Urteilskopf

96 I 282

47. Urteil vom 9. Juni 1970 i.S. Kanton Zürich gegen Gebr. Abegg.
Regeste (de):
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).

Regeste (fr):
Détermination des droits litigieux découlant d'une concession d'usage privatif (art. 69 al. 2 LEx).

Concession cantonale, inscrite au registre foncier comme droit distinct et permanent, accordant au propriétaire d'une entreprise de finissage de textile le droit - non limité dans le temps - d'utiliser gratuitement l'eau d'un ruisseau comme eau industrielle. Interprétation de la concession selon le principe de la bonne foi (consid. 4). Portée de la clause selon laquelle l'autorité concédante s'est réservé, dans l'acte de concession, le droit de révoquer la concession en tout temps lorsque l'intérêt public l'exige (consid. 5 a et b). Constitue un cas d'expropriation, obligeant le canton à verser une indemnité, le fait que la souillure de l'eau provoquée par les travaux de construction d'une route nationale empêche l'utilisation de cette eau conforme à l'acte de concession (consid. 5 c).

Regesto (it):
Determinazione dei diritti litigiosi derivanti da una concessione d'uso privativo (art. 69 cpv. 2 LEspr.).

Concessione cantonale iscritta a registro fondiario come diritto a sè stante e permanente, che accorda al proprietario di un'azienda per l'apprettatura dei tessili il diritto, illimitato nel tempo, di utilizzare gratuitamente l'acqua di un ruscello a fini industriali. Interpretazione della concessione secondo il principio della buona fede (consid. 4). Portata della clausola secondo cui l'autorità concedente si è riservata, nell'atto di concessione, il diritto di revocarela concessione in ogni tempo, quando lo esige l'interesse pubblico (consid. 5 a e b). Costituisce un caso espropriativo, che obbliga il cantone a versare un'indennità, il fatto che l'inquinamento dell'acqua provocato dai lavori di costruzione di una strada nazionale impedisce l'utilizzazione di quest'acqua in modo conforme all'atto di concessione (consid. 5 c).

Sachverhalt ab Seite 283

BGE 96 I 282 S. 283

Aus dem Tatbestand:

A.- Die Kollektivgesellschaft Gebr. Abegg betreibt in Horgen eine Fabrik zum Bleichen, Färben und Appretieren von Textilien, die seit dem Jahre 1815 besteht. In diesem Betrieb wurde von Anfang an das Wasser des Horgener Dorfbachs, eines öffentlichen Gewässers des Kantons Zürich, zur Gewinnung von Wasserkraft und "zum Waschen" benutzt. Die Wasserkraftanlage wurde ursprünglich mit zwei Wasserrädern betrieben, von denen eines "ehehaft" (= wasserzinsfrei) war, während für das andere schon unter der Herrschaft des zürch. Wasserrechtsgesetzes von 1836 ein Wasserzins verlangt wurde. Über die Brauchwasserbenützung fehlen Angaben aus früherer Zeit, insbesondere auch jeder Anhaltspunkt, dass dafür je eine Abgabe erhoben worden wäre. Nach dem Inkrafttreten des zürch. Wasserbaugesetzes vom 15. Dezember 1901 (WBG) wurde am bisherigen Zustand während über 10 Jahren weder tatsächlich noch rechtlich etwas geändert. Im Jahre 1915 baute der damalige Betriebsinhaber die Wasserkraftanlage um, indem er die zwei bisherigen Wasserräder durch eine Turbine ersetzte. Auf das in der Folge eingereichte Gesuch hin verlieh ihm der Regierungsrat des Kantons Zürich durch Beschluss vom 26. Juli 1917 ohne zeitliche Beschränkung einerseits das Recht, mit dem Wasser des Dorfbachs die Turbine zu betreiben, und anderseits das Recht, das gesamte nutzbare Wasser des Dorfbachs auch fernerhin zum Waschen usw. zu verwenden. Eine Gebühr für die Brauchwassernutzung wurde nicht festgesetzt. Dagegen war für die Kraftgewinnung ein Wasserzins von Fr. 36.- jährlich zu entrichten. Ferner wurde der Konzessionär verpflichtet, die Verleihung ins Grundbuch eintragen zu lassen. Mit Beschlüssen vom 8. Juli 1943 ersetzte der Regierungsrat diese Verleihung durch zwei getrennte Konzessionen. Mit der einen (RRB Nr. 1867) verlieh er den Gebr. Abegg das Recht zur Verwendung des Wassers des Dorfbachs zum Betrieb einer

Turbine, mit der andern (RRB Nr. 1868) das Recht, das gesamte Wasser der Wasserkraftanlage in Waschtröge, Bleichmaschinen, Kondensatoren usw. zu leiten, es für die Textilveredlung zu verwenden und das Abwasser in für das öffentliche Gewässer unschädlichem Zustand in den Ablauf der Wasserkraftanlage abzuleiten. Für diese zweite Verleihung sollten nach Ziff. I a die "beigelegten allgemeinen Bedingungen für Wasserrechte" gelten, ferner nach Ziff. I b besondere Bedingungen, von denen Ziff. 3 lautet: "Der Regierungsrat behält sich vor, diese Bewilligung jederzeit aufzuheben, sofern das öffentliche Interesse es erfordert, insbesondere dann, wenn der Reinigungsgrad des Abwassers den Anforderungen nicht entspricht." Weiter wurde in dieser zweiten Verleihung den Beliehenen eine jährliche Benutzungsgebühr von Fr. 330.– auferlegt (Ziff. II) und bestimmt, dass die Verleihung "von Amtes wegen als selbständiges und dauerndes Recht ins Grundbuch einzutragen" sei (Ziff. III). Da diese Verleihung für die Konzessionäre eine Verschlechterung ihrer bisherigen Rechtslage bedeutete, reichten sie am 10. August 1943 ein Wiedererwägungsgesuch ein, mit dem sie geltend machten, dass ihnen ein uneingeschränktes ehehaftes Recht auf die Wasserbenutzung zustehe, und den Regierungsrat ersuchten, die Konzession aufzuheben, eventuell von der Erhebung einer Benutzungsgebühr abzusehen. Der Regierungsrat wies das Hauptbegehren am 7. September 1944 ab, verzichtete aber auf die Benutzungsabgabe, dies mit der Begründung, es sei bei der Neuabfassung der Konzession übersehen worden, dass das Recht zur Benützung des gesamten Bachwassers als Brauchwasser im Jahre 1917 zeitlich unbeschränkt und unentgeltlich verliehen worden war.

B.- Beim Bau der Nationalstrasse N 3 wurden im Einzugsgebiet des Horgener Dorfbachs umfangreiche Erdbewegungen notwendig. Der in den Dorfbach fliessende Mühlebach, der von der N 3 überquert wird, musste in einen aus Kunstbauten bestehenden Durchlass verlegt werden und wurde überdies in einem ausgedehnten Bereich als Vorfluter für Oberflächen- und Grundwasser-Entwässerung eingesetzt. Im Anpassungsbereich herrschen ungünstige Bodenverhältnisse. Alles zusammen bewirkte, dass namentlich bei Regenfällen und Schneeschmelzen

das Bachwasser durch Abraum und andere Stoffe verschmutzt und deswegen für die gewerbliche Benutzung durch die Gebr. Abegg zeitweilig unbrauchbar wurde. Diese erstellten daher eine eigene Anlage zur Reinigung und Enthärtung des Bachwassers und mussten überdies von der Wasserversorgung Horgen Ersatzwasser beziehen. Die Gebr. Abegg verlangten vom Kanton Zürich Ersatz des erlittenen Schadens und wandten sich an die Eidg. Schätzungskommission des Kreises VI (ESchK) mit dem Begehren, der Kanton Zürich sei - unter Vorbehalt des Nachklagerechts - zu verpflichten, ihnen Fr. 257 000.– nebst Verzugszins seit 1. Mai 1966 zu bezahlen. Nachdem der Schriftenwechsel durchgeführt worden war und der Präsident der ESchK die nachträgliche Forderungseingabe in Anwendung von Art. 41 EntG als zulässig erklärt hatte, schlossen die Parteien am 21. Januar 1969 einen Teilvergleich ab. Darin übertrugen sie den Entscheid über den Bestand der von der Klägerin als Konzessionsinhaberin behaupteten nachbarrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 69 Abs. 2 EntG der ESchK und einigten sich für den Fall, dass die Entschädigungspflicht der Beklagten letztinstanzlich bejaht werden sollte, auf eine Entschädigungssumme von Fr. 200 000.– unter allen Titeln (Wert per Datum des Vergleichsabschlusses). Mit Entscheid vom 4./9. Juni 1969 erkannte die ESchK, der Beklagte habe die Klägerin mit Fr. 200 000.–, Wert per Datum des Vergleichsabschlusses, zu entschädigen.

C.- Der Kanton Zürich hat den Entscheid der ESchK an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, die Entschädigungsforderung der Klägerin sei abzuweisen.

D.- Die Kollektivgesellschaft Gebr. Abegg beantragt die Abweisung des Weiterzuges und die Bestätigung des Urteils der ESchK.

E.- Auf Ersuchen des Bundesgerichtes hat der Kanton Zürich die Akten ergänzt, indem er am 4. Juni 1970 weitere, die fragliche Konzession betreffende Aktenstücke einreichte, die bei der vorstehenden Darstellung des Sachverhaltes berücksichtigt wurden und auch für die rechtliche Beurteilung in Betracht fallen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

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).

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.

3. Die Klägerin machte vor der ESchK zur Begründung ihres Entschädigungsanspruchs geltend, sie besitze ein 150 Jahre altes, wohlerworbenes Recht auf Wasserbenutzung, und dieses Recht habe der Kanton Zürich verletzt. Der Beklagte bestreitet das Bestehen eines wohlerworbenen 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

als Brauchwasser verwendet, und zwar, wie nicht streitig ist, ohne dafür eine Abgabe zu bezahlen. Der Umstand, das 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.

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,

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 77E. 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 Gemeingebrauch im Kanton

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. Anderseits 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,

die Qualität des der Klägerin natürlich zufliessenden Wassers nicht in einer die bestimmungsgemässe Verwendung verunmöglichenden 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.

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

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 beigepflichtet 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

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.

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.

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

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Der Weiterzug des Kantons Zürich wird abgewiesen und das Urteil der Schätzungskommission des Kreises VI vom 4./9. Juni 1969 bestätigt.