

# **BGE 96 I 282**

Bundesgericht (BGE), 1970-06-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_96 I 282](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_96_I_282)

FR: ATF 96 I 282

IT: DTF 96 I 282

## **Regeste**

Regeste Feststellung der bestrittenen Rechte aus einer Sondernutzungskonzession (Art. 69 Abs. 2 EntG). Kantonale Konzession, die den Inhaber eines Textilveredlungsbetriebes zeitlich unbeschränkt zur unentgeltlichen Benutzung des Wassers eines Baches als Brauchwasser berechtigt und als selbständiges und dauerndes Recht im Grundbuch eingetragen ist. Auslegung der Konzession nach Treu und Glauben (Erw. 4). Bedeutung der in der Konzession enthaltenen Klausel, nach der sich die Konzessionsbehörde vorbehält, die Konzession jederzeit aufzuheben, wenn das öffentliche Interesse es erfordert (Erw. 5 a, b). Eine die bestimmungsgemässe Verwendung des Wassers beeinträchtigende Verschmutzung infolge der Bauarbeiten für die Nationalstrasse bildet einen Enteignungstatbestand, der den Kanton zur Entschädigung verpflichtet (Erw. 5 c).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien haben sich schon vor der ESchK über die Höhe der gegebenenfalls zu leistenden Entschädigung geeinigt. Streitig und im vorliegenden Weiterzugsverfahren zu beurteilen ist einzig, ob der Beklagte entschädigungspflichtig ist. Dabei geht es um eine reine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht ohne Beizug von Experten zu beurteilen ist. In solchen Fällen wird nach der Praxis von der Zustellung eines Urteilsentwurfes des Instruktionsrichters nach Art. 84 EntG abgesehen und die Sache unmittelbar durch das Bundesgericht entschieden ( BGE 82 I 56 E. 2, BGE 88 I 194 E. 1).

### **E. 2**

Mit dem angefochtenen Entscheid hat die ESchK zunächst festgestellt, dass die Klägerin ein wohlerworbenes, unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehendes Recht besitzt, das Wasser des Horgener Dorfbaches als Brauchwasser in ihrem Textilveredlungsbetrieb zu benutzen. Sodann hat sie entschieden, dass der Kanton Zürich verpflichtet ist, die Klägerin zu entschädigen für die Beeinträchtigung der Wasserqualität, die infolge der Veränderung am Oberlauf des Baches eingetreten ist. Zur Beurteilung der ersten Frage war die ESchK nur zuständig, weil ihr die Parteien den Entscheid hierüber im Sinne von Art. 69 Abs. 2 EntG übertragen haben. Das hat nach dieser Bestimmung zur Folge, dass auch der Entscheid über diese Frage beim Bundesgericht anfechtbar ist. Er bildet im vorliegenden Rechtsstreit sogar die Hauptsache, weil der Schaden und der Kausalzusammenhang zwischen ihm und den Bauarbeiten des Kantons nicht bestritten sind und die Parteien die Höhe der Entschädigung für den Fall, dass der Kanton ersatzpflichtig sein sollte, durch den Teilvergleich vom 21. Januar 1969 festgelegt haben.

### **E. 3**

Die Klägerin machte vor der ESchK zur Begründung ihres Entschädigungsanspruchs geltend, sie besitze ein 150 Jahre altes, wohlverworbenes Recht auf Wasserbenutzung, und dieses Recht habe der Kanton Zürich verletzt. Der Beklagte bestreitet das Bestehen eines wohlverworbenen Rechts und beruft sich dafür auf den Inhalt der Konzession vom 8. Juli 1943, welche diejenige vom 26. Juli 1917 ersetzte. Als diese frühere Konzession erteilt wurde, hatten die Rechtsvorgänger der Klägerin das Wasser des Horgener Dorfbaches schon etwa 100 Jahre lang für ihren Textilveredlungsbetrieb BGE 96 I 282 S. 287 als Brauchwasser verwendet, und zwar, wie nicht streitig ist, ohne dafür eine Abgabe zu bezahlen. Der Umstand, dass die Konzession von 1917 zeitlich unbeschränkt und dass danach keine Benutzungsgebühr zu entrichten war, spricht dafür, dass die bisherige Wassernutzung aufgrund eines Rechts erfolgte. Was für ein Recht dies war, ist allerdings nicht abgeklärt. Nach der Weiterziehungsbegründung ist es möglich, dass es sich um eine privatrechtliche Dienstbarkeit (nach altem kantonalen Recht) handelte; auch ein sog. ehehaftes Recht erscheint nicht als ausgeschlossen. Wie es sich damit verhielt, kann jedoch dahingestellt bleiben. Seit der Verleihung von 1917, die unangefochten blieb, bildete diese die Rechtsgrundlage der Wasserbenutzung und ersetzte, wie im RRB vom 7. September 1944 zutreffend ausgeführt ist, ein bisher allfällig bestehendes ehehaftes (oder anderes) Recht. An die Stelle der Verleihung von 1917 ist dann diejenige von 1943 getreten, die ebensowenig mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten wurde. Seither bestimmte sich die Rechtslage der Klägerin, was die Benützung des Dorfbachwassers als Brauchwasser betrifft, nach der zweiten Konzession von 1943. Von ihr ist auch bei der Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites auszugehen.

#### **E. 4**

Die Konzession von 1943 sichert, wie der Kanton Zürich mit Recht geltend macht, der Klägerin weder ein minimales Wasserquantum noch eine minimale Wasserqualität zu. Es wird ihr einfach gestattet, dasselbe Wasser aus dem Dorfbach, mit dem sie Strom erzeugen darf, auch noch als Brauchwasser für die Bedürfnisse ihres Textilveredlungsbetriebes zu verwenden. Diese Bewilligung erstreckt sich, wie aus Erw. 3 des RRB vom 7. September 1944 hervorgeht, auf das gesamte Bachwasser. Inbezug auf die Qualität enthält die Konzession zwar eine Vorschrift, aber ausschliesslich zulasten der Klägerin: die nach der doppelten Benutzung abgeleiteten Abwässer dürfen "keine schädigenden Einwirkungen ausüben und insbesondere den Fischbestand der Gewässer, in die sie gelangen, nicht gefährden" (Ziff. I b 2). Mit der Feststellung, dass die Konzession keine ausdrückliche Gewähr für die Qualität des der Klägerin zufließenden Wassers enthält, ist jedoch noch nicht gesagt, dass keine solche Gewähr besteht, und noch weniger, dass der Kanton berechtigt ist, die Qualität des Wassers durch eigene Vorkehren zu verschlechtern oder sie durch Dritte verschlechtern zu lassen. Vielmehr ist zu prüfen, BGE 96 I 282 S. 288 ob sich eine Gewähr für die Qualität des Wassers oder doch ein Verbot der Verschlechterung derselben aus dem übrigen Inhalt der Konzession ableiten lässt. Zu diesem Zweck ist die Konzession auszulegen. Dabei fällt neben dem Inhalt des RRB vom 8. Juli 1943 und des ihn ergänzenden RRB vom 7. September 1944 auch die Konzession vom 26. Juli 1917 in Betracht, denn bei der Erteilung der Konzession von 1943 ging es, wie im RRB vom 7. September 1944 ausgeführt wird, im wesentlichen nur um die Bereinigung oder Neufassung derjenigen von 1917. Wiewohl das Bundesgericht nach bisheriger Rechtsprechung die Konzession als einseitigen staatlichen Hoheitsakt versteht ( BGE 65 I 313 ), schliesst es nicht aus, dass ihr Inhalt, soweit er nicht durch zwingende Regeln des öffentlichen Rechts vorausbestimmt ist, durch Vereinbarung zwischen dem Konzedenten und dem

Konzessionär festgelegt wird ( BGE 80 I 246 ). Insofern ist die Konzession "einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar" ( BGE 57 I 334 /35). Dass ein Rechtssatz des Zürcher Rechts bei Brauchwasserkonzessionen die Gewähr einer bestimmten Wasserqualität ausschliesse oder aber eine solche Gewähr vorschreibe, wird von keiner Seite behauptet. Es wäre daher zulässig gewesen, in die der Klägerin erteilten Konzessionen eine Bestimmung über die Qualität des Wassers aufzunehmen. Da dies nicht geschehen ist, weist die Konzession eine Lücke auf, die vom Richter auszufüllen ist. Dabei fragt sich, wie das Problem der Wasserqualität bei der Verleihung von 1943 geordnet worden wäre, wenn es sich schon damals gestellt hätte, d.h. welche Ordnung richtigen administrativen Gesichtspunkten und den Regeln von Treu und Glauben gemäss ist, im Rahmen des ganzen Konzessionsinhaltes einer angemessenen Interessenabwägung gerecht wird und insofern dem mutmasslichen Parteiwillen entspricht ( BGE 61 I 77 E. 4, BGE 78 I 389 , BGE 93 I 231 und 511/12; IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl. Nr. 332 VIII). Für die Auslegung der Konzession von 1943 fallen die "Allgemeinen Bedingungen für auf Zusehen hin bewilligte Wasserbenützungsanlagen" vom 4. März 1948, auf die der Beklagte verweist und die offenbar auch der von ihm angerufenen Auffassung von KURT SINTZEL (Die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeindegebrauch im Kanton BGE 96 I 282 S. 289 Zürich, Diss. 1962 S. 151) zugrunde liegen, schon deshalb ausser Betracht, weil die in der Konzession von 1943 als anwendbar erklärten "Allgemeinen Konzessionsbedingungen für Wasserrechte" mit den erst 5 Jahre später erlassenen nicht identisch sind und im Gegensatz zu diesen keinen Ausschluss jeglicher Gewähr für die Qualität des benützten Wassers enthalten. Davon abgesehen handelt es sich, wie nachher zu zeigen sein wird, bei der Konzession von 1943 nicht um eine "auf Zusehen hin" erteilte Bewilligung, sondern um die Einräumung eines Rechts, das zeitlich unbegrenzt ist und vom Regierungsrat nur unter einer bestimmten Voraussetzung wieder aufgehoben werden kann. Dass das Recht zur Wasserbenutzung für die Bedürfnisse des Textilveredlungsbetriebs der Klägerin in der Konzession von 1943 wie schon in derjenigen von 1917 zeitlich unbeschränkt und unentgeltlich verliehen wurde, dürfte seinen Grund darin haben, dass die Rechtsvorgänger der Klägerin das Wasser schon seit 1815 unentgeltlich zu diesem Zwecke benutzt hatten und manches dafür sprach, dass sie dies aufgrund einer privatrechtlichen Dienstbarkeit oder eines ehehaften Rechtes getan hatten. Wie dem auch sei, darfaus der Erteilung der Bewilligung geschlossen werden, dass der Regierungsrat die Fortführung eines sehr alten und auf die Benutzung des Wassers angewiesenen Industriebetriebes erleichtern wollte. Andererseits verbietet sich nach der ganzen Sachlage und insbesondere angesichts der Unentgeltlichkeit der gestatteten Benutzung die Annahme, dass der Regierungsrat mit der Erteilung der Konzession zulasten des Kantons eine im Text der Konzession nicht ausgesprochene Gewähr für die gleichbleibende Qualität des der Klägerin natürlich zufließenden Wassers übernehmen wollte. Das konnte die Konzessionärin nach Treu und Glauben unmöglich erwarten, umso weniger, als die Konzession nicht einmal zeitlich begrenzt war. Dagegen durfte sie, zumal da ihr das Recht zur Wasserbenutzung ausdrücklich für die Bedürfnisse ihres Textilveredlungsbetriebes eingeräumt wurde, nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass der Regierungsrat während der Dauer der Konzession weder selber etwas unternehmen werde, was das Wasser für den angegebenen Zweck unbrauchbar machen könnte, noch Dritten irgendwelche Vorkehren oder Massnahmen mit dieser Folge gestatten werde. Diese mit der Konzessionserteilung übernommene Pflicht, BGE 96 I 282 S. 290 die Qualität des der Klägerin natürlich zufließenden Wassers nicht in einer die bestimmungsgemässe Verwendung

verunmöglichten oder sie erheblich beeinträchtigenden Weise zu verändern noch verändern zu lassen, hat der Kanton durch die der Erstellung der Nationalstrasse dienenden Bauarbeiten im Einzugsgebiet des Baches verletzt. Ob dabei Fehler begangen oder nicht begangen wurden, braucht nicht geprüft zu werden. Indem der Kanton die Konzession bestehen liess, aber als Bauherr zeitweilig der Klägerin die Sondernutzung verunmöglichen liess, die er ihr als Konzedent zugestanden hatte, hat er sie enteignet. Er hat sie daher zu entschädigen, sofern durch die Konzession ein durch die Eigentumsgarantie geschütztes Recht begründet wurde.

## E. 5

Der Kanton Zürich bestreitet dies und beruft sich dabei auf § 33 (heute 62) WBG und insbesondere auf die in der Konzession von 1943 enthaltene Widerrufsklausel. a) Nach § 33 WBG können bestehende Wasserrechte, die weder auf beschränkte Zeit noch auf Zusehen oder mit dem Vorbehalt des Rückkaufs erteilt worden sind, nur auf dem Wege der freien Verständigung oder der Expropriation zurückgenommen werden. Diese Bestimmung spricht nicht für, sondern gegen den Standpunkt des Beklagten. Die Konzession von 1943 wurde, wie schon diejenige von 1917, auf unbeschränkte Zeit erteilt und enthält keinen Vorbehalt des Rückkaufs. Sie wurde auch nicht bloss auf Zusehen hin erteilt im Sinne einer "autorisation à bien plaire", wie sie HENRI ZWAHLEN in RDAF 25/1969 S. 161 ff. gekennzeichnet hat. Vielmehr muss daraus, dass der Regierungsrat angeordnet hat, die Konzession sei als "selbständiges und dauerndes Recht" ins Grundbuch einzutragen, geschlossen werden, dass mit ihr ein eigentliches Sondernutzungsrecht begründet werden wollte. Denn diese Eintragung hat nach Art. 655 ZGB zur Folge, dass das Recht "Gegenstand des Grundeigentums" wird, was jedenfalls das Bestehen eines wirklichen Rechtsverhältnisses im Gegensatz zu einem bloss prekaristischen Verhältnis voraussetzt, auch wenn die Eintragung am Inhalt und an der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechts nichts ändert (MEIER-HAYOZ N. 5 und 19 zu Art. 655 ZGB). Dass es sich nicht um eine bloss auf Zusehen hin erteilte Bewilligung handelt, ergibt sich auch daraus, dass sich der Regierungsrat eine Aufhebung der Konzession nur vorbehielt für den Fall, dass "das öffentliche BGE 96 I 282 S. 291 Interesse es erfordert, insbesondere dann, wenn der Reinigungsgrad des Abwassers den Anforderungen nicht entspricht". b) Der Beklagte behauptet, aufgrund dieser Klausel (gegen deren Aufnahme in die Konzession die Klägerin im Wiedererwägungsgesuch vom 10. August 1943 erfolglos protestiert hat) hätte der Regierungsrat die Konzession jederzeit entschädigungslos aufheben können, und dieser vollständigen Aufhebung gegenüber stelle die Verschmutzung des Wassers ein minus dar. Dieser Auffassung kann nicht beigezogen werden. Die Klausel nennt als Beispiel eines öffentlichen Interesses, das zur Aufhebung der Konzession berechtigt, einen mangelhaften Reinigungsgrad des Abwassers. Ob auch ein ganz anders geartetes öffentliches Interesse oder gar ein fiskalisches Interesse wie dasjenige an einer möglichst billigen Erstellung der Nationalstrasse die Aufhebung zu rechtfertigen vermag, erscheint zweifelhaft, und erst recht ist fraglich, ob die Konzession beim Vorliegen eines hinreichenden öffentlichen Interesses im Widerspruch zu § 33 WBG entschädigungslos aufgehoben werden könnte. Diese Fragen können indessen offen bleiben, da die Konzession vom Regierungsrat nicht aufgehoben worden ist und noch immer besteht. Auf keinen Fall haltbar ist die vom Beklagten vertretene Auffassung, in der Befugnis zur Aufhebung der Konzession sei das Recht enthalten, durch irgendwelche Vorkehren die Qualität des Wassers zum Nachteil der Konzessionärin zu verändern und ihr dadurch die durch die Konzession zugestandene Sondernutzung zu verunmöglichen. Ein solches Recht wäre nur anzunehmen, wenn es in

der Konzession ausdrücklich vorbehalten wäre. Es lässt sich im Hinblick auf § 33 WBG und nach Treu und Glauben nicht auf dem Wege der Auslegung aus jener Klausel ableiten.

c) Dass eine Sondernutzungskonzession wie die vorliegende ein durch die Eigentumsgarantie geschütztes Vermögensrecht sein kann, steht ausser Zweifel und wird vom Beklagten mit Recht nicht bestritten. Die Einräumung einer Sondernutzungskonzession kommt in der Regel der rechtsgeschäftlichen Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes an der öffentlichen Sache praktisch gleich (so IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 1958 S. 170 a; ebenso ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, daselbst S. 581 a ff.). Hier kommt hinzu, dass die Befugnis der Konzessionärin nach dem Willen des Konzedenten als selbständiges und dauerndes Recht BGE 96 I 282 S. 292 ins Grundbuch aufgenommen wurde, also "Gegenstand des Grundeigentums" der Konzessionärin geworden ist. Die Eigentumsgarantie schützt das Eigentum und darüber hinaus einen weiten Kreis vermögenswerter Rechte ( BGE 94 I 448 , BGE 91 I 419 und dort zitierte Urteile), namentlich auch solche, die durch Konzessionen verliehen wurden ( BGE 74 I 470 /71, BGE 65 I 302 /03; MEIER-HAYOZ, N. 192 zu Art. 664 ZGB ). Der zeitweilige Entzug der durch die Konzession bewilligten Sondernutzung bildet daher einen Enteignungstatbestand ( Art. 5 Abs. 2 EntG ), der den Enteigner zur Entschädigung verpflichtet. Der Umstand, dass davon weder in der Konzession, noch in den ihr beigelegten "Allgemeinen Konzessionsbedingungen für Wasserkräfte" noch im WBG die Rede ist, verschlägt nichts. Die Eigentumsgarantie war schon vor dem Inkrafttreten des Art. 22ter BV (AS 1969 S. 1250) Bestandteil des Bundesverfassungsrechts ( BGE 89 I 98 , BGE 93 I 137 und 711, BGE 94 I 610 ). Die Frage, ob der zeitweilige Entzug der Sondernutzung sich als Enteignung qualifiziere und den Kanton Zürich entschädigungspflichtig mache, ist daher eine solche des Bundesrechts.

#### **E. 6**

Ist die Entschädigungspflicht des Beklagten aus den dargelegten Gründen zu bejahen, so braucht nicht geprüft zu werden, ob sie sich auch rein nachbarrechtlich begründen lässt, wie dies im angefochtenen Entscheid geschehen ist.

#### **E. 7**

Über die Höhe der Entschädigung ist nicht zu befinden; sie ist durch den Teilvergleich vom 21. Januar 1969 festgelegt worden. Dispositiv

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