Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung

Autor(en): **Kirchhofer, Emil**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **58 (1939)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896253

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung.

Von Bundesrichter Dr. Emil Kirchhofer, Lausanne.

I.

1. Unter den verfassungsmäßigen Rechten der Bürger, deren Hüter das Bundesgericht ist, nimmt die Erklärung der Unverletzlichkeit des Eigentums nach der sachlichen Bedeutung und der Zahl der Anstände einen wichtigen Platz ein. Sie sichert die private Sphäre des einzelnen in Hinsicht auf das Eigentum vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt. Es ist eine kantonale Garantie, die sich in den Kantonsverfassungen aller Kantone (mit Ausnahme derjenigen des Tessin) findet. Dem kantonalen Charakter entspricht der Wirkungsbereich. Die Eigentumsgarantie gewährt nur Schutz gegenüber Erlassen und Verfügungen des kantonalen Rechtsbereiches und nicht gegen solche Eingriffe der kantonalen Behörden, die ihre Stütze im Bundesrecht haben[1] [2]).

In der Formulierung weichen die Eigentumsgarantien der Kantonsverfassungen voneinander ab[3]). Aber Sinn und Inhalt sind im wesentlichen überall die gleichen. Das

---

[1]) 47 II 511 (die publizierten Urteile des Bundesgerichts werden mit Angabe von Band und Seite oder Nummer zitiert — unter Hinweis auf die „Praxis", wenn das Urteil mit der betreffenden Erwägung sich dort findet —, die nicht publizierten mit dem Namen der Rekurspartei und dem Datum).

[2]) Wenn auch Beispiele aus dem eidgenössischen Recht erwähnt werden, so geschieht es nur, um rechtliche Erscheinungen, die bei der Eigentumsgarantie von Belang sind, zu veranschaulichen.

[3]) Zusammenstellung bei Vogt, Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte. Zürcher Diss. 4 ff.

Eigentum oder die Privatrechte sind als unverletzlich bezeichnet, und es ist beigefügt, daß die Zwangsabtretung aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zulässig sein soll. Auch wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist, so ist doch nicht nur das Eigentum, sondern sind die privatrechtlichen Vermögensrechte überhaupt gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt sichergestellt[4]). Schutzobjekt ist das Eigentum in einem solchen allgemeineren Sinn. Unter „Eigentum" soll daher hier, je nach dem Zusammenhang, auch das Eigentum in dieser weiteren, die privaten Vermögensrechte umfassenden Bedeutung verstanden sein.

Die Eigentumsgarantie schützt das Eigentum nicht als absolute, unbeschränkte Herrschaft über die Sache, sondern nur mit demjenigen Gehalt, den es nach der jeweiligen objektiven Rechtsordnung hat. Dies ist von besonderer Bedeutung für das Grundeigentum, das von mancherlei Schranken umgeben ist, nicht nur privat-, sondern auch öffentlichrechtlicher Natur. Mit der Eigentumsgarantie vertragen sich die von den Kantonen dem Eigentum aus Erwägungen der allgemeinen Wohlfahrt auferlegten Bindungen, die bis zu einer starken Einengung der Befugnisse des Eigentümers gehen können, und sie bildet namentlich kein Hindernis für neue Beschränkungen dieser Art[5]).

Der Ausdruck „Eigentumsbeschränkung" ist freilich insofern einigermaßen mißverständlich, als es sich um Rechtssätze handelt, die mit den Inhalt und Umfang des Eigentums, die daraus fließenden Rechte und Pflichten, bestimmen. Der neue Rechtssatz erscheint als beschränkend gegenüber dem bisherigen Rechtszustand, und alle diese Rechtssätze sind Beschränkungen, wenn man von

---

[4]) 57 I 209 und dortige Zitate.

[5]) S. ZGB Art. 702. Diese Bestimmung ist keine Ermächtigung, sondern, als Spezialvorschrift zu Art. 6, Vorbehalt einer ohnehin bestehenden kantonalen Gesetzgebungskompetenz. *57* I 211 (Pr *20* Nr. 152).

der Idee des Eigentums als einer allumfassenden Sachherrschaft ausgeht. Aber vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus kann das, was inhaltliche Umschreibung des Eigentums ist, nicht zugleich Beschränkung dieses Inhalts sein. Jene Bezeichnung ist indessen die vom Gesetz verwendete (ZGB Art. 680 ff.) und übliche für das Rechtsinstitut, von dem hier die Rede ist.

Nur das objektive Recht kann den Inhalt des Eigentums umgrenzen, so wie er dann durch die Eigentumsgarantie gewährleistet ist. Diese bietet Schutz gegen Beschränkungen ohne Grundlage im positiven Recht. Die Beschränkung muß durch einen Rechtssatz bestimmt sein. In der Regel ist es eine gesetzliche Norm. Doch ist ein Gesetz im formellen Sinn nicht erforderlich. Es genügt eine kraft gesetzlicher Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung (oder auch eine autonome Satzung). Vereinzelt kommen auch gewohnheitsrechtlich fundierte Eigentumsbeschränkungen vor[6]). Ohne solche Grundlage im Gesetz (oder Gewohnheitsrecht) kann die Verwaltung keine das Eigentum beschränkende Auflage machen. Es ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der, was die Eigentumsbeschränkungen anlangt, durch die Eigentumsgarantie sanktioniert ist.

Im Gebiete der Polizei finden sich auch Eigentumsbeschränkungen, die in allgemeinen polizeilichen Kompetenzen eine hinlängliche Grundlage haben (wobei man unter Umständen auch von Gewohnheitsrecht wird reden können). Auch soweit kein besonderer positiver Rechtssatz es anordnet, hat der Eigentümer die Pflicht, die Sache in polizeimäßigem, d. h. den Anforderungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entsprechendem Zustand zu erhalten[7]). Ferner muß der Eigentümer sich

---

[6]) *45* I 54 (Pr *8* Nr. 77): gewohnheitsrechtlich begründetes kantonales Bergregal.

[7]) *20* 796[2], Verbot des Betriebs eines Steinbruchs vermittelst Sprengungen, welche die Umgebung gefährden. *36* I 691, Verweigerung der Baubewilligung für ein Wohnhaus, weil eine

gewisse Einwirkungen, wie das Betreten von Liegenschaften zur Vornahme amtlicher Handlungen, gefallen lassen[8]).

Nach der Form, wie sie den Eigentümer treffen, zerfallen die Eigentumsbeschränkungen in drei Gruppen:

a) Dem Eigentümer werden bestimmte Arten des Sachgebrauchs untersagt. Er darf nur so bauen, wie es den maßgebenden Bauvorschriften entspricht, und er darf überhaupt nicht bauen, bevor die zuständige Behörde die Bauerlaubnis erteilt hat. An den Ufern von Flüssen und Bächen dürfen keine Bäume und Sträucher, die den Wasserablauf hemmen, gepflanzt werden. Fabriken, die schädliche Ausdünstungen verbreiten, dürfen nicht in engen Quartieren betrieben werden[9]).

b) Der Eigentümer muß gewisse Einwirkungen dulden. Das oben erwähnte Betreten des Grundstückes durch Amtspersonen in ihren Funktionen. Die Anbringung von Straßentafeln, öffentlichen Beleuchtungsvorrichtungen, Angaben betreffend Gas- und Wasserleitungen und dergleichen an Gebäuden[10]). Das Ziehen von Telegraphen- und Telephondrähten über Privateigentum[11]).

c) Der Eigentümer ist zu Handlungen verpflichtet, welche die Sache gegenständlich betreffen. Er muß an der Sache selber gewisse Leistungen vornehmen oder vornehmen lassen. Die Eigentümer von Mietwohnungen werden verpflichtet, diese durch den Anschluß an bestehende Leitungen mit Trinkwasser zu versehen[12]). Die

---

Zufahrt fehlt und daher die Löscharbeiten im Falle eines Brandes erschwert werden. Das Urteil behilft sich immerhin mit einer sehr weitgehenden Auslegung des Gesetzes. Haab, Sachenrecht Art. 702 N. 8; Ruck, Festgabe der juristischen Fakultät Basel für Speiser, 20 ff.

[8]) *56* I 273 (Pr *19* Nr. 176).

[9]) *26* I 77, *5* 396.

[10]) Bern, Alignementsgesetz vom 15. Juli 1894 § 15.

[11]) BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 Art. 6.

[12]) *29* I 394, wo die Frage, ob es sich um eine Eigentumsbeschränkung handle, offen gelassen wurde.

Pflicht, bebaute Grundstücke an die öffentliche Kanalisation anzuschließen. Die Pflicht, Grundstücke in bestimmter Lage überhaupt oder in besonderer Weise einzuhagen. Die Pflicht der Eigentümer von Gärten und Kulturland, darauf Maikäfer einzusammeln und sie abzuliefern. Die Pflicht, das Eigentum gegebenenfalls durch die nötigen Vorkehren in polizeimäßigen Zustand zu bringen[13]).

2. Der gesetzliche oder gesetzlich ermächtigte Rechtssatz kann die Eigentumsbeschränkung nach Bestand und Inhalt unmittelbar aufstellen. Die Pflicht des Eigentümers, zu unterlassen, zu dulden, zu handeln, ist dann ohne weiteres gegeben, sobald der gesetzliche Tatbestand vorliegt. Der Uferanstößer darf keine Anpflanzungen vornehmen, die den Wasserablauf hemmen; der Eigentümer darf nicht bauen, ohne im Plangenehmigungsverfahren die Bauerlaubnis erhalten zu haben. Wenn in solchen Fällen, bei Säumnis oder Zuwiderhandeln des Eigentümers, eine Verfügung der Behörde ergeht, welche die Pflicht feststellt und an den Eigentümer ein entsprechendes Verbot oder Gebot richtet, so soll damit nur für die Beobachtung der schon von Gesetzes wegen unmittelbar bestehenden Pflicht gesorgt werden.

Diese Funktion kann die Verfügung auch haben, wenn der gesetzliche Tatbestand eine mehr oder weniger unbestimmte Voraussetzung enthält. Der Eigentümer muß seine Liegenschaft in polizeimäßigem Zustand erhalten; Bauten, die den Anforderungen der Sicherheit nicht entsprechen, müssen niedergerissen werden[14]); das

---

[13]) Dagegen werden andere öffentlichrechtliche Pflichten, deren Träger durch das Eigentum an einem Grundstück sich bestimmt, namentlich die Vorzugslasten, nicht als Eigentumsbeschränkungen angesehen. *4* 394, *8* 253, Beitrag an die Juragewässerkorrektion; *12* 448[3], Wuhrpflicht der in der Gefahrenzone liegenden Grundstücke; *8* 253, Versicherungszwang bei der kantonalen Brandversicherungsanstalt; Haab, Sachenrecht Art. 680 N. 26.

[14]) *11* 21.

Anbringen von Plakaten und Reklamen, die das Orts- oder Landschaftsbild verunstalten, ist verboten[15]). Derartige unbestimmte Begriffe sind meistens als eindeutig aufzufassen. So sehr es im einzelnen Fall zweifelhaft sein mag, ob der eindeutige, unscharfe Begriff als Tatbestandsmerkmal der Eigentumsbeschränkung zutrifft, so kann dann doch immer nur eine Antwort richtig sein, und es ist ausgeschlossen, daß verschiedene Lösungen als rechtmäßig erscheinen würden. Der Zustand der Liegenschaft kann in der betreffenden Beziehung nur polizeimäßig oder polizeiwidrig sein; auf die Frage, ob das Plakat das Landschaftsbild verunstalte, kann die Antwort nur ja oder nein sein. Soweit der unbestimmte Begriff als eindeutig sich darstellt, hat man es daher nicht mit behördlichem Ermessen zu tun; denn zum Wesen des Ermessens gehört die Mehrdeutigkeit[16]). Auch hier hat die Verfügung der Behörde, was die Eigentumsbeschränkung anlangt, nur feststellende Natur. Ihr Einschreiten geht auf die Beseitigung eines gesetzwidrigen, die Herstellung des gesetzmäßigen Zustands.

Die materiellen Bauvorschriften sind in der Regel unmittelbare Schranken der Baufreiheit. Sie binden den Eigentümer ohne anderes. Freilich darf er auch eine diesen Vorschriften entsprechende Baute nicht errichten, bevor er die Bauerlaubnis nachgesucht und erhalten hat. Hierin liegt eine formale Beschränkung der Baufreiheit, die aber gleichfalls die unmittelbare Folge des Rechtssatzes ist[17]). Im Plangenehmigungsverfahren soll das Bauvorhaben auf seine Vereinbarkeit mit den Bauvorschriften geprüft werden. In dieser Frage hat die Verfügung deklaratorische Bedeutung. Die Erteilung der

---

[15]) *45* I 259 (Pr *8* Nr. 142); *60* I 271 (Pr *23* Nr. 170).

[16]) Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht 48 ff. (auch ZSR *55* 48 ff.).

[17]) „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt.“ O. Mayer, Verwaltungsrecht 3. A. § 22; Fleiner, Instit. des Verwaltungsrechts 8. A. § 35.

Bewilligung hat insofern konstitutive Tragweite, als sie jenes formale Bauhindernis wegräumt. Sie hat diese Wirkung aber nicht für die Eigentumsbeschränkung, da ja die formale Baubefugnis gerade voraussetzt, daß die Behörde die Übereinstimmung des Projektes mit den materiellen Baubestimmungen festgestellt hat.

Der Rechtssatz kann das Eigentum aber auch bloß mittelbar beschränken in der Weise, daß eine behördliche Verfügung zu ergehen hat, die irgendwie konstitutiv wirkt. Es sind in erster Linie und in der Regel Verfügungen, die ein Ermessenselement aufweisen. Doch können auch Verfügungen, bei denen die Behörde rechtlich gebunden ist, gelegentlich diesen Charakter haben. Bei der mittelbaren Eigentumsbeschränkung grenzt der Rechtssatz das Eigentum in abstrakt-virtueller Weise ab; erst die Verfügung gibt ihr im einzelnen Fall konkret-aktuelle Gestalt. Der Anteil der Verfügung kann dabei im Verhältnis zur gesetzlichen Umschreibung größer oder geringer sein.

Der Rechtssatz stellt den Inhalt einer Eigentumsbeschränkung fest, macht aber ihr Verbindlichwerden von einer Verfügung der Behörde abhängig. Bei Gegenständen, die aus geschichtlichen oder ästhetischen Gründen eines besondern Schutzes würdig sind, dürfen Verfügungen oder Veränderungen bloß mit behördlicher Genehmigung vorgenommen werden; dies aber nur, wenn der Gegenstand zuvor in ein Inventar der Kunstdenkmäler, eine Denkmalliste und dgl. eingetragen worden ist[18]). Ob die Behörde dabei gebunden oder rechtlich irgendwie frei ist, bestimmt sich nach der Art und Weise, wie der Rechtssatz die Voraussetzungen der Eintragung umschreibt. Ein Ermessenselement kann gegeben sein. Jedenfalls hat die Eintragungsverfügung für die Eigentumsbeschränkung konstitutive Wirkung[19]).

---

[18]) *31* I 119. Das in Anm. 69 zitierte Urteil des deutschen Reichsgerichts. Giesker, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz, Zürcher Diss. 30 ff.

[19]) Diese Eigentumsbeschränkung ist formaler Natur: keine

Der rechtssatzmäßige Inhalt der Eigentumsbeschränkung kann eine Unbestimmtheit aufweisen, die im einzelnen Fall einer näheren Ordnung nach behördlichem Ermessen ruft. Die Baugesetze geben häufig der Behörde die Kompetenz, von der Beobachtung bestimmter Vorschriften zu entbinden, wenn sie es für zweckmäßig hält. Die durch solche Vorschriften begründeten Beschränkungen der Baufreiheit bestehen dann nur mit dem Vorbehalt: wenn die Behörde nicht davon dispensiert, also Ermessen zugunsten des Eigentümers.

Auch sonst stellt bisweilen der Rechtssatz gewisse Modalitäten einer Eigentumsschranke dem Ermessen der Behörde anheim, wenn es sich um Punkte handelt, die wegen der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse einer allgemeinen Regelung nicht wohl zugänglich sind. Hier ist alles Grundeigentum, das unter den Rechtssatz fällt, in dem Sinn beschränkt, daß in dem fraglichen Punkt die Behörde gegebenenfalls das Angemessene verfügen kann[20]).

Ermessenskompetenz der Behörde findet sich bei der Ziehung der Straßenflucht- und Baulinien. Sie be-

---

Verfügung oder Veränderung ohne behördliche Genehmigung. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Verweigerung der Genehmigung, d. h. das Verbot, das beabsichtigte Vorhaben auszuführen, z. B. ein Bauverbot, bloße Verwirklichung einer Eigentumsbeschränkung sei. Siehe unten S. 166 ff.

Die nach dem BRB betreffend die Festungsgebiete vom 18. März 1937 (Gesetzessammlung 162) vorgesehenen Eigentumsbeschränkungen — zum Teil jedenfalls handelt es sich bei den dortigen Maßnahmen um solche — werden erst wirksam mit der Verfügung, mit der das eidg. Militärdepartement das Festungsgebiet festsetzt und umschreibt, Art. 10.

[20]) Zürich, Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 § 60: „Der Gemeinderat ist berechtigt, vorzuschreiben, daß ein Teil des Grundstücks an der rückwärts gelegenen Grenze unüberbaut bleibe, um in Notfällen den Zutritt zum Nachbargrundstück zu ermöglichen.“ Es wird hier vorausgesetzt, das sei bloße Eigentumsbeschränkung. Die S. 142 erwähnte Anbringung von Straßentafeln und dgl.

tätigt sich aber hier meistens nicht durch Verfügung im einzelnen Fall, sondern durch Aufstellung von allgemeinen Regeln, d. h. von Rechtssätzen. Ein kantonales Gesetz ermächtigt die Gemeinden, für ihr Gebiet oder einzelne Teile Bebauungspläne festzusetzen, die u. a. die Fluchtlinien der künftigen Straßen und die Baulinien enthalten und das Baurecht der Grundeigentümer entsprechend zurückdrängen[21]). Obgleich der Bebauungsplan für jedes Grundstück die Beschränkung zeichnerisch darstellt, wird er zutreffenderweise rechtlich doch nicht aufgefaßt als eine Summe von Einzelverfügungen, sondern als verordnungsmäßiger Rechtssatz, der, in Anbetracht der Schwierigkeiten einer sprachlichen Formulierung, in besonderer technischer Form zum Ausdruck gebracht ist[22]).

Einzelakt mit behördlichem Ermessen liegt dagegen vor, wenn die Baulinie für ein einzelnes Grundstück und wohl auch, wenn sie für eine kleine zusammenhängende Gruppe von solchen festgelegt wird. Beruht dann die fragliche Baubeschränkung auf einem gesetzlich ermächtigten Ermessensentscheid, so kann sie trotzdem, je nach den Umständen, bloße Konkretisierung einer Eigentumsbeschränkung sein.

II.

Würden die Kantonsverfassungen nur sagen: „das Eigentum ist unverletzlich", so wäre, dem Wortlaut nach, anzunehmen, das Eigentum sei stets als solches, in seinem sachlichen Bestande, gewährleistet. Nicht nur Eingriffe ins Eigentum ohne gesetzliche Grundlage oder ohne öffentliches Interesse wären dann unzulässig, sondern auch

---

[21]) Der Bebauungsplan kann auch nur die rechtliche Natur eines internen Instruments der Verwaltung haben ohne Wirkung nach außen, für die Grundeigentümer. Müller und Fehr, Das Baupolizeirecht der Schweiz 34.

[22]) W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 154; Nabholz, Das Institut des Bebauungsplans, Zürcher Diss. 51 ff.

die Enteignung. Der Zusatz, daß Zwangsabtretungen im öffentlichen Interesse und gegen volle Entschädigung statthaft sind, schränkt indessen die Garantie dahin ein, daß beim Vorliegen des Enteignungstatbestandes der Eigentümer nur mehr im Vermögenswert, den die Sache darstellt, geschützt ist. Der Vorbehalt der Enteignung ist daher, zwar nicht eine Ausnahme, wohl aber eine einschränkende Präzisierung der Eigentumsgarantie[23]).

Nach der Formulierung in den Kantonsverfassungen hat jener Vorbehalt, jedenfalls in erster Linie, das im Auge, was man die klassische oder typische Expropriation nennen kann. Es ist die Enteignung im Sinne der kantonalen Expropriationsvorschriften: Entziehung von Eigentum, meistens Grundeigentum, für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen, das zu seiner Ausführung der Sache bedarf, vermittelst Verwaltungsakt und gegen Entschädigung. In einem rechtlich geordneten Verfahren stellt die zuständige Behörde fest, daß das allgemeine Wohl die Enteignung erheischt und spricht sie aus zugunsten des Gemeinwesens oder eines dritten Unternehmers. Die Entschädigung wird, wenn streitig, im ordentlichen Rechtsweg oder durch besondere Schätzungsorgane, mit der Möglichkeit der Weiterziehung ihres Entscheides an den Richter, festgesetzt. Neben der Entziehung des Eigentums ist auch die Entziehung oder Begründung von begrenzten dinglichen Rechten Expropriation in diesem Sinn[24]).

Die typische Enteignung ist immer ein Einzeleingriff in das Eigentumsrecht einer bestimmten Person oder eine Summe von solchen Einzeleingriffen. Die Maß-

---

[23]) Nicht eine „Bestätigung und Spezifikation", wie *37* I 520[4] gesagt wurde, und woraus der unhaltbare und mit der übrigen Praxis (siehe Anm. 4) in Widerspruch stehende Schluß gezogen wurde, daß die Eigentumsgarantie sich nur auf die Immobiliarrechte beziehe und bei den übrigen Privatrechten die Frage offen bleibe, in welchem Maße sie geschützt seien (522).

[24]) *57* I Nr. 58 (Pr *21* Nr. 23).

nahme erfolgt durch eine gesetzlich ermächtigte Verfügung, die ein starkes Ermessenselement enthält (ob und wie das Unternehmen ausgeführt werden soll) und den Expropriationsfall erst schafft. Die Enteignung bildet den entschiedenen Gegensatz zur Eigentumsbeschränkung. Bei dieser allgemeine rechtssatzmäßige Abgrenzung des Inhalts der privatrechtlichen Sachherrschaft, hier Einzelentziehung des Eigentums oder Minderung der Eigentümerposition, so wie sie nach objektivem Recht besteht. Es scheint daher, daß die Scheidung von Eigentumsbeschränkung und typischer Enteignung keine besondern Schwierigkeiten machen sollte. Doch kommt es in Fällen von Schmälerung der Eigentümerbefugnisse vor, daß in dieser Beziehung Meinungsverschiedenheiten über die Natur und Tragweite einer Verfügung bestehen. Die Behörde erblickt darin die bloße Verwirklichung einer Eigentumsbeschränkung, deren Feststellung nach Maßgabe einer unbestimmten gesetzlichen Voraussetzung oder deren Konkretisierung durch gesetzlich ermächtigtes Ermessen, während der Eigentümer glaubt, es liege ein Tatbestand des kantonalen Expropriationsrechtes vor, und geltend macht, die Maßnahme könne nur im Enteignungsverfahren durchgeführt werden, d. h. nur nach Feststellung des Expropriationsfalls und gegen im vorgeschriebenen Verfahren zu bestimmende Entschädigung[25]).

Die Enteignung ist ein rechtmäßiger Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen. Die Entschädigung ist ein Fall der sogenannten öffentlichrechtlichen Entschädigung, die nach überwiegender Auffassung nur geschuldet ist, soweit das Gesetz sie vorsieht[26]). Bei der Enteignung ist

---

[25]) *45* I 259 ff. (Pr *8* Nr. 142); *43* II 722 ff. (Pr *7* Nr. 84); *20* 327[4].

[26]) So auch die Praxis des Bundesgerichts für das eidgenössische und das kantonale Recht: *36* II 314; *47* II 73 ff., 502 ff., 524 ff., 559 ff. (Pr *10* Nr. 58, 152, 153, 107). Siehe auch Fleiner, Instit. des Verwaltungsrechts 8. A. 298 ff. Die Praxis ist nicht unangefochten; His, ZSR *42* 22 ff.

sie eine Folge der Eigentumsgarantie und der Expropriationsgesetze. Hier liegt der positive Rechtssatz, der sie postuliert.

III.

Bei der bisherigen Betrachtung des Wirkungsfeldes der Eigentumsgarantie haben wir auf der einen Seite die Eigentumsbeschränkungen und auf der andern die typische Enteignung gefunden. Es gibt aber noch eine weitere Gruppe von Erscheinungen, bei denen das Eigentum betroffen wird und die weder das eine noch das andere sind. Es handelt sich um Entziehung oder Minderung von Rechten, auch um schmälernde Eingriffe in die Eigentümerbefugnisse, wie sie nach objektivem Recht bestehen. Es sind also keine Eigentumsbeschränkungen. Aber die fraglichen Vorgänge erfüllen auch nicht den Tatbestand der Enteignung nach den kantonalen Gesetzen und eignen sich daher nicht für die Behandlung im Expropriationsverfahren. Es fehlt ein Merkmal der Enteignung in jenem Sinn: es ist kein öffentliches Unternehmen vorhanden oder der Eingriff beruht nicht auf einem Einzelakt. Zur Unterscheidung von der klassischen Enteignung kann man hier von Expropriation im weitern, materiellen, nicht technischen Sinn sprechen, von expropriationsähnlichen Sachverhalten, von Quasienteignung.

Als Beispiele seien erwähnt: Ein Gesetz hebt die privaten Wirtschaftsrechte auf[27]). Ein Gesetz, das die kantonale Brandversicherung einführt, erklärt die entgegenstehenden privaten Versicherungsverträge als aufgehoben[28]). Ein Gesetz führt das Bergregal ein mit Wirkung auch für bestehende Bergwerke[29]).

---

[27]) *6* 111; *48* I 434, 601 (Pr *12* Nr. 8, 80).

[28]) *37* I 517, wo der expropriationsartige Charakter des Eingriffs nicht in Abrede gestellt, die Entschädigungspflicht aber aus einem andern Grund verneint wird.

[29]) *44* I 171[3] (Pr *8* Nr. 11).

Wollte man die Eigentumsgarantie dahin verstehen, daß dem Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums gegenüber nur die klassische Enteignung vorbehalten sei, so bliebe für die expropriationsähnlichen Akte kein Raum. Sie wären dann unzulässige Eingriffe in das Eigentum als solches und dürften auch nicht gegen Entschädigung erfolgen. Die Praxis des Bundesgerichts hat aber mit Recht dem Vorbehalt einen weitern Sinn beigelegt, der alle Maßnahmen umfaßt, die sachlich als Enteignung erscheinen. Auch der Enteignung im nichttechnischen Sinn steht daher die Eigentumsgarantie nicht entgegen. Aus ihr folgt aber, daß sie, wie die Enteignung im formellen Sinn, nur gegen Entschädigung stattfinden darf. Auch hier wirkt dann die Eigentumsgaratie als Gewährleistung nur des Vermögenswertes[30]).

Im übrigen aber stehen Eingriffe dieser Art unter den allgemeinen Schranken der Eigentumsgarantie. Sie müssen eine positivrechtliche Grundlage haben[31]), und das öffentliche Interesse muß ihnen zur Seite stehen. Häufig sind es Maßnahmen, die in allgemeiner Weise durch das Gesetz direkt angeordnet sind. Die Enteignung ist dann allgemeine unmittelbare Folge des Gesetzes und nicht eines Verwaltungsaktes im einzelnen Fall. Ergeht dabei noch eine Verfügung, so stellt sie lediglich die schon durch das Gesetz angeordnete Enteignung fest. Bei dieser Form von Enteignung ist von Bedeutung, daß die Eigentumsgarantie, wie die Verfassungsgarantien überhaupt, auch den Gesetzgeber bindet. Er kann expropriationsähnlich ins Eigentum nur eingreifen, wenn und soweit es das allgemeine Wohl verlangt und nur gegen Entschädigung.

---

[30]) *6* 111; *9* Nr. 23; *15* 185², 557⁵; *34* I 527. Alle diese Urteile betreffen reale Wirtschaftsrechte. *37* I 517; *48* I 434, 601 (Pr *12* Nr. 8, 80); *44* I 172 (Pr *8* Nr. 11); *55* I 400 f. (Pr *19* Nr. 64). Siehe auch Fleiner, Instit. des Verwaltungsrechts 8. A. 293 f.

[31]) Eine Ausnahme bilden gewisse Fälle des polizeilichen Notstandes (siehe unten S. 158), soweit man nicht nach den Umständen ein Gewohnheitsrecht annehmen kann.

Auch bei der Enteignung im weitern Sinn ist die Entschädigung ein Anwendungsfall der Wiedergutmachung des Vermögensnachteils, der durch die rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt dem einzelnen zugefügt wird. Der Rechtssatz, der die Entschädigungspflicht statuiert, liegt wiederum in der Eigentumsgarantie[32]).

IV.

1. Wie ist die Grenze zu ziehen zwischen gesetzlicher Eigentumsbeschränkung und expropriationsartigem Eingriff in das Eigentum? Welches ist das Kriterium, das anzeigt, daß man es nicht mit einer bloßen Umschreibung des Eigentumsinhalts zu tun hat, sondern mit einer Beeinträchtigung des Eigentums? Gibt es überhaupt ein einzelnes Kriterium, nach dem diese Scheidung sich allgemein vollziehen würde? Wo das Eigentum oder andere Rechte gänzlich entzogen werden, kann freilich bloße Eigentumsbeschränkung nicht in Frage kommen, wohl aber bei der Minderung der Eigentümerbefugnisse. Hier macht die Abgrenzung zwischen Enteignung und Eigentumsbeschränkung nicht selten erhebliche Schwierigkeiten. Die Frage stellt sich nicht nur im Verhältnis zur Enteignung im weitern Sinn, sondern auch, wie bereits hervorgehoben wurde, bei Tatbeständen, die, wenn sie Enteignung sein sollten, nach kantonalem Expropriationsrecht zu erledigen wären. Je nach der Antwort auf die Abgrenzungsfrage kann die das Eigentum berührende Maßnahme (die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Wohl immer als gegeben vorausgesetzt) entschädigungslos oder nur gegen Entschädigung stattfinden. Es ist das Problem der Entschädigungspflicht des Gemeinwesens, das sich in dieser Weise stellt.

2. Die Frage der Abgrenzung von Eigentumsbeschränkung und Enteignung hat sich auch in Hinsicht auf die

---

[32]) Unrichtig in der Formulierung *47* II 511.

Eigentumsgarantie der Verfassung des Deutschen Reiches von 1919 (Weimar) gestellt[33]) und zu Auseinandersetzungen in Schrifttum[34]) und Rechtsprechung[35]) geführt. Sie war Verhandlungsgegenstand des 36. deutschen Juristentags in folgender Form:

„Empfiehlt es sich, die dem Art. 153 der Reichsverfassung zugrunde liegende Unterscheidung zwischen dem Begriff der ohne Entschädigung zulässigen Eigentumsbeschränkung und der zur Entschädigung des Betroffenen verpflichtenden Enteignung durch ein Reichsgesetz zu klären und für die Rechtsanwendung maßgebend festzustellen?"

Die Abteilung für öffentliches Recht des Juristentags nahm einen Leitsatz an, der, soweit hier von Interesse, lautet:

---

[33]) Art. 153 der Reichsverfassung lautet: „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfall der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offenzuhalten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen.

Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste."

[34]) Schelcher, Art. 53 RV in „Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", III 196; derselbe, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Enteignung, Arch. f. öffentl. Recht NF. *18* 321; M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in der Festschrift für Kahl; Karl Schmitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, Jur. Wochenschr. 1929 I 495; Rieß, Enteignungstypen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Leipziger Zeitschr. *22* 217; Bornhak, Eigentumsrecht und Eigentumsbeschränkung, Deutsche Jur. Zeitung 1933 338; Poetzsch-Heffter, Das Enteignungsproblem, ebenda 1931 1101.

[35]) Von Bedeutung namentlich Reichsgericht Zivils. *124*, Anhang 19 (Staatsgerichtshof), *109* 310, *116* 268.

„Die reichsgesetzliche Klärung der Unterscheidung zwischen dem Begriff der ohne Entschädigung zulässigen Eigentumsbegrenzung[36]) und der zur Entschädigung verpflichtenden Enteignung empfiehlt sich nicht, da eine solche Klärung, auch von verfassungsrechtlichen Bedenken abgesehen, auf kaum überwindliche sachliche, insbesondere aber interpretative Schwierigkeiten stoßen würde.“[37])

3. Aus Gründen der Sicherheit und Berechenbarkeit des Rechtes wäre zu wünschen, daß für die Abgrenzung von Eigentumsbeschränkung und Enteignung ein einzelnes scharfes Kriterium sich darbieten würde. Auf der andern Seite ist es ein Postulat der Gerechtigkeit, daß die Grenzlinie so verlaufe, daß die Entscheidungen als recht und billig empfunden werden. Ein scharfes Unterscheidungsmerkmal wird meistens mehr formaler Natur sein. Äußere Momente der Tatbestände sind es gewöhnlich, die

---

[36]) Statt „Eigentumsbeschränkung“, um den oben, S. 140, erwähnten terminologischen Bedenken Rechnung zu tragen.

[37]) Verhandlungen des deutschen Juristentages (Lübeck, 1931), I 292, Gutachten von W. Jellinek, das sich im wesentlichen deckt mit einem vom Verfasser dem deutschen Städtetag erstatteten Gutachten „Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen“, Berlin 1929, II 396 stenographischer Bericht.

Es war der letzte deutsche Juristentag. Grundrechte, als Sicherung der Rechtssphäre des einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt, kann es im Dritten Reich, wo alles Recht als Gemeinschaftsregelung aufgefaßt wird, nicht mehr geben. Auch Art. 153 RV ist dahingefallen. Doch genießt das Privateigentum auch im nationalsozialistischen Staat einen gewissen Schutz, aber „nicht um der Schutzbedürftigkeit des Individuums, sondern um des Gedeihens der Gemeinschaft willen“. Das Problem der Abgrenzung von Eigentumsbeschränkung und Enteignung kann sich daher immer noch stellen. Dabei ist aber zu beachten: der „verderbte liberale“ Begriff des Privateigentums ist ersetzt durch ein „völkisch gebundenes“ Eigentum. Das Eigentum ist „gemeinschaftsgebundene“ Befugnis, „verantwortlicher Dienst an der Gemeinschaft“. E. R. Huber, Verfassung, 211 ff.; Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht 3. A. 16, 88 ff.

solche deutliche Umrisse aufweisen, während die Kriterien materieller Natur vielfach verschwommene Konturen haben. Zu sachlich befriedigenden Lösungen wird man indessen kaum gelangen, ohne die materielle Seite zu beachten. Hat man im Bereich einer konstitutionellen Gewährleistung, wie der Eigentumsgarantie, die dem einzelnen doch sachlich Schutz gewähren soll, die Wahl zwischen den Anforderungen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit, so können nicht wohl Bedenken darüber bestehen, daß der Gerechtigkeit der Vorrang gebührt.

Im folgenden sollen einige Abgrenzungstheorien[38]) daraufhin geprüft werden, ob und was sie für unsere Zwecke Brauchbares enthalten, und es soll dann weiterhin anhand der bundesgerichtlichen Praxis zu zeigen versucht werden, wie die Unterscheidung von Eigentumsbeschränkung und Enteignung richtigerweise erfolgt. Das Ergebnis ist, um es vorwegnehmend anzudeuten, daß es kein einzelnes scharfes Kriterium gibt, sondern auf das Zusammenspiel mehrerer, zum Teil reichlich unbestimmter Momente ankommt.

a) Für eine Auffassung, die sich Einzelakttheorie nennt (Verfügungen und Einzelakte in Gesetzesform), können durch allgemeines Gesetz getroffene Maßnahmen nur Eigentumsbeschränkungen sein, während die Enteignung immer Eingriff durch Einzelakt ist, gemeint ist ein Einzelakt, der, wenn schon auf Gesetz beruhend, doch den Eingriff erst herbeiführt. Es ist ein mehr formales Kennzeichen, das in der Tat charakteristisch ist für die Enteignung im engern Sinn, aber nicht für die Enteignung überhaupt. Denn es steht ja fest, daß nach der Eigentumsgarantie auch der Gesetzgeber nicht ohne Entschädigung Privatrechte entziehen oder gewisse Eingriffe ins Eigentum vornehmen darf[39]). Nicht die staatsrechtliche Form, in

[38]) Einen Überblick über die Abgrenzungstheorien gibt W. Jellinek in den erwähnten Gutachten.

[39]) Siehe oben S. 151 und die in Anm. 27 und 29 zitierten Urteile.

welcher der Eingriff stattfindet, kann daher entscheidend sein.

Man kann nicht einmal sagen, daß Enteignung stets vorliege, wenn die Maßnahme Folge eines Verwaltungsaktes ist. Denn, wie oben ausgeführt wurde, gibt es auch im Gebiete der Eigentumsbeschränkung Verfügungen mit rechtsgestaltender Wirkung. Freilich wird bei der Eigentumsbeschränkung die Behörde im allgemeinen stärker gebunden sein als bei der Enteignung. Dort stellt der Rechtssatz doch zum mindesten die Beschränkung in virtueller Form auf, während er hier die Behörde zum allfälligen Eingriff ermächtigt. Ob aber der Rechtssatz die eine oder andere Bedeutung habe, ist bei den Grenzfällen gerade das Problem der Scheidung, das mit nach andern Gesichtspunkten gelöst werden muß, als nach dem mehr formalen Merkmal eines Mehr oder Weniger an behördlichem Ermessen, welches Merkmal nur die Rolle eines Indizes haben kann.

Die Einzelakttheorie hat eine Erweiterung dahin erfahren, daß als Einzeleingriff auch der Fall erscheint, wo ein Gesetz nur einen engen Kreis von Grundstücken oder Rechten trifft: also Einzeleingriff, zwar nicht der Form, aber in gewissem Sinn der Sache nach. Einzeleingriff in dieser Bedeutung würde vorliegen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Maßnahme nur bei wenigen Personen vorhanden sind, was bei den kleinen Verhältnissen der schweizerischen Kantone nicht selten eintreten mag. In der erweiterten Einzelakttheorie steckt der richtige Gedanke, daß ein Eingriff im allgemeinen um so eher als Enteignung empfunden wird, je enger der Kreis der Betroffenen ist, und umgekehrt. Doch kann dies niemals allein entscheidender Gesichtspunkt sein[40]).

---

[40]) Hauptvertreter der Einzelakttheorie für den Begriff der Enteignung nach Art. 153 Reichsverfassung ist Anschütz, der sie nur noch in der erweiterten Form vertritt, Die Verfassung des deutschen Reiches 7. A. 400. In dieser Form auch Reichsgericht Zivils. *124*, Anhang 33.

b) Von mehr formaler Richtung ist auch die Meinung, die für die Enteignung ein öffentliches Unternehmen verlangt[41]). Versteht man darunter besondere technische Veranstaltungen, so fehlt das Erfordernis meistens bei der Enteignung im weiteren Sinn. Faßt man den Begriff allgemeiner und läßt man schon eine administrative Aktion des Gemeinwesens, ein gemeinnütziges Vorhaben, Bestrebungen zum Wohl des Ganzen als Unternehmen gelten, so nähert sich das Erfordernis dem des öffentlichen Interesses und findet sich dann auch bei bloßen Eigentumsbeschränkungen, z. B. den Bauvorschriften, die einer bestimmten öffentlichen Baupolitik dienen.

c) Die Theorie der „Übereignung oder Überführung" nimmt an, die Enteignung unterscheide sich von der Eigentumsbeschränkung dadurch, daß bei ihr eine Übereignung oder Überführung stattfindet[42]). Damit ist nicht eine Rechtsnachfolge im privatrechtlichen Sinn gemeint, sondern der wirtschaftliche Vorgang der Vermögensverschiebung, der darin besteht, daß der Rechtseinbusse auf der einen Seite ein Rechtszuwachs auf der andern, beim Gemeinwesen oder begünstigten Dritten, gegenübersteht. Es kann sich um gleichartige Rechte handeln: der Begünstigte wird Eigentümer der enteigneten Sache; oder um komplementäre Rechte: Verlust einer Dienstbarkeit, eines dinglichen Abwehrrechtes auf der einen Seite, Befreiung von der entsprechenden Belastung auf der andern und umgekehrt[43]). Das Verhältnis von entzogenem und begründetem Recht mag auch ein entfernteres sein. Überführung in diesem weiteren Sinn liegt vor, wenn öffentlichrechtliche Kompetenzen des Gemeinwesens mit vermögensrechtlicher Wirkung, wirtschaftliche Vorteile, zur Entstehung gelangen.

[41]) Siehe W. Jellinek, Gutachten sub II 1.

[42]) M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, 24 ff.; Anschütz, Reichsverfassung, 7. A. Art. 153 N. 6 S. 399; Boßhardt, Die Eigentumsgarantie, Zürcher Diss. 53 ff.; Fleiner, Instit. 294, 303, 308; *31* II 556.

[43]) *57* I 385 (Pr *21* Nr. 23); *15* 743.

Der Staat führt die öffentliche Feuerversicherung ein und erklärt die privaten Versicherungsverträge als aufgehoben, damit die kantonale Anstalt freies Feld für die Betätigung habe[44]). Der Staat hebt die privaten Wirtschaftsrechte auf und kann von den bisherigen Inhabern die Patenttaxe beziehen[45]). Der Staat setzt einseitig die Dauer der Wasserrechtskonzessionen herab und verbessert damit seine rechtliche Position in bezug auf das verliehene Wasserrecht[46]).

Wo Überführung im engern Sinn — Verlust und Begründung von Privatrechten — stattfindet, wird auch Enteignung vorliegen. Insofern ist die Übereignung ein Merkmal der Expropriation. Die Überführung in der weiteren Bedeutung aber ist kein geeignetes Kennzeichen. Zwar findet sie sich meistens bei der Enteignung im nichttechnischen Sinn. Doch gibt es auch Tatbestände, die vom Standpunkt der Eigentumsgarantie aus als Enteignung, d. h. als entschädigungspflichtiger Eingriff ins Eigentum, erscheinen, und bei denen die „Überführung" fehlt. Es sind die Fälle des sogenannten polizeilichen Notstandes, wenn zur Bekämpfung einer Wasser- oder Feuersgefahr und dgl. Privateigentum in Anspruch genommen wird; ein irgendwie greifbarer Zuwachs beim öffentlichen Gut fehlt hier; vorhanden ist nur ein allgemeiner öffentlicher Vorteil[47]).

---

[44]) *37* I 518.

[45]) *48* I 434 (Pr *12* Nr. 8); *6* 111.

[46]) *49* I 584 f. (Pr *13* Nr. 66). Die konzessionsmäßigen Rechte des Unternehmers werden in diesem Zusammenhang als Privatrechte betrachtet. *35* I 746; *48* I 604 (Pr *12* Nr. 80); *57* I 209 (Pr *20* Nr. 152).

[47]) Fleiner, Instit. 294, 333. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der Eigentümer, der seine Sache im allgemeinen Interesse aufopfern muß, nicht nach der Eigentumsgarantie Anspruch auf Entschädigung hätte. Anderer Auffassung *4* 471: Tötung verseuchter Pferde; es wird noch ein besonderer Rechtssatz verlangt, der die Entschädigung anordnet (wenn bereits kranke Tiere abgetan werden, wird in der Regel kein oder nur ein geringer Schaden vorliegen). In *37* I 517 wird die Frage offen

Auf der andern Seite findet sich das Merkmal der „Überführung" im weiteren Sinn auch bei Vorgängen, bei denen man es nicht mit Enteignung, sondern nur mit Eigentumsbeschränkung zu tun hat.

Ein Kanton führt das Bergregal ein. Die Grundeigentümer verlieren die bisherige Möglichkeit gewisser Nutzungen und der Staat erhält das ausschließliche Recht auf sie. Das ist Eigentumsbeschränkung, soweit wenigstens der Eigentümer von jener Möglichkeit noch nicht Gebrauch gemacht hat[48]). Der Kanton regalisiert die Wasserkräfte an den öffentlichen Gewässern, deren Ausnutzung bisher den Anstößern zustand. Auch das ist keine Enteignung, soweit nicht bereits Anlagen bestehen oder das Wasserrecht ein selbständiges Privatrecht geworden ist[49]). Der Kanton erklärt die Grundwasserströme von gewisser Größe als öffentliche Gewässer und gibt dem Grundeigentümer die Nutzung des Grundwassers nur mehr frei für den häuslichen, gewerblichen und landwirtschaftlichen Kleinbedarf. Die Ausbeutung in weiterem Umfang kann nur noch mit staatlicher Verleihung stattfinden. Das ist bloße Eigentumsbeschränkung nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Inhaber einer Wasserrechtsservitut gegenüber und wäre Expropriation nur bei Anwendung auf bestehende Anlagen[50]).

---

gelassen. § 227 EG Zürich statuiert die Ersatzpflicht des Staates für Schaden, der aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt bei Überschwemmungen und Brandausbrüchen zugefügt wird. Vgl. Bundesgesetz betreffend die Bekämpfung von Tierseuchen vom 13. Juni 1917, Art. 21 ff. über die Beiträge der Kantone und des Bundes an Seuchenschäden. Siehe auch Militärorganisation Art. 28 über die Haftung des Bundes für Sachschaden infolge militärischer Übungen. Keine Enteignung ist dagegen die strafrechtliche Einziehung von Gegenständen.

[48]) *44* I 172 (Pr *8* Nr. 11). In dem Urteil wird auch gesagt, daß das Bundeszivilrecht der Maßnahme nicht im Wege steht, welche Frage uns hier nicht interessiert.

[49]) *48* I 596 (Pr *12* Nr. 80).

[50]) *55* I 400 (Pr *19* Nr. 64). Das Urteil unterstellt, nach Art. 704 ZGB, der das Grundwasser den Quellen gleichsetzt,

In den erwähnten Fällen liegt in ausgesprochenem Maße ein Zuwachs beim öffentlichen Gut vor, wenn auch nicht in privatrechtlicher Form, und doch sind es keine Enteignungen.

In der Theorie der Übereignung oder Überführung steckt aber auch wieder eine richtige Empfindung. Man wird im allgemeinen um so eher geneigt sein, Enteignung anzunehmen, wenn als Zweck oder als Folge der Maßnahme auf der andern Seite eine Bereicherung irgendwelcher Art vorhanden ist.

d) Die Theorie der Übereignung oder Überführung faßt die Folge des Vorgangs beim Gemeinwesen oder dritten Begünstigten als entscheidendes Moment ins Auge, nicht die Art seiner Wirkung auf die Lage des Betroffenen. Umgekehrt betrachtet die letztere Seite als entscheidend die Auffassung, die Enteignung annimmt, wenn ein Eingriff in die Substanz des Eigentums vorliege im Gegensatz zur bloßen Umschreibung von Inhalt und Schranken des Eigentums[51]).

Substanz des Eigentums ist der Inbegriff der im Eigentum nach der Rechtsordnung enthaltenen Befugnisse und Pflichten. Handelt es sich um die Anwendung eines schon bestehenden Rechtssatzes, so ist die Frage, ob eine

---

habe der Eigentümer die Befugnis, es in einem weitern Umfang sich anzueignen; es stehe aber den Kantonen frei, größere Grundwasseransammlungen als öffentliche Gewässer zu erklären. Neuestens hat die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts ausgesprochen, daß große Grundwasseransammlungen ausschließlich dem kantonalen Recht unterstehen und der Eigentümer an ihnen nach Art. 704 kein Nutzungsrecht hat (Bäßler c. Basel-Stadt, 3. März 1939; die Urteilsredaktion lag Ende April noch nicht vor). Wenn das richtig ist, wäre beim Tatbestand jenes Urteils überhaupt keine Beschränkung der Eigentümerbefugnisse vorhanden. Das Urteil bleibt aber mit der rechtlichen Voraussetzung, auf der es beruht, instruktiv für die Zwecke der vorliegenden Abhandlung.

[51]) In dieser Weise wird bisweilen die Enteignung charakterisiert in Urteilen des Bundesgerichts, z. B. *5* 539; *36* II 314; *37* I 516.

bloße Abgrenzung des Eigentumsinhalts geltend gemacht oder in diesen Inhalt eingegriffen werde. Bei einem neuen Rechtssatz kommt es darauf an, ob er den Eigentumsinhalt gegenüber dem bisherigen Zustand verengert oder sich als dessen Beeinträchtigung darstellt. Im zweiten Fall ist das Eigentum beidemal in seiner Substanz angetastet. Die Formel des Substanzeingriffs umschreibt daher lediglich unsere Abgrenzungsfrage, und bei allen Maßnahmen, deren Natur als Eigentumsbeschränkung oder Enteignung zweifelhaft ist, hilft sie nicht weiter.

Ein richtiger Kern fehlt indessen auch hier nicht: daß nämlich die Wirkung der Maßnahme auf die Rechtsstellung des Eigentümers, die Intensität des Eingriffs, von Bedeutung sein soll.

e) Der Erkenntnis, daß keine der bisher erwähnten Theorien zu einer allgemein befriedigenden Unterscheidung führt, verdankt die sogenannte „Schutzwürdigkeitstheorie" ihre Entstehung, die von W. Jellinek aufgestellt wurde[52]). Sie sieht als entscheidend an einerseits den Grad, die Tiefe des Eingriffs und andrerseits das Empfinden der betroffenen Personen. „Das Eigentum hat eine gewisse Schwäche dem Gesetzgeber gegenüber in dem Sinn, daß nicht alle Eingriffe des Gesetzgebers als Enteignung empfunden werden. Geschichte, allgemeine Anschauungen, Sprachgebrauch, Andeutungen der Gesetze ermöglichen die Abgrenzung des Schutzwürdigen vom Schutzunwürdigen." W. Jellinek stellt eine Skala der „Befriedigungsgefühle" auf, die das Eigentum an einer Sache mit seinen Möglichkeiten der Verfügung und Nutzung dem Herrn gewährt. Die Summe dieser Befriedigungsgefühle ist erreicht bei völlig unbeschränktem Eigentum; sie wird mit der Zahl 100 angesetzt. Die Zahl 0 bedeutet Verlust des Eigentums; die Zahl 40 soll ungefähr die Grenze zwischen Eigentumsbeschränkung und Enteignung angeben. Der Gesetzgeber kann daher den

[52]) Verwaltungsrecht 2. A. 398 f. Die beiden in Anm. 37 erwähnten Gutachten.

Inhalt des Eigentums von 100 auf 40 herabmindern, ohne damit eine Enteignung auszusprechen. Die verbleibenden 40 Grade sind das Mindeste, was er als Inhalt des Eigentums belassen muß; sie sind dem Gesetze gegenüber schutzwürdig. Gradbestimmend wirkt indessen nicht nur die Intensität des Eingriffs. Beim Lust- oder Unlustgefühl des Eigentümers spielt auch eine Rolle, ob er allein oder mit einer Unbestimmtheit von Personen betroffen wird. Hier berührt sich die Schutzwürdigkeitstheorie mit der Einzelakttheorie. Auch der Zweck der Maßnahme kann die Unlustskala beeinflussen.

Die Schutzwürdigkeitstheorie beruht auf der zutreffenden Einsicht, daß es kein einzelnes Kriterium der Abgrenzung gibt, diese vielmehr Ergebnis einer umfassenden, auch materiell gerichteten Würdigung des konkreten Falles sein muß. Die aufgestellte Skala erweckt aber unrichtige Vorstellungen über die Methode einer solchen Würdigung. Wenn es vielleicht noch möglich ist, die objektive Stärke des Eingriffs einigermaßen nach Graden zu bemessen, so ist es doch ausgeschlossen, die subjektive Seite bei der Gradbildung abzuschätzen. Es scheint auch, daß zuviel Gewicht auf die Empfindungen der Betroffenen gelegt wird. Nicht sie, sondern die Anschauungen der entscheidenden Behörde werden in der Frage der Schutzwürdigkeit maßgebend sein.

Daraus, daß sie zu unbestimmt sei, der Wertung der Behörde, insbesondere des Richters, zuviel Raum gebe, darf man dieser Theorie freilich einen Vorwurf nicht machen. Es hängt mit der Natur der Materie zusammen, daß schärfere Unterscheidungsmerkmale in den Grenzfällen, wo sie sich bewähren sollten, untauglich sind.

4. Wenn nunmehr der Versuch unternommen wird, anhand der bundesgerichtlichen Praxis unser Abgrenzungsproblem einer weiteren Klärung zuzuführen, so wird dabei unterstellt, auch wenn es nicht weiter im einzelnen begründet wird, daß die behandelten Entscheidungen die Trennungslinie richtig erkennen. Es soll

jeweilen geprüft werden, welche Gesichtspunkte als ausschlaggebend dafür erschienen, daß der Tatbestand als Enteignung oder als bloße Eigentumsbeschränkung behandelt wurde.

a) Realgewerberechte, die als Privatrechte gelten, sind die mit einem Gebäude verbundene Befugnis, darin ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben. Dazu gehören die sogenannten ehehaften Wirtschaftsrechte. Diese wurden in mehreren Kantonen durch Gesetz (unmittelbar) aufgehoben, was zur Folge hatte, daß die Inhaber, entgegen ihrer bisherigen Rechtsstellung, nunmehr die jährliche Wirtschaftspatenttaxe entrichten müssen und auch den Beschränkungen unterliegen, die mit der Bedürfnisklausel verbunden sind.

Das Tavernenrecht ist nicht eine gesetzliche Eigentümerbefugnis, sondern eine Rechtsame, die nur mit einzelnen Liegenschaften verbunden ist und auf einem besondern Rechtstitel beruht. Schon deshalb ist es ausgeschlossen, in der Entziehung dieses Rechtes eine bloße Neuregelung des Inhalts und der Schranken des Grundeigentums zu erblicken. Der Enteignungscharakter der Maßnahme kann nicht zweifelhaft sein, da man es mit der gänzlichen Aufhebung eines Privatrechts zugunsten des Staates zu tun hat — die kantonalen Gesetze anerkannten denn auch die Entschädigungspflicht —, andrerseits steht aber auch außer Zweifel die Befugnis der Kantone, solche Rechte (durch Gesetz, im Interesse einer rationellen Ordnung des Wirtschaftswesens) gegen Entschädigung aufzuheben[53]).

Auch die Entscheidungen des Bundesgerichts, die das Überschießen von Grundstücken vom Schießplatz einer Gemeinde oder einer Schützengesellschaft aus betreffen, können keinen wesentlichen Beitrag zur Aufhellung unseres Problems liefern. Es wurde wiederholt ausgesprochen, daß eine solche Einwirkung über das nach-

[53]) *6* 111; *9* 23; *15* 185, 557; *17* 201; *34* I 527; *48* I 428 (Pr *12* Nr. 8).

barrechtlich zulässige Maß (nach kantonalem Recht, jetzt wäre maßgebend ZGB Art. 684) hinausgeht, daß sie somit nicht gedeckt ist durch die privatrechtliche Beschränkung, derzufolge der Nachbar sich Einwirkungen, die nicht übermäßig sind, gefallen lassen muß, vielmehr eine servitutähnliche Duldungspflicht bedeutet, die nur durch Enteignung verwirklicht werden kann. Entscheidend war hier allein, ob der für regelmäßige Schießzwecke und damit im Interesse der Wehrhaftigkeit des Landes erfolgende Eingriff vom nachbarrechtlichen Standpunkt aus erlaubt sei[54]).

b) Es war oben bereits die Rede von der Einführung des Bergregals, der Regalisierung der Wasserkräfte an öffentlichen Flüssen und der Grundwasserströme von bestimmter Größe[55]). Diese Anordnungen treffen die zahlreichen Grundeigentümer gleichmäßig, die von der Möglichkeit der fraglichen Nutzungen noch nicht Gebrauch gemacht haben. Die Minderung ihrer Befugnisse geht nicht tief. Deshalb wird die Maßnahme nicht als Enteignung empfunden, wennschon sie einen Zuwachs beim öffentlichen Gut zur Folge hat.

Ist aber das Wasserrecht vom Ufergrundstück losgelöst und ein selbständiges Recht geworden, so wird es durch die Ausdehnung der Wasserhoheit des Staates vollständig aufgehoben. Das ist dann Enteignung, weil gänzliche Rechtsentziehung[56]).

Weniger tief als bei diesem Eingriff, aber intensiver als die Grundeigentümer im allgemeinen, sind bei der

---

[54]) *15* 741[2]; *16* 718; *20* 327. Es besteht keine allgemeine Beschränkung nach Bundesrecht, der zufolge der Grundeigentümer sich eine solche Inanspruchnahme seines Landes gefallen lassen müßte; siehe Militärorganisation Art. 31. Nach Art. 32 kann der Bundesrat den Gemeinden für die Anlegung von Schießplätzen die Anwendung des eidgenössischen Expropriationsrechts bewilligen; andernfalls wird kantonales Enteignungsrecht anwendbar sein. Burckhardt, Bundesrecht Nr. 3321 I und III.

[55]) Die in Anm. 48—50 zitierten Urteile.

[56]) *48* I 601 (Pr *12* Nr. 80).

Öffentlicherklärung der Grundwasserströme die Inhaber von Wasserservituten belastet: keine Rechtsentziehung, nur eine Minderung des Inhaltes des Servitutsrechts, die freilich einen verhältnismäßig größern Teil der Gesamtbefugnisse ergreift als es beim Eigentümer der Fall ist. Trotz der relativen Stärke des Eingriffs, der wohl geringen Zahl der Betroffenen und des Vorhandenseins einer „Überführung" wurde das Vorliegen von Enteignung verneint. Wenn jene Momente doch nicht als ausschlaggebend erschienen, um die Entschädigungspflicht anzunehmen, so war dabei namentlich von Gewicht, daß das allgemeine Recht auf das Grundwasser nach ZGB Art. 704 (wie es in diesem Urteil als bestehend vorausgesetzt wurde) auf einer unrichtigen Vorstellung des Gesetzgebers über das Wesen des Grundwassers beruht, rechtspolitisch nicht gerechtfertigt ist und auf dem Boden der Eigentumsgarantie auch nicht Anspruch auf besondern Schutz gegenüber dem Gesetzgeber hat[57]).

Maßnahmen der erwähnten Art, Einführung des Bergregals, Einführung oder Ausdehnung der Wasserhoheit und dgl., wurden aber als Expropriation angesehen soweit sie auch wirksam sein sollten gegenüber Nutzungsanlagen, die auf Grund des bisherigen Rechtszustandes errichtet und betrieben worden waren: Bergwerke, Wasserwerke, Grundwasserfassungen größeren Umfangs. Die bestehende Anlage bedarf dann zum Weiterbetrieb einer staatlichen Verleihung, die erteilt oder versagt werden kann, und die, auch wenn sie erteilt wird, mit allerlei Lasten, speziell einer Abgabe für die verliehene Nutzung, verbunden ist. Es leuchtet ein, daß die verhältnismäßig wenigen Inhaber solcher Betriebe ganz anders und unvergleichlich viel nachhaltiger betroffen werden als die Masse der Grundeigentümer, die von der Möglichkeit der Nutzung keinen Gebrauch gemacht haben. Vertrauend auf den bestehenden Rechtszustand nach eidgenössischem oder kantonalem Recht, haben sie, in Ausübung ihrer danach bestehenden

[57]) *55* I 402 (Pr *19* Nr. 64); siehe Anm. 50.

Eigentümerbefugnisse, die Anlage errichtet und betrieben und sollen nun in die viel prekärere Stellung des mit der Nutzung bloß Beliehenen versetzt werden. Bei den andern eine abstrakt gebliebene Befugnis, hier ein in baulichen Anlagen von gewisser Bedeutung und durch die wirtschaftliche Verwertung konkretisiertes und individualisiertes Recht, das eine größere Widerstandskraft dem Gesetzgeber entgegenstellen kann, als die noch nicht oder nicht in dieser Weise ausgeübte Nutzung. Die Aufhebung dieses Rechtes, die mit „Überführung" an den Staat stattfindet, wird daher als Enteignung empfunden, immerhin nur im Rahmen der durch die bestehenden Anlagen gegebenen Nutzung, nicht auch, was Erweiterungen anlangt[58]).

Das Bundesgericht hat das ausgesprochen für ein neu eingeführtes Bergregal, das auch Anwendung finden sollte auf bereits in Betrieb stehende Werke[59]), und es hat in den Urteilen betreffend die Wasserhoheit Vorbehalte in diesem Sinn gemacht[60]).

c) Kantonale Rechtssätze beschränken das Eigentum oder sehen Eingriffe ins Eigentum vor zum Schutz oder zur Erhaltung von Altertümern, Naturdenkmälern und seltenen Pflanzen, zur Sicherung der Landschafts- und Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte und dgl. Es sind Bestimmungen, die Zielen des sogenannten Heimatschutzes dienen.

Die EG zum ZGB ermächtigen vielfach die Regierung oder die Gemeinden, solche Vorschriften im Verordnungswege zu erlassen oder geeignete Verfügungen zu treffen[61]).

---

[58]) Vgl. *5* 397[5].

[59]) *44* I 171[3] (Pr *8* Nr. 11).

[60]) *48* I 599 f. (Pr *12* Nr. 80); *55* I 401 (Pr *19* Nr. 64). Vgl. auch *35* I 784: die Eigentumsgarantie ist verletzt, wenn ein auf Grund privater Wasserrechte errichtetes Werk mit einem Wasserzins belegt wird, als ob die Wasserkraft vom Staat verliehen wäre; das ist im Grunde Aufhebung des privaten Wasserrechts.

[61]) ZB Zürich Art. 182; Bern Art. 82; Giesker, die in Anm. 18 zitierte Schrift.

Die Erhaltung oder Sicherung von Objekten des Denkmal-, Kunst- und Naturschutzes kann, wenn das kantonale Recht es zuläßt[62]), vermittelst der Expropriation erfolgen. Entweder ist der zu schützende Gegenstand selber Objekt der Enteignung, oder aber es wird Grund und Boden enteignet oder mit einer Servitut belegt, damit die Umgebung eines Natur- oder Kunstdenkmals mit diesem in Einklang steht, das Landschaftsbild nicht beeinträchtigt, der Blick von einem Aussichtspunkt nicht gestört, der Zugang zu diesem ermöglicht wird und dgl.

Der Schutzzweck kann aber auch in der Weise verfolgt werden, daß den Eigentümern der zu schützenden Gegenstände oder benachbarter Grundstücke Beschränkungen auferlegt werden. Es wurde schon oben (S. 146) von der formalen Eigentumsbeschränkung gesprochen, die darin besteht, daß Verfügungen und Veränderungen an Sachen, die im Denkmalregister eingetragen sind, nur mit behördlicher Bewilligung zulässig sind. Materieller Natur ist das Verbot gewisser Arten von Verfügungen und Nutzungen, die die zu wahrenden Interessen gefährden würden. Auch die baupolizeilichen Regeln können auf solche Gesichtspunkte Bedacht nehmen[63]). Soweit es sich um bloße Eigentumsbeschränkungen handelt, sind bei allen Objekten, welche die gesetzlichen Merkmale erfüllen, sei es, daß sie selber Schutzgegenstand sind oder in bestimmten Beziehungen zu einem solchen stehen, die Eigentümerbefugnisse entsprechend eingeengt. Das Einschreiten der Behörde im einzelnen Fall soll die bereits bestehende Beschränkung durch Verbot oder Gebot praktisch wirksam machen oder auch nach bestimmter Richtung konkret gestalten.

Es ist klar, daß es nicht im Belieben der Behörde liegen kann, ob eine Schutzmaßnahme durch bloßen

---

[62]) Die Heimatschutzinteressen erfüllen das Erfordernis des öffentlichen Wohls als Voraussetzung der Enteignung. *41* I 481 (Pr *4* Nr. 225).

[63]) Müller und Fehr, Baupolizeirecht 109 ff.

Befehl ohne Entschädigung oder aber im Wege der Enteignung stattfindet. Die Abgrenzung von Eigentumsbeschränkung und Enteignungstatbestand hat auch hier nach objektiven Momenten zu erfolgen. Ein Eingriff, der danach Enteignung ist, kann auch nur als solche durchgeführt werden. Gerade im Bereich des Heimatschutzes bietet aber die Unterscheidung häufig Schwierigkeiten. Bei den Behörden ist die nicht unbegreifliche Neigung vorhanden, den Schutz womöglich im Wege des Befehls, d. h. ohne Entschädigung, zu erreichen.

Das Bundesgericht hat ausgesprochen, daß das Verbot der Anbringung von Reklametafeln, die das Landschafts- oder Ortsbild verunstalten, gewöhnliche Eigentumsbeschränkung ist[64]). Es wird eine relativ unwichtige Befugnis entzogen, die nicht zu den normalen Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums gehört und keine besondere Rücksichtnahme verdient. Der Betroffene teilt sein Schicksal mit zahlreichen andern Eigentümern, die demselben Verbot unterstehen. Eine eigentliche Bereicherung beim Gemeinwesen ist nicht vorhanden, sondern nur der ideale Vorteil der Erhaltung des Landschafts- oder Ortsbildes.

Auch bei Reklametafeln, die schon vor dem Erlaß der Verbotsnorm aufgestellt worden sind, wäre wohl nicht Enteignung anzunehmen. Die Veranstaltung kann in dieser Hinsicht nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden mit dem Berg- oder Wasserwerk, das in Ausübung bisheriger Eigentümerbefugnisse errichtet wurde. Sie ist viel einfacherer Natur, dient keinem Betrieb und ist auch sonst weniger schutzwürdig.

Gestützt auf eine Bestimmung, derzufolge Bauten das Orts-, Straßen- und Landschaftsbild nicht verunstalten dürfen, wird die Bauerlaubnis für eine Villa nur unter der Bedingung erteilt, daß sie auf dem zur Verfügung stehenden Land nach rückwärts verlegt wird. Der Ent-

---

[64]) *45* I 260 ff. (Pr *8* Nr. 142). Vgl. *60* I 271 ff. (Pr *23* Nr. 170).

eignungstatbestand wurde verneint; entscheidend war wohl, daß die Maßnahme nicht sehr tief ging[65]).

Dem Eigentümer einer Baulandparzelle wird die Bauerlaubnis gestützt auf kantonale Heimatschutzbestimmungen verweigert, weil es sich um das Vorgelände einer landschaftlich schönen und historisch bedeutsamen Stätte (Landenberg in Sarnen) handelt, deren Anblick durch dortige Bauten verunstaltet würde. Das wurde als Enteignung erklärt: es wird ein gänzliches Bauverbot auf eine kleine Zone von Bauland gelegt und dadurch deren Wert stark ausgehöhlt. Man kann nicht annehmen, daß durch die angewendete Bestimmung der Inhalt des Eigentums schon in diesem Maße eingeengt worden sei; denn es ist sachlich, der Wirkung nach, eine servitutartige Belastung des Landes, weshalb im Grunde auch ein Rechtszuwachs beim Gemeinwesen — Erwerb einer servitutartigen Berechtigung — angenommen werden kann[66]).

Eine Gemeinde zieht für eine größere städtische, noch unbebaute Liegenschaft die Baulinie so, daß annähernd zwei Drittel nicht überbaut werden können, damit hier, zur Erhaltung des schönen Stadtbildes, eine größere Grünfläche bestehen bleibe. Nach der prozessualen Sachlage hatte das Bundesgericht nicht zu entscheiden, ob Enteignung vorliege oder nur Eigentumsbeschränkung, wie die Gemeinde behauptete. Es konnte aber kaum ein Zweifel bestehen, daß der Eingriff entschädigungspflichtig war. Er geht sehr tief; hochwertiges Bauland wird zu einer Grünfläche degradiert, die keinen nennenswerten Ertrag abwirft. Es ist im Grunde auch wieder eine servitutähnliche Belastung eines einzelnen Eigentümers. Die Baulinie wird hier nach konkretem Ermessen gezogen, was zwar den Gedanken an bloße Eigentumsbeschränkung noch nicht ausschließt. Sie dient aber andern als den normalen Zwecken — Regelung der Abstände der Gebäude von der Straße und unter sich — und stellt sich nach den

[65]) Steuer, 7. Februar 1936.

[66]) Goetschi, 7. Juli 1933.

gesamten Umständen als Einzeleingriff ins Eigentum dar[67]).

In einem ähnlichen Fall wurde entschieden, daß ein aus Gründen des Heimatschutzes (Freihaltung des Blickes auf das Schloß Colombier) getroffenes Bauverbot auf einer größern Fläche (ein Streifen Land von 50 m Tiefe) nicht im Wege eines Alignementsplans (wobei nach kantonalem Recht keine Entschädigung geschuldet gewesen wäre) verwirklicht werden darf, um so die Entschädigungspflicht für diesen expropriationsartigen Eingriff zu umgehen[68]).

Hier sei auch noch eine Bestimmung des bernischen Alignementsgesetzes vom 15. Juli 1894, § 13[3], erwähnt, die wohl Heimatschutzinteressen verfolgt: die Gemeinde kann im Alignementsplan vorschreiben, daß eine Straße nur auf einer Seite bebaut werden darf, damit nicht der Blick nach der andern gestört werde. Die Gemeinde muß entweder die betroffenen Grundstücke sofort übernehmen oder den durch das Bauverbot entstehenden Minderwert ersetzen. Das Bauverbot wird also als Enteignung anerkannt und ist es offenbar auch.

In diesem Zusammenhang kann auf ein sehr umstrittenes Urteil des deutschen Reichsgerichts verwiesen werden[69]). Ein hamburgisches Denkmal- und Naturschutzgesetz vom 6. Dezember 1920 sieht vor, daß Baudenkmäler und ihre Umgebung in die Denkmalliste einzutragen sind. An den eingetragenen Grundstücken dürfen ohne Genehmigung der Behörde keine Veränderungen vorgenommen werden. Die Liegenschaft des Klägers wurde als Umgebung eines Denkmals eingetragen, und es wurde ihm verboten, darauf Sand und Kies auszubeuten. Das Reichsgericht erklärt, nach Art. 153 der Reichsverfassung sei das Enteignung; auch ein gesetzlicher Eingriff könne Enteignung sein. Übrigens liege hier eine Einzelmaßnahme

[67]) Erben von Bondeli, 15. Oktober 1937.
[68]) Facchetti, 7. Dezember 1934.
[69]) Zivils. *116* Nr. 53, vom 11. März 1927.

vor, die Eintragung in das Denkmalregister. Das letztere Motiv, der Einzeleingriff, scheint ausschlaggebend gewesen zu sein, weniger eine Gesamtwürdigung im Sinne der bisherigen Ausführungen.

d) Die baupolizeilichen Vorschriften schränken die Baufreiheit ein aus Gründen der Gesundheit, der Feuersicherheit und des Verkehrs. Auch ästhetische Gesichtspunkte fallen in Betracht, die dann wieder solche des Heimatschutzes sein können. Zum Teil bestimmen diese Regeln die Ausführung und den Zustand des einzelnen Gebäudes, zum Teil ordnen sie das Verhältnis der Gebäude unter sich und zur Straße.

Im allgemeinen sind es bloße Eigentumsbeschränkungen (immer vorausgesetzt, daß die gesetzliche Basis vorhanden ist[70]). Als solche wurden erklärt die Vorschriften, die einen Gebäudeabstand von der Straße anordnen und Baulinien, die diesen Abstand darstellen[71]). Immerhin können auch Baulinien den Enteignungstatbestand erfüllen je nach dem besondern Zweck, den sie verfolgen, der entsprechenden Stärke des Eingriffs und dem Kreis der Belasteten (die oben erwähnten Heimatschutzfälle).

Auch die Bestimmungen über die sogenannte offene Bebauung für einzelne Gemeindeteile, womit eine stärkere Beschränkung der Baufreiheit verbunden ist, sind bloße Eigentumsbeschränkungen[72]).

Zweifel mögen bestehen, wenn das Areal der in einem Bebauungsplan festgesetzten künftigen Straßen und Plätze mit einem Bauverbot belegt ist, die Enteignung aber erst stattfindet bei Ausführung der Straße oder des Platzes und für die bis dahin geltende Bausperre keine Entschädigungspflicht der Gemeinde anerkannt

---

[70]) Die Fälle, in denen das Bundesgericht wegen Fehlens der gesetzlichen Grundlage eingeschritten ist, fallen hier nicht in Betracht. *6* 586; *13* 288; *16* 527[3]; *23* 1520; *28* I 355; *30* I 332, 520.

[71]) *2* 97; *22* 43.

[72]) *30* I 59.

wird[73]). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zählt ein solches Bauverbot für künftiges Verkehrs- und Expropriationsland nicht zur Enteignung, wennschon es von längerer Dauer sein kann[74]). Auch nicht das Verbot, an schon bestehenden, über die Straßenfluchtlinie hinausgehenden Bauten Veränderungen vorzunehmen, die den Unterhalt überschreiten[75]).

Wenn bei diesen baupolizeilichen Tatbeständen bloße Eigentumsbeschränkung angenommen wird, so erklärt sich das wohl aus der relativen Allgemeinheit und nicht sehr tief gehenden Wirkung der Belastung. Vielleicht hat unausgesprochen auch die Erwägung mitgespielt, daß hier die Entschädigungspflicht der Gemeinde eine gesunde städtische Boden- und Baupolitik verunmöglichen oder stark erschweren würde.

Dagegen hätte man es ohne Frage mit Enteignung zu tun, wenn die Straßenflucht- und Baulinien nicht nur für Neubauten wirksam sein sollten, sondern auch für bestehende Gebäude, die gegebenenfalls zurückversetzt werden müßten. Die Sachlage wäre ähnlich wie bei den Berg- und Wasserwerken, die vom neuen Berg- oder Wasserregal betroffen werden[76]).

Es können indessen besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen das durch die Straßenflucht- und Baulinien begründete Bauverbot über eine Eigentumsbeschränkung hinausgeht. So bestimmt z. B. das bereits erwähnte bernische Alignementsgesetz, daß, wenn das Restgrundstück sich nicht mehr zur Bebauung eignet, der Eigentümer die sofortige Übernahme der ganzen Liegenschaft durch

---

[73]) Müller und Fehr, Baupolizeirecht, 35.

[74]) *17* 59; *5* 538; *31* II 553. Hoirie Graven, 13. Dezember 1935. Einzelne kantonale Gesetze limitieren dieses Bauverbot in der Zeit, so, jeweilen auf zehn Jahre, Waadt, Novelle vom 6. September 1922 zur loi sur la police de construction, Art. 9a; Wallis, Baugesetz, Art. 31.

[75]) *5* 538. Anders im letztern Punkt Reichsgericht Zivils. *132* Nr. 13.

[76]) Zürich, Baugesetz § 120, 122.

die Gemeinde verlangen kann (§ 13[2]), d. h. die sofortige Enteignung, offenbar mit Rücksicht darauf, daß bei solcher Sachlage der Eingriff sehr intensiv ist und nur in einzelnen Fällen die Straßenflucht- und Baulinien in dieser nachteiligen Weise wirken[77]).

e) Mit der Enteignung ist immer die Entschädigung verbunden. Die Feststellung, daß ein Eingriff Enteignung ist, bedeutet ja, daß er nur gegen Entschädigung erfolgen darf, während Maßnahmen, die sich als Eigentumsbeschränkung darstellen, keine Entschädigung zur Folge haben. Doch finden sich ausnahmsweise auch Eigentumsbeschränkungen, zu deren Modalitäten eine Entschädigung gehört: das Eigentum ist in der Weise inhaltlich begrenzt, daß der Eigentümer sich gewisse Schmälerungen gefallen lassen muß, die unter Ausgleich der damit verbundenen Nachteile vor sich gehen.

In diesem Sinn kann man die Bauparzellenbereinigung auffassen, welche die rationelle Einteilung von unzweckmäßig abgegrenztem Bauland zum Ziel hat. Wer dabei Land abgeben muß, soll, wenn immer möglich, eine gleichwertige Baustelle zugeteilt erhalten; allfällige Differenzen werden in Geld ausgeglichen. Da die Baulandumlegung ein Verfahren unter Grundeigentümern ist mit gegenseitiger Ausgleichspflicht, dürfte die Konstruktion der Eigentumsbeschränkung ihrer Natur besser entsprechen als die Annahme von Enteignung, wie denn ja

---

[77]) Ähnliche Bestimmungen in andern Kantonen, z. B. Zürich, Baugesetz § 29 II; die in Anm. 74 zitierten Gesetze von Waadt, Art. 9b, und Wallis, Art. 31. Das bernische Alignementsgesetz sieht auch vor, daß, wenn im Bebauungsplan neben Straßen öffentliche Plätze und Anlagen vorgesehen sind, die Gemeinde gleichzeitig mit dem Straßenland auch dasjenige für die Plätze und Anlagen erwerben oder den Eigentümer für den Entzug der Baufreiheit entschädigen muß (§ 13[1]). Hier erhält das Bauverbot für das Land, das von künftigen Plätzen und Anlagen in Anspruch genommen werden wird, von einem bestimmten Zeitpunkt an Enteignungscharakter in Würdigung der Art und Wirkung des Eingriffs.

Art. 702 ZGB (s. auch Art. 703 III) unter den den Kantonen vorbehaltenen öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen auch die Zusammenlegung von Baugebiet erwähnt und wie die Bestimmung von Art. 694 über die Einräumung des Notwegs gegen Entschädigung richtigerweise als Eigentumsbeschränkung und nicht als eine Art privatrechtliche Enteignung angesehen wird. In einem neuesten Urteil hat das Bundesgericht das Rechtsinstitut der Baulandumlegung als Eigentumsbeschränkung bezeichnet[78]). Die Frage hat nicht bloß theoretischen Wert. Da die Ersatzpflicht feststeht, ist die Lösung freilich ohne Einfluß auf die Entschädigungsfrage, um die es uns hier vor allem zu tun ist. Aber sie kann Bedeutung haben nach der Verfahrensseite auch vom Standpunkt der Eigentumsgarantie aus[79]).

In ähnlicher Weise wäre wohl die Flurbereinigung rechtlich zu qualifizieren (die in Art. 702 ZGB gleichfalls unter den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen figuriert; s. auch Art. 703)[80]).

5. Die Übersicht über die Abgrenzungstheorien und die Würdigung der bundesgerichtlichen Praxis dürften dartun, daß es in der Tat kein einzelnes durchgreifendes, scharfes Kriterium gibt, nach dem Enteignung und Eigentumsbeschränkung sich scheiden würden, Beim Versuch, ein solches Merkmal aufzustellen und es zu handhaben, stößt man immer wieder auf Fälle, wo es zu keiner befriedigenden Lösung führt. Es müssen vielmehr verschiedene Momente, die überwiegend materiellen Charakter

---

[78]) *64* I 207 (Pr *27* Nr. 168). Vgl. auch *36* I 685; *10* 240[4].

[79]) *64* I 207 (Pr *27* Nr. 168).

[80]) Zur Enteignung rechnen die fraglichen Erscheinungen Fleiner, Instit. 312[57]; W. Jellinek, Verwaltungsrecht 2. A. 392; Müller und Fehr, Baupolizeirecht, 53 ff. Das Institut der Bodenbereinigung kann nach kantonalem Recht so ausgestaltet sein, daß Enteignung anzunehmen ist. Doch ist der bloße Umstand hiefür wohl nicht entscheidend, daß über den Ausgleich im Streifall im besondern Verfahren entschieden wird, das für die Bestimmung der Expropriationsentschädigung besteht.

haben und zum Teil recht unsichere Umrisse aufweisen, herangezogen und mit- und gegeneinander abgewogen werden. Auf Grund einer solchen Gesamtwürdigung ist die Ausscheidung vorzunehmen.

Die verschiedenen Momente können insgesamt, d. h. jedes für sich gewogen, in klarer Weise für das Vorliegen von Enteignung sprechen. Es sind die Tatbestände, wo diese Qualifikation von vorneherein keinen ernstlichen Zweifeln begegnet. Bei den Grenzfällen aber, die zu Bedenken Anlaß geben, wird in der Regel nur das eine oder andere Moment im Sinne der Expropriation sich geltend machen, und es handelt sich dann darum, ob ein entschiedenes Plus auf der einen Seite ein Minus nach der andern Richtung auszugleichen vermag.

Die Hauptmerkmale, auf die in solcher Weise abzustellen ist, werden etwa die folgenden sein:

Grad, Maß, Stärke, Tiefe des Eingriffs in die bisherigen Befugnisse des Eigentümers. Welches ist das quantitative Verhältnis zwischen dem, was ihm genommen wird und dem, was ihm verbleibt? Werden Rechte, etwa durch Gesetz, vollständig entzogen, so kann nur Enteignung vorliegen. Bei der Minderung der Eigentümerposition handelt es sich stets um ein Mehr oder Weniger, und ein bestimmter Punkt der Intensität des Eingriffs, von dem an Expropriation anzunehmen ist, läßt sich nicht angeben.

Der größere oder kleinere Kreis der Betroffenen. Die Belastung kann alle Eigentümer treffen oder nur diejenigen, bei denen bestimmte Voraussetzungen gegeben sind: Liegenschaften in städtischen Verhältnissen, in einem gewissen Quartier einer Gemeinde, in der Umgebung eines Denkmals, am Ufer öffentlicher Gewässer. Je nach der Art der Voraussetzungen kann sich der Kreis der Beteiligten bis auf wenige oder auch nur eine Person verengern. Auch hier gibt es keinen genauen Trennpunkt. Man kann nur sagen, daß je enger dieser Kreis ist, desto eher sich daraus ein Indiz im Sinne der Enteignung ergibt.

Gesetzliche Maßnahmen haben in der Regel allgemeinere Wirkungen. Ergeht im einzelnen Fall eine Verfügung mit konstitutiver Folge, so ist die Frage, ob sie lediglich eine Eigentumsbeschränkung konkret gestaltet, oder sich als gesetzlich ermächtigter Eingriff ins Eigentum darstellt. Je freier die Behörde bei ihrer Verfügung ist, um so spezieller erscheint die Maßnahme und um so eher wird jenes Indiz für Enteignung vorliegen.

Die Wirkung beim Gemeinwesen oder dritten Begünstigten. Hier geht die Abstufung vom Erwerb privater Rechte bis zum irgendwie greifbaren Vorteil der öffentlichen Gewalt in Form eines fiskalischen oder wirtschaftlichen Nutzens. Es ist die sogenannte Überführung; sie ist nicht vorhanden bei einem nur ideellen Interesse der Gesamtheit, das ja nach der Eigentumsgarantie Voraussetzung jeder gegen das Eigentum gerichteten Maßnahme ist. Die „Überführung" ist im allgemeinen ein gewichtiges Anzeichen für Enteignung. Doch finden sich, wie ausgeführt wurde, Eigentumsbeschränkungen mit „Überführung" und Enteignungen ohne solche.

Als weitere Momente kommen etwa in Betracht:

Die rechtspolitische Wertung der Befugnis, die entzogen wird. Der Entzug überlebter Befugnisse, solcher, die das Rechtsbewußtsein nicht oder nicht mehr befriedigen, wird weniger als Enteignung zu betrachten sein.

Die Stärke des öffentlichen Interesses, dem die Maßnahme dient. Vom Standpunkt des gemeinen Wohls aus kann sie notwendig oder nur nützlich sein. Auch hier gibt es Abstufungen, nach denen man mehr oder weniger geneigt sein wird, wenn sonst noch Zweifel bestehen, sich für Enteignung zu entscheiden. Eine Heimatschutzanordnung wird unter Umständen vielleicht anders gewertet werden, je nachdem sie einer eigentlichen Verunstaltung oder nur einer leichteren Beeinträchtigung des Landschaftsbildes vorbeugen soll.

Aus der Würdigung der verschiedenen Momente, jedes für sich und aller in ihrem gegenseitigen Gewicht,

folgt dann im einzelnen Fall die Antwort auf die Frage: Eigentumsbeschränkung oder Enteignung. Bei der Unsicherheit der Kriterien ist es gegeben, daß das Rechtsempfinden der entscheidenden Stelle eine gewichtige Rolle spielt. Gewisse Opfer zugunsten der Allgemeinheit, die beträchtlich sein können, muß sich der Eigentümer in der Form von Eigentumsbeschränkungen gefallen lassen. Es handelt sich darum, ob ein bestimmtes Opfer, das ihm zugemutet wird, nach der gesamten Sachlage einen derart besondern Charakter hat, daß die Wiedergutmachung durch Entschädigung ein Postulat ausgleichender Gerechtigkeit ist. Das ist anhand jener Merkmale festzustellen.

Es ist unvermeidlich, daß bei dieser Abwägung auch die Vorstellungen sich zum Worte melden, die man über den sozialen Gehalt des Eigentums hat. Wer dazu neigt, die sozialen Bindungen und Pflichten des Eigentümers stärker zu betonen, wird das Gebiet der Eigentümerbeschränkungen im Gegensatz zur Enteignung eher weiter annehmen. Und Wandlungen, die sich mit der Zeit in diesen Anschauungen vollziehen, können daher auch in einer veränderten Abgrenzung zum Ausdruck kommen.

Trotz jener Unsicherheit und der Möglichkeit solcher Grenzverschiebungen in der Zeit ist aber die Abgrenzung nicht eine Frage des Ermessens. So schwierig unter Umständen die Lösung sein mag, so kann die Antwort doch immer nur im einen oder andern Sinn erfolgen. Die Entscheidung hat stets bloß feststellenden Charakter und enthält kein konstitutives Element. Die Grenze besteht im objektiven Recht. Die Aufgabe ist nicht, sie erst zu ziehen, sondern nur, sie zu finden.