

GR_GERICHTE U 2016 12 vom 17. Dezember 2019

GR Gerichte, 2019-12-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2016_12

FR: GR_GERICHTE U 2016 12 du 17 décembre 2019

IT: GR_GERICHTE U 2016 12 del 17 dicembre 2019

Regeste

Öffentlichkeit eines Gewässers - PVG 2020 Nr. 18 | Bussverfügung (Hunde, Kehricht, etc.)

Erwägungen

E. 1

Die Parzelle Nr. 1291, welche im Eigentum der Bürgergemeinde O.1._____ steht, befindet sich auf dem Territorium der Gemeinde O.2._____. Ihr entspringen die beiden Quellen A und B im Gebiet C._____, um deren rechtliche Einordnung es vorliegend geht. Mit Vertrag vom 2. Februar 1984 räumten die Politische Gemeinde O.1._____ und die Bürgergemeinde O.1._____ der Politischen Gemeinde O.3._____ selbstständige und dauernde Quellrechte sowie Grunddienstbarkeiten (Baurechte, Durchleitungsrechte) für die Fassung der beiden Quellen ein. Als Quellrechtszins wurden jährlich Fr. 1'000 vereinbart bzw. Fr. 500, sofern die Gemeinde O.1._____ das Wasser nach den vertraglichen Vorgaben mitbenützen würde. Der Vertrag sah weiter vor, dass die Quellrechte am 31. Dezember 2014 durch Zeitablauf untergehen, sofern bis dahin kein neuer Vertrag abgeschlossen werde oder die Laufdauer des Vertrages verlängert wurde. Am 19. Dezember 2012 kündigte die Gemeinde O.3._____ den Vertrag per 31. Dezember 2014. Sie ist der Ansicht, dass es sich bei den beiden Quellen A und B um Bachquellen handle, an denen kein Privateigentum möglich sei. Auf beiden Seiten wurden in der Folge verschiedene Abklärungen getätigt. Ein neuer Vertrag wurde nicht mehr abgeschlossen.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung vom 17. Dezember 2015, worin die Beschwerdegegnerin feststellte, dass die Quellen C._____ öffentliche Quellen seien, an denen kein Privateigentum begründet werden könne (Dispositiv Ziff. 1) und die Beschwerdeführerin 1 (Grundeigentümerin) kein Recht habe, über die Quellen C._____ zu verfügen (Ziff. 2). Es ist damit die Rechtmässigkeit der angefochtenen Feststellungsverfügung zu prüfen und zu entscheiden. In verfahrensrechtlicher Sicht wird zunächst die Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin zum Erlass der angefochtenen Verfügung (nachstehend E. 1.2.1 ff.) und vorfragweise die Anwendbarkeit der massgebenden Rechtsnormen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur zu klären und zu beurteilen sein (nachstehend E. 1.3.1 ff.). 1.2.1. Die politischen Gemeinden sind Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (siehe Art. 60 Abs. 1 der Kantonsverfassung des Kantons Graubünden [KV; BR 110.100]). Sie sind zuständig für alle örtlichen Angelegenheiten, die nicht in den Kompetenzbereich der Bürgergemeinde fallen (Art. 60 Abs. 2 KV). Rechtsstellung, Aufgaben und Organisation der Bürgergemeinden richten sich nach dem Gesetz (Art. 61 Abs. 2 KV). Gemäss Art. 86 Abs. 1 des Gemeindegesetzes

- 9 - des Kantons Graubünden [GG; BR 175.050] ist die Bürgergemeinde eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Da es sich bei den beteiligten Parteien um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt, gilt es in der Folge zu klären, ob dieser Umstand dem Erlass einer Verfügung durch die Beschwerdegegnerin vorliegend entgegengestanden ist. 1.2.2. Bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben sind die Behörden mit Hoheitsgewalt ausgestattet. Es besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen Privaten und Staat (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, S. 305 Rz. 1378). In der Regel schliesst die Verwaltungsbefugnis die Verfügungsbefugnis mit ein (BGE 141 II 274 E. 5.2.1). In beschränktem Rahmen kann der Staat aber bei der Besorgung seiner Aufgaben auch als Privatrechtssubjekt auftreten und kehrt dann auf gleicher Ebene wie die Privaten (siehe erneut HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 305 Rz. 1378). 1.2.3. Zu den in Art. 90 Abs. 1 GG abschliessend aufgezählten Verwaltungsaufgaben der Bürgergemeinde gehört insbesondere die Verwaltung ihres Vermögens. In welcher Form die Bürgergemeinde ihr Vermögen verwalten kann, ist im kantonalen Gemeindegesetz nicht geregelt. Insofern ist auf die allgemeine Verwaltungsrechtslehre zurückzugreifen, was einer Differenzierung der einzelnen Vermögenskategorien bedarf. 1.2.4. In der Verwaltungsrechtslehre wird zwischen Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch unterschieden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 490 Rz. 2201). Im bündnerischen Gemeinderecht ist ausserdem das Nutzungsvermögen als weitere Kategorie zu unterscheiden. Dieses nimmt eine Zwischenstellung zwischen dem Verwaltungs- und dem Finanzvermögen ein (RASCHEIN/VITAL, Bündnerisches Gemeinderecht, 2. Aufl., Chur 1991, S. 157). Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch stehen der Allgemeinheit zur Benutzung offen, dienen

- 10 - unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind nicht realisierbar (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 494 Rz. 2226). Das Verwaltungsvermögen erfasst demgegenüber jene Sachen (Werte), die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen. Im Gegensatz dazu dient das Finanzvermögen der Erfüllung staatlicher Aufgaben nur mittelbar durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge (BGE 138 I 284 E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 491 Rz. 2203). Das Nutzungsvermögen besteht aus Alpen, Allmende, Wald, Gemeindelösern, Gemeinatzungsrecht, Beholzungs- und Weiderechten (Art. 45 Abs. 1 GG). Soweit die dazu gehörenden Grundstücke der Versorgung der Einwohner mit Holz und Weiden dienen oder soweit Gemeindelöser den anspruchsberechtigten Landwirten zur Bewirtschaftung überlassen werden, weisen sie Begriffselemente des Verwaltungsvermögens auf, da sie der Erfüllung öffentlicher Zwecke dienen (RASCHEIN/VITAL, a.a.O., S. 159). Soweit sie andererseits der Gemeinde einen Ertrag an Zinsen und Taxen abwerfen, können sie auch zum Finanzvermögen zugerechnet werden (RASCHEIN/VITAL, a.a.O., S. 159 f.). Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis (Verhältnis Staat - Private) grundsätzlich dem Privatrecht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 496 Rz. 2240). Für den Erwerb, die Veräusserung, den Schutz und die Regelung der Nutzung des Finanzvermögens bedient der Staat sich der zivilrechtlichen Mittel (Kauf, Miete, Pacht, Dienstbarkeiten, etc.). Handlungen, welche das Finanzvermögen betreffen, erfolgen gegenüber Privaten oder anderen Gemeinwesen in den Formen des Privatrechts (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 306 Rz. 1386). 1.2.5. Zu klären ist, ob die Quellen A und B im Gebiet der Alp C._____, sofern sie denn im Eigentum der

Beschwerdeführerin 1 stehen, ihrem Finanzvermögen zuzuordnen sind und die Beschwerdeführerin 1 vorliegend als Privatrechtssubjekt und damit nicht hoheitlich in Erscheinung getreten ist.

- 11 - 1.2.6. In casu ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin 1 Eigentümerin der Alpen und Weiden auf dem Grundstück Nr. 3443, Gemeinde O.3._____, und auf dem Grundstück Nr. 1291, Gemeinde O.2._____, ist. Auf dem Grundstück Nr. 1291 liegt u.a. die Alp und die Weidefläche C._____, in welchem auch die fraglichen Quellen A und B liegen (vgl. Akten der beiden Beschwerdeführerinnen [Bf-act.] 4 und 15). Gestützt auf Art. 704 ZGB macht die Beschwerdeführerin 1 geltend, sie sei damit auch Eigentümerin der zuvor genannten Quellen. Bezüglich dieser Quellen A und B schlossen die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 2 am 2. Februar 1984 mit der politischen Gemeinde O.3._____ einen Vertrag über die Begründung von selbständigen und dauernden Quellenrechten i.S.v. Art. 780 ZGB für eine Dauer von 30 Jahren, beginnend ab dem 1.1.1984 ab und erteilten der Gemeinde O.3._____ die hierzu erforderlichen Bau- und Durchleitungsrechte (Bf-act. 14). Gemäss Art. 5 des vorgenannten Vertrages betrug der Quellenrechtszins jährlich Fr. 1000.-- und nach Einstieg der Beschwerdeführerin 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. 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

- 12 - 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 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGzZGB; BR 210. 100) 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

- 13 - 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 Bundeszivilrecht, 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).

- 14 - 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. 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, wel-

- 15 - ches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 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 EGZGB 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 EGZGB; RASCHEIN/VITAL, a.a.O., S. 157). Demnach wird durch Art. 119 EGZGB das Interesse der Allgemeinheit vorgenannte Vermögenswerte benutzen zu dürfen, geschützt. Zudem dienen öffentliche Sachen im Gemeingebrauch unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 494 Rz. 2226). Demzufolge ist Art. 119 EGZGB 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 die Regelung von Art. 119 EGZGB 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, sondern durch einen Akt des Gesetzgebers (namentlich aufgrund von Art. 119 EGZGB). 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. HÄFE-

- 16 - LIN/MÜLLER/UHLMANN, 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 EGZGB 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 rechtliche 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 das

- 17 - jenige 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 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.

- 18 - 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 Kantone 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 erstmals 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).

- 19 - 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 Graubünden 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 jemand Privateigentum oder ein beschränktes dingliches Recht an einer öffentlichen

- 20 - 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 Beschwerdegegnerin 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 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) den Nachweis des Privateigentums vorfrageweise zu klären. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 26. November 2019

- 21 - ist dies zulässig und entspricht der Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. dazu 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 unbeschadet 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), erstem Kapitel (von Gesetzes wegen), Gliederung A (Gegenüber dem öffentlichen Bedürfnis) 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,

- 22 - 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, 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

E. 2

Mit Verfügung vom 17. Dezember 2015 stellte die politische Gemeinde O.2._____ fest, dass die Quellen C._____ öffentliche Quellen seien, an denen kein Privateigentum begründet werden könne (Dispositiv Ziff. 1) und die Grundeigentümerin kein Recht habe, über die Quellen C._____ zu verfügen (Dispositiv Ziff. 2).

E. 3

Dagegen erhoben die Bürgergemeinde O.1._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) und die politische Gemeinde O.1._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) am 1. Februar 2016 (Poststempel) Beschwerde und beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Für den Fall, dass die Gemeinde O.2._____ zum Erlass der angefochtenen Verfügung

- 3 - zuständig gewesen wäre, sei gerichtlich festzustellen, dass die Quellen A und B auf dem Grundstück Nr. 1291 auf dem Gemeindegebiet O.2._____ keine öffentlichen Quellgewässer seien. Zur Begründung führen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, dass die angefochtene Verfügung Feststellungen über den Bestand von Privateigentum und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen enthalte. Die Frage, ob ein Gewässer in Privateigentum stehe oder ob dieses als öffentliche Sache im Eigentum der Territorialgemeinde stehe, setze im Kanton Graubünden aber stets einen Entscheid des Zivilgerichts voraus. Deshalb sei die angefochtene Verfügung bereits mangels Zuständigkeit zum Erlass derselben aufzuheben. Im Weiteren begründen die Beschwerdeführerinnen auch materiell, weshalb die streitbetroffenen Quellen die Mächtigkeit und Stetigkeit nicht erreichten, um als Bachquellen und damit als öffentliche Gewässer qualifiziert zu werden. Schliesslich berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf zwei Kaufverträge vom 16. August 1577 und 30. November 1625, mit denen die Nachbarschaft O.2._____ der Nachbarschaft O.1._____ ein Stück Alp in der C._____ rechts des Baches sowie den hochgelegenen Talkessel von D._____, also das Gebiet C._____, zu Eigentum verkauft habe.

E. 3.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Angesichts der zahlreichen Schriftenwechsel, des komplexen Themenkreises und der durchgeführten Referentenaudienz erachtet das Gericht ermessensweise eine Staatsgebühr von Fr. 5'000.-- für angemessen.

E. 3.2

Den gemeinsam anwaltlich vertretenen und obsiegenden Beschwerdeführerinnen 1 und 2 steht vorliegend eine Parteientschädigung gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG zu, weil sie als Subjekte des Privatrechts im Rahmen ihres Finanzvermögens gehandelt haben und nicht im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG aktiv wurden. Ausgangspunkt für die Bemessung der aussergerichtlichen Entschädigung bildet die Honorarnote des Anwalts der beiden Beschwerdeführerinnen vom 3. Dezember 2019 in der Gesamthöhe von Fr. 14'925.80 (bestehend aus: Arbeits-/Zeitaufwand bis 31.12.2017 total 38.25 Std. à Fr. 240.-- [Fr. 9'220.--] plus 4 % Spesen [Fr. 368.80] plus 8.0 % MWST

[767.10]; Arbeits-/Zeitaufwand ab 01.01.2018 total 17.00 Std. à Fr. 240.-- [Fr. 4'080.--] plus 4 % Spesen [Fr. 163.20] plus 7.7 % MWST [Fr. 326.70]). Diese Honorarnote ist noch bezüglich der Spesenpauschale von 4 % zu kürzen, da praxisgemäss lediglich eine Kleinspesenpauschale von 3 % erhoben werden kann. Die entsprechend korrigierte Honorarnote ergibt somit eine geringfügig um Fr. 143.45 tiefere Honorarnote von total Fr. 14'782.35 (bestehend aus: 38.25 Std. à Fr. 240.-- [Fr. 9'220.--] plus 3 % Spesen [Fr. 276.60] plus 8.0 % MWST [Fr. 759.75]; 17.00 Std. à Fr. 240.-- [Fr. 4'080.--] plus 3 % Spesen [Fr. 122.40] plus 7.7 % MWST [Fr. 323.60]). In diesem Umfang hat die Beschwerdegegnerin die beiden Beschwerdeführerinnen für deren anwaltliche Vertretung vor Verwaltungsgericht zu entschädigen.

- 28 - Demnach erkennt das Gericht:

E. 4

Die Gemeinde O.2._____ (Beschwerdegegnerin) führt in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2016 (Poststempel) hierzu im Wesentlichen aus, dass es sich beim Begriff der öffentlichen Sache um einen Begriff des Verwaltungsrechts handle, der von diesem Rechtsgebiet her zu bestimmen sei. Ob es sich bei einer Quelle um eine Bachquelle handle, sei eine öffentlich-rechtliche Frage, die durch die Verwaltungsbehörden und nicht durch ein Zivilgericht zu beurteilen sei. Demnach sei sie als Hoheitsträgerin der öffentlichen Sachen in ihrem Gebiet für die Feststellung, dass es sich vorliegend um eine Bachquelle und damit um eine öffentliche Sache handle, zuständig gewesen. Weiter bringt die Beschwerdegegnerin vor, Feststellungsverfügungen von Amtes wegen seien zulässig. Das Gemeinwesen habe zum Schutze der öffentlichen Sachen alle erforderlichen Massnahmen und Anordnungen zu ergreifen. Damit eingeschlossen sei die Befugnis zum Erlass von Feststellungsverfügungen. Ein Gemeinwesen könne ohne weiteres feststellen, dass ein Gewässer öffentlich sei und nicht Gegenstand einer privatrechtlichen Disposition bilden dürfe. Der Erlass einer Feststellungsverfügung durch sie sei vorliegend zum Schutz der öffentlichen Sache geboten und zulässig gewesen.

E. 5

Replicando vertiefen die Beschwerdeführerinnen ihre Argumentation; u.a. wenden sie ein, dass selbst wenn die vorliegende Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur wäre, zu beachten sei, dass es sich diesfalls um eine Streitigkeit zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die einander gleichgeordnet seien, handle, wobei die Beschwerdeführerinnen nicht als Privatpersonen auftreten und auch in keinem Subordinationsverhältnis zur Beschwerdegegnerin stehen würden; der Erlass einer Verfügung sei deshalb ausgeschlossen und die Beschwerdegegnerin hätte den von ihr geltend gemachten Anspruch wenn schon mittels verwaltungsrechtlicher Klage verfolgen müssen.

E. 6

Auch die Beschwerdegegnerin vertieft in ihrer Duplik vom 31. August 2016 ihre Argumentation. Sie hält u.a. fest, dass mit der angefochtenen Verfügung der Beschwerdegegnerin nicht das Privateigentum entzogen worden sei, sondern vielmehr festgestellt wurde, dass es sich bei den Quellen um öffentliche Sachen handle, welche von vornherein und von Gesetzes wegen dem privaten Rechtsverkehr entzogen seien. Die Beschwerdeführerinnen würden ihre Rechtsposition aus dem Bundeszivilrecht und nicht

aus dem öffentlichen Recht ableiten, weshalb sie vorliegend als Privatpersonen auftreten würden. Demgegenüber leite sie ihr Recht aus dem öffentlichen Recht ab und trete als Verwaltungsbehörde auf. Die Berechtigung zum Erlass der angefochtenen Verfügung sei damit gegeben.

E. 7

Am 7. Juli 2017 legte die Beschwerdegegnerin einen Auszug aus der neuesten Landeskarte 1:5'000 ein mit dem Hinweis, dass die Quellüberläufe

- 5 - 'C._____' nicht mehr als Trockenrinnen, sondern als Fließgewässer eingetragenseien.

E. 8

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten diese Umklassierung mit Stellungnahme vom 1. September 2017 mit Verweis auf entsprechende Auskünfte des Bundesamtes für Landestopografie swisstopo.

E. 9

Die Beschwerdegegnerin äussert sich am 22. September 2017 nochmals zur Darstellung der Quellüberläufe in den Karten von swisstopo, um abschliessend festzustellen, dass es sich bei den strittigen Quellen ungeachtet der Darstellung auf den Landeskarten um Bachquellen handle bzw. der farblichen Darstellung in diesen Karten keine rechtliche Wirkung zukomme.

E. 10

Am 14. Dezember 2018 fand am Verwaltungsgericht eine Referentenaudienz statt, welche allerdings ergebnislos blieb.

E. 11

Mit Eingabe vom 9. September 2019 reichte die Beschwerdegegnerin 'Messergebnisse 2018/2019' der streitbefangenen Quellen zu den Akten.

E. 12

Diese Messdaten kritisieren die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom

E. 16

Bereits am 2. Dezember 2019 hatte die Beschwerdegegnerin eine Honorarvereinbarung (mit Stundenansatz Fr. 280.--) beim Verwaltungsgericht nachgereicht. Zusammen mit ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2019 reichten die Beschwerdeführerinnen noch eine leicht erhöhte Honorarnote über insgesamt Fr. 14'925.80 beim Gericht ein. Auf die weiteren Vorbringen und Argumente der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 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 Quelle in O.5.____ Wasserquellen 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

- 23 - 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 unbezogen 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 kantonalen 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 (Partei-gutachten, Bf-act. 7) ist zu entnehmen, dass die Gemeinde (Nachbarschaft)

- 24 - 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 zu 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 Talkessels von D.____.

Bezüglich des inhaltlichen Umfangs des Eigentums wurde in der Urkunde eine ähnliche Formel verwendet wie in der Urkunde von 1577: So erklärte O.2._____ ausdrücklich, diese 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._____ präziserte 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 anderen 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 expli-

- 25 - zit erwähnten Begriffen Grund und Grat, Weg und Steg, Weide und Früchte, Wald und Holz auch sämtliche anderen Nutzungsrechte gemeint waren und die Eigentümerin damit schalten und walten konnte nach eigenem Belieben. Dass Gewässer wie Quellen, Seelein und kleinere Bäche nicht besonders genannt wurden, sei zu dieser Zeit üblich gewesen, denn diese Elemente seien vom Ausdruck '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 Flurbewässerung etc. 2.2.11. Angesichts des Umstandes, dass bis im 20. Jahrhundert die Verleihung von Wasserrechten bzw. Wassernutzungsrechten etwa für den Betrieb von Mühlen, Säge- und Mühlewerken etc. i.d.R. weder beurkundet noch protokolliert worden sind, dürfte die vorliegende Beurkundung einen raren Ausnahmefall darstellen. Nach Auffassung des Gerichts gelingt den Beschwerdeführerinnen 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 Verbund der Gemeindebürger; erst mit dem Gesetz über die Niederlassung von Schweizerbürgern vom 12. Juni 1874, in Kraft getreten am 1. September 1874, wurden die Gemeinden zu Einwohnergemeinden und den Ortsbürgern gestattet, für die rein bürgerlichen Funktionen eigene Verwaltungsorgane aufzustellen [=Bürgergemeinde]). Mit dem

- 26 - Nachweis des Vorbestandes von Privateigentum muss somit vorliegend nicht auf die Rechtsfiguren der Ersitzung und der Unvordenklichkeit der Ausübung dieser Rechte zurückgegriffen 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, S. 465 ff., S. 484), wobei zumindest die Unvordenklichkeit der Ausübung 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 Wassernutzungsrecht 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.

2.2.12. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 1 mit den Urkunden von 1577 und von 1625 Erwerbstitel vorweist, welche das Eigentum an den Quellen inklusive der uneingeschränkten Nutzungsbefugnis belegen und Bestand über alle seitherigen Rechtsordnungen haben, insbesondere das BCG, das ZBG und das EGzZGB. Dass sich das vor 1862 erworbene Eigentum am herrschenden Grundstück auch auf die Nutzung der Wasserrechte erstreckt, ergibt sich einerseits aus dem Inhalt der Urkunden und wird andererseits auch vermutet (PKG 1955 Nr. 8 E. 3). Damit liegt der (vorfrageweise) Schluss nahe, dass die Beschwerdeführerin 1 rechtmässige Eigentümerin der strittigen Quellen A und B im Gebiet der Alp C._____ ist, unbeschrieben der Frage, ob es sich dabei um ein öffentliches Gewässer handelt oder nicht.

- 27 - 2.2.13. Entsprechend ist die Beschwerde vom 1. Februar 2016 gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin aufzuheben.

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