

S. 236 / Nr. 38 Gemeindeautonomie (d)

BGE 58 I 236

38. Urteil vom 13. Mai 1932 i. S. Gemeinderat Rothenturm gegen Regierungsrat Schwyz.

Seite: 236

Regeste:

Private Wasserleitung, durch die der als Gemeindeanstalt betriebenen allgemeinen öffentlichen Wasserversorgung Konkurrenz gemacht werden soll. Die Gemeinde kann nicht unter Berufung auf Art. 691 ZGB verhalten werden, die Durchführung dieser Leitung durch ihr öffentliches Eigentum (Gemeindestrassen) zu gestatten. Aufhebung des Entscheides der Kantonsregierung, welcher die Gemeinde zur Duldung dieser Benützung zwingen will, wegen Verletzung der Gemeindeautonomie (Art. 13, 97 der schwyzerischen KV).

A. - Die Gemeinde Rothenturm hatte schon im Jahre 1928 die Erstellung einer Wasserversorgung beschlossen; der Beschluss war aber auf Beschwerde einiger Gegner des Unternehmens von der kantonalen Kassationsbehörde aufgehoben worden, weil ein genügender Finanzausweis fehle. Am 1. März 1931 legte der Gemeinderat der Gemeindeversammlung ein neues Projekt mit Finanzierungsplan vor, das von der Gemeindeversammlung einstimmig angenommen wurde. Die nötigen Ausführungsarbeiten wurden im Laufe des Jahres vorgenommen.

Seit 1885 bestand in Rothenturm eine kleine Brunnen genossenschaft, die das Wasser aus zwei privaten Quellen bezog. Im Jahre 1931 traten dieser Genossenschaft eine Anzahl weiterer Grundeigentümer bei in der Absicht, ihren in verschiedenen Teilen der Ortschaft gelegenen Besitzungen mittels einer besonderen Leitung aus jenen Quellen das nötige Wasser zuzuführen. Diese Leitungen würden an vier Stellen die Gemeindestrassen schneiden. Mit Eingabe vom 23. Oktober 1931 kamen 6 Mitglieder der Genossenschaft - die heutigen Rekursbeklagten B. D. Beeler, Damian Inglin, Xaver Lüönd, Stefan

Seite: 237

Schuler, Josef Beeler und Josef Marty beim Gemeinderat Rothenturm um eine bezügliche Bewilligung ein, unter Berufung auf Art. 691 ZGB. Der Gemeinderat lehnte das Gesuch ab, da sich die angeführte Vorschrift nur auf private Nachbargrundstücke, nicht auf öffentliche Sachen beziehe. In Frage könnte demnach nur die Einräumung eines entsprechenden Gebrauchsrechts durch Verwaltungsakt, Konzession kommen. Eine solche zu erteilen oder nicht stehe aber im Ermessen der Gemeinde als Verfügungsberechtigte über die öffentlichen Gemeindestrassen. Im vorliegenden Falle bestehe dazu umsoweniger Veranlassung, als den Gesuchstellern der Anschluss an die Gemeindewasserversorgung, die unmittelbar neben ihren Grundstücken vorbeiführe, freistehe und sie durch ihr Vorgehen lediglich diese schädigen wollten.

Auf Beschwerde von B. D. Beeler und Genossen hat jedoch der Regierungsrat des Kantons Schwyz durch Entscheid vom 29. Dezember 1931 den Beschwerdeführern das nachgesuchte Durchleitungsrecht durch die Gemeindestrassen bewilligt, mit der Begründung: die Bestimmung des Art. 691 ZGB sei allgemein gefasst. Sie gelte demnach auch gegenüber dem öffentlichen Eigentum, soweit nicht das kantonale Recht auf Grund des Vorbehalts von Art. 664 ebenda etwas anderes bestimme oder die besondere Zweckbestimmung der öffentlichen Sache entgegenstehe. Das schwyzerische Recht habe aber eine solche abweichende Regelung nicht getroffen und ebensowenig könne die Zweckbestimmung des in Anspruch genommenen Gutes, der Gemeindestrassen, nämlich die freie Benützung zu Verkehrszwecken, durch die geplanten Leitungen irgendwie beeinträchtigt werden. Der Gemeinderat behaupte dies denn auch nicht. Da es sich um die Geltendmachung einer auch gegenüber dem öffentlichen Eigentum wirksamen gesetzlichen Eigentumsbeschränkung und nicht um ein Konzessionsgesuch handle, könne sich die Gemeinde demnach auch nicht auf die für die Behandlung von solchen, die Einräumung von

Seite: 238

Sondernutzungsrechten an öffentlichem Boden, geltenden Grundsätze berufen. Die privatrechtlichen Voraussetzungen des Durchleitungsanspruchs nach Art. 691 ZGB aber seien im vorliegenden Falle vorhanden, da die Leitung ohne Inanspruchnahme der Gemeindestrassen nicht erstellt werden könne und der Nachweis eines Bedürfnisses für die Wasserzufuhr vom ZGB nicht gefordert werde. Ob der Anlage hygienische Bedenken entgegengehalten werden könnten, sei nicht in diesem Verfahren zu prüfen.

Am 31. Dezember 1931 hat hierauf der Bezirksgerichtspräsident von Schwyz dem Gemeinderat

Rothenturm die weitere Behinderung der Arbeiten für die Leitung der heutigen Rekursbeklagten unter Androhung einer Busse von 500 Fr. verboten.

B. - Gegen den Entscheid des Regierungsrats vom 29. Dezember 1931 hat der Gemeinderat Rothenturm beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde erhoben, mit den Begehren:

- 1) der Entscheid sei aufzuheben und das Durchleitungsrecht der Rekursbeklagten durch die Gemeindestrassen von Rothenturm zu verneinen;
- 2) und 3) die Rekursteklagten seien zu verpflichten, die bereits erstellten Leitungen, soweit sie durch das Eigentum der Gemeinde Rothenturm führen, auf ihre Kosten zu entfernen unter Wiederherstellung des früheren Zustandes der Gemeindestrassen, und die Gemeinde gemäss Rechnungsstellung zu entschädigen.

Zur Begründung wird unter Berufung auf ein beigelegtes Rechtsgutachten von Prof. Fleiner in Zürich ausgeführt: die vom Regierungsrat dem ZGB Art. 691 gegebene Auslegung sei willkürlich und verstosse gegen klares Recht und damit gegen Art. 4 BV. Indem der angefochtene Entscheid unter Berufung auf einen hieraus folgenden, in Wirklichkeit nicht bestehenden gesetzlichen Durchleitungsanspruch die Gemeinde an der Ausübung des freien Verfügungsrechtes über ihr Eigentum nach Massgabe der öffentlichen Interessen hindere, verletze er die

Seite: 239

verfassungsmässig gewährleistete Gemeindeautonomie (Art. 13 und 97 KV).

C. - Der Regierungsrat von Schwyz hat die Abweisung der Beschwerde beantragt. Er hält an der im angefochtenen Entscheid vertretenen Rechteauffassung fest und macht geltend, dass Art. 13 KV die Autonomie der Gemeinden nur innert der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung gewährleiste, wozu auch die Zivilrechtsordnung und folglich Art. 691 ZGB gehöre. Der weiter angerufene Art. 97 KV enthalte keine materielle, sondern eine blosser Zuständigkeitsvorschrift.

In der Beschwerdeantwort der beteiligten Grundeigentümer, die ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde schliesst, wird in tatsächlicher Beziehung angebracht: die Gemeindevasserversorgung sei nicht nötig gewesen. Im Übrigen handle es sich bei dem Vorhaben der Beschwerdebeklagten auch nicht um ein Konkurrenzunternehmen dazu, da die Wasserleitung, an die sie anzuschliessen beabsichtigten, schon seit 1885 bestehe. Für das Fernbleiben von der Gemeindevasserversorgung hätten sie triftige Gründe, indem die Abonnenten ungleich behandelt würden, sie sich die Abonnementsgebühren ersparen wollten und mit dem eigenen Wasser besser versorgt seien als mit demjenigen der Gemeinde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

- 1.- Durch die von der Gemeinde Rothenturm beschlossene Erstellung einer Wasserversorgung soll das Bedürfnis der Gemeinde und ihrer Bewohner nach Wasser befriedigt werden. Die Gemeinde erfüllt damit eine öffentliche Aufgabe und das Unternehmen ist eine öffentliche Gemeindeanstalt. Dass die Gemeinde zur Gründung einer solchen nicht befugt gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und hätte übrigens durch Anfechtung des betreffenden Gemeindebeschlusses geltend gemacht werden müssen. Wie allen Gemeindegossen, die nach den tatsächlichen Verhältnissen angeschlossen werden können, so steht die

Seite: 240

Benützung der Anstalt auch den heutigen Rekursbeklagten offen und es ist ihnen übrigens der Anschluss daran nach der unbestritten gebliebenen Behauptung der Beschwerde noch besonders zugesichert worden. Auch wird nicht etwa eingewendet, dass er ihnen deshalb nicht zugemutet werden könne, weil er für sie mit nicht tragbaren, unverhältnismässigen Kosten verbunden wäre.

- 2.- Sollen solche Anstalten ihren Zweck erfüllen und Bestand haben, so müssen sie sich gegen Konkurrenzunternehmungen schützen können, solange dies nicht mit Mitteln geschieht, die durch die geltende Rechtsordnung ausgeschlossen werden. Inwiefern dazu allenfalls auch das durchgreifende Mittel der Einführung eines rechtlichen Monopols der Gemeinde für gewisse Tätigkeiten oder Zwangs zur Benützung der öffentlichen Anstalt angewendet werden darf, kann unerörtert bleiben. Jedenfalls kann die Gemeinde nicht gehalten sein, für ein Konkurrenzunternehmen öffentliche Sachen und Mittel zur Verfügung zu stellen. Nach Bestimmung und Zugehörigkeit haben diese Sachen in erster Linie den allgemeinen Interessen zu dienen. Die Rücksicht auf einen zur Verfolgung solcher ins Leben gerufenen eigenen Dienst (Betrieb) der Gemeinde muss daher der Gemeinde auch das Recht geben, sich der Inanspruchnahme ihres öffentlichen Eigentums zu einem damit im Widerspruch stehenden privaten Zweck zu widersetzen, wie der Benützung der Gemeindestrassen zu Gunsten eines mit dem Gemeindegewerk in Konkurrenz tretenden privaten Unternehmens. Was die Rekursbeklagten auszuführen beabsichtigen, ist aber nicht anderes als ein Konkurrenzunternehmen zur Gemeindevasserversorgung, durch das die Erfüllung des Zweckes der letzteren beeinträchtigt wird, weil ihr dadurch ein Teil der Benützer, für die sie bestimmt und auf die sie angewiesen ist, entzogen würde. Dass die private Wasserleitung, an welche die Rekursbeklagten anschliessen wollen, schon

früher bestand, ändert hieran nichts, weil es nur darauf ankommt, ob die jetzt geplante Erweiterung mit dem Gemeindegewerk in Konkurrenz trete.

Seite: 241

3.- Demgegenüber vermag auch die Berufung auf Art. 691 ZGB nicht durchzudringen. Selbst wenn man die Möglichkeit den hier vorgesehenen Durchleitungsanspruch auch gegenüber öffentlichem Eigentum geltend zu machen nicht von vorneherein, schlechthin ausschliessen wollte, so kann doch davon nach der rechtlichen Natur der öffentlichen Sachen und dem wegen derselben gerade für die Ordnung ihres Gebrauches in Art. 664 III ZGB gemachten Vorbehalt jedenfalls da nicht die Rede sein, wo einer solchen Inanspruchnahme ein öffentliches Interesse des Verbandes entgegensteht, in dessen Eigentum und Hoheit sich die Sache befindet. Als solches muss aber auch der Schutz einer aus Gründen des allgemeinen Wohls errichteten Gemeindeanstalt vor einem sie gefährdenden Wettbewerb gelten.

Darauf beruht es denn auch, wenn sowohl der Bundesrat als frühere Rekursbehörde wie das Bundesgericht die so begründete Verweigerung der Benützung von öffentlichen Strassen für Betriebseinrichtungen eines privaten Gewerbes als aus Art. 31 BV nicht anfechtbar erklärt haben (vgl. aus der Praxis des Bundesrates die Entscheidung von 1900 i. S. Buetti Salis II No. 761, der ebenfalls die Konkurrenzierung einer öffentlichen Wasserversorgung der Gemeinde betraf; für Gasleitungen BGE 40 I 188 und für Wasserleitungen das nicht veröffentlichte Urteil des Bundesgerichtes vom 13. Juni 1913 i. S. Wasescha gegen Davos). Nichts anderes als eine Anerkennung dieses allgemeinen Grundsatzes und nicht etwa eine Sondernorm ist es ferner, wenn nach Art. 46 III des Bundesgesetzes über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 die Gemeinden sich der Inanspruchnahme ihres öffentlichen Eigentums für Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie innerhalb der Gemeinde «zum Schutze ihrer berechtigten Interessen» widersetzen können, worunter nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wenn nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie die Verhinderung schädlicher Konkurrenz gegen über einer von der Gemeinde selbst betriebenen

Seite: 242

öffentlichen Elektrizitätsversorgung zu verstehen ist (vgl. die Entscheidung bei Oetiker Eisenbahngesetzgebung Bd. 1 S. 312 ff.; SA~S-BUR~KHARDT Bundesrecht V No. 3300).

Das Vorliegen eines öffentlichen, die Anwendung von Art. 691 ZGB ausschliessenden Interesses an der Verweigerung der Durchleitung kann im vorliegenden Falle auch nicht etwa deshalb verneint werden, weil durch das private Unternehmen Bedürfnisse befriedigt werden sollen, welche die öffentliche Anstalt nicht in ähnlicher Weise zu befriedigen vermöchte. Die Rekursbeklagten selbst behaupten etwas derartiges nicht. Was sie für ihr Vorgehen anführen, richtet sich gegen die Gemeindegewässerversorgung als solche und wenn sie als Grund für ihr Fernbleiben von derselben die ungleiche Belastung der Abonnenten mit Wasserzins geltend machen, so ist dem auf dem Boden des Gemeindeunternehmens abzuweichen, gibt aber den Rekursbeklagten nicht das Recht, den Gemeindegewässerboden für ihre Leitungen zu beanspruchen.

4.- Konnte ein privatrechtlicher Anspruch der Rekursbeklagten auf die Durchleitung nicht in Betracht kommen, so handelt es sich aber um ein Verhältnis, über das der Gemeinde grundsätzlich die abschliessende Verfügung zustand. Art. 13 Satz 2 KV sichert den Gemeinden ausdrücklich die Verwaltung und die Befugnis, die Art und Weise der Benützung und der Verwaltung ihrer Güter selbst zu bestimmen, zu. Und Art. 97 ebenda überträgt dem Gemeinderat u. a. (in litt. h) «die Leitung und Durchführung des Gemeindegewässerswesens und die Aufsicht über die zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Verbindungs- und Nebenstrassen». Wenn in der letzteren Bestimmung auch zunächst eine Abgrenzung der Befugnisse des Gemeinderats von denjenigen anderer Gemeindeorgane liegen mag, so kommt doch darin wiederum zum Ausdruck, dass die Ordnung der Benützungsverhältnisse an solchen Strassen als einem Gemeindegute grundsätzlich eine der Bestimmung der Gemeinde überlassene Angelegenheit sein soll. Ein Eingreifen der staatlichen Behörde

Seite: 243

in die vom zuständigen Gemeindeorgan darüber getroffenen Verfügungen wäre deshalb nur zulässig, wenn es sich durch allgemeinere staatliche Interessen rechtfertigen liesse oder aus dem Gesichtspunkte der Aufsicht über die Gemeinden bei Verstössen gegen die Regeln einer ordentlichen Gemeindeverwaltung. Weder das eine noch das andere kann aber hier in Frage kommen. Der angefochtene Entscheid enthält demnach, wie die Beschwerde mit Recht geltend macht, eine Verletzung der verfassungsmässigen Gemeindeautonomie, die auf diesem Gebiete zu wahren dem Gemeinderat zusteht, sodass er auch zur Anfechtung des Entscheides aus diesem Grunde als legitimiert erscheint.

5.- Das Beschwerdebegehren 1 ist deshalb gutzuheissen, womit auch das Verbot des

Bezirksgerichtspräsidenten vom 31. Dezember 1931. wirkungslos wird. Dagegen kann auf die weiteren Begehren 2 und 3 nicht eingetreten werden, weil es sich dabei um Folgen der Aufhebung des regierungsrätlichen Entscheides handelt, die nicht in diesem Verfahren vor Bundesgericht zur Beurteilung gebracht werden können, sondern zunächst mit den der Gemeinde nach kantonalem Recht zustehenden Rechtsbehelfen geltend zu machen Rintl.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 29. Dezember 1931 aufgehoben wird, soweit er den Rekursbeklagten das Durchleitungsrecht an den Gemeindestrassen von Rothenturm einräumt. Auf die weiteren Begehren wird nicht eingetreten