

S. 397 / Nr. 65 Eigentumsgarantie (d)

BGE 55 I 397

65. Auszug aus dem Urteil vom 15. November 1929 i. S. Zinggeler gegen Regierungsrat Zürich.

Regeste:

Bestimmung eines kantonalen Gesetzes (Novelle vom 2. Februar 1919 zum zürcherischen EG z. ZGB), wodurch Grundwasserströme und Grundwasserbecken von einer gewissen mittleren Stärke als öffentliche Gewässer erklärt werden und die Wasserentnahme daraus über den häuslichen, landwirtschaftlichen

Seite: 398

oder gewerblichen Kleinbedarf hinaus, soweit dafür nicht schon vor Inkrafttreten des Gesetzes entsprechende Anlagen bestanden, von einer staatlichen Verleihung abhängig gemacht wird. Auslegung dieser Ordnung dahin, dass dadurch auch Dienstbarkeitsrechte am Grundstücke der Wasserentnahme, welche die Aneignung des Grundwassers in sich schlossen, aber noch nicht durch Erstellung entsprechender Anlagen ausgebeutet worden waren, insoweit ohne Entschädigung aufgehoben worden seien. Anfechtung der auf dieser Auffassung beruhenden Erteilung einer staatlichen Grundwasserkonzession an einen Dritten durch einen solchen Dienstbarkeitsberechtigten wegen Verletzung der Eigentumsgarantie. Abweisung.

Nach § 137 des zürcherischen EG z. ZGB ist für die den Gemeingebrauch überschreitende Benützung öffentlicher Gewässer eine besondere staatliche Verleihung erforderlich. Durch Novelle vom 2. Februar 1919 ist dem Gesetze ein § 137 bis beigefügt worden, lautend: «Grundwasserströme und Grundwasserbecken von einer mittleren Stärke von mehr als 300 Minutenlitern werden als öffentliche Gewässer erklärt.

Wird jedoch einem solchen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken Wasser für den häuslichen, landwirtschaftlichen oder gewerblichen Kleinbedarf entnommen, so ist eine staatliche Verleihung nicht erforderlich. Der Regierungsrat bezeichnet die öffentlichen Grundwasserströme und Grundwasserbecken.»

Nach der Vollziehungsverordnung des Regierungsrates zu dieser Vorschrift vom 27. Oktober 1919 beträgt die Wassermenge, die für den Kleinbedarf ohne Verleihung vorübergehend oder dauernd entnommen werden darf, für häusliche und gewerbliche Zwecke 50 Minutenliter, für landwirtschaftliche Zwecke 100 Minutenliter (§ 2). Für Anlagen, die vor dem 2. Februar 1919 bestanden haben und nicht abgabepflichtig waren, werden Verleihungsgebühren, Benützungsgebühren und Wasserzinse nicht erhoben, wohl aber werden solche Abgaben sowie Rückkaufs- und Heimfallsrechte zu Gunsten des Staates bei späteren wesentlichen Erweiterungen festgesetzt (§ 7 Abs. 2).

Seite: 399

Durch Beschluss vom 24. Mai 1929 erteilte der Regierungsrat des Kantons Zürich den Gemeinden Wädenswil und Richterswil das konzessionsmässige Recht, dem Grundwasserstromgebiet Mühlener Richterswil mittelst Pumpanlage und Filterbrunnen auf der Liegenschaft Kat. 568 daselbst bis zu 400 Minutenliter Wasser zu entnehmen, es den Gemeindewasserversorgungen zuzuleiten und darin zu Trink- und Brauchzwecken zu verwenden. Der heutige Rekurrent Zinggeler hatte gegen das Konzessionsgesuch Einsprache erhoben mit der Begründung, dass ihm am Grundstück der geplanten Wasserentnahme ein Wasserdienstbarkeitsrecht zustehe, das auch die Ausbeutung des Grundwassers in sich schliesse und durch die nachgesuchte Konzession verletzt würde. Die Einsprache wurde jedoch verworfen, weil die Ansprüche aus dem fraglichen Dienstbarkeitsrecht, soweit sie sich auf die Aneignung von Grundwasser bezögen, als durch die Novelle zum EG aufgehoben anzusehen seien.

Eine staatsrechtliche Beschwerde Zinggelers gegen den Konzessionsbeschluss des Regierungsrates wegen Missachtung der Eigentumsgarantie hat das Bundesgericht abgewiesen.

Aus den Gründen:

1.- Der Rekurrent macht nicht geltend, dass § 137 bis des zürcherischen EG z. ZGB bundesrechtswidrig, speziell unvereinbar sei mit Art. 704 Abs. 3 ZGB... Die Beschwerde wird vielmehr ausschliesslich mit einer Verletzung der kantonalrechtlichen Gewährleistung der wohlerworbenen Rechte (KV Art. 4) begründet.

2. und 3. - (Prozessuale Fragen.)

4.- Art. 4 der KV von Zürich bestimmt:

«Der Staat schützt wohlerworbene Privatrechte. Zwangsabtretungen sind zulässig, wenn das

öffentliche Wohl sie erheischt. Für solche Abtretungen wird gerichtliche Entschädigung gewährt.»

Seite: 400

Das ZGB stellt in Art. 704 Abs. 3 das Grundwasser den Quellen gleich. Der Eigentümer eines Grundstückes hat daher das Recht, nach dem Grundwasser zu graben und es zu fassen. Und das Recht an Quellen und am Grundwasser kann vom Grundstückeigentum losgetrennt und zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden (Art. 704 Abs. 2, 780). Nach der Feststellung des kantonalen Richters, die für das Bundesgericht hier verbindlich ist, schliessen die Wasserrechtsservituten des Rekurrenten nach den Servitutsverträgen und dem Teilungsvertrag von 1876/79 die Befugnis in sich, in jeder Tiefe auch nach Grundwasser zu graben.

Wenn der neue § 137 bis des zürcherischen EG demgegenüber die Grundwasserströme und -becken von einer mittleren Stärke von mehr als 300 MI als öffentliche Gewässer erklärt, so bedeutet das, dass der Eigentümer eines Grundstückes, das über einem solchen Grundgewässer liegt, oder der Inhaber der Wasserservitut an einem solchen Grundstück, was die Entnahme von Grundwasser anbetrifft, beschränkt sein soll auf den in der Bestimmung vorbehaltenen häuslichen, landwirtschaftlichen und gewerblichen Kleinbedarf und dass er für weitergehende Nutzungen des Grundwassers einer staatlichen Verleihung bedarf, die erteilt oder verweigert werden kann und die, selbst wenn sie bewilligt wird, mit Abgaben und beschränkenden Bedingungen verknüpft ist. Man hat es also mit einer durch den Gesetzgeber allgemein vorgenommenen Einengung der Befugnisse des Eigentümers oder Servitutberechtigten inbezug auf das Grundwasser zu tun.

Auf dem Boden der Eigentumsгарantie fragt es sich, ob und wieweit die Bestimmung nur den Inhalt des Eigentums oder der Servitut beschränkt oder in ihrer Anwendung auf den einzelnen Berechtigten sich - wenn auch nicht der Form, so doch der Sache nach - als eine Enteignung darstellt. Als blosser Beschränkung des Inhalts der Rechte verstösst sie nicht gegen die

Seite: 401

Eigentumsгарantie, weil diese die subjektiven (wohlerworbenen) Rechte nur mit dem Inhalt gewährleistet, den sie nach Massgabe der jeweiligen Ordnung des objektiven Rechtes haben und daher keinen Schutz gegen Änderungen der Rechtsordnung bietet, auch wenn dadurch die Befugnisse, die z. B. im Grundeigentum liegen, erheblich beschränkt werden in einer Weise, die für einzelne Eigentümer eine Wertverminderung bedeutet. Soweit der § 137 bis EG dagegen Enteignungscharakter haben sollte, ist der Eingriff zwar gleichfalls nicht unzulässig vor der Eigentumsгарantie; denn es ist klar und unbestritten, dass ihm Anforderungen des öffentlichen Wohls zur Seite stehen. Aber er darf dann nur gegen Entschädigung erfolgen (s. z. B. BGE 48 I 600).

Eine Enteignung liegt nicht etwa schon deshalb allgemein vor, weil die Vorschrift die grösseren Grundgewässer in das öffentliche Gut überführt. Ganz abgesehen davon, dass hiebei nicht fiskalische Erwägungen, sondern Gründe des allgemeinen Wohls bestimmend waren, und dass jene Gewässer ja eigentlich schon ihrer Natur nach den Charakter von öffentlichen haben, steht ausser Zweifel und ist nicht streitig, dass jedenfalls dem Grundeigentümer gegenüber inbezug auf diejenigen Grundstücke, auf denen noch keine den Kleinbedarf überschreitenden Grundwasserfassungen bestehen, es sich um eine blosser Eigentumsbeschränkung handelt. Wohl aber hätte man es ohne Frage mit Expropriation zu tun, wenn § 137 bis EG auch durchgreifen sollte, soweit Anlagen der gedachten Art bereits errichtet sind. In dem Umfang, als der Eigentümer von der bisherigen Möglichkeit der Grundwasserausbeutung bereits tatsächlich Gebrauch gemacht hat, würde es sich um die Entziehung nicht mehr blosser abstrakter, sondern einer konkreten, wirtschaftlich verwerteten Befugnis zu Gunsten des Staates handeln, die nach der Eigentumsгарantie nur gegen Entschädigung geschehen kann (BGE 48 I 599 /600). Allein das Gesetz hat gar nicht den Sinn einer solchen Rückwirkung

Seite: 402

auf vorhandene Anlagen, wie der Regierungsrat in seiner Verordnung vom 27. Oktober 1919, § 7 II anerkennt.

Was von der tatsächlichen Fassung des Grundwassers durch den Eigentümer gilt, trifft auch auf diejenige des Servitutsberechtigten zu. Das Servitutsrecht des Rekurrenten (von dem für einmal angenommen wird, es bestehe auf der Parzelle der konzessionierten Grundwasserentnahme) ist aber, obgleich es schon bald 50 Jahre existieren würde, noch nicht durch Erstellung irgend einer Grundwasseranlage ausgebeutet worden. Es kann sich also nur fragen - und das ist der für das Schicksal des Rekurses entscheidende Punkt -, ob die Loslösung des Wasserrechtes vom Grundeigentum, seine Verselbständigung in einer Servitut, der tatsächlichen Ausübung gleichzuachten sei, sodass die neue Bestimmung in ihrer Anwendung auf Grundstücke ohne entgegenstehende Anlagen dem Eigentümer gegenüber zwar allgemein eine blosser Eigentumsbeschränkung, dem Servitutsberechtigten gegenüber dagegen Enteignung wäre. Die Folge

dieser Auffassung, die in der Beschwerde vertreten wird, wäre, dass der Eigentümer sich den Eingriff in einem solchen Falle entschädigungslos gefallen lassen müsste, während die Inhaber von Wasserservituten Anspruch auf Entschädigung hätten.

Auch die Befugnisse des Servitutsberechtigten erschöpfen sich nicht in der Ausbeutung des Grundgewässers im grossen. Er hat daneben das Recht, Quellen zu fassen und zu nutzen, nach vorhandenen Quelladern zu graben und auch das Grundwasser zu gewinnen und zu verwerten im Umfang des Kleinbedarfs, der in der Verordnung des Regierungsrates, § 2, eher weit gefasst ist (50 ml für häusliche und gewerbliche, 100 ml für landwirtschaftliche Zwecke). Die Ausbeutung des Grundwassers in grossem Masstabe ist also doch wiederum nur eine von mehreren abstrakten Befugnissen, deren Entzug zwar den Umfang des Rechts schmälert, es aber in seinem Bestande

Seite: 403

unberührt lässt. Ein Unterschied zwischen dem Grundeigentum und der Servitut ist also in dieser Beziehung, was das Verhältnis jener Befugnis zum Gesamthalt des Rechts anlangt, nur dem Grade, aber nicht dem Wesen nach vorhanden. Darin deckt sich auch der vorliegende Tatbestand nicht mit demjenigen des bereits mehrfach zitierten Urteils 48 I Nr. 63, auf das sich der Rekurs beruft. Dort ist allerdings bei der Frage der Zulässigkeit der Regalisierung der Wasserkräfte der tatsächlichen Nutzung des Rechts des Flussanstössers auf die Wasserkraft die Abtretung dieses Rechts - die immerhin eine behördliche Bewilligung voraussetzte - gleichgestellt worden; allein das abgetretene Recht wäre durch das Regal nicht nur inhaltlich beschränkt, sondern aufgehoben worden.

Freilich beschränkt § 137 bis EG z. ZGB im allgemeinen die Wasserservitut quantitativ verhältnismässig stärker als das Grundeigentum und die Werteinbusse, die der Servitutinhaver in seinem Rechte erleidet, mag je nach der Sachlage erheblich grösser sein als für den Eigentümer. Auch ist es nicht ausgeschlossen, dass bei einer sehr weitgehenden gesetzlichen Beschränkung des Inhalts eines Rechts, die nach den Umständen des einzelnen Falles einem Rechte seine wesentlichen Befugnisse nimmt, die Entschädigung sich als ein dringendes Gebot der Billigkeit darstellt und dass es sich daher rechtfertigen kann, eine solche intensive Beschränkung der Aufhebung des Rechts gleichzuachten (vgl. z. B. BGE 22 S. 723, 1023). Dies namentlich dann, wenn der Beschränkung ein Zuwachs beim öffentlichen Gut gegenübersteht. Es wird dabei in Betracht kommen, welche besonders wichtige Rolle die entzogene Befugnis für den Inhaber des Rechts spielt, ob er eine Ausnutzung bereits ins Auge gefasst und dahingehende Anstalten etwa schon getroffen hat. Und es wird ferner nicht ohne Bedeutung sein, wie das Rechtsbewusstsein die fragliche Befugnis wertet. Auch Erwägungen dieser Art können im heutigen Falle

Seite: 404

indessen nicht dazu führen, eine Verletzung der Garantie der erworbenen Rechte anzunehmen.

Als die Servitutsrechte des Rekurrenten begründet wurden und speziell auch dasjenige am Grundstück der konzessionierten Grundwasserfassung, das ja allein in Betracht kommt, begründet worden wäre, wusste man noch nichts von den grossen zusammenhängenden Grundwasseransammlungen, und mit den damaligen technischen Mitteln konnte eine Grundwasserausbeutung in grossem Masstabe auch noch kaum in Betracht kommen. Man kann daher bei der Konstituierung der Servituten an die Nutzung eines Grundwasserstroms für Grossbedarf nicht wohl gedacht haben. Während annähernd 50 Jahren haben der Vater des Rekurrenten und dieser selber tatsächlich keinerlei Anlagen dieser Art errichtet, insbesondere nicht, was das massgebende Grundstück anlangt, und der Rekurrent behauptet auch nicht, dass eine solche Anlage projektiert oder ins Auge gefasst gewesen sei. Auch zur Zeit der Schaffung des ZGB war man über Existenz, Art und Wesen der grossen Grundwasseransammlungen noch nicht unterrichtet. Hierüber ist erst seither durch geologische Untersuchungen Licht verbreitet worden. Hätte der Gesetzgeber gewusst, dass mächtige Grundwasserströme und -becken bestehen, die sich über ein grosses Gebiet erstrecken, die ihrer Natur nach oberirdischen öffentlichen Gewässern durchaus ähnlich sind, und die mit den Mitteln der neuesten Technik von irgend einem Punkt aus in grossem und grösstem Masstabe ausgebeutet werden können, so hätte er zweifellos dem Grundeigentümer kein allgemeines Recht auf das Grundwasser gegeben, sondern er hätte dieses Recht in irgend einer Weise beschränkt, z. B. auf den Kleinbedarf, auf das mit einfachern technischen Mitteln zu gewinnende Grundwasser. (s. die Aussprache hierüber in den eidg. Räten anlässlich der Beratung des Wasserrechtsgesetzes, Sten. Bull. 15 Nationalrat 211/14, Ständerat 89/91, Botschaft des Regierungsrates von Zürich zur Novelle

Seite: 405

vom 2. Februar 1919 act. 28, im wesentlichen reproduziert bei LEEMANN a.a.O.). Man kann die Frage aufwerfen, ob Art. 704 Abs. 3 ZGB nicht überhaupt in einem solchen engern Sinne zu verstehen sei. Hält man eine solche einschränkende Auslegung angesichts des Wortlautes für

unzulässig (s. auch LEEMANN a.a.O.), so würde man es doch bei der Befugnis des Eigentümers, das Grundwasser sich über jenes Mass hinaus anzueignen, mit einer unzweckmässigen Bestimmung zu tun haben, die ihre Existenz unrichtigen Vorstellungen des Gesetzgebers über das Wesen des Grundwassers verdankt, bei einer Revision des ZGB beseitigt werden muss und der gegenüber die Remedur bis dahin in der Öffentlicherklärung der grössern Grundwasserströme durch die Kantone liegt. Es ist also unter allen Umständen eine Vorschrift, die nach der eingetretenen Abklärung über das Wesen des Grundwassers vom Rechtsbewusstsein in jenem Umfange nicht mehr gebilligt wird, und man kann sagen, das Recht des Eigentümers (und natürlich auch des Servitutsberechtigten) auf Ausbeutung des Grundwassers im Grossen habe auf dem Boden des ZGB von vorneherein insofern einen mehr nur prekären Charakter als die Möglichkeit seiner Beschränkung durch die Kantone vorbehalten ist. Prekär ist es auch einigermaßen im Hinblick auf Art. 705 ZGB und die aller Regel nach bestehende Notwendigkeit, das im Grossen gewonnene Grundwasser nach dem Ort der Verwendung abzuleiten, was eine Verständigung mit andern Grundeigentümern, vielfach auch eine behördliche Bewilligung und bei einem im öffentlichen Interesse liegenden Unternehmen unter Umständen sogar das Expropriationsrecht voraussetzt. Da der Rekurrent nicht Eigentümer der Liegenschaft ist, auf dem das Grundwasser gewonnen werden soll, hätte er seinen Anteil unter allen Umständen ableiten müssen, vielleicht auf grössere Entfernungen. Es fehlen daher die in den Umständen des einzelnen Falles liegenden besondern Gründe, die nötig wären, um

Seite: 406

die inhaltliche Beschränkung des Rechts auf dem Boden der Eigentumsgarantie einer Aufhebung des Rechts gleichzustellen