

## S. 9 / Nr. 3 Rechtsgleichheit (Rechtsverweigerung) (d)

BGE 75 I 9

3. Auszug aus dem Urteil vom 24. Februar 1949 i. S. Etzelwerk A.-G. gegen Rellierenrat des Kantons Schwyz.

Regeste:

Art. 4 BV. Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch. Konzessionspflicht.

Ist es mit Art. 4 BV vereinbar, die Nutzung des Zürichseewassers von einer Konzession abhängig zu machen, wenn das Wasser im Kanton Schwyz in ein höher gelegenes Staubecken gepumpt und unter Ausnützung des Gefälles zur Stromerzeugung wieder in den See zurückgeleitet wird?

Art. 4 Cst. Utilisation d'un bien du domaine public d'un commun usage. Obligation de requérir une concession.

Est-il compatible avec l'art. 4 Cst. de faire dépendre d'une concession l'utilisation des eaux du lac de Zurich lorsque ces eaux sont pompées dans le canton de Schwyz pour être amenées dans un bassin d'accumulation supérieur et qu'elles sont reconduites dans le lac, la puissance de chute étant utilisée pour produire du courant?

Art. 4 CF, Utilizzazione d'una cosa pubblica d'uso comune. Obbligo di chiedere una concessione.

È compatibile con l'art. 4 CF far dipendere da una concessione l'utilizzazione delle acque del lago di Zurigo, allorchè esse sono pompate nel cantone di Svitto per essere addotte in un bacino superiore di accumulazione e sono ricondotte nel lago, la caduta essendo utilizzata per la produzione di corrente?

Aus dem Tatbestand:

A. Im Jahre 1919 verliehen die Kantone Zürich, Schwyz und Zug den Schweizerischen Bundesbahnen das Recht, durch Erstellung eines Staubeckens bei Einsiedeln

Seite: 10

(Sihlsee) und Ableitung des Wassers in den Zürichsee die Wasserkräfte der Sihl beim Etzel auszunützen (Etzelwerkkonzession). Die Schweizerischen Bundesbahnen übertrugen die ihnen aus der Konzession zustehenden Befugnisse der von ihnen und den Nordostschweizerischen Kraftwerken gegründeten Etzelwerk A.-G., die in den Jahren 1932-1937 die Kraftwerkanlage erbaute.

Im Jahre 1947 stellte die Etzelwerk A.-G. in der Zentrale Altendorf 2 schon anlässlich der Planaufgabe vom 15. Mai 1933 vorgesehene Speicherpumpen auf, mit deren Hilfe sie dem in den Zürichsee ausmündenden Unterwasserkanal Wasser entnehmen und durch eine der beiden Druckleitungen in den Sihlsee hinaufpumpen kann. Die Pumpen werden mit Strom aus den Netzen der Schweizerischen Bundesbahnen und der Nordostschweizerischen Kraftwerke betrieben und ermöglichen es, die in den Laufwerken in der Nacht und über das Wochenende anfallende Überschussenergie in Tagesenergie umzusetzen.

B. Mit Schreiben vom 31. Juli 1946 hatte die Etzelwerk A.-G. den Kantonen Zürich, Schwyz und Zug den bevorstehenden Einbau der Pumpen angezeigt. Sie teilte mit, da die Wasserentnahme- und die Wasserabgabestelle zusammenfalle, nehme sie an, dass für die mit der Pumpenanlage gewonnene Kraft kein Wasserzins zu entrichten sei. Der Regierungsrat des Kantons Schwyz antwortete am 9. April 1947, dass es zum Betrieb der beiden Pumpen einer Ergänzung der Etzelwerkkonzession und einer Bewilligung der Uferkantone des Zürichsees bedürfe. Als die Etzelwerk A.-G. diese Auffassung zurückwies, beschloss der Regierungsrat des Kantons Schwyz am 31. Januar 1948:

1. Die Etzelwerk A.-G. ist gehalten, sich für die Wasserentnahme aus dem Zürichsee bei Altendorf und die Verwendung dieses Wassers zur Energieerzeugung beim Kanton Schwyz um eine Konzession zu bewerben.

2. Stellt die Etzelwerk A.-G. innert 3 Monaten kein Konzessionsgesuch, so sind die Pumpen zu entfernen.

Der Entscheid führt aus: Die Etzelwerk A.-G. nutze die latente Kraft des Zürichseewassers aus, indem sie es über

Seite: 11

den Sihlsee in das Gefälle zwischen Sihlsee und Zürichsee leite. Sie bedürfe daher nach § 2 des kantonalen Wasserrechtsgesetzes von 1908 (WRG) einer Konzession. Die Nutzung des Zürichseewassers übersteige den Gemeingebrauch. Es sei nicht richtig, dass andere Betriebe das Seewasser in ähnlicher Weise nutzen, ohne sich dafür um eine Konzession bewerben zu müssen. Da die Etzelwerk A.-G. schon für die Entnahme von Zürichseewasser eine Konzession einholen müsse, könne dahingestellt bleiben, ob sie auch einer Zusatzkonzession zur Etzelwerkkonzession bedürfe.

Diese Frage sei von den Konzessionsverleihern zu prüfen.

C. Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragt die Etzelwerk A.-G., die Ziff. 1 und 2 des angeführten Regierungsratsbeschlusses aufzuheben. Zur Begründung wird geltend gemacht:

Es sei willkürlich, § 2 WRG anwendbar zu erklären. Die Bestimmung beziehe sich nur auf « neue Wasserwerkanlagen ». Die 2 Pumpen seien keine « Wasserwerkanlage », weil sie keine Wasserkraft ausnützen; eine andere « neue », Anlage aber sei nicht erstellt worden. Sodann stehe ausser Zweifel, dass das Wasserrechtsgesetz lediglich die Nutzung der Wasserkraft erfasse. Dabei handle es sich selbstverständlich um eine natürliche Wasserkraft, nicht um eine durch künstliches Emporheben des Wassers selbst geschaffene. Die Etzelwerk A.-G. eigne sich aus dem Zürichsee keine Wasserkraft an, sondern lediglich vorübergehend eine Wassermenge. Sie nutze die durch sie selbst erzeugte, nicht eine latente Wasserkraft des Zürichsees aus; die Wasserkraft könne ihr daher weder durch den Kanton Schwyz noch durch ein anderes Gemeinwesen verliehen werden. Der Umstand, dass das Zürichseewasser zur Stromerzeugung verwendet werde, genüge nicht zur Anwendung des Wasserrechtsgesetzes. Nicht der Verwendungszweck, sondern einzig und allein die Tatsache der Nutzung einer natürlichen Wasserkraft sei massgebend.

Eine analoge Anwendung des Wasserrechtsgesetzes aus

Seite: 12

allgemein polizeilichen Gründen widerspreche der Billigkeit und der Rechtsgleichheit. Die vorübergehende Entnahme von Wasser aus dem Zürichsee sei weder für den Kanton Schwyz noch für dessen Einwohner mit irgendwelchen Nachteilen verbunden. Der Etzelwerk A.-G. sei kein Fall bekannt, in dem die schwyzerischen Behörden von einer Privatperson, einem gewerblichen Betrieb oder einer Korporation eine Bewilligung geschweige denn eine Konzession verlangt hätten für die Entnahme von Wasser aus öffentlichen Gewässern, gleichgültig welchen Umfanges und mit Ausnahme der Ausnutzung natürlicher Kräfte zu welchem Zweck. So entnehme beispielsweise die Steinfabrik Pfäffikon seit Jahren dem Zürichsee Wasser zur Steinfabrikation, obwohl das Wasser sogar stofflich verbraucht werde, habe dieser Betrieb nie einer Konzession oder Bewilligung bedurft.

D. Der Regierungsrat des Kantons Schwyz ersucht um Abweisung der Beschwerde. Er bringt vor: Nach § 2 WRG bedürfe die Erstellung neuer Wasserwerkanlagen zur Benützung der in § 1 WRG aufgezählten öffentlichen Gewässer, zu denen auch der Zürichsee gehöre, einer Konzession. Der Vorbehalt der neuen Wasserwerkanlagen habe lediglich den Sinn, dass die bei Erlass des Wasserrechtsgesetzes von Bezirken, Korporationen und Privaten bereits erteilten Konzessionen vom neuen Gesetz nicht berührt werden. Er besage aber nicht, dass weitere öffentliche Gewässer, deren Benützung die bestehende Konzession nicht einräume, konzessionslos auf bestehende Wasserwerkanlagen geleitet werden dürfen. § 2 WRG mache die Konzession sodann nicht davon abhängig, dass ein natürliches Gefälle ausgenützt werde. Das Gesetz spreche nicht von Wasserkraft, sondern von öffentlichen Gewässern. Die Konzessionspflicht der Beschwerdeführerin müsse übrigens abgesehen vom Wasserrechtsgesetz auch aus allgemeinen Grundsätzen über das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen und an den alten Regalien bejaht werden. Eine derart intensive

Seite: 13

Wasserentnahme aus dem Zürichsee, wie sie die Beschwerdeführerin vornehmen wolle, gehe über den Gemeingebrauch hinaus und sei ohne Zweifel eine konzessionspflichtige Sondernutzung. Der Regierungsrat habe niemandem gestattet, öffentliches Wasser über den Gemeingebrauch hinaus ohne Konzession zu nutzen. Die in der Beschwerdeschrift genannte Steinfabrik in Pfäffikon entnehme dem Zürichsee kein Wasser. Die Beschwerdeführerin werde daher nicht rechtsungleich behandelt.

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz leitet die Konzessionspflicht der Beschwerdeführerin in erster Linie aus § 2 WRG ab. Dieser lautet:

« Zur Benützung dieser öffentlichen Gewässer (gemäss § 1 sind öffentliche Gewässer u. a. die Seen mit Ausnahme der Alpseen) für die Erstellung von neuen Wasserwerkanlagen oder für die Erneuerung abgelaufener Konzessionen bedarf es einer staatlichen Bewilligung Konzession nach Massgabe dieses Gesetzes. »

Die Beschwerdeführerin ficht die im angefochtenen Entscheid der Vorschrift gegebene Auslegung als willkürlich an. Das Bundesgericht hat daher lediglich zu prüfen, ob die Anwendung der Bestimmung im vorliegenden Falle unhaltbar ist.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, § 2 WRG beziehe sich nur auf neue Wasserwerkanlagen. Demgegenüber macht der Regierungsrat geltend, der Vorbehalt von § 2 WRG, dass das öffentliche Gewässer für die Erstellung neuer Wasserwerkanlagen benützt werden müsse, habe nur den Sinn, dass die bei Erlass des Gesetzes bestehenden, von Bezirken, Korporationen und Privaten erteilten Wasserrechtskonzessionen vom neuen Gesetz nicht berührt werden. Die Auffassung des Regierungsrates ist zweifellos nicht willkürlich. Es ist doch wohl kaum anzunehmen, dass die

Ausnützung einer Wasserkraft dann keiner Konzession bedarf, wenn das Wasser einer bestehenden Anlage zugeleitet werden kann.  
Schwerwiegender ist der Einwand der

Seite: 14

Beschwerdeführerin, § 2 WRG habe nur die Ausnützung der natürlichen Wasserkräfte im Auge, nicht die vorübergehende Inanspruchnahme einer Wassermenge, bei der das zur Energieerzeugung erforderliche Gefälle durch Hebung des Wassers erst geschaffen werden müsse. Es sprechen in der Tat gewichtige Indizien für diese Auffassung. Ob die abweichende Auslegung des Gesetzes durch den Regierungsrat falsch und geradezu willkürlich ist, kann jedoch offen bleiben, weil er, wenn § 2 WRG im vorliegenden Falle nicht Anwendung finden sollte, die Konzessionspflicht der Beschwerdeführerin jedenfalls ohne Verletzung von Art. 4 BV gestützt auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Nutzung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch bejahen durfte.

4. Der Zürichsee ist ein öffentliches Gewässer im Gemeingebrauch, dessen Nutzung sich gemäss Art. 664 Abs. 3 ZGB grundsätzlich nach kantonalem Recht richtet. Wo die kantonale Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, wie das für den Kanton Schwyz, abgesehen vom Wasserrechtsgesetz, zutrifft, werden nach den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen drei Formen der Nutzung unterschieden: der Gemeingebrauch, der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung. Der Gemeingebrauch besteht in der einer besondern Erlaubnis nicht bedürftigen Benutzung der Sache. Er erschöpft sich in den Benutzungsmöglichkeiten, von denen eine unbestimmte Zahl von Benutzern gleichzeitig individuellen Gebrauch machen kann, ohne einander zu hindern, wie das bei einem See im allgemeinen beim Waschen, Baden, Viehtränken usw. der Fall ist. Wird die öffentliche Sache stärker in Anspruch genommen, liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor, und wenn sie besonders intensiv herangezogen wird, eine Sondernutzung. Zum gesteigerten Gemeingebrauch ist eine polizeiliche Bewilligung erforderlich, zur Ausübung einer Sondernutzung eine Konzession (vgl. z. B. FLEINER: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 374 ff.; HAAB: Kommentar zu Art. 664

Seite: 15

ZGB N 19 ff.; HATSCHEK: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., S. 418 und 428f.).

Zur Erteilung der genannten Bewilligungen und Konzessionen bedürfen die Behörden keiner besondern gesetzlichen Ermächtigung. Das Recht zum Einschreiten der Staatsgewalt ergibt sich aus dem allgemeinen Aufsichtsrecht des Staates über die dem Gemeingebrauch überlassenen öffentlichen Sachen. Jeder gesteigerte Gemeingebrauch kann eine Beschränkung des allgemeinen Gebrauchs zur Folge haben, und eine Häufung von gesteigerten Inanspruchnahmen der öffentlichen Sache könnte, wenn sie vorbehaltlos und uneingeschränkt als zulässig erachtet würde, zur Verhinderung des Gemeingebrauchs führen. Deshalb muss die Staatsgewalt ordnend eingreifen und verlangen können, dass jeder gesteigerte Gemeingebrauch von ihr auf seine Vereinbarkeit mit dem gewöhnlichen Gemeingebrauch geprüft werde (vgl. BURCKHARDT: Schweiz. Bundesrecht, II Nr. 424).

Da die Beschwerdeführerin mit jeder der beiden Speicherpumpen dem See in der Sekunde 2,8 m<sup>3</sup> Wasser entnehmen kann, lässt sich ihre Nutzung offensichtlich nicht mehr in den Gemeingebrauch einreihen; denn wenn jedermann derartige Wassermengen für sich beanspruchen dürfte, so könnte dies den Gemeingebrauch erheblich beeinträchtigen, wenn nicht gar verunmöglichen. Von der Beschwerdeführerin darf daher, wenn nicht schon das Wasserrechtsgesetz anwendbar ist, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage die Einholung einer polizeilichen Bewilligung oder, wenn eine Sondernutzung vorliegt, ein Konzessionsgesuch verlangt werden.

Die Vorinstanz hat angenommen, dass die Wasserentnahme durch die Beschwerdeführerin den gesteigerten Gemeingebrauch überschreite und eine Sondernutzung darstelle. Diese Auffassung ist nicht unhaltbar. Die Grenze zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung ist fließend (FLEINER: a.a.O. S. 379 Anm. 49). Bestimmte

Seite: 16

Regeln, nach denen im Einzelfall eindeutig festgestellt werden könnte, welche Benutzungsform vorliegt, fehlen. Wenn der Regierungsrat fand, bei der Beschwerdeführerin, die in der Sekunde 5,6 m<sup>3</sup> Wasser aus dem See pumpen kann und in der Zeit vom 1. Oktober 1947 bis 30. September 1948 in 1240 Betriebsstunden insgesamt rund 25000000 m<sup>3</sup> Wasser (ca. 27 % des nutzbaren Stauinhaltes des Sihlsees) vom Zürichsee in den Sihlsee überführte, liege eine Sondernutzung vor, so hat er das Ermessen, das ihm in dieser Frage zugestanden werden muss, nicht überschritten. Die Beschwerdeführerin wendet nun allerdings noch ein, die Annahme einer konzessionspflichtigen

Sondernutzung oder auch nur eines der Bewilligungspflicht unterworfenen gesteigerten Gemeingebrauches verletze die Rechtsgleichheit, weil von keinem andern Unternehmen, das Zürichseewasser verwende, eine Bewilligung verlangt werde. Die Rüge ist jedoch unbegründet. Der Regierungsrat bestreitet, dass er irgendwem gestatte, ohne Konzession über den Gemeingebrauch hinaus Seewasser zu nutzen, und die Beschwerdeführerin ist nicht in der Lage, das Gegenteil darzutun. Sie hat auch nicht nachgewiesen, dass einem andern Unternehmen zugestanden werde, ähnlich grosse Wassermengen ohne Bewilligung an sich zu nehmen, wie sie bei ihr in Frage stehen, was allein eine rechtsungleiche Behandlung zur Folge hätte