

S. 41 / Nr. 12 Eigentumsgarantie (d)

BGE 74 I 41

12. Auszug aus dem Urteil vom 22. Januar 1948 i. S. G. v. Schulthess gegen Gemeinde Jona und Regierungsrat des Kantons St. Gallen.

Regeste:

Öffentliche Wege, Eigentumsgarantie, Unvordenklichkeit.

1. Bedeutung der Eigentumsgarantie. Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts. Zur Rechtsordnung, innert deren Schranken das Eigentum gewährleistet ist, gehört auch das Gewohnheitsrecht (Erw. 1 und 4.)

2. Voraussetzungen der Entstehung öffentlicher Wege über private Grundstücke (Erw. 2).

3. Grundsatz der Unvordenklichkeit (Erw. 3).

Chemins publics, garantie de la propriété, possession immémoriale.

1. Portée de la garantie de la propriété. Pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral. L'ordre juridique dans les limites duquel la propriété est garantie comprend aussi le droit coutumier. (Consid. 1 et 4).

2. Conditions de la création de chemins publics sur des fonds privés (consid. 2).

3. Principe de la possession immémoriale (consid. 3).

Strade pubbliche, garanzia della proprietà, possesso immemorabile.

1. Portata della garanzia della proprietà. Sindacato del Tribunale federale. L'ordine giuridico, entro i cui limiti la proprietà è garantita, comprende anche il diritto consuetudinario (consid. 1 e 4).

2. Condizioni da cui dipende la creazione di strade pubbliche su fondi privati (consid. 2).

3. Principio del possesso immemorabile (consid. 3).

Aus dem Tatbestand:

A. Der Beschwerdeführer Dr. G. v. Schulthess besitzt in der Gemeinde Jona (St. Gallen) eine Liegenschaft, über die der sog. Äffenrainweg führt. Anlässlich

Seite: 42

der vom Regierungsrat des Kantons St. Gallen nach Inkrafttreten des Strassengesetzes von 1930 angeordneten, in der Gemeinde Jona aber erst 1937 in Angriff genommenen Revision des Strassenklassifikationsregisters, bestritt der Beschwerdeführer das vom Gemeinderat Jona über den Äffenrainweg beanspruchte, bisher im Register noch nicht eingetragene öffentliche Fusswegrecht. Nachdem in der Folge sowohl der Regierungsrat als auch die ordentlichen Gerichte sich zur Beurteilung dieses Rechtsstreites unzuständig erklärt hatten, entschied der Grosse Rat des Kantons St. Gallen den negativen Kompetenzkonflikt am 15. Januar 1946 in dem Sinne, dass er die Angelegenheit zur abschliesslichen Beurteilung an den Regierungsrat wies. Dieser führte ein Beweisverfahren durch und entschied hierauf am 26. September 1947, der Äffenrainweg sei ein öffentlicher Fussweg im Sinne von Art. 4 des Strassengesetzes und als solcher im Strassenklassifikationsregister der Gemeinde Jona einzutragen. Der Begründung dieses Entscheids ist zu entnehmen:

a) Bis zur Erstellung der ca. 50 m weiter nördlich gelegenen Zopfstrasse im Jahre 1881 habe der Äffenrainweg dem öffentlichen Fahr- und Fussverkehr gedient, obgleich das Gemeinwesen am Grund und Boden des Weges keine Eigentumsrechte besessen habe. Dieses Fahr- und Fusswegrecht zugunsten der Öffentlichkeit habe, wie in zahllosen andern Fällen, auf altem Herkommen und Gewohnheitsrecht beruht, das sich vergleichen lasse mit dem heute noch anerkannten Gewohnheitsrecht des freien Begehens von Wald und Weide (Art. 699 ZGB). Es handle sich dabei um Überreste der alten weitgehend gewohnheitsrechtlich fixierten Agrarverfassung, die durch das Bestehen mannigfaltigster Nutzungsrechte am Grundeigentum anderer charakterisiert gewesen sei. Nach der Erstellung der Zopfstrasse sei zwar der allgemein benutzte Fahrweg über den Affenrain zu einem Fahrweg der Anstösser verkümmert. Doch von Fussgängern sei dieser Weg, wie sich aus den Zeugeneinvernahmen

Seite: 43

einwandfrei ergebe, auch seither stets allgemein benutzt werden.

b) Nach der herrschenden Lehre verlange die Eigentumsgarantie, dass die allgemeine Benutzung eines Weges, dessen Grund und Boden im Privateigentum stehe, auf einem Rechtstitel beruhe, der der Öffentlichkeit die Befugnis zur unbehinderten Benutzung und dem Eigentümer die Pflicht zur Duldung auferlege. Im vorliegenden Falle sei der Nachweis erbracht, dass der Öffentlichkeit von altersher ein solches Benutzungsrecht am Äffenrainweg zustehe. Schwierigkeiten biete nur die Einordnung dieses auf altem Gewohnheitsrecht beruhenden Nutzungsrechtes in eine Kategorie der

modernen, auf gesetztem Recht und der Zweiteilung von privatem und öffentlichem Recht beruhenden Rechtstitel. Man könne an eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des kantonalen Rechts (Art. 702 und 962 ZGB), an eine öffentlich-rechtliche Wegdienstbarkeit oder auch an eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit zugunsten des Gemeinwesens denken. Der Kanton St. Gallen habe sich für die erstgenannte Lösung entschieden; denn der Regierungsratsbeschluss vom 15. Februar 1927 «betreffend die grundbuchliche Behandlung öffentlicher Belastungen und der Reverse» bestimme, dass die öffentlichen Strassen und Wege, die auf nicht dem Strassenunternehmen gehörendem Boden stehen, im Grundbuchblatt des belasteten Grundstückes als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen anzumerken seien. Eine solche Eigentumsbeschränkung könne auch als öffentlich-rechtliche «Wegdienstbarkeit» bezeichnet werden, da ihr Inhalt sich einer privatrechtlichen Wegdienstbarkeit nähere. Wollte man aber annehmen, dass die Konstruktion als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gegen die Eigentumsgarantie verstosse, so müsste im vorliegenden Falle angenommen werden, dass die Öffentlichkeit eine privatrechtliche Wegdienstbarkeit inne gehabt habe; denn eine solche Dienstbarkeit wäre nach st. gallischem Recht durch die allgemeine ununterbrochene und unbehinderte Ausübung während mehr als

Seite: 44

30 Jahren ersessen worden (Art. 20 des Gesetzes über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten etc. vom 22. August 1850).

B. Mit staatsrechtlichem Rekurs vom 31. Oktober 1947 beantragt Dr. G. von Schultness, dieser Entscheid des st. gallischen Regierungsrates sei aufzuheben. Zur Begründung wird ausgeführt:

Nach Art. 31 der geltenden st. gallischen KV von 1890 (der dem Art. 15 der KV von 1831 und den § § 16 und 19 der KV von 1860 entspreche) sei eine Entziehung oder Beschränkung des Eigentums nur gegen Entschädigung und nur auf gesetzlicher Grundlage möglich. Im vorliegenden Fall denke der Regierungsrat nicht an die Durchführung des Enteignungsverfahrens, sondern nehme unter Berufung auf Gewohnheitsrecht den Standpunkt ein, dass der Äffenrainweg von alters her ein öffentlicher Weg gewesen sei. Es lasse sich aber «wohl kaum» die Auffassung vertreten, dass auch noch nach dem Jahre 1831, d. h. seit der Gewährleistung der Unverletzlichkeit des Eigentums, das Grundeigentum durch Gewohnheitsrecht habe beschränkt werden können. Nach FLEINER (Institutionen S. 367/8) werde ein Weg nicht dadurch, dass ihn das Publikum als Verkehrsweg tatsächlich benutze, sondern nur dadurch, dass ihn das zuständige öffentliche Organ dem öffentlichen Verkehre widme, zum öffentlichen Wege gemacht. Es sei allerdings anzunehmen, dass im Kanton St. Gallen in frühern Zeiten, jedoch vor 1830, die Öffentlichkeit der wichtigsten Verkehrswege sich durch altes Gewohnheitsrecht herausgebildet habe. Bei den nur den nächsten Anstössern dienenden Nebenwegen habe jedoch auch in frühern Zeiten von einem solchen Gewohnheitsrecht nicht die Rede sein können, weil es sonst überhaupt keine Privatwege gegeben hätte. Der Nachweis, dass ein Weg seit unvordenklicher Zeit von den Einwohnern einer Gemeinde benutzt worden sei, genüge noch nicht, um eine Servitutsberechtigung zu begründen. Zum mindesten müsse der Nachweis erbracht

Seite: 45

werden können, dass der von der Öffentlichkeit während langer Dauer benutzte Weg einem starken Bedürfnis entsprochen habe und von der Öffentlichkeit ganz allgemein und mit Sicherheit für öffentlich gehalten worden sei. Werde aber der Entscheid des Regierungsrates unter diesen Gesichtspunkten geprüft, so ergebe sich, dass er den Äffenrainweg zu Unrecht als öffentlichen Fussweg erklärt habe. Der angefochtene Entscheid beruhe auf willkürlichen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen (wird näher ausgeführt).

a. Der st. gallische Regierungsrat und die Gemeinde Jona beantragen Abweisung der Beschwerde. Der Regierungsrat führt unter andern aus: Der angefochtene Entscheid berufe sich nicht nur auf altes Gewohnheitsrecht, sondern stütze sich ausdrücklich auch auf Art. 4 des Strassengesetzes, wonach das Hauptmerkmal für die Öffentlichkeit eines Weges die Indienststellung zum Gemeingebrauch sei. Bei zahllosen öffentlichen Wegen erfolge aber diese Indienststellung seit alter (unvordenklicher) Zeit, ohne dass eine formelle Widmung vorhanden wäre. Dies sei auch beim Äffenrainweg der Fall.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1. Wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung erkannt hat, gewährleistet die Eigentumsgarantie das Eigentum nicht unbeschränkt, sondern nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind (BGE 69 I 241; 64 I 207 /8; 60 I 271 und hier zitierte frühere Entscheide) und zwar fällt hiebei als Rechtsquelle nicht nur die Gesetzgebung (unter Einschluss der kraft gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen) in Betracht, sondern wie das Bundesgericht wiederholt entschieden hat auch das Gewohnheitsrecht (BGE 35 I 446; 45 I 54; KIRCHHOFER, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung S. 141;

BOSSHARDT,

Seite: 46

Die Eigentumsgarantie, S. 108; IMBODEN in SJZ Bd. 40, S. 293/4; anderer Ansicht für das deutsche Verwaltungsrecht: FLEINER, Institutionen 8. Auflage, S. 85/6). Der vom Rekurrenten freilich nur zaghaft eingenommene Standpunkt, dass die st. gallische Verfassung abweichend von den Verfassungen anderer Kantone von jeher, d. h. seit 1831, der Eigentumsgarantie eine Fassung gegeben habe, welche auf Gewohnheitsrecht beruhende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen ausgeschlossen habe, ist unzutreffend. Wie die Verfassungen verschiedener anderer Kantone, so hat auch die st. gallische Verfassung (Art. 15 KV von 1831, § 19 KV von 1861 und Art. 31 KV von 1890) wohl den Erlass eines Gesetzes über die Zwangsabtretung vorgesehen, nicht aber bestimmt, dass eine öffentliche Eigentumsbeschränkung nur auf einem Rechtssatze beruhen könne, der dem Gesetzesrecht angehöre.

Der gesetzliche, gesetzlich ermächtigte oder auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtssatz kann die Eigentumsbeschränkung nach Bestand und Inhalt unmittelbar aufstellen. Die Pflicht des Eigentümers, zu unterlassen, dulden oder handeln, ist dann ohne weiteres gegeben, sobald der gesetzliche Tatbestand vorliegt. Möglich ist aber auch, dass der Rechtssatz das Eigentum bloss mittelbar beschränkt in der Weise, dass eine behördliche Verfügung zu ergehen hat, die irgendwie konstitutiv wirkt. Der Rechtssatz beschränkt dann das Eigentum nur in abstrakt-virtueller Weise; erst die Verfügung einer Behörde gibt der Beschränkung im einzelnen Fall konkret-aktuelle Gestalt (KIRCHHOFER, 1. c. S. 143 und 145).

2. Die Pflicht des Eigentümers zur Duldung eines über sein Grundstück führenden öffentlichen Weges kann wie in der schweizerischen Literatur allgemein angenommen wird sowohl eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des kantonalen Rechts (Art. 702, 962 Abs. 1 ZGB), wie auch eine privatrechtliche Dienstbarkeit zu Gunsten des Gemeinwesens oder des Publikums

Seite: 47

(Art. 781 ZGB) darstellen (HAAB, Kommentar z. ZGB Art. 694/6 N. 4; -LEEMANN, Kommentar z. ZGB, 2. Auflage, Art. 664, N. 36 und 37; Art. 781, N. 17-24). Dem st. gallischen Recht mag die erstgenannte Konstruktion besser entsprechen; denn der Regierungsratsbeschluss vom 15. Februar 1927 «betreffend die grundbuchliche Behandlung öffentlich-rechtlicher Belastungen und der Reverse» bestimmt in Art. 1 Abs. 1: «Die öffentlichen Strassen und Wege, welche auf nicht dem Strassenunternehmen gehörenden Boden bestehen, sind im Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung anzumerken». Auch der Grossratsbeschluss vom 15. Januar 1946, mit dem der vorliegende Rechtsstreit zum «abschliesslichen» Entscheid an den Regierungsrat gewiesen wurde, hat zur Voraussetzung, dass die Gemeinde Jona gegenüber dem Rekurrenten einen dem öffentlichen Recht angehörigen Anspruch, eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, geltend macht (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Sterren vom 1. November 1930, Erw. 2). Ein Anspruch der Gemeinde Jona auf Anerkennung einer Dienstbarkeit zu Gunsten des Publikums (Art. 781 ZGB) hätte, da privatrechtlicher Natur, dem Zivilrichter zur Entscheidung überwiesen werden müssen (BGE 17 S. 781/2, 71 I 440; nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts i. S. Bürgenstock-Hotels A.-G. vom 16. Juni 1939, Erw. 7). Die Verpflichtung des Rekurrenten, den öffentlichen Fussgängerverkehr über den Äffenrainweg zu dulden, kann aber keine unmittelbare, sondern nur eine mittelbare Eigentumsbeschränkung darstelle; denn die Duldungspflicht beruht hier nicht, wie bei einigen nachbarlichen Wegrechten (Art. 695 und dazu HAAB, 1. C. Art. 694/ó, N. 6), unmittelbar auf einem dem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht angehörigen Rechtssatze, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen ein Grundeigentümer ohne weiteres, d. h. auch ohne behördliche Verfügung, einen öffentlichen Weg über sein Grundstück zu

Seite: 48

dulden hat. Einen solchen Rechtssatz enthält auch nicht etwa Art. 4 des st. gallischen Strassengesetzes von 1930. Dieser Artikel besagt lediglich, dass die übrigen, d. h. die in den vorausgehenden Artikeln nicht erwähnten, dem öffentlichen Verkehr dienenden Fahrstrassen und Fusswege zu den Nebenstrassen und Nebenwegen gehören, spricht sich aber nicht darüber aus, unter welchen Voraussetzungen von einem Fuss- oder Fahrweg angenommen werden darf, dass er dem öffentlichen Verkehre diene.

Nach allgemeiner Lehre (vgl. z. B. FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. S. 367/ 8; HAAB, 1. c. Art. 694/6 N. 4; LEEMANN, 1. c. Art. 664 N. 35) entsteht ein öffentlicher Weg nur durch einen behördlichen Akt, die Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr, die ihrerseits jeweils dann, wenn der Weg über Privateigentum führt, nur dann nicht gegen die Eigentumsgarantie verstösst, wenn die Behörde die Verfügungsmacht über das Wegereal besitzt (BGE 20 S. 327/8;

nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Bürgenstock Hotels A.-G. vom 16. Juni 1939, Erw. 6). Diese Verfügungsmacht kann sowohl auf einem privatrechtlichen Rechtstitel, d. h. einer durch Vertrag oder Ersitzung erworbenen Dienstbarkeit zu Gunsten des Publikums (Art. 730, 731, 732, 781 ZGB), beruhen, wie auch auf dem Boden des öffentlichen Rechts in der Weise begründet werden, dass auf das Wegareal entweder mit Einwilligung des Eigentümers (und allfälliger Pfandgläubiger) oder auch gegen dessen Willen durch Enteignung die Duldungspflicht als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gelegt wird (HAAB, 1. c. Art. 694/6 N. 4 S. 486; LEEMANN, 1. c. Art. 664 N. 36 u. 37).

3. Im vorliegenden Falle kann nun zwar nicht nachgewiesen werden, dass eine Behörde gestützt auf einen privat- oder öffentlich-rechtlichen Titel den Äffenrainweg dem öffentlichen Fussgängerverkehr gewidmet hat. Doch der Regierungsrat nimmt an, dass das st. gallische Recht jedenfalls bis zum Inkrafttreten des schweiz.

Seite: 49

Zivilgesetzbuches (1912) gewohnheitsrechtlich das Institut der Unvordenklichkeit gekannt hat, d. h. den Grundsatz: Ein Zustand, der nach Art eines Rechtszustandes solange besteht, dass sein Anfang sich im Dunkel der Vorzeit verliert, also über Menschengedenken hinaus liegt, berechtigt zur Annahme, dass er dereinst rechtmässig entstanden ist (REGELSBERGER, Pandekten S. 464 ff.; SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts Bd. 4, S. 480 ff; GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 655 ff; STOBBE, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 313 ff; KORMANN, in den Annalen des deutschen Reichs 1912 S. 128/129; HAAB, 1. o. Art. 694/6, N. 4). Nach Art eines Rechtszustandes besteht aber ein Wegrecht dann seit unvordenklicher Zeit, wenn es in gutem Glauben seit Menschengedenken ungefragt und ungewehrt, einem Bedürfnis entsprechend, ununterbrochen ausgeübt worden ist (vgl. z. B. Art. 252 des schweiz. EG z. ZGB).

Dieser Grundsatz war in den Rechten der schweizerischen Kantone dermassen allgemein verbreitet, dass seine Geltung für privat- und öffentlich-rechtliche Verhältnisse solange angenommen werden darf, als nicht der Gegenbeweis erbracht ist (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts i. S. Commune de Salvan vom 30. Oktober 1933, Erw. 4). Diesen Gegenbeweis hat aber der Rekurrent nicht erbracht...

Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen kann sich übrigens dafür, dass das öffentliche Recht des Kantons St. Gallen das Institut der Unvordenklichkeit kannte, auch auf seine Praxis berufen (St. Gall. Verwaltungspraxis Bd. II Nr. 668).

Eine allgemeine Beweisregel, wie dies der Grundsatz der Unvordenklichkeit ist, kann aber, auch wenn er dem Gewohnheitsrecht angehört, die Eigentumsгарantie nicht verletzen, da er auch in diesem Falle der Rechtsordnung angehört, innert deren Schranken das Eigentum gewährleistet ist.

4. Sowohl die Annahme des Regierungsrates, dass

Seite: 50

über den Äffenrainweg seit unvordenklicher Zeit ein öffentliches Fusswegrecht ausgeübt worden sei, wie auch die Annahme, dass eine Berufung auf diese Ausübung durch die Nichteintragung des Fusswegrechts in die Strassenklassifikationsregister von 1889 und 1923 nicht ausgeschlossen werde, kann das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen, da es sich hierbei um die Auslegung und Anwendung kantonaler Rechtssätze, sowie die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse und Beweismittel handelt (BGE 57 I 210; 60 I 273; 69 I 240). Willkürlich sind aber jene Annahmen nicht (wird näher ausgeführt