

BGE 95 I 243

Bundesgericht (BGE), 1969-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_95 I 243](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_95_I_243)

FR: ATF 95 I 243

IT: DTF 95 I 243

Regeste

Regeste Nutzung öffentlicher Gewässer. Ist ein Gewässer nach dem kantonalen Recht öffentlich und steht es im Gemeingebrauch, obwohl der Boden, den es bedeckt (Strandboden, Flussbett), Privateigentum der Anstösser ist, so ist, wenn ein Anstösser durch Ausbaggerung eines Hafenbeckens weitere Teile seines Grundstücks unter Wasser setzt, anzunehmen, dass dieses Wasser ebenfalls Teil des öffentlichen Gewässers ist und im Gemeingebrauch steht (Erw. 2). Das ständige Stationieren von Booten in diesem Wasser kann dann als konzessionspflichtige Sondernutzung betrachtet werden (Erw. 3). Gewaltentrennung. Gebühren. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage gilt nicht nur für Verwaltungsgebühren, sondern auch für Konzessions- oder Nutzungsgebühren (Erw. 4).

Erwägungen

E. 1

(Prozessuales).

E. 2

Im Entscheid vom 23. September 1963 hat der Regierungsrat die streitige Konzession "für die Nutzung von öffentlichem Wasser für den Schiffsbetrieb im Gondelhafen und dem Gewässergebiet (Aach)" erteilt und die Konzessionspflicht in den Erwägungen damit begründet, dass "die Nutzung des Wassers für diesen privaten Gondelhafen aus dem See und dem Aachlauf" zweifellos über den Gemeingebrauch hinausgehe. Aus diesen Wendungen könnte man schliessen, dass der Regierungsrat das Hineinfließenlassen von Wasser aus der Aach in das auf dem Grundstück des Beschwerdeführers ausgehobene Hafenbecken als konzessionspflichtige Sondernutzung eines öffentlichen Gewässers betrachtete. Aus dem Wiedererwägungsentscheid vom 9. Juli 1968 ergibt sich indes, dass BGE 95 I 243 S. 247 sich die Konzessionspflicht nicht hierauf, sondern auf das "ständige Stationieren der Boote auf dem Wasser eines öffentlichen Gewässers" bezieht und auf der Annahme beruht, dass das im Hafenbecken befindliche Wasser als öffentliches Gewässer bzw. Teil eines solchen im Gemeingebrauch stehe. Der Beschwerdeführer verweist demgegenüber auf sein unbestrittenes Privateigentum am Grundstück, auf dem sich der Hafen befindet, und macht geltend, dieses Privateigentum schliesse einen Gemeingebrauch an dem das Hafenbecken ausfüllenden Wasser aus, gleichgültig ob das Wasser als öffentliches Gewässer zu gelten habe oder nicht. Diese nicht näher begründete Behauptung ist jedoch nicht geeignet, die gegenteilige Annahme des Regierungsrates zu widerlegen. Einmal schliessen sich Privateigentum an einem Grundstück und Gemeingebrauch nicht von vornherein aus, wie das Bundesgericht erst kürzlich für ein Strassengrundstück festgestellt hat (BGE 94 I 574 Erw. 2 a). Sodann ist die Umschreibung der öffentlichen Gewässer, die gemäss Art. 664 ZBG unter der Hoheit des Kantons stehen, Sache des kantonalen Rechts; dieses kann auch ein im Privateigentum stehendes Gewässer als

öffentlich erklären (HAAB N. 26 und MEIER-HAYOZ N. 108 zu Art. 664 ZGB) und kann daher auch bestimmen, dass Privatgrundstücke insoweit, als sie vom Wasser eines öffentlichen Gewässers überflutet werden, den besondern, aufgrund der Gewässerhoheit erlassenen Normen unterstehen. Es fragt sich, wie die Rechtslage in dieser Beziehung im Kanton Thurgau ist. Der Regierungsrat hat für den Strand des Bodensees bereits im Jahre 1929 den Standpunkt eingenommen, dass, wenn und soweit der See den privaten Strandboden bedecke, sich das öffentliche Gewässer über diesen Boden erstrecke und die Wasserfläche über demselben dann als Teil des öffentlichen Gewässers dem Gemeingebrauch (Kleinschiffahrt, Baden, Fischen usw.) offen stehe. Das Bundesgericht hat dieser Auffassung in BGE 56 I 266 ff. beigeplichtet und festgestellt, dass demnach die Befugnisse des Eigentümers am privaten Strandboden, wenn und soweit dieser vom öffentlichen Gewässer überspült sei, sehr abgeschwächt seien und er dort nichts unternehmen dürfe, was geeignet sei, den Gemeingebrauch zu hindern oder zu stören. Nun lässt sich der private Strandboden des Bodensees freilich nicht ohne weiteres mit Grundstücken an Flussufern und BGE 95 I 243 S. 248 den auf solchen Grundstücken erstellten Hafenanlagen vergleichen. Gleichwohl ist die Rechtslage bei ihnen jedenfalls im fraglichen Gebiet der Aach eine ähnliche. In den meisten Kantonen steht das Bett eines fließenden öffentlichen Gewässers im Eigentum des Gemeinwesens und bestimmt das kantonale Recht, ob der mittlere oder der höchste Wasserstand die Grenze zwischen dem öffentlichen Gewässer und den privaten Ufergrundstücken bilde (vgl. BGE 93 II 177 /78 und dort angeführtes Schrifttum). Im Kanton Thurgau dagegen ist das Gewässerbett häufig privates Eigentum der Anstösser und gehört nur das darüberfließende Wasser zum öffentlichen Gewässer, steht also das Gewässerbett unter privatem, das Gewässer selbst unter öffentlichem Recht (ZÜLLIG, ZBGR 26/1945 S. 236/7). Diese Rechtslage, die im Kanton Appenzell A. Rh. die Regel bildet (ZBGR 8/1927 S. 32) und als mit dem Bundeszivilrecht vereinbar betrachtet wird (MEIER-HAYOZ N. 154 zu Art. 664 ZGB), gilt auch für die Aach. Obwohl diese nach § 1 GKG zu den öffentlichen Gewässern gehört, ist ihr Bett privates Eigentum der Anstösser, wobei die Mitte die Grenze bildet. Nach dem bei den Akten befindlichen Auszug aus dem Grundbuchplan erstreckt sich denn auch die Parzelle Nr. 2165 des Beschwerdeführers in nördlicher Richtung bis zur Mitte der Aach. Dieses sein privates Eigentum am Gewässerbett schliesst zweifellos den Gemeingebrauch am darüber fließenden Wasser der Aach nicht aus. Dann ist es aber, wenn ein Anstösser durch Abgraben des Ufers oder, wie hier, durch Ausbaggerung eines Hafenbeckens, weitere Teile seines Grundstücks unter Wasser setzt, folgerichtig, dieses Wasser ebenfalls als Teil des öffentlichen Gewässers zu betrachten und anzunehmen, dass es ungeachtet des privaten Eigentums am darunter befindlichen Boden im Gemeingebrauch stehe und der Anstösser auf eine über diesen hinausgehende Nutzung ebensowenig Anspruch habe als ein Dritter. Man könnte sich fragen, ob diese Annahme sich im vorliegenden Falle nicht schon deshalb rechtfertige, weil es sich beim Hafenbecken des Beschwerdeführers nicht um eine völlig neue Anlage handelt, befand sich doch dort schon früher ein Tümpel, der ein Überrest des früheren Aachlaufs war, mit dem neuen Lauf in Verbindung stand und daher als Teil der Aach, d.h. eines öffentlichen Gewässers gelten konnte. Wie dem auch sei, konnte der Beschwerdeführer den nun bestehenden Bootshafen nur dadurch schaffen, dass er BGE 95 I 243 S. 249 Wasser der Aach in das ausgebaggerte Becken fließen liess, was nach dem Gesagten zur Folge hatte, dass dieses sein Privateigentum bedeckende Wasser als Teil eines öffentlichen Gewässers im Gemeingebrauch steht und unter das GKG und die darauf beruhenden Vorschriften der VV fällt. Diese sich aus dem thurgauischen Recht ergebende

Folge verstösst nicht gegen die Eigentumsgarantie, da der Beschwerdeführer diese Beschränkung seines Eigentums durch Ausbaggerung seines Grundstücks und Überflutung desselben mit Wasser aus einem öffentlichen Gewässer selber herbeigeführt, also freiwillig auf sich genommen hat.

E. 3

Geht man davon aus, dass das Wasser im Hafenbecken des Beschwerdeführers Teil eines öffentlichen Gewässers ist und im Gemeingebrauch steht, so ist die Annahme des Regierungsrates nicht zu beanstanden, dass das ständige Stationieren von Booten in diesem Hafen über den Gemeingebrauch hinausgehe und einer Bewilligung bedürfe. Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch für den Fall, dass das Hafenbecken im Gemeingebrauch stehen sollte, nicht, dass das ständige Stationieren von Booten über diesen hinausgehe, noch dass es sich dabei nicht bloss um gesteigerten Gemeingebrauch, sondern um Sondernutzung handle und daher dafür eine Verleihung (Konzession) erforderlich sei. Ebensovienig macht er geltend, dass die Konzessionspflicht, die der Regierungsrat im Entscheid vom 23. September 1963 aus § 5, in der Beschwerdeantwort überdies aus § 3 VV ableitet, einer gesetzlichen Grundlage ermangle. Diese Rüge wäre übrigens, obwohl sich die §§ 3 und 5 VV kaum auf § 4 GKG stützen können, der sich nur auf Wasserwerke bezieht, unbegründet, denn das Bundesgericht hat stets angenommen, dass die Kantonsregierung, welche die staatliche Aufsicht über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ausübe, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage befugt sei, zu prüfen, ob eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung mit diesem vereinbar sei, und die für eine solche Nutzung erforderliche Bewilligung oder Konzession zu erteilen (vgl. BGE 73 I 217, BGE 75 I 15, BGE 81 I 86, BGE 88 I 25 Erw. 7 a.E.). Dagegen ficht er die Zulässigkeit der vom Regierungsrat auf Fr. 200.-- jährlich festgesetzten Konzessionsgebühr an.

E. 4

Er bestreitet die Verfassungsmässigkeit dieser Gebühr aus verschiedenen Gründen. Es ist angezeigt, in erster Linie den grundsätzlichen Einwand zu prüfen, dass eine solche BGE 95 I 243 S. 250 Gebühr einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, eine solche aber nicht vorhanden sei. a) Im angefochtenen Entscheid wird zur Begründung des Standpunkts, eine solche Grundlage sei nicht erforderlich, ausgeführt, das Bundesgericht habe im Urteil BGE 93 I 638 ff. "durchblicken lassen", dass es nicht einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedürfe, um Gebühren für die Sondernutzung öffentlicher Gewässer bzw. aller öffentlichen Sachen im engern Sinne zu erheben. In der Beschwerdeantwort wird diese Behauptung zu Recht nicht mehr aufgestellt, denn es ist nicht ersichtlich, wo in jenem Urteil etwas derartiges angedeutet worden wäre. Dagegen wird die Befreiung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage in der Beschwerdeantwort aus der Rechtsnatur der Konzession, d.h. daraus abgeleitet, dass deren "Vertragscharakter - namentlich der Sondernutzungskonzession - unverkennbar und allgemein anerkannt" sei; ferner wird in der Beschwerdeantwort, wie schon im angefochtenen Entscheid, behauptet, daraus, dass der Staat zur Erteilung einer Konzession nicht verpflichtet sei, folge sein Recht, Bedingungen und Auflagen, also auch die Benutzungsgebühren, frei festzusetzen. Dem kann jedoch nicht beigelegt werden. Die in BGE 80 I 246 (und BGE 81 I 86) enthaltenen Bemerkungen über das vertragliche Element innerhalb der Konzession beziehen sich auf diejenigen Konzessionsbestimmungen, in denen gegenseitige Rechte und Pflichten in freier Vereinbarung festgelegt worden sind, im Gegensatz zu solchen, die einseitig durch die

Behörde verfügt worden sind. Nur unter dieser Voraussetzung, d.h. soweit gegenseitige Rechte und Pflichten in freier Vereinbarung festgelegt werden, lassen die vom Regierungsrat zitierten Ausführungen IMBODENS (Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 1958 S. 167a ff., insbesondere 170/71a) den durch die Konzession begründeten Beziehungen vertraglichen Charakter zu. Hieraus lässt sich für die streitige Konzessionsgebühr nichts zur Stütze des angefochtenen Entscheids ableiten, da der Regierungsrat diese Gebühr einseitig festgesetzt hat. Für den Verfügungsmässig begründeten Inhalt der Konzession aber gilt, ohne Rücksicht darauf, ob ein Anspruch auf Erteilung der Konzession besteht, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Danach bedürfen die einem Verwaltungsakt beigefügten Bedingungen und Auflagen einer gesetzlichen Grundlage BGE 95 I 243 S. 251 (BGE 88 I 215 , BGE 93 I 258) und dürfen insbesondere öffentliche Abgaben, mit Ausnahme blosser Kanzleitägen, nur beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen und lediglich in dem vom Gesetz festgelegten Umfang erhoben werden. Das Bundesgericht hat nicht nur für Steuern, sondern auch für Gebühren stets eine gesetzliche Grundlage gefordert (BGE 82 I 27 , BGE 83 I 87 , BGE 93 I 634) und erklärt, die Bestimmung ihrer Höhe dürfe im Rechtsstaat nicht der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen bleiben (BGE 83 I 87). Das gilt nicht nur für Verwaltungsgebühren, auf die sich die angeführten Urteile beziehen, sondern auch für Benutzungsgebühren, wie sie hier in Frage stehen; auch diese bedürfen stets einer gesetzlichen Grundlage (IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl. Nr. 412 IV). b) Für den Fall, dass es einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, behauptet der Regierungsrat zu Unrecht, sie sei vorhanden. Das GKG enthält, wie die Beschwerdeantwort anerkennt, keine Bestimmung, die den Regierungsrat als Vollzugsbehörde ermächtigen würde, Konzessionsgebühren oder Gebühren für eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung öffentlicher Gewässer zu erheben. Die Verordnung des Grossen Rates vom 26. Januar 1948 über die Gebühren der Verwaltungsbehörden, nach deren § 2 der Regierungsrat für "Entscheide, Beschlüsse, Verfügungen und andere Verrichtungen in Verwaltungssachen und Verwaltungsstreitigkeiten" Gebühren von Fr. 10 bis 1000 erheben kann, wird von ihm mit Recht nicht angerufen, denn sie bezieht sich nur auf Gebühren für solche Amtshandlungen, nicht auf Konzessions- oder Benutzungsgebühren. Der Regierungsrat stützt sich auf § 18 VV und erblickt die gesetzliche Grundlage dieser Bestimmung im Gesetz vom 16. Januar 1919 betreffend das kantonale Besoldungs- und Gebührenwesen. Nach § 1 dieses Gesetzes ist der Grosse Rat allgemein ermächtigt, auf Antrag des Regierungsrates "die in die Staatskasse fallenden Gebühren festzusetzen". Im Hinblick hierauf hat der Regierungsrat den § 18 der VV vom 9. Dezember 1946 zum GKG, der die Erhebung von Gebühren vorsieht, dem Grossen Rat zur Genehmigung unterbreitet, die am 2. April 1947 erteilt wurde. Nach § 18 Abs. 3 und 4 beträgt die einmalige Verleihungsgebühr für Wasserkraftnutzungsrechte 10 bis 20 Franken pro Brutto-Pferdekraft und diejenige für die Nutzung von Grundwasser 1 bis 5 Franken pro Minutenliter. Diese BGE 95 I 243 S. 252 Gebühren haben infolge der Genehmigung des § 18 VV durch den Grossen Rat und der diesem in § 1 des Gesetzes vom 16. Januar 1919 erteilten Befugnis eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Dagegen fehlt es an einer solchen für die Erhebung weiterer Gebühren. § 18 Abs. 2 VV bestimmt zwar, für die Verleihung neuer und die Erweiterung bestehender Wasserrechte, Konzessionen und Bewilligungen sei eine Verleihungsgebühr zu entrichten, bei deren Festsetzung Zweck, volkswirtschaftliche Bedeutung und wirtschaftliches Interesse an der Nutzung zu berücksichtigen seien. Diese Bestimmung genügt aber trotz ihrer Genehmigung durch den Grossen Rat den

Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage nicht, da, wie in BGE 83 I 87 ausgeführt ist, das Gesetz oder die von ihm abgezwigte Verordnung auch den Gebührentarif festzusetzen hat und die Bestimmung der Höhe der Gebühr nicht der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen darf. Sofern der Regierungsrat für das ständige Stationieren von Booten in öffentlichen Gewässern Benutzungsgebühren erheben will, hat er diese in der VV oder in einem besondern Erlass ziffernmässig festzusetzen und hierauf die Genehmigung des Grossen Rates einzuholen. Bis diese vorliegt, besteht keine gesetzliche Grundlage für die Erhebung derartiger Gebühren, weshalb der angefochtene Entscheid insoweit, als er den Beschwerdeführer zur Bezahlung einer solchen Gebühr verpflichtet, wegen Verletzung des Art. 4 BV und des Grundsatzes der Gewaltentrennung aufzuheben ist. Dispositiv

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