landkantonen ist der öffentliche Weg im Privateigentum sehr verbreitet: Uri EG 124; Schwyz EG 125; Obwalden EG 137; Nidwalden EG 79 ff.; Glarus EG 214; Fribourg 260, 261 (sentier public); Appenzell I.-Rh. EG 106; A.-Rh. EG 115.

[41]) Pfleghart, S. 5 ff. [42]) EG 129.

[43]) Verordnung betr. Feststellung des Staatseigentums an Seen und Flüssen vom 29. Oktober 1891. [44]) EG 84.

[45]) Jetzt Appenzell I.-Rh. EG 106 und Appenzell A.-Rh. EG 133: natürliche Flüsse und Bäche sind „Gemeingut," unter Vorbehalt bestehender Privatrechte.

gau[46]). Trotzdem lassen diese Kantone, auch z. T. in ihren Einführungsgesetzen zum ZGB dingliche Nutzungsrechte zu, soweit sie mit dem Gemeingebrauch verträglich sind.[47]) Diese Rechte sind zwar von einer Genehmigung durch die Verwaltung abhängig gemacht, aber dennoch ihrer Natur nach nicht Konzessionen. Die Haltung der übrigen Kantone zur Eigentumsfrage ist unsicher; jedoch spricht nichts gegen die Annahme von beschränktem Eigentum.

Art. 664 ZGB stellt für die öffentlichen Gewässer die Vermutung der Oeffentlichkeit auf, ebenso für die sonstigen „herrenlosen" Immobilia. Dies ist eigentlich eine Kompetenzüberschreitung; denn die Kantone haben zu bestimmen, ob diese Sachen öffentlich sind. Es muss also von nun an das Privateigentum an diesen Sachen bewiesen werden. Den Beweis ersetzt die Berufung auf das bisherige Recht. Aendert aber eine kantonale Rechtsordnung ihr Wasserrecht, so wird diese Berufung verunmöglicht und es greift die Vermutung des Art. 664 Platz, sofern nicht die neue kantonale Rechtsordnung den bisherigen Zustand ausdrücklich anerkennt.[48])

An den Kirchen und Friedhöfen hat teils die kirchliche Korporation selbst Eigentum, oder der Kanton[49]) nebst dem Aufsichtsrecht zur Wahrung der Zweckbestimmung.[50]) Die Frage, ob eine katholische Pfarrkirche im weltlichen, d. h. privaten Eigentum des Staates, der Gemeinde, oder eines Privaten stehen kann, ist im katholischen Kirchenrecht streitig.[51]) Dasselbe gilt von den Kirchhöfen; sie gelten als Pertinenz des Kirchengebäudes.

An den Gletschern besteht Eigentum des Kantons in Wallis, Waadt und Bern. Es wurde bis jetzt auch in die

---

[46]) Jetzt deutlich EG 82 als Staatseigentum erklärt.

[47]) Nidwalden EG 115; Zug EG 86.

[48]) Wieland, 664 Bem. 36; Erläuterungen, S. 331; Pfleghart, S. 40.

[49]) So Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 13, 85; Curti, 1426, 1532. In Preussen wird Eigentum der Gemeinde vermutet. Kamptz, I, S. 161.

[50]) Curti, Nr. 347; 1391; 1586.

[51]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 13, 85 und die dort angeführte Literatur.

Katasterpläne eingetragen. Graubünden vermutet Eigentum der Gemeinde. Dasselbe ist auch für Uri anzunehmen.[52])

Die kantonalen Verwaltungsgebäude stehen im Eigentum desjenigen öffentlichen Rechtsträgers, dessen öffentlichem Dienst sie gewidmet sind.

Während schon Art. 724 ZGB bestimmt, dass herrenlose Naturkörper und Altertümer von wissenschaftlichem Werte bei ihrer Auffindung in das Eigentum des Kantons gelangen, so normiert im übrigen das kantonale Recht die Einschränkung des Eigentums an solchen Sachen — namentlich durch Auferlegung einer Zweckbestimmung im heimatschützenden Interesse. Hievon ist noch zu reden.

Eigentum des Kantons und der Gemeinde nehmen Bern,[53]) Neuchâtel[54]) und Vaud[55]) an den historischen Denkmälern und Urkunden an.

Der Bund hat das Eigentum an seinem Verwaltungsvermögen.

Im einzelnen ist bezüglich der militärischen Ausrüstung zu sagen, dass der Staat Eigentum an Ausrüstung und Kleidung der Soldaten und Unteroffiziere behält. Der Offizier dagegen erhält Eigentum sowohl an den ihm in natura verabfolgten Bewaffnungs- und Ausrüstungsgegenständen als

---

[52]) Kappeler, S. 325. Dieses Eigentum ist in Wallis „Staatseigentum," in Waadt dépendance du d. p. Dass damit wie in Bern und Uri Eigentum gemeint ist, geht aus der Behandlung der öff. S. und aus den bei Kappeler angeführten Entscheiden hervor. In Graubünden scheinen auch Privatgletscher vorzukommen; vergl. Huber, III. S. 632. Graubünden EG 128.

[53]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 22, S. 399 Nr. 60, 61; EG zum ZGB 83.

[54]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 15 S. 371 Nr. 41, Nr. 62 für alle unbeweglichen historischen und archäologischen Denkmäler und Urkunden im Eigentum öffentlicher Rechtsträger und Privater.

[55]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 23, S. 454 Nr. 80. Es werden hiebei besondere Inventare dieser Sachen angelegt. Der Eintrag bewirkt Extrakommerzialität, soweit nicht der Reg.-Rat (in Neuchâtel eine Kommission) die Veräusserung bewilligt. — Vergl. ferner Fribourg, Beschluss vom 14. Februar 1900 betr. Erhaltung der Denkmäler; Basel, Verw. Ber. 1883 Just.-Dep., S. 9; Tessin, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 29, S. 379; Genf, Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 15, S. 375 Nr. 46.

auch an den von ihm aus der staatlichen Vergütung angeschafften Bekleidung. Jedoch stehen diese Sachen während der Dauer der Zweckbestimmung extra commercium.[56]) Oeffentliche Sache des Bundes ist auch das Rütli,[57]) das dem Bund von der Gemeinnützigen Gesellschaft am 16. März 1860 geschenkt und tradiert wurde zu „unveräusserlichem Nationaleigentum.“ Die Schenkung und Tradition erfolgte durchaus im Rahmen des Privatrechts.

Diejenigen Kantone, die als Erfordernis der Oeffentlichkeit zur Zweckbestimmung noch staatliche Zugehörigkeit verlangen, kennen natürlich Private als Eigentümer öffentlicher Sachen[58]) nicht. Wie indes sogar in Frankreich dieses Prinzip durchbrochen ist, so auch dort. So verbleiben in den Kantonen Neuchâtel und Vaud die öffentlichen historischen Denkmäler auch während der Dauer des ihre Oeffentlichkeit begründenden Eintrags[59]) im Privateigentum. Dasselbe ist in Bern der Fall.

Als öffentliche Sachen im Eigentum Privater treten beispielsweise auf Kirchhöfe,[60]) Spitäler, Museen, Aussichtspunkte mit der Bestimmung zum Gemeingebrauch (Ruine Pfeffingen), Aussichtstürme, öffentliche Wege.[61])

Oeffentliche Sachen im Eigentum Privater sind auch Kunstaltertümer, die der Bund nicht erworben hat, sondern die lediglich durch seine Unterstützung erhalten werden.[62])

---

[56]) Burckhardt, S. 199; Jaeger, Komm. I, Art. 92 Note 13; Militär-Org. vom 12. April 1907, Art. 89—101.

[57]) Das Rütli, ein Gedenkblatt, i. A. der Schweiz. Gemeinnütz. Ges., herausg. vom Verein f. Verbr. guter Schriften, 1910.

[58]) Ihre Stelle nimmt dort der concessionnaire des travaux publics ein, der das Unternehmen auf öffentliche Rechnung führt unter Aufsicht der Verwaltungsbehörden. Für Private als Eigentümer öffentlicher Sachen vergl. oben Note 16.

[59]) Vergl. Note 55.

[60]) Burckhardt, S. 537. Für Preussen RG, ZS 27, 255: Kirchhöfe im Eigentum Privater; Kamptz, I, S. 161; 231; RG 30, 248; 14, 305.

[61]) Vergl. Note 40. Bäume auf Privatgrund längs der Landstrasse etc. (Vergl. z. B. Fribourg E. G. Z., ZGB 279 ff.)

[62]) BB vom 30. Juni 1886, Art. 2.

Denn diese Gegenstände werden durch die Tatsache der Unterstützung extra commercium gesetzt d. h. dürfen ohne die Genehmigung des ihre Zweckbestimmung wahrenden Bundesrates nicht veräussert oder abgetreten werden. Besonders fallen auch in Betracht die im Eigentum privater Unternehmungen stehenden Anlagen von Berg- und Adhaesionsbahnen, Tramways, Dampfschiffe.[63])

Eigentum können auch auswärtige Staaten haben, so die badische Bahn auf Basler und Schaffhauser Gebiet, der badische Bahnhof.[64])

III. Begründung und Ende des Eigentums. — Grundbuch.

Derivativer Eigentumserwerb zwischen Privaten ist praktisch kaum denkbar, häufig dagegen zwischen Gemeinwesen unter sich und zwischen Gemeinwesen als Erwerbern und Privaten als Veräusserern. Jedenfalls ist derivativer Uebergang des Eigentums nur im Rahmen des Privatrechts denkbar. Ausserhalb desselben, d. h. in den Beziehungen zwischen Glied und Gemeinwesen, ist nur eine Einschränkung bezw. Entziehung denkbar.

Der originäre Eigentumserwerb ist möglich durch Enteignung, unvordenklichen Besitz[65]), Sachwerdung kulturunfähigen Landes durch Jnbeziehungsetzung mit menschlichen Zwecken, nie aber durch Ersitzung[66]). Wenn hier der Eigentumserwerb durch Enteignung originär genannt wird, so geschieht dies im Gegensatz zu der Auffassung, die die Enteignung als Uebereignung darstellt[67]). Dem entzogenen dinglichen Recht entspricht das neu begründete oft, aber nicht immer. So wird etwa eine

---

[63]) Mitsamt dem Bahnkörper und den damit verbundenen Anlagen (Bahnhöfe etc.). Layer, S. 613 Anm. 2. A. M. O. Mayer, Arch. f. öff. Recht, 16 (1901) S. 84, 85.

[64]) Burckhardt, S. 144.

[65]) Gierke, S. 24, Anm. 15; Wieland 664 Bem. 6d.

[66]) Kamptz, I, S. 164; Fleiner, Verw. R., S. 286 ff., Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 16, 87; Z. bern. Jur.-Ver. 38, S. 584; Bl. f. zürch. Rsp., I, Nr. 284, 285.

[67]) Anschütz, S. 34.

Wegservitut aufgehoben, weil eine Wasserleitungsservitut entstehen soll u. s. w.[68]). Dagegen lässt sich mit Grund darüber streiten, ob der Eigentumserwerb durch Geltendmachung des Rückkaufsrechtes bei Eisenbahnen originär oder derivativ sei. Hält man an der privaten Natur dieses Rechtes fest, so muss jedenfalls derivativer Erwerb angenommen werden.

Unabhängig von der Frage der Erwerbsarten erhebt sich die weitere, ob auch für öffentliche Immobilia das Erfordernis der Eintragung im Grundbuch zur Eigentumsbegründung gilt. Art. 944 ZGB stellt den Kantonen anheim, Eintragung der dem Gemeingebrauch dienenden und der „herrenlosen" Immobilia vorzuschreiben.

Die in Art. 944 genannten Sachen müssen aber eingetragen werden, wenn daran dingliche Rechte bestehen[69]). Eintrag ist auch nötig für alle Sachen im Eigentum Privater, die dem Gemeingebrauch dienen; es wäre sonst aus nichts ersichtlich, ob der Staat oder der Private Subjekt des Eigentums ist. An nicht eingetragenen öffentlichen Sachen besteht jedenfalls die Vermutung des Eigentums des Staates.

Dass oberirdische Leitungen, obschon als Dienstbarkeiten aufgefasst, auch ohne Eintrag bestehen und nicht in das Eigentum des Grundeigentümers fallen, bestimmt Art. 676 Abs. 2, 3. Hierauf ist noch zurückzukommen.

Ueber das Verwaltungsvermögen schweigt das ZGB. Es nimmt somit dasselbe im Gegensatz zu den Sachen im Gemeingebrauch und zu den herrenlosen Sachen keine privilegierte Stellung ein. Das Verwaltungsvermögen muss schlechthin eingetragen werden (ZGB 656), auch dasjenige des Bundes in das Grundbuch des betreffenden Kreises (ZGB 951)[70]). Hievon sind nur die Bahnen ausgenommen, soweit sie über einen selbständigen Schienenweg verfügen[71]), auch die Strassenbahnen und die Leitungen öffentlicher Werke, ob im Privat-

---

[68]) Layer, S. 16.

[69]) Wieland, 944 Bem. 1, 2, 5. Natürlich ist auch das dingliche Recht einzutragen; Erl. 776, z. B. Klubhütten auf herrenlosen Sachen.

[70]) Wieland, 944 Bem. 1 b.

[71]) Wieland, 944 Bem. 6.

eigentum oder ob Verwaltungsvermögen. Erstere deshalb, weil sie einem besondern Grundbuch unterstehen, letztere, weil das Gesetz das Bestehen des Eigentums an ihnen ohne Eintrag ausspricht (ZGB 676 Abs. 2, 3).

Die den Kantonen offen gelassene Lücke des Art. 944 ZGB füllen fast alle Kantone in ihren Einführungsgesetzen in dem Sinne aus, dass sie die Aufnahme des öffentlichen Gutes in das Grundbuch vorschreiben [72]) oder einer gesetzausführenden Verordnung vorbehalten [73]). Nur Genf (EG 101) sieht von einer Eintragung ab, es sei denn, dass dingliche Rechte an den einzelnen Sachen errichtet werden, die dann einzutragen sind gemäss der Vorschrift des Art. 944 ZGB, oder dass sie als einzelne Parzellen im Kataster numeriert sind. Das kulturunfähige Land ist naturgemäss von der Eintragung befreit, da es nicht als Sache im Rechtssinn gelten kann [74]).

Aber auch die „herrenlosen" Sachen, soweit sie nicht begrifflich mit dem kulturunfähigen Land zusammenfallen und menschlichen Zwecken dienstbar gemacht werden, also „Sachen"

---

[72]) Bern EG 126, 77 für herrenloses Land, wenn Privateigentum werdend; Luzern 114; Schwyz 212; Zug 125, 155; Fribourg 345: alle öff. Grundstücke mit Ausnahme der Kantons- und Gemeindestrassen; Schaffhausen 137; St. Gallen 215 f. d. Sachen im Gemeingebrauch; Aargau 146 und Einführungsverordnung vom 5. Juli 1911: Strassen, Plätze u. Gewässer, sowie die daran haftenden Privatrechte (Art. 32); Thurgau 109; Baselland 117.

[73]) Zürich 272 Verordnung des Reg.-Rats, 273 des Obergerichts; Basel 204, bis jetzt § 60 des Grundbuchgesetzes: „Was in vorstehenden Bestimmungen vom Privateigentum festgesetzt ist, gilt gleichermassen hinsichtlich des öffentlichen Eigentums, bestehe solches im Eigentum des Staates, der Gemeinden oder öffentlicher Korporationen. Dagegen fällt das öffentliche Eigentum im weitern Sinne des Wortes (sog. Almend) nicht unter die Bestimmungen dieses Gesetzes und wird nicht im GB eingeschrieben." Seit 1900 besteht nun das Fiskalische Grundbuch, das alle dem Kanton, dem Kirchen- und Schulgut, der Universität und den Einwohnergemeinden gehörenden Liegenschaften enthält und von der GB-Verwaltung weitergeführt wird (Verw.-Ber. 1900, Just.-Dep., S. 7; 1901 S. 8). Appenzell I.-Rh. 164; A.-Rh. 159; Graubünden 184; Tessin 194; Vaud 196.

[74]) Schwyz 212.

sind, werden von der Eintragung befreit, solange nicht als Eigentümer ein Privater auftritt.[75]) Ihrer Zweckbestimmung nach fallen sie unter die Sachen im Gemeingebrauch und unterstehen somit im Zweifel den hiefür geltenden Bestimmungen.

Wird ein Grundstück, das bisher im Eigentum eines Privaten stand, expropriiert und hierauf dem Gemeingebrauch gewidmet, so steht — soweit nicht das kantonale Recht Eintrag auch der Sachen im Gemeinbrauch vorschreibt — der gänzlichen Löschung des Eintrags nichts im Wege. Und zwar kann der Eintrag sowohl in diesem Falle als auch bei derivativem Uebergang des Eigentums an den öffentlichen Rechtsträger schon vor diesem Uebergang gelöscht werden. Dies jedoch unter der Voraussetzung, dass keine Lasten auf dem Grundstück liegen; sind dagegen solche vorhanden, so kann es nicht einfach extabuliert werden, da ja dieselben nicht schon durch die blosse Abtretung zum öffentlichen Zweck untergehen. Ebenso muss bei Belegung mit der Zweckbestimmung ohne Entzug des Eigentums das Grundstück im Grundbuch eingetragen bleiben, eventuell mit Anmerkung der Zweckbestimmung als öffentlicher Leistungs- oder Duldungspflicht („Oeffentliche Servitut"), da sonst aus nichts ersichtlich wäre, dass der Private Eigentümer geblieben ist. Eine rechtliche Notwendigkeit zur Eintragung oder Anmerkung der Zweckbestimmung besteht zwar niemals, da ja ihre Auferlegung keine dingliche Belastung, sondern eine öffentlichrechtliche Relation zwischen Hoheitsträger und Grundeigentümer ist und auf einer Reihe mit den andern öffentlichen Rechten und Pflichten derselben steht, die meist auch nicht eintragsbedürftig sind (Grundsteuern, Pflicht zur Duldung von Vermessungszeichen u. s. w., Baubeschränkungen (ZGB 962).[76])

[75]) Bern 77.

[76]) Eintrag verlangt: Bern EG 127, für baupolizeiliche Eigentumsbeschränkungen; Zug 156; Basel 177 Abs. 3 für Vermessungszeichen auf Grund eines Reg.-Ratsbeschlusses, Baulinien, Strassengesetz von 1902, Art. 7, Beitragspflicht der Anwänder bei Strassenkorrektion usw. E. G. 189; St. Gallen 199 f. d. Perimeterpflichten; Genf 77 verweist auf die bezügliche Spezialgesetzgebung. — Wallis Einf.-Verordn. zum ZGB 174, 175 verneint ausdrücklich die Eintragung.

Sobald eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch ausser Dienst gestellt wird, oder sobald an ihr oder an einer herrenlosen Sache dingliche Rechte bestellt werden, ist Eintrag absolut erforderlich. Verliert endlich eine schon eingetragene Sache durch Ausserdienststellung ihre Zweckbestimmung, so ändert sich bezüglich des Eintrags nichts, sofern nicht die Anmerkung der Zweckbestimmung zu streichen ist.

Für das Ende des Eigentums an öffentlichen Sachen gilt dasselbe wie für das Ende des Eigentums an einer Sache im allgemeinen. Der Eigentümer verliert dasselbe:

durch Untergang der Sache, durch rechtsgeschäftliche Veräusserung, durch Entzug kraft Gesetz (Enteignung, Heimfall, und etwa Spezifikation öffentlicher Mobilia z. B. kirchlicher Geräte).

Eingetragenes Grundeigentum geht unter mit der Löschung des Eintrags. Den Zeitpunkt des Verlusts bei Enteignung (etwa eines kantonalen öffentlichen eingetragenen Platzes zur Erbauung einer Bundesbahn) bestimmt das Enteignungsrecht des Bundes und der Kantone (ZGB 666).

IV. Die gesetzlichen Grenzen des Eigentums an öffentlichen Sachen

A. Die privatrechtlichen Beschränkungen.

1. Beschränkungen des Rechtsinhalts.

Es sind im folgenden die Grenzen des Eigentums nach ZGB zu ziehen. Hiebei werden geschieden zunächst die privatrechtlichen von den öffentlichrechtlichen Beschränkungen, d. h. die das Eigentum als objektives Recht für alle Untertanen begrenzenden von denjenigen, die der Staat aus einem andern Rechtsgrund vornimmt und die als subjektive öffentliche Rechte bezw. wie oben ausgeführt als ausserhalb der Eigentumsnormierung liegende objektivrechtliche Regelung der Verwaltung aufzufassen sind. Innerhalb dieser beiden Gruppen lassen sich jeweils solche Beschränkungen unterscheiden, die den Rechtsinhalt, den Sachgenuss selbst, und solche, die die Relationen zu Dritten, die rechtliche Verfügung über den Rechtsinhalt affizieren.

Die Grenzen des Eigentumsinhaltes im ersteren Sinne gehen zum grössten Teil im sog. Nachbarrecht auf. Dies erklärt sich natürlicherweise daraus, dass der Grundeigentümer nur innerhalb seiner Grenzpfähle freien Sachgenuss hat. Die Grenze des Sachgenusses ist zugleich die Grenze der Eigentumsherrschaft. Eine unrechtmässige Ausübung des Eigentums trifft keine andern Rechtssubjekte als den Staat als Wahrer der Zweckbestimmung oder aber die Nachbarn. Sieht man von der ersten Möglichkeit ab, wo es sich meist um Unterlassung öffentlicher Pflichten handelt, so bleibt die Regelung der nachbarlichen Beziehungen als ausschliessliches Gebiet der Begrenzung des Eigentumsinhaltes.

a) Geltung des Nachbarrechts für das Eigentum an öffentlichen Sachen.

Die Befugnisse aus Nachbarrecht sind auch Legalservituten genannt worden. Zu Unrecht; denn das vermeintliche Recht an fremder Sache ist ein Teil des Eigentums selbst. Das Nachbarrecht beruht auf einer unter zweckmässiger Berücksichtigung nachbarlicher Interessen gesetzlich vorgenommenen Verteilung des Grundeigentums.[77]) Um ein Bild zu gebrauchen: die Sachbeherrschungskomplexe, also die Eigentumsrechte an verschiedenen benachbarten Grundstücken verhalten sich zu einander nicht wie sich berührende, sondern wie sich schneidende Kreise. So sieht, was eigentlich zum Eigentum gehört, wie ein Recht an der fremden benachbarten Sache aus. Diese Auffassung ist aber nicht gerechtfertigt, weil es sich nicht wie bei der Servitut um eine Beschränkung handelt. Es wird dem Eigentümer nichts entzogen. Denn was er auf seinem Grundstück nicht tun soll, das darf der Nachbar auf dem seinigen auch nicht tun und der Effekt kommt so beiden zu gute.

Der Uebergang vom Nachbarrecht zu den sonstigen gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums ist unmerklich, aber

[77]) Gierke, II, S. 417; Wieland, 680 Bem. 3a. Anders Kisch, S. 496 ff., der das NR im Sinne eines Reflexes aus der Zurückdrängung des Nachbareigentums auffasst. Diese Konstruktion erklärt nicht, wieso bei Verletzung des Nachbarrechts die Negatoria angestellt werden kann.

auch systematisch bedeutungslos. Entscheidend ist, dass es sich um eine von vornherein durch Gesetz fixierte Normierung des Eigentumsinhaltes handelt im Gegensatz zu den rechtmässigen Eingriffen, die der Staat kraft Hoheitsrechts oft nur auf kürzere Dauer vornimmt.

Aus dem Eigentum des Nachbars entspringt bei Verletzung des Nachbarrechts ein Anspruch auf Unterlassung der Störung und gegebenen Falles auf Ersatz.

Es fragt sich: wird das Eigentum von Nachbarn öffentlicher Grundstücke gesetzlich so beschränkt, dass ein solcher Anspruch nicht entstehen kann? Oder gilt vielmehr das Nachbarrecht auch für das Eigentum an öffentlichen Sachen? Nichtgeltung des Nachbarrechts wäre eine öffentlichrechtliche Beschränkung des Eigentums des Nachbars. Allgemein gilt hier dasselbe wie für die weiter unten zu behandelnden öffentlichrechtlichen Servituten: Im öffentlichen Interesse kraft öffentlichen Rechts vorgenommen, ist eine solche Beschränkung zulässig. Doch ist dies für die Regeln des Nachbarrechts praktisch kaum wahrscheinlich. Denn es gibt wohl kaum eine nachbarrechtliche Vorschrift, deren Einhaltung z. B. bei Errichtung einer öffentlichen Baute dem öffentlichen Interesse zum Schaden gereichte. Daher lässt das positive Recht fast durchgängig das Nachbarrecht auch für die Nachbarn öffentlicher Sachen gelten. Jedenfalls finden sich nirgends gegenteilige Gesetzesvorschriften. Es bestehen über diese Materie überhaupt fast nur Gerichtsentscheide, die meist die Anwendung des Nachbarrechts auch für Nachbarn öffentlicher Sachen bejahen.[78])

Im gemeinen Recht klagte der verletzte Nachbar gegen den sein Eigentum überschreitenden Eigentümer der öffentlichen Sache mit der Negatoria. Die Negatoria des ZGB ist Art. 679. Aus ihm wird bei Verletzung des Nachbarrechts geklagt werden. Sein Verhältnis zur obligatorischen

---

[78]) Anschütz, S. 86 ff.; Seuffert, Arch., N. F., 12 Nr. 301 (1895); für Kirchhöfe in Preussen Kamptz, S. 165; Biermann, S. 35; Dernburg, Pand. I., S. 31; Oertmann, S. 409 für öff. Flüsse; RG 16 S. 31; 31 S. 146; Wieland, Art. 664 Bem. 8 b u. c sowie die dort angeführten Entscheide.

Ersatzpflicht des Art. 41 (50) OR ist bei der widerrechtlichen Ausübung des Eigentums zu besprechen.

Es frägt sich noch, wie begrifflich die Beziehungen von im „öffentlichen Eigentum“ gelegenen Sachen mit den Nachbarn erfasst werden können. Dabei offenbart sich ein grosser Mangel der Theorie vom öffentlichen Eigentum. Ist es schon durchaus nicht selbstverständlich, dass das öffentliche Eigentum in die Herrschaftssphäre des privaten Nachbars hinübergreift, so ist umgekehrt noch weniger möglich, ein nachbarrechtliches Hinübergreifen des Privateigentums in das Gebiet des auf ganz anderm Rechtsboden stehenden öffentlichen Eigentums anzunehmen; denn weil zwei ganz verschiedene Rechtstypen sich kreuzen, so ist die dem Privateigentum eigene nachbarliche Wechselwirkung nicht möglich. Man gelangt also zu einer Verneinung der Geltung des Nachbarrechts auf Sachen des öffentlichen Eigentums[79]). Dies ist aber ein Eingriff öffentlichrechtlicher Natur in das Eigentum des Nachbars; es muss also der Satz gelten: sobald ein Grundeigentümer, dessen Grundstück an ein anderes privates Grundstück grenzte, zum Anstösser eines zum öffentlichen Eigentum gehörenden Grundstücks wird, indem jenes Grundstück mit einer öffentlichen Zweckbestimmung belegt wird, so wird durch diese blosse Tatsache sein Eigentum, solange dieser Zustand dauert, mit einer öffentlichen Dienstbarkeit des Inhalts belegt, dass er alle die ihm sonst aus Nachbarrecht zustehenden Befugnisse gegen das öffentliche Nachbargrundstück nicht geltend machen kann. Wer sich zum öffentlichen Eigentum bekennt, muss auch diese Folgerung ziehen; denn Nachbarrecht gibt es nur zwischen privaten Nachbarn.

Nun lässt aber das Rechtsgebiet des französischen Rechts die Geltung des Nachbarrechts auf öffentliche Sachen vielfach zu[80]). Die Begründung ist zugleich Ablehnung des öffent-

[79]) Kisch, S. 382, unter Bezug auf A. G. zum BGB § 60 Satz 2, 63 Satz 2, 68. — Dorner und Seng, S. 126: Es besteht auch kein Grundbuchzwang, obschon an den öffentl. Sachen Eigentum besteht.

[80]) Cörmann, das Nachbarrecht der Eisenbahnen, Z. f. franz. Zivilrecht 24, S. 697 (Schadenersatz bei Abschneidung der Luftzufuhr durch die Errichtung eines Bahndammes). Wieland, 667 Bem. 2b. Vgl. auch Note 82.

lichen Sachenrechts. Wertvoll ist in dieser Hinsicht ein Urteil des Tribunal civil in Genf vom Jahre 1889[81]). Ein Anwänder klagt aus Verletzung des Nachbarrechts auf Schadenersatz. Ob es sich in Wirklichkeit nicht um eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung handelte, möge dahingestellt bleiben; hier interessieren nur die Ausführungen über die Geltung des Nachbarrechts. „ . . . . Cette obligation . . . . résulte des principes du droit commun sanctionnés par la loi, en matière de contiguité ou de voisinage entre fonds appartenant à des propriétaires voisins, puisque la ville de Genève dans ses rapports de propriétaire avec un particulier son voisin, doit être considerée comme étant elle-même personne privée (Art. 651 CC). Diese Entscheidung stützt sich ausschliesslich auf französische Quellen[82]).

Dass die deutsche Doktrin und damit diejenige der deutschen Kantone Geltung des Nachbarrechts annimmt, ist natürlich.

Für Basel gibt bestimmten Aufschluss der Verw. Ber. 1889 Ger. 9[83]). Es wird ausdrücklich gesagt, obwohl durch kein Gesetz ausgesprochen, so müsse doch für ein städtisches Gemeinwesen nachbarrechtliche Rücksichtnahme angenommen werden. So auch schon im Verw. Ber. 1885 Ger. 5. Ebenso das Obergericht von Schaffhausen am 11. Februar 1892.[84]) Zürich Einf. G. 138 f. lässt die Negatoria auch bei Einwirkung durch öffentliche Grundstücke zu, und zwar mit Kompetenz der „Gerichte“ (EG 140). Das Bundesgericht hat ebenfalls mehrfach Gelegenheit gehabt, in Streitigkeiten zwischen Bund oder Kantonen als Eigentümern öffentlicher Sachen gegen Private sich über

---

[81]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., 10 S. 108.

[82]) Laurent, droit civil français, XX, p. 408 s. Aubry et Rau, II, p. 194; Dalloz, Travaux publics XLII 2me partie chap. 7 . . . que ces principes de droit ont été étendus aux rapports entre des fonds privés et le domaine public.

[83]) Revue 8 Nr. 34.

[84]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., 13, 84.

die Geltung des Nachbarrechtes auszusprechen. Es ging bei der Abwägung der beidseitigen nachbarlichen Interessen nicht nur vom kantonalen Nachbarrechte, sondern auch von festen Regeln aus, die sich in Doktrin und Praxis für die Lösung von Eigentumskonflikten gebildet haben. Es bejaht die Schadenersatzpflicht des öffentlichen Eigentümers aus Nachbarrecht. Dagegen schützt es naturgemäss das Begehren um Untersagung der Einwirkung dann nicht, wenn dieselbe zugleich im öffentlichen Interesse erfolgt. In diesem Falle stellt sich die Einwirkung unter dem Gesichtspunkte der Expropriation — also als rechtmässigen Eingriff kraft öffentlichen Rechtes — dar, und die Entschädigung erfolgt aus diesem Grunde, nicht aus der Negatoria.[85]) [86])

Uebrigens regelt das eidgenössische Verwaltungsreglement, welche Eigentumsbeschränkungen teils durch Aufhebung des Nachbarrechts, teils durch sonstige Einschränkung des Eigentums sich der Private vom Bund gefallen lassen muss. Es wird dabei der Grundsatz des Schadenersatzes für allen durch Exekution von Militäranordnungen erlittenen Schaden aufgestellt.

Da die öffentlichen Sachen im Eigentum stehen und das Nachbarrecht nur eine Seite dieses Eigentums ist, so muss man auch für die öffentlichen Sachen annehmen, dass nach Inkrafttreten des ZGB dieselben unter das Bundesnachbarrecht getreten sind. An der prinzipiellen Auffassung, ob das Nachbarrecht Anwendung findet oder nicht, ändert das ZGB nichts. Wenn aber Nachbarrecht gilt, so ist es dasjenige des ZGB. Wie weit dieses durch kantonales Hoheitsrecht beschränkt wird, muss die Zukunft lehren. In den

---

[85]) BGE 24 II S. 266 Erw. 2 ff. (Immission und Schaden durch eine öffentliche Pulverfabrik) und die dort angeführte reiche Literatur. Ferner BGE 21 S. 1032; 22 S. 1042 (öffentlicher Eisenbahndamm) und die in jenen Entscheiden zitierten Urteile. Dagegen Annahme eines Expropriationsfalles in Aufhebung eines auf Grund des Nachbarrechts motivierten Urteils des Obergerichts Appenzell A.-Rh.: BGE 36 I S. 243. So auch schon 34 I S. 694 und die dort citierten Entscheide.

[86]) Vergl. ferner Seuffert, Arch. 49, 236: Negatoria gegen Eisenbahnlärm bejaht, „es sollen die Grundsätze des gemeinen Nachbarrechts gelten.“ Ebenso 44, Nr. 225.

meisten Fällen wird auf das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses als Rechtstitel abgestellt werden müssen[87]).

Anwendbar sind insbesondere auch Art. 685 (Grabungen und Bauten), 689 (Deckung des Wasserablaufs z. B. bei erhöhten Strassendämmen); 689, 694 (Notweg). Wo Ausnahmen in das Prinzip der Geltung des Nachbarrechts Platz greifen, liegen öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen am Nachbargrundstück vor; diesen kann hier nicht nachgegangen werden.[88])

b) Die übrigen privaten Beschränkungen des Eigentumsinhaltes.

Zum Eigentumsinhalt des ZGB gehören ausser den eigentlichen nachbarrechtlichen Vorschriften der Art. 684—701 auch die Artikel 706—710, die man erweitertes Nachbarrecht nennen könnte. Hier werden nicht die Interessen je zweier Nachbarn, sondern einer ganzen Gruppe gegen einander abgewogen. Von Bedeutung sind namentlich die Art. 703 und 708. Es ist hiebei möglich, dass sich unter einer Eigentümergruppe derjenige einer öffentlichen Sache befindet. Auch er muss sich fügen, solange er sich nicht mit einem subjektiven öffentlichen Recht dagegen wehren kann. Ein solches ist ihm gegeben als Wahrer der Zweckbestimmung, sobald diese durch das betreffende Zivilrecht beeinträchtigt würde. Er muss also gemäss Art. 710 von seinem überflüssigen Trinkwasser abgeben, so gut er auch dem Anspruch auf Notweg (Art. 694) folgeleisten muss. Ein Beispiel wäre etwa, dass auf einem militärischen Waffenplatz eine starke Quelle entspränge, die aber dem Gemeingebrauch nicht geöffnet werden kann, während die umliegenden Höfe kein Wasser

---

[87]) Wieland, 664 Bem. 4d.

[88]) Wieland, 664 Bem. 8d. Hieher gehören z. B. Höher- und Tieferlegung von Strassen. Der Ersatz des hiebei entstehenden Schadens fusst nicht auf der Negatoria, sondern ist ein öffentlichrechtlicher Ersatzanspruch gegen den Staat bei rechtmässigem Eingriff in Privateigentum. Entschädigung aus Nachbarrecht in Revue 15 Nr. 87 (St. Gallen).

haben. Hier könnten die Anlieger zweifellos verlangen, dass ein Teil der Quelle bis zur Grenze des Waffenplatzes geleitet würde, wo sie ohne die Zweckbestimmung des Platzes zu hindern sich mit Wasser versorgen könnten.

In den Art. 695, 697_2, 699_2, 703, 705, 709 überlässt das ZGB die Regelung des Eigentumsinhalts den Kantonen, auch für die öffentlichen Sachen.

Zum Eigentumsinhalt gehören auch Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur. Die Art. 711 und 712 gewähren dem Eigentümer bei Vorhandensein gewisser Voraussetzungen einen subjektiven öffentlichen Enteignungsanspruch durch Entzug von Wasser oder Land. Es ist also möglich, dass auch der Eigentümer der öffentlichen Sache auf Grund seines Privateigentums ein Expropriationsrecht erlangt. Zur Begrenzung des Eigentums an öffentlichen Sachen gehört auch Art. 667[89]), ferner die Vorschriften über die Abgrenzung, z. B. Art. 669, der den Eigentümer auf Begehren des Nachbars zur Mitwirkung bei Feststellung der Grenze verpflichtet.

Für die öffentlichen Strassen und Plätze bedeutungslos ist dagegen Art. 674 (Ueberbau). Denn das Ueberragen von Treppen u. s. w. auf das Strassenareal wird hier vom Staat kraft öffentlichen Rechts verboten, weil die öffentliche Zweckbestimmung hindernd. Anderseits ist auch das Hineinragen von Bauten in den Luftraum in den Baugesetzen geregelt und der Staat wird Ueberbauten, die er dort zulässt, nicht auf Grund des Art. 674 anfechten bezw. sich dafür entschädigen lassen können. Es fehlen schon die Voraussetzungen des Art. 674, denn das Eigentum reicht nur soweit in den Luftraum, als ein Interesse des Eigentümers besteht. Ein solches ist aber offenbar nicht vorhanden, wo das Baugesetz den Ueberbau (Balkon, überhängendes Dach) gestattet[90]).

---

[89]) Hiernach bestimmt sich, wie weit eine Gemeinde, abgesehen von irgend einer Duldungspflicht, die Inanspruchnahme ihres öffentl. Landes durch Hochdrahtleitung zu dulden hat, RG 42, S. 20 s.; Wieland, 664 Bem. 8a. — Ebenso die horizontale Grenze zwischen öffentl. Gewässer und privatem Ufer, BGE 29^2, S. 773.

[90]) Wieland, 674 Bem. 17.

Der Ueberbau einer öffentlichen Sache auf ein privates Nachbargrundstück unterliegt dagegen den Rechtssätzen des Art. 674, es sei denn, dass das kantonale öffentliche Recht im öffentlichen Interesse dem privaten Eigentümer die öffentliche Eigentumsbeschränkung auferlegt, den Ueberbau (z. B. öffentlicher Bahnsteg zwischen Bahnhof und Strasse über einen privaten Garten geführt) zu dulden.

Die Bestimmung, dass Bauten auf fremdem Grund und Boden Bestandteil des Grundstücks werden (Art. 671), sodass also das Eigentum an Bau und Boden an den Eigentümer des Bodens oder bei überwiegendem Wert des Baues an den gutgläubigen Eigentümer des Baues (Art. 673) fällt, findet keine Anwendung, wenn der Bau als dingliches Recht im Grundbuch eingetragen ist (ZGB 675). Dasselbe gilt auch für Bauten auf öffentlichen Grundstücken, insbesondere für alle nicht äusserlich wahrnehmbaren Leitungen für Gas, Wasser, elektrische Kraft und dergl.[91]). Dieselben verbleiben durch Errichtung der Dienstbarkeit im Eigentum des Werkeigentümers. Für äusserlich wahrnehmbare Leitungen ist dagegen die Eintragung im Grundbuch bei Errichtung der Dienstbarkeit nicht erforderlich. Vielmehr bleibt die Leitung ohne weiteres im Eigentum des Werkeigentümers (Art. 676). Unter dem Gesichtspunkt der oberirdischen Leitung erscheint auch die Anlage oberirdischer Drahtleitungen und Schienen[92]) elektrischer Strassenbahnen, Seil- und Schwebebahnen. Auch hier geht die Leitung des Stromes wie der Wagen von einem zentralen Werke aus. Sie „dient" auch diesem Werke. Allerdings in einem weitern Sinne. Zentrale und Leitung bilden eine Einheit, die nur als Ganzes überhaupt bestehen kann. Es ist oft schon willkürlich, bei einer elektrischen Kraftstation und Wasserversorgung ein Grundstück (etwa einen Stauweiher, eine Filtrieranlage), das nicht viel mehr

---

[91]) Wieland, Art. 675 Bem. 4; 676 ff.

[92]) Wieland, 675 Bem. 4c bringt Schienen und Drahtleitungen nicht unter den Gesichtspunkt des Art. 676, sondern erklärt das gesonderte Eigentum mit dem Wegfallen des öffentlichen Glaubens der Grundbucheintragung und mit dem verschiedenen Interesse des Strasseneigentümers.

als der Anfang der Leitung selbst ist, als „herrschendes Grundstück“ zu erkennen. Dies gilt noch viel mehr für Strassenbahnen. Es muss hier als Werk der zentrale Ausgangs- und Knotenpunkt des Betriebsmaterials, von dem aus täglich der Verkehr beginnt, bezeichnet werden. Auch die Schienenanlage kann wohl als Leitung aufgefasst werden, denn Leitung ist dem Zwecke nach jede Vorrichtung, die die Bewegung einer Kraft oder Masse ermöglicht und örtlich bestimmt[93]).

Der Werkeigentümer ist also auch absoluter Eigentümer der Leitung. Sein dingliches Recht bezieht sich nur auf den Eigentümer der öffentlichen Strasse. Gegen Dritte besteht Eigentum an der Leitung, gegen den Strasseneigentümer behauptet sich dasselbe nach allgemeinem Rechtssatz nicht; vielmehr ist ihm gegenüber der Werkeigentümer durch das besondere relativ dingliche Recht des Art. 676 (mit oder ohne Eintrag) geschützt.

Möglich ist auch die Bestellung eines Baurechts an Leitungen auf öffentlichem Grund und Boden, z. B. für Kraftstation, Transformatorenhäuschen und Akkumulatorenanlage. Die ganze Anlage nebst Leitung ist als solche unabhängig vom Grundeigentum veräusserlich[94]).

2. Beschränkungen der rechtlichen Verfügung.

Die in ZGB 681—683 statuierten Beschränkungen der rechtlichen Verfügung: Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht haben für die öffentlichen Sachen keinerlei praktische Bedeutung. Denn entweder stehen dieselben schon von vornherein im Eigentum des Staates, wo natürlicherweise ein Eigentumsübergang ausgeschlossen ist, oder das öffentliche Unternehmen ist vom Staat konzessioniert worden. Dann wird die Konzession stets unter der Voraussetzung des „Rückkaufs“ oder des Heimfalls erteilt werden. Diese Vorgänge spielen sich aber auf dem Boden des öffentlichen Rechts ab.

---

[93]) Wieland, 676 Bem. 6.

[94]) Wieland, 676 Bem. 5.

B. Die öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Eigentums an öffentlichen Sachen.

I. Beschränkungen des Eigentumsinhaltes.[95])

Genauer müsste die Ueberschrift lauten: Subjektive öffentliche Rechte des Gemeinwesens gegen den Eigentümer gerichtet auf Zwang zu beschränktem Sachgenuss bezw. auf Verbot der freien rechtlichen Verfügung. Für den Staat als Eigentümer: öffentliche Pflicht des Gemeinwesens zur Wahrung der Zweckbestimmung unter Enthaltung von aller dieselbe hindernden Eigentumsausübung.

Die vornehmste öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung ist die Auferlegung der Zweckbestimmung selbst, abgesehen von der Expropriation, die das Gesetz oft damit fordert, indem es von dem Gedanken ausgeht, dass dem privaten Eigentümer doch nur ein nudum jus bliebe und es deshalb richtiger sei, dem öffentlichen Verwalter auch das Eigentum zu geben. Hieraus erklärt sich auch das Recht des Expropriaten (Art. 4 und 5 des BG betr. Abtretung von Privatrechten) auf Totalabtretung und Totalabnahme. Diesen durchaus richtigen Grundsatz hat, wie oben gezeigt, das französische Recht sozusagen ausnahmslos sanktioniert. Enteignungsgrund ist das auf Indienststellung gerichtete öffentliche Interesse. Gegen Auferlegung der Zweckbestimmung ohne Entzug des Eigentums trotz Bestehen dieses Enteignungsgrundes ist alsdann wie bei sonstigen unrechtmässigen Eingriffen des Staates in das Eigentum der Eigentümer durch die Eigentumsgarantie geschützt.

Aber auch nachdem die Sache öffentlich geworden ist, richten sich gegen das Eigentum an ihr eine Menge sonstiger Eigentumsbeschränkungen, generelle wie spezielle, die den Eigentümer jeder Sache treffen. Trotzdem im öffentlichen Interesse gegeben, sind sie der Zweckbestimmung keineswegs immanent. Sie gelten auch für das Eigentum an der öffentlichen Sache vor und nach der Indienststellung. Sie gelten

---

[95]) Wieland, Art. 702 Bem. 2—5.

zweifellos, soweit das Eigentum nicht schon durch die Zweckbestimmung nach dieser Richtung beschränkt worden ist, auch während der Dauer derselben.

Da in den meisten Fällen das Gemeinwesen selbst Eigentümer seiner öffentlichen Sachen ist, so fallen auch hier wieder Zwingender und Gezwungener zusammen. Es lässt sich aber wie oben gezeigt am Rechtsgrund erkennen, ob der Staat im Gemeinwohl sein Eigentum einschränkt, oder ob er es im Gegenteil im Gemeinwohl ausübt. Um eine einheitliche Auffassung zu gewinnen, wird es richtig sein, auch in den Fällen die Geltung der öffentlichrechtlichen Beschränkungen als Rechtsgrund der Handlung anzusehen, wo der Staat z. B. an seinen öffentlichen Gebäuden Hausnummern und Beleuchtungsarme anbringt, die Baubestimmungen einhält usw. Ein Rechtsschutz bei Übertretung ist nicht gegeben, da ja dabei kein fremdes Recht verletzt wird. Das Gemeinwesen kann seine Fenster setzen, so tief es will, es kann eine Freitreppe jeder Dimension auf das Trottoir stellen usw. Der Private als Eigentümer einer öffentlichen Sache dagegen muss die baupolizeilichen etc. Vorschriften strikte einhalten, da ihn das Gemeinwesen dazu zwingt. Objektiv besteht aber natürlich für das Gemeinwesen geradesogut die Rechtspflicht zur Einhaltung der Bauvorschriften, wie die Rechtspflicht zur Wahrung der Zweckbestimmung, gegen deren Verletzung ja dem Untertan auch kein Rechtsschutz gegeben ist.

Auf die öffentliche Sache können mehrere Hoheitsträger einwirken, z. B. gleichzeitig Bund, Kanton und Gemeinde, wobei eines dieser drei Rechtssubjekte die Zweckbestimmung wahrt. Solange die beteiligten öffentlichen Interessen nicht kollidieren, bestehen die auf Eigentumsbeschränkung gerichteten Rechte friedlich nebeneinander. Wo aber ein Befehl zugleich die Ausführung eines andern affiziert, muss derjenige des untergeordneten Gemeinwesens weichen. Obenan stehen also die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen des Bundes in rechtmässiger Ausführung der BV.

a. Beschränkungen durch den Bund.

An den öffentlichen Sachen des Bundes wie der Kantone und Gemeinden gilt die in Art. 24 und 37 BV statuierte Oberaufsicht über Wasserbau, Forstwesen, Strassen und Brücken. Hiedurch wird nicht nur die öffentlichrechtliche Wahrung der Zweckbestimmung, sondern auch die freie Eigentumsausübung beschränkt. Diesen Standpunkt nimmt auch das Ausführungsgesetz vom 11. Okiober 1902 ein, indem es die Erhaltung des Waldes durch strenge Regelung der Bewirtschaftung und der rechtlichen Verfügung anstrebt, sowie den Kantonen die Pflicht auferlegt (Art. 36) und dem Bund gestattet, die Anpflanzung von Schutzwaldungen zu befehlen. Der Bund hat an die Kosten beizutragen.

Dasselbe Prinzip gilt für die Wasserbaupolizei (Ges. vom 22. Juni 1877). Zur Ausführung von Wasserarbeiten ist bis jetzt nur ein Kanton (Tessin) gezwungen worden.[96])

Die Oberaufsicht des Bundes über die Strassen und Brücken beschränkt sich auf die internationalen Alpenstrassen und auf die mit Bundesbeiträgen erbauten Strassen und Brücken. Sie lässt sich auch aus andern Artikeln der BV ableiten.[97])

BV Art. 22 gibt dem Bund ein Recht auf Eigentumsbeschränkung an öffentlichen Sachen der Kantone, indem er den Eigentümer zur Duldung einer Benützung der öffentlichen Sache im Interesse des Bundes zwingt. Immerhin soll der Bund tunlichst auf die kantonale Zweckbestimmung Rücksicht nehmen.

Während der Dauer der Benützung kann der Kanton sein Eigentum nicht mehr wie bisher ausüben und muss auch in Wahrung der kantonalen Zweckbestimmung hinter den Bund zurücktreten. Hat er z. B. bis jetzt auf seinem öffentlichen Platz Schulturnen und Fussballvereine geduldet, hat er aus Schaubuden und Flugversuchen durch dessen Vermietung ein Schönes verdient, all dies als Eigentümer im Einklang

---

[96]) Burckhardt, S. 226.

[97]) Burckhardt, S. 349.

mit der kantonalen Zweckbestimmung, so macht jetzt der Bund kraft seines subjektiven öffentlichen Rechts all dem ein Ende. Ja, er kann noch weiter gehen und dem Kanton sein Eigentum ganz entziehen. Bis jetzt hat der Bund von diesem Enteignungsrecht nicht Gebrauch gemacht.[98])

Ferner gelten auch für die öffentlichen Sachen die Bestimmungen des Verwaltungsreglementes für die schweizerische Armee vom 27. März 1885, Art. 280 ff.[99]) betreffend Benützung der Grundstücke, der öffentlichen Brunnen u.s.w. — Art. 293 legt speziell den Gemeinden die Duldung (ohne Entschädigung) allfälliger Beschädigung der Schiessplätze auf. Auch haben die Gemeinden diese Plätze dem Militär unentgeltlich zu überlassen.

Zu erwähnen sind ferner die Art. 146, 181, 212, 213[3], 217, 220 der schweizerischen Militärorganisation, wonach auch öffentliche Mobilia und Immobilia hinsichtlich der Eigentumsausübung bundesrechtlichen Beschränkungen unterworfen sind, die bis zur völligen Verfügung über die Sache und eventuellen Zerstörung derselben gehen.

Nach dem Bundesgesetz betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromleitungen von 1902 Art. 5[100]) ist der Bund berechtigt, bei Erstellung ober- und unterirdischer Telegraph- und Telephonlinien öffentliche Plätze, Strassen und Wege aller Art, sowie öffentliche Kanäle, Flüsse, Seen und deren Ufer, in Anspruch zu nehmen unter Wahrung des Zwecks und gegen allfälligen Schadenersatz. Auch hier also wieder besteht eine Einschränkung des Eigentums ausserhalb der Zweckbestimmung; denn bei deren Wegfall bleibt diese Duldungspflicht bestehen. Nach Art. 6 gilt dieselbe nämlich nicht nur für öffentliche Sachen.

Art. 48 BG betr. elektrische Anlagen bestimmt ferner: das Durchleitungsrecht gilt auch für öffentliche Sachen, d. h. kann auch durch öffentlichen Grund hindurch geltend

---

[98]) Burckhardt, S. 215.
[99]) Wolf, III, S. 93; AS, N. F. VI, 3.
[100]) Wolf, I, S. 546; AS, N. F. XIX, 259.

gemacht werden[101]). Nicht dasselbe gilt aber für das umfassendere Durchleitungsrecht des Art. 691 ZGB. Hier haben die Kantone zu bestimmen, ob dasselbe auch auf ihre öffentlichen Sachen Anwendung findet. Ueberhaupt ist hier folgendes zu bemerken.

Auch das ZGB kennt eine Anzahl von „öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Eigentums". Da aber das ZGB den Art. 64 BV ausführt und seinen ganzen Inhalt generaliter als objektives Zivilrecht erklärt, so können darin keine öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen des Bundes im technischen Sinne enthalten sein, die auch für die öffentlichen Sachen der Kantone gelten. Denn die öffentlichen Sachen stehen grundsätzlich unter dem öffentlichen Recht der Kantone, und die öffentlichrechtliche Beschränkung des Eigentums an ihnen kann nur durch ein Recht des Bundes geschehen, das zugleich dem öffentlichen Kantonalrecht überlegen ist, wie bei den obigen Beispielen. Die „öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen" des ZGB sind teils deklarative Vorbehalte kantonalen öffentlichen Rechts, teils erweitertes Nachbarrecht.

Eine Beschränkung des Eigentums an öffentlichen Sachen liegt endlich auch in dem das Eigentum zeitlich befristenden Heimfallsrecht, wobei das Eigentum mit Ablauf der Konzessionszeit an den Staat übergeht. Die Staaten, die nur unbefristete Konzessionen kennen, haben statt dessen das Rückkaufsrecht[102]). Nach dem BG von 1874 kann die Konzession zwar befristet sein, aber die Anlage bleibt nach Ablauf der Konzession Eigentum des gewesenen Konzessionärs. Das Heimfallsrecht wurde bei der Entstehung des Gesetzes abgelehnt[103]). Nach herrschender Anschauung ist auch das Rückkaufsrecht eine Art der Enteignung, der sich der Konzessionsnehmer vor Erteilung der Konzession unterwirft. Der Unternehmer unterwirft sich zum voraus im Gesuch um Kon-

---

[101]) Pfleghart, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 23, S. 52 ff.; ZGB 691.

[102]) Vergl. auch Burckhardt, S. 220. Der Bund nimmt die Rückkaufsklausel in alle Konzessionen auf.

[103]) Layer, S. 316 ff.; Blumer-Morel, II, S. 100, 107.

zessionserteilung, vielleicht auch später freiwillig, dem Recht des Staates, die Verleihung in gewissen Zeitpunkten zu widerrufen unter der Bedingung, in diesem Fall das Eigentum an der Anlage gegen eine zum vornherein fixierte Entschädigung an sich zu nehmen[104]). Der Entzug des Eigentums folgt aus der öffentlichrechtlichen Duldungspflicht des Eigentümers, gehört also zu den öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Eigentums und zwar des Eigentumsinhaltes, und ist gerichtet nicht nur auf Entzug von Immobilien wie die Enteignung, sondern erstreckt sich auch auf Mobilien. Das Enteignungsrecht entsteht im Moment, da der Staat durch Geltendmachung des Rückkaufsrechts die Konzession widerruft. Der Widerruf ist seinerseits gebunden an gewisse Fristen und an die Zahlung der Entschädigung.

Neben dem Erwerb durch Rückkauf kennt das Bundesgesetz über den Bau und Erwerb von Eisenbahnen vom 17. Oktober 1897 in Art. 6 den Zwangserwerb, der sich ebenfalls auf dem Boden des öffentlichen Rechts abspielt und sich auch als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung darstellt. Daneben nennt es zum Unterschied als dritte Erwerbsart den freien Kauf, der jedoch Rechtsausübung und nicht Rechtsbeschränkung und daher hier nicht weiter zu behandeln ist. Er ist auch bei den durch Rückkauf erwerbbaren Bahnen möglich (Art. 2 Abs. 3).

b) Durch die Kantone.

Die Kantone beschränken das Eigentum kraft ihres öffentlichen Rechts ebenfalls, und zwar auch dasjenige an öffentlichen Sachen des Bundes. Es kann z. B. keinem Zweifel unterliegen, dass Verwaltungsgebäude des Bundes ausserhalb der Zweck-

---

[104]) Otto Mayer, II, S. 317; Jellinek, S. 60 ff., 209; Blumer-Morel, II, S. 99. Auch das BG v. 27. März 1896 über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, Art. 19 fasst den RK ausdrücklich nicht als Vertrag auf. — Als rein privatrechtlich fasst den RK auf A. Wieland, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 20, S. 1 ff.; 14.

bestimmung der kantonalen Hoheit unterstehen.[105]) Auch hier gilt wieder das Prinzip, dass die Eigentumsbeschränkungen, soweit es nicht schon durch die Zweckbestimmung geschieht und ihr nicht zuwiderläuft, auch für die öffentlichen Sachen gelten. Diese sind:[106])

a) baupolizeiliche (Errichtung, Höhe, Pflicht zur Erhaltung in intaktem Zustand, Einhaltung der Baulinie usw.);

b) wasser- und forstpolizeiliche, z. B. Regelung der Aufforstungspflicht;

c) heimatschützende, z. B. Verbot des Umbaus einer Ruine auf einem im Gemeindeeigentum stehenden Grundstück im Gemeingebrauch. Hiebei ist zu beachten, dass der Heimatschutz in der letzten Zeit in hervorragendem Masse sich zu einer selbständigen Zweckbestimmung entwickelt hat, deren Auferlegung bisher in unbeschränktem Eigentum gestandene Sachen zu öffentlichen macht und damit allen für dieselben geltenden Beschränkungen unterwirft. Fast alle Kantone haben ihren Heimatschutzartikel im Einführungsgesetz zum ZGB und daneben noch Spezialgesetze.[107])

---

[105]) Burckhardt, S. 238. Früher vom Bund nicht anerkannt. Der BRB vom 11. Oktober 1895 geht dann dahin, dass zwar der BR die Baupläne nach allen Gesichtspunkten prüfen und endgültig genehmigen müsse, wogegen aber die Kantone Einsprache erheben können wegen Verletzung ihrer Polizeivorschriften. Dem werde der BR Rechnung tragen, soweit dies mit dem Zweck, der bei Erstellung der projektierten (Eisenbahn-)Bauten verfolgt wird, vereinbar ist. Ein neuerer BRB vom 9. Juni 1904 schreitet wieder einfach über kantonale Vorschriften hinweg. Dies sollte jedenfalls nicht mit der Begründung geschehen, dass die Einhaltung der Bauvorschriften den Bahnunternehmer finanziell belasten würde.

[106]) Wieland. 702 Bem. 3.

[107]) Den Heimatschutzartikel besitzen alle kantonalen EG mit Ausnahme von Tessin, das aber ein Spezialgesetz hat; Graubünden 124, nur für Gesundbrunnen; Waadt und Genf. Die Regelung wird meist einer reg.-rätlichen Verordnung überwiesen und dem Staat und den Gemeinden das Expropriationsrecht erteilt. Dieses ist auch an Korporationen verleihbar: Zürich EG, 182 Abs. 3; Bern EG, 83 Abs. 3; Luzern 99 Abs. 3; Schaffhausen 96 Abs. 3; Wallis Einf.-Verordn. 172. Es bleibt aber auch oft der Private Eigentümer der mit der heimatschützenden Zweckbestimmung belegten Sache.

Unter diesem Gesichtspunkt einer selbständigen Zweckbestimmung sind diese Einwirkungen hier nicht zu nennen, sondern nur, soweit sie daneben als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen an mit einer anderen Zweckbestimmung belegten öffentlichen Sachen auftreten, z. B. Verbot dem Bunde als Grundeigentümer einer öffentlichen Sache des Bundes im Kanton Freiburg gegenüber, auf dieser Liegenschaft seltene Pflanzen zu entwurzeln (Fribourg Einführungs-Gesetz zum ZGB Art. 281), oder Verbot des Kantons gegenüber der Gemeinde, ein als Baudenkmal geschütztes Schulhaus stilwidrig umzubauen;

d) sonstige Duldungen als Eigentumsbeschränkungen: Hausnummern, elektrische Uhren, Strassentafeln, Beleuchtungsarme, Vermessungszeichen. Hierher gehören auch die Eingriffe bei Vermessung von Bahnanlagen (Abladung von Material auf einem benachbarten öffentlichen Platz) und andere rechtmässige Eingriffe der übergeordneten Verwaltung in das Eigentum des untergeordneten Eigentümers, die vielleicht ohne Gesetz aus der Natur der Sache hervorgehen, aber gegen die sich zu wehren dem Eigentümer auch als Wahrer der Zweckbestimmung den übergeordneten Hoheitsträgern gegenüber keine Rechtsmacht zusteht.[108])

Als gesetzlichen Eingriff in das Eigentum an öffentlichen Sachen stellt sich besonders das Aufsichtsrecht des Kantons über die Verwaltung der öffentlichen Sachen durch Gemeinden und andere öffentliche Korporationen dar. So sagt das Bundesgericht: „Die Verwaltung und Benützung über öffentliche Kirchgebäude, auch wenn diese im Eigentum der Gemeinde stehen, unterliegt mit Rücksicht auf ihre Bestimmung zu öffentlichen Zwecken der Oberaufsicht und Normierung durch die Staatsgewalt.“[109])

Die Hoheit über das Gemeindeeigentum ist bis zur Pflicht zur unentgeltlichen Abtretung, also ohne Anwendung des Ex-

---

[108]) Otto Mayer, S. 179. Falsch ist aber die Behauptung: „Es ist nicht ein Recht; denn die beteiligten Rechtssubjekte sind ungleich.“ Gegen unrechtmässige Eingriffe richtet sich stets die Eigentumsgarantie.

[109]) BGE 16, 325; ebenso 6, 607; 7, 657; 31 I 119.

propriationsverfahrens, an den Kanton ausgedehnt worden anlässlich der Anlage der rhätischen Bahn. Die rechtliche Grundlage dieser Abtretungspflicht war das kantonale Gesetz vom 20. Juni 1897. Ein Rekurs an das Bundesgericht, in dem eine Gemeinde Anwendung des Expropriationsverfahrens verlangte, wurde abgewiesen, da es sich um eine Leistung öffentlichrechtlicher Natur, im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt der Gemeinde selbst „aus dem für diese Wohlfahrt bestimmten Vermögen der Gemeinde" handle.[110])

2. Beschränkungen der rechtlichen Verfügung.

Hieher gehören die Beschränkungen, die eigentlich dem Eigentum an den öffentlichen Sachen sein charakteristisches Gepräge verleihen. Dass dieselben extra commercium stehen, ist nie verkannt worden, ob nun die Extrakommerzialität aus einer Beschränkung des Eigentums oder aus der Eigentumslosigkeit gefolgert wurde.

Die französische Auffassung der öffentlichen Sachen muss einen Rechtsverkehr an der Sache selbst verneinen, denn nur öffentliche Rechtsträger sind nach ihr als Eigentümer denkbar. Ein Eigentümerwechsel ist nur zwischen öffentlichen Rechtssubjekten, etwa zwischen Gemeinde und Staat, oder zwischen öffentlichrechtlichen kirchlichen Korporationen und politischen Gemeinwesen denkbar, vollzieht sich aber dann im Rahmen des öffentlichen Rechts, da die beiden Rechtssubjekte aus Rechtsgründen handeln, die ihrer gliedlichen Stellung entspringen. Das französische Recht spricht denn auch die privatrechtliche Unveräusserlichkeit der öffentlichen Sachen mit der Unersitzbarkeit deutlich aus. Auch in Oesterreich sind die öffentlichen Sachen zwar nicht nullius, sondern Eigentum des Staates, aber gemäss dem Eintragungsprinzip, weil vom Grundbuch ausgeschlossen, auch dem Rechtsverkehr entzogen, ebenso die Privatbahnen. In Bayern ist die Begründung von Privatrechten daran nicht möglich.[111])

---

[110]) BGE 27 I, 473. Aehnlich 23, 1563; Vogt, S. 38.

[111]) Layer, S. 633 ff.

Eine privatrechtliche Veräusserung der Sache ist also undenkbar in Frankreich und den deutschen Rechtsgebieten, wo das positive Recht sie verbietet. Aus logischer Notwendigkeit dagegen folgt ihre Verneinung für die deutsche Auffassung nicht. Da jeder Dritte an der Sache Eigentum haben kann, so muss sie auch jeder Dritte — natürlich mit der darauf lastenden Zweckbestimmung — erwerben können.[112]) Aus der Pflicht des Hoheitsträgers zur Erhaltung der Zweckbestimmung aber folgt andererseits, nur solche Eigentümer zuzulassen, die für die Erhaltung der öffentlichen Sache als solcher Gewähr bieten. Hieraus erklärt sich das Aufsichtsrecht des Hoheitsträgers, demzufolge die Veräusserung öffentlicher Sachen von seiner Genehmigung abhängt, ebenso die Bestellung dinglicher Rechte.

Das commercium an öffentlichen Sachen besteht aber nicht nur in Veräusserung, sondern weit häufiger in der Bestellung beschränkter dinglicher Rechte auf Grund des Eigentums. Der deutschen Auffassung entspricht auch hier, sie zuzulassen, soweit sie mit dem öffentlichen Zwecke der Sache vereinbar sind. Ueber die Zulässigkeit entscheidet auch wieder die Verwaltungsbehörde, der die Wahrung der Zweckbestimmung obliegt.[113]) Nach der herrschenden Ansicht ist für jeden Fall eine besondere Erlaubnis dieser Behörde erforderlich. An ihren zustimmenden Entscheid ist der Zivilrichter schlechthin gebunden.[114])

Auch unter Zugrundelegung der französischen Auffassung liegt für die Möglichkeit der Bestellung dinglicher Rechte kein logischer Zwang zur Verneinung vor, denn diese kann ohne Verletzung der beiden Erfordernisse für die Oeffentlichkeit (Zweck und rechtliche Zugehörigkeit) geschehen. Und

---

[112]) So geht in Preussen die Extrakommerzialität nur soweit als der öffentliche Zweck: Layer, S. 633; für Kirchhöfe Kamptz, S. 160; Gruchot 26, 1022; öffentl. Wege Kamptz, S. 236. — Veräusserung einer Kirche an einen Privaten RG (Ziv.-S.) **31**, S. 217.

[113]) Meist der kantonale Reg.-Rat oder der Bundesrat.

[114]) Wieland, 664 Bem. 6c; O. Mayer, A. f. ö. R. **16**, S. 53; Paul Roth, bayr. Civilrecht (1872) II S. 29; Layer, S. 639.

in der Tat begegnet man auch im französischen Rechtsgebiet nicht selten dinglichen Rechten an öffentlichen Sachen.

Das privatrechtliche commercium ist somit ein relativer Begriff.[115]) Die Extrakommerzialität dehnt und engt sich, je nachdem die Rechtsordnung die Veräusserung zulässt und die Natur der Zweckbestimmung eine privatrechtliche Eigentumsbeschränkung besser oder geringer verträgt. Die Grenzen steckt das öffentliche Recht.

Damit ist auch die Extrakommerzialität der öffentlichen Sachen im schweizerischen Rechte skizziert. Abgesehen von den öffentlichen Sachen des Bundes sind die Kantone zur Regelung derselben kompetent. Dies spricht Art. 6 ZGB aus; es folgt aber schon aus der Hoheit der Kantone. Denn auch die Regelung der Extrakommerzialität ist öffentliches Recht; dieses ist den Kantonen nur beschränkt wo es die BV ausdrücklich ausspricht. Das ist aber bezüglich der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht der Fall. Die Kantone regeln auch die Extrakommerzialität des öffentlichen Eigentums der Gemeinden, öffentlichrechtlichen Korporationen und Privaten. In den welschen Kantonen kommt naturgemäss nur die Bestellung dinglicher beschränkter Rechte in Frage. Im übrigen gilt das Prinzip, dass nur mit der Zweckbestimmung verträgliche Verfügung möglich ist[116]).

Eigentumsübertragung. Sie ist im Rahmen des Privatrechtes selten. An Private ist sie nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde möglich[117]). Von Privaten an den Staat kommt etwa der Erwerb von Kunstdenkmälern in Betracht[118]), ferner dass sich der Staat im Privateigentum

---

[115]) Regelsberger, S. 406; Layer, S. 650.

[116]) Wieland, 664 Bem. 6c; Biermann, S. 23; Crome, I, S. 302; Gierke, II, S. 19.

[117]) Curti, Nr. 347: Ueber Verfügungsbefugnis der Gemeinde über Kirchengebäude und -gerätschaften entscheidet der Reg.-Rat. Ebenso Nr. 1391; 1581.

[118]) Im zit. Ges. (Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 22, S. 399, Nr. 60) verpflichtet sich der Staat sogar zu kauf- und pfandweiser Uebernahme.

stehende öffentliche Museen schenken lässt, öffentliche Verkehrsanstalten, Gas- und Wasserversorgungen erwirbt, indem er wie der Bund Waffenplätze der Kantone kauft, um sie ebenfalls militärischen Zwecken zu widmen[119]), oder sich auf dem Wege freier Vereinbarung ein Nutzungsrecht daran einräumen lässt.

Nun lässt das ZGB im Gegensatz zum gemeinen Recht das Eigentum erst übergehen, wenn ausser dem Willen zur Eigentumsübertragung, abgesehen von der Eintragung im Grundbuch, auch eine rechtsgültige obligatorische Causa vorhanden ist. Dasselbe gilt für die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte[120]). Es fragt sich nun, ob obligatorische Verträge über öffentliche Sachen geschlossen werden können.

Obligatorische Verträge über öffentliche Sachen[121]). Die Möglichkeit derselben ist bestritten, weil dieselben auf eine unmögliche Leistung gerichtet, seien. Nun zeigt aber die Wirklichkeit, dass an öffentlichen Sachen dingliche Rechte bestellt werden können. Also ist nicht unmöglich, ihre Bestellung zu versprechen. Da nun dingliche Rechte an öffentlichen Sachen nur möglich sind, soweit hiedurch die Zweckbestimmung nicht beeinträchtigt wird, so folgt, dass dasselbe auch für die obligatorische Causa gelten muss. Die unmögliche Leistung fängt erst da an, wo der obligatorische Vertragsinhalt auf Einräumung von der Zweckbestimmung widerstreitenden Befugnissen geht.

Es ist also möglich Kauf[122]) öffentlicher Sachen. Dasselbe gilt aber auch für alle anderen obligatorischen Verträge als Causa für Bestellung beschränkter dinglicher Rechte.

Aber das Rechtsleben liefert auch zahllose Fälle, wo von Eigentümern öffentlicher Sachen mit Drittpersonen Gebrauchs-

---

[119]) Burckhardt, S. 215.

[120]) Wieland, 657; 714 Bem. 3; 731 Bem. 2; 746; 776 Bem. 2; 779 Bem. 2; 799 Bem. 1.

[121]) Wieland, 664 Bem. 6e.

[122]) Biermann, S. 24; Kauf der öffentl. Waffenplätze Frauenfeld und Herisau durch den Bund; Burckhardt, S. 215.

überlassungsverträge ohne Dinglichkeit abgeschlossen werden. Hieher gehören z. B. Miet- bes. Abwartwohnungen in Verwaltungsgebäuden, persönliche Nutzung von Gras an den Grasborden zu beiden Seiten des Eisenbahnfahrdammes und auf Festungswällen, vertragliche Ueberlassung von Turnplätzen, Sälen und Zimmern öffentlicher Gebäude an Vereine oder zu Versammlungen für gewisse Stunden gegen Entgelt usw. [123]). Alle diese Verträge ruhen auf rein privatrechtlicher Basis. Sie beziehen sich auf eine mögliche Leistung und sind daher gültig. Aus öffentlichem Recht beteiligt sich der Staat dabei nicht, da ja die Zweckbestimmung nicht affiziert wird. Soweit dagegen die in Frage stehende Nutzung sich als eine mit der Zweckbestimmung kollidierende Sondernutzung darstellt, liegt nicht mehr Privatrechtsvertrag, sondern Konzessionsverleihung vor. Der obligatorische Vertrag ist nur möglich, solange keinerlei Berührung zwischen Zweckbestimmung und obligatorischer Leistung vorliegt. Die Konzession hat dagegen stets eine Einschränkung des Gemeingebrauchs selbst zur Folge.

Beschränkte dingliche Rechte.

Privatrechtliche Servituten. Sie können begründet werden, soweit der öffentliche Zweck nicht gehindert ist. Sind sie von der verwaltenden Behörde als zulässig erklärt, so kann der Zivilrichter sie nicht als mit dem öffentlichen Gebrauch unvereinbar nichtig erklären [124]). Die Servitut muss als dingliches Recht im Grundbuch eingetragen werden (ZGB 944). Sie kann auch — im Gegensatz zum Eigentum — durch Ersitzung erworben werden, soweit die Zweckbestimmung nicht affiziert ist [125]).

---

[123]) Gruchot, 37; 1015; 39, 881; Kamptz, 237.

[124]) Wieland, 664 Bem. 6c; O. Mayer, A. f. ö. R. 16, S. 53.

[125]) Anders ein Urteil von Zürich von 1895, wonach Ersitzung einer Servitut an ö. S. überhaupt unmöglich ist, solange diese dem öff. Gebrauch dient; Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 16, S. 87. Ebenso Z. bern. J.-V. 38, S. 584; Bl. f. zürch. Rechtsp. I, Nr. 284, 285; Curti, 1. Forts., S. 504, Nr. 4138: die Ersitzung einer Servitut auf Bahnland steht dem Bahnpol.-Ges. Art. 1 entgegen. Sie ist nur durch Rechtsgeschäft bestellbar. Sonst wäre keine Sicherheit möglich, da jedes unbefugte Betreten über kurz oder

Nun ist noch eine Form der privatrechtlichen Servitut auszuscheiden, nämlich die Bestellung einer Wegservitut durch eine Korporation, aber aus privatem Rechtsgeschäft [126]). Dies ist eigentlich ein Unding, denn ein Abstraktum kann nicht spazieren. Die Folge der Bestellung der Servitut ist, dass die Mitglieder der Korporation, ohne dinglich berechtigt zu sein, einen dem Gemeingebrauch ähnlichen Reflex aus dem Recht der Gemeinde haben. Die berechtigte Korporation ist gewöhnlich eine Gemeinde; es kann aber auch jeder beliebige Verein sein. Die Gemeinde tritt dabei nicht als öffentlicher Rechtsträger auf, sondern sie kontrahiert aus Privatrecht. Daher entsteht auch kein Gemeingebrauch; der Weg ist nicht öffentlich. Nur Gemeindemitglieder haben Zutritt; die besonderen Sätze über öffentliche Sachen gelten nicht; die öffentliche Polizei oder sonstige Hoheit berührt ihn nicht. Es ist ein Privatweg, dessen Eigentum durch eine gewöhnliche Servitut eingeschränkt ist. Widmung zum Gemeingebrauch durch die Gemeinde würde gegen die Eigentumsgarantie verstossen. Solche Servituten bestehen oft wegen unvordenklicher Verjährung [127]).

Den Inhalt der Servitut bestimmt das kantonale Recht (ZGB 740), so z. B. für Klubhütten, Vorgärten der Strassenanwänder, Fährrecht usw. [128]).

Usus an öffentlichen Sachen ist kaum möglich, da die Sache gerade mit ihrem Gebrauchswert dem öffentlichen Dienst gewidmet ist. Daher fällt auch die Nutzniessung des Art. 145 ff. ZGB ausser Betracht [129]).

---

lang zu einer Servitut würde. Richtig R.-G.-Verw., Bl. 18, 402; Kamptz, 236, 237.

[126]) Wieland, 781 Bem. 5. [127]) Wieland, 664 Bem. 7.

[128]) Wieland, 664 Bem. 6; BGE 14, S. 66.

[129]) Vereinzelter Fall in BGE 14 S. 71 (Privatgärten auf Festungsgebiet im Staatseigentum). Privates (dingliches oder persönliches) Gebrauchsrecht an Kirchstühlen in kath. Kirchen nimmt an RG 7, S. 136; Gruchot 48, 138. Dieses Recht ist oft an bestimmten Grundbesitz geknüpft. Ebenso Fischereirecht als pers. oder dingliche Servitut Kamptz, 297 mit Eintrag im Grundbuch, bei Bauernhöfen beschränkt auf den Bedarf des Grundstücks, Kamptz 300. Ferner die Nutzungsrechte des Bundes an kantonalen

Wohl möglich ist aber die Errichtung eines Fructus nach Art. 781 [130]), als persönliche Dienstbarkeit gerichtet auf Weideberechtigung, Bezug von Bodenprodukten, Gras an Eisenbahnböschungen, der Kastanien und Orangen von den Bäumen der öffentlichen Alleen.

Als Grund- oder persönliche Dienstbarkeit lässt sich auch etwa das Baurecht (ZGB 675) denken. Es handelt sich dabei also um die rein privatrechtliche Bestellung des Rechts, auf öffentlichem Boden eine Baute zu erstellen, ohne dass die öffentliche Zweckbestimmung beeinträchtigt wird. Die Baute selbst ist nicht öffentliche Sache. Praktisches Beispiel wäre die Errichtung eines Wirtschaftspavillons in einem dem Gemeingebrauch offenen Park [131]). Nur ist hiebei zu beachten, dass es sich in praxi gewöhnlich um ein nicht dingliches, über den Gemeingebrauch hinausgehendes Sondernutzungsrecht handeln wird, das unter dem Gesichtspunkt der Konzessionsverleihung ohne dingliche Wirkung zu werten ist [132]). Aber die dingliche Unabhängigkeit des Berechtigten vom öffentlichen Grundstück lässt sich dennoch kaum anders denn als Baurecht erklären. Als privatrechtliche Servituten können auch die Leitungen [133]) des Art. 676 an öffentlichen Sachen bestellt werden. Auch hier ist wieder zu beachten, dass es sich entweder um ein dingliches Recht oder aber um eine im öffentlichen Interesse

---

Waffenplätzen; Burckhardt, S. 215. Vgl. auch BGE 31 II S. 883 Erw. 6, wo ausgeführt wird, das frühere unbeschwerte Eigentum der beiden Gemeinden Aegeri am Aegerisee sei „gemäss der allgemeinen modernen Rechtsentwicklung beschränkt durch die Zweckbestimmung der Oeffentlichkeit; jedoch schliesse dieser Umstand das Bestehen eines privaten Fischereirechtes der Gemeinden nicht aus, ob nun derselbe Ausfluss des Eigentums geblieben sei oder bei Annahme von Eigentum des Staates sich als beschränktes dingliches Recht an fremder Sache darstelle.“ Dieses Privatrecht sei auch dem Fischereiregal gegenüber gewahrt. Es sei auch mit dem Gemeingebrauch wohl vereinbar.

[130]) Wieland, 781 Bem. 2.

[131]) Oder die Errichtung einer Klubhütte, eines Hotels auf Hochgebirgsland; Wieland, 664 Bem. 4a; Erläut. S. 776.

[132]) Nach Huber § 97 S. 634 ff. sind auch diese Rechte private.

[133]) Wieland, 676 Bem. 2.

erfolgende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung handelt, wie sie oben bereits skizziert worden sind.

Das vom Baurecht gesagte gilt auch für das Quellenrecht (ZGB 704). Aber auch das Quellenrecht an der öffentlichen Sache wird meist in praxi als öffentliches Nutzungsrecht und nicht als privatrechtliche Servitut aufzufassen sein [134]). Im letzteren Falle ist auch das Quellenrecht persönliche Dienstbarkeit mit Anspruch auf ein besonderes Grundbuchblatt (655_2, 779_3, 780_3, 943_2) oder Grunddienstbarkeit zugunsten des Eigentümers eines andern Grundstücks.

Wird eine dinglich belastete Sache öffentlich, so geht ein daran bestelltes beschränktes dingliches Recht nicht unter. Es muss durch öffentlichen Akt beschränkt resp. expropriiert werden. „Le pont n'a pu devenir une dépendance du domaine public que dans l'état où il se trouvait lors du changement de destination. L'extinction de la servitude aurait dû être acquise par voie d'expropriation de la servitude elle même" [135]).

Pfandrecht an öffentlichen Sachen. Dass die Möglichkeit des Pfandrechts an öffentlichen Sachen a priori verneint wird, kann nicht verwundern [136]). Ein Staat, der seine öffentlichen Sachen verpfänden muss, kann dem öffentlichen Interesse nicht mehr dienen und hat seine Existenzberechtigung eingebüsst. Denn im Hintergrund lauert eben doch die Zwangsvollstreckung, ohne die ja das Pfandrecht nutzlos und die erst dessen Würze ist.

---

[134]) Wieland, 676 Bem. 3b; 762.

[135]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 10, S. 106, Vaud 1889; Wieland, 664 Bem. 6; Bl. f. zürch. Rechtspr. 4, Nr. 40. Gmür, Kommentar zum ZGB Art. 944 (13); RG 4, 297; 31, 217.

[136]) Regelsberger, S. 425; Biermann, S. 40. Ausgenommen für Eisenbahnen; Wieland, Art. 664 Bem. 6; 793 Bem. 9. Meili, Zeitschr. f. schweiz. Gesetzgeb. u. Rpf., V, S. 120 ff. möchte von der Pfändung ausschliessen: 1. alle öff. Kommunikationsmittel, solange sie diesem Zweck dienen, 2. alle zur Erfüllung ihrer staatl. Aufgabe der Gemeinde unentbehrlichen Objekte und die ihrer Zweckbestimmung nur durch Schädigung der Kommune selbst entfremdet werden könnten: Schulen, ausg. luxuriöse Paläste; Kirchen, Verwaltungsgebäude, Museen, Theater u. s. w.

Und doch ist das Pfandrecht an öffentlichen Sachen begrifflich durchaus unanfechtbar.[137]) Wie das Privateigentum, so besteht auch das beschränkte dingliche Recht an der öffentlichen Sache ja nur, soweit dadurch die öffentliche Zweckbestimmung unberührt bleibt. Ebenso das Pfandrecht.

Damit ist praktisch das Pfandrecht gerichtet. Was bedeutet ein Pfandrecht an einem Schulhaus, wenn dasselbe kraft öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkung seinem Dienst auch nach der Zwangsvollstreckung nicht entzogen werden darf? Und dabei wird der Pfandgläubiger durchaus nicht ungerechterweise benachteiligt. Er weiss ja schon bei der Pfandbestellung, dass ihm die Pfandverwertung nichts als das nudum jus des Eigentums einbringen wird. Das Verbot der Verpfändung öffentlicher Sachen hat seinen Grund einzig in der ethischen Erwägung, dass eine Zwangsvollstreckung über Kirchen, Museen und andere öffentliche Sachen ein Schandfleck staatlicher Haushaltsführung wäre. Indessen wird auch ohne Verbot in einem geordneten Gemeinwesen überhaupt der Gedanke einer Verpfändung seiner öffentlichen Sachen nicht aufkommen. Und wenn anderseits ein solches öffentliche Luxusbauten errichtet, die Zweck und Geldmittel weit übersteigen, so dass zu einer Verpfändung geschritten werden muss, so wird eine allfällige Zwangsvollstreckung eine wohlverdiente Lehre sein.

Allgemein ist hier noch daran zu erinnern, dass überall da, wo die Pfändung der öffentlichen Sachen verboten ist, auch von einer Verpfändung keine Rede sein kann. Der Private kann auf die Geltendmachung der Kompetenzqualität verzichten und seine Sache dennoch verpfänden oder pfänden lassen. Der Staat aber als Wahrer der öffentlichen Zweckbestimmung kann nicht, wenn die Rechtsordnung die Pfändung verbietet, seine öffentliche Verwaltungspflicht verletzen und die Sache durch Verpfändung der Pfandverwertung aussetzen. Das Pfändungsverbot ist also hier jus cogens und schliesst die Verpfändung aus. Stellt dagegen ein Staat das absolute

---

[137]) Gierke, II, S. 24; Seuffert, 31 Nr. 158; Biermann, S. 24, 25.

Pfändungsverbot nicht auf, so ist auch der Verpfändungsvertrag auf eine mögliche Leistung gerichtet und die Bestellung des Pfandrechts besteht zu Recht. Die Sache wird alsdann mit der darauf lastenden öffentlichen Eigentumsbeschränkung der Oeffentlichkeit verwertet. Ein Blick in die heutige Gesetzgebung zeigt folgendes Bild.

Dass in Oesterreich die öffentlichen Sachen überhaupt extra commercium sind, wurde schon gesagt. Das EG zur deutschen ZPO § 15 Nr. 4 behielt der Landesgesetzgebung den Erlass von Bestimmungen über Zwangsvollstreckung gegen Fiskus, Gemeinden u. a. Kommunalverbände vor. In Ausführung dieses Paragraphen verneinte Bayern gemäss seiner Ansicht über die Extrakommerzialität überhaupt jede Exekution gegen Gemeinden und Fiskus (Art. 9 des Gesetzes vom 23. Februar 1879). — Württemberg liess sie im Gesetz vom 18. August 1879 zu; aber der Pfändung entzogen sind die zum Zwecke des öffentlichen Dienstes unentbehrlichen Sachen. Italiens Judikatur schwankt. Dagegen ist Rom, auch wenn die Gemeinde sich verpflichtet habe. Frankreich entzieht seine öffentlichen Sachen dem Pfandrecht ebenfalls.

Art. 796[2] ZGB erweitert das schon in Art. 6 ausgesprochene Prinzip, dass die Kantone den Verkehr mit öffentlichen Sachen teilweise bis ganz untersagen können, für das Pfandrecht; die Kompetenz der Kantone erstreckt sich auch auf Allmend und Weiden im Eigentum von Allmendgenossenschaften, ohne dass sie zu den öffentlichen Sachen zu zählen sind[138]). Je nachdem der Kanton sich verhält, wird die Frage zu lösen sein: Wie steht es mit den Grundpfandrechten an einer Sache, die durch Indienststellung öffentlich geworden ist? Der Pfand; wert ist zweifellos durch diese rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt vermindert (ZGB 810), ohne Verschulden des Eigentümers, ob letzterer nun der Staat selber oder ein Dritter ist. Kantone mit Verpfändungsverbot werden überhaupt die Indienststellung nicht vornehmen dürfen, bevor alle Pfandrechte abgelöst, die Pfandschulden getilgt und die Einträge

---

[138]) Wieland, 796 Bem. 2.

gelöscht sind, ob nun die Ablösung durch privatrechtlichen Vertrag oder als Entschädigung auf dem Enteignungswege erfolgt. Kantone ohne Verpfändungsverbot dagegen können naturgemäss das Pfandrecht weiter bestehen lassen, und abgesehen von der tatsächlichen Wertverminderung durch die Auferlegung der Zweckbestimmung steht der Pfandgläubiger genau wie vorher da. Aber auch hier muss gesagt werden: wie das Gesetz meist die Enteignung vorschreibt, wenn dem Eigentümer durch die Indienststellung nur das nudum jus bliebe, so ist auch hier, wo ja dem Pfandgläubiger auch nicht mehr bleibt, der einzige billige Weg die Ablösung des Pfandrechts durch Vertrag oder Enteignung.

Wie nun die Kantone die Frage der Pfändung und der Verpfändung geregelt haben, ist z. T. aus den kantonalen EG zum SchKG und zum ZGB ersichtlich, z. T. bestehen hierüber Spezialgesetze oder Gewohnheitsrecht; jedenfalls hat das ZGB keinen Einfluss auf die Rechtsentwicklung nach dieser Richtung.

Das SchKG findet gemäss Art. 30 nicht Anwendung auf die Zwangsliquidation der Eisenbahnen und Emissionsbanken, die auf anderer verfassungsrechtlicher Grundlage durch besondere Gesetze geregelt ist, und ferner nicht auf die Zwangsvollstreckung gegen Kantone, Bezirke und Gemeinden, soweit hierüber kantonale Vorschriften bestehen. Besondere, die Anwendung des SchKG ausschliessende Bestimmungen besitzen Zürich (EG § 118—125), Luzern (EG § 25), Fribourg (EG Art. 35), Tessin (EG Art. 68), Vaud (EG Art. 68). Ferner bestimmt das Gesetz vom 10. März 1870 § 3 für den Kanton Aargau: „Betreibungen gegen Gemeinden werden von dem zustehenden Bezirksamt bewilligt und vom Amtsweibel vollzogen“. (Vergl. auch Kreisschreiben des Reg.-Rates vom 5. August 1892.) Zürich, Schwyz und Schaffhausen schliessen von der Vollstreckung die feuerpolizeilichen Gerätschaften aus. Vaud schliesst aus „les objets affectés par l'autorité au service public, tels que: pompes à feu, objets de culte et de l'enseignement“.

Bezüglich der Verpfändungsmöglichkeit ist zu bemerken: Luzern, EG zum ZGB 102, gestattet die Verpfändung

von öffentlichem Grund und Boden, von Allmenden und Weiden, die sich im Eigentum von Gemeinden und Korporationen befinden, nur mit Bewilligung des Regierungsrates, ebenso Nidwalden 154, Graubünden 138 für Gemeindeboden. Ein striktes Verbot haben Uri 134, Solothurn 287, Basel 190, ausdrücklich für Sachen im Gemeingebrauch wie auch Verwaltungsvermögen, Appenzell I.-Rh. 164, ausgenommen nach Bewilligung durch den Grossen Rat zur Ausführung öffentlicher Werke, ebenso Appenzell A.-Rh. 159, Wallis Einf.-Verord. 208. — Sofern das kantonale öffentliche Recht die Verpfändung nicht verbietet oder Sonderbestimmungen für die Zwangsvollstreckung über öffentliche Sachen enthält, muss Geltung des SchKG auch für die öffentlichen Sachen angenommen werden[139]).

Tatsächlich sind Zwangsvollstreckungen gegen Gemeinden in den die Verpfändung zulassenden Kantonen nie durchgeführt worden. Bei Ueberschuldung von Gemeinden findet vielmehr gewöhnlich Uebernahme der Gemeindeverwaltung durch den Kanton statt. So wurde gemäss Art. 64 der waadtländischen Verfassung s. Z. die Munizipalität von Lausanne und Chavannes-le-Chêne suspendiert und die Verwaltung „en régie" genommen. In Graubünden stehen noch heute etliche Gemeinden unter „Bevogtung" durch den Kleinen Rat. Ebenso in Schaffhausen, das sogar ein Spezialgesetz betr. Bevogtung von Gemeinden besitzt[140]).

Die Bestellung von Pfandrechten an Eisenbahnen regelt das BG vom 24. Juni 1874 mit Verordnung vom 7. Dezember 1874. Die Bestellung erfolgt, wo nichts anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des ZGB. Der Eintrag geschieht in das Spezialgrundbuch. Die Exekution dagegen ist dem SchKG nicht unterstellt, sondern erfolgt nach dem Gesetz vom 24. Juni 1874 selbst[141]). Die Bestellung des Pfandrechts ist indessen von bundesrätlicher Bewilligung abhängig.

Eine Gruppe für sich bilden die im SchKG Art. 92 Ziff. 6 unpfändbar erklärten militärischen Ausrüstungsgegen-

---

[139]) Burckhardt, S. 658; Jaeger, Komm. I Art. 30 Note 4.

[140]) Meili, S. 158.

[141]) Wieland, 793 Bem. 9.

stände. Ob nun dieselben für Unteroffiziere und Soldaten im Eigentum des Staates oder für Offiziere im Eigentum des Trägers selbst stehen, in beiden Fällen sind sie nicht nur unpfändbar, sondern auch unverpfändbar, und ein Verzicht auf die Unpfändbarkeit wie bei den übrigen Kompetenzobjekten ist im Hinblick auf die öffentliche Zweckbestimmung unmöglich, solange dieselbe andauert. Unverpfändbar ist auch das Fahrrad des Militärfahrers, solange er auszug- oder landwehrpflichtig ist, sowie das Dienstpferd samt Ausrüstung, verpfändbar dagegen sind die Effekten des nicht mehr dienstpflichtigen oder verstorbenen Offiziers, das Fahrrad des Landsturmpflichtigen und das Dienstpferd nach erfüllter Dienstzeit, weil eben die öffentliche Zweckbestimmung aufgehört hat. Die Dienstentlassung ist zugleich Ausserdienststellung der Sache[142]).

V. Beschränkungen der Eigentumsausübung.

Rechtliche Relationen entstehen nicht nur, wenn der Eigentümer seine Willensmacht im rechtlichen Verkehr mit andern Rechtssubjekten betätigt, sondern auch unmittelbar auf Grund des Gesetzes. Und zwar entsteht eine Leistungspflicht des Eigentümers, wenn derselbe in Ausübung seines Eigentums zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt oder sein Recht missbraucht. Die Leistungspflicht geht auf Ersatz des Schadens.

---

[142]) Jaeger, Komm. I, Art. 92 Note 13; Burckhardt, S. 199. Diese Zweiteilung der unpfändbaren Gegenstände in militärische Ausrüstung und übrige Kompetenz mit verschiedener Behandlung der beiden Gruppen ist durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geschaffen worden und an sich ohne Rückhalt im Texte des SchKG. Während aber die absolute Unpfändbarkeit der Militärsachen nie im Zweifel stand, wurden kantonale Versuche zur Gleichstellung der übrigen Kompetenz mit ihnen stets abgewiesen (vgl. Archiv f. Schuldbetreibung und Konk. X Nr. 56, Abhandlung von Mentha; BGE 28 I Nr. 64 S. 267—269). Zur Motivierung der Zweiteilung lässt sich anführen, dass die Militärsachen als öffentliche im Staatsinteresse unpfändbar sein müssen, während die übrige Kompetenz nur im Einzelinteresse geschützt ist und daher bei Mangel dieses Interesses — manifest durch den Verzicht — der Pfändung wohl unterworfen werden kann.

Der Geschädigte macht seinen Anspruch mit der Actio legis Aquiliae geltend. Es muss aber zur Begründung des Ersatzanspruches meist ein Verschulden des Eigentümers vorliegen.

Auch der Eigentümer öffentlicher Sachen haftet in diesem Falle für den entstandenen Schaden. Von diesem privatrechtlichen Schadenersatzanspruche ist zu scheiden der meist vom positiven Recht gewährte Schadenersatz bei rechtmässigen Eingriffen des Staates kraft Hoheitsrechtes in die Rechtssphäre der Untertanen. Dieser Ersatzanspruch ist öffentlichrechtlich. Er folgt nicht aus der unrechtmässigen Ausübung des Eigentums, sondern aus der unrechtmässigen Handhabung der Staatsgewalt.

Beispiele für den hier allein zu besprechenden privatrechtlichen Ersatzanspruch sind Haftung für Schaden entstanden durch mangelhaften Unterhalt der öffentlichen Strasse[143]), Sturz eines Passanten in einen Bach infolge Fahrlässigkeit der Gemeinde[144]), schuldhafte Verunreinigung eines Privatflusses[145]). Für die Schweiz folgt die Ersatzpflicht des Eigentümers als solchen aus Art. 58 (67 OR)[146]).

Ueber das Verhältnis des obligatorischen Ersatsanspruchs zur Negatoria des Art. 679 ZGB ist kurz zu bemerken[147]) :

In Abweichung vom in Art. 41 (50) OR als Prinzip statuierten Verschuldungsprinzip haftet der Grundeigentümer gemäss Art. 58 (67) OR schon aus jedem Schaden, der infolge mangelhafter Herstellung oder Unterhaltung verursacht ist. Was nun Art. 58 (67) OR für Schaden, verursacht durch mangelhafte Herstellung oder Unterhaltung, festsetzt, das be-

---

[143]) Seuffert, 25 Nr. 20; RG 7 Nr. 81, wegen gefährlicher Beschaffenheit der Strasse.

[144]) Seuffert, 50 Nr. 87.

[145]) Seuffert, 60 Nr. 218. Ferner 31 Nr. 37, 229; 35 Nr. 29 Busch, A. f. civ. Pr., 45 S. 139 ff.; Dernburg, Pand. II, § 131 Nr. 11.;

[146]) Wieland, 664 Bem. 8c; 679 Bem. 8; BGE 8, 362; 9, 588; 16, 812; 26², 337; 32², 186; RG 52 S. 369, 373; 54, 53; 55, 25; Seuffert, 52 Nr. 20; 60 Nr. 218; Revue, 16, 60; 17, 60.

[147]) Wieland, 679 Bem. 1–3.

stimmt Art. 679 ZGB für allen Schaden, der hervorgerufen worden ist in Ueberschreitung der Ausübung des Eigentumsrechts. Wie Art. 58 (67) OR, so ist auch Art. 679 ZGB Ausnahme gegenüber Art. 41 (50) OR.

Der Eigentümer öffentlicher Sachen haftet wie jeder Eigentümer aus OR Art. 58 (67) und aus ZGB Art. 679, aus ersterem im gleichen Umfang, denn das öffentliche Recht befreit ihn in keinem Falle von der Pflicht zu solider Herstellung und Unterhaltung seiner Gebäude. Dagegen ist der Haftungsbereich aus Art. 679 ZGB geringer, weil alle rechtmässigen Eingriffe des Staates der zivilrechtlichen Haftung entzogen sind. Richtiger Ansicht nach handelt er in diesen Fällen gar nicht in Ausübung des Eigentums, sondern des Hoheitsrechts. Es ist denn auch eine allfällige Ersatzpflicht öffentlichrechtlicher Natur.

Die Haftung aus Art. 679 ZGB wurde oben beim Schaden aus Ueberschreitung des Nachbarrechts erwähnt. Indessen erschöpft sie sich hierin nicht. Sie gilt für jeden Schaden, der durch den Eigentümer der öffentlichen Sache widerrechtlich in Ausübung seines Grundeigentums verursacht worden ist. Hieher gehört ausser der Verletzung nachbarrechtlicher Vorschriften die schikanose Eigentumsausübung, die zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung enthält.

Als Ausübung des Grundeigentums darf aber nicht jede vom Eigentümer auf seinem Grundstück vorgenommene Handlung angesehen werden, sondern nur jede, die der Eigentümer als solcher ausübt. Ausgeschlossen ist jede Tätigkeit aus anderem Rechtsgrund (Jagdpatent u.s.w.) auf dem Grundstück.

Gerichtsentscheide, die an der Haftbarkeit des Eigentümers öffentlicher Sachen zweifeln lassen, bestehen m. W. keine. Das Bundesgericht hat die Haftbarkeit stets bejaht. So in einem Entscheide, wo in Verletzung ihrer Legalservitut eine Dammbaute zu nahe am Nachbargrundstück errichtet wurde. Hier erfolgte die Bemessung des Ersatzes durch die Berechnung der Differenz der Nachteile infolge der Baute, wie sie tatsächlich errichtet worden ist, und der Nachteile, die der

Liegenschaft durch eine Baute entstanden wären, die die gesetzliche Distanz eingehalten hätte[148]).

Grundsätzlich wird der Bemessung des Schadens stets der Verkehrswert zugrunde gelegt[149]).

Die Pflicht zur Ausführung von Reparaturarbeiten auf der Allmend steht dem Staat zu. Unterlässt er in Kenntnis des schadhaften Zustandes — was beim Staat wohl präsumiert werden dürfte — die nötigen Arbeiten, so haftet er für den entstandenen Schaden, gleichviel ob prinzipiell ein anderer (es handelt sich um den Eigentümer der über dem Birsig stehenden Gebäude) für den Unterhalt des Gewölbes aufzukommen hat[150]). Ebenso besteht eine Haftung aus OR bei mangelhafter Anlage eines Wasserwerkkanals[151]). Eine Ersatzpflicht wurde auch ausgesprochen, als ein Passant in eine Kloake auf einer öffentlichen Strasse fiel[152]), infolge schlechten Verschlusses der Kloake. Ebenso wurde vom Bundesgerichte eine Entschädigung zugesprochen für den durch Funkenwurf einer Lokomotive entstandenen Schaden[153]). Die Bahngesellschaft soll alle Vorkehrungen zu sicherm Betriebe treffen, sonst ist sie, sofern sie ein Verschulden trifft, haftbar. Ohne ein solches dagegen ist sie zum Ersatz nicht verpflichtet, auch wenn der Schaden nachweisbar vom Funkenwurf herrührt.

Mit Recht ist dagegen die Entschädigung nach OR abgewiesen worden, als durch eine Korrektion ein rechtmässiger Eingriff in die Privatrechtssphäre eines Anstössers geschah (Verlust einer bequemen Zufahrt)[154]). Dagegen wurde dem

[148]) BGE 22, S. 1044 Erw. 6. [149]) BGE 28² S. 426; 29² S. 218.

[150]) Basler Verw.-Ber. 1887, Ger. 12.

[151]) Revue 7 Nr. 71; 8 Nr. 6 (Basel), 37, 34.

[152]) Revue 13 Nr. 27. Weitere Fälle: BGE 32² S. 186; 24² S. 103; 25² S. 112; Fleiner, S. 37.

[153]) BGE 20 S. 156. Bei Verschulden des Staates und des Geschädigten beschränkter Ersatz. BGE 26², 831.

[154]) Ebenso BGE 26², 823 (Schadenersatz eines Wasserwerkbesitzers bei der Lorzekorrektion). Vergl. auch BGE 2, 536 (kein Schadenersatz der Bahngesellschaft an den Privaten, bei Unterbrechung einer öffentl. Strasse durch die Bahn). Vgl. auch 24², 99.

Geschädigten ein Schadenersatz nach kantonalem (st. gallischem) öffentlichen Recht zugesprochen, weil ein zwar rechtmässiger Eingriff, aber doch eine Schmälerung der Privatrechtssphäre vorlag, die in St. Gallen wie anderorts nur gegen Schadloshaltung gestattet ist[155]).

Oft liegen Verletzung nachbarrechtlicher Vorschriften und Schadenszufügung vereint vor. Hier wird, soweit sie das positive Recht auch gegen den Eigentümer öffentlicher Sachen gewährt, die Einwirkung mit der Negatoria und die Schadenszufügung mit dem obligatorischen Anspruch bekämpft[156]).

---

[155]) Revue 15 Nr. 87.

[156]) Revue 8 Nr. 34 (Basel). Haftpflicht für Schaden, der dem Nachbar der öff. Liegenschaft aus dort vorgenommenen Vorrichtungen entstanden ist. Es ist Rechtspflicht des Gemeinwesens, auf schon vorhandene nachbarliche Einrichtungen Rücksicht zu nehmen; der Staat haftet hier wie jeder Privateigentümer.

Inhalt.

Seite

Einleitung 207

Die Zweckbestimmung als Eigentumsbeschränkung 209

Oeffentliches Eigentum und Domaine Public 211

Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im Schweizer Recht

I. Die Kompetenz zur Regelung von Eigentum und Hoheitsrecht 217

II. Das Subjekt des Eigentums 219

III. Begründung und Ende; Grundbuch 224

IV. Die Grenzen des Eigentums an öffentlichen Sachen

A. Privatrechtliche Beschränkungen

1. des Inhalts (Nachbarrecht) 228

2. der rechtlichen Verfügung 237

B. Oeffentlichrechtliche Beschränkungen

1. des Inhalts kraft Hoheitsrechtes 238

2. der rechtlichen Verfügung (Extrakommerzialität) . 246

V. Beschränkungen der Eigentums-Ausübung 258

Abgekürzt zitierte Literatur.

Anschütz, Verwaltungsarchiv V und Sonderabdruck: „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt.“

Baudry-Lacantinerie, Précis du droit civil, I. Band.

Biermann, Die öffentlichen Sachen (1905).

Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts II.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I (1905).

Dorner und Seng, Badisches Landesprivatrecht, Ergänzungsband zu Dernburg

Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, Sonderdruck, Tübingen 1908.

— Verwaltungsrecht, 1911 (zitiert Verw.-R.).

Gierke, Deutsches Privatrecht II.

Hauriou, Précis du droit administratif.

Hatschek, Verwaltungs-Archiv VII.

Huber, Schweiz. Privatrecht III.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage.
v. Kamptz und Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts, I.
Kappeler, Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege I.
Kisch, Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht, Ergänzungsband zu Dernburg.
Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht II.
Meili, Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege, V.
Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht, Ergänzungsband zu Dernburg.
Pandectes françaises, XXIV (domaine public).
Pfleghart, Grundzüge einer Bundesgesetzgebung über Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte, I. Teil.
Schelcher, Archiv für öffentliches Recht IX.
Vogt, Erich, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Rechte, Diss.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts I, 8. Auflage.

Sowie die einschlägigen

Kommentare und Sammlungen in den üblichen Abkürzungen.