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: 39 (1920)

Artikel: Lässt die Regelung des Zivilgesetzbuches die Aufstellung eines besonderen Begriffes des öffentlichen Eigentums zu?

Autor: Amberg, R.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895828

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: 16.07.2025

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

Lässt die Regelung des Zivilgesetzbuches die Aufstellung eines besonderen Begriffes des öffentlichen Eigentums zu?

Von Dr. R. Amberg,
Obergerichtsschreiber in Luzern.*)

1. Der Kreis der öffentlichen Sachen nach dem ZGB.

Soll die Oeffentlichkeit den unterscheidenden Charakter einer bestimmten Sache bezeichnen, so muss im Ausdruck „Oeffentlichkeit" auf alle Fälle eine Hinordnung zur Oeffentlichkeit liegen, und mit dem Ausdrucke „öffentliche Sachen" eine solche Vereinigung dieser Hinordnung mit einer bestimmten Sache gemeint sein, dass dadurch jene Sache von allen anderen Sachen, denen diese Hinordnung nicht eigen ist, das unmittelbar unterscheidende Merkmal erhält. Diesem doppelten Erfordernisse wird Genüge getan, wenn wir sagen: Oeffentliche Sachen sind solche Sachen, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen.

Diese unmittelbare Widmung für öffentliche Zwecke fehlt bei Sachen, die nicht durch sich selbst, sondern lediglich durch das Mittel ihres Ertrages einem öffentlichen Zwecke dienen. Zu den öffentlichen Sachen gehört daher nicht das Finanzvermögen (Bargeld und Wertpapiere des Staates, staatliche oder kommunale Gewerbebetriebe). Dadurch, dass diese Sachen dem Staate

*) Nachstehende Untersuchung bildet einen selbständigen Abschnitt einer grösseren, vom Schweizerischen Juristenverein im Jahre 1917 preisgekrönten Arbeit: „Das öffentliche Eigentum nach schweizerischem Recht."

dienen, sind sie nur mittelbar der Oeffentlichkeit gewidmet. Sie erhalten dadurch, dass sie der öffentlichen Verwaltung gehören, noch keine Charaktereigenschaft, die sie von den Sachen gleicher Art, die im Eigentume privatwirtschaftlicher Rechtssubjekte stehen, unterscheiden. Sie dienen im einen wie im anderen Falle durch ihren Ertrag der Erreichung bestimmter Zwecke, und zwar in gleicher Weise, mag der Zweck, der erstrebt wird, ein öffentlicher oder ein privater sein.

Unmittelbar ist dagegen die Hinordnung zum öffentlichen Zwecke, wenn nicht der Kapitalwert oder Ertrag einer Sache, sondern die Sache selbst durch ihren Gebrauchswert dem Staate zur Erreichung von Gemeinschaftszwecken dient. Zu den öffentlichen Sachen gehört daher das Verwaltungsvermögen des Staates. Es besteht aus jenen Sachen des Staates, die von ihm weder als Geldwert, noch zur Erzeugung von Geldwerten gebraucht werden, sondern als die „unerlässliche sachliche Grundlage für die Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben“ (Fleiner VR, S. 308) ihm dienen, also in ihrer konkreten Individualität für die Erfüllung öffentlicher Zwecke erforderlich sind (Dienstgebäude, Gerichtsgebäude, Schulen, Kirchen, Zeughäuser, Kasernen etc.).

Unmittelbare Hinordnung zu öffentlichem Zwecke charakterisiert auch die Sachen des Gemeingebrauches. Diese Sachen sind dazu da, von jedermann benützt zu werden. Es sind Sachen, die ihrem Wesen nach keine Hinordnung zu einem privatwirtschaftlichen Zwecke haben und nicht kraft eines privatrechtlichen Anspruches, sondern kraft Zugehörigkeit zur Gesamtheit von jedem, ohne besonderen Titel, benützt zu werden bestimmt sind (öffentliche Flüsse, Strassen, Brücken, Plätze, Brunnen etc.).

Wir nennen also nach dem Gesagten öffentliche Sachen nur die Sachen des Gemeingebrauches und des Verwaltungsvermögens, weil nur bei diesen die unmittelbare, wesensbestimmende Hinordnung zur Oeffentlichkeit vorhanden ist, und sehen im Interesse einer scharfen

Abgrenzung davon ab, mit Gierke (Deutsches Privatrecht II, S. 22) und Fleiner (VR S. 307 ff.) zwischen öffentlichen Sachen im weiteren Sinne und öffentlichen Sachen im engeren Sinne zu unterscheiden. Ob mit O. Mayer die öffentlichen Sachen neben dem Finanz- und Verwaltungsvermögen als eine dritte Gruppe für sich zu betrachten seien, hängt mit der allgemeinen Beurteilung der Hypothese vom öffentlichen Eigentum zusammen und ist daher in diesem Zusammenhange weiter nicht zu untersuchen.

Fragen wir nun, was unser Privatrecht zu den Rechtsverhältnissen der öffentlichen Sachen sagt, so ist dabei nicht zu übersehen, dass das öffentliche Recht als solches natürlich nicht von der Anerkennung durch das kodifizierte Privatrecht abhängig ist, und dass das Privatrecht als solches nur auf die Normierung privatrechtlicher Verhältnisse sich erstrecken kann. Allein die Grenzen zwischen den beiden Rechtsgebieten sind keineswegs feste und von vorneherein in ihrem ganzen Verlaufe erkennbare. Wo zwei Gebiete sich berühren und in einander übergehen, darf man, um die Grenze zu bestimmen, nicht nur nach dem fragen, was auf der einen Seite gilt, sondern es muss auch beachtet werden, wie weit auf der anderen Seite der Geltungsbereich in Anspruch genommen wird. Zur Grenzregulierung gehören immer zwei Anstösser. Jeder dieser beiden Anstösser hat ein gewisses Recht, selbst zu sagen, wie weit seine Sphäre reiche. Und wenn es gar ein verbindliches Gesetz ist, das bestimmte Normen für die Absteckung des Bereiches seines Wirkungsgebietes aufstellt, so muss eben auf diese Normen als geltendes Recht abgestellt werden.

In dieser Richtung ist zunächst beachtenswert, dass das Zivilgesetzbuch in Art. 664 in einem Zuge von herrenlosen und öffentlichen Sachen spricht und beide gleich behandelt. Wie man dazu kam, zeigt die Entstehungsgeschichte des Artikels. Die erste (nationalrätliche) Fassung des nunmehrigen Art. 664 hatte gelautet:

Die öffentlichen Gewässer, sowie das keiner Kultur fähige Land, wie Felsen und Schutthalden, Firne und Gletscher und die daraus entspringenden Quellen sind, soweit nicht jemandes Eigentum an ihnen nachgewiesen ist, herrenlose Sachen.

Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie Strassen und Plätze, öffentliche Gewässer und Flussbetten, die erforderlichen Bestimmungen auf. (Sten. Bull. 1906, S. 1007.)

Der erste Absatz dieser Fassung wurde dann vom Ständerate in folgende Form abgeändert:

Die herrenlosen und öffentlichen Sachen, wie namentlich die öffentlichen Gewässer, das keiner Kultur fähige Land, wie Felsen und Schutthalden, Firne und Gletscher und die daraus entspringenden Quellen, stehen unter der Hoheit des Staatswesens, in dessen Gebiet sie sich befinden. (Sten. Bull. 1907, S. 91.)

Erst bei der redaktionellen Schlussbereinigung entstand die heutige Form, die den beiden bisherigen Fassungen zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz heraushob und im ersten Absatz getrennt aussprach, woraus sich der nunmehr geltende Wortlaut ergab:

Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.

An den öffentlichen Gewässern, sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum.

Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten, die erforderlichen Bestimmungen auf.

Für die aus dieser Entstehungsgeschichte des Art. 664 ZGB zu ziehenden Schlüsse ist wichtig, dass man alle Abänderungen der ursprünglichen nationalrätlichen Fassung lediglich als solche redaktioneller Natur betrachtete. Der Kommissionsreferent, Ständerat Hoffmann, motivierte im Plenum des Rates die von der nationalrätlichen Fassung

abweichende Formulierung der ständerätlichen Kommission mit folgenden Worten:

> Die Änderungen, die wir bei Art. 657 (heute 664) gegenüber dem nationalrätlichen Beschlusse vorschlagen, sind nur von redaktioneller Bedeutung. Ihre Kommission hat sich daran gestossen, dass nach der nationalrätlichen Redaktion die öffentlichen Gewässer als herrenlose Sachen bezeichnet werden. Rein privatrechtlich gedacht ist das zwar richtig, denn die öffentlichen Gewässer stehen nicht im Privatrecht des Staates, sondern unter dem der Staatshoheit; wenn man von Eigentumsrecht reden wollte, so könnte man nur von einem öffentlichen Eigentumsrecht des Staates reden. Auch der nationalrätliche Beschluss hat nichts anderes sagen wollen. Die Herrenlosigkeit war nur mit dem Vorbehalte gedacht, dass einzelne Kantone an öffentlichen Gewässern und Bodenteilen ein Eigentumsrecht zugunsten des Staates oder der Gemeinden anerkennen.... Das alles hat nicht tangiert werden wollen durch die Fassung des Nationalrates. Um aber unrichtigen Auffassungen und Anschauungen nicht Tür und Tor zu öffnen, sprechen wir von herrenlosen und öffentlichen Sachen; man denkt unter öffentlichen Sachen in erster Linie an die öffentlichen Gewässer, dann an das keiner Kultur fähige Land....
> (Sten. Bull. 1907, S. 93.)

Es sind also nach dem Gesagten unter öffentlichen Sachen hauptsächlich die öffentlichen Gewässer, die Flussbetten, Strassen und Plätze, sowie die herrenlosen Sachen, d. h. die kulturunfähigen Landgebiete, wie Felsen, Schutthalden etc., an denen kein privates Eigentum nachgewiesen ist, zu verstehen. Bei der ersteren Kategorie (Gewässer, Strassen, Plätze etc.) ist die unmittelbare Hinordnung zur Oeffentlichkeit in Art. 664, Abs. 3 ZGB selbst dahin zum Ausdrucke gebracht, dass hier von „Gemeingebrauch" dieser Sachen gesprochen wird.

Nicht so deutlich ist das Erfordernis der Oeffentlichkeit bei den herrenlosen Sachen ausgesprochen, inbezug auf welche in Art. 664, Abs. 3 lediglich von „Aneignung" die Rede ist. Leemann (N. 4 zu Art. 664 ZGB) bemerkt in dieser Hinsicht, dass der Ausdruck „herrenlose Sachen" nur die Bedeutung habe, jene Sachen zu bezeichnen, die

„weder im privaten Eigentum des Staates (Fiskalgut), noch im ausschliesslichen Eigentum Einzelner stehen“, und dass damit nicht „die Eigentumslosigkeit dieser Sachen (res nullius) im technischen Sinne, wie z. B. bei Art. 658, Abs. 1 und Art. 718“ gemeint sei. Damit würde auch das oben angeführte Votum des Sprechers im Ständerate übereinstimmen, es sei, privatrechtlich gedacht, richtig, dass auch die öffentlichen Gewässer als herrenlose Sachen bezeichnet werden, da die öffentlichen Gewässer eben nicht im Privatrechte des Staates, sondern unter dem Rechte der Staatshoheit stehen. Allein diese Unterscheidung zwischen der Herrenlosigkeit im technischen Sinne (res nullius) und der Herrenlosigkeit als blosser Negation des privatrechtlichen Eigentums des Staates oder des ausschliesslichen Eigentums Einzelner hilft nicht viel zur inneren Begründung der Tatsache, dass das Gesetz gerade auch von herrenlosen Sachen als öffentlichen Sachen spricht, es sei denn, dass man als gegeben voraussetzt, dass die öffentlichen Sachen nicht res nullius seien, sondern regelmässig im Eigentum des Staates oder einer anderen öffentlichen Verbandsperson stehen (Leemann, N. 9 zu Art. 664). Diese letztere Annahme wäre jedoch das Ausgehen von einer Hypothese, und es müsste vorerst bewiesen werden, dass diese Hypothese zur Erklärung des Verhältnisses der öffentlichen Sachen überhaupt nötig ist.

Lassen wir diese letztere Frage ausser Spiel, so müssen wir den Ausdruck „Herrenlosigkeit“ nehmen, wie er lautet, nämlich als Bezeichnung der Eigentumslosigkeit im Sinne der res nullius, und wie er im Zivilgesetzbuche tatsächlich gebraucht wird (Art. 658, 659, 664, 718, 719, 724). Nun ist allerdings die Herrenlosigkeit eines im Grundbuch als herrenlos bezeichneten Grundstückes (Art. 658, Abs. 1) nicht eine solche, die jene unmittelbare Hinordnung zum öffentlichen Zwecke, die für den Charakter der öffentlichen Sache erforderlich ist, in sich schliesst. Auch die Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache, die nur in Besitz ge-

nommen zu werden braucht, um daran Eigentum zu erwerben (Art. 718), hat ebenso wenig wie das Herrenloswerden gefangener oder gezähmter Tiere (Art. 719) mit dem Charakter einer öffentlichen Sache an sich etwas zu tun. Wie steht es aber mit der Herrenlosigkeit eines Grundstückes, das nicht im Grundbuch aufgenommen ist (Art.658, Abs. 2), der Herrenlosigkeit des wilden Tieres im Zustande der Freiheit (Art. 719) und mit der Herrenlosigkeit des Schatzes oder des Naturkörpers von erheblichem wissenschaftlichem Werte (Art. 723 und 724)? Alle diese zuletzt genannten Sachen stehen zwar nicht im öffentlichen Gebrauch, sind aber doch dem privaten Einzelgebrauch insofern entzogen, als sie von jedermann okkupiert werden können. Das gleiche trifft zu bei den Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, sowie den daraus entspringenden Quellen, solange nicht der Nachweis geleistet ist, dass daran Privateigentum besteht (Art. 664, Abs. 2). Liegt schon in der Tatsache der Möglichkeit einer Okkupation durch jedermann eine Hinordnung zur Oeffentlichkeit, so ist das Gemeininteresse direkt in den Vordergrund gestellt, wenn es als Aufgabe der öffentlichen Ordnung bezeichnet wird, diese Okkupation zu regeln (Art. 658, Abs. 2, 659, 664, Abs. 1 und 3, 724). Spricht daher Art. 664 von herrenlosen und öffentlichen Sachen, so folgt daraus dem Sinne des Gesetzes nach weiter nichts, als dass hier mit dem Ausdruck „herrenlose Sache" der Kreis jener Sachen gemeint ist, die unmittelbar von Gesetzes wegen kraft ihrer natürlichen Beschaffenheit als öffentliche Sachen des Gemeingebrauches zu betrachten sind, im Gegensatze zu jenen Sachen, die kraft besonderer Indienststellung durch die Behörde im Gemeingebrauche stehen, wie öffentliche Strassen, Plätze, Brunnen etc. Das Gemeininteresse an der Ordnung der Okkupation und Ausbeutung der herrenlosen Sachen (im technischen Sinne des Wortes), das Offenstehen zum Gemeingebrauch ist es also, was diesen Sachen die Hinordnung zur Allgemeinheit gibt und sie zu öffentlichen Sachen macht.

Man hätte daher ebensogut, statt zuerst lediglich von herrenlosen, nachher von herrenlosen und öffentlichen Sachen zu reden, von Anfang an einfach von öffentlichen Sachen reden können, wobei man dann nicht in den Fall gekommen wäre, sich daran zu stossen, die öffentlichen Gewässer als herrenlose Sachen zu bezeichnen.

Das Zivilgesetzbuch behandelt also die Sachen des Gemeingebrauches als öffentliche Sachen, wozu zwei Gruppen gehören: 1. Sachen, die kraft besonderer Bestimmung der Behörde im Gemeingebrauche stehen (Strassen, Plätze, Brücken, Brunnen etc.); 2. Sachen, die unmittelbar von Gesetzes wegen kraft ihrer natürlichen Beschaffenheit der Regel nach im Gemeingebrauche stehen, wie öffentliche Gewässer, kulturunfähiges Land etc. (Wieland N. 2, b, aa zu Art. 664).

Hinsichtlich der Sachen des Verwaltungsvermögens ist dem Zivilgesetzbuche nichts zu entnehmen, was einen bestimmten Schluss darauf zuliesse, dass diese Sachen von ihm als zu den öffentlichen Sachen gehörig angesehen werden.

Mit den Sachen des Finanzvermögens kommt das Zivilgesetzbuch bei Art. 466 (555) und 659 in direkte Berührung.

Nach Art. 466 (555) fällt die erblose Verlassenschaft an den Kanton oder die nach kantonalem Gesetz berechtigte Gemeinde. Die erblose Verlassenschaft hat keine andere Beziehung zum Gemeininteresse als die, mittelbar durch ihren Geld- und Ertragswert dem Staate in der Erfüllung seiner Aufgaben zu dienen. Der Anfall an Staat oder Gemeinde erfolgt daher zwar in einem gewissen öffentlichen Interesse, aber auf Grund eines durch das Zivilrecht gegebenen rechtlichen Titels, gewissermassen in Konkurrenz mit Privatrechtssubjekten, denen das Zivilrecht ebenfalls einen erbrechtlichen Titel auf das gleiche Guthaben geben könnte. Er ist nicht etwa der Ausfluss eines staatlichen Hoheitsrechtes auf ein bonum vacans. Die erblose Verlassenschaft ist keine öffentliche Sache.

Das erbende Gemeinwesen ist daher auch der Formalität des Schuldenrufes und der Haftung für die Schulden der Erbschaft unterworfen, letzteres allerdings nach Art. 592 ZGB in einer privilegierten Form (Escher N. 2 zu Art. 466). Die vom Staate oder der Gemeinde übernommene erblose Verlassenschaft wird also zu einem Teil des fiskalischen Gutes, welches dem Privatrechtsverkehr unterworfen ist.

In Art. 659 wird gesagt, dass das aus herrenlosem Boden durch Anschwemmung, Verschiebung etc. entstehende Land, sofern es der Ausbeutung fähig ist, dem Kantone „gehört", in dessen Gebiet es liegt. Aus der Gegenüberstellung von kulturfähigem und herrenlosem Land muss geschlossen werden, dass hier unter herrenlosem Boden nicht ein als herrenlos im Grundbuch eingetragenes Grundstück (Art. 658), sondern jenes Land zu verstehen ist, das wegen Kulturunfähigkeit grundsätzlich der Staatshoheit unterstellt ist (Art. 664, Abs. 2). Dabei kann es sich im weiteren nur um solches der Kultur unfähigesLand handeln, an dem Privateigentum nicht nachgewiesen ist. Besteht an einem kulturunfähigen Land (oder Gewässer) privates Eigentum, so bewirkt Anschwemmung, Bodenverschiebung etc. nur eine Veränderung bezw. Neubildung innerhalb privater Grundstücke, was unter die Regelung des Art. 660 fällt (Leemann N. 3 zu Art. 659). Neugebildetes kulturfähiges Land im Sinne des Art. 659 entsteht also z. B., wenn ein nicht in Privateigentum stehender Gletscher zurückgeht und anbaufähiges Weidland zurücklässt. Das so entstandene nutzbare Land hat eine Hinordnung zur Oeffentlichkeit nur in dem Sinne, dass es, sofern das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt, von jedermann okkupiert werden kann und es im Interesse der öffentlichen Ordnung liegt, diese Okkupation zu regeln. Diese Okkupation hat nun das Gesetz in Art. 659 sofort so geregelt, dass es das betreffende Grundstück einfach dem Gebietskanton als Eigentum zuweist: es soll dem Kanton „gehören", in dessen Gebiet es liegt. Ist auch der Grund dieser Regelung kein anderer als das öffent-

liche Interesse, die Bestimmung also im Grunde eine solche des öffentlichen Rechtes, so drückt der Übergang des neugebildeten Landes an das Gemeinwesen diesem Lande doch nicht eine unmittelbare Widmung zum öffentlichen Zwecke in dem Sinn auf, dass dieses neugebildete Land schlechthin als öffentliche Sache bezeichnet werden könnte. Wenn das Gesetz sagt, dieses Land „gehört" dem Staate, so sagt es damit nur, dass die Sache in das freie Verfügungsrecht des Staates übergehe, also nicht von den Anstössern okkupiert werden dürfe, wie es das gemeine Recht und viele bisherige kantonale Rechte gestatteten. Das Privatrecht setzt sich also hier selbst eine bestimmte Grenze seines Geltungsbereiches und gibt dem Staate freies Eigentum, worauf es dann Sache des letzteren ist, zu bestimmen, ob er das Land als fiskalisches Eigentum behalten, oder den Anstössern überlassen, oder zu einer öffentlichen Sache, sei es des Verwaltungsvermögens, sei es des Gemeingebrauches machen wolle. Das Zivilrecht gibt dem betreffenden Grundstück keine dessen Wesen bestimmende Hinordnung zur Oeffentlichkeit. Das Grundstück wird, so wie es der Staat erhält, zunächst wiederum gleich der erblosen Verlassenschaft ein Teil des Fiskalgutes und bleibt, solange der Staat nicht selbst es einem öffentlichen Zwecke widmet, dem Privatrechtsverkehr unterworfen.

Anders verhält es sich bei der Auffindung von herrenlosen Naturkörpern oder Altertümern, die einen erheblichen wissenschaftlichen Wert haben. Hier bestimmt Art. 724, Abs. 1, dass diese Sachen in das „Eigentum" des Kantons übergehen, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind. Auch diese Sachen haben eine Hinordnung zur Oeffentlichkeit, insofern sie, solange das Gesetz nichts anderes bestimmt, von jedermann okkupiert werden können und es im Interesse der öffentlichen Ordnung liegt, diese Okkupation zu regeln. Auch hier ist die Okkupation wiederum so normiert, dass das Privatrecht selbst, von sich aus, der privaten Aneignung eine Grenze setzt und

in Berücksichtigung des öffentlichen Interesses die Sachen direkt dem Staate zuweist, in dessen „Eigentum“ sie übergehen. Während aber beim neugewonnenen Lande die Hinordnung zur Oeffentlichkeit nicht das Unmittelbare ist und nicht so in den Vordergrund tritt, dass es nicht auch ebenso gut zu fiskalischen Zwecken des Staates oder zum Einzelgebrauche Privater Verwendung finden könnte, bildet die Hinordnung zur Oeffentlichkeit bei den Sachen von erheblichem wissenschaftlichem Werte gerade das Eigentümliche und Wesentliche dieser Sachen. Dieser besondere Wert drückt dem Gegenstande einen ganz bestimmten Charakter auf, der ihn über die Sachen des gewöhnlichen Privatrechtsverkehrs hinaushebt. Es ist eine Forderung des Gemeininteresses, dass dieser für die Allgemeinheit bestehende Wert nicht durch private Okkupation verloren gehe oder zum Nachteile der Gesamtheit zu rein privatem Nutzen ausgebeutet werde. Darum wird hier im Gegensatze zu Art. 659 auch nichts davon gesagt, dass es den Kantonen etwa freistehe, die Sache Privaten zu überlassen. Muss aber die aufgefundene Sache von erheblichem wissenschaftlichem Werte nach der Meinung des sich hier selbst eine Grenze setzenden Privatrechtes als öffentliche Sache angesehen werden, so kann deren Uebergang in das „Eigentum“ des Staates nicht gleichbedeutend sein mit Uebergang in das Fiskalgut des Staates, und es entsteht die Frage, was unter der Zuweisung in das „Eigentum“ des Staates des genaueren zu verstehen sei. Diese Frage ist hier, wo es sich nur darum handelt, das auszusondern, was vom Zivilgesetzbuch als öffentliche Sache angesehen wird, weiter nicht zu untersuchen.

2. Vorbehalte des ZGB hinsichtlich der öffentlichen Sachen.

Das Zivilgesetzbuch kann als solches, d. h. als Privatrechtskodifikation die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen nicht von sich aus einer grundsätzlichen und ma-

teriellen Normierung unterziehen. Dagegen liegt es nahe, dass das Privatrecht auch von sich aus für die Grenzen seines eigenen Geltungsbereiches Normen aufstellt, damit dem Gesetzestexte selber entnommen werden kann, wann und wo die mit einer bestimmten Voraussetzung verknüpften Rechtsfolgen nicht mehr der Wirksamkeit des Privatrechtes unterliegen, sondern nach den Grundsätzen der über dem Privatrechte stehenden öffentlichen Rechtsordnung zu beurteilen sind.

Es kann auch der Fall eintreten, dass das kodifizierte Privatrecht bei bestimmten Materien der Anwendung seiner Normen eine Grenze setzt, weil sie mit örtlichen Besonderheiten öffentlichrechtlichen Charakters, die man nicht berühren will, in Zusammenhang stehen. Das Zivilgesetzbuch tut das z. B., indem es den Kantonen vorbehält, über folgende Rechtsverhältnisse besondere Bestimmungen aufzustellen: Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder zur Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten (Art. 695); Inhalt besonderer Wegrechte, wie Tränkweg, Winterweg, Tretrecht (Art. 695), Fussweg, Fahrweg, Holzweg (Art. 740); Pflicht und Art der Einfriedung im Gegensatze zur Pflicht über die Tragung der Kosten der Einfriedung (Art. 697, Abs. 2); Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei (Art. 699, Abs. 2); Wasserholen und Tränken an fremden in Privateigentum stehenden Quellen, Brunnen (Art. 709). Hier handelt es sich nicht etwa um einen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechtes an sich, sondern lediglich um einen Vorbehalt partikularer Rechte, die durch die einheitliche Kodifikation nicht aufgehoben werden sollen, gleichviel ob dann die partikularrechtliche Regelung auf privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Grundlage fusse. Das gleiche trifft auch in allen jenen Fällen zu, wo das Zivilgesetzbuch, ohne selbst eine verbindliche Unterscheidungsnorm aufzustellen, auf die ortsübliche Auffassung verweist (Art. 642, 643, 644, 684, 767).

Ferner ist auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass das kodifizierte Privatrecht von der näheren Regelung einer Materie deshalb absieht, weil es sich mehr um eine Frage des Verfahrens handelt, die mit dem örtlichen, im Bundesstaate eben vielfach verschiedenen Behördenorganismus in Zusammenhang steht (vgl. Art. 703, Abs. 2 und 3, 843, 848, Abs. 3, 882, 885, Abs. 3, 907, 915, 916, 949, Abs. 2, 953). Auch hier haben wir keinen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechtes, der uns bei der Frage nach den materiellrechtlichen Bestimmungen über mit dem öffentlichen Rechte in Zusammenhang stehende Dinge interessieren würde. Der Spielraum des öffentlichen Rechtes ist hier lediglich die Ordnung und Bestimmung des Verfahrens.

Anders verhält es sich hinsichtlich jener Materien, wo der Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechtes auf einem materiellen Zusammenhange mit dem öffentlichen Rechte beruht. Dabei ist wieder eine Unterscheidung zu machen: Der Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte kann so sein, dass das öffentliche Recht in zwingender Form und unabhängig von den im kodifizierten Privatrecht enthaltenen Normen in Wirksamkeit tritt. Der Zusammenhang kann aber auch ein solcher sein, der nur von einer bestimmten Grenze an das Privatrecht zurückdrängt, wo daher das Privatrecht im Interesse der Einfachheit diese Grenze von sich aus mehr oder weniger gegen sich selbst vorrücken kann. Das letztere trifft z. B. zu, wenn das Privatrecht davon absieht, bei der Enteignung zu bestimmen, wann der Untergang des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechtes der Privatrechtssubjekte eintritt, und die Bestimmung darüber vollständig dem öffentlichen Rechte überlässt (Art. 666 und 801, Abs. 2). Wichtiger für uns ist der erstere Fall, wo das Privatrecht Vorbehalte absolut zwingender Natur zugunsten des öffentlichen Rechtes aufstellt, Vorbehalte, die vom Privatrecht nur im Interesse deutlicherer Grenzregulierung aufgestellt werden können, ohne etwa

von der Anerkennung durch das Privatrecht abhängig zu sein.

In dieser Hinsicht erklärt das Zivilgesetzbuch schon in seiner Einleitung (Art. 6, Abs. 1), dass die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht eingeschränkt werden. Indem es beifügt (Art. 6, Abs. 2), dass die Kantone „in den Schranken ihrer Hoheit" den Verkehr gewisser Arten von Sachen beschränken oder untersagen, oder die privaten Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen können, legt es seine Terminologie für die Bezeichnung des Umfanges der öffentlichrechtlichen Befugnisse der Kantone fest. Es fasst diesen durch die Privatrechtskodifikation unangetasteten Kreis von Befugnissen unter dem Ausdrucke „Hoheit" zusammen. Die Staatshoheit ist es also, vor der ganz allgemein und in zwingender Form das Privatrecht zurücktritt. Die Staatshoheit ist es, die den privatrechtlichen Verkehr über gewisse Sachen beschränken oder untersagen, gewisse Sachen ausserhalb des Privatrechtsverkehres stellen und damit von sich aus und einseitig bestimmen kann, dass die Normen, die das Privatrecht aufstellt, in gewissen Fällen keine Geltung haben und deren eventuelle Anwendung nichtig ist. Welches diese „gewissen Arten von Sachen" seien, sagt das Zivilgesetzbuch selber nicht. Es kann schlechthin jede Sache darunter fallen, deren Gebrauch irgend welche Beziehung zu öffentlichen Zwecken in sich schliesst. In konkreter Weise erkennt das Zivilgesetzbuch die vollständige Unterstellung unter die Staatshoheit für die „herrenlosen und öffentlichen Sachen" im Sinne des Art. 664 an. Für diese besondere Art von Sachen besteht nach dem in Art. 664, Abs. 3 enthaltenen Vorbehalte der Inhalt des Hoheitsrechtes im besonderen darin, „über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten, die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen."

Für den Grund, warum man gerade den Ausdruck „Hoheitsrecht“ dafür gewählt hat, die Grenze zu ziehen, wo das Privatrecht grundsätzlich zurücktreten muss, ist die bereits erwähnte Entstehungsgeschichte des Art. 664 bezeichnend.

Nachdem man im Nationalrate gesagt hatte, dass die öffentlichen Gewässer, das kulturunfähige Land etc. „herrenlose Sachen“ seien, soweit nicht jemandes Eigentum daran nachgewiesen ist, griff man im Ständerate zu folgender Fassung: „Die herrenlosen und öffentlichen Sachen .... stehen unter der Hoheit des Staatswesens, in dessen Gebiet sie sich befinden.“ Das geschah nach der Erklärung des Kommissionsreferenten, Ständerat Hoffmann, deshalb, weil man sich daran stiess, die öffentlichen Gewässer als „herrenlose Sachen“ zu bezeichnen, nachdem in einzelnen Kantonen bisher an öffentlichen Gewässern, wie auch an Gletschern, Firnen etc. Eigentum zugunsten des Staates oder der Gemeinden bestand. An diesem hergebrachten Rechtszustand wollte man nichts ändern. Warum? Weil man in diesem Rechtszustand eine Aeusserung des öffentlichen Rechtes erblickte. Darum hatte ja der Nationalrat damit, dass er von den öffentlichen Gewässern als herrenlosen Sachen sprach, nur sagen wollen, dass sie nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte unterstellt seien, solange nicht Privateigentum an ihnen nachgewiesen ist. Um das deutlicher zum Ausdrucke zu bringen, hätte der Ständerat nach Ansicht seines Referenten auch sagen können, die öffentlichen Gewässer seien öffentlichen Sachen in dem Sinne, dass die Eigentumsverhältnisse daran nicht dem privatrechtlichen, sondern eventuell dem „öffentlichen Eigentum“ unterstehen. Das tat man aber nicht, sondern wählte die allgemeinere Ausdrucksweise: die öffentlichen Gewässer stehen unter der „Hoheit“ des Staates. Obschon also der ständerätliche Referent positiv im Sinne der Hypothese vom öffentlichen Eigentum sich aussprach, kam man nicht dazu, einer dieser Hypothese angepassten

Fassung sich zu bedienen. Es kam somit gerade an der Stelle, wo man in bewusster Weise das „öffentlichrechtliche Eigentum“ dem privatrechtlichen Eigentum entgegensetzte, in der definitiven Fassung des Gesetzes nicht zu einer Anerkennung der Lehre vom öffentlichen Eigentum. Auf der anderen Seite ergibt sich daraus aber auch, dass man jedenfalls nicht die Absicht hatte, die Eigentumsnormierung des Zivilgesetzbuches auch auf die öffentlichen Sachen auszudehnen. Die einzige deutlich zum Ausdrucke gebrachte Absicht war die, die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen dem öffentlichen Rechte vorzubehalten und von Gesetzeswegen nicht dazu Stellung zu nehmen, ob zwischen Hoheitsträger und Sache eine Eigentumsbeziehung bestehe, und ob diese Eigentumsbeziehung, wenn sie vorhanden sein sollte, als eine privatrechtliche oder eine öffentlichrechtliche sich darstelle. Nur so lässt es sich erklären, wie man mit dem Hinweis darauf, dass inbezug auf die öffentlichen Sachen nur von „öffentlichem Eigentum“ des Staates gesprochen werden könnte, dazu gelangte, auf der einen Seite die öffentlichen Sachen nicht schlechthin als „herrenlose Sachen“ im Sinne des Privatrechtes zu benennen, und auf der anderen Seite sie doch nicht als im öffentlichrechtlichen Eigentum des Staates oder der Gemeinden stehend zu bezeichnen.

Auch aus den übrigen Vorbehalten des Zivilgesetzbuches hinsichtlich des öffentlichen Rechtes lässt sich, wenigstens soweit man nur den Gesetzestext zu Rate zieht, etwas Gegenteiliges, d. h. etwas, was als positive Anerkennung oder Verwerfung der Lehre vom öffentlichen Eigentum ausgelegt werden könnte, nicht folgern, wobei wir allerdings davon ausgehen, dass damit, dass der Gesetzestext etwas anderes nicht zum sinnfälligen Ausdrucke bringt, die Möglichkeit nicht verschlossen ist, durch Schlussfolgerungen aus dem Gesetzestexte und konsequente Durchführung der vorhandenen Gesetzesnormen zu weitergehenden Ergebnissen zu gelangen. Beide Fragen sind auseinanderzuhalten.

Dadurch, dass Art. 664, Abs. 2 eine Vermutung für die Oeffentlichkeit jener Sachen, die ihrer Natur nach unmittelbar von Gesetzes wegen als Sachen des Gemeingebrauches zu betrachten sind, aufstellt, wird die Möglichkeit anerkannt, dass diese Sachen auch im Privateigentum stehen können. Ob sie aber auch in einem Eigentumsverhältnisse zum Staate, einer öffentlichen Verbandsperson sich befinden können, bleibt dahingestellt, eben weil durch die allgemeine Unterstellung unter die Staatshoheit in Art. 664, Abs. 1 überall da, wo tatsächlich kein Privateigentum besteht, das öffentliche Recht in vollem Umfange vorbehalten ist. Sache des öffentlichen Rechtes ist es darum, zu entscheiden, ob eine privatrechtliche Eigentumsbeziehung auch zwischen Staat oder Gemeinde und jenen öffentlichen Sachen bestehe oder nicht. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 664 geht deutlich hervor, dass unter dem Nachweis von „Privateigentum" der Nachweis von Eigentum Privater, nicht der Nachweis von privatrechtlichem Eigentum, sei es des Staates oder der Gemeinden, zu verstehen ist. Für die Frage der Vereinbarkeit von öffentlichrechtlicher Sacheigenschaft mit privatem oder öffentlichem Eigentum ist hier also nichts präjudiziert.

Der weiterhin in Art. 702, 703, 705, 711, 712 ZGB enthaltene Vorbehalt des öffentlichen Rechtes für die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen ist kein spezieller Vorbehalt zugunsten öffentlicher Sachen, sondern ein solcher zugunsten des öffentlichen Rechtes schlechthin, ohne dass deshalb das damit belastete Grundstück einen besonderen Charakter erhält. Es wird einfach der Gedanke ausgedrückt „dass die Tätigkeit der Verwaltung durch die unbedingte Geltendmachung des Eigentums nicht gehemmt werden darf" (O. Mayer, VR II, S. 179). Der Grund, warum Bund, Kantone und Gemeinden gewisse Beschränkungen des Grundeigentums aufstellen können, liegt im Gemeininteresse, im „allgemeinen Wohl" (Art. 702), und der zwingende Charakter

dieser Eigentumsbeschränkungen darin, dass nicht wie bei privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Nachbarrecht) ein Eigentümer dem andern, sondern dem Eigentümer die öffentliche Gewalt gegenübertritt, also nicht etwa darin, dass die Eigentumsbeschränkung von Gesetzes wegen besteht, wie bei den gesetzlichen Grundeigentumsbeschränkungen des Privatrechts (Art. 682, 684—701, 706—710). Das Zivilgesetzbuch erkennt also für die Normierung der öffentlichen Eigentumsbeschränkung die ausschliessliche Kompetenz des öffentlichen Rechtes an, vor dem es jederzeit zurückzutreten hat. Daher auch die Ausschliessung der Möglichkeit einer Aufhebung oder Abänderung solcher Eigentumsbeschränkungen durch privates Rechtsgeschäft (Art. 680, Abs. 3). Daher auch ihre Unabhängigkeit von der Eintragung im Grundbuch, die selbst dann ohne weiteres vorhanden wäre, wenn Art. 680, Abs. 1 die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, von denen die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen als Unterabteilung aufgefasst werden können, nicht schlechthin von der Eintragungspflicht ausnehmen würde. Dabei bleibt es immerhin den Kantonen unbenommen, sich für die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen der privatrechtlichen Formalität der Eintragung zu unterziehen (Art. 962), in welch letzterem Fall das öffentliche Recht auch zu entscheiden hat, ob die Eintragung als blosse Ordnungsvorschrift anzusehen sei, oder ob ihr eine weitergehende Bedeutung zukomme (Art. 949, Abs. 2).

Das gleiche wie von den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen gilt von den öffentlichrechtlichen Grundlasten, inbezug auf welche uns in Art. 784, Abs. 1 ebenfalls ein Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechtes begegnet. Auch diese bedürfen, wo es nicht anders geordnet ist, zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung in das Grundbuch. Während bei der Umschreibung der Rechtswirkungen des Eigentums allgemein auf die Berechtigung des Eingriffes der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre hingewiesen wird (Art. 702), fehlt bei

der Behandlung der beschränkten dinglichen Rechte die Formulierung eines solchen allgemeinen Grundsatzes im Zivilgesetzbuch. Aber es ist ohne weiteres klar, dass der Staat, wie er berechtigt ist, im Interesse des allgemeinen Wohles Beschränkungen in der Ausübung der Rechte des Grundeigentümers aufzulegen, so auch vom Grundeigentümer aus der gleichen Rücksicht positive Leistungen verlangen kann (z. B. Grundsteuern, Wuhrpflicht, Trottoirbeiträge etc.). Das Zivilgesetzbuch beschränkt sich aber inbezug auf diese dem öffentlichen Gewaltverhältnis entspringenden Grundlasten darauf, zu erklären, dass sie nicht wie die privatrechtlichen Grundlasten (Art. 783) zu ihrer Entstehung der grundbuchlichen Eintragung bedürfen. Wenn es dabei die Ausnahme macht, „wo es nicht anders geordnet ist", so wird damit lediglich gesagt, dass die Kantone die Pflicht zur Eintragung auch der öffentlichrechtlichen Grundlasten sich auferlegen können.

Gleich wie die öffentlichrechtliche Grundlast sind im Zivilgesetzbuch auch die gesetzlichen Grundpfandrechte des kantonalen öffentlichen Rechtes vorbehalten. Auch diese aus öffentlichrechtlichen oder andern für die Grundeigentümer allgemein verbindlichen Verhältnissen hervorgehenden Grundpfandrechte bedürfen nach Art. 836 keiner Eintragung zu ihrer Gültigkeit. Das Zivilgesetzbuch erkennt also die Befugnis der Kantone an, Leistungen öffentlichrechtlicher Natur durch ein Pfandrecht zu sichern, und überlässt darin die Regelung, gleich wie bei den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen und Grundlasten, dem kantonalen Rechte, immerhin unter dem Vorbehalte, dass die allfällige Unterwerfung unter die Eintragungspflicht der vom Zivilgesetzbuche geregelten Form sich anzupassen hat.

Damit haben wir, abgesehen von der Uebergangsbestimmung des Art. 56 im SchlT, der auf die mit dem öffentlichen Recht in Zusammenhang stehende Frage der Wasserrechtsverleihungen, deren Regelung einem besonderen Bundesgesetze vorbehalten ist, sich bezieht, alle

Bestimmungen des Zivilgesetzbuches berührt, die Erklärungen hinsichtlich öffentlichrechtlicher Verhältnisse im Sachenrechte im allgemeinen, und hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen im besonderen enthalten. Fassen wir diese Bestimmungen kurz zusammen, so erhalten wir folgendes Bild:

Das öffentliche Recht, vor dem das Privatrecht in allen Fällen sich zurückzieht, tritt uns in der Hoheit des Staates entgegen. Dieses Hoheitsrecht ist im allgemeinen das Recht, inbezug auf alle Sachen Bestimmungen in Rücksicht auf das allgemeine Wohl aufzustellen. Es hat bezüglich der öffentlichen Sachen die besondere Aufgabe, den Gemeingebrauch zu regeln. Die allgemeine Rücksicht, aus der jede Sache der Einwirkung des öffentlichen Rechtes sich zu unterziehen hat, ist in Art. 6, 680, Abs. 3, 702, 703, 705, 711, 712, 784, Abs. 1, 836 zum Ausdruck gebracht (Polizei der öffentlichen Gewalt, öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, öffentlichrechtliche Grundlast, öffentlichrechtliches Grundpfand, in den drei letzten Fällen mit der Möglichkeit einer gewissen Regelung auf der privatrechtlichen Grundlage der Gleichberechtigung). Die besondere Rücksicht, aus der die öffentlichen Sachen der öffentlichen Rechtsordnung unterworfen sind, liegt in der Natur dieser Sachen selbst, die eine unmittelbare, wesentliche Beziehung zum Gemeininteresse haben. Es wird daher in Art. 664 für diese Sachen ihrem Wesen nach, nicht etwa aus jener allgemeinen Rücksicht, die jede Sache treffen kann, das öffentliche Recht vorbehalten, wovon die Frage der Regelung des Gemeingebrauches und der Okkupation von Sachen, die dem privaten Einzelgebrauch entzogen sind, nur ein konkreter Anwendungsfall ist, den Art. 664, Abs. 3 hervorhebt.

---

3. Die Eigentumsordnung des ZGB und die öffentlichen Sachen.

Die öffentlichen Sachen erhalten ihre Sonderstellung durch ihre Gebrauchsbestimmung. Die Lehre vom öffentlichen Eigentum kommt mit der sonst üblichen Auffassung darin überein, dass der Gemeingebrauch, das Dienen für die öffentliche Verwaltung, Wesenseigenschaft der öffentlichen Sachen sind. Sie fügt nur noch bei: Dieses Dienen für die öffentliche Verwaltung, dieser Nutzen für die Gesamtheit ist so ausgeprägt, dass die rechtliche Herrschaft selbst, in der diese Sachen stehen, dadurch eine besondere Natur bekommt. Die Besonderheit der Lehre vom öffentlichen Eigentum ist die, dass nicht nur die Sache, sondern auch die rechtliche Beherrschung der Sache einen öffentlichrechtlichen Charakter erhält, die Oeffentlichkeit einer Sache also nicht nur in der Bestimmung des Sachkörpers, sondern auch in der Beschaffenheit des Subjektes, dem die Sache gehört, beruht: Sachenrechtliche Herrschaft und öffentliche Verfügungsgewalt schmelzen in das einheitliche Institut des öffentlichen Eigentums zusammen (Fleiner).

Nach der gemeinrechtlichen Auffassung erschöpft sich der Charakter der öffentlichen Sache in der objektiven Zweckgebundenheit zufolge Bestimmung des Sachkörpers für einen als öffentlich anerkannten Gebrauch (Gierke DPR II, S. 19). Die Sachbeherrschung erhält dadurch nicht eine besondere Natur, sondern lediglich eine Schranke. Grund dieser Beschränkung ist die Erhaltung des Sachkörpers für den öffentlichen Gebrauch (Gierke S. 21). Privatrechte können an den öffentlichen Sachen nur ausgeübt werden, soweit es mit dem Gemeingebrauch vereinbar ist (Gierke S. 23).

Dr. E. Müller hat es in der Zeitschrift für schweizerisches Recht (NF 31, S. 207—264) unternommen, den Nachweis dafür zu leisten, dass nach dem nunmehr geltenden schweizerischen Privatrecht von öffentlichem

Eigentum nicht gesprochen werden könne. Seine Hauptthesen sind: „Mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches sind alle öffentlichen Sachen von dessen Eigentumsnormierung ergriffen worden“ (S. 217). — „Jede öffentliche Sache steht in jemandes Eigentum“ (S. 219). — „Soweit das öffentliche Recht Eigentum an öffentlichen Sachen zulässt, kann jenes Eigentum nur das des Zivilgesetzbuches sein“ (S. 219). — Das Privatrecht soll sich also auch auf die öffentlichen Sachen erstrecken und die Oeffentlichkeit der Sachen nur eine Objektseigenschaft sein, die das Privatrecht als Schranke seiner konkreten Anwendbarkeit zu respektieren hat.

Ist es nun an sich auch etwas gewagt, einzig vom Standpunkte des Privatrechtes aus ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut auszuschliessen, da die öffentliche Rechtsordnung über der Privatrechtsordnung steht und das eventuelle Bestehen eines öffentlichrechtlichen Herrschaftsverhältnisses an gewissen Sachen letzten Endes eine Frage des öffentlichen Rechtes ist, so kann das Privatrecht bei Beurteilung der Frage, ob das Herrschaftsverhältnis an den öffentlichen Sachen von ihm oder vom öffentlichen Rechte beherrscht werde, keineswegs ausgeschaltet werden, nicht nur deshalb, weil zur Grenzregulierung zwischen zwei Rechtsordnungen auf die Normierung beider zu trennender Gebiete abgestellt werden muss, sondern auch deshalb, weil das Privatrecht eine Ausgestaltung erfahren hat, deren sich das öffentliche Recht noch nicht rühmen kann, und daher vielfach für jenes mitbestimmend geworden ist.

Allein zuweit gegangen ist es, wenn Müller an der Spitze seiner Beweisführung sagt, Art. 664 ZGB habe nicht die „Kompetenz zur Eigentumsfixierung“ an die Kantone delegieren wollen, sondern enthalte gleich wie Art. 6 und 702 lediglich den Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechtes (S. 217). Wie wir bereits dargetan haben, ist der Vorbehalt des öffentlichen Rechtes in Art. 664 nicht der gleiche wie in Art. 6 und 702. Er behält nicht (negativ)

das öffentliche Recht als solches vor, sondern weist (positiv) die öffentlichen Sachen dem öffentlichen Rechte zu. Er sagt: Die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates. Ob dieses öffentliche Recht die öffentlichen Sachen vollständig erfasse und das Privatrecht schlechthin an ihnen ausschliesse, oder ob es nur eine Schranke bilde, die das Privatrecht von einem gewissen Punkte an zurückdrängt, und namentlich nicht die „Kompetenz zur Eigentumsfixierung" in sich begreife, das wäre erst zu beweisen. Art. 664 sagt es noch nicht. Gewiss unterliegen privatrechtliche Eigentumsnormen, auch hinsichtlich der öffentlichen Sachen, nicht mehr dem kantonalen Rechte, sondern dem des Zivilgesetzbuches (Müller, S. 218). Ob aber privatrechtliche Eigentumsnormen auch für öffentliche Sachen gelten, ob sich die Kantone bei den öffentlichen Sachen z. B. der Formalität des Grundbuches unterziehen wollen, hat das öffentliche Recht zu entscheiden. Wollte man so weit gehen, dass man sagt, Art. 664 anerkenne dadurch, dass es das öffentliche Recht für die öffentlichen Sachen vorbehält, nicht auch die Kompetenz des öffentlichen Rechtes, die Herrschaftsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und öffentlichen Sachen zu regeln, so dürfte man nicht mehr sagen, dass die Anerkennung des öffentlichen Rechtes „rein deklarativ" sei (Müller, S. 218), sondern sie wäre dann für die Frage des öffentlichen Eigentums konstitutiv, d. h. positiv verneinend.

Allgemein wird man wohl sagen müssen, dass die Kantone, die in ihren Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuche eine Normierung der Herrschaftsverhältnisse an den öffentlichen Sachen vorgenommen haben und dabei vorbehaltlos und ohne Beiwort des Ausdruckes „Eigentum" sich bedienen, damit der Eigentumsordnung des Zivilgesetzbuches, soweit diese nicht anderweitige Vorbehalte (z. B. hinsichtlich des Nachbarrechtes) macht, tatsächlich sich unterworfen haben. Denn es geht nicht an, dass ein bestimmter Ausdruck im Einführungsgesetz eine andere Bedeutung habe als im Grundgesetz. Ebenso haben jene

Kantone, welche die grundbuchliche Eintragung der nicht im Privateigentum stehenden und dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke verfügen, dadurch zu erkennen gegeben, dass sie die Herrschaftsbeziehungen auch an den öffentlichen Grundstücken dem privatrechtlichen Sachenrechte unterstellen, dass also bei ihnen weder von öffentlichem Eigentum, noch von öffentlichem Sachenrechte gesprochen werden kann.

Zu den Kantonen dieser Art gehören in unzweideutiger Weise folgende:

1. Aargau. Nach seinem Einführungsgesetz ist das öffentliche Gut, das dem Gebrauche von jedermann dient (Strassen, Plätze, Gewässer), entweder Eigentum des Staates oder der Gemeinden (§ 82). Auch die herrenlosen Sachen, wie das kulturunfähige Land, Felswände, Schutthalden, gehören unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises dem Staate (§ 84). Sämtliche nicht im Privateigentum stehenden, also auch die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke müssen ins Grundbuch eingetragen werden (§ 164).

2. Graubünden. Nach Art. 129 des dortigen Einführungsgesetzes sind die zum Gemeingebrauch bestimmten Sachen (Flüsse, Seen, Bäche, Strassen, Plätze), vorbehältlich der dem Staate gehörenden Strassen, Eigentum der Territorialgemeinde. Auch der Boden, „der keinen anderen Eigentümer hat“, gehört der Territorialgemeinde (Art. 128). Dieser Gemeindeboden ist auch privatrechtlicher Verpfändung fähig, immerhin unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Kleinen Rat (Art. 138).

3. Luzern. Auch hier müssen die nicht im Privateigentum stehenden und dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke in das Grundbuch eingetragen werden (§ 114 EG).

4. St. Gallen. Die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke sind in das Grundbuch aufzunehmen (§ 215 EG), wie überhaupt die dem kantonalen Rechte unterstellten dinglichen Rechte eintragungspflichtig sind (§ 216).

5. Schaffhausen. Die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke sind von Amtes wegen in das Grundbuch aufzunehmen (Art. 137 EG).

6. Thurgau. In das Grundbuch sind auch die nicht im Privateigentum stehenden und dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke, mit Ausnahme der Eisenbahnen, sowie des Boden- und des Untersees einzutragen (§ 109 EG).

7. Tessin. Auch die öffentlichen Grundstücke (dominio pubblico) des Kantons und der öffentlich-rechtlichen Korporationen müssen im Grundbuch eingetragen werden (Art. 8 legge per l'introd. del reg. fond.).

Bei allen diesen Kantonen ist es klar, dass nach der in ihren Einführungsgesetzen verfügten Unterstellung der öffentlichen Grundstücke unter das Grundbuchrecht, bezw. nach dem in diesen Gesetzen für das Herrschaftsverhältnis an den öffentlichen Sachen gebrauchten Ausdrucke „Eigentum", kein Platz mehr für ein öffentlich-rechtliches Sachenrecht vorhanden ist, und dass das Eigentum, von dem hier gesprochen wird, kein anderes sein kann als das des Zivilgesetzbuches.

Dasselbe wird man bezüglich des Kantons Schwyz sagen müssen, insofern er das allgemeine öffentliche Gut als grundbuchpflichtiges Eigentum des Staates erklärt (§ 212 EG). Ebenso beim Kanton Uri, der Staatseigentum an Seen und Flüssen vorbehält (§ 125 EG). Beide Kantone lassen aber die Frage des öffentlichen Eigentums unpräjudiziert inbezug auf die Felsen, Schutthalden, Firnen, Gletscher und die daraus entspringenden Quellen (Schwyz: § 200 EG; Uri: § 125 EG).

Wenn andere Kantone eine Grundbucheintragung der öffentlichen Grundstücke nur soweit es sich um Kantons- oder Gemeindestrassen (Freiburg: Art. 345 EG) handelt, oder mit Ausnahme der öffentlichen Strassen und Gewässer (Obwalden: Art. 10 EG) verfügen, ohne im übrigen des Ausdruckes „Eigentum" sich zu bedienen, so ist durch das

Einführungsgesetz die Möglichkeit eines öffentlichrechtlichen Herrschaftsverhältnisses an den öffentlichen Sachen im Sinne des öffentlichen Eigentums eben nur bei solchen öffentlichen Sachen ausgeschlossen, die nicht Kantons- oder Gemeindestrassen, bezw. öffentliche Gewässer sind.

Noch viel weniger kann eine öffentlichrechtliche Eigentumsnormierung bei jenen Kantonen als von vorneherein ausgeschlossen gelten, die hinsichtlich der Eintragungspflicht öffentlicher Grundstücke einfach die Formulierung des Art. 944 ZGB herübergenommen haben, und nur dann eine Eintragung vorschreiben, wenn dingliche Rechte an öffentlichen Grundstücken in Frage kommen (Genf: Art. 101 EG; Neuenburg: Art. 86 Rgl. sur le reg. fonc.; Waadt: Art. 4 loi sur le reg. fonc.), und im übrigen unter Vermeidung des Ausdruckes „Eigentum" von den öffentlichen Sachen stets nur als solchen des „domaine public" sprechen. Hier ist weiter nichts als die Möglichkeit privatrechtlicher Behandlung des Herrschaftsverhältnisses an den öffentlichen Sachen vorgesehen. Ob eine solche aber wirklich eintritt, werden die betreffenden Kantone selbst zu entscheiden haben.

Schliesslich kann aus der privatrechtlichen Kodifikation auch dort nichts hinsichtlich der Frage des Ausschlusses eines öffentlichrechtlichen Eigentums gefolgert werden, wo die kantonalen Einführungsgesetze überhaupt nur eine hoheitliche Regelung der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen enthalten (Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh., Bern, Solothurn, Wallis, Zug), oder gar nichts näheres darüber sagen (Baselland, Glarus, Nidwalden).

Eine positive Verneinung des öffentlichen Eigentums enthält die Gesetzgebung des Kantons Zürich, der zwar die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke, wie öffentliche Gewässer, Strassen, Plätze, soweit keine dinglichen Privatrechte an ihnen bestehen, oder im Bereinigungsverfahren geltend gemacht werden, sowie das Areal der dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisen-

bahnen und Flurwege von der grundbuchlichen Eintragung ausnimmt (§ 4, Abs. 2 der Verordnung betreffend Einführung des Grundbuches), dagegen auch die öffentlichen Sachen dem Nachbarrechte unterwirft (§ 138 ff. EG) und darüber Entscheide ordentlicher Gerichte vorsieht (§ 140 EG).

Es haben also tatsächlich eine Reihe von Kantonen gestützt auf den Vorbehalt des kantonalen Rechtes das Herrschaftsverhältnis gegenüber den öffentlichen Sachen fixiert, sei es im Sinne ihrer früheren Rechtsauffassung, an der ja, wie uns die Entstehungsgeschichte des Art. 664 ZGB gezeigt hat, durch das einheitliche Privatrecht nichts geändert werden wollte, sei es im Gegensatze zur früheren Rechtsauffassung in direkter Anlehnung an das Zivilgesetzbuch. Eine Reihe anderer Kantone hat zu der Frage des Herrschaftsverhältnisses an den öffentlichen Sachen in ihren Einführungsgesetzen überhaupt nicht Stellung genommen.

Es hatte z. B. das bisherige Recht des Kantons Schaffhausen bei den im Gemeingebrauch stehenden Sachen ausdrücklich erklärt, dass sie weder im Eigentum des Staates, noch im Eigentum Privater stehen (Huber, PR III, S. 14), das Herrschaftsverhältnis an den öffentlichen Sachen also in rein hoheitlichem Sinne geregelt. Nun verfügt Schaffhausen von Amtes wegen die grundbuchliche Eintragung der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke. Diese Grundstücke stehen daher von jetzt an im Eigentume dessen, den das Grundbuch als Eigentümer ausweist. Das Eigentum ist also ein solches rein privatrechtlicher Natur geworden. Schaffhausen war keineswegs verpflichtet, die Eintragung der dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke zu verfügen. Eine Pflicht zur Eintragung besteht nur, wenn an einem solchen Grundstücke dingliche Rechte des Privatrechtes zur Entstehung gebracht werden sollen (Art. 944 ZGB). Hat daher der Kanton Schaffhausen die Eintragung trotzdem verfügt, so ist er weiter gegangen, als er durch das

Zivilgesetzbuch verpflichtet war. Er hat von sich aus auch hinsichtlich der öffentlichen Grundstücke der Eigentumsnormierung des Zivilgesetzbuches sich unterstellt. Oeffentlichrechtliches Eigentum an öffentlichen Grundstücken ist dadurch im Kanton Schaffhausen ausgeschlossen, weil dieser Kanton es ausschliessen wollte, nicht weil er es hätte ausschliessen müssen.

Ein anderer Kanton, Neuenburg, kannte bis jetzt in direkter Anlehnung an das französische Recht die öffentlichen Sachen nur als solche des domaine public. Sie standen für ihn im Eigentume des Staates, aber nicht wie gewöhnliche Fiskalsachen, sondern in einem Eigentum besonderer Natur (Huber, PR III, S. 21—23). Dieser Kanton unterscheidet nun in seinem Grundbuchreglement zwischen den Grundstücken im „Staats- oder Gemeindeinventar", wie Kirchen, Schulhäuser, Friedhöfe einerseits (Art. 87) und Grundstücken, die nicht im Privateigentum stehen, sowie Grundstücken, die dem öffentlichen Gebrauche dienen andererseits (Art. 86). Die ersteren werden als Fiskalgut (propriété privée) behandelt und müssen in das Grundbuch eingetragen werden. Sie gelten auch abgesehen von dieser positiven Vorschrift im französischen Recht meist nicht als öffentliche Sachen (vergl. Biermann, Giessener Programm, S. 15). Die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke dagegen werden im Grundbuche nicht eingetragen, „ausser wenn dingliche Rechte daran zur Entstehung gebracht werden sollen" (Art. 86). Während also inbezug auf die erste Gruppe von Grundstücken ausdrücklich die Eigentumsordnung des Zivilgesetzbuches anerkannt wird, wird für die andere Gruppe von Grundstücken, weil sie öffentliche Sachen, Sachen des domaine public sind, die Eigentumsordnung des Zivilgesetzbuches nur im hypothetischen Sinne des Art. 944 ZGB anerkannt, dagegen weder gesagt, dass sie propriété, noch eigens hervorgehoben, dass sie domaine public sind. Das Herrschaftsverhältnis an den öffentlichen Sachen bleibt also

grundsätzlich das bisherige. Nur wenn das Herrschaftsverhältnis des Staates zu den öffentlichen Sachen als solches ein privatrechtliches, vom Hoheitsrecht verschiedenes gewesen wäre, könnte es in der Fassung des bisherigen kantonalen Rechtes nicht weiterbestehen. Ein solches war es aber nicht, sondern ein eigenartiges, vom fiskalischen, privatrechtlichen Eigentum verschiedenes Herrschaftsverhältnis.

Kann man nun noch sagen: Art. 664 ZGB wolle „nicht die Kompetenz zur Eigentumsfixierung an die Kantone delegieren"? Wenn man unter Kompetenz zur „Eigentumsfixierung" die Kompetenz versteht, den Inhalt des Eigentums als eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zu fixieren, dann: Ja. Versteht man aber unter Kompetenz zur „Eigentumsfixierung" die Kompetenz zur Normierung des rechtlichen Herrschaftsverhältnisses des Staates gegenüber den öffentlichen Sachen, so ist weiter zu unterscheiden: Wenn dieses Herrschaftsverhältnis bisher, d. h. nach dem kantonalen Rechte, privatrechtlicher Natur war, dann ist die Eigentumsnormierung des Zivilgesetzbuches ohne weiteres die massgebende. Wenn dagegen dieses Herrschaftsverhältnis nach kantonalem Rechte öffentlichrechtlicher Natur war, so wird es von der privatrechtlichen Eigentumsnormierung des Zivilgesetzbuches nicht berührt, sofern nicht die Einführungsgesetzgebung sich ihr unterwirft, was auch dadurch zu erkennen gegeben werden kann, dass man sich in dieser Gesetzgebung der entsprechenden Terminologie des Grundgesetzes (Eigentum, propriété) bedient. Sobald aber diese Terminologie vermieden wird und für das rechtliche Herrschaftsverhältnis zwischen Staat und öffentlichen Sachen die bisherige Benennung „domaine public", der sich ja auch die französische Fassung des Art. 664 ZGB anbequemt, aufrecht erhalten wird, so bleibt die bisherige Normierung dieses Herrschaftsverhältnisses vorbehalten, sofern das domaine public ein Herrschaftsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur war. Das gleiche wäre zu sagen, wenn ein kantonales Einführungs-

gesetz im Gegensatze zur Terminologie des Grundgesetzes gestützt auf den Vorbehalt des öffentlichen Rechtes in Art. 664, Abs. 1 ZGB das Herrschaftsverhältnis des Staates zu den öffentlichen Sachen als öffentliches Eigentum bezeichnet haben würde. Aus dem Umstande, dass tatsächlich kein Einführungsgesetz sich dieses Ausdruckes bedient hat, folgt noch nicht, dass eine Verwendung dieses Ausdruckes nicht möglich oder nicht zulässig gewesen wäre. Bei den Kantonen deutscher Sprache war ja dazu auch weniger Veranlassung, obschon gerade bei der Vorberatung des Art. 664 ZGB in den eidgenössischen Räten in bewusster Weise vom „öffentlichen Eigentum" gesprochen wurde, worüber man sich damals allerdings vielleicht nicht volle Rechenschaft gegeben haben mag. Und wenn man sich an der französischen Ausdrucksweise „domaine public" nicht gestossen, ja sie sogar in das Zivilgesetz (Art. 664 französischer Fassung) herübergenommen hat, warum sollte dann die deutsche Übersetzung „öffentliches Eigentum" von vorneherein ausgeschlossen sein?

Ein Vergleich mit dem deutschen Recht macht diese Schlussfolgerung noch deutlicher.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch kennt keinen so allgemeinen Rechtssatz wie Art. 664, Abs. 1 ZGB, wonach die öffentlichen Sachen schlechthin der „Hoheit des Staates" unterstellt werden. Es behält in Art. 111 EG lediglich „die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken", vor. Es wird also im deutschen Sachenrechte das öffentliche Recht einzig „in Ansehung der tatsächlichen Verfügungen" im Sinne öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen vorbehalten. Die Motive zum Entwurfe bemerken dazu: „Der Landesgesetzgebung auch die Macht einzuräumen, den rechtlichen Inhalt des Eigentums im öffentlichen Interesse zu beschränken, würde zu weit gehen und ist durch das publizistische Bedürfnis der Einzelstaaten nicht geboten. Durch eine solche Ausdehnung des Vorbehaltes würden die Landes-

gesetze zu Eingriffen in den privaten Rechtsverkehr ermächtigt werden, deren Gestattung in Rücksicht auf die notwendige Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechtes unzulässig erscheint" (zitiert nach O. Mayer: Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, Archiv f. öff. Recht, Bd 21, S. 508, Anm. 14).

Das deutsche Recht wollte also absichtlich von Beschränkungen des rechtlichen Inhaltes des Eigentums im öffentlichen Interesse nichts wissen. Hier wäre daher der Satz: „Die Kompetenz zur Eigentumsfixierung wird durch den Vorbehalt des öffentlichen Rechtes den Einzelstaaten nicht vorbehalten", wohl zutreffend.

Nun ist aber das schweizerische Recht nicht wie das deutsche Recht beim Vorbehalte des öffentlichen Rechtes hinsichtlich öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen (vergl. Art. 702 ZGB) stehen geblieben, sondern es hat hinsichtlich der öffentlichen Sachen einen neuen, weitergehenden Vorbehalt gemacht, indem es diese Kategorie von Sachen schlechthin dem staatlichen Hoheitsrechte unterstellt, womit, wie auch die Entstehungsgeschichte des Art. 664 ZGB zeigt, gerade das vermieden werden wollte, was man im vereinheitlichten bürgerlichen Gesetze Deutschlands erreichen wollte: die Rechtsvereinheitlichung auch auf den hergebrachten rechtlichen Inhalt des Herrschaftsverhältnisses des Staates an den öffentlichen Sachen auszudehnen.

Die These Müllers: „Mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches sind alle öffentlichen Sachen von dessen Eigentumsnormierung ergriffen worden", kann also jedenfalls nicht aus Art. 664 ZGB bewiesen werden.

Ebenso wenig kann aus dem Zivilgesetzbuche unmittelbar der Schluss gezogen werden, es setze voraus, dass jede öffentliche Sache in jemandes Eigentum stehe. Hoheitsrecht des Staates als solches ist weder Eigentum, noch setzt es Eigentum voraus. Es kann sich auf jede Sache erstrecken, gleichviel zu welchem Rechtssubjekte diese Sache in unmittelbarer Beziehung steht.

Von den herrenlosen Sachen und dem kulturunfähigen Lande stellt das Gesetz zwar die Präsumption auf, dass kein Privateigentum an ihnen besteht (Art. 664, Abs. 2). Dagegen wird nicht gesagt, ob solche Sachen, wenn der Nachweis des Privateigentums nicht geleistet ist, im „Eigentum" des Staates sich befinden. Die Unterstellung unter die Hoheit des Staates bedeutet noch nicht die Unterstellung unter das Eigentum des Staates. Andererseits kann trotz des Ausdruckes „herrenlos" nicht ohne weiteres gesagt werden, dass der Ausschluss des Privateigentums auch den Ausschluss des Eigentums schlechthin bedeute, wenn eben, was erst zu widerlegen wäre, öffentliches Eigentum überhaupt möglich ist. Neben dem Privateigentum und dem öffentlichen Eigentum kann es ferner Sachen geben, die wohl des Eigentums fähig sind, aber keinen Eigentümer haben, an denen also in einem gewissen Zeitpunkte überhaupt kein Eigentum besteht, weder privates noch öffentliches.*)

Aus der Norm, dass die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates stehen, folgt aber auch nicht, dass inbezug auf diese Sachen nur das öffentliche Recht zur Anwendung zu kommen habe. Es wäre daher auch zu weit gegangen, daraus schliessen zu wollen, das Herrschaftsverhältnis des Staates zu den öffentlichen Sachen sei ausschliesslich ein öffentlichrechtliches.

Die These, dass, sofern eine öffentliche Sache in jemandes Eigentum steht, es dann kein anderes Eigentum

*) Wenn Müller a. a. O. S. 219 unter Hinweis auf Jellinek S. 23 sagt, auch die „herrenlosen Sachen" des ZGB seien als in jemandes Eigentum stehend anzusehen, so mag das als persönliche Ansicht wohl gelten. Allein sofern im Nachsatze: „soweit dieselben überhaupt durch faktische Beherrschung und durch Inbeziehungsetzung mit menschlichen Zwecken als Sachen im Rechtssinne in Frage kommen" — eine Begründung dieser Ansicht gegeben werden will, so wird damit jedenfalls „zu viel" bewiesen, denn die Sache wird nicht erst durch faktische Beherrschung, sondern auch durch die bloss mögliche Beherrschung zu einer Sache im Rechtssinne, weshalb auch der Hinweis auf Jellinek nicht passt.

als das des Privatrechtes sein könne, darf ebenfalls nicht so ohne weiteres hingenommen werden, es sei denn, es wäre bereits bewiesen, dass öffentlichrechtliches Eigentum kein realisierbarer Rechtsbegriff wäre.

Auch darüber geht aus dem Zivilgesetzbuche nichts unmittelbar hervor, ob die privatrechtlichen Bestimmungen über Umfang und Beschränkungen des Eigentums auf die öffentlichen Sachen Anwendung finden. Nach dem Zivilgesetzbuche müssen diese Bestimmungen nur dort in Geltung treten, wo der Eigentümer einer öffentlichen Sache als privatrechtlicher Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Allein wo es von einer öffentlichen Sache streitig ist, ob sie überhaupt in jemandes Eigentum stehe, und wo eine öffentliche Sache zwar in jemandes Eigentum steht, aber die Frage zu entscheiden ist, ob dieses Eigentum mit dem privatrechtlichen Begriffe dieses Rechtsinstitutes zusammenfalle, kann man keineswegs zum voraus sagen, dass die Normierungen des Privatrechtes hinsichtlich Umfang des Eigentums, hinsichtlich der nachbarrechtlichen Berührungs- und Kreuzungspunkte verschiedener Eigentümer, hinsichtlich der auf Gleichordnung beruhenden Haftung des Eigentümers etc., angewandt werden müssen. Wenn es in der Praxis mehr oder weniger zur Regel geworden ist, diese Privatrechtsgrundsätze auch bei öffentlichen Sachen zur Anwendung zu bringen (Wieland, S. 85 f.), so sagt das nur, dass die Normen der Rechtsprechung in der auf den Grundsätzen der Gleichberechtigung aufgebauten Privatrechtsordnung zu einer gewissen Vollkommenheit ausgestaltet worden sind, derart, dass sie gewissermassen zu allgemein gültigen juristischen Kategorien wurden und den Charakter von allgemeinen Rechtsnormen angenommen haben, demzufolge man nur zu leicht geneigt ist, den völlig im Privatrecht wurzelnden Ausgangspunkt zu vergessen. Die Anwendung solcher aus dem Privatrecht hervorgegangener Normen auf das Gebiet der öffentlichen Sachen beweist höchstens, dass es in diesem Gebiete ähnliche Normen geben kann, und zwar zweckmässiger-

weise geben kann, keineswegs aber, dass jene Normen auch für dieses Gebiet massgebend seien, oder die einzig mögliche Lösung darstellen.

Zusammenfassend ist also zu sagen, dass die an die Spitze gestellte Frage, ob die Regelung des Zivilgesetzbuches die Aufstellung eines besonderen Begriffes des öffentlichen Eigentums zulasse, mit Ja beantwortet werden muss.