

# GR\_GERICHTE PVG 2020 18 vom 31. Dezember 2020

GR Gerichte, 2020-12-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PVG\\_2020\\_18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2020_18)

FR: GR\_GERICHTE PVG 2020 18 du 31 décembre 2020

IT: GR\_GERICHTE PVG 2020 18 del 31 dicembre 2020

## Regeste

Raumordnung. Öffentlichkeit eines Gewässers. Feststellungsverfügung |

Regeste: siehe PVG-Dokument \x3Cbr\x3E | Praxis Verwaltungsgericht

## Erwägungen

### E. 2

in die Mitbenützung des Wassers jährlich Fr. 500.–. Demnach warfen diese mit Dienstbarkeiten belasteten Quellen A und B einen jährlichen Zinsertrag ab, welcher der Beschwerdeführerin 1 nur mittelbar der Erfüllung staatlicher Aufgaben diene. Die Quellen A und B sind damit dem Finanzvermögen der Beschwerdeführerin 1 zuzuweisen. Offenkundig wurde hinsichtlich der Benutzung der Quellen A und B ein privatrechtlicher Dienstbarkeitsvertrag zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Gemeinde O.3. abgeschlossen. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin 1 vorliegend als Privatrechtssubjekt in Erscheinung getreten ist.

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 154 1.2.7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin 1 ihr vermeintliches Vermögen in Bezug auf die Quellen A und B in der Form des Privatrechts verwaltet hat und somit gegenüber Dritten als Privatrechtssubjekt und nicht hoheitlich aufgetreten ist. Entsprechend ist es unbeachtlich, dass es sich bei der Beschwerdeführerin 1 ebenfalls um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt. Insofern steht die öffentlich-rechtliche Körperschaft der Beschwerdeführerin 1 dem Erlass einer Verfügung durch die Beschwerdegegnerin nicht entgegen. 1.3.1. Bei der Frage, inwiefern die Beschwerdegegnerin zum Erlass der angefochtenen (Feststellungs-) Verfügung berechtigt gewesen ist, gilt es nachfolgende Überlegungen zu berücksichtigen: 1.3.2. Gemäss Art. 83 Abs. 2 KV kommt die Hoheit über öffentliche Gewässer den Gemeinden zu. Damit wurde die bereits in Art. 119 Abs. 2 EGzZGB vorhandene Regelung deklaratorisch in der Verfassung verankert (vgl. eckert, in: Bänziger/Mengiardi/toller&Partner [Hrsg.], Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur 2006, Art. 83, S. 10 Rz. 20). Das Hoheitsrecht über die Gewässer umfasst das Recht, über diese zu verfügen (eckert, a.a.O., Art. 83, S. 10 Rz. 20). 1.3.3. Ob die Beschwerdegegnerin vorliegend die angefochtene Verfügung erlassen durfte, hängt mithin auch davon ab, ob es sich bei den Quellen A und B um öffentliche Gewässer handelt und diese deshalb im Hoheitsbereich der Beschwerdegegnerin stehen. Damit ist auch gesagt, dass die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die angefochtene Verfügung erlassen durfte, untrennbar mit der Frage verbunden ist, ob die Quellen A und B als öffentliche Gewässer zu qualifizieren sind. 1.3.4. Gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB stehen herrenlose und öffentliche Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. «Hoheit» ist im Sinne der Rechtszuständigkeit zu verstehen, welche die

Gesetzgebungskompetenz miterfasst (vgl. rey/streBel, in: Honsell/Vogt/geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB II, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 664, S. 1118 Rz. 23). Es handelt sich hierbei um einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts (rey/streBel, a.a.O., Art. 664, S. 1114 Rz. 2; siehe auch Art. 6 ZGB). Gestützt darauf kann ein Kanton bestimmen, ab welcher Grösse ein Wasserlauf als öffentliches Gewässer gilt (rey/streBel, a.a.O., Art. 704, S. 1300 Rz. 8). Ob ein solcher Wasserlauf und als Teil desselben eine Bachquelle als öffentliche Gewässer zu betrachten sind, ergibt sich demnach nicht aus dem Bundeszivil-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 155 recht, sondern aus der in die Kompetenz der Kantone fallenden Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (BGE 122 III 50 E. 2a). Folglich entscheidet das konkret anwendbare kantonale öffentliche Recht über das rechtliche Schicksal der Gewässer. 1.3.5. Die Öffentlichkeit eines Gewässers wird demnach nicht durch Widmung, sondern durch einen Akt des Gesetzgebers begründet (vgl. rey/streBel, a.a.O., Art. 664, S. 1119 Rz. 28). Das bisher als Bestandteil des umgebenden Erdbodens im Privateigentum stehende Gewässer wird damit als öffentlich konstituiert (vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, das Eigentum, 2. Teilband das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, Bern 1965, Art. 664, S. 181 Rz. 108; rey/streBel, a.a.O., Art. 664, S. 1119 Rz. 28). 1.3.6. Ist ein Wasserlauf gemäss kantonalem Recht ein öffentliches Gewässer, so handelt es sich dabei um eine herrenlose Sache i.S.v. Art. 664 ZGB, für welche die widerlegbare Vermutung gilt, dass an ihr grundsätzlich kein Privateigentum bestehen kann (siehe Art. 664 Abs. 2 ZGB; rey/streBel, a.a.O., Art. 664, S. 1114 Rz. 3, S. 1115 Rz. 5 und S. 1119 Rz. 28; vgl. Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 S. 151 Rz. 4). Herrenlose Sachen i.S.v. Art. 664 ZGB werden im Verwaltungsrecht weitgehend als Sachen im Gemeingebrauch behandelt (rey/streBel, a.a.O., Art. 664, S. 1122 Rz. 47). 1.3.7. Gestützt auf den unechten Vorbehalt in Art. 664 ZGB erliess der Kanton Graubünden Art. 119 EGzZGB, wonach Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche), Strassen und Plätze, die nicht nachweislich im Privateigentum stehen, zum Gemeingebrauch bestimmte Sachen sind (Art. 119 Abs. 1 EGzZGB). Diese sind als Eigentum der politischen Gemeinde anzusehen (Art. 119 Abs. 2 EGzZGB). Damit steht Art. 119 Abs. 2 EGzZGB in Einklang mit Art. 664 Abs. 2 ZGB, wonach an öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum bestehen kann. Den Flüssen und Bächen i.S.v. Art. 119 Abs. 1 EGzZGB gleichgestellt sind Quellen von solcher Mächtigkeit, dass ihr Abfluss von Anfang an den Charakter eines Baches oder Flusses hat (Art. 119 Abs. 3 EGzZGB). Weil das EGzZGB des Kantons Graubünden das kantonale Zivilrecht regelt (vgl. Art. 2 Abs. 1 EGzZGB) und mithin privatrechtlicher Natur ist, müsste auch Art. 119 EGzZGB privatrechtlicher Natur sein. Weil Art. 664 ZGB jedoch einen unechten Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts vorsieht und sich Art. 119 EGzZGB zweifelslos auf diese Bestimmung stützt, stellt sich die Frage, ob Art. 119 EGzZGB privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 156 1.3.8. Bei der Frage, ob ein Rechtssatz öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, ist es unbeachtlich, ob der betreffende Rechtssatz in einem Erlass privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur enthalten ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 51 Rz. 220). Die Zuordnung eines Rechtssatzes zum öffentlichen Recht bzw. zum Privatrecht erfolgt vielmehr gestützt auf die von der Lehre entwickelten Methoden. Unterschieden wird insbesondere, ob die

anwendbaren Rechtssätze ausschliesslich oder vorwiegend private oder öffentliche Interessen wahrnehmen (Interessentheorie), die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regeln (Funktionstheorie) oder den Staat gegenüber dem Privaten als übergeordneten Träger von Hoheitsrechten erscheinen lassen (Subordinationstheorie). Das Bundesgericht prüft in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (Häfelin/Müller/UHIMann, a.a.O., S. 54 f. Rz. 235 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C\_807/2010 vom 25. Oktober 2011 E.2.2). Mit Art. 119 Abs. 1 EGzZGB weist der kantonale Gesetzgeber Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche), Strassen und Plätze sowie Quellen, deren Abfluss von Anfang an den Charakter eines Baches oder Flusses hat, dem Gemeingebrauch zu, sofern daran kein Privateigentum nachgewiesen werden kann. Sachen im Gemeingebrauch sind jene Vermögenswerte einer Gemeinde, die dem allgemeinen und gleichmässigen Gebrauch aller beliebigen Benutzer zur Verfügung stehen (Art. 120 Abs. 1 EGzZGB; rascHein/Vital, a.a.O., S. 157). Demnach wird durch Art. 119 EGzZGB das Interesse der Allgemeinheit, vorgenannte Vermögenswerte benutzen zu dürfen, geschützt. Zudem dienen öffentliche Sachen im Gemeingebrauch unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Häfelin/Müller/UHIMann, a.a.O., S. 494 Rz. 2226). Demzufolge ist Art. 119 EGzZGB als Rechtssatz öffentlich-rechtlicher Natur zu qualifizieren. Die Frage, ob eine Sache öffentlich i.S.v. Art. 664 ZGB ist, d.h. sie im Gemeingebrauch steht oder einen Bestandteil des Verwaltungsvermögens bildet, ist gemäss dem Gesagten eine Frage des öffentlichen Rechts und demnach von Verwaltungsinstanzen zu entscheiden (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 S. 211 Rz. 222). Davon ausgenommen ist der Vorbehalt des Nachweises von Privateigentum; insofern ist der Regelung von Art. 119 EGzZGB also auch privatrechtlicher Charakter zuzusprechen.

1.3.9. Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass die Quellen A und B in casu nicht durch die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin zu einem öffentlichen Gewässer würden, das dem Privateigentum grundsätzlich entzogen wäre, son-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 157 dem durch einen Akt des Gesetzgebers (namentlich aufgrund von Art. 119 EGzZGB). Wenn die angefochtene Verfügung die Öffentlichkeit der Quellen A und B feststellt, vermag sie somit keine neuen Rechte und Pflichten zu begründen, ändern oder aufzuheben (vgl. Häfelin/Müller/UHIMann, a.a.O., S. 198 Rz. 889). Für die Qualifikation der Quellen A und B ist die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin insofern bedeutungslos. Die Quellen A und B können denn auch unabhängig von einer solchen Feststellungsverfügung der Beschwerdegegnerin und alleine gestützt auf Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EGzZGB als öffentliche Gewässer gelten, welche dem Privateigentum grundsätzlich entzogen sind. Im konkreten Fall reduziert sich die Streitfrage damit darauf, ob die Quellen A und B auch als öffentliche Quellen zu qualifizieren sind. Dass für die Beurteilung dieser Frage die Verwaltungsinstanzen und damit das Verwaltungsgericht zuständig ist, wurde bereits eingehend dargelegt (siehe vorstehend E.1.3.8 in fine) und ist hier somit zu bejahen.

2.1.1. In materieller Hinsicht stellt sich vorab die Frage, ob die Quellen C. als öffentliche Gewässer zu qualifizieren sind und damit der Hoheit der politischen Beschwerdegegnerin unterstehen (nachfolgend E.2.1.2 ff.). Weiter wird der Nachweis des Privateigentums – anhand der bekannten historischen Fakten und Rechtslage sowie deren rechtlichen Fortentwicklung bis in die heutige Zeit (nachfolgend E.2.2.1 ff.) – einlässlich zu prüfen und fallrelevant zu würdigen sein.

2.1.2. Grundsätzlich sind Quellen Bestandteile der Grundstücke und können nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen, zu Eigentum

erworben werden (Art. 704 Abs. 1 ZGB). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur für jene Quellen, die auf einem Privatgrundstück entspringen und nicht einen Wasserlauf (einen Bach) bilden (rey/streBel, a.a.O., Art. 704, S. 1300 Rz. 7a). Falls eine Quelle einen Wasserlauf zu bilden vermag, wird sie nach heutiger Lehre und Rechtsprechung als Teil des Wasserlaufs betrachtet und nicht als Teil des Grundstücks (BGE 122 III 50 E. 2a; BGE 106 II 312 f. E. 2a; BGE 97 II 335 E.1). Eine solche Quelle ist vom «Quellen»-Begriff des Art. 704 Abs. 1 ZGB nicht erfasst. Gilt eine Quelle als Teil des von ihr gebildeten Wasserlaufs, teilt sie dessen rechtliches Schicksal, nicht aber dasjenige des Grundstücks, dem sie entspringt, weil sie nicht dessen Bestandteil ist (rey/streBel, a.a.O., Art. 704, S. 1300 Rz. 8). 2.1.3. Demnach gilt es zu klären, ob die Quellen C. einen Wasserlauf bilden und sie deshalb nicht mehr Bestandteil des Grundstückes sind, dem sie entspringen, und damit das rechtliche

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 158 Schicksal des von ihnen gebildeten Wasserlaufs teilen. Sollte die Quelle keinen Wasserlauf bilden, ist Art. 704 Abs. 1 ZGB anwendbar und die Quellen C. wären nicht öffentlich sondern im (Privat-) Eigentum des Grundeigentümers. 2.1.4. Damit ein Wasseraustritt als Bachquelle zu qualifizieren ist und somit nicht unter Art. 704 ZGB fällt, wird vorausgesetzt, dass der Wasseraufstoss von Anfang an einen Wasserlauf bildet. Dies trifft dann zu, wenn das Wasser eine derartige Mächtigkeit und Stetigkeit aufweist, dass es sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag. Die Mächtigkeit lässt sich durch die Schüttungsmenge (Anzahl Liter pro Minute), die Stetigkeit durch die Mindestschüttungsmenge innerhalb eines Jahres feststellen (BGE 122 III 50 E.2a, 2b; rey/streBel, a.a.O., Art. 704, S. 1300 Rz. 8). 2.1.5. Weil die Quellen A und B beide gefasst sind und angesichts der Tatsache, dass die Mächtigkeit einer Quelle nach Anzahl Liter pro Minute und die Stetigkeit durch die Mindestschüttungsmenge innerhalb eines Jahres zu bestimmen ist, dürfte es unter diesen Umständen für Laien selbst bei einem Augenschein nicht möglich sein, die Mächtigkeit und Stetigkeit einer Quelle beurteilen zu können. Ein Gerichtsgutachten betreffend Mächtigkeit und jährlicher Schüttungsmenge wäre der Sache dienlicher, zumal weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung einheitliche Mindestmengen verwendet werden und der im Recht liegende und von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegebene hydrologische Bericht (Bf-act. 23) gesamthaft von den Beschwerdeführerinnen in Frage gestellt wird. 2.1.6. Sollte ein Gerichtsgutachten eingeholt werden, wird sodann gestützt auf die dadurch erhaltenen Messwerte in Ermessensausübung und unter Berücksichtigung der bisherigen in der Rechtsprechung und Lehre verwendeten Werte zu beurteilen sein, ob die Quellen A und B in Sinne der Gesetzgebung die erforderliche Mächtigkeit und Stetigkeit erreichen oder nicht. In einem weiteren Schritt gilt es dann zu prüfen, ob die Quellen C. als öffentliche Gewässer i.S.v. Art. 664 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren sind und sie damit der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden, unterliegen (Art. 664 Abs. 1 ZGB). 2.1.7. Wie bereits dargelegt kann ein Kanton gestützt auf Art. 664 ZGB bestimmen, ab welcher Grösse ein Wasserlauf als öffentliches Gewässer gilt (rey/streBel, a.a.O., Art. 704, S. 1300 Rz. 8). Ob also ein Wasserlauf und als Teil desselben eine Bachquelle als öffentliches Gewässer zu betrachten sind, ergibt sich nicht aus Bundeszivilrecht, sondern aus der in die Kompetenz der Kan-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 159 tone fallenden Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (BGE 122 III 50 E. 2a mit Verweis auf Meier-Hayoz, a.a.O. Art. 664, S. 192 Rz. 152 f.). Für den Kanton Graubünden bestimmt Art. 119 EGzZGB in der auf den 1. Oktober 1994 in Kraft getretenen Fassung, der mit Art. 149 des im Jahre 1944

erstmalig revidierten EGzZGB wortwörtlich übereinstimmt, dass die nicht nachweislich im Privateigentum stehenden Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche) zum Gemeingebrauch bestimmte Sachen sind (Abs. 1) und als Eigentum der politischen Gemeinde anzusehen sind (Abs. 2). Den Flüssen und Bächen gleichgestellt sind Quellen von solcher Mächtigkeit, dass ihr Abfluss von Anfang an den Charakter eines Baches oder Flusses hat (Abs. 3). Damit steht fest, dass im Kanton Graubünden zumindest seit 1944 Bachquellen als öffentliche Gewässer betrachtet werden, vorbehaltlich des Nachweises von Privateigentum (im EGzZGB vom 23. Mai 1911 umfasste Art. 129 wortgleich die ersten beiden Absätze von Art. 149 EGzZGB in der Version 1944; der Absatz 3 fehlte indes in der Gesetzesfassung von 1911 – er wurde also im Jahr 1944 hinzugefügt).

2.2.1. Aus rechtshistorischer Sicht gilt es vorab die Übergangsbestimmungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1912 zu berücksichtigen. Aufgrund der Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdeführerin 1 sei seit dem ausgehenden Mittelalter Eigentümerin der strittigen Quellen, muss zunächst geprüft werden, ob und inwieweit die Behauptung heute noch rechtsrelevant ist. Dabei stellt sich die Frage, nach welchem Recht sich die behauptete Tatsache überhaupt beurteilt. Der Schweizerische Gesetzgeber hat mit der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Jahre 1912 in Art. 1 SchlT ZGB den Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts auf das bisherige Recht statuiert. Konkret sollen rechtliche Wirkungen und Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des ZGB eingetreten sind, auch danach gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts beurteilt werden, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten haben. Zu den dinglichen Rechten regelt Art. 17 Abs. 1 SchlT ZGB dann noch was folgt: «Die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden dinglichen Rechte bleiben unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch auch unter dem neuen Rechte anerkannt». Abgesehen davon sieht auch Art. 664 Abs. 2 ZGB den Vorbehalt des Nachweises von Privateigentum vor an öffentlichen Gewässern. Im Weiteren wird den Kantonen die Kompetenz erteilt bzw. belassen, die Öffentlichkeit von Gewässern selber zu regeln (Art. 664 Abs. 3 ZGB). Von dieser Möglichkeit hat der Kanton Grau-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 160 bünden in seinem EGzZGB Gebrauch gemacht.

2.2.2. Zur Regelung von Art. 119 Abs. 1 EGzZGB gilt es festzuhalten: Unabhängig davon, ob in Anwendung der einschlägigen Normen der heutigen Gesetze (und nach Klärung des zu subsumierenden Sachverhalts) ein Gewässer als ein öffentliches Gewässer bezeichnet werden muss, lässt Art. 119 Abs. 1 EGzZGB den Nachweis von Privateigentum am Gewässer bzw. der Quelle zu. Indes ist die Auseinandersetzung darüber, ob jemandem Privateigentum oder ein beschränktes dingliches Recht an einer öffentlichen Sache zukommt oder nicht – sei es, dass das Gemeinwesen das Bestehen von Privateigentum in Abrede stellt oder solches für sich selber in Anspruch nimmt, sei es, dass zwei Private dieselbe Sache zu Eigentum beanspruchen – privatrechtlicher Natur und von den Zivilgerichten zu entscheiden (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664, S. 211 Rz. 223). Mit Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung aberkennt die Beschwerdeführerin der Beschwerdeführerin 1 das Recht, über die Quellen C. zu verfügen und beschneidet Letztere damit auch um die Nutzungsmöglichkeiten an diesen. Nach vorherig Gesagtem ist die Frage, ob an den Quellen A und B Privateigentum besteht, vom zuständigen Zivilgericht zu entscheiden und nicht von Verwaltungsinstanzen, da diese Frage privatrechtlicher Natur ist.

2.2.3. Weil aber nach Art. 119 Abs. 1 und 3 EGzZGB Gewässer, Strassen und Plätze sowie Quellen von solcher Mächtigkeit, dass ihr Abfluss von Anfang an den Charakter eines Baches oder Flusses hat, nur dann als zum Gemeingebrauch bestimmte

Sachen betrachtet werden, wenn sie nicht nachweislich im Privateigentum stehen, musste die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Abklärungen prüfen, ob nachweislich Privateigentum an den Quellen A und B bestanden hat oder nicht. Wenn die Beschwerdegegnerin zur Überzeugung gelangte, die Quellen A und B seien öffentliche Gewässer, musste sie dem Wortlaut von Art. 119 Abs. 1 EGzZGB folgend davon ausgehen, dass nachweislich kein Privateigentum an ihnen besteht, womit folglich auch kein privates Verfügungsrecht gegeben ist. Demnach ist Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung als Ergebnis der vorfrageweisen Prüfung der Eigentumsverhältnisse zu werten.

2.2.4. Das Verwaltungsgericht kommt deshalb bei der Frage, ob die Quellen A und B öffentliche Gewässer sind, nicht umhin, gestützt auf Art. 47 Abs. 1 VRG den Nachweis des Privateigentums vorfrageweise zu klären. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 26. November 2019 ist dies zulässig und entspricht der Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. dazu

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 161 PVG 1974 Nr. 10). Konkret ist zu klären, inwiefern die Beschwerdeführerin 1 an den Quellen A und B Privateigentum erlangt hat (nicht nur am Grundstück selber). Der Wortlaut von Art. 664 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB macht deutlich, dass weder bestehende dingliche Rechte an öffentlichen Gewässern noch das Entstehen neuer Rechte von vornherein ausgeschlossen werden sollen (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664, S. 187 f. Rz. 135).

2.2.5. Der Nachweis von Eigentum an öffentlichen Gewässern kann u.a. mittels Rechtserwerb unter der Herrschaft des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) erbracht werden, wobei insbesondere an den originären Eigentumserwerb durch Aneignung zu denken ist; mittels Rechtserwerb unter der Herrschaft kantonalen Rechts (bspw. Rechtserwerb unter der Herrschaft heute nicht mehr geltender Normen) oder durch Unvordenklichkeit des behaupteten Rechtszustandes (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664, S. 188 Rz. 137 ff).

2.2.6. Gelingt der Beschwerdeführerin 1 der Nachweis, dass sie rechtmässige Eigentümerin der Quellen C ist, stösst sie die Vermutung von Art. 119 Abs. 1 EGzZGB um und die Quellen verbleiben unbesehen von deren Mächtigkeit und Stetigkeit in ihrem privaten Eigentum.

2.2.7. Zur Fortgeltung des Eigentums unter dem Bündnerischen Civilgesetzbuch (BCG) von 1862 gilt es klarzustellen, dass die Quellen in diesem Regelwerk im Zweiten Teil (Sachenrecht, Dingliche Rechte), zweiten Abschnitt (Eigentumsbeschränkungen), ersten Kapitel (von Gesetzes wegen), Gliederung A (Gegenüber dem öffentlichen Bedürfniss) in § 228 eine eigene Bestimmung erhalten haben. Demnach sind Quellen im Allgemeinen als Bestandteile des Grundstücks, auf welchem sie entspringen, zu betrachten. Eine Ausnahme zu Gunsten der Öffentlichkeit wird in dieser Bestimmung nur bezüglich der ‚Gesundbrunnen‘ bzw. Heilquellen statuiert. In § 224 äusserte sich der Gesetzgeber dazu, welche Sachen zu öffentlichem Gebrauch bestimmt sind. Dabei zählte er neben Flüssen, Seen und Bächen auch Strassen und Plätze auf, allerdings mit dem Vorbehalt, dass diese ‚nicht nachweislich dem Privateigentum anheimgefallen‘ sind. Der Kanton Graubünden hat somit das Eigentum an öffentlichen Gewässern der Territorialgemeinde zugesprochen, auf denen sie sich befinden, unter Vorbehalt des anderweitigen Nachweises privater Rechte. Da allerdings die Quellen nicht unter der Aufzählung von § 224 figurieren, sondern in einem separaten § einer anderen Regelung unterworfen wurden, nämlich dass Quellen als Bestandteile des Grundstücks, dem sie entspringen-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 162 gen, zu betrachten seien (§ 228, Satz 1), müsste eigentlich nach dem BCG das Eigentum unabhängig von der Beschaffenheit der

Quellen der damaligen Eigentümerin, also der Beschwerdeführerin 1 zugesprochen werden. Gegen diese Interpretation spricht allerdings ein Urteil des Kantonsgerichts aus dem Jahr 1999. 2.2.8. Das Kantonsgericht Graubünden hatte sich in seinem Urteil ZF 99 37 vom 18. Oktober 1999 mit diesen Normen des BCG zu befassen im Fall der Nutzung der sog. Müli-Quelle in O.5. durch die Gemeinde O.6. Die Gemeinde O.6. erwarb mit Vertrag vom 22. März 1873 die Quellen in O.5. bzw. deren Nutzung für den Betrag von Fr. 10'000.00 von der Gemeinde O.5. und dem Grundeigentümer F. Das Kantonsgericht bestätigte die Abweisung der Klage durch das Bezirksgericht Plessur (Urteil 1998/40 vom 10. November 1998/20. Mai 1999). Die Gerichte hielten dafür, dass bereits unter dem BCG die Quelle als Bestandteil eines Baches oder Flusses anzusehen sei (*caput fluminis*) und deshalb als öffentliches Gewässer i.S.v. § 224 BCG gelte, wenn sie eine gewisse Mächtigkeit und Stetigkeit ausweise (sog. Bachquelle, was bei der Müli-Quelle mit einer Schüttung von max. 4'500 l/min und min. 1'000 l/min unstreitig gegeben war). Im Unterschied zum vorliegenden Fall war im Fall der Müli-Quellen ein Nutzungsrecht aus dem Jahr 1873 zu beurteilen, mithin ein Recht, das unter der Herrschaft des BCG (1862) entstanden war. Die Frage des Vorbehalts vorbestehenden Privateigentums stellte sich in jenem Fall also nicht. Sollte indes den Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Fall der Nachweis gelingen, dass die Beschwerdeführerin 1 bereits vor 1862 Eigentümerin der Quellen A und B geworden ist inklusive des uneingeschränkten Nutzungsrechtes an diesen, würde dieses Recht aufgrund des Vorbehalts in § 204 BCG also auch unter dem kantonalen Zivilgesetzbuch von 1862 unbesehen der Mächtigkeit der Quellen weiterbestehen. 2.2.9. Zum Beweis der Eigentümerschaft und der Nutzungsrechte legen die Beschwerdeführerinnen Abschriften von Urkunden von 1577 und 1625 ins Recht, aus denen sich – wie nachfolgend aufgezeigt wird und anders als im Fall der O.5. er Quellen – der käufliche Erwerb des Grundeigentums mitsamt aller dazugehörigen Nutzungen und Rechte ergibt. Art. 8 ZGB erfordert volle Beweiskraft, ein Glaubhaftmachen reicht nicht aus. Für den Nachweis des Privateigentums an einer Bachquelle muss nicht nur das Eigentum am Quellgrundstück, sondern an der Quelle selbst bewiesen werden (PVG 1974 Nr. 10, E.8). Wie konkret Privateigentum an öffentlichen Gewässern bewiesen wird, ist Sache des kan-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 163 tonalen Rechts (vgl. BGE 123 III 456 f., E.3). Wenn der Nachweis des Privateigentums gelingt, müssen die wohlerworbenen und von der Eigentumsgarantie geschützten Rechte beachtet werden. Der Beweis ist indes dann ausgeschlossen, wenn ein Kanton ein unter altem Recht zugestandenes Nutzungs- und Gebrauchsrecht, von dem der Berechtigte jedoch noch kaum wirtschaftlichen Gebrauch gemacht hat, durch eine nachträgliche Gesetzesänderung entzieht (siehe BGE 123 III 459 E. 5b). 2.2.10. Dem Historischen Gutachten von Dr. G. vom Januar 2016 (Parteigutachten, Bf-act. 7) ist zu entnehmen, dass die Gemeinde (Nachbarschaft) O.1. in zwei Schritten ihren bereits im Jahr 1528 erfolgten Erwerb der Alp H. arrondierte. So erwarb die Gemeinde (Nachbarschaft) O.1. in einem ersten Schritt im Jahr 1577 von der Gemeinde (Nachbarschaft) O.2. ein Stück Alp in der C. rechts des Baches, ausgehend von O.7. südlich in ein Gebiet mit Namen O.8. (Pkt. 1942) und von dort in Richtung West-Nordwesten (Pkt. 2052) und weiter zu Punkt 2142 (2139?), dann unterhalb der D. zu Punkt 2142 (hohe Spitze) und von dort in westlicher Richtung zum Grat hinauf zum I. (Pkt. 2515). Der Urkunde vom 16. August 1577 ist zu entnehmen, dass das Eigentum ‚steg und weg, grund und grat, wun und waid mit allen rechten‘ umfasse, die zur genannten Alp gehörten, nichts ausgenommen; die Alp wurde ausdrücklich als ‚fry gut‘ bezeichnet. Mit Urkunde vom 30. November 1625 verkauft die Gemeinde O.2. der Nachbarschaft O.1. ein

weiteres Stück ihrer Alpen, nämlich ‚uf den engist, so Crappa de Soing Jonn‘; konkret ging es um einen Landstreifen, der östlich der Alp K. begann und sich auf den L. (Pkt. 2264) erstreckte und von dort westwärts jene oberen Teile des C. -Grates miteinschloss, die 1577 noch nicht zu O.1. gehörten bis zur Gratgrenze der M. Alpen. Mit diesem Kauf erstreckte sich nun das Alpeigentum für die O.1. er ungeschmälert über die gesamten C. -Alpweiden inkl. des hochgelegenen Talkes- sels von D. . Bezüglich des inhaltlichen Umfangs des Eigen- tums wurde in der Urkunde eine ähnliche Formel verwendet wie in der Urkunde von 1577: So erklärte O.2. ausdrücklich, die- se Alpteile an O.1. übertragen zu haben mit ‚grund und grat, wun und weid, wald und holz sampt allen anderen Nutzungen und Gerechtigkeiten‘, wie sie von alters her dazugehörten. O.2. präzisierte zudem, O.1. möge mit diesen erkauften Alpen tun und lassen, was es wolle, weiden, schalten und walten, verkaufen, vertauschen, verleihen und versetzen nach Belieben, wie es mit an-

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 164 deren ihren eigenen Alpen zu tun gewohnt sei. Der Gutachter führt weiter aus, dass mit den in den Urkunden verwendeten Formeln eine umfassende Eigentumsabtretung gemeint sei, also zu den ex- plizit erwähnten Begriffen Grund und Grat, Weg und Steg, Weide und Früchte, Wald und Holz auch sämtliche anderen Nutzungsrech- te gemeint waren und die Eigentümerin damit schalten und walten konnte nach eigenem Belieben. Dass Gewässer wie Quellen, See- lein und kleinere Bachläufe nicht besonders genannt wurden, sei zu dieser Zeit üblich gewesen, denn diese Elemente seien vom Aus- druck ‚wun und weid ‘ mitumfasst gewesen. In diesem Sinne habe im romanischen und frankoprovenzialischen Territorium der Alpen der Begriff ‚astg e pastg‘ (=Wun und Weid) alles zusammengefasst, was aus dem Boden gewonnen werden konnte, also Speise bzw. Früchte für Mensch und Vieh, d.h. neben dem Gras bzw. Heu auch Beeren und Pilze sowie das Wasser zur Tränke des Viehs, zur Flur- bewässerung etc. 2.2.11. Angesichts des Umstandes, dass bis im 20. Jahr- hundert die Verleihung von Wasserrechten bzw. Wassernutzungs- rechten etwa für den Betrieb von Mühlen, Säge- und Mühlewer- ken etc. i.d.R. weder beurkundet noch protokolliert worden sind, dürfte die vorliegende Beurkundung einen raren Ausnahmefall darstellen. Nach Auffassung des Gerichts gelingt den Beschwerde- führerinnen mit den Urkunden bzw. dem historischen Gutachten, welches die Urkunden interpretiert, der Nachweis vorbestehenden Privateigentums an den strittigen Quellen A und B. Ausserdem dürfte unbestritten sein, dass die Quellen auf einer Alpweide einen wirtschaftlichen Nutzen darstellen. Dass die Beschwerdeführerin 1 seit Jahrhunderten rechtmässige Eigentümerin des herrschenden Grundstücks ist, wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht bestritten (diesbezüglich sei noch in Erinnerung gerufen, dass es vor 1874 ‚die Gemeinde‘ oder eben ‚die Nachbarschaft‘ gab als Ver- bund der Gemeindebürger; erst mit dem Gesetz über die Nieder- lassung von Schweizerbürgern vom 12. Juni 1874, in Kraft getreten am 1. September 1874, wurden die Gemeinden zu Einwohnerge- meinden und den Ortsbürgern gestattet, für die rein bürgerlichen Funktionen eigene Verwaltungsorgane aufzustellen [=Bürgerge- meinde]). Mit dem Nachweis des Vorbestandes von Privateigentum muss somit vorliegend nicht auf die Rechtsfiguren der Ersitzung und der Unvordenklichkeit der Ausübung dieser Rechte zurückge- griffen werden (vgl. Peter liVer, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Peter liVer, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Bern 1972,

7/18 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2020 165 S. 465 ff., S. 484), wobei zumindest die Unvordenklichkeit der Aus- übung der Rechte auch zielführend sein dürfte. In diesem

Sinne hat jedenfalls das Kantonsgericht in seinem Urteil ZF 37/54 vom 17./18. Oktober bzw. 11. November 1955 (=PKG 1955 Nr. 8) entschieden, als es für den Nachweis von Wassernutzungsrechten an einem Kanal in der Gemeinde O.9. einerseits auf Urkunden aus den Jahren 1472 und 1484 abstellte und andererseits – bestärkt durch ein Rechtsgutachten von Prof. liVer – auf die Vermutung für die Verbindung des herrschenden Grundstücks mit dem Wasser- nutzungsrecht in der Zeit vor Einfügung der Konzessionspflicht im Jahre 1862 für die Nutzung öffentlicher Sachen (§ 226 BCG). Aus diesem Grund hat die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Ablösung von ehehaften Wasserrechten (BGE 145 II 140) auf den vorliegenden Fall keinen Einfluss. U 16 12 Urteil vom 17. Dezember 2019

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.