

BGE 93 I 638

Bundesgericht (BGE), 1967-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_93 I 638](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_93_I_638)

FR: ATF 93 I 638

IT: DTF 93 I 638

Regeste

Regeste Wohlerworbenes Recht auf Wasserentnahme aus einem See. Das thurgauische Gesetz vom 2. Oktober 1832 über die Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit gestattete, ein Recht auf Wasserentnahme am Bodensee zu okkupieren (Erw. 2). Voraussetzungen einer Okkupation (Erw. 4).

Erwägungen

E. 1

(Zulässigkeit der Feststellungsklage nach Art. 25 BZP)

E. 2

Das thurgauische Gesetz vom 2. Oktober 1832 über die Ausübung der Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit, das Ausführungsgesetz des zuvor in die Verfassung aufgenommenen Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit, enthält u.a. folgende Bestimmungen: § 1 Kein Kantonsbürger, und ebenso wenig ein gesetzlich Angesessener, wenn in seiner Heimat den diesseitigen Angehörigen das gleiche Recht zugestanden ist, soll gehindert werden, seinen Beruf auszuüben, Handel und Gewerbe zu treiben, Industrie-Unternehmungen zu gründen, mechanische Werke zum Dienst derselben und der Landwirtschaft zu errichten, sowie dazu die öffentlichen Gewässer nach Erfordernis zu benutzen. Wasserwerke § 17 Auf eigentümlichem Grund und Boden kann, ohne dass es einer besondern amtlichen Bewilligung bedarf, jedermann Wasserwerke, zum Behuf von Mühlen, Fabriken oder Gewerben irgendeiner andern Art, errichten, insofern von keiner Seite privatrechtliche Einreden dawider erhoben werden. § 19 Wer demnach ein Wasserwerk neu zu errichten gesinnt ist, soll den Platz, auf den es hingebaut werden will, den Ort der Auffassung des Wassers, und die Höhe der Schwelung ausstecken, - und durch den Bezirksstatthalter den Kleinen Rat von dem Vorhaben in Kenntnis setzen, welcher sodann die Veranstaltung trifft, dass die vorhandenen Nutzniesser des nämlichen Wassers, die Güteranstösser, Wuhrpflichtigen BGE 93 I 638 S. 642 oder sonst Beteiligten, durch den betreffenden Gemeinderat über ihre Einwendungen polizeilich einvernommen, und (nötigenfalls mit Zuzug von Experten) die etwa obschwebenden Anstände gütlich zu heben versucht werden; in welchem Fall das Übereinkommnis schriftlich abgefasst, von allen Teilen unterzeichnet, und zur Eintragung in das Notariatsprotokoll der Bezirkskanzlei vorgelegt wird. Aus dem Wortlaut dieser Vorschriften zieht die Klägerin den Schluss, dass bis zum Jahre 1895 (und allenfalls später) auch am Bodensee ein Wasserentnahmerecht habe erworben werden können, das über den Gemeingebrauch hinaus gegangen sei. Der Beklagte bestreitet, dass das Gesetz von 1832 auf den Bodensee und auf andere als Wasserkraftnutzungsrechte anwendbar gewesen sei. Eventuell habe es an der Durchführung des in § 19 vorgesehenen Bewilligungsverfahrens gefehlt. a) Auf den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen bezog sich das Gesetz von 1832 wohl nicht. Ein solcher war schon immer frei und musste nicht

erst auf Grund der Handels- und Gewerbefreiheit freigegeben werden. Vielmehr wollte der Gesetzgeber offenbar die öffentlichen Gewässer der Nutzung über den Gemeindegebrauch hinaus bis zur eigentlichen Sondernutzung hin zugänglich machen. Es ergibt sich dies aus der Verknüpfung des Gesetzes mit der Handels- und Gewerbefreiheit und der Absicht, alle jene Hindernisse freier Gewerbetätigkeit zu beseitigen, die aus der Vergangenheit übernommen worden waren. Hieraus leitet der Beklagte nicht ohne Grund ab, dass das Gesetz von 1832 die Lücke auszufüllen hatte, die durch die Aufhebung der ehehaften Rechte entstanden war. Die alten ehehaften Wasserrechte bezogen sich in der Tat hauptsächlich auf die Wasserkraftnutzung. Der Wortlaut des Gesetzes stützt diese These insofern, als der Abschnitt der §§ 17 ff. die Überschrift "Wasserwerke" trägt, und er sich im besondern auch mit Wasserkraftnutzungen beschäftigt. Andererseits ist aber § 1 so allgemein gehalten, dass nicht gesagt werden kann, der Gesetzestext schliesse es aus, andere als Wasserkraftnutzungen darunter zu subsumieren. b) Eine historische Auslegung führt ebenfalls nicht zu dem vom Beklagten vorgeschlagenen Ergebnis. Wohl galt es, ein Ersatzrecht für die dahingefallene Ehehaftenordnung zu schaffen. Das Ziel des Gesetzes von 1832 erschöpfte sich aber nicht darin. Die ehehaften Rechte wurden nicht nur beseitigt, weil BGE 93 I 638 S. 643 sie nicht mehr in die neue Zeit passten; vielmehr ging es darum, durch die Abschaffung der Privilegien den Weg für eine Industrialisierung des Kantons überhaupt frei zu machen (vgl. BRUNO MEYER, Die thurgauischen Wasserrechte, ZSR 1940, S. 168). Wie dem Ingress des Gesetzes zu entnehmen ist, setzte sich dieses zum Ziel, die einmal geschaffene Freiheit "gegen Missbrauch" zu schützen. Solche Missbräuche waren vor allem auf dem Gebiete der Wasserkraftnutzungen zu erwarten. Da eine bestimmte Wasserkraft nur einmal genutzt werden kann, bestand hier die Gefahr gegenseitiger Behinderung und eines Kampfes aller gegen alle. Somit hatte das Gesetz von 1832 zwar die dahingefallene traditionelle Rechtsordnung durch eine andere zu ersetzen. Es gab aber keinen vernünftigen Grund, dabei stehen zu bleiben. Nicht nur Nutzungen der Wasserkraft, sondern auch andere Wassernutzungen konnten der Industrialisierung dienen. Es ist deshalb nicht anzunehmen, der Gesetzgeber habe jene andern Wassernutzungen von der Freigabe ausschliessen wollen. c) Nach dem Wortlaut bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Gesetz auf die fliessenden Gewässer beschränkt gewesen sein soll. § 1 spricht davon, "öffentliche Gewässer nach Erfordernis zu benutzen". Solche Nutzungen konnten sich auch auf den Bodensee beziehen. d) Angesichts des klaren gesetzgeberischen Zieles, Handel und Gewerbe zu fördern, muss somit angenommen werden, das Gesetz von 1832 habe Sondernutzungen jeglicher Art an fliessenden und stehenden Gewässern ermöglichen wollen. Gestützt auf jenes Gesetz konnte daher auch ein Recht auf Wasserentnahme aus dem Bodensee okkupiert werden.

E. 3

Ob die im Jahre 1832 geschaffene Möglichkeit, Wassernutzungsrechte als Privatrechte zu okkupieren, noch in der Zeit zwischen 1890 und 1895 bestand, ist vorliegend ebenfalls umstritten. a) In seinem Entscheid i.S. Spinnerei Murkart c. Thurgau (BGE VII 571 ff.) hat das Bundesgericht die Zulässigkeit der Okkupation von Wasserkraftnutzungsrechten an einem Fluss bejaht. Andererseits ging die thurgauische Gerichtspraxis offenbar dahin, die im Gesetz von 1832 enthaltene Ordnung "im Anschluss an das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich" in ein öffentlich-rechtliches Verleihsystem umzugestalten (vgl. Begleitbericht des Obergerichts zu einem am 25. März BGE 93 I 638 S. 644 1877 vom Volke verworfenen Wassernutzungsgesetz). Wie MEYER gezeigt hat (a.a.O. S. 180), ging man auch an den gegenteiligen Feststellungen des genannten Bundesgerichtsentscheides

einfach vorbei. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass eine Gerichtspraxis allein eine Rechtsänderung nicht zu bewirken vermochte. Zur Entstehung eines gesetzesändernden Gewohnheitsrechts fehlte in jedem Falle die Rechtsüberzeugung der von den angewandten Grundsätzen Betroffenen. Niemand konnte nämlich ernstlich daran zweifeln, dass das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich eine vom Gesetz von 1832 völlig abweichende Ordnung enthielt und in keinem Fall thurgauisches Recht zu ändern vermochte. Über dessen Inhalt konnte zumindest nach dem Entscheid des Bundesgerichts i.S. Murkart aus dem Jahre 1881 keine Unsicherheit mehr bestehen. Dass eine solche auch nicht bestand, ergibt sich aus der Botschaft des Regierungsrates vom 20. August 1864 zum Gesetz über die Gewässerkorrektur (vgl. MEYER a.a.O. S. 177). Dort wurde u.a. ausgeführt: "Daraus folgern wir, dass jede Art und Weise, die öffentlichen Gewässer zu gebrauchen, im Zweifel so lange als zulässig erachtet werden muss, dass sie nicht ausdrücklich verboten ist und im besondern nicht den Rechten Dritter Eintrag geschieht...". Der Regierungsrat war also auch noch damals nicht der Auffassung, Sondernutzungen an öffentlichen Gewässern seien durch Verleihung zu begründen. Und er strebte eine solche Ordnung nicht einmal für die Zukunft an, d.h. für den Entwurf über die Gewässerkorrektur, der 1866 Gesetz wurde. b) Nach Auffassung des Beklagten haben zwei Ereignisse nach 1862 eine Änderung des Rechtszustandes herbeigeführt. aa) Im Gesetz vom 29. Mai 1866 über den Unterhalt und die Korrektur der öffentlichen Flussgewässer soll die Okkupation durch die Verleihung ersetzt worden sein. Indessen lässt der Wortlaut des genannten Erlasses dies zumindest nicht erkennen. Sodann war nach der Botschaft des Regierungsrates (vgl. lit. a hievor) eine entsprechende Änderung auch nicht beabsichtigt. Abgesehen davon bezog sich das Gesetz von 1866 seinem Text nach nur auf Flussgewässer, also nicht auf den Bodensee. Das Gesetz von 1866 über den Unterhalt und die Korrektur der öffentlichen Flussgewässer änderte daher nichts BGE 93 I 638 S. 645 an der Möglichkeit, auf Grund des Gesetzes von 1832 am Bodensee Wassernutzungsrechte zu erwerben. bb) Das zweite rechtsändernde Ereignis sieht der Beklagte in der Neufassung des Wortlauts des Gesetzes von 1832 in der revidierten Sammlung der thurgauischen Gesetze. In der Tat nahm das thurgauische Obergericht anlässlich der Neuherausgabe des Gesetzes von 1832 verschiedene Textänderungen vor. Die §§ 17 ff. (Abschnitt "Wasserwerke") wurden ganz weggelassen und der Wortlaut der §§ 1 - 6 umgestaltet. Es scheint, das Obergericht habe auf diese Weise versuchen wollen, den Rechtszustand demjenigen des Kantons Zürich anzugleichen. Jedenfalls wurden in § 1 die Worte "... sowie die öffentlichen Gewässer nach Erfordernis zu benutzen..." weggelassen. Da jedoch nicht der § 1, sondern nur der völlig neu formulierte (hier bedeutungslose) § 6 dem Veto des Volkes unterbreitet wurde, vermochte diese Modifikation des Gesetzestextes keine Rechtsänderung herbeizuführen. Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes von 1832 wurde denn auch erst im EG zum ZGB aufgehoben.

E. 4

Stand mithin das Gesetz von 1832 über die Ausübung der Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit, welches den okkupationsweisen Erwerb von privaten Wassernutzungsrechten am Bodensee zuliess, auch in der Zeit zwischen 1890 und 1895 noch in Kraft, so bleibt zu prüfen, ob eine Okkupation durch den Rechtsvorgänger der Klägerin wirklich stattgefunden hat. a) Dies war nicht der Fall, wenn die Firma Signer dem Bodensee nur im Rahmen des damals zulässigen Gemeingebrauchs Wasser entnommen hat. Zumindest nach herrschender Lehre und Rechtsprechung hat die Zulassung zum Gemeingebrauch nicht die Natur eines subjektiven Rechts (FLEINER, Institutionen 8. Aufl.

S. 374; RUCK, Schweiz. Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bd. I S. 147, BGE 79 I 205 ; a.M. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 9. Aufl. S. 362/3). Im Umfang eines noch zulässigen Gemeingebrauchs kann daher kein Recht ersessen oder okkupiert werden. Allerdings sind die Grenzen des Gemeingebrauchs nicht leicht zu bestimmen. Einerseits soll er derart beschaffen sein, dass er andere am Gebrauch der gleichen Sache nicht hindert, andererseits ist auf den üblichen Gebrauch abzustellen (FLEINER a.a.O. S. 374, BGE 75 I 14). Ob die Entnahme von 5000 Minutenlitern (auf diese Menge haben sich die Parteien geeinigt) BGE 93 I 638 S. 646 andere daran hindern konnte, am Bodensee Gleiches zu tun, erscheint als fraglich. Es kann aber insofern offen bleiben, als allgemein das Beanspruchen einer solchen Wassermenge nicht mehr zum Gemeingebrauch gezählt wird (vgl. auch BGE 75 I 14). Als die Firma Signer im Jahre 1890 ihr Pumpwerk mit einer immerhin beachtlichen Leistung errichtete, stellte ihr Unterfangen für jene Zeit etwas Aussergewöhnliches dar. Von einer üblichen Gewässernutzung konnte keine Rede sein. Albert Signer hat - ob er sich dessen bewusst war oder nicht, ist unerheblich - mit der Errichtung der genannten Anlage ein Sonderrecht in Anspruch genommen. Es fand dadurch eine Okkupation im Sinne des § 1 des Gesetzes von 1832 statt. b) Wie erwähnt, haben sich die Parteien über den Umfang der dem See entnommenen Wassermenge auf 5000 Minutenliter geeinigt. In den Rechtsschriften hatte die Klägerin anerkannt, dass nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 21. Mai 1895 über die Korrektur und den Unterhalt der öffentlichen Gewässer (das sich auch auf den Bodensee bezieht) keine Okkupation mehr möglich gewesen sei. In der vorbereitenden Verhandlung behielt sich die Klägerin jedoch vor, geltend zu machen, die Okkupation habe zumindest bis zur Aufhebung des Gesetzes von 1832 im EG/ZGB ergänzt werden können. Wie es sich damit verhält, kann indessen dahingestellt bleiben. Die Klägerin behauptet nämlich nicht, die Pumpanlage sei vor 1912 vergrössert worden. Dies geschah anscheinend erst in den Jahren 1915/17 und 1946. c) Der Beklagte wendet ein, eine Okkupation habe nicht stattgefunden, da nach den gemachten Erhebungen das Bewilligungsverfahren gemäss § 19 des Gesetzes von 1832 nie durchgeführt worden sei. Die Klägerin konnte ein solches Verfahren in der Tat nicht nachweisen. Wohl sah das Gesetz von 1832 in § 19 ein Bewilligungsverfahren vor, das der Feststellung konkurrierender älterer Rechte diene. Doch kam diesem Verfahren keine konstitutive Wirkung zu, denn es heisst in § 17 ausdrücklich, dass die Okkupation "keiner besondern amtlichen Bewilligung" bedürfe. War aber nach dem Gesagten das Gesetz von 1832 auf Wassernutzungsrechte jeder Art anwendbar, so galt dies notwendigerweise auch für die §§ 17 und 19. Wer es unterliess, das Bewilligungsverfahren durchzuführen, hatte lediglich später mit den BGE 93 I 638 S. 647 Angriffen besser Berechtigter zu rechnen. Abgesehen davon war das okkupierte Privatrecht jedoch gültig. Im vorliegenden Fall waren konkurrierende Rechte Dritter zum vornherein nicht zu befürchten. Es wurden denn auch in den über 70 Jahren seit der Begründung des privaten Wasserentnahmerechts keine derartigen Ansprüche geltend gemacht.

E. 5

Über die Tatsache, dass der Staat die Wasserentnahme für den Betrieb eines damals und heute grösseren Industrieunternehmens bis 1964 in keiner Weise hinderte oder erschwerte, könnte ohnehin nicht leicht hinweggegangen werden. Das von A. Signer eingerichtete Pumpwerk war für die damalige Zeit einzigartig und wohl geeignet, auch die Aufmerksamkeit des Inhabers der Gewässerhoheit auf sich zu ziehen. Der Staat hatte zumindest über das Fabrikinspektorat Einblick. Wenn er bis 1964 die Durchführung eines Bewilligungsverfahrens nicht für nötig erachtete, kann er nunmehr hinsichtlich der 5000

m/l nicht darauf zurückkommen. Es wäre vielmehr ein stillschweigender Verzicht anzunehmen. Übrigens erhielt die Firma Signer ausdrücklich die Bewilligung, das Wasser unter der Staatsstrasse durchzuführen und an dieser ein Reservoir zu erstellen. Es fällt schwer anzunehmen, die Herkunft des Wassers sei dabei nicht bekannt gewesen. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.