

Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren

Autor(en): **Liver, Peter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **71 (1952)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895737>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

PETER LIVER

DIE ENTWICKLUNG DES WASSERRECHTS
IN DER SCHWEIZ
SEIT HUNDERT JAHREN

Einleitung

Vor hundert Jahren war das Wasserrecht in der Schweiz noch nicht ein besonderer Zweig der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Die wasserrechtlichen Bestimmungen waren um 1850 fast ausschließlich ein Bestandteil des privaten Rechtes der Kantone. Auch für die folgenden Jahrzehnte sind die kantonalen Civilgesetzbücher die weitaus wichtigsten Quellen des Wasserrechtes geblieben. Wir finden denn auch die Übersicht über das Wasserrecht der Kantone im III. Band von EUGEN HUBERS System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Das geltende Wasserrecht dagegen ist zum kleinsten Teil privates Recht. Ist vom Wasserrecht die Rede, denkt man heute meistens nur noch an das in Spezialgesetzen des Bundes und der Kantone niedergelegte öffentliche Recht. Schon aus dieser äußerlichen Tatsache geht hervor, daß sich auf diesem Gebiet in den hinter uns liegenden hundert Jahren eine starke Umbildung und Ausgestaltung vollzogen hat. Diese Entwicklung soll hier am Beispiel der gesetzlichen Erlasse einiger Kantone der verschiedenen Landesteile und dann des Bundes verfolgt werden. In den Mittelpunkt wird das Verhältnis zwischen privatem und öffentlichem Recht gestellt. Es soll namentlich gezeigt werden, wie sich das neue Recht als öffentliches Recht bildete, seinen sachlichen Geltungsbereich erweiterte, sich aus dem Zusammenhang mit dem privaten Recht auch dadurch immer mehr löste, daß es die aus ihm übernommenen Institute zu öffentlich-rechtlichen umbildete, so daß das private Recht seinen Rückzug antreten mußte, der gerechtfertigt war, aber in einzelnen Punkten weiter ging, als notwendig gewesen wäre, was hätte verhindert werden können,

wenn das öffentliche Recht mehr Rücksicht auf die Vorteile der bestehenden Ordnung und das Zivilrecht mehr Verständnis für die hydrologischen Tatsachen und für die aus ihnen sich ergebende natürliche Rechtsgemeinschaft in der Benutzung der Gewässer gezeigt hätten.

I. ENTWICKLUNGSSTUFEN IN DER GESETZGEBUNG ÜBER DIE WASSERKRÄFTE

1. *Gewerbepolizei und Wasserbaupolizei*

In den Stadtstaaten und ihren Untertanengebieten sowie in den landesfürstlichen Territorien stand die Verfügung über die Wasserkräfte den Grund- und Gerichtsherren zu und den Obrigkeiten oder Landesherren, soweit sie selber Grundherren waren oder ein Wasserregal, sei es ein Flußregal an den schiff- und flößbaren Wasserläufen, sei es ein Mühlenregal auch an den kleineren Wasserläufen, hatten durchsetzen können.

Durch die Revolutionsgesetzgebung wurden diese Herrschaftsrechte aufgehoben und Gewerbefreiheit verkündet¹. Aber Gewerbe mit einem Einfluß auf die Sicherheit des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums der Bürger sollten unter der Aufsicht der Polizei gemäß bisherigen polizeilichen Vorschriften bleiben und nur mit einer Bewilligung der Munizipalität betrieben werden dürfen. Diese sollte auch versagt werden, wenn das Wasserwerk einem schon bestehenden Betrieb das nötige Wasser entziehen oder dessen Verwendung zu größerem allgemeinem Nutzen verhindern würde².

Auf dieser Grundlage ist in den Kantonen, welche von der Abschaffung der alten Herrschaftsrechte an den Gewässern betroffen wurden, auch in der Folgezeit versucht worden, der eingerissenen Anarchie zu steuern und wieder Ordnung in die

¹ Actensammlung aus der Zeit der helvetischen Republik, bearbeitet von J. STRICKLER, III, Nr. 39 (19. Okt. 1798); HIS E., Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts I, S. 499ff.

² Erlaß des Directoriums vom 3. Dez. 1798, Actensammlung III, Nr. 123; Regulativ des Vollziehungsausschusses vom 28. April 1800, AS V, Nr. 396.

Ausnutzung der Wasserkräfte zu bringen³. Die Bewilligung zur Errichtung von Wasserwerken ist eine zeitlich nicht befristete Gewerbepolizeibewilligung. Die Abgaben, welche von den Wasserwerken erhoben werden, sind Patentgebühren. Von Wasserzinsen ist noch keine Rede, da die Wassernutzung frei ist und nur polizeilichen Beschränkungen unterliegt. Um die alten Zinse für die ehehaften Wasserrechte der Ablösung zu entziehen, wurden sie etwa, wie im Kanton Bern, wo sie heute noch erhoben werden, in diesem Sinne umgedeutet⁴.

Vereinzelt in den dreißiger, allgemeiner in den fünfziger Jahren setzte dann die Wasserbaugesetzgebung in den Kantonen ein. Sie bildet den einen, älteren Zweig des öffentlichen Wasserrechts und gehört zu den primären Aufgaben des Staates. Das Bewilligungsverfahren erweitert sich nun auf die Sorge für den Uferschutz. Außerdem dient es dem Schutz bestehender Werke und privater Rechte. Charakteristisch dafür sind die Bestimmungen über die Wasserwerke im thurgauischen Gesetz über die Ausübung der Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit vom 2. Oktober 1832⁵. Im Kanton Waadt hat man es bis 1869 bei den zitierten Vorschriften aus der Helvetik bewenden lassen⁶. Vom Kanton Bern sagt KARL GEISER, das Gewerbegesetz vom Jahre 1849 habe die wasserbaupolizeiliche Bewilligung eingeführt; tatsächlich aber seien die Wasserwerke weiterhin als gewerbliche Anlagen behandelt worden; man habe die Wasserbaupolizeigesetze von 1834 und 1857 bei der Erteilung des Gewerbescheins unbeachtet gelassen, so daß das neue Gesetz statt Fortschritt zu bringen, eine fast unglaubliche Verwirrung auf dem Gebiete des Wasserrechts eingeleitet habe⁷. Erst als zu Anfang der neunziger Jahre eine stürmische Nach-

³ GEISER K., Beiträge zur Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, ZBJV 26, 1909, und S. A., daselbst S. 14.

⁴ GEISER, S. 18 ff.

⁵ Dieser, wie die meisten (leider nicht alle) im folgenden genannte Erlasse, findet sich im Anhang von GEISER-ABBÜHL-BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, 1921.

⁶ BONARD J., Origines et caractères du double régime d'exploitation de la force hydraulique en droit vaudois, Thèse Lausanne 1943, S. 86 ff.

⁷ GEISER, S. 20 ff.

frage nach Wasserkräften einsetzte, griff man im Kanton Bern auf das WBPG von 1857 zurück, um das Bewilligungsverfahren zu vereinheitlichen und den neuen Anforderungen anzupassen⁸. Die in den §§ 9, 33 und 37 enthaltenen Vorschriften über «Bauten und Anlagen, welche auf die Höhe des Wasserstandes, den Lauf des Wassers oder die Sicherheit des Bettes oder der Ufer Einfluß haben oder die bestehenden Uferlinien verändern» boten hiezu die Handhabe⁹. Davon abgesehen, bleibt die Gesetzgebung der Kantone in den fünfziger und dann wieder in den siebziger Jahren unter dem Gesichtspunkt des Wasserbaues bemerkenswert. Verschiedene dieser Gesetze sind bis heute in Kraft geblieben, so das erwähnte bernische «Gesetz über den Unterhalt und die Korrektion der Gewässer und die Austrocknung von Möösern und andern Ländereien» vom 6. April 1857, «inspiriert durch das bayrische Gesetz»¹⁰, das ihm nachgebildete solothurnische Gesetz vom 4. Juni 1858, das entsprechende Gesetz des Kantons Baselland vom 9. Juni 1856 und dann aus den siebziger Jahren namentlich das luzernische Gesetz über Wasserrechte vom 2. März 1875, das sich sehr enge an das bayrische Gesetz anschloß und vom Kanton Obwalden zum Muster genommen wurde, ferner die WG¹¹ von Zürich (14. April 1872) und Schaffhausen (17. Januar 1879). Diese Gesetze mit Ausnahme derjenigen von Bern und Solothurn enthalten auch schon eine selbständige Regelung der Erteilung von Bewilligungen für die Ausnutzung der Wasserkräfte. Schaffhausen begnügte sich allerdings mit der Einfügung der

8 GEISER, S. 29 ff.

9 Vgl. auch die Vo des RR von Solothurn vom 15. Juni 1859 betr. das Verfahren bei Erteilung von Wasserfallrechten.

10 Bern. AppH., ZBJV 36, S. 238. Das bayr. Gesetz: Drei Gesetze vom 28. Mai 1852, a) die Benützung des Wassers betreffend; b) über die Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen zum Zwecke der Bodenkultur; c) über den Uferschutz gegen Überschwemmungen. Dazu POEHL J. von, Die bayerischen Wassergesetze, Kommentar, 2. Aufl., 1880, und ROTH P., Bayrisches Civilrecht III, 1875, S. 135 ff.

11 WBPG = Wasserbaupolizeigesetz; WRG = Wasserrechtsgesetz (Gesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte); WG = Wassergesetz (WBPG und WRG zugleich).

Bestimmungen des PrGB ins WG und ihrer Ergänzung durch zwei Artikel über das Verfahren bei Errichtung von Wasserwerken. Überhaupt bilden die Civilgesetzbücher noch durchaus die Grundlage der Vorschriften über die Gewässernutzung. Einzelne von ihnen enthielten eine umfassende Ordnung der Rechte an Gewässern, so insbesondere das zürcherische PrGB in den §§ 657 bis 679. Eine selbständige und vollständige Wasserrechtsordnung als Bestandteil des Sachenrechts hat J. J. BLUMER 1869 für den Kanton Glarus geschaffen. Der Kanton Waadt hatte in seinem Code rural vom 15. Dezember 1848 ebenfalls eine eingehende Regelung der wasserrechtlichen Verhältnisse getroffen. Die Verfügung über die Wasserkräfte bedurfte jedoch überall, wo sie dem Gemeinwesen zustand, was einzig für Glarus in bezug auf keine Gewässer zutraf, der Regelung durch das öffentliche Recht.

2. *Die Verfügung über die Wasserkräfte der öffentlichen Gewässer*

a) Erste Periode: bis 1890

Schon das zürcherische Gesetz über Erteilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse vom 21. März 1836 erklärte in seinem § 1: Die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken ist ein Regal des Staates; demselben steht die Befugnis zu, durch seine Behörden das Recht zu dieser Benutzung zu verleihen. Diese Verleihung wird als Bewilligung bezeichnet, aber sie wird gegen Entgelt in der Form eines jährlichen Wasserzinses erteilt, welcher durch den 20fachen Betrag losgekauft werden kann. Hier liegt also nicht eine Polizeierlaubnis vor, sondern schon wieder eine eigentliche Verfügung über Wasserkräfte auf der Grundlage des Regals. Ein sehr in die Einzelheiten gehendes Reglement vom 8. November 1836 regelt die Behandlung von Wasserrechtsbegehren und zwar auch unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Ausnutzung der Wasserkräfte¹² und enthält namentlich auch eine genaue An-

¹² Reglement § 4. Nach § 2 des Gesetzes ist die Bewilligung zu erteilen, wenn keine Gefahren oder Nachteile in polizeilicher Hinsicht zu besorgen und allfällige Privateinsprachen gehoben sind.

leitung zur technischen Begutachtung der Wasserrechtsbegehren und zur Messung der Wasserkräfte. Zürich dürfte damit wohl das erste eigentliche Wasserrechtsgesetz der Schweiz auf öffentlich-rechtlicher Grundlage geschaffen haben. Erst als dann in den fünfziger Jahren die Kantone die bereits namhaft gemachte rege gesetzgeberische Tätigkeit auf dem Gebiete des Wasserbaues aufnahmen, haben einzelne von ihnen sich auch mit der Verfügung über die Wasserkräfte speziell befaßt. Baselland nahm in sein Gesetz über die Gewässer und die Wasserbaupolizei vom 9. Juni 1856 einen Artikel über die Verleihung von Wasserrechten (§ 4) und einen über die ehehaften Wasserrechte (§ 38) auf, mit welchen beiden Artikeln der Kanton sich bis zum Inkrafttreten des eidgenössischen WRG als gesetzlicher Grundlage für die Ausnutzung der Wasserkräfte beholfen hat. Nach § 4 bedarf jede Ableitung von Wasser aus öffentlichen Gewässern zu industriellen Zwecken oder zur Bewässerung der besonderen Erlaubnis des Regierungsrates. Alle diese Konzessionen sind dem Staate zu vergüten. Diese Vergütung, deren Höhe sich nach der Wassermenge und dem Gefälle bestimmt, «wird als Aversalsumme angesehen und soll nie als ein immerwährender Zins bestimmt werden». Darin kommt die Ablehnung ewiger Lasten, die an die Feudallasten gemahnen, zum Ausdruck. Aber ohne Entgelt verleiht der Kanton keine Wasserrechte. In einem Spezialgesetz, das ebenfalls noch gilt, hat kurz vorher, am 28. Februar 1856, der Kanton Aargau die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken geregelt und dazu die VVo vom 18. September gleichen Jahres erlassen. In diesen Erlassen sind die beiden hievor genannten Materien des Wasserrechtes viel ausführlicher geregelt, wohl hauptsächlich nach zürcherischem Vorbild. Die Hemmungen gegen die Erhebung eines jährlichen Wasserzinses (auch im zürcherischen Recht war der Wasserzins ablösbar) sind überwunden.

Am 1. Juli 1870 ist das WRG des Kantons Waadt vom 26. November 1869 in Kraft getreten. Es regelt das Verfahren der Erteilung von Wasserrechten und führt eine Abgabe ein,

welche vom Konzessionär (die Bewilligung heißt autorisation, wird aber auch concession genannt, ohne daß daraus ein Schluß auf ihre Rechtsnatur gezogen werden kann¹³) jährlich zu entrichten ist (10 bis 500 Fr.). Ob sie den Charakter eines Wasserzinses hat, ergibt sich aus dem Gesetz nicht eindeutig¹⁴.

Die schon erwähnten WG von Luzern (1875) und Obwalden (1877) machen die Ausnutzung von Wasserkräften öffentlicher Gewässer ebenfalls von einer Konzession abhängig, mit welcher die Verpflichtung zur Bezahlung eines jährlichen Wasserzinses verbunden ist.

In keinem von allen diesen Gesetzen ist die Dauer der Konzession begrenzt. Die Wasserrechte können auf unbeschränkte Zeit erteilt werden¹⁵.

Eine Ausnahme von dieser Regel hat der Kanton Neuenburg mit seinem WG vom 29. November 1869 gemacht, indem er im Art. 30 die Höchstdauer auf 99 Jahre festsetzte, aber ausdrücklich die Möglichkeit der Erneuerung vorsah¹⁶.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Ausnutzung der Wasserkräfte hielt sich im allgemeinen während dieser Periode in ziemlich engen Grenzen, namentlich in allen Gebieten, die nicht von der Ausbreitung der Industrie erfaßt wurden. P. C. VON PLANTA bemerkt in den Erläuterungen zum bündnerischen CGB (1863): «Der Reichtum der meisten Gemeinden unseres Kantons an Wasserkräften verbunden mit der geringen Nachfrage nach letzteren bringt es freilich mit sich, daß die Gemeinden ihr Konzessionsrecht selten geltend machen.» Aber auch in industriereichen Gegenden war der Wasserkraft in der Dampfkraft ein erfolgreicher Konkurrent entgegengetreten. Namhafte Industrielle waren der Auffassung, daß die Wasserwirtschaft in absehbarer Zeit eine geringe Rolle in der Versorgung des Landes mit motorischer Kraft haben werde. Dementsprechend wurden

13 BONARD, S. 92.

14 BONARD, S. 89f.

15 «L'autorisation est perpétuelle mais imposée» (BONARD, a. a. O., S. 89, für die Periode 1870 bis 1901).

16 Vgl. dazu JACOTTET, Le droit civil neuchâtelois I, 1879, S. 349 und S. 394, wo gesagt wird, daß die Konzessionen in der Regel unentgeltlich seien, weil sie im allgemeinen Interesse der Industrie erteilt würden.

auch die fiskalischen Aussichten für das Gemeinwesen nicht so hoch bewertet, daß sie Anlaß zur Ausbildung einer besonderen Wasserrechtsgesetzgebung gegeben hätten. GEISER zitiert das «von römisch-rechtlicher Gelehrsamkeit strotzende Gutachten eines unserer bedeutendsten Juristen», welches zum Schlusse gekommen sei, daß die Grundsätze des römischen Rechtes, «des Rechtes der Freiheit und damit auch des wesentlichen Bedürfnisses zivilisierter Menschen», auch auf diesem Gebiete noch auf lange Zeit allen Anforderungen genügten, um so mehr da in der Neuzeit die Bedeutung der Flüsse als Wasserstraßen eine geringe geworden und sich auch für industrielle Zwecke vermindert habe. GEISER fährt fort: «In diese römisch-manchesterliche Götterdämmerung, welche das Zeitalter des Dampfes charakterisiert, sollte nun aber plötzlich elektrisches Licht hineinstrahlen.»¹⁷

Das Ereignis, welches diese Wandlung herbeiführte, war die Lösung des Problems der Übertragung elektrischer Energie auf weite Strecken mit hohem Nutzeffekt, welche 1891 in der Übertragungsleitung von Lauffen am Neckar nach Frankfurt a. M. (175 km) in die öffentliche Erscheinung trat. Mit einem Schlag gewann dadurch die Wasserkraft für die Industrie und für den Staat eine ganz neue Bedeutung. Die Gesetzgebung trat in eine neue Periode ein.

b) Zweite Periode: Seit 1890

Die neue Periode der Gesetzgebung hat der Kanton St. Gallen mit seinem WRG vom 23. November 1893 eröffnet¹⁸. Dieses Gesetz weist schon fast alle die wasserrechtlichen Institute auf, welche zum wesentlichen Bestande des geltenden Wasserrechts gehören: Verfügungsrecht des Kantons über die Wasserkraft der Seen, Flüsse und Bäche; Vorrecht des Kantons und der

¹⁷ GEISER, S. 28 ff.

¹⁸ Botschaft vom 11. Mai 1892; Bericht der großrätl. Kommission vom 29. November 1892; Nachträglicher Bericht vom 30. Oktober 1893.

Aufschlußreicher sind die Botschaft und der Entwurf des Regierungsrates vom 9./12. November 1864 zu dem damals nicht zustande gekommenen Gesetz über die Erteilung von Wasserrechten.

Gemeinden auf die Ausnutzung; Höchstdauer des verliehenen Wasserrechts (50 Jahre); Konzessionsgebühr und Wasserzins; Genehmigungserfordernis für Übertragungen des Wasserrechtes (vor der Eröffnung des Betriebes); Erteilung des Expropriationsrechtes an den Konzessionär; Bildung von Korporationen der Wasserwerkbesitzer; Frist für die Eröffnung des Betriebes; Verwirkung und Heimfall; Gewährleistung der «zur Zeit bestehenden Wasserwerkanlagen und der bis anhin zu wirtschaftlichen Zwecken geübten Wasserrechte in ihrem bisherigen Bestande»; der Wasserrechtskataster.

Das st.-gallische Gesetz hat alsbald seine Nachahmung im Kanton Tessin gefunden, dessen Gesetz vom 17. Mai 1894 mit ihm in den Grundzügen übereinstimmt¹⁹. Es folgten dann mit neuen WRG die Kantone Wallis (1896), Graubünden (1906), Bern (1907). Inzwischen waren die Entwürfe zum ZGB ausgearbeitet und durchberaten worden, wobei das st.-gallische WRG offensichtlich benutzt worden ist. Bei der Ausarbeitung der WRG von Graubünden und von Bern, welche letzteres seinerseits wieder im eidgenössischen WRG von 1916 weitgehende Berücksichtigung fand, bildeten sie die wichtigste Grundlage. Sie waren ein wertvoller Versuch der Eingliederung der verliehenen Wasserrechte ins Privatrecht. Im letzten Stadium der Beratung des ZGB aber wurde dieser Versuch aufgegeben und die Ordnung der Ausnutzung der Wasserkräfte auf den Weg der Spezialgesetzgebung verwiesen²⁰. Das eidgenössische WRG

¹⁹ Die Konzessionsdauer ist auf 40 Jahre verkürzt. Wie im st.-gallischen WRG kann die Konzession nach Ablauf dieser Dauer erneuert werden. Wird die Erneuerung nicht verlangt oder nicht zugestanden, ist dem Konzessionär «der volle Wert der erstellten Anlagen, Bauten und Einrichtungen gegen Überlassung derselben zu vergüten» (St.G. Art. 11, Abs. 3); Tessin, Art. 16 Abs. 4, verweist den Staat auf den Weg der Expropriation, worin keine grundsätzliche Abweichung bestehen dürfte. Die Expropriation kann aufgefaßt werden als Verfahren zur Ermittlung des Schadenersatzes, welcher vom Staat als Folge des *Heimfalles* zu entrichten ist. Dies scheint mir die der Entwicklung des Wasserrechtes am besten entsprechende Lösung dieser Streitfrage zu sein.

Dem tessinischen WRG ist mit dem Art. 17bis das Rückkaufsrecht eingefügt worden, welches im st.-g. WRG noch nicht enthalten ist.

²⁰ Die Entstehungsgeschichte des Art. 24bis BV und des eidg. WRG hat KARL GEISER ausführlich im zit. Kommentar dargestellt.

vom 22. Dezember 1916, in Kraft getreten am 1. Januar 1918, hat alle wesentlichen Rechtseinrichtungen der Nutzung der Wasserkräfte festgelegt und zwar im Sinne der von der Verwaltungsrechtswissenschaft zur Geltung gebrachten öffentlich-rechtlichen Auffassung. An der Zuständigkeit der Kantone zur Abgrenzung zwischen öffentlichen und privaten Gewässern sowie zur Bestimmung der rechtlichen Natur des Herrschaftsrechtes des Gemeinwesens über die öffentlichen Gewässer hat das eidgenössische WRG nichts geändert. Die Kantone bestimmen auch, welchem Gemeinwesen (Kanton, Gemeinde, Bezirk) das Recht der Verfügung über die Wasserkräfte der öffentlichen Gewässer zusteht und welche Behörde dieses Gemeinwesens zu seiner Ausübung kompetent ist. Abgesehen davon und etwa noch von der Festsetzung der Leistungen des Konzessionärs im Rahmen der eidgenössischen Höchstansätze sowie von der Ausnutzung von Wasserkräften durch das Gemeinwesen selber und von den Vorschriften über die Aufsicht des Kantons über die Ausübung des Verfügungsrechtes durch die Gemeinden oder Bezirke, hat die kantonale Gesetzgebung über die Wasserkräfte seit dem Inkrafttreten des eidgenössischen WRG fast nur noch eine ausführende Funktion.

3. *Das Grundwasserrecht*

Eine neue und sehr wichtige Erweiterung hat die Zuständigkeit der Kantone auf dem Gebiet des öffentlichen WR durch die Feststellung erfahren, daß die Grundwasserströme und Grundwasserbecken mit Ausnahme der lokal eng begrenzten Grundwasservorkommen nicht unter den Vorschriften des ZGB über die Quellen stehen. Auf sie ließ sich die Anwendung der sie den Quellen gleichstellenden Vorschrift in Art. 704 Abs. 3 ZGB nicht mehr halten, nachdem ihre Ausbeutung in großem Ausmaß eingesetzt hatte. Art. 704 Abs. 3 ist nur daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber diese Nutzungsmöglichkeit außer Betracht gelassen hat²¹. Ohne eine Revision des ZGB abzuwarten oder einzuleiten,

²¹ Um die Unverbindlichkeit von Art. 704 Abs. 3 ZGB im Sinne seines Wortlautes überzeugender begründen zu können, hat das BG ausgeführt: «Auch

haben einzelne Kantone für sich das Ergebnis einer solchen Revision vorweggenommen. Der Kanton Zürich hat seinem EG den Art. 137^{bis} eingefügt (Volksabstimmung vom 2. Februar 1919): «Grundwasserströme und Grundwasserbecken von einer mittleren Stärke von mehr als 300 Minutenlitern werden als öffentliche Gewässer erklärt.»

«Wird jedoch einem solchen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken lediglich Wasser für den häuslichen, landwirtschaftlichen und gewerblichen Kleinbedarf entnommen, so ist eine staatliche Verleihung nicht erforderlich.»

«Der Regierungsrat bezeichnet die öffentlichen Grundwasserströme und Grundwasserbecken.»

Diesem Beispiel sind die Kantone Obwalden (1919), Schaff-

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» (BGE 55 I 404 = Pr 19 Nr. 64, S. 174.) Dies wird im BGE 65 II 149 = Pr 29 Nr. 3 und 68 II 18 = Pr 31 Nr. 41 wiederholt und von einem «neuentdeckten Rechtsgut» gesprochen. Das ist *fable convenue* geworden. Von einem erst nach der Ausarbeitung des ZGB neu entdeckten Rechtsgut kann gar nicht die Rede sein. Lange vorher war bekannt, daß das Grundwasser im Erdinnern stehende und fließende Gewässer von großer Mächtigkeit bildet und daß die Quellen Grundwasseraufstöße sind. Ich verweise dafür auf die Schrift des sächsischen Bergingenieurs A. F. WAGNER, Über deutsches und österreichisches Wasserrecht in seiner Anwendung auf Quellen und Grundwasser, vom Jahre 1888, wo bereits alle die Fragen, welche Gegenstand der neuen Grundwasserrechtslehre sind, klar erfaßt und die Gleichstellung der unterirdischen mit den oberirdischen Gewässern verlangt wird. In der Literatur zum österreichischen Reichswasserrechtsgesetz von 1869 war die Frage kontrovers, ob «die sog. *Grundwässer*, d. i. die unterirdischen, in wasserführenden Terrainschichten sich *fortbewegenden* (also *unterirdisch fließenden*) Gewässer» (RANDA, Das österreichische Wasserrecht, 3. Aufl., 1891, S. 36) öffentliche Gewässer seien (welche Auffassung namentlich von PEYRER in seinem Kommentar [1880] vertreten wurde) oder private Gewässer oder weder das eine noch das andere. Vgl. auch das Referat von H. SCHARDT über das Werk von M. A. DAUBRÉE, Les eaux souterraines à l'époque actuelle, Paris, 1887, in den Arch. des Sciences phys. et nat., XIX, S. 409, 1888. Im gleichen Sinne, wie das hier geschieht, äußert sich zu der Frage GUISSAN F., L'eau en droit privé, 1942 (S.A. aus dem Journal des Tribunaux), S. 28f. auf Grund der Auskunft eines geologischen Sachverständigen. Sein Schluß lautet: «Ce qui n'est pas possible, c'est d'invoquer de prétendues découvertes toutes récentes de la science géologique pour justifier une distinction à laquelle le législateur n'a simplement pas pensé.» Vgl. auch HAFF K., Das Wasserkraftrecht, 1951, S. 20 und BUSER G., zur Revision des Grundwasserrechts, in «Straße und Verkehr» 1945, S. 251.

hausen (1931), Genf (1939) und Graubünden (1944) gefolgt. In den Kantonen Aargau und Solothurn hat sich die Praxis auf den gleichen Boden gestellt²².

Nachdem die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes 1929 eine Beschwerde gegen den zürcherischen Grundwasserartikel abgewiesen (BGE 55 II 397ff. = Pr 19 Nr. 64), hat das Bundesgericht als Zivilgerichtshof, wie es selbst sich ausdrückt, nicht gezögert, die Anwendbarkeit von Art. 704 Abs. 3 auf Grundwasserströme, die sich über weite Strecken unter der Erdoberfläche hinziehen, zu verneinen und «das neuentdeckte Rechtsgut» dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens zu unterstellen, «da der Grundwasserstrom als Ganzes öffentliches Gut darstellt» (BGE 65 II 143ff. = Pr 29 Nr. 3). In einem weiteren Urteil hat das Gericht diese Auffassung bestätigt, aber betont, daß bloß lokale Grundwasseransammlungen nach wie vor unter Art. 704 Abs. 3 fallen und den Quellen gleichgestellt bleiben (BGE 68 II 14ff. = Pr 31 Nr. 41)²³.

²² Zusammenstellung der Grundwassererlasse mit näheren Angaben in meiner Abhandlung, Der Prozeß des Müllers Arnold und das private Wasserrecht, ZBJV 82, 1946, S. 97ff. und 145ff., bes. S. 159ff. Seither hat auch Glarus das Grundwasser in sein Wasserrecht (EG Art. 166ff.) einbezogen (Landsgemeindebeschlüsse 1947 und 1951).

Das bernische Gesetz über die Nutzung des Wassers vom 3. Dezember 1950 bezeichnet alle ober- und unterirdischen Wasservorkommen (Seen, Flüsse, Bäche und Grundwasseransammlungen), an denen nicht entgegenstehende Privatrechte nachgewiesen sind, «in bezug auf die hoheitsrechtliche Nutzung» des Wassers als öffentliche Gewässer. «Derartige Privatrechte bestehen vor allem an Quellen und an solchen Grundwasservorkommen, die nach ihrer Beschaffenheit den Quellen gleichzustellen sind (Art. 704 ZGB).» Darin kommt die Tendenz zum Ausdruck, auch Grundwasservorkommen, die nicht zu den Grundwasserströmen und Grundwasserbecken gehören, dem öffentlichen Recht zu unterstellen, welche mit der Praxis des BG nicht in Einklang zu bringen sein dürfte. Der Verzicht auf eine Abgrenzung nach der Mächtigkeit der Grundwasserströme und Grundwasserbecken dürfte der Rechtssicherheit nicht förderlich sein. Solothurn scheint dem bernischen Beispiel hierin folgen zu wollen, erklärt aber immerhin nur Grundwasserströme und Grundwasserbecken als öffentliche Gewässer (EG § 227 der Revisionsvorlage 1948/1950).

²³ Art. 704 Abs. 3 wurde als anwendbar erklärt, da «man es mit einem örtlich begrenzten, relativ unbeweglichen, nicht ständig strömenden Wasser zu tun hat». Die Mächtigkeit des Grundwasservorkommens (2200 ML) wollte das BG nicht als maßgebend anerkennen, «denn wesentlicher als durch die Wassermenge wird im vorliegenden Fall das Grundwasser dadurch charakterisiert, daß es, lokal

4. *Die Ausnutzung der Wärme des Wassers von ober- und unterirdischen Seen und Flüssen*

Durch die Wärmepumpe wird Wärme dem Wasser entzogen und dieses mit erniedrigter Temperatur zurückgegeben. Die Benutzung öffentlicher Gewässer zu diesem Zweck bedarf der Konzession. Außer den wasserbaulichen stellen sich dabei auch mannigfache Fragen des Verhältnisses zwischen dem Konzessionär und anderen Benutzern, denen das Wasser nicht mehr in der natürlichen Temperatur zur Verfügung steht, und Fragen der Auswirkungen des Temperaturentzuges auf das Klima. Zur Gewinnung von Wasserkraft kann die gleiche Wassermenge auf verschiedenen Gefällstufen beliebig oft ausgenutzt werden, zur Gewinnung von Wärme dagegen nicht. Solange diese Art der Gewässerbenutzung nicht eine viel größere Ausdehnung und Intensität annimmt als bisher, dürften diese letzteren Fragen kaum von erheblicher praktischer Bedeutung sein. Wohl hat sich die Verwaltungspraxis mit ihnen befaßt, aber zu einer gesetzgeberischen Regelung ist es noch nicht gekommen. Im bernischen WG vom 30. Dezember 1950 ist der Erlaß eines Dekretes des Großen Rates über das Verfahren sowie die finanziellen Leistungen und die Bedingungen überhaupt für die Erlangung einer Konzession vorgesehen (Art. 90)^{23a}. Auch das glarnerische Wasserrecht erwähnt die Wärmepumpe (Art. 175 EG).

begrenzt und stationär, seinen Quellpunkt in einem Grundstückskomplex... hat, auf diesem allein natürlich zutage tritt und auch da gefaßt wurde».

Richtig ist, daß nur Grundwasserströme und Grundwasserbecken als öffentliche Gewässer gelten können. Die Unterscheidung nach der Mächtigkeit greift erst Platz, wenn feststeht, daß ein Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken vorliegt. Dann aber ist sie m. E. notwendig, da es sich nicht rechtfertigen läßt, jeden noch so kleinen Grundwasserstrom (Grundwasseradern in Quellgebieten) als öffentliches Gewässer zu erklären. Aus der Formulierung des BG könnte geschlossen werden, daß Grundwasserbecken überhaupt nicht öffentliche Gewässer sein könnten, was aber nicht vertretbar wäre und deshalb nicht die Meinung des BG sein kann.

^{23a} Während des Druckes dieser Abhandlung ist das «Dekret betreffend die Konzessionierung und Bewilligung von Wasserrechten, Wärmepumpen und Gebrauchswasserrechten» vom bernischen Großen Rat erlassen worden. Die einzige spezielle Bestimmung über die Wärmepumpen betrifft die Gebühren und den Wasserzins.

II. DIE EINTEILUNG DER GEWÄSSER IN ÖFFENTLICHE UND PRIVATE

Diese Unterscheidung war schon für das römische und für das deutsche Recht grundlegend gewesen, wenn sie auch nicht in beiden Rechtsordnungen die gleiche Bedeutung hatte²⁴. Nach dem römischen Recht waren alle ständig fließenden Wasserläufe mit Ausnahme der kleinen Rinnsale mit ganz geringer Wassermenge öffentliche Gewässer. Nach deutschem Recht waren öffentliche, dem Regal des Königs und später der Landsherren unterstellte Gewässer nur die für die Schiff- und Floßfahrt geeigneten, also die größeren Flüsse, während die kleineren Flüsse und die Bäche markgenossenschaftliche Gewässer waren und nur die kleinsten Bäche, deren Wasser nicht ausreichte, um der markgenossenschaftlichen Nutzung zu dienen, wie die Quellen und Quellabflüsse, welche nicht den Anfang eines Baches oder Flusses bildeten, der ausschließlichen Herrschaft des Grundeigentümers unterworfen waren. Wenn man die markgenossenschaftlichen zu den öffentlichen Gewässern zählt, was sich insofern rechtfertigt, als sie nicht wie die römischen Privatgewässer *pars fundi* sind, unterscheidet sich die deutsch-rechtliche nicht wesentlich von der römisch-rechtlichen Einteilung. Zählt man dagegen die markgenossenschaftlichen zu den privaten Gewässern, was in der Neuzeit unter dem Einfluß des gemeinen Rechtes meistens geschehen ist, besteht zwischen der deutsch-rechtlichen und der römisch-rechtlichen Einteilung ein ganz wesentlicher Unterschied. KARL HAFF stellt denn auch dem römischen Recht und den ihm folgenden deutschen Landeswassergesetzen (wie Württemberg und Hessen) das preußische, bayrische und österreichische Recht gegenüber, in welchem die nicht schiff- und flößbaren Flüsse und die Bäche den Charakter von privaten Gewässern behalten haben und den Anliegern das Verfügungsrecht über ihre Wasserkräfte zusteht, wenn es auch durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen beschränkt ist und nur mit behördlicher Bewilligung (nicht Konzession) ausgeübt wer-

²⁴ Siehe meine Abhandlung in Bd. 82 der ZBJV, S. 102ff.

den kann. Zu dieser zweiten Gruppe zählt HAFF auch das schweizerische Recht²⁵. Dies trifft allerdings nur insofern zu, als nach schweizerischem Recht die Verfügung über die Wasserkräfte der privaten Gewässer den Anliegern zusteht und nur der wasserbaupolizeilichen Genehmigung bedarf, nicht aber, wie gleich zu zeigen sein wird, hinsichtlich der Einteilung in öffentliche und private Gewässer.

Auch der französische Code civil hat die im mittelalterlichen Recht wurzelnde Einteilung in die schiff- und flößbaren Wasserläufe als öffentliche und in die übrigen als private Gewässer beibehalten (Art. 538). Nach dem italienischen Codice civile von 1865 sind «fiumi e torrenti» öffentliche Wasserläufe (Art. 427), womit der Kreis der öffentlichen Gewässer gegenüber dem französischen Recht stark erweitert ist, die Abgrenzung gegenüber den privaten Wasserläufen aber unüberwindliche Schwierigkeiten verursachte²⁶.

Für das schweizerische Wasserrecht ist die auffallende Erscheinung grundlegend, daß weder die welschen Kantone die französische, noch die deutschschweizerischen Kantone die in Deutschland vorherrschende Einteilung der Gewässer in öffentliche und private übernommen haben. Bern, dessen WBG von 1857, welches noch gilt, in seinem § 1 erklärt: «Alle Gewässer, welche zur Schifffahrt oder Flösserei benützt werden, sind öffentliche Sachen (Civilgesetzbuch, Satz. 335; Code civil, art. 538)», hat damit unter den Kantonen eine Ausnahme gemacht²⁷.

25 HAFF Karl, Das Wasserkraftrecht (mit Grundwasserrecht) Deutschlands, der Schweiz und Österreichs einschließlich der rechtsgeschichtlichen Grundlagen, Innsbruck 1951 (Neubearbeitung der 1910 in der Schweiz gehaltenen Vorträge und der Abhandlung über das Wasserkraftrecht nach den Entwürfen eines preuß. WG und dem badisch-bayr. Recht in der Rhein. Z. f. Zivil- u. Prozeßr. III, 1910, S. 37ff. und 54).

26 PACELLI F., *Le acque pubbliche*, 3. Aufl., 1934, S. 69ff.

27 Die gleiche Unterscheidung lag auch der älteren Gesetzgebung des Kantons Freiburg zugrunde: Loi sur les flottages vom 13. Mai 1867; Ausführungsbestimmungen des Staatsrates vom 24. Mai 1867; Loi sur les eaux navigables vom 19. Mai 1881. Nach dem EG sind jedoch alle Wasserläufe öffentliche Gewässer, die danach eingeteilt werden, ob ihre Wasserkräfte nutzbar gemacht werden können oder nicht.

Bemerkenswert ist insbesondere, daß kantonale Civilgesetzbücher, die sich im übrigen eng an den französischen Code civil anlehnten, diesem in der Einteilung der Gewässer nicht gefolgt sind. Der waadtländische Code rechnet zu den dépendances du domaine public die Seen, Flüsse und Bäche; das WRG von 1869 spricht von den cours d'eau schlechthin²⁸. J. BONARD meint, für den waadtländischen Gesetzgeber habe es nahe gelegen, die Attribute «navigables et flottables» zu streichen, da es keine schiff- und flößbaren Wasserläufe im Kanton gebe. Aber aus dieser Streichung hätte sich eher die gegenteilige Konsequenz ergeben. Bestimmend dürfte vielmehr gewesen sein, daß die Verfügung über die Wasserkräfte schon vor der Revolution den Grund- und Gerichtsherrschaften zugestanden hat, an deren Stelle der Kanton treten konnte, ohne irgendwelche Rechte der Grundeigentümer aufzuheben, worauf BONARD ebenfalls aufmerksam macht²⁹.

In dieser Auffassung stimmen die Kantone der französischen mit denen der deutschen Schweiz überein. Auch in diesen herrscht vom Anfang ihrer wasserrechtlichen Gesetzgebung an der Grundsatz vor, daß Seen, Flüsse und Bäche, an denen sich nicht ein hergebrachtes Privatrecht nachweisen läßt, öffentliche Gewässer sind. Er steht in dieser Formulierung im § 1 des luzernischen WG von 1875; er lag dem zürcherischen Recht zugrunde und wurde nicht nur von Schaffhausen, Thurgau (mit einer Einschränkung), St. Gallen und Zug³⁰, sondern auch von Baselland, Aargau und Solothurn befolgt. Aber auch in Graubünden und im Wallis und in den alten Länderdemokratien Uri, Appenzell und Nidwalden sind die Seen, Flüsse und Bäche öffentliche Gewässer, im letztgenannten Kanton allerdings nur soweit sie

²⁸ Auch das neuenburgische WG von 1869 befolgt den gleichen Grundsatz. Vgl. auch JACOTTET H., *Le droit civil neuchâtelois* I, S. 348, welcher bemerkt, daß damit der alte Rechtszustand gewahrt worden sei.

²⁹ BONARD, a. a. O., S. 72, 30 und 86; vgl. ferner zum waadtländ. Wasserrecht CARRARD H., *De l'utilisation des eaux courantes*, *Journal des Tribunaux*, 1869, S. 425, S. A., S. 5; GUISSAN F., a. a. O., S. 11.

³⁰ ITEN W. E., *Das Wasserrecht nach dem zugerischen EGzZGB*, Diss. Zürich 1914, S. 32 ff.

zur Anlage von Wasserwerken benutzt werden oder sich hiezu eignen. In diesen Kantonen war die historische Grundlage der Unterstellung aller Wasserläufe unter das öffentliche Recht nicht ein früheres Herrschaftsrecht von Grund- und Gerichtsherren oder des Landesherrn, sondern das Nutzungs- und Verfügungsrecht der Markgenossenschaft. Da in der Regel Korporationen des öffentlichen Rechtes in die Rechte der Markgenossenschaften nachfolgten, war es gegeben, daß die Allmendgewässer zu öffentlichen Gewässern geworden sind. Den Gemeinden ist das Eigentum an den Gewässern in Graubünden³¹ und, mit Ausnahme der Rhone und des Genfersees, im Wallis³² zugefallen; auf den Kanton, die beiden großen Allmendkorporationen (Uri und Urseren) und die Gemeinden verteilt es sich im Kanton Uri³³; vom Kanton sind die Allmendgewässer in Anspruch genommen worden in Appenzell A. Rh. und I. Rh. sowie, mit der Beschränkung auf die namentlich aufgezählten größeren Gewässer, in Schwyz, wo ehemals das alte Land Schwyz sich mit der Oberallmendkorporation deckte und im äußeren Land mit der Landeshoheit auch das Recht der Verfügung über die Gewässernutzung ausgeübt hatte³⁴. Im Kanton Tessin dürften die kleinen Wasserläufe, welche nicht zu den *fiumi e torrenti* gehören, an denen der Kanton das Verfügungsrecht hat, den *Patriziati* (Bürgergemeinden) als Nachfolgern der Markgenossenschaften gehören³⁵.

31 EGzZGB, 1944, Art. 149; WRG, 1906, Art. 1.

32 WRG, 1898, Art. 1; Loi concernant l'attribution de la propriété des biens du domaine public et des choses sans maître, vom 17. Jan. 1933.

33 Vo betr. Feststellung des Staatseigentums an Seen und Flüssen und Benützung öffentl. Gewässer vom 27. Oktober 1891; VVo vom 2. Juli 1919 zum eidg. WRG.

34 HETTLINGEN K. v., Das Wasserrecht des Kantons Schwyz, Diss. jur. Freiburg 1917, S. 4ff., 72, 88, 89ff., 108.

35 Art. 24 der Legge generale sul registro fondiario, 1933, zählt die *corsi d'acqua* schlechthin zu den *cose di dominio pubblico*. Wie aus Art. 99 hervorgeht, gibt es nicht nur ein *dominio* oder *demanio pubblico* des Kantons, sondern auch der Korporationen des öffentlichen Rechtes, insbesondere der Gemeinden und *Patriziati*; zu dem des Kantons aber dürften nur die *laghi, fiumi e torrenti* gehören.

Bestimmte Nutzungsbefugnisse konnten indessen auch an öffentlichen Gewässern den Markgenossen als Ufereigentümern zufallen, namentlich solche, deren Ausübung das Eigentum oder ein dingliches Recht am Ufergrundstück voraussetzte und vor sich gehen konnte, ohne daß dadurch die übrigen Genossen in ihren Rechten beeinträchtigt wurden. So hatten im Kanton Zug die Ufereigentümer nach § 175 PrGB und auch noch nach § 117 Abs. 4 EG (nach letzterem allerdings nur «bis zum Erlaß eines Spezialgesetzes») das Recht, zu gewerblichen Zwecken die Wasserkraft des Gewässers auszunutzen. Die gleiche Bestimmung (in der Formulierung des glarnerischen Rechtes) enthält § 196 des EG von Schwyz. Nach Art. 302 des EG von Freiburg kann die Konzession vorbehältlich der Enteignung nur dem Ufereigentümer oder mit dessen Zustimmung einem anderen Bewerber erteilt werden. Im Kanton Zug sind die Rechte der Ufereigentümer durch das WRG vom 16. Februar 1922 aufgehoben worden; eine dagegen beim Bundesgericht erhobene staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Eigentumsgarantie ist abgewiesen worden³⁶. Auch das revidierte schwyzerische WRG vom 1./20. Februar 1917 gestattet die Ausnutzung der Wasserkraft öffentlicher Gewässer nur auf Grund einer staatlichen, von der Bezirksgemeinde erteilten Konzession.

Im Kanton Bern wird die Ausscheidung der öffentlichen Gewässer immer noch danach vorgenommen, ob sie zur Schifffahrt oder Flößerei benützt werden dürfen³⁷, obwohl Schifffahrt und Flößerei längst ihre frühere Bedeutung verloren haben und nur noch das gesetzlich festgelegte Rubrum für eine Einteilung unter ganz anderen Gesichtspunkten sind. Diese Einteilung hat fast nur noch eine wasserbaupolizeiliche Funktion. Außerdem bestimmt sich nach ihr die Eigentumszugehörigkeit der Gewässer. Aber diese hat nur noch geringe praktische Bedeutung. Schon nach dem WRG von 1907 galten «mit Bezug auf die Nutzbar-

³⁶ BGE 48 I 594 = Pr 12 Nr. 80.

³⁷ Vo betr. Bezeichnung der öffentlichen Gewässer und der unter öffentliche Aufsicht gestellten Privatgewässer vom 5. Juni 1942.

machung der Wasserkräfte» alle Seen, Flüsse und Bäche, vorbehaltlich des Nachweises von Privatrechten, als öffentliche Gewässer. Das neue WG (1950) hat die gleiche Bestimmung mit Bezug auf jegliche Nutzung getroffen und noch ausdrücklich erklärt, daß keine der hoheitsrechtlichen Nutzung entgegenstehenden Privatrechte aus der wasserbaupolizeilichen Einteilung der Gewässer (WBPG 1857) und den gestützt darauf vorgenommenen Grundbucheintragungen abgeleitet werden können (Art. 2). Auch das grundbuchlich festgelegte Eigentum an privaten Gewässern schließt also kein privates Nutzungsrecht mehr in sich. Der Grundsatz, daß alle Seen, Flüsse und Bäche öffentliche Gewässer sind, hat sich also auch im bernischen Recht sehr weitgehend durchgesetzt, so daß sich ein Rechtszustand herausgebildet hat, welcher praktisch dem nahekommt, was 1911 in Art. 77 Abs. 2 EG zu Unrecht ausgesprochen worden war: Seen, Flüsse und Bäche gelten als öffentliche Sachen³⁸.

III. DER KANTON GLARUS EIN SONDERFALL

Auch im Kanton Glarus waren Seen, Flüsse und Bäche Allmendgewässer gewesen, wie in den anderen Länderdemokratien. Das Verfügungsrecht über sie stand der Markgemeinde zu. Da die Nutzungsmöglichkeiten, welche jeder Allmendgenosse hatte, infolge des Wasserreichtums für alle Bedürfnisse ausreichten, konnte auch die Ausnutzung der Wasserkraft jedem Genossen gestattet werden, der als Ufereigentümer die Möglichkeit dazu hatte, wenigstens mit der Beschränkung, daß dadurch die übrigen Anlieger in der Benutzung des Gewässers nicht beeinträchtigt wurden. So konnte sich die Auffassung bilden, daß das Nutzungsrecht mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden sei. Die Tagwengemeinden als Allmendverbände dürften dieser Auffassung auch deswegen nicht entgegengetreten sein, weil sie selber im größten Ausmaße das Eigentum am Uferge-

³⁸ ZBJV 82, S. 107, Anm. I; GÖSCHKE R., Das Eigentum an den Privatgewässern, ZBJV 79, S. 242; GMÜR R., Die Abgrenzung des Fischereiregals von den privaten Fischenzen im Kanton Bern, Diss. Bern 1949, S. 74ff.

lände hatten, namentlich am nicht urbarisierten Boden längs der Linth und anderer größerer Gewässer. Die frühzeitige Ansiedelung zahlreicher industrieller Unternehmungen, welche auf die Verwendung von Wasserkraft angewiesen waren, brachte eine rege Nachfrage nach Wasserrechten mit sich, welche bei den Gemeinden, die an der Schaffung neuer Verdienstmöglichkeiten stark interessiert waren, die Bereitschaft zur Einräumung von Wasserrechten unter sehr günstigen Bedingungen fand. Die Tagwengemeinden verfügten über die Wasserkräfte als Eigentümerinnen der Allmende und erkannten das gleiche Recht auch den Privaten zu, welche Eigentümer von Ufergrundstücken waren, sei es daß sie diese seit jeher in ihrem Eigentum hatten oder sie zur Urbarisierung von ihnen (den Tagwen) erworben hatten. Nachdem in dieser Weise zahlreiche Wasserrechte begründet worden waren und in den bestehenden industriellen Betrieben ausgenutzt wurden, hat sich dieser Rechtszustand befestigt und mußte von der erst später einsetzenden Wasserrechtsgesetzgebung anerkannt werden³⁹. Diese war im Kanton Glarus ein Bestandteil des Sachenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches 1869 in Kraft getreten ist. Mit dem Inkrafttreten des ZGB sind die wasserrechtlichen Bestimmungen jenes Gesetzbuches ins EG übernommen worden⁴⁰. Danach haben die Eigentümer der Ufergrundstücke das Recht zur Ausnutzung der Wasserkräfte aller Gewässer und sind befugt, «über die ihnen von Gesetzes wegen zustehenden Wasserrechte als selbständige Rechte zu verfügen» (§ 170 EG in der Fassung des Landsgemeindebeschlusses 1951).

39 HEFTI F., Das Wasserrecht des Kantons Glarus, Diss. Bern 1922, S. 7ff., bes. S. 8: «Der Linth entlang schossen Fabriken auf wie Pilze, und mit ihnen häuften sich Kollisionen und Rechtsstreite. Die Gerichte wurden überschüttet mit Wasserrechtsprozessen. Der rechtlose Zustand führte zu einer unhaltbaren Lage. Es herrschte eine wahre Anarchie unter den ‚Gewirbebesitzern‘; jeder überbot den andern an Rücksichtslosigkeit und Schikane. Regierung wie Richter waren machtlos, da ihnen keine Rechtsmittel zur Verfügung standen. In diesen Wirrwarr griff endlich JOH. JAK. BLUMER mit fester Hand ein. Er schritt an die Umarbeitung des alten Landbuches. 1869 war der große Wurf gelungen.»

40 Wichtige Ergänzungen sind getroffen worden durch die Landsgemeindebeschlüsse von 1918, 1947 und 1951.

Diese Ordnung gilt für alle Flüsse und Bäche, so daß überhaupt nicht öffentliche und private Gewässer unterschieden werden. Diese Unterscheidung ist zwar mit dem Gesetz vom Jahre 1869 über die polizeiliche Aufsicht und den Uferschutz, also in wasserbaupolizeilicher Hinsicht, doch eingeführt worden, konnte sich aber nicht halten und ist ins geltende Wasserrecht nicht übernommen worden. Aber auch ohne sie ist die Aufsicht über die Ausnutzung der Wasserkräfte so ausgestaltet worden, daß über die Berechtigung zur *Ausübung* der Wasserkraftrechte der Kanton verfügt und in der Lage ist, dem «Konzessionär» die ihm fehlenden Wasserrechte auf dem Wege der Expropriation zu verschaffen.

Da hier die Wasserkraftrechte als solche private Rechte sind, ist auch das Verhältnis der am gleichen Wasserlauf Nutzungsberechtigten untereinander ein privatrechtliches Verhältnis. So hatte der Kanton Glarus dieses Verhältnis durch privatrechtliche Vorschriften zu regeln und hat diese Aufgabe umsichtig und sorgfältig gelöst.

IV. DIE HERRSCHAFT DES GEMEINWESENS ÜBER DIE ÖFFENTLICHEN GEWÄSSER

In der Frage, welche rechtliche Natur die Gewässerherrschaft des Gemeinwesens habe, bestand in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, namentlich in der deutschen Schweiz, die größte Unsicherheit, welche auch heute noch nicht ganz überwunden ist. Es sind in der Hauptsache drei verschiedene Auffassungen, welche in den gesetzlichen Bestimmungen der Kantone mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gekommen sind:

1. Wie die Anlieger an den privaten, so hat das Gemeinwesen an den öffentlichen Gewässern das Eigentum am Bett samt den Ufern (oder ohne die Ufer), welches die Herrschaft über das Wasser und die Wasserkraft in sich schließt;
2. Das Gewässer als Einheit von Bett und Wasser ist herrenlose unter der Hoheit des Gemeinwesens stehende Sache;
3. Das Gewässer als Liegenschaft (Bett und Ufer) ist Bestandteil oder Zugehör der Uferliegenschaften; dem Gemeinwesen

steht das *Wasserregal* zu, das die Verfügung über die Wasserkräfte, die Fischerei und weitere Nutzungen umfassen kann.

Wenn dem Gemeinwesen in verschiedenen Gesetzen nicht das Eigentum am Gewässer zuerkannt wurde, hat dies seinen Grund im allgemeinen weniger in der Auffassung, daß das Gewässer seiner Natur nach nicht Gegenstand des Eigentums sein könnte. Dies galt wohl für die fließenden Wasserwelle, wenigstens nach der durchaus vorherrschenden Lehrmeinung, nicht aber für das Gewässerbett und die Ufer, also für das Gewässer als Liegenschaft. Der Beweis dafür liegt in der allgemeinen Anerkennung des Eigentums der Anlieger an den privaten Gewässern. Diese Gewässer sind überall als Zugehör oder Bestandteil der Uferliegenschaften erklärt worden, wo darüber gesetzliche Bestimmungen aufgestellt wurden. Ich verweise auf § 31 des bernischen WBG, § 20 des luzernischen WG, Art. 27 des WG von Obwalden, § 169 des glarnerischen und § 194 des schwyzerischen EG. Alle diese Bestimmungen sind unmittelbar oder mittelbar durch das bayrische Gesetz über die Benützung des Wassers vom Jahre 1852 beeinflußt, welches im Art. 39 sagt: «Flüsse und Bäche, welche weder zur Schifffahrt noch zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen, werden mit Inbegriff des bestehenden Gefälles als Zugehör der Grundstücke betrachtet, zwischen welchen sie hindurchfließen, nach Maßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstückes.» Im geltenden bayrischen WG (1907) ist anstelle von Zugehör getreten: Bestandteil. Diese Änderung besagt, daß die privaten Wasserläufe nicht als besondere Liegenschaften gelten, denn nur als solche könnten sie Zugehör (welcher Begriff dem des ZGB ohnehin nicht entspricht) sein. Auch für die Quellen und ihre Abflüsse galt allgemein, daß sie (vorbehältlich der Bach- und Flußquellen) Bestandteile des Grundstückes seien, auf dem sie entspringen, «solange das Wasser von dem Grundstück nicht abgeflossen ist» (Bayr. WG 1852, Art. 33)⁴¹.

⁴¹ Zur Frage der juristischen Konstruktion vgl. namentlich GUIBAN, a. a. O., S. 4ff., 10f., 19ff.

Wenn die öffentlichen Gewässer im Gegensatz zu den privaten vielfach nicht als im Eigentum des Gemeinwesens stehend betrachtet wurden, muß der Grund dafür also vielmehr als in ihrer natürlichen Gestalt in ihrer Zweckbestimmung gelegen haben, die sie in den Dienst der Allgemeinheit stellte, welcher sich im Gemeingebrauch äußerte. Sie werden denn auch als Sachen im Gemeingebrauch oder als Gemeingut bezeichnet. Als Gemeingut werden sie erklärt in § 657 des zürcherischen PrGB sowie in Art. 133 EG von Appenzell A.Rh. und in Art. 135 EG von Appenzell I.Rh., als zu allgemeiner Benutzung bestimmtes Gemeingut in Art. 2 des luzernischen WG. Das aargauische Bürgerliche GB sagt in § 145: «Sachen, deren Gebrauch jedem gestattet ist, heißen allgemeines, öffentliches Gut». Im Entwurf zum aargauischen WRG war die Rede gewesen vom Eigentum des Staates an sämtlichen Flüssen und Bächen. Auf Antrag der großrätlichen Kommission wurde jedoch beschlossen, anstelle von Eigentum «Hoheitsrecht des Staates» zu setzen, weil «das Eigentum an Eigenschaften erinnert, denen sich die Natur des fließenden Wassers nicht fügt»⁴². St. Gallen (WRG 1893, Art. 1) unterstellt Seen, Flüsse und Bäche «dem Hoheitsrecht des Staates»⁴³. Bei der Beratung des Tessiner WRG wurde jede Bestimmung abgelehnt, welche im Sinne eines staatlichen Gewässereigentums oder auch nur einer besonderen Gewässerhoheit hätte ausgelegt werden können⁴⁴. Im Regolamento sulla misurazione catastale vom 9. Juli 1935 wurde vorgeschrieben, daß das Bett eines Flusses unter der Bezeichnung «Cosa senza padrone sotto la sorveglianza dello Stato» in den Kataster aufzunehmen sei, ebenso die von der öffentlichen Hand ausgeführten Uferschutzbauten (Art. 19).

42 GERSBACH Fritz, Die öffentlichen Sachen des Kantons Aargau, Diss. Basel 1937 (nicht gedruckt), S. 125 f.

43 Eingehend befaßt sich mit dieser Frage ein Entscheid des RR vom 20. Januar 1922 (st.-gallische VerwPr II, Nr. 193), in welchem daran festgehalten wird, daß dem Kanton an den öffentlichen Gewässern ein Hoheitsrecht, nicht aber Eigentum zustehe.

44 MARTI C., La legislazione sulle acque nel Cantone Ticino con speciale riguardo ai diritti acquisiti e al Catasto dei diritti d'acqua, Diss. Bern 1948, S. 49 ff. (noch nicht gedruckt).

Art. 200 des schwyzerischen EG sagt: «Die herrenlosen Sachen sind in niemandes Eigentum, auch nicht des Staates, aber fähig, in das Privateigentum überzugehen.» Ob darunter auch die öffentlichen Gewässer fallen, wie etwa angenommen wird⁴⁵, scheint mir freilich sehr fraglich zu sein, da diese ja nicht ins Privateigentum übergehen können und weil im vorhergehenden Artikel für die öffentlichen Gewässer die Spezialgesetzgebung vorbehalten wird. Das ZGB spricht in Art. 664 von den herrenlosen und öffentlichen Sachen. Zu den herrenlosen Sachen zählte der Gesetzgeber, wie aus den Materialien hervorgeht, auch die öffentlichen Gewässer, was vielfach übersehen wird⁴⁶. Einig ist man sich jedoch darüber, daß der wesentliche Gehalt des Art. 664 ZGB im Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechtes liegt, nach welchem sich bestimmt, welche rechtliche Natur das Herrschaftsrecht über die öffentlichen Gewässer hat und welchem Gemeinwesen es zusteht. Die Entwürfe des ZGB folgten mit der Einreihung der öffentlichen Gewässer unter die herrenlosen Sachen nur der damaligen herrschenden Lehre. Die von F. L. KELLER und R. v. JHERING im Basler Schanzenstreit verfochtene These, daß das Eigentum mit dem Gemeingebrauch unvereinbar sei und an den öffentlichen Sachen nur ein Hoheits- und Polizeirecht bestehen könne, erwies sich bald genug als abwegig und mußte der Auffassung die Herrschaft lassen, nach welcher auch im römischen Recht die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates stehen⁴⁷. Aber den öffentlichen Flüssen glaubte die gemeinrechtliche Doktrin eine Sonderstellung einräumen zu müssen. Sie galten als in niemandes Eigentum stehend. Die staatliche Gewässerherrschaft wurde als Hoheitsrecht aufgefaßt⁴⁸. Die Eigentumslosigkeit der öffentlichen Flüsse wurde indessen weniger als begrifflich unmöglich be-

45 LEEMANN, Komm., N. 10 zu Art. 664; REICHLIN, Landesplanung, ZSR 67, S. 260a.

46 HAAB, Komm., N. 8 zu Art. 664; LEEMANN, N. 4 zu Art. 664.

47 REGELSBERGER, Pandekten, S. 423.

48 REGELSBERGER, S. 424, 425, 433; WINDSCHEID-KIPP, Pandekten, 9. Aufl., § 146, Z. 3, S. 724; RANDA, Das Eigentumsrecht, 2. Aufl., 1893, S. 60f.; STOBBE, Handbuch des DPrR I, 3. Aufl., 1893, S. 612f.

trachtet oder aus Vernunft- oder Zweckmäßigkeitsgründen abgelehnt, als vielmehr deshalb, weil man sie für unvereinbar mit den (römischen) Quellen hielt. REGELSBERGER sagt: «Bei den öffentlichen Flüssen steht der Wasserstrom aus natürlichen Gründen, das Flußbett kraft positiven Rechts außer Eigentum.»⁴⁹ Unter dem positiven Recht sind da die *leges* der *Digesten* zu verstehen, nach welchen der *alveus derelictus* nicht dem Staat, sondern den Ufereigentümern gehört und das neue Bett, wenn das Wasser auch es verläßt, nicht in die frühere Eigentumszugehörigkeit zurückkehrt, sondern den Anliegern anwächst. Obwohl diese Sonderbestimmungen kaum als Ausdruck der *ratio scripta* angesprochen werden können und der aus ihnen gezogene Schluß auf die Eigentumslosigkeit der öffentlichen Gewässer nicht zwingend ist, hatte die auf sie gegründete Lehre die Vorherrschaft und bestimmenden Einfluß auf die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts und noch bei der Ausarbeitung des ZGB⁵⁰.

Man scheute aber auch aus anderen Gründen davor zurück, dem Staat das Eigentum an den öffentlichen Gewässern zuzusprechen. Man war der Meinung, Eigentum könne dem Staat nur als Fiskus zustehen⁵¹. Vom Fiskalgut sollten die Gewässer aber gerade ausgeschlossen sein. So schien nichts anderes übrig zu bleiben, als dem Staat ein bloßes Hoheitsrecht zuzusprechen, welches ihm die Befugnis zur Regelung des Gebrauchs und der Nutzung und zur Aufsicht und Kontrolle hierüber gab⁵². Diese Auffassung hat inzwischen längst ihre Grundlagen verloren. Die Fiskustheorie gehört der Vergangenheit an. Vor allem aber ist aus der Gewässerhoheit des Gemeinwesens eine eigentliche

49 REGELSBERGER, S. 433.

50 Unbestritten war sie nicht. Der Hauptvertreter der Gegenmeinung (Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen) war DERNBURG; siehe dessen System des Röm. R. I, S. 125 sowie Bürgerl. R. III³, 1904, S. 408f. Seine Auslegung der röm. Quellen scheint seither zunehmende Anerkennung gefunden zu haben. Siehe JÖRS-KUNKEL, Röm. R.³, 1949, S. 79; GIRARD, Manuel élém. de Droit Romain⁷, 1924, S. 253.

51 MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht II², S. 79ff.

52 SCHWAB C. G., Die Conflictte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung der letzteren zum Maschinenbetrieb, 1847, Beilageheft zum Arch. f. d. civ. Pr. 30, S. 57f., 59, 95.

Gewässerherrschaft geworden, die alle für das Eigentum wesentlichen Befugnisse in sich schließt. Der Gemeingebrauch und seine Regelung sind bei den nicht schiffbaren Gewässern stark in den Hintergrund getreten gegenüber dem sogenannten gesteigerten Gemeingebrauch, der kein Gemeingebrauch mehr ist, und ganz besonders gegenüber der Sondernutzung, vor welcher der Gemeingebrauch zu weichen hat. Zudem hat die Befugnis des Staates zur Erteilung von Sondernutzungsrechten wieder den Charakter eines fiskalisch nutzbaren Rechtes angenommen, welchen das im 19. Jahrhundert angeblich überwundene Regal gehabt hatte. Das alles hat im Eigentum des Staates die gegebene Grundlage, läßt sich aber schwerlich aus einem bloßen Hoheitsrecht ableiten. Wenn sich der Gesetzgeber heute noch scheut, der Gewässerherrschaft des Staates den Namen Eigentum zu geben und von der Hoheit spricht, so ist das nur ein Mäntelchen, hinter dem die wirklichen Befugnisse des Staates weniger deutlich sichtbar werden. Nur mit der Anerkennung des Eigentums können auch die Schwierigkeiten gelöst werden, welche sich sonst aus der Verfügung des Staates über Teile des Gewässerbettes, welche nicht mehr vom Wasser überflutet werden, ergeben, sowie überhaupt aus der Bildung neuen Landes im Flußareal (ZGB Art. 659)⁵³. Um die Grundlage für alle vom Gemeinwesen in Anspruch genommenen Befugnisse einschließlich der fiskalischen Ausnutzung zu bilden, muß der Gewässerhoheit ein Inhalt und Umfang gegeben werden, in welchen schlechthin alle Herrschaftsbefugnisse innerhalb der

⁵³ Im Kanton St. Gallen werden bei der Durchführung der Grundbuchvermessung dem Ufer entlang Strand- bzw. Seebodenparzellen gebildet, welche dem Staat gehören, während das Gewässerbett als solches als herrenlose Sache angesehen wird (laut freundl. Mitteilung des Baudepartements des Kantons St. Gallen). Vgl. auch das st.-gallische Gesetz betr. das Eigentumsrecht des Staates an den Seeufern vom 9. Juni 1846. Daß dem Staat der See- und Flußstrand gehört, weil er Eigentum am See- und Flußbett hat, leuchtet ein. Dagegen ist nicht zu begreifen, wie das herrenlose Gewässerbett ins Eigentum des Staates fallen soll, wenn sich das Wasser von ihm zurückzieht oder zurückgedrängt wird, so daß sich ein Streifen Staatsboden zwischen das private Ufereigentum und das herrenlose Gewässerbett hineinschiebt. Auf jeden Fall ist es eine unnötige Komplikation. An Grundwasserströmen und Grundwasserbecken ist ein Gewässereigentum des Staates allerdings nicht möglich.

Schranken der Rechtsordnung eingeschlossen sind⁵⁴. Das ist, wie bemerkt, nicht mehr Hoheit, sondern Herrschaft und zwar Eigentumsherrschaft, die dem Staat allerdings kraft seiner hoheitlichen Stellung zusteht. Sie ist früher als Regal aufgefaßt worden, so insbesondere im zürcherischen Recht, dem sich das aargauische angeschlossen hat. Als Wasserregal im eigentlichen Sinne⁵⁵ müßte sie auch heute noch gelten, wo das Gewässerbett als Bestandteil der Ufergrundstücke betrachtet und dem Staat die Verfügung über die Benutzung des Wassers und der Wasserkraft zusteht⁵⁶.

Aus der hier dargelegten Auffassung hat der Kanton Aargau die Konsequenz gezogen, indem er im Art. 82 EG «das öffentliche Gut, das dem Gebrauche von jedermann dient», als Eigentum des Staates oder der Gemeinden und die öffentlichen Gewässer und ihr Bett im besonderen als Staatseigentum erklärt hat. Im Kanton Basel-Stadt werden die öffentlichen Gewässer ebenfalls als Eigentum des Staates angesehen⁵⁷. Auch im Kanton Zürich scheint diese Auffassung durchgedrungen zu sein⁵⁸. Der Regierungsrat von Schaffhausen hat schon mit Beschluß vom 18. Februar 1885 angeordnet, daß das Bachbett der öffentlichen Gewässer II. Klasse Eigentum der betreffenden Gemeinden sei und diesen zuzufertigen sei. Vom Anfang der wasserrechtlichen Gesetzgebung an war das Eigentum des Gemeinwesens an den öffentlichen Gewässer anerkannt in den Kantonen Baselland (KV Art. 43 Abs. 2), Wallis (WRG Art. 1), Graubünden (EG Art. 149; WRG Art. 1). Wo das Wasserrecht sich

54 GRESSLY W., Über die Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, Diss. Zürich, 1923, S. 98ff., bes. S. 99 und 101 («Die Staatshoheit selbst wird somit zum Verfügungsrecht über die öffentlichen Sachen»), 107.

55 RANDA, Das Eigentumsrecht, S. 64; ROTH P., Bayrisches Civilrecht III, 1875, S. 3 ff.

56 Der RR von Appenzell A.-Rh. erklärte, die allgemein herrschende Ansicht im Kanton gehe dahin, daß das öffentliche Eigentum am Gewässer sich nur auf das fließende Wasser beziehe, während die Ufer und die Sohle Bestandteile des Ufergrundstückes seien (ZBGR 8, S. 32). Dies ist eine Vorstellung, die rechtlich nicht haltbar und in bezug auf große Gewässer, insbes. Seen, nicht vollziehbar ist.

57 NAPP C., Die öffentl. Sachen nach baselstädt. VR, ZSR, NF 35, S. 198ff.

58 BLZR 31, Nr. 168.

auf markgenossenschaftlicher Grundlage entwickelte, lag dies ohnehin am nächsten. Nach bernischem und solothurnischem Recht gab es keine herrenlosen Liegenschaften. Die öffentlichen Sachen gehörten dem Staat⁵⁹. In den westschweizerischen Rechten sind sie «*dépendances du domaine public*»⁶⁰. Als solche stehen sie im Eigentum des Staates⁶¹. Dieses Eigentum ist nicht ein vom Eigentum des ZGB verschiedenes, nach jeder Richtung dem privaten Recht entzogenes öffentliches Eigentum. Dafür würden den westschweizerischen Kantonen sowohl die umfassende öffentlich-rechtliche Ordnung als auch die zu ihrer Anwendung erforderlichen Einrichtungen der Verwaltungsrechtspflege fehlen. Dieses Eigentum ist kein Eigentum anderer Art als das Eigentum des Gemeinwesens an den öffentlichen Sachen nach der in den Kantonen der deutschen Schweiz herrschenden Ansicht, so daß von einer einheitlichen schweizerischen Rechtsauffassung in dieser Frage gesprochen werden kann, soweit überhaupt Eigentum des Gemeinwesens an den öffentlichen Sachen anerkannt wird⁶². Danach stehen die öffentlichen Gewässer im Privateigentum des Gemeinwesens, sind aber durch das öffentliche Recht einerseits für den Gemeingebrauch bestimmt, andererseits in den Dienst volkswirtschaftlicher und fiskalischer Zwecke gestellt⁶³. Sowohl der Gemeingebrauch als

59 KÖNIG K. G., Kommentar zum bern. CGB II, S. 8 ff.; SCHÜRMAN L., Das soloth. öff. Sachenrecht, Diss. Basel 1939, S. 144. Das bern. EG spricht in den Art. 76, 77, 78 wieder von herrenlosem Boden und herrenlosem Land, wohl unter dem Einfluß des Art. 664 ZGB.

60 In Frankreich wurden nach der Revolution das Vermögen der Nation als *domaine public* und die Sachen, welche ebenfalls der Nation gehörten, aber nicht realisierbare Aktiven waren und keinen Ertrag abwarfen, als *dépendances du domaine public* bezeichnet. Erst im Laufe des 19. Jahrh. wurde dann die Unterscheidung zwischen dem Finanzvermögen und den öffentl. Sachen i. e. S. herausgearbeitet. Daß diese, wie es im Art. 538 C.c. heißt, durch ihre Natur unfähig seien, Gegenstand des Privateigentums zu sein, wird nicht mehr anerkannt. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élém.* I, 1946, Nrn. 2545—2549.

61 CARRARD H., a. a. O., S. 18; BONARD J., a. a. O., S. 61 ff., bes. S. 70, 81, 83.

62 RUCK E., Das Eigentum im schweiz. VR, Festgabe f. P. Speiser, 1926, S. 22; FLEINER, Institutionen, 8. Aufl., S. 353 ff.

63 Diese letzteren Zwecke hebt mit Recht BONARD, a. a. O., S. 61 ff. besonders hervor und unterscheidet die Gewässer von den übrigen öffentlichen Sachen als *domaine public réservé*. Das Eigentum an ihnen nennt er *propriété pure et simple*.

die Nutzbarmachung zum allgemeinen Wohl sind durch das öffentliche Recht geregelt. Dieses ist also maßgebend für den Zweck und für die ihm dienende Benutzung der Sache. Soweit dies aber mit der öffentlichen Zweckbestimmung sich verträgt oder diese nicht berührt, steht die öffentliche Sache unter dem Privatrecht⁶⁴. Daß über die Wasserkräfte öffentlicher Gewässer überhaupt nur in der Form der Konzession verfügt werden darf, folgt nicht aus dem Begriff der öffentlichen Sache, sondern ist durch das positive eidgenössische und kantonale Recht vorgeschrieben.

In der Eigentumsfrage hat die Tendenz, die öffentlichen Gewässer aus der privatrechtlichen Ordnung ganz auszuscheiden, ihren Höhepunkt bereits überschritten und den Zusammenhang mit dem Privatrecht nicht zu zerstören vermocht.

V. DIE VERFÜGUNG ÜBER DIE WASSERKRÄFTE DER ÖFFENTLICHEN GEWÄSSER

In der Wandlung der Auffassungen von der rechtlichen Natur der verliehenen Wasserrechte tritt uns eine der Haupterscheinungen der «Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht»⁶⁵ entgegen.

Bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts und vielfach auch noch im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts galt das verliehene Wasserrecht als privates Recht, gleichgültig, ob es dem Konzessionär auf Grund des Gewässereigentums oder auf Grund des Regals oder eines anderen Hoheitsrechtes eingeräumt war. Ausdrücklich haben die Civilgesetzbücher von Zürich und Graubünden diese Rechte als Privatrechte bezeichnet⁶⁶. Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und den Inhabern älterer

64 Dieser Auffassung hat sich auch das französische Recht immer mehr genähert. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER a. a. O. und insbesondere HAURIOU M., Précis élém. de droit administratif, 5. Aufl., 1943, S. 356ff. Vgl. auch schon MÜLLER E., Das Eigentum an den öffentlichen Sachen nach schweiz. Recht, ZSR NF. 31, S. 207ff.

65 Dies ist der Titel von FRITZ FLEINERS Basler akademischen Antrittsrede vom Jahre 1906.

66 Zürcher Pr. GB § 486, §§ 657ff.; Schaffh. PrGB § 427; Graub. CGB §§ 225 und 227.

Wasserrechte oder Eigentümern bestehender Wasserwerke und anderen Inhabern von Rechten am Gewässer waren Zivilsachen, die vor dem Richter auszutragen waren. Daß die verliehenen Wasserrechte private Rechte seien, entsprach auch der Doktrin⁶⁷. Dieser ist noch EUGEN HUBER bei der Ausarbeitung der Entwürfe zum ZGB gefolgt⁶⁸. Nach dem Inkrafttreten des ZGB scheint einzig noch Zug die Bestimmung, daß durch die Konzession besondere Privatberechtigungen an den öffentlichen Sachen begründet werden, beibehalten zu haben⁶⁹. In der Praxis des Kantons Aargau stand das Obergericht noch 1901 auf diesem Boden⁷⁰. Im Jahre 1913 vollzog es den Übergang zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte⁷¹. Der Regierungsrat des Kantons Bern hatte schon 1896 entschieden, die aus der Wasserrechtskonzession fließenden Berechtigungen beruhen auf öffentlich-rechtlichem Titel, weshalb Streitigkeiten über ihren Umfang nicht von den Zivilgerichten, sondern von den Administrativbehörden zu entscheiden seien und zwar auch dann, wenn Einreden privatrechtlicher Natur zu beurteilen seien. Dem pflichtete das Obergericht bei⁷². Die WRG von Bern (1907) und Graubünden (1906) können im Sinne der öffentlich-rechtlichen Theorie verstanden werden⁷³. Diese ist dann jedenfalls durch das eidgenössische WRG zur Alleinherrschaft geführt worden. Sie ist gegenüber dem Entwurf zum ZGB von MAX HUBER ins Feld geführt worden und zwar in vorzüglicher Zusammen-

67 BLUNTSCHLI, DPrR I, 1853, S. 367ff.; STOBBE, Handbuch des DPrR I, 1893, S. 615f.; HESSE, Grundzüge des Wasserrechts nach gem. R., Jherings Jahrbücher 7, 1865, S. 271ff.; KAPPELER A., Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, Diss. Zürich 1867, S. 124; KÖNIG K. G., CGB für den Kanton Bern, Komm. II, 1880, S. 13; REGELSBERGER, Pandekten, S. 429.

68 Erl. II, S. 358.

69 EG Art. 86 Abs. 2 und dazu ITEN W., a.a.O., S. 120.

70 Aarg. Vj 1, Nr. 51, S. 107.

71 Aarg. Vj 13, Nr. 68, S. 142 und dazu GERSBACH, a.a.O., S. 133.

72 ZBJV 35, S. 219f. Die notwendigen Korrekturen ergeben sich nunmehr aus Art. 128 WRG 1950, siehe S. 338.

73 WIELAND O., Die Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden, Diss. Zürich 1941, S. 21 und 57ff.; RICKENBACH A., Das graubündnerische Vorzugsrecht auf den Erwerb von Wasserrechtskonzessionen, Diss. Zürich 1951, S. 32ff.; BGE 43 II 448ff.

fassung der Argumente, mit welchen sie von der Wissenschaft ausgebildet worden war. MAX HUBER machte geltend: Die verliehenen Wasserrechte seien eine besondere Kategorie von subjektiven öffentlichen Rechten, nämlich «sozialwirtschaftliche Rechte». Wesentlich für ihre Natur sei das Verhältnis zwischen Verwaltung und Berechtigtem, während die Ansprüche gegenüber Dritten durchaus sekundärer Natur seien. Davon abgesehen, sei die ganze Ausgestaltung des Wasserrechtes voller öffentlich-rechtlicher Momente (Übertragungsbeschränkung, Heimfall, Verwirkung, wasserbaupolizeiliche Pflichten, Enteignungsbefugnis); im modernen Rechtsstaat habe jedes auf Gesetz beruhende Recht dieselbe Beständigkeit gegenüber der Verwaltung wie ein Privatrecht; die Konzession bedeute die Überlassung eines Stückes Herrschaft an den Konzessionär; das Wesentliche und Primäre des Rechts des Konzessionärs sei seine Herrschaft über öffentliches Gut⁷⁴.

Von diesen Argumenten trifft eines ohne weiteres zu: Die Erteilung der Konzession und deren Inhalt und Umfang sind unter das öffentliche Recht gestellt. Nur innerhalb der durch diese Bestimmungen festgelegten Beschränkungen kann der Wille der Parteien wirksam sein. Wenn man ein Institut, an dessen Regelung in weit überwiegendem Maße das öffentliche Recht beteiligt ist, als öffentlich-rechtliche Einrichtung qualifizieren kann, ist das verliehene Wasserrecht zweifellos ein solches Institut⁷⁵. Diese Qualifikation steht in der Literatur und Praxis ohnehin fest und soll auch hier nicht angefochten werden. Aber in unserem Zusammenhang erhebt sich doch die Frage, ob sich hier die Tendenz zur Ablösung des verliehenen Wasserrechtes und seiner Begründung vom privaten Recht nicht zu radikal durchgesetzt und zu Einseitigkeiten und Übertreibungen geführt habe, zu welchen eine Theorie leicht neigt, die allzu rasch zum Erfolg kommt.

⁷⁴ Die Wasserrechte nach dem Entw. des ZGB, Zürcher Beiträge zur Rechtsw. XII, 1906, S. 146ff.

⁷⁵ In diesem Falle wären aber auch der Dienstvertrag des Fabrikarbeiters und das Eigentum an einem Waldgrundstück im Schutzgebiet, vielleicht auch an einem städtischen Baugrundstück, öffentlich-rechtliche Institute.

Da ist einmal die strikte Ablehnung jedes vertraglichen Elementes in der Begründung des Wasserrechtes, welche sich mehr durch apodiktische Entschiedenheit als durch unvoreingenommene Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse auszeichnet. Es ist ja nicht zu bestreiten, daß für das Zustandekommen der Verleihung die Willensübereinstimmung der Parteien erforderlich ist. Diese ist, wenn die Behörde nicht das Konzessionsgesuch des Bewerbers *tale quale* akzeptiert, das Ergebnis von Verhandlungen. Auferlegen kann die Verwaltung dem Bewerber gar nichts; auch die geringste Abweichung der Konzession vom Konzessionsgesuch oder vom Ergebnis der Verhandlungen ist für den Konzessionsbewerber unverbindlich und verhindert das Zustandekommen der Verleihung, wenn dieser sich ihr nicht freiwillig unterzieht. Wohl ist der Rahmen, innerhalb dessen sich die Verständigung der Parteien bewegen kann, durch das Gesetz festgelegt. Innerhalb dieses Rahmens aber entfaltet sich der Wille der Parteien frei, und nur wenn die Willenseinigung erzielt wird, kommt die Konzession zustande und zwar mit dem der Willenseinigung entsprechenden Inhalt, der gegebenenfalls durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist⁷⁶. Innerhalb des von den zwingenden Bestimmungen des Gesetzes freigelassenen Raumes stehen sich die Verwaltung und der Konzessionsbewerber als Parteien in völliger Gleichordnung gegenüber. Dieser Sachverhalt wird um der Reinheit der öffentlich-rechtlichen Theorie willen umgedeutet, wenn erklärt wird, die Konzession werde dem Bewerber *auferlegt* und dieser *unterwerfe* sich dem von der ihm übergeordneten Behörde festgesetzten Konzessionsinhalt⁷⁷. Damit kann der öffentlich-rechtliche Charakter des verliehenen Wasserrechtes nicht begründet werden. Der vertragliche Begründungsakt macht dieses Recht allerdings auch noch nicht zu einem privaten Recht, läßt aber die Mög-

⁷⁶ Dies räumt auch das Bundesgericht ein, BGE 65 I 317 = Pr 29 Nr. 7: «Gewiß ist der Inhalt der Verleihung nach dem WRG (und im Rahmen des kantonalen Rechts) in weitem Umfang dem Ermessen der Behörde und damit mittelbar und sachlich der Verständigung zwischen Behörde und Bewerber anheimgestellt.»

⁷⁷ Formulierung des Bundesgerichts: BGE 47 I 226 = Pr 10 Nr. 135; ebenso BGE 53 I 87 = Pr 16 Nr. 69 und 50 I 403/4 = Pr 12 Nr. 168.

lichkeit, daß es ein privates Recht sei, offen⁷⁸. Für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtes müßten also andere Gründe angeführt werden können. Ein solcher läge in der behaupteten Übertragung eines Stückes öffentlicher Gewalt auf den Konzessionär. Aber auch diese Behauptung ist nicht stichhaltig. Der Konzessionär übt keine öffentliche Gewalt aus, indem er von seinem Wasserrecht Gebrauch macht. Er erstellt ein privates Werk und führt eine private Unternehmung⁷⁹. Daran ändert auch die Ausstattung mit dem Expropriationsrecht nichts. Sie setzt nur voraus, daß das Werk einem öffentlichen Interesse entspricht; nur wenn dies zutrifft, soll dem Konzessionär nach Art. 46 eidg. WRG das Expropriationsrecht erteilt werden; in der Konzession ist es also nicht notwendigerweise enthalten.

MAX HUBER hat bemerkt, die Frage nach der rechtlichen Natur habe fast nur akademischen Wert, wenn ihre praktisch wichtigste Seite, der prozessuale Schutz gegenüber der Verwaltung, im Sinne der Zuständigkeit der Zivilgerichte entschieden sei⁸⁰. So war sie im Entwurf des ZGB entschieden. Das eidgenössische WRG aber hat im Art. 71 die Verwaltungsgerichte als zuständig erklärt. In zweiter und letzter Instanz beurteilt danach das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof⁸¹ Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und der Verwaltung über die aus dem Verleihungsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten; als erste Instanz ist von den Kantonen eine Gerichtsbehörde zu bezeichnen, welche offenbar ebenfalls als Verwaltungsgericht zu entscheiden hat. Auch damit ist die mit der Konzession begründete Beziehung zwischen der Verwaltung und dem Konzessionär vom Gesetz als öffentlich-rechtliches Verhältnis qualifiziert. Aber diese Überführung des Rechtsschutzes auf den Boden des öffentlichen

78 Als Vertrag wird der Begründungsakt angesehen von BONARD, a.a.O., S. 59f. und LORÉTAN R., *La concession de forces de l'eau dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, ZSR NF 59, 1940, und S.A., S. 43ff. Hier ist der Vertrag aber ausdrücklich als öffentlich-rechtlicher Vertrag bezeichnet.

79 SCHOEN P., *Verwaltungsrecht*, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, hrg. von Holtzendorff und Kohler IV, S. 287f.

80 A.a.O., S. 146.

81 BGE 77 I 170f. = Pr 40 Nr. 109.

Rechtes hängt insofern in der Luft, als fast alle Kantone, da sie kein Verwaltungsgericht haben, nur ein Zivilgericht, das Kantonsgericht oder Obergericht, als zuständig erklären konnten, so daß also der notwendige Rechtsschutz nur mit Hilfe der Zivilgerichte gewährleistet werden konnte⁸². Der Gesetzgeber hatte nicht das Vertrauen, daß «jedes auf Gesetz beruhende Recht im modernen Rechtsstaat dieselbe Beständigkeit gegenüber der Verwaltung hat wie ein privates Recht» (M. HUBER). Er hat es deshalb nicht nur für notwendig befunden, die Zuständigkeit einer Gerichtsbehörde vorzuschreiben, sondern auch, das verliehene Wasserrecht ausdrücklich in bezug auf den Rechtsschutz dem privaten Recht gleichzustellen, indem er es als wohl erworbenes Recht bezeichnet hat (eidg. WRG Art. 43). Da man um des Rechtsschutzes willen doch zu Anleihen beim privaten Recht und bei den Zivilgerichten genötigt war, wirkt die theoretische Eliminierung aller vertraglichen und privatrechtlichen Elemente der Wasserrechtskonzession nicht gerade überzeugend. Gegen ihre Notwendigkeit scheint zu sprechen, daß nach dem preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913 mit seiner großen gesetzgeberischen und wissenschaftlichen Tradition das verliehene Wasserrecht ein privates Recht ist⁸³.

VI. DAS PRIVATE WASSERRECHT

Durch den Ausbau des öffentlichen Wasserrechtes auf dem Wege der Spezialgesetzgebung mußte sich das private Wasserrecht auf einige wenige Positionen zurückdrängen lassen. Diese sind die ehehaften Wasserrechte, die privaten Bäche, welche es

82 Bern, WRG 1950, Art. 128 Abs. 2: «Streitigkeiten zwischen dem Staat und den Konzessionären oder zwischen mehreren Konzessionären über die aus dem Konzessionsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten entscheidet das Verwaltungsgericht.» Dagegen entscheiden nach Abs. 1 des gl. Art. über Streitigkeiten zwischen Konzessionären und andern Nutzungsberechtigten über den Umfang ihrer Nutzungsrechte die Zivilgerichte. Vgl. auch Art. 20 bern. WRG, wonach für die Haftpflicht des Konzessionärs das Zivilrecht maßgebend ist.

83 WG § 81, bei WÜSTHOFF A., Handbuch des deutschen Wasserrechts I, 1949, S. 369ff., und die Ausführungen des Herausgebers S. 423. Vgl. auch HAFF K., Wasserkraftrecht, S. 56 und 59.

von Gesetzes wegen nur in einigen Kantonen noch gibt, und die Quellen und kleineren ihnen gleichgestellten Grundwasservorkommen.

1. *Die ebehaften Wasserrechte*

Dies sind private Wasserkraftrechte an öffentlichen Gewässern. Sie können längst nicht mehr begründet werden. Das positive eidgenössische und kantonale Recht läßt die Einräumung von Wasserkraftrechten nur auf dem Wege der Verleihung zu. Selbst solange das verliehene Wasserrecht als privates Recht gegolten hat, konnte es auch nach den älteren kantonalen WRG nur durch Konzession begründet werden. In allen Kantonen bestanden jedoch ältere Wasserrechte der Mühlen, Sägen, Stampfen, Hammerschmieden und anderer Gewerbebetriebe, deren ursprünglicher Erwerbstitel in der Regel in einem Erbleihevertrag, im Kanton Waadt abergement genannt⁸⁴, lag. Kein Kanton, der Anspruch darauf machte, ein Rechtsstaat zu sein, konnte diesen Rechten seine Anerkennung versagen. In vielen Fällen konnte der Erwerbstitel nicht mehr beigebracht werden. Er wurde ersetzt durch die Unvordenklichkeit des Bestandes des Wasserwerkes. Vielfach begnügte man sich auch mit dem Bestand des Werkes im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechtes. Die Anerkennung dieser Rechte gehört zu den in fast allen kantonalen WRG wiederkehrenden Bestimmungen. Im graubündnerischen WRG sind sie nicht erwähnt, aber nicht weil man ihnen die Anerkennung versagen wollte, sondern weil man sie, wie aus den Verhandlungen des Großen Rates hervorgeht, vollständig dem privaten Recht überlassen wollte. Wo die Kantone streng darauf hielten, daß ihr Verfügungsrecht über die Wasserkräfte nicht durch die Erweiterung dieser Rechte geschmälert werde, mußte deren Bestand, Inhalt und Umfang nach Wassermenge und Gefälle genau festgelegt werden. Eingehende Vorschriften darüber haben die Kantone Zürich (1836) und Aargau (1856, WRG, VVO, Experteninstruktion) erlassen. In der Durchführung dieser Vorschriften ist namentlich der Kanton

⁸⁴ Vgl. die eingehende Darstellung von BONARD, a.a.O., S. 24ff., 101ff.

Aargau in vorbildlicher Weise vorgegangen, indem er durch Fachleute für jedes ehehafte Recht und Werk die erforderlichen Feststellungen vornehmen und in einem vom Wasserrechtshaber unterzeichneten Verbal niederlegen ließ. Andernorts ist man vielfach nicht mit der gleichen Sorgfalt und Sachkunde verfahren, so daß die Wasserrechtsverzeichnisse, auch wo sie aufgenommen wurden, nicht die nötige Vollständigkeit und Genauigkeit aufweisen. Die zahlreichen Gerichtsentscheide über ehehafte Wasserrechte haben meistens weniger deren Bestand als deren Umfang zum Gegenstand⁸⁵.

Diese alten Rechte galten ursprünglich nicht als Dienstbarkeiten am Gewässergrundstück, sondern als besondere dingliche, den Dienstbarkeiten bloß ähnliche Gerechtigkeiten, die als solche einen besonderen Gegenstand des Grundeigentums bildeten und in der Regel mit dem Eigentum oder Erbleihe-recht am Werkgrundstück als Zubehörden (Pertinenzen) verbunden waren, also den Charakter von Realgerechtigkeiten hatten⁸⁶.

Im System des geltenden Sachenrechtes können sie nur als Dienstbarkeiten am Gewässergrundstück begriffen werden und werden grundbuchlich als solche behandelt. Ihr rein privatrechtlicher Charakter steht außer Frage. Mit ihnen ragt also noch ein Stück Privatrecht ins Recht der öffentlichen Gewässer herein⁸⁷.

85 Zusammenstellung der Judikatur in meinem Kommentar zur zweiten Abteilung des Sachenrechtes, Einleitung N. 27. Beizufügen sind das Urteil des KtsG St. Gallen in Entsch. des Jahres 1897, S. 26ff., und der da herangezogene BGE 12, 1886, S. 400ff.

86 STOBBE, DPrR I, S. 615; GIERKE, DPrR II, S. 29, 403f., 623; GEISER K., a. a. O., S. 34; CARRARD H., JdTf 17, S. 460 u. S. A., S. 19f.; BONARD, a. a. O., S. 24ff. u. S. 101ff.; MAGNIER P., Le droit des titulaires d'usines hydrauliques fondées en titre, Thèse Paris 1937; PACELLI FR., Le acque pubbliche, 3. Aufl., 1934, S. 375 und 412ff.

87 N. 27 der Einleitung meines Kommentars zum Sachenrecht, II. Abt., 1951. Auch die nachträgliche Ausstellung von «Konzessionsurkunden» für ehehafte Wasserrechte (zürch. WG § 34) kann diesen nicht ihren privatrechtlichen Charakter nehmen und sie in subjektive öffentliche Rechte umwandeln, wie ALTHERR, Die rechtl. Behandlung des Grundwassers, Diss. Zürich 1934, S. 161f., unter Berufung auf FLEINER annehmen zu müssen glaubt.

*2. Das Recht der privaten Bäche*⁸⁸

Der Wasserlauf ist ein Ganzes, das von allen Anliegern und darüber hinaus von den Anwohnern in einem weiteren Umkreis genutzt wird. Alle Nutzungsberechtigten stehen in einer natürlichen Rechtsgemeinschaft, in der sie alle gleiche Rechte haben und das Recht eines jeden soweit beschränkt ist, daß jeder andere sein Recht im gleichen Umfang ausüben kann. Darin liegt das Wesen der Rechtsgemeinschaft überhaupt und des privaten Nachbarrechts im besonderen, das aber in der Regelung der Benutzung eines Wasserlaufes seine einzigartige natürliche Grundlage hat, welche der Gesetzgeber nie ungestraft mißachtet. Dieses Recht hat die Anlieger und Anwohner namentlich auch gegenüber der Ableitung des Wassers an der Quelle zu schützen. Diese genossenschaftliche Ordnung der Wassernutzung war aber im 19. Jahrhundert in Auflösung begriffen, und EUGEN HUBER bemerkte im Jahr 1900 mit Bedauern, daß die Nachbarn und Dorfgenossen, welche nach Schutz der althergebrachten Übung und Nutzung verlangten, damit in den kantonalen Rechten bisher wenig Gehör gefunden hätten⁸⁹. Demgegenüber verdienen aber die Vorschriften des zürcherischen PrGB (§§ 659 ff.), des glarnerischen Rechts, der WG nach bayrischem Vorbild (Luzern, Obwalden) und ganz besonders diejenigen, welche von den westschweizerischen Kantonen aus dem französischen Code civil übernommen und, zum Teil, wie vom Kanton Waadt in seinem Code rural, auch weiter ausgebaut worden sind, Beachtung. An sie hätte angeknüpft werden können. Dies ist aber bei der Ausarbeitung des ZGB nicht geschehen. EUGEN HUBER glaubte feststellen zu müssen: «So ist den alten Anschauungen nur eine sichere Zufluchtsstätte geblieben: das öffentliche Recht.»⁹⁰ Aber das öffentliche Recht schützt nur die öffentlichen Interessen nach freiem Ermessen der

88 Eingehender habe ich mich damit und auch mit dem Quellen- und Grundwasserrecht in der Abhandlung: Der Prozeß des Müllers Arnold und das geltende Wasserrecht, ZBJV 82, S. 97 ff. und S. 145 ff., befaßt.

89 Referat, ZSR NF 19, S. 559, S. A., S. 57, s. daselbst auch S. 2 ff.

90 Daselbst.

zuständigen Verwaltungsbehörde. Für den Einzelnen ergeben sich aus ihm keine subjektiven Rechte, auf deren Schutz er einen Anspruch hätte⁹¹.

Zum mindesten hätte man aber erwarten dürfen, daß der Bundeszivilgesetzgeber wenigstens der Benutzung der privaten Bäche seine Aufmerksamkeit schenke, wenn auch nur mit einem Vorbehalt des kantonalen Rechtes, wie ihn Art. 686 für das private Baurecht enthält. Nicht einmal das ist geschehen. So hat uns das ZGB eine Rechtslage gebracht, welche in der Praxis gar nicht verwirklicht werden kann. Es hat alle privatrechtlichen Bestimmungen der Kantone über die Wasserläufe aufgehoben, ohne sie zu ersetzen, geschweige denn, sie zu verbessern. Dieses kantonale Recht wird, wenigstens wo es von den Kantonen nicht fallen gelassen worden ist, weiterhin angewendet werden, sei es als öffentliches Recht, wie die Vorschriften über die Ableitung von Quellen (auf Grund des Vorbehaltes in Art. 705 ZGB), sei es als privates Gewohnheitsrecht oder als richterliches Recht im Sinne von Art. 1 ZGB⁹².

Gerade in den Fragen des Wasserrechtes, die eine privatrechtliche Regelung verlangen, hat das Bundeszivilrecht diese Aufgabe nicht erfüllt. Es hat teilweise unnötigerweise dem öffentlichen Recht das Feld geräumt, teilweise das bestehende

91 ZBJV 82, S. 162ff.

92 Meine Auffassung, daß das ZGB die Benutzung der privaten Bäche überhaupt nicht regle (ZBJV 82, S. 111), wird abgelehnt von R. GÖSCHKE, Fragen aus dem Nachbarrecht, ZBJV 83, S. 432ff. Er sieht in Art. 689 ZGB über den Wasserablauf die zutreffende und ausreichende Regelung dieser Materie. Er beruft sich insbesondere auf EUGEN HUBER, ZSR NF 19, S. 562f., S.A., S. 25, wo es heißt, auf dem Boden des Nachbarrechts sei den Beteiligten jedes Übermaß in der Betätigung des eigenen Rechts verboten, «es liegt aber dann nichts anderes vor, als wie es in bezug auf den Abfluß des Regen- und Schneewassers usw. ohnedies im Nachbarrecht geregelt zu sein pflegt». Das bedeutet meines Erachtens nur, daß der dem Art. 689 ZGB zugrunde liegende Rechtsgedanke sinngemäß für die Benutzung von Bächen Geltung beanspruchen könne. Dies könnte aber gar nicht auf den Art. 689 ZGB schlechthin zutreffen, sondern nur auf dessen Abs. 2: «Keiner darf den natürlichen Abfluß zum Schaden des Nachbarn verändern.» Darin könnte niemals eine dem früheren kantonalen Recht auch nur einigermaßen gleichwertige Regelung erblickt werden. Es ist denn auch durchaus herrschende Auffassung, daß sich Art. 689 ZGB nicht auf Bäche bezieht, sondern nur auf das Oberflächenwasser, l'eau de surface. Dies ergibt sich aus dem Ver-

kantonale Recht und seine Fortbildung außer Acht gelassen. Letzteres ist wohl hauptsächlich daraus zu erklären, daß es private Bäche in den meisten Kantonen von Gesetzes wegen überhaupt nicht gibt⁹³.

3. Die Quellen

Das ZGB erklärt die Quellen im Art. 704 als Bestandteile der Grundstücke, in denen sie entspringen. Ob sie Bestandteile im Sinne des Art. 642 ZGB sein können, ist bestritten⁹⁴. Das Quellwasser steigt aus einem Grundwasservorkommen auf, welches sich unter der Erdoberfläche mehr oder weniger, in der Regel weit über die Grundstücksgrenzen hinweg, ausbreitet. Dieses Grundwasservorkommen bildet eine natürliche und wirtschaftliche Einheit, wie ein oberirdisches fließendes oder stehendes Gewässer. Das Quellwasser, das aus ihm natürlicherweise zutage tritt, kann jedoch vom Grundeigentümer verbraucht oder abgeleitet werden, ohne daß dadurch andere Grundeigentümer in dem Vorteil, den sie davon haben, daß das Grundwasser auch ihren Liegenschaften die nötige Bodenfeuchtigkeit gibt, die Hohlräume des Erdreiches füllt (so daß der Baugrund die Gebäude trägt) oder im Vorteil, daß es auch auf ihren

gleich mit der Behandlung dieses Tatbestandes im gemeinen Recht, im französischen Recht, und in den deutschen Partikularrechten mit Einschluß unserer kantonalen Rechte (HAAB, N. 1 zu Art. 689). Dies wird auch anerkannt von LEEMANN, N. 4 zu Art. 689 («Wasser, das ohne festes Rinnsal von einem Grundstück abfließt»), von GUIBAN, *L'eau en droit privé*, S. A., S. 10, der das unter Art. 689 fallende Wasser als *eau de surface* unterscheidet von dem mit größerer oder kleinerer Konstanz in einem Bett dahinfließenden Gewässer. Ebenso BGE 48 II 322 = Pr 11 Nr. 137, S. 348, und 64 II 342 = Pr 27 Nr. 183.

93 Abgesehen von dem seltenen Fall des Nachweises von Privateigentum an einem Gewässer, gibt es private Gewässer nur in den wenigen Kantonen, welche die öffentlichen Gewässer in ihren WRG namentlich aufzählen, wie Schwyz, Obwalden, oder nur die Gewässer mit nutzbarer Wasserkraft als öffentliche Gewässer erklären, wie Nidwalden, dann im Kanton Thurgau, wo die Bäche, deren Sohlenbreite 1 Meter nicht übersteigt, private Gewässer sind, wenn der RR sie nicht ausnahmsweise als öffentliche Gewässer erklärt; alle Gewässer sind mit Bezug auf das Eigentum und die Verfügung über die Wasserkräfte private Gewässer im Kanton Glarus; zum bern. Recht siehe die Ausführungen oben S. 322 f.

94 GUIBAN, a. a. O., S. 4 ff. und S. 19 ff. BUSER, a. a. O., S. 249. Vgl. auch BGE 44 II 472 f. = Pr 8 Nr. 5.

Liegenschaften als Quellwasser hervortritt, beeinträchtigt werden.

Wenn der Grundeigentümer aber durch die Anlage von Gräben, Schächten, Stollen, Pumpwerken mehr Wasser zutage fördert, als ihm die Natur gespendet hat, greift er in das natürliche unterirdische Gewässer ein und eignet sich daraus Wassermengen an, die auch anderen Grundeigentümern von Nutzen waren und möglicherweise Bäche und Flüsse speisten, welche der Allgemeinheit dienen. Das ZGB schützt dagegen den Grundeigentümer, der dieses Wasser auf seinem Grundstück schon vorher als Quelle erheblich benutzt oder zum Zwecke der Verwertung gefaßt hat (Art. 706/7). Es gibt ihm einen Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung jedes störenden Eingriffes in den natürlichen unterirdischen Zufluß des Wassers zu seiner Quelle. Sollte nicht auch der Grundeigentümer diesen Anspruch haben, für den dieser Zufluß notwendig ist für die Erhaltung der Fruchtbarkeit des Bodens; und der Grundeigentümer, auf dessen Boden wegen Entzuges des Grundwassers Senkungen eintreten, so daß Risse in Mauern von Gebäuden entstehen⁹⁵; und das Gemeinwesen, wenn einem Bach oder Fluß soviel Wasser entzogen wird, daß dieses Gewässer seine mannigfachen Dienste für das allgemeine Wohl nicht mehr zu erfüllen vermag?

Ihnen allen gewährt das ZGB, wie es vom Bundesgericht ausgelegt wird, keinen Schutz⁹⁶.

Aber das Quellwasser ist nicht nur ein Ausfluß aus einem unterirdischen Gewässer, welches eine natürliche und wirtschaftliche Einheit darstellt. Die gleiche Einheit verbindet auch die Quelle und den von ihr gebildeten oberirdischen Wasserlauf. Wenn der Abfluß der Quelle von Anfang an ein Bach oder ein Fluß ist, ist die Quelle ein Teil dieses Gewässers und zwar das *caput fluminis*, wie die Römer sagten. Dieser Wasserlauf ist

95 Über Schäden an Grundstücken und Gebäuden bei Absenkung des Grundwasserspiegels siehe ALTHERR Ad. E., Die rechtliche Ordnung des Grundwassers, Diss. Zürich 1934, S. 67, 275f. und S. 182, Anm. 9. Vgl. auch BENDEL L., Ingenieurgeologie I, 2. Aufl., 1949, S. 91 ff.

96 BGE 68 II 14ff. = Pr 31 Nr. 41. Vgl. auch BGE 64 II 343 = Pr 27 Nr. 183; 48 II 322 = Pr 11 Nr. 137; 42 II 440 = Pr 5 Nr. 205.

in der Regel ein öffentliches Gewässer. Die natürliche und wirtschaftliche Einheit wäre zerstört, wenn der Wasserlauf erst von der Grenze des Quellgrundstückes weg ein öffentliches Gewässer wäre und oberhalb dieser Grenze in der Herrschaftsgewalt des Grundeigentümers stünde, der es ableiten und das Bett trockenlegen könnte. Das Quellgrundstück kann ein ganzes Alptal sein und der Wasserlauf an seiner unteren Grenze nicht nur ein Bach, sondern ein Fluß. Da kann der Satz, daß der Abfluß der Quelle bis an die Grenze des Quellgrundstückes Bestandteil des Grundstückes sei, welcher nach dem gemeinen Recht und allen Wasserrechten der Kantone galt, keine Anwendung finden. Er kann nur Geltung haben, wenn der Abfluß der Quelle so gering ist, daß er keinen Wasserlauf mit eigentlichem Bachbett und festen Ufern bildet. Ist der Abfluß der Quelle aber von Anfang an ein Bach oder gar ein Fluß, so wird er in seinem Laufe in der mannigfachsten Weise genutzt, zu privaten und öffentlichen Zwecken. Er kann eine Lebensader für Weiler, Dörfer, Täler sein und es von jeher, seit vielen Jahrhunderten gewesen sein. Soll sie vom Eigentümer des Quellgrundstückes abgeschnitten werden dürfen? Müssen die Bauern, die Gewerbetreibenden, die Gemeinden dagegen nicht geschützt sein? Das ZGB gewährt ihnen keinen Schutz. Es, dieses Gesetz «mit der jeder Überspannung des individuellen Eigentumsbereiches abholden Einstellung», wie das Bundesgericht es charakterisiert (BGE 65 II 149), gibt dem Grundeigentümer in der Auslegung des gleichen Gerichtshofes ein absolutes, durch keine Rücksicht auf die privaten und öffentlichen Interessen an der Benutzung des Abflusses beschränktes Verfügungsrecht über die Quelle⁹⁷. Damit steht es aber auch völlig allein da unter den Rechtsordnungen der uns umgebenden Staaten⁹⁸. Selbst unter der Herrschaft des wegen seiner «Überspannung des individuellen Eigentumsbereiches» vielgescholtenen gemeinen Rechtes ist erkannt und immer allgemeiner anerkannt worden, daß

⁹⁷ BGE 43 II 152ff. = Pr 6 Nr. 84, sowie die in der vorhergehenden Anm. zitierten Urteile; KtsG Graubünden, Zivilurteile 1920 Nr. 3.

⁹⁸ ZBJV 82, S. 154, Anm. 1.

ein Fluß oder Bach und seine Quelle eine Einheit bilden, die nicht durch die willkürliche Verfügung des Grundeigentümers über die Quelle zerstört werden darf⁹⁹.

So mußte das öffentliche Recht eingreifen. Es war ein Glücksfall, daß Art. 705 ZGB in der Beratung der eidgenössischen Räte eine Fassung erhielt, aus welcher hervorgeht, daß die Kantone durch das Bundeszivilrecht wenigstens nicht daran gehindert sind, zur Wahrung des allgemeinen Wohles die Fortleitung von Quellen zu ordnen, zu beschränken oder zu untersagen¹⁰⁰. Von den Kantonen, welche nicht schon in ihrem früheren Recht die erforderlichen Bestimmungen hatten, wie die westschweizerischen, insbesondere Waadt und Freiburg, haben nur ganz wenige von dieser Kompetenz sachgemäßen und hinreichenden Gebrauch gemacht¹⁰¹. Für den Einzelnen ergeben sich aus solchen kantonalen Vorschriften auch hier keine subjektiven Rechte. Dafür hat die öffentlich-rechtliche Regelung den Vorteil der Einfachheit und Billigkeit des Administrativverfahrens und den der Elastizität, welche dem Ausgleich gegensätzlicher Interessen zugute kommt.

Viel größere Schwierigkeiten als die Ausscheidung der Fluß- und Bachquellen bietet die Abgrenzung der Quelle vom Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken, aus dem sie aufsteigt oder zutage gefördert wird. Sie ist nötig geworden, nachdem die Grundwasserströme und Grundwasserbecken von einer bestimmten Mächtigkeit an in einer Reihe von Kantonen als öffentliche Gewässer erklärt worden sind und das Bundes-

99 REGELSBERGER, Pandekten, S. 432; RANDA, Österreichisches WR, 1891, S. 78; BLUNTSCHLI, DPrR I, 1853, S. 374; MÜRI H., Das Recht an der Wasserquelle, Diss. Bern 1886, S. 69ff.; BEZZOLA D., Die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Wasserläufen, Diss. Zürich 1898, S. 28ff.; BARON, Z. f. vgl. RW 2, S. 77; EUGEN HUBER selbst in den Erl. II, S. 48. Zum zit. BGE 43 II 152ff. = Pr 6 Nr. 84 haben kritisch Stellung genommen: ROSSEL J., Des sources immédiatement génératrices d'eaux courantes, ZBJV 54, S. 249ff. und HAAB, Komm., N. 9 zu Art. 704. Vgl. EGzZGB Graubünden (1944) Art. 149 Abs. 3.

100 Über die Entstehungsgeschichte des Art. 705 ZGB: BLASS R., Das Quellen- und Brunnenrecht, Diss. Zürich 1910, S. 112ff.

101 ZBJV 82, S. 155ff. Seither hat der Kanton Glarus in Anlehnung an Art. 142 EG Graubünden legiferiert: EG § 167 gemäß Landsgemeindebeschuß 1951.

gericht im Jahre 1939 festgestellt hat, daß Grundwasserströme, die sich über weite Strecken unter der Erdoberfläche hinziehen, ein öffentliches, der privaten Eigentumsherrschaft entzogenes Gut seien¹⁰². Wo immer auf einem Grundstück Wasser gefaßt wird, das aus dem öffentlichen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken aufsteigt oder zutage gefördert wird, stellt sich die unabweisbare Frage, ob eine Nutzung des öffentlichen unterirdischen Gewässers vorliege, die der Konzession bedarf, oder die Fassung und Benutzung einer Quelle. Da das Quellwasser Grundwasser ist, liegt die Antwort nahe, daß mit seiner Fassung das öffentliche unterirdische Gewässer, aus dem es stammt, genutzt werde. Das ist die klare Konsequenz aus der Unterstellung der Grundwasserströme und Grundwasserbecken unter das öffentliche Recht. Die Verwaltung ist geneigt, diese Konsequenz zu ziehen. Damit würde ein großer Teil aller ergiebigen und wertvollen Quellen dem privaten Recht entzogen, wenn auch ihre Benutzung dem Grundeigentümer für den Eigenbedarf bis zu einer bestimmten Wassermenge durch gesetzliche Vorschrift freigegeben wird. Auch das Recht der Quellen, dieser *rocher de bronze* des privaten Wasserrechts, wie es genannt worden ist¹⁰³, hätte seine Hauptrolle ausgespielt und wäre zu einem recht bescheidenen Dasein verurteilt.

Diese Konsequenz liegt jedoch nicht im Willen der kantonalen Gesetze über das Grundwasser¹⁰⁴. Sie würde auch am Bundeszivilrecht scheitern. Dieses bestimmt, was als Quelle im Sinne des Art. 704 ZGB zu gelten hat und damit, welchen Umfang das Recht des Grundeigentümers an der Quelle hat. Das

102 Siehe oben, S. 316. Das Bundesgericht war indessen nur zum Entscheid legitimiert, daß diese Grundwasservorkommen nicht unter Art. 704 Abs. 3 ZGB fallen. Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, sie als öffentliche Gewässer zu erklären. Dies kann sich nach dem bestehenden kantonalen Recht aufdrängen. Aber keinem Kanton ist durch das Bundesrecht verwehrt, eine andere Regelung zu treffen, etwa in dem Sinne, daß diese Grundwasservorkommen private Gewässer sind und die öffentlichen Interessen durch öffentlich-rechtliche gesetzliche Eigentumsbeschränkungen gewahrt werden. Über einen solchen Versuch vgl. ZBJV 82, S. 160.

103 ALTHERR, a. a. O., S. 164.

104 ALTHERR, a. a. O., S. 164f.

Bundesgericht hat denn auch entschieden gegen den Versuch Stellung genommen, «den Art. 704 Abs. 3 auf dem Wege der Auslegung des wesentlichen Teils seines Anwendungsbereichs zu berauben und ihn, ausgehend von den Erläuterungen zu Art. 699 Abs. 3 VE, etwa auf Sodbrunnen und dergleichen geringfügige private Grundwasseranlagen zu beschränken»¹⁰⁵.

Außer jedem Zweifel steht, daß der Grundeigentümer berechtigt ist, das Wasser, welches natürlicherweise an die Oberfläche tritt, als Quelle zu fassen und (vorbehältlich der kantonalen Bewilligung gemäß Art. 705 ZGB) abzuleiten. Es muß ihm aber auch eine technisch möglichst einwandfreie Fassung der Quelle gestattet werden, welche ein Nachgraben in eine gewisse Tiefe nötig macht. Eine Beschränkung der Benutzung dieses so gefaßten Wassers auf den Eigenbedarf des Grundeigentümers ist unzulässig.

Das Recht, durch Gräben, Schächte, Stollen den Zufluß von Wasser aus dem öffentlichen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken in den natürlichen Austrittsweg der Quelle erheblich zu vermehren, hat der Grundeigentümer nicht¹⁰⁶. Darin liegt ein Eingriff in das öffentliche Gewässer, der nur auf Grund einer Konzession zulässig ist, wenigstens soweit als das dadurch neu geförderte Wasser nicht dem Eigenbedarf dient oder die dafür freigegebene Menge übersteigt. Zur Verhinderung unberechtigter Eingriffe in das öffentliche unterirdische Gewässer sind die Kantone befugt, die Einholung einer Polizeierlaubnis für alle Quelfassungen im Bereich öffentlicher Grundwasserströme und Grundwasserbecken vorzuschreiben. Das Bewilligungsverfahren ermöglicht der Aufsichtsbehörde die Feststellung der

¹⁰⁵ BGE 68 II 14ff. = Pr 31 Nr. 41.

¹⁰⁶ ALTHERR, a.a.O., S. 28. Den Vorschlag von HAMMER F., Beiträge z. schweiz. Quellen- und Grundwasserrecht, Diss. Bern 1942 (Abh. z. schweiz. Recht, NF 196), S. 67, daß dem Grundeigentümer die Erstellung aller Anlagen zu gestatten sei, mittels welcher er das Wasser, dessen er habhaft werden kann, ohne die Anwendung von Einrichtungen, die durch motorische Kraft getrieben werden, zutage fördert, halte ich nicht für annehmbar, weil es auch öffentliche Grundwasservorkommen gibt, die auf diesem Wege, durch den Vortrieb von Stollen, in großem Ausmaß ausgebeutet werden können. Siehe HUG J. und BEILICK A., Die Grundwasserverhältnisse des Kantons Zürich, 1934, S. 167, 180 und 200.

Mächtigkeit des natürlichen Ergusses einer Quelle vor der Fassung oder Erneuerung der Fassung. Diese Messungen bilden eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung des Umfangs der dem Grundeigentümer zustehenden Rechte zur Benutzung und zur Verfügung über das Quellwasser.

Auch das Grundwasserrecht führt so notwendigerweise zu einer weiteren Einengung des sachlichen Geltungsbereichs des privaten Wasserrechts. Von der Praxis des Bundesgerichtes als Zivilgerichtshof hängt es ab, ob eine Abgrenzung zwischen Grundwasser- und Quellennutzung sich durchsetzt, welche unter Wahrung der Rechtssicherheit den öffentlichen Interessen gerecht wird, ohne die mit ihnen verträglichen Eigentumsbefugnisse preiszugeben.

Schluß

Auch die Geschichte des Wasserrechts in den letzten hundert Jahren könnte unter das Schlagwort «*Tout devient droit public*» gestellt werden, mit welchem GEORGES RIPERT das zweite Kapitel seines Buches «*Le déclin du droit*» (1949) überschreibt. Vom Wasserrecht ist in diesem Buche aber nicht die Rede, obwohl in Frankreich, wie in jedem Land mit einem modernen Wasserrecht die «*publicisation*» der wasserrechtlichen Institute einen ähnlichen Gang genommen hat wie bei uns. Diese Entwicklung hat ihren Grund aber weniger in einem Wechsel der Rechtsprinzipien als in einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Neue wirtschaftliche Anforderungen und neue technische Möglichkeiten der Nutzung haben Gewässern, die vordem überhaupt nicht ausgenutzt werden konnten oder nur lokalen Bedürfnissen dienten, eine Bedeutung für die Volkswirtschaft und Landeswohlfahrt gegeben, welche ehemals in den wasserreichen Ländern nördlich der Alpen nur die Wasserstraßen gehabt hatten. Deshalb ergab sich ihre Unterstellung unter das öffentliche Recht aus dem gleichen Grundgedanken, welcher im römischen und im deutschen Recht der Einteilung der Gewässer in öffentliche und private zugrundelag. Im einzelnen freilich war auch die Ausgestaltung des Wasserrechts vielfach vom Zufall und von

fiskalischen Absichten beherrscht und nicht frei von juristischer Unsicherheit einerseits und theoretischer Einseitigkeit andererseits, was einer organischen Fortbildung des jeweils bestehenden Rechtes nicht förderlich war. Wenn sich das private Wasserrecht in einzelnen Abschnitten allzu weit zurückdrängen lassen mußte, lag das nicht zuletzt an seinem eigenen Versagen gegenüber den ihm gestellten Aufgaben.