

GUTACHTEN

«Aufnahme von herrenlosem Land und öffentlichen Grundstücken in das Grundbuch»

zuhanden

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Amt für Geoinformation**

verfasst von

Prof. Dr. Bettina Hürlimann-Kaup, Universität Freiburg
unter Mitarbeit von MLaw Fabia Nyffeler, Rechtsanwältin,
Assistentin am Lehrstuhl für Zivilrecht II der Universität Freiburg

20. Oktober 2014

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitende Bemerkungen	4
1. Ausgangslage	4
2. Durch das Gutachten zu beantwortende Fragen	5
3. Für das Gutachten verwendete Dokumente	5
4. Im Gutachten zitierte Literatur	6
II. Hauptteil	11
§ 1 Grundlagen	11
1. Art. 944 ZGB als Ausgangspunkt	11
2. Bestimmung der massgebenden Begriffe	12
A. Im Zusammenhang mit Art. 664 ZGB verwendete Begriffe	13
a. Vorbemerkungen.....	13
b. Wortlaut von Art. 664 ZGB	13
c. Begriff des Grundstücks im Verwaltungsvermögen	14
d. Begriff der Sache im Gemeingebrauch.....	14
e. Begriff der herrenlosen Sache.....	15
aa. Vorbemerkungen	15
bb. Kulturunfähiges Land.....	16
cc. Öffentliche Gewässer.....	17
f. Begriff der öffentlichen Sache	18
g. Begriff der Hoheit	19
B. Im EG ZGB verwendete Begriffe.....	20
a. Herrenlose und öffentliche Sachen nach Art. 77 und 78 EG ZGB	20
aa. Wortlaut von Art. 77 und Art. 78 EG ZGB.....	20
bb. Entstehungsgeschichte von Art. 77 und 78 EG ZGB	21
cc. Bedeutung der Begriffe «herrenloses Land» und «öffentliche Sachen» im Sinn von Art. 77 und 78 EG ZGB.....	23
b. Öffentliche Grundstücke nach Art. 126 EG ZGB.....	24
aa. Wortlaut von Art. 126 EG ZGB.....	24
bb. Entstehungsgeschichte von Art. 126 EG ZGB.....	25
cc. Bedeutung des Begriffs «öffentliche Grundstücke» im Sinn von Art. 126 EG ZGB	26
C. Rekapitulation der verschiedenen Begriffe.....	28

3.	Rechtsstellung des Staates mit Bezug auf die öffentlichen Sachen im engeren Sinn im Kanton Bern.....	32
A.	Grundlagen.....	32
B.	Staat als Eigentümer der öffentlichen Sachen im engeren Sinn ...	34
4.	Bedeutung der Aufnahme der öffentlichen Sachen im engeren Sinn in das Grundbuch gemäss Art. 944 Abs. 1 ZGB	35
§ 2	Behandlung der einzelnen Fragen.....	38
1.	Rechtsgrundlagen für die Aufnahme der öffentlichen Sachen im engeren Sinn in das Grundbuch	38
2.	Aufnahme der Seeflächen in das Grundbuch	38
3.	Bei herrenlosem Land in das Grundbuch aufzunehmender Eigentümer	47
4.	Änderungen der Rechtsposition von Kanton und Gemeinden durch die Aufnahme	48
5.	Weiteres.....	49
III.	Empfehlungen.....	51

I. Einleitende Bemerkungen

1. Ausgangslage

1. Nach Art. 944 Abs. 1 ZGB werden die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke nur in das Grundbuch aufgenommen, wenn dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die Kantone deren Aufnahme vorschreiben. Angesprochen sind damit die Grundstücke im Verwaltungsvermögen sowie die herrenlosen und öffentlichen Grundstücke gemäss Art. 664 ZGB.

2. Der Kanton Bern sieht in Art. 126 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB)¹ vor, dass die öffentlichen Grundstücke des Staates und der Gemeinden in das Grundbuch aufzunehmen sind. Der Begriff «öffentliche Grundstücke» wird im EG ZGB nicht definiert; auch das ZGB kennt diesen Begriff nicht. Es ist deshalb unklar, welche Grundstücke darunter zu subsumieren sind. In der Praxis werden neben den Grundstücken des Verwaltungsvermögens die Kantons- und Gemeindestrassen sowie die öffentlichen Gewässer mit Ausnahme der öffentlichen Seen im Grundbuch geführt. Herrenloses Land wird hingegen nur aufgenommen, wenn dingliche Rechte daran eingetragen werden sollen.

3. Im Berner Oberland ist noch immer ein bedeutender Teil des Landes unvermessen und das eidgenössische Grundbuch nicht eingeführt. Es geht in erster Linie um Alpbgebiet im Grenzbereich zu dem der Kultur nicht fähigen Land im Sinn von Art. 664 ZGB. Mit Bezug auf die Vermessung lässt Art. 30 des Bundesgesetzes über Geoinformation vom 5. Oktober 2007 (Geoinformationsgesetz, GeoIG)² es nicht zu, dass mit Erreichen der Flächendeckung noch Datenlücken bestehen.³ Im Kanton Bern erhalten Parzellen, die nicht in das Grundbuch aufgenommen werden, in der Vermessung deshalb eine fiktive Nummer. Der Kanton zieht nun in Betracht, das gesamte Kantonsgebiet in das Grundbuch aufzunehmen. Ziel ist es, alle Grundstücke, die im Eigentum des Kantons oder unter staatlicher Hoheit stehen, möglichst einheitlich zu behandeln. Das Gutachten hat zum Zweck aufzuzeigen, ob der öffentlichen Hand durch die Aufnahme sämtlicher herrenloser und öffentlicher Sachen im Sinn von Art. 664 ZGB Nachteile entstehen bzw. ob dadurch ihre Rechtsposition betroffen wird. Weiter soll es untersuchen, inwieweit die gesetzlichen Vorgaben angepasst werden müssen und wie konkret der Vollzug erfolgen soll.

¹ BSG 211.1.

² SR 510.62. Art. 30 GeoIG lautet: «Die amtliche Vermessung deckt das ganze Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft ab».

³ Schreiben der Eidgenössischen Vermessungsdirektion vom 25. Februar 2013 an die BVE (Bau-Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern). Vgl. dazu auch HUSER, Nr. 33.

2. Durch das Gutachten zu beantwortende Fragen

1. Sind die bestehenden Rechtsgrundlagen im Kanton Bern ausreichend, um alles herrenlose Land und alle öffentlichen Sachen in das Grundbuch aufzunehmen? Wenn nicht, welche Anpassungen sind notwendig?
2. Wie ist die Aufnahme der Seeflächen, die jeweilige Zuständigkeit von Behörden (z.B. Grundbuchamt, Geometer etc.) sinnvoll zu regeln? Müssen allenfalls Gemeindegrenzen als Hoheitsgrenzen klar festgelegt werden, um Zuständigkeiten zu definieren?
3. Mit der Aufnahme des herrenlosen Landes in das Grundbuch ist ein Eigentümer der entsprechenden Grundstücke zu bezeichnen. Kann – sofern keine anderweitigen privatrechtlichen Ansprüche gestellt werden – ohne weiteres der Kanton Bern als Eigentümer eingetragen werden? Muss bei der Aufnahme und der Grundbuchführung zwischen den hoheitsrechtlichen Ansprüchen (im Sinne von Art. 664 ZGB) und dem Eigentum des Kantons unterschieden werden?
4. Welche Änderungen der Rechtsposition ergeben sich für den Kanton und die betroffenen Gemeinden in öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Hinsicht durch die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch?
5. Sind beim Aufnahmeverfahren weitere spezielle Punkte zu beachten?

3. Für das Gutachten verwendete Dokumente

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 18. Mai 1904, zitiert nach Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, Redigierter Vorentwurf von 1903, Botschaft und Entwurf des Bundesrats von 1904, Bern 2013 (zit.: Botschaft, Nr. ...).
- Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, zitiert nach Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, Redigierter Vorentwurf von 1903, Botschaft und Entwurf des Bundesrats von 1904, Bern 2013 (zit.: Protokolle, Nr. ...).
- Materialien zum EG ZGB Bern, einsehbar im Staatsarchiv Bern, Falkenplatz 4, 3012 Bern:
 - Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1910 und Beilagen dazu
 - Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1911 und Beilagen dazu
 - Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1995 und Beilagen dazu

Weitere Materialien vgl. jeweilige Archivreferenz gemäss Archivplansuche:⁴

- BB 3.1.558 (Akten Teil I 1911)
 - BB 3.1.559 (Akten Teil II 1911)
 - BB 3.1.560 (Das Schweizerische Zivilgesetzbuch im Kanton Bern, Handbuch Bühlmann 1911–1912)
 - BB 3.1.561 (Eingaben 1911)
 - BB 3.1.562 (Protokolle 1911)
 - BB X 4680 (Grenzvermessung: Amts- und Gemeindegrenzen im Thuner- und Bielersee)
 - BB 8 2.742 (Liver Peter, Kausalzusammenhang, EG ZGB)
- Publikationen des Bundesamtes für Statistik:
- Generalisierte Gemeindegrenzen der Schweiz, Ausgabe 2014, GEOSTAT-Datenbeschreibung⁵
 - Amtliches Gemeindeverzeichnis der Schweiz (MS-Excel Version), Ausgabe vom 1. Mai 2014⁶
- Schreiben der Eidgenössischen Vermessungsdirektion vom 25. Februar 2013 an die BVE

4. Im Gutachten zitierte Literatur

AMBERG R., Lässt die Regelung des Zivilgesetzbuches die Aufstellung eines besonderen Begriffes des öffentlichen Eigentums zu?, ZSR NF 39/1920, S. 421 ff.

BÜTLER MICHAEL, Gletscher im Blickfeld des Rechts, Zürcher Diss., Bern 2006.

DAETWYLER MAX ARTHUR, Ausgewählte Fragen zur rechtlichen Behandlung des Grundwassers in der Schweiz, Zürcher Diss., Winterthur 1966.

DANNEGGER KARL, Die Rechtsfragen der Bergsteiger und der Skifahrer, Zürich 1938.

DESCHENAUX HENRI, Das Grundbuch, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, I, Basel und Frankfurt am Main 1988.

⁴ Abrufbar unter www.query.sta.be.ch/archivplansuche.aspx (besucht am 15. Oktober 2014).

⁵ Abrufbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/dienstleistungen/geostat/datenbeschreibung/generalisierte_gemeindegrenzen.html (besucht am 15. Oktober 2014).

⁶ abrufbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/nomenklaturen/blank/blank/gem_liste/03.html (besucht am 15. Oktober 2014).

DUBEY JACQUES, Espace – Temps – Propriété, Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Freiburger Habilitationsschrift, Genf/Zürich/Basel 2012 (AISUF Band 313).

FASEL URS, Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar, 2. Auflage, Basel 2013.

FRIEDRICH HANS-PETER, Grundbuch und öffentliches Recht, Zur Darstellung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse im Grundbuche, ZBGR 51/1970, S. 193 ff.

GENNA GIAN SANDRO, Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse, ZBGR 89/2008, S. 65 ff.

GONVERS-SALLAZ ARMAND, Mensuration et registre foncier, ZBGR 36/1955, S. 263 ff.

GÖSCHKE R., Das Eigentum an den Privatgewässern, ZBJV 79/1943, S. 241 ff.

HAAB ROBERT, Kommentar zu Art. 664 ZGB, in: Haab Robert/Simonius August/Scherrer Werner/Zobl Dieter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, Zürich 1929–1977 (zit.: HAAB, ZüKomm, N ... zu Art. 664 ZGB).

HOMBERGER ARTHUR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. Auflage, Zürich 1938 (zit.: HOMBERGER, ZüKomm, N ... zu Art. 944 ZGB).

HUBER EUGEN, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 1914, zitiert nach Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II: Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007 (zit.: HUBER, Nr. ...).

DERSELBE, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Dritter Band, Basel 1889 (zit.: Huber, S. ...).

HUSER MEINRAD, Schweizerisches Vermessungsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Geoinformationsrechts und des Grundbuchrechts, 3. Auflage, 2014 (Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Band 28).

KLEY-STRULLER ANDREAS, Kantonales Privatrecht, Eine Systematische Darstellung der kantonalen Einführungsgesetzgebung zum Bundesprivatrecht am Beispiel des Kantons St. Gallen und weiterer Kantone, St. Gallen 1992 (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe, Band 37).

KÖNIG KARL GUSTAV, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern nach den Entscheidungen des Appellations- und Cassationshofes und des Bundesgerichtes, Zweiter Band, Sachenrecht, Bern 1880.

LAIM HERMANN, Grundstrukturen der ausserordentlichen Ersitzung nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1993.

LEEMANN HANS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), Band IV: Sachenrecht, I. Abteilung: Art. 641–729, 2. Auflage, Bern 1920 (zit.: LEEMANN, BeKomm, N ... zu Art. 664 ZGB).

LIVER PETER, Die Begehbarkeit von Fluss- und Seeufern, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 651 ff. (zit.: LIVER, Begehbarkeit).

DERSELBE, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744), 2. Auflage, Zürich 1980 (zit.: LIVER, ZüKomm, N ... zu Art. ... ZGB).

DERSELBE, Das Eigentum, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band: Sachenrecht, Erster Halbband, Basel 1977, S. 1 ff. (zit.: LIVER, SPR).

DERSELBE, Der Kultur nicht fähiges Land und das Strahlerrecht, ZBJV 111/1975, S. 249 ff. (zit.: LIVER, ZBJV).

DERSELBE, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, ZSR 71/1952 I 323 ff. (zit.: LIVER, ZSR).

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Auflage, Bern 1981 (zit.: MEIER-HAYOZ, BeKomm, Syst. Teil, N ...).

DERSELBE, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1964 (Nachdruck 1974; zit.: MEIER-HAYOZ, BeKomm, N ... zu Art. 664 ZGB).

MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Diss. Bern 2011.

NIKLAUS JEAN-LUC, Die Geschichte des Grundbuches im Kanton Bern, Bern 1999.

OSTERTAG FRITZ, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), Band IV: Das Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919–977, Bern 1917 (zit.: OSTERTAG, BeKomm, N ... zu Art. 944 ZGB).

PFAMMATTER ARON, Private Rechte an kulturunfähigem Land unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Wallis, Diss. Bern 2009 (INR Band 7).

PIOTET DENIS, Ergänzendes kantonales Recht, in: Tercier Pierre (Hrsg.), SPR Band I/2, Basel 2001 (zit.: PIOTET, SPR).

DERSELBE, Le droit privé vaudois de la propriété foncière délimité par la législation fédérale et comparé à d'autres droits cantonaux, Lausanne 1991 (zit.: PIOTET).

RENTSCH MAX, Öffentliche Sachen, ZBGR 61/1980, S. 337 ff.

REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum (Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I), 3. Auflage, Bern 2007 (zit.: REY).

DERSELBE, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband: Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, Bern 1981 (zit.: REY, BeKomm, N ... zu Art. ... ZGB).

REY HEINZ/STREBEL LORENZ, Kommentar zu Art. 664 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011 (zit.: REY/STREBEL, BaKomm, N ... zu Art. 664 ZGB).

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.

SCHMID JÜRIG, Kommentar zu Art. 944 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011 (zit.: Schmid, BaKomm, N ... zu Art. 944 ZGB).

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, Wem gehört das Finsteraarhorn? – Art. 664 im Lichte der Praxis, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 387 ff.

SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995.

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 5. Auflage, Bern 2012 (zit.: STEINAUER, Band I).

DERSELBE, Les droits réels, Tome II, Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 4. Auflage, Bern 2012 (zit.: STEINAUER, Band II).

DERSELBE, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 4. Auflage, Bern 2012 (zit.: STEINAUER, Band III).

TSCHÜMPERLIN PAUL, Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, Diss. Freiburg 1984 (AISUF Band 63).

WIELAND CARL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909 (zit.: WIELAND, ZüKomm, N ... zu Art. ... ZGB).

ZÜLLIG E., Öffentliche Gewässer, Wasserrechtsverzeichnis und Grundbuch, ZBGR 1945 ff., S. 233 ff.

II. Hauptteil

§ 1 Grundlagen

1. Art. 944 ZGB als Ausgangspunkt

1. Ausgangspunkt des Gutachtens ist Art. 944 Abs. 1 ZGB, wonach die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke grundsätzlich nur dann in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn der Kanton die Aufnahme vorschreibt. Der Gesetzgeber hat diese Ausnahme vom Buchungszwang aus der Überlegung heraus vorgesehen, dass ein solcher wenig zweckmässig wäre, da die betroffenen Grundstücke regelmässig nicht am Verkehr teilnehmen.⁷ Zu beachten bleibt, dass der Vorentwurf zum ZGB den Kantonen nicht die Möglichkeit gab, die Aufnahme vorzuschreiben.⁸ Diese Regelung kam erst auf Antrag der nationalrätlichen Kommission in das Gesetz.⁹

2. Unter den nicht im Privateigentum stehenden und den dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücken sind die im Verwaltungsvermögen stehenden Grundstücke sowie die Grundstücke im Gemeingebrauch zu verstehen;¹⁰ insofern verweist die Bestimmung (auch) auf Art. 664 ZGB, der sich mit den herrenlosen und den öffentlichen Sachen befasst. Nicht darunter fallen die Grundstücke im Finanzvermögen des Gemeinwesens. Das ZGB gestattet den Kantonen nicht, derartige Grundstücke vom Buchungszwang auszunehmen; allerdings liegt es in ihrer Kompetenz, darüber zu entscheiden, ob ein Grundstück dem Finanz- oder dem Verwaltungsvermögen zuzuweisen ist.¹¹ Von Art. 944 Abs. 1 ZGB ebenfalls nicht abgedeckt sind die im Eigentum Privater stehenden Grundstücke, die dem Gemeingebrauch dienen.¹²

Es steht den Kantonen im Übrigen frei, den Buchungszwang nur für bestimmte der in Art. 944 Abs. 1 ZGB genannten Kategorien von Grundstücken vorzusehen.¹³

⁷ Vgl. dazu bereits HUBER, Nr. 2147.

⁸ Art. 986 Abs. 1 VE-ZGB lautete: «Nicht in das Grundbuch aufgenommen werden: - das herrenlose Land, - die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke, wie Strassen und Plätze, Gebäulichkeiten, Friedhöfe, insofern nicht Eigentum von Privatpersonen an ihnen besteht, oder nicht dingliche Reche an ihnen zur Eintragung gebracht werden wollen.». Art. 982 des Entwurfs von 1904 entsprach inhaltlich dieser Bestimmung. Vgl. auch das Votum SIEGMUND in der Expertenkommission, Protokolle, Nr. 10670: «Öffentliche Strassen und öffentliche Plätze gehören nicht ins Grundbuch» sowie die Botschaft, Nr. 11475, wonach Art. 982 des Entwurfs von 1904 die Aufnahme des nicht in den Verkehr gesetzten Bodens ausschliesst.

⁹ Amtl. Bull. NR 1906, S. 1018 und 1033.

¹⁰ Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 229 zu Art. 664 ZGB; PIOTET, Nr. 307. Immerhin a.M. mit Bezug auf die Grundstücke im Verwaltungsvermögen WIELAND, ZüKomm, N 1 zu Art. 944 ZGB.

¹¹ HOMBERGER, ZüKomm, N 6 zu Art. 944 ZGB.

¹² MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 235 zu Art. 664 ZGB.

¹³ SCHMID, BaKomm, N 10 zu Art. 944 ZGB; HOMBERGER, ZüKomm, N 13 zu Art. 944 ZGB.

3. Zahlreiche Kantone sehen inzwischen die Aufnahme der unter Art. 944 Abs. 1 ZGB fallenden Grundstücke vor.¹⁴ Begründet wird dies mit der Rechtssicherheit¹⁵ bzw. mit der Sicherstellung eines lückenlosen Grundbuchs und der daraus resultierenden Vollständigkeit der elektronischen Auskunft¹⁶.

2. Bestimmung der massgebenden Begriffe

Nach dem Gesagten verweist Art. 944 Abs. 1 ZGB insbesondere auf Art. 664 ZGB. Die Lektüre der einschlägigen Literatur zeigt, dass die im Zusammenhang mit Art. 664 ZGB verwendeten Begriffe nicht immer einheitlich verwendet werden. Darüber hinaus ist die Begriffsbestimmung des EG ZGB unklar, das einerseits gewisse Begriffe des ZGB verwendet (namentlich «herrenloses Land», «öffentliche Sachen»; vgl. Art. 77 und 78 EG ZGB), mit dem öffentlichen Grundstück (Art. 126 EG ZGB) aber einen Begriff kennt, der im ZGB nicht enthalten ist. Im Folgenden wird deshalb zunächst (A. und B.) definiert, was unter den einzelnen Begriffen zu verstehen ist. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird das Gesagte unter C. in verschiedenen Schemata dargestellt.

¹⁴ Vgl. § 146 EG ZGB/AG (SAR 210.100); § 155 EG ZGB/BL (SGS-Nr. 211); Art. 54 GBG/FR (SGF 214.5.1); § 11 GBG/LU (SRL 225); Art. 19 GBG/NW (Nr. 214.1); Art. 24 Bereinigungsverordnung/OW (GDB-Nr. 213.51); in der Praxis offenbar weit ausgelegt Art. 174 EG ZGB/SG (sGS 911.1), vgl. dazu KLEY-STRULLER, S. 235 f.; § 137 EG ZGB/SH (Nr. 210.100); Art. 26 GBG/TI (Nr. 4.1.3.1); § 70 EG ZGB/TG (mit Ausnahme des Boden- und des Untersees; Nr. 210.1); Art. 4 GBG/UR (Nr. 9.3401); § 93 GBV/ZH (ZH-Lex Nr. 252); des Weiteren schreiben verschiedene Kantone die Aufnahme zumindest einer Teilmenge der von Art. 944 Abs. 1 ZGB erfassten Grundstücke vor.

¹⁵ Vgl. etwa S. 16 unten der Vernehmlassung der Justiz- und Sicherheitsdirektion des Kantons Luzern zum Entwurf einer Änderung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch betreffend das Grundbuchrecht vom 3. Mai 2013, abrufbar unter www.lu.ch/-/media/Kanton/Dokumente/JSD/Vernehmlassungen/gb_vernehmlassungsvorlage.pdf (besucht am 15. Oktober 2014). Die Aufnahme der von Art. 944 Abs. 1 ZGB erfassten Grundstücke ist bereits jetzt im Grundbuchgesetz des Kantons Luzern vorgesehen. Geplant ist, das Grundbuchgesetz aufzuheben und die entsprechende Bestimmung in das EG ZGB zu übernehmen. Vgl. auch S. 7 von Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Uri vom 16. März 2004 an den Landrat zum Gesetz über das Grundbuch, abrufbar unter www.ur.ch/dl.php/de/500535348bf4e/18.pdf (besucht am 29. Mai 2014): «Nachdem im Kanton Uri alle Bodenflächen vermessen sind, rechtfertigt es sich, ... vorzuschreiben, dass sämtliche Grundstücke im Grundbuch aufgenommen werden müssen. Das dient der Übersichtlichkeit und der Rechtsklarheit».

¹⁶ Vgl. dazu S. 13 des Erläuternden Berichts zur verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft gesetzten Teilrevision des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Grundbuch) des Kantons Graubünden; die entsprechenden Unterlagen sind abrufbar unter www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/ds/projekte/vernehmlassungen/Seiten/EGzZGB.aspx (besucht am 15. Oktober 2014). Die Referendumsfrist ist am 24. September 2014 unbenützt abgelaufen; Amtsblatt des Kantons Graubünden 2014, Nr. 26 vom 26. Juni 2014, S. 1910 ff. (1912). Der neue Art. 145 Abs. 1 sieht vor, dass die herrenlosen und die öffentlichen Grundstücke in das Grundbuch aufzunehmen sind.

A. Im Zusammenhang mit Art. 664 ZGB verwendete Begriffe

a. Vorbemerkungen

1. Der Vorentwurf zum ZGB sah in den Art. 917 ff. einen eigenen Titel zu den Rechten an herrenlosen und öffentlichen Sachen vor. Er enthielt neben allgemeinen Bestimmungen (Art. 917–921 VE-ZGB) auch solche zu den Wasserrechten (Art. 922–943 VE-ZGB) und den Bergwerken (Art. 944–960 VE-ZGB). Das Parlament beschloss jedoch mit Blick auf die zum damaligen Zeitpunkt zustande gekommene Wasserrechtsinitiative, den Titel mit Ausnahme einiger nunmehr in Art. 664 ZGB zusammengefasster Sätze zu streichen.¹⁷ Ein Vergleich dieser Norm mit den im Vorentwurf vorgeschlagenen allgemeinen Bestimmungen zeigt, dass insbesondere der Begriff «öffentliche Gewässer» in Art. 664 ZGB anders eingeordnet wird als im Vorentwurf (namentlich Art. 917 VE-ZGB¹⁸). Die in Art. 664 ZGB festzustellende Uneinheitlichkeit der Begriffsverwendung mag unter anderem darauf zurückzuführen sein.¹⁹

2. Nach dem Gesagten fallen unter Art. 944 ZGB die Grundstücke im Gemeingebrauch, d.h. die herrenlosen und die öffentlichen Sachen im Sinn von Art. 664 ZGB, sowie die im Verwaltungsvermögen stehenden Grundstücke. Ob letztere ebenfalls unter Art. 664 (Abs. 1) ZGB fallen, ist in der Lehre umstritten.²⁰ Nach der hier vertretenen Ansicht muss dies verneint werden.²¹ Da es sich bei Art. 664 Abs. 1 ZGB um einen unechten Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts handelt,²² spielt diese Kontroverse für die Praxis allerdings keine wesentliche Rolle.²³ Der Begriff des Verwaltungsvermögens ist für das Folgende in jedem Fall zu definieren, weil dieses wie gesagt ebenfalls unter Art. 944 ZGB fällt; im Übrigen sind Grundstücke des Verwaltungsvermögens wie Sachen im Gemeingebrauch zu behandeln.²⁴

3. Beizufügen bleibt, dass der Begriff «Sache» im Folgenden ausschliesslich im Sinn von «unbewegliche Sache» verstanden wird.

b. Wortlaut von Art. 664 ZGB

Art. 664 ZGB trägt den Randtitel «Herrenlose und öffentliche Sachen» und lautet wie folgt:

¹ Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.

¹⁷ HAAB, ZüKomm, N 1 zu Art. 664 ZGB.

¹⁸ Art. 917 VE-ZGB subsumierte die öffentlichen Gewässer unter die öffentlichen Sachen.

¹⁹ Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 13 zu Art. 664 ZGB, wonach die Bestimmung «einen klaren begrifflichen Aufbau vermissen» lässt. – Zur Entstehungsgeschichte von Art. 664 ZGB vgl. ausserdem AMBERG, S. 423 ff.

²⁰ Vgl. dazu die Hinweise auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen bei PFAMMATTER, S. 11 ff.

²¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 820.

²² Vgl. statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 822.

²³ Ebenso MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 8 zu Art. 664 ZGB; PFAMMATTER, S. 13.

²⁴ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 9 zu Art. 664 ZGB.

² 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.

³ 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.

c. Begriff des Grundstücks im Verwaltungsvermögen

1. Vorab soll der Begriff des Grundstücks im Verwaltungsvermögen definiert werden, der in Art. 664 ZGB zwar keine Erwähnung findet, aber eine Rolle spielt für die Abgrenzung der in Art. 664 ZGB verwendeten Begriffe.

2. Rechtsprechung und Lehre verstehen unter Verwaltungsvermögen diejenigen Vermögenswerte, die dem Staat unmittelbar zur Erfüllung seiner Aufgaben dienen.²⁵ Das Verwaltungsvermögen kann einerseits den Behörden (bzw. ihren Angestellten) zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben zur Verfügung stehen (Bsp.: Verwaltungsgebäude samt Büromaterial und EDV-Anlagen). Andererseits ist auch denkbar, dass es von einem beschränkten Kreis von Privatpersonen genutzt wird (Bsp.: Schulhäuser samt Mobiliar, staatliche Krankenhäuser, Ambulanzfahrzeuge); in diesem Fall wird auch von «Anstaltsvermögen» gesprochen. Massgebend für die Zuordnung eines Vermögenswerts zum Verwaltungsvermögen ist die Zweckbestimmung zur Erfüllung staatlicher Aufgaben durch das Gemeinwesen sowie die Verfügungsgewalt des Gemeinwesens.²⁶

3. Ein Grundstück im Verwaltungsvermögen ist nach dem Gesagten eine unbewegliche Sache, die dem Gemeinwesen unmittelbar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben dient (z.B. Liegenschaften, auf denen Kasernen, Werkhöfe, Haftanstalten, Bibliotheken oder Museen stehen)²⁷.

d. Begriff der Sache im Gemeingebrauch

1. Der von der Lehre verwendete Begriff «Sache im Gemeingebrauch» ist als Oberbegriff zu den in Art. 664 ZGB erwähnten herrenlosen und öffentlichen Sachen zu verstehen,²⁸ weshalb er vor diesen beiden Begriffen definiert wird.

2. Eine Sache im Gemeingebrauch zeichnet sich dadurch aus, dass sie im Rahmen ihrer Zweckbestimmung der Allgemeinheit zur Verfügung steht. Anders als die Sachen des Verwaltungsvermögens hat sie einen offenen Benutzerkreis, da ihr

²⁵ Vgl. statt vieler MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 7 zu Art. 664 ZGB; MOSER, S. 18 mit Hinweisen. Für den Kanton Bern vgl. auch Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0): «Das Verwaltungsvermögen besteht aus den Vermögenswerten, die unmittelbar der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dienen».

²⁶ Vgl. zum Ganzen MOSER, S. 18 ff.

²⁷ MOSER, S. 21.

²⁸ Vgl. etwa MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 5 zu Art. 664 ZGB.

Zweck nicht in der Erfüllung spezifischer Verwaltungsaufgaben liegt. Wie das Verwaltungsvermögen dient sie aber unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weshalb sie wie dieses nicht realisierbar ist.²⁹ Denkbar ist immerhin die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten (namentlich Dienstbarkeiten), soweit dies mit der Zweckbestimmung der Sache im Gemeingebrauch vereinbar ist.³⁰

3. Eine Sache kann sich entweder auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit und Lage im Gemeingebrauch befinden, wie das bei den herrenlosen Sachen der Fall ist (unten e.), oder aber – wie namentlich bei Strassen, Plätzen oder öffentlichen Parkanlagen (öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB; unten f.) – gestützt auf ihre besondere Bestimmung (Widmung) durch individuellen Verwaltungsakt = hoheitliche Widmung).

4. Zu erwähnen bleibt, dass Art. 664 ZGB nur diejenigen Sachen im Gemeingebrauch anspricht, die nicht unter der Hoheit des Bundes stehen; eine solche ist allerdings nur in Ausnahmefällen gegeben.³¹

e. Begriff der herrenlosen Sache

aa. Vorbemerkungen

1. Das ZGB verwendet den Begriff «herrenlose Sache» («chose sans maître»; cosa senza padrone») in zwei verschiedenen Bestimmungen in unterschiedlicher Bedeutung. Art. 658 Abs. 1 ZGB regelt die Aneignung eines im Grundbuch eingetragenen und dort als herrenlos bezeichneten Grundstücks; hier geht es um Grundstücke, die zwar keinen Eigentümer haben, einen solchen aber haben könnten und somit des Privateigentums fähig sind.³² Im Gegensatz dazu handelt es sich bei den herrenlosen Sachen im Sinn von Art. 664 ZGB um Grundstücke, die auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit dem Gemeingebrauch unterliegen und an denen definitionsgemäss kein Privateigentum besteht.³³ Anzufügen bleibt, dass die natürliche Beschaffenheit nicht ausreicht, um ein konkretes Objekt zu einer herrenlosen Sache zu machen, erforderlich ist darüber hinaus eine Zweckbestimmung gestützt auf eine generell-abstrakte Rechtsnorm^{34, 35}. In der Lehre ist in diesem Zusammenhang auch von einer *Widmung kraft Gesetzes* die Rede.³⁶

²⁹ Vgl. dazu statt vieler MOSER, S. 34 mit Hinweisen.

³⁰ MOSER, S. 27 mit Hinweisen.

³¹ MOSER, S. 45 f.

³² MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 11 zu Art. 664 ZGB. Es lässt sich auch von «aktueller Herrenlosigkeit» sprechen; SCHMID-TSCHIRREN, S. 391 f.

³³ SCHMID-TSCHIRREN, S. 392, spricht in diesem Zusammenhang von «immanenter Herrenlosigkeit».

³⁴ Bei festem Land erfolgt die Abgrenzung durch Bundesrecht, wohingegen bei den Gewässern das kantonale Recht massgebend ist; MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 146 zu Art. 664 ZGB.

³⁵ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 129 zu Art. 664 ZGB; DAETWYLER, S. 55; PFAMMATTER, S. 15. Im Gegensatz dazu erfolgt die Widmung bei den öffentlichen Sachen durch einen *individuellen Verwaltungsakt*; vgl. dazu unten f.

³⁶ PIOTET, SPR, Nr. 596; PFAMMATTER, S. 15, Fn. 54, und S. 33

Ob an herrenlosen Sachen (neben der Hoheit auch) Eigentum des Gemeinwens besteht, entscheidet sich nach kantonalem Recht.³⁷

2. Mit Bezug auf die herrenlosen Sachen lässt sich zwischen Land und Wasser unterscheiden. Art. 664 Abs. 2 ZGB enthält eine entsprechende inhaltliche Umschreibung,³⁸ indem es das kulturunfähige Land (bb.) und die öffentlichen Gewässer (cc.) nennt:

bb. Kulturunfähiges Land

1. Das Gesetz nennt als einen Anwendungsfall der herrenlosen Sachen das kulturunfähige Land und zählt als Beispiele Felsen, Schutthalden, Firnen und Gletscher auf. Das Bundesgericht umschreibt das kulturunfähige Land unter Hinweis auf MEIER-HAYOZ als Land, das sich nicht planmässig landwirtschaftlich nutzen lässt.³⁹ Massgebend ist die Möglichkeit, den Pflanzenwuchs (allenfalls auch den Baumwuchs) systematisch nutzen zu können. Im Gebirge genügt es, wenn Schafe regelmässig weiden können. Die herrschende Lehre lässt kein anderes Kriterium ausser dem Pflanzenwuchs für die Abgrenzung zwischen kultivierbarem und unkultivierbarem Land zu. Damit fällt namentlich die Möglichkeit, Kies, Steine, Erde, Sand oder Gletschereis zu gewinnen, für die rechtliche Einstufung ausser Betracht. Dasselbe gilt etwa für eine touristische Nutzung.⁴⁰ In der neueren Lehre wird diese landwirtschaftlich geprägte Definition des kulturunfähigen Landes zunehmend kritisiert, da sich das Interesse an der Nutzung des Bodens namentlich in den Bergen seit Inkrafttreten des ZGB stark gewandelt hat. So geht es häufig weniger um die Landwirtschaft als um die Erstellung von Stauseen, Kraftwerken, Bergbahnen und -restaurants, Skiliften oder SAC-Hütten⁴¹ und damit letztlich um beträchtliche monetäre Interessen.⁴² Würde man aber neben der landwirtschaftlichen jede andere Art der Nutzung zulassen, fielen die meisten Gebiete, die nach momentan herrschender Lehre als kulturunfähig gelten, nicht mehr unter Art. 664 Abs. 2 ZGB.⁴³ Eine derartig einschneidende Abkehr vom Willen des historischen Gesetzgebers⁴⁴ lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht nur über eine Gesetzesänderung erreichen.

2. In der Praxis bereitet die Abgrenzung zwischen kulturfähigem und kulturunfähigem Land Schwierigkeiten. Anzustreben ist eine möglichst natürliche Grenzlinie. Blosser Einsprengsel von Vegetation in einem Gebiet, in dem sonst nur einzelne Pflanzen gedeihen, genügen nicht, um dessen rechtliche Natur als kulturunfähiges

³⁷ LIVER, SPR, S. 129; STEINAUER, Band II, Nr. 1534a.

³⁸ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 129 f. zu Art. 664 ZGB.

³⁹ BGE 89 II 287 ff. (301), E. 6.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen PFAMMATTER, S. 17 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

⁴¹ Vgl. etwa REY, Nr. 192; PFAMMATTER, S. 19; BÜTLER, S. 25 f.; HUSER, Nr. 34; GENNA, S. 72, Fn. 42.

⁴² SCHMID-TSCHIRREN, S. 412 f.

⁴³ So zu Recht PFAMMATTER, S. 255.

⁴⁴ In der Expertenkommission war man sich der Unterscheidung zwischen «kulturfähigem» und «ausbeutungsfähigem» (vgl. Art. 659 Abs. 1 ZGB) Land durchaus bewusst; vgl. Protokolle, Nr. 7501 (Votum SIEGMUND).

Land zu ändern. Umgekehrt dürfen aus kulturfähigem Land nicht Stücke unproduktiven Landes als Exklaven ausgeschieden werden.⁴⁵

3. Kulturunfähiges Land ist nur unter der Voraussetzung herrenlos, dass daran kein Privateigentum nachgewiesen ist (vgl. Art. 664 Abs. 2 ZGB). Gelingt der Nachweis von Privateigentum, handelt es sich dementsprechend nicht um herrenloses Land und das Grundstück fällt nicht (mehr) unter die kantonale Hoheit.⁴⁶ Die Begriffe «kulturunfähiges Land» und «herrenloses Land» dürfen demnach nicht gleichgesetzt werden.

4. Absatz 3 von Art. 664 ZGB regelt schliesslich die Aneignung des herrenlosen Landes. Die Bestimmung verwendet hier nicht den umfassenderen Begriff der herrenlosen Sachen, weil der Gesetzgeber es offenbar für unwahrscheinlich hielt, dass ein Kanton die Aneignung eines öffentlichen Gewässers vorsehen will.⁴⁷

cc. Öffentliche Gewässer

1. Das Gesetz nennt als weiteren Anwendungsfall der herrenlosen Sachen die öffentlichen Gewässer.⁴⁸ Welche Gewässer öffentlich sind, lässt sich dem Bundesrecht nicht entnehmen; massgebend ist damit das kantonale Recht.⁴⁹ Dieses bestimmt weiter, ob neben dem Gewässer auch dessen Bett öffentlich ist.⁵⁰ Darüber hinaus regelt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wie die öffentlichen Gewässer von den sie umgebenden, im Privateigentum stehenden Grundstücken abzugrenzen sind.⁵¹ Schliesslich können die Kantone auch Gewässer für öffentlich erklären, die im Privateigentum stehen;⁵² die Qualifikation als öffentliches Gewässer sagt da-

⁴⁵ Vgl. dazu etwa BGE 89 II 287 ff. (301), E. 6; LIVER, SPR, S. 133; SCHMID-TSCHIRREN, S. 400.

⁴⁶ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 12 zu Art. 664 ZGB; PFAMMATTER, S. 17 und 248; DAETWYLER, S. 55; TSCHÜMPERLIN, S. 93. Der Eigentümer ist jedoch gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB nur in den Schranken des Gesetzes zur Verfügung über sein Eigentum befugt; für das kulturunfähige Land bestehen aber zahlreiche, in der Regel auf öffentlichem Recht beruhende Einschränkungen; vgl. dazu PFAMMATTER, S. 249 ff. – A.M. GENNA, S. 77, wonach die Hoheit des Staates an der Liegenschaft auch bei kulturunfähigem Land im Privateigentum bestehen bleibt.

⁴⁷ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 144 zu Art. 664 ZGB. Allerdings sprachen sowohl der VE-ZGB (Art. 917 Abs. 3) als auch der Entwurf des Bundesrates von 1904 (Art. 911 Abs. 3) von der «Aneignung der öffentlichen Sachen». Zu beachten bleibt schliesslich, dass die französische Version von Art. 664 Abs. 3 ZGB den allgemeineren Begriff «choses sans maître» verwendet. In der italienischen Fassung ist hingegen wie im deutschen Text von «l'occupazione delle terre senza padrone» die Rede.

⁴⁸ Ausführlich zur Einordnung der öffentlichen Gewässer unter die herrenlosen Sachen DAETWYLER, S. 55 ff.

⁴⁹ BGE 122 III 49 ff. (51), E. 2a; MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 152 f. und 108 zu Art. 664 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 1530; DAETWYLER, S. 56.

⁵⁰ BGer 5P.147/2000, E. 4b; STEINAUER, Band II, Nr. 1531.

⁵¹ BGE 133 I 149 ff. (153), E. 3.2; 123 III 454 ff. (458 ff.), E. 5 = JdT 1999 I 53 ff. (57 ff.). Kritisch dazu MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 154 zu Art. 664 ZGB, nach dessen Ansicht die begriffliche Grenzziehung zwischen Land und Wasser nicht den Kantonen überlassen werden darf; vgl. auch DAETWYLER, S. 87; GENNA, S. 78 f.

⁵² BGE 95 I 243 ff. (247), E. 2; MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 64 und 108 zu Art. 664 ZGB; RENTSCH, S. 350.

mit zwar etwas über die Hoheit, aber nicht notwendigerweise etwas über die Eigentumsverhältnisse aus.⁵³

2. Beizufügen bleibt, dass die Eintragung in das Grundbuch das Bestehen eines Grundstücks voraussetzt (vgl. Art. 942 Abs. 1 und 944 Abs. 1 ZGB). Gebucht werden kann damit nur das als selbständige Parzelle ausgeschiedene Gewässergrundstück.⁵⁴ Das öffentliche Gewässer (das Wasser selbst) kann sich ohne weiteres (teilweise oder vollkommen) über Privatgrundstücken befinden. Das mag etwa bei Hochwasser der Fall sein⁵⁵ oder bei der Konstellation, dass das öffentliche Gewässer kein selbständiges Grundstück bildet und das See- oder Flussbett sich in Privateigentum befindet⁵⁶. Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem Gewässer (dem stehenden oder fliessenden Wasser) einerseits und dem Gewässergrundstück andererseits.⁵⁷ Im Folgenden ist immer Letzteres gemeint, wenn von öffentlichen Gewässern gesprochen wird.⁵⁸

f. Begriff der öffentlichen Sache

1. Der Begriff der öffentlichen Sache ist dem Verwaltungsrecht entnommen und muss dementsprechend aus ihm heraus erfasst werden.⁵⁹ Es lassen sich folgende Kategorien unterscheiden, wobei zu beachten ist, dass (auch) im Verwaltungsrecht die Begriffe nicht immer einheitlich verwendet werden⁶⁰:

- *Öffentliche Sachen im weiteren Sinn*: Der Begriff umfasst die sachlichen Mittel, die dem Gemeinwesen zur (mittelbaren oder unmittelbaren) Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dienen.⁶¹ Angesprochen sind damit das Finanzvermögen sowie die öffentlichen Sachen im engeren Sinn.⁶²
- *Öffentliche Sachen im engeren Sinn*: Unter diesen Begriff fallen das Verwaltungsvermögen und die Sachen im Gemeingebrauch.⁶³
- *Öffentliche Sachen im engsten Sinn*: Angesprochen sind hier die Sachen im Gemeingebrauch.⁶⁴

⁵³ Damit unterscheiden sich die öffentlichen Gewässer vom kulturunfähigen Land; siehe dazu oben bb.

⁵⁴ GÖSCHKE, S. 247. Nach LIVER, Begehbarkeit, S. 656, ist es im schweizerischen Recht die allgemeine Regel, dass die Gewässer eigene Liegenschaften im Eigentum des Gemeinwesens sind.

⁵⁵ Vgl. dazu auch BGE 56 I 256 ff. (267 f.), E. 2 (privater Strandboden an den Ufern des Bodensees).

⁵⁶ BGE 95 I 243 ff. (246 ff.), E. 2 (privates Gewässerbett der Aach).

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen ZÜLLIG, S. 236 f.

⁵⁸ Im Kanton Bern gehört das Fluss- oder Seebett zum öffentlichen Gewässer. Vgl. Art. 78 Abs. 2 EG ZGB: «Die Benutzung und Ausbeutung des herrenlosen Landes und der öffentlichen Sachen, insbesondere der See- und Flussbetten, steht unter staatlicher Aufsicht» (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch PIOTET, SPR, Nr. 617, Fn. 88.

⁵⁹ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 5 zu Art. 664 ZGB; REY/STREBEL, BaKomm, N 3 zu Art. 664 ZGB.

⁶⁰ Vgl. dazu etwa MOSER, S. 5, Fn. 1, und S. 9, Fn. 24.

⁶¹ MOSER, S. 5 mit Hinweisen.

⁶² MOSER, S. 9.

⁶³ MOSER, S. 9; HAAB, ZüKomm, N 5 ff. zu Art. 664 ZGB.

⁶⁴ Vgl. etwa RENTSCH, S. 342.

2. Da Art. 664 ZGB die Sachen im Gemeingebrauch regelt⁶⁵ und (zumindest)⁶⁶ in seinem Absatz 1 die öffentlichen Sachen den herrenlosen Sachen gegenüberstellt, werden im Folgenden unter den **Begriff der öffentlichen Sache gemäss Art. 664 ZGB** ausschliesslich diejenigen öffentlichen Sachen subsumiert, *die auf Grund einer Widmung in Form eines individuellen Verwaltungsaktes im Gemeingebrauch stehen*.⁶⁷

g. Begriff der Hoheit

1. Nach Art. 664 Abs. 1 ZGB unterstehen die herrenlosen und die öffentlichen Sachen der Hoheit des Kantons, in dessen Gebiet sie sich befinden. Die Hoheit räumt den Kantonen eine umfassende öffentlich-rechtliche Normsetzungsbefugnis ein. Damit können sie insbesondere darüber entscheiden, inwieweit die Vorschriften des Bundesprivatrechts auf die herrenlosen und die öffentlichen Sachen Anwendung finden sollen.⁶⁸

2. Art. 664 Abs. 3 ZGB geht insofern über Abs. 1 hinaus, als er die Kantone (nicht nur berechtigt, sondern) verpflichtet, über die Aneignung des herrenlosen Landes sowie die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen.⁶⁹

3. Nach überwiegender Lehre ist «Hoheit» nicht mit «Eigentum» gleichzusetzen. Die Hoheit setzt auch kein Eigentum voraus, sie umfasst jedoch das Recht, das Eigentum an den betreffenden Sachen zu beanspruchen.⁷⁰ Ob ein Kanton sich das Eigentum zuspricht, spielt mit Bezug auf seine Herrschaftsbefugnis allerdings keine Rolle. Ebenso wenig setzt eine Haftung nach Art. 679 f. und 684 ZGB (übermässige Immissionen) und Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) voraus, dass das Gemeinwesen Eigentümer des entsprechenden Grundstücks bzw. des entsprechenden Werks ist.⁷¹ MEIER-HAYOZ wirft hinsichtlich der herrenlosen Sachen in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Vorstellung des Eigentums eines Gemeinwesens

⁶⁵ Oben d.

⁶⁶ Weniger klar ist Art. 664 Abs. 3 ZGB, der einerseits von herrenlosem Land und andererseits von öffentlichen Sachen spricht, gleichzeitig aber die Gewässer sowie die Flussbetten unter letzteren Begriff subsumiert, obwohl die öffentlichen Gewässer gemäss Art. 664 Abs. 2 ZGB zu den herrenlosen Sachen gehört.

⁶⁷ Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 14 zu Art. 664 ZGB; REY/STREBEL, BaKomm, N 25 zu Art. 664 ZGB.

⁶⁸ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 21 f. zu Art. 664 ZGB. Zu den Schranken dieser Befugnis vgl. etwa REY/STREBEL, BaKomm, N 24 f. zu Art. 664 ZGB.

⁶⁹ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 158 zu Art. 664 ZGB; LIVER, SPR, S. 128. Einschränkend PIOTET, SPR, Nr. 593.

⁷⁰ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 50 zu Art. 664 ZGB. Vgl. auch HAAB, ZüKomm, N 13 zu Art. 664 ZGB; HOMBERGER, ZüKomm, N 2 zu Art. 944 ZGB; LEEMANN, BeKomm, N 12 zu Art. 664 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 1534a. A. M. DUBEY, Nr. 435. – Nach Ansicht von LIVER, ZSR, S. 330, muss notwendigerweise Eigentum des Gemeinwesens bestehen, das blosses Hoheitsrecht genügt nicht; ebenso WIELAND, ZüKomm, N 4 zu Art. 664 ZGB. Für PFAMMATTER, S. 55 f., umfasst der Kern des Hoheitsrecht immer auch ein Eigentumsrecht; steht die öffentliche Sache nicht im Eigentum eines Privaten, ist deshalb Eigentum des Gemeinwesens anzunehmen.

⁷¹ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 59 ff., 86 f. und 89 ff. zu Art. 664 ZGB mit Hinweisen.

überhaupt seine Berechtigung hat, da der Kanton die Nutzung der herrenlosen Sachen nicht nach seinem Belieben einschränken kann und ihm damit die – für das Konzept des Eigentums wesentliche – Befugnis fehlt, Einwirkungen von Drittpersonen abzuwehren.⁷²

B. Im EG ZGB verwendete Begriffe

1. Der Kanton Bern hat seine aus Art. 664 ZGB folgende Legiferierungsbefugnis bzw. -pflicht in den Art. 77 und 78 EG ZGB ausgeübt. Diese Normen stehen unter dem Randtitel «Herrenlose und öffentliche Sachen». Es ist zu untersuchen, inwieweit die Begriffsbestimmungen denjenigen des Art. 664 ZGB entsprechen (unten a.).

2. Gestützt auf Art. 944 ZGB hat der Kanton in Art. 126 EG ZGB die Aufnahme «der öffentlichen Grundstücke des Staates und der Gemeinden» in das Grundbuch vorgesehen. Der entsprechende Begriff findet sich auch in Art. 33 der Verordnung betreffend das kantonale Grundbuch und die Einführung des schweizerischen Grundbuches vom 9. Dezember 1911.⁷³ Zu prüfen bleibt, was unter den öffentlichen Grundstücken im Sinn des kantonalen Rechts zu verstehen ist (unten b.).

a. Herrenlose und öffentliche Sachen nach Art. 77 und 78 EG ZGB

aa. Wortlaut von Art. 77 und Art. 78 EG ZGB

Das EG ZGB regelt unter dem Titel «Herrenlose und öffentliche Sachen» die Aneignung (Art. 77) sowie die Benutzung und Ausbeutung (Art. 78). Die Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

Art. 77 EG ZGB

¹Herrenloses Land kann nur mit Bewilligung der vom Regierungsrat bezeichneten Direktion in das Privateigentum übergehen und ist in diesem Falle in das Grundbuch aufzunehmen.

²Als öffentliche Sachen gelten alle Seen, Flüsse und Bäche, an denen nicht durch besondere Titel Privateigentum nachgewiesen ist.

³Ufergebiete, die durch das Hochwasser regelmässig überflutet werden, gehören zum Fluss- oder Seebett.

⁷² MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 62 zu Art. 664 ZGB.

⁷³ BSG 215.321.2. Die Bestimmung lautet: «Kommen Grundstücke zum Vorschein oder sind öffentliche Grundstücke des Staates oder von Gemeinden vorhanden, wofür Grundbuchblätter nicht existieren, so sind solche, unter Benachrichtigung des Eigentümers, nachträglich durch das Grundbuchamt anzufertigen. Die Organe der Gemeinden haben die erforderlichen Ergänzungen unentgeltlich zu besorgen.»

Art. 78 EG ZGB

¹Die Benutzung und Ausbeutung des herrenlosen Landes und der öffentlichen Sachen, insbesondere der See- und Flussbetten, steht unter staatlicher Aufsicht.

²Werden durch die Benutzung und Ausbeutung öffentliche Interessen, namentlich diejenigen der Schwellenbezirke, beeinträchtigt, so kann die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion sie untersagen.

³Die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion kann die Ausbeutung der See- und Flussbetten der Schwellengenossenschaft ausschliesslich überlassen oder sie, wenn sie von erheblichem Umfange ist, von der Bezahlung einer Gebühr abhängig machen.

bb. Entstehungsgeschichte von Art. 77 und 78 EG ZGB

1. Der Entwurf des Regierungsrates vom 15. Februar 1910 sah noch keine Regelung der herrenlosen und öffentlichen Sachen vor.⁷⁴ Die kantonale Baudirektion stellte daraufhin unter Bezugnahme auf Art. 664 ZGB Antrag auf Einführung von Zusatzbestimmungen (Art. 66^{ter} und Art. 66^{quater}) mit folgendem Wortlaut:

Art. 66^{ter}: Herrenlose und öffentliche Sachen

Herrenloses Land (Art. 664 Z.G.B.) kann nur mit Bewilligung des Regierungsrates in das Privateigentum übergehen und ist in diesem Falle in das Grundbuch aufzunehmen.

Als öffentliche Gewässer gelten alle Seen, Flüsse und Bäche, die nicht im Privateigentum stehen.

Ufergebiete, die durch das Hochwasser regelmässig überflutet werden, gehören zum Flussbett.

Art. 66^{quater}: Benutzung und Ausbeutung

Die Benutzung und Ausbeutung der öffentlichen Sachen und des herrenlosen Landes, insbesondere der See- und Flussbetten, steht unter staatlicher Aufsicht.

Werden durch die Benutzung und Ausbeutung öffentliche Interessen, namentlich diejenigen der Schwellenbezirke und Korrektionsunternehmungen beeinträchtigt, so kann der Regierungsrat diese Benutzung und Ausbeutung untersagen.

Die Kommission des Grossen Rates zur Vorbereitung des EG ZGB beriet den Vorschlag der Baudirektion in seiner Sitzung vom 13. April 1910, nahm die Art. 66^{ter} und Art. 66^{quater} grundsätzlich an und übertrug dem Referenten die definitive Redaktion unter Berücksichtigung der gefallenen Anregungen.⁷⁵

2. Die dem Grossen Rat vorgelegte Version der beiden Bestimmungen lautete:

⁷⁴ Staatsarchivakten BB 3.1.559.

⁷⁵ Protokoll über die Verhandlungen der Kommission des Grossen Rates zur Vorbereitung des Gesetzes betr. Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, VI. Sitzung, Mittwoch, den 13. April 1910, S. 10 ff. (Staatsarchivakten BB 3.1.559).

Art. 66^{ter}

Herrenloses Land (Art. 664 Z.G.B.) kann nur mit Bewilligung des Regierungsrates in das Privateigentum übergehen und ist in diesem Falle in das Grundbuch aufzunehmen.

Als öffentliche Gewässer gelten alle Seen, Flüsse und Bäche, die nicht im Privateigentum stehen.

Ufergebiete, die durch das Hochwasser regelmässig überflutet werden, gehören zum Fluss- oder Seebett.

Art. 66^{quater}

Die Benutzung und Ausbeutung der öffentlichen Sachen und des herrenlosen Landes, insbesondere der See- und Flussbetten, steht unter staatlicher Aufsicht.

Werden durch die Benutzung und Ausbeutung öffentliche Interessen, namentlich diejenigen der Schwellenbezirke, beeinträchtigt, so kann der Regierungsrat sie untersagen.

Der Regierungsrat kann die Ausbeutung der Schwellengenossenschaft ausschliesslich überlassen oder sie, wenn sie von erheblichem Umfange ist, von der Bezahlung einer Gebühr abhängig machen.

Der Grosse Rat nahm den Vorschlag in seiner Sitzung vom 28. April 1910 ohne Änderung an.⁷⁶ Die Bestimmungen erhielten anschliessend die Artikelnummern 70 und 71 und wurden unter den Randtitel «II. Herrenlose und öffentliche Sachen, 1. Aneignung» (Art. 70) und «2. Benutzung und Ausbeutung» (Art. 71) gestellt.⁷⁷

3. Mit Bezug auf Absatz 2 von Art. 70 gab es in der Folge einen gemeinsamen Abänderungsantrag des Regierungsrates und der Grossratskommission. Es wurde folgende Version vorgeschlagen: «Als öffentliche Gewässer gelten alle Seen, Flüsse und Bäche, an denen nicht durch besondere Titel Privateigentum nachgewiesen ist»⁷⁸. Dadurch sollte die Bestimmung an das Wasserrechtsgesetz angepasst werden.⁷⁹ Der Grosse Rat nahm in der zweiten Beratung Art. 70 in seiner geänderten Form sowie den (unveränderten) Art. 71 an.⁸⁰

⁷⁶ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 345 f. (Voten des Berichterstatters des Regierungsrates und des Berichterstatters der Kommission) und S. 346.

⁷⁷ Ergebnis der ersten Beratung durch den Grossen Rat vom 4. Mai 1910, vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Beilagen, Nr. 1, Seite 3 ff. (S. 19); vgl. auch Staatsarchivakten BB 3.559.

⁷⁸ Gemeinsame Abänderungsanträge des Regierungsrates und der Grossratskommission vom 17./24. Januar 1911, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Nr. 1, S. 3 ff. (S. 19). Diese Formulierung entspricht im Übrigen in weiten Teilen derjenigen des Art. 917 Abs. 2 VE-ZGB, der folgenden Wortlaut hatte: «Öffentliche Gewässer sind: Die Seen, Flüsse und Bäche, an denen nicht jemandes Eigentum nachgewiesen ist.»

⁷⁹ 2. Lesung, Protokoll über die Verhandlungen der Kommission des Grossen Rates zur Vorberatung des Gesetzes betr. Einführung des schweiz. Zivilgesetzbuches, IV. Sitzung, Mittwochnachmittag den 11. Januar 1911, S. 8 (Staatsarchivakten BB 3.1.562). Vgl. auch das Votum des Berichterstatters des Regierungsrates im Grossen Rat, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, S. 69.

⁸⁰ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, S. 69 f.

4. Im «Ergebnis der Beratung durch den Grossen Rat vom 16. Februar 1911» erscheinen die beiden Normen unter den Artikelnummern 77 und 78. Die Fassungen weisen im Vergleich zu den vom Grossen Rat genehmigten Versionen zwei Änderungen auf: In Art. 77 Abs. 2 ist statt von «öffentlichen Gewässern» neu von «öffentlichen Sachen» die Rede; darüber hinaus wurde in Art. 78 Abs. 1 die Reihenfolge der Begriffe «öffentliche Sachen» und «herrenloses Land» umgestellt, so dass der beispielhaften Aufzählung der See- und Flussbetten nunmehr der Begriff «öffentliche Sachen» vorangeht. Wie diese Änderung zustande kam, lässt sich nicht mehr nachvollziehen. Sie beruht jedenfalls nicht auf einem Abänderungsantrag des Regierungsrates.⁸¹ Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um eine inhaltliche, sondern um eine rein redaktionelle Änderung handelt; dafür spricht auch, dass die Bestimmungen im Rahmen der redaktionellen Bereinigung nicht mehr diskutiert wurden.⁸²

cc. Bedeutung der Begriffe «herrenloses Land» und «öffentliche Sachen» im Sinn von Art. 77 und 78 EG ZGB

1. Die Art. 77 und 78 EG ZGB führen Art. 664 ZGB näher aus.⁸³ Art. 77 Abs. 1 EG ZGB regelt die Aneignung des herrenlosen Landes⁸⁴. Damit nimmt das Gesetz den in Art. 664 Abs. 3 ZGB enthaltenen Begriff auf. Unter herrenlosem Land ist dementsprechend kulturunfähiges Land zu verstehen, das nicht in Privateigentum steht.⁸⁵

2. Das EG ZGB verwendet den Begriff «öffentliche Sache»⁸⁶ sowohl in Art. 77 Abs. 2 als auch in Art. 78 Abs. 1:

- Inhaltlich wiederholt Art. 78 Abs. 1 EG ZGB gemäss den Ausführungen des Berichterstatters des Regierungsrates lediglich Art. 664 Abs. 1 ZGB, wonach die herrenlosen und die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates stehen, in dessen Gebiet sie sich befinden.⁸⁷ Behandelt werden mit anderen Worten die *Sachen im Gemeingebrauch* (= die öffentlichen Sachen im engsten Sinn). In Anbetracht dessen und gestützt auf den Wortlaut von Art. 78 Abs. 1 EG ZGB («Die Benutzung und Ausbeutung des herrenlosen Landes und der öffentlichen Sachen, insbesondere der See- und Flussbetten, steht unter staatlicher Aufsicht») ist die Bestimmung folgendermassen auszulegen: Da sie von den

⁸¹ Vgl. das Ergebnis der Beratung durch den Grossen Rat vom 16. Februar 1911 sowie die Abänderungsanträge des Regierungsrates vom 7. März 1911, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Beilagen, Nr. 8, S. 105.

⁸² Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, S. 190 ff. Siehe ausserdem Tagblatt, a.a.O., S. 189, wonach hinsichtlich der rein redaktionellen Abänderungsanträge eine weitere Diskussion weder möglich noch nötig sei (Votum des Präsidenten der Kommission). – Allenfalls liegt die Erklärung darin, dass damit die Terminologie an Art. 664 Abs. 3 ZGB angepasst werden sollte, der die Gewässer als ein Beispiel für öffentliche Sachen nennt.

⁸³ Vgl. auch Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 346 (Votum des Berichterstatters der Kommission).

⁸⁴ Die französische Version spricht von «terrains sans maîtres».

⁸⁵ Vgl. dazu oben A./e./bb.

⁸⁶ Französisch: «choses du domaine public».

⁸⁷ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 345.

Sachen im Gemeingebrauch das herrenlose Land explizit nennt, sind unter den ebenfalls erwähnten öffentlichen Sachen die «übrigen» öffentlichen Sachen im engsten Sinn zu verstehen, also einerseits die Sachen, die auf Grund einer hoheitlichen Widmung im Gemeingebrauch stehen («öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB»), und andererseits die öffentlichen Gewässer (vgl. auch die als Beispiel für die öffentlichen Sachen erwähnten See- und Flussbetten).⁸⁸

- Demgegenüber umfasst Art. 77 Abs. 2 EG ZGB nur einen Teil der öffentlichen Sachen im engsten Sinn, nämlich die nicht im Privateigentum stehenden Gewässer.⁸⁹ Die Bestimmung steht unter dem Randtitel «Aneignung» und dient dazu, im Bereich von Seen, Flüssen und Bächen das öffentliche vom privaten Grundeigentum abzugrenzen.⁹⁰ Da vermutlich alle Seen, Flüsse und Bäche dem Staat gehören, ist eine Aneignung ausgeschlossen. Die Norm hat hingegen nicht die Aufgabe zu definieren, was ein öffentliches Gewässer ist;⁹¹ es geht hier mit anderen Worten nicht um die Hoheit, sondern lediglich um die Eigentumsverhältnisse.⁹²

b. Öffentliche Grundstücke nach Art. 126 EG ZGB

aa. Wortlaut von Art. 126 EG ZGB

Art. 126 EG ZGB steht unter dem Randtitel «IV. Eintragung ins Grundbuch, 1. Öffentliche Grundstücke» und hat folgenden Wortlaut:

Die öffentlichen Grundstücke des Staates und der Gemeinden sind in das Grundbuch aufzunehmen.

⁸⁸ Der im Randtitel zu Art. 77 EG ZGB («II. Herrenlose und öffentliche Sachen») enthaltene Begriff der öffentlichen Sache muss hingegen im Sinn der öffentlichen Sache gemäss Art. 664 ZGB verstanden werden, da hier die öffentlichen Sachen den herrenlosen Sachen gegenübergestellt werden. Der im EG ZGB verwendete Begriff «öffentliche Sache» ist damit nicht eindeutig. Da die Unterscheidung zwischen herrenlosen und öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB in Art. 77 und 78 EG ZGB keine Rolle spielt, wird für das Folgende lediglich auf die in Art. 78 Abs. 1 EG ZGB enthaltene Begriffsbestimmung abgestellt.

⁸⁹ Vgl. dazu oben bb. Die Norm enthält also keine Definition des Begriffs der öffentlichen Sache, wie der Wortlaut vermuten liesse.

⁹⁰ BVR 1997, S. 228 ff. (231), E. 5c (Verwaltungsgericht Bern). Vgl. auch BVR 1979, S. 287, wonach das Kriterium für die Einteilung der Seen, Flüsse und Bäche beim EG ZGB die Eigentumsverhältnisse, beim Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41) hingegen in erster Linie die Mächtigkeit des Gewässers ist (Baudirektion des Kantons Bern). Vgl. ausserdem BGer in BVR 1986, S. 247 ff. (249 f.), E. 1b (Privateigentum an 100 m² des Seegrunds des Thunersees).

⁹¹ Vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 WNG. Der Begriff des öffentlichen Gewässers ist dem EG ZGB fremd.

⁹² Nach dem unter A./e./cc. Gesagten kann ein öffentliches Gewässer auch im Privateigentum stehen. Vgl. dazu ausserdem LIVER, Begehbarkeit, S. 656, mit Bezug auf die in bestimmten Kantonen anzutreffenden Rechtslage, dass sich die Grundstücke der Anstösser bis in die Mitte des Wasserlaufes erstrecken: «Dem Eigentum nach haben wir dann nicht ein öffentliches Gewässer vor uns. In jeder anderen Hinsicht aber kann das Gewässer unter der Herrschaft (Verfügbarmacht) des Kantons oder der Gemeinde stehen und ist insofern ein öffentliches Gewässer.»

bb. Entstehungsgeschichte von Art. 126 EG ZGB

1. Der Entwurf des Regierungsrates vom 15. Februar 1910 sah keine auf Art. 944 ZGB abgestützte Bestimmung vor.⁹³ Die Norm beruht auf einem Vorschlag der Kommission, den der Referent «der Vollständigkeit wegen» machte. Sie figurierte damals als Art. 103^{bis} und sollte folgenden Wortlaut haben:

Die öffentlichen Strassen und Wege und die öffentlichen Gewässer sind ins Grundbuch aufzunehmen.

Der Kommissionspräsident äusserte insoweit Bedenken, als eine Aufnahme-pflicht für die öffentlichen Gewässer vorgesehen werden sollte, weil diese weder im Grundbuchbereinigungsgesetz vorgesehen⁹⁴ noch in den Vermessungswerken inbe-griffen waren. Der Referent erklärte sich daraufhin bereit, die öffentlichen Gewässer in seinem Antrag zu streichen. Die Kommission war mit dem entsprechend abgeän- derten Antrag des Referenten einverstanden.⁹⁵

2. Die dem Grossen Rat vorgelegte Version der Bestimmung lautete:

Die öffentlichen unbeweglichen Sachen des Staates und der Gemeinden sind in das Grundbuch aufzunehmen.

Der Berichterstatter des Regierungsrates wies darauf hin, dass Art. 103^{bis} in Anwendung von Art. 944 ZGB die Eintragung der öffentlichen Sachen («biens du domaine public») des Staates und der Gemeinden vorsieht. Als Beispiele führte er Strassen, Plätze und Gewässer («cours d'eau») an.⁹⁶ Der Berichterstatter der Kom- mission fügte an, die Bestimmung sei deshalb aufgenommen worden, weil an öffentli- chen Sachen auch Privatrechte errichtet werden könnten.⁹⁷ Der Rat nahm die Norm mit dem von der Kommission vorgeschlagenen Wortlaut an.⁹⁸

⁹³ Staatsarchivakten BB 3.1.559.

⁹⁴ Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundbücher im Kanton Bern vom 27. Juni 1909 sah vor, dass die Gemeinden innerhalb einer bestimmten Frist «die sämtlichen in ihrem Gebiete gelegenen Grundstücke, inbegriffen die öffentlichen Strassen und Wege, auf die ihnen zuzustellenden Formulare (Grundstückblätter) auftragen und diese der Amtsschreiberei einrei- chen» mussten. Abs. 2 bestimmte, dass Form und Inhalt der Grundstücksblätter durch eine Verordnung des Regierungsrates festgestellt werden. Die Verordnung betreffend die Anlegung der Grundstückblätter in den Gemeinden, sowie die Zufertigung der Liegenschaften vom 20. Juli 1909 enthielt in § 1 Abs. 2 Folgendes: «Die Anlegung der Grundstückblätter hat sich auf alle im Gemeindebezirk gelegenen Grundstücke zu erstrecken mit Inbegriff der öffentlichen Strassen, Wege und Plätze. Dagegen sind für Eisenbahnen, sowie für die öffentlichen Gewässer keine Grundstückblätter zu erstellen». Zu dieser Grundbuchbereinigung vgl. auch NIKLAUS, S. 42 ff.

⁹⁵ Protokoll über die Verhandlungen der Kommission des Grossen Rates zur Vorberatung des Gesetzes betr. Einführung des schweiz. Zivilgesetzbuches, IX. Sitzung, Freitag, den 15. April 1910, S. 2 (Staatsarchivakten BB 3.1.559).

⁹⁶ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 377.

⁹⁷ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 378.

⁹⁸ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 380.

Im «Ergebnis der ersten Beratung durch den Grossen Rat vom 4. Mai 1910» erhielt die Bestimmung die Artikelnummer 110 und stand unter dem Randtitel «Aufnahmepflicht».⁹⁹

3. In der Kommissionssitzung vom 12. Januar 1911 wies der Referent darauf hin, dass die Terminologie von Art. 110 gestützt auf eine Bemerkung des eidgenössischen Justizdepartements geändert werden müsse («Grundstücke» statt «unbewegliche Sachen»); die entsprechende Änderung wurde beschlossen.¹⁰⁰ In der Folge gab es einen gemeinsamen Abänderungsantrag des Regierungsrates und der Grossratskommission. Es wurde folgende Version vorgeschlagen:¹⁰¹

«Die öffentlichen Grundstücke des Staates und der Gemeinden sind in das Grundbuch aufzunehmen.»

Im Grossen Rat bezeichnete der Berichterstatter des Regierungsrates dies als rein redaktionelle Anpassung (Übereinstimmung mit dem neuen Zivilgesetzbuch).¹⁰² Das Parlament nahm die Bestimmung an.¹⁰³

4. Im «Ergebnis der Beratung durch den Grossen Rat vom 16. Februar 1911» erscheint die Norm unter der Artikelnummer 124. In den Abänderungsanträgen des Regierungsrates vom 7. März 1911 wird die Artikelnummer 126 vorgeschlagen.¹⁰⁴ Der Grosse Rat nahm Art. 126 ohne weitere Diskussion an.¹⁰⁵

cc. Bedeutung des Begriffs «öffentliche Grundstücke» im Sinn von Art. 126 EG ZGB

1. Art. 126 EG ZGB enthält keine Definition der öffentlichen Grundstücke¹⁰⁶. Auch das ZGB kennt diesen Begriff nicht. Art. 944 ZGB spricht vielmehr von den nicht im Privateigentum stehenden und den dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücken. Es stellt sich die Frage, ob neben den Grundstücken des Verwaltungsvermögens und den Sachen, die auf Grund einer hoheitlichen Widmung im Gemeingebrauch stehen, auch die herrenlosen Sachen (also das herrenlose Land und die öffentlichen Gewässer) unter den Begriff «öffentliches Grundstück» zu subsumieren

⁹⁹ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Beilagen, Nr. 1, S. 3 ff. (S. 27).

¹⁰⁰ Protokoll über die Verhandlungen der Kommission des Grossen Rates zur Vorberatung des Gesetzes betr. Einführung des schweiz. Zivilgesetzbuches, VI. Sitzung, Donnerstag, den 12. Januar 1911, S. 7 (Staatsarchivakten BB 3.1.562).

¹⁰¹ Gemeinsame Abänderungsanträge des Regierungsrates und der Grossratskommission vom 17./24. Januar 1911, vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Beilagen, Nr. 1, S. 3 ff. (S. 27).

¹⁰² Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, S. 85.

¹⁰³ Tagblatt, a.a.O.

¹⁰⁴ Vgl. das Ergebnis der Beratung durch den Grossen Rat vom 16. Februar 1911 sowie die Abänderungsanträge des Regierungsrates vom 7. März 1911, vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, Beilagen Nr. 8, S. 89 ff. (S. 113).

¹⁰⁵ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1911, S. 194 f. – Im Randtitel wurde später «Aufnahmepflicht» durch «Öffentliche Grundstücke» ersetzt. Auch wenn sich nicht mehr nachvollziehen lässt, wie dieser Wechsel zustande gekommen ist, spricht alles dafür, dass es sich um eine rein redaktionelle Änderung handelt.

¹⁰⁶ Die französische Version von Art. 126 EG ZGB spricht von «immeubles du domaine public».

sind, der Begriff mit anderen Worten im Sinn der öffentlichen Sachen im engeren Sinn¹⁰⁷ zu verstehen ist. Zu beachten bleibt, dass die genannten Grundstücke nur dann unter Art. 126 EG ZGB fallen, wenn sie nicht im Privateigentum stehen.¹⁰⁸

2. Die Entstehungsgeschichte der Norm hilft hier nur beschränkt weiter. Der Referent hatte in der Kommission, wie unter bb. dargelegt, nur die öffentlichen Strassen und Wege sowie die öffentlichen Gewässer aufnehmen wollen; es hätten mit anderen Worten nur ein Teil der öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB (nämlich die Strassen und Wege) und nur ein Teil der herrenlosen Sachen (nämlich die öffentlichen Gewässer) Aufnahme in das Grundbuch finden sollen. Die Kommission entschied daraufhin, die öffentlichen Gewässer zu streichen. Im Grossen Rat fanden als Beispiele für die betroffenen Grundstücke neben Strassen und Plätzen allerdings auch Gewässer Erwähnung. Auf das herrenlose Land wurde hingegen weder in der Kommission noch im Grossen Rat Bezug genommen.¹⁰⁹

3. Die Praxis im Kanton Bern hinsichtlich der Aufnahme der Grundstücke des Verwaltungsvermögens und der Sachen im Gemeingebrauch in das Grundbuch zeigt sich heute folgendermassen:

- Die Grundstücke des Verwaltungsvermögens werden systematisch in das Grundbuch aufgenommen.
- Die Kantons- und die Gemeindestrassen werden gestützt auf die Strassengesetzgebung in das Grundbuch aufgenommen (vgl. Art. 12 Abs. 2 SG¹¹⁰ und Art. 5 Abs. 1 SV¹¹¹). Unter den Begriff «öffentliche Strasse» fallen nach Art. 4 Abs. 1 SG die dem Gemeingebrauch offenstehenden Strassen, Wege und Plätze.
- Mit Bezug auf die öffentlichen Gewässer ist festzuhalten, dass seit ca. 1957 die öffentlichen Flüsse und Bäche, nicht aber die öffentlichen Seen als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden. Das Vermessungsamt hatte der Justizdirektion einen entsprechenden Antrag gestellt, um die Übereinstimmung zwischen dem Grundbuch und dem Vermessungswerk wieder herzustellen.¹¹²
- Das herrenlose Land wird nur in das Grundbuch aufgenommen, wenn daran dingliche Rechte zur Eintragung gebracht werden sollen.

¹⁰⁷ Oben A./f.

¹⁰⁸ Ist ein Privater Eigentümer, muss das Grundstück in jedem Fall in das Grundbuch eingetragen werden. Art. 944 Abs. 1 ZGB (und damit auch Art. 126 EG ZGB) kommt mit anderen Worten nicht zum Zug. – Ausgenommen bleibt das herrenlose Land, das per definitionem nicht im Privateigentum steht; siehe oben A./e./aa.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen oben bb.

¹¹⁰ Strassengesetz des Kantons Bern vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11).

¹¹¹ Strassenverordnung des Kantons Bern vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1).

¹¹² Vgl. zum Ganzen den Verwaltungsbericht der Justizdirektion für das Jahr 1955, publiziert in: ZBGR 38/1957, S. 182 ff. (184), das Kreisschreiben des Vermessungsamts des Kantons Bern an die im Kanton praktizierenden Grundbuchgeometer vom 10. April 1957 über die Behandlung der öffentlichen Gewässer (Flüsse) im Vermessungswerk und im Grundbuch sowie die Weisung der Justizdirektion des Kantons Bern an die Grundbuchverwalter betreffend Aufnahme der öffentlichen Gewässer ins Grundbuch vom 20. Dezember 1957, publiziert in: ZBGR 39/1958, S. 123.

4. Nach dem Gesagten hat sich die Praxis mit Bezug auf die herrenlosen Sachen unterschiedlich entwickelt:

- Die öffentlichen Gewässer werden mit Ausnahme der Seen bereits seit den 1950er Jahren in das Grundbuch aufgenommen. Es besteht allerdings kein Grund, die öffentlichen Seen anders zu behandeln als die öffentlichen Flüsse und Bäche. Anders als zu Beginn des 20. Jahrhunderts muss das Kantonsgebiet heute flächendeckend vermessen werden.¹¹³ Damit gilt auch für die Seen, dass eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Vermessungswerk zu erreichen ist.
- Das herrenlose Land wird offenbar nicht gestützt auf Art. 126 EG ZGB, sondern nur in Anwendung von Art. 944 Abs. 1, 1. Variante ZGB aufgenommen. Hält man sich vor Augen, dass Art. 126 EG ZGB deshalb Eingang in das Gesetz gefunden hat, «weil an öffentlichen Sachen auch Privatrechte errichtet werden können»,¹¹⁴ erscheint es wenig sinnvoll, das herrenlose Land vom Anwendungsbereich des Art. 126 EG ZGB auszunehmen; nach dem oben¹¹⁵ Gesagten besteht heutzutage nämlich ein beträchtliches Interesse daran, auch das herrenlose Land mit Dienstbarkeiten (namentlich mit Baurechten etwa für Kraftwerke, SAC-Hütten oder Bergbahnen) zu belasten. Dennoch kann das herrenlose Land *de lege lata* nicht unter die öffentlichen Grundstücke subsumiert werden. Das ergibt sich daraus, dass gemäss Art. 77 Abs. 1 EG ZGB herrenloses Land nur mit Bewilligung der vom Regierungsrat bezeichneten Direktion in das Privateigentum übergehen kann und *in diesem Fall* in das Grundbuch aufzunehmen ist.¹¹⁶ Der zweite Teil des Satzes wäre sinnlos, wenn das herrenlose Land gestützt auf Art. 126 EG ZGB in das Grundbuch aufzunehmen wäre. Es erstaunt daher nicht, dass das herrenlose Land im Zusammenhang mit Art. 126 EG ZGB in den Materialien keinerlei Erwähnung gefunden hat.

5. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass unter den Begriff der öffentlichen Grundstücke im Sinn von Art. 126 EG ZGB neben den Grundstücken im Verwaltungsvermögen und den öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB auch alle öffentlichen Gewässer zu subsumieren sind; das herrenlose Land fällt hingegen nicht darunter.

C. Rekapitulation der verschiedenen Begriffe

Gestützt auf die obigen Ausführungen werden die genannten Begriffe im vorliegenden Gutachten wie folgt verstanden:

¹¹³ Vgl. Art. 30 GeolG und oben I./1.

¹¹⁴ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 378.

¹¹⁵ A./e./bb.

¹¹⁶ Vgl. auch die französische Version von Art. 77 Abs. 1 EG ZGB: «Les terrains sans maître ne peuvent devenir propriété privée sans l'autorisation de la Direction désignée par le Conseil-exécutif; ceux qui le deviendront seront immatriculés au registre foncier». In diese Richtung auch BÜTLER, S. 78.

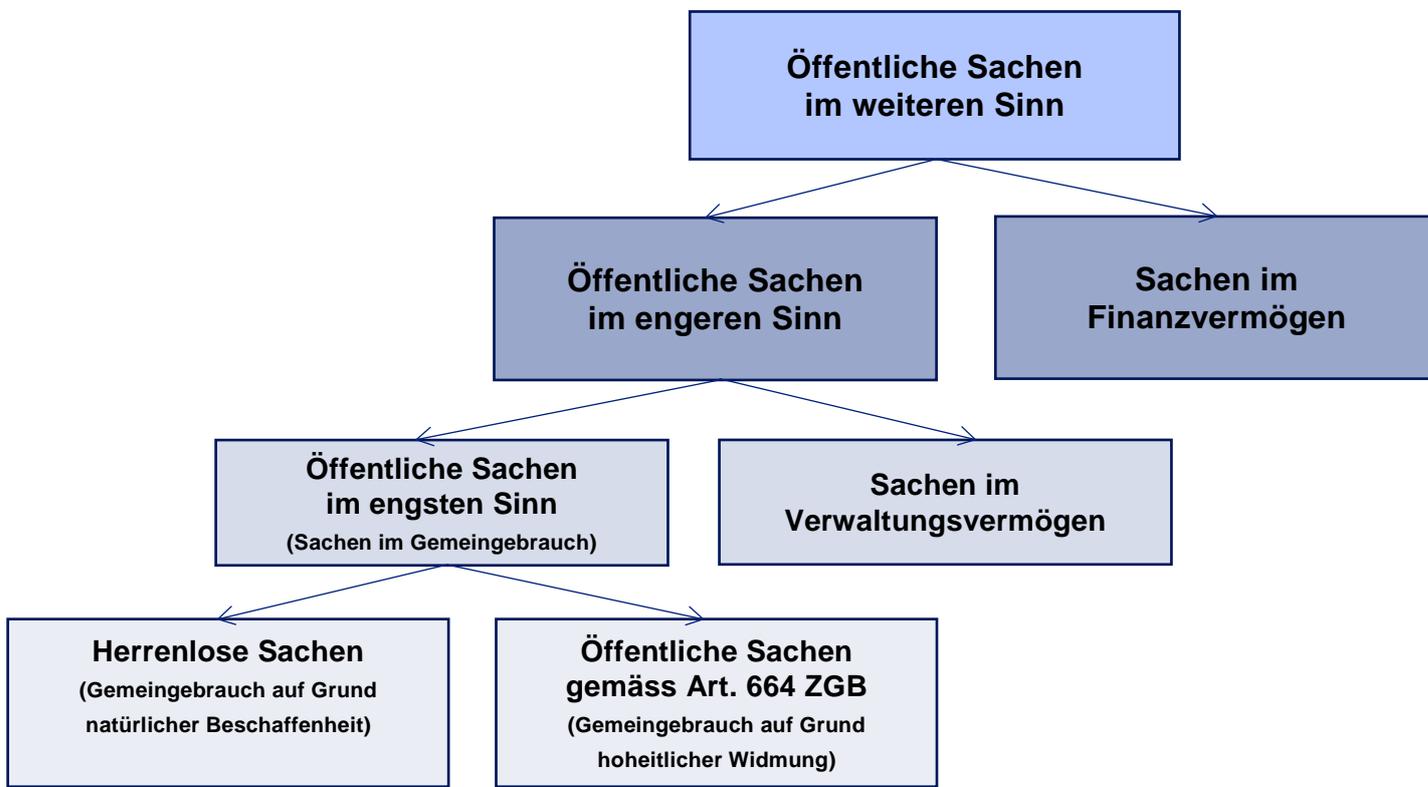
1. Begriffe im Zusammenhang mit **Art. 664 und 944 ZGB**:

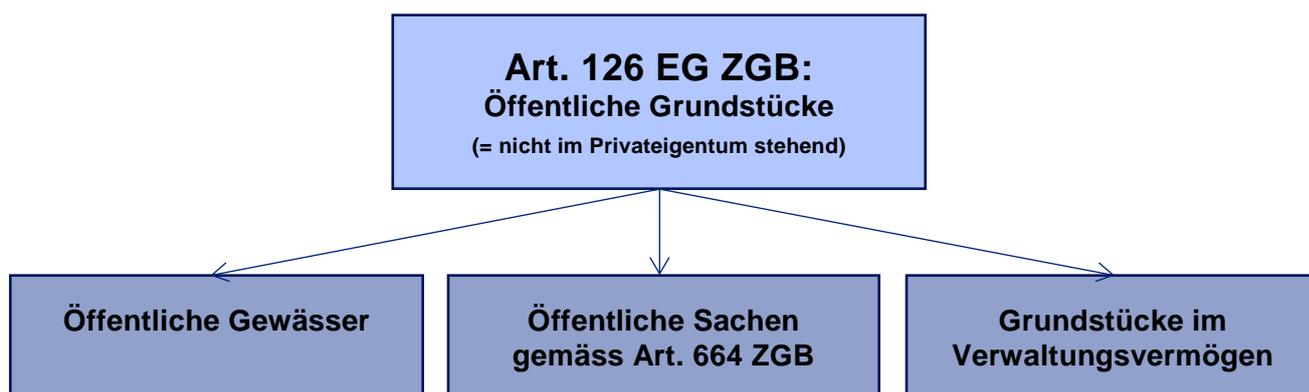
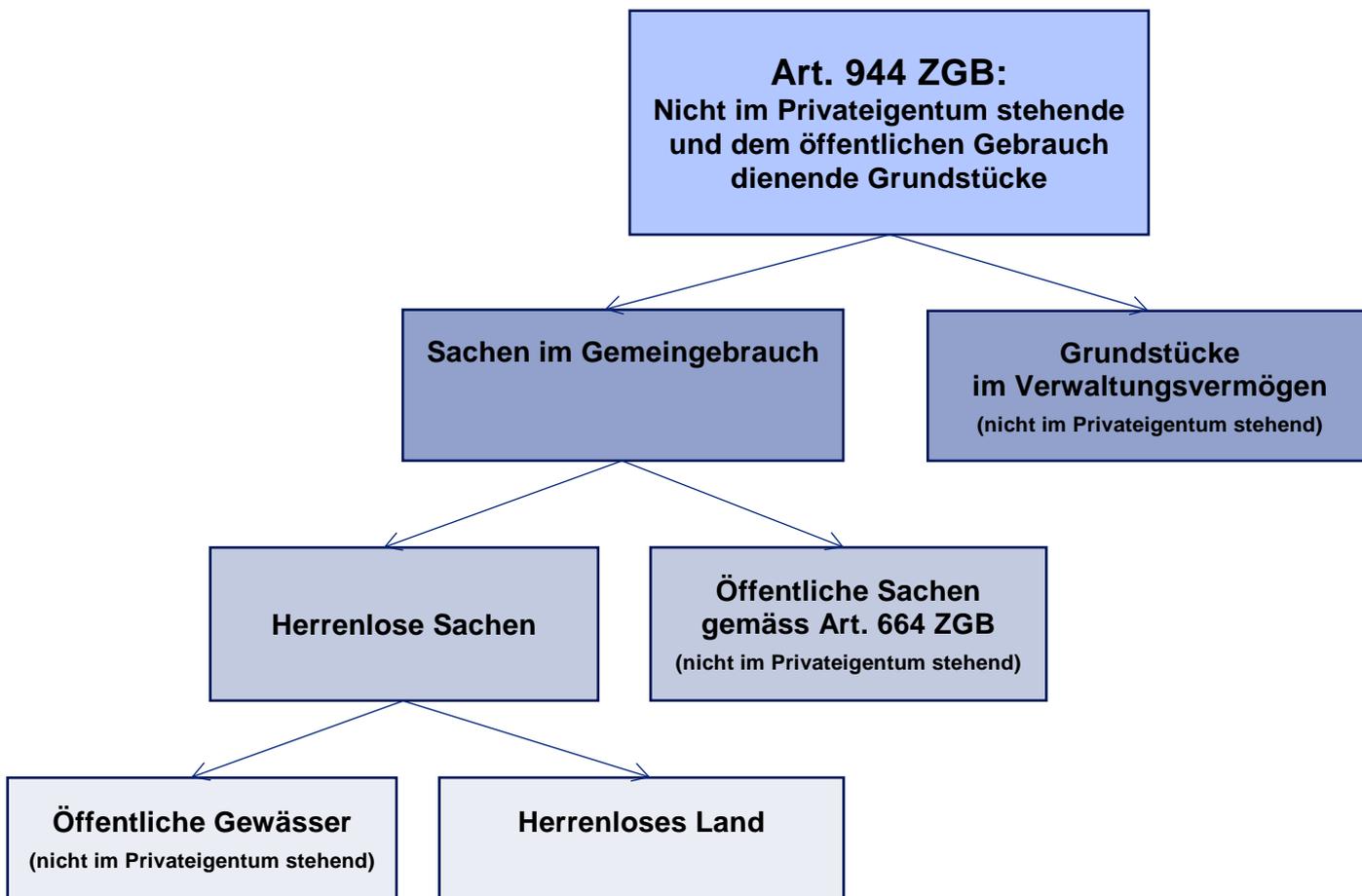
- *Öffentliche Sachen im weiteren Sinn*: Finanzvermögen sowie die öffentlichen Sachen im engeren Sinn
- *Öffentliche Sachen im engeren Sinn*: Verwaltungsvermögen sowie Sachen im Gemeingebrauch
- *Öffentliche Sachen im engsten Sinn*: Sachen im Gemeingebrauch
- *Grundstück im Verwaltungsvermögen*: unbewegliche Sache, die dem Gemeinwesen unmittelbar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben dient
- *Sachen im Gemeingebrauch*: Oberbegriff für die herrenlosen Sachen und die öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB
- *Herrenlose Sachen*: Sachen, die auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit im Gemeingebrauch stehen; Oberbegriff für öffentliche Gewässer und herrenloses Land
- *Öffentliches Gewässer*: Grundstück, das mit einem gemäss kantonalem Recht unter der Hoheit des Gemeinwesens stehenden Gewässer bedeckt ist
- *Kulturunfähiges Land*: Land, das sich nicht planmässig landwirtschaftlich nutzen lässt
- *Herrenloses Land*: kulturunfähiges Land, das nicht im Privateigentum steht
- *Öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB*: Sachen, die auf Grund einer hoheitlichen Widmung im Gemeingebrauch stehen
- *Hoheit*: umfassende öffentlich-rechtliche Normsetzungsbefugnis

2. Begriffe nach **EG ZGB**:

- *Herrenloses Land (Art. 77 Abs. 1 und Art. 78 Abs. 1 EG ZGB)*: kulturunfähiges Land, das nicht im Privateigentum steht
- *Öffentliche Sachen (Art. 78 Abs. 1 EG ZGB)*: Öffentliche Sachen im engsten Sinn (Sachen im Gemeingebrauch)
- *Öffentliche Grundstücke (Art. 126 EG ZGB)*: Grundstücke im Verwaltungsvermögen, öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB und öffentliche Gewässer im Sinn von Art. 664 Abs. 2 ZGB, sofern nicht im Privateigentum stehend

3. Schematisch lässt sich das Gesagte wie folgt darstellen:





3. Rechtsstellung des Staates mit Bezug auf die öffentlichen Sachen im engeren Sinn im Kanton Bern

A. Grundlagen

1. Die Grundstücke im Verwaltungsvermögen und die Sachen im Gemeingebrauch stehen unter der Hoheit des Kantons, in dessen Gebiet sie sich befinden.¹¹⁷ Die Hoheit umfasst unter anderem das Recht, das Eigentumsrecht an diesen Sachen zu beanspruchen.¹¹⁸ Ob ein Kanton davon Gebrauch gemacht hat, ergibt sich in erster Linie aus dem Einführungsgesetz zum ZGB sowie aus der Verwaltungsgesetzgebung; im Sinn einer sekundären Rechtserkenntnisquelle kann ausserdem das frühere kantonale Zivilgesetz «als Ausdruck der ortsüblichen und hergebrachten Auffassung» herangezogen werden.¹¹⁹ Darüber hinaus spielt die Verwaltungs- und Gerichtspraxis eine Rolle.¹²⁰

2. Den Kantonen steht es gestützt auf ihre Hoheit frei, darüber zu entscheiden, ob die öffentlichen Sachen im engeren Sinn einer besonderen öffentlich-rechtlichen Eigentumsordnung («öffentliches Eigentum»¹²¹; sog. monistische Theorie) oder aber der Privatrechtsordnung unterstehen, die immer dann vom öffentlichen Recht überlagert wird, wenn es auf Grund des öffentlichen Interesses erforderlich ist («modifiziertes Privateigentum»; sog. dualistische Theorie).¹²² Es hat jedoch kein Kanton ein umfassendes öffentliches Sachenrecht erlassen. Vor allem in den deutschsprachigen Kantonen geht das kantonale öffentliche Recht von privatrechtlichem Eigentum des Staates oder Dritter aus, sofern es die öffentlichen Sachen im engeren Sinn nicht als eigentumsunfähig bezeichnet.¹²³

Sofern ein Kanton der dualistischen Theorie folgt, bleibt zu beachten, dass die Grundstücke je weiter den privatrechtlichen Normen unterstellt sind, desto mehr die Position des Gemeinwesens derjenigen eines privaten Eigentümers entspricht. Mit anderen Worten unterliegen die Grundstücke im Finanzvermögen in jeder Hinsicht und diejenigen des Verwaltungsvermögen in erhöhtem Mass dem Privatrecht, während die privatrechtlichen Normen bei den herrenlosen Sachen nur sehr beschränkt Anwendung finden.¹²⁴

¹¹⁷ Vgl. etwa RENTSCH, S. 350.

¹¹⁸ Oben 2./A./g. – Zu den Gründen, warum dem Gemeinwesen früher verschiedentlich kein Eigentum an den öffentlichen Gewässern zuerkannt wurde, vgl. LIVER, ZSR, S. 326 ff.

¹¹⁹ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 51 zu Art. 664 ZGB.

¹²⁰ DAETWYLER, S. 81, mit Bezug auf die Frage, ob der Staat Eigentum an den öffentlichen Gewässern beansprucht.

¹²¹ Es bleibt zu beachten, dass der Begriff des öffentlichen Eigentums bisweilen auch lediglich wiedergibt, dass das öffentliche Grundstück im (privatrechtlichen) Eigentum des Staates steht; vgl. etwa BGE 97 II 371 ff. (380), E. 3d.

¹²² MOSER, S. 23 und 25 mit zahlreichen Hinweisen; BGE 97 II 371 ff. (378 f.), E. 4. Ausführlich zur monistischen und zur dualistischen Theorie etwa PIOTET, Nr. 609 ff.; DUBEY, Nr. 436 ff.

¹²³ MEIER-HAYOZ, BeKomm, Syst. Teil, N 363, und N 58 zu Art. 664 ZGB; MOSER, S. 25 f.; LIVER, ZSR, S. 332; BGE 97 II 371 ff. (379), E. 3d. Vgl. auch BGE 112 II 107 ff. (109), E. 1; 123 III 454 ff. (456), E. 2 = JdT 1999 I 53 ff. (55).

¹²⁴ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 84 zu Art. 664 ZGB.

3. Hinsichtlich der Frage, ob eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich ist, damit Eigentum des Gemeinwesens angenommen werden kann, gilt Folgendes:

- Grundstücke im Verwaltungsvermögen müssen nicht notwendigerweise im Eigentum des Staates stehen. Die Verfügungsbefugnis des Gemeinwesens kann auch auf einem beschränkten dinglichen oder einem obligatorischen Recht bzw. einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsbefugnis beruhen.¹²⁵ In aller Regel ist der Staat jedoch Eigentümer der in seinem Verwaltungsvermögen stehenden Grundstücke.¹²⁶ Erwirbt er eine Liegenschaft im Hinblick auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, beruht seine Eigentümerstellung auf (privatrechtlichem) Rechtsgeschäft oder auf Enteignung gemäss seiner Enteignungsgesetzgebung. Eine allgemeine Gesetzesnorm, die den Staat zum Eigentümer seines Verwaltungsvermögens erklärt, ist demnach entbehrlich.¹²⁷
- Bei den öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB ist nach der (zumindest in den deutschsprachigen Kantonen) herrschenden Auffassung eine positive gesetzliche Grundlage nicht erforderlich, um Eigentum des Gemeinwesens bejahen zu können.¹²⁸ Zu beachten bleibt, dass auch öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB im Eigentum eines Privaten stehen können.¹²⁹
- Für die herrenlosen Sachen verlangt ein Teil der Lehre eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.¹³⁰ Begründet wird dies in erster Linie mit der in Art. 664 Abs. 2 ZGB enthaltenen Vermutung zuungunsten des Bestehens von Privateigentum.¹³¹

¹²⁵ MOSER, S. 30 mit Hinweisen.

¹²⁶ Vgl. etwa SIMONIUS/SUTTER, § 4, N 27; PIOTET, SPR, Nr. 608.

¹²⁷ Vgl. aber etwa Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Februar 1972 über die öffentlichen Sachen des Kantons Freiburg (SGF 750.1): «Der Staat ist Eigentümer der kantonalen öffentlichen Sachen, nämlich: 1. der der öffentlichen Verwaltung gewidmeten Grundstücke».

¹²⁸ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 54 zu Art. 664 ZGB. Vgl. aber etwa Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Februar 1972 über die öffentlichen Sachen des Kantons Freiburg (SGF 750.1): «Der Staat ist Eigentümer der kantonalen öffentlichen Sachen, nämlich: ... 3. der Sachen, die tatsächlich oder durch rechtliche Verfügung dem Gemeingebrauch zugewiesen und zu diesem Zwecke hergerichtet sind, wie Strassen, Plätze, Brücken, Häfen, ganz allgemein der öffentlichen Verkehrswege und der dazugehörigen Bauten».

¹²⁹ Bsp.: Privatstrasse im Gemeingebrauch.

¹³⁰ MEIER-HAYOZ, Bekomm, N 55 zu Art. 664 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 1534a; DAETWYLER, S. 80. Die Eigentümerstellung des Staates an herrenlosen Sachen hingegen ohne weiteres bejahend SIMONIUS/SUTTER, § 4, N 27; WIELAND, ZüKomm, N 4 zu Art. 664 ZGB; vgl. ausserdem RENTSCH, S. 339, mit Bezug auf die deutschsprachigen Kantone. PFAMMATTER, S. 56, geht auch dann vom Eigentum des Gemeinwesens aus, wenn das kantonale Recht ein blosses Hoheitsrecht statuiert. – Vgl. als Beispiel etwa Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Februar 1972 über die öffentlichen Sachen des Kantons Freiburg (SGF 750.1): «Der Staat ist Eigentümer der kantonalen öffentlichen Sachen, nämlich: ... 2. der Sachen, die naturgemäss dem öffentlichen Gebrauch dienen, namentlich der öffentlichen Gewässer».

¹³¹ MEIER-HAYOZ, Bekomm, N 55 zu Art. 664 ZGB, sieht darüber hinaus kaum ein Bedürfnis, die herrenlosen Sachen dem Sachenrecht zu unterwerfen.

B. Staat als Eigentümer der öffentlichen Sachen im engeren Sinn

1. Der Kanton Bern hat kein öffentlich-rechtliches Sachenrecht erlassen. Er steht damit auf dem Boden der dualistischen Theorie («modifiziertes Privateigentum»).¹³²

2. Hinsichtlich der in seinem Verwaltungsvermögen stehenden Grundstücke kennt der Kanton keine Gesetzesbestimmung, die ihn explizit zum Eigentümer erklärt. Dass derartige Liegenschaften regelmässig im Eigentum des Staates stehen, ergibt sich aber zumindest indirekt aus der Verwaltungsgesetzgebung.¹³³

3. Mit Bezug auf die Strassen im Sinn von Art. 4 Abs. 1 SG (= öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB) besteht eine gesetzliche Grundlage im Strassengesetz: Nach Art. 11 Abs. 2 SG stehen Kantonsstrassen im Eigentum des Kantons und Gemeindestrassen im Eigentum der Gemeinden. Bei den Beratungen zu Art. 126 EG ZGB (damals noch Art. 103^{bis}) sprach der Berichterstatter der Kommission im Parlament namentlich mit Bezug auf öffentliche Strassen oder Plätze im Übrigen ausdrücklich von öffentlichem *Eigentum*.¹³⁴

4. Bezüglich der herrenlosen Sachen fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Dennoch geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Kanton nicht nur die Hoheit innehat, sondern Eigentümer dieser Sachen ist.¹³⁵ Das wird in erster Linie aus dem früheren kantonalen Zivilgesetzbuch abgeleitet, welches Folgendes festhielt:¹³⁶

¹³² Oben A. – Im Rahmen einer von der Justizdirektion 1972 in Angriff genommenen Revision des EG ZGB wurde von Seiten des Grundbuchinspektors angeregt, ein kantonales öffentliches Sachenrecht zu schaffen; vgl. Zusammenstellung der Aenderungs- und Ergänzungswünsche betreffend EG zum ZGB auf Grund des Vernehmlassungsverfahrens der Justizdirektion sowie der parlamentarischen Vorstösse vom Juli 1973, S. 26 (Staatsarchivakten BB 8 2.742). Dieser Vorschlag wurde jedoch nicht weiterverfolgt.

¹³³ Vgl. namentlich Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0): «Die Aktiven setzen sich zusammen aus dem Verwaltungsvermögen, dem Finanzvermögen, den Vorschüssen für Spezialfinanzierungen sowie dem allfälligen Bilanzfehlbetrag.»; Art. 54 Abs. 2 der Verordnung vom 3. Dezember 2003 über die Steuerung von Leistungen und Finanzen (FLV; BSG 621.1): «Im Verwaltungsvermögen werden alle Liegenschaften höchstens zum Anschaffungswert bewertet».

¹³⁴ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1910, S. 378.

¹³⁵ LIVER, ZBJV, S. 261 unten; DERSELBE, ZSR, S. 329 ff.; DANNEGGER, S. 183 (herrenloses Land als «Staatsboden»); GENNA, S. 74 (mit Bezug auf kulturunfähiges Land) und S. 80 (mit Bezug auf die öffentlichen Gewässer); GÖSCHKE, S. 244 (mit Bezug auf öffentliche Gewässer). Vgl. auch SCHMID-TSCHIRREN, S. 392 im Allgemeinen und S. 405 mit Bezug auf das Sustenhorn und die Fünffingerstöcke. Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVR 1997, S. 228 ff. (231), E. 5c (Verwaltungsgericht Bern), wonach Art. 77 Abs. 2 EG ZGB «die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Grundeigentum im Bereich von Seen, Flüssen und Bächen» bezweckt; ZBJV 60/1924, S. 545 ff. (550), E. 2, und (556 f.), E. 5 (Bernischer Appellationshof; Fall Oeschinensee). Ausserdem BGE 81 II 267 ff. (276), E. 8; das Bundesgericht konnte allerdings die Auslegung des kantonalen Rechts der Vorinstanz (Kantonsgericht Wallis), wonach der Kanton Bern Eigentümer des in seinem Gebiet gelegenen herrenlosen Landes sei, im Rahmen der Berufung nicht überprüfen. In BGer 5P.457/1992, E. 2, ging das Bundesgericht in der Streitigkeit zwischen dem Kanton Bern und der KWO (Kraftwerke Oberhasli AG) mit Bezug auf im Grimselgebiet gelegenes kulturunfähiges Land davon aus, dass der Kanton Bern durch das der KWO das Eigentum an diesem Land zusprechende Urteil der Vorinstanz «wie ein Privater in seinen Eigentumsrechten betroffen» ist.

¹³⁶ Zitiert nach KÖNIG, S. 8.

Satzung 334

Die innerhalb des Staatsgebiets befindlichen Sachen gehören entweder dem Staate oder physischen oder moralischen Privatpersonen an.

Satzung 335

Die dem Staate angehörenden Sachen nennt man freistehende, wenn ihre Zueignung, und öffentliche, wenn ihr Gebrauch jedermann erlaubt ist. Das Staatsvermögen besteht aus den Sachen, die zu der Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, oder zu dem ausschliesslichen Gebrauche der Regierung bestimmt ist.

Das Gesetz ging damit davon aus, dass einerseits sämtliche (unbeweglichen) Sachen einen Eigentümer haben¹³⁷ und andererseits die öffentlichen Sachen im engeren Sinn im Eigentum des Staates stehen.¹³⁸ LIVER weist darauf hin, dass sich aus der Verwendung des Begriffs der herrenlosen Sache in Art. 77 und 78 EG ZGB nicht auf eine Abkehr von diesen Grundsätzen schliessen lässt. Vielmehr habe sich der kantonale Gesetzgeber lediglich an die Ausdrucksweise des ZGB anpassen wollen.¹³⁹ Tatsächlich ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Art. 77 und 78 EG ZGB keinerlei Hinweise darauf, dass die herrenlosen Sachen ab 1912 nur noch unter der Hoheit und nicht mehr im Eigentum des Staates stehen sollten.

4. Bedeutung der Aufnahme der öffentlichen Sachen im engeren Sinn in das Grundbuch gemäss Art. 944 Abs. 1 ZGB

1. Welche Bedeutung die Unterstellung der öffentlichen Sachen unter den Buchungszwang hat, hängt zunächst einmal davon ab, ob der entsprechende Kanton der monistischen oder der dualistischen Theorie folgt. Es wäre verfehlt, im Sinn einer allgemeinen Regel davon auszugehen, dass ein Kanton, der den Buchungszwang vorsieht, die entsprechenden Grundstücke damit dem privaten Sachenrecht unterstellt hat;¹⁴⁰ vielmehr ist ohne weiteres denkbar, dass die Aufnahme lediglich der Feststellung des Grundeigentums der öffentlichen Hand dient.¹⁴¹

¹³⁷ Vgl. dazu auch KÖNIG, S. 8.

¹³⁸ HUBER, S. 12; PIOTET, SPR, Nr. 611. So ausdrücklich auch BGE 29 II 773 ff. (785 f.), E. 4. Vgl. immerhin die Ausführungen von KÖNIG, S. 9 ff., mit Bezug auf die öffentlichen Gewässer.

¹³⁹ LIVER, ZBJV, S. 261.

¹⁴⁰ So aber AMBERG, S. 443 f.

¹⁴¹ MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 51 zu Art. 664 ZGB; HAAB, ZüKomm, N 14 zu Art. 664 ZGB. FRIEDRICH, S. 205, sieht in der Wiedergabe des Grundeigentums der öffentlichen Hand einen wesentlichen Grund für die Aufnahme der öffentlichen Sachen im engeren Sinn in das Grundbuch. Als weiteren Vorteil erwähnt er, dass bei einer Änderung der Zweckbestimmung der Liegenschaft (z.B. Widmung zum Gemeingebrauch) kein Ausschluss aus dem Grundbuch zu erfolgen hat (vgl. Art. 944 Abs. 2 ZGB). GONVERS-SALLAZ, S. 271, verneint hingegen ein Interesse an der systematischen Aufnahme der herrenlosen und der öffentlichen Sachen in das Grundbuch.

Der Kanton Bern folgt, wie oben¹⁴² dargelegt, der dualistischen Theorie; insofern sind auch die öffentlichen Sachen im engeren Sinn grundsätzlich dem ZGB unterstellt.

2. Die Aufnahme der von Art. 944 Abs. 1 ZGB erfassten Grundstücke ändert nichts an deren Zugehörigkeit zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn.¹⁴³ Sie bleiben dem Privatrechtsverkehr weitestgehend entzogen¹⁴⁴ und können namentlich nicht verpfändet werden.¹⁴⁵

3. Im Fall eines Buchungszwangs ist die Aufnahme in das Grundbuch bei herrenlosen Sachen nicht Voraussetzung dafür, dass der Staat deren Eigentümer wird;¹⁴⁶ der Eigentumserwerb beruht vielmehr auf Gesetz.¹⁴⁷ Bei Grundstücken, die dem Staat zu Verwaltungszwecken dienen sollen, ist zu unterscheiden, ob der Erwerb durch Rechtsgeschäft (absolutes Eintragungsprinzip; Art. 656 Abs. 1 ZGB) oder durch Enteignung erfolgt (relatives Eintragungsprinzip; Art. 656 Abs. 2 ZGB).

4. Der Eintrag erhält Grundbuchwirkung; umstritten ist immerhin, was von dieser Grundbuchwirkung umfasst wird. Während sich diese nach der einen Meinung nur auf die das Grundstück belastenden beschränkten dinglichen Rechte beziehen,¹⁴⁸ bejahen andere Autoren den öffentlichen Glauben auch hinsichtlich des Eigentums.¹⁴⁹ Mit der Eintragung des Grundstücks nehmen insbesondere die in den Plänen enthaltenen Grenzen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.¹⁵⁰ Das gilt immerhin nicht mit Bezug auf die Abgrenzung zwischen Privateigentum und öffentlichem Gewässer. Diese bestimmt sich nach kantonalem Recht,¹⁵¹ und die Grenze kann sich im Einzelfall etwa in Folge eines Naturereignisses verschieben.¹⁵²

¹⁴² 3./B.

¹⁴³ PIOTET, SPR, Nr. 729 f.; DERSELBE, Nr. 308; TSCHÜMPERLIN, S. 95; SJZ 33/1936-37, S. 109 f. (110; Justizdepartement des Kantons St. Gallen). Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 51 zu Art. 664 ZGB. So auch ausdrücklich Art. 184 Abs. 3 des Einführungsgesetzes vom 24. März 1998 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Wallis (GS 211.1) «Der Eintrag des öffentlichen Eigentums im Grundbuch ändert nichts an seiner rechtlichen Natur».

¹⁴⁴ LIVER, ZüKomm, N 124 zu Art. 731 ZGB; KLEY-STRULLER, S. 236.

¹⁴⁵ STEINAUER, Band III, Nr. 2653b.

¹⁴⁶ WIELAND, ZüKomm, N 2 zu Art. 944 ZGB. Vgl. auch PFAMMATTER, S. 66.

¹⁴⁷ Vgl. auch die Weisung der Justizdirektion des Kantons Bern an die Grundbuchverwalter betreffend Aufnahme der öffentlichen Gewässer ins Grundbuch vom 20. Dezember 1957, publiziert in: ZBGR 39/1958, S. 123, wonach bei der Aufnahme der öffentlichen Gewässer in das Grundbuch als Erwerbstitel «Gesetz» anzugeben ist.

¹⁴⁸ PIOTET, SPR, Nr. 730. Vgl. auch HOMBERGER, ZüKomm, N 9 und 14 zu Art. 944 ZGB. Der Autor geht allerdings in N 9 zu Art. 944 ZGB davon aus, dass ein Grundstück, das gemäss kantonalem Recht im privatrechtlichen Eigentum des Staates steht, notwendigerweise zum Finanzvermögen gehört; diese Auffassung bezeichnet MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 232 zu Art. 664 ZGB zu Recht als unhaltbar.

¹⁴⁹ OSTERTAG, BeKomm, N 1 zu Art. 944 ZGB; WIELAND, ZüKomm, N 2 zu Art. 944 ZGB.

¹⁵⁰ Vgl. etwa BGE 119 II 216 ff. (218), E. 3.

¹⁵¹ Oben § 1/2./A./e./cc.

¹⁵² Vgl. Art. 78 Abs. 3 EG ZGB: «Ufergebiete, die durch das Hochwasser regelmässig überflutet werden, gehören zum Fluss- oder Seebett». Vgl. ausserdem die Regeln für die Grenzfestlegung an öffentlichen Gewässern, Anhang 1 des Regierungsratsbeschlusses Nr. 4.035 vom 20. September 1989, S. 3, Beispiel 6, wonach die Eigentumsgränze bei unverbauten Gewässern periodisch den tatsächlichen Verhältnissen angepasst werden muss.

Eine solche im Grundbuchplan enthaltene Grenze kann deshalb nicht als richtig vermutet werden, sie stellt lediglich ein Indiz dar.¹⁵³

Erwächst einer Person durch einen fehlerhaften Eintrag ein Schaden, haftet der Staat nach Massgabe von Art. 955 ZGB;¹⁵⁴ die der Anlegung des Grundbuchs vorausgehende Durchführung der Vermessung wird von dieser Haftung nicht umfasst, da die Grundeigentümer namentlich bei der Feststellung der Grenzen mitwirken und allenfalls Einsprache erheben können.¹⁵⁵

5. Ist ein Grundstück in das Grundbuch aufgenommen und wird zu dessen Lasten zu Unrecht eine Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen, stellt sich die Frage, ob die Dienstbarkeit unter den Voraussetzungen von Art. 731 Abs. 3 i.V.m. Art. 661 ZGB ersessen werden kann. Während das Bundesgericht dies sowohl für herrenlose als auch für öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB ausschliesst,¹⁵⁶ will ein Teil der Lehre die Ersitzung bei öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB zulassen, soweit nicht öffentlich-rechtliche Normen eine derartige Belastung ausschliessen und sie nicht der Zweckbestimmung des Grundstücks widerspricht.¹⁵⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht muss die Zulässigkeit unter diesen Voraussetzungen nicht nur für die öffentlichen, sondern auch für die herrenlosen Sachen bejaht werden.¹⁵⁸

Die Frage nach der Zulässigkeit der Tabularersitzung einer Dienstbarkeit stellt sich immerhin nicht spezifisch für den Fall, dass das Grundstück *gestützt auf kantonales Recht* in das Grundbuch aufgenommen wird, da bereits Art. 944 Abs. 1 ZGB (und damit das Bundesrecht) die Aufnahme vorschreibt, wenn – wie hier – ein dingliches Recht zur Eintragung gebracht werden soll.

¹⁵³ PIOTET, Nr. 310 f.

¹⁵⁴ OSTERTAG, BeKomm, N 1 zu Art. 944 ZGB und N 6 zu Art. 955 ZGB.

¹⁵⁵ BGE 57 II 567 ff. (569 f.), E. 1; SCHMID, BaKomm, N 11 zu Art. 955 ZGB. In der Lehre gibt es immerhin Stimmen, wonach die *Nachführung* der Grundbuchpläne Art. 955 ZGB zu unterstellen sei; vgl. die Hinweise bei SCHMID, a.a.O.; Frage offengelassen in BGE 119 II 216 ff. (218), E. 3.

¹⁵⁶ BGE 52 II 117 ff. (120 f.), E. 2. Ebenso etwa MEIER-HAYOZ, N 145 zu Art. 664 ZGB.

¹⁵⁷ Vgl. dazu insbesondere REY, BeKomm, N 180 zu Art. 731 ZGB. – Das bernische Recht lässt die Begründung privater dinglicher Rechte an öffentlichen Sachen zu; vgl. dazu unten § 2/2. a.E.

¹⁵⁸ Vgl. auch LIVER, ZüKomm, N 112 der Einleitung und N 121 ff. zu Art. 731 ZGB; PIOTET, SPR, Nr. 614. – Ist es zum Beispiel zulässig, auf herrenlosem Land ein Baurecht für die Erstellung einer SAC-Hütte zu errichten, muss eine Ersitzung der Dienstbarkeit möglich sein, wenn die entsprechende Eintragung zu Unrecht erfolgt ist.

§ 2 Behandlung der einzelnen Fragen

1. Rechtsgrundlagen für die Aufnahme der öffentlichen Sachen im engeren Sinn in das Grundbuch

Sind die bestehenden Rechtsgrundlagen im Kanton Bern ausreichend, um alles herrenlose Land und alle öffentlichen Sachen in das Grundbuch aufzunehmen? Wenn nicht, welche Anpassungen sind notwendig?

1. Während nach dem oben¹⁵⁹ Gesagten die Grundstücke im Verwaltungsvermögen, die öffentlichen Gewässer und die öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB unter Art. 126 EG ZGB fallen, genügen die bestehenden Rechtsgrundlagen nicht, um auch das herrenlose Land systematisch in das Grundbuch aufzunehmen. Art. 126 EG ZGB müsste insofern revidiert werden. Es bietet sich an, hierfür auf den Vorschlag zurückzugreifen, den Prof. LIVER¹⁶⁰ im Rahmen der in den 1970er-Jahren beabsichtigten (aber offenbar zumindest mit Bezug auf das Sachenrecht nicht durchgeführten) Revision des EG ZGB gemacht hat:¹⁶¹

Auch die nicht zum Finanzvermögen gehörenden Grundstücke des Staates und der Gemeinden sind in das Grundbuch aufzunehmen.

2. Gleichzeitig müsste Art. 77 Abs. 1 EG ZGB über die Aneignung des herrenlosen Landes abgeändert und der zweite Teil des Satzes [«und ist in diesem Falle in das Grundbuch aufzunehmen»] gestrichen werden.

2. Aufnahme der Seeflächen in das Grundbuch

Wie ist die Aufnahme der Seeflächen, die jeweilige Zuständigkeit von Behörden (z.B. Grundbuchamt, Geometer etc.) sinnvoll zu regeln? Müssen allenfalls Gemeindegrenzen als Hoheitsgrenzen klar festgelegt werden, um Zuständigkeiten zu definieren?

1. Die Seen können grundsätzlich nur dann in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn die vermessenen Flächen einer Gemeinde (oder mehreren Gemeinden) zugeordnet sind.¹⁶² Mit Bezug auf die im Folgenden zu behandelnden drei grossen

¹⁵⁹ § 1/B./b./cc.

¹⁶⁰ Das entsprechende Dokument in den Staatsarchivakten BB 8 2.742 («Gesetz zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches») ist nicht mit dem Namen von Prof. LIVER überschrieben. Insbesondere der Verweis auf S. 62 («Vgl. zu diesen Rechtsverhältnissen *meine* Geschichte des Wasserrechts» [Hervorhebung hinzugefügt]) auf den Aufsatz von LIVER in der ZSR NF 71 I (1952), S. 325 ff. spricht jedoch für seine Urhebererschaft.

¹⁶¹ Staatsarchivakten BB 8 2. 742, S. 95.

¹⁶² Vgl. Art. 18 Abs. 1 und 2 lit. a GBV: «¹Jedes in das Grundbuch aufgenommene Grundstück wird so bezeichnet, dass es landesweit eindeutig identifizierbar ist. ²Die Bezeichnung beinhaltet:

Seen (Bieler-, Briener- und Thunersee) des Kantons besteht allerdings die Schwierigkeit, dass die Gemeindegrenzen zum See hin nie offiziell festgelegt wurden. Das hat seinen Niederschlag gefunden im Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG).¹⁶³ Anhang 1 und Anhang 2 dieses Gesetzes umschreiben die jeweiligen Amtsbezirke (Art. 38 OrG) bzw. Verwaltungsregionen und Verwaltungskreise (Art. 39a OrG), in dem sie ihnen die einzelnen Gemeinden zuordnen. Da bei den drei genannten Seen der Verlauf der Gemeindegrenzen unklar ist und die Seefläche damit zu keiner Gemeinde gehört, enthalten die Anhänge dazu Folgendes:

Anhang 1 (Amtsbezirke):¹⁶⁴

- bezüglich *Brienersee* (zu 11. Deutschsprachiger Amtsbezirk Interlaken mit Hauptort Interlaken): zu den unter Ziff. 1 bis 23 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Brienersees zwischen den Grenzen der anliegenden Gemeinden»;
- bezüglich *Bielersee* (zu 16. Deutschsprachiger Amtsbezirk Nidau mit Hauptort Nidau): zu den unter Ziff. 1 bis 25 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Bielersees zwischen der Kantonsgrenze Bern-Neuenburg und der Amtsgrenze Biel-Nidau»;
- bezüglich *Thunersee* (zu 24. Deutschsprachiger Amtsbezirk Thun mit Hauptort Thun): zu den unter Ziff. 1 bis 27 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Thunersees zwischen den Grenzen der anliegenden Gemeinden».

Anhang 2 (Verwaltungsregionen und -kreise):

- bezüglich *Bielersee* (zu 2. Zweisprachige Verwaltungsregion Seeland, a. Verwaltungskreis Biel/Bienne): zu den unter Ziff. 1 bis 20 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Bielersees bis zur Kantonsgrenze Bern-Neuenburg»;
- bezüglich *Thunersee* (zu 5. Deutschsprachige Verwaltungsregion Oberland, a. Verwaltungskreis Thun): zu den unter Ziff. 1 bis 36 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Thunersees zwischen den Grenzen der anliegenden Gemeinden»;
- bezüglich *Brienersee* (zu 5. Deutschsprachige Verwaltungsregion Oberland, d. Verwaltungskreis Interlaken-Oberhasli): zu den unter Ziff. 1 bis 29 aufgeführten Gemeinden «kommt das Gebiet des Brienersees zwischen den Grenzen der anliegenden Gemeinden».

Auf diese Weise wird klar geregelt, welche Verwaltungsregion bzw. welcher Verwaltungskreis zuständig ist, wenn eine Behörde mit Bezug auf einen dieser Seen tätig werden muss.

a. die Gemeinde und eine Grundstücksnummer; ist die Gemeinde grundbuchmässig in mehrere Einheiten aufgeteilt, so werden auch diese angegeben».

¹⁶³ BSG 152.01.

¹⁶⁴ Für die folgenden Ausführungen spielen die Amtsbezirke keine Rolle.

2. Bei den drei Seen sind die Grenzen zu den Privatanstössern ganz überwiegend rechtskräftig festgestellt. Die Gemeindegrenzen wurden bei der amtlichen Vermessung jeweils 50 bis 100 m über die Liegenschaftsgrenzen in den See hinein verschoben, um z.B. Bojen erfassen und gleichzeitig dem Organisationsgesetz gerecht werden zu können. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass das Organisationsgesetz in seinen beiden Anhängen die Seen grundsätzlich als gemeindefreies Gebiet ansieht. Die Gemeinden haben diesen Grenzen grundsätzlich zugestimmt, allerdings ohne dass das in Art. 13 AVG vorgesehene Verfahren eingehalten wurde.¹⁶⁵

3. Zunächst ist zu prüfen, ob sich aus dem Organisationsgesetz tatsächlich ableiten lässt, dass der Gesetzgeber die Seen zu gemeindefreiem Gebiet erklären wollte. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies zu verneinen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die in den beiden Anhängen vorgenommene Einteilung lediglich *die Folge der fehlenden Feststellung der Gemeindegrenzen zum See hin* ist. Um ein Zuständigkeitsvakuum zu vermeiden, musste der Gesetzgeber die Seeflächen in die Amtsbezirke, Verwaltungsregionen und Verwaltungskreise miteinbeziehen, was er mangels einer Zugehörigkeit zu einer Gemeinde über die oben zitierten Umschreibungen getan hat. Für diese Ansicht spricht auch, dass sich der Vortrag zum Organisationsgesetz¹⁶⁶ mit keinem Wort zu dieser Einteilung äussert und die Frage auch im Parlament nicht diskutiert wurde¹⁶⁷. Hätte der Gesetzgeber die Seen mit diesem Gesetz tatsächlich zu gemeindefreiem Gebiet erklären wollen, hätte er dazu ausdrücklich Stellung genommen, da es sich um eine Anomalie handelt. Schliesslich bleibt zu beachten, dass sich das Organisationsgesetz nicht mit der Festlegung von Gemeindegebiet, sondern mit der Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung befasst.

4. Da das Organisationsgesetz nach dem Gesagten die Zuteilung der Seen zu einer oder mehreren Gemeinden nicht ausschliesst, ist als nächstes zu untersuchen, ob es andere Gründe gibt, die einer solchen Zuteilung entgegenstehen. Vermessungstechnisch würde es sich anbieten, den jeweiligen See in der Mitte zu teilen und die Grenzen der anliegenden Gemeinden bis in die Mitte zu ziehen. Der Kanton Freiburg hat dies etwa mit dem in seinem Gebiet liegenden Teil des Murtensees gemacht, wie folgender Auszug aus dem Geoportal¹⁶⁸ zeigt:

¹⁶⁵ Auskunft des Amtes für Geoinformation vom 2. Mai 2014.

¹⁶⁶ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1995, Beilagen, Bd. 1, Beilage Nr. 29.

¹⁶⁷ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1995, 1. Lesung zum OrG vom 22./23.03.1995, S. 360 ff., 2. Lesung zum OrG vom 20.05.1995, S. 657 ff.

¹⁶⁸ Vgl. <http://www.geo.fr.ch> (Auszug vom 23. Mai 2014).



Gemeindegrenzen Murtensee

Die Frage, ob die Gemeindegrenzen bis in die Mitte des Sees gezogen werden sollen, hat sich der Kanton zumindest für den Thuner- und den Bielersee schon Anfang des letzten Jahrhunderts gestellt. Den Anlass dafür gab ein Schreiben des Eidgenössischen Topografischen Büros vom 14. Januar 1898, in dem das Büro im Rahmen der Ausarbeitung einer Karte der Schweiz mit Angabe sämtlicher Bezirksgrenzen beklagte, dass am Bieler- und Thunersee die Bezirksgrenzen zwar bis zum Seeufer bekannt seien, ihr weiterer Verlauf aber unklar sei. Das Vermessungsamt des Kantons Bern machte daraufhin die Justiz- und die Gemeindedirektion in einem Schreiben vom 31. März 1898 darauf aufmerksam, dass nach dem Dekret vom 10. Juni 1803 betreffend die Einteilung des Kantons in Ämter der Bielersee bis nach Erlach unter der Jurisdiktion des Regierungstatthalters von Nidau und der ganze Thunersee unter derjenigen des Regierungstatthalters von Thun stehe. Es warf die bereits 1892 gestellte Frage auf, ob es zweckmässig sei, Teile des Bielersees und damit die Jurisdiktion darüber den Ämtern Nidau, Neuenstadt und Erlach und Teile des Thunersees dem Amt Interlaken zuzuweisen; im Fall einer solchen Verlegung der Amtsgrenzen müsse ausserdem geprüft werden, ob eine *Bestimmung der Gemeindegrenzen in den beiden Seen* vorzunehmen sei. Die Direktion der öffentlichen Bauten unterbreitete daraufhin dem Regierungsrat Bern zu Händen des Grossen Rates einen Dekretsentwurf, der in Art. 1 vorsah, dass das Areal des Bieler- und des Thunersees «nach den von der Baudirektion vorgelegten Plänen und Grenzbaren den an die beiden Seen anstossenden Aemtern und Gemeinden zugeteilt» wird. Art. 2 führte aus, dass die Eigentumsverhältnisse an den Seen dadurch nicht verändert würden, die Jurisdiktionsgrenzen aber nunmehr mit den neuen Amtsgrenzen zusammenfielen. Die Planbeilagen sahen vor, den Thuner- und den Bielersee in der Mitte zu teilen und die Grenzen der anliegenden Gemeinden bis in die Mitte zu ziehen. Das Projekt wurde offenbar nicht weiter verfolgt. 1923 wurde es mit Bezug auf die Bereinigung der Amtsgrenzen im Bieler- und Thunersee wieder aufgenommen. Auslöser war ein Schreiben des Eidgenössischen statistischen Bureaus vom 10. Februar 1923, wonach beide Seen für die neu zu erstellende Statistik auf die anstossenden Ämter zu verteilen seien. Der Kantonsgeometer wandte sich daraufhin

am 25. Juli 1923 an die kantonale Baudirektion. Er sprach sich dafür aus, die bereits 1898 geplante Aufteilung der Seen auf die anstossenden Ämter nun vorzunehmen. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass das Projekt von 1898 auch die Festlegung der Gemeindegrenzen in den beiden Seen vorgesehen habe, dies aber inzwischen fallengelassen worden sei, weil die *Festsetzung dieser Grenzen im See weder zweckmässig noch notwendig* sei. Der Justizdirektor lehnte in seiner Stellungnahme vom 27. August 1923 eine Änderung der Amtsgrenzen ab. Zur Begründung führte er insbesondere aus, es würden sich zahlreiche (allenfalls kostenintensive) Probleme stellen, wenn nicht mehr ein einziger Regierungsstatthalter, sondern potentiell vier verschiedene¹⁶⁹ zuständig wären (Unglücksfälle auf dem See, strafbare Handlungen etc.). Die Gemeindedirektion sprach sich am 24. September 1923 für eine Aufteilung der Amtsgrenzen aus und schlug darüber hinaus die Aufnahme einer Generalklausel vor, wonach im Zweifelsfall der Gerichtsstand in Thun bzw. in Biel liege. Die Finanzdirektion schliesslich wandte sich am 18. September 1923 gegen eine Aufteilung der Amtsgrenzen und warf die Frage auf, ob es nicht angebracht sei, die Jurisdiktion über den Bielersee vom Amt Nidau auf das Amt Biel zu übertragen.¹⁷⁰ Der Vorschlag einer Aufteilung der Amtsgrenzen konnte sich in der Folge offenbar nicht durchsetzen.

5. Die für die Aufnahme der Seen in das Grundbuch erwünschte Zuteilung zu einer Gemeinde kann öffentlich-rechtlich betrachtet zu verschiedenen Problemen führen. Da die Gutachterin keine Spezialistin des öffentlichen Rechts ist, kann sie hierzu nur einige Hinweise geben:

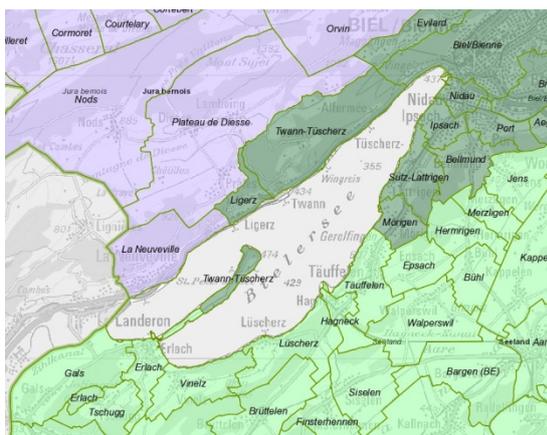
- Eine Zuteilung von Bieler- und Thunersee zu den angrenzenden Gemeinden nach dem oben umschriebenen Modell würde dazu führen, dass der See drei verschiedenen Verwaltungsregionen zugeordnet würde,¹⁷¹ wie die folgenden Graphiken aus der amtlichen Vermessung¹⁷² zeigen:

¹⁶⁹ Für den Thunersee Thun, Interlaken, Frutigen und Nieder-Simmenthal, für den Bielersee Nidau, Erlach, Neuenstadt und Biel.

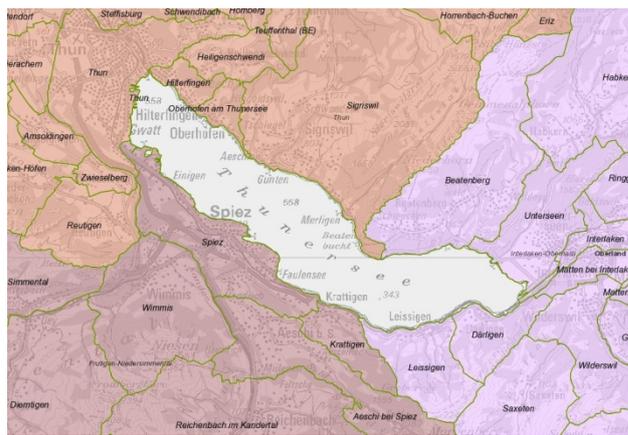
¹⁷⁰ Vgl. zum Ganzen Staatsarchivakten BB X 4680.

¹⁷¹ Mit Bezug auf den Brienersee stellt sich dieses Problem nicht, weil sämtliche ihn umgebenden Gemeinden zur Verwaltungsregion Oberland gehören.

¹⁷² Vgl. <http://www.be-geo.ch> (Auszüge vom 23. Mai 2014).



Verwaltungsregionen Bielensee



Verwaltungsregionen Thunersee

Die daraus möglicherweise resultierenden Kompetenzkonflikte waren bereits 1923 ein wesentlicher Grund, auf eine entsprechende Aufteilung zu verzichten. Es stellt sich die Frage, ob sich die Zuständigkeit der momentan zuständigen Verwaltungsregion bzw. des momentan zuständigen Verwaltungskreises dadurch aufrecht erhalten liesse, dass der gesamte See im Anhang 2 des Organisationsgesetzes unabhängig von der Zuteilung der Seefläche an verschiedene Gemeinden dieser Verwaltungsregion bzw. diesem Verwaltungskreis unterstellt würde.¹⁷³

- Eine Zuteilung der Seen zu den angrenzenden Gemeinden würde eine Anpassung des Organisationsgesetzes erfordern, da es dann keine gemeindefreie Seefläche mehr geben würde. Zumindest müssten Art. 38 Abs. 4 und Art. 39a Abs. 5 OrG insofern ergänzt werden, als dem Regierungsrat für diesen Fall die Kompetenz eingeräumt wird, den entsprechenden Anhang des Organisationsgesetzes anzupassen.
- Durch die Ausdehnung der Gemeinden in den See würde das jeweilige Gemeindegebiet verändert, was nach Art. 108 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993¹⁷⁴ der Genehmigung durch den Regierungsrat und gemäss Art. 4 des Gemeindegesetzes (GG) vom 16. März 1998¹⁷⁵ der Zustimmung der betroffenen Gemeinde bedürfte (Bestandesgarantie).¹⁷⁶

¹⁷³ Für den Bielensee also Verwaltungsregion Seeland, Verwaltungskreis Biel/Bienne, für den Thunersee Verwaltungsregion Oberland, Verwaltungskreis Thun.

¹⁷⁴ BSG 101.1.

¹⁷⁵ BSG 170.11.

¹⁷⁶ Vgl. zur Feststellung der Gemeindegrenzen auch Art. 13 AVG.

- Zu prüfen wäre weiter, ob die Vergrößerung des Gemeindegebiets Auswirkungen auf den Finanz- und Lastenausgleich zwischen den Gemeinden haben könnte.¹⁷⁷

6. Auf Grund der genannten Punkte besteht die Gefahr, dass sich für die Gesetzesänderungen, die erforderlich wären, um die Seefläche den angrenzenden Gemeinden zuzuordnen, keine Mehrheit finden lässt. Die Aufnahme der Seegrundstücke in das Grundbuch spielt in erster Linie im ufernahen Bereich eine Rolle, weil sich hier im Boden fest verankerte Bauten (Bootshäuser, Bojen etc.) befinden. Zu prüfen bleibt deshalb, ob es eine Alternative zum eben geschilderten Vorgehen wäre, entsprechend der gegenwärtigen Praxis des Vermessungsamtes, *aber unter Berücksichtigung des in Art. 13 AVG vorgesehenen Verfahrens* die Gemeindegrenzen 50 bis 100 m in den See hinaus zu ziehen, um die in Ufernähe stehenden Bauten erfassen zu können. Es bleibt jedoch fraglich, ob sich dadurch tatsächlich markant weniger Probleme ergeben würden als bei einer Zuweisung der gesamten Seeflächen an die Gemeinden. Zwar müssten in diesem Fall die Anhänge 1 und 2 des Organisationsgesetzes insofern nicht geändert werden, als es nach wie vor gemeindefreies Gebiet geben würde. Die Frage der Kompetenzverteilung stellt sich jedoch auch hier, da die Gemeindegrenzen 50 bis 100 m in den See reichen und in diesem Bereich eine andere Verwaltungsregion betroffen sein kann als für den gemeindefreien Rest des Sees. Abzuklären wäre ausserdem, ob auch in diesem Fall das Verfahren nach Art. 108 KV und Art. 4 GG (Änderung von Gemeindegebiet) eingehalten werden müsste.

7. Da die Ausdehnung der Gemeindegrenzen bis in die Mitte des Sees wie aufgezeigt nicht leicht zu realisieren wäre, auf die Festlegung der Gemeindegrenzen gegen den jeweiligen See hin aber für die Zukunft nicht verzichtet werden kann, ist ein alternativer Ansatz zu prüfen. Art. 18 Abs. 2 lit. b GBV verlangt wie bereits erwähnt, dass die Bezeichnung eines Grundstücks im Grundbuch die Gemeinde umfasst. Für die wenigen gemeindefreien Gebiete, die die Schweiz kennt,¹⁷⁸ bietet es sich an, von einer fiktiven Gemeinde auszugehen.¹⁷⁹ Das Bundesamt für Statistik (BFS) teilt den mehr als fünf Quadratkilometer grossen Seen der Schweiz eine Pseudo-Gemeindennummer mit der Begründung zu, die meisten dieser Seen würden von den Kantonen als öffentliche Gewässer behandelt, so dass die Gemeindegrenze mit der Uferlinie zusammenfalle.¹⁸⁰ Es sei erst spät erkannt worden, dass die amtli-

¹⁷⁷ Vgl. dazu insbesondere Art. 12 Abs. 2 lit. c des Gesetzes vom 27. November 2000 über den Finanz- und Lastenausgleich (FILAG; BSG 631.1) sowie Art. 11 f. der Verordnung vom 22. August 2001 über den Finanz- und Lastenausgleich (FILAV; BSG 631.111).

¹⁷⁸ Neben grösseren Seen wie z.B. den Zürich-, den Thuner- und den Bielersee gibt es etwa den Staatswald Galm (Kanton Freiburg).

¹⁷⁹ So bildet etwa der Staatswald Galm eine eigene geografische Gemeinde ohne Bewohner. Er gehört zu keiner der umliegenden Gemeinden, sondern ist direkt dem Staat Freiburg zugeteilt; www.fr.ch/sff/de/pub/ueber_uns/organigramm/forstkreise/forstkreisfuenf/informationenfuenf.htm (besucht am 15. Oktober 2014). Die entsprechenden Waldgrundstücke sind im kantonalen Kataster aufgenommen (Auskunft des Grundbuchamts des Seebezirks des Kantons Freiburg vom 26. Mai 2014).

¹⁸⁰ Bundesamt für Statistik, Generalisierte Gemeindegrenzen der Schweiz, S. 12.

che Vermessung nicht in allen Seen juristisch korrekte administrative Grenzen enthalte, sondern teilweise rechtlich bedeutungslose (sog. technische) Grenzen führe.¹⁸¹ Damit ein See eine Pseudo-Gemeindenummer erhält, kommt es einzig auf seine Grösse an. Ein solcher See kann damit gemeindefreies Gebiet darstellen, er muss es aber nicht. Die Aufnahme der kantonalen Seeanteile in das amtliche Gemeindeverzeichnis dient dazu, «die Gesamtfläche der Schweiz vollständig und lückenlos auszuweisen»¹⁸². Diese Seenummern (Pseudo-Gemeindenummern) lauten für die drei Seen folgendermassen:¹⁸³

- Bielersee (BE): BFS-Nr. 9149;
- Thunersee: BFS-Nr. 9073;
- Brienersee: BFS-Nr. 9089.

Die blossе Tatsache, dass es sich bei diesen Seen um gemeindefreies Gebiet handelt, darf eine Aufnahme der Seegrundstücke in das Grundbuch nicht unmöglich machen. Es ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber bei der Schaffung von Art. 18 GBV den (Ausnahme-)Fall des gemeindefreien Kantonsgebiets nicht vor Augen hatte. Da das vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Gemeindeverzeichnis die Grundlage der Grundbucheintragung darstellt,¹⁸⁴ spricht nichts dagegen, für die Seen die genannten Pseudo-Gemeindenummern zu verwenden. Werden die Gemeindegrenzen entlang der Uferlinie bzw. entlang der Grundstücksgrenzen, sofern diese in den See hineinragen, gezogen, kann der See unter der Pseudo-Gemeindenummer als eigenes Grundstück (und als einziges Grundstück dieser «Gemeinde») in das Grundbuch aufgenommen werden;¹⁸⁵ das zuständige Grundbuchamt bestimmt sich anhand des Organisationsgesetzes (Art. 39a Abs. 2 OrG i.V.m. Anhang 2 des OrG).¹⁸⁶

8. Auf den Seegrundstücken befinden sich teilweise Bauten, die fest im Boden verankert sind und von Privaten genutzt werden (z.B. Bootshäuser, Bojen). Das kantonale Recht bestimmt, ob und – wenn ja – wie Privatpersonen Sonderrechte an öffentlichen Sachen im engsten Sinn eingeräumt werden können. Der Kanton Bern sieht nicht nur die Möglichkeit vor, solche Rechte auf öffentlich-rechtlicher Basis zuzusprechen, sondern hat mit Art. 126 EG ZGB auch die Rechtsgrundlage dafür geschaffen, an öffentlichen Grundstücken beschränkte dingliche Rechte zu begründen.¹⁸⁷ Grundsätzlich liesse sich damit die Rechtslage über die Errichtung von Dienstbarkeiten (namentlich Bau- bzw. Überbaurechten) regeln. Allerdings sieht

¹⁸¹ Bundesamt für Statistik, Generalisierte Gemeindegrenzen der Schweiz, S. 7.

¹⁸² Bundesamt für Statistik, Amtliches Gemeindeverzeichnis der Schweiz, Stichwort «Spezialgebiete».

¹⁸³ Bundesamt für Statistik, Amtliches Gemeindeverzeichnis der Schweiz, Stichwort «Spezialgebiete».

¹⁸⁴ FASEL, N 5 zu Art. 18 GBV.

¹⁸⁵ Denkbar wäre auch eine Aufteilung in mehrere Grundstücke.

¹⁸⁶ Also Grundbuchamt Seeland für den Bielersee und Grundbuchamt Oberland für den Thuner- und den Brienersee, wobei für letzteren die Dienststelle Interlaken zuständig ist; vgl. Art. 39a OrG sowie dessen Anhang 2, Ziff. 5, lit. d.

¹⁸⁷ ZBGR 33/1952, S. 35 ff. (37), E. 2 (Regierungsrat Bern).

Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 19. Februar 1990 über die Schifffahrt und die Besteuerung der Schiffe (Schifffahrtsgesetz)¹⁸⁸ vor, dass jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Inanspruchnahme von öffentlichen Gewässern durch Einrichtungen für die Schifffahrt und den Wassersport einer Bewilligung bedarf. Bei den hier interessierenden Bojen, Schiffs- und Bootsliegeplätzen und Bootshäusern wird das öffentliche Gewässer über den schlichten Gemeingebrauch hinaus benutzt. Bojen und Schiffs- und Bootsliegeplätze sind Benutzungsarten im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs und bedürfen deshalb einer Bewilligung; Bootshäuser fallen unter die Sondernutzung und sind deshalb konzessionspflichtig (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 24. Oktober 1990 über die Erhebung von Abgaben bei gesteigertem Gemeingebrauch oder Sondernutzung von öffentlichen Gewässern¹⁸⁹). Es ist davon auszugehen, dass diese öffentlich-rechtliche Spezialgesetzgebung eine privatrechtliche Regelung mittels der Errichtung von Dienstbarkeiten regelmässig überflüssig macht, da mit der Erteilung einer Konzession insbesondere auch die Eigentumsfrage zu Gunsten des Konzessionärs geregelt wird.¹⁹⁰ Nach telefonischer Auskunft der gemäss Art. 3 Abs. 3 Schifffahrtsgesetz zuständigen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) vom 28. Mai 2014 liegt die erforderliche Bewilligung bzw. Konzession regelmässig vor. Sollte es im Einzelfall daran fehlen, ist die Angelegenheit auf Grund des öffentlichen Rechts zu regeln. Aus der Sicht des Privatrechts fällt eine Extratabularersitzung am von der Baute in Anspruch genommenen Seegrundstück nicht in Betracht, da das Bundesgericht und die herrschende Lehre gestützt auf die in Art. 664 Abs. 2 ZGB enthaltene Vermutung zuungunsten des Privateigentums eine solche bei herrenlosen Sachen ausschliessen.¹⁹¹ Dasselbe gilt mit Bezug auf die ausserordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit oder eines dem Inhalt einer Konzession entsprechenden Rechts.¹⁹² Denkbar ist immerhin ein Privatrechtsnachweis auf Grund der Unvordenklichkeit des behaupteten Rechtszustands.¹⁹³

9. Vermessungsrechtlich ist zu beachten, dass es sich bei der Vermessung grundsätzlich um eine Aufgabe der Gemeinden handelt (vgl. insbesondere Art. 25 Abs. 1 AVG). Muss eine gemeindefreie Fläche vermessen werden, hat der Kanton diese Aufgabe zu übernehmen, da das Bundesrecht in Art. 30 GeolG eine flächendeckende Vermessung der Schweiz vorschreibt.

10. Zusammenfassend lässt sich die gestellte Frage wie folgt beantworten: Es ist unabdingbar, die Gemeindegrenzen zum See hin definitiv (d.h. im dafür vorgesehenen Verfahren) festzustellen (Legalitätsprinzip). Der See kann als gemeindefreies

¹⁸⁸ BSG 767.1.

¹⁸⁹ BSG 767.25.

¹⁹⁰ Vgl. MOSER, S. 276 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁹¹ BGE 113 II 236 ff. (239 ff.), E. 5; MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 145 zu Art. 664 ZGB; LIVER, SPR, S. 153.

¹⁹² MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 145 zu Art. 664 ZGB; REY, BeKomm, N 228 zu Art. 731 ZGB; LAIM, S. 171 ff.

¹⁹³ Vgl. dazu etwa PFAMMATTER, S. 164 ff. Siehe ausserdem Art. 2 Abs. 2 WNG: «Bestehende private Rechte (Erwerbstitel oder Ausübung seit unvordenklicher Zeit) an öffentlichem Wasser werden anerkannt».

Grundstück unter der jeweiligen Pseudo-Gemeindenummer des Bundesamtes für Statistik in das Grundbuch aufgenommen werden. Die Vermessung der Seefläche hat durch den Kanton zu erfolgen.

3. Bei herrenlosem Land in das Grundbuch aufzunehmender Eigentümer

Mit der Aufnahme des herrenlosen Landes in das Grundbuch ist ein Eigentümer der entsprechenden Grundstücke zu bezeichnen. Kann – sofern keine anderweitigen privatrechtlichen Ansprüche gestellt werden – ohne weiteres der Kanton Bern als Eigentümer eingetragen werden? Muss bei der Aufnahme und der Grundbuchführung zwischen den hoheitsrechtlichen Ansprüchen (im Sinne von Art. 664 ZGB) und dem Eigentum des Kantons unterschieden werden?

1. Wie oben¹⁹⁴ dargelegt, ist davon auszugehen, dass der Kanton Bern Eigentümer des herrenlosen Landes ist. Allerdings fehlt es dafür an einer – von einem Teil der Lehre verlangten – ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Es ist deshalb zu empfehlen, die Eigentümerstellung des Kantons im EG ZGB explizit festzuschreiben. Ausgangspunkt kann hier der von Prof. LIVER¹⁹⁵ im Rahmen der bereits erwähnten geplanten Revision des EG ZGB gemachten Vorschlag sein, der neu die Art. 106 und 107 unter den Randtitel «II. Im Gemeingebrauch stehende Grundstücke, 1. Der Kultur nicht fähiges Land» (Art. 106) und «2. Gewässer» (Art. 107) vorsah. Art. 106 Abs. 1 hatte folgenden Wortlaut:¹⁹⁶

Das der Kultur nicht fähige Land steht im Eigentum des Staates.

Zu beachten bleibt, dass LIVER offenbar von einer anderen Terminologie als der im vorliegenden Gutachten verwendeten ausgeht. Er lehnt die Verwendung des Begriffs «herrenloses Land» im Zusammenhang mit dem EG ZGB ab, weil er darunter tatsächlich nur den Fall subsumiert, dass überhaupt kein Eigentum (also auch kein Eigentum des Staates) an diesem Land besteht.¹⁹⁷ Nach dem Verständnis des Gutachtens schliesst der Begriff «herrenloses Land» lediglich Privateigentum aus und sagt nichts darüber, ob das Gemeinwesen (nur die Hoheit oder auch) das Eigentum innehat; letztere Frage richtet sich nach dem anwendbaren kantonalen Recht.¹⁹⁸ Hingegen kann kulturunfähiges Land ausnahmsweise auch im Privateigentum stehen, in diesem Fall ist es aber nicht (mehr) herrenlos im Sinn von Art. 664 Abs. 1

¹⁹⁴ § 1/3./B.

¹⁹⁵ Vgl. zur Urheberschaft von LIVER die Bemerkung in Fn. 160.

¹⁹⁶ Staatsarchivakten, BB 8 2. 742, S. 63.

¹⁹⁷ Vgl. seine Vorbemerkungen zu den vorgeschlagenen Art. 106 und 107, Staatsarchivakten BB 8 2.742, S. 62: «... ist der Kanton Eigentümer des der Kultur nicht fähigen Landes und der öffentlichen Gewässer. So war es im Kanton Bern von jeher. Herrenloses Land gab es überhaupt nicht. (Herrenlos konnten nur derelinquierte Sachen sein...)».

¹⁹⁸ Oben § 1/2./A./g.

ZGB und Art. 77 Abs. 1 EG ZGB. Aus diesem Grund müsste Art. 77 Abs. 1 EG ZGB folgender Satz vorangestellt werden:

Das herrenlose Land steht im Eigentum des Staates.

Zusammen mit der oben unter 1. angeregten Änderung könnte Art. 77 Abs. 1 EG ZGB neu lauten:

Das herrenlose Land steht im Eigentum des Staates. Es kann nur mit Bewilligung der vom Regierungsrat bezeichneten Direktion in das Privateigentum übergehen.

2. Nach Art. 664 Abs. 2 ZGB besteht mit Bezug auf das kulturunfähige Land eine Vermutung zuungunsten von Privateigentum; damit liegt die Beweislast für das Bestehen von Privateigentum bei der Person, die behauptet, Eigentümerin des betreffenden Grundstücks zu sein.¹⁹⁹ Da der Kanton Bern unter Vorbehalt des Nachweises von Privateigentum Eigentümer des kulturunfähigen Landes ist, kann er demzufolge, soweit kein Privateigentum geltend gemacht (und bewiesen)²⁰⁰ wird, ohne weiteres als Eigentümer eingetragen werden.

3. Da im Kanton Bern Hoheit und Eigentum bei den herrenlosen Sachen zusammenfallen, erübrigt es sich, bei der Aufnahme und der Grundbuchführung eine Unterscheidung zwischen hoheitlichen Ansprüchen und Eigentum des Kantons vorzunehmen.

4. Änderungen der Rechtsposition von Kanton und Gemeinden durch die Aufnahme

Welche Änderungen der Rechtsposition ergeben sich für den Kanton und die betroffenen Gemeinden in öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Hinsicht durch die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch?

Die Frage stellt sich in erster Linie mit Bezug auf diejenigen Grundstücke, die im Moment nicht systematisch in das Grundbuch aufgenommen werden, also die Seen und das herrenlose Land. Wie oben²⁰¹ dargelegt, ändert sich durch die Aufnahme nichts an der Zugehörigkeit des Grundstücks zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn. Die Eigentümerstellung des Kantons ist nicht von der Aufnahme abhängig. Wie

¹⁹⁹ Vgl. etwa MEIER-HAYOZ, BeKomm, N 131 zu Art. 664 ZGB; HAAB, ZüKomm, N 26 zu Art. 664 ZGB. – Kann sich der Private allerdings auf einen Eintrag im kantonalen Register berufen, erbringt dieses gestützt auf Art. 9 Abs. 1 ZGB so lange den vollen Beweis für das Bestehen des Rechts, wie nicht die Unrichtigkeit nachgewiesen ist; vgl. dazu PFAMMATTER, S. 85 und BGer 5P.457/1992, E. 3a, die die entsprechende Erwägung des Appellationshofs des Kantons Bern wiedergibt (KWO vs. Kanton Bern).

²⁰⁰ Ausführlich zu den verschiedenen Möglichkeiten eines solchen Nachweises (Rechtserwerb unter der Herrschaft des vor Inkrafttreten des ZGB geltenden Rechts, auf Grund der Unvordenklichkeit des behaupteten Rechtszustands bzw. unter der Herrschaft des ZGB) vgl. PFAMMATTER, S. 107 ff.

²⁰¹ § 1/4.

bei jedem anderen Eintrag auch besteht immerhin nach Massgabe von Art. 955 ZGB eine Haftung des Kantons, wenn eine Person durch einen fehlerhaften Eintrag zu Schaden kommt.

Für die Gemeinde, in der die herrenlose Sache liegt, ändert sich durch die Aufnahme in das Grundbuch nichts. Sie ist nicht Eigentümerin des Grundstücks, und es trifft sie bei fehlerhafter Grundbuchführung keine Haftung. Soweit es um die Feststellung der Gemeindegrenzen geht, erfolgt diese im Vorfeld (und unabhängig von) der Aufnahme des Grundstücks in das Grundbuch im gemäss AVG vorgeschriebenen Verfahren.

5. Weiteres

Sind beim Aufnahmeverfahren weitere spezielle Punkte zu beachten?

1. Das Eidgenössische Grundbuchamt hat in einer Meinungsäusserung vom 12. März 1952²⁰² empfohlen, die auf Grund von kantonalem Recht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke in der Liegenschaftsbeschreibung in irgendeiner Form als «öffentlich» zu bezeichnen (z.B. öffentliche Strasse, öffentliches Gewässer).²⁰³ Mit Bezug auf die Aufnahme öffentlicher Gewässer hat die Justizdirektion des Kantons Bern in ihrer Weisung an die Grundbuchverwalter betreffend Aufnahme der öffentlichen Gewässer vom 20. Dezember 1957²⁰⁴ Folgendes bestimmt: In die Liegenschaftsbeschreibung ist «Öffentliches Gewässer» sowie dessen Name und beim Erwerbstitel «Gesetz» aufzunehmen. Mit Bezug auf die Eintragung in die Eigentumskolonne ist das Kreisschreiben überholt. Massgebend sind hier die Weisungen des Amtes für Betriebswirtschaft und Aufsicht betreffend die Bereinigung der Bezeichnungen des Kantons Bern im Grundbuch vom 26. Januar 2009.

Für im Eigentum des Kantons stehendes kulturunfähiges Land ist auf die Beifügung des Begriffs «herrenloses Land» zu verzichten, da dieser zweideutig ist²⁰⁵ und seine Verwendung zu Unsicherheiten führen könnte. Dass es sich um herrenloses Land handelt, erschliesst sich regelmässig ohne weiteres aus der Liegenschaftsbeschreibung. Es ist deshalb nach der hier vertretenen Ansicht entbehrlich, mit Bezug auf das herrenlose Land einen speziellen Hinweis auf den öffentlichen Charakter des Grundstücks aufzunehmen.²⁰⁶ Zu beachten bleibt schliesslich, dass sich die Zuord-

²⁰² Publiziert in: ZBGR 35/1954, S. 102.

²⁰³ Ebenso SCHMID, BaKomm, N 14 zu Art. 942 ZGB und N 11 zu Art. 944 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 688.

²⁰⁴ Publiziert in: ZBGR 39/1958, S. 123.

²⁰⁵ Oben § 1/2./A./e./aa.

²⁰⁶ Der Kanton Bern verzichtet bei Grundstücken im Verwaltungsvermögen ebenfalls auf einen entsprechenden Hinweis. Anders etwa der Kanton Basel-Stadt, der mit Bezug auf die Unterscheidung zwischen Finanz- und Verwaltungsvermögen in § 4a Abs. 1 der Verordnung vom 16. Dezember 2003 über das Grundbuch (BOGB; Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt 214.310) Folgendes vorsieht: «Die Zuordnung des Eigentums öffentlich-rechtlicher Grundeigentümer zum Finanz- oder zum Verwaltungsvermögen ... werden der Eigentumsbezeichnung im Sinne einer Bemerkung gemäss Art. 130 GBV beigefügt.»

nung eines Grundstücks zum Finanzvermögen oder zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn aus seiner Bestimmung ergibt. Aus der Tatsache, dass das Grundbuch keinen Hinweis auf den öffentlichen Charakter eines Grundstücks enthält, lässt sich deshalb nicht auf dessen Zugehörigkeit zum Finanzvermögen schliessen.²⁰⁷

2. Wie oben unter 2. bereits erwähnt, ist bei der Aufnahme der Seegrundstücke für die Bezeichnung der Gemeinde die Pseudo-Gemeindennummer zu verwenden, die das Bundesamt für Statistik dem jeweiligen See zugeordnet hat.

²⁰⁷ Vgl. auch PIOTET, Nr. 443.

III. Empfehlungen

1. Die Aufnahme sämtlicher öffentlicher Sachen in das Grundbuch führt zu einer Übereinstimmung zwischen amtlicher Vermessung und Grundbuch. Das Grundbuch gibt dadurch ausserdem zuverlässig Auskunft über das Grundeigentum der öffentlichen Hand. Zwar lässt sich nicht ausschliessen, dass die Grenzfeststellung in den noch unvermessenen Gebieten zu Konflikten mit Privaten führt, die daran Eigentumsrechte geltend machen. Diese Problematik stellt sich aber unabhängig von einer allfälligen Aufnahme dieser Grundstücke in das Grundbuch, da Art. 30 GeolG eine flächendeckende Vermessung der Schweiz vorschreibt und im Rahmen dieser Vermessung auch die Grundstücksgrenzen festzustellen sind (vgl. Art. 16 ff. AVG); sie spricht deshalb nicht gegen eine systematische Aufnahme des herrenlosen Landes und der Seen in das Grundbuch. Weiter ändert sich durch die Aufnahme nichts an der Zugehörigkeit des Grundstücks zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn. Das Risiko einer Staatshaftung gemäss Art. 955 ZGB besteht zwar, ist aber namentlich auf Grund der Tatsache, dass solche Prozesse erfahrungsgemäss selten vorkommen und die herrenlosen Sachen weitestgehend dem Privatrechtsverkehr entzogen sind, als eher gering anzusehen. Da damit die Vorteile deutlich überwiegen, wird empfohlen, in Zukunft **sämtliche von Art. 944 Abs. 1 ZGB angesprochene öffentlichen Sachen in das Grundbuch aufzunehmen**.

2. Eine solche Aufnahme setzt verschiedene **Änderungen im EG ZGB** voraus:

- Art. 126 EG ZGB, der gestützt auf Art. 944 Abs. 1 ZGB die Aufnahme vorsieht, ist wie folgt zu ändern:

Auch die nicht zum Finanzvermögen gehörenden Grundstücke des Staates und der Gemeinden sind in das Grundbuch aufzunehmen.

- Mit Bezug auf das herrenlose Land bedarf es einer Änderung von Art. 77 Abs. 1 EG ZGB:

Das herrenlose Land steht im Eigentum des Staates. Es kann nur mit Bewilligung der vom Regierungsrat bezeichneten Direktion in das Privateigentum übergehen.

3. Hinsichtlich der Aufnahme von Bieler-, Thuner- und Brienersee müssen zunächst die Gemeindegrenzen im gesetzlich vorgesehenen Verfahren festgelegt werden. Es wird empfohlen, diese entlang der Uferlinie bzw. entlang der Grundstücksgrenzen zu ziehen und **den jeweiligen See** unter der entsprechenden Pseudo-Gemeindennummer des Bundesamtes für Statistik **als Grundstück** (sofern erforderlich als mehrere Grundstücke) **in das Grundbuch aufzunehmen**. Da es sich beim Seegrundstück um gemeindefreies Gebiet handelt, ist die Aufgabe der Vermessung vom Kanton zu übernehmen.