



## Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser

EVA DRUEY JUST



GIERI CAVIEZEL

1631

Das Wasserrecht unseres Zivilgesetzbuches stammt aus dem Jahr 1912 und ist geprägt von der Haltung, dass das auf einem Grundstück befindliche Wasser der privaten Verfügungsmacht des Grundeigentümers untersteht. Ausgenommen werden lediglich Gewässer, welche nach kantonalem Recht für öffentlich erklärt wurden. Seit Einführung des ZGB hat sich einerseits die Zahl der von den Kantonen für öffentlich erklärten Gewässer wesentlich vergrössert. Andererseits ist das Bewusstsein für den globalen Wasserkreislauf und das Wasser als öffentliche Ressource stetig gestiegen. Infolge dieses neuen Bewusstseins unterstellt das öffentliche Recht des Bundes die Wassernutzung immer weiter gehenden Einschränkungen. Die Autoren stellen das öffentliche und das private Wasserrecht einander gegenüber und stellen am Ende die Frage, ob das Wasserrecht des ZGB noch zeitgemäss ist.

Le régime juridique des eaux prévu par notre Code civil date de 1912 et est marqué par l'idée que l'eau qui se trouve sur un fonds est soumise au pouvoir de disposition du propriétaire foncier. Seules les eaux qui ont été déclarées publiques par le droit cantonal font exception. Depuis l'introduction du CC, le nombre de cours d'eau déclarés publics par les cantons a sensiblement augmenté. Par ailleurs, la prise de conscience sur le cycle hydrologique global et sur l'eau en tant que ressource publique n'a cessé de se renforcer. En conséquence de ce changement de mentalité, le droit public de la Confédération soumet l'utilisation de l'eau à des restrictions de plus en plus sévères. Les auteurs comparent la législation publique et privée sur l'eau et se demandent finalement si le régime des eaux prévu par le CC est encore d'actualité.

### Inhaltsübersicht

- I. Die Entwicklung des Wasserrechts in den vergangenen 100 Jahren
  - A. Entwicklung des Wasserrechts im ZGB
  - B. Entwicklung des öffentlichen Wasserrechts
- II. Auslegeordnung des geltenden Rechts
  - A. Das geltende Wasserrecht des ZGB
    1. Heutiger Geltungsbereich des Privatrechts
    2. Reichweite privater Rechte an Gewässern
  - B. Kantonales öffentliches Wasserrecht
  - C. Öffentliches Wasserrecht des Bundes
    1. Verfassungsrechtliche Grundlagen
    2. Gewässernutzung
    3. Gewässerschutz
- III. Zusammenspiel von öffentlichem und privaten Recht
- IV. Auswirkungen der heutigen Rechtslage auf den Status privater Wasserrechte

### I. Die Entwicklung des Wasserrechts in den vergangenen 100 Jahren

#### A. Entwicklung des Wasserrechts im ZGB

«Das private Recht befindet sich auf dem Rückzug». Mit diesen Worten leitete PETER LIVER im Jahr 1953 seine Abhandlung über das öffentliche Grundwasserrecht und pri-

vate Quellenrechte<sup>1</sup> ein. Die von LIVER ganz grundsätzlich angesprochene Beschneidung privater Rechte zu Gunsten des öffentlichen Wohls zeigt sich besonders klar im Bereich der Wasserrechte.

Anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens zum ersten gesamtschweizerischen Zivilgesetzbuch stellte EUGEN HUBER im Jahr 1900 eingehende Betrachtungen zu den damals geltenden kantonalen Wasserrechten und der angestrebten Regelung im ZGB an<sup>2</sup>. Seine Abhandlung zeigt eine ausgeprägt privatrechtliche Optik. So umfasste damals das Eigentumsrecht am Boden selbstverständlich auch das vollumfängliche Recht an den darauf zutage tretenden Wasservorkommen. Zwar war man sich durchaus bewusst, dass auch die Interessen der übrigen Anstösser sowie der Wohnbevölkerung im Einzugsgebiet eines Gewässers respektiert werden mussten. Die Wahrung dieser Rechte geschah jedoch einerseits durch die Bildung von Wassergenossenschaften<sup>3</sup>, andererseits war sie Gegenstand des Nachbarrechts<sup>4</sup>. Auf diese Weise war die Nutzung

EVA DRUEY JUST, Dr. iur., Rechtsanwältin, Chur, Lehrbeauftragte an der Universität Basel.

GIERI CAVIEZEL, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Chur.

<sup>1</sup> PETER LIVER, Öffentliches Grundwasserrecht und privates Quellenrecht, ZBJV 89 (1953), 1 oder in: HANS MERZ (Hrsg.), Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1972, 441, nachfolgend «Grundwasserrecht», nach letzterer Publikation zitiert.

<sup>2</sup> EUGEN HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte, ZSR N.F. 19 (1900), 503 ff.

<sup>3</sup> Solche waren schon vor Einführung des ZGB in allen Kantonen verbreitet: EUGEN HUBER (FN 2), 504 f.

<sup>4</sup> HUBER (FN 2), 522 ff.

eines Gewässers durch die Grundeigentümer wohl beschränkt. Jedoch fasste man den Kreis der rechtlich geschützten Interessierten eng, indem nicht die Allgemeinheit, sondern nur ein klar definierter Personenkreis von dem Rechtsschutz profitieren konnte. Bestimmungen des öffentlichen Rechts sollten dort gelten können, wo ein Gewässer dem öffentlichen Wohl diene. Dieses öffentliche Interesse sollte aber nicht bundesrechtlich geregelt werden, sondern nach den Bedürfnissen der unmittelbar betroffenen Region. Aus diesem Grund sind nach der Regel des ZGB die Kantone für die öffentlich-Erklärung eines Gewässers zuständig<sup>5</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist das anfangs des letzten Jahrhunderts erlassene Wasserrecht des ZGB zu sehen. Es hält in Art. 667 sowie 704 ff. ZGB fest, dass das Recht an Grundwasser und Quellen mit dem Recht an dem Quell- bzw. Grundwassergrundstück verbunden ist. Betreffend Gewässer im Allgemeinen bestimmt es in Art. 664 ZGB, dass herrenlose und öffentliche Sachen dem Privatrecht entzogen und dem kantonalen öffentlichen Recht unterstellt sind. Dies gilt aber nur, soweit der Kanton ein Gewässer tatsächlich öffentlich erklärt<sup>6</sup>.

Dieser ohnehin grundeigentümerfreundliche Gesetzestext wurde zunächst durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts sogar noch verschärft. Entgegen der Absicht HUBERS<sup>7</sup> unterstellte das Bundesgericht auch mächtige Bach- und Flussquellen, die nach kantonalem Wasserrecht an sich öffentliche Gewässer darstellten, bis zur Grenze des Quellgrundstücks vollumfänglich dem Privatrecht, sodass sie durch den Eigentümer gefasst werden durften<sup>8</sup>. Schon bald nach Erlass des ZGB begannen jedoch die Kantone, grössere Grundwasserströme und -Becken dem öffentlichen Recht zu unterstellen, womit wenigstens diese dem eigenmächtigen Abgraben durch private Grundeigentümer entzogen werden konnten<sup>9</sup>. Das Bundesgericht stützte diese Rechtsetzung, soweit den Grundwasservorkommen aufgrund ihrer Ausdehnung und Mächtigkeit der Bezug zu einem einzelnen Grundstück

fehlt<sup>10</sup>. Die natürlichen Aufstösse aus öffentlichen Grundwasservorkommen blieben jedoch vorerst als private Quellen der privaten Nutzung erhalten, auch wenn es sich um grosse Wasservorkommen handelte<sup>11</sup>. Erst im Jahr 1971 schränkte das Bundesgericht diese in der Lehre als «exzessiv individualistisch»<sup>12</sup> kritisierte Rechtsprechung zu den privaten Quellen ein: Quellen, die von Beginn weg die Mächtigkeit eines Baches oder Flusses haben, fallen heute nicht mehr unter Art. 704 ZGB, auch wenn sie auf einem privaten Grundstück aufstossen<sup>13</sup>. Damit haben die Kantone die Möglichkeit, ertragreiche Quellen dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Noch weiter ausgedehnt wurde diese Möglichkeit mit der Feststellung, dass verschiedene Aufstösse eines ganzen Quellsystems als eine einzige Bachquelle zu sehen sind, auch wenn sich der eigentliche Bach erst ein wenig unterhalb der einzelnen Aufstösse durch deren Zusammenfluss bildet<sup>14</sup>.

Seit 1912 wurden also zunächst die Grundwasserströme, danach die Bachquellen sowie auch kleinere Quellen, die zu einem zusammenhängenden Quellsystem gehörten, dem Privatrecht zumindest soweit entzogen, als die Kantone von ihrer Möglichkeit der Öffentlicherklärung Gebrauch machten. Unterstellen die Kantone sämtliche oberflächlichen Gewässer dem kantonalen öffentlichen Recht, können private Rechte nur noch als ehehafte Rechte sowie an Quellen und lokalen Grundwasservorkommen bestehen<sup>15</sup>. Nachdem die Kantone grossmehrheitlich ihre Gesetzgebungskompetenz umfassend ausgeübt haben, gibt es heute ausserhalb der Quellgrundstücke kaum noch private Bäche und Seen<sup>16</sup>.

<sup>5</sup> Dazu HUBER (FN 2), 546 f. und 584 ff.; BSK-REY/STREBEL, Art. 664 ZGB N 28; Kritisch: BK-MEIER-HAYOZ, Art. 664 ZGB N 153 f.

<sup>6</sup> LIVER, Grundwasserrecht (FN 1), 441 f.

<sup>7</sup> HUBER (FN 2), 528.

<sup>8</sup> BGE 43 II 152, bereits 1918 kritisiert: JEAN ROSSEL, Des sources immédiatement généatrices d'eaux courantes (Bachquellen, Flussquellen), ZBJV 54 (1918), 17 ff.

<sup>9</sup> LIVER, Grundwasserrecht (FN 1), 442 f. und 444 ff. sowie DERS., Die Entwicklung des Wasserrechts in den letzten 100 Jahren, ZSR 71 I (1952), 314 ff. Offenbar fehlte bei Erlass des ZGB das Bewusstsein für grössere Grundwasservorkommen völlig: BGE 55 I 397, 404 sowie ZK-HAAB/SCHERRER/SIMONIUS/ZOBL, Art. 704 ZGB N 4.

<sup>10</sup> BGE 55 I 404; BGE 65 II 149 f., BGE 68 II 18 ff. und BGE 93 II 180 ff.

<sup>11</sup> BGE 93 II 182; LIVER, Grundwasserrecht (FN 1), 457.

<sup>12</sup> PETER LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold und das geltende Private Wasserrecht, in: Hans Merz (Hrsg.): Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, 430, ursprünglich publiziert in ZBJV 82 (1946), 154 ff. (nachfolgend: Müller Arnold); Weitere Kritik z.B. bei ROSSEL (FN 8), ZK-HAAB (1. A.), Art. 704 ZGB N 9, F. GUIBAN, L'eau en droit privé, JdT 1942 I 502; HENRI DESCHENAUX/PETER JÄGGI, Le régime juridique des sources provenant d'eaux souterraines publiques, JdT 1959 I 104 f.

<sup>13</sup> BGE 97 II 333.

<sup>14</sup> PKG 1977, 34 f., unter Bezugnahme auf BGE 97 II 333.

<sup>15</sup> DENIS PIOTET, Ergänzendes Kantonales Recht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I/2, N 620; s. schon LIVER, Grundwasserrecht (FN 1), 441 f.

<sup>16</sup> PIOTET (FN 15), N 620 ff., mit Übersicht über die kantonalen Rechte. Theoretisch zulässig bleiben private Gewässer bei entsprechendem Nachweis z.B. in Obwalden Art. 2 Abs. 1 Wasserbaugesetz OW. Im Kanton Glarus haben die Uferanrösler ein privates Recht auf die Nutzung des Wassers: Art. 170 Abs. 1 EGzZGB GL; zum kantonalen öffentlichen Recht auch hinten, II.B.

## B. Entwicklung des öffentlichen Wasserrechts

Parallel zum geschilderten Rückzug des Privatrechts aus dem Bereich des Wassers dehnte sich das öffentliche Recht des Bundes aus. Bereits 1916 erliess der Bund das eidgenössische Wasserrechtsgesetz (WRG)<sup>17</sup>, welches vornehmlich die Wassernutzung zum Zweck der Energiegewinnung im Fokus hat. Angesichts zunehmender Industrialisierung zeigte sich zudem, dass in den Bereichen Wasserverschmutzung und Landschaftsschutz die Nachbarrechte keinen ausreichenden Schutz gewährten, zumal sich der Kreis der potenziell Geschädigten nicht auf die Nachbarn reduzieren liess. 1955 erliess der Bund das erste Gewässerschutzgesetz (GSchG)<sup>18</sup>, welches allerdings noch stark auf die wirtschaftlichen Interessen der Pflichtigen Rücksicht nahm und sich bald als ungenügend erwies. Erst mit der Revision des GschG im Jahr 1971<sup>19</sup> wurde einerseits der qualitative Gewässerschutz umfassend umgesetzt und eine Grundlage für die raumplanerische Berücksichtigung der Gewässer gelegt. Mit dem Erlass von Art. 24<sup>bis</sup> aBV im Jahr 1976 (heute: Art. 76 BV) erhielt der Bund die Kompetenz und den Auftrag zur Schaffung einer Gesamtkonzeption des Wasserrechts. Diesen Auftrag setzte er im GschG von 1991<sup>20</sup> insofern um, als zum qualitativen der quantitative Schutz des Wassers hinzutrat, der sich insbesondere durch die verbindliche Regelung von Restwassermengen auszeichnet. Die kürzlich revidierte Gewässerschutzverordnung (GSchV)<sup>21</sup> schliesslich definiert eigentliche ökologische Ziele für Gewässer und strebt insgesamt möglichst naturnahe Gewässer an<sup>22</sup>.

Auf internationaler Ebene hat sich vor gut zwanzig Jahren die UNO des Themas Wasser angenommen und betont seither unermüdlich dessen weltweit zu respektierende gesellschaftliche und ökologische Bedeutung. Dies manifestiert sich etwa in der 1992 durch die UNO-Generalversammlung beschlossenen Einführung eines Welt-Wassertages<sup>23</sup>. Das Jahr 2013 wurde von der UNO

zum Welt-Wasserjahr erklärt<sup>24</sup>, und seit dem Welt-Wassertag vom 22. März 2005 befinden wir uns in der internationalen Aktionsdekade «Wasser-Quelle des Lebens»<sup>25</sup>. Innerhalb von Europa sind die Europäische Wassercharta des Europarates von 1967 sowie die Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung des Ordnungsrahmens für Massnahmen im Bereich der Wasserpolitik zu nennen<sup>26</sup>.

## II. Auslegeordnung des geltenden Rechts

### A. Das geltende Wasserrecht des ZGB

#### 1. Heutiger Geltungsbereich des Privatrechts

Gemäss Art. 664 Abs. 2 ZGB findet das Privateigentum seine Grenzen bei öffentlichen Gewässern und herrenlosem Land wie «Schutthalde, Firnen, Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen»<sup>27</sup>. Nach dieser Bestimmung bleiben an sich private Gewässer möglich. Bereits voranstehend wurde indes gezeigt, dass heute ausserhalb der Quellgrundstücke kaum noch private Gewässer existieren. Diese Marginalisierung privater Wasserrechte wird in zwei wichtigen Bereichen durchbrochen. Einerseits existieren heute noch die sogenannten ehehaften Rechte. Es handelt sich dabei um private Rechte an öffentlichen Gewässern, welche vor deren öffentlich-Erklärung begründet wurden<sup>28</sup>. Sie betreffen häufig Nutzungen für Mühlen, Bewässerungen oder Fischerei und werden durch die Eigentumsgarantie geschützt<sup>29</sup>. Die zweite wichtige Ausnahme betrifft die Wasserrechte auf dem Quellgrund-

<sup>24</sup> Beschluss A/RES/65/154 der UN-Generalversammlung vom Dezember 2010.

<sup>25</sup> Beschluss A/RES/58/217 der UN-Generalversammlung vom 23. Dezember 2003.

<sup>26</sup> Wassercharta des Ministerkomitees des Europarates vom 26.5.1967 bzw. Richtlinie 2000/6 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.10.2000, ABI 2000 L 327/1 vom 22.12.2000 (Ergänzung: in ABI 2001 L 331/1 vom 15.12.2001); erstere lediglich mit programmatischem Charakter, letztere ist für die Schweiz bis anhin nicht für verbindlich erklärt worden.

<sup>27</sup> Wobei nur am Rande bemerkt sei, dass Gletscherquellen nach gängiger Auffassung gar keine Quellen sind, da es sich um Meteorwasser handelt, nicht etwa um Aufstösse von Grundwasser: S. z.B. ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 704 ZGB N 8.

<sup>28</sup> Dazu z. B. BGE 88 II 498; BGE 95 II 14; BGE 97 II 25; BGE 131 I 321; Urteil des Bundesgerichts 2P.256/2002 vom 24. März 2003.

<sup>29</sup> ROLF H. WEBER/BRIGITTE KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, 6 N 31; ENRICO JAGMETTI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, Basel 2007 N 4206. S. allgemein zu den ehehaften Wasserrechten PETER LIVER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Hans Merz (Hrsg.), Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, 465 ff.

<sup>17</sup> AS 33 (1917) 189, heutige Fassung SR 721.80 (umfassend revidiert im Jahr 1996: AS 1997 991).

<sup>18</sup> AS 1956 1533.

<sup>19</sup> AS 1972 950.

<sup>20</sup> SR 814.20.

<sup>21</sup> SR 814.201.

<sup>22</sup> Zur Entwicklung des Wasserrechts statt vieler: ALAIN GRIFFEL, Gewässerschutz, in: Walter Haller (Hrsg.): Umweltrecht, Zürich 2004, 117 ff. Zu den Zielen des Wasserrechts statt vieler: BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht II, Zürich 2006, 126 ff. Generell zum öffentlichen Wasserrecht s.h., II B und C.

<sup>23</sup> Beschluss A/RES/47/193 der UN-Generalversammlung vom 22. Dezember 1992.

stück. Das Wasser an kleineren Quellen gehört gemäss Art. 704 ZGB nach wie vor dem Eigentümer des Quellgrundstücks. Welche Quelle als öffentliche Bach- oder Flussquelle zu gelten hat, ergibt sich aufgrund der kantonalen Kompetenz zur öffentlich-Erklärung von Gewässern aus dem kantonalen Recht. Anhaltspunkte für eine öffentliche Quelle bieten in fast allen Kantonen ihre Ergiebigkeit und Stetigkeit<sup>30</sup>.

## 2. Reichweite privater Rechte an Gewässern

Nach den allgemeinen Eigentumsregeln kommt dem Eigentümer an sich volle Verfügungsmacht zu. Diese wird jedoch beim Wasser noch umfassender eingeschränkt als in anderen Bereichen. Nicht nur das öffentliche Recht, sondern auch das ZGB selbst kennt Schranken für die Nutzung von Wasser. So stellte bereits EUGEN HUBER fest, dass sich das Wasser auch aus privatrechtlicher Optik bloss auf diejenige Quantität erstrecken könne, die sich innerhalb eines theoretischen Augenblicks in dem betreffenden Bett befinde<sup>31</sup>. Im nächsten Moment befinde sich dieses Wasser bereits auf dem Grundstück des Unterliegers, dessen Rechte ebenfalls respektiert werden müssen<sup>32</sup>. Wird die dem Grundeigentümer zustehende Quantität an Wasser durch Abgrabungen oder Absperrungen willkürlich und zum Schaden der Nachbarn erhöht, überschreitet er sein Eigentum<sup>33</sup>. Dasselbe muss gelten, wenn ein Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigter die benachbarten Nutzer schädigt, indem er die Qualität des Wassers beeinträchtigt. Solche Eingriffe können aus privatrechtlicher Sicht mittels der Nachbarrechte geahndet werden. Als wichtigste und grundsätzlichsche Schranke der privaten Verfügungsmacht sieht somit schon das Privatrecht vor, dass die Nutzung gemeinverträglich sein muss.

Die nachbarrechtliche Beschränkung der Nutzung auf das natürlicherweise zu- und abfliessende Wasser gilt nach dem System des ZGB nicht für den Eigentümer einer privaten Quelle. Dieser hat privatrechtlich keine Verpflichtung, das Quellwasser dem Unterlieger zukommen zu lassen<sup>34</sup>. Dennoch ist auch die Stellung dieser privile-

gierten Eigentümer nicht ganz unbeschränkt. Insbesondere können die Kantone nach Art. 705 ZGB die Fortleitung des Quellwassers regeln. Darüber hinaus sieht Art. 711 ZGB die Zwangsabtretung von Quellen vor, die im öffentlichen Interesse genutzt werden könnten, an denen der Berechtigte aber nur ein geringes Interesse hat. Als weitere Schranke der Quellnutzung ist vor allem das bereits angesprochene Verbot der Abgrabung öffentlicher Grundwasservorkommen zu nennen. Angesichts der Tatsache, dass nach heutiger Erkenntnis kaum ein Grundwasservorkommen lokal und allein mit dem darüber liegenden Grundstück verbunden ist<sup>35</sup>, handelt es sich hier um eine wesentliche Beschränkung. Zulässig bleibt die Quellfassung, welche sich von der Abgrabung vor allem dadurch unterscheidet, dass die Fördermenge durch die blosser Fassung nicht wesentlich vergrössert wird<sup>36</sup>. In jedem Fall müssen bei der Wassernutzung die mitunter relativ grossen Restwassermengen, wie sie das GSchG vorschreibt, gewahrt werden.

Die ehehaften privaten Rechte an öffentlichen Gewässern sind in quantitativer Hinsicht von vornherein auf dasjenige Mass der Nutzung beschränkt, das der ehehafte Rechtstitel zulässt. Dessen nachträgliche Ausweitung ist ausgeschlossen<sup>37</sup>. In diesem Rahmen wird auch zu berücksichtigen sein, ob und wo das genutzte Wasser dem natürlichen Kreislauf entnommen und wieder in diesen zurückgeführt wird. In zeitlicher Hinsicht können ehehafte Wassernutzungsrechte nach dreissigjährigem Bestand in analoger oder – je nach Konstellation – direkter Anwendung von Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB entgeltlich abgelöst werden<sup>38</sup>.

## B. Kantonales öffentliches Wasserrecht

Wie bereits dargestellt wurde, kommt den Kantonen das Recht zu, Gewässer öffentlich zu erklären. Von diesem Recht haben sämtliche Kantone Gebrauch gemacht. Überwiegend folgen sie dabei dem System, die Quellen dann dem öffentlichen Recht zu unterstellen, wenn sie so mächtig und stetig sind, dass sie sofort einen Bach zu

<sup>30</sup> Hinten, B.; BGE 122 III 49; BGE 97 II 333; Urteil des Bundesgerichts 2C\_622/2010 vom 20.12.2013, E. 3.2. Kant. Rechtsprechung z.B. GR: PKG 1974 10, 1977 6; OW: OWVVG XV 88 ff.

<sup>31</sup> HUBER (FN 2), 518.

<sup>32</sup> S. ausdrücklich Art. 689 Abs. 1 und 2 ZGB, der gemäss herrschender Lehre allerdings nur das Oberflächenwasser betrifft. Dazu ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 689 ZGB N 1 ff.

<sup>33</sup> HUBER (FN 2), 520 ff., insb. 526 f. Unbefriedigt LIVER, Müller Arnold (FN 12), 421 f.

<sup>34</sup> ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 704 ZGB N 18.

<sup>35</sup> S. dazu z.B. die Grundwassererhebungen des Bundes, abrufbar unter <http://www.bafu.admin.ch/grundwasser/07496/07516/index.html?lang=de>.

<sup>36</sup> LIVER, Grundwasserrecht (FN 1), 457 ff.; HANS REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 2007, N 1094 ff.; BS-Komm/REY/STREBEL, Art. 704 ZGB N 15; BGE 93 II 170, E. 8c; Urteil des Bundesgerichts 2C\_622/2010 vom 20.12.2010, E. 4.2.

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.256/2002 vom 24. März 2003, E. 4.2.

<sup>38</sup> BGE 131 I 321, E. 5.

bilden vermögen. Einige Kantone setzen eine Mindestergiebigkeit von 300 l/min fest, andere sogar 200 l/min, der Kanton Obwalden nennt 600 l/min. Weitere Kantone verzichten auf konkrete Schüttmengen zu Gunsten von Generalklauseln. Gewässer ausserhalb des Quellgrundstücks sind in aller Regel öffentlich<sup>39</sup>. Nur im Kanton Glarus steht den Grundeigentümern bzw. Uferanrößern noch ein umfassendes privates Recht zur Wassernutzung zu<sup>40</sup>.

Die Gewässerhoheit im Sinne des Verfügungsrechtes über die öffentlichen Wasservorkommen steht gemäss Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV den Kantonen zu. Von der sich daraus ergebenden Gesetzgebungskompetenz haben die Kantone vor allem im Bereich der Wasserkraftnutzung umfassend Gebrauch gemacht. Gerade in diesem Bereich kommt dem kantonalen Recht damit eine grosse Bedeutung zu, zumal die Kompetenz des Bundes bei der Wasserkraftnutzung auf die Grundsatzgesetzgebung beschränkt ist<sup>41</sup>.

Die grosse Mehrheit der Kantone hat besondere Gesetze erlassen, welche die Nutzung der Wasserkraft in der Regel ausführlich ordnen<sup>42</sup>. In drei Kantonen (GL, AI, AR) wird die gesamte Materie nach wie vor im Einführungsgesetz zum ZGB geregelt<sup>43</sup>. Dabei haben sich die Kantone in der überwiegenden Mehrheit die Gewässerhoheit selbst vorbehalten; die Verfügung über die Nutzung der Wasservorkommen (und damit auch der Wasserkraft) steht dem Kanton zu. Davon gibt es allerdings vier – zumindest hinsichtlich der Stromproduktion – gewichtige Ausnahmen<sup>44</sup>:

- Im Kanton Graubünden liegt die Hoheit über alle Gewässer bei der jeweiligen Territorialgemeinde<sup>45</sup>.

- Im Kanton Wallis hat sich der Kanton die Gewässerhoheit über die Rhone und den Genfersee vorbehalten, während die übrigen Gewässer der Sachherrschaft der Gemeinden unterliegen<sup>46</sup>.
- Der Kanton Schwyz hat das Verfügungsrecht über die Wasserkraft der namentlich aufgeführten fließenden Gewässer den Bezirken zugewiesen; die übrigen Gewässer (namentlich die Seen) stehen unter der Sachherrschaft des Kantons<sup>47</sup>.
- Der Kanton Uri zählt im Gewässernutzungsgesetz (GNG) die kantonalen Gewässer auf; hinsichtlich der anderen Gewässer liegt die Gewässerhoheit bei den Korporationen Uri und Urseren<sup>48</sup>.

Auch in jenen Kantonen, in denen die Verfügung über die Wasserkraft Gemeinden, Bezirken oder Körperschaften zusteht, bedarf die Einräumung des Nutzungsrechtes an Dritte sowie die Selbstnutzung von Bundesrechts wegen der Genehmigung durch die kantonale Behörde<sup>49</sup>.

## C. Öffentliches Wasserrecht des Bundes

### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Auf Verfassungsebene legt Art. 76 BV den rechtlichen Rahmen des Wasserrechtes fest. Im Sinne einer programmatischen Bestimmung bestimmt zunächst Art. 76 Abs. 1 BV die Zielsetzungen der bundesrechtlichen Ordnung<sup>50</sup>. Demnach geht es um die haushälterische Wassernutzung, den Schutz des Wassers und die Abwehr von schädigenden Einwirkungen des Wassers. Diesen verschiedenen Interessen ist im Rahmen der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen. Art. 76 Abs. 2 BV räumt sodann dem Bund verschiedene Grundsatzkompetenzen ein. Insbesondere legt er Grundsätze fest über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen sowie über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung.

<sup>39</sup> S. zu den kantonalen Regelungen im Einzelnen mit Nachweisen PIOTET (FN 15), N 617 ff.; BGE 122 III 49, 51 f. und BGE 97 II 333.

<sup>40</sup> Art. 169 f. EGzZGB GL.

<sup>41</sup> Art. 5 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft (Wasserrechtsgesetz, WRG, SR 721.80).

<sup>42</sup> Vgl. detaillierte Auflistung der kantonalrechtlichen Erlasse (Stand 1.12.2004) bei JAGMETTI (FN 29), 388 ff.

<sup>43</sup> Die Regelung im Kanton GL zeichnet sich darüber hinaus noch durch die Eigenheit aus, dass das Recht zur Nutzung des Wassers dem jeweiligen Uferanrößer zusteht. Vgl. dazu ROMANA KRONENBERG MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, in: ZBl 2012 283 ff.

<sup>44</sup> Zur Regelung im Kanton GL vgl. FN 40.

<sup>45</sup> Art. 4 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden (BWRG, BR 810.100). Eine Aufteilung findet hinsichtlich der Wasserzinsen statt, indem der Kanton vom bundesrechtlichen Wasserzinsmaximum die Hälfte als Wasserwerksteuer erhält, während die Gemeinden die andere Hälfte als Wasserzins verlangen können (Art. 33 BWRG).

<sup>46</sup> Art. 4 des Kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft (WGVS, SGS/VS 721.8). Die Höhe der kantonalen Wasserwerksteuer beträgt 60% des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums, womit den Gemeinden 40% verbleiben (Art. 71 WGVS).

<sup>47</sup> § 1 Wasserrechtsgesetz (WGSZ, SRSZ 451.100).

<sup>48</sup> Art. 3 i.V.m. Art. 9 lit. a Gewässernutzungsgesetz (GNG, RB 40.4101).

<sup>49</sup> Art. 4 WRG.

<sup>50</sup> ARNOLD MARTI, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. A., Zürich 2008, Art. 76 N 2 ff.; JAGMETTI (FN 29), N 4119.

## 2. Gewässernutzung

Von der zuletzt genannten Kompetenz hat der Bund mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte<sup>51</sup> Gebrauch gemacht. Das WRG bildet den Rahmen, innerhalb dessen die Kantone ihre Wasserhoheit im Sinne von Art. 76 Abs. 4 BV ausüben können. Es regelt zunächst die Grundzüge der Verleihung von Wassernutzungsrechten<sup>52</sup>.

Die Erteilung der Konzession liegt grundsätzlich im Ermessen des verfügungsberechtigten Gemeinwesens; auf eine Konzessionserteilung besteht kein Anspruch<sup>53</sup>. Im Rahmen der Konzessionserteilung hat die Verleihungsbehörde mittels einer Gesamtinteressenabwägung gemäss Art. 39 WRG das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen zu prüfen und zu beachten. Von zentraler Bedeutung ist Art. 43 WRG, wonach die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers verschafft. Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann dem Konzessionär gemäss Art. 43 Abs. 2 WRG nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und dann auch nur gegen volle Entschädigung entzogen oder geschmälert werden<sup>54</sup>.

Der Inhalt des verliehenen Nutzungsrechtes ergibt sich aus der Konzession, d.h. der Verleihungsurkunde. Konzessionen müssen mindestens den obligatorischen Inhalt im Sinne von Art. 54 WRG aufweisen. Neben der Person des Konzessionärs ist der Umfang des verliehenen Nutzungsrechtes mit Angabe der nutzbaren Wassermenge und der Dotierwassermenge pro Sekunde, die Art der Nutzung und die Dauer der Konzession anzugeben. Die Konzessionsdauer beträgt gemäss Art. 58 WRG höchstens 80 Jahre, gerechnet ab der Eröffnung des Betriebes. Für das Gemeinwesen von wesentlicher Bedeutung sind die wirtschaftlichen Leistungen, insbesondere die Wasserzinsen, allfällige Pumpwerkabgaben, die Abgabe von Wasser oder elektrischer Energie sowie weitere Leistungen. Schliesslich ist auch das Schicksal der Anlagen beim Ende der Konzession zu regeln. Sofern die Konzession

nichts anderes bestimmt, tritt der Heimfall ein<sup>55</sup>, d.h. das verleihungsberechtigte Gemeinwesen ist befugt, die zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers errichteten Anlagen unentgeltlich und die Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen<sup>56</sup>. Dieses Heimfallrecht bietet den Gemeinwesen im Hinblick eine weitere Nutzung der bereits bestehenden Anlagen interessante Perspektiven<sup>57</sup>.

Nach Art. 76 Abs. 3 WRG steht dem Bund sodann eine umfassende Rechtsetzungskompetenz in den Bereichen Wasserbau<sup>58</sup> sowie der Sicherheit der Stauanlagen zu<sup>59</sup>.

## 3. Gewässerschutz

Von zentraler Bedeutung ist die Bundeskompetenz zum Schutz der Gewässer sowie zur Sicherung angemessener Restwassermengen gemäss Art. 76 Abs. 3 BV. Gestützt auf diese Bestimmungen hat der Bund im Jahre 1991 das Gewässerschutzgesetz<sup>60</sup> erlassen. Das Gewässerschutzgesetz stellt zunächst eine gewässerschutzrechtliche Bewilligungspflicht für jede Wasserentnahme aus einem Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung, welche über den Gemeingebrauch hinausgeht, auf<sup>61</sup>. Diese Bewilligungspflicht gilt sowohl bei Neukonzessionierungen als auch bei Konzessionserneuerungen und Konzessionsverlängerungen<sup>62</sup>. Diese gewässerschutzrechtliche Bewilligung kann gemäss Art. 30 lit. a GSchG nur dann erteilt werden, wenn die Anforderungen nach den Art. 31 bis 35 GSchG erfüllt sind. Dabei werden zunächst die Mindestrestwassermengen im Sinne von Art. 31 GSchG festgelegt. In einem zweiten Schritt wird aufgrund einer Interessenabwägung nach den Kriterien von Art. 33 GSchG geprüft, ob diese Mindestrestwassermengen erhöht werden müssen<sup>63</sup>. Bei bestehenden Konzessionen kann sich der Konzessionär grundsätzlich auf ein wohlerworbenes Recht im Sinne von Art. 43 WRG berufen. Allerdings sind auch hier unter gewissen Voraussetzungen Einschränkungen denk-

<sup>51</sup> Wasserrechtsgesetz (SR 721.80, WRG).

<sup>52</sup> Allerdings enthält das WRG nur Regelungen über die Nutzung von Wasserkraften durch Lauf- und Speicherkraftwerke. Für die anderen Nutzungsmöglichkeiten, wie Pumpspeicherung oder Wärmege-  
winnung, sind mangels bundesrechtlicher Regelungen die Kantone zuständig; JAGMETTI (FN 29), N 4123.

<sup>53</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, St. SGallen 2006, N 2598.

<sup>54</sup> GIERI CAVIEZEL, Wasserrecht und Umweltschutz, in: ZBI 2004 73 f.

<sup>55</sup> Art. 67 WRG.

<sup>56</sup> Vgl. zum Ganzen CAVIEZEL (FN 54), 85 ff.

<sup>57</sup> Vgl. dazu Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden an den Grossen Rat, Bericht über die Schaffung eines Heimfallfonds, 1990/1991, 199 ff.

<sup>58</sup> Bundesgesetz betreffend die Wasserbaupolizei (SR 721.10); Bundesgesetz über den Wasserbau (SR 721.100).

<sup>59</sup> Bundesgesetz über die Stauanlagen (SR 721.101).

<sup>60</sup> Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (SR 814.20).

<sup>61</sup> Art. 29 lit. a GSchG.

<sup>62</sup> Vgl. dazu CAVIEZEL (FN 54) 90 ff.

<sup>63</sup> Vgl. zum Ganzen MAURUS EGGERT, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermenge, Diss. Zürich 2002, 76 ff.

bar<sup>64</sup>. Insbesondere können im Rahmen der Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG Eingriffe in die wohlerworbenen Rechte erfolgen, und zwar entschädigungslos<sup>65</sup>. Die Bestimmungen des Gewässerschutzgesetzes kommen unabhängig davon zur Anwendung, ob es sich bei dem Gewässer um ein öffentliches oder privates Gewässer handelt<sup>66</sup>.

### III. Zusammenspiel von öffentlichem und privaten Recht

Die geschilderte Entwicklung des Wasserrechts zeigt, dass der Fokus des Rechts früher auf den privaten Wasserrechten lag. Heute liegt er auf der Bedeutung des Wassers für die Öffentlichkeit. Die Tatsache, dass Wasser letztlich immer wieder in den natürlichen Kreislauf zurückgegeben muss und diesem eigentlich nur leihweise entzogen werden kann, war zwar schon EUGEN HUBER bewusst<sup>67</sup>. Seit 1912 ist aber die Sensibilisierung für die Zugehörigkeit des Wassers zu diesem Kreislauf stark gewachsen. Mit der wachsenden Bevölkerungsdichte, dem zunehmenden Energiehunger der Gesellschaft sowie Problemen der Wasserverschmutzung seien nur einige der Themenkreise genannt, welche diese Tendenz verursacht oder verstärkt haben. Das Recht jedes Einzelnen auf Wasser hat weltweit enorm an Symbolkraft gewonnen und wird heute vereinzelt sogar zu den Grundrechten gezählt<sup>68</sup>. In dieser Entwicklung ist der Grund dafür zu sehen, dass das Wasser immer mehr in die Obhut des Staates gestellt und der Verfügung Privater entzogen wird.

In der Schweiz zeigt sich heute ein komplexes Ineinandergreifen öffentlicher und privater Wasserrechte. Bei Erlass des ZGB räumte der Gesetzgeber zwar dem kantonalen öffentlichen Recht eine gewisse Bedeutung ein. Seither ist dessen Anwendungsbereich gestiegen, indem heute mehr Gewässer dem öffentlichen Recht unterstellt sind als damals. Viel stärker noch als durch das kantonale Recht wird das Wasserrecht heute durch das öffentliche Recht des Bundes geprägt. Dies führt in der Praxis zu ei-

nem oft komplizierten Auseinanderdividieren öffentlicher und privater Rechte.

So ist die private oder öffentliche Natur eines Gewässers häufig nur mit grossem Aufwand festzulegen und aufgrund unbestimmter Abgrenzungskriterien wie der «Stetigkeit» und «Mächtigkeit» mit Unsicherheiten behaftet<sup>69</sup>. Sie ist aber entscheidend für die Frage, wer die Verfügungsmacht inne hat und wie über die Nutzungsbeziehung verfügt werden kann – private Wasserrechte werden in aller Regel durch eine Dienstbarkeit verliehen, öffentliche allein mittels Konzession. Es wurde gezeigt, dass die Konzessionserteilung viel strengeren formellen und inhaltlichen Voraussetzungen unterstellt ist. Anders als die Einräumung einer Dienstbarkeit ist sie zudem stets zeitlich limitiert und muss das öffentliche Wohl respektieren<sup>70</sup>. Damit wird der Bedeutung des Wassers für die Öffentlichkeit Rechnung bei der Konzession in ganz anderem Ausmass Rechnung getragen als bei der Einräumung einer Dienstbarkeit. Aufwand und Schwierigkeit der Abgrenzung privater und öffentlicher Wasserrechte führen hier zu einer nicht zu unterschätzenden Rechtsunsicherheit.

Für private und öffentliche Gewässer gleichermaßen anwendbar ist das Gewässerschutzrecht, insbesondere das GSchG und seine ausführenden Erlasse. Für die privaten Wasserrechte bedeutet dies eine weitere, gravierende Einschränkung, zumal auch die private Nutzung die strengen Vorgaben des Gewässerschutzes wie die Reinhaltungspflichten, die Wahrung von Restwassermengen und Gewässerschutzbereichen erfüllen muss.

### IV. Auswirkungen der heutigen Rechtslage auf den Status privater Wasserrechte

Das Ineinandergreifen öffentlichen und privaten Wasserrechts und die zunehmende Bedeutung, die das öffentliche Recht dabei gewinnt, führen in der Praxis zu einer Marginalisierung neuer privater Wasserrechte. Wo heute private Nutzungsrechte zur Diskussion stehen, handelt es sich in einer absolut überwiegenden Mehrheit von Fällen um ehehafte Rechte oder bestehende Quellnutzungen. Neue private Nutzungsrechte sind nur noch in ganz engen Schranken möglich, wie beispielsweise zur Versorgung einzelner Haushalte, und spielen in der Praxis kaum noch

<sup>64</sup> Vgl. dazu EGGERT (FN 63), 143 ff.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 139 II 28.

<sup>66</sup> EGGERT (FN 63), 36.

<sup>67</sup> HUBER (FN 2), 516 ff, insb. 518: «das Fliessen und sich Verflüchtigen des Wassers setzt aller Herrschaft und damit dem Umfang des Rechtsgegenstandes eine natürliche Schranke».

<sup>68</sup> CHRISTIAN HOFER, Wasserversorgung im Spannungsfeld von Menschenrecht und kommerzieller Nutzung, in: Jusletter 13. August 2012.

<sup>69</sup> S. vorne, II.B.

<sup>70</sup> Vorne, II.C.2.

eine Rolle. Marginalisiert wurden aber auch die privaten, nachbarrechtlichen Schutzrechte, welche dereinst von EUGEN HUBER in so vorausschauender Weise hochgehalten wurden. Sie werden heute durch den viel effizienteren und nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkten öffentlichen Gewässerschutz weitgehend verdrängt.

Trotz den geschilderten, markanten Veränderungen der letzten hundert Jahre fällt auf, dass der die Wasserrechte betreffende Text des ZGB seit 1912 unverändert geblieben ist. Er scheint von der fortwährenden Ausdehnung des öffentlichen Rechts, das ihn in wesentlichen Teilen bereits seines Inhaltes beraubt hat, keine Notiz zu nehmen. Dadurch bestehen heute nicht bloss Doppelspurigkeiten im Bereich der Schutzrechte, sondern es entsteht die Illusion, dass die privaten Wasserrechte den Grundeigentümern heute noch wie dereinst zur Verfügung stehen. In Tat und Wahrheit hat der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser gegenüber den privaten Wasserrechten längst die Oberhand gewonnen. Mit den Worten LIVERS<sup>71</sup> hiesse dies wohl: «Das private Recht hat sich zurückgezogen».

<sup>71</sup> S. das Zitat am Eingang des Textes.