Urteilskopf

113 II 236

43. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Juni 1987 i.S. Alpgenossenschaft Durnan gegen Politische Gemeinde Andeer (Berufung)
Regeste (de):
Ersitzung von herrenlosen und öffentlichen Sachen (Art. 661 ff. ZGB).

1. Die Vermutung zulasten des Privateigentums, die Art. 664 Abs. 2 ZGB aufstellt, steht der ausserordentlichen Ersitzung von herrenlosen und öffentlichen Sachen entgegen (E. 5).

2. Da im vorliegenden Fall eine ordentliche Ersitzung zur Diskussion steht, die sich ihrerseits auf einen unrichtigen (weil ausserordentliche Ersitzung annehmenden) Grundbucheintrag stützt, kann offenbleiben, ob die ordentliche Ersitzung von Eigentum an herrenlosen und öffentlichen Sachen schlechthin ausgeschlossen ist (E. 6).

Regeste (fr):
Acquisition par prescription de choses sans maître et biens du domaine public (art. 661 ss CC).

1. La présomption contre la propriété privée instituée par l'art. 664 al. 2 CC empêche que les choses sans maître et les biens du domaine public puissent être acquis par prescription extraordinaire (consid. 5).

2. S'agissant en l'espèce d'une prétendue acquisition par prescription ordinaire fondée sur une inscription au registre foncier inexacte (parce que faite en vertu d'une prétendue prescription extraordinaire), il n'y a pas lieu de décider si l'acquisition par prescription ordinaire de choses sans maître ou de biens du domaine public est toujours exclue (consid. 6).

Regesto (it):
Prescrizione acquisitiva di cose senza padrone o di cose di dominio pubblico (art. 661 segg. CC).

1. La presunzione sfavorevole alla proprietà privata, istituita dall'art. 664 cpv. 2 CC, osta alla prescrizione acquisitiva straordinaria di cose senza padrone e di cose di dominio pubblico (consid. 5).

2. Essendo nella fattispecie in discussione una prescrizione acquisitiva ordinaria, fondata su di un'iscrizione nel registro fondiario inesatta (perché aveva presupposto l'esistenza di una prescrizione straordinaria), può rimanere indeciso se debba essere escluso l'acquisto mediante prescrizione ordinaria della proprietà di cose senza padrone e di cose di dominio pubblico (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 236

A.- Die Alpgenossenschaft Durnan ist Eigentümerin von Alpgebieten auf dem Territorium der Gemeinde Andeer. Im Alpgebiet eingebettet liegt der Bergsee Lai Lung mit einer Fläche von 14'660 m2. Am westlichen Rand der Alp befindet sich der Lai da Vons mit einer Seeoberfläche von 29'203 m2. Durch diesen hindurch

zieht sich die Territorialgrenze zwischen den Gemeinden

BGE 113 II 236 S. 237

Andeer und Sufers. Ebenfalls im Gebiet der Alp Durnan liegt der bedeutend kleinere Bergsee Lai Ner, der unbestrittenermassen im Eigentum der Alpgenossenschaft Durnan steht. Streitig ist hingegen das Eigentum an den Seen Lai da Vons und Lai Lung. Im Zuge der Grundbuchvermessung Andeer wurde das Eigentum an den beiden Seen der Politischen Gemeinde Andeer zugewiesen. Dagegen erhob die Alpgenossenschaft Durnan Einsprache; sie beanspruchte das Eigentum am Lai Lung und an der östlichen Hälfte des Lai da Vons. Das Departement des Innern und der Volkswirtschaft Graubünden hiess die Einsprache am 30. März 1984 gestützt auf ein Ersitzungsverfahren aus den Jahren 1953/1956 im Sinne der Alpgenossenschaft Durnan gut und wies die Gemeinde Andeer an, allenfalls innert zwanzig Tagen beim zuständigen Zivilrichter eine Grundbuchberichtigungsklage einzureichen.

B.- Am 19. April 1984 meldete die Gemeinde Andeer die Streitsache beim Vermittleramt des Kreises Schams zur Vermittlung an. Die am 29. Mai 1984 durchgeführte Sühneverhandlung verlief ergebnislos, so dass am 20. Juni 1984 der Leitschein ausgestellt wurde. Mit Prozesseingabe vom 6. Juli 1984 wurde die Klage an das Bezirksgericht Hinterrhein prosequiert. Die Rechtsbegehren lauteten: "1. Es sei festzustellen, dass das Eigentum am "Lai da Vons" (Grundbuchvermessung Andeer Plan-Nr. 5 Grundstück-Nr. 41) der Andeer zusteht. 2. Es sei festzustellen, dass das Eigentum am "Lai Lung" (Grundbuchvermessung Andeer Plan-Nr. 5157 Grundstück-Nr. 1130) Gemeinde Andeer zusteht. 3. Es sei festzustellen, dass die Grenze zwischen den Liegenschaften Grundbuchvermessung Andeer Plan-Nr. 5157/5158 Grundstück-Nr. 989 der Klägerin und Grundstück-Nr. 1095 der Beklagten beim "Mut" zwischen Punkt 27 und Punkt 3 (Territorialgrenze Sufers/ Andeer) entsprechend dem Marchenbeschrieb vom 19. Dezember 1955 und wie im Plan Einsprachenerledigung vom 20. Januar 1982 eingezeichnet dem Felsband entlang verläuft. 4. Das Grundbuchamt Andeer sei zu ermächtigen, die entsprechenden Eintragungen vorzunehmen. 5. Unter vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten." Die Alpgenossenschaft Durnan beantragte mit ihrer Prozessantwort vom 17. September 1986 kostenfällige Abweisung der Klage.

BGE 113 II 236 S. 238

Im Anschluss an den Schriftenwechsel konnten sich die Parteien bezüglich des in Ziffer 3 des Rechtsbegehrens formulierten streitigen Grenzverlaufs einigen. Mit Urteil vom 5. September 1985 wies das Bezirksgericht Hinterrhein die Klage ab. Es war zum Schluss gelangt, die von der Beklagten vorgelegten Beweise seien ausreichend, um die in Art. 149 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (vom 5. März 1944; BR 210.100; EG zum ZGB) enthaltene Vermutung zugunsten des Eigentums der Territorialgemeinde umzustossen und den Nachweis des Privateigentums der Alpgenossenschaft Durnan am Lai Lung und am östlichen Teil des Lai da Vons zu erbringen.

C.- Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 17. Januar 1986 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden, wobei sie abgesehen von dem inzwischen gegenstandslos gewordenen Antrag in Ziffer 3 die gleichen Rechtsbegehren stellte wie vor erster Instanz. Mit Urteil vom 15. September 1986 hiess das Kantonsgericht von Graubünden die Berufung gut und stellte in Gutheissung der Klage fest, "dass das Eigentum am Lai da Vons (Grundbuchvermessung Andeer, Plan-Nr. 5, Grundstück-Nr. 41) und das Eigentum am Lai Lung (Grundbuchvermessung Andeer, Plan-Nr. 5157, Grundstück-Nr. 1130) der Gemeinde Andeer zusteht". Das Grundbuchamt Andeer wurde angewiesen, die entsprechenden Eintragungen vorzunehmen.

D.- Gegen dieses Urteil erklärte die Alpgenossenschaft Durnan Berufung an das Bundesgericht, die abgewiesen wurde.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Nicht einzutreten ist auf die Berufung insofern, als die Rechtsverhältnisse an den herrenlosen und den öffentlichen Sachen durch das kantonale Recht, insbesondere das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch, geregelt werden; denn das Bundesprivatrecht enthält sich einer diesbezüglichen Regelung. Art. 664 Abs. 1 ZGB beschränkt sich darauf, die herrenlosen und die öffentlichen Sachen der Hoheit jenes Kantons zu unterstellen, in dessen Gebiet sie sich befinden. Dabei kann offenbleiben, ob es sich bei diesen dem Kanton zugewiesenen Sachen um Eigentum im privatrechtlichen Sinn handle, wenn - wie in Art. 149 EG zum ZGB des Kantons Graubünden - das kantonale Recht bestimmt, die nicht nachweislich im Privateigentum stehenden Gewässer (Flüsse, Seen,

Bäche), Strassen und Plätze seien zum Gemeingebrauch bestimmte Sachen und als Eigentum der Territorialgemeinde anzusehen. Da diese Rechtsverhältnisse dem kantonalen Recht unterstehen, können sie auf jeden Fall vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüft werden (BGE 109 II 79 E. 3; BGE 97 II 29 E. 2b; BGE 89 II 294 E. 2; BGE 81 II 271 f. E. 3). Damit sind allerdings die Kriterien noch nicht bestimmt, nach welchen aufgrund von Art. 664 Abs. 1 ZGB der Hoheit der Kantone unterstellte Gewässer als öffentliche Sache zu betrachten sind. Da das Bundesprivatrecht diese Kriterien nicht nennt, nimmt die Lehre an, den Kantonen sei auch die Abgrenzung der öffentlichen Gewässer überlassen. Das gilt mindestens hinsichtlich der Abgrenzung zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Gewässern, wogegen Zweifel bestehen, ob die Kantone auch für die Grenzziehung zwischen den öffentlichen Gewässern und dem sie umgebenden Grund und Boden zuständig seien (Kommentar MEIER-HAYOZ, N. 153 f. zu Art. 664 ZGB). Folgt man dieser einleuchtenden Betrachtungsweise, so ist die Berufungsklägerin mit der Rüge nicht zu hören, die umstrittenen Bergseen seien im Widerspruch zum Bundesprivatrecht als öffentliche, dem Gemeingebrauch dienende Gewässer bezeichnet worden. Im Bundesprivatrecht - nämlich in Art. 664 Abs. 2 ZGB - verankert ist demgegenüber die Vermutung, die sich bei Fehlen eines besonderen Rechtstitels gegen das Privateigentum richtet.

5. Einzutreten ist auf die vorliegende Berufung somit insoweit, als die Frage zu beantworten bleibt, ob die in Art. 664 Abs. 2 ZGB zulasten des Privateigentums aufgestellte Vermutung sich auch gegen Aneignung und Ersitzung durch Private ausspricht. Das ist eine Frage des Bundesprivatrechts, die sich unabhängig von kantonalen Regelungen der Aneignung und Ersitzung beantwortet und im Berufungsverfahren vor Bundesgericht zu beantworten ist. Es ist also im folgenden zu prüfen, ob das Kantonsgericht von Graubünden zu Unrecht - wie die Berufungsklägerin meint - die Auffassung vertreten hat, schon das Bundesprivatrecht stehe seit 1912 dem Eigentumserwerb an öffentlichen Gewässern durch Aneignung und Ersitzung entgegen. Aneignung ist seitens der Alpgenossenschaft Durnan indessen nicht geltend gemacht worden, so dass insbesondere Art. 664 Abs. 3 ZGB - er gilt unbesehen um den Gesetzeswortlaut auch für öffentliche Gewässer (Kommentar MEIER-HAYOZ, N. 144 zu Art. 664 ZGB) - nicht weiter zu beachten bleibt.

a) In BGE 52 II 120 f. E. 2 hat das Bundesgericht bezüglich Art. 731 Abs. 3 ZGB festgehalten, dass die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit an herrenlosen und öffentlichen Sachen ausgeschlossen sei. Diese Auffassung hat die Zustimmung der herrschenden Lehre gefunden (Kommentar MEIER-HAYOZ, N. 145 zu Art. 664 ZGB, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Kommentar HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N. 6 zu Art. 661, 662, 663 ZGB, Kommentar LEEMANN, N. 25 zu Art. 664 ZGB). Eine davon abweichende Lehrmeinung schliesst allerdings die ordentliche Ersitzung (im Sinne von Art. 661 ZGB) einer Dienstbarkeit an öffentlichen Sachen nicht aus. Auch bezüglich der ausserordentlichen Ersitzung - sie charakterisiert sich durch die fehlende Aufnahme des Grundstücks im Grundbuch, was im vorliegenden Fall zutrifft - hält diese Lehrmeinung dafür, dass das Zivilgesetzbuch die Ersitzung an den gemäss kantonalem Recht in das Grundbuch nicht aufgenommenen öffentlichen Grundstücken nicht ausschliesse. Ob die Ersitzung zulässig sei, entscheide indessen das kantonale Recht (Kommentar LIVER, N. 124 ff. zu Art. 731 ZGB). An anderer Stelle (Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 153) vertritt LIVER davon abweichend die Ansicht, dass an öffentlichen Sachen kein Eigentum durch ausserordentliche Ersitzung erworben werden könne. Durch den Besitz einer Sache im Gemeingebrauch - so auch durch Wassernutzung - könne weder Eigentum noch eine Dienstbarkeit ersessen werden, weil dieser Besitz kein Eigenbesitz sein könne und auch hier gelte: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Damit wird zwar nicht ausdrücklich in Abrede gestellt, dass der Besitzer sich nicht in einer Art und Weise verhalten könnte, die über die Nutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs hinausgeht und auf einen Eigentümerwillen schliessen lassen könnte. Dennoch scheint die Geltendmachung ausserordentlicher Ersitzung ausgeschlossen, weil Eigenbesitz sich mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache nicht verträgt oder weil die Vermutung zulasten des Privateigentums sich einem unangefochtenen Besitz als Eigentum im Sinne von Art. 662 Abs. 1 ZGB entgegenstellt. Im Ergebnis ist damit Übereinstimmung mit MEIER-HAYOZ (N. 145 zu Art. 664 ZGB) erzielt, der den Erwerb zu Eigentum von öffentlichen Sachen durch ausserordentliche Ersitzung ausschliesst und darauf hinweist, dass Art. 664 Abs. 2 ZGB einen unangefochtenen Eigenbesitz verhindert.

Auch nach der jüngsten Lehrmeinung gibt es an öffentlichen Sachen, die gemäss Art. 944 ZGB nicht dem Zwang zur Eintragung im Grundbuch unterliegen, keine ausserordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit (Kommentar REY, N. 226 zu Art. 731 ZGB). Den in diesem Zusammenhang zitierten Autoren - GUHL, Die Ersitzung von Grundeigentum und Grunddienstbarkeiten nach dem ZGB, ZBJV 65/1929, S. 241 ff., insbesondere S. 247 f.; JENNY, Grundeigentumsersitzung und Grundbuch, SJZ 39/1942, S. 173 ff., insbesondere S. 178; Kommentar HAAB/SIMONIUS/ SCHERR/ZOBL, N. 1 zu Art. 661, 662, 663 ZGB - ist die übereinstimmende Meinung zu entnehmen, dass die ausserordentliche Ersitzung Grundstücke voraussetze, die dem Buchungszwang unterliegen, was bei öffentlichen Sachen von Bundesrechts wegen grundsätzlich nicht der Fall ist. REY (a.a.O.) teilt die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung so lange, als das konkret anwendbare öffentliche Recht, die Zweckbestimmung des Objekts und die konkreten Umstände die Sache dem Privatverkehr entziehen, und er hält deshalb die ausserordentliche Ersitzung an einer Sache im Gemeingebrauch während dessen Dauer nicht für möglich. Auch REY (N. 228 zu Art. 731 ZGB) vertritt die Meinung, dass die Vermutung zulasten des Privateigentums, die Art. 664 Abs. 2 ZGB aufstellt, unangefochtenem Ersitzungsbesitz entgegenstehe. b) Diese Betrachtungsweise von Rechtsprechung und Lehre setzt der Aneignung und Ersitzung von herrenlosen und öffentlichen Sachen klare Grenzen, was angesichts der Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen auch gerechtfertigt ist. Zu Recht hat daher das Kantonsgericht von Graubünden eine ausserordentliche Ersitzung an den Seen Lai da Vons und Lai Lung als mit dem Bundesprivatrecht unvereinbar erklärt. Unbehelflich ist demgegenüber das Argument der Berufungsklägerin, Privateigentum - insbesondere an Strassen (BGE 94 I 574 f. E. 2a) - brauche den Gemeingebrauch nicht auszuschliessen. Die Frage hier ist nicht, ob nachweislich im Privateigentum stehende Sachen gleichwohl zu einem auf die Öffentlichkeit ausgerichteten Gemeingebrauch bestimmt sein können, sondern ob die Vermutung zulasten des Privateigentums von Art. 664 Abs. 2 ZGB die

besondere Erwerbsform der Ersitzung auszuschliessen vermag.

6. a) Nun macht die Berufungsklägerin freilich geltend, sie habe im Jahre 1953 ein Ersitzungsverfahren eingeleitet, das mit einem Grundbuchauszug abgeschlossen worden sei. Dieser habe die Seen

BGE 113 II 236 S. 242

ausdrücklich zum Bestandteil des Alpgebiets erklärt und zudem einen Grenzbeschrieb enthalten, der den Lai Lung und die östliche Hälfte des Lai da Vons umfasste. Nach der Ansicht der Berufungsklägerin sind damit und durch die Tatsache, dass die Alpgenossenschaft in der Folge über zehn Jahre unangefochtene Besitzerin der Seen gewesen sei, die Voraussetzungen für die ordentliche Ersitzung im Sinne von Art. 661 ZGB erfüllt. Das Kantonsgericht von Graubünden hat dem entgegengehalten, die Eintragung des Eigentums der Alpgenossenschaft Durnan an den beiden Seen sei - am 6. Mai 1956 - zu Unrecht erfolgt, weil damals die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Ersitzung nicht gegeben gewesen seien. Dieser Mangel habe in der Folge aber auch nicht durch ordentliche Ersitzung geheilt werden können; denn das Zivilgesetzbuch schliesse eine ordentliche Ersitzung von Eigentum an öffentlichen oder herrenlosen Sachen ebenso aus wie die ausserordentliche Ersitzung. b) Dieser Auffassung ist mindestens unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen beizupflichten, könnten doch sonst die vom Gesetzgeber in Art. 664 ZGB zum Ausdruck gebrachten Absichten ausgerechnet dort über den Umweg der ordentlichen Ersitzung durchkreuzt werden, wo der Grundbucheintrag nur dank dem gesetzwidrigen Ausgang eines ausserordentlichen Ersitzungsverfahrens erfolgte. Die Vorinstanz beruft sich allerdings unzutreffend auf REY (N. 181 zu Art. 731 ZGB), wenn sie ausführt, eine ordentliche Ersitzung von öffentlichen oder herrenlosen Sachen sei wegen Art. 664 ZGB ausgeschlossen; denn an der zitierten Stelle wird nur die Tabularersitzung einer Dienstbarkeit an einer herrenlosen Sache ausgeschlossen. Demgegenüber hält REY (N. 180 zu Art. 731 ZGB, mit Verweis auf Kommentar LIVER, N. 121 ff. zu Art. 731 ZGB sowie Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 149) dafür, dass an öffentlichen Sachen, die als Grundstücke ins Grundbuch aufgenommen sind, eine Dienstbarkeit durch Tabularersitzung entstehen könne. Dabei kann es sich aber - wie der Verweis auf MEIER-HAYOZ (N. 230 zu Art. 664 ZGB) zeigt - nur um die Aufnahme öffentlicher Grundstücke ins Grundbuch handeln, wenn im Sinne von Art. 944 ZGB dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die Kantone deren Aufnahme vorschreiben. REY (a.a.O.) äussert sich im übrigen zur Tabularersitzung nur im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit, welche die Zweckbestimmung des öffentlichen Grundstücks nicht notwendigerweise

BGE 113 II 236 S. 243

beeinträchtigt. Da jedoch im vorliegenden Fall eine ordentliche Ersitzung zur Diskussion steht, die sich ihrerseits auf einen unrichtigen (weil ausserordentliche Ersitzung annehmenden) Grundbucheintrag stützt und nach dem Willen der Berufungsklägerin Eigentum durch Tabularersitzung erworben werden soll, ist nicht darüber zu befinden, ob sich das Kantonsgericht in Übereinstimmung mit MEIER-HAYOZ (N. 7 zu Art. 661 ZGB) und in Abweichung von den soeben erwähnten Lehrmeinungen nicht doch zu Recht dahin ausgesprochen hat, dass die ordentliche Ersitzung von Eigentum an öffentlichen Sachen schlechthin ausgeschlossen sei.