

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

## Kantonsverfassungen. Constitutions cantonales.

### 1. Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden. — Abus de compétence des autorités cantonales.

#### 12. Urteil vom 29. Januar 1908 in Sachen Schärz gegen Kanton Bern.

*Grenzen der authentischen Gesetzesinterpretation nach bernischem Staatsrecht. — Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurse gegen authentische Gesetzesinterpretation.*

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Tatsachen:

A. Nach der Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893 unterliegen die Gesetze einer zweimaligen Beratung durch den Großen Rat (Art. 29) und hierauf der Volksabstimmung (Art. 6, Ziff. 2); dagegen ist dem Großen Räte als der höchsten Staatsbehörde allein „die authentische Auslegung von Gesetzen und Dekreten“ übertragen (Art. 26, Ziff. 3).

B. Im November 1906 gelangten die Gemeinderäte von acht, nebst den Wasserversorgungs- und Brunnengenossenschaften von dreizehn weiteren bernischen Gemeinden an den Großen Rat des Kantons Bern mit dem Gesuche, er möchte in Anwendung von

Art. 26 Ziff. 3 StzB beschließen: „In authentischer Interpretation „der Satzungen 338, 388 und 398 des Zivilgesetzbuches werden „Quellen und Brunnen wie eine unbewegliche Sache erworben „und sind als selbständige Sache übertragbar.“ Zur Begründung dieses Gesuches führten sie aus, seit vielen Jahrzehnten hätten sich im Kanton nicht nur unzählige Privatpersonen, sondern auch die Gemeinwesen, sei es direkt, sei es durch das Mittel von Brunnen- und Wasserversorgungsgesellschaften aller Art, das Wasser zu Trink- und Brauchwasserversorgungen dadurch beschafft, daß sie Quellen aufgekauft oder sich sonstwie mit den Berechtigten verständigt und gestützt hierauf das Quellwasser rationell gefaßt und abgeleitet hätten. Dabei seien die Quellen rechtlich als eine Art unbewegliche Sache behandelt worden, die man wie ein anderes Immobile erworben, veräußert, vererbt und verpfändet habe. Die bezüglichen Verträge seien anstandslos gefertigt und von den Amtsschreibereien in die Grundbücher eingetragen worden, und kein Mensch habe daran gedacht, daß dieser dem praktischen Bedürfnis einzig entsprechenden Behandlung der Quellenrechtsverhältnisse irgend ein gesetzliches Hindernis entgegenstehe. In neuester Zeit aber habe dieselbe durch die Praxis des kantonalen Appellations- und Kassationshofes eine schwere Beeinträchtigung erfahren. Durch Urteile vom 1. Dezember 1903 und 10. Februar 1904 (publiziert in ZbZB 40 S. 519 und 675) habe der kantonale Gerichtshof nämlich den Satz aufgestellt, daß dem bernischen Recht ein besonderes Quelleneigentum unbekannt sei, indem nach Satzung 378 ZGB (laut welcher sich das Eigentumsrecht an einem Grundstück nicht allein auf dessen Oberfläche, sondern auch auf die Luftsäule und in die Tiefe erstreckt) die Quellen einen Bestandteil des Grundstücks bildeten und von Gesetzes wegen im Eigentum des Grundstückseigentümers ständen, und daß daher Rechte auf Quellen in rechtsgültiger Weise nur als Grunddienstbarkeiten konstruiert werden könnten. Nach dieser Ansicht nun wäre — bei den gesetzlichen Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten, da diese nach Satzung 447 ZGB entweder zum Vorteil eines bestimmten Grundstücks, oder einer bestimmten Person errichtet würden — eine selbständige Rechtsübertragung auf dritte Personen ausgeschlossen, und es würde dadurch die ganze rechtliche Qualifikation der Quellen- und

Brunnenverhältnisse, wie sie sich in der Praxis und in der „grundbuchlichen“ Behandlung herausgebildet habe, direkt auf den Kopf gestellt: wohl beinahe alle öffentlichen Trinkwasserversorgungen des Kantons Bern, z. B. gerade diejenige der Stadt Bern, würden so ihr rechtliches Fundament verlieren und von einem Tag auf den andern in Frage gestellt werden. Die bisherige Rechtsauffassung lasse sich jedoch mit dem Gesetze ebenfalls vereinbaren; denn dieses anerkenne, neben dem Grundsatz der Satzung 378, in den Satzungen 388 und 398 bezüglich der Quellen und Brunnen ausdrücklich ein Eigentums- bzw. Miteigentumsverhältnis, analog demjenigen an einer andern unbeweglichen Sache. Folglich hätte das oberste Gericht des Kantons sehr wohl, ohne gegen das Gesetz zu verstößen, den fraglichen Bedürfnissen des modernen wirtschaftlichen Lebens Rechnung tragen können. Da es dies nicht getan, sondern im Zweifelsfalle den „starrten Säzen des römischen Rechts“ den Vorzug gegeben habe, sehen sich die Gesuchsteller, die sich durch die erwähnten Entscheidungen in ihren wohlervorbenen Rechten schwer bedroht fühlten, gezwungen, als einziges Mittel zur Korrektur dieser bedauerlichen Sachlage eine authentische Interpretation der bezüglichen Gesetzesbestimmungen nachzusuchen. — Die Justizdirektion des bernischen Regierungsrates holte über dieses Gesuch zunächst Begutachtungen vom kantonalen Obergericht und Professor Max Smür, und hierauf ein Obergutachten von Professor Eugen Huber ein. Alle drei Gutachten äußerten sich übereinstimmend im Sinne der Zulässigkeit und Wünschbarkeit einer authentischen Gesetzesinterpretation, welche es ermöglichen sollte, das Recht an Quellen selbständig zu erwerben und nach Art einer unbeweglichen Sache zu übertragen. Dagegen gingen sie auseinander hinsichtlich der juristischen Konstruktion dieses Rechts. Professor Huber bezeichnete dasselbe als ein vom Grundeigentum abgelöstes Stück der Herrschaft über das Grundstück, das zwar nicht ein dem Grundeigentum direkt parallel stehendes Eigentumsrecht, sondern dem Grundeigentum gegenüber nur eine sogenannte Gerechtigkeitsdeutschrechtlicher Art darstelle, die als solche aber nicht den Charakter einer Dienstbarkeit habe, sondern dem Grundeigentum gleichgeachtet werde. Das Obergericht und Professor Smür dagegen wollten es als eine selbständig übertragbare, d. h. weder

an ein herrschendes Grundstück, noch an eine bestimmte Person gebundene Dienstbarkeit aufgefaßt wissen. Auf Grund dieser Gutachten gelangte nun die Justizdirektion — von der Ermägung ausgehend, daß es für den Erlaß einer authentischen Gesetzesinterpretation nicht nötig sei, die juristische Konstruktion des interpretierten Rechtsverhältnisses in das Gesetz selbst aufzunehmen, daß es vielmehr genüge, die Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses als Gesetzeswillen festzustellen und der Praxis zu überlassen, hieraus die juristische Natur des Rechtsverhältnisses abzuleiten — dazu, mit Botschaft vom 18. Februar 1907 an den Regierungsrat zu Händen des Großen Rates den Antrag zu stellen, der Große Rat wolle, in authentischer Interpretation der Satzungen 339 (worin die Rechte als zu den Sachen gehörig erklärt werden) „und 377 bis 477 ZGB“ (den vollständigen Titeln des Gesetzbuches „von dem Eigentum“ und „von den Dienstbarkeiten“) beschließen:

„Die Rechte an Quellen auf fremden Grundstücken können „als selbständige Rechte erworben und wie unbewegliche Sachen „übertragen werden.“

„Die Auslegung hat rückwirkende Kraft.“

Diesen vom Regierungsrat weitergeleiteten Antrag erhob der Große Rat in seiner Sitzung vom 8. Oktober 1907 zum Beschluß, nachdem der Vertreter des Regierungsrates und der Präsident der vorberatenden Kommission darauf hingewiesen hatten, daß ein dringliches Bedürfnis für die vorgeschlagene Interpretation bestehe und daß dieselbe sowohl vom Obergericht als auch von den Professoren Huber und Smür als mit dem System und den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches vereinbar erachtet werde.

C. Hierauf hat nun Fritz Schärz, Hotelier zum „Abler“ in Adelboden, innert gesetzlicher Frist den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage, es sei der vorstehende Beschluß des Großen Rates vom 8. Oktober 1907 betreffend Interpretation des bernischen Quellenrechts als nichtig zu erklären. Er bemerkt einleitend, dieser Beschluß sei dadurch veranlaßt worden, daß während der Rechtshängigkeit eines Zivilprozesses zwischen der Aktiengesellschaft für Wasserversorgung und elektrische Beleuchtung von Adelboden, als Klägerin, und ihm, dem Re-

kurrenten, als Beklagten, beim Instruktionsrichter von Frutigen, über die Rechtsfrage, ob zwei Erwerbungsakte betreffend Trinkwasserquellen ohne Angabe eines herrschenden Grundstücks in rechtsgenüglien Form abgeschlossen worden seien (was er gestützt auf die Entscheidungen des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 1. Dezember 1903 und 10. Februar 1904 verneint habe), der Anwalt der Gegenpartei es für ratsam gehalten habe, durch Veranstaltung des zum Teil bloße Gefälligkeitsunterschriften tragenden Gesuchs an den Großen Rat vom November 1906 einer „authentischen Interpretation“ des Quellenrechts zu rufen; übrigens stütze er die Legitimation zum Rekurse auf seine Eigenschaft als stimmfähiger Bürger des Kantons Bern. Sodann bringt er unter Berufung auf Verletzung der in Fakt. A oben zitierten Art. 6 Ziff. 2, 29 und 26, Ziff. 3, bern. StsB vor: Die streitige „authentische Interpretation“ sei nach Ansicht des bernischen Rechtshistorikers Professor Dr. Karl Geiser unhaltbar, weil sie im Widerspruche stehe mit Ratsbeschlüssen, welche zeigten, daß der bernische Gesetzgeber auf diesem Gebiete der französisch-rechtlichen Auffassung (Art. 552 CC) am nächsten gestanden habe. Nach der damit übereinstimmenden Sitzung 378 ZGB — deren Prinzip vom Gesetzgeber in der Folgezeit konsequent durchgeführt worden sei (es werde verwiesen auf die Aufhebung des sog. Baumeigentums und ferner auf § 31 des Gesetzes vom 3. April 1857, wonach Gewässer, die nicht zur Schifffahrt oder Flößerei benutzt werden, sofern nicht bestehende Rechte davon abweichen, zu den Grundstücken gehören, in denen sie sich befinden, oder zwischen denen sie durchfließen) — gelte im Berner Recht die gleiche Regel, welche Ulpian in die Worte kristallisiert habe: portio agri videtur aqua viva, und die Regelsberger (Pandekten I S. 431) dahin formuliere: „Das auf einem Grundstück entspringende Wasser bildet einen Bestandteil des Grundstücks und teilt dessen Rechtsstellung, steht demnach bei Privatgrundstücken im Privateigentum.“ Als einzige Ausnahme von dieser Regel habe der bernische Gesetzgeber im Bergwerksgesetz vom 21. März 1853 ein besonderes Bergwerkseigentum anerkannt und die Bergwerkskonzession dem beweglichen Eigentum gleichgestellt. Der bernische Appellations- und Kassationshof habe daher mit Recht entschieden,

daß dem Berner Recht ein besonderes Eigentum am fließenden Wasser oder ein besonderes Quelleneigentum fremd sei; diese Auffassung sei übrigens zur Zeit der bereits erwähnten Entscheidungen nicht neu gewesen. Eine Änderung, wie der angefochtene großräthliche Beschluß sie mit sich bringe, könnte nun nur durch ein Abänderungsgesetz, sei es auf dem ordentlichen Wege der zweimaligen Beratung vor dem Großen Räte und des obligatorischen Referendums, sei es auf dem Wege der Initiative, eingeführt werden; denn es handle sich dabei nicht um eine Interpretation des Gesetzes, sondern um die Schaffung einer wichtigen Ausnahme vom gesetzlich festgelegten Eigentumsbegriff, die das Gesetz nicht kenne. Im Interpretationsgesuche vom November 1906 werde zwar geltend gemacht, daß das Gesetz selbst vom „Eigentümer“ einer Quelle spreche; allein dieser Ausdruck erkläre sich einfach daraus, daß bei Erlaß des Gesetzes der Eigentümer des Grund und Bodens regelmäßig auch Eigentümer des Ausflusses der Quelle gewesen sei, und daß man danach im Sinn des Gebrauches der pars pro toto sehr wohl vom Eigentümer der Quelle habe sprechen dürfen. Der Umstand, daß die mit der vorliegenden Angelegenheit befaßten Behörden so verschiedene Ansichten darüber geäußert hätten, welche Satzungen eigentlich durch die verlangte Interpretation zu erläutern seien, und daß man zuletzt dazu gekommen sei, die Interpretation auf die gesamten Satzungen vom Eigentum und von den Dienstbarkeiten auszudehnen, beweise doch wohl zur Genüge, daß man dabei die Art an die Wurzeln des Gesetzesbaumes gelegt und nicht nur einen einzelnen verwachsenen Zweig zurechtgestutzt habe. Solche fundamentale Änderungen aber seien Sache der Gesetzgebung.

D. Namens des Großen Rates hat der Regierungsrat des Kantons Bern Abweisung des Rekurses beantragt. Er betont zunächst gegenüber der Darstellung des Rekurrenten, als ob sein Prozeß mit der Wasserversorgungsgesellschaft von Adelsboden den Anlaß und Ausgangspunkt der streitigen Gesetzesinterpretation gebildet hätte, daß durch die mehrerwähnten Entscheidungen des Appellations- und Kassationshofes sehr bald eine allgemeine lebhafte Bewegung unter den über ihren Rechtsbesitz beunruhigten Wasserversorgungsinteressenten hervorgerufen worden sei, die auch

zu Besprechungen in der Tagespresse und in Fachblättern, z. B. im Novemberheft 1904 der Monatschrift für bern. Verwaltungsrecht (2 S. 509 ff.), geführt habe, und daß jedenfalls die etwa beabsichtigte Verdächtigung, als ob der angefochtene Großratsbeschluß eine Begünstigung der finanziellen Interessen bestimmter Unternehmungen oder Personen bezwecken würde, als unwahr zurückgewiesen werden müßte. Sodann führt der Regierungsrat des Nähern aus, daß der Große Rat weder durch die Anhandnahme, noch durch die Art und Weise der Durchführung der in seinem Beschlusse enthaltenen authentischen Gesetzesinterpretation die vom Rekurrenten angerufenen Verfassungsbestimmungen verlezt habe, indem er nach den ihm vorliegenden Ansichtsäußerungen der kompetenten Behörden und Gelehrten die Notwendigkeit und Tunlichkeit der verlangten Interpretation ohne weiteres habe bejahen dürfen und mit dieser selbst keineswegs über seine Kompetenz hinausgegangen sei. Das ZGB lasse unbestreitbar Zweifel über die Rechtsverhältnisse von Quellen auf fremden Grundstücken übrig, und der Große Rat könne sich eines Eingriffs in das Gebiet der Gesetzgebung „durch Schaffung einer wichtigen Ausnahme vom gesetzlich festgelegten Eigentumsbegriff, die das Gesetz nicht kennt“ — worauf der Rekurrent hauptsächlich abstelle — schon deswegen nicht schuldig gemacht haben, weil der angefochtene Beschluß die juristische Grundlage seiner Verfügung gar nicht fixiere, also insbesondere kein Quelleneigentum schaffe, sondern nur die Selbstständigkeit der „Rechte an Quellen auf fremden Grundstücken“ mit Bezug auf Erwerb und Übertragung statuiere, was dann naturgemäß die Einbeziehung aller gesetzlichen Bestimmungen über die Erwerbung und Übertragung der dinglichen Rechte in die Interpretation erfordert habe; —

in Erwägung:

1. Der Rekurrent ist zu seiner Beschwerdeführung darüber, daß sich der Große Rat mit dem angefochtenen allgemein verbindlichen Beschlusse der Überschreitung seiner verfassungsmäßigen Kompetenz im Sinne der Verletzung der Verfassungsbestimmungen über die Gesetzgebung, speziell auch des verfassungsgemäßen Mitwirkungsrechts des Volkes bei derselben, schuldig gemacht habe, nach feststehender Praxis (vergl. neuestens *US 33 I Nr. 96 S. 629* Erw. 1 und dortige Zitate) legitimiert schon in seiner unbe-

strittenen Eigenschaft als stimmberechtigter Kantonsangehöriger, abgesehen von seinem speziellen Interesse zufolge seines dadurch beeinflussten Zivilprozesses, auf den er sich wesentlich nur zum Legitimationsnachweis zu berufen scheint.

2. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß unter der authentischen Gesetzesauslegung, welche die bernische Staatsverfassung ausdrücklich, jedoch ohne besondere Begriffsbestimmung, erwähnt und nicht der gesetzgebenden Gewalt — dem Großen Räte in Verbindung mit dem Volke (Art. 29 und 6, Ziff. 2), — sondern dem Großen Räte als solchen überträgt (Art. 26, Ziff. 3), allgemeiner Rechtsanschauung gemäß zu verstehen ist die mit Gesetzeskraft ausgestattete, d. h. formell allgemein verbindliche Feststellung des Inhaltes geltenden Gesetzesrechts, im Gegensatz zur „wissenschaftlichen“, formell überhaupt unverbindlichen, und auch zu der Anwendungsart der richterlichen, formell nur im gegebenen Falle wirksamen Gesetzesauslegung (vergl. z. B. *Dernburg, Pandekten [6. Aufl.] I 1 § 37; Unger, System des österreichischen Privatrechts I § 14*). Sie unterscheidet sich somit, trotzdem sie formell ebenfalls als Rechtsfakung erscheint, von der Gesetzgebung darin, daß sie nicht, wie diese, materiell neues Recht schafft, d. h. nicht bestehendes Recht abändert, sondern nur bestehendes Recht als solches klar stellt. Hieraus aber folgt ohne weiteres, daß wenn die authentische Gesetzesauslegung, wie nach dem gesagten im Kanton Bern, in die Kompetenz eines vom Gesetzgeber verschiedenen Staatsorgans gelegt ist, dessen Erlassen verfassungsmäßige Gültigkeit nur zukommen kann, sofern sie die Grenzen möglicher Gesetzesauslegung nicht überschreiten, also nicht Rechtsfänge aufstellen, welche nicht im Sinne des geltenden Gesetzes liegen können, sondern faktisch eine Gesetzesänderung bedeuten würden, und daß daher bei solcher Kompetenzordnung den Erlassen authentischer Gesetzesauslegung gegenüber eine Beschwerde wegen Eingriffs in den Kompetenzbereich der gesetzgebenden Gewalt möglich ist (vergl. *US 8 Nr. 99* Erw. 2).

3. Demnach ist vorliegend grundsätzlich zu untersuchen, ob der bernische Große Rat mit seiner angefochtenen Gesetzesauslegung über den Rahmen des geltenden Rechts hinausgegangen sei und einen darin nicht begründeten Satz ausgesprochen habe, oder ob nicht vielmehr seine positive Normierung der Behandlung der

Quellen im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine nach dem Gesetze zweifelhafte Rechtsfrage im Sinne und Geiste desselben löse. Nun geht aus der Begründung des dem Großen Räte eingereichten Interpretationsbegehrens, in Verbindung mit den von der Justizdirektion eingeholten Rechtsgutachten, unzweideutig hervor, daß die Frage, in welchen Rechtsformen, nach welchen Vorschriften des ZGB, der Erwerb und die Übertragung der Rechte an Quellen auf fremden Grundstücken zu erfolgen habe, zweifelhaft und ihre Klarstellung geboten war. Auch der Rekurrent gibt dies stillschweigend zu; denn er bestreitet nicht das Bedürfnis einer solchen Klarstellung, sondern nur den Inhalt des vorliegenden Auslegungsbeschlusses, indem er hiegegen einwendet, daß die darin niedergelegte Auffassung mit dem Rechtssystem des bernischen ZGB nicht vereinbar sei. Zur Substanziierung dieses Einwandes macht er wesentlich geltend, daß das bernische Recht mit der Sagung 378 ZGB — wonach sich bei einem Grundstücke das Recht des Eigentümers nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts auf die Luftsäule und in umgekehrter Richtung auf die Tiefe erstreckt — anlehnend an die Auffassung des französischen Code civil hinsichtlich der Rechtsstellung der Quellen auf dem Boden der römischrechtlichen sog. *pars fundi*-Theorie stehe, also die Quelle als rechtlich zum Quellgrundstück gehörig behandle, und daß die angefochtene Gesetzesauslegung einen Einbruch in diesen gesetzlichen Eigentumsbegriff, im Sinne der Schaffung eines besonderen Quelleneigentums, bedeute. Diese Argumentation übersteht jedoch, wie der Regierungsrat zutreffend einwendet, daß der großrätliche Auslegungsbeschluß gar nicht von einem Quellen-„Eigentum“ spricht, sondern den Erwerb und die Übertragung der „Rechte an Quellen auf fremden Grundstücken“ regelt, ohne dabei — offenbar mit Absicht, im Sinne der Antragsbegründung der Justizdirektion — die Natur dieser Rechte selbst zu bestimmen. Nun steht aber die begriffliche Einbeziehung der Quelle in das Grundstückeigentum der Möglichkeit der Begründung beschränkter dinglicher Rechte an derselben — im Gegensatz zum Eigentum an ihr als besonderer Sache — grundsätzlich nicht entgegen. Die streitige Gesetzesauslegung könnte somit nur der Frage rufen, ob solche Rechte nach dem System des bernischen ZGB „selbständig“ sein, d. h. Gegenstand des freien Verkehrs in dem Sinne bilden

können, daß sie nicht notwendig, nach Art der vom Gesetzgeber ausdrücklich erwähnten Dienstbarkeiten, entweder an eine bestimmte berechnete Person oder an ein bestimmtes berechtigtes Grundstück gebunden sein müssen. Allein diese im Rekurse übrigens gar nicht aufgeworfene Frage ist auf Grund der vorliegenden Rechtsgutachten, welche, wenn auch von verschiedenen juristischen Konstruktionen ausgehend, übereinstimmend mit eingehender und sorgfältiger Begründung die Zulassung solcher Verkehrsfähigkeit der fraglichen Rechte anerkennen, unbedenklich zu bejahen, und zwar auch bei völlig freier Nachprüfung, ohne die bisher wiederholt ausgesprochene Kompetenzbeschränkung, wonach das Bundesgericht nur gegenüber einer „zweifellos unrichtigen“ Gesetzesauslegung der zuständigen kantonalen Behörde einzuschreiten hätte (vergl. US 25 I Nr. 96 Erw. 3 S. 471 und dortige Zitate). Der vom Rekurrenten ferner hervorgehobene Umstand aber, daß die großrätliche Gesetzesauslegung so viele Sagenungen des ZGB umfaßt, erklärt sich, wie der Regierungsrat zutreffend bemerkt, ohne weiteres aus dem erörterten Inhalte dieser Auslegung und kann an sich natürlich nicht zum Beweise dafür angerufen werden, daß in der angeblichen Gesetzesauslegung tatsächlich eine Gesetzesänderung liege.

4. Erweist sich somit die im ersten Satze des angefochtenen Beschlusses niedergelegte authentische Gesetzesauslegung als verfassungsmäßig unanfechtbar, so gilt dasselbe ohne weiteres auch vom Nachsatze des Beschlusses, welcher dieser Auslegung rückwirkende Kraft zuerkennt. Der Rekurrent selbst hat diese Bestimmung in seiner Beschwerdebegründung mit Recht nicht beanstandet; denn die rückwirkende Kraft ist dem Wesen der authentischen Gesetzesauslegung als der bloßen Klarstellung des bereits vorhandenen Gesetzeswillens überhaupt immanent und hätte daher nicht einmal der vorliegenden ausdrücklichen Erklärung bedurft (vergl. z. B. Savigny, System des römischen Rechts VIII, S. 511 f.; Dernburg a. a. O.; Unger a. a. O., S. 99; Regelsberger, Pandekten I S. 142); —

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.