Entstehung und Entwicklung des Wasserrechtes zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

unter besonderer Berücksichtigung des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer gemäss Art. 170 EG ZGB des Kantons Glarus

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Alfons Christian Hophan

von

Näfels (Glarus)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Lukas Gschwend

und

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Dissertation Nr. 5225

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2022

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, 24. Mai 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzellerr

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 25 der Schriftenreihe
«Europäische Rechts- und Regionalgeschichte»,
herausgegeben von Prof. Dr. Lukas Gschwend und
Prof. Dr. René Pahud de Mortanges
ISBN 978-3-03891-503-4

myclimate
neutral

A mi abuelo,
que me enseñó
la importancia
del agua

Vorwort

Die vorliegende Dissertation entstand hauptsächlich zwischen zwei Mobilmachungen – derjenigen zum Assistenzdienst «Corona 2020», welcher von März bis Mai 2020 dauerte, und derjenigen zum Assistenzdienst «Corona 2022» vom Januar 2022. Ich hätte sie nicht ohne die Hilfe der Personen verfassen können, welchen der nachfolgende Dank gebührt:

Zunächst danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Lukas Gschwend und meinem Koreferenten Herrn Prof. Dr. Benjamin Schindler für ihr Vertrauen sowie ihre Begleitung und Förderung meines akademischen Weges.

Frau Lara Caetano und Herrn lic. phil. Beat Mahler vom *Landesarchiv des Kantons Glarus*, die mir bei meinen zahlreichen Anfragen und Besuchen immer zu helfen gewusst haben. Herrn Dr. Jakob Marti, Hauptabteilungsleiter der Abteilung *Umwelt, Wald und Energie* für den freundlichen Austausch und die Zurverfügungstellung zahlreicher Akten des Departementes *Bau und Umwelt des Kantons Glarus.* Herrn lic. iur. Magnus Oeschger und Frau Isabelle Mühlemann von der *Staatskanzlei des Kantons Glarus*, welche mir ebenfalls den Zugang zu verwaltungsinternen Dokumenten verschafft haben. Dank Herrn Clemens Hasler, Geschäftsführer der *SN Energie AG* hatte ich Zugang zum Firmenarchiv in St. Gallen sowie auf die (nicht publizierte) Firmengeschichte. Herrn Hans-Peter Keller, Präsident der *IG Kleinwasserkraft Glarnerland*, verdanke ich den freundlichen Austausch und die Einsicht in verschiedene Dokumente.

Herr lic. phil. Roman Sigg, Stadtarchivar von Stein am Rhein, hat mir mit der Transkription der in Kurrentschrift verfassten Gerichtsurteile des 19. Jahrhunderts sehr geholfen. Ebenso danke ich Herrn Dr. Markus Nöthiger, meinem ehemaligen Lateinlehrer, für die Hilfe mit der Übersetzung der lateinischen Sätze sowie Herrn Prof. em. Dr. Paul Michel für die Durchsicht der mittelhochdeutschen Texte. Alles, was diesbezüglich richtig ist, stammt von ihnen – allenfalls verbliebene Fehler sind allein die meinigen.

Sodann möchte ich auch dem *Dike Verlag* und ganz besonders Frau Caroline Mendelin und Frau Beatrice Fink für die ebenso rasche wie professionelle Zusammenarbeit danken.

Meine Mutter und mein Stiefvater haben mir allzeit mit ihrem Vertrauen, ihrem wohlmeinenden Rat und nicht zuletzt mit ihrer weihnachtlichen Lektorierung des Manuskriptes sehr geholfen. Dem guten Theo verdanke ich zahlreiche Spaziergänge, auf denen mir entscheidende Gedanken zu dieser Arbeit kamen.

Mein grösster Dank aber gebührt meiner geliebten Frau, Daniela. Dafür, dass sie sich nicht mit dem begnügt, der ich bin, sondern immer an denjenigen glaubt, der ich sein kann.

Zürich, im Juni 2022 Alfonso C. Hophan

«Nur von der Geschichte aus gewinnen wir einen ausreichenden Einblick in den tieferen Gehalt unseres vielgestaltigen Rechtes, nur in der Fähigkeit, das geschichtlich Gewordene zu verstehen und vorurteilslos zu prüfen, liegt auch die Möglichkeit, unser langsam und eigenartig emporgewachsenes Recht zu beherrschen, und nicht weniger die Möglichkeit, dessen fernere Entwicklung mit freier Hand allseitig befriedigend weiter zu leiten.»

EUGEN HUBER, System und Geschichte I, § 4, S. 46.

«Das historische Anliegen des Juristen in der wissenschaftlichen Ausbildung ist aber dies: Zu wissen, wie das Recht, so wie es ist und gilt, geworden ist. In einer wissenschaftlichen Rechtsforschung ist diese Frage unabweisbar. Es wäre eine Verengung des Gesichtsfeldes sondergleichen, wenn die Rechtswissenschaft nicht versuchen würde, die Frage nach dem Warum des Soseins jeder Rechtsnorm und Rechtsinstitution zu beantworten.»

PETER LIVER, Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts, S. 7.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Abbildungsverzeichnis	XXIX
Tabellenverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Internetquellenverzeichnis	LI
Materialienverzeichnis	LIX
Zusammenfassung	LXXXVII
Sommaire	LXXXVIII
Summary	LXXXIX
Einleitung	**1**
§ 1 Einleitende Worte	3
§ 2 Forschungsfragen	7
§ 3 Methode und Aufbau der Arbeit	9
Die Wasserkraft im Kanton Glarus – vom Fluch zum Segen	**11**
§ 1 Die zerstörerische Wasserkraft	13
§ 2 Die schöpferische Wasserkraft	17
Erster Teil: Die Entstehung des Wasserrechts	**27**
§ 1 Die Entstehung des öffentlichen Rechts	29
§ 2 Die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechtes	36
§ 3 Die Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechtes	88
§ 4 Die Kodifizierung des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer	123
§ 5 Zusammenfassende Würdigung der Entstehung des Wasserrechtes	163
Zweiter Teil: Die Entwicklung des Wasserrechts	**177**
§ 1 Die Emanzipation des öffentlichen Rechtes vom Privatrecht	179
§ 2 Die Wasserbaupolizei im Kanton Glarus	191
§ 3 Die Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung des Jahres 1892	213
§ 4 Die Einführung der Wasserwerksteuer	233

§ 5 Das Wasserrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1907 258
§ 6 Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte von 1916 299
§ 7 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1918 357
§ 8 Der versuchte Systemwechsel der Jahre 1947–1951 374
§ 9 Die diversen öffentlich-rechtlichen Bewilligungspflichten im Laufe des 20. und 21. Jahrhunderts 431
§ 10 Die Konzessionserneuerung der SN Energie AG der Jahre 2002–2012 453
§ 11 Der versuchte Systemwechsel des Jahres 2007 486
§ 12 Zusammenfassende Würdigung der Entwicklung des Wasserrechtes 504

Zusammenfassung **511**
§ 1 Conclusio 513

Appendices **XCI**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht XI
Abkürzungsverzeichnis XXV
Abbildungsverzeichnis XXIX
Tabellenverzeichnis XXXI
Literaturverzeichnis XXXIII
Internetquellenverzeichnis LI
1. Beiträge aus den Jahrbüchern des Historischen Vereins des Kantons Glarus LI
2. Historisches Lexikon der Schweiz LIII
3. Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz LVII
4. Schweizerisches Idiotikon LVII
5. Andere LVIII
Materialienverzeichnis LIX
1. Erlasssammlung LIX
1.1 Eidgenössische Erlasse LIX
a. Rechtskräftig LIX
b. Ausser Rechtskraft LIX
1.2 Kantonale Erlasse LX
a. Rechtskräftig LX
(1) Erlasse des Kantons Glarus LX
b. Ausser Rechtskraft LXI
(1) Erlasse des Kantons Glarus LXI
(2) Erlasse anderer Kantone LXIV
2. Rechtsprechung LXV
2.1 Eidgenössisches Bundesgericht, Lausanne LXV
2.2 Glarner Verwaltungsgericht (seit 1986) LXVI
2.3 Glarner Obergericht (seit 1887) LXVI
2.4 Glarner Appellationsgericht (1836–1887) LXVII
2.5 Glarner Augenscheingericht (1836–1988) LXVIII
3. Amtliche Dokumente LXVIII
3.1 Eidgenössische LXVIII
a. Aktensammlung der Helvetischen Republik LXVIII
b. Abschiede der eidgenössischen Tagsatzung LXIX
c. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung LXIX
(1) Nationalrat LXIX
(2) Ständerat LXIX
d. Botschaften und Kreisschreiben des Bundesrates LXIX
e. Gesetzesentwürfe LXX

3.2 Kantonale LXX
a. Landsgemeindememoriale LXX
b. Protokolle der Landsgemeinde LXXV
c. Protokolle des Landrates LXXV
d. Protokolle des Regierungsrates LXXVI
e. Amtsberichte LXXVII
f. Berichte und Botschaften LXXVIII
g. Akten der Kantonsverwaltung LXXX
(1) Staatskanzlei des Kantons Glarus LXXX
(2) Departement Bau und Umwelt LXXXI
h. Gesetzesentwürfe LXXXIV
4. Privatarchive LXXXV
4.1 Firmenarchiv der *SN Energie AG*, St. Gallen LXXXV
Zusammenfassung LXXXVII
Sommaire LXXXVIII
Summary LXXXIX

Einleitung **1**
§ 1 Einleitende Worte 3
§ 2 Forschungsfragen 7
§ 3 Methode und Aufbau der Arbeit 9

Die Wasserkraft im Kanton Glarus – vom Fluch zum Segen **11**
§ 1 Die zerstörerische Wasserkraft 13
§ 2 Die schöpferische Wasserkraft 17

Erster Teil: Die Entstehung des Wasserrechts **27**
§ 1 Die Entstehung des öffentlichen Rechts 29
1. Die Dichotomie von «öffentlich» und «privat» 29
2. Das öffentliche Recht der Alten Eidgenossenschaft und der Kantone 32
3. Das Land Glarus als Sonderfall 34
§ 2 Die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechtes 36
1. Das Wasserrecht im römischen Recht 36
1.1 Die Einteilung der Gewässer 37
1.2 Die Bedeutung von öffentlich 41

2. Das Wasserrecht im germanischen Recht 43
2.1 Die Nutzungsrechte des Grundeigentümers in den germanischen Stammesrechten 44
2.2 Das Gemeingut in den mittelalterlichen Rechtsspiegeln 50
3. Das Wasserrecht als königliches Regalrecht 56
3.1 Die zahlreichen Nutzungsrechte eines Regals 56
3.2 Der Übergang des Regals auf den Staat 59
4. Das Wasserrecht im *ius commune* 60
4.1 Die Verbindung zwischen römischem und germanischem Recht 61
a. Der Eigentumsbegriff im *ius commune* 61
b. Die Gewässereinteilung im *ius commune* 62
c. Die Gewässernutzung im *ius commune* 63
4.2 Das *ius commune* in der Alten Eidgenossenschaft 64
5. Die wasserrechtliche Gesetzgebung der Helvetischen Republik 66
5.1 Die Eigentumsgarantie und Gewerbefreiheit 66
5.2 Die wasserpolizeiliche Aufsicht 68
5.3 Der Entwurf zu einem Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei 70
6. Das öffentlich-rechtliche kantonale Wasserrecht des 19. Jahrhunderts 72
6.1 Die Entstehung öffentlicher Gewässer aus dem Regal 72
6.2 Die Entstehung öffentlicher Gewässer aus dem genossenschaftlichen Gemeingut 75
7. Die Grundzüge der gemeineidgenössischen Wasserrechtsordnung im 19. Jahrhundert 77
7.1 Die Einteilung in öffentliche und private Gewässer 78
7.2 Die Bedeutung von öffentlich 80
7.3 Die wasserpolizeiliche Aufsicht über öffentliche und private Gewässer 83
7.4 Die Konzessionspflicht an öffentlichen Gewässern 85
§ 3 Die Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechtes 88
1. Die Nutzungsrechte der Ufereigentümer 88
1.1 Die selbständigen Nutzungsrechte 89
1.2 Die Nutzungskorporationen 91
2. Die Nutzungsrechte im Gemeingut der Tagwen 92
2.1 Die Rechtsgeschichte der Glarner Tagwen 93
a. Die Markteilung der Tagwen seit dem Spätmittelalter 98
b. Die Markschenkungen der Tagwen im 19. Jahrhundert 103
2.2 Die wasserrechtlichen Prozesse vor dem 19. Jahrhundert 107
2.3 Das Glarner Gesetzesrecht vor dem Jahre 1869 108
a. Das Wasserrecht in den Landsbüchern 108

b. Die Gesetzgebung der Helvetik 111
c. Die Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836 111
3. Die kantonale Rechtsprechung im 19. Jahrhundert 113
4. Die Auswirkungen auf die Industrialisierung im Kanton Glarus 119
§ 4 Die Kodifizierung des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer 123
1. Johann Jakob Blumer als glarnerischer «Gesetzgeber» 123
1.1 Jugend- und Studienjahre 124
1.2 Als Rechtshistoriker 130
1.3 Als Richter 133
1.4 Als «Gesetzgeber» 137
2. Die geistigen Einflüsse auf das Bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 141
2.1 Die Historische Rechtsschule 141
2.2 Das BGB GL 1869 als Kodifikation der Historischen Rechtsschule 145
2.3 Der Liberalismus der Regenerationszeit 148
2.4 Das BGB GL 1869 als liberale Kodifikation 150
3. Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 151
3.1 Memorialanträge 151
3.2 Die Ausfertigung des Gesetzesentwurfs 155
a. Das bisherige Recht 156
b. Die Gerichtspraxis im Kanton Glarus 158
3.3 Die Kommissions- und Landratsdiskussion 158
3.4 Die Landsgemeinde des Jahres 1869 161
§ 5 Zusammenfassende Würdigung der Entstehung des Wasserrechtes 163
1. Die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechts 163
1.1 Der Zusammenfluss verschiedener Quellen 163
1.2 Die Wasserscheide zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht 164
2. Die Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechts 165
2.1 Der Erhalt der privatrechtlichen Nutzungsrechte der Ufereigentümer 165
2.2 Die Kodifikation des privatrechtlichen Nutzungsrechtes der Ufereigentümer 173

Zweiter Teil: Die Entwicklung des Wasserrechts 177

§ 1 Die Emanzipation des öffentlichen Rechtes vom Privatrecht 179
1. Der Rechtsschutz unter der Einheit des Rechts 179
1.1 Im Spätmittelalter 179
1.2 Im Absolutismus 180
2. Der fehlende Rechtsschutz im öffentlichen Recht 181

3. Die Umwandlung zivilrechtlicher Institute 184
3.1 Die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse 185
3.2 Die Umwandlung zivilrechtlicher Institute 185
4. Die Entwicklung in der Eidgenossenschaft 188
§ 2 Die Wasserbaupolizei im Kanton Glarus 191
1. Die Wuhrpflicht im Laufe der Jahrhunderte 191
1.1 Im Ancien Régime 191
1.2 Die Wuhrpflicht in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts 193
2. Das Wasserpolizeigesetz von 1869 197
2.1 Die verfassungsrechtliche Grundlage 197
2.2 Die Debatte um die privatrechtlichen Nutzungsrechte 198
2.3 Die Gesetzesbestimmungen 202
3. Exkurs: Das Gletschern an öffentlichen Gewässern 204
4. Das Wasserpolizeigesetz von 1890 206
4.1 Die verfassungsrechtliche Grundlage 206
4.2 Die Annahme des Gesetzes 208
4.3 Die Gesetzesbestimmungen 208
5. Zwischenbetrachtung 210
§ 3 Die Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung des Jahres 1892 213
1. Historischer Hintergrund 213
2. Memorialsantrag und Berichte 215
3. Diskussion 218
3.1 Der versuchte Systemwechsel der Glarner Wasserrechtsordnung 218
3.2 Die Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung 220
a. Die erste Lesung 220
b. Das Umdenken 221
c. Die zweite Lesung 223
d. Die Annahme des Gesetzes 224
4. Die gesetzlichen Neuerungen 225
4.1 Die erweiterte staatliche Bewilligung 225
4.2 Das Enteignungsrecht 226
4.3 Die Schaffung von Zwangskorporationen 229
5. Zwischenbetrachtung 231
§ 4 Die Einführung der Wasserwerksteuer 233
1. Historischer Hintergrund 233
2. Das Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908 236
2.1 Memorialsantrag und Berichte 236
a. Die Legitimation zur Besteuerung der Wasserkraft 236

b. Die Ausgestaltung der Wassersteuer 239
(1) Die Art der Besteuerung 239
(2) Die Bemessung der Steuer 241
(3) Die Befreiung von der Steuerpflicht 242
2.2 Landrat und Landsgemeinde 244
2.3 BGE 35 I 725 244
a. Die Rechtsnatur des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer 244
b. Der Verstoss gegen die Eigentumsgarantie 246
(1) Die Wassersteuer als Gebühr 247
(2) Die Wassersteuer als versteckter Wasserzins 248
c. Die Verletzung des Rückwirkungsverbotes 248
d. Der Verstoss gegen die Rechtsgleichheit 249
(1) Die rechtsungleiche Steuerbefreiung 249
(2) Die unzulässige Skala 250
e. Das Urteil 250
3. Das revidierte Gesetz zur Besteuerung von Wasserwerken von 1910 251
3.1 Memorialsantrag und Berichte 251
3.2 Die Ausgestaltung der revidierte Wasserwerksteuer 252
a. Das Auslassen der Konzessionsgebühr 252
b. Der Steuercharakter 253
c. Die angepasste Skala und Progressivsteuer 253
3.3 Landrat und Landsgemeinde 254
4. BGE 38 I 341 254
5. Zwischenbetrachtung 256
§ 5 Das Wasserrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1907 258
1. Historischer Hintergrund 258
2. Das Wasserrecht im Vorentwurf zum ZGB 260
2.1 Vorfrage: Privatrecht oder öffentliches Recht? 260
2.2 Die Öffentlichkeit der Gewässer im Vorentwurf zum ZGB 262
a. Die Staatliche Hoheit 264
b. Die Regalität 265
c. Das Eigentum 266
2.3 Die Konzession im Vorentwurf zum ZGB 268
a. Die Konzession als ein Privatrecht 268
b. Die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse 269
c. Die Ausgestaltung der Konzession im Vorentwurf zum ZGB 271
2.4 Die privatrechtlichen Nutzungsrechte im Vorentwurf zum ZGB 276
a. Die Frage nach der Aufhebung der privatrechtlichen Nutzungsrechte 277
b. Der Ausschluss der privatrechtlichen Nutzungsrechte aus dem Vorentwurf zum ZGB 280
c. Die Unterscheidung zwischen Konzession und Erlaubnis 281

3. Das verbliebene Wasserrecht im ZGB 284
3.1 Die bestehenden kantonalen Wasserrechtsverhältnisse 284
3.2 Die Auslegung von Art. 664 ZGB 286
3.3 Die Auswirkungen auf das kantonale Recht 288
4. Das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Glarus von 1911 290
4.1 Der Gesetzgebungsprozess 291
a. Die Berichte 291
b. Landrat und Landsgemeinde 292
4.2 Die wasserrechtlichen Gesetzesbestimmungen 293
4.3 Die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 664 ZGB 294
a. Die Berichte 295
b. Landrat und Landsgemeinde 297
5. Zwischenbetrachtung 298
§ 6 Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte von 1916 299
1. Historischer Hintergrund 299
2. Die Wasserrechtsordnung des WRG 302
2.1 Die Oberaufsicht des Bundes 303
2.2 Die Öffentlichkeit der Gewässer 304
2.3 Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens 306
2.4 Das verfügungsberechtigte Gemeinwesen 307
2.5 Die Konzession im WRG 309
a. Die umstrittene Rechtsnatur der Konzession 309
(1) Die Konzession als ein gemischtes Rechtsverhältnis 309
(2) Die Konzession als ein subjektives öffentliches Recht 311
(3) Der Siegeszug des Verwaltungsrechtes 312
b. Die öffentlich-rechtliche Auslegung der Konzession 316
2.6 Das wohlerworbene Recht 324
2.7 Die Rechtsfolgen einer öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung 327
a. Der Wasserzins und die Konzessionsgebühr 327
b. Die Befristung der Verleihung 329
c. Der Heimfall 330
(1) Probleme mit der Silbe «Heim« 333
(2) Probleme mit der Silbe «-fall» 337
(3) Der Heimfall als Abgabe 338
3. Die Ausnahmeregelung für privatrechtliche Nutzungsrechte im WRG 338
3.1 Die Sonderbestimmungen 340
a. Die Ausnahmeregelung für die Kantone Glarus und Zug 340
b. Die wasserpolizeiliche Bewilligung 343
c. Die Bestimmungen zur Wasserwerksteuer 347

3.2 Die Rolle Landammann Eduard Blumers 349
3.3 Die Ausführungsbestimmungen im Kanton Glarus 350
a. Der Verzicht auf eine Ausführungsgesetzgebung im Kantons Glarus 351
b. § 176bis EG ZGB GL 353
4. Zwischenbetrachtung 355
§ 7 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1918 357
1. Historischer Hintergrund 357
1.1 Die Vorgeschichte bis zum Jahre 1914 357
1.2 Die Landsgemeindebeschlüsse des Jahres 1915 361
a. Die Beteiligung am Erwerb der Kraftwerke Beznau-Löntsch AG 362
b. Die Gründung der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG 363
c. Der Beschluss über die Verwertung der Wasserkräfte 364
1.3 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1917 366
2. Memorialsantrag und Berichte 368
3. Landrat und Landsgemeinde 372
4. Zwischenbetrachtung 373
§ 8 Der versuchte Systemwechsel der Jahre 1947–1951 374
1. Vorgeschichte 374
1.1 Die Gerichtsurteile betreffend das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer 374
a. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG contra Tagwen Ennenda 374
(1) Das Augenscheingerichtsurteil vom 17. April/8. Mai 1939 374
(2) Das Obergerichtsurteil vom 16. Oktober 1939 379
b. Spitz, Streiff & Co. contra Baumwolldruckerei Hohlenstein AG 382
(1) Das Augenscheingerichtsurteil vom 24. April/8. Mai 1939 382
(2) Das Obergerichtsurteil vom 20./28. November 1939 384
1.2 Landammann Dr. iur. Hans Hefti-Haab 389
1.3 Der Memorialsantrag des Jahres 1947 auf Systemwechsel der Glarner Wasserrechtsordnung 390
2. Die Gutachten zur Glarner Wasserrechtsordnung 394
2.1 Gutachten Dr. iur. Hans Trümpy (1948) 394
a. Zur Frage des Systemwechsels 395
(1) Beseitigung der behelfsmässigen Institute 396
(2) Schutz wohlerworbener Rechte 396
(3) Wuhrpflicht zulasten des Kantons 397
b. Zur Frage der Wuhrpflicht 397
(1) Die Verhinderung der Dereliktion 397
(2) Höhe und Verteilung der Wuhrpflicht 398
c. Obiter dicta zum Urteil 398
2.2 Gutachten Prof. Dr. iur. Peter Liver (1949) 400
a. Zur Frage des Systemwechsels 401

b. Zur Frage der Wuhrpflicht 404
(1) Die Verhinderung der Dereliktion 404
(2) Höhe und Verteilung der Wuhrpflicht 405
3. Das Jahr 1950 408
3.1 Die Berichte 408
3.2 Landrat und Landsgemeinde 411
4. Das Jahr 1951 412
4.1 Nachtrag zum Gutachten Prof. Dr. iur. Peter Liver (1951) 412
4.2 Die Berichte 418
4.3 Zeitungsartikel von Dr. iur. Peter Hefti (1951) 419
4.4 Landrat und Landsgemeinde 423
a. Landrat 423
b. Landsgemeinde 429
5. Zwischenbetrachtung 429
§ 9 Die diversen öffentlich-rechtlichen Bewilligungspflichten im Laufe des 20. und 21. Jahrhunderts 431
1. Die Fischerei 431
1.1 Der bundesrechtliche Rahmen 431
1.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung 432
2. Der Gewässerschutz 432
2.1 Der bundesrechtliche Rahmen 432
2.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung 435
3. Der Umweltschutz 436
3.1 Der bundesgesetzliche Rahmen 436
a. Das Waldgesetz 436
b. Der Landschafts-, Natur- und Heimatschutz 437
c. Das Umweltschutzgesetz 438
3.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung 439
4. Die Energie 440
4.1 Die energierechtliche Bewilligung 441
4.2 Die energierechtlichen Abgaben 442
a. Das Gesetz über die öffentlichen Abgaben von Wasserkraftwerken 442
b. Die Abgaben im Energiegesetz 443
(1) Die Bewilligungsgebühr 444
(2) Die jährliche Abgabe 445
c. Die Erhöhung der jährlichen Abgabe des Jahres 2009 446
(1) Der angepasste Antrag 448
(2) Die Rechtsgutachten 449
5. Zwischenbetrachtung 452

§ 10 Die Konzessionserneuerung der SN Energie AG der Jahre 2002–2012 453
1. Historischer Hintergrund 453
1.1 Die Vorgeschichte 453
1.2 Das Umdenken im Regierungsrat 455
2. Die diversen Gutachten zum Heimfall in der Glarner Wasserrechtsordnung 459
2.1 Das Gutachten von Prof. Dr. iur. Riccardo Jagmetti (2005) 459
2.2 Das Gutachten von Prof. Dr. iur. Georg Müller (2006) 462
2.3 Das Gegengutachten von Prof. Dr. iur. Riccardo Jagmetti (2006) 466
2.4 Die Kritik von Dr. iur. Heinz Peter Christen (2007) 467
3. Der politische Prozess der Konzessionserneuerung der SN Energie AG 469
3.1 Verhandlung mit dem Regierungsrat 469
3.2 Debatte im Landrat 471
a. Die erste Lesung 471
b. Die zweite Lesung 473
4. Die gerichtlichen Verfahren zum Heimfall 474
4.1 Zwischengefecht: Der Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juli 2011 474
4.2 Der Verwaltungsgerichtsentscheid vom 31. August 2011 476
a. Die Glarner Wasserrechtsordnung gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Glarus 477
b. Geltung des WRG 479
c. Heimfall 481
4.3 Der Bundesgerichtsentscheid vom 18. Januar 2012 484
5. Zwischenbetrachtung 485
§ 11 Der versuchte Systemwechsel des Jahres 2007 486
1. Der Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus 486
1.1 Der Erneuerungsbedarf 486
1.2 Die Ausgestaltung des Systemwechsels 487
a. Die Zusammenfassung der Rechtsquellen 487
b. Die Öffentlichkeit der Gewässer 488
c. Der Ausgleich der Kosten und Lasten 490
d. Die weiteren Nutzungsarten 493
2. Die öffentliche Debatte 493
2.1 Zu den Verfahrensfragen 496
2.2 Zum Systemwechsel 498
2.3 Zur Wuhrpflicht 502
3. Das Scheitern des Systemwechsels 503
4. Zwischenbetrachtung 503

§ 12 Zusammenfassende Würdigung der Entwicklung des Wasserrechtes 504
1. Die «publicisation» der Wasserrechtsordnungen 504
2. Die Glarner Wasserrechtsordnung zwischen Liberalen und Demokraten 505
3. Die Kontinuität in der Glarner Wasserrechtsordnung 507

Zusammenfassung **511**

§ 1 Conclusio 513
1. Zusammenfassung der Ergebnisse 513
1.1 Die Entstehung 513
1.2 Die Entwicklung 514
2. Das Einfliessen in die Gegenwart 515

Appendices **XCI**

Appendix I: Beschluss der Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836 XCIII
Appendix II: Gesetz über die obligatorische Bildung von Wuhrkorporationen zur Verbauung von Flinsen, Runsen, Wild- und Waldbächen von 1851 [WKG GL 1851] XCV
Appendix III: Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 [BGB GL 1869] XCVIII
Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869 [WPG GL 1869] C
Appendix V: Gesetz über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons von 1874 [EGG GL 1874] CII
Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890 [WPG GL 1890] CIII
Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892 [GBG GL 1892] CVIII
Appendix VIII: Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908 [GBW GL 1908] CXII
Appendix IX: Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1910 [GBW GL 1910] CXIV
Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911 [EG ZGB GL 1911] CXVI
Appendix XI: Auszug aus dem Regierungsratsprotokoll von 1917 CXXI
Appendix XII: Landsgemeindebeschluss von 1918 [WKB GL] CXXVI
Appendix XIII: Revision des Glarnerischen Wasserrechtes von 1951 CXXVII

Abkürzungsverzeichnis

Anmerkung: Abkürzungen der Erlasse finden sich in der Erlasssammlung im Materialienverzeichnis (nachfolgend S. LIX).

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung / am Main
AB N/S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung Nationalrat/Ständerat
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft/Augenscheingericht
al.	aliéna (dt. Abs.)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
Art./art.	Artikel/article (frz.)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Amtliche Sammlung)
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
Bez.	Bezirk(e)
bez.	bezüglich
BFE	Bundesamt für Energie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (Bundesgerichtsentscheid), Amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
ca.	circa
CC	Code Civil des français (auch Code Napoléon)
CH	Confoederatio Helvetica, Schweizerische Eidgenossenschaft
Cl.	Classe (Unterkategorie im Archivsystem des LAGL)
comm.	commune(s)
Ct.	Canton (frz.), cantone (ital.)
DBU	Departement Bau und Umwelt, Kanton Glarus
d.h.	das heisst
dems.	demselben
dens.	denselben

ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
Dr.	Doktor
dt.	deutsch(e)
Diss.	Dissertation
E-	Entwurf
E.	Erwägung
éd.	éditeur(s), éditrice(s)/édition
eidg.	eidgenössisch(e)
EJPD	Eidgenössisches Polizei- und Justizdepartement
et al.	et alii (-ae, -a) (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
ev.	eventuell
EW	Elektrizitätswerk
FASN	Firmenarchiv der *SN Energie AG*, St. Gallen
Fasz.	Faszikel
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
frz.	französisch
Gde.	Gemeinde
Gebr.	Gebrüder
gem.	gemäss
GL-AGE	Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Glarus
GL-ASGE	Entscheid des Augenscheingerichts des Kantons Glarus
GL-OGE	Entscheid des Obergerichts des Kantons Glarus
GN	Glarner Nachrichten
Habil.	Habilitation
HBLS	Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz
HLS	Historisches Lexikon der Schweiz
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
HSG	Hochschule St. Gallen, seit 1997: Universität St. Gallen
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
I.Rh.	Innerrhoden (AI)
Jg.	Jahrgang
JHVG	Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus
kant.	kantonal

KG	Kantonsgericht
Kt.	Kanton
KV	Kantonsverfassung
KW	Kraftwerk
LAGL	Landesarchiv Glarus
lat.	lateinisch
lit.	litera (dt. Buchstabe)
LR	Landrat des Kantons Glarus
MBVN	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern)/Revue mensuelle pour le droit administratif et le notariat du canton de Berne (Berne)
m.E.	meines Erachtens
m.H., m.w.H.	mit (weiteren) Hinweisen
N.	(Rand-)Note
NA	Neues Archiv, Abteilung des LAGL
n. Chr.	nach Christus
NGA	Neues Gemeines Archiv, Abteilung des LAGL
NGZ	Neue Glarner Zeitung
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.A.	ohne Angabe
o.D.	ohne Datum
OG	Obergericht
Prof.	Professor
PS	Pferdestärke/n
rom.	romanisch
röm.	römisch
RR	Regierungsrat
Rub.	Rubrik
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SA	Société anonyme
SchlT	Schlusstitel
scil.	scilicet, von lat. scire licet (man darf wissen); nämlich, so
SGK	St. Galler Kommentar
SJZ/RSJ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence

sog.	so genannt/e
SOS	Südostschweiz
Sp.	Spalte(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Sammlung)/Ständerat
Tab.	Tabelle(n)
u.a.	unter anderem/und andere
u. dgl.	und dergleichen
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)/Revue de la Société des Juristes Bernois (Berne)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZK	Zürcher Kommentar

Abbildungsverzeichnis

Titelbild Der Brummbach beim Stachelberger Bad (1855), Signatur: LAGL A FC 48.7-2

Abb. 1 und 2 Johann Heinrich Meyer, [Sammelblatt] Fätschbach, Diesbachfall (ca. 1802), Signatur: LAGL A FA 40.1-002

Abb. 3 Ausschnitt aus einer Ansicht von Glarus (1547), Signatur: LAGL A FA 32.2-001

Abb. 4 Ausschnitt aus einer Ansicht des Fleckens Schwanden (ca. 1714), Signatur: LAGL A FA 41.2-001

Abb. 5 Ausschnitt aus einer Ansicht von Glarus (ca. 1714), Signatur: LAGL A FA 32.2-078

Abb. 6 Auszug aus dem GL-AGE 25. Mai 1850, S. 151, Signatur: LAGL XI 4 (Bild durch den Verfasser)

Abb. 7 Johann Jakob Blumer als junger Mann, Signatur: LAGL FOT 2.1-168

Abb. 8 Johann Jakob Blumer (undatiert), Signatur: LAGL FOT 2.1-167

Abb. 9 Auszug aus dem Landratsprotokoll 1859–1869, Sitzung vom 27. Januar 1869, § 472, S. 478 (Bild durch den Verfasser)

Abb. 10 Landammann Joachim Heer (undatiert), Signatur: LAGL FOT 2.1-329

Abb. 11 Eisgewinnung auf dem Klöntalersee (um 1900), Signatur: LAGL FOT 1.9(b).II-1

Abb. 12 Landammann Eduard Blumer (undatiert), Signatur: LAGL FOT 2.1-123

Abb. 13 Rudolf Gallati (undatiert), Signatur: LAGL FOT 2.1-292

Abb. 14 Landammann Dr. Hans Hefti-Haab an der Landsgemeinde des Jahres 1945, Signatur: LAGL FOT 5.1-166

Abb. 15 Dr. Hans Trümpy, abgebildet in: LAUPPER, Glarner National- und Ständeräte, S. 78.

Abb. 16 Prof. Dr. Peter Liver, abgebildet in: LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen – Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Innenseite des Buchdeckels.

Abb. 17 W. Hug, Vereidigung von Dr. Peter Hefti als Oberrichter an der Landsgemeinde des Jahres 1963, Signatur: FOT 5.1-274

Tabellenverzeichnis

Tab. 1 Anteil der Wasserwerksteuer am maximalen Wasserzins

Tab. 2 Kontinuität in der Glarner Wasserrechtsordnung

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden mit dem Autorennamen sowie dem in Klammer genannten Stichwort(en) in den Fussnoten zitiert. Tragen mehrere Autoren denselben Nachnamen, wird zusätzlich der Vorname in abgekürzter Form angegeben.

ABEGG ANDREAS, Was ist evolutorische Rechtstheorie? Dargestellt am Beispiel der Evolution der Vertragsfreiheit, ZSR 124 (2005) I, S. 435–454, (zit. Evolutorische Rechtstheorie)

– Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, in: Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Gauch Peter (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2009, (zit. Der Verwaltungsvertrag)

– Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Bern/Stuttgart 2010, (zit. Die Evolution des Verwaltungsvertrags)

ALTERMATT URS (Hrsg.), Das Bundesratslexikon, Zürich 2019, (zit. Bundesratslexikon)

ARNAUD PASCALE, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, in: L'eau dans les Alpes occidentales à l'époque romaine, Mathieu Nicolas/Rémy Bernard/Leveau Philippe (éd.), Grenoble 2012, S. 333–351, (zit. Le traitement juridique des usages du cours d'eau)

ARX ROLF VON, Der Eis-Rausch im Klöntal, [o.A.], Signatur: LAGL 949.49, (zit. Eis-Rausch im Klöntal)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse I, Neuchâtel 1967, (zit. Traité I)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ/SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Loseblattsammlung ab 1987, Stand 1996), Basel/Zürich/Bern 1897–1996, (zit. AUTOR, in: Komm. BV 1874, Art. _, Rz. _)

AUGUSTIN VINZENS, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, Diss. Freiburg 1983, (zit. Das Ende der Wasserrechtskonzessionen)

BARTEL OTTO/JENNY ADOLF, Glarner Geschichte in Daten – I. Band: 302–1874, Glarus 1926, (zit. Glarner Geschichte in Daten I)

– Glarner Geschichte in Daten – II. Band, Glarus 1931, (zit. Glarner Geschichte in Daten II)

– Glarner Geschichte in Daten – III. Band, Glarus 1936, (zit. Glarner Geschichte in Daten III)

BAUMGARTNER-MARTI MARTIN, Johann Jakob Blumer (1819–1875), in: Grosse Glarner – 26 Lebensbilder aus fünf Jahrhunderten, Stucki Fritz/Thürer Hans (Hrsg.), Glarus 1986, (zit. Johann Jakob Blumer)

BECK ALEXANDRE, Friedrich Ludwig von Keller 1799–1860, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Schulthess Hans (Hrsg.), Zürich 1944, S. 107–133, (zit. Friedrich Ludwig Keller)

BECKER BERNHARD, Die Glarner Landsgemeinde 1861–1878 – Berichte und Reflexionen, Eduard Vischer (Hrsg.), Glarus 1952, (zit. Die Glarner Landsgemeinde)

BEHRENDS OKKO, Gaius, in: Juristen – Ein Biographisches Lexikon – Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, Stolleis Michael (Hrsg.), München 1995, S. 221–223, (zit. Gaius)

– Neratius (Lucius N. Priscus), in: Juristen – Ein Biographisches Lexikon – Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, Stolleis Michael (Hrsg.), München 1995, S. 453–454, (zit. Neratius)

BERLINGER AUGUST, Strom aus Wasserkraft im Glarner Hinterland-Sernftal, in: Neujahrsbote für das Glarner Hinterland (Grosstal und Sernftal), Jg. 35, Glarus 2001, S. 9–30, (zit. Strom aus Wasserkraft)

BEZZOLA D., Ueber Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen mit spezieller Bezugnahme auf schweiz. Rechtszustände, Diss. Zürich 1898, (zit. Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen)

BIAGGINI GIOVANNI, Fritz Fleiner (1867–1937), in: Staatsrechtler des 20. Jahrhunderts – Deutschland, Österreich, Schweiz, 2. Aufl., Berlin/Boston 2018, S. 147–162, (zit. Fritz Fleiner)

BLEULER-HÜNI C., Bericht an die hohe Standeskommission des Kantons Glarus über die Wasserrechtsverhältnisse an der Linth, am Löntsch und an den Quellenbächen im Unterland und Vorschläge zu deren Verbesserung, Glarus 1886, (zit. Wasserrechtsverhältnisse an der Linth)

BLUMER EDUARD, Reden von Landammann Eduard Blumer, in: Glarner Beiträge zur Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialpolitik und Wirtschaftskunde – Heft 3, Trümpy H[ans] (Hrsg.), Glarus 1926, (zit. Reden)

BLUMER J[OHANN] J[AKOB], Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell – Erster Theil: Das Mittelalter, St. Gallen 1850, (zit. Staats- und Rechtsgeschichte I)

– Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell – Zweiter Teil: Die neuere Zeit (1531–1798) – Erster Band, St. Gallen 1858, (zit. Staat- und Rechtsgeschichte II.1)
– Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell – Zweiter Teil: Die neuere Zeit (1531–1798) – Zweiter Band, St. Gallen 1859, (zit. Staat- und Rechtsgeschichte II.2)
– Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes – Erster Band, Schaffhausen 1863, (zit. Bundesstaatsrecht I)
– Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes – Zweiter Band, Schaffhausen 1864, (zit. Bundesstaatsrecht II)
– Urkundensammlung zur Geschichte des Kantons Glarus – Erster Band, Glarus o.D. [1873], (zit. Urkundensammlung)

BLUMER J[OHANN] J[AKOB]/MOREL J[OSEF], Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes – Erster Band, Schaffhausen 1877, (zit. Bundesstaatsrecht I)

– Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes – Zweiter Band: I. Abtheilung, Basel 1880, (zit. Bundesstaatsrecht II.1)
– Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes – Zweiter Band: II. Abtheilung, Basel 1887, (zit. Bundesstaatsrecht II.2)

BLUMER-HEER J[OHANN] J[AKOB]/HEER OSWALD, Der Kanton Glarus, historisch-geographisch geschildert von den ältesten Zeiten bis auf die Gegenwart, in: Historisch-geographisch-statistisches Gemälde der Schweiz – VII. Band. Der Kanton Glarus, St. Gallen/Bern 1846, (zit. Der Kanton Glarus)

BLUNTSCHLI [JOHANN CASPAR], Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., München 1864, (zit. Deutsches Privatrecht)

BLUNTSCHLI J[OHANN] C[ASPAR], Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. Aufl., Zürich 1856, (zit. Staats- und Rechtsgeschichte)

BODIN JEAN: Les six livres de la repvblique [sic], Paris 1583, (zit. Les six livres de la République)

BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts (1964), in: Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte – Erweiterte Ausgabe, Böckenförde Ernst-Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2016, S. 9–41, (zit. Die Historische Rechtsschule)

BOSSHARD WERNER, Spinnerkönig Heinrich Kunz – Erfolgreich, rastlos und rücksichtslos, in: Schweizer Pioniere der Wirtschaft und Technik – Bd. 119, Verein für wirtschaftshistorische Studien (Hrsg.), (zit. Spinnerkönig Heinrich Kunz)

BURCKHARDT JACOB, Gesammelte Werke – Band IV: Weltgeschichtliche Betrachtungen, Basel 1956, (zit. Weltgeschichtliche Betrachtungen)

BURCKHARDT W[ALTHER], Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, (zit. BV-Kommentar 1874)

– Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember, in: Schweizerische Rechtsgesetzgebung des Jahres 1916, Heusler Andreas (Hrsg.), in: ZSR 1917 (36), S. 310–321, (zit. WRG)

BURGA CONRADIN (Hrsg.), Oswald Heer (1809–1883) – Paläobotaniker – Entomologe – Gründerpersönlichkeit, Zürich 2013, (zit. Oswald Heer)

CARLEN LOUIS, Rechtsgeschichte der Schweiz, Bern 1968, (zit. Rechtsgeschichte)

– Zur Rechtsgeschichte an der Rhone, in: Festschrift für Claudio Soliva zum 65. Geburtstag, Schott Clausdieter/Petrig Schuler Eva (Hrsg.), Zürich 1994, S. 49–66, (zit. Rechtsgeschichte der Rhone)

CATTORI ALFREDO, I diritti acquisiti dal concessionario nelle concessione idrauliche, Diss. Bern 1934, (zit. I diritti acquisiti)

CONSTANT BENJAMIN, Œuvres, Roulin Alfred (Hrsg.), Paris 1957, (zit. Œuvres)

DUBACH WERNER, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht – Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, in: Mitteilung Nr. 1/80, Bundesamt für Wasserwirtschaft (Hrsg.), Bern 1980, (zit. Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht)

DUBS J[AKOB], Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Dargestellt für das Volk – Erster Theil: Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878, (zit. Das Oeffentliche Recht)

EBEL JOHANN GOTTFRIED, Schilderung der Gebirgsvölker der Schweitz – Zweiter Theil: Schilderung des Gebirgsvolkes vom Kanton Glarus, Leipzig 1803 [Reprint 1983], (zit. Schilderung des Gebirgsvolkes)

EBERLE LOUIS-CHARLES, Die Schranken der Rückwirkung im eidgenössischen Wasserrecht, Diss. Bern 1960, (zit. Schranken der Rückwirkung)

EHLERS DIRK, Otto Mayer (1846–1924), in: Staatsrechtler des 20. Jahrhunderts – Deutschland, Österreich, Schweiz, 2. Aufl., Berlin/Boston 2018, S. 65–75, (zit. Otto Mayer)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen 2014, (zit. SGK-BV, AUTOR, Art. _, Rz. _)

ELSENER FERDINAND, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Zürich 1975, (zit. Die Schweizer Rechtsschulen)

FASEL URS (Hrsg.), Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 3: Schweizerische Rechtsgeschichte aus Eugen Hubers Feder, Bern 2015, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber III)

– Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 10: Eugen Hubers Gutachten 1918–1923, Bern 2018, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber X)
– Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 12: Eugen Hubers Gutachten 1914–1915, Bern 2018, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber XII)
– Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 14: Eugen Hubers Gutachten 1911–1913, Bern 2019, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber XIV)
– Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 15: Eugen Hubers Gutachten 1902–1910, Bern 2019, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber XV)
– Schriftenreihe zu Eugen Huber – Bd. 18: Eugen Hubers Gutachten 1895–1901, Bern 2020, (zit. Schriftenreihe zu Eugen Huber XVIII)

FÄSSLER ANTON, Das Recht der öffentlichen Gewässer im Kanton Appenzell I.Rh., Diss. Freiburg 1953, (zit. Das Recht der öffentlichen Gewässer im Kanton Appenzell I.Rh.)

FELLER RICHARD/BONJOUR EDGAR, Geschichtsschreibung der Schweiz – Band II: Vom Spätmittelalter zur Neuzeit, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1979, (zit. Geschichtsschreibung der Schweiz)

FENNER TIMO, Die Entstehung des Wasserrechts im bürgerlichen Rechtsstaat – Eine rechtshistorische Untersuchung zur Geschichte des Wasserrechts am Beispiel der Zürcher Regulierungen seit dem ausgehenden Ancien Régime, unter besonderer Berücksichtigung des Instituts der ‹ehehaften› Wasserrechte, Diss. Zürich 2014, (zit. Die Entstehung des Wasserrechts)

FLEINER FRITZ, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht Akademische Antrittsrede, Tübingen 1906, (zit. Umbildung zivilrechtlicher Institute)

– Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, (zit. Bundesstaatsrecht)
– Ueber die Wasserrechte der Aluminium-Industrie-Aktien-Gesellschaft Neuhausen am Rheinfall – Rechtsgutachten der Direktion der Aluminium-Industrie-Aktien-Gesellschaft Neuhausen erstattet, Zürich 1927, (zit. Wasserrechte)
– Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1963 [1928], (zit. Institutionen)
– Beamtenstaat und Volksstaat, in: Fritz Fleiner – Ausgewählte Schriften und Reden, Fanny Fleiner (Hrsg.), Zürich 1941, S. 138–162, (zit. Beamtenstaat und Volksstaat)

FÖGEN MARIE THERES, Römische Rechtsgeschichen – Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002, (zit. Römische Rechtsgeschichten)

FRITZSCHE HANS, Studiosus juris J.J. Blumer von Glarus, in: Festgabe Fritz Fleiner zum siebzigsten Geburtstag am 24. Januar 1937, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.), Zürich 1937, S. 227–256, (zit. Studiosus juris)

– Johann Caspar Bluntschli 1808–1881, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Schulthess Hans (Hrsg.), Zürich 1944, S. 135–167, (zit. Johann Caspar Bluntschli)
– Johann Jakob Blumer 1819–1875, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Schulthess Hans (Hrsg.), Zürich 1944, S. 225–255, (zit. Johann Jakob Blumer)

GADIENT ULRICH, Der Heimfall im Wasserrecht des Bundes und der Kantone, Diss. Bern 1958, (zit. Heimfall im Wasserrecht)

GEISER KARL, Beiträge zur Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, Biel 1909, (zit. Geschichte des Wasserrechtes in Bern)

GEISER KARL/ABBÜHL J. J./BÜHLMANN FRITZ, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (vom 22. Dezember 1916), Zürich 1921, (zit. Einführung und Kommentar zum WRG)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN, Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019, (zit. BSK ZGB II-AUTOR, Art._, Rz._)

GENGEL FLORIAN, Aphorismen über demokratisches Staatsrecht, Bern 1864, (zit. Aphorismen über demokratisches Staatsrecht)

GIACOMETTI Z[ACCARIA], Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Habil. Zürich 1924, (zit. Grenzziehung)

– Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941, (zit. Staatsrecht der Schweizerischen Kantone)

– Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates) – 1. Band, Zürich 1960, (zit. Allgemeine Lehren)

GIERKE OTTO VON, Das Deutsche Genossenschaftsrecht – Erster Band: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Graz 1954 [1868], (zit. Das Deutsche Genossenschaftsrecht I)

– Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Aalen 1968 [1913], 6. Aufl., (zit. Johannes Althusius)

GLAUS BEAT, Der Kanton Linth in der Helvetik, Schwyz 2005, (zit. Der Kanton Linth in der Helvetik)

GÖSCHKE R., Das Eigentum an den Privatgewässern, in: ZBJV 79 (1943), S. 241–260, (zit. Eigentum an den Privatgewässern)

GRESLY WILLY, Über die Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte nach dem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, Diss. Zürich 1923, (zit. Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte)

GRIMM DIETER, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, in: Fundamenta Juris Publici 1, Gröschner Rolf/Jetstaet Matthias/Schneider Hans-Peter (Hrsg.), Tübingen 2012, (zit. Das Öffentliche Recht)

GRIMM JACOB, Von der Poesie im Recht, Darmstadt 1957 [1816], (zit. Poesie im Recht)

– Deutsche Rechtsalterthümer von Jacob Grimm – Band I, 4. Aufl., Heusler Andreas/Hübner Rudolf (Hrsg.), Leipzig 1899 [1828], (zit. Deutsche Rechtsalterthümer I)

– Deutsche Rechtsalterthümer von Jacob Grimm – Band II, 4. Aufl., Heusler Andreas/Hübner Rudolf (Hrsg.), Leipzig 1899 [1828], (zit. Deutsche Rechtsalterthümer II)

– Weisthümer gesammelt von Jacob Grimm – Zweiter Theil, Göttingen 1840, (zit. Weisthümer II)

– Weisthümer gesammelt von Jacob Grimm – Dritter Theil, Göttingen 1842, (zit. Weisthümer III)

GSCHWEND LUKAS, Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa – Zur Wechselwirkung zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen im Rahmen der grossen Transformation 1750–1850, Sonderdruck aus: Europäische Rechts- und Regionalgeschichte Band 9, Zürich/St. Gallen 2009, S. 3–24, (zit. Wechselwirkung von Recht und Wirtschaft)

HAAB R[OBERT], Das Wasserrecht des schweiz. Zivilgesetzbuches – Vortrag gehalten am 14. Sept. 1925 anläßlich der Landwirtschaftlichen Ausstellung, in: Schweizerische Zeitschrift für Vermessungswesen und Kulturtechnik/Revue technique suisse des mensurations et améliorations foncières 24 (1926), S. 67–68, 73–89, (zit. Das Wasserrecht)

HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Sachenrecht, Band IV, Teil 1, 2. Aufl., Zürich 1979, (zit. ZK ZGB IV-Autor, Art._, S._)

HAFERKAMP HANS-PETER, Die Funktion des ‹Volksgeistes› im Rechtsdenken der Historischen Rechtsschule, in: Romantik und Recht – Recht und Sprache, Rechtsfälle und Gerechtigkeit, Arnold Antje/Pape Walter (Hrsg.), Berlin/Boston 2018, (zit. Die Funktion des Volksgeistes)

HAFF KARL, Institutionen des Deutschen Privatrechts auf rechtsvergleichender und soziologischer Grundlage zugleich Einführung ins bürgerliche Recht – Band I: Personen- und Sachenrecht, vornehmlich Deutschlands und der Schweiz, Stuttgart 1927, (zit. Institutionen des Deutschen Privatrechts)

– Das Wasserkraftrecht (mit Grundwasserrecht) Deutschlands, der Schweiz und Österreichs einschließlich der rechtsgeschichtlichen Grundlagen, Innsbruck 1951, (zit. Das Wasserkraftrecht)

HAUSER PETRA, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Diss. Zürich 2011, (zit. Linthkorrektion)

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht)

HÄNER ISABELLE, Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Verfahrensfragen, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2007, S. 39–55, (zit. Verfahrensfragen)

– Das Ende des Konzessionsverhältnisses, in: Die Konzession, Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2011, S. 89–104, (zit. Ende des Konzessionsverhältnisses)

HEER ALFRED, Das Glarnerische Kantons- und Gemeindebürgerrecht und dessen spezieller Inhalt, Diss. Zürich, Glarus 1944, (zit. Glarnerisches Kantons- und Gemeindebürgerrecht)

HEER GOTTFRIED: Landammann und Bundespräsident Dr. J. Heer. Lebensbild eines republikanischen Staatsmannes, Zürich 1885 (zit. Lebensbild eines Staatsmannes)

HEFTI F[RIEDRICH], Das Wasserrecht des Kantons Glarus unter Ausschluss der eidgenössischen Linthunternehmung, Diss. Bern, Freising-München 1922 (zit. Das Wasserrecht des Kantons Glarus)

HEFTI-HAAB H[ANS], Wasserversorgung und Elektrizität in Schwanden, in: Schmid Emanuel, Beiträge zur Geschichte der Gemeinde Schwanden, Glarus 1936, S. 240–245, (zit. Wasserversorgung)

HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Werke – Band 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse – Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, Frankfurt a.M. 1970, (zit. Grundlinien der Philosophie des Rechts)

HENKE EDUARD, Oeffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone der Schweiz – Nebst Grundzügen des allgemeinen Staatsrechts, Aarau 1824, (zit. Oeffentliches Recht)

HEROLD HANS, Geleitwort, in: Die Rechtsquellen des Kantons Glarus – Erster Band: Urkunden, Vereinbarungen und Gerichtsordnungen, Stucki Fritz (Hrsg.), Aarau: 1983, S. V–VI (zit. Geleitwort)

HETTICH PETER/JANSEN LUC/NORER ROLAND, Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, (zit. Komm. GSchG/LEaux oder WBG/LACE, AUTOR, Art. _, Rz. _)

HETTLINGEN KONRAD VON, Das Wasserrecht im Kanton Schwyz unter Berücksichtigung der einschlägigen Bundesgesetzgebung, Diss. Freiburg 1917, (zit. Das Wasserrecht im Kanton Schwyz)

HEUSLER ANDREAS, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885, (zit. Institutionen des Deutschen Privatrechts)

HILLER HANS, Die Erfindung der Mitte – Staatsmann Arnold Otto Aepli – 1816–1897, St. Gallen 2011, (zit. Die Erfindung der Mitte)

HILTY E., Die wohlerworbenen Rechte im Gebiet der Benützung der öffentlichen Gewässer, ZSR 1900 (19), S. 495–496, (zit. Wohlerworbene Rechte)

HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts – Erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798 bis 1813, Basel 1920, (zit. Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrecht I)

– Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts – Zweiter Band: Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848, Basel 1929, (zit. Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrecht II)

HOLENSTEIN ROLF, Stunde Null – Die Neuerfindung der Schweiz 1848 – Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018, (zit. Stunde Null)

HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 7. Aufl., Heidelberg 2010, (zit. Römisches Recht)

HOPHAN ALFONSO C., Die Verfassungsrevolution an der Glarner Landsgemeinde von 1836 – Ein Beitrag zur Schweizer Verfassungsgeschichte zwischen Regeneration und Kulturkampf, in: Hafner Felix/Kley Andreas/Monnier Victor/Schmid Stefan G. (Hrsg.): COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE – Band. XVII, Lausanne 2020, S. 139–181, (zit. CHIH)

– Die Verfassungsrevolution an der Glarner Landsgemeinde von 1836 – Ein Beitrag zur Glarner Demokratie- und Verfassungsgeschichte, in: Gschwend Lukas/Pahud de Mortanges René (Hrsg.): Europäische Rechts- und Regionalgeschichte – Band 23, Zürich/St. Gallen 2021, (zit. Verfassungsrevolution)

HÖSLI JOST, Oswald Heer (1809–1883), in: Grosse Glarner – 26 Lebensbilder aus fünf Jahrhunderten, Stucki Fritz/Thürer Hans (Hrsg.), Glarus 1986, (zit. Oswald Heer)

HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes – Erster Band, Basel 1886, (zit. System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes I)

– System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes – Dritter Band, Basel 1889, (zit. System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes III)

– System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes – Vierter Band, Basel 1893, (zit. System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes IV)

– Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht – Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern verfasst, Bern 1894, (zit. Bedeutung der Gewere)

– Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte, anlässlich der XXXVIII. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in St. Gallen, in: ZSR 41/1900, S. 503–592, (zit. Die Gestaltung des Wasserrechtes)

– Materialien zum Zivilgesetzbuch – Band II: Die Erläuterungen von Eugen Huber – Text des Vorentwurfs von 1900, Reber Markus/Hurni Christoph (Hrsg.), in: Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Hausheer Heinz/Walter (Hrsg.), Bern 2007 [1900], (zit. Erläuterungen zum Vorentwurf)

HUBER MAX, Die Wasserrechte nach dem Entwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches – Vortrag gehalten in der Sitzung des zürcherischen Juristenvereins am 22. März 1906, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. XII, Zürich 1906, (zit. Die Wasserrechte nach dem Entwurf)

ISELIN ISAAK, Versuch über das schweizerische Staatsrecht, in: Gesammelte Schriften, Kommentierte Ausgabe – Band I: Schriften zur Politik, Florian Gelzer (Hrsg.), Basel [o.A.], (zit. Versuch über das schweizerische Staatsrecht)

ITEN FRIEDRICH, Die Wasserrechtsverleihung als selbständiges, dauerndes Recht, Diss. Freiburg 1924, (zit. Die Wasserrechtsverleihung)

ITEN WERNER E., Das Wasserrecht nach dem zuger. Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch unter Berücksichtigung der übrigen kantonalen Wasserrechtsgesetzgebung und der einschlägigen Bundesgesetzgebung, Diss. Zürich 1914, (zit. Zuger Wasserrecht)

JAGMETTI RICCARDO: Rezension von Dubach Werner, Dr., alt Bundesrichter: Die Wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, in: ZBl 1981 (82), S. 140–143, (zit. Rezension)

– Energierecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Band VII, Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel/Genf/München 2005, (zit. Energierecht)

JEGHER A., Bericht über die Wasserverhältnisse der Schweiz, Bern 1894, (zit. Bericht über die Wasserverhältnisse)

JENNY ADOLF/LUCHSINGER F., Die industrielle und gewerbliche Benutzung der Wasserläufe in Glarus und Umgebung geschichtlich dargestellt, Glarus 1935, (zit. Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe)

JENNY HANS, Das Glarnerland im Spiegel seiner älteren graphischen Darstellungen, Glarus 1927, (zit. Das Glarnerland im Spiegel)

JUNG JOSEF, Alfred Escher 1819–1882 – Der Aufbruch zur modernen Schweiz – Teil 1: Leben und Wirken, Zürich 2006, (zit. Aufbruch zur modernen Schweiz I)

– Alfred Escher 1819–1882 – Aufstieg, Macht, Tragik, 6. Aufl., Zürich 2017, (zit. Alfred Escher)

– Das Laboratorium des Fortschritts – Die Schweiz im 19. Jahrhundert, Walchwil/Zug 2019, (zit. Das Laboratorium des Fortschritts)

KAMM ROLF, Glarus zwischen Habsburg und Zürich – Die Entstehung des Landes im Spätmittelalter, Baden 2010, (zit. Glarus zwischen Habsburg und Zürich)

KAMM ROLF/PETER-KUBLI SUSANNE (Hrsg.), 1415 und die Freiheit – Reichsfreiheit, Unabhängigkeit und Souveränität am Beispiel Glarus, Baden 2017, (zit. 1415 und die Freiheit)

KASER MAX/KNÜTEL ROLF, Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch, 20. Aufl., München 2014, (zit. Römisches Privatrecht)

KAUFMANN ANDRÉA, Spinnen, Weben, Drucken – Pioniere des Glarnerlandes, in: Schweizer Pioniere der Wirtschaft und Technik – Bd. 99, Verein für wirtschaftshistorische Studien (Hrsg.), Zürich 2014, (zit. Pioniere des Glarnerlandes)

KAUFMANN EKKEHARD, Deutsches Recht – Die Grundlagen, Berlin 1984, (zit. Deutsches Recht)

KLEY ANDREAS, Von Stampa nach Zürich – Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich/Basel/Genf 2014, (zit. Von Stampa nach Zürich)

– Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, (zit. Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz)

– Max Huber (1874–1960), in: Staatsrechtler des 20. Jahrhunderts – Deutschland, Österreich, Schweiz, 2. Aufl., Berlin/Boston 2018, S. 197–209, (zit. Max Huber)

– Zaccaria Giacometti (1893–1970), in: Staatsrechtler des 20. Jahrhunderts – Deutschland, Österreich, Schweiz, 2. Aufl., Berlin/Boston 2018, S. 519–535, (zit. Zaccaria Giacometti)

– Verfassungsgeschichte der Neuzeit – Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020, (zit. Verfassungsgeschichte der Neuzeit)

KLÖTI EMIL, Die Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes in der Schweiz – Kritik und Vorschläge, Zürich 1905, (zit. Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes)

KNAPP BLAISE, La fin des concessions hydrauliques, ZSR 1982 (101, 1. Halbband), S. 121–170, (zit. La fin des concessions hydrauliques)

KNÜTEL ROLF, Ulpianus, Domitius, in: Juristen – Ein Biographisches Lexikon – Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, Stolleis Michael (Hrsg.), München 1995, S. 625–626, (zit. Ulpian)

KOEHNE CARL, Das Recht der Mühlen bis zu Ende der Karolingerzeit – Ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Gewerberechts, in: Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte – 71. Heft, Otto Gierke (Hrsg.), Breslau 1904, (zit. Das Recht der Mühlen)

KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, (zit. Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I)

– Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte – Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, (zit. Quellenbuch)

– Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, (zit. Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte II)

KRADOLFER MATTHIAS, Justitias ‹Emancipation› – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848 – Unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, in: Europäische Rechts- und Regionalgeschichte – Bd. 15, Gschwend Lukas/Pahud de Mortanges René (Hrsg.), Diss. St. Gallen 2011, (zit. Justitias Emancipation)

– Intertemporales öffentliches Recht – Ein Beitrag zum zeitlichen Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrechts, Habil. Zürich/St. Gallen 2020, (zit. Intertemporales öffentliches Recht)

KROESCHELL KARL, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1259), Opladen 1992, (zit. Deutsche Rechtsgeschichte I).

KRONENBERG MÜLLER ROMANA, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, ZBl 113/2012, S. 283–303, (zit. Heimfall im Glarner Wasserrecht)

LAUPPER HANS, Die Glarner National- und Ständeräte 1848 bis 1991, in: Davatz Jürg (Hrsg.), Glarus und die Schweiz – Streiflichter auf wechselseitige Beziehungen, Glarus 1991, S. 73–86, (zit. Glarner National- und Ständeräte)

LEU JOHANN JACOB, Eydgenössisches Stadt- und Landrecht. Darinn Der XIII. und Zugewandten Lobl. Städt und Orten Der Eydgenosschafft Stadt- und Land-Gesetze vorgestellet und erläuteret werden, Zweyter Theil, Zürich 1728, (zit. Eydgenössisches Stadt- und Landrecht II)

LEWIS C[LIVE] S[TAPLES], The Discarted Image – An Introduction to Medieval and Renaissance Literature, Cambridge 2013 [1964], (zit. The Discarted Image)

LIVER PETER: Der Prozess des Müllers Arnold und das geltende private Wasserrecht – Vortrag gehalten an der Hauptversammlung des Bernischen Juristenvereins am 20. Oktober 1945 in Büren a.A., in: ZBJV 82/1946, S. 97–113, 145–165 (zit. Der Prozess des Müllers Arnold) [ebenfalls abgedruckt in: Privatrechtliche Abhandlungen – Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Bern 1972, S. 407–440]

– Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht. Centenarium 1852–1952, Basel 1952 (zit. Die Entwicklung des Wasserrechts) [ebenfalls abgedruckt in: DERS., Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte, Chur 1970, S. 156–195]

– Die Regenerationszeit in den 1830/31 nicht regenerierten Kantonen, in: Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte, Chur 1970, S. 196–235, (zit. Regenerationszeit)

– Vorwort, in: Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte, Chur 1970, S. VIII–IX, (zit. Vorwort)

- Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Privatrechtliche Abhandlungen – Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Bern 1972, S. 465–493, (zit. Die ehehaften Wasserrechte)
- Rechtsgutachten über das Vorrecht der Nordostschweizerischen Kraftwerge AG vor privaten Konzessionsbewerbern auf die Erteilung der Konzessionen für Projekte von grösseren Kraftwerkanlagen gemäß § 5 des NOK-Vertrages, der Kraftwerk Laufenburg AG erstattet, Liebefeld bei Bern 1980, (zit. Rechtsgutachten NOK)
- Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht, in: Rechtsgeschichtliche Aufsätze – neue Folge, Pio Caroni (Hrsg.), Chur 1982, S. 1–16, (zit. Bedeutung des Deutschen Privatrechts)
- Natur, Gesetz, Lehre und Überlieferung im Wasserrecht, in: Rechtsgeschichtliche Aufsätze – neue Folge, Pio Caroni (Hrsg.), Chur 1982, S. 17–39, (zit. Überlieferung im Wasserrecht)
- Zur Kulturgeschichte der Mühle, in: Rechtsgeschichtliche Aufsätze – neue Folge, Pio Caroni (Hrsg.), Chur 1982, S. 89–117, (zit. Kulturgeschichte der Mühle)

LOUIS ROBERT, De l'utilisation des forces hydrauliques dans l'avant-projet de Code Civil Fédéral et dans quelques législations étrangères, Diss. Lausanne 1903, (zit. De l'utilisation des forces hydrauliques)

LUCHSINGER KURT, Der Tagwen im Rahmen des glarnerischen Gemeindewesens, Diss. Bern, Glarus 1941, (zit. Der Tagwen)

MAISSEN THOMAS, Die Geburt der Republic – Staatsverständnis und Repräsentation in der frühneuzeitlichen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Göttingen 2008, (zit. Die Geburt der Republic)

MARQUARDT BERND, Die alte Eidgenossenschaft und das Heilige Römische Reich (1350–1798) – Staatsbildung, Souveränität und Sonderstatus am alteuropäischen Alpenrand, Zürich/St. Gallen 2007, (zit. Die alte Eidgenossenschaft und das Heilige Römische Reich)

MARTI-WEISSENBACH KARIN/MARTI HANSPETER, Privatbibliothek im Haus «in der Wiese», Glarus, in: Handbuch der historischen Buchbestände in der Schweiz – Band I: Kantone Aargau bis Jura, Zentralbibliothek Zürich (Hrsg.), Zürich 2011, S. 415–420 (zit. Privatbibliothek im Haus in der Wiese)

MAYER OTTO, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1885, (zit. Theorie des Französischen Verwaltungsrechts)
- Deutsches Verwaltungsrecht – Zweiter Band, Dritte Aufl., Berlin 1969 [1924], (zit. Deutsches Verwaltungsrecht II)

MAZZOLINI HANSRUEDI, Eduard Blumer (1848–1925) – ein Glarner Landammann, Näfels 2015, (zit. Eduard Blumer)

MEDER STEPHAN, Rechtsgeschichte – Eine Einführung, 5. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2014, (zit. Rechtsgeschichte)

MERZ [o.A.], Die Befugnis der Bundesbehörden auf dem Gebiete der Nutzbarmachung der Wasserkräfte, in: Protokoll der 61. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 6. und 7. September 1926 im Rathause in Schwyz, ZSR 45 (1926), S. 442a–483a, (zit. Die Befugnis der Bundesbehörden)

MERZ HANS, Ansprache von Professor Hans Merz, in: Privatrechtliche Abhandlungen – Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Merz Hans (Hrsg.), Chur 1972, S. 19–27, (zit. Ansprache)

MEYER BRUNO, Die thurgauischen Wasserrechte, ZSR 1940 (59), S. 154–189, (zit. Thurgauische Wasserrechte)

MEYER WERNER, Das Glarnerland im 14. Jahrhundert, in: Neujahrsbote für das Glarner Hinterland (Grosstal und Sernftal) 1988, Glarus 1988, S. 105–126 (zit. Das Glarnerland im 14. Jahrhundert)

MEYER VON KNONAU GEROLD (Hrsg.): Lebenserinnerungen von Ludwig Meyer von Knonau 1796–1841, Frauenfeld 1883, (zit. Lebenserinnerungen)

MITTEIS HEINRICH, Der Staat des Hohen Mittelalters – Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters, 11. Aufl., Köln/Wien 1986, (zit. Der Staat des Hohen Mittelalters)

MITTEIS HEINRICH/LIEBERICH HEINZ, Deutsche Rechtsgeschichte – Ein Studienbuch, 16. Aufl., München 1981, (zit. Deutsche Rechtsgeschichte)

MUFF JOSEF, Das Wasserrecht im Kanton Luzern mit Berücksichtigung der einschlägigen Bundesgesetzgebung, Diss. Bern 1910, (zit. Das Wasserrecht im Kanton Luzern)

MUTZNER PAUL, Die Bundesgesetzgebung über die Ausnützung der Wasserkräfte, in: Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Jg. 30 [1916], Hilty Carl/Burckhardt W[althe r] (Hrsg.), Bern 1917, S. 243–292, (zit. Bundesgesetzgebung)

– Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkräfte und die Grenzen der fiskalischen Belastung der Wasserwerke, in: Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Schweizerischen Juristentag vom 9.-11. September 1928, Zürich 1928, S. 15–39, (zit. Verfügungsrecht des Gemeinwesens)
– Der zeitliche Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, in: Festgabe Fritz Fleiner zum siebzigsten Geburtstag am 24. Januar 1937, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.), Zürich 1937, S. 115–130, (zit. Zeitlicher Geltungsbereich)

MÜLLER EMIL, Das Eigentum an den öffentlichen Sachen im Schweizer Recht, in: ZSR 31 (1912), S. 207–264, (zit. Eigentum an öffentlichen Sachen)

MÜLLER GEORG: Rechtsgutachten im Zusammenhang mit dem NOK-Gründungsvertrag, Untererlinsbach 1981, (zit. Rechtsgutachten NOK)

MÜLLER ROGER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft – Fritz Fleiner 1867–1937, Diss. Zürich 2005, (zit. Verwaltungsrecht als Wissenschaft)

OGRIS W[ERNER], Heimfallrecht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – Bd. 2: Haustür–Lippe, Erler Adalbert/Kaufmann Ekkehard (Hrsg.), Berlin 1978, Sp. 51–55, (zit. Heimfallrecht)

OLECHOWSKI THOMAS: Jura quaesita, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – Bd. II: Geistliche Gerichtsbarkeit – Kodifikation, Cordes Albrecht/Lück Heiner/Werkmüller Dieter (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1424–1426, (zit. Jura quaesita)

OSER CHARLES, Les concessions hydrauliques dans le Canton du Valais – Étude de droit public fédéral et cantonal, Diss. Lausanne 1927 (zit. Les concessions hydrauliques)

OSSIG ALFRED, Römisches Wasserrecht, Leipzig 1898, (zit. Römisches Wasserrecht)

PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Schweizerische Rechtsgeschichte – Ein Grundriss, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, (zit. Schweizerische Rechtsgeschichte)

PETER HANSJÖRG, Texte zum römischen und schweizerischen Erb-, Sachen-, Prozess- und Vollstreckungsrecht/Textes de droit romain et de droit suisse: Successions, droits réels, procédure et exécution forcée, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, (zit. Texte zum römischen Recht)

PFLEGHART A[DOLF], Grundzüge einer Bundesgesetzgebung über die Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte – I. Teil: Die Ausnutzung der Wasserkräfte, Zürich 1907, (zit. Grundzüge I)

– Grundzüge einer Bundesgesetzgebung über die Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte – II. Teil: Die Verwertung der Wasserkräfte / Anhang: Entwurf eines Bundesgesetzes über die Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte, Zürich 1909, (zit. Grundzüge II)

– Zur bundesgesetzlichen Ordnung des Wasserrechts, SJZ 1907/08 (4), S. 1–3, (zit. Ordnung des Wasserrechts)

– Der Wasserrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 1908/09 (5), S. 109–112, (zit. Wasserrechtsartikel)

POLEDNA TOMAS, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Habil. Zürich 1993, (zit. Staatliche Bewilligungen und Konzessionen)

RENNER FELIX, Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert – Ein Beitrag zur Dogmengeschichte, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft – Heft 295, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.), Zürich 1968, (zit. Der Verfassungsbegriff)

REINHARD WOLFGANG, Geschichte der Staatsgewalt – Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, München 2002, 3. Aufl., (zit. Geschichte der Staatsgewalt)

REPGOW EIKE VON, Der Sachsenspiegel, Schott Clausdieter/Schmidt-Wiegand Ruth (Hrsg.), Zürich 1984, (zit. Der Sachsenspiegel)

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, (zit. Öffentliches Wirtschaftsrecht)

RIKLIN ALOIS/MÖCKLI SILVANO, Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee – Kapitel 1: Ideengeschichtlicher Kontext, in: Handbuch Politisches System der Schweiz – Manuel Système politique de la Suisse – Bd. 1: Grundlagen – Le Contexte, Riklin Alois (Hrsg.), Bern/Stuttgart 1983, S. 11–118, (zit. Werden und Wandel)

ROHR AUGUST: Geschichte der Gemeinde Niederurnen, Gemeinderat Niederurnen (Hrsg.), Niederurnen 2010 (zit. Geschichte der Gemeinde Niederurnen)

– Maschinen- und Menschenwerk – Wie die Fabrikindustrie das Leben veränderte, in: Ännet em Jordan – Wie sich die Kantone St. Gallen, Schwyz und Glarus beidseits der Linth begegnen, Paradowski Stefan et al. (Hrsg.), Kaltbrunn 2013, S. 129–137 (zit. Maschinen- und Menschenwerk)

RUFFIEUX ROLAND, Les données de l'histoire constitutionelle, in: Handbuch Politisches System der Schweiz – Manuel Système politique de la Suisse – Bd. 1: Grundlagen – Le Contexte, Riklin Alois (Hrsg.), Bern/Stuttgart 1983, S. 119–211, (zit. Données de l'histoire constitutionelle).

SAITZEW M[ANUEL], Die Heimfallabschreibungen und ihre steuerrechtliche Behandlung, Zürich 1948, (zit. Heimfallabschreibungen)

SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, (zit. Vom Beruf unsrer Zeit)

– Ueber den Zweck dieser Zeitschrift (S. 1–17), in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft – Erster Band, SAVIGNY F[RIEDRICH] C[ARL] V[ON]/EICHHORN C[ARL] F[RIEDRICH]/GÖSCHEN J[OHANN] F[RIEDRICH] L[UDWIG] (Hrsg.), Berlin 1815, (zit. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift)

– System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band, Berlin 1840, (zit. System des heutigen Römischen Rechts)

SCHILLER FRIEDRICH, Werke in drei Bänden – Band II, München 1966, (zit. Werke II)

– Werke in drei Bänden – Band III, München 1966, (zit. Werke III)

SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich 2010, (zit. Verwaltungsermessen)

– 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130 (2011) II, S. 331–437, (zit. 100 Jahre Verwaltungsrecht)

– Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung – Narrative über Vergangenes – Versuch einer Typologie, in: Administory – Zeitschrift für Verwaltungsgeschichte – Band 1, Collin Peter/Rohringer Thomas/Wenzelhuemer Roland (Hrsg.), Warschau 2016, S. 54–77, (Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung)

– Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, in: Sicherheit & Recht 2/2017, S. 63–70, (zit. Polizeibegriff)

– § 136 – Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum – Band VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, von Bogdandy Armin, Huber Peter Michael, Marcusson Lena (Hrsg.), Köln 2019, S. 601–662, (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz)

SCHLITTLER-BARTEL PETER, Holz, Eisen, Gletschern und Wasserkraft, in: Das Klöntal – Kleinod im Glarnerland – Landschaft, Geschichte, Kunst, Museum des Landes Glarus (Hrsg.), Glarus 1996, (zit. Gletschern)

SCHOTT CLAUSDIETER, Lex Alamannorum, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – II. Band, Erler Adalbert/Kaufmann Ekkehard (Hrsg.), Berlin 1978, Sp. 1879–1886, (zit. Lex Alamannorum)

– Der Stand der Leges-Forschung, in: Frühmittelalterliche Studien, Jahrbuch des Instituts für Frühmittelalterforschung der Universität Münster – 13. Band, Hauck Karl (Hrsg.), Berlin/New York 1979, S. 29–55, (zit. Der Stand der Leges-Forschung)

– Recht und Gesetzgebung bei den Alamannen, Burgundern und Langobarden, in: Ur- und frühgeschichtliche Archäologie der Schweiz – Band IV: Das Frühmittelalter, o.A. 1979, S. 203–212, (zit. Recht und Gesetzgebung bei den Alamannen)

– Zur Geltung der Lex Alamannorum, in: Die Historische Landschaft zwischen Lech und Vogesen – Forschungen und Fragen zur gesamtalemannischen Geschichte, Augsburg 1988, S. 75–105, (zit. Geltung der Lex Alamannorum)

– Stammesrechte (Sonderdruck), in: Lexikon des Rechts, o.A. 1989, (zit. Stammesrechte)

SCHULTHEISS BEAT, Wohlerworbene Rechte in der schweizerischen Rechtsordnung, Diss. Basel 1980, (zit. Wohlerworbene Rechte)

SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht der Schweiz – Band II. 1. Hälfte: Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zürich 1931, (zit. Das Zivilprozessrecht der Schweiz II.1)

SCHWEIZER RAINER J, Verfassung des Kantons Glarus – Kommentar zum Entwurf, Band I, Glarus 1981, (zit. Kommentar KV GL I)

– § 36 Wissenschaft von Verfassungsrecht: Schweiz, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, von Bogdandy Armin et al. (Hrsg.), Heidelberg 2008, S. 715–745, (zit. Wissenschaft von Verfassungsrecht)

SEILER HARALD, Die Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen im Verlauf der Geschichte des Wasserrechts – Ein vergleichender Überblick, Diss. Bonn 1976, (zit. Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen)

SENN MARCEL, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie – Historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, Zürich/St. Gallen 2012, (zit. Rechts- und Gesellschaftsphilosophie)

SENN MARCEL/GSCHWEND LUKAS/PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Rechtsgeschichte auf kulturgeschichtlicher Grundlage, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, (zit. Rechtsgeschichte)

SPÄLTI HEINRICH, Geschichte der Stadt Glarus, Glarus 1911, (zit. Geschichte der Stadt Glarus)

SPÄLTI THOMAS/LIENHARD ANDI/MARTI FRITZ/STAUB PETER, Wie heisst es da? Die Flurnamen der Gemeinde Glarus, Ennenda – Glarus – Riedern – Netstal, Glarus 2020, (zit. Flurnamen der Gemeinde Glarus)

SPEICH DANIEL, Helvetische Meliorationen – Die Neuordnung der gesellschaftlichen Naturverhältnisse an der Linth (1783–1823), Zürich 2003, (zit. Helvetische Melioriationen)

STAUFFACHER HANS RUDOLF, Herrschaft und Landsgemeinde – Die Machtelite in Evangelisch-Glarus vor und nach der Helvetischen Revolution, Glarus 1989 (zit. Herrschaft und Landsgemeinde)

STAUFFACHER WERNER, Die Versammlungsdemokratie im Kanton Glarus – Ein Beitrag zur Kenntnis der glarnerischen Landsgemeinde und Gemeindeversammlungen, Diss. Zürich, Glarus 1964 (zit. Versammlungsdemokratie im Kanton Glarus)

STEINER HANSJÖRG, Die Rechtstellung des Anstössers an öffentlichen Gewässern, in: Europäische Hochschulschriften – Reihe II, d. 89, Bern/Frankfurt 1974, (zit. Rechtstellung des Anstössers)

STEINMÜLLER JOHANN RUDOLF, Beschreibung der schweizerischen Alpen- und Landwirtschaft nach den verschiedenen Abweichungen einzelner Kantone. Nebst einer kurzen Anzeige der Merkwürdigkeiten dieser Alpen – Erstes Bändchen, welches die Alpen- und Landwirtschaft des alten Kantons Glarus enthält, in: Glarus um 1800 – Johann Rudolf Steinmüllers Beschreibung der Glarner Alp- und Landwirtschaft, Werner Vogler (Hrsg.), Glarus 1989 [1802], (zit. Die Alpenwirtschaft des Kantons Glarus)

STOLLEIS MICHAEL, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Zweiter Band: Staatslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992, (zit. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II)

– Konstitution und Intervention – Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2001, (zit. Konstitution und Intervention)
– Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, in: Jacob Burckhardt-Gespräche auf Castelen – Bd. 21, Boehm Gottfried et al. (Hrsg.), Basel 2008, (zit. Rechtsgeschichte)
– Gemeingebrauch, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – Band 2, Cordes Albrecht/Lück Heiner/Werkmüller Dieter/Wiegand-Schmidt Ruth (Hrsg.), Berlin 2012, Sp. 86, (zit. Gemeingebrauch)
– Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Erster Band: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800, 2. Aufl., München 2012, (zit. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I)
– Öffentliches Recht in Deutschland – Eine Einführung in seine Geschichte (16.–21. Jahrhundert), München 2014, (zit. Öffentliches Recht in Deutschland)

STRAUBHAAR ADRIAN, Dereliktion als ultima ratio? – Zur Problematik des ‹aufgegebenen› Grundstücks, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2/2000, S. 65–69, (zit. Dereliktion)

STRUB DOMINIK, Wohlerworbene Rechte – Insbesondere im Bereich des Elektritzitätsrechts, Diss. Fribourg 2001, (zit. Wohlerworbene Rechte).

STUCKI FRITZ, Varia zur Glarner Geschichte, Glarus 1983, (zit. Varia zur Glarner Geschichte)

STUCKI H., Hoheitsrecht des Staates und Privatrecht bei der Nutzbarmachung der Wasserkraft, in: ZBJV 43 (1907), S. 11–18, S. 69–74, (zit. Hoheitsrecht des Staates)

STÜSSI HEINRICH, Wasserkraft – Der glarnerische Brodkorb – Festschrift des Elektrizitätswerkes Linthal zu seinem 100-jährigem Bestehen, Schwanden [2001], (zit. Der glarnerische Brodkorb)

– Wasserkraft – Der glarnerische Brodkorb, in: Neujahrsbote für das Glarner Hinterland (Grosstal und Sernftal), Jg. 35, Glarus 2001, S. 45–48 (zit. Neujahrsbote)

SUETON [GAIUS SUETONIUS TRANQUILLUS], Leben der Caesaren, Zürich/Stuttgart 1955, (zit. Leben der Caesaren)

THÜRER GEORG, Kultur des alten Landes Glarus – Studie des Lebens einer eidgenössischen Demokratie im 16. Jahrhundert, Glarus 1938, (zit. Kultur des alten Landes Glarus)

THÜRER HANS, Geschichte der Gemeinde Mollis, Glarus 1954, (zit. Geschichte der Gemeinde Mollis)

– Eduard Blumer (1848–1925), in: Grosse Glarner – 26 Lebensbilder aus fünf Jahrhunderten, Stucki Fritz/Thürer Hans (Hrsg.), Glarus 1986, S. 265–274 (zit. Eduard Blumer)

THÜRER PAUL/THÜRER HANS, Geschichte der Gemeinde Netstal, Gemeinderat Netstal (Hrsg.), Netstal 1963, (zit. Geschichte der Gemeinde Netstal)

TOCQUEVILLE [ALEXIS DE], L'Ancien Régime et la Révolution, in: Bibliothèque de la Pléiade – Tocqueville – Œuvres III, Furet François/Mélonio Françoise (Hrsg.), Paris 2004 [1856], S. 41–242, (zit. L'Ancien Régime et la Révolution)

TRÜB HANS, Der Staat und die Wasserkraftanlagen in der Schweiz, Diss. Zürich 1922, (zit. Der Staat und die Wasserkraftanlagen)

TRÜMPI CHRISTOPH, Neuere Glarner-Chronik, Glarus 1774, (zit. Neuere Glarner-Chronik)

TRÜMPY H[ANS], Die Expropriation nach eidgenössischem Wasserrecht, in: MBVN 18 (1920), S. 145–157, (zit. Die Expropriation)

– Ueber die rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, in: ZBJV 60 (1924), S. 105–132, (zit. Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung)

– Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession – Referat von Dr. Hans Trümpy, Glarus, an dem von S.W.V. und V.S.E. veranstalteten Vortragszyklus vom 2./3. Juni 1938 in Zürich, Sonderdruck aus der schweizerischen Monatsschrift ‹Wasser- und Energiewirtschaft› Hefte 1 und 2, Zürich 1939, (zit. Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession)

TSCHUDI FRIEDRICH VON, Das Thierleben der Alpenwelt – Naturansichten und Thierzeichnungen aus dem schweizerischen Gebirge, 10. Aufl., Leibzig 1875, (zit. Thierleben der Alpenwelt)

TSCHUDI JOH[ANN] HEINRICH, Beschreibung des Lobl. Orths und Lands Glarus, vorstellende so wol diß Lands natürliche Beschaffenheit und Regiments Politische Verfassung/ als auch und fürnemlich die Geschichten/ die sich in und mit demselbigen zugetragen. Auß allerhand glaubwürdigen Documentis zusammen gebracht/ und nach der Jahr-Ordnung biß auf gegenwertige Zeit außgeführt. Damt einem Anhang von dem Toggenburger-Geschäft, Zürich 1714, (zit. Beschreibung des Landes Glarus)

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2006, (zit. Wirtschaftsfreiheit)

VEREIN ZUR ERFORSCHUNG UND DOKUMENTATION DER ORTSGESCHICHTE VON ENGI (Hrsg.), Engi – Ein historischer Spaziergang, Glarus 1996, (zit. Engi)

VISCHER EDUARD, Autobiographisches aus dem Glarnerland vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in: Heimat und Welt – Studien zur Geschichte einer schweizerischen Landsgemeinde-Demokratie, Vischer Eduard (Hrsg.), Bern 1983, S. 317–361, (zit. Autobiographisches)

– Denkblätter – Dr. iur. Joachim Heer (1825–1879), in: Heimat und Welt – Studien zur Geschichte einer schweizerischen Landsgemeinde-Demokratie, Vischer Eduard, Bern 1983, S. 367–369, (zit. Denkblätter)
– Joachim Heer (1825–1879), in: Grosse Glarner – 26 Lebensbilder aus fünf Jahrhunderten, Stucki Fritz/Thürer Hans (Hrsg.), Glarus 1986, S. 227–237, (zit. Joachim Heer)
– Landamann Dr. Joachim Heers deutsche Gesandtschaft, in: Heimat und Welt – Studien zur Geschichte einer schweizerischen Landsgemeinde-Demokratie, Vischer Eduard, Bern 1983, S. 253–301, (zit. Joachim Heers deutsche Gesandtschaft)
– Wirtschaft und Staat im Glarnerland im Wandel der Zeiten, in: Heimat und Welt – Studien zur Geschichte einer schweizerischen Landsgemeinde-Demokratie, Vischer Eduard, Bern 1983, S. 217–229, (zit. Wirtschaft und Staat)

WALDMANN BERNHARD, Die Konzession – Eine Einführung, in: Die Konzession, Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1–26, (zit. Die Konzession)

WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, (zit. Elektrizitätswirtschaftsrecht)

WELKER K[ARL] H. L., Volksgeist, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – Bd. 5: Straftheorie–Zycha, Erler Adalbert/Kaufmann Ekkehard (Hrsg.), Berlin 1998, S. 986–990, (zit. Volksgeist)

WERRA RAPHAEL VON, Fragen zum Ablauf von Wasserrechtskonzessionen mit Heimfall unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Wallis, ZBl 1980 (81), S. 1–20, (zit. Ablauf von Wasserrechtskonzessionen)

WESEL UWE, Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 4. Aufl., München 2014, (zit. Geschichte des Rechts)

WETTSTEIN BENNO, Rückkauf und Heimfall im schweizerischen Wasserrecht, in: Verbandsschrift Nr. 13, Schweizerischer Wasserwirtschaftsverband (Hrsg.), [Zürich] [1926], (zit. Rückkauf und Heimfall)

WICK ALBERT, Das Nutzungsrecht an der Wasserkraft, Diss. Basel 1924, (zit. Nutzungsrecht an der Wasserkraft)

WIELAND OTTO, Die Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden, Diss. Zürich 1941, (zit. Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden)

WIDMER CHRISTIAN, Die Heimfallverzicht-Erklärung im Wasserrecht, Diss. Zürich 1990, (zit. Heimfallverzicht-Erklärung)

WIDMER PAUL, Die Schweizer Gesandtschaft in Berlin – Geschichte eines schwierigen diplomatischen Postens, 2. Aufl., Zürich 1998, (zit. Schweizer Gesandtschaft in Berlin)

WINTELER JAKOB, Das Land Glarus – Chronik seiner Landschaft, Geschichte, Kultur und Wirtschaft, Glarus 1945, (zit. Das Land Glarus)

– Geschichte des Landes Glarus – von den Anfängen bis 1638, Glarus 1954, (zit. Geschichte des Landes Glarus I)
– Geschichte des Landes Glarus – von 1638 bis zur Gegenwart, Glarus 1954, (zit. Geschichte des Landes Glarus II)
– Glarus – Geschichte eines ländlichen Hauptortes, 2. Aufl., Glarus 1961, (zit. Geschichte eines ländlichen Hauptortes)

WÜRGLER ANDREAS, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Verfassungsrecht der Schweiz – Bd. I: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2020, S. 31–56, (zit. Geschichte des Verfassungsrechts bis 1798)

WYER HANS, Die Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum – Rechtliche Grundlagen und Perspektiven, Zürich/Basel/Genf 2002, (zit. Nutzung der Wasserkraft)

– Die öffentlichen Abgaben der Wasserkraftnutzung im Alpenraum, Zürich/Basel/Genf 2006, (zit. Die öffentlichen Abgaben der Wasserkraftnutzung)

ZOPFI FRITZ, Die Namen der glarnerischen Gemeinden und weitere Beiträge zur Ortsnamenforschung und Siedlungsgeschichte des Glarnerlandes und seiner Nachbargebiete, Glarus 1984, (zit. Namen der glarnerischen Gemeinden)

ZWEIFEL ERNST, Johann Jakob Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft – Heft 266, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich (Hrsg.), Zürich 1966, (zit. Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch)

Internetquellenverzeichnis

Alle angegebenen Internetseiten wurden zuletzt am 12. Mai 2022 besucht.

1. Beiträge aus den Jahrbüchern des Historischen Vereins des Kantons Glarus

BODMER WALTER, Das Glarnerische Wirtschaftswunder, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Fünfundfünfzigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1952, S. 300–335. Digital abrufbar unter: : https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1952%3A55%3A%3A357&referrer=search#327, (zit. JHVG 55)

BRUNNER CHRISTOPH H., «Der Entschluss, in der Heimat zu bleiben»: Johann Jakob Blumer – in Glarus – 1861 bis 1863, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 91, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Näfels 2011, S. 83–135. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A2011%3A91#86, (zit. JHVG 91)

BRUNNER CHRISTOPH H. ET AL., Nationalwerk – «Im Namen des Vaterlandes und der leidenden Menschheit» – Anstrengungen zur Linthkorrektion 1798–1804, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 78, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Schwanden 1998, S. 157–178. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1998%3A78%3A%3A160&referrer=search#160, (zit. JHVG 78)

DINNER F., Dr. J. J. Blumer sel. als Historiker, in: Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus – Dreizehntes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.). Zürich/Glarus 1877, S. 4–8. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1877:13#9, (zit. JHVG 13)

FELLER-VEST VERONIKA, Jakob Glarners Wegweiser durch den Hauptflecken Glarus von 1831, in: Jahrbuch des Historischen Verein des Kantons Glarus – Heft 91, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Näfels 2011, S. 9–71. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A2011%3A91%3A%3A21&referrer=search#13, (zit. JHVG 91)

HEER GOTTFRIED, Das Landsbuch von Glarus von 1448 (Kap. IV der Geschichte des altglarnerischen Rechtes), in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Sechsunddreissigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1910, S. 3–61. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1913%3A38#20, (zit. JHVG 36)

– Das altglarnerische Recht – Drittes Heft: Kap. V. und VI. Das altglarnerische Recht von 1448 bis zum Landesvertrag 1623, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Achtunddreissigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1913, S. 1–52. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1913%3A38#20, (zit. JHVG 38)

HEER JOACHIM, Dr. J. J. Blumer: sein Leben und Wirken, dargestellt nach seinen eigenen Aufzeichnungen, in: Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus – Vierzehntes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Zürich/Glarus 1877, S. 1–68. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1877:14#12, (zit. JHVG 14)

KUBLY-MÜLLER JOHANN JAKOB/TSCHUDI-SCHÜMPERLIN IDA, Die Landammänner von Glarus (1242–1928) – Aus den Genealogiewerken des Kantons Glarus von J.J. Kubly-Müller – Ihre Siegel und Wappen, heraldisch bearbeitet von Ida Tschudi-Schümperlin – II. Teil: Die Landammänner von 1683 bis 1928, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Siebenund-

vierzigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1933, S. 154–339. Digital abrufbar unter https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1934:47#16, (zit. JHVG 47)

MAZZOLINI-TRÜMPY HANSRUEDI, Von Fabrikanten, Teilhabern, Drogenhändlern und Versicherungsagenten in der Glarner Industrielandschaft des 19. Jahrhunderts, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 87, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 2007, S. 7–280, digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A2007%3A87#12, (zit. JHVG 87)

SCHIESSER FRITZ, Entstehung und Inhalt der Verfassung des Kantons Glarus vom 22. Mai 1887, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 71, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1986, S. 37–57, digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1986%3A71#40 (zit. JHVG 71)

SCHINDLER F., Kulturhistorisches aus dem 18. Jahrhundert, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Siebenunddreissigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1911, S. 57–128. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1911%3A37%3A%3A76&referrer=search#76, (zit. JHVG 59)

SCHWEIZER RAINER J., Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 79, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Schwanden 1999, S. 27–44. Digital abrufbar unter https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1999%3A79#32, (zit. JHVG 79)

– Staatsumbruch, Besatzung und Kriegszeit im Glarnerland – Die Jahre von 1797 bis 1802 aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 97, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Näfels 2017, S. 9–87. Digital abrufbar unter https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A2017%3A97#11, (zit. JHVG 97)

STUCKI FRIDOLIN, Das Glarner Obergericht und seine Vorläufer, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 73, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1992, S. 43–56. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1992:73#46, (zit. JHVG 73)

TSCHUDI N[IKLAUS], Die Eisenschmelze in Seerüti, in: Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus – Zwanzigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Zürich/Glarus 1883, S. 77–97. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1883%3A20%3A%3A115&referrer=search#98, (zit. JHVG 20)

VISCHER EDUARD, Landammann Dr. Joachim Heers deutsche Gesandtschaft 1867/68, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Neunundfünfzigstes Heft, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1960, S. 33–67. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1960%3A59#57, (zit. JHVG 59)

– Kantonsgeschichte und Schweizergeschichte, in: 61. Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1966, S. 19–34. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1966:61#22, (zit. JHVG 61)

WICK MARKUS, Der ‹Glarnerhandel› – Strukturgeschichtliche und konfliktsoziologische Hypothesen zum Glarner Konfessionsgegensatz, in: Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus – Heft 69, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1982, S. 47–240. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001%3A1982%3A69#50, (zit. JHVG 69)

ZWEIFEL ERNST, Johann Jakob Blumer als glarnerischer Gesetzgeber, in: 61. Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus, Historischer Verein des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 1966, S. 55–76. Digital abrufbar unter: https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=hvg-001:1966:61#63, (zit. JHVG 61)

2. Historisches Lexikon der Schweiz

BISCHOF FRANZ XAVER, Karl Beda Müller-Friedberg, in: HLS, Version vom 19. November 2009. Digital abrufbar https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/006847/2009-11-19/, (zit. HLS: Karl Beda Müller-Friedberg)

BOUQUET JEAN-JACQUES, Von 1830 zum Triumph von 1848, Teil des Artikels: Liberalismus, in: HLS, Version vom 14. Februar 2018. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/017459/2018-02-14/#HVon1830zumTriumphvon1848, (zit. HLS: Liberalismus)

BURMEISTER KARL HEINZ, Öffentliches Recht, in: HLS, Version vom 14. September 2010. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009614/2010-09-14/, (zit. HLS: Öffentliches Recht)

– Langobardisches Recht, in: HLS, Version vom 13. Dezember 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008944/2007-12-03/, (zit. HLS: Langobardisches Recht)

BÜHLER THEODOR, Schwabenspiegel, in: HLS, Version vom 10. November 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008948/2011-11-10/, (zit. HLS: Schwabenspiegel)

BÜRGI MARKUS, Riccardo Jagmetti, in: HLS, Version vom 21. Mai 2015. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/032896/2015-05-21/, (zit. HLS: Riccardo Jagmetti)

CARLEN LOUIS, Rechtsaltertümer, in: HLS, Version vom 29. Januar 2013. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008936/2013-01-29/, (zit. HLS: Rechtsaltertümer)

DUBLER ANNE-MARIE, Gewohnheitsrecht, in: HLS, Version vom 6. November 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/036507/2006-11-06/, (zit. HLS: Gewohnheitsrecht)

– Ehaften, in: HLS, Version vom 12. Februar 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013731/2008-02-12/, (zit. HLS: Ehaften)
– Landrechte, in: HLS, Version vom 9. September 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/047691/2008-09-09/, (zit. HLS: Landrechte)
– Grundbesitz, in: HLS, Version vom 25. August 2010. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016216/2010-08-25/, (zit. HLS: Grundbesitz)
– Mühlen, in: HLS, Version vom 31. Mai 2012. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013884/2012-05-31/, (zit. HLS: Mühlen)
– Eigentum, in: HLS, Version vom 20. August 2012. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008971/2012-08-20/, (zit. HLS: Eigentum)

EUGSTER ERWIN, Markgenossenschaft, in: HLS, Version vom 22. Oktober 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026242/2007-10-22/, (zit. HLS: Markgenossenschaft)

FELLER-VEST VERONIKA, Bernhard Becker, in: HLS, Version vom 2. Juli 2002. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010530/2002-07-02/, (zit. HLS: Bernhard Becker)

– Cosmus Blumer, in: HLS, Version vom 6. November 2002. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005368/2002-11-06/, (zit. HLS: Cosmus Blumer)
– Bernhard Elmer, in: HLS, Version vom 17. Oktober 2005. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005418/2005-10-17/, (zit. HLS: Bernhard Elmer)

- Peter Hefti, in: HLS, Version vom 22. Juni 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005398/2006-06-22/, (zit. HLS: Peter Hefti)
- Hans Hefti, in: HLS, Version vom 24. August 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005412/2006-08-24/, (zit. HLS: Hans Hefti)
- Joachim Heer, in: HLS, Version vom 28. August 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/017999/2006-08-28/, (zit. HLS: Joachim Heer)
- Kaspar Luchsinger, in: HLS, Version vom 15. Oktober 2009. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005402/2009-10-15/, (zit. HLS: Kaspar Luchsinger)
- Egidius Trümpy, in: HLS, Version vom 5. November 2013. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/029305/2013-11-05/, (zit. HLS: Egidius Trümpy)

Feller-Vest Veronika/Laupper Hans, Eduard Blumer, in: HLS, Version vom 11. Januar 2021. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004423/2021-01-11/, (zit. HLS: Eduard Blumer)

Florkowska-Frančić Halina, Gabriel Narutowicz (in der Übersetzung von Holenstein-Beereuter Alice), in: HLS, Version vom 27. Juli 2010. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/028450/2010-07-27/, (zit. HLS: Gabriel Narutowicz)

Gschwend Lukas, Hermann Wilhelm Eduard Henke, in: (HLS, Version vom 11. Dezember 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/015785/2007-12-11/ (zit. HLS: Eduard Henke)

Hofmann Etienne, Benjamin Constant (in der Übersetzung von Wildermann Ansgar), in: HLS, Version vom 10. August 2005. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016052/2005-08-10/, (zit. HLS: Benjamin Constant)

Illi Martin, Konrad Bleuler, in: HLS, Version vom 7. November 2002. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005907/2002-11-07/, (zit. HLS: Konrad Bleuler)

Ineichen Andreas, Nutzungskonflikte, in: HLS, Version vom 14. September 2010. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010248/2010-09-14/, (zit. HLS: Nutzungskonflikte)

Kaiser Reinhold, Frankenreich, in: HLS, Version vom 12. Mai 2011. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008249/2011-05-12/ (zit. HLS: Frankenreich)

- Alemannen, in: HLS, Version vom 18. Januar 2018. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008027/2018-01-18/, (zit. HLS: Alemannen)

Koller Christian, Juste-Milieu, in: HLS, Version vom 9. Oktober 2008. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/043197/2008-10-09/,(zit. HLS: Juste-Milieu)

Kölz Alfred, Walther Burckhardt, in: HLS, Version vom 1. September 2003. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/015767/2003-09-01/, (zit. HLS: Walther Burckhardt)

Ladner Andreas, Die Entstehung der modernen Gemeinde: vom Bürgerprinzip zum Einwohnerprinzip, Teil des Artikels: Gemeinde, in: HLS, Version vom 5. April 2013. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010261/2013-04-05/, (zit. HLS: Entstehung der modernen Gemeinde)

Laupper Hans, Joachim Heer, in: HLS, Version vom 29. November 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004525/2007-11-29/, (zit. HLS: Joachim Heer)

- Tagwen, in: HLS, Version vom 5. März 2012. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009822/2012-03-05/, (zit. HLS: Tagwen)
- Johann Jakob Blumer, in: HLS, Version vom 5. Dezember 2014. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004424/2014-12-05/, (zit. HLS: Johann Jakob Blumer)
- Melchior Hefti, in: HLS, Version vom 1. Dezember 2016. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005406/2016-12-01/, (zit. HLS: Melchior Hefti)

LAUPPER HANS/FELLER-VEST VERONIKA, Rudolf Gallati, in: HLS, Version vom 24.10.2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004498/2006-10-24/, (zit. HLS: Rudolf Gallati)

– Caspar Jenny, in: HLS, Version vom 30. Januar 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005379/2008-01-30/, (zit. HLS: Caspar Jenny)
– Charles Emanuel Philippe Mercier, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004602/2008-10-30/, (zit. HLS: Charles Emanuel Philippe Mercier Mercier)
– Joachim Mercier, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005411/2008-10-30/, (zit. HLS: Joachim Mercier)
– Philippe Mercier, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004603/2008-10-30/, (zit. HLS: Philippe Mercier)
– Rudolf Stüssi, in: HLS, Version vom 24. August 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/006703/2011-08-24/, (zit. HLS: Rudolf Stüssi)
– Hans Trümpy, in: HLS, Version vom 21. September 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/006712/2011-09-21/, (zit. HLS: Hans Trümpy)
– Peter Hefti, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2012. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/006778/2012-10-30/, (zit. HLS: Peter Hefti)
– David Legler, in: HLS, Version vom 1. Dezember 2016. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004581/2016-12-01/, (zit. HLS: David Legler)

LEONARDIS DE, PATRICK: Paul Maillefer (in der Übersetzung von Neuenschwander Christoph), in: HLS, Version vom 3. Dezember 2009. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004336/2009-12-03/, (zit. HLS: Paul Maillefer)

LEONHARD MARTIN, Entstehung, Bedeutung und Ausgestaltung (Teil des Artikels: Allmend), in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 17. Mai 2001. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013704/2001-05-17/#HEntstehung2CBedeutungundAusgestaltung, (zit. HLS: Allmend)

– Nutzungsrechte, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 12. August 2009. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/025978/2009-08-12/, (zit. HLS: Nutzungsrechte)

LISCHER MARKUS, Schumacher, in: HLS, Version vom 11. September 2012. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/022250/2012-09-11/, (zit. HLS: Schumacher)

LUCK RÄTUS, Karl Geiser, in: HLS, Version vom 21. November 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011820/2006-11-23/, (zit. HLS: Karl Geiser)

MARTI RETO: Germanen, in: HLS, Version vom 7. November 2005. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008026/2005-11-07/, (zit. HLS: Germanen)

MARTI-WEISSENBACH KARIN, Caspar Lebrecht Zwicky, in: HLS, Version vom 3. März 2014. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/049931/2014-03-03/, (zit. HLS: Caspar Lebrecht Zwicky)

– Johann Jakob Blumer, in: HLS, Version vom 6. November 2002. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/025855/2002-11-06/, (zit. HLS: Johann Jakob Blumer)

MATTMÜLLER MARKUS: Veränderung in der frühen Neuzeit und Auflösung (Teil des Artikels: Allmend), in: HLS, Version vom 17. Mai 2001. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013704/2001-05-17/#HVerE4nderungeninderfrFChenNeuzeitundAuflF6sung, (zit. HLS: Allmend)

MAYER MARCEL, Arnold Otto Aepli, in: HLS, Version vom 8. März 2001. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/003958/2001-03-08/, (zit. HLS: Arnold Otto Aepli)

MÖRGELI CHRISTOPH: Johann Gottfried Ebel, in: HLS, Version vom 18. Dezember 2019. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011761/2019-12-18/, (zit. HLS: Johann Gottfried Ebel)

MÜLLER-GRIESHABER PETER, Felix von Schumacher, in: HLS, Version vom 22. August 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/024294/2011-08-22/, (zit. HLS: Felix von Schumacher)

PETRIG SCHULER EVA, Privatrecht, in: HLS, Version vom 19. Oktober 2010. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009607/2010-10-19/ (zit. HLS: Privatrecht)

– Kodifikation, in: HLS, Version vom 22. September 2021. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/, (zit. HLS: Kodifikation)

REBER URS: Germanisches Recht, in: HLS, Version vom 5. Dezember 2006. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008932/2006-12-05/, (zit. HLS: Germanisches Recht)

SCHERER SARAH BRIAN, Heinrich Kunz, in: HLS, Version vom 2. November 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/029621/2007-11-02/, (zit. HLS: Germanisches Recht)

SCHMID BRUNO, Friedrich Ludwig Keller, in: HLS, Version vom 9. August 2007. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007312/2007-08-09/, (zit. HLS: Friedrich Ludwig Keller)

– Johann Caspar Bluntschli, in: HLS, Version vom 22. September 2010. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007303/2010-09-22/, (zit. HLS: Johann Caspar Bluntschli)

– Straussenhandel (Züriputsch), in: HLS, Version vom 29. Juni 2012. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/017239/2012-06-29/, (zit. HLS: Straussenhandel)

SENN MARCEL, 2.2. Moderne Schweiz, Teil des Artikels: Rechtsschulen, in: HLS, Version vom 29. Juni 2015. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008935/2015-06-29/#HModerneSchweiz, (zit. HLS: Rechtsschulen)

SIMONETT JÜRG, Peter Liver, in: HLS, Version vom 18. Januar 2021. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005318/2021-11-18/, (zit. HLS: Peter Liver)

– Andrea Vital, in: HLS, Version vom 6. August 2013. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/003597/2013-08-06/, (zit. HLS: Andrea Vital)

SOLIVA CLAUDIO, Germanische Stammesrechte, in: HLS, Version vom 4. Februar 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008940/2008-02-04/, (zit. HLS: Germanische Stammesrechte)

– Paul Mutzner, in: HLS, Version 22. Juni 2009. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/015808/2009-06-22/, (zit. HLS: Paul Mutzner)

– Sachenrecht, in: HLS, Version vom 22. Februar 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/027296/2011-02-22/, (zit. HLS: Sachenrecht)

– Alemannenrechte, in: HLS, Version vom 1. Oktober 2014. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008942/2014-10-01/, (zit. HLS: Alemannenrechte)

STADLER HANS, Korporationen, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010262/2008-10-30/, (zit. HLS: Korporationen)

– Länderorte, in: HLS, Version vom 11. November 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009918/2008-11-11/, (zit. HLS: Länderorte)

– Genossenschaft, in: HLS, Version vom 17. Februar 2015. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008970/2015-02-17/, (zit. HLS: Genossenschaft)

– Talschaft, in: HLS, Version vom 17. Februar 2015. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026442/2013-12-03/, (zit. HLS: Talschaft)

STAUFFACHER HANS RUDOLF, Kaspar Jenny, in: HLS, Version vom 25. Januar 2018. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/030036/2018-01-25/, (zit. HLS: Kaspar Jenny)

STAUFFACHER HANS RUDOLF/LAUPPER HANS, Fritz Jenny, in: HLS, Version vom 25. Januar 2018. Digital abrufbar unter: https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/030041/2018-01-25/, (zit. HLS: Fritz Jenny)

TREMP ERNST, Regalien, in: HLS, Version vom 23. Dezember 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008038/2011-12-23/, (zit. HLS: Regalien)

TRÜEB MARKUS, Felix von Schumacher, in: HLS, Version vom 22. August 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/005185/2011-08-22/, (zit. HLS: Felix von Schumacher)

WINIGER BÉNÉDICT, Römisches Recht (in der Übersetzung von Holenstein-Beereuter Alice), in: HLS, Version vom 14. April 2011. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008933/2011-04-14/, (zit. HLS: Römisches Recht)

WOHLER ANTON, Peter Emil Isler, in: HLS, Version vom 18. Juli 2016. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/003766/2016-07-18/, (zit. HLS: Peter Emil Isler)

ZIEGLER PETER, Linth (Fluss), in: HLS, Version vom 24. Januar 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008770/2008-01-24/, (zit. HLS: Linth)

– Robert Haab, in: HLS, Version vom 30. Oktober 2020. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004639/2020-10-30/, (zit. HLS: Robert Haab)

ZOLLER HEINRICH, Oswald Heer, in: HLS, Version vom 25. Februar 2008. Digital abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/028847/2008-02-25/, (zit. HLS: Oswald Heer)

3. Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz

NABHOLZ ADOLF: Blumer, A. Kanton Glarus, in: HBLS, Zweiter Band – BASEL–EGNACH, Allgemeine Geschichtsforschende Gesellschaft der Schweiz (Hrsg.), Neuenburg 1924, S. 279–280. Digital abrufbar unter: https://biblio.unibe.ch/digibern/hist_bibliog_lexikon_schweiz/HBLS_band_02.pdf

KUBLY-MÜLLER JOHANN JAKOB/NABHOLZ ADOLF: Heer, C. Kanton Glarus, in: HBLS, Vierter Band – GÜTTINGEN–MAILAND, Allgemeine Geschichtsforschende Gesellschaft der Schweiz (Hrsg.), Neuenburg 1927, S. 102–103. Digital abrufbar unter: https://biblio.unibe.ch/digibern/hist_bibliog_lexikon_schweiz/HBLS_band_04.pdf

4. Schweizerisches Idiotikon

SCHWEIZERISCHES IDIOTIKON: ehaft, -ig, in: Band I, Sp. 7–8, digital abrufbar unter: https://digital.idiotikon.ch/idtkn/id1.htm#!page/10007/mode/1up, (zit. ehaft)

SCHWEIZERISCHES IDIOTIKON: Ehaft, Ehafti, Ehaftigi f., in: Band I, Sp. 8–9, digital abrufbar unter: https://digital.idiotikon.ch/idtkn/id1.htm#!page/10007/mode/1up, (zit. Ehaft)

SCHWEIZERISCHES IDIOTIKON: fer(g)en, in: Band I, Sp. 1003, digital abrufbar unter: https://digital.idiotikon.ch/idtkn/id1.htm#!page/11001/mode/1up, (zit. ferggen)

5. Andere

BANNON CYNTHIA, Finding a ‹Commons› in Roman Law (Water Rights), [o.A.] 2014, S. 1–21. Digital abrufbar unter: HTTPS://OSTROMWORKSHOP.INDIANA.EDU/PDF/SERIESPAPERS/2014F_C/BANNON_PAPER.PDF, (zit. Finding a Commons)

BRUUN CHRISTER: Roman emperors and legislation on public water use in the Roman Empire: clarifiactions and problems, in: Water History volume 4, issue 1, Ertsen Maurits/Arnold Ellen (ed.), o.A. 2012, S. 11–33. Digital abrufbar unter: HTTPS://DOI.ORG/10.1007/S12685-012-0051-1, (zit. Roman Emperors and legislation on public water use)

– Water Use and Productivity in Roman Agriculture – Selling, Sharing, Servitudes, in: Ownership and Exploitation of Land and Natural Resources in the Roman World, Erdkamp Paul/Verboven Koenraad/Zuiderhoek Arjan (ed.), Oxford 2015, S. 132–149. Digital abrufbar unter: HTTPS://BOOKS.GOOGLE.CH/BOOKS?HL=DE&LR=&ID=JFAPCGAAQBAJ&OI=FND&PG=PA132&DQ=BRUUN+ROMAN&OTS=4FPXSJEXNM&SIG=408P0VA9CJOEPG7QAFFQLRNSV3O&REDIR_ESC=Y#V=ONEPAGE&Q=BRUUN%20ROMAN&F=FALSE. (zit. Water Use and Productivity)

HOFER SIBYLLE (Hrsg.), Eugen Huber – Briefe an die tote Frau, Band 1: 1919, Briefe 1–219, digital abrufbar unter: http://dx.doi.org/10.21260/EHB.1910, (zit. Briefe an die tote Frau I)

– Eugen Huber – Briefe an die tote Frau, Band 2: 1911, Briefe 1–302, digital abrufbar unter: https://doi.org/10.21260/EHB.1911, (zit. Briefe an die tote Frau II)

– Eugen Huber – Briefe an die tote Frau, Band 3: 1912, Briefe 1–255, digital abrufbar unter: HTTPS://DOI.ORG/10.21260/EHB.1912, (zit. Briefe an die tote Frau III)

SCHINDLER BENJAMIN, Habilitationsvortrag von Benjamin Schindler an der Universität Zürich vom 21. April 2010, digital abrufbar unter https://www.alexandria.unisg.ch/206788/1/Habil-Vortrag.pdf (zit. Habilitationsvortrag vom 21. April 2010)

PARADOWSKI BRUNO: Von der Finsternis in eine helle Zukunft – Die erstaunliche Geschichte der Glarner Kraftwerke oder die Verwandlung der Kraft des fliessenden Wassers in Elektrizität, digital abrufbar unter: https://www.paradowski.ch/stefan/images/Kraftwerksgeschichte-15000-Zeichen.pdf (zit. Von der Finsternis in eine helle Zukunft)

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH: Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, digital abrufbar unter: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/pogenlijz_11.08.25.pdf (zit. Polizeiliche Generalklausel)

Materialienverzeichnis

1. Erlasssammlung

1.1 Eidgenössische Erlasse

a. Rechtskräftig

BGF	Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (SR 923.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0)
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20)
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
UVPV	Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (SR 814.011)
WaG	Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz) vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0)
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz) vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

b. Ausser Rechtskraft

BGF 1888	Bundesgesetz betreffend die Fischerei (Vom 21. Dezember 1888), in: BBl 1889 I 44–54
BGF 1973	Bundesgesetz über die Fischerei (Vom 14. Dezember 1973), in: BBl 1973 II 1327–1342
BU 1832	Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832 (nie in Kraft getreten), (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 348–368)
BV 1848	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848, (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 447–481)
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, (zit. in KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 487–503)
EnG 1998	Energiegesetz vom 26. Juni 1998, BBl 1998 IV 3583–3592

FPolG 1876	Bundesgesez [sic] betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge (Vom 24. März 1876.), in: BBl 1876 II 97–112
FPolG 1902	Bundesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei (Vom 11. Oktober 1902.), in: BBl 1902 IV 824–828
GSchG 1955	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Vom 16. März 1955.), in: BBl 1955 I 552–557
GSchG 1971	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) (Vom 6. Oktober 1971), in: BBl 1971 II 912–928
OG 1944	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Vom 16. Dezember 1943), in: BBl 1944 I 1–56
OR 1881	Bundesgesez [sic] über das Obligationenrecht. (Vom 14. Brachmonat [scil. Juni] 1881.), in: BBl 1881 III 109–317
WBPolG 1877	Bundesgesez [sic] betreffend die Wasserbaupolizei im Hochgebirge (Vom 22. Brachmonat [scil. Juni] 1877.), in: BBl 1877 III 296–301

1.2 Kantonale Erlasse

a. Rechtskräftig

(1) Erlasse des Kantons Glarus

Landsgemeindebeschluss 1906	Beschluss betreffend die Wasserkraft des Löntsch vom 6. Mai 1906 (GS VII B/531/2)
Landsgemeindebeschluss 1915	Beschluss betreffend die Beteiligung des Kantons Glarus beim Erwerb der Kraftwerke Beznau-Löntsch (GS VII B/531/3)
EG BGF GL	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Fischerei (Kantonales Fischereigesetz) des Kantons Glarus vom 4. Mai 1997 (GS VI E/31/1)
EG GSchG GL	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz) vom 7. Mai 1995 (GS VIII B/21/1)
EG WaG GL	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Wald vom 7. Mai 1995 (GS IX E/1/1)
EG ZGB GL	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus (Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch), vom 7. Mai 1911 (GS III B/1/1)
EnG GL	Energiegesetz vom 7. Mai 2000 (GS VII E/1/1)
EnV GL	Verordnung zum Energiegesetz vom 27. Juni 2001 (GS VII E/1/2)
GNH GL	Gesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 2. Mai 1971 (GS IV G/1/1)
GSchV GL	Verordnung zum Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz (Gewässerschutzverordnung) vom 20. Dezember 1995 (GS VIII B/21/4)
Kompetenzdelegation 2006	Kompetenzdelegation für die Konzessionierung neuer oder erweiterter Kleinwasserkraftwerke vom 26. April 2006 (GS VII B/531/1/1)

KV GL	Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (GS I A/1/1 / SR 131.217)
Verordnung 2006 GL	Verordnung über den Vollzug der Umweltschutz- und der Gewässerschutzgesetzgebung vom 21. März 2006 (GS VIII B/1/4/1)
WaV GL	Verordnung zum kantonalen Waldgesetz vom 21. März 2006 (GS IX E/1/2)
WalenseeG GL	Gesetz über die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse am Walensee (Walenseegesetz) des Kantons Glarus vom 05.05.1985 (GS VII B/6/1)
WKB GL	Beschluss über Verwertung von Wasserkräften im Kanton Glarus vom 5. Mai 1918 (GS VII B/531/1)

b. Ausser Rechtskraft

(1) Erlasse des Kantons Glarus

BGB GL 1869	Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Glarus – Erste Abtheilung: Rechte an Sachen, (in: Landsgemeindememorial 1869, § 10, S. 17–35; die Wasserrechtsbestimmungen sind zit. unten in: Appendix III: Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 [BGB GL 1869])
EGG GL 1874	Gesetz über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons von 1874, (in: Landsgemeindememorial 1874, § 10, S. 20; zit. unten in: Appendix V: Gesetz über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons von 1874 [EGG GL 1874])
EG ZGB GL 1911	Entwurf des Landrates, als Antrag an die Landsgemeinde von 1911 – Beilage zu § 4 des 1911er Landsgemeinde-Memorials – Gesetz über die Einführung des Schweiz. Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus – Erlassen von der Landsgemeinde am _ Mai 1911, Schwanden [1911]
GBG GL 1892	Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer vom 8. Mai 1892, (in: Landsbuch III 1892, S. 390–393; zit. unten in: Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892)
GBW GL 1908	Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908, (in: Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 37–38; zit. unten in: Appendix VIII: Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908 [GBW GL 1908])
GBW GL 1910	Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasser-werken von 1910, (in: Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 45–46; zit. unten in: Appendix IX: Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1910 [GBW GL 1910])
GÖAW GL	Gesetz über die öffentlichen Abgaben von Wasserwerken vom 1. Mai 1977, (in: Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 20–21)
Konzession 1892	Konzession für Gewinnung und Verwendung der Wasserkraft des Sernft vom Wyer in Engi bis in die Warth vom 8. Mai 1892, (in: Landsgemeindememorial 1892, § 8, S. 44–46), (zit. *Sernf I*)

Konzession 1928 I	Konzession für die Ausübung der Wasserkraft des Niedernbaches oberhalb des Alpstegstafels bei Schwanden vom 7. März 1928, (in: Landsbuch V 1923–1937, S. 262–267), (zit. *Niederenbach*)
Konzession 1928 II	Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Sernf zwischen dem Bahnhof Engi-Vorderdorf und der Wassergerechtigkeit der Textil AG. vormals J. Paravincini in Schwanden vom 10. Oktober 1928 (in: Landsbuch V 1923–1937, S. 268–273), (zit. *Sernf II*)
Konzession 1957	Konzession für die Ausnützung der Wasserkräfte im Quellgebiet der Linth in den Kraftwerken Linth-Limmern vom 30. März 1957, (in: Landsbuch Nachträge 1956–1966, Heft 22, S. 1313–1325), (zit. *Quellgebiet der Linth*)
KV GL 1836	Verfassung des Kantons Glarus so wie dieselbe von der ausserordentlichen Landsgemeinde am 2. Weinmonat 1836 angenommen worden ist (Glarus, gedruckt und zu haben bei Fridolin Schmid, Buchdrucker und Buchhändler), Signatur: LAGL NGA Cl. Vorrätige Imprimate, C. Glarnerische, 1836, Kiste 7, Dokument Nr. 2 [Anm.: Die Verfassung ist in KÖLZ, Quellenbuch, S. 327–343 abgedruckt und digital abrufbar unter http://www.verfassungen.ch/glarus/verf36-i.htm]
KV GL 1842	Staatsverfassung des Kantons Glarus vom 22. Mai 1842. Digital abrufbar unter: http://www.verfassungen.ch/glarus/verf42-i.htm
KV GL 1887	Verfassung des Kantons Glarus vom 22. Mai 1887. Digital abrufbar unter: http://www.verfassungen.ch/glarus/verf87-i.htm
Landratsbeschluss 1896	Landratsbeschluß betreffend die Uebertragung der Konzession für die Benützung der Wasserkräfte des Sernft vom Wyer in Engi bis Soolsteg vom 12. August 1896, (in: Landsbuch IV 1896, S. 272–273)
Landsbuch 1807	Das Landsbuch des Kantons Glarus – Erster Theil. Enthaltend: die sämmtlichen Geseze [sic] und Lands-Artikel, Glarus 1807
Landsbuch 1808	Das Landsbuch des Kantons Glarus – Erster Theil. Enthaltend: die sämmtlichen Geseze [sic] und Landes-Artikel, Glarus 1808
Landsbuch 1835	Landsbuch des Kantons Glarus – Erster Theil. Enthaltend: die sämmtlichen, dermalen in Kraft bestehenden Landesgesetze, Glarus 1835
Landsbuch 1852–1854	Landsbuch des Kantons Glarus – Erster Theil, enthaltend: die civilrechtlichen Bestimmungen, Glarus 1852 (zit. I), Zweiter Theil, enthaltend: Die Gesetze und Verordnungen administrativer Natur, Glarus 1854 (zit. II)
Landsbuch II 1878	Landsbuch des Kantons Glarus – Zweiter Theil, enthaltend: die Gesetze, Beschlüsse, Uebereinkünfte und Verordnungen andministrativer Natur, Glarus 1878
Landsbuch III 1892	Landsbuch des Kantons Glarus – Dritter Theil, enthaltend das Civil-, Straf-, Prozeß-, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Glarus 1892
Landsbuch IV 1896	Landsbuch des Kantons Glarus – Vierter Band, enthaltend: alle seit Gesamtausgabe des 1892er Landsbuches bis und mit Oktober 1896 erschienenen, gegenwärtig noch in Kraft stehenden kant. Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse, nebst den wichtigsten seitherigen Bundeserlassen, Glarus 1896

Landsbuch V 1902	Landsbuch des Kantons Glarus – Fünfter Band, enthaltend: alle seit der anno 1896 erfolgten Herausgabe des vierten Bandes bis und mit Ende 1901 erschienenen, gegenwärtig noch in Kraft stehenden kantonalen Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse, nebst den wichtigsten seitherigen Bundeserlassen, Schwanden 1902
Landsbuch VI 1906	Landsbuch des Kantons Glarus – Sechster Band, enthaltend: alle seit der anno 1902 erfolgten Ausgabe des fünften Bandes bis und mit Oktober 1906 erschienenen, gegenwärtig noch in Kraft stehenden kantonalen Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse, nebst den wichtigsten seitherigen Bundeserlassen, Glarus 1906
Landsbuch V 1923–1937	Landsbuch des Kantons Glarus – Fünfter Band, Glarus 1937
Landsbuch Nachträge 1937–1956	Nachträge zum Landsbuch des Kantons Glarus (Amtliche Gesetzessammlung), Hefter 1–20, Glarus 1937–1956
Landsbuch Nachträge 1956–1966	Nachträge zum Landsbuch des Kantons Glarus (Amtliche Gesetzessammlung), Hefter 21–30, Glarus 1956–1966
Landsgemeindebeschluss 1836	Beschluss der Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836, zit. unten in: Appendix I: Beschluss der Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836
Landsgemeindebeschluss 1896 I	Beschluss betreffend die Wasserkraft des Sernft vom Wyer in Engi bis Soolsteg vom 10. Mai 1896, (in: Landsbuch IV 1896, S. 17–21)
Landsgemeindebeschluss 1896 II	Beschluß betreffend die Wasserkraft vom Soolsteg bis zur Wassergerechtigkeit der Herren Tschudy & Cie. in Schwanden vom 10. Mai 1896, (in: Landsbuch IV 1896, S. 64)
Landsgemeindebeschluss 1896 III	Beschluß betreffend Wasserkraft des Niedernbaches vom Alpstafel bis zur Wassergerechtigkeit des Herrn Martin Hefti vom 10. Mai 1896, (in: Landsbuch IV 1896, S. 65)
Landsgemeindebeschluss 1896 IV	Beschluß betreffend die Wasserkraft des Löntsch vom Auslauf des Kanals der Löntschkorporation in Seerüti bis zur Wassergerechtigkeit der Herren J. H. Leuzinger & Co. in Riedern vom 10. Mai 1896, (in: Landsbuch IV 1896, S. 65)
Landsgemeindebeschluss 1900 I	Beschluß betreffend die Wasserkraft des Fätschbaches von der Kantonsgrenze Glarus-Uri bis zur Ausmündung in die Linth vom 6. Mai 1900, (in: Landsbuch V 1902, S. 190)
Landsgemeindebeschluss 1900 II	Beschluß betreffend die Wasserkraft des Niederurnerdorfbaches vom Quellengebiet bis zur Wasserableitungsvorrichtung der Herren D. und J. Schlittler und Interessierte im Stampf vom 6. Mai 1900, (in: Landsbuch V 1902, S. 191)
Landsgemeindebeschluss 1905	Beschluß betreffend die Wasserkräfte des Sernft vom Wyer in Engi bis zur Wassergerechtigkeit der Firma Tschudi & Cie. in Schwanden vom 14. Mai 1905, (in: Landsbuch VI 1906, S. 235–236)

WKG GL 1851	Gesetz über die obligatorische Bildung von Wuhrkorporationen zur Verbauung von Flinsen, Runsen, Wild- und Waldbächen von 1851 [Wuhrkorporationengesetz], (in: Landsbuch 1852–1854, II, S. 73–76, zit. unten in: Appendix II: Gesetz über die obligatorische Bildung von Wuhrkorporationen zur Verbauung von Flinsen, Runsen, Wild- und Waldbächen von 1851 [WKG GL 1851])
WPG GL 1869	Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869, (in: Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; zit. unten in: Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869 [WPG GL 1869])
WPG GL 1890	Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890, (in: Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 53–56; zit. in: Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890 [WPG GL 1890])

(2) Erlasse anderer Kantone

KV AG 1803	Verfassung des Kantons Aargau, Zweites Kapitel der Mediationsverfassung vom 19. Februar 1803 (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 161–165)
KV BL 1892	Staatsverfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 4. April 1892
PG ZH 1854	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich – Zweiter Band: Das zürcherische Sachenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redaktor des Gesetzes, Zürich 1854
WRG BE 1907	Gesetz betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte des Kantons Bern vom 26. Mai 1907, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 276–284)
WRG LU 1875	Gesetz über Wasserrechte des Kantons Luzern vom 2. März 1875, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 290–297)
WRG OW 1877	Gesetz über Wasserbaupolizei, Wasserrechte und Gewässerkorrektionen des Kantons Obwalden vom 9. April 1877, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 312–327)
WRG SG 1893	Gesetz über Benützung von Gewässern des Kantons St. Gallen vom 23. November 1893, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 390–393)
WRG SZ 1908	Wasserrechtsgesetz des Kantons Schwyz vom 11. März 1908, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 305–307)
WRG TI 1894	Testo unico della legge 17 maggio 1894 sull'utilizzazione delle acque del Cantone Ticino, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 423–427)
WRG VS 1898	Gesetz betreffend die Konzessionierung von Wasserkräften des Kantons Wallis vom 27. Mai 1898, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 455–457)

WRG ZH 1901	Gesetz betreffend die Korrektion, den Unterhalt und die Benutzung der Gewässer (Wasserbaugesetz) des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1901, (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 261–272)

2. Rechtsprechung

2.1 Eidgenössisches Bundesgericht, Lausanne

Es wird nur eine Übersicht der nicht publizierten Bundesgerichtsentscheide gegeben. Publizierte Bundesgerichtsentscheide (BGE) werden in den Fussnoten mit Angabe der Parteien in Klammern erwähnt.

BGer, Urteil A 29/Ae	Urteil der Verwaltungsrechtlichen Kammer vom 15. Dezember 1932 in Sachen Kraftwerke Sernf-Niederenbach A.-G. gegen Kanton Glarus und Obergericht des Kantons Glarus betreffend Wasserrechtskonzessionsgebühr, (zit. *KW Sernf-Niederenbach AG c. Kt. GL/OG Kt. GL*)
BGer, Urteil C 190/62/Hü	Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Juli 1962 in Sachen Hohlenstein Textildruckerei A.G. gegen Spitz, Streiff & Co., (zit. *Hohlenstein AG c. Spitz, Streiff & Co*)
BGer, Urteil P 521/Sch	Urteil der Staatsrechtlichen Kammer für Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV, Sitzung vom 1. Mai 1963, in Sachen Hohlenstein Textildruckerei AG gegen Spitz, Streiff & Co. und Obergericht des Kantons Glarus (zit. *Hohlenstein AG c. Spitz, Streiff & Co./OG Kt. GL*)
BGer, Urteil 2C_340/2010	Urteil vom 27. August 2010, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Verfahrensbeteiligte: X. AG gegen Landrat des Kantons Glarus, (zit. *X. AG c. Kt. GL*)
BGer, Urteil 2C_520/2010	Urteil vom 8. September 2010, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Verfahrensbeteiligte: SN Energie AG gegen Kanton Glarus, vertreten durch den Regierungsrat, (zit. *SN Energie AG c. Kt. GL*)
BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009	Urteil vom 11. Juli 2011, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Verfahrensbeteiligte 2E_3/2009: 1. Kanton Appenzell A.Rh. und 2. Axpo AG und 2E_4/2009: 1. Kanton Zürich und 2. Axpo AG gegen 1. Kanton Glarus und 2. SN Energie AG, (zit. *Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] c. Kt. GL/SN Energie AG*)
BGer, Urteil 2C_812/2011	Urteil vom 18. Januar 2012, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Verfahrensbeteiligte: Landrat des Kantons Glarus gegen SN Energie AG, (zit. *LR Kt. GL c. SN Energie AG*)

2.2 Glarner Verwaltungsgericht (seit 1986)

Das Verwaltungsgericht wurde mit dem Beschluss der Landsgemeinde vom 4. Mai 1986 gegründet. Gemäss Art. 59a Abs. 1 KV GL 1887 besteht das Verwaltungsgericht aus einem Präsidenten und acht Richtern, wobei der Präsident und je vier Mitglieder eine der beiden Kammern bilden. Es beurteilt verwaltungs- und andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten als erste oder Beschwerdeinstanz. Heute ist es in Art. 113 KV GL geregelt.

VG.2010.00075 — Urteil vom 31. August 2011 der I. Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus in Sachen A.___AG (Beschwerdeführerin) gegen Landrat des Kantons Glarus (Beschwerdegegner) betreffend Konzession zur Wasserkraftnutzung («[…]») / Heimfallklausel), (zit. *A. AG c. LR Kt. GL*)

2.3 Glarner Obergericht (seit 1887)

Das Glarner Obergericht wurde mit der Verfassungsrevision von 1887 eingeführt und ersetzte das Appellationsgericht.[1] Gemäss Art. 59 Abs. 1 KV GL 1887 bestand das Obergericht aus einem Präsidenten und sechs Richtern und «beurtheilt[e] in zweiter und letzter Instanz alle durch das Gesetz als appellabel erklärten Straffälle, sowie alle civilgerichtlichen Fälle, sofern dieselben immerwährende Rechte betreffen, oder der Streitgegenstand einen Werth von über Fr. 200 hat». Es war gemäss Abs. 3 zudem «Aufsichtsbehörde über die untern Gerichtsstäbe, über die Vermittlerämter und über die Gerichtskanzlei». Heute ist es in Art. 110 KV GL 1988 geregelt. Es urteilt gemäss Abs. 1 in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen als letzte oder einzige kantonale Instanz und besteht gemäss Abs. 2 aus einem Präsidenten und sieben Mitgliedern.

GL-OGE 16.10.1939 — Entscheid des Obergerichts des Kantons Glarus vom 16. Oktober 1939 in Sachen A.-G. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus; Anwalt: Dr. R. Stüssi, Glarus, Klägerin & Appellantin gegen den Tagwen Ennenda, vertreten durch die Gemeinderäte Dr. F. Freuler, Gemeindepräsident, und Christian Streiff, sowie Gemeindeschreiber H. Becker, Ennenda: Dr. D. Hefti, Haslen, Beklagter & Appellat, wegen Wasserrechten. LAGL: 44 XVI, S. 77–85, (zit. *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*)

GL-OGE 20./28.11.1939 — Entscheid des Obergerichts des Kantons Glarus vom 20./28. November 1939 in Sachen Spitz, Streiff & Co. Ennenda, Anwalt: Dr. O. Kubli, Glarus, Klägerin, Gegenbeklagte & Appellatin gegen A.-G. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus, Anwalt: Dr. R. Stüssi, Glarus, Beklagte, Gegenklägerin & Appellantin und Tagwen Ennenda, Anwalt: Dr. D. Hefti, Haslen, als Streitbeteiligter, wegen Wasserrechten. LAGL: 44 XVI, S. 129–155, (zit. *Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*)

[1] Vgl. STUCKI, JHVG 73, S. 55–56.

2.4 Glarner Appellationsgericht (1836–1887)

Das Appellationsgericht ersetzte die konfessionellen Gerichte der Regimentsteilung und wurde mit der Verfassungsrevolution von 1836 eingeführt.[2] Es bestand gemäss § 72 Abs. 1 KV GL 1836 aus einem Präsidenten und sechs Mitgliedern und war gemäss Abs. 3 zur «Beurtheilung von Malefizfällen, in welchen über Leben und Tod abgesprochen werden soll» zuständig sowie auch «in höchster und letzter Instanz über alle Civilstreitigkeiten deren Betrag die Summe von fl. [scil. Gulden] übersteigt, oder welche immerwährende Rechte zum Gegenstand haben». Ihm lag gemäss Abs. 5 zudem «die Oberaufsicht über die andern Gerichtsstäbe wegen Beobachtung des gesetzmäßigen Verfahrens ob». Es wurde in derselben Funktion in § 69 KV GL 1842 beibehalten.

GL-AGE 25.–27.06.1838	Appellation Augenschein gehalten beim Schwert in Näfels den 25. 26. & 27. Juni 1838, S. 59–68, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 7. October 1837 bis 13. August 1842. I. Band, Signatur: LAGL H 1 1
GL-AGE 19.05.1846	Appellations-Augenschein-Gericht gehalte[n] beim Raben in Netstall den 19.ten Mai 1846, S. 147–152, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 3. September 1845 bis 15. Mai. 1849. III. Band: Signatur: LAGL H 1 3
GL-AGE 25.08.1846	Appellations-Augenscheins-Gericht gehalten beim Adler in Schwanden den 25ten August 1846, S. 185–189, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 3. September 1845 bis 15. Mai. 1849. III. Band, Signatur: LAGL H 1 3
GL-AGE 3.08.1847	Appellations-Gericht gehalten beim Raben in Netstall den 3.ten August 1847, S. 334–340, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 3. September 1845 bis 15. Mai. 1849. III. Band, Signatur: LAGL H 1 3
GL-AGE 25.05.1850	Appellations-Augenschein-Gericht gehalten im Hause des Wilh. Heinrich Jenni in der Wiese in Ennenda den 25. Mai 1850, S. 151–160, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4
GL-AGE 25.06.1850	Appellations-Gericht gehalten in Tellwirth Fridolin Steuhsis [sic] Haus auf Riedern den 25.ten Juni 1850, S. 181–185, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4
GL-AGE 24.10.1850	Appellations-Gericht gehalten beim Schwert in Näfels den 24ten October 1850, S. 246–251, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4
GL-AGE 25.09.1851	Appellations-Gericht gehalten den 25ten Sept. 1851 im Wirtshaus zum Rößli in Näfels, S. 359–362, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4

[2] Vgl. STUCKI, JHVG 73, S. 52–55.

GL-AGE 8.-9.04.1853 Appellations-Gericht gehalten beim Bären in Netstall [sic] den 8 & 9 April 1853, S. 526–532, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4

GL-AGE 20.08.1853 Appellationsgericht gehalten beim goldenen Adler in Schwanden den 20ten August 1853, S. 576–581, in: Protokoll des Appellat.-Gerichts in Civilsachen vom 5. Juni 1849 bis 19. Sept. 1853. IV. Band, Signatur: LAGL H 1 4

2.5 Glarner Augenscheingericht (1836–1988)

Das Glarner Augenscheingericht hatte schon im Ancien Régime bestanden, wurde jedoch in seiner gemischtkonfessionellen Form mit der Verfassungsrevolution von 1836 eingeführt.[3] Gemäss § 69 KV GL 1836 bestand es aus einem Präsidenten und vier Mitgliedern und sprach «in erster Instanz über Streitsachen wegen unbeweglichem Gut und darf [sic] darauf bezügliche Rechtsame, welche eine Beaugenscheinigung an Ort und Stelle erfordern». Es wurde in derselben Funktion in § 66 KV GL 1842 und Art. 57 KV GL 1887 beibehalten.

GL-ASGE 17.04./8.05.1939 Entscheid des Augenscheingerichts des Kantons Glarus in Sachen A.-G. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus, Anwalt: Dr. R. Stüssi, Glarus, Klägerin (& Appellantin) gegen den Tagwen Ennenda, vertreten durch die Gemeinderäte Br. R. Freuler, Gemeindepräsident, und Christian Streiff, sowie Gemeindeschreiber H. Becker, Ennenda. Anwalt: Dr. D. Hefti, Haslen, Beklagter (& Apellat). Signatur: LAGL 44 XVI, S. 86–104, (zit. *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*)

GL-ASGE 24.04./8.05.1939 Entscheid des Augenscheingerichts des Kantons Glarus in Sachen Spitz, Streiff & Co, Ennenda, Anwalt: Dr. O. Kubli, Glarus, Klägerin, Gegenbeklagte (& Appellatin), gegen A.-G. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus, Anwalt: Dr. R. Stüssi, Glarus, Beklagte, Gegenklägerin (& Appellantin). Signatur: LAGL 44 XVI, S. 156–179, (zit. *Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*)

3. Amtliche Dokumente

3.1 Eidgenössische

a. Aktensammlung der Helvetischen Republik

STRICKLER JOHANNES (Hrsg.): Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798–1803) – III. Band: October 1798 bis März 1799, Bern 1889, digital abrufbar unter: https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/hierarchy/hierarchyContent.jsp?node=15:3&cache=1652342941897 (zit. ASHR III)

– Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798–1803) – V. Band: October 1799 bis 8. August 1800, Bern 1895, digital abrufbar unter: https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/hierarchy/hierarchyContent.jsp?node=15:3&cache=1652342941897 (zit. ASHR V)

[3] Vgl. STUCKI, JHVG 73, S. 44, 53.

b. Abschiede der eidgenössischen Tagsatzung

STRICKLER JOHANNES (Hrsg.): Band 4: Abschied der am 1. Heumonat 1816 in Zürich zusammengetretenen und am 4. Herbstmonat gleichen Jahres geschlossenen ordentlichen eidgenössischen Tagsatzung, o.A., digital abrufbar unter: https://eu.alma.exlibrisgroup.com/view/delivery/41BIG_INST/12351139890001791 (zit. Abschied der eidgenössischen Tagsatzung IV)

c. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung

(1) Nationalrat

Sten. Bull. NR 1915 — Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung/Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Nationalrat – Conseil national: Sitzung vom 20. September 1915 (III 155–181); Sitzung vom 21. September 1915 (III 182–212); Sitzung vom 23. September 1915 (III 243–269); Sitzung vom 24. September 1915 (III 270–292); Sitzung vom 6. Dezember 1915 (IV 307–322)

Sten. Bull. NR 1916 — Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung/Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Nationalrat – Conseil national: Sitzung vom 5. Juni 1916 (II 45–57); Sitzung vom 6. Juni 1916 (II 57–76); Sitzung vom 2. Oktober 1916 (III 223–234); Sitzung vom 22. Dezember 1911 (IV 343–346)

(2) Ständerat

Sten. Bull. SR 1913 — Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung/Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Ständerat – Conseil des Etats, darin: Sitzung vom 29. September 1913 (III 221–241); Sitzung vom 30. September 1913 (III 243–262); Sitzung vom 7. Oktober 1913 (III 332–339 und III 341–347)

Sten. Bull. SR 1916 — Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung/Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Ständerat – Conseil des Etats, darin: Sitzung vom 7. März 1916 (I 1–18); Sitzung vom 8. März 1916 (I 19–32); Sitzung vom 14. März 1916 (I 75–93); Sitzung vom 25. September 1916 (III 113–122); Sitzung vom 21. Dezember 1916 (IV 213)

d. Botschaften und Kreisschreiben des Bundesrates

Botschaft Art. 24quater BV 1874 — Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Aufnahme eines Artikels 24quater in die Bundesverfassung (Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung) (Vom 28. April 1953), in: BBl 1953 II 1–23

Botschaft BGF 1887 — Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Fischerei, in Revision desjenigen vom 18. September 1875. (Vom 3. Juni 1887.), in: BBl 1887 III 363–381

Botschaft BGF 1973 — Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Fischerei (Vom 24. Januar 1973), in: BBl 1973 I 677–719

Botschaft Eisenbahn 1871	Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung zum revidirten Bundesgesetz über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft. (Vom 16. Juni 1871.), in: BBl 1871 II 647–716
Botschaft GSchG 1987	Botschaft zur Volksinitiative ‹zur Rettung unserer Gewässer› und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29. April 1987, in: BBl 1987 II 1061–1207
Botschaft USG 1979	Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG) vom 31. Oktober 1979, in: BBl 1979 III 749–853
Botschaft WRG I	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Bundesgesetzgebung über die Wasserkräfte. (Vom 30. März 1907.), in: BBl 1907 II 624–637
Botschaft WRG II	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte. (Vom 19. April 1912.), in: BBl 1912 II 669–722
Botschaft ZGB 1904	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch. (Vom 28. Mai 1904.), in: BBl 1904 IV 1–378
Kreisschreiben WRG	Kreisschreiben des Bundesrates an sämtliche Kantonsregierungen betreffend den Erlass kantonaler Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte. (Vom 20. April 1917.), in: BBl 1917 II 715–171

e. Gesetzesentwürfe

Vorentwurf ZGB 1900	Schweizerisches Civilgesetzbuch – Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizei-Departements/Code Civil Suisse – Avant-Projet du Departement Fédéral de Justice et Police, Bern 1900. Digital abrufbar unter: https://rwi.app/iurisprudentia/de/zgb/documents/static/345064/pages/3?zoom=0.9429698846787474
WRG BR 1912	Entwurf zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, in: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte. (Vom 19. April 1912). In: BBl 1912 II 669, S. 706–722
WRG SR 1913	Anträge der Kommission des Ständerates vom 3. Juni 1913, in: Sten Bull 1913 III 221, S. 221–233
WRG NR 1915	Anträge der Kommission des Nationalrates vom 3. September 1915, in: Sten Bull 1913 III 155, S. 155–165

3.2 Kantonale

a. Landsgemeindememoriale

Landsgemeindememorial 1812	Gemeines Landsgemeind-Memorial von Landammann und Rath zu Glarus; errichtet den 7ten April 1812, [o.A.] 1812. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/1e9a6a9bd1ca4e66845b3dfa5e1d5cf3?tab=dateien.

Landsgemeindememorial 1836	Memorial für die auf Sonntag den 11. Herbstmonat 1836 zu Berathung der revidirten Verfassung ausgekündete ausserordentliche Gemeine Landsgemeinde, errichtet vom dreifachen Landrathe zu Glarus den 29. und 30. August 1836. Signatur: LAGL NGA, Cl. Vorrätige Imprimate, C. Glarnerische 1836, Kiste 7, Fasz. 3
Landsgemeindememorial 1844	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Jahres 1844. Vom dreifachen Landrathe verhandelt in den Sitzungen vom 21. Jänner, 28. Hornung, 20. und 28. März, 2., 9. und 17. April 1844, [o.A.] 1844. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/4d5621c3b7e1452abd487f7919a41f58?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1851	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Jahres 1851 – Vom dreifachen Landrathe bearbeitet in den Sitzungen vom 11., 12. und 13. März, 1. und 2. April 1851, Glarus [1851]. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/e8bf434267df414281ed215440e1f936?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1854	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Jahres 1854. Vom dreifachen Landrathe bearbeitet in den Sitzungen vom 8. Hornung, 8. und 22. März, 11. und 19. April 1854, Glarus [1854]. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/8f02331ac901465c8fefff8baf020f22?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1868	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Jahres 1868 vom dreifachen Landrathe errichtet in den Sitzungen vom 22. Januar, 5., 12. und 26. Februar 1868, Glarus 1868. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/cf0a3a824a444f62a6ebbb1c7ee61729?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1869	Memorial für die ordentl. Landsgemeinde des Jahres 1869 – Vom dreifachen Landrathe errichtet in den Sitzungen vom 20., 26. und 27. Januar, 17. und 24. Februar 1869, Glarus 1869. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/2aa8741aa21249b2bd76d0c4f408ef80?tab=dateien.
Landsgemeindememorial 1874	Memorial für die ordentl. Landsgemeinde des Jahres 1874 – Vom dreifachen Landrathe errichtet in den Sitzungen vom 4., 10., 18. und 25. Februar und 4. und 11. März, Glarus 1874. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/dcd37918a8c24b03915ef9916ef41c20?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1885	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1885 – Vom dreifachen Landrathe berathen in den Sitzungen vom 21. Januar, 11. und 25. Februar, und 3. März 1885, nebst dem Uebertrag der §§ 7, 8 und 9 aus dem 1884er Memorial, verfaßt von E. Zweifel, Landammann. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/d34d848c0f7e4aa0b19b5cd8bc3ef6e9?tab=dateien

Landsgemeindememorial 1887	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1887. Vom dreifachen Landrathe berathen in den Sitzungen vom 12., 18., 19., 25. und 26. Januar, 1., 2., 8. und 9. Februar und 1. März 1887, verfaßt von E. Zweifel, Landammann. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/74379237650a4b7a9137973c196502d1?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1890	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1890. Vom Landrathe berathen in den Sitzungen vom 4. September, 13. November 1889, 15., 22. und 29. Januar, 12., 19., und 26. Februar, 4. und 5. März 1890, Glarus 1890. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/3fb11e71a90c4ae4ba156b47bb242204?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1892	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1892 – Vom Landrathe berathen in den Sitzungen vom 11. November 1891, 13. Januar, 4. und 17. Februar, 8., 9., 16. und 23. März 1892, Schwanden 1892. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/6eebd2c213b24580b5b091a6fdbdd92b?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1895	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1895. Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 9., 10. und 17. Oktober und 28. November 1894, 9. und 30. Januar, 13. und 27. Februar, 13. und 20. März 1895, Schwanden 1895. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/82339ada28054a5580877d32755be860?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1896	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1896. Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 27. November 1895, 16. und 22. Januar, 12., 19. und 26. Februar, 4. und 18. März 1896, Glarus 1896. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/d5459449c18f47f3bb979037dda16f68?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1906	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1906. Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 29. November 1905, 10. und 24. Januar, 7., 14., 20., 21., und 28. Februar und 14. März 1906, Schwanden 1896. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/cad4e2adf7eb4988bc04b8fee4869f33?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1908	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1908 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 9. Oktober und 27. November 1907[,] 15. Januar, 12. und 26. Februar und 5. März 1908, Glarus 1908, digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/b6a9b7eebd9b4906acf3a3f765556d9a?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1910	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1910 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 24. November 1909, 12. und 26. Januar, 23. Februar, 9. und 16. März und 5. April 1910, Glarus 1910. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/1c480436808b422aa26e100df19d4eaa?tab=dateien

Landsgemeindememorial 1911	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1911 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 30. November 1910, 11. Januar, 1., 8., 14., 15. und 21. Februar 1911, Schwanden 1911. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/0142cdf1bce8473580fbddd0ac59a809?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1912	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1912. – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 22. und 29. November und 13. Dezember 1911, 10. Januar, 7. Februar, 5. und 13. März 1912, Glarus 1912. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/9206908b24094c38885353f7ae2e1a01?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1913	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1913. – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 27. November 1912, 15. Januar, 26. Februar und 13. März 1913, Glarus 1913. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/a6843022653b4751b00033c587d5390b?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1914	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1914. – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 3. und 19. November 1913, 14. Januar, 25. Februar und 11. März 1914, Glarus 1914. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/fbcc6e86d7844052827d7a5117957912?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1915	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1915. – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 24. November 1914, 20. und 27. Januar, 16. und 24. Februar und 10. März 1915, Schwanden 1915. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/886ce2193ebd4c2b93337573c5087fc5?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1917	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1917 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 22. November 1916, 10. Januar, 14. Februar und 7. März 1917, Glarus 1917. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/3024eaa1a5f447b592eb667d388a4a7c?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1918	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahr 1918 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 28. November 1917, 9. und 30. Januar, 20. und 27. Februar und 5. März 1918, Schwanden 1918. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/8c333ce84baa4a8e816231b2d7e528a6?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1947	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1947 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 6. November, 16. und 27. Dezember 1946, 21. Januar, 11., 18. und 25. Februar, 8., 11., 15., 17., 18. und 20. März 1947, Glarus 1947. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/fff8378fb11c46a28d4378cfd82d638a?tab=dateien

Landsgemeindememorial 1951	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1951 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 15. November 1950, 24., 31. Januar, 14., 28. Februar, 17., 21. März 1951, Glarus 1951. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/2eab63349daa4205a91107b61647a257?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1957	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1957 – Vom Landrate beraten in den Sitzungen vom 14. November, 15. Dezember 1956, 9. und 30. Januar, 27. Februar, 16., 18. und 20. März 1957, Glarus 1957. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/19561c79c18045cbb46df86551f9313b?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1977	Memorial für die ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1977 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 30. Juni und 15. Dezember 1976, 26. Januar, 2. und 9. März 1977, [o.A.] 1977. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/85b665b883574ca2b2d7a387755de6f4?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1985	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1985 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 5. September, 24. Oktober, 5. und 19. Dezember 1934, 16. Januar, 13., 20., 27. Februar und 6. März 1985, [o.A.] 1985. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/467cd3df912f41d89f26ffed04c3772d?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1987	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1987 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 29. Oktober 1986, 14. und 21. Januar, 11., 18. und 25. Februar sowie 4. März 1987, [o.A.] 1987. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/a11900bd5ffa4b94904e1950c514a55e?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1989	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1989 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 23. November 1988, 11., 18. und 25. Januar und 8., 15. und 22. Februar sowie 1. und 15. März 1989, [o.A.] 1989. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/2240587288a14dbdb678e202179cb65e?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1995	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1995 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 14. Dezember 1994, 18. Januar, 8., 15. und 22. Februar, 1. März 1995, [o.A.] 1995. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/a85b90f54c874c7b81639f03d38170bc?tab=dateien
Landsgemeindememorial 1997	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1997 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 25. September, 13. und 27. November, 11. Dezember 1996, 22. Januar, 5., 12. und 19. Februar 1997, [o.A.] 1997. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/17da3d393bce45d681f4428193f40eb1?tab=dateien

Landsgemeindememorial 2000	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 2000 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 29. September, 24. November, 8. und 22. Dezember 1999, 26. Januar, 9. und 16. Februar sowie 1. März 2000, [o.A.] 2000. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/2195c997fc7c4b29b5a7fc67a3583cf8?tab=dateien
Landsgemeindememorial 2007	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus 2007 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 26. April, 28. Juni, 8. und 22. November, 20. Dezember 2006, 24. Januar, 7., 14. und 28. Februar 2007, [o.A.] 2007. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/b2c7eb7067f34762972c4ae9adf124b5?tab=dateien
Landsgemeindememorial 2008	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus 2008 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 24. Oktober, 7. November, 19. Dezember 2007, 23. Januar, 13. und 27. Februar 2008, [o.A.] 2008. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/4d2f7d679b9c4594b32bff475ce01ad3?tab=dateien
Landsgemeindememorial 2009	Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus 2009 – Vom Landrat beraten in den Sitzungen vom 23. April, 29. Oktober, 17. Dezember 2008, 21. Januar, 4. und 18. Februar, 4. März 2009, [o.A.] 2014. Digital abrufbar unter: https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/content/32493ed44a4b4ef488ecd83044772422?tab=dateien

b. Protokolle der Landsgemeinde

Landsgemeindeprotokoll 1853–1872	Protokoll der Landsgemeinde vom 16. Mai 1853 bis 29. Sept. 1872, Signatur: LAGL AAA 9/3
Landsgemeindeprotokoll 1889–1907	Landsgemeinde-Protokoll vom Jahre 1889 bis 1907, Signatur: LAGL IX 5
Landsgemeindeprotokoll 1908–1932	Landsgemeinde Protokoll 1908–1932, Signatur: LAGL IX 6
Landsgemeindeprotokoll 1933–1949	Landsgemeinde-Protokolle 1933 bis 1949, Signatur: LAGL IX 7
Landsgemeindeprotokoll 1950–1956	Landsgemeinde Protokolle 1950–1956, Signatur: LAGL IX 8

c. Protokolle des Landrates

Landratsprotokoll 1859–1869	Landraths-Protokoll. Vom […] Feb. 1859 bis 24. Nov. 1869, Signatur: LAGL XI 4
Landratsprotokoll 1889–1890	Protokolle des Landrates vom 15. Mai 1889 bis ~~Juni~~ [sic] 23.4.1890, Signatur: LAGL XI 9
Landratsprotokoll 1890–1892	Protokolle des Landrates vom Juni 1890 bis April 1892, Signatur: LAGL XI 10
Landratsprotokoll 1894–1896	Protokolle des Landrates vom 23. Mai 1894 bis 22. April 1896, Signatur: LAGL XI 12

Landratsprotokoll 1905–1908	Protokoll des Landrates vom 21. Juni 1905 bis 15. April 1908, Signatur: LAGL XI 16
Landratsprotokoll 1908–1911	Protokoll des Landrates vom 17. Juni 1908 bis 26. April 1911, Signatur: LAGL XI 17
Landratsprotokoll 1914–1917	Protokoll des Landrates vom 10. Juni 1914 bis 18. April 1917, Signatur: LAGL XI 19
Landratsprotokoll 1917–1920	Protokoll des Landrates vom 20. Juni 1917–28. April 1920, Signatur: LAGL XI 20
Landratsprotokoll 1920–1923	Protokoll des Landrates vom Juni 1920 bis April 1923, Signatur: LAGL XI 21
Landratsprotokoll 1926–1929	Protokoll des Landrates vom 30. Juni 1926 bis 24. April 1929, Signatur: LAGL XI 23
Landratsprotokoll 1946–1947	Landratsprotokoll 1946 bis 1947, Signatur: LAGL XI 30
Landratsprotokoll 1947–1950	Landratsprotokoll 1947 bis 1950, Signatur: LAGL XI 31
Landratsprotokoll 1950–1953	Landratsprotokoll 1950 bis 1953, Signatur: LAGL XI 32
Landratsprotokoll 1956–1959	Landratsprotokoll 1956 bis 1959, Signatur: LAGL XI 34
Landratsprotokoll 4. Februar 2009	§ 352: A. Änderung des Energiegesetzes / B. Memorialantrag Grüne des Kantons Glarus und Mitunterzeichnende betr. ‹Energieschub für den Kanton Glarus› / C. Postulat SP-Landratsfraktion betr. Wasserzinsen (Erste Lesung), S. 505–516
Landratsprotokoll 4. März 2009	§ 369: A. Änderung des Energiegesetzes / B. Memorialantrag Grüne des Kantons Glarus und Mitunterzeichnende betr. ‹Energieschub für den Kanton Glarus› (Zweite Lesung), S. 540–545

d. Protokolle des Regierungsrates

Regierungsratsprotokoll 1890	1890er Protokoll des Regierungsrathes vom Januar-Mai I., Signatur: XII 5
Regierungsratsprotokoll 1917	Protokoll des Regierungsrates 1917 II., Juli-11. Okt, Signatur: LAGL XII 60
Regierungsratsprotokoll 2007	Auszug aus dem Protokoll vom 19. Juni 2007, § 361, Wassergesetz des Kantons Glarus – Verabschiedung zuhanden einer Vernehmlassung, in: Protokoll des Regierungsrates 2007, 5. Juni–19. Juni, §§ 311–385, Signatur: o. A

e. Amtsberichte

Bei den Amtsberichten handelt es sich um Rechenschaftsberichte von Landammann und Rat bzw. Regierungsrat und Obergericht an den Landrat, welche seit 1848 in dreijährigem und seit 1888 in einjährigem Abstand herausgegeben wurden.[4]

Amtsbericht 1848–1851 — BLUMER-HEER, J[OHANN] J[AKOB]: Zwölfter Amts-Bericht des Appellations-Gerichtes des Kantons Glarus an den hohen dreifachen Landrath des hiesigen Kantons, umfassend den Zeitraum vom 1. Mai 1848 bis 30. April 1851, in: Amts-Bericht von Landammann und Rath des Kantons Glarus an den hohen dreifachen Landrath, umfassend die Amtsdauer von der ordentlichen Landsgemeinde 1848 bis zur ordentlichen Landsgemeinde 1851, Glarus 1852. Signatur: LAGL Präsenzbibliothek Ma 8 3,01

Amtsbericht 1851–1854 — BLUMER, J[OHANN] J[AKOB]: Dreizehnter Amts-Bericht des Appellations-Gerichtes des Kantons Glarus an den hohen dreifachen Landrath, in: Amts-Bericht von Landammann und Rath des Kantons Glarus und den unter den obersten Regierungsbehörden stehenden Rathskommissionen an den hohen dreifachen Landrath umfassend die Amtsdauer von der ordentlichen Landsgemeinde 1851 bis zur ordentlichen Landsgemeinde 1854, Glarus [1854]. Signatur: LAGL NA 61.2, Rub. 61, Fasz. 2, Nr. 24

Amtsbericht 1854–1857 — BLUMER, J[OHANN] J[AKOB]: XIV. Amts-Bericht des Appellations-Gerichts des Kantons Glarus an den hohen dreifachen Landrath, in: Amts-Bericht von Landammann und Rath des Kantons Glarus und den unter den obersten Regierungsbehörden stehenden Rathskommissionen an den hohen dreifachen Landrath umfassend die Amtsdauer von der ordentlichen Landsgemeinde 1854 bis zur ordentlichen Landsgemeinde 1857, Glarus [1857]. Signatur: LAGL NA 61.2, Rub. 61, Fasz. 2, Nr. 24

Amtsbericht 1857–1860 — BLUMER, J[OHANN] J[AKOB]: Amts-Bericht des Appellations-Gerichts des Kantons Glarus an den hohen dreifachen Landrath, in: Amts-Bericht der administrativen und richterlichen Behörden an den dreifachen Landrath des Kantons Glarus. Umfassend den Zeitraum vom Juni 1857 bis Juni 1860, Glarus [1860]. Signatur: LAGL NA 61.2, Rub. 61, Fasz. 2, Nr. 26

Amtsbericht 1863–1866 — BLUMER, J[OHANN] J[AKOB]: Amtsbericht des Appellationsgerichts des Kts. Glarus an den hohen dreifachen Landrath über die Amtsdauer der Jahre 1863 bis 1866, in: Amtsbericht der administrativen & richterlichen Behörden an den h. dreifachen Landrath des Kantons Glarus umfassend den Zeitraum Juni 1863 bis Juni 1866, Glarus [1866]. Signatur: LAGL NA 61.3, Rub. 61, Fasz. 3, Nr. 23a

[4] Vgl. WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 569.

f. Berichte und Botschaften

Bericht DBU 2007	Wassergesetz des Kantons Glarus an den Regierungsrat – 1. Lesung / Verabschiedung zu Handen der Vernehmlassung, Schreiben vom 13. Juni 2007, Beilage zu: Auszug aus dem Protokoll vom 19. Juni 2007, § 361, Wassergesetz des Kantons Glarus – Verabschiedung zuhanden einer Vernehmlassung, in: Protokoll des Regierungsrates 2007, 05. Juni – 19. Juni, §§ 311–385, Signatur: o. A
Bericht Regierungsrat 1892	Bericht des Regierungsrathes an den h[ohen] Landrath des Kts Glarus über den Entwurf eines Gesetzes betreffend Benützung der Gewässer, Schwanden 1892, S. 1–14; Beilage zu Landratsprotokoll 1890–1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 439
Bericht Regierungsrat 1908	Bericht des Regierungsrates an den hohen Landrat zum Gesetzesentwurf betr[effend] die Besteuerung von Wasserwerken [vom 3. Februar 1908], Glarus 1908, S. 1–26; Beilage zu Landratsprotokoll 1905–1908, Sitzung vom 5. März 1908, § 278, S. 329
Bericht Regierungsrat 1910 I	Bericht des Regierungsrates an den Landrat des Kantons Glarus zum Gesetzes-Entwurf betreffend die Besteuerung der elektrischen Energie [vom 10. März 1910], Glarus 1910, S. 1–21; Beilage zu Landratsprotokoll, Sitzung vom 5. April 1910, § 156, S. 154–155
Bericht Regierungsrat 1910 II	Bericht zum Entwurf über das Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Glarus. Erstatte vom Regierungsrat an den Landrat am 22. September 1910, S. 1–33; Beilage zu: Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 14. Februar 1911, § 229, S. 243
Bericht Regierungsrat 1917	An den Landrat des Kantons Glarus [vom 5. Februar 1917], S. 1–8; Beilage zu Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 169
Bericht Regierungsrat 1918	Bericht des Regierungsrates an den Landrat des Kantons Glarus betreffend Ausnützung der Wasserkräfte (vom 24. Januar 1918), S. 1–6; Beilage zu: Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, [§ 76], S. 101
Bericht Regierungsrat 1921	Bericht des Regierungsrates betr. Muttensee-Konzession – An den Landrat des Kantons Glarus [datiert den 21. April 1921], S. 1–10, Beilage zu Landratsprotokoll 1920–1923, Sitzung vom 20. November 1921, § 198, S. 240–241
Bericht Regierungsrat 1947	Memorialantrag betreffend Revision des kantonalen Wasserrechtes – Der Regierungsrat an den Landrat des Kantons Glarus [datiert den 15. Februar 1947], S. 1–7, Beilage zu Landratsprotokoll 1947–1950, (digital vom LAGL zugestellt)
Bericht Regierungsrat 1950	Bericht des Regierungsrates an den Landrat des Kantons Glarus vom 16. Februar 1950, S. 1–6; Beilage zu Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 13. März 1950, § 310, S. 308–309 sowie Beilage zu: Landratsprotokoll 1950–1953, § 46, S. 40–41

Bericht Regierungsrat 1957	Bericht des Regierungsrates und der landrätlichen Kommission an den Landrat des Kantons Glarus vom 14. Februar 1957, S. 1–22; Beilage zu Landratsprotokoll 1956–1959, Sitzung vom 30. März 1957, § 96, S. 88–89
Bericht Regierungsrat 1998	Der Regierungsrat des Kantons Glarus an den Landrat des Kantons Glarus: Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Mühlebaches vom 22. September 1998 (inkl. Anhang: Zur Rechtsnatur der landrätlichen Wassernutzungskonzessionen), S. 1–7
Bericht Regierungsrat 2008	Erneuerung der Konzessionen von 1928 zur Ausnützung der Wasserkraft des Niederenbaches und des Sernf vom 23. September 2008, S. 1–9
Bericht Regierungsrat EnG 2008	Bericht vom 18. November 2008 (A. Änderung des Energiegesetzes / B. Memorialantrag Gründe des Kantons Glarus und Mitunterzeichnende betr. ‹Energieschub für den Kanton Glarus› / C. Postulat SP-Landratsfraktion betr. Wasserzinsen)
Bericht Regierungsrat EnG 2009	Bericht vom 13. Februar 2009 (Änderung des Energiegesetzes; Vorschlag des Regierungsrates zu Artikel 5 zuhanden der 2. Lesung des Landrates)
Bericht Landratskommission 1892	Bericht und Entwurf zu einem Gesetze betreffend die Benutzung der Gewässer, Glarus 1892, S. 1–12; Beilage zu Landratsprotokoll 1890–1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 439
Bericht Landratskommission 1908	Bericht und Entwurf der landrätlichen Kommission vom 25. Februar 1908 zum Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken, Glarus 1908, S. 1–16; Beilage zu Landratsprotokoll 1905–1908, Sitzung vom 5. März 1908, § 278, S. 330–331
Bericht Landratskommission 1910	Bericht der landrätlichen Kommission zum Gesetz betreffend die Besteuerung der Wasserwerke [vom 24. März 1910], Glarus 1910, S. 1–16; Beilage zu: Landratsprotokoll 1908–1911, Sitzung vom 5. April 1910, § 156, S. 154–155
Bericht Landratskommission 1911	Bericht der landrätlichen Spezialkommission vom 20. Dezember 1910, S. 1–16; Beilage zu: Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 14. Februar 1911, § 229, S. 243
Bericht Landratskommission 1917	An den Landrat des Kantons Glarus [vom 13. Februar 1917], S. 1–15; Beilage zu Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 169
Bericht Landratskommission 1918	Bericht der landrätlichen Kommission über Verwertung der Wasserkräfte an den Landrat des Kantons Glarus [vom 16. Februar 1918], S. 1–10; Beilage zu: Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, [§ 76], S. 101
Bericht Landratskommission 1950 I	Revision des kantonalen Wasserrechts – Bericht der landrätlichen Kommission an den Landrat des Kantons Glarus, o.D., sign. H. Trümpy, S. 1–2; Beilage zu Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 13. März 1950, § 310, S. 308–309 sowie Beilage zu: Landratsprotokoll 1950–1953, § 46, S. 40–41

Bericht Landratskommission 1950 II	Revision des glarnerischen Wasserrechtes – Bericht der landrätlichen Kommission an den Landrat des Kantons Glarus vom 21. November 1950, S. 1–8; Beilage zu: Landratsprotokoll 1950–1953, § 46, S. 40–41
Bericht Landratskommission 1957	Bericht der landrätlichen Kommission an den Landrat vom 14. März 1957, S. 23–46. Beilage zu Landratsprotokoll 1956–1959, Sitzung vom 30. März 1957, § 96, S. 88–89
Bericht Landratskommission 2009 I	Bericht vom 27. Januar 2009 (A. Änderung des Energiegesetzes / B. Memorialantrag Gründe des Kantons Glarus und Mitunterzeichnende betr. ‹Energieschub für den Kanton Glarus› / C. Postulat SP-Landratsfraktion betr. Wasserzinsen), S. 1–8
Bericht Landratskommission 2009 II	Bericht vom 3. März 2009 (Änderung des Energiegesetzes: Anträge der landrätlichen Kommission zuhanden der zweiten Lesung im Landrat am 4. März 2009), S. 1–2

g. Akten der Kantonsverwaltung

(1) Staatskanzlei des Kantons Glarus

Brief Regierungsrat 2005	REGIERUNGSRAT DES KANTONS GLARUS, Konzessionserneuerung Niederenbach und Sernf vom 25. November 2005, S. 1–2
Brief Regierungsrat 2007	REGIERUNGSRAT DES KANTONS GLARUS, Brief vom 7. November 2007, S. 1
Kanzlei Kurzbericht	SCHÖN MARKUS, Kurzbericht – Rechtliche Regelung des Themenbereiches Wasser im Kt. Glarus, Rechtsdienst der Regierungskanzlei des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 2002
Kanzlei Fragen Wasserrecht	SCHÖN MARKUS, Fragen zum glarnerischen Wasserrecht, Rechtsdienst der Regierungskanzlei des Kantons Glarus (Hrsg.), Glarus 2004
Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I	TRÜMPY HANS, Soll das glarnerische Wasserrecht revidiert werden?, in: Rechtsgutachten betreffend Abänderung des glarnerischen Wasserrechtes, Liver Peter/Trümpy Hans (Hrsg.), Glarus 1950, S. 1–18 (zit. Rechtsgutachten)
Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II	LIVER PETER, Das Wasserrecht des Kantons Glarus mit besonderer Berücksichtigung der Frage seiner Revisionsbedürftigkeit – Dem Baudepartement des Kantons Glarus erstattetes Rechtsgutachten, in: Rechtsgutachten betreffend Abänderung des glarnerischen Wasserrechtes, Liver Peter/Trümpy Hans (Hrsg.), Glarus 1950 [1949], S. 19–68
Kanzlei Rechtsgutachten 1944 III	LIVER PETER, Nachtrag zum Gutachten vom 12. Juni 1949, in: Rechtsgutachten betreffend Abänderung des glarnerischen Wasserrechtes, Liver Peter/Trümpy Hans (Hrsg.), Glarus 1950, S. 69–74 (zit. Rechtsgutachten II)
Kanzlei Rechtsgutachten 1950	LIVER PETER, Revision des glarnerischen Wasserrechtes – Anhang: Aus dem Gutachten von Prof. Dr. Liver, Bern, vom 22. Juli 1950 zu § 170 EG/ZGB, Beilage zu: Landratsprotokoll 1950–1953, § 46, S. 40–41, (zit. Rechtsgutachten III)
Kanzlei Rechtsgutachten 2005	JAGMETTI RICCARDO, Wasserkraftwerke im Kanton Glarus – Rechtsgutachten vom 30. November 2005, [Zürich] 2005

Kanzlei Rechtsgutachten 2006	JAGMETTI RICCARDO, Glarner Wasserrecht – Zum Gutachten von Prof. Georg Müller vom 21. August 2006, Zürich 2006
Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007	JAGMETTI RICCARDO, Kommentar zum Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus vom 25. Juni 2007, Zürich 2007

(2) Departement Bau und Umwelt

DBU Kurzstellungnahme	DEPARTEMENT BAU UND UMWELT, Änderung des Energiegesetzes; Vorschlag des Regierungsrates zu Artikel 5 zu Handen der 2. Lesung des Landrates; ergänzende Kurzstellungnahme zu den rechtlichen vom 20.02.2009 Fragen, S. 1–3
DBU Rechtsgutachten I	ALTHAUS DANIEL, Gutachten bezüglich Abklärung Prozessrisiko vom 3. März 2007, S. 1–5
DBU Rechtsgutachten II	ALTHAUS DANIEL, Gutachten zur Änderung von Art. 5 Energiegesetz; Vorschlag des Regierungsrates vom 13.02.2009 vom 2. März 2009, S. 1–7
DBU Rechtsgutachten III	CAVIEZEL GIERI, Rechtsgutachten zur Frage der Entschädigungspflicht des Kantons im Zusammenhang mit der Übertragung des Verfügungsrechts über die Gewässer gemäss Entwurf des Wasserrechtsgesetzes vom 25. Juni 2007 zuhanden des Departementes Bau und Umwelt, Abteilung Bau und Energie des Kantons Glarus vom 8. Februar 2012, Chur 2012
DBU Rechtsgutachten IV	CAVIEZEL GIERI, Zusatzgutachten zur Frage der Entschädigungspflicht des Kantons bei einer Änderung des Wasserrechtes zu Handen des Departementes Bau und Umwelt, Abteilung Bau und Energie des Kantons Glarus vom 7. Februar 2013, Chur 2013
DBU Vernehmlassung 1	SCHIESSER-ZWEIFEL JAKOB, Stellungnahme zum Entwurf des neuen Wassergesetzes des Kantons Glarus vom 23. Juli 2007, (Dok. Nr. 1 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4
DBU Vernehmlassung 2	LUCHSINGER OTTO, Betr. Neues Wassergesetz – freiw. öffentliche Anhörung gemäss Publikation im Amtsblatt Nr. 27 vom 5.7.07 vom 30. Juli 2007, (Dok. Nr. 2 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–2)
DBU Vernehmlassung 3	JCVP GLARUS, Stellungnahme JCVP zum Wassergesetz vom 3. August 2007, (Dok. Nr. 3 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1
DBU Vernehmlassung 4	BERTINI RICO, Vernehmlassung neue Wasserrechtsvorlage vom 9. August 2007, (Dok. Nr. 4 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1
DBU Vernehmlassung 5	LEGLER & CO. AG, Entwurf zu einem neuen Wassergesetz vom 22. August 2007, in der Beilage: RUTZ HANS-WALTHER, Wassergesetz, (Dok. Nr. 5 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–7
DBU Vernehmlassung 6	GEMEINDERAT BILTEN, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kanton Glarus Vernehmlassung vom 23. August 2007, (Dok. Nr. 6 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–3
DBU Vernehmlassung 7	GLARNER HANDELSKAMMER, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus, freiwillige öffentliche Anhörung vom 23. August 2007, (Dok. Nr. 7 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–3

DBU Vernehmlassung 8 KANTONALER FISCHEREI-VERBAND, Entwurf zum neuen Wassergesetz – öffentliche Anhörung vom 24. August, (Dok. Nr. 8 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 9 SVP DES KANTONS GLARUS, Vernehmlassungs-antwort zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus, (Dok. Nr. 9 im Ordner Wasserrechtseingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 11 KC FASHION (KINDLIMANN & CO), Betr. Vernehmlassung zum neuen Wasserrecht vom 29. August 2007 (Dok. Nr. 11 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 12 SP DES KANTONS GLARUS, Vernehmlassung Wassergesetz vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 12 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 13 BERLINGER AUGUST, Stellungnahme vom 28. August 2007, (Dok. Nr. 13 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–5

DBU Vernehmlassung 14 GEMEINDERAT NETSTAL, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus: Vernehmlassung vom 28. August 2007, (Dok. Nr. 14 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 15 E. KAMM AG, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus, Vernehmlassung vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 15 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4

DBU Vernehmlassung 16 HYDRO ELECTRA AG, Wassergesetz vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 16 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4

DBU Vernehmlassung 17 TEXTILVERBAND SCHWEIZ, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Freiwillige öffentliche Anhörung vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 17 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4

DBU Vernehmlassung 18 GEMEINDERAT NIEDERURNEN, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Vernehmlassung vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 18 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–16

DBU Vernehmlassung 19 ALTMANN HEINZ, [Vernehmlassungseingabe] vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 19 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 20 GEMEINDERAT OBSTALDEN, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Vernehmlassung vom 28. August 2007, (Dok. Nr. 20 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 21 SEIDENDRUCKEREI MITLÖDI AG, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus, freiwillige öffentliche Anhörung, (Dok. Nr. 21 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 22 GEMEINDERAT MOLLIS, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Vernehmlassung vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 22 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–3

DBU Vernehmlassung 23 SN ENERGIE AG, Öffentliche Anhörung Entwurf Wassergesetz vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 23 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–5

DBU Vernehmlassung 24 H. BODMER AG, vertreten durch: BONER BARBARA, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus / Freiwillige öffentliche Anhörung vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 24 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–5

DBU Vernehmlassung 25 WEBEREI DANIEL JENNY & CO. vertreten durch: BONER BARBARA, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus / Freiwillige öffentliche Anhörung vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 25 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–5

DBU Vernehmlassung 26 GEMEINDERAT OBERURNEN, Vernehmlassung – Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 26 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–3

DBU Vernehmlassung 27 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, Entwurf für ein Wassergesetz – Vernehmlassung vom 24. August 2007, (Dok. Nr. 27 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–13

DBU Vernehmlassung 28 GRÜNE DES KANTONS GLARUS, Wassergesetz des Kantons Glarus: Stellungnahme zur Vernehmlassung vom 27. August 2007, (Dok. Nr. 28 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–10

DBU Vernehmlassung 29 WWF GLARUS, Wassergesetz des Kantons Glarus: Stellungnahme zur Vernehmlassung vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 29 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–11

DBU Vernehmlassung 30 GEMEINDERAT FILZBACH, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Vernehmlassung vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 30 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–3

DBU Vernehmlassung 31 GEMEINDERAT ELM, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 31 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 32 SCHWEIZERISCHER WASSERWIRTSCHAFTSVERBAND, Freiwillige öffentliche Anhörung zum Entwurf für ein neues Wassergesetz des Kantons Glarus vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 32 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 33 GEWERBEVERBAND DES KANTONS GLARUS, Stellungnahme zum Entwurf des Wassergesetzes des Kantons Glarus vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 33 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1

DBU Vernehmlassung 34 REGION GLARNER HINTERLAND SERNFTAL, Entwurf für ein Wassergesetz – Vernehmlassung vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 34 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 35 GEMEINDERAT MÜHLEHORN, Vernehmlassung zum Wassergesetz des Kantons Glarus vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 35 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 36 FDP DES KANTONS GLARUS, Entwurf für ein Wassergesetz – Vernehmlassung vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 36 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1

DBU Vernehmlassung 37 PRO NATURA GLARUS, Wassergesetz des Kantons Glarus: öffentliche Anhörung, (Dok. Nr. 37 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–12

DBU Vernehmlassung 38 GEMEINDERAT GLARUS, Vernehmlassung zum Entwurf neues Wassergesetz des Kantons Glarus vom 30. August 2007, (Dok. Nr. 38 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4

DBU Vernehmlassung 39 WESETA TEXTIL AG, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus / Freiwillige öffentliche Anhörung vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 39 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–10

DBU Vernehmlassung 40 RHYNER-STURM KASPAR ET AL., [Vernehmlassungseingabe] vom 28. August 2007, (Dok. Nr. 40 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–3

DBU Vernehmlassung 41 GEMEINDERAT ENNENDA, Vernehmlassung zum Entwurf des neuen Wassergesetzes des Kantons Glarus vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 41 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

DBU Vernehmlassung 42 GEMEINDERAT NÄFELS, Entwurf zum neuen Wassergesetz des Kantons Glarus – Vernehmlassung vom 29. August 2007, (Dok. Nr. 42 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–11

DBU Vernehmlassung 43 GEMEINDERAT RIEDERN, Vernehmlassung zum neuen Wassergesetz vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 43 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–4

DBU Vernehmlassung 44 WESETA KRAFTWERKE AG, [Vernehmlassungseingabe] vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 44 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–8

DBU Vernehmlassung 45 ELEKTRIZITÄTSWERK SCHWANDEN (EWS), Entwurf für ein Wassergesetz – Vernehmlassung vom 31. August 2007, (Dok. Nr. 45 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–11

DBU Vernehmlassung 46 IG HOCHWASSERSCHUTZ GLARNER LINTH, Stellungnahme zum Wassergesetz vom 7. September 2007 (Dok. Nr. 46 im Ordner Wassergesetzeingaben), S. 1–2

h. Gesetzesentwürfe

E-WG GL JAGMETTI RICCARDO, Wassergesetz des Kantons Glarus erlassen von der Landsgemeinde am … [sic] – Entwurf vom 25. Juni 2007, [Zürich] 2007, Beilage zu DERS., Kommentar zum Entwurf für ein Wassergesetz

Regierungsratsentwurf 1892 Entwurf des Regierungsrathes vom 6. Februar 1892. Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer, Schwanden 1892; Beilage zu Landratsprotokoll 1890–1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 439

Regierungsratsentwurf 1910 Regierungsrätlicher Entwurf vom 22. September 1910 zu einem Gesetz betr. die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Glarus; Beilage zu Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 14. Februar 1911, § 229, S. 243

Landratskommissionsentwurf 1892 Entwurf zu einem Gesetze betreffend die Benutzung der Gewässer. Entwurf der landräthlichen Kommission vom 8. März 1892, Glarus 1892; Beilage zu Landratsprotokoll 1890–1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 439

Landratskommissionsentwurf 1911 Entwurf der landrätlichen Kommission vom 7. Januar 1911, betitelt: Glarner Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Beilage zu Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 14. Februar 1911, § 229, S. 243

Nachtragsentwurf 1892 Benützung der Gewässer. Anträge des Regierungsrathes und der landräthlichen Kommission vom 26. März 1892, [o.A.]; Beilage zu Landratsprotokoll 1890–1892, Sitzung vom 30. März 1892, § 191, S. 447

Nachtragsentwurf 1911 — Nachträgliche Aenderungen im Entwurf der landrätlichen Kommission vom 7. Januar 1911 zum Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus, Beilage zu Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 14. Februar 1911, § 229, S. 243

4. Privatarchive

4.1 Firmenarchiv der *SN Energie AG*, St. Gallen

FASN 16.3/25.8 — CHRISTEN HEINZ, Kritische Würdigung der Stellungnahme von Prof. Jagmetti vom 15.12.06 zum Gutachten Prof. G. Müller vom 21. Aug. 2006, in: Signatur 16.3, Ordner-Nr. 25, Konzessionserneuerung 2011, Beschwerde/Klage (2009–2011), Register 8, (zit. CHRISTEN, FASN 16.3/25.8)

FASN Rechtsgutachten — MÜLLER GEORG, Rechtsgutachten betreffend Fragen im Zusammenhang mit der Erneuerung der Konzession der SN Energie AG am Sernf und am Niederenbach, Zürich 2006, (zit. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten)

FASN Geschichte der SN — ROHR AUGUST, Von der Kraftwerke Sernf-Niederenbach Ag zur SN Energie AG – Die Entwicklung einer mittelgrossen Elektrizitätsgesellschaft in der Ostschweiz von den Anfängen in den 1920er-Jahren bis 2011, Schwanden/St. Gallen 2021 [nicht publiziert], (zit. ROHR, FASN Geschichte der SN)

Zusammenfassung

Die Glarner Wasserrechtsordnung stellt in der Schweiz einen Sonderfall dar. Während alle anderen kantonalen Wasserrechtsordnungen auf dem öffentlich-rechtlichen Verfügungsrecht des Gemeinwesens (d.h. der Kantone, teilweise der Bezirke oder Gemeinden) über die öffentlichen Gewässer beruhen, kennt allein das Glarner Recht ein privatrechtliches Nutzungsrecht der Ufereigentümer (Art. 170 EG ZGB GL). Diese Dissertation untersucht die Entstehung und Entwicklung sowohl der öffentlich-rechtlichen wie auch der privatrechtlichen Wasserrechtsordnung im Kontext der Herausbildung des modernen Verwaltungsrechtes. Sie zeigt, wie die den verschiedenen Rechtstraditionen entstammenden, kantonalen Wasserrechtsordnungen gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine gemeineidgenössische öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnung bildeten, welche 1916 mit der Rahmengesetzgebung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) auf Bundesstufe verankert wurde. Davon ausgenommen blieb das einer älteren Rechtstradition entstammende Nutzungsrecht der Ufereigentümer. 1916 gab es diese privatrechtlichen Nutzungsrechte im Kanton Zug und namentlich im Kanton Glarus, wo das Nutzungsrecht der Ufereigentümer als Gewohnheitsrecht erhalten geblieben war und 1869 durch Johann Jakob Blumer kodifiziert wurde. Im Zuge des 20. Jahrhunderts wurde das privatrechliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer des Kantons Glarus durch verschiedene öffentlich-rechtliche Instrumente ergänzt, welche die einzigartige Glarner Wasserrechtsordnung ausmachen.

Sommaire

La législation glaronnaise sur les eaux constitue un cas particulier en Suisse. Seul le droit glaronnais dispose, que ce sont les propriétaires riverains, qui ont le droit d'utiliser la force hydraulique des fleuves et des rivières (art. 170 de la loi d'introduction du Code Civil Suisse du Canton de Glaris). Dans tous les autres Cantons, les eaux sont du domaine public et le droit d'utiliser la force hydraulique appartient à l'Etat (c'est-à-dire au Canton, éventuellement au District ou à la Commune). La présente thèse examine l'origine et le développement du régime juridique des eaux tant en droit public qu'en droit privé dans le contexte de la formation du droit administratif moderne. Elle montre comment le régime juridique des eaux en droit public s'est etabli au niveau cantonal pendant le XIX^{e} siècle et au niveau fédéral en 1916 avec la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH). En 1916, le Canton de Zoug et notamment le Canton de Glaris étaient les seuls Cantons où l'ancien droit coutumier qui attribuait le droit d'utiliser la force hydraulique aux propriétaires riverains avait persisté, au Canton de Glaris finalement codifié par Johann Jakob Blumer en 1869. Ce régime juridique de droit privé a été complété pendant le XX^{e} siècle avec differents instruments de droit public, formant ainsi le régime juridique des eaux glaronais actuel.

Summary

As far as the rules applicable to the exploitation of the hydroelectric power of streams and rivers are concerned, the Canton of Glarus is a special case in Switzerland. Whereas in all the other Cantons the right to exploit the hydroelectric power belongs to the State (i.e. the canton, in some cases the district or the local community) in Glarus this right belongs to the riparian owner (according to art. 170 of the act to introduce the Swiss Civil Code in the Canton of Glarus). This doctor's thesis examines the origin and development of both public and private rules in this domain of law in the context of the development of the modern administrative law. It shows how the public rule has developped on a cantonal level during the 19th century and was established in 1916 by the federal act on the exploitation of hydroelectric power. In 1916, this ancient right to exploit the hydroelectric power of the riparian owner existed only in the Canton of Zug and most notably in the Canton of Glarus, where it had persisted as costumary law and been codified by Johann Jakob Blumer in 1869. These rules of private law have been supplemented by different instruments of public law in the course of the 20th century, thus forming the unique legislation applicable to the exploitation of hydroelectric power of streams and rivers in the Canton of Glarus.

Einleitung

§ 1 Einleitende Worte

Die Wasserkraft stellt mit einem Anteil von rund 60 % an der gesamten Stromerzeugung die wichtigste Energiequelle der Schweiz dar.[5] Als wichtigste erneuerbare Energiequelle ist sie zudem zentraler Pfeiler der *Energiestrategie 2050*,[6] welche gerade in jüngster Zeit wieder einen gewaltigen Aufschub erhalten hat.[7] 1

Wer daher seine wasserrechtliche Arbeit nicht der vielversprechenden Zukunft des eidgenössischen Wasserrechts, sondern mehrheitlich einer kantonalen Wasserrechtsordnung und zu allem hin noch dessen Rechtsgeschichte widmet, steht unter einem gewissen Erklärungsbedarf. Selbst der Verweis auf die zahlreichen ähnlichen Dissertationen, wie sie insbesondere in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vorkamen,[8] dient wohl eher dazu, den Verdacht des aus der Zeit Gefallenen zu erhärten. Warum die Beschränkung auf ein kantonales Recht und warum ausgerechnet der Kanton Glarus? Und wozu der Blick zurück in die Rechtsgeschichte? 2

Die Beschränkung auf das *kantonale Recht* rechtfertigt sich im Allgemeinen, da das Wasserrecht bis zur Schaffung der Bundeskompetenz im Jahre 1908 – welche er mit dem *Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte* (WRG) im Jahre 1916 wahrgenommen hat – ausschliesslich Sache der Kantone war. Verschiedene kantonale Wasserrechtsordnungen sind über Jahrhunderte entstanden, welche von der nachträglichen bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung nicht angetastet wurden; nach wie vor bleibt es weitgehend den Kantonen überlassen, wie die Gewässer auf ihrem Kantonsgebiet zu ordnen und zu nutzen sind. Trotz dieser geschichtlich bedingten, kantonalen Vielfalt lassen sich aber gewisse gemeineidgenössische Gemeinsamkeiten erkennen: So beruhen heute (fast) alle kantonalen Wasserrechtsordnungen auf dem öffentlich-rechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit der Gewässer und dem Verfügungsrecht eines Gemeinwesens darüber. Das bedeutet, dass wer die Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers nutzen möchte, dazu einer Sondernutzungskonzession des verfügungsberechtigten Gemeinwesens bedarf. Diese untersteht öffentlichem Recht. 3

---

5 JAGMETTI, Energierecht, Rz. 4101; CAVIEZEL, Wasserrechtskonzessionen, S. 69.

6 Vgl. JAGMETTI, Energierecht, Rz. 4101.

7 Vgl. etwa Bundesrätin und Energieministerin *Simonetta Sommaruga*: «[D]ie Wasserraft bleibt das Rückgrat der Stromversorgung in unserem Land», zit. in DAVID VONPLON, *«Niemand will einen Kahlschlag beim Naturschutz»*, in: NZZ vom 5. Februar 2022, S. 11.

8 Vgl. dazu etwa MUFF, Das Wasserrecht im Kanton Luzern (1910); ITEN, Das Wasserrecht nach dem zuger. Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (1914); HETTLINGEN, Das Wasserrecht im Kanton Schwyz (1917); OSER, Les concessions hydrauliques dans le Canton du Valais (1927); WIELAND, Die Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden (1941); FÄSSLER, Das Recht der öffentlichen Gewässer im Kanton Appenzell I.Rh. (1953).

4 Die Beschränkung auf das *kantonale Recht des Kantons Glarus* rechtfertigt sich im Besonderen, da sich die Glarner Wasserrechtsordnung gegenüber dem soeben geschilderten Zustand unterscheidet. Das Wasserrecht beruht dort auf einem privatrechtlichen Nutzungsrecht der Ufereigentümer an der Wasserkraft gemäss Art. 170 des *Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911* (EG ZGB GL):

> «Art. 170 EG ZGB GL
>
> [1] Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigentümer bespülen, ist jeder Ufereigentümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benützen, sofern nicht wohlerworbene Rechte eine andere Verteilung begründen. Ein Ufereigentümer kann über das ihm von Gesetzes wegen zustehende Wasserrecht als selbstständiges Recht verfügen.
>
> [2] Solange und soweit indessen die jedem Ufereigentümer zustehende Hälfte des Wassers weder von ihm selbst noch aufgrund einer Verfügung von Dritten genutzt wird, ist weder dieser Ufereigentümer noch ein Dritterwerber befugt, den jenseitigen Ufereigentümer an der Nutzung daran zu hindern.
>
> [3] Der solchenfalls begünstigte gegenüberliegende Ufereigentümer ist verpflichtet, zwecks Sicherung der Rechte des ihm das Wasser überlassenden Ufereigentümers oder des Dritterwerbers, diesem auf Verlangen einen Revers auszustellen.»

5 Als «Sonderfall»[9] stellt die Glarner Wasserrechtsordnung an und für sich schon ein reizvolles Forschungsobjekt dar. Unter diesem Lichte betrachtete sie vor exakt einem Jahrhundert bereits FRIEDRICH HEFTI (o.A.) in seiner Dissertation *Das Wasserrecht des Kantons Glarus unter Ausschluß der eidgenössischen Linthunternehmung* (1922).[10]

6 Doch das Interesse an der Glarner Wasserrechtsordnung liegt nicht primär in seiner rechtlichen Besonderheit. Anlass zur vorliegenden Arbeit sind eine Reihe akuter Rechtsfragen, welche sich gerade an jener Flussverzweigung zwischen Regel- und Sonderfall, zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Nutzungsrecht an der Wasserkraft stellen. Diese Rechtsfragen sind fast ausschliesslich der Vermischung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Wasserrechtsordnungen und ihrer eigentümlichen Begriffe geschuldet. So haben in der Vergangenheit nicht nur Glarner, sondern bisweilen sogar der Kanton selbst ein klares Verständnis des eigenen Wasserrechtes vermissen lassen. Dies hat nicht nur zu verschiedenen Rechtsstreitigkeiten vor Bundesgericht, sondern auch zu einer schweizweit beispiellosen Auseinandersetzung mit der Glarner Wasserrechtsordnung geführt:

---

9 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 323; vgl. auch WYER, Die Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, S. 19, 29, 32.

10 Vgl. F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus.

> «Es gibt wohl kaum einen Kanton, in dem sich die Rechtswissenschaft so intensiv mit [der] Rechtsfrage zur Nutzung von Gewässern befasst hat, wie im Kanton Glarus. Zahlreiche Abhandlungen, Aufsätze, Monografien und Gutachten widmen sich dieser Thematik und den sich daraus ergebenden Rechtsfragen. Auch die Gerichte habe[n] sich in verschiedenen Entscheiden mit Fragen der Wassernutzung im Kanton Glarus befasst.»[11]

Dr. *Jakob Marti*, Hauptabteilungsleiter der Abteilung *Umwelt, Wald und Energie* im *Departement Bau und Umwelt* (DBU) des Kantons Glarus, hat daher nicht unbedingt Unrecht, wenn er meint, es gäbe in einem gewissen Sinne zu viele Schriften zur Glarner Wasserrechtsordnung.[12] Diese Arbeit wird bereits viel erreicht haben, wenn es ihr gelingt, die über fast zwei Jahrhunderte verteilten Schriften zusammenzutragen und einzuordnen. Dass dies allein indes nicht genügen kann, zeigt aber der Umstand, dass all diese Schriften, welche sich verschiedenen Aspekten des geltenden Rechts annehmen, bisher zu keiner zufriedenstellenden Gesamtdarstellung geführt haben. Aus diesem Grund soll die vorliegende Arbeit über eine reine Materialienkompilation hinaus auch bewusst eine Grundlage für die Behandlung gegenwärtiger Rechtsfragen zur Glarner Wasserrechtsordnung darstellen (s. hinten Rz. 976). Der Verfasser hat eine solche Behandlung gegenwärtiger Rechtsfragen als einen zweiten Teil der vorliegenden Arbeit, auf ihr aufbauend und auf sie bezugnehmend verfasst, welcher in einer separaten Publikation ebenfalls 2022 im *Dike Verlag* erscheinen wird.[13] 7

Nach der hier vertretenen Auffassung kann zu einem solch vertieften und gesamtheitlichen Verständnis der Glarner Wasserrechtsordnung sowie zu einer begründeten Antwort auf die sich stellenden Rechtsfragen nur gelangen, wer dem Lauf ihrer Rechtsgeschichte bis zur Quelle emporsteigt, um von dort den gesamten Fluss des Rechts bis in die Gegenwart zu überblicken: 8

> «Das geltende Recht ruft der geschichtlichen Betrachtung; die letztere findet ihren richtigen Abschluss in der Darstellung des heute am Tage liegenden Entwicklungsresultates.»[14]

---

11 CAVIEZEL, DBU Rechtsgutachten III, S. 7.

12 Im persönlichen Gespräch mit dem Verfasser am 23. August 2021 in Glarus geäussert.

13 So hat dies ABEGG vorgemacht, dessen historischer Teil (vgl. DERS., Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. V) getrennt vom geltungsrechtlichen Teil seiner Habilitationsschrift (vgl. DERS., Der Verwaltungsvertrag, S. VII) erschien.

14 E. HUBER, System und Geschichte I, § 3, S. 38–39.

9 Dieser rechtshistorische Ansatz[15] und insbesondere die Betrachtung der «histoire de longue durée»[16] bekommt dem Wasserrecht ganz besonders, welches Rechtsgebiet mehrere Jahrhunderte, Staatsformen und Rechtsordnungen durchfliesst und somit auf eindrückliche Art und Weise den grossen deutschen Verwaltungsrechtler OTTO MAYER (1846–1926) in seinem Ausspruch bestätigt,[17] wonach «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht».[18] Solche Zeitspannen lassen sich jedoch nur durch die nötige «Beschränkung auf ein engeres inhaltliches oder räumliches Forschungsgebiet» behandeln, ohne welche jede rechtsgeschichtliche Untersuchung sich ins Uferlose weitet.[19]

---

15 ABEGG spricht von der sog. «evolutorischen Rechtstheorie» (vgl. Evolutorische Rechtstheorie, S. 435 ff.), welche er in seiner beeindruckenden Darstellung der Geschichte des Verwaltungsvertrags mit dem systemtheoretischen Modell einer Ko-Evolution zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Subsystemen, wie etwa Recht und Politik oder Recht und Gesellschaft (vgl. Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 3 ff.). Aus diesem Grund weist ABEGG die in der vorliegenden Arbeit wiederholt verwendete Metapher der Rechtsgeschichte als «kontinuierlicher Fluss von Veränderungen» bewusst zurück (Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 15, Fn. 48). Trotzdem – und ohne denselben systemtheoretischen Unterbau – versucht die vorliegende Arbeit ebenfalls «zu beobachten, welches die Bedingungen der *Möglichkeit* waren, daß Recht so wurde, wie wir es in jeweiligen historischen und gegenwärtigen Situationen vorfinden» (FÖGEN, Römische Rechtsgeschichten, S. 17; Hervorhebung im Original).

16 Zit. in ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 15.

17 Zur Person vgl. EHLERS, Otto Mayer.

18 Vgl. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I: «Groß Neues ist ja seit 1914 und 1917 nicht nachzutragen. ‹Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht›; dies hat man anderwärts schon längst beobachtet» (zit. in POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, S. 1, N. 1); dieselbe Beobachtung findet sich in MAYER, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts: «Vom französischen Standpunkte aus ist es ein ganz natürlicher Gegensatz, dass Verfassungsrecht wechselt, Verwaltungsrecht dauert; man sieht dieses *suivre à l'effondrement successif des lois constitutionnelles*» (S. 3, Fn. 6; Hervorhebung im Original). Vgl. dazu bereits bei TOCQUEVILLE, L'Ancien Régime et la Révolution: «C'est que, depuis [17]89, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques. On changeait la personne du prince ou les formes du pouvoir central, mais le cours journalier des affaires n'était ni interrompu ni troublé; chacun continuiait à rester soumis, dans les petites affaires qui l'intéressaient particulièrement, aux règles et aux usages qu'il connaissait; il dépendait des pouvoirs secondaires auxquels il avait toujours eu l'habitude de s'adresser, et d'ordinaire il avait affaire aux mêmes agents; car, si à chaque révolution l'administration était décapitée, son corps restait intact et vivant; les mêmes fonctions étaient exercées par les mêmes fonctionnaires; ceux-ci transportaient à travers la diversité des lois politiques leur esprit et leur pratique» (liv. III, chap. VII, S. 223–224). Zur Langzeitwirkung dieser Feststellung vgl. insb. SCHINDLER, Habilitationsvortrag an der Universität Zürich vom 21. April 2010.

19 Vgl. LIVER, Vorwort: «Ich bin der Ansicht, daß die geschichtliche Einzeluntersuchung nur dann zu sicheren und sachlich einwandfreien Ergebnissen führt, wenn der Autor ihre Gegenstände als Fachmann kennt und mit Land und Leuten des Forschungsgebietes eng vertraut ist. Es ist ein Hauptvorzug der Rechtsgeschichte im Vergleich zur allgemeinen Geschichte, daß sie diese Voraussetzungen besser zu erfüllen vermag. Diese Sachkunde hat der Rechtshistoriker, der nicht mit einer außerordentlichen geistigen Fassungskraft und Spannweite begabt ist, nur in der Be-

§ 2 Forschungsfragen

Die vorliegende Arbeit versteht «Wasserrecht» als ein Nutzungsrecht an der Wasser*kraft* zum Antrieb einer Maschine (heute zumeist der Turbinen eines Wasserkraftwerks).[20] Genutzt wird also nicht das Wasser selber, sondern die in einem Gewässer enthaltene kinetische Energie.[21] Aussen vor bleiben somit andere Nutzungsrechte an einem Gewässer[22] sowie sämtliche rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Wasser selbst.[23] Insbesondere aber ist das Nutzungsrecht an der Wasserkraft vom Eigentumsrecht am Wasser zu unterscheiden.[24] 10

In der Mundart ebenso wie in der Literatur hat sich mit Bezug auf den Kanton Glarus der Begriff des «Glarner Wasserrechts» eingebürgert.[25] Da jedoch mit «Glarner Wasserrecht» sowohl (in einem engeren, subjektiven Sinne) das Nutzungsrecht der Ufereigentümer gem. § 55 BGB GL 1869 resp. Art. 170 EG ZGB GL wie auch (in einem weiteren, objektiven Sinne) die gesamte, mehrere Gesetze umfassende Wasserrechtsordnung des Kantons Glarus gemeint sein können, wird vorliegend entweder vom subjektiven «Nutzungsrecht der Ufereigentümer» gem. § 55 BGB GL 1869 resp. Art. 170 EG ZGB GL oder von der objektiven «Glarner Wasserrechtsordnung» gesprochen.[26] Bei letzterer bleibt indes die ganze spezialrechtliche Regelung des Linthwerks ausgeklammert.[27] 11

schränkung auf ein engeres inhaltliches oder räumliches Forschungsgebiet» (S. VIII); vgl. auch MERZ, Ansprache, S. 25.

20 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «[…] Wasserrechte, worunter im folgenden immer die Wasserkraft-Nutzungsrechte verstanden werden […]» (S. 2); vgl. auch GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 2.

21 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft: «Die Wasserkraft stellt sich nämlich das als Resultat von 3 Faktoren: Wasser, Gefälle und Erdanziehung. Die Erdanziehung erfasst das Wasser und reisst es mit grösserer und geringerer Wucht die abschüssige Bahn hinunter, so dass es fähig wird Arbeit zu leisten. […] Die Erde ist Kraftspenderin, sie versetzt das Wasser in raschen Lauf, falls das nötige Gefälle da ist. Das Wasser wird dadurch zum Träger von Energie» (S. 44).

22 So Nutzungsrechte, welche die Wasserkraft nicht nutzen (z.B. Kiesbezug oder Bewässerung) oder aber Nutzungsrechte, welche die Wasserkraft zu anderen Zwecken gebrauchten (z.B. Flössen oder der Betrieb einer Fähre), vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 41–42; vgl. auch TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 4.

23 Wie insbesondere Eigentumsrechte am Wasser, das Quellenrecht etc.

24 Vgl. dazu GÖSCHKE, Eigentum an den Privatgewässern.

25 Vgl. bspw. KRONENBERG-MÜLLER, Heimfall im Glarner Wasserrecht.

26 Vgl. hierzu WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 7.

27 Vgl. dazu HAUSER, Linthkorrektion.

12 Der Begriff des «Nutzungsrechts der Ufereigentümer» wurde und wird in der Literatur für die privatrechtlichen Nutzungsrechte an der Wasserkraft verwendet, wie sie im Kanton Zug bestanden und im Kanton Glarus noch immer bestehen. Mit Bezug auf seine Ausgestaltung im Kanton Glarus ist aber der Begriff – wie nachfolgend dargestellt werden soll – zu eng gefasst: Sowohl die Entstehung (s. hinten Rz. 129 ff.) wie auch die Entwicklung (s. hinten Rz. 754 ff.) des privatrechtlichen Nutzungsrechtes im Kanton Glarus zeigen, dass sich dieses privatrechtliche Nutzungsrecht vom Ufergrundstück trennen liess und ein selbständiges Recht darstellte. Insofern kann dieses privatrechtliche Nutzungsrecht potentiell auch Nichtufereigentümern zustehen. Um aber den Lesefluss nicht zu hemmen, wird daher nachfolgend der Begriff des «Nutzungsrechtes der Ufereigentümer» in einem weiteren Sinne verwendet, welcher alle von einem bestimmten Ufergrundstück verselbständigten Nutzungsrechte an der Wasserkraft miterfasst.

13 Derart abgegrenzt sollen die folgenden zwei Fragen beantwortet werden:

1. *Wie ist das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer entstanden und wie hat es sich als Sonderfall erhalten können?* Der Beantwortung dieser Frage ist der erste Teil gewidmet.
2. *Wie hat sich das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer zu seiner Ausgestaltung im gegenwärtigen Recht entwickelt?* Der Beantwortung dieser Frage ist der zweite Teil gewidmet.

§ 3 Methode und Aufbau der Arbeit

Die Wahl einer *rechtsgeschichtlichen Methode* bedeutet, dass die systematische Gliederung – wie sie die Rechtswissenschaft eigentlich verlangt – aufgebrochen werden muss. Anstelle der typischen Breite juristischer Systematik tritt die Tiefe der zeitlichen Dimension. Es hat diese rechtsgeschichtliche Methode ihre Tücken, insbesondere da sie – oft in Ermangelung einer Alternative – auf die Verwendung von Rechtsbegriffen aus dem gegenwärtigen Recht angewiesen ist, welche aber das Ende einer langen Entwicklung darstellen.[28] Dieser letztlich unausweichlichen Gefahr des Anachronismus[29] steht indes die Chance der Chronik gegenüber, der chronologischen Erzählung, welche allein eine Entwicklung darzustellen vermag; wer rechtsgeschichtlich schreibt, will nicht zuletzt auch eine Geschichte erzählen. 14

Sodann verlangt die *Darstellung eines Sonderfalls* notwendigerweise die Gegendarstellung der Regel. Sie ist der Hintergrund, vor welchem sich das Besondere abhebt. Es ist dies nicht nur ein Postulat der Logik, sondern auch eine Anforderung an einen Rechtshistoriker, welcher seinen Forschungsgegenstand auch einordnen können soll: 15

> «Aber auch in dieser Beschränkung muß und darf von ihm verlangt werden, daß er die Probleme und Ergebnisse der allgemeinen Verfassungs- und Rechtsgeschichte kennt und dadurch in den Stand gesetzt wird, zu ihnen vom sicheren Boden seiner engeren sachlichen und räumlichen Heimat aus einen Beitrag zu leisten.»[30]

In diesem Sinne wird der Darstellung der Entstehung und Entwicklung der privatrechtlichen Glarner Wasserrechtsordnung jeweils eine Darstellung der Entstehung und Entwicklung der kontinentaleuropäischen öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen vorangestellt, aus welchem die gemeineidgenössischen öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen der allermeisten Kantone und schliesslich auch die bundesrechtliche Wasserrechtsordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft entstanden. Konkret: Vor der Entstehung und Entwicklung der privatrechtlichen Wasserrechtsordnung (im Kanton Glarus) wird die Entstehung und Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen (auf dem Gebiet der Schweiz) geschildert. Da aber eine solche Gegenüberstellung von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Wasserrechtsordnung nicht ohne ein Vorverständnis über die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht gemacht werden kann, muss also noch vor der Behandlung der Entstehung und Entwicklung beider Wasserrechtsordnungen die Entstehung und Entwicklung des öffentlichen Rechts geschildert werden. 16

---

28 Vgl. insb. GIACOMETTI, Staatsrechte der Schweizerischen Kantone, S. 547; STOLLEIS, Rechtsgeschichte, S. 27.

29 Vgl. STOLLEIS, Rechtsgeschichte, S. 41–42.

30 LIVER, Vorwort, S. VIII.

17 So werden nachfolgend drei unterschiedliche Ebenen betrachtet:

1. Die Entstehung und Entwicklung *des öffentlichen Rechtes*
   Zu Beginn des ersten Teils wird die *Entstehung* des öffentlichen Rechtes geschildert (s. hinten Rz. 33 ff.) und zu Beginn des zweiten Teils dessen *Entwicklung*, insbesondere dessen Emanzipation vom Privatrecht durch die Herausbildung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft (s. hinten Rz. 296). Beides sind Voraussetzungen für die nachfolgend dargestellten Entwicklungen.
2. Die Entstehung und Entwicklung *öffentlich-rechtlicher Wasserrechtsordnungen* (auf dem Gebiet der Schweiz)
   Die verschiedenen Entstehungsarten der öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen des kantonalen Rechts werden im ersten Teil dargestellt (s. hinten Rz. 42 ff.). Im zweiten Teil werden die bundesrechtlichen Regelungen des Wasserrechtes zu Beginn des 20. Jahrhunderts im *Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (s. hinten Rz. 458) und im *Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte* (s. hinten Rz. 539) dargestellt. Sodann werden die öffentlich-rechtlichen Bewilligungspflichten dargestellt, welche im Laufe des 20. Jahrhunderts hinzukamen (s. hinten Rz. 789 ff.).
3. Die Entstehung und Entwicklung der privatrechtlichen Wasserrechtsordnung (im Kanton Glarus)
   Die beiden vorangehenden Ebenen dienen dem besseren Verständnis des «Sonderfalles» der Glarner Wasserrechtsordnung: Im ersten Teil wird die *Entstehung* der privatrechtlichen Nutzungsrechte der Ufereigentümer (s. hinten Rz. 124) sowie deren Kodifikation im 19. Jahrhundert (s. hinten Rz. 212) dargestellt. Sodann wird im zweiten Teil die *Entwicklung* der Glarner Wasserrechtsordnung im 19. und 20. Jahrhundert in seinen bedeutendsten Etappen nachgezeichnet (s. hinten Rz. 317 ff.).

18 In der Zusammenfassung werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst (s. hinten Rz. 962 ff.).

Die Wasserkraft im Kanton Glarus – vom Fluch zum Segen

«[…] *following to its source a stream which flowed past our door*.»

C. S. Lewis, The Discarded Image, S. 8.

Das Recht wird von den Notwendigkeiten einer jeden Zeit angetrieben, wie ein Mühlrad von einem Fluss. Aus diesem Grund lässt das Recht immer auch Rückschlüsse auf die Zeit seiner Entstehung und das damalige Leben zu. Ehe sich die vorliegende Arbeit dem Wasser*recht* zuwendet, soll hier daher im Sinne einer Einführung nachgezeichnet werden, wie die Menschen im Kanton Glarus die Wasser*kraft* erfuhren. Schliesslich war es diese Erfahrung, welche die Entstehung und Entwicklung des Wasserrechtes antrieb. Die zunächst gemachte Erfahrung der zerstörerischen Wasserkraft sollte zur Wasserbaupolizei führen (s. hinten Rz. 316 ff.), die später gemachte Erfahrung der schöpferischen Wasserkraft sollte zum Nutzungsrecht der Ufereigentümer führen (s. hinten Rz. 124 ff.). 19

§ 1 Die zerstörerische Wasserkraft

Kaum eine der zahlreichen Beschreibungen des Landes Glarus aus dem 18. und 19. Jahrhundert kommt ohne eine eingehende Beschreibung der gewaltigen, ja gewalttätigen Kraft aus, welche den Flüssen, Bächen und Runsen innewohnte, die von den hohen Bergen ins Tal sich ergossen. Besonders Fremde, welche das Glarnerland bereisten, heben diese staunenswerte und furchteinflössende Kraft hervor.[31] 20

[31] Der im Jahre 1731 zusammen mit einer Zürcher Reisegesellschaft das Glarnerland bereisende Pfarrer *Johannes Schmutz* (1700–1778) berichtet vom Grenzübertritt in das Land Glarus bei «*Niederbilten*, welcher Orth posituiert, daß er im Sommer nicht sicher vor wilden und alles mit Grien [sic] und Zentner schweren Steinen überschwemmenden Bergwasser, wie an Jacobitag 1730 geschehen» (zit. in GEHRING, JHVG 51, S. 41–42). Der Schaffhauser Mathematiker, *Thomas Spleiß* (1705–1775), berichtete» anlässlich seiner Glarner Reise vom Frühjahr 1753 in seinem «Diarium»: «Den 15.den Maji [sic], schiene es schon Vormittag, als wenn der Himmel sich wieder aufheitern, u. besseres Wetter bringen wolte: weil wir aber doch dem Wetter noch nicht traun dörften, u. über das die Straßen durch das 2 Tage lang angehaltene Regenwetter sehr tief gemachet worden, zumahlen in diesem bergichten [sic] Land, in welchem die Thäler, durch die man etwann zu paßieren hat, durch das Regenwasser, welches von den Bergen und Felsen herunter läuft, gar bald überschwemmet u. unwegsam gemacht werden: so mußten wir also diesen Tag über noch in Glarus uns aufhalten» (zit. in GEHRING, JHVG 51, S. 53). Der Zürcher Arzt und Naturforscher *Johannes Geßner* (1709–1790) führte zwei Ärztefreunde im Jahre 1781 auf eine botanische Exkursion ins Glarnerland. In Ennenda beobachtete er: «Am Ufer der Linth sieht man sehr feste Dämme um den wüthend wilden Wassern Einhalt zu thun. Rechts ist ein [sic] ziemlich beträchtliche Oeffnung, damit das Wasser, wenn es auch die Dämme übersteigt auf das [unleserlich] Stück sich ergießen möchte» (zit. in GEHRING, JHVG 51, S. 82). HANS CONRAD ESCHER VON DER LINTH (1767–1823) berichtet anlässlich einer Reise über den Kistenpass am 24. August 1816, dass «höher im Thal, gegen Rüti hin, Steinlawinen Bergschlipfe und Wasserschwemmungen bereits bedeutende Verheerungen in dieser sonst schon armen und übervölkerten Landschaft verursacht haben» (zit. in GEHRING, JHVG 51, S. 153).





Abb. 1 und 2: Fätschbach und Diesbachfall (ca. 1802).

21 Der aus Preussen stammende JOHANN GOTTFRIED EBEL (1764–1830)[32] beschrieb bei seinem Besuch des Dorfes Rüti:

> «Nicht weniger zerstörend und die Oberfläche verändernd wirken die Ströme, welche in allen Richtungen diese Gebirge zerfressen, und durch die Höhe, von der sie herabkommen, eine Gewalt erhalten, wovon man außer den Gebirgen keine Beispiele sieht. Diese Thäler litten stets von Ueberschwemmungen und dem reißenden Ungestüm der Bergströme, aber seit Jahrhunderten erfuhren sie deren Wuth nie in dem Grade als 1762 und 1764. […] Ströme wälzten auf einmal solche Fluthen Wasser und Felsbrocken in die Hauptthäler herab, daß das ganze bewohnte Land einer allgemeinen Verheerung preis gegeben war, und einen Schaden verursachte, der die Kräfte dieses Völkchens überstieg, und ihm langjährige tiefe Armuth zu bereiten schien.»[33]

22 Aber auch einheimische Schriftsteller, welche diese Gefahr am eigenen Leibe zu spüren bekamen, heben diesen Aspekt hervor. Sowohl JOHANN HEINRICH TSCHUDI in seiner *Be-*

---

32 Zur Person vgl. MÖRGELI, HLS: Johann Gottfried Ebel.

33 EBEL, Beschreibung, S. 235–236; vgl. seine Beschreibungen des Löntschs in Netstal: «Am Fuß des ungeheuren W i g g i s führt die Landstraße durch das lang gedehnte Dorf N e t t s t a l [sic] nach der Bücke über die rauschende L ö n t s c h, welche westlich her aus dem hohen Klö[n]thal den Schrecknissen einer gräßlichen Steinöde entflieht, und oft die ruhigen Bewohner dieser Gemeinde mit Angst und Grausen erfüllt.» (S. 177; Hervorhebungen im Original); vgl. auch seine Beschreibung von Rüti: «Rechts jenseits der Linth rauscht aus einem finstern Tobel der B r a u n w a l d b a c h, und nicht ferne davon links führt der Weg durch das Schuttbette des D u r n a g e l b a c h s, der bald, wie jetzt, spärliche Wasserfaden strömt, und bald gleich einem Fluß aus dem Gebirge hervorstürzt, und weit um sich alles mit Steinen und Schutt überdeckt. Der Anblick dieser wilden Verwüstung ist grausend; fürchterlich muß die Scene seyn, wenn dieser Gebirgsstrom donnernd seine Wasser- und Steinfluten herauswälzt. Dieses Zusammenstoßen so vieler wüthenden Ströme in dem engsten Theile des Großthals hat allen hier an der Linth gelegenen Gemeinden schon oft die höchsten Gefahren verursacht» (S. 193).

schreibung des Landes Glarus (1714)[34] wie auch CHRISTOPH TRÜMPI in seiner *Neuere*[n] *Glarner-Chronik* (1774)[35] und JOHANN RUDOLF STEINMÜLLER (1773–1835) in seiner *Die Alpenwirtschaft des alten Kantons Glarus* (1802)[36] schreiben von der ungebändigten Kraft des Wassers. Am eindrücklichsten aber ist die Beschreibung OSWALD HEERS (1809–1883) im Band *Kanton Glarus* (1846) der *Gemälde der Schweiz*:

> «Bei den Gewittern fallen zuweilen ungeheure Wassermassen, welche dann nicht selten, Erde und Felsen mit sich fortreißend, mit furchtbarem Gekrache in die Thäler herabtoben und öfter daselbst Wiesen und Felder mit hohem Schutte und Steinen überdecken. Das sind die sogenannten Runsen, viel furchtbarere Erscheinungen als selbst die Lauinen, da sie gewöhnlich viel größern Schaden bringen. Die meisten Gegenden des Landes haben mit diesem furchtbaren Feinde zu kämpfen, der so manchen Bewohner unsers Landes um sein ganzes Besitzthum gebracht hat. Nach solchen Gewittern, wenn sie über größere Landesstrecken sich verbreiten, wie aber auch bei lange anhaltendem, warmem Regenwetter, das den Schnee der Alpen schmilzt, schwellen überdies die Bergbäche auf. Ganz schwarz vor Erde und Sand und eine Masse von Steinen mit sich fortrollend, brechen sie aus den Alpenthälern und Töblern hervor und wälzen ihre Wassermassen den Hauptthälern zu, deren Flußbett zuweilen dieselben nicht zu halten vermag. Wuhren und Dämme werden durchbrochen, die Thalsohle nicht nur überfluthet und mit Steinen und Sand überschüttet, sondern stellenweise zerfresse und durchwühlt, und dadurch zuweilen Güter und Felder in Stein- und Sandwüsten umgewandelt. Von solchen Ueberschwemmungen hat vornämlich das Kleinthal zu leiden, das in frühern Zeiten eine schöne, wiesenreiche Thalsohle von Engi bis Matt gehabt haben soll, welche aber gegenwärtig ganz in der Gewalt des Sernfts liegt und durch denselben auf die kläglichste Weise verwüstet wird.»[37]

---

34 TSCHUDI, Beschreibung des Landes Glarus: «Neben jetz gemelten Strömen gibt es viel andere geringere Flüßlein/ welche ab dem Bergen sonderlich in den beyden Thälern in die Linth und Sernft hinunter fallen/ worvon aber ein Theil/ bey einbrechendem und ungestümmen Regen- und Hagel-Wetter/ den umligenden Wissen und Felderen/ durch deren überschwemmung/ zu Zeiten grossen Schaden bringen können; Wie absonderlich die beyden Bäche zu Nider-Urnen und Bilten/ Item die Ruffti zwüschen Schwanden und Mi[t]lödi. Nechst bey Linthal fliesset der Durnagel-Bach/ welcher mit seinem ungestümmen und unrichtigeen Lauff den Anwohneren viel zuschaffen gibet/ daß sie bald hier bald dort/ die von diesem Waid-Wasser umgekehrte Bruggen oder Stege/ widerum müssen aufrichten; Daher sie auch von unbeständigen/ wankelmüthigen Leuthen zusagen pflegen/ sie seyen wie der [D]urnagelbach» (S. 4–5); vgl. auch GEHRING, JHVG 51, S. 34.

35 TRÜMPI, Neuere Glarner-Chronik: «Von diesen Flüssen und zahlreichen Waldrunsen hat das Land oft schädliche Ueberschwemmungen erlidten. Die 1726. 1762. 64. waren die gröste. Die Geschichte erzehlet sie. Gute Wuhre, auch veste Dämme, Erd-Wälle, dergleichen man nun bey Mollis, Näfels, Urnen etc. siehet, sollten aller Orten gute Anstalten für die Zukunft seyn» (S. 18).

36 STEINMÜLLER schreibt mit Blick auf die Glarner Alpwirtschaft davon, dass «die Alpen durch alljährliche Lauwinen, gewichene Erdschlüpfe und Ueberschwemmungen des Waldwassers häufig beschädigt» werden (Alpenwirtschaft des Kantons Glarus, S. 22) und nennt als besondere «Unannehmlichkeiten und Gefahren des Alpenlebens»: «Oft stürzen bey heftigen Stürmen nach einem starken Regen oder nach dem Schmelzen des Schnees losgerissene Felsenstücke herab […] und so durch beydes, Menschen und Vieh mit Angst und Schrecken erfüllen; oder nicht selten verwunden und tödten» (S. 151–152).

37 HEER/BLUMER-HEER, Der Kanton Glarus, S. 100.

23 Als handle es sich um einen Fluch, listet OSWALD HEER die wiederkehrenden Heimsuchungen der Wasserkraft auf.[38] PAUL THÜRER und HANS THÜRER meinen gar, es sei die Geschichte des Löntschs und der Linth «zugleich die Chronik ihrer Untaten».[39]

---

38 HEER/BLUMER-HEER, Der Kanton Glarus: «Von Ueberschwemmungen und Verheerungen, welche über unser Land großen Schaden brachten, sind besonders folgende hervorzuheben: vom J. 1343. 1460 im August, die Linth ging in Glarus bis an den Kirchhof. 1562 den 7. Juli a. Z. 1565. 1566, im Juli. 1672 im Dezember. 1577. 1584 im Juli und August. 1625 im Juli. 1627, Linth und Sernf nahmen an vielen Orten Brücken, Grund und Boden weg. 1618 im Herbstmonat, der Rhein drohte bei Sargans durchzubrechen. 1629 im Brachmonat ungemein große Wasser; Näfels stand halbmannstief im Wasser, das von einem Berge zum andern herüberreichte; der Löntsch zerstörte einen Theil von Netstal. 1636. 1666 besonders in Linthal. 1676 im Herbst. 1680 und 1683 im August. 1703, 13. Aug. Wolkenbruch ab Niederurnen und furchtbare Verheerungen des Baches in Urnen, der auch in den Jahren 1726, 1730, 1732, 1740, 1741, 1742, 1744, 1749, 1750 der Gemeinde großen Schaden zufügte. 1726 am 18. Sept. war ein hoher Schnee gefallen, der am 19. Durch, über alle Gebirge verbreiteten Regen wieder geschmolzen wurde. Linth, Sernf und Seitenbäche schwollen in Folge dessen fürchterlich an. In Linthal war das ganze Thal in einen See verwandelt, ebenso das Land von Näfels bis Wesen hinab; in Linthal wurde ein Haus, an vielen Stellen die Brücken weggerissen. Erst am folgenden Tage erschien der Löntsch und bedrohte durch seine Fluthen Netstal. 1740. 1750 Ende alt Brachmonat große Verwüstungen von Linth, Löntsch, Rauti, Dornhausbach, zu Mollis und Urnen; Ende alt Heumonat im Kleinthal und an Niederen. Doch viel furchtbarer waren die Verheerungen 1762 und 1764. Während des Frühlings 1762 wurden viele Firnen geschmolzen, namentlich auch durch das Anfangs Juli anhaltende warme Regenwetter; den 10. und 11. strömte der Regen in solchen Massen Tag und Nacht herunter, daß sich überall Erdbrüche und Runsen bildeten, unerhörte Wassermassen in den Hauptthälern zusammenrannen, welche überall hin Schrecken und Zerstörung brachten, so daß in Zeit von ein paar Tagen eine entsetzliche Umwandlung mit dem ganzen Lande vor sich ging. Im Sernftal waren überall: in Elm, Matt und Engi, durch die Runsen und Seitenbäche wie den Sernf schreckliche Verherungen angerichtet worden; das Großthal war ein Schauplatz des Schreckens und der Noth; in Linthal füllte das Wasser das ganze Thal, es wurden Häuser weggespült und Wiesen und Saaten mit einer Menge von Obstbäumen weggerissen, und ähnliche Verwüstungen brachte die Linth über alles Land bis nach Schwanden heraus. Glarus war zwar durch seine starken Wuhren geschützt, doch wurden alle Brücken weggerissen und das ganze Unterland unter Wasser gesetzt. In Netstal strömte der Löntsch mitten durch das Dorf und riß einige Häuser mit Grund und Boden weg. Ein paar Tage lange mußten die Bewohner bei der alten Kirche und einigen, an einer erhöhten Stelle liegenden Stallungen Schutz suchen. Man schätzte den Schaden dieser Verheerungen auf 4 bis 500,000 fl. Eine ähnliche Ueberschwemmung wiederholte sich schon 1764 wieder. Durch 40 Stunden anhaltenden Regen schwollen die Bäche auf das Pfingstfest (10. und 11. Juni) zu furchtbarer Höhe. Im Linththal waren die Verheerungen sogar größer als zwei Jahre vorher; es wurden noch mehr Häuser und Güter verwüstet und Ennetlinth fast in Schutt verwandelt. Näfels stand wieder mehrere Fuß tief unter Wasser, welches bis nach Wesen, Urnen und Bilten alles Land in einen See verwandelte. Im Sernfthal waren die Verheerungen geringer, während in Netstal der Löntsch wieder mitten durch das Dorf hinabtobte. Man schätzte den Schaden auf 2 bis 300,000 fl. Den 30. Okt. und 7. Dez. 1799 waren große Ueberschwemmungen, besonders in den beiden Thälern. Der Unterthalbach brachte großesn Schaden, und der Krauchbach schwemmte ein Haus und eine Mühle weg. Auch Schwanden und Mitlödi litten sehr. Der Schadden soll mehr als 100,000 fl. betragen haben. In unserm Jahrhundert waren große Wasser im Juli und August 1807, im Okto-

§ 2 Die schöpferische Wasserkraft

Doch die Wasserkraft stellte seit frühester Zeit ebenso sehr auch einen Segen dar: [39] 24

> «Das wichtigste, wertvollste Mineral im Glarnerland war und ist das Wasser, das unsern Firnen entströmt und dem Boden entquillt […]».[40]

Denn dieselbe Stoss- und Fallkraft des Wassers, welche zu Zerstörungen fähig ist, lässt 25
sich vom Menschen auch schöpferisch nutzen. Zu diesem Zweck muss eine an das vorhandene Gefälle und die Strömungsverhältnisse angepasste Möglichkeit gefunden werden, eine möglichst grosse Menge Wasser bei verschiedensten Wasserständen ohne Geschiebe und anderes Schwemmgut auf ein Wasserrad zu befördern.[41] Die daraus gewonnene Wasserkraft wurde für verschiedene «Gwirbe», wie man im Glarnerland sagt, genutzt. [42]

Dies geschah zunächst in der Getreidemüllerei.[43] Obwohl schon die römische Kaiserzeit 26
Wasserräder kannte und sich auch auf dem Gebiet der heutigen Schweiz archäologische Überreste antiker Wasserräder gefunden haben, waren das ganze Frühmittelalter hindurch

---

ber 1824 und den 31. Okt. 1840, welch' letzteres namentlich im Sernfthal große Verheerungen anrichtete. Es war Mitte Oktober hoher Schnee gefallen, in Matt zwei Fuß hoch; am 28. Okt. wütheten furchtbare Föhnstürme, die in zwei Tagen allen Schnee wegschmolzen. Die daraus entstandene Wassermasse wurde noch durch einfallende warme Regen vergrößert, die dieses ungewöhnlich, verderbliche Anschwellen der Bäche veranlaßte. Von diesen 27 größern, verheerenden Anschwellungen unserer Gewässer fallen also 2 auf den Brachmonat, 7 auf den Heumonat, 5 auf den August, 3 auf den Herbstmonat, 2 auf den Oktober und 2 auf den Dezember, Von sechs ist die Jahreszeit nicht angegeben. Die Ueberschwemmungen im Sommer sind meist eine Folge großen Winterschnees und einfallender warmer Regen oder Gewitter, die große Massen desselben schmelzen; die Ueberschwemmungen im Herbst dagegen rühren meist von der, durch Fön und warme Regen veranlaßten Schmelze neugefallenen Schnees her, und diese sollen nach einer alten Bauernregel auf künftiges Jahr große Wasser verkünden. Wenn das Wasser im November aufläuft, sagt nämlich diese, so läuft es im nächsten Sommer alle Monate auf» (S. 100–101); vgl. auch VON TSCHUDI, Thierleben der Alpenwelt, S. 24–25.

39 THÜRER/THÜRER, Geschichte der Gemeinde Netstal, S. 51; sie beziehen sich bei dieser Aussage explizit auf die «Netstaler Gewässer». Für die Untaten der Netstaler Runsen vgl. S. 177–179; vgl. auch ZIEGLER, HLS: Linth.

40 JENNY/BARTEL, Glarner Geschichte in Daten II, S. 725.

41 BERLINGER, Strom aus Wasserkraft, S. 10

42 Im Glarnerdeutschen bezeichnet der Ausdruck «Gewirbe» bzw. «Gwirb» einen jeglichen Betrieb, in welchem eine motorische Kraft, typischerweise Wasserkraft, verwendet wird (JENNY/LUCHSINGER, S. 8). Davon zu unterscheiden ist der Ausdruck «Gewerbe», welcher jeglichen Handwerksbetrieb, welcher zugleich mit Handel verbunden ist, bezeichnet (unabhängig vom Gebrauch motorischer Kraft); vgl. auch FELLER-VEST, JHVG 91, S. 17.

43 JENNY/BARTEL, Glarner Geschichte in Daten II, S. 725; JENNY/BARTEL, Glarner Geschichte in Daten III, S. 346. Hierbei wird das Feinmahlen und das Halbmahlen (Schroten) unterschieden (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 3).

Hand- und Tiermühlen vorherrschend gewesen.[44] Erste Wassermühlen finden sich erst wieder mit der in schriftlichen Quellen belegten Wassermühle 563 in Genf sowie deren weitere ab dem 9. Jahrhundert im Schweizer Mittelland.[45] Vom Jahre 1153 ist eine Wassermühle in der Limmat in Zürich überliefert.[46] Für das Glarnerland schliesslich ist im 13. Jahrhundert eine «fron miuli», eine sogenannte Fronmühle der Äbtissin von Säckingen überliefert, wahrscheinlich in Näfels.[47] Dort nämlich werden bereits in dem zum Andenken an die *Schlacht bei Näfels* (1388) verlesenen «Fahrtsbrief» einige «Mühlehäuser» erwähnt.[48] Anlässlich des Baus der Schlachtkapelle im Jahr 1389 wurden Gaben zum Lesen von Seelen-

44 Archäologische Nachweise in Avenches (1. Jh.) und in Cham (2. Jh.) (DUBLER, HLS: Mühlen); vgl. generell KOEHNE, Das Recht der Mühlen, S. 6 ff.

45 DUBLER, HLS: Mühlen.

46 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 3; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 347; GOY, Die Flurnamen der Gemeinde Schwanden, S. 395.

47 Vgl. KAMM, Glarus zwischen Habsburg und Zürich, S. 212; MEYER, Das Glarnerland im 14. Jahrhundert: «[W]asserbetriebene Getreidemühlen dürften im Glarnerland kaum vor dem 13. Jahrhundert bekannt gewesen sein» (S. 121). Eine Fronmühle ist eine Mühle, die einem weltlichen oder kirchlichen Grundherrn gehörte und meist als Erblehen verpachtet wurden (GOY, Die Flurnamen der Gemeinde Schwanden, S. 395). BARTEL/JENNY gehen von einer Mühleregal der Landesherrin aus, gestützt auf ein säckingisches Weistum, in dem Glarus aber nicht explizit erwähnt ist (Glarner Geschichte in Daten II, S. 725–726). Die Aussage, dass dies also «eine Monopolmühle war, d.h. daß die Einwohner des Glarnerlandes nur dort ihr Getreide mahlen durften» (Glarner Geschichte in Daten III, S. 347) kann also nicht mehr als eine Vermutung sein. Richtig ist die Feststellung HEFTIS, dass das Säckinger Urbar nirgends eine Abgabe für die Benutzung der Wasserkraft der Mühle vorsieht (Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 9, Fn. 4); das sog. *Säckinger Urbar* (ca. 1350) ist abgedruckt in BLUMER, Urkundenbuch, Nr. 32, S. 92–112; STUCKI, Rechtsquellen I, S. 50–62. Zum Standort der Fronmühle: JENNY/LUCHSINGER gehen von Näfels aus (S. 4–5); auch BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 347; auch WINTELER Geschichte des Landes Glarus I, S. 49. G. THÜRER vermutet Näfels oder Mollis, insofern sich der Name «Mollis» (in Mundart heute noch «Mullis» ausgesprochen) seiner Ansicht nach vom rom. *mulins* für «Mühle» sich ableitet (Kultur des alten Landes Glarus, S. 345, Fn. 106); a. M. ZOPFI, welcher überzeugend darlegt, dass Mollis etymologisch von lat. *mollis* «weich» stammt (Die Namen der Glarnerischen Gemeinden, S. 34); a.M. ebenfalls JENNY/LUCHSINGER, die hervorheben, dass «die dortigen Quellbäche, im Gegensatz zu Näfels, nur eine sehr geringe Fallkraft aufweisen» (Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 5). GOY hingegen geht weiter und meint, es habe das Kloster Säckingen «in den Gemeinden Ennenda, Mollis, Näfels und Niederurnen Frohnmülen» besessen (Flurnamen der Gemeinde Schwanden, S. 395). Es stimmt, dass in Niederurnen eine Mühle im Besitz des Klosters Schänis schon im Jahre 1178 bestand (ROHR, Geschichte der Gemeinde Niederurnen, S. 108–109); da Niederurnen damals aber noch nicht zum Lande Glarus gehörte, wird diese Mühle bei den Aufzählungen zumeist nicht berücksichtigt. Für die vorliegende Arbeit ist indes nicht die Anzahl, sondern vielmehr das *Vorhandensein* einer Fronmühle relevant.

48 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 4; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten II, S. 726; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 347.

messen (sogenannte «Jahrzeiten») gesammelt, welche in der Kirche in Mollis im ältesten, erhaltenen Jahrzeitenbuch erfasst wurden.[49] Im Januar 1389 findet sich folgender Eintrag:

> «Item Hanns Huphan von Näfels […] hat gesetzt zwey fiertel kernen an brot vnd ein ß [scil. Schilling] umb käs Armen lüten zuo spend vff das guott zuo der *müly* zuo obernefels.»[50]

Flurnamen wie «Mühlebach» zu Beginn des 15. Jahrhunderts deuten ebenso auf eine ver- 27
breiterte damalige Nutzung hin,[51] wie auch das breite Vorhandensein des Nachnamens «Müller».[52]

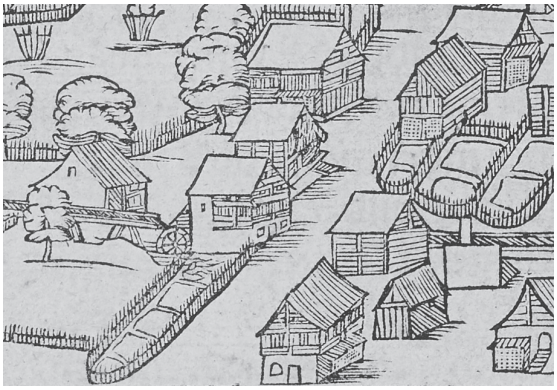


Abb. 3: Ausschnitt aus einer Darstellung von Glarus (1547) mit einer Mühle.

Getreidemühlen, die nur wenig Wasserkraft erforderten, wurden oft an Quellbächen mit 28
kleinem aber konstantem Wasserlauf und starkem Gefälle angelegt.[53] Ein Beispiel dafür ist der Strengen- oder Oberdorfbach in Glarus, welcher von einer Quelle am Fuss des Vorderglärnischs entspringt und an dessen unterem Lauf für das Jahr 1434 eine Getreidemühle urkundlich erstmals erwähnt.[54] Bis zum Bergsturz des Jahres 1593/94 scheint der Ober-

---

49 Zum Jahrzeitenbuch vgl. BRUNNER, Glarner Geschichte in Geschichten, S. 56–83, mit Verweis auf «Mühlen in Näfels und Mollis» (S. 75).

50 Zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 4 (Hervorhebung im Original).

51 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 5. Für Bilten (seit ca. 1405 zum Lande Glarus gehörig) ist der Flurname «ze Mülibach» im Jahr 1412 erwähnt (BLUMER, Urkundenbuch, Nr. 144, S. 451–453). Für Engi findet sich die Erwähnung eines «Müllibachs» im Jahr 1416 (JENNY/BARTEL, Glarner Geschichte in Daten II, S. 842–843). Vgl. auch G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus: «Ortsnamen wie Mühlethal, Mühlehorn, Mühlhäusern deuten wohl immer auf alte Getreidemühlen hin» (S. 345).

52 Vgl. KAMM, Glarus zwischen Habsburg und Zürich, S. 213; MEYER, Das Glarnerland im 14. Jahrhundert, S. 119–120.

53 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 6.

54 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 7, 21, 31 mit abgedrucktem Kaufbrief von 1434 auf S. 31–32; vgl. auch BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III,

dorfbach aber für eine ausgedehntere Nutzung zu schwach gewesen zu sein.[55] Erst durch die daraufhin notwendig gewordene Verlegung des Oberdorfbaches über den Fänchereng graben entstanden dem Bachlauf entlang nach oben in rascher Folge mehrere kleine «Gwirbe».[56] Um einen möglichst grossen Nutzen aus dessen Wasserkraft zu ziehen, wurden verschiedene Anpassungen vorgenommen: Zur Verhinderung unerwünschten Absickerns wurde der Oberdorfbach bereits an seiner Quelle in steinernen Behältern aufgefangen[57] sowie auch in späteren Abschnitten, wo das Gefälle nicht stark genug war, in hölzerne «Chett» gefasst und darin teilweise direkt auf die Wasserräder befördert.[58] Im Jahre 1727 waren es deren elf und schon 1806 zählte Bleichereibesitzer *Fridolin Luchsinger* (o.A.) insgesamt 25 Wasserrechte auf.[59] Analog findet sich in beinahe allen anderen Dörfern des Landes Glarus eine Nutzung der kleinen Wasserläufe im Verlauf des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit.[60] So standen in der «Herren» in Schwanden die Wasserräder entlang

S. 349. Eine Abbildung des Glarner Wasserrades von 1547 findet sich bei BRUNNER, Glarner Geschichte in Geschichten, S. 76.

55 WICK, JHVG 69, S. 167–168; vgl. auch JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 7; zum Bergsturz vgl. eingehend S. 21–24.

56 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 7, 67; T. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 222–223.

57 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe: «Der Wasseraustritt erfolgte vor der Fassung in Sickerröhren in einen kleinen Weiler. Die einzelnen Quellen waren teilweise überdeckt durch sogenannte Brunnenstuben, d.h. durch Gehäuse aus Holz, Mauerwerk oder ausgemeisselte Steinblöcke, behufs Wasserfassung und Ableitung zu Brunnenzwecken. Aus diesen Wasserfassungen in Brunnenstuben ergab sich für das ganze Quellgebiet der Name ‹Brunnenstübli›» (S. 29–30).

58 Das schweizerdeutsche Wort «Chett» oder «Kett» steht für «hölzerne Rinne» (BEGLINGER, Strom aus Wasserkraft, S. 10), genauer aber für offene, meist aus Holz gebaute und auf Stelzen stehende Kanäle, in welche Wasser «eingekettet» und auf die Wasserräder geleitet wurde (vgl. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 107). Sie dienten zur Stärkung des Gefälles (WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes, S. 108). Heute verweist der Begriff als Flurname auf ehemalige Zuleitungswerke, wie bspw. das «Chettwäldli» in Glarus, wo der Oberdorfbach aufgrund des durchlässigen Bergsturzmaterials aus welchem der Grund besteht, viel Wasser verlor und bis heute sichtbar «eingekettet» wurde (SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 217).

59 WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes: «Der Oberdorfbach ist sozusagen in seinem ganzen Lauf von der obersten Farb bei der Sennhütte bis in die Ingruben ausgenützt worden» (S. 108). Vgl. auch *Jakob Glarners* (1744–1832) *Wegweiser durch den Hauptflecken Glarus* (1831), in welchem er beschreibt, wie der «Oberdorf- oder Strengenbach, der am Fusse des Vorderglärnisch entspringt, […] mit mehr als 24 Wasserrädern viele Gewirbe» antreibe (zit. in FELLER-VEST, JHVG 91, S. 17). Eine detaillierte Auflistung aller Wasserrechte am Strengen- oder Oberdorfbach findet sich bei JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserläufe, S. 61–81.

60 WINTELER, Geschichte des Landes Glarus I, S. 48–49; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 349; vgl. auch G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus: «Mühlen sind nachweisbar auf Kerenzen 1566, in Netstal 1548, Glarus 1434, Schwanden 1545, Betschwanden 1562» (S. 345, Fn. 106).

des Gwirbsbachs – wie heute noch sichtbar ist – «wie an einer Schnur aufgereiht».[61] Noch Mitte des 19. Jahrhunderts bestanden in allen Gemeinden (ausser Oberurnen) zusammengerechnet 60 Getreidemühlen.[62]

Solche Quellbäche genügten aber nicht mehr, als die Wasserkraft auch in Sägereien eingesetzt wurde. Solche fanden sich ebenfalls in fast allen Dörfern des Landes Glarus.[63] Vorzugsweise nutzte man dabei aber Flüsse (oder deren natürliche Seitenarme), welche zugleich zur Flösserei, also als Wasserweg für die entästeten Stämme dienen konnten.[64] Gleichwohl waren nicht alle Wasserläufe gleichermassen dazu geeignet; die Linth etwa war an ihrem Oberlauf zu gefährlich und im Unterland fehlte ihr das Gefälle.[65] Auf der Höhe von Schwanden scheint die Wasserkraft bei der Mündung des Sernft in die Linth relativ früh genutzt worden zu sein, wie das Vorhandensein einer Mühle im Jahr 1523 zeigt.[66] Auch auf der frühesten Darstellung des «Flecken[s] Schwanden» in JOHANN HEINRICH TSCHUDIS *Beschreibung des lobl. Orths und Lands Glarus* (1714) sind entlang der Linth sieben Wasserräder erkennbar.[67] 29



Abb. 4: Sieben Wasserräder entlang der Linth in Schwanden im 18. Jh.

61 BERLINGER, Strom aus Wasserkraft, S. 28.

62 GOY, Die Flurnamen der Gemeinde Schwanden, S. 395.

63 Vgl. G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus: «Im 18. Jahrhundert hatte jeder Tagwen, der über zweckdienliche Gewässer verfügte, eine oder mehrere Sägereien» (S. 326). Vgl. auch den Abschnitt in der ungedruckten *Chronik* (ca. 1764–1774) von Camerarius *Johann Jakob Tschudi*: «Mit Mühlen, Bäckereien, Holzsägen, durch das Wasser getrieben, ist das Land nach Notdurft besetzt» (zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 51).

64 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 6.

65 Vgl. WICK, JHVG 69, S. 167.

66 GOY, Die Flurnamen der Gemeinde Schwanden, S. 395.

67 TSCHUDI, Beschreibung, S. 34–35; abgebildet in MARTI-WEISSENBACH, Unternehmerfamilie Tschudi, S. 45. Zur Abbildung vgl. auch JENNY, Das Glarnerland im Spiegel, S. 11.

30 An anderen Orten aber musste die Wasserkraft des Flusses zur Nutzung gebrochen und kanalisiert werden. Die ältesten Formen dazu sind die «Schwelle» oder die «Wuhrtanne», wobei Erstere aus grossen, aneinandergereihten Steinen, Letztere aus einem (Tannen-) Baumstamm besteht, welche quer ins Flussbett gelegt werden, um eine Stauwirkung zu erzeugen und einen Teil des Wassers in einen natürlichen Seitenarm oder künstlichen Kanal zu leiten.[68] In Glarus und Ennenda entstanden dadurch im 16. Jahrhundert die jeweils «Giessen» genannten kanalisierten Seitenarme der Linth.[69] 1515 wurde eine Wuhrtanne in die Linth eingebaut, welche 1577 erneuert und verbessert wurde, indem sie mit einer «Falle» versehen wurde, «damit der Gießen zu allen Zeiten des Jahres seinen Lauf und Gang habe und die Meister jederzeit sagen, stampfen und ihren Nutzen schaffen können».[70] 1616 wurde diese Absperrvorrichtung durch eine Doppelfalle ersetzt.[71] Die Abbildung des «Haubtfleken[s] Glarus» in JOHANN HEINRICH TSCHUDIS *Beschreibung des lobl. Orths und Lands Glarus* (1714) zeigt drei Wasserräder entlang des Giessen.[72]

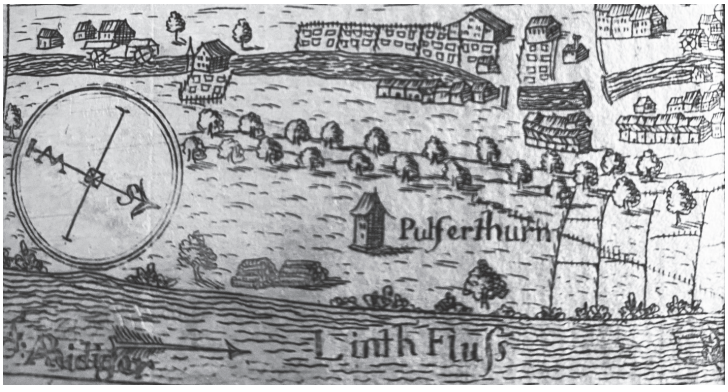


Abb. 5: Drei Wasserräder entlang des Giessen in Glarus im 18. Jh.

31 Seit frühester Zeit kam es vor, dass verschiedene Nutzungen verbunden wurden.[73] So war die erste urkundlich erwähnte Mühle im Lande Glarus – die Mühle in Ennenda im Jahre

68 BERLINGER, Strom aus Wasserkraft, S. 11.

69 TH. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 127.

70 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus: «1577 erwiesen die Glarner den beiden Besitzern einen Ehrentagwen, indem sie aus freien Stücken halfen, die Wuhrtanne bei der Linthbrücke einzulegen, damit der Gießen zu allen Zeiten des Jahres seinen Lauf und Gang habe und die Meister jederzeit sagen, stampfen und ihren Nutzen schaffen können» (S. 65); WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes, S. 109; T. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 220.

71 TH. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 220.

72 TSCHUDI, Beschreibung, S. 36–37.

73 Vgl. G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus: «Häufig waren Sägereien und Mühlen in einer Hand vereinigt. Diese Verbindung verschaffte dem Besitzer mehr Arbeit und ergab sich aus der Anlage der beiden Vorrichtungen an der gleichen Wasserleite von selber. Der Mühlebach konnte

1417 – zugleich eine Getreide- und Säge- sowie eine Pochmühle (sogenannte Stampfe).[74] Auch die 1564 errichtete Säge des *Conrad Büelmann* (o.A.) diente zugleich als Korn- und Poliermühle sowie als Stampf.[75] Später kam noch weitere Nutzungen der Wasserkraft hinzu, wie etwa im 16. Jahrhundert die Hammer- und Nagelschmieden[76], die Poliermühlen[77] sowie die Walke[78] als erste Nutzung der Wasserkraft mit Bezug auf Textilien. Im

leicht nacheinander zwei Wasserräder treiben, oder das eine Werk wurde stillgelegt und das andere eingeschaltet» (S. 345).

74 WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes, S. 108; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 63; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 350; JENNY-TRÜMPY, JHVG 33, S. 10–11; vgl. auch WICK, JVHG 69: «So findet man schon früh oft mehrere Maschinen in einer Hand vereinigt, wie zum Beispiel 1417 in Ennenda Hans Müllers ‹müli vnd die hofstat vnd die acher, die zue der müli vnd der hofstatt gehörent, vnd die sagen vnd die blöuw›. Solche Werkzusammenlegungen häuften sich im 16. und vor allem im 17. Jahrhundert, wobei auffällt, dass es wieder die kapitalkräftigen Grossbauern waren, die im Gewerbe investierten» (S. 166–167). Die Urkunde ist abgedruckt in BLUMER, Urkundenbuch, Nr. 156, S. 494–495. Die Urkunde spricht noch von «blöuw», ein Ausdruck für Pochmühle, der von «bleuen» bzw. «durchbleuen für «schlagen» kommt (JENNY/LUCHSINGER, S. 7; JENNY-TRÜMPY, JHVG 33, S. 70–71; SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 64). In späteren Dokumenten wird aber durchgehend Stampfe verwendet. In einer Stampfe werden durch hölzerne, hammerförmige Schlegel die eingeweichten und vergorenen Hanf- und Flachsstengel bearbeitet, um die Bastfasern von anderen Komponenten zu trennen. Ab dem 17. Jh. finden sich auch Gerstenstampfen zur Herstellung von Gerstenschrot (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 7) oder Rindenstampfe zum Zerkleinern von Eichen- und Tannenrinden zur Herstellung von Gerberlohe (T. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 271). In Glarus ist der Nachfolgebau einer auf das Jahr 1530 zurückgehenden Sägerei und Pochmühle, welche den Stadtbrand von 1861 überlebt hat, bis heute als «Stampf» bekannt (vgl. T. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 271; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 64; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 108–109).

75 WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes, S. 109; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 65; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 116.

76 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66–67.

77 Poliermühlen – im 16. und 17. Jh. auf Glarnerdeutsch auch «Balierienne» oder «Schlyfene» genannt – waren Schleifwerke, in welchen Schwerter, Harnische, Senden, Äxte und dergleichen geschliffen und poliert wurden (JENNY/LUCHSINGER, S. 9). Der Inhaber einer Poliermühle trug den Übernamen «Meister Poleyen» (H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 65). So ist der folgende Beleg aus dem Jahre 1532 ebenfalls ein Hinweis auf eine gemischte Nutzung der Wasserkraft: «Meister Poleyen Sagen (=die Sägerei des Poliermeisters), so by der Schießmur (=am Schützenplatz) am Gießen gestanden, ist abgegangen» (zit. in H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 64; WINTELER, Geschichte eines ländlichen Hauptortes, S. 109; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 7).

78 In einer (Tuch-)Walke wurden Wolltücher gewaschen und gewalkt. Beim Walken wurden Wolltücher in einer leicht alkalischen Lauge, oft unter Zusatz von sog. Walkerde (weissem Thon), durch hölzerne mechanische Hämmer geknetet und gestossen, wodurch sich die Schuppen der Wollfasern verfilzten und das geschrumpfte Gewebe dichter und filziger wurde (JENNY/LUCHSINGER, S. 13–14). Die erste solch wasserbetriebene Walke ist für das Jahr 1599 in Glarus «bei den Hohlensteinen» (heutiges Holensteinareal) überliefert. Ist hingegen von «Walke mit

17. Jahrhundert kamen die Reiben[79], Eisenwerke[80] sowie auch die Papiermühle[81] hinzu. Das 18. Jahrhundert schliesslich brachte die Tabakstampfe[82], die Ölpresse[83] sowie Farbholzmühlen[84].

32 Im zweiten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts schliesslich hielt die mechanische Baumwollspinnerei ihren Einzug. MARKUS WICK erkennt in diesen gemischten Nutzungen nicht zuletzt ein Argument dafür, dass ein «Gewirbe» für sich allein genommen nur einen man-

Bleike» die Rede, bedeutete dies einen Bleichereibetrieb für Flachs- und Hanfleinwand, welcher einen grossen Kessel zum Aussieden der Ware in der Aschenlauge, eine Waschvorrichtung mit Knet- und Schlaghämmern und eine grosse Wiese zum Auslegen umfasste (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 13–14; JENNY-TRÜMPY, JHVG 33, S. 61; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 67).

79 In den Zigerreiben wurde im Spätsommer der aus den Alpen hinuntergebrachte Ziger gemahlen, um anschliessend mit dem Zigerkraut zur Herstellung von Schabziger vermischt zu werden (BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten III, S. 351–352). Vgl. auch den Abschnitt in der ungedruckten Chronik (ca. 1764–1774) von Camerarius *Johann Jakob Tschudi*: «Den weissen Ziger mit dem Klee zu durchwürken, hat man eigene Mühlen vom Wasser getrieben, Reibinen genannt» (zit. in JENNY/LUCHSINGER, S. 42). Die ersten sind urkundlich 1638 in Schwanden und 1651 in Netstal überliefert (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 10).

80 Ein Beispiel ist das «Isenbergli», ein wasserbetriebenes Pochwerk und Eisenschmelze um 1600 am Ausfluss des Löntschs aus dem Klöntalersee. Es verfügte wahrscheinlich über drei Wasserräder (eines für das Pochwerk, zum Zerkleinern der erzhaltigen Steine zu Kies, und zwei für die beiden Schachtöfen zur Eisenschmelze). Vgl. TSCHUDI, JHVG 20: «Dieses Pochwerk wurde durch das Wasser betrieben und das Aufschwellen des Sees, resp. Löntsch, an dieser Stelle, mag dazu beigetragen haben, die nöthige Wasserkraft zu erhalten. Dieser Umstand spricht auch dafür, dass das eigentliche Eisenwerk nur jeweilen in der bessern Jahreszeit im Betriebe stund, weil bekanntlich im Winter aus dem See oft Monate lang gar kein, oder nur ganz wenig Wasser abfliesst» (S. 94). Da die Wasserzufuhr des Löntschs zu unregelmässig war, wurde ein hölzernes Wehr gebaut, wobei mithilfe eines kleinen Schiebers das Wasser in regulierten Mengen den Wasserrädern zugeführt werden konnte (SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 241–242); vgl. auch SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 68.

81 Meister *Heinrich Weber-Walcher* (o.A.) erbaute 1690 die Papiermühle in Netstal (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 10; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten II, S. 728).

82 1771 in Netstal erbaut, zur Herstellung von Schnupftabak (vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 10); eine Schnupftabakrafflerei fand sich 1843 sowie ab 1851 auch in Glarus (JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 98, 113–114).

83 Die Ölpressen dienten der Zubereitung von Brennöl aus Raps- oder Rübsamen (JENNY-TRÜMPY, JHVG 33, S. 71, Fn. 2; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 97). Die ehemalige Ölsamenpresse auf dem Schützenplatz hat der Ortsbezeichnung «auf der Presse» in Glarus den Namen gegeben (H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 67).

84 Die «Färbi» in Glarus ist 1613 überliefert (H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 67). Sie diente dem Raspeln und Zermalmen der exotischen Farbhölzer.

gelnden Gewinn abwarf.[85] Die Zusammenlegung solcher Nutzungsmöglichkeiten brachte im Verlauf des 16. und 17. Jahrhunderts «eigentliche Generalunternehmer» hervor, «die von den Wasserrechten bis zur Preisbildung das ganze dörfliche Gewerbe kontrollierten».[86] Gleichwohl hat die Wasserkraft seit frühester Zeit das Land Glarus geprägt – wie heute noch dem sehenden Auge erkennbar bleibt.[87] Auch zahlreiche Flurnamen in den Glarner Dörfern erinnern an die Bedeutung der Wasserkraft.[88]

---

85 Vgl. WICK, JVHG 69: «Die Errichtung und der Betrieb von *Gewerbemaschinen* beruhten (damals) vor allem auf dem Vorhandensein von Wasserkraft, sowie der Verfügbarkeit über sie, und von Kapital, sowie selbstverständlich auf einem genügenden Umsatz. Nicht jeder Bauer vermochte sich eine Wassermühle zu leisten; nur wer über den nötigen Einfluss und die finanziellen Kräfte verfügte, konnte sich ein Wasserrecht verschaffen und erhalten und die Mühle, meist mit entsprechenden, notwendigen Gebäulichkeiten, errichten. Der Platz an den Wasserläufen und Zuleitungen war knapp und der Bedarf an *einem* maschinell hergestellten Produkt oft nicht gross genug, um die Maschine und die sie bedienende Arbeitskraft voll auszulasten und die Investitionskosten in nützlicher Frist zu amortisieren. Handänderungen und häufiger Wechsel in der Zweckbestimmung der verschiedenen ‹rädli› deuten daraufhin, dass die Erbauer der Mühlen den Umsatz nicht immer richtig kalkulierten; sie mussten die Produktion anderen Bedürfnissen anpassen oder es kam zu Zusammenlegungen, zur Konzentration nicht nur der Betriebe am Wasser, sondern auch des Produktionsmittelbesitzes» (S. 166–167; Hervorhebungen im Original).

86 Vgl. WICK, JHVG 69: «[B]emerkenswert aber auch, dass die technischen Nutzungsmöglichkeiten die Zusammenlegung verschiedener Gewerbe ermöglichten (Mühlen, Sägen, Walken, Stampfen, Ziegerreiben), so dass sich im Verlaufe des 16./17. Jhs. eigentliche Generalunternehmer etablierten, die von den Wasserrechten bis zur Preisbildung das ganze dörfliche Gewerbe kontrollierten» (S. 98, Fn. 118).

87 Vgl. BEGLINGER, Strom aus Wasserkraft: «Heutzutage begegnen uns diese Bauwerke als Zeugen von Unternehmertum und Ingenieurskunst auf Schritt und Tritt. Sie sind offen an den Talbächen und etwas versteckter in den Kerben der Seitenbäche zu bewundern. Rund die Hälfte sind noch voll in Betrieb und eigentlich allen bekannt. Die andern sind stillgelegt und modern vor sich hin oder sind nur noch als Ruinen vorhanden» (S. 10).

88 Vgl. die zahlreichen «Dorfbäche» (TH. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 220) oder das «Chettwäldli» in Glarus, in welchem der Oberdorfbach bis heute sichtbar «eingekettet» war (TH. SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 217; vgl. dazu Fn. 58).

Erster Teil:
Die Entstehung des Wasserrechts

«*In langsamen Wandlungen ist dieses Recht entstanden; eine Schicht hat sich über die andere gelegt. Die Bewältigung des Stofflichen darin ist für sich schon ein Stück Arbeit. Und doch dürfen wir dabei nicht stehen bleiben. Unser harrt die Aufgabe, bis zu den einfachsten Rechtsgedanken vorzudringen, aus denen die Vorschriften des geltenden Rechts hervorquellen. Darum spricht nicht selten die Entwicklung der Rechtsinstitutionen stärker zu uns, als das Gewordene. Nur auf diesem Wege gelingt es uns – zumal in unserer Demokratie, in der sogar die Vollziehung der Gesetze von der Politik umspült wird –, das Recht geistig zu beherrschen und in ihm neben den geschriebenen Sätzen die ungeschriebenen, nicht minder unverbrüchlichen, zu erkennen*.»

FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. VII.

«*In manchen Dingen ist unser Privatrecht heute, nach einer Vererbung über mehr als zwei Dutzend Generationen, noch gerade so klug oder naiv, so verständig oder vorurteilsvoll, wie bei den alten Burgundern und Alemannen*.»

EUGEN HUBER, System und Geschichte IV, § 120, S. 212.

§ 1 Die Entstehung des öffentlichen Rechts

Ehe die Unterscheidung zwischen der Entstehung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Wasserrechtsordnungen in den nachfolgenden Kapiteln gemacht werden kann, ist es nötig, die Entstehung des öffentlichen Rechtes in Kontinentaleuropa und in der Alten Eidgenossenschaft nachzuzeichnen. Diese *Ebene des Rechtes* als Voraussetzung aller wasserrechtlichen Entstehungen und Entwicklungen kann argumentativ als der Grund und Boden verstanden werden, welcher das Flussbett bildet und bestimmt, wie schnell oder langsam Flüsse fliessen, ob sie mäandern, Altwasser bilden, versumpfen oder aber sich entzweien und wieder ineinanderfliessen. 33

1. Die Dichotomie von «öffentlich» und «privat»

Die heute gängige und für das Wasserrecht zentrale Dichotomie zwischen «öffentlich» und «privat» gehört dem modernen kontinentaleuropäischen Rechtsdenken an.[89] Zwar kannte schon das Römische Recht ein *ius publicum* und grenzte dieses im Studium des Rechts vom *ius privatum* ab,[90] doch hatte dies in der Antike keine Rechtsfolgen.[91] Im Mittelalter ging selbst diese folgenlose Unterscheidung verloren; das Recht bildete eine Einheit.[92] So 34

89 Vgl. hierbei den gleichlautenden Abschnitt bei FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 18–21.

90 Vgl. BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht; vgl. auch SCHULER, HLS: Privatrecht. Vgl. dazu bspw. die *Ulpian* zugeschriebene Digestenstelle D. 1,1,2: «[P]ublicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem» (Öffentliches Recht ist dasjenige, was den Status des römischen Staatswesens, Privatrecht dasjenige, was die Interessen einzelner betrifft), analog Inst. 1,1,4: «Huius studii duae sunt positiones, ublicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem» (HONSELL, Römisches Recht, S. 20); STOLLEIS spricht von *Ulpians* «Vorstellung eines einheitlichen, durch jene *divisio* weniger geteilten als geordneten Rechts» (Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, S. 153; Hervorhebung im Original).

91 Vgl. BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht; GRIMM, Das Öffentliche Recht, S. 2–3.

92 Vgl. FLEINER, Institutionen: «Dem germanischen Recht des Mittelalters war der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Rechte fremd. Man unterschied nicht die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Befugnisse einer Person. Beide waren Ausflüsse einer und derselben Art Recht» (S. 20); vgl. auch GIACOMETTI, Grenzziehung: «Die schon im römischen Recht erfolgte Differenzierung von jus publicum und jus privatum verblaßt im Laufe der Zeiten immer mehr. Der in den Grundanschauungen des Mittelalters wurzelnde Gedanke der Einartigkeit alles Rechts […] beherrscht fortan auf Jahrhunderte hinaus die Rechtsentwicklung Europas» (S. 1); vgl. auch CARLEN, Rechtsgeschichte, S. 43. BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht; SCHULER, HLS: Privatrecht; vgl. auch STOLLEIS, Öffentliches Recht in Deutschland, S. 13; vgl. auch GRIMM, Das Öffentliche Recht, S. 3; STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, S. 63–79, 153–154.

finden sich in der mittelalterlichen Rechtsordnung «alle öffentlichen Rechtsverhältnisse […] in ein privatrechtliches Gewand gekleidet».[93]

35 Mittelalterliche Quellen, welche das Wort «publicus» verwenden, wenn etwa von einer «via publica» die Rede ist, bezeichnen damit entweder die privaten Eigentumsrechte eines Fürsten oder aber die Tatsache, dass sie «allgemein zugänglich» oder «allgemein benutzbar» waren.[94] Damit das öffentliche Recht mit dem Staat identifiziert und vom Privatrecht getrennt werden konnte, bedurfte es gewisser historischer Bedingungen.[95] Zunächst einmal war dies ein genügend starker Staat, wie ihn die konfessionellen Bürgerkriege der frühen Neuzeit erforderten und wie er aus dem mittelalterlichen Lehenstaat im Europa des 16. Jahrhunderts als moderner, zentralisierter Territorialstaat hervortrat.[96] Für einen solchen Staat schuf der französische Staatsdenker JEAN BODIN (1529/30–1596) in seinen *Six Livres de la République* (1576) den Begriff der «souveraineté» als die alleinige und unwiderstehliche Autorität im Innern und rechtliche Unabhängigkeit von anderen Mächten nach aussen.[97]

36 Sobald ein solcher souveräner Staat sein Recht zu setzen begann, erkannten die Zeitgenossen darin eine andere, eine neue Rechtsqualität.[98] Überall in Europa waren es die Gesetz-

---

93 E. HUBER, Die Gestaltung der Wasserrechte, S. 537–538 mit Bezug auf das Hoch- und Spätmittelalter. Bez. Frühmittelalter vgl. dazu DERS., System und Geschichte IV: «Das Rechtssystem der alten Burgunder und Alemannen fasste verschiedene Institute in sich, welche in privatrechtlichem Gewande als öffentliches Recht funktionierten. […] [Es] zeigt sich dieser Mangel an Unterscheidung privaten und öffentlichen Rechts namentlich einerseits in der privatrechtlichen Gestalt, welche man den öffentlich-rechtlichen Befugnissen gab, sowie anderseits in der publizistischen Gewalt, womit man die privatrechtliche Machtsphäre ausrüstete» (§ 120, S. 212); vgl. GIACOMETTI, der vom mittelalterlichen «Gedanke[n] der Einartigkeit alles Rechts» spricht (Grenzziehung, S. 1). Es galt dies aber auch für das Hoch- und Spätmittelalter, vgl. dazu die im Text zitierte Stelle bei; HILTY, Wohlerworbene Rechte, S. 496.

94 KOEHNE, Das Recht der Mühlen, S. 24.

95 Vgl. BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht; vgl. dazu ausführlich STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, S. 394–404.

96 Vgl. GRIMM, Das Öffentliche Recht, S. 5–6; SCHULER, HLS: Privatrecht.

97 BODIN, Les six livres de la République, liv. I, chap. 8, S. 122; zur Begründung vgl. auch GRIMM, Das Öffentliche Recht, S. 6, vgl. S. 7ff. zu BODIN; vgl. auch BURMEISTER: «Als sich im 17. Jh. im Anschluss an die Souveränitätslehre, wie sie v.a. vom Franzosen Jean Bodin ausgearbeitet worden war, der absolute Staat durchsetzte, griff man auf die Unterscheidung zwischen privatem und öffentl[ichem] Recht zurück und verschärfte sie, um die staatl[iche] Eigensphäre zu stärken» (HLS: Öffentliches Recht). Zur Genese des Souveränitätsbegriffs in der Schweiz vgl. MAISSEN, Die Geburt der Republic, S. 167 ff.

98 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «Erst der Polizeistaat der Aufklärungszeit, der an die Stelle eines Bündels von Hoheitsrechten die allgemeine hoheitlich wirkende Staatsgewalt setzt, gelangt zu einer allmählichen Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und legt, insbesondere durch die Trennung von Justiz- und Polizeisachen, die ersten Ansätze zur Ausbildung des Verwaltungsrechts d.h. eines der Verwaltung eigentümlichen Rechts» (S. 1); vgl. auch GRIMM, Öffentliches Recht: «Doch verstärkte sich die Unterscheidung noch nicht zu

gebung des Absolutismus, insbesondere die paternalistischen Eingriffe im Interesse der «Policey», mit welchen der Staat alle Lebensbereiche durchdrang,[99] welche das öffentliche Recht inhaltlich als ein politisches, daher in jedem Land anders ausfallendes und letztlich willkürliches Recht prägte.[100] Dieses stand in scharfem Gegensatz zum Gemeinen Recht (*ius commune*, s. hinten Rz. 84 ff.), welches als unwandelbar und als der Gerechtigkeit verpflichtet galt.[101] Die Entwicklung verlief in Europa sehr unterschiedlich und kann hier im Einzelnen nicht darstellt werden.[102]

Erst die liberalen Vorstellungen von gerechten Gesellschaftsordnungen, wie sie die Aufklärung Mitte des 18. Jahrhunderts zu postulieren begann und wie sie sich in Frankreich revolutionär durchsetzten, entzweiten eine Sphäre des Privaten von einer Sphäre des Staates.[103] Das Privatrecht erschien nun als das liberale Recht der Freiheit des Einzelnen, welches gegen das öffentliche Recht als autoritäres Recht des Zwangs geschützt werden musste.[104] Dieser sollte inskünftig nur noch gestützt auf einige wenige Polizeigüter, namentlich im Namen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in die Sphäre des Privaten eingreifen dürfen.[105] 37

einer wesenmäßigen Trennung der beiden Rechtsarten. Wohl aber traten sie in ein hierarchisches Verhältnis. So wie die Fürsten Souveränität über die Gesellschaft beanspruchten, forderte das öffentliche Recht Priorität vor dem privaten. Privat war der vom Öffentlichen gerade nicht beanspruchte Bereich» (S. 12).

99 Vgl. FLEINER, Institutionen: «Das jus politiae sprach dem Landesherrn Recht und Pflicht zu, mit obrigkeitlicher Gewalt die Gefahren abzuwenden, die der irdischen Glückseligkeit, d.h. der Sicherheit und der Wohlfahrt der Bürger drohten. Das Ziel des jus politiae wurde die Herstellung des ‹guten Zustandes des Staatswesens› (=politia). Was das Interesse der ‹Policey› erforderte, durfte der Landesherr anordnen» (S. 30); vgl. auch die anschauliche Schilderung bei DUBS, Das Oeffentliche Recht II, S. 80; vgl. auch SCHINDLER, Polizeibegriff, S. 64–65; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel, S. 2–6.

100 Zur Staatsraison unter dem Absolutismus vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 229ff.; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 176ff.

101 Vgl. GRIMM, Öffentliches Recht, S. 12.

102 Vgl. dazu insb. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, S. 394–403; STOLLEIS, Öffentliches Recht in Deutschland, S. 28–64; REINHARD, Geschichte der Staatsgewalt, S. 406–411; zur Ideengeschichte vgl. noch immer GIERKE, Johannes Althusius, S. 264–320.

103 Vgl. GRIMM, Das Öffentliche Recht, S. 15; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 90 ff.

104 Vgl. DUBS, Das Oeffentliche Recht: «Der Liberalismus bildete jene geschilderte Abneigung gegen die bevormundende Regierungsgewalt zu einem Grundsatze aus und formulirte das praktische Postulat, man müsse die Regierungen möglichst schwächen» (S. 80); vgl. auch GRIMM, Öffentliches Recht, S. 20; vgl. auch BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht; SCHINDLER, Polizeibegriff, S. 64–65.

105 Zu den Polizeigütern vgl. ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel, S. 6–7.

2. Das öffentliche Recht der Alten Eidgenossenschaft und der Kantone

38 Aufgrund ihrer sich dem Staatenbund zumindest annähernden Natur konnte sich in der Alten Eidgenossenschaft kein gesamteidgenössisches öffentliches Recht herausbilden.[106] Nur versuchsweise begann im «Ancien Régime»[107] eine, wenngleich nicht normative, so doch immerhin deskriptive, politische oder spekulative Behandlung des öffentlichen Rechts.[108] Der aufklärerische Basler Geschichtsphilosoph ISAAK ISELIN (1728–1782) tat in seiner Dissertation *Tentamen Ivris Pvblici Helvetici* (1751) einen ersten – wie es der Titel schon sagt – «Versuch» über das schweizerische öffentliche Recht.[109] Darin definiert er zwar das öffentliche Recht als jene «Gesetze, die den öffentlichen Zustand eines Staats betreffen»,[110] erkennt darin aber im Falle der staatsvertraglichen Alten Eidgenossenschaft insbesondere das Vertragsrecht zwischen den Ständen:

> «[T]otum I[us] P[ublicum] H[elveticum] ex foederibus constet, & foederibus fundetur […]»[111]

---

106 Zur umstrittenen Rechtsnatur der Alten Eidgenossenschaft vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 233–236 m.w.H.

107 Das «Ancien Régime» des restlichen, monarchischen Europas ist nicht mit dem Ancien Régime der Alten Eidgenossenschaft gleichzusetzen, vgl. STOLLEIS, Konstitution und Intervention: «Aber Europa ist nicht insgesamt ‹absolutistisch›. […] [D]ie Niederlande, Venedig und die Schweiz sind ‹Republiken› im weiteren Sinn, das heißt im Grunde Aristokratien im republikanischen Gewand» (S. 19).

108 Vgl. RENNER, Verfassungsbegriff, S. 82. Zur Übersicht der Geschichte der Schweizerischen Staats-, dabei insb. Verfassungswissenschaft vgl. SCHWEIZER, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, S. 717. Die erste Behandlung geschah wohl durch das Werk des Zürcher Theologen *Josias Simler* (1530–1576) *De republica Helvetiorum libri II* (1576), welches vom Zürcher Ratsschreiber JOHANN JAKOB LEU (1689–1768) in dt. Übersetzung *Von dem Regiment der Loblichen Eydgenossenschaft zwey Bücher* (1722 in erster, 1735 in zweiter Auflage) herausgab.

109 Vgl. ISELIN, Versuch über das schweizerische Staatsrecht, Abschnitt I, S. 35.

110 Vgl. ISELIN, Versuch über das schweizerische Staatsrecht: «§ I. Der Begriff des Staatsrechts. Die Gesetze, die den öffentlichen Zustand eines Staats betreffen und dessen öffentliches Recht bilden, sind entweder aus der Natur und dem Zweck des Staats und des ganzen Reichs entstanden oder von den Menschen teils durch ausdrückliche Verträge geheiligt, teils durch langen Gebrauch angenommen worden» (Abschnitt I, S. 37).

111 Vgl. ISELIN, Versuch über das schweizerische Staatsrecht, Abschnitt III, § 1, S. 15, in dt. Übersetzung: «Weil das ganze schweizerische Staatsrecht aus Bündnissen besteht und auf Bündnisse gegründet ist […]» (S. 46); zit. auch in SCHWEIZER, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, S. 722, Rz. 10.

Das öffentliche Recht der Alten Eidgenossenschaft war im Wesentlichen auf naturrechtlichen Prinzipien gegründetes Völkerrecht.[112] So wurde es auch in den Universitäten und Akademien bis Ende des 18. Jahrhunderts gelehrt.[113]

Somit ist das öffentliche Recht der Alten Eidgenossenschaft vor 1798 fast ausschliesslich auf kantonaler Ebene zu verorten. Die eher staatsvertragliche Natur der Alten Eidgenossenschaft sowie das Fehlen einer gemeinrechtlich fundierten Tradition auf dem Gebiet der Alten Eidgenossenschaft, einer universitären Ausbildung und einer gesamteidgenössischen Gerichtsinstanz (s. hinten Rz. 91 ff.) sind dafür verantwortlich, dass sich in der Alten Eidgenossenschaft bis 1798 ein heterogenes Gewohnheits- und Statutarrecht ausbildete.[114] Aber selbst in den aristokratischen Städteorten, welche ihre Herrschaft vom König ableiteten (s. hinten Rz. 103–106) und «absolutistisch» ausübten, findet sich die Kategorie des «öffentlichen Rechts» erstaunlicherweise während des Ancien Régimes kaum.[115] Erst mit der Helvetik fand sich eine Trennung der beiden Rechtsbereiche erstmals in Ansätzen vollzogen.[116] Das erste Lehrbuch des öffentlichen Rechts der Schweiz war sodann das vom deutschen Professor EDUARD HENKE (1783–1869) an der Akademie in Bern publizierte *Öffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (1824).[117] 39

---

112 Vgl. ISELIN, Versuch über das schweizerische Staatsrecht, Abschnitt I, § 5: «Da die positiven Rechte fehlen – sowohl geschriebene als auch ungeschriebene –, muss man zum *Völkerrecht* Zuflucht nehmen. […] Das universelle Staatsrecht kann aber hier nicht gut angewendet werden, da es die Einheitlichkeit des Staates voraussetzt» (S. 40).

113 Vgl. auch SCHWEIZER, JHVG 97, S. 34–35. So bot die Rechtschule in Bern 1679 erstmals eine Vorlesung für Öffentliches Recht an, welcher 1709 eine juristische Professur folgte. In Lausanne erhielt der vom niederländischen Naturrechtler *Hugo Grotius* (1583–1643) inspirierte *Jean Barbeyrac* (1674–1744) im Jahre 1711 einen Lehrstuhl für Geschichte und Jurisprudenz. In Genf forderten deutsche Studenten 1719 Vorlesungen über Öffentliches Recht und Naturrecht, womit hier dem Wirken des berühmten Natur- und Völkerrechtlers *Jean-Jacques Burlamaqui* der Weg geebnet wurde (zur Person vgl. KÖLZ, Neuere Schweizer Verfassungsgeschichte I, S. 41, Fn. 26). Ein weiterer namhafter Schweizer Jurist, welcher das öffentliche Recht zunächst im Schnittbereich des Natur- und Völkerrechts verstand, ist der Neuenburger *Emer de Vattel* (1714–1767) (zur Person vgl. KÖLZ, Neuere Schweizer Verfassungsgeschichte I, S. 41, Fn. 25). Vgl. für diesen Absatz generell BURMEISTER, HLS: Öffentliches Recht.

114 Vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 315; für das Wasserrecht vgl. FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 25, 57.

115 Für den Fall des Kantons Zürich vgl. FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 19. Immerhin findet sich das Verständnis einer «öffentlichen Sache» im römischrechtlichen Sinne in gewissen Quellen (vgl. hinten Rz. 93 ff.).

116 Vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Rechtsgeschichte I, S. 204).

117 Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 9; vgl. auch HENKE, Oeffentliches Recht: «Vielleicht wird Mancher dem deutschen Fremdling, der noch dazu höchstens auf den Namen eines theoretischen Rechtsgelehrten Anspruch machen kann, es verargen, daß er unternham, was bisher noch von keinem der zahlreichen praktischen Staatsmänner der Schweiz ist versucht worden» (S. 3); zur Person vgl. GSCHWEND, HLS: Eduard Henke.

3. Das Land Glarus als Sonderfall

40 Beim Land Glarus waren die Ausgangsbedingungen anders. Es konstituierte sich als vormoderne Landsgemeindedemokratie[118] aus einem Herrschaftsverhältnis seitens des Klosters Säckingen und des Hauses Habsburg im Zuge des 14. Jahrhunderts.[119] Aus den früheren Herrschaftsformen erwuchsen kommunale Verfassungsstrukturen.[120] Es fällt auf, dass selbst nachdem das Land Glarus mit der Reichsunmittelbarkeit von 1415 über die vollen Hoheitsrechte verfügte,[121] die rechtliche Steuerungskraft und gesellschaftliche Durchdringung des Staates insgesamt als gering zu bezeichnen ist. Die allermeisten Angelegenheiten wurden von kleinen, lokalen Genossenschaften geregelt (s. hinten Rz. 133 ff.), die zur Nutzung knapper Güter organisch entstanden und weit älter als der Staat waren.[122] Und gerade in jenem Zeitabschnitt, in welcher sich der europäische Staat zur vollen Souveränität aufschwang, um die durch die Reformation verursachten konfessionellen Bürgerkriege zu beenden bzw. um diese oder jene Konfession gewaltsam zu unterdrücken, versagte der Staat; so ist es doch ein beredtes Zeugnis für die Schwäche der Obrigkeit, dass sie die Behandlung der Reformation an der Landsgemeinde überhaupt zuliess.[123] Die Entwicklung der Reformation im Kanton Glarus führte dazu, dass sich die zwei Konfessionen als konfessionelle Landesteile «völkerrechtlich» in den insgesamt sechs konfessionellen Landesverträgen unter dem Protektorat der eidgenössischen Tagsatzung gegenüberstanden.[124] Obwohl noch immer die sogenannte Gemeine Landsgemeinde das Land Glarus politisch zusammenhielt, handelte es sich beim ungeteilten Staatswesen mit zwei staatlichen Strukturen um ein staats-, ja völkerrechtliches «Mittelding».[125]

---

118 Vgl. dazu HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 37–51.

119 Vgl. WINTELER, Geschichte des Landes Glarus I, S. 82 ff.

120 Vgl. STADLER, HLS: Talschaft.

121 Vgl. dazu KAMM/PETER-KUBLI, 1415 und die Freiheit.

122 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft; vgl. auch DERS., HLS: Länderorte.

123 Diesen bereits in HOPHAN, CHIH, S. 145, Fn. 22 zitierten Gedanken verdanke ich Herrn Dr. ROLF KAMM, Präsident des *Historischen Vereins des Kantons Glarus*.

124 Die insgesamt sechs Konfessionellen Landesverträge sind abgedruckt und kommentiert in STUCKI, Rechtsquellen des Kantons Glarus I, S. Nr. 117, S 303–308; Nr. 119, S. 310–318; Nr. 149, S. 394–401; Nr. 152, S. 415–421; Nr. 157, S. 428–435; Nr. 160, S. 438–441; zur Geschichte der Konfessionellen Landesverträge vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 73–85 m.w.H.

125 So die Bezeichnung des Zürcher Regierungsrates *Ludwig Meyer von Knonau* (1769–1841), vgl. MEYER VON KNONAU, Lebenserinnerungen: «Die beiden Theile waren nicht getrennt, wie Appenzell und Unterwalden. Sie bildeten nicht abgesonderte Staaten; aber ebenso wenig konnte man sagen, dass, wie in St. Gallen, Aargau, Thurgau, u. s. f., nur ein Staat vorhanden sei. Glarus war ein staatsrechtliches Mittelding» (S. 43; vgl. auch WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 445).

Unter diesen höchst fragmentierten Bedingungen konnten sich über die ganze frühe Neu- 41
zeit kein starker Staat und kein Begriff des «Öffentlichen» etablieren. Erst das Staatsrecht der Helvetischen Republik und der Mediationszeit änderte etwas daran.[126] So finden sich im Kanton Glarus erst im Zuge der Restauration erste Anzeichen einer Unterscheidung von öffentlichem Staatsrecht. Als in Entsprechung des § 15 des Bundesvertrages vom 7. August 1815[127] die Stände dazu aufgefordert wurden, ihre Verfassungen im eidgenössischen Archiv niederzulegen, gab der Gesandte des Kantons Glarus an der eidgenössischen Tagsatzung des 20. Augusts 1816 zu Protokoll, es sei «eine in Urkunde geschriebene Verfassung dieses Kantons niemals vorhanden gewesen», denn man habe «niemals einen Anlaß gehabt hat, [sich] eine förmlichere Grundlage seines *öffentlichen Staatsrechtes* zu wünschen».[128] Erst die *Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836* spricht von «öffentlichen Gewalten» (s. hinten Rz. 180).[129]

126 Zum Kanton Linth in der Helvetik vgl. insb. GLAUS, Der Kanton Linth in der Helvetik.

127 Vgl. Bundesvertrag zwischen den XXII Kantonen der Schweiz, § 15: «Sowohl gegenwärtiger Bundesvertrag, als auch die Kantonalverfassungen sollen in das eidgenössische Archiv niedergelegt werden» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 201).

128 Zit. in STRICKLER, Abschied der eidgenössischen Tagsatzung IV: «Auf Uebungen, welche seit Jahrhunderten bestehen; auf allmäligen Berichtigungen und den zwischen den beiden Religionstheilen zu Stande gekommenen Verträgen beruhe das Gemeinwesen des Volkes zu Glarus, das sich stets wohl dabei befunden, und in ununterbrochener Ruhe und Ordnung niemals einen Anlaß gehabt hat, eine förmlichere Grundlage seines *öffentlichen Staatsrechtes* zu wünschen» (S. 118; Hervorhebung hinzugefügt).

129 Vgl. KV GL 1836: «Dritter Abschnitt: Von den Behörden und ihrer Kompetenz, oder von den öffentlichen Gewalten» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 331).

§ 2 Die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechtes

42 Der Entstehung des privatrechtlichen Nutzungsrechts der Ufereigentümer wird die Entstehung der öffentlich-rechtlichen Wasserrechte vorangestellt. Dabei handelt es sich nicht um eine chronologische oder argumentative Voranstellung. Die öffentlich-rechtlichen Wasserrechte stellen aber den Regelfall dar, gegen welchen sich die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer in dieser Arbeit als Sonderfall abheben sollen. Dabei handelt es sich um einen kontinentaleuropäischen Regelfall, wie er beinahe überall aus einem Zusammenfluss verschiedener Strömungen entstanden ist: Aus dem römischen Recht (s. nachfolgend Rz. 43 ff.) und seiner Rezeption im Gemeinen Recht (s. nachfolgend Rz. 84 ff.), aus dem genossenschaftlichen Gemeingut des germanischen Rechts (s. nachfolgend Rz. 53) und dem königlichen Regalrecht (s. nachfolgend Rz. 75 ff.). Die Verbindung dieser Elemente in der Helvetik (s. nachfolgen Rz. 93) und deren Ausgestaltung im gemeineidgenössischen kantonalen Recht des 19. Jahrhunderts (s. nachfolgend Rz. 102 ff. und 109 ff.) bilden den Abschluss dieser Betrachtung und sogleich die Ausgangslage für die moderne Verwaltungsrechtsentwicklung im zweiten Teil (hinten Rz. 296–315).

1. Das Wasserrecht im römischen Recht

43 Alles, was vom römischen Wasserrecht überliefert ist, entstammt ursprünglich dem seit dem 2. Jahrhundert v. Chr. sich aus der Rechtsprechung der Prätoren entwickelnden *ius praetorium.*[130] Ihre als Edikte bezeichneten rechtlichen Bekanntmachungen[131] liess Kaiser *Hadrian* (76–138 n. Chr.) um 130 n. Chr. als sogenanntes *edictum perpetuum* kompilieren.[132] Erhalten geblieben sind davon vor allem jene Bruchstücke, welche in das Kommentarwerk *ad edictum* des spätklassischen Juristen *Gnaeus Domitius Annius Ulpianus* († 223 n. Chr.) – gemeinhin *Ulpian* genannt – eingeflossen waren. Von dort waren sie in die Digesten des von Kaiser *Justinian I.* (527–565 n. Chr.) in Auftrag gegebenen und im Jahre 533 vollendeten *Corpus Iuris Civilis* aufgenommen worden.[133] Dies bedeutet, dass das römische Wasserrecht einen Zeitraum von rund siebenhundert Jahren umspannt und in

130 Vgl. ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 333; WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 136, Rz. 34.

131 Edikte konnten sich auf einzelne Amtshandlungen oder Verordnungen beziehen, oder aber programmatische Äusserungen über Grundsätze und Massnahmen sein (sog. *edictum perpetuum*), vgl. WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 137, Rz. 36.

132 Vgl. WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 139, Rz. 44–46.

133 Zur Person *Ulpians* vgl. KNÜTEL, Ulpian, S. 625–626; vgl. auch WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 234–235, Rz. 26; vgl. auch WINIGER, HLS: Römisches Recht.

zwei Kompilationen komprimiert wurde.[134] Es darf also nicht erstaunen, wenn sich im römischen Wasserrecht weite Entwicklungen und bisweilen auch Widersprüchlichkeiten zeigen.

1.1 Die Einteilung der Gewässer

Der römische Sachbegriff (lat. *res*) umfasste sowohl körperliche wie unkörperliche Sachen.[135] An diesen Sachen bezeichnete das Eigentum das umfassendste Recht, die privatrechtliche Vollherrschaft.[136] Eigentumsrechte waren am Wasser selber nicht möglich.[137] Wohl aber Nutzungsrechte: In der Hochklassik des römischen Rechtes meinte der Jurist *Neratius* (ca. 55/60–133 n. Chr.) unter Kaiser *Trajan* (53–117 n. Chr.), dass das Wasser allen zustand,[138] während der Jurist *Gaius* (2. Jh. n. Chr.) unter Kaiser *Hadrian* (76–138 n. Chr.) davon ausging, dass das Eigentum an einem Fluss privatrechtlich, die Nutzung aber öffentlich war.[139] Es war diese letztere Meinung gewiss eine pragmatische Herangehensweise an die gegebenen Rechtsverhältnisse.[140] OSSIG zufolge habe sich nämlich umgekehrt «die Scheidung unter den Wasserläufen in der Wirklichkeit vollzogen und […] die Verschiedenheit der thatsächlichen Schicksale der Wasserläufe zur Schaffung verschiede- 44

---

134 Vgl. ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau: «Lest extes sur lesquels nous allons nous appuyer procèdent donc d'une double unification du droit issue de l'édit perpétuel rédigé par Julien sous le règne d'Hadrien, et de la réflexion de la jurisprudence sévérienne» (S. 333).

135 Vgl. Gai. 2,13–14, zit. in HONSELL, Römisches Recht, S. 49; vgl. für die dt. Übersetzung DERS.: «Körperliche Sachen, die man angreifen kann (wie z.B. ein Sklave, ein Kleid, Gold, Silber und schließlich unzählige andere Sachen); unkörperliche Sachen, die man nicht angreifen kann (das sind diejenigen, die in einem Recht bestehen, wie z.B. eine Erbschaft, ein Nießbrauch und alle wie immer kontrahierte Obligationen)» (S. 49). Vgl. allgemein KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 112, Rz. 1–3.

136 Vgl. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 127–128, Rz. 1. Nach einer Formel des Peregrinenrechts umfasste das Eigentum «*uti frui habere possidere*», d.h. das Recht zu gebrauchen, zu nutzen, innezuhaben und zu benutzen (S. 130, Rz. 10).

137 Vgl. bspw. SEILER, Gewässerbenutzung und ihre Rechtsgrundlagen, S. 91.

138 Dig. 41.1.1 (= Neratius, V. *Regul.*): *Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit,* zit.in ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 337, Fn. 12; vgl. DERS.: «Une telle disposition suppose que le sol de la rive n'est pas privé (S. 337, Fn. 12); zur Person *Neratius* vgl. KNÜTEL, Ulpian.

139 Vgl. ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 337; Dig. 1.8.5. (=Gaius II *Rerum cottidianarum sive aureorum*): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis.* […] *Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt*, zit. in DERS., S. 336, Fn. 10. Zur frz. Übersetzung vgl. DENS.: «L'utilisation des rives est publique par un effet du droit des gens, tout comme celle du fleuve. […] La propriété n'en reste pas moins à caux dont les domaines leur sont contigus: pour cette raison aussi, les arbres qui y sont nés leur appartiennent» (S. 336, Fn. 10).

140 Vgl. dazu ARNAUD, Traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 334.

ner Rechtssätze für die einzelnen Arten derselben geführt».[141] So bezeugen denn auch zahlreiche auf des Juristen *Ulpians* († 223 n. Chr.) Kommentarwerk der prätorischen Rechtsprechung zurückgehende Digestenstellen, dass privatrechtliche Eigentumsrechte an Wasserläufen nach römischem Recht möglich waren.[142] Als typischer Spätklassiker versuchte *Ulpian* eine Übersicht über das nur schwer überblickbare, über Jahrhunderte gewachsene Recht zu geben und dabei die wichtigsten Meinungen zu vermitteln.[143] So stellt für ihn das beständige Fliessen eines Flusses ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal dar,[144] welches einigen Ansichten zufolge einen öffentlichen Fluss von einem privaten unterscheidet:

> «Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.»[145]
>
> Einige Flüsse sind öffentlich, einige nicht. Cassius definiert einen öffentlichen Fluss als einen beständig fliessenden; diese Meinung von Cassius, welcher auch Celsus zustimmt, wird als akzeptabel betrachtet.[146]

45 Diese Meinung scheint aber gerade mit Blick auf die klimatischen Verhältnisse Italiens, wo zahlreiche Wasserläufe sommers austrockneten, alles andere als akzeptabel. Daher be-

---

141 Ossig, Römisches Wasserrecht, S. 6–7.

142 Vgl. Bannon, Finding a Commons: «Private water rights were fully integrated into both the social and legal practices of Roman landowners» (S. 8).

143 Vgl. Knütel, Ulpian, S. 625–626.

144 Dig. 43.12.1.2., Ulp., lib. 68 ad *ed.*: *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, aeanos, torrens o xeimarrous: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est*, zit. in Arnaud, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 335, Fn. 5; zur frz. Übersetzung vgl. dens.: «Parmi les fleuves, certains sont pérennes, d'autres torrentiels. Est pérenne celui qui coule en permanence (*aenaos*), et torrentiel ‹*o xeimarrous*' (celui qui est alimenté par le mauvais temps). Si toutefois un fleuve est à sec durant un été particulier, mais était normalement en eau, il n'en est pas moins considéré comme un fleuve pérenne» (S. 335); vgl. auch Bezzola, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 9.

145 Dig. 43.12.1.3., Ulp., lib. 68 ad *ed.,* zit. in Arnaud, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 335, Fn. 5 (Hervorhebung hinzugefügt); zit. auch in Bruun, Water Use and Productivity, S. 133; ders., Roman Emperors and legislation on public water use, S. 16, Fn. 22; zit. auch in Liver, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 103.

146 Übersetzung von Fn. 145 durch den Verfasser; angelehnt an die engl. Übersetzung bei Bruun: «Some rivers are public; some not. Cassius defined a public river as a perennial one; this opinion of Cassius, which Celsus also approves, is held to be acceptable» (Water Use and Productivity, S. 134; Roman Emperors and legislation on public water use, S. 16) sowie an die frz. Übersetzung bei Arnaud, Le traitement juridique des usages du cours d'eau: «Parmi les fleuves, certains sont publics, d'autres non. Cassius définit comme fleuve public un fleuve pérenne. Cette opinion de Cassius, qu'approuve aussi Celsus, est probante» (S. 335).

147 Vgl. Ossig, Römisches Wasserrecht: «Denn ein kleiner ruhig dahinfliessender Wasserlauf, der alljährlich zur Sommerszeit austrocknet, kann einerseits nicht zu den torrentia, andererseits aber auch nicht zu den flumina perennia gerechnet werden, da nur ein ausnahmsweise Austrocknen dem flumen die Eigenschaft der Beständigkeit nicht nehmen soll» (S. 3).

handelte *Ulpian* als anderes mögliches Kriterium die Grösse des Wasserlaufes: Danach liesse sich bestimmen, ob es sich um einen Fluss (*flumen*), einen Bach (*fons*) oder einem künstlich angelegten Kanal (*rivus*)[148] handelte.[149] Allein *Ulpian* zufolge machten die Prätoren diese Unterscheidung nicht:

> «Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.»[150]
>
> Dieses Interdikt[151] ist auf öffentliche Flüsse anwendbar. Wenn der Fluss privat ist, ist das Interdikt nicht anwendbar; denn ein Privatfluss ist in nichts anders als andere private Orte.[152]

Unabhängig davon, ob der Wasserlauf beständig fliessendes Wasser führte oder einen Fluss darstellte, konnte er öffentlich wie auch privat sein.[153] In der Tendenz war es aber sicherlich richtig, dass generell die grossen Flüsse (*flumina*) eher öffentlich, währenddem kleinere Wasserläufe wie Bäche (*fontes*) auch privat sein konnten.[154] Im Institutionenbuch des Spätklassikers *Aelius Marcianus* (2.–3. Jh. n. Chr.) findet sich die Feststellung: 46

> «Sed flumina paene omnia et portus publica sunt»[155]
>
> Aber fast alle Flüsse und Häfen sind öffentlich.[156]

---

148 Vgl. OSSIG, Römisches Wasserrecht: «[D]as Wort rivus [war] der juristisch-technische Ausdruck für den Wasserleitungskanal» (S. 18); «Im vulgären Sprachgebrauch wird rivus zur Bezeichnung eines kleinen natürlichen Wasserlaufs verwendet; ursprünglich bedeutete es den kleinen künstlichen Wasserlauf» (S. 18, Fn. 2).

149 Dig. 43.12.1.1, Ulp., lib. 68 AD ed.: *Flumen a rivo magnitudine discernendum es taut existimatione circumcolentium* (zit. in OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 1; zit. auch in ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 335, Fn. 5). Zur frz. Übersetzung vgl. DENS.: «On doit reconnaître un fleuve par la grandeur de son lit ou selon l'appréciation de ses riverains» (S. 335).

150 Dig. 43.12.1.4., Ulp., lib. 68 AD *ed.*, zit. in BRUUN, Roman Emperors and legislation on public water use, S. 16, Fn. 23 (Hervorhebung hinzugefügt).

151 Ein Interdikt (lat. *interdictum*, von *interdicere,* untersagen) wird vom Prätor ausgesprochen und dient der Sicherung des Besitzes, vgl. dazu KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 123–127.

152 Übersetzung von Fn. 150 durch den Verfasser; angelehnt an die engl. Übersetzung bei BRUUN, Roman Emperors and legislation on public water use: «This interdict applies to public rivers. If the river is private, the interdict is inapplicable; for a private river is in no way different from other private places» (S. 16).

153 OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 75.

154 BRUUN, Water Use and Productivity, S. 133); vgl. DENS., Roman Emperors and legislation on public water use, S. 16; vgl. auch OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 44; vgl. auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «Ob die Bäche zur einen oder zur andern Kategorie gehören, ist streitig. […] Nach der herrschenden Auffassung der Pandektisten gelten die Bäche im römischen Recht als private Gewässer» (S. 103–104).

155 Dig. 1.8.4.1. (=Marcianus, III. Instit.), zit. in ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 336, Fn. 8 (Hervorhebung hinzugefügt); zit. auch in LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 103.

156 Übersetzung von Fn. 155 durch den Verfasser; angelehnt an die frz. Übersetzung bei ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau: «Mais la quasi-totalité des fleuves et les ports sont publics» (S. 336).

47 All diese Unterscheidungen, so fein und unklar sie waren, hatten kaum Folgen. Am stärksten gewirkt haben zwei Sätze aus den *Iustiniani Institutiones.* Diese wurden als amtliches Einführungslehrbuch für den Rechtsunterricht im Auftrag Kaiser *Justinians* auf der Grundlage des vom hochklassischen Juristen *Gaius* im Jahre 161 n. Chr. verfassten Einführungswerk *Institutiones* verfasst und im Jahre 533 den Digesten im *Corpus Iuris Civilis* vorangestellt.[157] Darin sollten in klarer Sprache und scharfer Systematik die Grundzüge der Rechtsordnung dargestellt werden. Zum Wasser findet sich dort:

> «Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.»[158]
>
> «Das Folgende gehört allen: die Luft und das fliessende Wasser und das Meer und dementsprechend das Meeresufer.»[159]

48 Aufgrund dieser Textstelle hatten das Gemeine Recht (*ius commune*, s. hinten Rz. 84 ff.) und bis heute weite Teile der Literatur darauf geschlossen, dass das Wasser eine bewusst dem Rechtsverkehr entzogene Sache darstellte (*res extra commercium*), sodass sie nicht Gegenstand privater Rechte sein konnte.[160] Dadurch wurde die bis heute gängige Vorstellung geschaffen, dass das römische Recht keine privatrechtlichen Wasserrechte kannte.[161] So erklärte man sich den rechtlichen Status des Wassers anhand einer anderen Stelle der justinianischen Institutionen, welche die Flüsse (lat. *flumina*) zu *res publicae*, also Sachen im Eigentum des Staates, erklärte:

> «Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portubus fluminibusque.»[162]

---

157 Zur Person von *Gaius* (sein vollständiger Name ist unbekannt), vgl. BEHRENDS, Gaius, S. 221–223; vgl. auch WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 230–231, Rz. 19–21 und S. 274–275, Rz. 11.

158 Iustiniani Institutiones 2,1,1, zit. in PETER, Texte zum römischen Recht, S. 188 (Hervorhebung hinzugefügt). Anm.: die Zitierweise der Institutionen nennt die Nummer des Buchs, den Titel und den Paragraphen (vgl. WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 274–275, Rz. 11. Fast wortgetreu in Dig. 1.8.2.1., Marc., III. Inst., zit. in ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 334, Fn. 2; Anm.: die Zitierweise der Digesten nennt die Nummer des Buches, den Titel, das Fragment und den Paragraphen (vgl. WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, S. 274, Rz. 10. Für die *res extra commercium* vgl. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 113, Rz. 6.

159 Die dt. Übersetzung von Fn. 158 in PETER, Texte zum römischen Recht, S. 188; vgl. HAFF, welcher *aqua profluens* mit «fließende Wasserwelle» übersetzt (Wasserkraftrecht, S. 17).

160 Vgl. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 112, Rz. 4; HAFF, Wasserkraftrecht, S. 17.

161 Wie etwa bei HAFF, Wasserkraftrecht, S. 17; auch SEILER, Gewässerbenutzung und ihre Rechtsgrundlagen, S. 90.

162 Iustiniani Institutiones, 2,1,2, zit. in PETER, Texte zum römischen Recht, S. 188. Vgl. dazu allgemein KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 113, Rz. 7.

> «Aber alle Flüsse und Häfen sind öffentliche, und darum haben alle das Recht, in den Häfen und in den Flüssen zu fischen.»[163]

Diese beiden Textstellen schienen nahezulegen, dass das römische Recht fliessendes Wasser, respektive Flüsse, als öffentlich erklärte.[164] So meint etwa PETER LIVER (zur Person s. hinten Rz. 731): «Im römischen Recht war jeder ständig fliesende Wasserlauf ein öffentliches Gewässer.»[165] 49

1.2 Die Bedeutung von öffentlich

Was aber bedeutete im römischen Recht das Wort öffentlich (*publicum*)? Grundsätzlich war damit gemeint, dass die Nutzung dem römischen Volk zustand – «usus est publicus».[166] Dieser *usus publicus*, also die der Öffentlichkeit zugängliche Nutzung, stellt also das dar, was später als «Gemeingebrauch»[167] bezeichnet wurde.[168] 50

> «Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum.»[169]
>
> Die Flüsse stehen im Gemeingebrauch, wie dies bei den öffentlichen Strassen und den Ufern der Fall ist.[170]

---

163 Die dt. Übersetzung von Fn. 162 in PETER, Texte zum römischen Recht, S. 188–189.

164 Vgl. OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 2–3; BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 6.

165 LIVER, Kulturgeschichte der Mühle, S. 102; etwas differenzierter in DERS., Die Entwicklung des Wasserrechts: «Nach dem römischen Recht waren alle ständig fließenden Wasserläufe mit Ausnahme der kleinen Rinnsale mit ganz geringer Wassermenge öffentliche Gewässer» (S. 318).

166 Vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 30.

167 Beim Begriff «Gemeingebrauch» handelt es sich um einen Neologismus aus dem 19. Jh, anlehnend an die römischrechtliche Bedeutung des *usus publicus* und dem mittelalterlichen Verständnis der genossenschaftlichen Nutzung (etwa der Allmende), losgelöst von der Begrenzung auf die Genossen (vgl. STOLLEIS, Gemeingebrauch, Sp. 86; vgl. auch FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 187–188). Nach heutigem Verständnis bedeutet der Gemeingebrauch, dass eine öffentliche Sache (z.B. ein Fluss) allen Bürgern zur (bestimmungsgemässen und gemeinverträglichen) Benutzung offensteht (s. bspw. hinten Rz. 933 f.).

168 BRUUN, Water Use and Productivity, S. 134; vgl. auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «Die öffentlichen Gewässer stehen im Gemeingebrauch des Volkes, und zwar nicht nur in dem beschränkten Umfange, den dieser Begriff im heutigen Rechte hat. Ein jeder ist zu ihrer vollen Nutzung befugt, soweit diese vereinbar ist mit der gleichen Befugnis aller andern» (S. 102–103).

169 Dig. 39.2.24, pr. Ulp., lib. 81 AD *ed.*, zit. in ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau, S. 338, Fn. 17.

170 Übersetzung von Fn. 169 durch den Verfasser; angelehnt an die frz. Übersetzung bei ARNAUD, Le traitement juridique des usages du cours d'eau: «L'usage des fleuves publics est commun, comme c'est le cas des voies publiques et des rivages» (S. 338, Fn. 17).

51 Ein solches Gewässer konnte als *res publica* im privatrechtlichen Eigentum des Staates stehen.[171] Für den *usus publicus* aber waren die Eigentumsverhältnisse letztlich unmassgeblich.[172] Die Nutzung aufgrund eines privatrechtlichen Eigentumsrechtes oder eines öffentlichen Nutzungsrechtes war streng zu unterscheiden.[173] Auch hier kann höchstens mit Tendenzen gesprochen werden.[174] Dennoch scheint sich innerhalb des römischen Wasserrechtes über Jahrhunderte hinweg eine Bewegung hin zu öffentlich-rechtlichen Eigentumsverhältnissen an den Gewässern vollzogen zu haben.

52 Bis zu seinem Ende aber kannte das römische Recht ohne weiteres eben auch volles Privateigentum an Wasserläufen.[175] Als Eigentumsrecht konnte ein Wasserlauf nicht nur mit

---

171 Vgl. BRUUN, Water Use and Productivity, S. 135; vgl. auch DENS., Water Use and Productivity, S. 133; BANNON, Finding a Commons, S. 5; vgl. aber auch OSSIG, Römisches Wasserrecht: «Wenn Wasserläufe im Privateigentum des Staates waren, gehörten sie ihm zu vollem Eigentum, standen daher nicht – wie die *flumina publica* – in Gemeingebrauch» (S. 76).

172 Vgl. OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 80.

173 OSSIG, Römisches Wasserrecht: «Die scharfe Gegenüberstellung des fons privatus und des flumen publicum zeigt deutlich, worin die verschiedene Behandlung der beiden Arten von Wasserläufen begründet liegt. Der Eigentümer eines Privatbaches kann das Wasser desselben auf Grund seines Eigentums zum Gegenstand einer servitus aquaehaustus machen. Dem Uferanlieger eines öffentlichen Flusses steht die Nutzung des Wassers nicht aus eigenen Rechtes, sondern auf Grund des usus publicus zu, er kann anderen, die dasselbe Nutzungsrecht am Wasser des flumen publicum haben, nur durch Einräumung eines Weges zum Wasser die Benutzung desselben ermöglichen. […] Der Eigentümer eines Baches kann daher einem Grundnachbar eine servitus aquaeductus einräumen, welche mit dem Recht der Wasserbenutzung das Recht der Leitung über den Grund und Boden des Bacheigentümers in sich schliesst. Der Uferanlieger eines öffentlichen Flusses kann dagegen einem Grundnachbarn nur an seinem Grundstück eine servitus itineris aquae bestellen, nicht aber eine servitus aquaductus am flumen publicum gewähren.» (S. 30)

174 OSSIG, Römisches Wasserrecht: «Regelmässig werden freilich die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen Staats- oder Gemeindeeigentum gewesen sein, und zwar vornehmlich aus dem Grunde, weil es zu den Obliegenheiten dieser juristischen Personen gehört, solche Sachen zu schaffen. Endlich aber ist aus den Quellen auch nicht zu erweisen, dass der usus publicus an einer Sache ein Eigentum daran erforderlich machte oder voraussetzte» (S. 81); «Was nun die flumina publica anlangt, so geht hinsichtlich dieser gerade aus den Quellen mit hoher Wahrscheinlichkeit hervor, dass sie im Eigentum des Staates standen» (S. 83).

175 BRUUN, Water Use and Productivity, S. 133; vgl. auch OSSIG, Römisches Wasserrecht: «Die privaten Wasserläufe geniessen denselben rechtlichen Schutz wie alle sonstigen im Privateigentum stehenden Sachen. Es stehen dem Eigentümer alle petitorischen und possessorischen Rechtsmittel in gleicher Weise zu Gebote. Er hat vor allem das Recht darauf, dass das Wasser in den ihm von der Natur gewiesenen Bahnen in gleicher Weise wie früher dahinfliesst, und er kann jede Störung in diesem Recht auf Grund seines Eigentums verfolgen. Er hat ferner das ausschliessliche Recht auf die Nutzung des Wasserlaufes und ist befugt, jeden Eingriff in dieses sein Recht zu ahnden. […] Auch die Benutzung des Wassers ist nicht bloss dann und deswegen anderen verwehrt, wenn und weil sie den Grund und Boden des Eigentümers des Wasserlaufes benutzen müssten; sie ich auch demjenigen verboten, dessen Grundstück an den Wasserlauf heranreicht, ohne dass dieser die gemeinschaftliche Grenze bildet, und sie ist nicht minder un-

Servituten belastet,[176] sondern auch verkauft werden.[177] Diese Privatflüsse konnten auf unterschiedliche Art und Weise abgegrenzt sein; so namentlich auch den Wasserlauf mittig durchschneiden.[178]

2. Das Wasserrecht im germanischen Recht

Das germanische Recht – früher oft schlicht «Deutsches Recht» genannt – umfasst die 53
Rechtsvorstellungen der germanischen Völker.[179] Ungeklärt bleibt, wie sehr das spätantike römische Recht das frühmittelalterliche germanische Recht geprägt hat; die «Kontinuität antiker Institutionen» kann daher nicht ausgeschlossen werden.[180] Für das Wasserrecht auf dem Gebiet der heutigen Schweiz kann dies von Bedeutung sein, hätten doch die privatrechtlichen Nutzungsrechte damit ein antikes Vorbild. Denn über die germanischen Stammesrechte (*Leges barbarorum*) floss das germanische Recht in das spätere Recht der Eidgenossenschaft ein.[181] Da sich der Einfluss der Stammesrechte auf das jeweilige Stammesgebiet beschränkte, kommen für das Gebiet der heutigen Schweiz ab dem 5. Jahrhundert die Burgunder in der Westschweiz, die Langobarden im Tessin und ab dem 7. Jahrhundert – bereits unter fränkischer Vorherrschaft[182] – die Alemannen in der heutigen Deutschschweiz in Frage.[183] Die Geschichte ihres Rechtes fliesst in die schweizerische Rechtsgeschichte über; so meint denn auch der Schöpfer des *Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (ZGB), Prof. Dr. EUGEN HUBER (1849–1923), in seiner rechtsgeschichtlichen Einleitung seines *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* (1886), es sei das

zulässig, wenn ein öffentlicher Weg an dem privaten Wasserlauf entlang oder über denselben führt» (S. 121–122); zum römischrechtlichen Eigentumsschutz vgl. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, S. 156–163.

176 OSSIG, Römisches Privatrecht, S. 30.

177 BRUUN, Water Use and Productivity: «One has to assume that the sale of a *fons*, as in the present example, and similar transactions, were not rare, although there is little evidence for it in the context of Roman agriculture» (S. 141)

178 OSSIG, Römisches Wasserrecht, S. 127–128.

179 REBER, HLS: Germanisches Recht.

180 Vgl. SCHOTT, Stand der Leges-Forschung, S. 30.

181 Vgl. REBER: HLS: Germanisches Recht.

182 Vgl. SCHOTT, Stand der Leges-Forschung, S. 39; vgl. auch MARTI, HLS: Germanen; vgl. auch KAISER, HLS: Frankenreich.

183 Vgl. SOLIVA: «Auf dem Gebiet der Schweiz treffen sich der alemann[ische], der burgund[ische] und der langobard[ische] Rechtskreis; entsprechend spielten die Alemannenrechte, die Burgunderrechte und das Langobardische Recht für die Rechtsentwicklung der Schweiz eine wichtige Rolle» (HLS: Germanische Stammesrechte); SCHOTT, Recht und Gesetzgebung, S. 204; vgl. auch MITTEIS/LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 87; vgl. SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 12, Rz. 32; vgl. auch REBER, HLS: Germanisches Recht; BURMEISTER, HLS: Langobardisches Recht; MARTI, HLS: Germanen.

schweizerische Privatrecht «deutsches Privatrecht und die schweizerische Rechtsgeschichte ist in ihrem Charakter deutsche Rechtsgeschichte».[184]

54 Gegenüber dem römischen Recht besteht mit Blick auf das Wasserrecht der Hauptunterschied im germanischen Sachenrecht.[185] Im Gegensatz zum römischen Recht kannte das germanische Recht kein Vollrecht wie das Eigentum, und es unterschied infolge dieses auch nicht vom Besitz als faktische Innehabung.[186] Obwohl es Rechtsbegriffe wie *gewere* im Sinne des Besitzes und auch *eigen* im Sinne des Eigentums gab, war damit grundsätzlich unterschiedslos die Besitzes- oder Nutzungsberechtigung gemeint.[187] Somit konnten nicht nur körperliche Sachen Objekte von Sachenrechten werden, sondern eben auch jegliche Nutzungsberechtigung – «alle Gegenstände, die eine sichtbare Rechtsausübung erlaubten».[188]

2.1 Die Nutzungsrechte des Grundeigentümers in den germanischen Stammesrechten

55 Aus verschiedenen germanischen Stammesrechten spricht die Rechtsauffassung, dass es «im freien Belieben der einzelnen stand, auf ihrem Grund und Boden eine Mühle, auch eine Wassermühle, zu errichten.[189] Das bedeutet, dass das Grundeigentum an Ufergrundstücken sowie die Nutzung der Wasserkraft grundsätzlich möglich war. Aus dem Stammesgebiet der Franken ist die Legende des Heiligen *Remigius von Reims* (ca. 436–533) überliefert, von dem es heisst, es habe ihm der König so viel Land geschenkt, wie er während dessen Mittagsruhe zu umwandern vermochte. Der Legende nach wehrte sich ein Mühlenbesitzer «gegen die Aufnahme s e i n e r Mühle in das verschenkte Land», worauf-

184 E. HUBER, System und Geschichte I, § 3, S. 36; vgl. auch REBER: «Das G[ermanische Recht] lebt in der Rechtsordnung der Gegenwart weiter. Nach Henri Legras soll die Schweiz vom 15. bis zum 20. Jh. sogar die wichtigste Trägerin der germ[anischen] Rechtsauffassung und der germ[anischen] Rechtsinstitute geblieben sein» (HLS: Germanisches Recht).

185 SEILER, Gewässerbenutzung und ihre Rechtsgrundlagen: «Der einschneidendste Unterschied zwischen deutschem und römischem Wasserrecht bestand in der Verschiedenartigkeit des Eigentumsbegriffes» (S. 91).

186 Vgl. WESEL, Geschichte des Rechts: «Im mittelalterlichen deutschen Recht gab es keine klare Abgrenzung von Eigentum und Besitz» (S. 318, Rz. 225).

187 Vgl. WESEL, Geschichte des Rechts, S. 318, Rz. 225; vgl. auch CARLEN, Rechtsgeschichte der Rhone: «Die Frage, wem im Mittelalter die Rhone gehörte, ist nicht richtig gestellt; denn von Bedeutung war nicht das Eigentum, sondern die Nutzung. Hier geht es um die nutzbaren Hoheitsrechte» (S. 51); DUBLER, HLS: Grundbesitz. Für das Rechtsinstitut der *gewere* vgl. einschlägig E. HUBER, Bedeutung der Gewere.

188 SOLIVA, HLS: Sachenrecht.

189 KOEHNE, Das Recht der Mühle, S. 31.

hin die Mühle vom Heiligen Remigius unbrauchbar gemacht wurde, indem er das Wasser auf wundersame Weise zurückfliessen liess.[190]

Genauer dokumentiert findet sich dieselbe Rechtsauffassung im Gebiet des heutigen Ober- 56
italiens, wo das germanische Stammesrecht der Langobarden im Gesetzbuch des langobardischen Königs *Rothar* (ca. 606–652), des *Edictum Rothari* (643), festgehalten wurde und bis ins Hochmittelalter galt.[191] Nach langobardischem Recht ging das Nutzungsrecht der Wasserkraft zwingend vom Grundeigentum am Ufergrundstück aus:

> «[E]t ille habeat (molinum) cuius terram aut ripam esse inuenitur; quia omnes scire debent, quod suum, non alienum est.»[192]
>
> Und jener soll die (Mühle) haben, von dem man weiss, dass das Land und das Ufer ihm gehört; weil alle wissen müssen, was ihr (Besitz) ist und (was) fremder (Besitz) ist.[193]

Das langobardische Recht sah aber ebenso Einschränkungen dieses Nutzungsrechtes vor. 57
So konnte die Mühle eines Ufereigentümers mit richterlicher Genehmigung zerstört werden, wenn die Nutzung der Wasserkraft – meist infolge technisch mangelhaft erbauter Mühlen – zu Überschwemmungen der weiter stromabwärts gelegenen Grundstücke führte oder aber, wenn eine stromaufwärts neu angelegte Mühle der älteren Mühle das Wasser nahm.[194]

Für die vorliegende Untersuchung aber haben aufgrund des Gebietes die Stammesrechte 58
der Alemannen das grösste Interesse (s. insb. hinten Rz. 138 ff.). Diese sind in zwei unterschiedlichen Aufzeichnungen überliefert: Im *Pactus Legis Alamannorum* (frühes 7. Jh.) und der *Lex Alamannorum* (ca. 712–725).[195] Während die ersten zwei Teile der *Lex Alamannorum* den Rechten der Kirche und des Herzogs gewidmet sind, bezieht sich der dritte Teil auf die Rechte des Volkes.[196] Darunter findet sich unter Artikel LXXX auch das Recht des Ufereigentümers, eine Mühle oder eine «clausura» (Wuhr) zu erbauen oder, sofern ihm

---

190 KOEHNE, Das Recht der Mühle, S. 19–20

191 Vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 38.

192 Zit. in HAFF, Das Wasserkraftrecht, S. 9.

193 Übersetzung von Fn. 192 mit freundlicher Hilfe von Dr. phil. *Markus Nöthiger.* Vgl. die freie Übersetzung bei KOEHNE, Das Recht der Mühlen: «Wer eine Mühle auf fremdem Grund und Boden errichtet, verliert sie an den Eigentümer; denn jeder muss die Grenzen des ihm gehörigen Landes kennen» (S. 31); vgl. auch DERS., Das Recht der Mühlen, S. 8, Fn. 13 und S. 31, Fn. 1.

194 Vgl. KOEHNE, Das Recht der Mühle, S. 32.

195 Vgl. SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1881–1882; SENN, Rechtsgeschichte, S. 39; KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte I: «[S]icherlich gehört sie aber ebenfalls einer Zeit relativer alemannischer Selbständigkeit unter dem Herzog Lantfrid (vor 730) an» (S. 32). Gemeint ist Herzog *Lantfrid*, Herzog zwischen 710–730 (MITTEIS/LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 87).

196 Vgl. SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1882–1884; SCHOTT, Recht und Gesetzgebung, S. 205–206; SENN, Rechtsgeschichte, S. 41–42; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 12, Rz. 34.

beide Ufer gehören, die uneingeschränkte «licentia» (Erlaubnis) zur Mühlenerrichtung oder Wuhranlage:

> «Si quis molinum aut qualecumque clausuram in aquam facere voluerit, sic faciat ut neminem noceat. Si autem nocuerit, rumpatur usque dum non noceat. [Et] si ambas ripas suas sunt, [tunc] licentiam habeat, si autem una [ripa] alterius est, aut [eam] roget aut conparet.»[197]
>
> Wer eine Mühle oder irgendeine Wasserbaute erstellen will, ist dazu befugt, wenn er damit niemanden schädigt. Wenn er Grundeigentümer beider Ufer ist, hat er dazu die Befugnis; wenn ein Ufer einem anderen gehört, muss er es erwerben oder dessen Zustimmung erhalten.[198]

59 Anders als beim langobardischen Recht unterscheidet also das alemannische Recht zwischen Fällen, in welchen sich das Grundeigentum über beide Ufer oder nur über eines der beiden Ufer erstreckt. In ersterem Falle steht dem Ufereigentümer das volle Nutzungsrecht zu, in letzterem Falle kann eine Einwendung des gegenüberliegenden Ufereigentümers gemacht werden.[199]

60 Typisch scheint also für die germanischen Stammesrechte die Rechtsauffassung, dass Nutzungsrechte der Wasserkraft ganz selbstverständlich als Zubehör eines Grundeigentums am Ufer gelten.[200] HAFF spricht bei solchen untrennbar mit dem Grundstück verbundenen Rechten von sog. «radizierten Realrechten».[201] Diese waren häufig: Immer wieder findet sich in frühmittelalterlichen Grundstückverkäufen die Formel, dass die am Grundeigentum

---

197 ECKHARDT, Leges Alamannorum II, LXXX, S. 62; zit. auch in BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, § 78, S. 235, Fn. 1; zit. auch in HAFF, Das Wasserkraftrecht, S. 9.; vgl. zudem KOEHNE, Das Recht der Mühlen, S. 8, Fn. 13 und S. 19, Fn. 8 und S. 33

198 Übersetzung von Fn. 197 durch den Verfasser; angelehnt an die sinngemässe dt. Übersetzung bei LIVER, Kulturgeschichte der Mühle: «Wer eine Mühle oder irgendeine Wasserbaute (clausura=Stauvorrichtung zur Ableitung von Wasser aus dem Fluss oder Bach) erstellen wolle, sei dazu befugt, wenn er dies machen könne, ohne einem anderen Schaden zuzufügen; wenn er Grundeigentümer an beiden Ufern sei, brauche er niemanden zu fragen; wenn das jenseitige Ufer einem anderen gehöre, und er es nicht erwerben könne, müsse er dessen Zustimmung haben» (S. 103); der letzte Satz des Art. LXXX ist auch bei HAFF, Wasserkraftrecht auf dt. abgedruckt: «Wenn beide Ufer dem Mühlen- oder Wehrerbauer gehören, so soll dieser die Freiheit haben, das Wehr zu errichten, wenn aber ein Ufer einem anderen gehört, so soll er diesen fragen oder sich mit ihm vergleichen» (S. 10).

199 Vgl. KOEHNE, Das Recht der Mühlen: «Doch widerstrebte es der primitiven Rechtsanschauung, obgleich doch auch durch neue Mühlanlagen Nachteile für Grundstücke entstehen konnten, die flussabwärts an d e m s e l b e n Ufer lagen, dem Besitzer beider Ufer eines Flusses die Erlaubnis zur Anlage einer Mühle zu verweigern» (S. 33).

200 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte IV: «Zubehörden von Grundstücken und Bauernhöfen aber hiess im allgemeinen alles, was zu deren ordentlichen landwirtschaftlichen Betrieb notwendig erschien, […] dann aber auch die Nutzungsrechte, welche einem Bauernhofe an den Nachbargütern und an den Allmenden zustanden […]» (§ 149, S. 688–689, m.w.H. in Fn. 29 und 30); BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 7.

201 Vgl. HAFF, Wasserkraftrecht: «Im Mittelalter waren die Wassergerechtigkeiten in der Regel als wesentliche Bestandteile der Mühlengrundstücke, der am Wasser errichteten Schmieden u.a.m. betrachtet worden» (S. 35); vgl. auch DERS., Institutionen des Deutschen Privatrechtes, S. 122.

geknüpften Nutzungsrechte – beispielsweise auch die «auf ihnen ruhenden venatio [scil. Jagdrechte] und piscatio [scil. Fischereirechte]» – mitverkauft werden.[202] Ab dem 6. Jahrhundert finden sich in Urkunden stehende Übertragungsformeln für alles, was Grund und Boden umfasste:[203] JACOB LUDWIG KARL GRIMM (1785–1863), der ältere der Brüder Grimm, nennt zahlreiche Quellen im deutschen Rechtsraum.[204] Der ausserordentliche Professor für bernische Verfassungs- und Rechtsgeschichte an der Universität Bern und seit 1912 Vorsteher des Wasserrechtsbüros des Kantons Bern, KARL GEISER (1862–1930),[205] tat dasselbe für Urkunden aus dem damals alemannischen Langenthal aus den Jahren 795–894:

> «In allen Urkunden werden die Grundstücke übertragen ‹cum aquis aquarumque decursibus›.»[206]
>
> «Die Formel für Besitzübertragung ‹cum aquis aquarumque decursibus› oder deutsch ‹mit Wassern und Wasserrunsen› […]»[207]

In einer Schenkung aus dem Jahre 891 wurden Güter im Oberaargau unter Beifügung folgender Formel an das Münster zu Strassburg übergeben: 61

> «[…] cum aquis aquarumque decursibus, molinis, piscationibus.»[208]
>
> […] mit den Wassern und den Wasserrunsen, der Mühlen und dem Fischfang.[209]

Und später, in deutschen Rechtsquellen: 62

> «[E]s sei an hus an hofstatt, an garten, an äckern, an wissen, an bruelen, an owen, an werden, an egerden, an waid, an trat, an steg an weg, an holz, an holmark, *an waßer, an waßerleiten*, under der erde, u. ob der erde […]»[210]

---

202 E. HUBER, System und Geschichte IV, § 153, S. 737, Fn. 3.

203 Vgl. GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer: «Auch lehren die alten übertragungsformeln: cum *silvis, aquis aquarumve decursibus* […], daß wälder und gewäßer dem gewöhnlichen eigenthums und benutzungsrecht unentzogen waren» (S. 345, Rz. 248).

204 Im 6. Jahrhundert: «[R]ivis, fontibus, aquis perennibus, liminibus limitibusque; oder kürzer: fontibus, rivis, aqua perenni»; im 7. Jahrhundert: «[C]um agris cultis et incultis, silvis, pratis, aquis aquarumque decursibus» (zit. in GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer I, S. 61, Rz. 43).

205 Zur Person vgl. LUCK, HLS: Karl Geiser.

206 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 3; vgl. auch HAFF, Wasserkraftrecht, S. 24–25; vgl. auch E. HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 507.

207 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 4.

208 Zit. in GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 3.

209 Übersetzung von Fn. 208 mit freundlicher Hilfe von Dr. phil. *Markus Nöthiger.*

210 Zit. in GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer I, S. 62, Rz. 43 (Hervorhebung hinzugefügt) m.w.H. auf S. 63–64.

63 KARL GEISERS Urteil zufolge sind diese Urkunden «ganz streng nach den Vorschriften der Lex Alamannorum abgefasst».[211] Diese wasserrechtlichen Vorschriften fasst KARL GEISER folgendermassen zusammen:

- Wer über das Grundeigentum beider Ufer eines Gewässers verfügt, hat auch das Verfügungsrecht über die Nutzung des Wassers;
- Wer nur über das Grundeigentum eines Ufers eines Gewässers verfügt und ein Wasserwerk errichten will, muss dazu entweder das Grundstück auf dem anderen Ufer zu erwerben oder sich mit dessen Eigentümer abfinden;
- Die Errichtung einer Mühle oder Stauvorrichtung in einem Gewässer hat auf eine Weise zu erfolgen, die niemanden schädigt;
- Für Schaden, den eine Aufstauung des Wassers zur Folge hat, ist der Eigentümer des Wasserwerks verantwortlich;
- Schädliche Wasserwerke sind wieder zu zerstören.[212]

64 Allzu voreiligen Schlüssen von Kontinuität mit späteren privatrechtlichen Wasserrechten stellen sich freilich noch immer zahlreiche ungeklärte Fragen zur *Lex Alamannorum* (ca. 712–725) entgegen.[213] Von den mehr als 50 Abschriften davon sind die ältesten noch immer weit von der originalen Quelle entfernt und in Sammelhandschriften erhalten, so etwa bei jener der Stiftsbibliothek St. Gallen aus dem Jahr 793.[214] Zudem legt der Regelungsinhalt und insbesondere die starke Stellung der Kirche nahe,[215] dass es nicht einfach um die «ausschließliche Wiedergabe genuin alem[annischen] Rechtsverhältnisse», sondern mehrheitlich um ein neu geschaffenes Gesetz handelte.[216] Hält man sich aber die frühmittelalterliche Gesetzgebung vor Augen, bei welcher es darum ging, möglichst «potente Adres-

---

211 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 3; GEISER bezieht sich auf die Urkunden aus Langenthal in Fn. 206.

212 Vgl. GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 4.

213 Vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 39; vgl. SCHOTT, Stand der Leges-Forschung, S. 39–40; SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1882; vgl. auch WESEL, Geschichte des Rechts, S. 256, Rz. 178.

214 Vgl. SCHOTT, Geltung, S. 84; vgl. auch SENN, Rechtsgeschichte, S. 40–41; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 12, Rz. 33.

215 Vgl. SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1885; DERS., Recht und Gesetzgebung, S. 205; vgl. auch SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 13, Rz. 34; SENN, Rechtsgeschichte, S. 39.

216 Vgl. SCHOTT, Lex Alamannorum: «Der hoch zu veranschlagende Einfluß der Kirche und der gesamtfränk[ische] Rahmen machen es verständlich, daß die L[ex] A[lamannorum] sich nicht auf die ausschließliche Wiedergabe genuin alem[annischen] Rechtsverhältnisse festlegen läßt, sondern daß von daher universalere Traditionen erschlossen werden. Mit dem Regelungsinteresse steht die Frage der Geltungsweise der Lex in einem gewissen Zusammenhang. Das Problem der tatsächlichen oder nur beanspruchten Geltung bedarf noch eingehender Untersuchung» (Sp. 1885).

saten zur Akzeptanz und Kooperation zu gewinnen»,[217] so stellen sich zahlreiche Fragen an die Rechtsgeltung der *Lex Alamannorum*.[218] Wahrscheinlich ging es dabei gar nie um Rechtsgeltung im heutigen Sinn. Bei den germanischen Stammesrechten handelte es sich CLAUSDIETER SCHOTT zufolge vornehmlich um «Prestigeattribute, die der barbarischen Herrschaft den Gesetzesglanz des Römischen Reiches verleihen sollten».[219] Der *Lex Alamannorum* gelang dies über Anbindung an das Reich der Franken.[220] Der Umstand, dass die allermeisten alemannischen Gesetzestexte in Sammelhandschriften mit anderen Leges enthalten sind, welche das gesamte fränkische Herrschaftsgebiet umfassten, deutet stark darauf hin, dass es vornehmlich um den «Ausdruck fränkischer Herrschaftspotenz» und «Integrationssymbol des fränkischen Großreiches» handelte.[221] Aus allen diesen Gründen geht CLAUSDIETER SCHOTT also davon aus, dass nur der erste, kirchenrechtliche Teil der *Lex Alamannorum* von der Kirche in Rechtswirklichkeit umgesetzt wurde,[222] wohingegen das Herzogsrecht des zweiten Teils «nur episodischen Charakter» hatte.[223] Ob der dritte Teil, in welchem sich auch die wasserrechtlichen Bestimmungen finden, zu Rechtswirklichkeit um- und durchgesetzt werden konnte, ist fraglich.[224]

Immerhin gibt es keinen Grund zur Annahme, dass es zu dieser Zeit Wassermühlen gab, 65
welche im genossenschaftlichen Eigentum standen.[225] Stattdessen aber finden sich im 9. Jahrhundert verschiedentlich St. Galler Formeln als Zeugnis der alemannischen Rechts-

217 SCHOTT, Geltung, S. 84, auch: «Je größer die Zahl und je ansehnlicher die Versammlung, desto bedeutsamer der gesetzgeberische Akt und der legislatorische Erfolg» (Geltung, S. 84); vgl. insb. auch: «Was sich hinter der Convenit-Formulierung substantiell verbirgt, ist schwer auszumachen. So bleibt offen, ob man sich darunter eine alemannische Stammesversammlung vorzustellen hat, oder ob es sich nicht eher um die Versammlung der Anhänger und Parteigänger Lantfrieds handelt, immer vorausgesetzt, daß man dem Bericht überhaupt einige historische Realität zubilligt» (Geltung, S. 85).

218 SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1885.

219 SCHOTT, Geltung, S. 98. Vgl. DENS., wonach bei der Begegnung der germanischen Völker mit Rom «weniger zwei verschiedene Rechtskonzeptionen miteinander konfrontiert werden, sondern vielmehr die römische Rechtsidee eine germanische überhaupt erst begründet» (Geltung, S. 97).

220 SCHOTT, Recht und Gesetzgebung, S. 203; DERS., Stand der Leges-Forschung, S. 39.

221 SCHOTT, Geltung, S. 101; vgl. auch SOLIVA, HLS: Alemannenrechte.

222 Vgl. SCHOTT, Lex Alamannorum, Sp. 1885); DERS., Stand der Leges-Forschung, S. 49.

223 SCHOTT, Stand der Leges-Forschung, S. 49; vgl. DERS., Lex Alamannorum, Sp. 1885.

224 Mit Blick auf den Teil, in welchem der wasserrechtliche Art. LXXX vorkommt, schliesst SCHOTT: «Auch an einer kritischen Einstellung zur Geltung des dritten Teils […] ist festzuhalten, wobei die Bedenken bezüglich der Effektivität nicht auf das alemannische Stammesrecht beschränkt bleiben» (Stand der Leges-Forschung, S. 49); auch in DERS., Lex Alamannorum, Sp. 1885–1886.

225 KOEHN, Das Recht der Mühlen, S. 31; vgl. auch GRIMM, Rechtsaltertümer II: «Es ist nur sonderbar, daß wir in alam[annischen] urkunden keinem alamannida [scil. Gemeineigentum] begegnen, erst aus dem Mittelalter finden sich belege […]» (S. 11, Rz. 498).

vorstellung, wonach das Wasserrecht als Bestandteil einer «villa», also eines landwirtschaftlichen Landgutes, betrachtet wird:

> «[V]illam cum viis, aquis aquarumque decursibus, aut clausuram, (cum) molinis vel pilis.»[226]
>
> Ein Landgut mit Strassen, Wassern und Wasserzuleitungen, oder ein Grundstück mit Mühlen und Pfeilern (=ein Holzzaun?).[227]

66 Zweifelhaft bleibt, ob dies mit Verweis auf die *lex Alamannorum* geschah.[228] Diese fiel mit dem Frankenreich um die Jahrtausendwende dahin und geriet danach in Vergessenheit.[229] Wohl aber scheint sich diese Rechtsvorstellung im Gewohnheitsrecht gehalten zu haben. KARL GEISER zufolge kann man in den Urkunden über «Jahrhunderte hindurch verfolgen, dass mit freiem Eigen regelmässig auch die Nutzung des darin entspringenden oder durchfliessenden Wassers übertragen wird.»[230] Die oben bereits dargelegte Formel «cum aquis aquarumque decursibus» sei «feststehend bis in das spätere Mittelalter.»[231]

2.2 Das Gemeingut in den mittelalterlichen Rechtsspiegeln

67 Die nächsten Überlieferungen des germanischen Rechtes finden sich in den grossen Landrechtsaufzeichnungen des Hochmittelalters, den sogenannten Rechtsspiegeln.[232] Diese Rechtsbücher «spiegelten» das Gewohnheitsrecht, welches vor dem Vergessen bewahrt werden sollte.[233] Ihnen zufolge stellte das Wasser ein genossenschaftliches Gemeingut

---

226 Zit. in HAFF, Wasserkraftrecht, S. 10 m.w.H.: So besagt in eine andere St. Galler Formel: «[D]edi eidem sponsae meae futureque uxori dotis nomine curtem – communem pascuam – aquarumque decursus, molinum optimum et clausuram structure gurgitis ad illud», spricht also von einer «sehr guten Mühle mit einem Steinwuhr des Wasserfalls» (S. 10, Fn. 2).

227 Übersetzung von Fn. 226 mit freundlicher Hilfe von Dr. phil. *Markus Nöthiger.*

228 So hat SCHOTT nachgewiesen, dass «sämtliche ‹Zitate› der *lex Alamannorum* Leerverweisungen darstellen» (Stand der Leges-Forschung, S. 49); auch in DERS., Geltung, S. 87.

229 Vgl. anschaulich SCHOTT, Geltung: «Da niemand mehr so recht einen Sinn darin sah, sich auf das ‹scema Francorum› einzustimmen, verstaubten jetzt die Leges in den Bücherschränken der Kloster-, Dom- und Adelsbibliotheken. Was blieb, war eine ehrfürchtige Scheu vor den Zeugen einer immer mehr ins Dunkel absinkenden Epoche. Wer hie und da zu einem vielleicht sogar sprachlich unbereinigten Codex griff, hatte seine Mühe mit der Lektüre […]» (S. 104); vgl. auch SOLIVA, HLS: Alemannenrechte).

230 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 4.

231 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 4, unter Anfügung: «Die Beispiele dafür sind so zahlreich, dass wir verzichten, sie aufzuzählen» (S. 4); vgl. auch BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Dieser Umgestaltung wird dadurch Ausdruck verliehen, dass seit dem VIII. Jahrhundert in den Urkunden über Veräusserungen und Verleihungen solcher Grundstücke die ständige Fromel ‹cum aquis aquarumque decursibus›, später ‹mit Wasser und wasserruns [sic]› aufgenommen wird» (S. 27).

232 Vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 113.

233 Vgl. BÜHLER, HLS: Schwabenspiegel; vgl. auch SENN, Rechtsgeschichte, S. 116.

dar.[234] So findet sich im von *Eike von Repgow* (ca. 1180–1233) verfassten *Sachsenspiegel* (um 1230) die Bestimmung:

> «Svelk water strames vlüt, dat ist gemene to farene unde to vischene inne».[235]
>
> «Jedes Gewässer, das wie ein Strom fließt, ist allgemein zugänglich. Es darf darauf gefahren und darin gefischt werden.»[236]

Der durch den *Sachsenspiegel* inspirierte *Schwabenspiegel* (ca. 1275–76), welcher vermutlich in Augsburg verfasst wurde, jedoch in Böhmen, Mähren, Süd- und Westdeutschland und auch in der deutschsprachigen Schweiz als Hilfsmittel für die Rechtsprechung Anwendung fand,[237] erklärt das Wasser ebenfalls zum Gemeingut: 68

> «[Y]egliches wassers trames fluß, ist gemein zu varen und ze vischen. Die vischer sollen auch dz wasser nicht niessen, wann als ferr sy einist mit dem necze getziehent auff dem scheffe mügent.»[238]

Gleichwohl bestand noch immer die Möglichkeit eines Privatgewässers, wie sich an einem Fischverbot im *Schwabenspiegel* zeigt: 69

> «Wer holz hauwet oder gras schnidet oder vischet in eyns anderen mannes wasser, der sol geben drey schilling […]»[239]

Dieses Nebeneinander verschiedener Rechtsvorstellungen war kein Einzelfall. So heisst es im südtirolischen *Dorfrecht zu Partschins* (1380) einerseits knapp und klar: 70

> «Wasser und die jagd ist gemein.»[240]

---

234 Vgl. LIVER, Prozess des Müllers Arnold: «Das alte deutsche Recht hat sich in der Grundauffassung vom römischen nicht wesentlich unterschieden. Auch es ging von der Anschauung aus, dass die Gewässer Gemeingut des Volkes seien und dem Gebrauche aller Volksgenossen offenstünden» (S. 104).

235 Sachsenspiegel, Buch II, Art. 28 Abs. 4, § 4, zit. in HAFF, Wasserkraftrecht, S. 18; vgl. auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105; vgl. GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer I: «Noch der S[achsen]sp[iegel] […] 2,28 [erkennt] die freiheit, waßerströme zu befahren und zu befischen» (S. 345, Rz. 247). Für die freundliche Hilfe mit dem Verständnis des altsächsischen Textes danke ich Herrn Prof. em. Dr. *Paul Michel*.

236 REPGOW, Der Sachsenspiegel, S. 120; vgl. auch HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts: «Ströme sind gemein zu fischen darin» (S. 369).

237 BÜHLER, HLS: Schwabenspiegel; vgl. auch REBER: «Die grossen Rechtsaufzeichnungen des SpätM[ittel]A[alters], wie z.B. der Schwabenspiegel aus dem 13. Jh., waren in der Hauptsache Hilfsmittel für die Praxis und brachten materiellrechtlich keine grundlegenden Veränderungen» (Germanisches Recht); vgl. SENN, Rechtsgeschichte, S. 122; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 68, Rz. 54.

238 Schwabenspiegel, Art. CCIV, zit. in HAFF, Wasserkraftrecht, S. 18, Fn. 4.

239 Schwabenspiegel, Art. CCXVI, zit. in HAFF, Wasserkraftrecht, S. 18, Fn. 4.

240 GRIMM, Weisthümer III, S. 739; zit. auch in GRAF/DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 130, Fn. 370.

71 Andererseits aber anerkennt dasselbe Dorfrecht ein Vorrecht der Müller am Mühlbach.[241] Man geht wohl richtig in der Auffassung, dass es sich um kein Gegen- als vielmehr um ein Nebeneinander zweier Rechtsvorstellungen handelte. Der Tendenz nach scheinen aber im 13. und 14. Jahrhundert die lokalen Gewohnheitsrechte, welche in sogenannten Weistümern aufgezeichnet wurden,[242] vom Wasser als einem genossenschaftlichen Gemeingut ausgegangen zu sein.[243] Später blieben nur noch «die kleinsten Bäche, deren Wasser nicht ausreicht, um der Markgenossenschaft dienstbar zu sein» in der ausschliesslichen Herrschaft des Grundeigentümers; es fielen darunter insbesondere die stehenden oder zum Verbrauch bestimmten Gewässer, also Quellen, die nicht den Ursprung eines Baches oder Flusses bilden, Brunnen, Teiche und kanalisiertes Wasser.[244] So heisst es im rheinländischen *Weisthum von Niedermendig* (1382):

> «Item weist der scheffen, wasser vnd weyde haben wir von dem himlischen vater zu lehen […]»[245]

72 Was aber bedeutet dieses genossenschaftliche Gemeingut? Es bezeichnete all jene Güter, welche unter den genossenschaftlichen Gemeingebrauch – also die bestimmungsgemässe und gemeinverträgliche Nutzung[246] – durch die Mitglieder einer wie auch immer zusammengesetzten Genossenschaft fielen.[247] Dies wiederum verlangt nach einer kurzen Erklärung: Vom 19. Jahrhundert bis um 1950 herrschte in der Literatur die romantisierte Vorstellung der «altfreien Markgenossenschaft».[248] Gemäss dieser Theorie sei die Landnahme

---

241 Vgl. HAFF, Wasserkraftrecht: «Ein noch aus dem 14. Jahrhundert stammendes Weistum von Partschins von 1380 anerkennt ein Vorrecht der Müller am Mühlbach. Unterhalb der Mühlen und der Stampfmühle des Dorfes sollen ‹alle die, die da huben habent, alle ir ächker wazzern aus dem egenanten pach –. Den ander läut, die dar under äckker habent – der dorfmaiser jedem man teilen schulle nach seiner notdurft an gevärd» (S. 18).

242 SENN, GSCHWEND, PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 72–73, Rz. 65, 68; SENN, Rechtsgeschichte, S. 124–125.

243 Vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 9.

244 LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105–106.

245 GRIMM, Weisthümer II, S. 492; zit. auch in GRAF/DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 68, Fn. 39.

246 Zum Begriff des «Gemeingebrauchs» vgl. vorne Fn. 167.

247 Vgl. LIVER, Alpenlandschaft: «Wun und Weid, Wald und *Wasser* bilden die gemeine Mark. Sie wurde gemeinschaftlich genutzt und verwaltet, sei es von einer Talschaftsgenossenschaft oder einem kleineren genossenschaftlichen Verband, der eine oder mehrere benachbarte Dorfschaften umfaßte. Dieser genossenschaftliche Verband heißt Markgenossenschaft» (S. 29); vgl. DERS., Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105; vgl. auch E. HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 506.

248 Vgl. EUGSTER, HLS, Markgenossenschaft. Mit der Markgenossenschaft argumentieren bspw. noch folgende Autoren: GIERKE, Deutsches Genossenschaftsrecht I, S. 586 ff.; HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 262 ff.; E. HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 504 ff.; LIVER, Alpenlandschaft, S. 29 ff.; kritisch hingegen bereits WINTELER, Geschichte

der germanischen Völker durch Sippen (sog. Hundertschaften) erfolgt, welche die anschliessende Bewirtschaftung des Bodens genossenschaftlich geleistet hatten.[249] Diese gemeinsame Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft wurde als politische Einheit verstanden, als die freie Markgenossenschaft.[250] Die Auflösung der Sippenverbände, zunächst im Bereich der Höfe und später auch der Feldflur, habe weite Teile der Markgenossenschaft der privaten Nutzung zugeführt.[251] Vollends verdrängt habe diese frühmittelalterliche Ordnungsform dann die fränkische Reichsverfassung und das Lehenswesen.[252] Von dieser ursprünglichen Markgenossenschaft hätten sich einzig die genossenschaftlich verwalteten Allmenden als Relikt erhalten.[253] Es ist dies die Erzählung einer verlorengegangenen Einheit – vom Ganzen zum Teil. Sie gilt heute gemeinhin als überholt.[254] Stattdessen geht man heute umgekehrt davon aus, dass die Teile sich mit der Zeit zu einem Ganzen zusammenfügten. Dies bedeutet: Die Privatnutzung ging der genossenschaftlichen Nutzung zeitlich voraus.[255] Erst im Hochmittelalter machten der Bevölkerungsanstieg sowie der Landesausbau Regelungen zu Grenzen und Wegen sowie Vereinbarungen über Nutzungen und gemeinsam zu bewältigende Arbeiten nötig.[256] Die Entstehung von Genossenschaften und, wo es dazu kam, auch deren Zusammenschluss zu grösseren Markgenossenschaften, stellt daher ein lokal bedingtes und damit gleichzeitig auch sehr heterogenes Phänomen des Hoch- und Spätmittelalters dar.[257] Überall aber war diese Entstehung auf die optimale Nutzung der gemeinsam benötigten Güter (sogenannte «Gemeinmark») gerichtet.[258] In die Gemeinmark gehörte nach den zahlreichen, im Einzelfall jedoch verschiedentlich lautenden Formeln des Mittelalters immer auch das Wasser:

---

des Landes Glarus I, S. 84–86; klar dagegen KAMM, Glarus zwischen Habsburg und Zürich, S. 12, 111.

249 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft

250 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft

251 Vgl. LEONHARD, HLS: Allmend.

252 STADLER, HLS: Genossenschaft

253 EUGSTER, HLS: Allmend; STADLER, HLS: Genossenschaft; LEONHARD, HLS: Nutzungsrechte.

254 Vgl. STADLER, HLS: «Die im 19. Jahrhundert aufgekommene Ansicht, dass die Korporationen aus ursprünglichen Markgenossenschaften entstanden seien (Genossenschaft), gilt heute als überholt» (Korporationen).

255 Vgl. EUGSTER, HLS: «Nach 1950 setzte sich in der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte die These durch, die alleinige Bodennutzung durch einzelne Bauern sei älter als die genossenschaftl[iche] Bewirtschaftung» (Markgenossenschaft); vgl. auch LEONHARD, HLS: Allmend; LEONHARD, HLS: Nutzungsrechte.

256 Vgl. EUGSTER, HLS: Markgenossenschaft; vgl. auch LEONHARD, HLS: Allmend; STADLER, HLS: Genossenschaft; STADLER, HLS: Korporationen; INEICHEN, HLS: Nutzungskonflikte.

257 Vgl. EUGSTER, HLS: Markgenossenschaft.

258 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft.

«[W]as gehört nun zu der mark? wald, *flüße und bäche* durch den wald, viehtriften und ungebaute wiesen in ihm und um ihn her gelegen, wild, gevögel und bienen.»[259]

73 Das Recht an der Gemeinmark stand in einer Art von Gesamteigentum der Genossenschaft zu, welche in Mehrheitsbeschlüssen darüber befand.[260] In ihrer Weiterentwicklung aus dem Nutzungsrecht des Grundeigentümers hat man die «Wasserallmende» auch «historisch betrachtet eine Zwischenform zwischen privatem und öffentlichem Wasserrecht» genannt.[261] Die Genossen hatten individuelle Nutzungsrechte an der Gemeinmark.[262] Diese individuellen Nutzungsrechte nannte man «Gerechtsame» oder «Gerechtigkeiten».[263] Es bildeten sich zwei unterschiedliche Systeme der Nutzungsberechtigung heraus: In den Realrechtsverbänden war die Gerechtigkeit an ein Haus oder ein Grundstück gebunden, während in den Personalrechtsverbänden die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde, teilweise zu einem

259 GRIMM, Rechtaltertümer II, S. 12, Rz. 498 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch zit. in DEMS., Rechtsaltertümer II: «[E]s werde solche bach, die Gerstprenz [Anm.: Nebenfluss des Mains in Hessen], auch das *markwaßer* genant u. zur mark gehörig und habe comes in solchen waßern uf die untage zu ruegen, zu gebieten u. zu verbieten» (S. 14, Rz. 500; Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Während daher an Hofstätte und Acker ein durch einzelne Befugnisse der Gesammtheit beschränktes Sondereigen die Regel war, standen Wälder, Weiden und Gewässer meist der Gesammtheit in ungetheilter Gemeinschaft zu […]» (§ 53, S. 616). Dieses genossenschaftliche Eigentum beschränkte sich nicht nur auf Wasserläufe im Walde, vgl. bspw. E. HUBER, System und Geschichte IV: «Herrenlose Sachen und Sachen die im allgemeinen Gebrauche stehend, oder die ausser Verkehr gesetzt sind, finden wir an Wald, *Wasser*, Weide, Wild u. a. schon in den Quellen des früheren Mittelalters erwähnt […]» (§ 149, S. 690; Hervorhebung hinzugefügt). Es griff teilweise auch auf Grundstücke, die das Wasser berührten, über: «[E]s sei die Brücke *mark*, denn das waßer und boden, darüber die brücke gelegt, mark u. nicht *schutzbann* sei» (zit. in GRIMM, Rechtsaltertümer II, S. 13, Rz. 499; Hervorhebung im Original).

260 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft; vgl. auch LIVER, Alpenlandschaft: «Wun und Weid, Wald und Wasser bilden die gemeine Mark. Sie wurde gemeinschaftlich genutzt und verwaltet, sei es von einer Talschaftsgenossenschaft oder einem kleineren genossenschaftlichen Verband, der eine oder mehrere benachbarte Dorfschaften umfaßte» (S. 29); vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Ebenso wurde die Benutzung der zur Allmende gehörigen Wege, Stege, Brücken und Plätze zwar als Recht jedes Genossen betrachtet, aber durch eine Wegepolizei der Gesammtheit beschränkt. Dasselbe geschah hinsichtlich des gemeinen Wassers, der Brunnen, Quellen, Bäche und Flüsse, soweit nicht mit dem echten Eigenthum ihre Benutzung oder doch deren Regelung und Gewährung Grundherrn und Landesherrn übergient» (§ 53, S. 618).

261 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 141.

262 Vgl. bspw. E. HUBER, Die Gestaltung der Wasserrechte: «Wer Genosse war, der hatte Anteil an den aquis aquarumque decursibus, und Jedermann war Genosse als Landmann in der grossen Thalgemeinde, der alle Wasser zugehörten» (S. 506); vgl. auch DENS., System und Geschichte IV, § 153, S. 737.

263 Vgl. MATTMÜLLER: HLS: Allmend; vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I, § 53, S. 600–601.

Kreis alteingesessener Geschlechter ausschlaggebend war.[264] Eine Mehrheit der Genossenschaft konnte diese Gemeinmark «veräußern, verschenken, verpfänden, verpachten, vertheilen, in Sondereigentum verwandeln»[265] – was als Markteilung bekannt ist und in der Neuzeit zum Niedergang der meisten Genossenschaften führte. Parallel aber mit der Entstehung der Regalien (s. unten Rz. 75 ff.) wurden die genossenschaftlichen Nutzungsrechte in Realrechtsverbänden teilweise von den Grundstücken selber losgelöst und als selbständige Eigentumsobjekte gehandelt.[266]

Ebenfalls in dieses genossenschaftliche Denken des Mittelalters fügt sich das Heimfall- 74
recht als eine Weiterentwicklung der römischrechtlichen Erbfolgeregelung an den Kaiser bei einem erbenlosen Nachlass (*ius caducitatis*, *ius devolutionis*, *ius morticinorium*).[267] So fielen die innerhalb der Genossenschaft stehenden Grundstücke nach dem Tode des Erblassers an die *vicini* (Nachbarn, Genossen), wenn keine nahen Blutsverwandten vorhanden waren.[268]

264 Vgl. LEONHARD, HLS: Nutzungsrechte; vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I, S. 601–605

265 GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I, § 53, S. 616.

266 Vgl. LIVER, Servitut: «Nutzungen, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, sind aus diesem […] gelöst, verselbständigt und damit zu Eigentumsobjekten gemacht worden, die wie Grundstücke im Rechtsverkehr standen. Es sind auf der oberen Stufe Regalien, auf der unteren Gerechtigkeiten oder Gerechtsame. Es sind Berg-, Jagd-, Fischerei-, Flößerei-, Fähr- und Mühlenregalien und -gerechtigkeiten. Als Rechtsamen und auch etwa als Gerechtigkeiten, die selbständige Eigentumsobjekte und nicht beschränkte dingliche Rechte sind, werden auch die Nutzungsrechte der Güterbesitzer-Korporationen an der Allmende, an Weiden und Wald aufgefaßt. Auch die Beschränkungen, welche sich aus der Benutzung der Gewässer zu Schifffahrt und Flößerei am Eigentum an den Ufergrundstücken ergeben […] Auf dem Lande wurden solche Verträge namentlich zwischen Gemeinden abgeschlossen, mit denen Weide- und Holzgerechtigkeiten, Wasserbezugs- und Tränkerechte begründet wurden. Von Gemeinden und Genossenschaften als Eigentümerinnen von Alpen außerhalb des Gemeindegebietes mußten mit den anstoßenden Grundeigentümern Vereinbarungen über Weg- und Durchtriebsrechte, Holz- und Wasserberzug und über die Schneeflucht getroffen werden. Zahllose Wasserrechte, welche meistens durch Erbleihverträge begründet worden waren, haben im Laufe der Zeit den Inhalt und schließlich die rechtliche Natur von Grunddienstbarkeiten angenommen» (S. 300–301).

267 Vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 51; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 57. Zum römischrechtlichen Institut vgl. PETER, Texte zum römischen Recht, S. 20–21.

268 Teilweise sogar schon dann, wenn der Erblasser keine Söhne hinterliess, vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 52; vgl. auch GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 57–58; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzession, S. 70; WIDMER, Heimfall-Verzichtsentschädigung, S. 3.

3. Das Wasserrecht als königliches Regalrecht

75 Bereits nach fränkischem Recht wurden die schiff- und flössbaren Flüsse als «des riches strasse» für öffentlich erklärt.[269] Auch zahlreiche andere Rechte behielten sich die fränkischen Könige aus königlichem Bannrecht vor.[270] Durch die Rezeption des spätantiken Kaiserrechtes unter den Staufern trat dieses Bannrecht im 12. und 13. Jahrhundert in römischrechtlichen Gewande als sog. *iura regalia* (königlichen Rechte) zutage.[271] Die auf dem Reichstag von Roncaglia des Jahres 1158 durch Rechtsgelehrte von Bologna geschaffene *Constitutio de regalibus* zählte alle dem langobardischen König zustehenden, finanziell nutzbaren Rechte auf.[272] Obwohl die *Constitutio de regalibus* eigentlich nur für Italien geltende Bestimmungen enthielt, gelangte es als Bestandteil des *Corpus Iuris Civilis* und mit dem «Ansehen einer gemeinrechtlichen Geltung» nach Deutschland, wo es Gegenstand wissenschaftlicher Behandlung wurde.[273]

3.1 Die zahlreichen Nutzungsrechte eines Regals

76 Unter die Regalien rechnete man alles, was an nutzbaren Hoheitsrechten dem Träger der höchsten weltlichen Herrschaft originär zukam.[274] Originär, da man die verschiedenen Regalien wohl von der Idee eines allumfassenden Bodenregals des Königs im Sinne eines Obereigentums ableitete.[275] Dem Fürsten gehörten die Regalien im weitesten Sinne wie ein privatrechtliches Eigentum an.[276] Um aber nicht anachronistische Schlüsse herbeizuführen,

269 Zit. in LIVER, Prozess des Müllers Arnold, S. 105; vgl. auch LIVER, Kulturgeschichte der Mühle, S. 102; HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechtes, S. 368.

270 STADLER, HLS: Genossenschaft; vgl. MITTEIS, Der Staat des Hohen Mittelalters, S. 274.

271 TREMP, HLS: Regalien; vgl. aber auch MITTEIS, Der Staat des Hohen Mittelalters: «Aber man darf den Einfluß des römischen Rechtes nicht überschätzen; es lieh nur das Gewand für Rechte, die sich allesamt aus dem Bannrecht des deutschen Königs begründen lassen, zu denen sich freilich meist im römischen Kaiserrecht Entsprechungen finden» (S. 274).

272 Vgl. MITTEIS, Der Staat des Hohen Mittelalters, S. 274–275; TREMP: «Strassen, Flüsse, Zölle, Münzstätten, Silbergruben (Bergbau), Fischfang (Fischerei) und Salzgewinnung (Salz)» (HLS: Regalien); WEGENER, Regalien, Sp. 473; vgl. auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105.

273 WEGENER, Regalien, Sp. 473.

274 WEGENER, Regalien, Sp. 473; vgl. E. HUBER, System und Geschichte IV: «Diese Regalien waren insbesondere Jagd in den gebannten Wäldern, die Fischerei in den nicht in Privateigentum stehenden Gewässern, die Schifffahrt, die Nutzung der Heerstrassen und Brücken, das Recht, Münzen zu schlagen, das Recht, Fremde und insbesondere Juden gegen eine Abgabe zu schützen, die Bergwerke, in allen Beziehungen von verschiedenem Umfang und schwankenden Grenzen» (§ 120, S. 212–214).

275 Vgl. HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 370.

276 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen: «Seinem Wesen nach war das Regalrecht dem Eigentum nach heutiger Auffassung verwandt. Das Regal selbst war originäre

kann höchstens von einem Quasi-Privatrecht gesprochen werden. Die Herrschaftsgewalt war gewissermassen «ein Büschel von Hoheitsrechten in der Hand des Fürsten, die dieser jedoch nur für das gemeine Wohl ausüben durfte».[277] Nutzbar waren sie, insofern sie vermögensrechtlich – also durch Verkauf, Verpfändung oder Verleihung – verwendbar waren.[278] Indem also in der *Constitutio de regalibus* die «flumina navigabilia», also die schiff- und flössbaren Gewässer, als Regalgewässer bezeichnet wurden, entriss der König den Ufereigentümer und Genossenschaften ihre bisherigen Nutzungsrechte daran – erlaubte aber ausdrücklich den Gemeingebrauch gegen Entgelt.[279] Bei kleineren, nicht schiffbaren Flüssen blieben indes noch immer die früheren Nutzungsrechte bestehen.[280] Der König besass damit aber nicht zwingend das Grundeigentum an einem Wasserlauf, sondern vielmehr die Gesamtheit der Nutzungsrechte; diese vom Grundeigentum gelösten und verselbständigten Rechte wurden selber gewissermassen zu Eigentumsobjekten, welche wie Grundstücke im Rechtsverkehr standen.[281] Darum konnten auch an ein und derselben Sa-

Herrschaft über die körperliche Natur einer Sache, die zunächst nur dem König zukam» (S. 83); vgl. auch E. HUBER, System und Geschichte IV: «Aber auch wo der König seine Hoheitsrechte nicht zu Lehen gab, besass er sie in den Formen des Privatrechts, und alle Regalien stellten sich als Nutzungsrechte dar mit privatem Charakter, waren also von den privatrechtlichen Renten und Zinsen juristisch nicht verschieden» (§ 120, S. 212); vgl. aber DERS., Die Gestaltung der Wasserrechte: «Selbst die mittelalterliche Rechtsordnung, die doch alle öffentlichen Rechtsverhältnisse so viel wie möglich in ein privatrechtliches Gewand gekleidet hat, gelangte niemals dazu, an diesen Gewässern dem König ein wirkliches Privateigentum zuzugestehen, sondern man kleidete die Berechtigung in ein nutzbares Hoheitsrecht, das im Lehenssystem an andere vergeben werden konnte. Der Begriff des Regals ist das Zugeständnis, dass man auf diesem Boden mit den blossen privatrechtlichen Auffassungen nicht durchzukommen vermag» (S. 537–538).

277 FLEINER, Institutionen, S. 29.

278 HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 368.

279 HAFF, Wasserkraftrecht, S. 18; HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 369; BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 9–10; SEILER, Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen, S. 84. Dazu GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer I: «[N]ur kleine flüße oder bäche verblieben dem volk, über großer reviere und ströme behaupteten die fürsten schutz und bann, wodurch die leute ausgeschloßen wurden von dem holzen, jagen und fischen» (S. 345, Rz. 248). Teilweise verblieben nicht einmal die kleinen Flüsse, wie ein Rechtssatz der Stadt Görlitz zeigt: «Jedes fließende Wasser heißt Reichsstraße» (zit. in GRAF/DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 510, Fn. 169). Vgl. aber LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «Schon seit der karolingischen Zeit legte der König […] seinen Bann auf sie [scil. die schiffbaren Flüsse], aber nicht mit der Wirkung, dass der Gemeingebrauch an ihnen ausgeschlossen oder auch nur eingeschränkt worden wäre, aber dass er fiskalisch belastet wurde […]» (S. 105); zum Begriff des «Gemeingebrauchs» vgl. Fn. 167.

280 Vgl. LIVER, Kulturgeschichte der Mühle: «Die nicht schiff- und flössbaren Wasserläufe der alten Zeit nennen wir markgenossenschaftliche Gewässer, weil sie ursprünglich von den Anwohnern und ihren wirtschaftlichen Verbänden frei genutzt werden konnten» (S. 103); vgl. DERS., Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105.

281 Vgl. LIVER, Servitut: «Nutzungen, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, sind aus diesem zugunsten des Königs, des Landesherrn oder auch des Grundherrn gelöst, verselbständigt und damit zu Eigentumsobjekten gemacht worden, die wie Grundstücke im Rechtsverkehr

che so viele verschiedenartige und im Rechtssinne gleichwertige Nutzungsrechte nebeneinander bestehen, wie es praktisch möglich war.[282] Für einen Wasserlauf bedeutet dies, dass daran das Stromregal für die Schifffahrt, das Flossregal für die Flösserei, das Mühlenregal für die Nutzung der Wasserkraft, das Fischereiregal für den Fischfang, das Hafen- und das Brückenregal für die Errichtung eines respektiven Bauwerks einem Dritten gegen Zins überlassen werden konnte.[283] Es ist dies der Ursprung des Wasserzinses als Entgelt für die Überlassung der Nutzung der Wasserkraft.[284]

77 Dieser Prozess vollzog sich – parallel zu und teilweise auch entgegen dem genossenschaftlichen Gemeineigentum, wie es ja zeitgleich in den Rechtspiegeln festgehalten wurde[285] (s. vorne Rz. 67 ff.) – im Laufe des Hochmittelalters. Es verwundert daher nicht, dass verschiedene Quellen des 13. Jahrhunderts dies beklagen:

> «[D]ie fürsten twingend mit gewalt /
> velt, stein, wazzer und walt […]»[286]

78 Dennoch setzten sich in den allermeisten Gebieten die Könige durch. Das *Weisthum zum Bornheimer Berg* (1303) hält unzweideutig fest:

> «[…] und deme konege dienen fon wazzere und fon weide.»[287]

79 In derselben Zeit verdrängten sukzessive die Grund- und Lehensherren sowie vor allem – auch hier im Sinne eines Obereigentums – die Könige aufgrund ihres Regalrechtes das

---

standen. Es sind auf der oberen Stufe Regalien, auf der unteren Gerechtigkeiten oder Gerechtsame. Es sind Berg-, Jagd-, Fischerei-, Flößerei-, Fähr- und Mühlenregalien und -gerechtigkeiten» (S. 300–301).

282 SOLIVA, HLS: Sachenrecht; vgl. DERS.: «Dem einen stand z.B. die Holznutzung eines Waldes zu, während ein anderer das Recht besass, den Waldboden als Weide zu benutzen» (HLS: Sachenrecht).

283 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen, S. 84; vgl. auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «[…] mit der Wirkung, dass der Gemeingebrauch […] fiskalisch belastet wurde durch die Erhebung von Schiffahrts-, Brücken-, Hafen- und Mühlengeldern» (S. 105).

284 Für die Geschichte des Wasserzinses vgl. PFLEGHART, Grundzüge I, S. 84–88.

285 Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 105; vgl. auch HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechtes: «Wenn trotzdem die Rechtsbücher den alten volksthümlichen Satz noch als geltendes Recht vortragen, so erklärt sich das wohl daraus, dass die Regalität der öffentlichen Strassen und Flüsse in dieser Zeit noch nicht auf die Spitze getrieben war» (S. 369); vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Eine wirkliche genossenschaftliche Wasser-, Schiffahrts- oder Jagdpolizei konnte sich indeß mit der Schmälerung der alten Freiheitsrechte selten erhalten» (§ 53, S. 618).

286 GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer I, S.345, Rz. 248; zit. auch in LIVER, Kulturgeschichte der Mühle, S. 103.

287 GRIMM, Weisthümer III, S. 483; zit. auch in GRAF/DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter: «Wasser und Weide ist des Königs» (S. 130, vgl. insb. Fn. 371).

Heimfallrecht der Genossenschaft.[288] Nach und nach setzte sich durch, dass die Grundstücke, Lehen und Nutzungsrechte, teilweise nach «jahrzehnte oder jahrhundertelanger Nutzung durch denselben Lehensstamm» infolge Erbenlosigkeit an den König als Grund-, Lehens- oder Regalherr heimfielen.[289] Mit dem Heimfallrecht hatte der König somit ein «juristisches Institut zur Sicherung des Eigentums».[290]

3.2 Der Übergang des Regals auf den Staat

Im Laufe des Hoch- und Spätmittelalters wurden aber nicht nur einzelne Nutzungsrechte, 80
sondern die Regalien selbst vom König in Form eines Lehens an selbständige Fürsten oder Städte übertragen.[291] In den Rechtsquellen taucht nunmehr der Grundherr «zu Wald, Wasser und Weide» auf.[292] Im *Weisthum von Langenfeld* (1567) erkennen

> «die scheffen den Grafen von Blankenheim vor einen rechten grundt- und lehnherren vnd weisen iren gnaden gebot und verbot folgends auch gewalt muelen zu bauwen vnd das wasser zu laiten nach gefallen.»[293]

Die Aneignung und selbständige Ausübung von Regalien war nicht nur für die Hochadels- 81
geschlechter, wie etwa die Zähringer, Kyburger und Habsburger, beim Aufbau ihrer Territorialherrschaften wichtig, sondern im 14. und 15. Jahrhundert auch für die Städte, Landschaften und geistlichen Herren.[294] Diese Regalien wurden durch die Reichsprivilegien

288 Vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 53–54; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 48; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzession, S. 70.

289 WIDMER, Heimfallverzicht-Entschädigung, S. 3; vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 61.

290 WIDMER, Heimfallverzicht-Entschädigung, S. 3.

291 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen, S. 84; BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 45; vgl. auch TREMP: «Im Lauf des Hoch- und SpätMA gingen dennoch die meisten dieser ertragreichen R. durch Übertragung oder Usurpation in die Verfügung von Landesherren und Städten über» (HLS: Regalien).

292 So z.B. zit. in GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer I: «[G]rundtherr zu walt, waßer u. weide», oder: «[H]erre über hals u. über heubt, über waßer u. über weide u. habe zu gebieten u. verbieten» (S. 64, Rz. 44); GRIMM weist darauf hin, dass «keine einzige faßung wörtlich mit der andern stimmt, sondern jede unerborgtes aus dem eignen grunde schöpft. Wesentlich treffen sie alle überein und begegnen sich in der ausschmückung einzelner redensarten, die sich bald dürftiger bald reicher entfalten, oft aber ganz unentfaltet bleiben. Diese redensarten scheinen von hohem alter, zum theil unverstanden und entstellt ausgesprochen» (Deutsche Rechtsalterthümer I, S. 67, Rz 46).

293 Zit. in BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, § 78, S. 235, Fn. 2; vgl. auch GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 5.

294 Vgl. TREMP, HLS: Regalien; vgl. auch E. HUBER, System und Geschichte IV: «Von den Königen aber gelangten diese Nutzungsrechte auf dem Wege des Lehenrechts oder Landrechts in die Hände der Fürsten, der Grundherrn, der Städte und Bürger, zunächst um im frühern Charakter als Privatrechte weiter genutzt zu werden» (§ 120, S. 212–215).

bestätigt und geschützt, womit in der frühen Neuzeit die Stände der Alten Eidgenossenschaft alle einstmals königlichen Regalien auf sich vereinigten.[295]

82 Gewisse Regalien verloren an Bedeutung und konnten sich nicht halten, so beispielsweise das Jagdregal. Beim Wasser ist jedoch gerade das Gegenteil zu beobachten: Dessen einstmals quasi-privatrechtliche Regalität verfestigte sich in den Territorialstaaten zu einem ausschliesslich öffentlichen Hoheitsrecht.[296] HEUSLER schreibt, es seien «die Flüsse und die Strassen schliesslich in immer fortschreitender Steigerung der Regalität geradezu als Eigenthum des Königs, bez. des Staats erklärt worden, so dass das Regal selbst sich als Eigenthumsrecht äussert, und daher auch in den Gesetzgebungen neuerer Zeit […] unbedenklich gesagt ist, die Flüsse seien im Eigenthum des Staates».[297]

83 Mit den Regalrechten geriet im Hoch- und Spätmittelalter auch das königliche Heimfallrecht in die Hand von Fürsten und Städten und damit, im Zuge der Territorialstaatsbildung, zum staatlichen Fiskus.[298]

4. Das Wasserrecht im *ius commune*

84 Die Wiederentdeckung des *Corpus Iuris Civilis* in Italien Ende des 11. Jahrhunderts führte zur Gründung der norditalienischen Rechtsschulen (in Bologna, Pavia, Padua, Siena und Perugia), an welchen Studenten aus ganz Kontinentaleuropa römisches und kanonisches Recht studierten.[299] Das mindestens fünfjährige Rechtsstudium bildete die Verwaltungsbeamten der Fürsten und Städte aus.[300] Alle Studenten, welche aus den italienischen Universitäten kamen, verband das gemeinsam studierte, römische Recht, welches damit zum Ge-

---

295 Vgl. TREMP, HLS: Regalien; vgl. auch E. HUBER, System und Geschichte IV, § 153, S. 737.

296 E. HUBER, System und Geschichte IV: «Erst mit Ende des Mittelalters bahnte sich sodann die Wandlung zu publizistischer Gestaltung dieser Rechte den Weg. Zugleich aber erfasste das sich bildende Hoheitsrecht des Staats alsdann auch in häufigen Fällen das Recht des Grundherrn, der auf der Basis des landrechtlichen Eigentums die entsprechenden Nutzungen im Umfange seiner Herrschaft bezogen hatte. Die Aufsicht über Jagd und Flösserei, über Land- und Wassertrassen verdrängte das nutzbare Recht und setzte an dessen Stelle ein staatliches Hoheitsrecht, das wenn auch nicht jeden fiskalischen, so doch den privatrechtlichen Charakter abgestreift hat» (§ 120, S. 215 mit Verweis auf Mühlenrecht in Fn. 8)

297 HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 372.

298 Vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 54; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 48; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzession, S. 70.

299 WINIGER, HLS: Römisches Recht; vgl. auch WESEL, Geschichte des Rechts, welcher von der «Renaissance des 12. Jahrhunderts», welches durch «die Entwicklung eines rationalen und ausbaufähigen Systems in der Verbindung von Kirchenrecht und römischem Recht [zum] ‹juristischen Jahrhundert›» wurde (S. 287, Rz. 202, vgl. auch S. 306–309, Rz. 216.

300 Vgl. MEDER, Rechtsgeschichte, S. 246; vgl. für das *ius commune* und das Wasserrecht insb. SEILER, Gewässerbenutzungen, S. 90.

meinen Recht (*ius commune*) schlechthin wurde,[301] eine «universale Kommunikationsbasis über Rechtsfragen in Kontinentaleuropa».[302] Zurück in ihrer Heimat verbanden die Juristen ganz Europas ihre römischrechtlichen Kenntnisse mit dem örtlichen Recht, so dass das römische Recht im 13. und 14. Jahrhundert das örtliche Recht oftmals subsidiär ergänzte.[303] Im *Wormser Reichsabschied von 1495* erging dann der Beschluss Kaiser *Maximilians I.* (1459–1519), dass auch die Beschlüsse des Reichskammergerichts subsidiär «nach des Reichs gemainen Rechten» zu treffen seien.[304]

4.1 Die Verbindung zwischen römischem und germanischem Recht

Das aus dem germanischen Recht fliessende Wasserrecht bedeutete in PETER LIVERS Me- 85
tapher die «Einmündung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung eines deutschrechtlichen Instituts in den breiten Strom des gemeinen römischen Rechts, dessen Ausläufer im späteren Mittelalter auch nördlich der Alpen sich mehren und wachsen».[305] Freilich war diese Einmündung ein langer und schwieriger Prozess.[306] Dabei ergaben sich Fragen in den folgenden drei Bereichen: (1.) Dem Eigentumsbegriff, (2.) der Gewässereinteilung, (3.) der Gewässernutzung.[307]

a. Der Eigentumsbegriff im *ius commune*

Das germanische Nutzungsrecht wurde mit römischrechtlichem Inhalt aufgefüllt.[308] Denn 86
die mittelalterlichen Grundbesitzverhältnisse, welche nach germanischem Rechtsverständnis Sachherrschaft und das Nutzungseigentum an einer bestimmten Sache auf einen Herrn als Eigentümer und einen Lehensträger als Inhaber und Nutzniesser aufteilten,[309] stiess sich mit dem römischrechtlichen Rechtsverständnis der alleinigen und umfassenden Verfü-

301 Vgl. LIVER, Überlieferung im Wasserrecht, S. 29.

302 SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 155, Rz. 30.

303 WINIGER, HLS: Römisches Recht.

304 § 3 der *Ordnung des Camergerichts* (Reichskammergerichtsordnung) *vom 7. August 1495*, zit. in SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 60, Rz. 29 bzw. SENN, Rechtsgeschichte, S. 97. Das *ius commune* stellte «die dogmatische, methodische und argumentative Grundlage der Rechtsprechung des Reichskammergerichts» dar (SENN, Rechtsgeschichte, S. 98 bzw. SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 61, Rz. 32); vgl. auch WINIGER, HLS: Römisches Recht; vgl. auch SEILER, Gewässerbenutzungen, S. 33.

305 LIVER, Gewere, S. 236.

306 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzungen, S. 89.

307 Einteilung nach SEILER, Gewässerbenutzungen, S. 91–99.

308 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung, S. 89.

309 Vgl. DUBLER, HLS: Eigentum.

gungsbefugnis des Eigentümers der Sache.[310] Nach germanisch inspiriertem lokalem Recht wurden Gewässer entweder von einem Ufereigentümer (s. vorne Rz. 55 ff.) oder mehreren Genossen (s. vorne Rz. 67 ff.) als Nutzungsberechtigte genutzt.[311] Die Harmonisierung der beiden Ideen erreichte das *ius commune* durch die Schaffung und Unterscheidung der Kategorien eines Obereigentums (lat. *dominium directum*) und eines Unter- oder Nutzeigentums (lat. *dominium utile*).[312] Diese Übernahme des römischrechtlichen Eigentumsbegriffs parallelisierte das Regalrecht mit ähnlichen Wirkungen aber anderen Begriffen; statt Gerechtsamen konnten nun Servitute an einem Eigentum begründet werden.[313]

87 Ebenso wurde im gemeinen Recht nun das grund- und lehensrechtliche Heimfallrecht mit Verweis auf die römischrechtlichen Bestimmungen dem Staate zugeschrieben; entweder als fiskalisches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen oder aber als Erbrecht des Staates als Universalsukzessor, wie einst der römische Kaiser.[314]

b. Die Gewässereinteilung im *ius commune*

88 Das römische Recht entzog einen Grossteil der Gewässer als *res extra commercium* und *res publicae* dem Eigentum, wobei nur ein kleiner Teil der Gewässer als Privatgewässer verblieben (s. vorne Rz. 44 ff.). Das germanische Recht aber sah für jedes Gewässer ein Eigentum vor, das entweder dem Ufereigentümer als Einzelner, den Genossen gemeinsam oder dem König als Regal zustand.[315] Das *ius commune* hatte grösste Schwierigkeiten, die gewachsenen römischen Begriffe anzuwenden, da sich keine klare Rechtsregel finden

---

310 So definierte der italienische Jurist *Bartolus de Saxoferrato* (1313–1357) erstmals Mitte des 14. Jahrhunderts das mittelalterliche Eigentumsverständnis auf Grundlage des römischen Rechts in einer Anmerkung zu einer Digestenstelle von *Ulpian*: «*Quid ergo est dominium? Responde est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*», d.h. in dt. Übersetzung: «Was ist also Eigentum? Antwort: Es ist das Recht, über eine körperliche Sache (Grundstücke und bewegliche Sachen) umfassend zu verfügen, sofern nicht ein Gesetz es verbietet» (zit. in WESEL, Geschichte des Rechts, S. 318, Rz. 225); vgl. auch SEILER, Gewässerbenutzung: «Während im alten deutschen Recht der Eigentumsbegriff gewohnheitlich an der Lebensweise des Volkes sich gebildet hatte, wurde er im römischen Recht abstrakt geschaffen» (S. 92.).

311 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung: «Seiner [scil. des alten deutschen Rechts] Auffassung vom Eigentum als vererblichem Nutzungsrecht entsprechend war bei ihm jeweils nach der tatsächlichen Möglichkeit des Gebrauchs ein Gewässer entweder einem Einzelnen ‹eigen› oder allen ‹gemeineigen›» (S. 92).

312 Vgl. DUBLER, HLS: Eigentum.

313 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung, S. 95.

314 Vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 54–55

315 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung: «War im alten deutschen Recht jedes Gewässer ‹eigen› – sei es einem einzelnen oder allen gemein –, so konnte bei Übernahme des römisch-rechtlichen Begriffes nicht jedes Gewässer eigentumsfähig bleiben, da das u.a. zum Entzug der Nutzungsmöglichkeit durch jedermann nach Art des Gemeingebrauchs geführt hätte» (S. 96).

liess.[316] Während es für das *ius commune* vergleichsweise naheliegend war, die unter dem Regalrecht stehenden «schiff- und flössbaren Gewässer» (s. vorne Rz. 75 ff.) als eine *res publica* anzusehen,[317] musste entschieden werden, wo das genossenschaftliche Gemeingut einzuordnen war – ins Privatrecht oder ins öffentliche Recht. Obwohl keine abstrakte Rechtsregel sich durchsetzte, und die konkrete Regelung je nach lokaler Rezeption des *ius commune* abhängig war,[318] so wurden doch grossmehrheitlich die bedeutenderen Wasserläufe (was oft noch von deren Schiffbarkeit abhängig gemacht wurde) zusehends dem Bereich des öffentlichen Rechts überführt,[319] wohingegen insbesondere die Quellen und auch kleinere Wasserläufe im Privateigentum einer Genossenschaft oder teilweise auch der Uferanstösser bzw. der Grundeigentümer verbleiben konnten.[320] So wurde also das Privateigentum an Privatflüssen vom *ius commune* anerkannt,[321] wie *Mathias Wesenbeck* (1531–1586), einer der bedeutendsten Vertreter des frühen *usus modernus pandectarum*, in seinem 1566 erschienen Kommentar zu den Pandekten festhält:

> «Es[t] igitur hoc privatum, non publicum flumen, quod est et semper fuit in commercio et emi ac vendi potest. Nam publica hoc commercium non recipiunt.»[322]
>
> Es ist also ein privater und kein öffentlicher Fluss, welcher jetzt und schon immer im Handel gewesen ist und gekauft und verkauft werden kann. Denn öffentliche (Flüsse) bekommen diesem Handel nicht.[323]

c. Die Gewässernutzung im *ius commune*

Mit dem Einmünden des germanischen Rechts in das römische Recht blieb die tatsächliche Praxis der Nutzung der Wasserkraft äusserlich besehen unverändert, sie vollzog sich jedoch auf geänderten Rechtsgrundlagen.[324] Der Gemeingebrauch öffentlicher Wasser be- 89

316 Vgl. Ossig, Römisches Wasserrecht, S. 141 ff; vgl. auch in Fenner, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 192–194.

317 Vgl. Geiser/Abbühl/Bühlmann, Einführung und Kommentar zum WRG, S. 98; Seiler, Gewässerbenutzung: «Zu den öffentlichen Wassern gehörten auch gebannte und deshalb häufig von den Bannenden als ‹eigen› bezeichnete gemeine Gewässer» (S. 97).

318 Vgl. Seiler, Gewässerbenutzung, S. 97.

319 Vgl. Seiler, Gewässerbenutzung: «Bemerkenswert ist, daß das dem römischen Recht unbekannte Einteilungsmerkmal des Schiffreichtums weiterhin als Unterscheidungskriterium geführt wurde» (S. 98).

320 Vgl. Haff, Wasserkraftrecht, S. 26–30.

321 Vgl. Seiler, Gewässerbenutzung, S. 97; vgl. auch Haff, Wasserkraftrecht: «Selbst das gemeine Recht hat sich mit dem Privateigentum an den Privatflüssen abgefunden, trotz dem entgegenstehenden römischen Rechte» (S. 41).

322 Wesenbeck, Consicilia juris (1611), Teil IV, S. 994, zit. in Haff, Wasserkraftrecht, S. 41, Fn. 1; vgl. Haff, Wasserkraftrecht: «Wesenbeck hat am Anfang des 17. Jahrhunderts die Verkehrsfähigkeit der kleineren zur Gewinnung von Triebkraft verwendeten Flüsse anerkannt» (S. 41).

323 Übersetzung von Fn. 322 mit freundlicher Hilfe von Dr. phil. *Markus Nöthiger*.

324 Vgl. Seiler, Gewässerbenutzung, S. 98.

ruhte nicht mehr auf einem privatrechtlichen Eigentumsrecht (also in der Zurverfügungstellung durch den Inhaber eines Regalrechts oder durch das persönliche Nutzungsrecht am genossenschaftlichen Gemeingut); öffentliche Gewässer standen nun als *res publica* im römischrechtlichen Sinne im *usus publicus* der Allgemeinheit.[325] Dieser Gemeingebrauch wurde damit allen Gebietsangehörigen zugebilligt, gegenüber der genossenschaftlichen Nutzung also geöffnet.[326] Wo aber eine Sondernutzung des Wassers verlangt wurde, bedurfte es nun einer besonderen Bewilligung des Inhabers der öffentlichen Gewalt.[327] Somit fing das *ius commune* mit dem öffentlichen Gewässer die Entwicklung aus dem Regalrecht auf.

90 Gleich blieb die Nutzung der Wasserkraft jedoch mit Bezug auf Privatgewässer, welche noch immer auf Privateigentum beruhte. Diese privatrechtliche Nutzung hielt sich – wenn auch in kleinem Umfange – bis ins 19. Jahrhundert, wie sich beispielhaft am berühmten Fall des Müllers Arnold zeigt.[328] Ein im Urteil zitierter Rechtssatz hielt fest, dass

> «ein jeder Eigentümer oder Gutsherr […] das Wasser eines durch sein Gut strömenden Fließes [sic] nach Gefallen nutzen und anwenden könne, ohne sich an die Konvenienz seiner Nachbarn zu kehren; insofern nicht Landespolizeygesetze oder erträge und Conventionen mit Nachbarn ihm Gränzen setzen».[329]

4.2 Das *ius commune* in der Alten Eidgenossenschaft

91 Aufgrund der bereits dargestellten Heterogenität des eidgenössischen Rechts (s. vorne Rz. 38) kann nicht von einer einheitlichen Geltung des *ius commune* gesprochen werden. Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts war man sogar der Ansicht, dass das *ius commune* in der Schweiz nur gerade in der französischsprachigen Westschweiz und der italienischsprachigen Südschweiz Wirkungen entfaltet habe; FERDINAND ELSENER spricht geradezu von einer «patriotische[n] Aversion […] gegen romanistische Einflüsse».[330] Seither jedoch hat die Literatur zahlreiche Belege dafür gefunden, dass die Schweiz bereits im Mittelalter auf verschiedene Art und Weise vom römischen Recht berührt wurde.[331] Insbesondere in den Städteorten, wie namentlich in Bern, Basel und Genf, blieb das *ius commune* bis ins

---

325 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung, S. 99; zum Begriff des «Gemeingebrauchs» vgl. Fn. 167.

326 Auch gegenüber seiner römischrechtlichen Bedeutung, vgl. SEILER, Gewässerbenutzung: «Standen sie im römischen Recht nur dem römischen Volke zu Dienst und Nutzen (ähnlich der Allmende), so kamen sie nunmehr allen Gebietsangehörigen zugute, wodurch der Begriff der res publica eine Ausdehnung erfuhr; konsequenterweise wurde das Adjektiv ‹publicus› daher nicht mit ‹völkisch› sondern mit ‹öffentlich› übersetzt» (S. 99).

327 Vgl. SEILER, Gewässerbenutzung, S. 99.

328 Vgl. dazu ausführlich LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold.

329 Zit. in SEILER, Gewässerbenutzung, S. 98.

330 ELSENER, Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, S. 33.

331 CARLEN, Rechtsgeschichte, S. 14.

18. Jahrhundert als subsidiäres Recht bestehen und auch in anderen Orten floss das *ius commune* durch Rechtswissenschaft und Rechtslehre unmerklich ins regionale Regelwerk ein.[332] Ein Wandel zu einem römischrechtlichen Eigentumsbegriff lässt sich bereits etwa ab Ende des 15. Jahrhunderts erkennen, als die eidgenössischen Orte sowie der Fürstabt von St. Gallen und der Fürstbischof von Basel durch ihre Juristen das *ius commune* anwandten, um mit Hilfe des vorne dargestellten sogenannten Geteilten Rechts sukzessive ein staatliches Obereigentum an zahlreichen Gütern und Rechten (wie namentlich an Gewässern und Gewerberechten, aber auch Allmenden, Bodenschätzen, Jagd und Fischerei) durchzusetzen, welche ursprünglich ganz der Grundherrschaft zugestanden hatten (s. dazu hinten Rz. 103–106).[333]

Anschaulich zeigt sich dies anhand JOHANN JAKOB LEUS (1689–1768) Darstellung des Eid- 92
genössischen Stadt- und Landrechts zu Beginn des 18. Jahrhunderts.[334] Sein Ziel war es, zu zeigen, dass auf dem Gebiet der Alten Eidgenossenschaft ein klares Recht bestand sowie dass «die Beurtheilung der vorfallenden Rechts-Händlen und Streit-Sachen [nicht] allein dem ledigen ungewissen Gutbefinden jederes [sic] Richters überlassen werde».[335] Im dritten Teil versucht er gestützt auf das *ius commune* einen Grundsatz, wonach ein Fluss grundsätzlich öffentlich ist, ausser wenn an ihm ein älteres privates Recht geltend gemacht werden kann:

> «[…] worbey noch anzumerken / dass wo in dem Rechten das Wort flumen allein ausgesetzet sich befinde / solches von einem flumine publico genohmen werden müsse / und eigentlich alle Flüss für flumina publica gehalten werdind / es werde dann das Wiederspiel bewiesen / […]»[336]

> «19. Ueber das was bissher von denen Wasseren insgemein und auch von eint und anderer Art derselben insbesonder gehandlet / ist auch noch in Ansehung der oben […] abgesönderten Gattungen derselben anzubingen / dass dermahlen insemein bald *alle Flüsse unter die öffentliche und dem Staat zugehörige gerechnet werdind* / *es habe dann ein Privat-Person ein über ein Fluss erlangtes Recht dargethan* […] und dass ein Fluss zu einem Privat-Fluss werde / auf dreyerley Arten geschehe / wann er namlich in einem Privat-Gut seinen Ursprung hat […] durch die Einwilligung des Lands-Herren […] und durch Gewohnheit und Verjährung […] wie auch dass / wann einem alle Regalien insgemein bewilliget worden / alle die schiffreichen und andere schiffreich machende Flüss […]»[337]

---

332 Vgl. WINIGER, HLS: Römisches Recht; SENN, HLS: Rechtsschulen.

333 Vgl. DUBLER, HLS: Eigentum.

334 Vgl. LEU, Eydgenössisches Stadt- und Landrecht II; vgl. dazu ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 67–68.

335 Zit. in E. HUBER, System und Geschichte I, § 1, S. 1; zit. in FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 58.

336 LEU, Eydgenössisches Stadt- und Landrecht II, S. 122; zit. in FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 59.

337 LEU, Eydgenössisches Stadt- und Landrecht II, S. 712; zit. in FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 59–60.

5. Die wasserrechtliche Gesetzgebung der Helvetischen Republik

93 Mit dem gewaltsamen Untergang der Alten Eidgenossenschaft versank auch die kantonal zersplitterte Rechtsordnung des Ancien Régimes. Die erstmalige Zentralisierung des Staates brachte eine vollständige Umwälzung der bisher kantonal unterschiedlich gehandhabten Nutzung der Wasserkraft sowie einen ersten Versuch einer gesamtschweizerischen Wasserrechtsordnung mit sich.[338] Obwohl die helvetischen Gesetzesbestrebungen mit der Helvetik untergingen, sollten verschiedene, hier erstmals miteinander verbundene Rechtsinstitute wegweisend für das öffentlich-rechtliche Wasserrecht sein (s. hinten Rz. 110, 468 und 546).

5.1 Die Eigentumsgarantie und Gewerbefreiheit

94 Der gemeinrechtliche Eigentumsbegriff war durch die Naturrechtslehren der Aufklärungszeit verstärkt und durch die nordamerikanischen Verfassungen sowie vor allem durch die Französische Revolution und Art. 2 der *Declarations des droits de l'homme* (1789) zum «unverletzlichen, ‹heiligen› Freiheits- und Menschenrecht» emporgehoben worden.[339] Mehr als bei allen anderen Individualrechten wurde aber die naturrechtliche Geltung der Eigentumsgarantie hervorgehoben.[340] Aus diesem Grund wurden auch so eingehend wie bei keinem anderen Freiheitsrecht die Voraussetzungen und die Entschädigungsverfahren von Eingriffen verfassungsrechtlich verankert.[341] In dieser Form findet er sich in Art. 9 der *Ersten Helvetischen Verfassung von 12. April 1798*:

> «Privateigenthum kann vom Staat nicht anders verlangt werden als in dringenden Fällen oder zu einem allgemeinen, offenbar nothwendigen Gebrauch und dann nur gegen eine gerechte Entschädigung.»[342]

95 Dieses Grundrecht, welches überall dort geschützt hätte, wo das gemeinrechtliche Obereigentum eines Wassergewerbes nicht dem Staat, sondern den Landes- und Gerichtsherren zustand, wurde jedoch durch den *Beschluss vom 19. Oktober 1798* übersteuert: Dieser hob alle bisherigen landes- und gerichtsherrlichen Herrschaftsrechte auf und verkündete die

---

338 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 12.

339 Vgl. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 522–524; DUBLER, HLS: Eigentum.

340 Vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 328. Für die Bedeutung des Eigentumsbegriffs in der Gesetzgebung der Helvetik vgl. ausführlich FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 90–98.

341 Vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 328.

342 Art. 9 der *Ersten Helvetischen Verfassung vom 12. April 1798*, zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 127; vgl. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 524; vgl. auch FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 96–98.

Gewerbefreiheit.[343] Diese aus der allgemeinen Freiheit und dem Gleichheitspostulat abgeleitete Gewerbefreiheit führte zu einer chaotischen Situation, insofern nicht klar war, was nun gelten sollte.[344] Als am 18. Juni 1798 ein Müller der Gemeinde Corcelles bei Payerne beim Grossen Rat die Freiheit beanspruchte, ein wasserbetriebenes Sägewerk zu errichten, meinte der waadtländische Repräsentant *Louis Secrétan* (1758–1839), der Rat habe auf den Gegenstand nicht einzugehen, da alle Feudalrechte abgeschafft und der Müller somit frei sei, zu tun und lassen, was er wolle.[345] Dem widersprach jedoch der Zürcher HANS CONRAD ESCHER (1776–1823), den die Nachwelt unter dem Ehrentitel VON DER LINTH rühmt:

> «Der Gegenstand ist von der ersten Wichtigkeit. Helvetien hat in dem starken Fall seiner zahlreichen Gewässer eine Masse von lebendigen Kräften, welche unschätzbar ist; wird die Kraftmasse gehörig benutzt, so können durch dieselbe Dinge bewirkt werden, die ein anderes Land mit der grössten Mannigfaltigkeit von Dunstmaschinen und andern ähnlichen Kräften doch nie bewirken kann. Aber eben desswegen muss die Gesetzgebung Helvetiens diesen grossen Gegenstand sogleich in seinem ganzen Umfang betrachten und behandeln und durchaus nicht einzelne Theile daraus reissen und dann, als Kleinigkeiten, darüber sogleich abschliessen wollen. Die Anlegung einer Sägemühle kann die häufigsten Ueberschwemmungen in einem ganzen Thal veranlassen oder die Wässerung erleichtern. Aus dieser grossen Rücksicht fordere ich eine Commission, die einen Entwurf über die allgemeine Wasserbaupolizei vorzulegen hätte.»[346]

Damit setzte sich eine unvollkommene, ja opportunistische Gewerbefreiheit durch, insofern einzig die privaten, ehemals grundherrlichen Gewerbebewilligungsrechte «als feudalrechtlichen Ursprungs» aufgehoben wurden, während die Regalrechte, wo sie bestanden, auf den Staat übergingen und im öffentlichen Interesse geschützt wurden.[347] Es lag dies letztlich in der Natur der Sache; verletzt doch eine Revolution, «da sie gewaltsam ist, eine Menge privater Rechte, die den Eigentumsschutz genießen sollte».[348] Dies geschah be- 96

---

343 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 306; GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 13; HIS, Schweizerisches Staatsrecht I, S. 499–501. Der *Beschluss vom 19. Okt. 1798* ist abgedruckt bei STRICKLER, ASHR III: «Die gesetzgebenden Räthe, in Erwägung dass die Constitution gänzliche Freiheit und Gleichheit des Handels und Gewerbes jedem Bürger zusichert; In Erwägung dass der Zunft- und Innungszwang der Handels- und Gewerbsfreiheit gänzlich entgegen sei; Nachdem sie die Urgenz erklärt, *verordnen:* 1. Alle Gewerbe und Zweige der Industrie sollen in Helvetien frei, und aller bisherige Zunftzwang gegen dieselben aufgehoben sein. 2. Alle Handwerke, Gewerbe und Zweige der Industrie, welche auf die Sicherheit des Lebens, der Gesundheit und des Eigenthums der Bürger einigen Einfluss haben, stehen unter der Aufsicht der Polizei und unter den bisherigen Gesetzen, insofern dieselben die Erhaltung dieser Sicherheit zur Absicht haben» (Nr. 39, S. 195–196; Hervorhebung im Original).

344 SPEICH, Helvetische Meliorationen, S. 177.

345 Vgl. SPEICH, Helvetische Meliorationen, S. 177; FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 75.

346 Das Votum ist abgedruckt in STRICKLER, ASHR III, S. 197; zit. auch in FENNER, Entstehung des Wasserrechts, S. 71; zit. auch in SPEICH, Helvetische Meliorationen, S. 177–178.

347 HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 503, Fn. 39.

348 HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 528.

wusst mit Bezug auf das feudale Wirtschaftssystem, wo es zu einer «rechtlichen Aufhebung öffentlicher oder privater Rechte von Staats wegen durch eine Revolutionsherrschaft» ohne Entschädigung kam.[349] Gleichwohl kommt der Eigentumsgarantie im Wasserrecht überall dort eine wichtige Bedeutung zu, wo private Gewässer weiterhin zugelassen sind.

5.2 Die wasserpolizeiliche Aufsicht

97 Die Helvetische Republik beanspruchte ein polizeiliches Aufsichtsrecht über «alle durch Wasserräder getriebene(n) Gewerke, als Mühlen, Hammerschmieden, Stampfen und übrige».[350] Es war dies der Beginn der bereits dem Ancien Régime bekannten, von HANS CONRAD ESCHER nun für die gesamte Helvetische Republik geforderten Gewerbe- und Wasserpolizei.[351] Er selber wurde als Präsident einer fünfköpfigen Wasserbaupolizei-Kommission gewählt, welcher einen Entwurf zu einem helvetischen «Wasserbaupolizey-Gesetz» entwarf.[352] Um aber den chaotischen Zustand zu überbrücken, erliess das Helvetische Direktorium in der Zwischenzeit mit dem *Beschluss vom 3. Dezember 1798* eine Verordnung über die Durchführung der Gewerbefreiheit, wonach Gewerbe bei der Munizipalität um eine Bewilligung anzufragen hatten, welche sie bei Nachweis, dass «von Seite der allgemeinen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit keine Hindernisse gegen die Errichtung einer solchen Gewerbstätte vorhanden seien» auch erhielten.[353] Ebenso durfte

---

349 Vgl. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 528–529, vgl. zur Befreiung von Feudallasten S. 530–568.

350 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Aber Gewerbe mit einem Einfluß auf die Sicherheit des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums der Bürger sollten unter der Aufsicht der Polizei gemäß bisherigen polizeilichen Vorschriften bleiben und nur mit einer Einwilligung der Munizipalität betrieben werden dürfen. Diese sollte auch versagt werden, wenn das Wasserwerk einem schon bestehenden Betrieb das nötige Wasser entziehen oder dessen Verwendung zu größerem allgemeinen Nutzen verhindern würde» (S. 306); vgl. auch FENNER, Entstehung des Wasserrechts, S. 66–68.

351 Vgl. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 43; FENNER, Entstehung des Wasserrechts, S. 76; vgl. auch HIS, Schweizerisches Staatsrecht I, S. 502.

352 Vgl. FENNER, Entstehung des Wasserrechts, S. 76.

353 Vgl. auch FENNER, Entstehung des Wasserrechts, S. 66–67. Der *Beschluss vom 3. Dez. 1798* ist abgedruckt bei STRICKLER, ASHR III: «1. Jedermann der Vorhabens ist eine Art von Gewerb zu unternehmen, welche bisdahin nur vermittelst eins Ehehaftrechtes betrieben werden durfte, soll sich dafür mit einer Bewilligung versehen und zu dem Ende der Municipalität oder in Ermangelung derselben dem Agent seiner Gemeinde davon die Anzeige thun. 2. Zu dieser Art von Gewerben gehören namentlich alle durch Wasserräder getriebene(n) Gewerke, als Mühlen, Hammerschmieden, Stampfen und übrige […] 3. Die Municipalität oder in Ermangelung derselben der Agent, wird nach empfangener Anzeige den Ort, wo eine solche Gewerbstätte errichtet werden soll, in Augenschein nehmen und der Verwaltungskammer darüber Bericht abstatten. 4. Die Verwaltungskammer wird darauf untersuchen, ob von Seite der allgemeinen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit keine Hindernisse gegen die Errichtung einer solchen Gewerbstätte vorhanden seien. 5. Sobald sich keine Hindernisse dieser Art vorfinden, so ist die-

sie gemäss der *Ergänzung des Regulativs für Bewilligungen zur Anlage neuer Wasserwerke vom 28. April 1800* keinem anderen Wasserwerk das Wasser entziehen.[354]

Bei diesen Bewilligungen handelte es sich nicht mehr um die lehensrechtliche Verleihung eines Regals, da das Lehensrecht aufgehoben war. Es handelte sich aber auch noch nicht um die erst später auftauchenden Konzessionen, da kein Nutzungsrecht vergeben wurde; es handelte sich um Patentierungen, also zeitlich nicht befristete Gewerbepolizeibewilligungen.[355] Der Unterschied war, dass sowohl Regalrechts- wie auch Konzessionsvergaben von der Regierung willkürlich verweigert werden konnten, während ein Patent bei gewissen formalen Voraussetzungen und gegen Bezahlung einer in der Regel höher bemessenen 98

selbe ohne anders gehalten, die verlangte Bewilligung zu ertheilen. 6. Sie kann dabei keine Rücksicht auf die Menge ähnlicher Gewerbe, die in einem gewissen Bezirke wirklich vorhanden sind, noch auf den durch die Errichtung des neuen Gewerbes für die bisherigen Berufsgenossen entstehenden Verlust ihres Absatzes nehmen. 7. Ebenso wenig kann sie auf die allfälligen Einwendungen derer, welche die Beeinträchtigung eines von dem Gesetze anerkannten Eigenthumsrechtes vorschützen, bei ihrer Bewilligung Rücksicht nehmen, sondern wird dieselben der Beurtheilung des Gerichtshofes, an den sich die Eigenthümer zu wenden haben, überlassen. […]» (Nr. 123, S. 705–706).

354 Die *Ergänzung des Regulativs für Bewilligungen zur Anlage neuer Wasserwerke vom 28. April 1800* ist abgedruckt bei STRICKLER, ASHR V: «Der Vollziehungs-Ausschuss, […] In Betrachtung dass es sich keineswegs mit dem allgemeinen Besten verträgt, die Errichtung neuer Wasserwerke zuzugeben wenn die wirklich bestehenden dadurch mehr oder weniger unbrauchbar gemacht und des nöthigen Zuflusses von Wasser beraubt werden sollten; (Ferner) in Betrachtung dass der 7. Artikel des oben angeführten Beschlusses [scil. der Beschluss vom 3. Dez. 1798], der die Entscheidungen über vorkommende Einwendungen an die richterlichen Behörden weist, nur allein von solchen Fällen zu verstehen sei, wo ein Wasserwerk nicht an einem öffentlichen, sondern an einem Privat-Gewässer errichtet und daher in wahres Eigenthumsrecht gegen die Errichtung vorgeschützt wird; […] *beschließt:* 1) Die Verwaltungskammern werden jedesmal, wenn eine Bewilligung zur Errichtung eines neuen oder zur Vergrößerung eines wirklich vorhandenen Wasserwerks von ihnen verlangt wird, dieses Vorhaben sowohl an dem Orte der Errichtung selbst als in den zunächst liegenden Gemeinden öffentlich bekanntmachen lassen. 2) Bei der Bekanntmachung werden sie diejenigen, welche sich dadurch benachtheiligt finden möchten, auffordern, ihre Einwendungsgründe inner(t) einem bestimmten Zeitraum einzugeben. 3) Bei vorhandenen Einwendungen werden sie durch unparteiische Sachverständige eine Untersuchung an Ort und Stelle veranstalten. […] 5) Wenn es sich aus der Untersuchung ergibt, dass das neu zu errichtende Wasserwerk nicht statthaben kann, ohne einem wirklich bestehenden das zu seinem Betriebe erforderliche Wasser zu entziehen oder die zu dem Ende nöthige Kraft desselben zu schwächen, so wird die Bewilligung ohne anders verweigert werden. 6) Ebenso soll sie verweigert werden, wenn durch die Errichtung des neuen Wasserwerkes ein andrer, seines allgemeinen Nutzens wegen vorzuziehender Gebrauch des Gewässers verhindert würde. 7) In der zu ertheilenden Bewilligung sollen die allfälligen Bedingungen, unter denen die Anlegung eines neuen Wasserwerkes gestattet wird, bestimmt und deutlich ausgedrückt werden» (Nr. 396, S. 960–961).

355 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 307; vgl. auch GEISER, Geschichte des Wasserrechts im Kanton Bern, S. 13; vgl. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 504.

Patentgebühr jedermann erteilt werden musste.[356] Da die Wassernutzung frei war und nur polizeilichen Beschränkungen unterlag, war in der Helvetischen Republik von Wasserzinsen noch keine Rede.[357]

5.3 Der Entwurf zu einem Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei

99 HANS CONRAD ESCHER legte im Juli 1800 den Entwurf zu einem *Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei* vor, welcher jedoch – nach dem zweiten Staatsstreich vom August 1800 – nie in Kraft trat.[358] Da die Gesetzgebung der Helvetischen Republik zu einem gewaltigen Ausfall an Staatseinnahmen und einem «beinahe anarchische[n] Zustand» der Wassernutzung geführt hatte, wurden diese Regelungen mit dem Untergang der Helvetischen Republik in der Mediations- und Restaurationszeit rückgängig gemacht.[359] Interessant bleibt der Entwurf aber trotzdem, weil HANS CONRAD ESCHER darin gemeinrechtliche Grundsätze legte, welche für zahlreiche Gesetzgebungen der Eidgenossenschaft wegweisend sein würden (s. hinten Rz. 110, 468 und 546).[360] So hielt er gleich zu Beginn die gemeinrechtliche Vermutung der Öffentlichkeit aller Gewässer fest, wie sie JOHANN JAKOB LEU schon vertreten hatte (s. vorne Rz. 92):

> «§ 1. Alle Gewässer in dem Gebiete der Republik, sowohl Seen, als Flüsse, Ströme und Bäche, gehören unter Vorbehalt aller rechtsgültigen Eigenthums- und Benutzungs-Ansprachen, dem Staate zu.»[361]

100 Damit wich HANS CONRAD ESCHER bewusst von der mittelalterlichen Formel der «schiff- und flössbaren Ströme» ab, wie sie etwa das von ihm als Vorlage verwendete *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR)[362] und, etwas später, auch noch der *Code*

---

356 Vgl. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 518.

357 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 307.

358 Vgl. dazu ausführlich FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 76–113; vgl. auch SPEICH, Helvetische Meliorationen, S. 178.

359 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 306–307; GEISER, Geschichte des Wasserrechts im Kanton Bern, S. 13–14; vgl. insb. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts I, S. 516–521.

360 Vgl. FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte: «Diese Regulierung wurde zwar niemals in Kraft gesetzt, zentral an ihr ist aber, dass sie die Grundlage für die ihr nachfolgenden kantonalzürcherischen Erlasse zur Regulierung des Wasserrechts, beginnend mit dem ‹Beschluss des Kleinen Rats vom 5. Merz 1816, betreffend einen auf Wasserrechts-Ertheilungen zu legenden jährlichen Canon› bildete. Insbesondere der von Escher erstmals aufgestellte Grundsatz des erforderlichen Nachweises des Bestehens von privaten Rechten an öffentlichen Gewässern ist bis heute gültig» (S. 77).

361 § 1 des *Entwurfs zu einem Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei vom Juli 1800*, zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 79.

362 Vgl. FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 75.

Civil des Français (CC) übernehmen sollten.[363] Als Grund dafür nannte er die unklare Einteilung.[364] An den somit vollkommen öffentlichen Gewässern war einerseits der Gemeingebrauch gewährleistet,[365] es sollte aber dennoch die Möglichkeit der Vergabe des Nutzungsrechtes der Wasserkraft – der Entwurf benutzt das Verb «verpachten» – bestehen bleiben.[366] Damit hielt er am System der Regalität fest, wie er in seinen Vorlesungen als Professor der Staatswirtschaft am *Politischen Institut* in Zürich ab 1806 erklären sollte. Gleichwohl bedeutete für ihn die «Benutzung des Wassergefälls zur Bewegung von Mühlen» eine Abtretung «dieses Staatsregals in's Privateigenthum», was nur unter Anwendung der «möglichste[n] Sorgfalt» erfolgen sollte.[367] Da das Gefälle zum Betrieb einer Wasserkraftanlage nur beschränkt vorhanden sei, solle zudem für die Nutzung der Wasserkraft eine Gebühr erhoben werden, denn es sei

> «ein jährlicher Pachtzins in allen Fällen weit zweckmässiger als vollständige Veräusserung zu unbedingtem Eigenthum, wozu eigentlich keine Regierung das Recht hat, weil Regalien unveräusserlich seyen und bleiben sollten.»[368]

Damit übernahm HANS CONRAD ESCHER auch den Wasserzins aus dem Regalrecht 101
(s. vorne Rz. 76). Auch dieser sollte zusammen mit dem Institut der Wasserpolizei und der

363 Dies in Abweichung von II 15 § 38 ALR, wonach schiffbare «Ströhme» als «öffentlich» galten (vgl. FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 79, Fn. 249). Der drei Jahre später in Kraft tretende frz. Code Civil (CC) übernahm ebenfalls die mittelalterliche Einteilung der schiff- und flössbaren und erklärte diese im gemeinrechtlichen Sinne zu einer *res communes omnium*, vgl. Art. 538 CC: «Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, *les fleuves et rivières navigables ou flottables*, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public» (zit. in E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 12; vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 319).

364 So ESCHER in einem Brief: «Was ist gross oder klein? Beides ist relatif. Wäre einer genaueren Bestimmung unterworfen; kleinere Seen, auch ohne Geodalitaet, sind Seen u. da das Eigenthum privat herflorieren; Die können also entweders enschadigung, oder wenigstens das Dominium utile fordern. Sind die grösseren Flüss bis auf die Quelle eigenthum des Staats?» (zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 79, Fn. 249.

365 Vgl. § 3 des *Entwurfs zu einem Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei vom Juli 1800*: «Der Gebrauch des Wassers der dem Staat gehörigen Seen, Flüsse und Ströme durch Schöpfen für gewöhnlichen Hausgebrauch, Baden und Tränken, ist jedem Einwohner der Republik gestattet. Zu gleichem Gebrauch stehen auch die dem Staat gehörigen Bäche frey, insofern ihre ausschliessliche Anwendung zu irgendeiner Art von Wasserwerken nicht eine Ausnahme davon erforderlich macht» (zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 79).

366 Vgl. § 2 des *Entwurfs zu einem Gesetz über die schweizerische Wasserbaupolizei vom Juli 1800*: «Der Staat kann sein Eigenthumsrecht auf die Gewässer nicht weiter veräussern, sondern einzig den Gebrauch derselben zum bestmöglichsten allgemeinen Nutzen verpachten» (zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 79).

367 Zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 101.

368 Zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 101–102.

Vermutung der Öffentlichkeit der Gewässer die Helvetische Republik überleben und in das öffentliche Wasserrecht der Eidgenossenschaft des 19. Jahrhunderts einfliessen.

6. Das öffentlich-rechtliche kantonale Wasserrecht des 19. Jahrhunderts

102 Zwischen dem 18. und dem 19. Jahrhundert etablierte sich in der überwiegenden Mehrzahl der Kantone der Eidgenossenschaft ein öffentlich-rechtliches Verständnis des Wasserrechtes, insofern die Gewässer als öffentlich galten und unter dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens standen. Dies geschah nicht, indem etwa durch die Helvetische Revolution in die verschiedenen, durch die jeweilige kantonale Rechtsgeschichte und -tradition entstandenen Wildbäche planerisch eingegriffen und künstliche, durch rationale Ideen der Aufklärung geleitete Kanäle geschaffen wurden. Es entstand dieselbe Öffentlichkeit der Gewässer und dasselbe Verfügungsrecht des Gemeinwesens aus zwei unterschiedlichen, aber natürlich und historisch gewachsenen Zuflüssen.

6.1 Die Entstehung öffentlicher Gewässer aus dem Regal

103 Das Recht zur Nutzung der Wasserkräfte stand in den Städteorten mit Zunftverfassung oder mit aristokratischer Verfassung und ihren Untertanengebieten sowie in den landesfürstlichen Territorien grundsätzlich den Grund- und Gerichtsherren zu, wenn nicht die Obrigkeiten oder Landesherren ein Wasserregal, also ein Flussregal an einem schiff- oder flössbaren Wasserlauf oder ein Mühlenregal an einem kleineren Wasserlauf, hatten durchsetzen können (s. vorne Rz. 80).[369] Diese Durchsetzung begann in der frühen Neuzeit unter dem Einfluss des *ius commune*. So zeigt sich am Beispiel des aristokratischen Städteortes Bern, dass sich der Staat noch um die Mitte des 16. Jahrhunderts «auf einem Gebiete, wo er nicht Grundherr war, seine Verfügungen auf Reklamation der Berechtigten zurückzieht, weil ihm die Kompetenz fehlt, dieselben zu erlassen.»[370] Indem der Staat nach der Säkularisation der geistlichen Güter nach der Reformation zum Grundherr von rund drei Vierteln des Gebietes wurde, begannen sich die Unterschiede zu verwischen; immer mehr setzte sich das staatliche Selbstverständnis durch, dass «die Bewilligung und Verleihung von Wasserwerken Sache des Staates sei».[371] Zunächst nahmen Schultheiss und Rat von Bern gleichsam als Oberlehensherren die Kompetenz für sich in Anspruch, auf den Gebieten, wo ihnen die Grundherrschaft fehlte, gegen einen Bodenzins die Bewilligung von Wasserwerken zu

369 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 306; FENNER, Entstehung der Wasserrechte, S. 45

370 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 9.

371 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 9.

erteilen.[372] 1715 schliesslich wird der Grundsatz aufgestellt, dass Wasser und Wasserrunsen «hochobrigkeitliche Regale» seien und dass niemand darüber verfügen könne als «MgnHrn. [scil. Meine gnädigen Herren] Rät und Burger, also der Souverän oder ‹der höchste Gwaldt›». Damit waren Eingriffe in die Rechtssphären der Grundherrschaften, welche nicht dem Staate angehörten, legitimiert und der Staat nahm «überall das Verfügungsrecht über die Wasserläufe in Anspruch».[373] Dieser Prozess vollzog sich ähnlich in den anderen Städtekantonen.

Nach der Helvetik konnte in allen Städteorten und ihren ehemaligen Untertanengebiete an 104
die Stelle der einstigen Grund- und Gerichtsherren des Ancien Régimes der Kanton treten, ohne irgendwelche Rechte der Grundeigentümer aufzuheben.[374] Unter dem Einfluss des *ius commune* (s. vorne Rz. 91 ff.), der sich im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert vollzogenen Ausdifferenzierung von Privatrecht und öffentlichem Recht (s. vorne Rz. 36–39) und rückgreifend auf die in der Helvetik formulierten Ideen (s. vorne Rz. 97 ff.), wandelte sich das Regalrecht in den Händen des Staates zu einem modernen Rechtsbegriff: Es bezeichnete nun das ausschliessliche Nutzungsrecht einer gewissen Sache durch die Staatsgewalt, welche jede private Konkurrenz ausschliesst.[375] Als solches stellen Regalien ein Privatrecht und, wo dieses sich auf bestimmte Gegenstände bezieht, ein dem Eigentum nachgebildetes Recht dar, weshalb man die Regalien denn auch privatrechtliches Eigentum des Staates bezeichnet.[376] Damit fliessen im modernen Recht die mittelalterlichen Regalrechte mit dem römischrechtlichen Verständnis der öffentlichen Sache (*res publica*,

372 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 9–10.

373 GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 10; vgl. dazu auch LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «Wie der König sein Flussregal, so haben allerdings auch die Grund- und Gerichtsherren ihre Banngewalt an den kleineren Gewässern, den gemeinen Wässern, durchzusetzen vermocht und bestimmte Arten der Nutzung, die vordem frei und gemein waren, sich vorbehalten und durch Verleihung gegen Zins- und Dienstleistung über sie verfügt, so namentlich über die Fischerei und über die Verwendung des Wassers für Triebwerke, besonders Mühlen und Sägewerke. […] Die Weiterentwicklung vollzog sich in der Weise, dass die Landesherrn das Fischerei- und das Mühlenregal auch an den nicht schiffbaren Gewässern in Anspruch nahmen und in der Auseinandersetzung mit den Grund- und Gerichtsherren durchsetzten, erweiterten und es zu einer polizeilichen Oberaufsicht ausgestalteten» (S. 106–108).

374 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 320; vgl. auch E. HUBER, Die Gestaltung der Wasserrechte: «Unter Anknüpfung an die Regalität des Landesherrn oder an die Herrschaft des Grundherrn über die Gewässer wurde einerseits in einigen Kantonen dem Staate ein Herrschaftsrecht zugesprochen, das unter dem Einfluss der namentlich in Frankreich ausgebildeten absolutistischen Ideen zum ausschliesslichen Rechte der Staatsgewalt, zum Staatseigentum an den Gewässern geführt hat» (S. 506–507).

375 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III, § 98, S. 639–640.

376 E. HUBER, System und Geschichte III: «Diese Hoheitsrechte haben privatrechtlichen Inhalt und gehören nach dieser Seite dem Privatrecht an, ja es ist auch die Möglichkeit gegeben, dass solche Regalitätsrechte als Privatrechte an Private verliehen werden (§ 97, S. 625 und § 98, S. 639–640).

s. vorne Rz. 47 und 88) ineinander.[377] Es ist jedoch nicht mehr ein königliches Privileg, welches das Regalrecht und damit die öffentliche Sache schafft, sondern ausschliesslich die Gesetzgebung.[378] Für das moderne Sachenrecht stellt damit das Regal «die Beschränkung – nicht notwendigerweise finanzielle Belastung – des Gemeingebrauchs und der Gewerbefreiheit zu gunsten der Verwaltung» dar.[379] Dies ist etwas wesentlich anderes als ein polizeiliches Aufsichtsrecht, denn «das Regal trifft die Substanz der privaten Freiheit selbst».[380] Während das Regal somit beim Staat verbleibt, können die Nutzungsrechte daran verliehen werden:

> «Von da an werden nicht mehr die Regalien als solche, sondern nur mehr Nutzungsrechte an den Gewässern vom Staat auf Dritte übertragen. Und zwar geschah diese Abtretung in allen denjenigen Formen, unter welchen dingliche Rechte übertragen wurden. Der Belehnte wird dadurch Inhaber einer Rechtssame, d.h. eines nach Art, Umfang und Örtlichkeit fest begrenzten Nutzungsrechts.»[381]

105 Diesen Überlegungen folgte der Kleine Rat des Kantons Zürich als er, gestützt auf ein zuhanden der Zürcher Finanz-Kommission am 14. Februar 1816 eingereichtes Gutachten von HANS CONRAD ESCHER,[382] welches die Ideen der Helvetischen Republik wieder aufbrachte, in seinem «Beschluss […] vom 5. Merz 1816 betreffend einen auf Wasserrechts-Ertheilungen zu legenden jährlichen Canon» erstmals rechtskräftig die Einteilung der Kategorie der öffentlichen und privaten Gewässer einführte:

> «§ 3. Da die nicht in erweisliches Privat-Eigenthum übergegangen Gewässer zu den Staats-Regalien gehören, so muss für die Ertheilung neuer, oder für die Ausdehnung bereits bestehender Wasserrechte, dem Staate ein jährlicher Canon bezahlt werden, der mit der zu bezahlenden Gebühr für die Bewilligung zu Gewerbsbetreibungen, die für das innere Bedürfnis arbeiten, in keiner Verbindung steht, sondern von derselben unabhängig ist.»[383]

106 Diese Regelung wurde unter der liberalen Zürcher Regenerationsverfassung von 1831 im *Gesetz über Ertheilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse vom 21. März 1836* übernommen, dem ersten Wasserrechtsgesetz auf rein öffentlich-rechtlicher Grund-

---

377 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 10–11; LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 108.

378 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III: «Die Gesetzgebung schafft öffentliche Sachen, oder umschreibt, was als öffentliche Sache zu betrachten sei. Zu letzterem ist sie besonders veranlasst bei Gewässern» (§ 97, S. 625).

379 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 142.

380 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 142–143.

381 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 45.

382 Das Gutachten ist abgedruckt in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 147–154.

383 Zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 156; vgl. auch: «In § 3 wird erstmals der bis heute gültige Grundsatz aufgestellt, dass nicht nachweislich in Privateigentum übergegangene Gewässer zu den Staatsregalien gehören, das heisst, öffentlich sind» (S. 157, Fn. 490 und S. 161–162).

lage.[384] Darin wurde die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserkraftwerken zu einem Regal des Staates erklärt, welchem es durch seine Behörden zustehe, das Recht zu dieser Benutzung zu verleihen.[385]

> «**§ 1**. Die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken ist ein Regal des Staates; demselben steht die Befugnis zu, durch seine Behörden das Recht zu dieser Benutzung zu verleihen und die Vorkehrungen, wodurch dieselbe möglich gemacht oder begünstigt werden soll, wie Dämme, Wuhrungen, Anlegung von Kanälen, Teichen und ähnliche für solche Wasserwerke dienliche Einrichtungen zu gestatten.
>
> **§ 2.** Zur Errichtung neuer Wasserwerke oder zur Vermehrung der Wasserkraft bestehender Werke ist die Bewilligung des Regierungsrathes erforderlich. Nach vorhergegangener Untersuchung durch einen Sachkundigen wird diese Bewilligung ertheilt, wenn keine Gefahren oder Nachtheile in polizeilicher Hinsicht davon zu besorgen und allfällige Privateinsprachen gehoben sind. […]»[386]

6.2 Die Entstehung öffentlicher Gewässer aus dem genossenschaftlichen Gemeingut

Nicht nur in den ehemaligen Städteorten, sondern auch in allen anderen Landsgemeinde- oder Länderorten sowie in den zugewandten Orten Graubünden und Wallis stellten im 19. Jahrhundert Seen, Flüsse und Bäche öffentliche Gewässer dar.[387] In diesen vormodernen Demokratien war jedoch nicht ein früheres Herrschaftsrecht von Grund- oder Gerichtsherren bzw. des Landesherrn die Grundlage der öffentlich-rechtlichen Unterstellung der Wasserläufe, sondern das genossenschaftliche Nutzungs- und Verfügungsrecht einer Korporation des öffentlichen Rechts (s. vorne Rz. 72 ff.). Im Zuge einer rechtsgeschichtlich weniger genau erforschten Entwicklung, welche im Rahmen der vorliegenden Arbeit daher auch weniger genau dargestellt werden kann, trat an die Stelle der kleineren oder grösseren Genossenschaften zumeist deren Rechtsnachfolger als öffentlich-rechtliche Körperschaften.[388] Die kantonale Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts bestätigte diese Entwicklung, in- 107

---

384 Vgl. auch das dazugehörige Reglement vom 8. November 1836; vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 309–310; WYER, Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, S. 19.

385 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Diese Verleihung wird als Bewilligung bezeichnet, aber sie wird gegen Entgelt in der Form eines jährlichen Wasserzinses erteilt, welcher durch den 20fachen Betrag losgekauft werden kann. Hier liegt also nicht eine Polizeierlaubnis, sondern schon wieder eine eigentliche Verfügung über Wasserkräfte auf der Grundlage des Regals» (S. 309); GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 26.

386 § 1 und 2 des *Gesetzes über Ertheilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse vom 21. März 1836,* zit. In FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 171–172.

387 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 320.

388 Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «In den Gebieten unseres Landes, in denen freie Tal- und Dorfgemeinden bestanden und sich auch durch die Jahrhunderte der Neuzeit erhielten, behauptete sich auch deren Eigentum am Gewässer. Aber diese Markgenossenschaften wurden zu autonomen politischen Körperschaften. Die Gewässer, die ihnen zustanden, erhielten dadurch

dem sie die Mehrheit der Gewässer zu öffentlichen Gewässern erklärte.[389] Der Unterschied dieser «moderne[n] Wasserallmende von derjenigen, die wir in den Weistümern finden» ist ein doppelter: Zum einen ist sind nicht nur «die nicht schiff- und flossbaren [sic] Gewässer beschränkt», zum anderen «sind nicht bloss die Dorf- oder Markgenossen, sondern alle Staatseinwohner schlechthin» zur Nutzung berechtigt, da sie «aus genossenschaftlichem Eigentum in öffentlichrechtliches der Verwaltung übergegangen ist, welche das Gewässer nicht für sich selbst ausbeutet, sondern ihre Aufgabe darin erblickt, dass sie dieses dem Publikum zur Benutzung überlasst».[390]

108 So fiel das Eigentum an den Gewässern in Graubünden und im Wallis – mit Ausnahme der Rhone und des Genfersees, welche im Eigentum des Kantons stehen – den Gemeinden zu.[391] Im Kanton Uri verteilt sich das öffentliche Eigentum auf den Kanton, die beiden grossen Allmendkorporationen Uri und Urseren und die Gemeinden.[392] In den Kantonen

---

den Charakter von öffentlichen Gewässern. Für die Anerkennung von privaten Gewässern war hier kein Raum. Es bedurfte da des Umweges über die Regalität zur Überwindung privater Verfügungsrechte an den Gewässern nicht. Nun wurden hier, wie in Graubünden und zum Teil im Wallis und in Uri, die Gemeinden und nicht der Staat die Subjekte der Gewässerhoheit» (S. 108). GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Allein sie kam doch da, wo ein selbständiges Orts- oder Landesgemeinwesen entstand, bisweilen vor. So sind die Thalmarkgenossenschaften von Uri und Schwyz nach ihrer Umwandlung in demokratische Freistaaten doch zugleich Wirthschaftseinheiten geblieben, welche heute wie vor Jahrhunderten die Landesallmende zum größten Theil für die wirthschaftlichen Bedürfnisse der einzelnen Landleute verwenden und in welchen heute wie vor Jahrhunderten das rein politische Landesbürgerrecht zugleich die Theilnahme an diesen wirthschaftlichen Vortheilen verleiht» (§ 55, S. 690).

389 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III: «Die Gesetzgebung schafft öffentliche Sachen, oder umschreibt, was als öffentliche Sache zu betrachten sei. Zu letzterem ist sie besonders veranlasst bei Gewässern» (§ 97, S. 625).

390 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 141–142.

391 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321; E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 627; DERS., Gestaltung des Wasserrechtes, S. 510). Im 19. Jahrhundert scheint noch wenig Gebrauch davon gemacht worden zu sein, schreibt doch *Peter Conradin von Planta* (1815–1902) in seinen Erläuterungen zum *Civilgesetzbuch von Graubünden* (1862): «Der Reichtum der meisten Gemeinden unseres Kantons an Wasserkräften verbunden mit der geringen Nachfrage nach letzteren bringt es freilich mit sich, daß die Gemeinden ihr Konzessionsrecht selten geltend machen» (zit. In LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 311; zu *Planta* und der Kodifikation in Graubünden vgl. ELSENER, § 11, S. 189–203). Derselbe Rechtsatz floss in Art. 149 EGzZGB GR 1944. Für den Kanton Wallis vgl. Weisung des Regierungsrates an die Gemeinden vom 29. September 1891 betreffend Regelung der Konzessionserteilung (vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 510), danach Art. 1 kWRG 1898 sowie die *Loi concernant l'attribution de la propriété des biens du domaine public et des chases sans maître vom 17. Januar 1933* (vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321, Fn. 32; vgl. auch BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 11); zur besonderen Rechtsstellung der Rhone vgl. insb. CARLEN, Rechtsgeschichte der Rhone, S. 65–66.

392 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321; vgl. die *Verordnung betreffend Feststellung des Staatseigentums an Seen und Flüssen und Benützung öffentliches Gewässer vom*

Appenzell Innerrhoden und Ausserrhoden gingen die genossenschaftlichen Allmendgewässer jeweils auf den Kanton über.[393] Im Kanton Schwyz gehören die öffentlichen Gewässer den Bezirken oder dem Kanton, da sich das Alte Land Schwyz mit der Oberallmendkorporation gedeckt hatte und da über das äussere Land zusammen mit der Landeshoheit auch das Recht der Verfügung über die Gewässernutzung ausgeübt worden war.[394] Im Kanton Tessin schliesslich hat der Kanton an den «fiumi e torrenti» ein Verfügungsrecht, während die kleinen Wasserläufe den Patriziati (Bürgergemeinden) als Nachfolger der Genossenschaften gehören.[395]

7. Die Grundzüge der gemeineidgenössischen Wasserrechtsordnung im 19. Jahrhundert

Erst die Verfassungsrevision des Jahres 1874 brachte eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Wasserbaupolizei (s. hinten Rz. 343). Die Gesetzgebungskompetenz zur Nutzung öffentlicher Gewässer folgte sogar erst 1908 (s. hinten Rz. 540). Doch auch ohne Bundesgesetzgebung auf dem Gebiet des Wasserrechtes begann im jungen Bundesstaat zwischen 1850 und 1880 unter dem zürcherischen Vorbild (s. vorne Rz. 106) eine erste Periode reger kantonaler Gesetzgebung, so etwa in den Kantonen Aargau (1856),[396] Basel-Land (1856),[397] Freiburg (1867), Waadt (1869),[398] Neuenburg (1869),[399] Zürich 109

27. Oktober 1891 (vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 509; LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321, Fn. 33).

393 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321. Für den Kanton Appenzell Innerrhoden vgl. insb. FÄSSLER, Das Recht der öffentlichen Gewässer im Kanton Appenzell I.Rh., S. 1, 9, 38–40.

394 Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes: «Schwyz: Es besteht hier überhaupt kein kantonales Wasserrecht. Ueber die Wasserkraft verfügen die Bezirksgemeinden» (S. 509); vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321.

395 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321. Während noch Art. 99 der *Legge generale sul registro fondiario von 1933* den Korporationen des öffentlichen Rechts, darunter insbesondere den Gemeinden und Patriziati (vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 321, Fn. 35) die öffentlichen Gewässer zugesprochen hatte, gehören diese nun ausschliesslich dem Kanton.

396 Vgl. das *Spezialgesetz des Kantons Aargau vom 28. Februar 1856 und die dazugehörige Verordnung vom 18. September 1856* (LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 309).

397 Vgl. das *Gesetz über die Verleihung von Wasserrechten vom 9. Juni 1856 des Kantons Basel-Land* (LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 310).

398 Vgl. das *Wasserrechtsgesetz des Kantons Waadt vom 26. November 1869*, welches eine jährliche Abgabe des Konzessionärs einführt (LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 310–311).

399 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 311. Das *Wassergesetz vom 29. November 1869* war das erste, das in Art. 30 eine Höchstdauer für die Konzession von 99 Jahren festsetzte, jedoch ausdrücklich die Möglichkeit der Erneuerung und deren Unentgeltlichkeit vorsah «weil sie im allgemeinen Interesse der Industrie erteilt würden» (S. 311, Fn. 16).

(1872), Luzern (1875),[400] Obwalden (1877),[401] Schaffhausen (1879).[402] Erst aber das Wasserrechtsgesetz des Kantons St. Gallen vom 23. November 1893 übertrug diverse, aus der Rechtsgeschichte bekannten Institute auf den Staat – so namentlich das Heimfallrecht[403] – und führte damit erstmals alle Elemente auf, welche sich bis ins geltende Wasserrecht erhalten würden.[404] Nachfolgend sollen nun die in alle diesen kantonalen Wasserrechtsordnungen sich äussernden Grundzüge des gemeineidgenössischen Wasserrechtes dargestellt werden.

7.1 Die Einteilung in öffentliche und private Gewässer

110 Die gemeinrechtliche Unterteilung der Gewässer in private und öffentliche erfolgte im 19. Jahrhundert beinahe in allen Kantonen mit Ausnahme der Kantone Schwyz, Zug und insbesondere Glarus.[405] Bezüglich der Frage, welche Gewässer öffentlich und welche privat seien, setzte sich weder in den Ständen der Welsch- noch in der Deutschschweiz die sowohl im französischen als auch im deutschen Recht vorherrschende, auf der mittelalterlichen Einteilung zwischen «schiff- und flössbaren Flüssen» (s. vorne Rz. 75 ff.) beruhende Rechtsauffassung durch.[406] Stattdessen verfolgte die kantonale Gesetzgebung den gemein-

400 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 311.

401 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 311.

402 Vgl. WYER, Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, S. 19.

403 Vgl. insb. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 74–75; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 5. AUGUSTIN weist daraufhin, dass der Grund für diese Rezeption bzw. Übertragung eines erbrechtlichen Institutes ins Wasserrecht nach wie vor unklar ist (Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 71, Fn. 51).

404 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Verfügungsrecht des Kantons über die Wasserkraft der Seen, Flüsse und Bäche; Vorrecht des Kantons und der Gemeinden auf die Ausnutzung; Höchstdauer des verliehenen Wasserrechts (50 Jahre); Konzessionsgebühr und Wasserzins; Genehmigungserfordernis für Übertragungen des Wasserrechtes (vor der Eröffnung des Betriebes); Erteilung des Expropriationsrechtes an den Konzessionär; Bildung von Korporationen der Wasserwerkbesitzer; Frist für die Eröffnung des Betriebes; Verwirkung und Heimfall; Gewährleistung der ‹zur Zeit bestehenden Wasserwerkanlagen und der bis anhin zu wirtschaftlichen Zwecken geübten Wasserrechte in ihrem bisherigen Bestande›; der Wasserrechtskataster» (S. 312–313).

405 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Die Verfügung über die Wasserkräfte bedurfte jedoch überall, wo sie dem Gemeinwesen zustand, was einzig für Glarus in bezug auf keine Gewässer zutraf, der Regelung durch das öffentliche Recht» (S. 309); vgl. auch LIVER, Die ehehaften Wasserrechte: «[…] mit der einzigen Ausnahme des Kantons Glarus, welcher die Einteilung der Gewässer in öffentliche und private überhaupt nicht mitgemacht hat» (S. 468).

406 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 319; vgl. auch BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 10; M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 135. Eine Ausnahme bildet der Kanton Bern, vgl. dazu § 1 *des Wasserrechtsgesetz des Kantons Bern vom 3. April 1857*, zit. in LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Alle Gewässer, welche zur Schiffahrt oder Flösserei benützt werden, sind öffentliche Sachen» (S. 319) sowie die *Ver-*

rechtlichen, von JOHANN JAKOB LEU bereits erwähnten und von HANS CONRAD ESCHER angewandten Grundsatz der Öffentlichkeit der Gewässer, unter Vorbehalt älterer privatrechtlicher Nutzungsrechte (s. vorne Rz. 92 und 99).[407] Dies zeigt sich etwa im Sachenrecht des von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI verfassten *Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich* (PG ZH) von 1854, in welchem das Wasser erstmals einer umfassenden Regulierung unterzogen wurde (zur Person s. hinten Rz. 216 ff.).[408] Darin werden im fünften Abschnitt (*Von den Regalien und den aus ihnen hergeleiteten Gerechtigkeiten*) unter der Marginalie «Rechte an Gewässern» Gewässer als «Gemeingut» für öffentlich erklärt:

> «§ 657. S e e n , F l ü s s e und in der Regel auch die B ä c h e , so weit sich an denselben nicht ein hergebrachtes Privatrecht nachweisen läßt, sind Gemeingut.»[409]

In seinen Erläuterungen dazu hält JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI fest, es sei im Zweifel «auf die öffentliche Natur zu schließen», doch die Frage «[w]elche Sachen […] öffentlich seien, welche nicht, ist zunächst eine Frage des öffentlichen Rechts».[410] Das bedeutet, dass es im Ermessen des kantonalen Gesetzgebers stand, die Gewässer zur öffentlichen Sache zu erklären sowie diese dem Gemeingebrauch zu überlassen oder nicht.[411] Diese «Vermutung zu Ungunsten des Privateigentums»[412] findet sich in zahlreichen kantonalen Rechtsordnungen. Dennoch war es die Auffassung aller «neueren» Wasserrechtsordnungen, «dass die allgemeinen, sozialen Interessen beim Wasser dominieren sollen.»[413] So ist es «nach 111

ordnung betreffend Bezeichnung der öffentlichen Gewässer und der unter öffentlicher Aufsicht gestellten Privatgewässer vom 19. Oktober 1859 (vgl. E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 13, Fn. 1). Ebenso der Kanton Freiburg, vgl. dazu *Loi sur les flottages vom 13. Mai 1867*; *Ausführungsbestimmungen des Staatsrates vom 24. Mai 1867*; *Loi sur les eaux navigables vom 19. Mai 1881* (vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 319, Fn. 27).

407 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 320; vgl. auch DERS., Der Prozess des Müllers Arnold, S. 109; vgl. auch M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 135.

408 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 309; FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 186.

409 § 657 PG ZH; zit. auch E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 626; vgl. auch BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 10.

410 PG ZH, Erläuterungen zu § 485 Abs. 2, S. 12.

411 E. HUBER, System und Geschichte III, § 98, S. 640. Diese Hoheit kann sich unterschiedlich äussern, u.a. auch in der Zurverfügungstellung: «Zugleich aber steht dieser Auffassung auch überall die andere gegenüber, dass der Staat die Freiheit der Benutzung der Gewässer, der Jagd und der Fischerei und des Bergbaues anerkenne und nur kraft seiner Hoheit die Ausübung dieser Freiheit ordne, und nicht immer ist es klar zu bestimmen, welche der beiden Auffassungen vorwalte. Betr[effend] die Gewässer ist zu sagen, dass der Standpunkt der Freiheit, resp[ektive] der bloss hoheitlichen Regelung durch den Staat vorherrscht» (§ 98, S. 640).

412 HAFF, Wasserkraftrecht, S. 37–38; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum WRG, S. 93.

413 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 134.

schweizerischem Recht die Regel, dass Seen, Flüsse und Bäche öffentliche Gewässer sind.»[414]

7.2 Die Bedeutung von öffentlich

112 Was genau mit «öffentlich» gemeint sei, war im 19. Jahrhundert unklar.[415] In jedem Fall bezog sich die Öffentlichkeit eines Gewässers auf dessen Nutzung:[416]

> «Bei öffentlichen Gewässern kommen die Nutzungen dem Staat resp. der Gesamtheit, bei privaten den Anrainern oder dritten Personen, welche von ersteren dieses Recht erworben haben, zu.»[417]

113 Es konnte sich daher bei einem öffentlichen Gewässer um eines der folgenden drei möglichen Institute handeln:

Öffentlich im Sinne eines *Regalrechts* (s. vorne Rz. 76): Regalien bezeichnen in diesem Sinne «nutzbare Rechte, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis gilt».[418] Im Falle des Wasserrechtes können sowohl Wasser, wie auch Flussbett und Ufer im Privateigentum der Ufereigentümer stehen, der Staat allein hat aber das Wasserregal und damit das ausschliessliche Recht zur Nutzung der Wasserkraft; der Staat kann dieses Nutzungsrecht vergeben.[419]

Öffentlich im Sinne einer Sache, die *keine Sache im privatrechtlichen Sinne* darstellt (*res extra commercium*, s. vorne Rz. 47): Wasser, Flussbett und Ufer sind damit nicht

414 LIVER, Die ehehaften Wasserrechte, S. 467.

415 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 325; BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 32; F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 21.

416 Vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Juristisch genommen, ist der Begriff ‹öffentlich› und ‹privat› mit Bezug auf die Wasserläufe auch heute lediglich auf die Benützung zu beziehen» (S. 31).

417 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 30.

418 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 735, E. 3.

419 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 325–326; vgl. auch LIVER, Die ehehaften Wasserrechte: «Ein Regal liegt aber nur vor, wenn dem Staat die Verfügung über die Benutzung des Wassers und der Wasserkraft eines Gewässers zusteht, das nicht in seinem Eigentum steht» (S. 469, Fn. 6).

verkehrsfähig, stehen aber im Gemeingebrauch.[420] Dieser Grundsatz findet sich in Verbindung mit dem soeben zitierten § 657[421] in § 485 PG ZH:

> «§ 485. Dem Privateigentum entzogen sind:
> a. […]
> b. Die öffentlichen, dem gemeinen Gebrauche zudienenden Sachen, als Seen, Flüsse, Strassen, Brücken, Plätze u. s. f., so lange sie dem öffentlichen Gebrauche überlassen sind.»[422]

Diesem Beispiel folgten zahlreiche kantonale Kodifikationen.[423] Dies war Ausdruck der damaligen – im Rahmen des Basler Schanzenstreites[424] verfochtenen – gemeinrechtlichen Doktrin, wonach Eigentum mit dem Gemeingebrauch unvereinbar sei.[425] Auch stand die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts noch unter dem Einfluss der ursprünglich absolutistischen Fiskustheorie (s. hinten Rz. 302 ff.),[426] wonach Eigentum dem Staat nur als Fiskus zustand; die Gewässer aber sollten gerade eben von einem verkehrsfähigen Fiskalgut ausgeschlossen werden.[427] Damit trotzdem an öffentlichen Gewässern eine staatliche Gewässerherrschaft gewährleistet sein sollte, unterstellte

---

420 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 325; vgl. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II: «Und so ist hier zunächst das Ergebnis: Die im Gemeingebrauch stehenden Sachen sind res nullius, und zwar beharrliche res nullius, die auch nicht fähig wären, jemandes Eigentum zu werden, res extra commercium» (S. 43); vgl. auch E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 11–12; vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Das Zivilgesetz spricht sich nicht darüber aus, was im öffentlichen Eigentum steht, ob nur das Fluss, bezw. Seebett mit den ausgemarchten Ufern oder auch die Wassermasse. Auch wenn man die Wasserwelle als eine res nullius betrachtet, da wo es sich um nicht geschlossene Privatgewässer handelt, so wird es bei öffentlichen Gewässern das richtige sein, sowohl für das Bett wie für das Wasser jene grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft des Staates über die Sache anzunehmen und in dem Aneignungsrecht Privater an der Wasserwelle öffentlicher Gewässer lediglich eine Form des Gemeingebrauchs erblicken […]» (S. 141).

421 Siehe Fn. 409.

422 § 485 PG ZH (Hervorhebung im Original); zit. auch in E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 14; zit. auch in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 187.

423 Für eine Auflistung vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 327.

424 Vgl. ZK ZGB IV-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 664, Rz. 10.

425 So wurde etwa auf Antrag der grossrätlichen Kommission beschlossen, im Entwurf zum aargauischen Wasserrechtsgesetz statt Eigentum «Hoheitsrecht des Staates» zu schreiben, da «das Eigentum an Eigenschaften erinnert, denen sich die Natur des fließenden Wassers nicht fügt» (zit. in LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 327); vgl. auch E. HUBER, Die Gestaltung der Wasserrechte, S. 537; vgl. FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 208–209.

426 Zur Fiskustheorie vgl. insb. FLEINER, Institutionen, S. 33; FLEINER, Umbildung zivilrechtlicher Institute, S. 3–4; FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 209, Fn. 657.

427 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 329; M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 139.

man sie dem «Hoheitsrecht des Staates».[428] Solche Hoheitsrechte bezeichnen «begriffswesentliche Bestandteile der Staatsgewalt, deren Inhalt dem öffentlichen Recht angehört, auch wenn sie finanzieller Natur sind, sodaß aus ihm auch abgeleitete Privatrechte nicht hervorgehen können».[429] Bei Gewässern ergeben sich Hoheitsrechte als «Ausfluß der Territorialhoheit, und haben persönlichen oder dinglichen Charakter, je nachdem der Territorialhoheit solcher beizulegen ist».[430] Grundsätzlich bedeutet ein Hoheitsrecht insbesondere ein «Aufsichtsrecht» des Staates; und wie «neben der Territorialhoheit des Staates Raum ist für volles Privateigentum Dritter an Grund und Boden, so bestehet neben der Wasserhoheit des Staates das Eigentum der Privaten an den Gewässern zu Recht».[431] Zunehmend nahm der Staat aus seinem Hoheitsrecht aber nicht nur die Aufsicht und Kontrolle darüber, sondern auch die Befugnis zur Regelung des Gebrauchs und der Nutzung.[432] Je mehr sich diese Staatshoheit aber zum «Verfügungsrecht über die öffentlichen Sache» wandelte,[433] desto mehr wurde der Begriff des «Hoheitsrechtes» zu einem «Mäntelchen, hinter dem die wirklichen Befugnisse des Staates weniger deutlich sichtbar werden» sollten.[434]

Öffentlich im Sinne eines *Eigentumsrechts des Staates* (*res publica*, s. vorne Rz. 47): Unter die sogenannten «fiskalischen Rechte» fallen «die gewöhnlichen Privatrechte, die dem Staate auf Grund eines privatrechtlichen Erwerbstitels zugehören».[435] Der Staat besitzt ein privatrechtliches Eigentumsrecht am Wasser, Flussbett und – je nach Rechtsordnung – auch am Ufer und stellt diese durch das öffentliche Recht dem Ge-

---

428 So etwa Art. 1 *WRG des Kantons St. Gallen von 1893*, vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 327, Fn. 43.

429 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 735, E. 3; vgl. insb. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II: «Aber nach Kraft und Wirksamkeit tritt hier die Aufsicht der Obrigkeit stark in den Vordergrund. Sie gestaltet sich zu einem alles aufsaugenden landesherrlichen Hoheitsrecht: Wegehoheit, Wasserhoheit, wonach den Fürsten das Recht zusteht, Straßen anzulegen oder einzuziehen, Flüsse zu regulieren, die Benutzung zu ordnen, vor allem auch Abgaben davon zu erheben und die ganze Polizei darüber zu handhaben» (S. 43); vgl. auch BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Einer dritten Ansicht zufolge sind die Rechte, welche aus dem Staatseigentum fliessen, niemals civilrechtlicher Natur, sondern stellen sich vielmehr inhaltlich lediglich als rein hoheitliche Befugnisse dar. Schwab […] drückt sich dahin aus, dass der Staat ein mehr polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung der Staatsbürger, als ein ausschliessliches Verfügungsrecht über die Sache habe» (S. 32–33); vgl. auch M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 139.

430 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 735, E. 3.

431 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 735, E. 3.

432 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 329; vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 33.

433 Zit. in LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 331, Fn. 54.

434 LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 330; vgl. auch M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 140.

435 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 735, E. 3.

meingebrauch oder zur Nutzung der Wasserkraft zur Verfügung.[436] Diese Vorstellung musste im Zuge der Emanzipation des öffentlichen Rechts vom Privatrecht (s. hinten Rz. 296 ff.) erkämpft werden.[437] So wurde in den Kantonen Basel-Land,[438] Wallis[439] und Graubünden[440] das Eigentum des Staates an öffentlichen Gewässern anerkannt.

In dieser oder jener Weise galten alle Gewässer der Eidgenossenschaft – mit der Ausnahme der Kantone Schwyz, Zug und Glarus – als öffentlich, wobei sich die Rechte der Kantone letztlich anglichen: 114

> «Wie sich der Staat zur öffentlichen Sache stellt, ob er als Eigentümer derselben betrachtet werden will, oder sie als niemandes Eigentum erklärt» und sich darüber ein Hoheitsrecht zuspricht, spielt letztlich keine Rolle.[441]

7.3 Die wasserpolizeiliche Aufsicht über öffentliche und private Gewässer

Seit frühester Zeit findet sich die Rechtsüberzeugung, dass die Nutzung der Wasserkraft nicht zum Nachteil anderer geschehen darf. PETER LIVER nennt es einen genossenschaftlichen Gedanken,[442] doch findet er sich bereits im alemannischen Nutzungsrecht der Ufereigentümer (s. vorne Rz. 56). Die Überzeugung, dass alle Anlieger als Eigentümer denselben Gebrauch vom Wasser machen können sollten, führte gewissermassen selbstverständlich zu einer Beschränkung der individuellen Nutzungsrechte.[443] So wird in beinahe allen Rechtsordnungen dem Oberlieger verboten, vom Wasser einen übermässigen 115

---

436 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 325, 332–33; vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 32–33.

437 Vgl. beispielhaft der Einsatz FLEINERS, Ueber die Umbildung, S. 16.

438 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 330; Art. 43 Abs. 2 KV BL 1892: «Das Areal der öffentlichen Straßen und der öffentlichen Gewässer ist Eigentum des Staates»; in der geltenden KV BL 1984 jedoch wieder rückgängig gemacht, vgl. § 118 Abs. 2: «Er übt die Hoheit über Gewässer und Kantonsstrassen aus».

439 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 331; heute in Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über den Wasserbau: «Die öffentlichen Gewässer sind Eigentum des Kantons oder der Gemeinden».

440 Vgl. LIVER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 330; Art. 119 Abs. 2 EGzZGB GR 1944, zit. in Fn. 391.

441 E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 625; vgl. DERS., Die Gestaltung der Wasserrechte: «Mag man von Staatseigentum oder von Niemandes Eigentum sprechen, wir haben auf alle Fälle das Seitenstück vor uns, sowohl zum Eigentum oder vollen Beherrschungsrecht an der Bodenfläche und am Wasser, als zur beschränkten dinglichen Berechtigung» (S. 537).

442 Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 109–110.

443 Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 110. BLUNTSCHLI zufolge beruht diese Beschränkung «auf der natürlichen Ordnung des Bodens und des natürlichen Wasserlaufs […]. Es ist daher keine Verletzung des Eigenthums […] und es wäre im Gegentheil eine Mißachtung der natürlichen Verhältnisse» (vgl. Kommentar zum § 578 des PG ZH, S. 88).

Gebrauch zu machen, dem Unterlieger hingegen wird ein Rückstau verboten. Das Wasser darf zudem weder abgeleitet noch verunreinigt noch in schädlicher Weise gestaut werden, auch dürfen nicht bauliche Veränderungen vorgenommen werden, welche den natürlichen Wasserablauf verhindern und den Wasserstand verändern, wenn dadurch den Nachbargrundstücken Nachteile verursacht werden.[444]

116 Die Helvetische Republik, welche die Gewerbefreiheit verkündete, führte diese wasserpolizeiliche Aufsicht des Staates ein (s. vorne Rz. 97 ff.). Mit der Mediationsakte von 1803 fiel diese Kompetenz wieder dahin: Da gemäss Art. 12 die Tagsatzung nur über diejenigen Kompetenzen verfügte, die ihr in der Mediationsakte ausdrücklich zugewiesen wurden, wurde die Wasserbaupolizei wieder Zuständigkeit der Kantone.[445] Der Landammann der Schweiz besass während der Mediationszeit lediglich, aber immerhin, ein notfallmässiges Oberaufsichtsrecht im Bereich des Wasserbaus.[446]

117 So findet sich die Wasserbaupolizei in der kantonalen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Zumeist geht es dabei um den Uferschutz und den Schutz bestehender Rechte sowie auch privater Rechte.[447] Entsprechende Vorschriften finden sich etwa im *Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich*.[448] Und da die diesbezüglich von der Nutzung der Wasserkraft

444 Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 110.

445 Vgl. Art. 12 der Mediationsakte von 1803: «»Die Kantone üben alle Gewalt aus, die nicht ausdrüklich der Bundesbehörde übertragen ist» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 178); vgl. auch HAUSER, Linthkorrektion, S. 19.

446 Vgl. Art. 23 der Mediationsakte von 1803: «Der Landammann der Schweiz kann nöthigenfalls Aufseher zur Untersuchung der Heerstraßen, Wege und Flüsse absenden. Er ordnet dringende Arbeiten, die dahin gehören, an, und läßt sie im Falle der Noth unmittelbar und auf Kosten dessen, dem es zukommen mag, ausführen, wenn sie in der vorgeschriebenen Zeit nicht angefangen oder vollendet sind» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 180); vgl. auch HAUSER, Linthkorrektion, S. 18.

447 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 307–309; vgl. dazu auch E. HUBER, System und Geschichte III, § 83, S. 326.

448 § 578 PG ZH 1854: «(Wasserabfluß): Der Eigenthümer des untern Grundstückes ist verpflichtet, das natürlich von dem obern Grundstücke abfließende Regenwasser abzunehmen. Trifft der Eigenthümer des letztern künstliche Einrichtungen, um für den Abfluß zu sorgen, so muß er das in einer für den erstern möglichst unschädlichen Weise thun» (S. 88); § 579 PG ZH 1854: «Dasselbe gilt von anderem Wasser, welches, nicht erst künstlich, z. B. durch Anlegung von Kanälen auf ein Grundstück herbeigezogen oder durch Grabung aus der Tiefe emporgehoben worden, sondern auf demselben natürlich entsprungen oder hinwieder durch natürlichen Abfluß auf dasselbe gelangt ist. [Abs. 2] Künstlich herbeigezogenes oder emporgehobenes Wasser ist der tiefere Nachbar nicht verpflichtet abzunehmen. Vorbehalten sind die folgenden Bestimmungen über die Wasserleitung» (S. 89); § 580 PG ZH 1854 (Wasserleitung): «Im Interesse der Errichtung öffentlicher oder Privatbrunnen ist, wer eine Quelle erworben hat, berechtigt, von den Eigenthümern der dazwischen liegenden Grundstücke gegen volle Entschädigung den nöthigen Raum zur Anlegung einer Brunnenleitung oder zur Ableitung des Wassers zu begehren, wenn solches ohne besonders erheblichen Nachtheil für Gebäude oder Anlagen des Eigenthümers geschehen kann. Bei der Bestimmung des Durchzugs der Wasserlei-

ausgehenden Gefahren unabhängig von der rechtlichen Stellung der Gewässer sind, erstreckte sich die Wasserpolizei sowohl über private wie öffentliche Gewässer. So schreibt JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI in seinen Erläuterungen zum Sachenrecht seines *Privatrechtlichen Gesetzbuchs des Kantons Zürich* (1854):

> «Die bisherige Praxis forderte auch für die Anlegung von Wasserwerken an P r i v a t w a s s e r n die Bewilligung der Staatsbehörde. Es rechtfertigt sich aber bei diesen prinzipiell nur die A u f s i c h t, für welche öffentliche Gründe sprechen, wie die Sorge für die allgemeine Sicherheit, nicht die G e n e h m i g u n g, indem die R e g a l i t ä t sich nicht auf Privatgewässer erstrecke und die freie Benutzung dieser im Privatinteresse einfaches P r i v a t r e c h t sei. Da bei uns aber die Bäche in der Regel als öffentliche Gewässer angesehen werden, so findet das weiter gehende Recht des Staates immer noch einen sehr ausgedehnten Bereich der Anwendung.»[449]

Entsprechend fand sich im PG ZH 1854 auch eine entsprechende Norm: 118

> «§ 659. Die Anlegung oder Erweiterung von W a s s e r w e r k e n an fließenden Gewässern (öffentlichen oder Privatgewässern) unterliegt der Aufsicht […] der Staatsbehörde.»[450]

Bei diesen kantonalen Kompetenzen blieb es bis zur Verfassungsrevision von 1874 (s. hinten Rz. 343).[451] 119

7.4 Die Konzessionspflicht an öffentlichen Gewässern

Aus welchem Grund auch immer ein Gewässer für öffentlich erklärt wurde, es kann eine «besondere, von dem öffentlichen Gebrauch [scil. Gemeingebrauch] verschiedene Nutzung» daran ausgeübt werden.[452] So bildet, wie JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI in seinem 120

---

tung ist auf die Beschaffenheit der betreffenden Grundstücke und die Wünsche der Eigenthümer derselben gebührende Rücksicht zu nehmen» (S. 90; Hervorhebungen im Original).

449 PG ZH, Erläuterung zu § 659, S. 141–142.

450 § 659 PG ZH; zit. auch E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 628.

451 Die anlässlich eines ersten Versuchs zu einer Bundesreform verfasste Bundesurkunde sah in Art. 52 lit. i BU eine Kompetenz der Tagsatzung in «Bezug auf das *Innere*» vor: «Sie unterstützt nach Maßgabe der vorhanden ordentlichen Einnahmen des Bundes, Unternehmungen der Gemeinnützigkeit, Wissenschaft und Kunst, deren Ausführung den einzelnen Kantonen nicht möglich wäre» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 358). Gem. HAUSER handelt es sich hierbei um einen vom wasserbaulichen Erfolg des Linthwerk inspirierten Artikel (Linthkorrektion, S. 19, Fn. 67), welches auch im Jahre 1847 als «Referenzbeispiel» für künftige solche Werke diente (S. 36–37). Entsprechend wurde diese subsidiäre Möglichkeit im Art. 21 BV 1848 verankert: «[Abs. 1] Dem Bunde steht das Recht zu, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines großen Theiles derselben, auf Kosten der Eidgenossenschaft öffentliche Werke zu errichten oder die Errichtung derselben zu unterstützen. [Abs. 2] Zu diesem Zwecke ist er auch befugt, gegen volle Entschädigung das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die nähern Bestimmungen hierüber bleiben der Bundesgesetzgebung vorbehalten» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 453).

452 E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 624–625.

Deutsche[n] *Privatrecht* schreibt, das Regalrecht und die Öffentlichkeit der Gewässer die Grundlage des modernen Konzessionssystems:

> «Seitdem aber der Grundsatz der Regalität auf *öffentliche Gewässer* erstreckt worden ist, und ebenso auch nach der modernen Ansicht von der Herrschaft des Staates über die öffentlichen Gewässer […], bedarf die durch dauernde und in den Wasserlauf eingreifende Einrichtung bedingte *Errichtung* von *Triebwerken* und die Begründung eines derartigen *Wasserrechts* jederzeit einer *obrigkeitlichen Erlaubnisz* [sic].»[453]

121 Diese «obrigkeitliche Erlaubnis» ist das, was heute Konzession (von lat. *concessio*, im Sinne von «Zugeständnis», «Einräumung», «Bewilligung») genannt wird.[454] Dass über die öffentlichen Gewässer «nur in der Form der Konzession verfügt werden darf, folgt nicht aus dem Begriff der öffentlichen Sache», wurde aber durch das kantonale (und später auch das eidgenössische) Recht bestimmt.[455] So auch die Rechtsnatur der Konzession zur Nutzung der Wasserkraft. Diese wurde nämlich bis Ende des 19. Jahrhunderts als ein privates Recht verstanden, «gleichgültig, ob es dem Konzessionär auf Grund des Gewässereigentums oder auf Grund des Regals oder eines anderen Hoheitsrechtes eingeräumt war».[456] Beispielhaft, auch hier, das *Privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich*:

> «§ 486. An den einzelnen Teilen der öffentlichen Sachen können indessen Privatrechte bestellt und erworben werden, z.B. Wasserrechte.»[457]
>
> «§ 659. Die Anlegung oder Erweiterung von W a s s e r w e r k e n an fließenden Gewässern […] bedarf, wenn öffentliche Gewässer benutzt werden, der Bewilligung der Staatsbehörde.»[458]

122 Aus der «dinglichen» Natur des konzedierten Wasserrechtes ergab sich dem Bundesgericht zufolge auch dessen grundsätzliche zeitliche Unbeschränktheit:

> «Daß ein auf diese Weise begründetes Wasserrecht sich als privates dingliches Nutzungsrecht seines Inhabers darstellt kann – angesichts der systematischen Stellung und des Wortlautes des § 486 PGB […], sowie auch nach der Bestimmung in § 33 des Wasserbaugesetzes von 1901, daß bestehende, zeitlich unbeschränkt und vorbehaltlos erteilte Wasserrechte nur auf dem Wege der freien Verständigung oder der Expropriation zurückgenommen werden können, – keinen Zweifel unterliegen. […] Dieses Recht muß ferner, da ihm eine zeitliche Beschränkung zufolge

---

453 BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, § 78, S. 235 (Hervorhebung im Original).

454 Vgl. WALDMANN, Die Konzession, S. 2.

455 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 333.

456 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III: «Und so gelangen wir zu dem Resultat, dass bei den Regalien der Staat ein Privatrecht zum Hoheitsrecht macht, dann aber an diesem Recht Privatrechte zulässt und koncediert, und darin liegt das Moment, das es uns erlaubt, die Privatrechte an öffentlichen Sachen mit den an Regalitätsrechten eingeräumten Privatrechten in einem Kapitel zusammenzufassen» (§ 97, S. 625); vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 333; FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 189.

457 § 486 PG ZH; zit. auch in E. HUBER, System und Geschichte III, § 69, S. 14; zit. auch in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 189.

458 § 659 PG ZH; zit. auch E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 628.

seiner dinglichen Natur nicht wesentlich ist und die Konzessionen eine solche nicht statuieren, als zeitlich unbeschränkt erteilt angesehen werden […].»[459]

Entsprechend waren auch Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und den Inhabern älterer Wasserrechte oder Eigentümer bestehender Wasserwerke Zivilsachen, die vor dem Zivilrichter auszutragen waren.[460] 123

[459] BGE 31 II 828 (*Zieglersche Tonwarenfabrik von Gebr. Ziegler c. Kt. SH*), S. 859, E. 3; vgl. dieselbe Rechtsauffassung in der Begründung des Regierungsrates des Kantons St. Gallen in seiner Botschaft vom 12. November 1864 zu einem (allerdings verworfenen) *Gesetzesvorschlag über die Ertheilung von Wasserrechten*: «Dass eine Wasserrechts-Conzession, solange die damit in Verbindung gesetzten Etablissements benützt und beworben werden, unwiderruflich sei, ist selbstverständlich. Niemand würde sich sonst zur Anlage kleinerer oder grösserer Gewerke herbeilassen, denen jede Rechtssicherheit und Gewissheit ihres Bestandes abgehen würden» (zit. in BGE 127 II 69 [*A. AG c. RR/VG Kt. SG*], S. 73, E. 4a).

[460] Liver, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 333–334; Fenner, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 189.

§ 3 Die Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechtes

124 Nachdem nun dargestellt wurde, wie das öffentlich-rechtliche Wasserrecht entstand und sich in beinahe allen Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft etablierte, gilt es nun, den «Sonderfall» des Kantons Glarus zu erklären. *Sonder*fall aber erweckt den Eindruck, als ob sich das Land Glarus abgesondert hätte – dabei ist das Gegenteil der Fall. Derselben rechtlichen Strömung entstammend, nach welcher das Nutzungsrecht mit dem Grundeigentum verbunden war (s. vorne Rz. 55–66), zweigte sich – in Entsprechung mit der zeitgleichen Entwicklung des öffentlichen Rechts – ein Flussarm mit allen anderen Kantonen ab, aus welchem durch verschiedene Zuflüsse (s. vorne Rz, 102 ff.) das soeben dargestellte gemeineidgenössische öffentlich-rechtliche Wasserrecht entstand. Das Land Glarus war zusammen mit dem Kanton Zug und Teilen des Kantons Schwyz Überbleibsel jenes alten Hauptstromes, welcher nunmehr lediglich ein kleiner Nebenfluss darstellte.

125 Nachfolgend wird dargestellt, wie sich dieser kleine Nebenfluss behaupten konnte. Denn anders als in anderen Kantonen, in welchen die ursprünglich privatrechtlichen Nutzungsrechte im Gemeingut auf das Gemeinwesen übergingen und damit öffentlich-rechtlich wurden (s. vorne Rz. 107 ff.), blieben die Nutzungsrechte der Ufereigentümer auch im späteren Kanton Glarus privatrechtlich. Zur Erklärung wird die Besonderheit der Glarner Tagwen betrachtet (s. hinten Rz. 138 ff.). Sodann wird der Glarner «Nebenfluss» über die gewohnheitsrechtliche Marktteilung und -schenkung (s. hinten Rz. 146 ff.), die kantonalen Gesetze (s. hinten Rz. 169 ff.) sowie die kantonale Rechtsprechung bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts verfolgt (s. hinten Rz. 185 ff.).

1. Die Nutzungsrechte der Ufereigentümer

126 Das Land Glarus fügt sich in die vorne dargestellte Entwicklung der Stammesrechte (s. vorne Rz. 55–66), insofern sich seit frühester Zeit die Rechtsüberzeugung findet, dass mit dem Ufereigentum auch das Nutzungsrecht des darin entspringenden oder durchfliessenden Wassers gegeben ist.[461] Die dazu stehende Formel «cum aquis aquarumque decursibus»[462] findet sich in Deutsch im ältesten überlieferten Kaufbrief einer Mühle in Glarus aus dem Jahr 1434:

> «Ich Rudi Bühler Lantman zu Glarus thun kund Allen die diesen Brief ansehent oder hören lesen, dass ich mit gutem Vollbedachtem muth und auch durch meines Nuz und frommen willen […] dem wolbescheidmen Rudin Wolf auch Lantman zu Glarus min eigen müli und müli Hofstat und ds Hauss derauf stet die Müli und ds Hus *mit aller Zugehört mit Wasser und mit Was-*

461 Vgl. GEISER, Geschichte des Wasserrechtes im Kanton Bern, S. 4.

462 Vgl. vorne Fn. 206.

> *serwerk* wass Ich da gesezt han umb vierhundert Pfund Pfennig Glarner Werung Die mir der vorngt [=vorgenannte] wolf bar bezehlt und ussgericht hat […]».[463]

Die Liste privater Grundeigentümer ist für Glarus insbesondere ab der frühen Neuzeit überliefert und eindrücklich.[464] Mit dem Grundeigentum wechselten auch die daran geknüpften Nutzungsrechte; so meint H. SPÄLTI, man habe «zum Bau von Betrieben und zur Ausnutzung der Wasserkraft am Oberdorferbach die Erlaubnis leichter» als beim Giessen erhalten, denn während beim Giessen «der Tagwen zu beiden Seiten Anstößer» war, gehörten «die Ufer und Rechte am Oberdorferbach […] Privaten».[465] Auch aus anderen Gemeinden finden sich solche Kaufverträge, jedoch vor allem aus dem 18. Jahrhundert. So kaufte 1760 *Fridolin Streiff* (1739–1817) «Liegenschaften samt Wasserrecht» am Bodenwaldbach in Mollis und gründete mit einem Verwandten zusammen eine Baumwolldruckerei.[466] In Niederurnen zeugen zwei Kaufverträge aus den Jahren 1744 und 1767 von der Organisation der Nutzungsrechte zweier Grundeigentümer am selben Fluss: 127

> «Mühle und Stampf nutzten das Wasser aus der ergiebigen Quelle in der Entenrüti. Der Verkäufer behielt sich aber vor ‹das Wasser, wenn es klein wäre, dass es nicht zu beiden Gewirben genugsam wäre, so soll es der Besitzer der Mühle […] zwei Tage […] brauchen und der Besitzer des Stampfes den dritten Tag›. Der Vertrag hielt im Weiteren fest, dass die Zuleitung des Wassers zur Mühle und zum Stampf getrennt erfolgen sollte.»[467]

Im 19. Jahrhundert schliesslich sind die Nennungen so zahlreich, dass sie gar nicht mehr alle aufgeführt werden können oder brauchen.[468] 128

1.1 Die selbständigen Nutzungsrechte

Bemerkenswert ist, dass sich diese Nutzungsrechte der Ufereigentümer – wohl zeitgleich, wie dieses Phänomen bei den Regalien zu bemerken ist – vom Grundeigentum am Ufer verselbständigten. Hinweise dazu finden sich in den Quellen jedoch erst ab Ende des 129

---

463 Zit. in JENNY/LUCHSINGER, S. 31 (Hervorhebung hinzugefügt).

464 Vgl. dazu JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserläufe, für die ausführliche Liste der Eigentumsverhältnisse der privaten Wasserrechte am Oberdorfbach von 1434–1934 (S. 61–82) und am Giessen (S. 85–129) in Glarus.

465 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 67.

466 F. SCHINDLER, JHVG 37, S. 123; JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 186.

467 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 110.

468 Vgl. anstatt vieler, etwa SCHMID, Schwanden: «In Schwanden hatte die Firma Peter Blumer bereits im 18. Jahrhundert die Baumwollweberei eingeführt. Die Nachfolger P. Blumer & Jenny gingen später zur mechanischen Spinnerei über (1830/31 in Luchsingen). […] Die Firma trug sich mit dem Gedanken, auch die Druckerei aufzunehmen und erwarb am 15. November 1827 eine in Schwanden schon bestehende kleine Fabrik mit Inhalt, *Wasserrecht* und Hostet» (S. 224; auch in JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 338); vgl. auch: «[…] 1856 ist für einen Kaspar Vogel, wohl seinen Sohn, noch 1 Wasserrecht für ‹Gut Rufi, rechts vom Bach› eingetragen» (TAKIHARA-AEBLI, JHVG 98, S. 115).

18. Jahrhunderts, wenngleich die Entwicklung wohl weitaus älter war. Es konnten nunmehr einzelne Wasserrechte unabhängig vom Grundeigentum am Ufer verkauft und mit anderen verschmolzen werden.[469] Dies anerkannte der Glarner Landrat im Jahre 1951:

> «Wie sind nämlich die Wasserrechte für unsere Fabriken entstanden? Mussten die glarnerischen Fabrikanten jeweils die ganze Uferstrecke erwerben, um ihre Kanäle errichten zu können? […] Vielmehr haben eingehende Nachforschungen ergeben, daß die Tagwen die Wasserrechte meist unentgeltlich abgegeben haben, sodaß die Fabrikbesitzer nicht gezwungen waren, das ganze Ufer zu erwerben.»[470]

130 Für Beispiele hierzu wird auf ein nachfolgendes Kapitel verwiesen (s. hinten Rz. 155–165). Man erkennt diese Praxis jedoch auch an ihren Folgen, nämlich dass gewisse Ufergrundstücke nun ohne Wasserrecht verblieben. Der Grundeigentümer eines solchen Ufergrundstückes konnte zwar darauf ein Gewerbe bauen, die daran vorbeifliessende Wasserkraft jedoch nicht nutzen. So etwa im Falle des *Fridolin Glarner* (1696–1768), welcher Inhaber einer Tuchwalke war:

> «Da aber an jener Stelle kein Wasserrecht erhältlich war und der anstossende Giessen somit nur zum Waschen (Einhängen und Pritschen) der Tücher dienen konnte, so erwarb ihr Vater [scil. Johann Heinrich Glarner (1736–1825)] für sie 1802 von der Gemeinde bedeutend weiter unten […] ein einseitiges Wasserrecht […]».[471]

131 Ebenso erging es *Hans Peter Brunner* (1777–1822), welcher 1812 nahe an der Mündung des Giessens in die Linth eine kleine Druckfabrik eröffnete, aufgrund des dort fehlenden Wasserrechtes aber das Wasser des Giessens nur zum Waschen der Tücher benutzen konnte.[472] Ein ähnlicher Fall war derjenige des Glarner Kaufmanns *Bartholome Streiff* (1758–1828), welcher 1823 eine kleine Baumwolldruckerei gründete,

> «indem er den nötigen Boden vielleicht von dem Ziegelbrenner Marti erwarb. Mit demselben war aber an dieser Stelle kein Wasserrecht verbunden, so dass der vorbeifliessende Giessen wohl zum Waschen (Einhängen und Pritschen) der Drucktücher benutzt werden konnte, die Erstellung von durch Wasserkraft betriebenen Einrichtungen (Flotschenrädern, Quatschen, Auswindkessel, Glättemaschinen) jedoch nicht möglich war.»[473]

---

469 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte: «[…] und wurde dann 1860 von Johannes Aebli erworben, von demselben stillgelegt und die Wasserkraft mit derjenigen der Stadtmühle […] verschmolzen» (S. 116).

470 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 59.

471 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 88. Die Wasserrechte scheinen ein Problem für die Familie *Glarner* gewesen zu sein: «[…] auch fanden sie keine günstigen Gelegenheiten, genügende Wasserkräfte zu erwerben […]» (S. 87).

472 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte: «Ein grosser Nachteil war, dass, so nahe am Einlauf, kein Wasserrecht zu der Wiese gehörte, so dass der Giessen nur dazu genutzt werden konnte, die Tücher zum Waschen in das fliessende Wasser einzuhängen […]» (S. 125).

473 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 95.

Dieser «Mangel an Kraft» verblieb für die Entwicklung seiner Fabrik ein ernstliches Hindernis und konnte erst 1861 durch den Bau einer Dampfmaschine überwunden werden.[474] 132

1.2 Die Nutzungskorporationen

Die verschiedenen Ufereigentümer an einem Wasserlauf konnten die Wasserkraft aufgrund der ihnen individuell nach Massgabe ihrer Grundstücke zustehenden Nutzungsrechte nutzen. Da eine solche Nutzung aber oftmals zu Streitigkeiten führte, bildeten die Inhaber der Nutzungsrechte eine «auf Freiwilligkeit basierende Vereinigung, ohne Bindung durch Statuten oder Verträge».[475] Diese Nutzungskorporation hiess im Fall von Glarus «Gewirbsgenossenschaft». Ihr Zweck war es, «die Interessen des Baches zu wahren gegen jegliche Schmälerung des Wasserzuflusses, sei es durch Wasserentzug durch Gemeinde oder Private, sei es durch Schädigung durch Runsengänge der Wustruns und der Krummruns».[476] 133

Vielleicht kommt man dem Selbstverständnis und der Funktionsweise einer solchen Nutzungskorporation näher, wenn man sich die «so viele Analogien darbietenden Genossenschaften einzelner Landleute, welche gemeinschaftlich eine Alp besaßen», vor Augen führt.[477] Solche kamen im Lande Glarus oft vor, «wo die Alpen nicht, wie in Uri und Schwyz, Gemeingut des Landes waren, sondern größtentheils im Eigenthum von Privaten sich befanden».[478] Bei den «Gewirbsgenossenschaften» erfolgten die Mitgliedschaft und die Verteilung der gemeinsamen Kosten in der frühen Neuzeit «nach Rädern», also nach der Anzahl Wasserräder, welche die Wasserkraft nutzten; spätere Protokolle ergeben, dass das Wasserrecht ausschlaggebend war.[479] Dabei spielte es keine Rolle, ob das Wasserrecht vom Ufereigentum selber ausging, oder ob es als selbständiges Recht «ohne Grundbesitz erworben war, sei es durch Kauf oder Schenkung».[480] So war beispielsweise der vorne erwähnte *Bartholome Streiff*, der zwar ein Ufereigentum, aber kein Wasserrecht besass, kein Mitglied der «Gewirbsgenossenschaft».[481] 134

Wie bei den Alpgenossenschaften auch konnten die Nutzungsrechte als Anteile privatrechtlich veräussert, verpachtet und verpfändet werden.[482] Und wie bei den Alpgenossen- 135

474 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 95, 100–101.

475 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 53.

476 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 53.

477 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 369; vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I, § 53, S. 610.

478 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 386.

479 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 53.

480 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 53.

481 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 95.

482 Vgl. GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Die Nutzungstheile sind veräußerlich, vererblich, theilbar und kumulirbar» (§ 53, S. 611).

schaften erlaubte das Privateigentum das Erschaffen eigener und sehr origineller Organisationsformen.[483] Dies war nötig, da der Weg zu gewissen Gerichten dadurch verschlossen war: Eine Glarner Landessatzung von 1630 liess bei Alpstreitigkeiten Tagwenleute zu gerichtlichem Zeugnis zu, wohingegen Alpgenossen, «will eß Eigenthumb» war, davon ausgeschlossen wurden.[484]

136 Bei der «Gewirbsgenossenschaft» wurde zur Leitung der Geschäfte durch die Genossen ein Präsident gewählt, der den Titel «Bachvogt» führte. Beschlüsse wurden in einfacher Stimmenmehrheit gefasst. Es scheint aber, dass die Streitigkeiten dadurch nicht verhindert werden konnten:

> «[…] ansonsten war aber öfters Fehde unter den Gewirbsgenossen, sei es wegen Schwellen und Zurückhalten des Wassers oder dessen Verunreinigung, oder, wie die alten Prozesse beschreiben, wegen Zuleitung von Steinen und Geschieben; die Gewirbsbesitzer waren so ziemlich als eine ‹verchybene› Gesellschaft bekannt.»[485]

2. Die Nutzungsrechte im Gemeingut der Tagwen

137 Das Land Glarus hatte freilich auch Anteil an der vorne beschriebenen Entwicklung der Rechtsspiegel (s. vorne Rz. 67–74), wonach bestimmte Gewässer genossenschaftliches Gemeingut waren. Warum aber ging dieses genossenschaftliche Gemeingut nicht auch auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder die Gemeinde über (s. vorne Rz. 107 ff.)? Hierzu müssen die Glarner Tagwen betrachtet werden. Diese existierten bis zur Glarner Gemeindestrukturreform von 2011 als Glarner Bezeichnung für Bürger- oder Burgergemeinden, d.h. als öffentlich-rechtliche Personalkörperschaften, die neben und unabhängig von den Orts- oder Einwohnergemeinden sowie Schul-, Armen- und Kirchgemeinden bestanden.[486] Diese letzte Ausgestaltung verstellt allerdings das richtige Verständnis im

---

483 Vgl. GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I, § 53, S. 612–613; für die Alpgenossenschaften vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I: «Sehr merkwürdig ist in dieser Beziehung der Alpbrief von Krauchthal im Sernfthal vom Jahr 1458, durch welchen Folgendes festgesetzt wurde: […] 2) Die Alpgenossen erwählen 5 ‹Alpleider›, welche der Alp Nutzen zu fördern geloben sollen. […] 4) Die Alpleider haben zu bestimmen, wann man auf die Alp und von derselben fahren, wann und wie viel jeder Alpgenosse ‹schwemmen› (ausreuten) solle. […] 5) Was die Alpleider einstimmig oder durch Mehrheit erkennen, soll ohne alle Widerrede befolgt werden. Können sie sich aber nicht zu einem Beschlusse vereinigen, so entscheidet die Mehrheit der Alpgenossen. […] Bisweilsen erfolgte auch mit allseitigem Einverständnisse bei einzelnen Alpen eine Ausscheidung: so traten die Alpgenossen von Roßmatt im Klönthal 1494 die Alptheile Schlattalp, Grappli, Klönstalden und im Auen vier Männern aus ihrer Mitte ab, wogegen diese ihnen von der Bestoßung Roßmatt's 60 Stöße abnahmen» (S. 386–387).

484 Zit. in BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 370.

485 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 53.

486 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 111; LAUPPER, HLS: Tagwen; vgl. insb. A. HEER, Das Glarnerische Kantons- und Gemeindebürgerrecht.

rechtshistorischen Rückblick, insofern der Eindruck entsteht, dass es sich bei den Tagwen immer um staatliche Gebilde handelte.[487] Um die Rechtsakte der Tagwen im nachfolgenden Kapitel richtig einschätzen zu können, erscheint es notwendig, zunächst die Tagwen rechtshistorisch aufzuarbeiten.

2.1 Die Rechtsgeschichte der Glarner Tagwen

Wenngleich die Tagwen nicht etwas ausschliesslich Glarnerisches sind, handelt es sich 138
dabei um eine der ältesten Institutionen des Landes Glarus.[488] Ursprünglich geht der Begriff «Tagwen» (glarnerdeutsch *tagmə*, mittelhochdeutsch *tagewan*) auf «Tagewerk, Arbeit um Tagelohn, Fronarbeit von einem Tage» zurück.[489] Möglicherweise geht er auf die Fronbezirke des Klosters Säckingen im 12. Jahrhundert zurück.[490] FRITZ ZOPFI zufolge könnte der Begriff sogar auf «allemannische Rodungsgemeinschaften» zurückgehen.[491]

Unabhängig davon, wie und wann der Begriff entstand, erscheint er in den Quellen zum 139
ersten Mal im *Habsburger Urbar* (1303–1311).[492] Die verschiedenen Rechte, über welche das Haus Habsburg verfügte, werden darin in Tagwen zusammengefasst, sodass etwa für die Vogteirechte im Reichslehen Glarus die dortigen 22 Tagwen bezahlten.[493] Der Glarner Historiker ROLF KAMM versteht damit die Tagwen im *Habsburger Urbar* als personengebundene Steuereinheiten der Herrschaft, welche die Berechnung der Einkünfte sowie deren Verwaltung bedeutend vereinfachten.[494] Bereits in dieser «österreichischen Zeit», wie JOHANN JAKOB BLUMER (1819–1875, zur Person s. hinten Rz. 213 ff.) sie nennt, waren Tagwen aber gleichzeitig auch sich selbst organisierende Wirtschaftsverbände, welche über eigene Alpen, Allmenden und Wälder verfügten.[495] Die ältere Literatur hat daher zwei

---

487 So etwa LUCHSINGERS Bezeichnung, es seien die Tagwen als «Urzelle glarnerischer Selbstverwaltung die ältesten Gemeinwesen des Landes Glarus» (Der Tagwen, S. 29).

488 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 111; ZOPFI, Namen der Glarnerischen Gemeinden, S. 52.

489 Vgl. dazu eingehend ZOPFI, Namen der Glarnerischen Gemeinden, S. 52.

490 LAUPPER, HLS: Tagwen; a.M. ZOPFI, Namen der Glarnerischen Gemeinden, S. 52.

491 ZOPFI, Namen der Glarnerischen Gemeinden, S. 52.

492 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 111; vgl. LAUPPER, HLS: Tagwen. Das *Habsburger Urbar* bzw. das «österreichische Urbarbuch» ist abgedruckt in BLUMER, Urkundenbuch, Nr. 35, S. 118–132.

493 Die 22 Tagwen sind aufgezählt in KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 112; BLUMER, Urkundenbuch, Nr. 35, S. 130.

494 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 111.

495 So sind 1344 erstmals «tagwenlüt» aus Mollis und Elm als Besitzer der Alp Wichlen erwähnt (vgl. KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 113; vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I: Es waren die «Tagwen Elm und Mollis im Besitze einer Alp, die Dörfer Zufinden, Haslen und Neßlau (Leu) im Besitze einer Holzmark. Im Jahr 1410 wurde eine Allmende den Dorfleuten von Diesbach und denen, ‹s o z u i h n e n z i e h e n und ihnen helfen Runsen und

Formen der Tagwen zu unterscheiden versucht: Politische Tagwen einerseits und wirtschaftliche Tagwen andererseits, welche jedoch in den Akten «in buntem Gemische neben einander» hergehen.[496] Diese Sichtweise wurde jedoch in jüngerer Zeit als eine moderne Fehlinterpretation verworfen.[497] Sicher ist, dass nach Ende der Habsburgischen Herrschaft die Tagwen nicht länger Steuerzwecken dienten, sondern als «Wahltagwen» zur Wahl der Richter und Ratsherren genutzt wurden. Die ältesten Landsgemeindesatzungen von 1387 hielten fest, dass die Landleute «von jeklichem tagwen einen kiesen und nehmen süllent».[498] Statt den 22 im *Habsburger Urbar* erwähnten, waren es aber unerklärlicherweise nur noch deren 15 Tagwen.[499] Die Verhältnisse im Spätmittelalter waren, wie JOHANN JAKOB BLUMER eindrucksvoll veranschaulicht, höchst uneinheitlich, ja, einem modernen Verständnis nach nichts weniger als befremdend, insofern sich keine Regel für die Verwendung des Begriffes «Tagwen» aus den Quellen ableiten lässt.[500] Hinzu kommt noch die unklare Unterscheidung eines «Tagwen» genannten Wirtschaftsverbandes von dem ebenfalls aus dem Frühmittelalter stammenden Begriff der «Genossamen».[501] Hinter

---

Bächen wehren›, zugesprochen» (S. 380; Hervorhebung im Original). Ein weiteres Beispiel ist der Fall eines Frevlers, welcher 1422 ein Wäldchen bei Mitlödi eingezäunt hatte, das den Tagwenleuten von Ennenda gehörte (KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 113).

496 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 339; Hervorhebung im Original).

497 Vgl. KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg: «Letztlich geht die Vermutung, es habe zweierlei Tagwen gegeben, auf die Vorstellung zurück, mit der Schlacht bei Näfels sei eine eigentliche demokratische Wende eingetreten […] Solche moderne Vorstellungen sind mit den Quellen unvereinbar […] Diese Ausführungen belegen, dass die Unterscheidung in Wahl- und Wirtschaftstagwen wohl nie der Wirklichkeit entsprochen hat und aufgrund der widersprechenden Quellenlage nur durch abenteuerliche Konstruktionen aufrechterhalten werden konnte» (S. 119).

498 Zit. in KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 112.

499 Da die Satzungen von 1387 die Tagwen nicht namentlich aufzählen, ist das Zustandekommen der Zahl nicht zu eruieren. Zudem ist beim Loskauf von Säckingen im Jahre 1395 nur noch von 14 Tagwen die Rede, ohne dass sich dies erklären liesse (vgl. KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 112–113). BLUMER zählt fünfzehn namentlich auf, jedoch nach der Kriegsordnung von 1644 (vgl. Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 178, Fn. 61).

500 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 339–341.

501 Vgl. BLUMER, , Staats- und Rechtsgeschichte II.1: «[D]ie wirthschaftlichen Gemeinden, in der Regel ebenfalls Tagwen, nur ausnahmsweise auch ‹Genossamen› genannt […]» (S. 339); LUCHSINGER nennt als mögliche Zahl 40 Genossamen (Der Tagwen, S. 1), während es KAMM zufolge «in unserer Region über 100 Genossamen gegeben haben» könnte (Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 116); vgl. auch KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg: «Eine Gemeinschaft von Dorfleuten oder eine Genossame werden aber wohl beide gemeinschaftlich organisierte Dorfschaften gewesen sein […] Die Tagwen, wie sie uns in den Quellen entgegentreten, waren offensichtlich nichts grundsätzlich anderes, ausser dass sie mitunter wohl etwas grösser waren und vor allem dass sich die (herrschaftliche) Verwaltung dieses Begriffs bediente» (S. 117). STADLER zufolge kann «Genossame» aber auch schlicht das Versammlungsorgan bezeichnen: «Die Versammlungsorgane der Genossen traten unter wechselnden Bezeich-

den Genossamen stand scheinbar ebenfalls die Notwendigkeit, die Nutzung knapper Ressourcen zu regeln, jedoch innerhalb eines bestimmten Weilers.[502] ROLF KAMM sieht als Unterschied zu den Tagwen die Grösse der Gemeinschaft, welche bei den Genossamen derart überschaubar war, dass noch weniger als bei einem Tagwen das Bedürfnis erwuchs, allfällige Konflikte zu verschriftlichen.[503] In der älteren Literatur wurde teilweise noch der Übergang und Zusammenschluss verschiedener Genossamen zu Tagwen postuliert, was aber nicht länger glaubhaft scheint.[504] Überdies kann die genaue Entwicklung im Rahmen dieser Arbeit offenbleiben. Wesentlich ist ROLF KAMMS Erkenntnis, wonach es sowohl bei den Genossamen wie auch den Tagwen

> «im Kern um Nutzung ging, nicht um Gemeindepolitik. Ihre Subjekte waren Nutzungsberechtigte, nicht Bürger. Die territoriale Gebundenheit war […] geringer; die genannten Wirtschaftsverbände waren primär Personenverbände.»[505]

Das war ihr Ursprung.[506] Später auftauchende politische Angelegenheiten, wie etwa die 140
Verwaltung durch die Habsburgische Herrschaft oder die Ernennung von Amtsträgern, knüpfte man an die bereits bestehenden Sozialformen, mochten diese nun Tagwen oder Genossamen genannt werden:

> «Deren Daseinszweck war die gemeinschaftliche oder möglichst konfliktfreie Nutzung der knappen Ressourcen. Auch die Tagwen waren anfangs solche Verbände und nichts anderes.»[507]

nungen wie etwa Genossame, Bäuert, Bergschaft, vicinantie und consortage als oberste Instanz der G.en hervor» (HLS: Genossenschaft).

502 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 116.

503 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 116.

504 Vgl. LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 3; a.M. KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 116–117.

505 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 117; vgl. auch KOEHEN, Das Recht der Mühle: «Hingegen stände ihre Fürsorge für die Mühlen um so mehr allein, als bei den angeblich in kollektivem Eigentume stehenden Mühlen immer nur ein solches der Gemeinde, nicht ein Eigentum des Staates angenommen wird. Die Gemeinden aber waren damals nur ‹privatrechtliche Korporationen›, in deren Wirtschaftstätigkeit sich die öffentliche Gewalt nicht mischte» (S. 29).

506 Vgl. STADLER, HLS: Genossenschaft; vgl. auch die Ausführungen CARLENS zur Bildung des Dorfes (Rechtsgeschichte, S. 61).

507 KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 119.

141 Mit der Zeit wurden dann weitere Aufgaben den Tagwen übertragen.[508] Nach und nach wurden alle dörflichen Körperschaften zu Tagwen oder wurden von diesen vereinnahmt.[509] Der Glarner Historiker AUGUST ROHR erkennt einen solchen Übergang beispielsweise für die Gemeinde Niederurnen.[510] So wurden Tagwen in der Neuzeit denn auch gleichbedeutend mit Bürgergemeinden.

142 Insofern sie aber in den älteren Quellen im Zusammenhang mit Wasserrechten vorkommen, wäre es im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte anachronistisch, die Tagwen als öffentlich-rechtliche Körperschaften, als staatliche Akteure aufzufassen.[511] Da schriftliche Zeugnisse der Tagwen für das Spätmittelalter selten sind und erst in einer Zeit vorkommen, als die Tagwen bereits als kommunale Gemeinschaften auftraten, ist die Vergleichbarkeit dieser Zeugnisse beschränkt. JOHANN JAKOB BLUMER gibt für das 16.–18. Jahrhundert einen Eindruck:

> «Die Tagwensgemeinde pflegte sich häufig zu versammeln, da sie nicht bloß über die Benutzung der Allmenden und Waldungen, sondern auch über die Feuerpolizei, über öffentliche Gewässer und Brunnen, über Ankauf und Verkauf von Liegenschaften und über Rechtsstreitigkeiten, welche bei dem ausgedehnten Grundbesitze der Tagwen nicht selten entstanden, Beschlüsse zu fassen hatte. In der Regel waren in der Gemeinde stimmberechtigt alle Tagwenleute, welche an der Landsgemeinde mitstimmen durften, also auch die jungen Männer, welche noch kein Nutzungsrecht besaßen […]»[512]

---

508 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I: «Neben ihrer wirthschaftlichen Bedeutung als Markgenossenschaften hatten […] die Tagwen in Glarus noch manche andere Befugnisse. […] Die letztern [scil. die Tagwen] zogen schon frühe gewisse polizeiliche Verhältnisse in ihren Kreis. Während Glarus und Riedern getrennte Allmenden besaßen, hatten sie gleichwohl als gemeinsamer Tagwen für den Unterhalt von Brücken, Straßen und Wuhren zu sorgen» (S. 381). BLUMER äussert sogar die Vermutung, dass «die vier Rathsglieder, welche jeder Tagwen zu wählen hatte, schon in diesem Zeitraume zugleich eine Gemeindsbehörde ausgemacht haben» (S. 381); vgl. auch CARLEN mit Bezug auf die Gemeinde (Rechtsgeschichte, S. 61–63); vgl. auch STADLER mit Bezug auf Korporationen und Genossenschaften (HLS: Korporationen; HLS: Genossenschaft).

509 Vgl. KAMM, Glarus zwischen Zürich und Habsburg, S. 120.

510 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen: «Gemäss den Formulierungen in den beiden Bannbriefen war die Dorfgemeinschaft zu Beginn des 16. Jahrhunderts als ‹Gnossami› klar erkennbar. […] Die Entwicklung der Bezeichnungen spiegelt so das Heranwachsen eines eigenständigen Gemeinwesens. Was um 1300 noch kaum erkennbar war, hatte bis um 1500 klare Konturen gewonnen» (S. 87).

511 Vgl. dazu GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Man muß sich für diesen Zeitraum ebensosehr davor hüten, das Genossenrecht als reines Privatrecht, wie davor, es als politisches Gemeindebürgerrecht zu betrachten. Die in den Städten beginnende Trennung öffentlicher und privater Rechte lag auf dem Lande noch in weiter Ferne und deshalb war die Mitgliedschaft in der Gemeinde ein gemischtes, doppelt geartetes Recht, welches theilweis den heutigen Grundsätzen des öffentlichen und theilweis denen des privaten Rechts folgte» (§ 53, S. 593).

512 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 341; zur Tagwensversammlung im 20. Jh. vgl. LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 57–59.

Die Tagwen glichen somit den Genossenschaften, wie sie bereits dargestellt wurden (s. vorne Rz. 67–74), nicht jedoch der Nutzungskorporationen (s. vorne Rz. 133–136). Während nämlich die Tagwensleute alle gleiche Anteile am Gemeingut des Tagwens hatten, war das private Eigentum der Nutzungskorporationen entsprechend der Anteile verteilt.[513] Ein genossenschaftliches Nutzungsrecht besassen die Tagwensgenossen – d.h. jene Männer, welche «durch Geburt oder durch Einkauf das persönliche Genossenrecht erlangt hatten», sofern sie «Für und Rauch, eigen Gewün und Verlust» hatten,[514] also über Wohnsitz in der Gemeinde verfügten sowie einen eigenen Haushalt führten und sofern sie verheiratet waren.[515] Der Nutzen bestand im Recht zur Nutzung der Grundstücke des Tagwens (Wälder, Allmende, Gärten, Obstbäume, Alpen und Wildheu).[516] Dieser Nutzen wurde bis Ende des 19. Jahrhunderts durchaus als ein privatrechtlicher Anspruch verstanden.[517] 143

Erst die helvetische Gesetzgebung und die Überlagerung des Tagwens durch die politische Gemeinde, die Einwohnergemeinde, nahm den Tagwen ihre öffentliche Verwaltung weitestgehend ab, überführte sie in das öffentliche Recht und entliess Nutzungskorporationen entsprechend in das Privatrecht.[518] Diese Ordnung wurde in der *Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836* (KV GL 1836) verankert. Die Tagwen behielten ihre Güter und 144

513 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1: «Eine Alpgenossenschaft von Privaten läßt sich dagegen in gewisser Hinsicht eher den modernen Aktiengesellschaften vergleichen: die äußerlich unvertheilte Alp zerfiel in eine genau bestimmte Summe ideeller Antheile, von welcher jeder Genosse eine größere oder kleinere Anzahl besaß, wie er solche durch Kauf oder Erbgang erworben hatte […]» (S. 370); vgl. auch DERS., Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 386.

514 Zit. in LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 81. Scheinbar wurde im Tagwen Netstal in einer Satzung von 1650 das Stimmrecht in der Tagwensversammlung entsprechend eingeschränkt: «Wer nit im Tagwen für und rauch hat und darin wohnet, soll an dem Tagwen nit mehren mögen» (zit. in P. THÜRER/H. THÜRER, Geschichte der Gemeinde Netstal S. 25); zur Formulierung «eigen Feuer und Rauch» vgl. auch BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 356.

515 Das Nutzungsrecht ging auf die Wittwe eines verstorbenen Genossen und seine hinterlassenen Kinder über, so lange diese nicht selber die Voraussetzungen zur Nutzung erfüllten (vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 355–358; vgl. auch die historische Darstellung bei LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 80–81).

516 Zu den Nutzungen vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.1, S. 358–369; LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 85–86.

517 LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 84, Fn. 55.

518 Vgl. LADNER, HLS: Entstehung der modernen Gemeinde; vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «Ueberall indeß vollzig sich ein solcher Sonderungsproceß nur langsam und unvollkommen, bis endlich die in Folge der französischen Revolution entstandene neue Gemeindegesetzgebung von oben her die Trennung anordnete. Nunmehr wurde fast überall die Ortsbürgergemeinde auf eine ausschließlich politische Grundlage gestellt und das Gemeindevermögen nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten behandelt: die alten Wirthschaftsgemeinden aber fielen aus dem Staatsorganismus heraus und wurden entweder durch Auftheilung geendigt, oder in die politische Gemeinde aufzugehen gezwungen, oder in Gemeinschaftsverhältnisse ohne korporative Rechte verwandelt, oder endlich zwar als Korporationen, aber als bloße Privatkorporationen anerkannt beziehungsweise geduldet» (§ 55, S. 685).

Nutzungsrechte, wobei neben dieser Vermögensverwaltung die Armenpflege die wichtigste Aufgabe blieb.[519] Wie aber gesagt, ist hier das Verständnis zu sehr mit öffentlich-rechtlichen Ideen durchsetzt. So täuscht das spätere Verbot der Vermögensschmälerung über die spätmittelalterliche Realität hinweg.[520] Aus der Perspektive des 20. Jahrhunderts schreibend, stellt KURT LUCHSINGER in seiner Dissertation über die Glarnerischen Tagwen fest:

> «Entsprechend dem weitreichenden Grundeigentum besitzen die Tagwen auch viele *Wasserrechte*.»[521]

145 Obwohl er dies für die Tagwen als öffentlich-rechtliche Personalkörperschaften im 20. Jahrhundert schreibt, trifft dies auch für die spätmittelalterlichen Tagwen als personelle Wirtschaftsverbände zu, wie sie in den Urkunden aus jener Zeit hervortreten.

a. Die Markteilung der Tagwen seit dem Spätmittelalter

146 Anders als in den Urschweizer Länderorten, ist im Lande Glarus keine Markgenossenschaft überliefert, welche das ganze Land umfasst hätte.[522] Das Land Glarus zerfiel seit Ablösung der Herrschaft in verschiedene kleine und unübersichtliche Selbstverwaltungskörper, für welche das Land und die Landsgemeinde die gemeinsame Klammer bildete. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass den Tagwen zu einem bestimmten Zeitpunkt alles Grundeigentum und damit auch die Wasserrechte an den Ufern der Flüsse gehört hätten. Doch aufgrund der vielen Allmenden, über welche die verschiedenen Tagwen genossenschaftlich verfügten, kamen ihnen viele, wenn nicht sogar die allermeisten Wasserrechte zu. Nicht von ungefähr treten Tagwen in einem Grossteil der Rechtsurkunden bezüglich Wasserrechte auf. Der Prozess des Verkaufs von Teilen des genossenschaftlichen Eigentums ist als Allmendteilung bekannt (s. vorne Rz. 73).[523] Dabei handelt es sich um einen Prozess, der vom 15. Jahrhundert an nachweisbar ist, und der eine umwälzende Veränderung des mittelalterlichen Grundbesitzes von der genossenschaftlichen Gemeinnutzung zum Sondereigentum darstellt.[524] Dieser Prozess lässt sich im Lande Glarus mit Blick auf die Wasserrechte beobachten.

---

519 Vgl. LADNER, HLS: Entstehung der modernen Gemeinde; LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 73.

520 Zum Verbot der Vermögensschmälerung im 20. Jh. vgl. LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 104–107.

521 LUCHSINGER, Der Tagwen im glarnerischen Gemeindewesen, S. 75

522 WINTELER, Geschichte des Landes Glarus I, S. 84–86; W. STAUFFACHER, Die Versammlungsdemokratie im Kanton Glarus, S. 40, mit Verweisen in Fn. 45; vgl. auch KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 10.

523 MATTMÜLLER, HLS: Allmend.

524 MATTMÜLLER, HLS: Allmend.

So räumt im Jahre 1417, in der ältesten erhaltenen Urkunde, welche eine Mühle erwähnt, ein gewisser *Hans Müller* (o.A.) dem Tagwen Ennenda, von dem er das Grundeigentum und das dazugehörige Nutzungsrecht erworben und mit dessen Einwilligung er scheinbar die Mühle errichtet hat, ein Vorkaufsrecht über 147

> «die müli vnd die hofstat vnd die acher, die zuo der müli vnd der hofstat gehörent, vnd die sagen vnd die blöuw».[525]

Auch in anderen Beispielen veräussern Tagwen Grundstücke mit dazugehörigen Nutzungsrechten der Wasserkraft. So gestatten die Tagwenleute von Glarus einem gewissen *Konrad Bühlmann* (o.A.) eine Getreide- und Poliermühle mitsamt Stampf zu errichten. Zu diesem Zweck kauft dieser «den Boden für sein Geschäft von den Tagwensleuten, die als Genossen der unteren Allmeind Anteil an derselben hatten».[526] 1677 entstand eine Nagelschmiede am Giessen in Glarus, indem es heisst, es hätten die «Tagwenleute […] dem Nagler Jakob Gallati erlaubt, ein Rädlein in den Gießen zu setzen».[527] Dass die Erlaubnis bzw. das Recht der Nutzung mit dem Verkauf des Grundeigentums gleichbedeutend zu verstehen ist, zeigt sich daran, dass 1697, als die Nagelschmiede eingegangen war, «der Tagwenseckel dem Nachfolger Gallatis 80 Gulden [zahlte], damit er das an der Burg gelegene Rad und Gebäude schleife, da die beiden Objekte dem Schießwesen hinderlich waren».[528] Das einmal verkaufte Grundeigentum sowie das dazugehörige Nutzungsrecht der Wasserkraft waren veräussert worden; da der Tagwen nicht mehr darüber verfügen konnte, musste der Rechtsnachfolger darum gebeten und dafür bezahlt werden. Ein weiteres Beispiel für den Verkauf des Grundeigentum eines Tagwens mitsamt den daran geknüpften Nutzungsrechten ist der Kaufvertrag vom 19. Hornung (scil. Februar) 1688, in welchem die Tagwenleute von Niederurnen «denjenigen Grund und Boden, darauf die Häuser, Ställe und Gärten und anderes […] stehen samt dem ganzen Mättli […] von oben an bis auf die Linth, aufrecht und redlich zu kaufen [geben], *mit aller* […] *Rechtsame*, was allda die Herren Tagwenleute für eigen gehabt».[529] AUGUST ROHR, welcher in seiner *Geschichte der Gemeinde Niederurnen* (2010) diesen Fall schildert, meint, es sei dieser Vorgang «sehr ungewöhnlich», da die Käufer als Tagwenleute «bereits ein Nutzungsrecht auf klar abge- 148

525 Vgl. BLUMER, Urkundenbuch: «[…] dem dagwan zu Ennenda gemeinlich, wen jch Hans Müller ald min erben, ob ich en wer [=wenn ich nicht mehr am Leben wäre], verkouffen wöltin die müli vnd die hofstat vnd die acher, die zuo der müli vnd der hofstat gehörent, vnd die sagen vnd die blöuw [=Stampf], so sol ich Hand Müller […] den dagwan zu Ennenda gemeinlich nöten [=anhalten, auffordern]» (Nr. 156, S. 494–495); JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 6; JENNY/TRÜMPY, JHVG 33, S. 10.

526 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 64–65

527 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66–67; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 98.

528 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66–67; JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 98.

529 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 42, 134.

grenztem Gemeindeboden» hatten: «Warum sollten sie die Flächen plötzlich erwerben?»[530] Weil damit das ausschliessliche Nutzungsrecht der Wasserkraft auf sie überging und sie diese somit nicht länger genossenschaftlich teilen mussten. AUGUST ROHR selber stellt fest:

> «Der Dorfbach als Spender von genügend Wasser zum Einlegen und Spülen gab den Anstoss zur Wahl dieses Standortes. Die weiter unten liegende Säge nutzte hingegen die Antriebskraft des Wassers.»[531]

149 Auf der anderen Seite findet AUGUST ROHR mit Blick auf die Tagwensgenossen bedenklich, dass sie mit diesem Verkauf «die Verfügungsgewalt über ein ansehnliches Stück Land im Kerngebiet von Niederurnen aus der Hand» gegeben haben.[532] Die «Bereitschaft des Tagwens, sich auf den ungewöhnlichen Handel einzulassen» lässt sich indes mit einem «finanziellen Engpass» erklären, wobei der Verkaufserlös die Situation entschärfte.[533] Somit zeigt sich aus dem Rechtsleben, dass die Tagwen seit frühester Zeit ihr Grundeigentum sowie auch die daran geknüpften Rechte[534] verkauften, sofern sie sich einen Vorteil davon versprachen. Dieser Vorteil konnte in der Inbetriebnahme eines bis dato noch nicht bestehenden Gewirbes oder aber auch nur im Verkaufserlös bestehen. Auf diese Art und Weise verkauften in späteren Jahrhunderten nicht nur die Tagwen, sondern auch die Gemeinden ihre Wasserrechte.[535]

150 Manchmal war der in Aussicht gestellte Nutzen so gross, dass die Tagwen ein geradezu erstaunliches Entgegenkommen an den Tag legten. Ein Beispiel dafür ist bereits der als *Bachbrief des Jahres 1594* bekannte Vertrag zwischen den Tagwen Glarus und dem Mühlebesitzer *Kaspar Iseli* (o.A.), in welchem sich die Tagwenleute verpflichten, den durch

---

530 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 42, 134.

531 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 42, 134.

532 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 135; vgl. auch DERS.: «Schliesslich war für damalige Verhältnisse die an Private abgetretene Fläche mit rund 5000 Quadratmeter ausserordentlich gross» (S. 42).

533 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen: «1680 war nämlich das Pfarrhaus abgebrannt. Der Wiederaufbau erfolgte gut 20 Jahre nach dem Bau der neuen Kirche. […] Der Erlös von 550 Gulden aus dem Landverkauf konnte die Situation zumindest entschärfen» (S. 135).

534 Es wurden auch andere Rechte verkauft, so z.B. Tränkrechte; vgl. den Bachbrief von 1594 zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe: «Zum lettsten ist auch heitter vorbhalten dass kheiner solle Gwalt han in Langeacher zu dräncken, *es wäre dann, das er sölch Rächt von den Tagwen-Leuthen Kauffe*, und si darum ohnklagbar mache – doch dass solches wie auch alles abghörts ohne abbruch und Nachtheil des Wassers der undern Güttern bschächen sölle» (S. 26; Hervorhebung hinzugefügt).

535 1796 erwarben *Fridolin Staub* (1735–1815) und sein Sohn Major *Johannes Heinrich Staub* (1767–1841) zusammen mit Chorherr *Fridolin Iseli* (1761–1821) von der Gemeinde Glarus ein Wasserrecht auf der Abläsch (JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 191); die Gebrüder *Trümpy* erhielten im Oktober 1827 «von der Gemeinde Ennenda ein Wasserrecht […]» (JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 322).

den Bergsturz veränderten Bachlauf, welcher eine Gefahr für Glarus darstellte, durch ein Wuhr aufzufangen und zur Mühle zu leiten:

> «Dem ist also, Namlich: so habend gemeinde Tagwenslüth den Bach im Ursprung durch ein Wuer uffgfangen, auch inen vorbhalten So uer si wetend den Bach allenklich ussgenommen Wasser zu einem Raad der Müly dienstlich wie nachvolgen wirdt durch gesagten Graben zefüeren […]».[536]

Da die Bestimmung «zu einem Raad der Müly» die bestehende Mühle an einer ausgeweiteten Nutzung der Wasserkraft sowie die Ansiedlung weiterer Gewirbe am neuen Bachlauf verunmöglichte, wurde der *Bachbrief von 1594* durch den neuen *Bachbrief von 1607* abgelöst.[537] Dieser zweite Vertrag zwischen denselben Kontrahenten sah vor, dass die Mühle ihr Wasser für ein Rad beziehen soll, danach den unteren Eigentümern gerade so viel Wasser zuleiten, dass sie «zur Notdurft zu tränken han» und das übriggebliebene Wasser solle wiederum ganz der Mühle dienen: 151

> «Zum Ersten Soll die Mülly oder Besizer der Mülly Gwalt han voraus und ab, zu einem Rad Wasser zu nehmen, zum anderen so Sönd die Tagwenleuth das Wasser usen fergen[538] […] zum vierten so soll niemand wässern, auch in kein weis noch weg kein Wasser neben usen richten, sonder allein der freyen Rus nach lassen fürwerthen laufen, weder hinten noch vor aben. Dannethin so sönd die Anstös hinden aben zu ihrer Nothdurft zu tränken han, was dann weiter für Wasser für is, vil oder wenig, so soll es allerdingen ganz und gar der Mülly dienen, es sey zu zwey oder drey Räder […]»[539]

Ein weiteres Beispiel für ein Entgegenkommen mit Bedingungen seitens eines Tagwens ist der Beschluss des Tagwens Glarus vom 14. Februar 1577, als die Tagwenleute «etlich Artikel auf[stellten] betreffend das Wuhr (Wuhrtanne), so bei der Ennendaner Bruck geschlagen, auch die Fallen daselbst und der Giessen aufgenommen und ermehret».[540] Allem Anschein nach waren Wuhrtanne beim Einlauf des Giessen in Glarus sowie die Falleneinrichtungen sehr primitiv gewesen. Die Tagwenleute gaben den zwei Sägereibesitzern am Giessen unentgeltliche Mithilfe und legten eine neue Wuhrtanne in die Linth, 152

> «damit der Giessen zu allen Ziten des Jahrs sin Lauf und Gang gehen möge und sie jederzeit saagen [sic], stampfen und ihren Nutzen schaffen können.»[541]

---

536 Vgl. den Bachbrief von 1594 zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 24–27.

537 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 28.

538 «Fer(g)e^{n}» bedeutet «führen», mit Bezug auf Wasser «leiten, Wasser auf Wiesen» (vgl. IDIOTIKON, ferggen).

539 Bachbrief von 1607 zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 29.

540 Zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 117.

541 Zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 118; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 65.

153 Ein solches Entgegenkommen wurde aber oft durch gewisse Auflagen und Bedingungen ergänzt. Diese umfassten regelmässig die Sicherung der Rechte darunterliegender Ufereigentümer, wie im Falle des *Bachbriefes des Jahres 1594*:

> «Jedoch ist hierin auch vorbhalten, dass man der angeregten Mülli auch durch das ganz Jar [sic] Wasser alle Zytt zu der Mülly auch den Hüsseren und uff Güetter in Oberdorff zu irrer Nottdurfft sölle lauffen lassen, dass es ein Mülli Rad threiben möge, und nit witter, dess sölend sy sich vernügen lassen […].»[542]

154 Sie konnten aber auch Servitute wie der Unterhalt der Wuhrungen oder Fallen beinhalten.[543] Dies wiederholte sich im Jahre 1616, als zwischen dem Tagwen Glarus und den inzwischen drei Sägen am Giessen ein neuer Vergleich wegen der Falle geschlossen wurde. Der Tagwen Glarus errichtete nun beim Einfluss des Giessens eine Doppelfalle mit zwei Wendelbäumen, wobei der Tagwen ein Viertel und die drei Sägen je einen Viertel der Kosten trugen.[544] Bedingung war, dass die Tagwenleute fortan zu gewissen Zeiten Holz durch die Fallen flössen durften. 1644 schrieben die Tagwenleute den Lohn der Sägen genau vor und legten dem Besitzer der einen Säge die Verpflichtung auf, jährlich 50 Schnitz Holz für den Tagwen gratis zu sägen.[545] H. SPÄLTI zufolge war dies «eine Art Entschädigung für das Wasserrecht».[546] Regelmässig aber sicherten sich die Tagwenleute beim Verkauf ihres Grundeigentums Weg- und Tränkrechte, wie etwa im Falle des Kaufvertrags in Niederurnen vom 19. Februar 1688.[547]

---

542 Vgl. den Bachbrief von 1594 zit. in JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 26.

543 Es waren dies namentlich die Folgenden: (1.) Ohne Erlaubnis der Tagwenleute durfte an der Wuhrtanne nichts geändert werden, (2.) Die Inhaber der beiden Sägen hatten die Fallen an der Linthbrücke auf eigene Kosten aufrecht zu halten, (3.) es durfte durch die Fallen kein Holz geflözt werden, (4.) eine der beiden Sägen erhielt das Servitut, dass dort Holz, welches der Tagen für Brücken und dergleichen benötigte, unentgeltlich gesagt werden sollte (vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 118).

544 Vgl. JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 118; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 65.

545 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 119; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66.

546 H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66.

547 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen: «Immerhin verkaufte die Gemeinde nur mit Auflagen. So sollten die Tagwensleute weiterhin das Recht haben, durch das Mättli zur Linth und auf die Allmeind Espen zu gehen und zu fahren. Auch der Fussweg vom Mättli in die obere Allmeind über den bestehenden Steg musste offen bleiben. […] Wichtig für die damalige Zeit war im Weiteren, für das Vieh den Weg zur Tränke zu sichern» (S. 43, S. 135).

b. Die Markschenkungen der Tagwen im 19. Jahrhundert

Der vorne beschriebene Prozess der Allmendteilung nahm zu Beginn des 19. Jahrhunderts neue Ausmasse an, als der Nutzen aus einem «Gewirbe» am Flussufer durch die industrielle Nutzung der Wasserkraft gesteigert wurde: 155

> «In den 1830er-Jahren hatten die Tagwensgenossen ihren Boden an die bauwilligen Textilunternehmer günstig abgetreten, weil sie sich Arbeitsplätze für die Dorfbevölkerung versprachen.»[548]

Das zeigt das Beispiel Niederurnen. Dort wurde im Rahmen der Linth-Unternehmung zu Beginn des 19. Jahrhunderts das alte Linthbett zum Standort der in diesen Jahren aufkommenden Fabrikindustrie. Dies, da im alten Linthbett die saisonalen Schwankungen in der Wasserführung geringer als an zahlreichen anderen Bächen waren, und weil der kanalisierte Lauf die gezielte Nutzung wesentlich erleichterte.[549] Aus diesem Grund trat Ratsherr *Johann Melchior Steinmann* (o.A.) vor die Gemeindeversammlung des 5. Dezembers 1830 und erbat von der «ehrenden Gemeinde Niederurnen […] [z]u einer Druckfabrikation nötigen […] Boden und [das] Wasserrecht käuflich an sich zu bringen.»[550] Die Tagwensgenossen zeigten sich aber derart grosszügig mit seinem Kaufgesuch, dass sie am 26. Dezember 1830 «in Ansehung, dass eine solche Fabrikation viel Verdienst den Gemeindegenossen darbiete [beschlossen], ihnen […] den ausgetreckten Platz und [das] Wasserrecht des kleinen Linthli gänzlich umsonst […] als Eigentum zu überlassen.»[551] 156

Im Februar 1833 überliess die Gemeinde Niederurnen der Firma *Friedrich de Caspar Jenny* «das alte Linthbett und den ganzen Kanal des Brunnenflusses vom Ausfluss des Zweifel & Weinhofer'schen Fabrikwassers an bis in die Linth unentgeltlich […]».[552] 157

---

548 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 281

549 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 240.

550 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 240.

551 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 240–241. Dies stiess freilich auf Gegenstimmen: «Eine Einsendung im ‹Öffentlichen Anzeiger des Kantons Glarus› vom Juli 1830 zeigt, dass es allerdings auch Tagwensgenossen gab, welche die kostenlose Abtretung als falsche einstuften: ‹Die Mehrheit […] glaubte sich berechtigt, die unvergleichlich schöne Wasserrechtsame, nebst zirka 4000 Quadratklaftern [zirka 16 000 Quadratmeter] Platz, [die] wenigstens einen wahren Wert von 1000 bis 1200 Gulden, die Wasserrechtsame nicht inbegriffen, [ausmacchen], den Herren Gesuchstellern gratis abtreten zu können. Und noch mehr: Ungeachtet der von der Minorität, gegen eine dem wohlverstandenen Nutzen der sämtlichen Tagwensgenossen auf das Auffallendste entgegenstehende Verschenkung, erfolgten schriftlichen Verwahrung, liessen die Herren Steinmann und Cie. den besagten Platz vermessen und schritten ungesäumt an die Ausführung der Bauten.› […] Möglicherweise kam die Opposition aus bäuerlichen Kreise. Es war nämlich die Rede von einer Schmälerung und Wegwerfung des Gemeindegutes, das auch künftigen Generationen zugute kommen sollte. ‹Vollends unbegreiflich aber ist, wie die jetzt lebenden Bürger einer Gemeinde sogar anerbotene Zahlungen […] beharrlich von sich weisen konnten und durfte.›» (zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 241).

552 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 245.

AUGUST ROHR zufolge war auch hier der Grund für diese Schenkung wiederum der Wunsch nach mehr Arbeitsplätzen. Aus diesem Grund machte der Schenkungsvertrag auch eine Auflage, indem er in seiner Einleitung ausdrücklich den Bau «‹einer bedeutenden Baumwoll-Spinnerei und anderer viele Leute beschäftigenden Fabriken›» nannte.[553] Als Herr *Caspar Jenny* (o.A.) überdies noch Land benötigte, welches über das alte Linthbett hinausging, musste er dafür zahlen. Die Auflage im Kaufvertrag war klar: «Herr Jenny wird die fragliche Baumwoll-Spinnerei im Laufe dieses Jahres erbauen lassen und verspricht binnen acht Jahren ein zweites Etablissement [Betrieb], Weberei und Druckerei, da anzulegen. […] Würde das verheissene zweite Fabrik-Etablissement […] nicht angelegt, so fällt […] die rechtsseitige Hälfte des Linthbetts und Kanals […] unentgeltlich und unverändert wieder dem Tagwen heim».[554] Zudem musste sich *Caspar Jenny* verpflichten, das Wasserrecht weder zu veräussern, noch «zu andern Zweck den zum Betrieb von Fabriken zu benutzen».[555]

158 Da es sich bei den Wasserrechten um selbständige Rechte handelte (s. vorne Rz. 129 ff.), traten aber Tagwen oftmals auch nur die Wasserrechte unentgeltlich ab, während sie das Ufergrundstück zur landwirtschaftlichen Nutzung zurückbehielten.[556] So etwa in diesem zeitgleichen Beispiel aus Oberurnen, welches überdies ein starkes Zeugnis des Wohlwollens ablegt, mit welchem die Tagwen den Fabrikherren begegneten:

> «Das Wasserrecht der ‹*Spinnerei Oberurnen*› beruht auf einer unentgeltlichen Abtretung seitens der Gemeinde vom 29. März 1833 an Joh. Hch. [scil. Johann Heinrich] Oertly von Ennenda. Hier heißt es u. a., dass Wasser werde in der bestimmten Erwartung abgetreten, dadurch für ihre verdienstlose Gemeinde eine wichtige Verdienstquelle zu erhalten. Das Wasserrecht wird frei und unentgeltlich abgetreten und das Schwellen gestattet, ‹indem sie sich dafür durch den daherigen Gewerbeverdienst zu entschädigen hofft.› Der Tagwen verpflichtet sich ferner unentgeltlich zu 100 Tagewerken. Sehr schön heißt es am Schlusse der Uebereinkunft: ‹Nachdem Oertly, gegenwärtiger Uebereinkunft, seine Zustimmung erteilt, so ist auch von der Gemeinde Oberur-

553 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 245.

554 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 245.

555 Zit. in ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 245–246. Die daraus sich ergebende Wasserrechtsstreitigkeit über die Eigentumsverhältnisse aufgrund der rechtlichen Neuordnung im Zuge der Linth-Unternehmung bleibt in der vorliegenden Arbeit aussen vor; vgl. aber die Reaktion der Linth-Polizeikommission bei ROHR, Niederurnen, S. 242–243.

556 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II: «Wie sind nämlich die Wasserrechte für unsere Fabriken entstanden? Mussten die glarnerischen Fabrikanten jeweils die ganze Uferstrecke erwerben, um ihre Kanäle errichten zu können? […] Vielmehr haben eingehende Nachforschungen ergeben, daß die Tagwen die Wasserrechte meist unentgeltlich abgegeben haben, sodaß die Fabrikbesitzer nicht gezwungen waren, das ganze Ufer zu erwerben. Ja es kam sogar vor, daß der Tagwen noch Beiträge an die Kanalkosten leistete» (S. 3); vgl. auch Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

nen, soweit sie berechtigt, einstimmig und mit dem Wunsch zu Glück und Segen für die Unternehmung, ratifiziert und angenommen worden.›»[557]

Dasselbe geschah dem «Spinnerkönig» *Heinrich Kunz* (1793–1859), als er zusammen mit dem Zeugdrucker *Egidius Trümpy* (1768–1839) und dessen Söhnen im Jahre 1836 beim Gemeinderat Linthal ein Gesuch zur Errichtung einer mechanischen Spinnerei und Weberei am rechten Ufer des Brummbaches einreichte.[558] BOSSHARD schreibt: 159

«Die Fabrikanten erschienen den Behörden als eigentliche Retter in der Not. Die bisher im Dorf stark verbreitete Handweberei war von einer grossen Krise geprägt. Der Linthaler Gemeinderat zögerte darum nicht, grosszügige Bedingungen zu gewähren. Für den Fabrikbau wurden kostenloses Bauholz, Sand und Steine zugesichert. Zudem wurde die Alleinnutzung der Wasserkraft zugesagt, soweit dies in der Zuständigkeit der Gemeinde lag.»[559]

Ein fünfter, ähnlicher Fall zeigt sich beim *Convenium zwischen d*[en] *Herren Trümpy Jgr.* [scil. der Jüngere] *& Cie. in Glarus & dem E*[hrsame]*n. Tagwen Engi* vom 3. August 1853.[560] Darin treten die Tagwensgenossen «in Berücksichtigung der neuen Verdienstquelle die dadurch für diese Dorfschaft in Aussicht gestellt wird» die Wasserrechte umfassend ab. Im ersten Artikel gestattet 160

«der Tagwen für jetzt & alle Zukunft daß diese zusammengefaßten Quellen auf beliebige Art & Weise über sein [scil. des Tagwens] Saaten-Gut Thürli hinunter geleitet werden können & zwar in dem Sinne daß es d[en] Hr. Trümpy jgr. & Co. oder ihren Nachfolgern zustehen soll, fragliche Wasser an jedem ihnen dienlichen Punkte des Gutes Thürli zu fassen & einer ihnen beliebigen Leitung über dasselbe dem Gute Wier zuzuführen.»[561]

Im zweiten Artikel verspricht der Tagwen, um zu verhindern, dass den 161

«in Zukunft nicht auf ungebührliche Weise Wasser entzogen, oder dasselbe auf schädliche Art verunreiniget werde, wird der Tagwen so weit seine Verhältnisse es gestatten, mitwirken.»[562]

Und im dritten Artikel erteilt der Tagwen den Fabrikanten für den Fall, dass sie 162

«oder ihre Nachfolger das zu erstellende Etablissement erweitern wollten, oder eine größere Triebkraft bedürfen sollten, […] denselben hiemit die Befugniß aus dem Üblibach unterhalb der Säge das benötigte Wasser durch geeignete Vorrichtungen in besagtem Bach zu fassen & auf jede beliebige Weise, so weit es über den Gemeindsboden gezogen werden kann, dem Gütchen Wier zuzuführen, & zwar ohne dafür weder für das Wasserrecht noch für den, für die Wasser-

---

557 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

558 Zur Person von *Heinrich Kunz* vgl. insb. BOSSHARD, Spinnerkönig Heinrich Kunz; SCHERER, HLS: Heinrich Kunz. Zur Person von *Egidius Trümpy* vgl. FELLER-VEST, HLS: Egidius Trümpy.

559 BOSSHARD, Spinnerkönig Heinrich Kunz, S. 36.

560 Vgl. VEREIN ZUR ERFORSCHUNG UND DOKUMENTATION DER ORTSGESCHICHTE VON ENGI, Engi, S. 39–41.

561 VEREIN ZUR ERFORSCHUNG UND DOKUMENTATION DER ORTSGESCHICHTE VON ENGI, Engi, S. 39–40.

562 VEREIN ZUR ERFORSCHUNG UND DOKUMENTATION DER ORTSGESCHICHTE VON ENGI, Engi, S. 40.

leitung erforderlichen Gemeindsboden irgend welche Bezahlung oder Vergütung zu verlangen.»[563]

163 Ebenso eindrücklich ist das Beispiel der Wasserrechtsabtretung durch die Gemeinde Mollis an die Firma *Jenny & Co*., Ennenda, vom 1. Oktober 1856:

«‹Machenschaft bezw. Kaufbrief›

[‹]Die ehrsame Gemeinde Mollis verkaufte an obenbenannten Herren Jenni u. Comp. das Linth-Wasserrecht, unentgeltlich, soweit dieses Recht der Gemeinde und ihrer Allmeind Nutz zusteht und letztere bis dato darüber zu verfügen hatte.›»[564]

164 Die Gemeindebeschlüsse vom 10. Februar und 8. Juni 1856 gingen freilich «nicht bloß auf unentgeltliche Abtretung des Wasserrechts, sondern überdies auf einen Beitrag der Gemeinde von Fr. 8 000.– an die Kosten des Kanals» über.[565] Ein ähnlicher Fall war die am 23. Juni 1867 vollzogene, unentgeltliche Abtretung der Wasserrechte des Tagwens Matt am Krauchbach an die Herren «*Kirchenvogt Rudolf und dessen Bruder Kaspar Spälty von Netstal*», wobei der Tagwen zusätzlich «der Boden für die ‹Etablissements-Gebäude›» und das Bauholz unentgeltlich zur Verfügung stellte.[566]

165 Die Landratskommission des Jahres 1951 würdigte all diese Beispiele als ein Zeichen der Weitsicht zur Förderung der Industrie.[567] Auch ANDREA KAUFMANN nennt sie nicht zu Unrecht «eine frühe Art von gezielter Wirtschaftsförderung».[568] Die viel verbreiteteren Fälle des Verkaufs zeigen indes, dass im ganzen Kanton Glarus Tagwen im Gegenzug für die Veräusserung der Wasserrechte mit Arbeitsplätzen rechneten.[569]

---

563 VEREIN ZUR ERFORSCHUNG UND DOKUMENTATION DER ORTSGESCHICHTE VON ENGI, Engi, S. 40.

564 Zit. in Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; zit. auch in Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

565 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

566 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

567 Bericht Landratskommission 1950 II: «Die Beispiele ließen sich wohl noch vermehren, aber sie genügen, um zu zeigen, wie weitsichtig damals die Gemeinden gehandelt haben, um Verdienst zu bringen. So hat sich die Vermutung als richtig erwiesen, der glarnerische Gesetzgeber habe 1867 [sic, gemeint ist wohl 1869] im bürgerlichen Gesetzbuch die Industrien dadurch fördern wollen, daß er das Recht der Ausnützung der Wasserkräfte den Uferanstößern überließ» (S. 4); Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 60.

568 KAUFMANN, Pioniere des Glarnerlandes, S. 11.

569 Schilderung von Herr *M. Legler* zit. in JENNY-TRÜMPY, JHVG 34 «Im Jahr 1856 entstund nun auch in unserm Dorfe eine mechanische Weberei mit zirka 200 Webstühlen, welche als eine willkommene Verdienstquelle begrüsst wurde. Der Tagwen Diesbach trat in den Verkauf von Boden und Wasserrecht nur ein unter der Bedingung, dass ein Etablissement gegründet werde, welches 150 Personen Verdienst gebe und dass die Arbeiter, wenn vorhanden, zuerst aus dem eigenen Dorfe genommen würden» (S. 260).

2.2 Die wasserrechtlichen Prozesse vor dem 19. Jahrhundert

166 Über die Jahrhunderte finden sich zahlreiche Prozesse, welche in Bezug mit der Nutzung der Wasserkraft standen; sie betrafen aber selten die Nutzung der Wasserkraft im engeren Sinn. Sie werden nachfolgend nur in zwei Streiflichtern behandelt, wohingegen die gerichtliche Behandlung der Nutzung der Wasserkraft nachfolgend ausführlich behandelt wird (s. hinten Rz. 185 ff.).

167 In der frühen Neuzeit scheinen diese vor allem mit den zahlreichen Lasten verbunden zu sein, welche aus der Nutzung hervorgingen. So perpetuiert sich etwa in Glarus seit 1532 über beinahe drei Jahrhunderte der immergleiche Prozess über die Geschiebewegschaffung.[570] Das Geschiebe blieb natürlicherweise immer am untersten Gewirbsbesitzer hängen, welcher die oberen Gewirbsbesitzer um Mithilfe einklagte. Erstaunlich ist, dass der Tagwen nie herbeigezogen wurde, wo doch die Runse im Tagwengebiet lag. ADOLF JENNY und F. LUCHSINGER zufolge «influierten hiebei die Hoheitsrechte über den Bach und [es] hüteten sich die Gewirbbesitzer, solche in eine Diskussion zu bringen».[571] Wo nicht Geschiebe das Problem war, stellte sich dieses anhand der Kosten, etwa zur Instandhaltung der Fallen. So im Falle des Naglers *Jakob Gallati* (o.A.), welcher 1677 mit Erlaubnis der Tagwenleute für eine Nagelschmiede «ein Rädlein in den Gießen» setzte, worauf die Besitzer der Sägereien am Giessen verlangten, er solle an den Kosten und an den anderen Lasten mittragen.[572] Dies wies ein Gerichtsurteil in Anbetracht des kleinen Betriebes jedoch ab.[573]

168 Als sich im 17. und 18. Jahrhundert Gerber und Färber und schliesslich auch die Baumwolldruckereien an den Wasserläufen niederliessen, handelten die allermeisten Prozesse von Verunreinigungen des Wassers. So beklagte sich beispielsweise Alt-Landvogt *Fridolin Streiff* (o.A.) im Oktober 1744 darüber, dass solche Gewirbsbesitzer «ihre Äscher, Laumähl und Farben» ausgerechnet dann in den Bach ablaufen liessen, wenn die Tagwenleute es schöpfen wollten, weshalb das Wasser während zwei Tagen nicht zu benutzen sei.[574] Auf die daraufhin verfügten einschränkenden Bestimmungen hin erhoben die Gerber *Jakob* und *Cosman Elmer* (o.A.) sowie der Landeshauptmann *Johann Heinrich Streiff* (1709–1780), der Besitzer der ersten Baumwolldruckfabrik, Einsprache, weil sie «in ihrer Profession gehindert» würden.[575] Das Verbot wurde daraufhin wieder aufgehoben, «da unsere Voreltern

---

570 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 39.

571 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 39

572 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 98; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66–67.

573 JENNY/LUCHSINGER, Gewerbliche Nutzung der Wasserkräfte, S. 98; H. SPÄLTI, Geschichte der Stadt Glarus, S. 66–67.

574 Zit. in WINTELER, Hauptort, S. 108–109.

575 Zit. in WINTELER, Hauptort, S. 109.

den Bach stets zu jedermanns Nutzen genutzt», und die Parteien wurden auf eine gütliche Einigung verwiesen.[576]

2.3 Das Glarner Gesetzesrecht vor dem Jahre 1869

169 Nachdem das Glarner Gewohnheitsrecht in seinen Grundzügen nachgezeichnet wurde, soll nachfolgend ein Blick auf das Gesetzesrecht vor der Einführung des Glarnerischen Zivilgesetzbuches von 1869 geworfen werden. Hierbei überrascht es, dass «gerade während derjenigen Zeit, wo die bedeutendsten Wasserwerke für industrielle Zwecke in unserm Kanton errichtet wurden, bis in's Jahr 1869 ein sozusagen vollständig gesetzloser Zustand» herrschte.[577]

a. Das Wasserrecht in den Landsbüchern

170 Das Land Glarus legte, wie die anderen Länderorte der Alten Eidgenossenschaft auch, seit dem Spätmittelalter nach städtischem Vorbild eine Rechtssammlung des eigenen Landrechts an, welche «mündlich tradiertes Gewohnheitsrecht ebenso wie neue Satzungen der Landsgemeinde enthielten».[578] Bei diesen sogenannten «Landsbüchern» handelt es sich also weniger um eine Kodifikation als vielmehr um eine aus «der Rechtspraxis und aus den Ratsbeschlüssen» erwachsene Kompilation «ohne jede irgendwie wesentliche Zuhilfenahme des gemeinen Rechtes».[579] Mit der späteren Einführung einer systematischen Gliederung erfolgte meist eine Überarbeitung, sodass sich in den Länderorten das derart laufend revidierte Landbuch zum eigentlichen Landesrecht entwickelte.[580]

171 Im Land Glarus stammt das älteste Landsbuch von 1488.[581] Es erfasst die Satzungen, welche seit der ersten überlieferten Glarner Landsgemeinde von 1387 getroffen wurden. Im Gegensatz zu anderen Ständen der Alten Eidgenossenschaft, in welchen die Rezeption des *ius commune* nachweisbar stattfand (s. vorne Rz. 91 ff.), ist dies für das Land Glarus weniger gewiss. In den wohl etwas zugespitzten Worten GOTTFRIED HEERS ist

> «zum voraus zu konstatieren, dass auch in der Frage stehenden Periode das römische Recht ebenso wenig irgend einen Einfluss ausgeübt hat, als in der vorausgehenden Zeit. Das altglarne-

576 Zit. in WINTELER, Hauptort, S. 109.

577 Bericht Landratskommission 1892, S. 5.

578 WÜRGLER, Geschichte des Verfassungsrechts bis 1798, S. 37, Rz. 11; vgl. auch CARLEN, Rechtsgeschichte, S. 12; vgl. DUBLER, HLS: Landrecht.

579 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte I, § 3, S. 37–38.

580 Vgl. DUBLER, HLS: Landrecht.

581 Vgl. dazu HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 47, Fn. 197 m.w.H.

rische Recht ist und bleibt ein glarnerisches Eigengewächs, dem Rechtsempfinden des Volkes erwachsen.»[582]

Entsprechend der bereits behandelten fehlenden Trennung von «privat» und «öffentlich» erfasste das Landsbuch unterschiedslos den gesamten Rechtsbestand. Im Jahre 1807 wurde das Landsbuch erstmals systematisch geordnet und erschien in gedruckter Form,[583] was es nach HANS CONRAD ESCHERS Erachten immerhin einem Zivilgesetzbuch vergleichsweise nahekommen liess.[584] Ein Nachdruck erschien ein Jahr darauf[585] und eine erweiterte Nachführung in drei Teilen im Jahre 1835.[586] Die letzte grosse Überarbeitung erfuhr das Landsbuch 1852–1854, welches mit dem Inhalt «alle[r] mit der Landsgemeinde 1852 in Kraft bestehenden cilivrechtlichen, d.h. auf das Mein und Dein bezüglichen Gesetze» wohl die erste klare Unterscheidung zwischen «privat» und «öffentlich» trifft.[587] Im Vergleich zu den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts traten die Mängel des Landsbuchs jedoch immer stärker hervor. Der Glarner Landrat gibt im Jahre 1866 zu, es sei 172

582 G. HEER, JHVG 38, S. 33; vgl. auch HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus: «Die römische Eigentumstheorie fand unter solchen Umständen keinen günstigen Boden, wie überhaupt die Rezeption des römischen Rechts am Rechtsleben des Landes Glarus beinahe einflußlos vorüberging» (S. 23); vgl. auch VISCHER, Wirtschaft und Staat: «Im Kanton Glarus, wo, wie in der übrigen Schweiz, das römische Recht kaum Eingang gefunden hatte, war das Wasser nicht Regal […]» (S. 221).

583 Vgl. Landsbuch 1807.

584 Vgl. dazu ESCHER im Jahre 1813, zit. in FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte: «Noch kein Canton hat ein ganz vollständiges einheimisches in seinen Abtheilungen zusammenhängendes, Civilgesetzbuch, das officiell bekannt gemacht ist. Die meisten kleineren Cantone haben sogenannte Landbücher, die aber wenig Bürgern, oft selbst nicht allen Richtern bekannt, und überhaupt sehr unvollständig, unzusammenhängend, oft widersprechend, sind. Das des Cantons Glarus ist seit 1807 ziemlich systematisch geordnet bekannt gemacht worden. Das preussische Gesetzbuch und der Code Napoleon sind die vollständigsten und musterhaftesten Gesetzbücher» (S. 104).

585 Vgl. Landsbuch 1808.

586 Vgl. Landsbuch 1835. Es beschloss die Landsgemeinde des Jahres 1832, es «soll eine neue Auflage unsers Landsbuchs, worin alle noch in Kraft bestehenden, seit 1807 ergangenen Landsgemeindbeschlüsse nachgetragen sich befinden, veranstaltet werden» (S. II). Der erste Teil enthielt «alle mit der Landsgemeinde 1834 in Kraft bestehenden Landesartikel» (S. II), der zweite Teil «die verschiedenen obrigkeitlichen Verordnungen» und der dritte Teil «diejenigen Concordate und besondern Verträge hiesigen Standes […], welche auf den öffentlichen und täglichen Verkehr Bezug haben» (S. III).

587 Vgl. Landsbuch 1852–1854. Der dreifache Landrat erteilte 1849 den Auftrag «die civilrechtlichen Bestandtheile des Landsbuchs sowie der Nachtragsgesetze seit 1835 zu sichten und das noch Geltende unter Anbringung der (namentlich formell) erforderlich werdenden Modifikationen, in einem, möglichst systematisch geordneten Ganzen zusammenzustellen» (S. III). Der erste Teil enthielt «alle mit der Landsgemeinde 1852 in Kraft bestehenden cilivrechtlichen, d.h. auf das Mein und Dein bezüglichen Gesetze», der zweite Teil umfasste «die Administrativgesetze und Rathsverordnungen» und der dritte Teil «Verfassung, organische Gesetze, Gerichtsverordnungen u. s. f.» (S. III).

> «der erste Theil unseres Landsbuches nichts weniger als ein vollständiges Civilgesetzbuch, wie solche in andern Kantonen bestehen, sondern vielmehr nur eine Zusammenstellung derjenigen zivilrechtlichen Bestimmungen, die im Verlauf von Jahrhunderten bruchstückweise von der Landsgemeinde erlassen worden sind […].»[588]

173 Nach Bestimmungen zur Nutzung der Wasserkraft sucht man in den Landsbüchern vergebens. Überhaupt gibt das «*Sachenrecht* […] nur zu wenigen Erörterungen Anlass».[589] Die einzigen Bestimmungen, welche darin das Wasser betreffen, betreffen Servitute zur Sicherung von Tränkwegen.[590]

174 Darüber hinaus gibt das Landbuch keinen Anhaltspunkt für eine Regalität des Wassers. Nachdem das Vorhandensein der «Fronmühle» ein lehenrechtliches Regalrecht zumindest für die Zeit der säckingischen Herrschaft nahelegt,[591] ging dieses Regalrecht weder dem Loskauf von Säckingen noch mit der Reichsunmittelbarkeit von 1415 auf das Land Glarus über. FRIEDRICH HEFTI belässt es dabei: «Der Regalgedanke faßte nie Wurzel.»[592] Doch greift das zu kurz; immerhin zeigt JOHANN JAKOB BLUMER, dass die gesetzliche Schaffung von Regalrechten grundsätzlich möglich gewesen wäre:

> «Von den mancherlei Beschränkungen, welche anderwärts das Grundeigenthum durch weit ausgedehnte Hoheitsrechte des Staates erlitt, kömmt [sic] in unsern Ländern, und zwar auch erst zu Ende dieses Zeitraumes, einzig das Bergwerksregal vor.»[593]

175 Auch zu späterer Zeit wurde mit dem Wildschutzgebiet des Freibergs ein Regalrecht durch die Landsgemeinde begründet.[594] Es ist also nicht der Fall, dass ein Regalrecht am Wasser analog den anderen Ständen der Alten Eidgenossenschaft nicht möglich gewesen wäre. Aber es kam nicht dazu.

---

588 Landsgemeindememorial 1866, § 8, S. 11.

589 G. HEER, JHVG 36, S. 25.

590 «§ 162. [1] Die gewohnten Tränkwege sollen von Denen, die dazu das Recht haben, zur Winterszeit bis Mitte alten April und zur Herbstzeit im Gras, von alt Michaelstag an, befahren werden mögen. Doch sollen beschlagene Pferde gebunden zur Tränke geführt werden. Die, welche auf eigenem Gut oder bei einer gemeinsamen Tränke genugsam Wasser haben, sowohl als die, welche zugeführtes Heu auf dem eigenen Gut aufätzen, sollen nur bis Mitte alten März durch die Tränkwege zu fahren befugt sein. [2.] Wenn ein Gut vertheilt oder aus mehreren nur ein Gut gemacht würde, so sollen in jedem Fall die Tränkwege wie vorher gebraucht werden. – Urtheil, Siegel und Brief bleiben aber jedenfalls in völliger Kraft» (Landsbuch 1852–1854, S. 44–45; analog § 177 in Landsbuch 1835, S. 104, worin die Marginalien die Bestimmungen dieses Paragraphen auf Beschlüsse der Jahre 1548 und 1572 zurückführen). Zu den Tränkwegen vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S 448; DERS., Staats- und Rechtsgeschichte II.2, S. 78–79.

591 Vgl. dazu BLUMER, Urkundensammlung, Nr. 35, S. 121 / Nr. 262, Abschnitt XXX; G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus, S. 335; JENNY, Daten II, S. 1074.

592 HEFTI, Wasserrecht, S. 9.

593 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 444.

594 G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus, S. 328.

Was den Gemeingebrauch der Gewässer betrifft, wird das Wasser in der Literatur auch «als Allgemeingut aller Landleute» bezeichnet.[595] So schreibt GOTTFRIED HEER: 176

> «[…] diewyl bisher die Wasser in unserm Lannd frey gsyn […]».[596]

Dies ist etwa bezüglich der Fischerei zu bejahen, für welche alle Gewässer des Landes Glarus zur Verfügung standen.[597] 177

b. Die Gesetzgebung der Helvetik

Der gewaltsame Untergang der Alten Eidgenossenschaft bewirkte im Lande Glarus, dass nach der Kapitulation die bisherige Staatsverfassung ausser Kraft gesetzt und der einstige souveräne Stand, unter neuen Grenzen, als Verwaltungsdistrikt mit dem Namen «Kanton Linth» neu konstituiert wurde.[598] Die bereits dargelegte wasserpolizeiliche Gesetzgebung der Helvetischen Republik (s. vorne Rz. 97) galt auch für das Land Glarus. Da dieses jedoch keine Regalrechte kannte, hatte die in anderen Ständen so folgenschwere, mit dem *Beschluss vom 19. Oktober 1798* eingeführte Gewerbefreiheit keine besonderen Auswirkungen.[599] 178

Jedoch mussten auch im Lande Glarus gemäss dem *Beschluss vom 3. Dezember 1798* die Munizipalitäten eine Polizeibewilligung beantragen. Dies war das erste Mal, dass auf dem Gebiet des heutigen Kantons Glarus die Ufereigentümer – seien dies Private oder die Tagwengenossen – eine solche staatliche Bewilligung für die Nutzung der Wasserkraft benötigten. Wie in anderen Ständen auch, kehrte man im Kanton Glarus mit dem Untergang der Helvetischen Republik zum *Status Quo ante* zurück. Die Wasserpolizei sollte allerdings schon 1812 wieder eingesetzt werden (s. hinten Rz. 320 ff.). 179

c. Die Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836

Der naturrechtliche Eigentumsbegriff (s. vorne Rz. 94 ff.) wurde vom Liberalismus aufgenommen, wie etwa durch den aus Lausanne stammenden, liberalen Vordenker BENJAMIN CONSTANT (1767–1830), welcher dem Eigentum in seinen *Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatifs* (1815) für den Staat konstitutive Bedeu- 180

---

595 G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus, S. 335.

596 G. HEER, JHVG 38, S. 52

597 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 444–445; HEFTI, Wasserrecht, S. 9.

598 Für die gewaltsame Helvetische Revolution im Kanton Glarus vgl. SCHWEIZER, JHVG 97; für den Kanton Linth vgl. das einschlägige Werk GLAUSERS, Der Kanton Linth.

599 Vgl. VISCHER, Wirtschaft und Staat: «Gegenüber St. Gallen und Zürich […], Stadtstaaten mit althergebrachter Zunftordnung und, in Zürich, Privilegierung gegenüber der untertänigen Landschaft, herrscht im ganzen Territorium des Landes Glarus staatsbürgerliche Freiheit. Ein städtischer Mittelpunkt fehlt, wenn auch der Hauptflecken wirtschaftlich und verwaltungsmässig – nicht aber rechtlich – die Funktion einer Stadt seit etwa 1400 erfüllte. […] Im Kanton Glarus herrschte also Wirtschaftsfreiheit» (S. 220).

tung zuerkannte.[600] In dieser Form findet sich die Eigentumsgarantie in allen Regenerationsverfassungen der Jahre 1830/31.[601] So auch im Kanton Glarus: Die ausserordentliche Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836 nahm – im Zuge einer Revolution[602] – eine neue Kantonsverfassung nach den Postulaten der Regeneration an; es wurde die konfessionelle «Regimentsteilung» überwunden, ein auf Rechtsgleichheit und Volkssouveränität fussender sowie gewaltenteiliger Staat eingeführt.[603]

181 In § 7 der Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836 wurde sodann die Eigentumsgarantie verankert:

> «§ 7. Das Privateigenthum ist unverletzlich. Indessen räumt die Verfassung dem Staate das Recht ein, in Fällen, wo es das Staatswohl erheischt, von Privaten oder Gemeinheiten das Opfer eines unbeweglichen Besitzthums gegen gerechte nach Anleitung des Gesetzes auszumittelnde Entschädigung zu fordern.»[604]

182 Der § 9 führte zudem die Gewerbefreiheit unter Vorbehalt der Regalien und der Gesetzgebung ein:

> «§ 9. Handel und Gewerbe sind frei. Die Regalien und gesetzlichen Bestimmungen, welche das Gemeinwohl erforderlich macht, vorbehalten.
>
> Gleiche Gewerbsfreiheit genießen auch die Angehörigen anderer Kantone und auswärtiger Staaten, in welchen dem Glarner das Gegenrecht zugesichert ist.»[605]

183 Das war indes, anders als in den Zunftstädten der Eidgenossenschaft, keine wirkliche Neuerung, hatte doch eine weitgehende Wirtschaftsfreiheit geherrscht.[606]

184 An derselben ausserordentlichen Landsgemeinde, welche die Kantonsverfassung annahm, wurde auch ein Beschluss gefasst, welcher die erste gesetzliche Erwähnung des Wasser-

---

600 Vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 328; vgl. CONSTANT, Œvres: «J'ai dit […] que les citoyens possédaient des droits individuels, indépendants de toute autorité sociale, et que ces droits étaient la liberté personnelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, la garantie contre l'arbitraire, et la jouissance de la propriété. Je distingue néanmois les droits de la propriété des autres droits des individus» (S. 1166); zur Person CONSTANTS vgl. HOFMANN, HLS: Benjamin Constant.

601 Vgl. DUBLER: «Diese Übersteigerung, die in der Schweiz in der thurg. Regenerationsverfassung von 1831 Ausdruck fand, prägte den gemein- und naturrechtl. Eigentumsbegriff der bürgerl. Gesellschaft» (HLS: Eigentum).

602 Vgl. dazu HOPHAN, Verfassungsrevolution.

603 Vgl. LIVER, Die Regenerationszeit, S. 208–209. Zur Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836 vgl. insb. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 286–292; vgl. auch BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten I, S. 216–218; H. R. STAUFFACHER, Herrschaft und Landsgemeinde, S. 240–244; STUCKI, Vom Alten Land zum Kanton Glarus, S. 55; SCHIESSER, JHVG 71, S. 38–39.

604 KV GL 1836, S. 5; zit in KÖLZ, Quellenbuch, S. 327.

605 KV GL 1836, S. 5; zit in KÖLZ, Quellenbuch, S. 327.

606 Siehe vorne Fn. 599.

rechtes darstellt.[607] In einem Entscheid darüber, was alles gemäss § 122 des Landbuches verpfändet werden kann, wird für die neu entstandene Industrie spezifiziert, es können im Falle einer «Druckfabrik, Färberei, Spinn- oder Webmaschine, oder irgend ein anderes Industrie-Etablissement, oder aber eine Mehl-, Säg- oder Papiermühle, eine Walke oder Ziegerreibe, oder ein sonstiger Gewirb» inskünftig «nebst dem Uebergebäude und zu demselben allfällig gehörigen Wasserrecht und den *zu Benutzung des Wasserrechtes* außer den Gebäulichkeiten sich befindenden Vor- und Einrichtungen» auch noch die im Inneren des Industriegebäudes sich befindlichen Maschinen als Bestandteile verpfändet werden.[608] Wichtig ist hier nicht die pfandrechtliche Frage, sondern das in den Worten «zu demselben allfällig gehörigen Wasserrecht» beiläufig zum Ausdruck kommende Nutzungsrecht der Ufereigentümer.

3. Die kantonale Rechtsprechung im 19. Jahrhundert

FRIEDRICH HEFTIS Darstellung der Geschichte des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer setzt «[e]rst in neurer Zeit [ein], als sich die Gerichte kaum mehr zu helfen wußten».[609] In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nahmen die Prozesse im Zuge der Industrialisierung dramatisch zu und konzentrierten sich vor allem auf die Nutzung der Wasserkraft.[610] Das konnte nicht verwundern, hatte doch der hohe Industrialisierungsgrad des Kantons Glarus zur Folge, dass «die Benützung der Wasserläufe wohl in keinem andern Kanton so ausgedehnt und ausgenützt» bezeichnet wurde.[611] Streitigkeiten erfolgten entlang des Wasserlaufes.[612] Sie erfolgten aber auch – und das war die Besonderheit – zwischen gegenüberliegenden Ufereigentümer: 185

607 Vgl. Bericht Landratskommission 1892: «Einzig aus dem Jahre 1836 besteht eine gesetzliche Bestimmung, welche im Grundsatze das Benutzungsrecht des Wassers durch den Eigenthümer des an ein Gewässer anstoßenden Grundstückes, resp. das Dispositionsrecht darüber, anerkannte» (S. 5).

608 Vgl. Appendix I: Beschluss der Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836; zit. auch in Bericht Landsratskommission 1892, S. 5–6 (Hervorhebung hinzugefügt).

609 HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 8.

610 Vgl. Amtsbericht 1851–1854: «So zahlreich waren während der abgelaufenen Amtsdauer die W a s s e r r e c h t s s t r e i t i g k e i t e n , die ihrer Wichtigkeit wegen gewöhnlich auch appellirt» (S. 6). Nach der Jahrhundertmitte stabilisierten sich die Fälle, vgl. dazu Amtsbericht 1857–1860: «Wenn auch in der letzten Amtsperiode die Zahl der Wasserrechtsstreitigkeiten etwas abgenommen hat […]» (S. 9).

611 BLEULER-HÜNI, Die Wasserrechtsverhältnisse an der Linth, S. 5.

612 Vgl. bspw. ROHR, Gemeinde Niederurnen: «1836 war auch ein heftiger Konflikt zwischen den benachbarten Fabrikbetrieben im Gang. Zweifel & Weinhofer warfen Enderlin & Jenny vor, sie stauten das Wasser im Rautibrunnen zu hoch In der Folge könnten sie die ihr zustehende Wasserkraft nicht mehr voll ausnutzen. Offenbar hatten die 1833 von der Linthkommission festge-

> «Wohl selten, jedenfalls nur an größern Flüssen, werden, bei solch' intensiver Ausnützung der Gefälle, Verhältnisse getroffen, wie sie hier an der Linth vorkommen, Verhältnisse nämlich, welche gestatten, das Flusswasser in die beiden Uferanstößer rechts und links zu theilen, wodurch eine rationelle Benützung der vorhandenen Kräfte erschwert und die ganze Wassertheilung und Fassung zu Streitigkeiten Anlaß geben wird».[613]

186 FRIEDRICH HEFTI beschreibt dies sehr anschaulich:

> «Der Linth entlang schossen Fabriken auf wie Pilze und mit ihnen häuften sich Kollisionen und Rechtsstreite. Die Gerichte wurden überschüttet mit Wasserrechtsprozessen. Der rechtlose Zustand führte zu einer unhaltbaren Lage. Es herrschte eine wahre Anarchie unter den ‹Gewirbebesitzern›; jeder überbot den andern an Rücksichtslosigkeit und Schikane. Sowohl Regierung wie Richter waren machtlos, da ihnen keine Rechtsmittel zur Verfügung standen.»[614]

187 Rechtlos war der Zustand freilich nicht. Die Rechtsstreitigkeiten kamen vor das 1836 eingesetzte Zivilgericht des Kantons Glarus und wurden dort «nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, wie man zu sagen pflegte, oft mit Beizug von Sachverständigen entschieden».[615] Diese Entscheide wurden «ihrer Wichtigkeit wegen gewöhnlich auch appellirt».[616] Die massgeblichen Urteile finden sich daher beim Appellationsgericht des Kantons Glarus. Bemerkenswerterweise war der Appellationsgerichtspräsident *Adam Blumer* (1789–1859), Vater seines eigenen Nachfolgers, JOHANN JAKOB BLUMER. Dieser Letztere schreibt als Präsident des Appellationsgerichtes bezüglich der gesetzlichen Situation im *Amtsbericht 1851–1854*:

> «Der Mangel an positiven Landesgesetzen über die fraglichen Rechtsverhältnisse wurde dabei von uns oft sehr lebhaft empfunden […].»[617]

---

legten Eckwerte den Konflikt nicht verhindern können» (S. 246–247) mit Verweisen auf das Urteil des GL-AGE auf S. 247.

613 BLEULER-HÜNI, Die Wasserrechtsverhältnisse an der Linth, S. 5; BERLINGER beschreibt eine Anlage an der Freibergstrasse in Schwanden, in welcher drei Uferanstösser Wasserrechte an derselben Stelle nutzten: «Das Wehr ist nicht wie üblich leicht schräg in den Bach hinein gebaut, sondern weist gegen das rechte Ufer hin einen deutlichen Knick auf. Dies war die Lösung für eine ungewöhnliche Konfliktsituation: Die Linth macht hier einen Bogen nach links, was bedeutet, dass die Strömung am rechten Ufer stärker ist. Doch zwei der drei Nutzungs-Berechtigten hatten ihre Anlagen auf der linken Seite. Der Knick im Wehr auf der rechten Seite sorgt nun dafür, dass genügend Wasser auf die linke Seite abgelenkt wird. Dies ist der einzige Fall im Kanton Glarus, wo mit *einem* Wehr *drei* Wasserbezüger befriedigt werden mussten» (Strom aus Wasserkraft, S. 26; Hervorhebung im Original).

614 HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 8–9.

615 Bericht Landratskommission 1892, S. 6.

616 Amtsbericht 1851–1854, S. 6; vgl. auch Amtsbericht 1857–1860: «Wenn auch in der letzten Amtsperiode die Zahl der Wasserrechtsstreitigkeiten etwas abgenommen hat, so waren doch, bei den besondern industriellen Verhältnissen unsers Kantons, die Fragen, welche wir zu entscheiden hatten, in der Regel von bedeutender praktischer Tragweite, so daß sie mehr als andere Prozesse die Thätigkeit der Partheien und ihrer Anwälde [sic], sowie die Aufmerksamkeit des Publikums in Anspruch nahmen. (S. 9).

617 Amtsbericht 1851–1854, S. 6.

Trotz fehlender Gesetze war der Zustand aber nicht «rechtlos», die Richter auch nicht «machtlos». Ihnen standen durchaus «Rechtsmittel» zur Verfügung, wie eine Übersicht der Wasserrechtsstreitigkeiten der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigt. JOHANN JAKOB BLUMER meint im Amtsbericht dazu: 188

> «Die Lücke in unsrer Gesetzgebung kann nun eben bloß durch die gerichtliche Praxis ausgefüllt werden, und deßhalb wird gerade mit Bezug auf diese Materie die Erwähnung einiger unsrer Urtheile von Interesse sein.»[618]

Diese Gerichtspraxis kann über einige Fälle der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hindurch verfolgt werden.[619] Sie übernimmt in ihren Grundzügen das vorne dargestellte Gewohnheitsrecht, ergänzt es aber um die moderne Idee einer verfassungsmässig zugesicherten Eigentumsgarantie (s. vorne Rz. 181). Letztere bildet etwa in den Erwägungen des Appellationsgerichtsurteils vom 25.–27. Juni 1838 Ausgangspunkt der rechtlichen Erwägungen des Appellationsgerichtes: 189

> «In Ermangelung der positiven Bundesgeseze [sic], über die vorliegende Rechtsfrage. […] Jeder Eigenthümer seine Eigenschaft unbeschränkt benuzen [sic] könne, bis und so lang ein anderer genügliche Rechte darauf nachzuweisen im Fall sei, welch Letzteres durch die Appellaten [scil. Beschwerdegegner] nicht nachgewiesen wurde. […] Daß jeder mit seinem Eigenthum solange nach seinem Gutbefinden schalten & walten könne, als kein Schaden und Nachtheil seiner Nebenmenschen nachgewiesen werden könne».[620]

Ein Appellat wendet dieses Verständnis in einem Votum auf das Ufereigentum an: 190

> «Jeder Besizer [sic] der von einem Fluße begrenzten Liegenschaft habe das natürliche Recht, sich gegen denselben zu sichern und vom jenseitigen Gutsbesitzer zu fordern, daß er das Flußgebiet nicht verenge, keine ihm nachtheiligen Vor- und Einrichtungen in demselben treffe und dem Fluße den natürlichen Lauf belaße».[621]

Im selben Urteil verneint zwar das Appellationsgericht in seinen Erwägungen ein Grundeigentum am Flussbett, welches nicht den Anstössern zukommt, schützt aber deren Ufereigentum: 191

> «a) [D]a zwar Besitzer von Liegenschaften, welche an die Linth anstoßen, weder als Eigenthümer, noch als Disponenten der Hälfte des Linthbettes zu betrachten seien, b) daß dagegen dem

---

618 Amtsbericht 1851–1854, S. 6.

619 BLUMER hebt als Präsident des Appellationsgerichtes im Amtsbericht jeweils die aus «den zahlreichen Entscheidungen über W a s s e r rechtsstreitigkeiten […] in unsern Urtheilen niedergelegte[n] Grundsätze hervor […]» (Amtsbericht 1854–1857, S. 8); vgl. auch Bericht Landratskommission 1892: «Es bildete sich dadurch im Verlaufe der Jahre eine Gerichtspraxis, welche der Codification, die endlich im Jahre 1869 vorgenommen wurde, als Grundlage gedient hat» (S. 6).

620 GL-AGE 25.–27.06.1838, S. 67. Für die freundliche Hilfe bei der Transkription der in Kurrentschrift verfassten Urteile des Appellationsgerichts des Kantons Glarus des 19. Jahrhunderts danke ich Herrn lic. phil. I *Roman Sigg*, Stadtarchivar von Stein am Rhein.

621 GL-AGE 19.05.1846, S. 151.

> Besizer [sic] einer, von einem Fluße begrenzten Liegenschaft das Recht zustehe, diese gegen jener zu sichern, demnach auch gegen jegliche seinem Besitzthume nachtheiligen Vorrichtungen am jenseitigen Flußufer rechtliche Einwendung zu erheben […]».[622]

192 Dieses aus der Eigentumsgarantie fliessende Recht der Grundeigentümer am Flussufer, dass der Fluss nicht zu ihrem Nachteil geändert werde, fasst ein Appellant in einem Votum folgendermassen zusammen:

> «[N]ach allgemeinen Rechtsbegriffen seie für veränderte Verrichtungen an einem Fluße der Consens der sämtlich Berechtigten erforderlich».[623]

193 Wie weit aber das Grundeigentum ging, schien nicht restlos geklärt zu sein. Auch findet sich soweit keine Erwähnung des Wassers und der Nutzung der Wasserkraft. Im Appellationsgerichtsurteil vom 3. August 1847 macht der Appellant in seinem Zeugenbeweis geltend

> «[…] daß sein Vater als Besizer [sic] der untern Mettlen sich immer als Eigenthümer des halben Baches betrachtete und wenn Appellat zu weit hinüberwuhren wollte, der Vater es wehrte […]».[624]

194 Er folgert in seinem Votum daraus ein bis zur Hälfte des Flusses sich erstreckendes Eigentumsrecht des Ufereigentümers:

> «Nach allgemeinen Rechtsbegriffen und gerichtlicher Praxis haben die an ein Flußgebiet anstoßenden Grundstückbesizer [sic] die gleichen Ansprüche und das Eigenthum erstrecke sich bis auf die Mitte, so genau, daß von keinem ohne beidseitigen Consens nachtheilige Veränderungen vorgenommen werden dürfen […] dieser Grundsatz seie auch vom löbl. Augenscheingericht anerkannt.»[625]

195 Das Appellationsgericht verwirft aber dieses behauptete Eigentum, indem es für das «Flussgebiet», womit wohl das Flussbett und das Wasser gemeint sind, von Gemeingut spricht:

> «[N]ach hierortiger landlicher Uebung das Flußgebiet als Gemeingut, der dieses angrenzenden Liegenschaften betrachtet wird, 2. Daß dagegen hier, für die abnorme Behauptung des Appellaten, wonach er ausschließliches Eigenthum, am fraglichen Flußgebiete anspricht […]».[626]

196 Im Appellationsgerichtsurteil vom 25. Mai 1850 stellte das Appellationsgericht fest, dass Zahlungen, welche Besitzer neu erstellter Gewirbe an die Gewirbsgenossenschaft zu leisten hatten, nicht geschahen, um «von diesen in die Gemeinschaft der Waßerrechtssamen aufgenommen resp. ihnen ein Waßerrecht bewilligt wurde», sondern dass sich eine solche Zahlung «nur auf die der Gewirbsbesitzer gemeinsam zustehenden Lasten beziehen kann, welche es mit sich brachten, daß der neu eintretende Genoße die ältern vorerst für frühere

622 GL-AGE 19.05.1846, S. 152.

623 GL-AGE 25.08.1846, S. 186.

624 GL-AGE 3.08.1847, S. 335.

625 GL-AGE 3.08.1847, S. 337.

626 GL-AGE 3.08.1847, S. 378.

Leistungen entschädigen und für spätere sich zur Theilnahme verpflichten mußte, ehe ihm die Ausübung eines Waßerrechtes verstattet werden konnte».[627] Das «Eigenthumsrecht am Gießen selbst und die daraus hervorgehende Befugniß, Waßerrechte in demselben zu vergeben», sei «durch das in vollen Rechtskraft bestehende appellationsgerichtlicht Urtheil vom 18. Mai 1835 ausdrücklich dem Tagwen Ennenda zuerkannt worden».[628] Hier wird also erstmals das an das Grundeigentum geknüpfte Nutzungsrecht der Wasserkraft und die Möglichkeit, dieses Nutzungsrecht als selbständiges Recht zu «vergeben», gerichtlich bestätigt.[629]

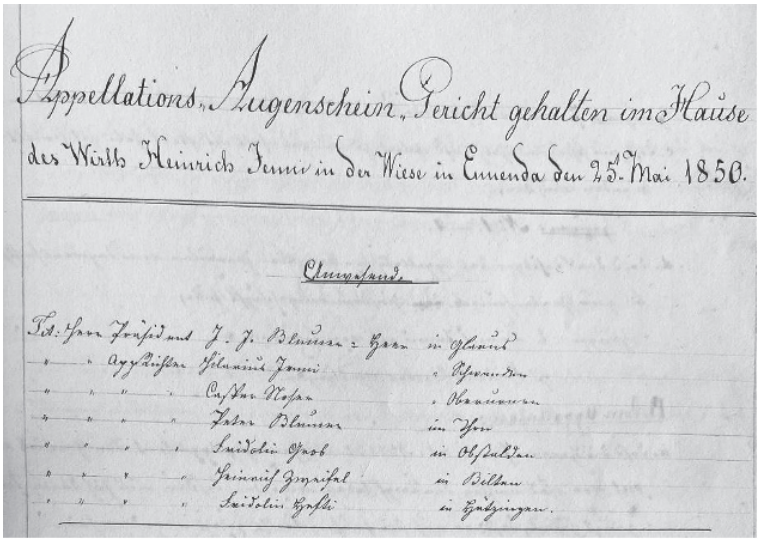


Abb. 6: Auszug aus dem Augenscheingerichtsurteil vom 25. Mai 1850 (mit J.J. Blumer als Gerichtspräsidenten).

Im Appellationsgerichtsurteil vom 25. Juni 1850 behauptete der Appellant in seinem Votum, 197

> «1. daß nach dem in allen civilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsatz die Tagwen die Disponenten der auf ihrem Gebiete sich vorfindlichen Flüße und Bäche resp. Eigenthümer desjenigen Gebietes über das sie fließen, seien […]».[630]

627 GL-AGE 25.05.1850, S. 159.

628 GL-AGE 25.05.1850, S. 159.

629 Vgl. auch HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 24

630 GL-AGE 25.06.1850, S. 182.

198 Dem widerspricht in diesem Fall das Appellationsgericht. In seinen Erwägungen geht es weiter, als in allen bisherigen Urteilen, und es hält erstmals inhaltlich fest, was den Kern des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer ausmachen würde:

> «[…] b. daß immerhin, wenn der Besitzer des link- oder rechtsseitigen Ufers Gebrauch vom Flußwaßer machen will, dieses nach den hierortigen Begriffen zur Hälfte des Waßers geschehen darf und eine Einrede des gegenüber liegenden Uferbesitzers sich nur auf eine Veränderung des Flußbettes und Flußsohle oder Vorrichtungen wodurch demselben Schaden entstehen könnte, beiziehen kann.»[631]

199 Es wird sodann «auf den Eid geurtheilt» und «gerichtlich bestätigt, daß Appellant berechtigt sei, nur die Hälfte des Waßers zu benutzen.»[632] In dieser Erwägung sind beide Aspekte des sechzehn Jahre später kodifizierten Nutzungsrechtes der Ufereigentümer enthalten (s. hinten Rz. 257): (1.) Das Recht des Ufereigentümers, die Wasserkraft bis zur Hälfte des Flusses zu nutzen, (2.) die Einrede des gegenüberliegenden Ufereigentümers zur Sicherung seiner Eigentumsrechte. Es findet sich keine derart treffende Formulierung mehr, doch der Grundsatz scheint sich in verschiedenen Fällen zu bestätigen. So behauptet ein Appellant in seinem Votum:

> «1. daß sie zu Folge Kaufbrief vom 17. Mai d. J. rechtliches Eigenthum an den Realitäten zu Mühlhäusern sammt Waßerrecht um dadurch nach gemeinrechtlichen Begriffen auch die Berechtigung zur beliebigen Benutzung derselben anlangt haben.»[633]

200 Und im Appellationsgerichtsurteil vom 25. September 1851 behauptet die Appellatin:

> «1. Daß das Leglergütli der Appellatin das rechtseitige Ufer des Mühlbrunnen bilde. 2. Daß ihr daher in Folge dieser Begrenzung Miteigenthumsrechte an der Gesammtwaßermaße so wie nicht weniger an der Waßerkraft zustehen, dem Appellant als Eigenthümer des am entgegengesezten Ufer gelegenen Grundstücks daher nicht zustehe, ohne Zustimmung der Appellatin über Waßermaße und Waßerfall im Bereiche des beidseitigen Grundeigenthums der Partheien irgendwie zu verfügen.»[634]

201 Das Appellationsgericht bekräftigt zu diesem Anlass noch einmal:

> «[D]aß nach allgemeinen Rechtsbegriffen und hiesiger gerichtlicher Praxis die heutige Appellatin als Besitzerin des an den Mühlebrunnen anstoßenden Leglergütlis rechtlichen Anspruch auf die Benutzung der Hälfte des Flußwaßers längs ihres Besitzthums hat.»[635]

202 Im Amtsbericht der Jahre 1851–1854 spricht JOHANN JAKOB BLUMER, es habe in diesem Falle «der Grundsatz Anwendung [gefunden], daß der Besitzer einer, an ein fließendes

631 GL-AGE 25.06.1850, S. 184.

632 GL-AGE 25.06.1850, S. 184.

633 GL-AGE 24.10.1850, S. 248; vgl. dazu auch HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 23.

634 GL-AGE 25.09.1851, S. 361.

635 GL-AGE 25.09.1851, S. 361–362.

Wasser anstossenden Liegenschaft rechtlichen Anspruch auf die Benutzung der Hälfte desselben habe».[636]

4. Die Auswirkungen auf die Industrialisierung im Kanton Glarus

Bereits zu Beginn des 18. Jahrhunderts hatte sich der Kanton Glarus von einem Agrarkanton in einen stark industrialisierten Kanton zu wandeln begonnen. Und nachdem 1714 die Baumwollhandspinnerei in Glarus eingeführt wurde, breitete sich diese zwischen 1715 und 1720 als Heimindustrie im Verlagssystem im ganzen Kanton aus.[637] Bis 1790 war die Handspinnerei neben der Landwirtschaft die wichtigste Erwerbsquelle der Glarner Bevölkerung, ergänzt durch die ab 1740 einsetzende Zeugdruckerei.[638] 203

Die von *Johann Heinrich Streiff* (1709–1780) im Jahre 1740 gegründete Baumwolldruckerei am Strengen- oder Oberdorfbach in Glarus nutzte als erste die Wasserkraft. Er bekam er vom Tagwen Glarus die Bewilligung, ein Wasserrad in den Oberdorfbach einsetzen zu dürfen.[639] Es scheint, dass gerade die kleine, aber konstante Wasserkraft ideal für die Entwicklung der Druckerei am Hauptort war.[640] 204

Da diese Tätigkeit aus produktionstechnischen Gründen nur zentral betrieben werden konnte, begann schon früh die Fabrikarbeit im Kanton Glarus.[641] Während um 1800 die Landwirtschaft in der Eidgenossenschaft etwa 80 % der Beschäftigung ausmachte, waren es in Glarus gerade noch deren 50%.[642] Ein 1797 verfasster Artikel für den *Helvetischen Almanach* rühmt den Unternehmergeist der Glarner: 205

> «[K]ein Volk der Schweiz, selbst die ‹industriösen› Neuenburger nicht ausgenommen, besässen einen solchen Geist der Thätigkeit und des Emporstrebens wie die Glarner und nirgends finde man so viele gebildete, weitgereiste Leute».[643]

---

636 Amtsbericht 1851–1854, S. 6.

637 Janser, Takt der Maschinen, S. 15.

638 Janser, Takt der Maschinen, S. 15.

639 Jenny-Trümpy, JHVG 34, S. 174.

640 Vgl. Jenny/Luchsinger, Die industrielle und gewerbliche Benutzung der Wasserläufe: «Günstig für die Entwicklung der Druckerei im Hauptort war, dass solch reichlich fliessendes Wasser, jedoch nur bescheidene motorische Kräfte benötigte; auch die grösseren Fabriken kamen mit 30–50 Pferdestärken aus. Dagegen war dieser Mangel an bedeutenderen Wasserkräften der Grund, dass die im 19. Jahrhundert in anderen Gemeinden des Landes so stark und erfreulich sich entwickelnde Spinnerei und Weberei hier keinen Boden fand, nur am Löntsch im benachbarten Riedern siedelte sich eine Weberei an» (S. 16).

641 Janser, Takt der Maschinen, S. 15.

642 Janser, Takt der Maschinen, S. 14.

643 Jenny-Trümpy, JHVG 33, S. 39.

206 Es war dieser Unternehmergeist, welcher im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert die Wasserkräfte in einem neuen Licht betrachtete. Schon der Waadtländer Generalinspektor der Brücken und Strassen, *Jean Samuel Guisan* (1740–1801), hatte in seinem *Rapport sur les Debordements de la Linth* an das helvetische Vollziehungsdirektorium der einen und unteilbaren helvetischen Republik im Dezember 1798 geschrieben:

> «Das Gefälle unserer Flüsse und unserer Bäche – ohne uns daran zu hindern, sie schiffbar zu machen, erleichtert uns die Bewässerung, unsere Täler fruchtbar zu machen, *unzählige Fabriken anzutreiben*, zur Verschönerung unserer Städte beizutragen und sofort Brände zu löschen.»[644]

207 So führt denn auch ADOLF JENNY-TRÜMPY den Aufschwung der Glarner Industrie auf die «Eigenart des Glarners» zurück, hebt jedoch als Grundbedingung «die Natur des Landes» hervor: «Dies war denn auch in reichem Masse der Fall; die Stosskraft der Linth und ihrer Zuflüsse».[645] In Anlehnung an den Linthaler Pfarrer BERNHARD BECKER (1819–1879) nennt auch der bedeutende Glarner Historiker JAKOB WINTELER (1897–1966) unter den Ursachen für die mächtige Entfaltung der Glarner Industrie «die reichlichen Wasserkräfte».[646] Diese Erkenntnis ist auch in der Geschichtsschreibung zu einem Gemeinplatz geworden.[647]

208 Nachdem ein erster Versuch zur Gründung einer mechanischen Spinnerei durch den Besitzer einer Zwirnerei, *Joachim Tschudi-Warth* (1768–1806), im Jahre 1806 gescheitert war, richteten die Brüder *Johann Heinrich Blumer* (1779–1829) und *Othmar Blume*r (1788–1865) am Oberdorfbach in Glarus 1813 die erste mechanische Spinnerei des Landes mit 3000 Spindeln ein.[648] Wie bei den früheren Mühlen und Sägereien, waren auch hier die Wasserräder (und später auch Turbinen) über komplizierte Übertragungsmechanismen –

644 Zit. in BRUNNER ET AL., JHVG 78, S. 168 (Hervorhebung hinzugefügt).

645 JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 283.

646 WINTELER, Das Land Glarus, S. 79; kritisch WICK, JHVG 69, S. 91.

647 Vgl. bspw. ROHR, Maschinen- und Menschenwerk: «Die eigenständige Entwicklung im Glarnerland erfolgte nicht zufällig. Hier war alles vorhanden, was die frühe Industrialisierung begünstigte: eine heimindustrielle Tradition, genügend Wasserkraft und klares Wasser sowie Erfahrung im internationalen Handel» (S. 133); PETER-KUBLI, Netstal: «Die ersten Betriebe, die vorwiegend der Verarbeitung von Baumwolle dienten, entstanden in ländlichen Gebieten, in denen die Wasserkraft von Flüssen und Bächen als Antriebskraft genutzt werden konnte. Dafür fanden sich im Glarnerland nahezu ideale Verhältnisse entlang der Linth und den sie speisenden Bächen wie der Sernf bei Schwanden, dem Oberdorfbach in Glarus oder dem Löntsch bei Netstal» (S. 36); KUBLI, Netstal: «Verschiedene Gründe können angeführt werden, weshalb sich gerade in diesen Gemeinden [scil. Glarus, Ennenda, Mollis, Schwanden und Netstal] die Textilindustrie, vorab die Druckereien, ansiedelte. Ein Hauptkriterium war mit Bestimmtheit die Nutzung natürlicher Ressourcen, der Wasserkraft. Zudem diente der nahe gelegene Fluss oder Bach auch zu Auswaschen der Tücher und – für die Glarner Forellen weniger erfreulich – als Abfluss für Farbreste» (S. 38).

648 JANSER, Takt der Maschinen, S. 16; JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 237.

Gestänge, Riemen und Seile – direkt mit den Spinnmaschinen verbunden.[649] Auf die Zeitgenossen machten diese ersten Betriebe den Eindruck eines gewaltigen Räderwerkes, weshalb sie diese mechanischen Spinnereien gesamthaft als «Maschine» bezeichneten.[650] Der Glarner *Jakob Glarner* (o.A.) zeigte sich in seiner Beschreibung vom Aufschwung des Gewerbes und der Fabrikindustrie seit seiner Kindheit beeindruckt, und er erachtete Glarus als einen «der ersten Fabriksorte unseres schweizerischen Vaterlandes», wobei er die günstigen Voraussetzungen hervorhob, welche die beiden Wasserläufe für die Anlage von Gewerbebetrieben und Fabriken boten. Am Oberdorf- oder Strengenbach bestanden seiner Zählung nach mehr als vierundzwanzig Wasserrechte und ebenso viele Gewirbe, während es beim Giessen deren vierzehn waren.[651] Netstal zählte in der Mitte des 19. Jahrhunderts fünfzehn Wasserrechte.[652]

Dieselbe Wasserkraft, die ihr Gedeih bestimmte, konnte ihr Verderb bedeuten: So musste 209
diese erste Fabrik sowie auch eine zweite, Ende der 1820er Jahre von *Johannes Hürlimann* (o.A.) und *Andreas Iselin* (o.A.) gegründete Fabrik schon in den 1837 infolge «geringer Wasserkraft» schliessen.[653] Zahlreich sind die Vermerke der Schwierigkeiten bei niedrigem Wasserstand.[654] Die erste bedeutende Spinnerei wurde indes 1822 «in der Herren» in Schwanden unter Benutzung «der grossen Wasserkraft am Sernft» durch Hauptmann *Johannes Paravincini* (1800–1890) und Hauptmann *Friedrich Paravincini* (1802–1893) als «Firma Geb. J. & F. Paravincini» gegründet.

649 STÜSSI, Brodkorb: «Noch waren die Spinn- und Webmaschinen, die Mühl- und Mahlsteine, die Schmiedehämmer, die Holz- und Eisensägen mit Gestängen, Riemen und Seilen direkt mit den Wasserrädern und Turbinen verbunden» (S. 9).

650 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 30.

651 FELLER-VEST, JHVG 91, S. 17; SPÄLTI ET AL., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 220.

652 SPÄLTI et al., Flurnamen der Gemeinde Glarus, S. 220.

653 *Othmar Blumer* entschloss sich 1835, sein Werk nach Murg zu verlegen, während der Betrieb von Hürlimann & Iselin stillgelegt wurde» (FELLER-VEST, JHVG 91, S. 17); JENNY-TRÜMPY, JHVG 34, S. 237–238; H. SPÄLTI, Geschichte von Glarus, S. 197.

654 Vgl. etwa das Tagebuch der Schwestern der «Industriellen Versorgungsanstalt in Rüti»: «Wenn der Wasserstand besonders im Winter klein war, so lieferte der Kanal zum Betrieb aller Maschinen zu wenig Wasser. Daher musste dann das Wasser auf den Trieb der Maschinen in Carterie konzentriert werden, und standen dann die Webstühle still, und so umgekehrt auch mit den Arbeiten in den andern Fabriksälen, und musste daher auch die Nacht hindurch abgewechselt werden. Dies war natürlich auch für die Anstalt mühsam, musste man doch für die heimkehrenden Arbeitskinder immer etwas Warmes in Essen bereithalten. Nach der Einrichtung des Dampfkessels hörten die Unterbrüche fast auf, und eine noch bessere Betriebssicherheit gewährleistete später die Elektrische Kraft» (zit. in STÜSSI, Brodkorb, S. 9).

210 Bedeutend war die Einführung der Maschine in der Baumwoll-Weissweberei als notwendiger Schritt, um der Konkurrenz der englischen, dampfbetriebenen Maschinenweberei zu begegnen.[655] Ab 1837 kamen in Glarus mechanische Webstühle zum Einsatz, grössere maschinelle Betriebe entstanden in den 1840er Jahren. Und in den 1850er und 1860er Jahren stand die maschinelle Stoffdruckerei in ihrer vollsten Blüte.

211 Ende der 1860er Jahre bot der Kanton Glarus das Bild eines stark industrialisierten Kantons, welcher mit einem Industrialisierungsgrad von 55,1 % nur hinter Appenzell Ausserrhoden zurückstand. Die Baumwollindustrie allein bot Existenzgrundlage für mehr als 40 % der Bevölkerung. 1869 erreichte der Industrialisierungsgrad mit 58,9 % der Bevölkerung seinen Höchststand. Zu dieser Zeit zählte man im Kanton 22 Stoffdruckereien, 18 Spinnereien mit insgesamt 250'792 Spindeln und 17 Webereien mit 3'352 mechanischen Webstühlen.[656] Es war dies, was im Rückblick das «Glarnerische Wirtschaftswunder» genannt wurde.[657]

655 Vgl. JENNY-TRÜMPY, JHVG 34: «Da dieses Land verhältnismässig nicht sehr grosse Wasserkräfte besitzt und mit der alleinigen Benutzung derselben ein so riesenhaftes Wachstum der Maschinenspinnerei und Maschinenfabrikation, wie es thatsächlich eintrat, nicht möglich gewesen wäre, so muss es als ein höchst bedeutsames Ereignis bezeichnet werden, dass der angelsächsischen Intelligenz gerade zur guten Stunde (1769) auch noch die Konstruktion der ersten Dampfmaschine gelang, welche von 1785 an als ‹doppelwirkend› (rotierend) in den Dienst der soeben erwähnten Industrieen [sic] treten konnte […]» (S. 203); dieselbe dampfbetriebene Maschinenproduktion beendete die Handspinnerei (vgl. JANSER, Takt der Maschinen, S. 16–17; JENNY-TRÜMPY, JHVG 33, S. 109).

656 JANSER, Takt der Maschinen, S. 17–18.

657 Vgl. dazu BODMER, JHVG 55; JENNY/LUCHSINGER, Die industrielle und gewerbliche Benutzung der Wasserläufe: «Man kann sich fast gar nicht mehr vorstellen, was für ein reges industrielles Leben in Glarus von den 1840er bis in die 1880er Jahre hinein herrschte, als täglich in jeder der grösseren Fabriken mehrere hundert Drucker und Handlanger aus dem Hauptort selbst und einigen Nachbargemeinden ein- und ausgingen, dazu die zahlreichen Holzmodellstecher, Metallgraveure, Zeichner, Schreiber und Meister, während die Filialen und kommanditierten Handels-Niederlassungen in mehreren Städten des grossen türkischen Reiches den kaufmännischen Nachwuchs in die Ferne lockten […]» (S. 15); vgl. auch F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus: «Damit bot unser Land plötzlich ein ganz anderes Bild dar; aus dem armseligen Bauernländchen mit seinen einfachen Ansprüchen und seinen einst so gering geschätzten Naturreichtümern war plötzlich ein reiches Land geworden» (S. 8).

§ 4 Die Kodifizierung des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer

Die Entstehung des privatrechtlichen Nutzungsrechtes der Ufereigentümer konnte rechtshistorisch hergeleitet und über das Gewohnheitsrecht und die Rechtsprechung bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts verfolgt werden. Nachfolgend soll nun seine Kodifikation im § 55 des *Bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Glarus von 2. Mai 1869* (BGB GL 1869) dargestellt werden (s. hinten Rz. 245 ff.). Dem wird eine Kurzbiographie des Schöpfers des BGB GL 1869 vorangestellt (s. hinten Rz. 213 ff.), welche den Einfluss der Historischen Rechtsschule auf dessen Rechtsverständnis aufzeigt und erklärt, weshalb das Nutzungsrecht der Ufereigentümer beibehalten wurde (s. hinten Rz. 232 ff.). 212

1. Johann Jakob Blumer als glarnerischer «Gesetzgeber»

In den vorne beschriebenen, gesetzlosen Zustand, den FRIEDRICH HEFTI einen «Wirrwarr» nennt, griff ein Mann mit «fester Hand» ein.[658] Es war dies JOHANN JAKOB BLUMER (1819–1875). Wenn Kaiser *Augustus* (63 v. Chr.–14 n. Chr.) sich SUETON zufolge rühmen konnte, «anstelle der Stadt aus Backsteinen, die er übernommen hatte, eine aus Marmor zu hinterlassen»,[659] so liesse sich JOHANN JAKOB BLUMER rühmen, dass er, anstelle der unübersichtlichen Rechtsordnung aus Landsgemeindebeschlüssen und Gewohnheitsrecht, eine Rechtsordnung der Kodifikationen hinterlassen hatte. So bedeutend ist seine Person als geistiger Vater des *Bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Glarus* für das Nutzungsrecht der Ufereigentümer, dass sich eine kurze biographische Betrachtung seines Lebens und Werks rechtfertigen.[660] 213

---

658 HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 9.

659 Vgl. SUETON, Leben der Caesaren, Augustus, 28, S. 106.

660 Vgl. ZWEIFEL, JHVG 61: «Um ein möglichst umfassendes Bild von J. J. Blumer als kantonalem Gesetzgeber zu erhalten, scheint es mir nötig, neben der Darstellung seiner gesetzgeberischen Tätigkeit auch einen Blick auf seine juristische Ausbildung, seine Rechtsauffassung und seine schriftstellerische Tätigkeit zu werfen» (S. 55); zur generellen Rechtfertigung vgl. die poetischen Worte J. HEERS: «[D]ie Wogen des Lebens schlagen rasch zusammen über den Wohnstätten der Todten und bald pflegen Diejenigen vergessen zu sein, die das Auge der Lebenden nicht mehr sieht. Wenn es Einen gegeben hat, der es verdient, dass ihm das schweizerische, dass ihm in erster Linie sein Glarner Volk ein langes und dankbares Andenken bewahre, so ist es J.J. Blumer gewesen. ‹Der Ruhm, den seine Stirn umstrahlt hat – als Richter, als Staatsmann, als Mann der Wissenschaft – verbürgt seinem Namen eine bleibende Stelle unter den bedeutenden Männern der Nation, deren Gedächtniss die Geschichte aufbewahrt[›]; gegenüber seinem V o l k e aber gilt ihm die uralte Verheissung: ‹Das Andenken des G e r e c h t e n bleibet in Segen›» (JHVG 14, S. 68; zit. auch in G. HEER, Lebensbild eines Staatsmannes, S. I).

1.1 Jugend- und Studienjahre

214 JOHANN JAKOB BLUMER kam am 29. August 1819 als erster Sohn des Kaufmannes, Ratsherrn und späteren Appellationsgerichtspräsidenten *Adam Blumer* (1789–1859) und der *Anna Katharina* (geb. *Heer*, 1791–1873) zur Welt.[661] Damit war er ein Spross der beiden Häuptergeschlechter Blumer und Heer.[662] Mütterlicherseits war er Cousin und – nach der Hochzeit im Jahre 1843 mit dessen Schwester *Susanna* (geb. *Heer*, 1820–1902) – auch Schwager Dr. iur. JOACHIM HEERS (1857–1876), des späteren Landammanns, Gesandten in Berlin, Bundesrats und Bundespräsidenten.[663]

215 Schon als Kind bezeugte JOHANN JAKOB BLUMER ein tiefes Interesse für die Geschichte.[664] Er besuchte das Gymnasium in Schaffhausen, wo er für sich an einer Kantonsgeschichte

---

661 Vgl. J. HEER, JHVG 14, S. 3; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 1; LAUPPER, HLS: Johann Jakob Blumer.

662 Damit war sein Lebensweg «durch die Familientradition vorgezeichnet, hatten sich doch schon die Vorfahren seines Vaters und seiner Mutter in den verschiedensten Ämtern dem Staatsdienst gewidmet» (S. 201); vgl. FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 228–229; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 406, Fn. 2. Zum «[a]lte[n] Häuptergeschlecht» der Blumer NABHOLZ (HBLS): «Seit dem 16. Jahrh. ist die Familie ununterbrochen in der Regierung von Glarus vertreten, und seit der Mitte des 18. Jahrh. ist ihre Geschichte aufs engste mit der Entwicklung des Handels und der Industrie in diesem Lande verknüpft» (S. 279). Sein Grossvater, Chorherr *Johann Jakob Blumer* (1756–1825), erbaute die bedeutende, spätaufklärerische Bibliothek im Haus in der Wiese (vgl. MARTI-WEISSENBACH, HLS: Johann Jakob Blumer; zur Bibliothek vgl. insb. MARTI-WEISSENBACH/MARTI, Privatbibliothek im Haus in der Wiese). Sein Vetter (i.S.v. Vaterbruder) war Landammann *Cosmus Blumer* (1792–1861), welcher als Tagsatzungsgesandter des Kantons Glarus eine wichtige Rolle in der revolutionären Einführung der liberalen Verfassung des Kantons Glarus vom 2. Oktober 1836 hatte (vgl. KUBLY-MÜLLER/TSCHUDI-SCHÜMPERLIN, JHVG 47, S. 290–292). Mütterlicherseits gehörte er zum «[a]lte[n], sehr angesehene[n] Glarner Geschlecht» der Heer vgl. KUBLY-MÜLLER/NABHOLZ (HBLS), welches zahlreiche Staatsmänner umfasst: Sein Urgrossvater, Dr. *Cosmus Heer* (1771–1774), war Landammann im Ancien Régime, und sein Grossvater, *Joachim Heer* (1765–1799), war 1798 Regierungsstatthalter des Kantons Linth gewesen (vgl. FELLER-VEST, HLS: Cosmus Blumer; KUBLY-MÜLLER/TSCHUDI-SCHÜMPERLIN, JHVG 47, S. 221–223, 241–243). Sein Oheim (i.S.v. Mutterbruder) war Landammann *Cosmus Heer* (1790–1837), welcher als liberaler Vorkämpfer und einflussreicher Tagsatzungsgesandter federführend in der Verfassungsrevolution von 1836 war (vgl. KUBLY-MÜLLER/TSCHUDI-SCHÜMPERLIN, JHVG 47, S. 277–279).

663 Zur Person vgl. insb. G. HEER, Lebensbild eines Staatsmannes; VISCHER, Joachim Heer; auch LAUPPER, HLS: Joachim Heer; in seiner Rolle als Landammann vgl. KUBLY-MÜLLER/TSCHUDI-SCHÜMPERLIN, JHVG 47, S. 295–298; in seiner Rolle als Gesandter vgl. VISCHER, Joachim Heers deutsche Gesandtschaft resp. JHVG 59 und WIDMER, Schweizer Gesandtschaft in Berlin, S. 62–69; in seiner Rolle als Bundesrat und -präsident vgl. ALTERMATT, Bundesratslexikon, S. 147–151.

664 Mit vier Jahren lernte er lesen, mit neun Jahren lernte er Französisch, mit zehn Latein (vgl. BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 202); vgl. seine Lebenserinnerungen: «[…] unter den römischen Classikern zogen mich besonders die Geschichtsschreiber an (Cornelius Nepos, Livius, Sallust, die alle schon in Glarus gelesen wurden!); daneben las ich auch Plutarch

Schaffhausens arbeitete und sich der Geschichte der Helvetik widmete.[665] Auch lernte er dort die deutsche Sprache auf eine Art zu lieben, die er dem Französischen selbst nach einem Jahr an der Akademie in Lausanne nicht entgegenbringen konnte.[666]

Auf Anraten des seit der Regeneration einflussreichen Zürcher Grossrates, Tagsatzungs- 216
gesandten und «Führer der Radikal-Liberalen des Kantons», *Friedrich Ludwig Kellers* (1799–1860), nahm er 1837 sein Studium der Jurisprudenz an der erst vier Jahre alten *Universität Zürich* auf, welche damals noch in einem Gebäude am Fröschengraben lag.[667] *Friedrich Ludwig Keller*, welcher soeben als Präsident des Zürcher Obergerichts zurückgetreten war, wurde im selben Jahr zum ordentlichen Professor für zürcherisches Partikularrecht sowie römisches Recht ernannt.[668] In mancherlei Hinsicht gilt er als «Begründer der wissenschaftl[ichen] Jurisprudenz der Schweiz» und übte als solcher einen grossen Einfluss auf den jungen JOHANN JAKOB BLUMER aus.[669] Dieser hörte im ersten Semester bei ihm eine Vorlesung über den römischen Juristen *Gaius*.[670] Der andere grosse Zürcher

in deutscher Uebersetzung. Geschichte und Geographie waren meine Lieblingsfächer, für welche ich eine weitgehende Lernbegierde an den Tag legte: ich benutzte auf's Eifrigste die reichhaltige Bibliothek, welche mein Grossvater (Chorherr) Blumer uns hinterlassen hat» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 4–5).

665 J. HEER, JHVG 14, S. 6–7; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 2; ZWEIFEL, JHVG 61, S. 55.

666 Über seinen Lehrer in deutscher Sprache und Literatur, Herrn *Götzinger* (o.A.), schreibt er: «Gründlich und mit feinem ästhetischem Sinne führte er uns in die herrliche deutsche Dichterwelt ein; ihm verdanke ich vorzüglich das volle Verständniss der Muttersprache, ihres Baues und ihrer Eigenthümlichkeiten, ohne welche Niemand correct schreiben kann» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 6); dahingegen vgl. den Brief an seinen Oheim *Cosmus Heer* vom 27. Dezember 1836: «Pour mes études proprement dites, je préférerai toujours l'Allemagne savante et approfondie à la superficialité des Français et j'espère donc qu'à cet égard mon séjour dans vette ville ne durera pas longtemps» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 232; zit. auch in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 406).

667 Vgl. JUNG, Aufbruch zur modernen Schweiz, S. 94. Im Namen seines Neffen fragte Landammann *Cosmus Blumer*, welcher *Keller* von der Tagsatzung her kannte, ob «Jünglinge des Vaterlandes» ihr Studium an einer hiesigen oder deutschen Hochschule beginnen sollen. *Keller* verfasste eine «treffliche Antwort, die, insofern sie auf Alle meines Standes Bezug hat, der Veröffentlichung wert wäre» (vgl. Brief vom 9. Februar 1837 an *Zwicky*, zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 235); zur Person *Kellers* vgl. insb. SCHMID, HLS: Friedrich Ludwig Keller; vgl. auch HIS (Bd. II), S. 152; ELSENER nennt ihn «das anerkannte Haupt der Liberalen» (Die Schweizer Rechtsschulen, S. 394). Beim Brieffreund handelt es sich um den damaligen stud. theol. *Caspar Lebrecht Zwicky* (1820–1906), ein (lebenslanger) Schulfreund *Blumers* (zur Person vgl. MARTI-WEISSENBACH, HLS: Caspar Lebrecht Zwicky).

668 Vgl. SCHMID, HLS: Friedrich Ludwig Keller; FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 247.

669 SCHMID, HLS: Friedrich Ludwig Keller; BECK nennt ihn «Begründer der schweizerischen Rechtswissenschaft» (Friedrich Ludwig Keller, S. 131).

670 Vgl. Lebenserinnerungen: «Bei Professor Keller, an den ich empfohlen war und der mir seine höchst wertvolle juristische Bibliothek zur Verfügung stellte, hörte ich ein Kolleg über Gaius […]» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 236); vgl. auch J. HEER, JHVG 14: «Bei Keller

Rechtsgelehrte der damaligen Zeit war der liberal-konservative Grossrat JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (1808–1881), damals Rechtskonsulent der Stadt Zürich und ordentlicher Professor für römisches Recht.[671] Er las über die Geschichte und Institutionen des römischen Rechts, was in JOHANN JAKOB BLUMER, nach eigener Aussage, «den Sinn und das Verständnis für Rechtsgeschichte geweckt» hatte.[672] Im Wintersemester 1837 besuchte er eine weitere römischrechtliche Vorlesung bei JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI zu den Pandekten, die ihn aber wenig begeisterte. Auch JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI scheint nur mit halben Herzen dabei gewesen zu sein, weitete er doch gerade seine Professur auf das deutsche Recht und seine Geschichte aus.[673] Im selbigen Semester erschien der erste Band der *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich* (1838/39). JOHANN JAKOB BLUMER schreibt:

> «Den Eindruck, den dieses Buch auf mich machte, war ein gewaltiger und schon damals fühlte ich den Drang in mir, auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte Bluntschlis Beispiel zu folgen.»[674]

217 Freilich hatte er zuerst sein Studium zu beenden. Im Sommersemester 1838 immatrikulierte er sich zusammen mit seinem Zürcher Studienfreund *Alfred Escher* (1819–1882) in der *Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität* in Bonn, wo die beiden vier Vorlesungen besuchten und JOHANN JAKOB BLUMER sich im Selbststudium mit der *Deutsche*[n] *Staats- und Rechtsgeschichte* (1836) von *Karl Friedrich Eichhorn* (1781–1854) und dessen Abhandlungen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft sowie mit JACOB GRIMMS *Deutsche*[n] *Rechtsalterthümer*[n] (1828) befasste.[675] In den darauffolgenden

---

wurde das berühmt gewordene Collegium über Gajus gehört, und ausserdem trat Blumer mit diesem hervorragenden Romanisten in einen persönlichen Verkehr, der ihm namentlich gestattete, dessen äusserst reichhaltige Bibliothek ganz nach Belieben zu benutzen» (S. 9); vgl. auch ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 2.

671 Vgl. J. HEER, JHVG 14: «Die beiden ‹grossen Zürcher›, Bluntschli und Keller, standen um diese Zeit so ziemlich auf der Höhe ihrer Leistungsfähigkeit und fesselten ihre Zuhörer in ungewöhnlichem Masse» (S. 9); Zur Person vgl. insb. SCHMID, HLS: Johann Caspar Bluntschli.

672 Zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 236.

673 Vgl. Lebenserinnerungen: «Bluntschli war offenbar damals schon durch andere Studien und Interessen zu sehr abgezogen vom römischen Recht und dessen Dogmatik. Um so mehr begeisterte mich seine Zürcher Rechtsgeschichte, deren erster Band während dieses Semesters erschien […]» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 237).

674 Zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 238; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 8; vgl. J. HEER, JHVG 14: «[…] fast zur gleichen Zeit aber erscheint von dem verehrten Lehrer seine zürcherische Rechtsgeschichte, die auf Blumer eine zündende Wirkung übte und schon damals in ihm den Entschluss weckte, auf gleicher Spur sich seine literarischen Sporen zu verdienen» (S. 9); zum Werk vgl. BLUNTSCHLI, Staats- und Rechtsgeschichte.

675 Vgl. JUNG, Aufbruch zur modernen Schweiz, S. 96–98; JUNG, Alfred Escher, S. 68; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 407. Die Fächer waren: Zivilprozess bei *Moritz August von Bethmann-Hollweg* (1795–1877; zur Person vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 407, Fn. 4), Kirchenrecht und deutsche Rechtsgeschichte bei *Ferdinand Walter* (1794–1879; zur Person vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 407, Fn. 5), Anthropologie und Psychologie bei *Immanuel Hermann Fichte* (1796–1879). Gem. *Escher* war die «Art, wie der Ci-

zwei Semestern in Berlin hörte er die Vorlesung zu den Pandekten bei keinem Geringeren als FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861), dem Begründer der Historischen Rechtsschule (s. hinten Rz. 233 ff.).[676] Nicht minder beeindruckt aber war er von der Geschichtsvorlesung des Universalhistorikers *Leopold von Ranke.*[677] In dieser Zeit befasste er sich auch mit der Philosophie des wenige Jahre zuvor verstorbenen GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGELS (1770–1831).[678] In Berlin lernte er auch den St. Galler Rechtsstudenten und späteren grossen Staatsmann *Arnold Otto Aepli* (1816–1897) kennen.[679]

---

vilprozeß von Hollweg vorgetragen wird […] wirklich ausgezeichnet. Seine Behandlungsart ist rein historisch […]» (zit. in JUNG, Aufbruch zur modernen Schweiz, S. 98; auch JUNG, Alfred Escher, S. 68). Zum Selbststudium vgl. die Lebenserinnerungen: «Weit mehr förderte mich in dieser Disziplin das Semesterstudium (d.h. die private Arbeit); insbesondere benutzte ich Eichhorns berühmtes Werk und seine Abhandlungen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, sowie Jakob Grimms deutsche Rechtsaltertümer» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 240; vgl. auch J. HEER, JHVG 14, S. 11); ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 2; vgl. auch CARLEN, HLS: Rechtsaltertümer.

676 Vgl. Brief an *Escher* vom 26. Mai 1839: «Am schätzenswertesten werden mir freilich immer seine Pandekten bleiben, deren Vorzüge mir erst jetzt bei der Repetition, besonders wenn ich sie mit den Bluntschlischen vergleiche, recht deutlich werden. Wenn die Wissenschaft der römischen Juristen in irgendeinem Manne wieder aufgelebt ist, so ist es gewiß in Savigny: die Schärfe, Klarheit, lebendige Anschauung, mit der er den ganzen klassischen Stoff durchdringt und beherrscht, wird schwerlich ein anderer neben ihm aufweisen können» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 9); vgl. auch die Lebenserinnerungen: «Das war in der That in Form und Inhalt ein klassischer Vortrag, der uns erst recht in den Geist des römischen Rechtes einführte; man konnte, wenn man den berühmten Rechtslehrer anhörte, sich vorstellen, dass man zu den Füssen eines der großen römischen Juristen sitze» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 12; auch in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 244); vgl. auch JUNG, Alfred Escher, S. 68.

677 Vgl. die Lebenserinnerungen: «[…] Rancke über mitllere [sic] Geschichte, der sich dann im Sommer neuere Geschichte (16.–18. Jahrhundert) anschloss. Auch diese Collegien waren klassisch in ihrer Art und namentlich Rancke, der berühmte Historiker, der mich in meiner Vorliebe für Geschichte bestärkte, verdanke ich vielfach neue Einblicke und Anregungen […]» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 12; FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 244); zur Person vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 407, Fn. 6.

678 Vgl. Lebenserinnerungen: «Hier [in seiner Berliner Gartenwohnung in der Mittelstrasse] versenkte ich mich während eines langen Vorfrühlings, der erst Anfangs Mai zum wirklichen Frühling wurde, ins Repetieren der Pandekten und ins Studium der Hegel'schen Philosophie, die mich damals sehr interessierte, zumal ich von meinen theologischen Freunden sehr viel darüber reden hörte» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 244); FRITZSCHE zufolge spielte HEGEL «noch Jahre lang» in *Blumers* Briefen eine grosse Rolle (Studiosus juris, S. 244); vgl. J. HEER (JHVG 14): «Im Frühling und Sommer hindurch versenkte sich der allzeit fleissige Student in das Repetiren der Pandecten […] ausserdem aber wurde […] auch privatim das Studium der Hegelschen Philosophie, die damals noch, insbesondere in Berlin, deine dominirende Stellung einnahm eifrig vorgenommen» (S. 13).

679 Vgl. *Aeplis* Erinnerungen: «Im Herbst 1838 verließ ich Heidelberg und reiste bis Köln, von da über Göttingen nach Berlin. Dort traf ich die Studenten Alfred Escher und J.J. Blumer. Mit bei-

218 Im Oktober 1839 – unmittelbar nach dem konservativen «Züriputsch»[680] – begann er sein letztes Jahr an der *Universität Zürich*. Beim durch die politischen Ereignisse gestürzten *Friedrich Ludwig Keller*, der sich «von aller Teilnahme an der Politik zurückgezogen» hatte und sich nun «ausschließlich der Wissenschaft» widmete, besuchte er eine Vorlesung über den römischen Juristen *Papinian*.[681] Überhaupt widmete JOHANN JAKOB BLUMER dem Studium des römischen Rechtes «einen unverhältnismäßig großen Teil» seiner Studienzeit, was er – wie er selbst eingesteht – aus Vernunftüberlegungen und einem Pflichtgefühl heraus tat, obwohl es gegen seine «innern Neigungen» ging.[682] Indes hatte sich *Alfred Escher*

---

den pflegte ich von da an intimen freundschaftlichen Verkehr, der später in Zürich und das ganze Leben hindurch fortgesetzt wurde» (zit. in HILLER, Die Erfindung der Mitte, S. 13); zur Person vgl. auch MAYER, HLS: Arnold Otto Aepli.

680 Beim «Züriputsch» handelte es sich um den auf die Berufung des Württemberger Theologen *David Friedrich Strauss* (1808–1874) (sog. «Straussenhandel») – dessen Buch «Das Leben Jesu kritisch betrachtet» (1835/36) in ganz Europa Aufsehen erregt hatte – folgenden bewaffneten Aufstand vom 6. September 1839 seitens konservativ-kirchlich gesinnter ländlicher Bevölkerungskreise, welche die liberale Regenerationsregierung und den Grossen Rat zum Rücktritt zwangen (vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 409 ff.; vgl. auch SCHMID, HLS: Straussenhandel). Mit der Wahl vom 16. und 17. September 1839 wurde der Grosse Rat mehrheitlich konservativ besetzt und BLUNTSCHLI, welcher am Putsch selber keinen persönlichen Anteil gehabt hatte, wurde Regierungsrat, Tagsatzungsgesandter und «der eigentliche politische Führer» (HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrecht II, S. 108–109; vgl. SCHMID, HLS: Johann Caspar Bluntschli).

681 Vgl. Brief an *Zwicky* vom 1. Dezember 1839: «[…] in allen diesen Beziehungen könnte ich mir nichts Erfreulicheres denken, als unser Exegetikum über Papinian bei Keller. Dasselbe ist so eingerichtet, daß immer abwechselnd einer von uns eine der schwierigen Stellen dieses größten Juristen in einer ausführlichen Arbeit, mit Berücksichtigung der ganzen Literatur und mit Erörterungen der ganzen darin behandelten Lehre, erklärt, dann die gelieferten Aufsätze in den Stunden von Keller unter unserer Mitwirkung rezensiert werden» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 250).

682 Vgl. Brief an *Escher* vom 9. Oktober 1839: «So wünsche ich denn vorzüglich das römische Recht, das für die Juristen doch immer die Hauptsache bleibt und mit dem ich mich schon so lange beschäftigt habe, bis zu einer gewissen Stufe der Vollendung zu durchdringen, von der ich noch ziemlich weit entfernt bin […]» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 9); vgl. auch Brief an *Zwicky* vom 1. Dezember 1839: «[…] und so habe ich denn freilich dem römischen Recht einen unverhältnismäßig großen Teil meiner Studienzeit eingeräumt; ich habe mich aber auch immer mehr davon überzeugt, daß dasselbe die Grundlage jeder echten juristi[s]chen Bildung ist und dessen Studium die größte geistige Anstrengung erfordert, die nur in den Jugendjahren möglich ist, während die anderen Disziplinen größtenteils einem späteren Privatstudium leicht überlassen bleiben können. Auch fühle ich das Bedürfnis in mir, ein Fach, das mich doch schon so sehr in Anspruch genommen, bis zu einer gewissen Vollendung mir anzueignen, und scheue daher zu diesem Zwecke keine Mühe und Ueberwindung, wenn ich auch sehr wohl einsehe, daß weder meine innern Neigungen, noch meine äußern Verhältnisse mir verstatten werden, dasselbe gerade zu einem Lebensfache, in dem ich wirken und schaffen sollte, zu machen» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 251); vgl. auch den späteren Brief an *Zwicky* vom 28. Juni 1840: «Das römische Recht habe ich so ziemlich an den Nagel gehängt, da ich mich zu wissenschaftlichen Entdeckungen auf diesem Gebiete nicht berufen

nach seiner frühzeitigen Rückkehr aus Berlin immer mehr auf das römische Recht konzentriert und 1842 in diesem Fach bei *Friedrich Ludwig Keller* auch promoviert.[683] JOHANN JAKOB BLUMER aber hatte vor, sich in seinem letzten Semester

> «ganz ausschliesslich auf das deutsche Recht zu verlegen, das mich doch früher am meisten anzog. Ich möchte nämlich späterhin vorzüglich unsere schweizerischen Rechte – vor allem natürlich das glarnerische – und deren Geschichte zum Gegenstand tieferer Forschungen machen […]».[684]

Friedrich Ludwig Kellers Vorlesung zum zürcherischen Partikularrecht lehrte ihn die wis- 219
senschaftliche Behandlung einheimischer Gesetze.[685] Ferner inspirierte sie ihn zur wissenschaftlichen Bearbeitung des Glarner Rechtes.[686] Um aber das Recht als einen gewachse-

---

fühlte und für unsere Praxis die Wichtigkeit desselben nicht so bedeutend, wenigstens nicht überwiegend ist […]» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 254; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 11).

683 Vgl. JUNG, Aufbruch zur modernen Schweiz: «[E]ntgegen ursprünglichen Absichten fokussierte Escher bald auf das römische Recht und verzichtete darauf, sich in allgemeinbildenden Fächern zu schulen» (S. 101). *Alfred Escher* doktorierte (summa cum laude!) zum Thema «De testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit» (Über die zu Ciceros Zeiten geltende Lehre von den Zeugen). Seine Promotion am 17. September 1842 war die erste, welche die damals neunjährige *Universität Zürich* einem Rechtsstudenten verlieh (JUNG, Aufbruch zur modernen Schweiz, S. 99; JUNG, Alfred Escher, S. 69; vgl. FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 252).

684 Brief an *Zwicky* vom 16. Februar 1840 (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 253).

685 Vgl. Brief an *Zwicky* von 1. Dezember 1839: «Sehr schön finde ich auch sein zürcherisches Partikularrecht, das auch für mich von wesentlichem Nutzen ist, indem es mich in unsere praktischen Rechtsverhältnisse einführt und mich über viele wichtige Rechtsbegriffe, die sich bei uns im Glarnerland natürlich auch finden, bedeutend aufklärt» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 251; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 408; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 10); vgl. Lebenserinnerungen: «Was die Collegien anbelangt, die ich während meines zweiten Aufenthaltes in Zürich hörte, so war für mich jedenfalls die Hauptsache Keller's zürcherisches Privatrecht, weil ich daraus lernte, wie man auch den etwas spröden Stoff unserer schweiz. Gesetze und Rechtsübungen streng wissenschaftlich behandeln könne» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 14); vgl. die Einschätzung FRITZSCHES: «Auch für Blumer waren Kellers Vorlesungen und Uebungen im römischen Recht und im Zürcher Partikularrecht von grundlegender Bedeutung (Johann Jakob Blumer, S. 228); vgl. auch ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 3.

686 Vgl. Brief an *Zwicky* vom 16. Februar 1840: «[…] ein Studium, das nicht nur an sich höchst anziehend und fruchtbar wäre, indem es gerade über den Kern unserer Nationalität und die verschiedenen Lebenselemente unserer Kantone die wichtigsten Aufschlüsse geben müßte, sondern auch mit meiner praktischen Wirksamkeit, die ich eben vorzüglich auf die wissenschaftliche Ausbeute unseres glarnerischen Partikularrechts (zu der ich in den Vorträgen Kellers über das zürcherische ungemein viel Anregung finde) richten möchte, in unmittelbarem Zusammenhang stehen würde» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 253; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 10).

nen Teil des «Volksleben[s]» zu verstehen, suchte er einen historischen Zugang.[687] Und in dieser Hinsicht blieben ihm die Schriften JOHANN CASPAR BLUNTSCHLIS die grösste Inspiration.[688] Ihm nachzueifern, war sein erklärtes Ziel.[689] Aus diesem Grund auch ging JOHANN JAKOB BLUMER, im Gegensatz zu seinem Freund *Alfred Escher*, noch ganz im alten Sinne des Kavalierstudiums ohne Doktorat, ja sogar ohne ein Examen abgelegt zu haben, zurück in die Heimat.[690]

1.2 Als Rechtshistoriker

220 Zurück in Glarus wurde er im November 1840 von der Standeskommission zum Landesarchivar ernannt.[691] Diese Tätigkeit ermöglichte es ihm, sich

---

687 Brief an *Zwicky* vom 28. Juni 1840: «In meinen Studien habe ich mich jetzt ganz auf das deutsche Recht beschränkt und dabei ist es mir recht wohl und heimlich. Neue Gesichtspunkte gehen mir täglich auf und ich lerne dadurch nicht bloß die Geschichte des Mittelalters, und namentlich auch diejenige unseres Vaterlandes, immer besser begreifen, sondern dringe dabei auch wirklich tiefer in unser Volksleben, wie es sich gegenwärtig noch darstellt, ein» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 254; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 11).

688 Vgl. FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 228.

689 Brief an *Zwicky* vom 29. März 1840: «Sonst beschäftige ich mich jetzt wieder vorzüglich mit deutscher Rechtsgeschichte, die immer entschiedener mein Lieblingsfach wird; ich wünschte nichts sehnlicher, als einst zur näheren Kenntnis unserer Schweizer Rechte und ihrer historischen Entwicklung etwas beitragen zu können und werde wohl bald nach meiner definitiven Rückkunft nach Hause mich an die Arbeit machen, die Geschichte unseres Glarner Rechts (worunter ich natürlich auch die Geschichte der Verfassung begreifen würde, die gewiß interessant genug wäre), darzustellen» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 254; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 11).

690 Vgl. in seinem Brief an *Zwicky* vom 28. Juni 1840: «[…] vorzüglich auch, um diesen Sommer mich nicht mehr damit [scil. das römische Recht] beschäftigen zu müssen, habe ich aufs Doktorieren verzichtet, obschon es nicht an Anregung dazu gefehlt hätte» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 254); dazu FRITZSCHE, Studiosus juris: «Man mag fragen, aus welchem Grund der junge Jurist, dessen Examenreife doch offensichtlich ganz außer Zweifel stand, nicht den heute geforderten ‹Abschluß› machte? Das ist indessen nicht allzu verwunderlich. Keine Mode nötigte damals dazu. Insbesondere ist die von Blumer ins Auge gefaßte Laufbahn im Heimatkanton vom Doktortitel ganz unabhängig» (S. 254–255); vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 408; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 3; ZWEIFEL, JHVG 61, S. 56.

691 Dieses Amt hatte er bis 1865 – also auch während des Brandes von Glarus von 1861 – inne (BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 204); zur Brandnacht vgl. die Lebenserinnerungen: «Nach Hause gekommen, glaubt ich mich zuerst zum *Archiv* begeben zu müssen […] Glücklicherweise aber blieb das Archiv, obschon das *Gerichtshaus* abermals abbrannte, auch diessmal unversehrt, weil es durch ein solides Gewölbe geschützt war und in jener Nacht natürlich niemand ans Eindringen dachte» (zit. in BRUNNER, JHVG 91, S. 94–95); vgl. J. HEER, JHVG 14, S. 17, 41–42; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 230; ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 3; ZWEIFEL, JHVG 61, S. 56;

«ernstlich mit der Staats- und Rechtsgeschichte des Landes Glarus zu beschäftigen, über welche ich, nach dem Vorbilde Bluntschli's, ein besonderes Werk herausgeben wollte.»[692]



Abb. 7:
Johann Jakob Blumer als junger Mann.

Bis Ende 1842 arbeitete er sich zu diesem Zwecke durch die im Landesarchiv verfügbaren Rechtsquellen des Kantons Glarus.[693] Von 1843 an verfasste er zusammen mit dem damaligen Professor für Botanik und Entomologie an der Universität Zürich, dem Glarner OSWALD HEER (1809–1883) den eingangs dieser Arbeit zitierten Band des Kantons Glarus zur Buchreihe *Gemälde der Schweiz* (s. vorne Rz. 22).[694] Darin stellte er sowohl die Glarner Geschichte wie auch das Glarner Recht dar.[695] Gleichzeitig begann er seine Studien zur Glarner Staats- und Rechtsgeschichte – auf Anraten JOHANN CASPAR BLUNTSCHLIS – auszuweiten.[696] 1850 schliesslich veröffentlichte er den ersten Band seiner *Staats- und Rechts-* 221

692 J. HEER, JHVG 14, S. 19.

693 Vgl. Lebenserinnerungen: «Zu diesem Behufe sammelte und studirte ich die ältern Urkunden, welche über die Geschichte unseres Landes Auskunft geben. Mit der Ausführung dieses Planes beschäftigte ich mich bis zu Herbste 1842 und arbeitete die Glarner Staats- und Rechtsgeschichte ungefähr bis zur Reformationszeit aus […]» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 19). Auf diese Studien kam er später im Leben zurück, als er die *Urkundensammlung zur Geschichte des Kantons Glarus* herausgab (vgl. DINNER, JHVG 13, S. 7).

694 Es handelt sich dabei um BLUMER-HEER/HEER, Der Kanton Glarus; vgl. DINNER (JHVG 13), S. 4–5; J. HEER (JHVG 14), S. 20; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 243; BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 205; zur Person *Oswald Heers* vgl. insb. BURGA, Oswald Heer; ZOLLER, HLS: Oswald Heer); JUNG, Alfred Escher, S. 50–55; HÖSLI, Oswald Heer.

695 Vgl. BLUMER-HEER/HEER, Der Kanton Glarus: Zur Geschichte des Glarnervolks (S. 222–261), Die Verfassung (S. 479–494), Die Rechtspflege (S. 554–573).

696 Vgl. Brief an *Bluntschli* vom 19. Januar 1843: «Die Lektüre dieses Rechtsbuches (Talbuch von Urseren) und die Unterredung mit Ihnen haben mich bei reiflichem Nachdenken immer mehr davon überzeugt, daß die Rechtsgeschichte *eines* demokratischen Landes nur dann von besonderem Interesse sein kann, wenn sie mit derjenigen aller andern Schweizerkantone von gleichem staatlichem Organismus in die engste Verbindung gebracht wird» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 12; auch in ZWEIFEL, JHVG 61, S. 62; Hervorhebung im Original); vgl. auch Brief an *Escher* vom 6. Februar 1843: «Ich habe mich nämlich

geschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell.[697] JOHANN JAKOB BLUMER selber bezeichnet es in der Vorrede zum ersten Band als eine «Ergänzung von Bluntschli's zürcherischer Rechtsgeschichte».[698] In der Vorrede zum zweiten Band – welcher in zwei Teilen jeweils 1858 und 1859 erschien – gesteht er noch einmal, es sei das «Verdienst der ersten Anregung auf diesem Gebiete» seinem «verehrten Lehrer Bluntschli überlassen», JOHANN JAKOB BLUMER selbst sei nur «mit Eifer und Fleiß seinem Beispiele gefolgt».[699] Mit seiner Darstellung der Rechtsgeschichte der ältesten Zeit bis zur helvetischen Staatsumwälzung von 1798 etablierte er sich schweizweit als grosser Rechtshistoriker.[700] Dass er aber überhaupt

immer mehr davon überzeugt, daß ein Buch über glarner. Staats- und Rechtsgeschichte, gedruckt als solches, sehr wenig Leser finden würde. Für die glarner wäre es zu gelehrt (ich wüßte kaum einen Menschen im Kanton, der es ganz verstehen könnte), und für die Gelehrten wäre der Kreis, den ich mir gezogen, zu eng und die Beiträge zur deutschen Rechtsgeschichte, die sich darin finden würden, zu unbedeutend» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 241); vgl. auch die Lebenserinnerungen: «[…] immer mehr überzeugte ich mich davon, dass der Rahmen, den ich mir gestellt, zu enge sei, dass eine Rechtsgeschichte eines grösseren Gebietes bedürfe und dass bei der vielfachen Aehnlichkeit und Verwandtschaft, welche in der Entwicklung der demokratischen Kantone an den Tag tritt, es sich lohnen dürfte, alle diese Kantone mit einander zu behandeln. So entschloss ich mich denn, meinen ursprünglichen Plan aufzugeben» (zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 19).

697 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I; DERS., Staats- und Rechtsgeschichte II.1; DERS., Staats- und Rechtsgeschichte II.2. Vgl. dazu BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 204–205; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 243.

698 BLUMER (Staats- und Rechtsgeschichte I), S. VII; vgl. auch FELLER/BONJOUR: «Als Vorbild diente ihm die zürcherische Rechtsgeschichte von Bluntschli, den er in der Vorrede als seinen Lehrer ehrt» (S. 688). BLUNTSCHLI selbst anerkannte dies in seiner «Vorrede zur zweiten Auflage»: «Nahe verwandt diesem Buche sind die noch nicht vollendeten Werke von J. J. Blumer […] Der Kreis der historischen Erkenntnisz ist durch dieselben bedeutend erweitert und es sich auch die Ergebnisse dieser zürcherischen Rechtsgeschichte vielfältig durch jene bestätigt, ergänzt, gelegentlich berichtigt worden» (Staats- und Rechtsgeschichte, S. XI).

699 BLUMER (Staats- und Rechtsgeschichte II.1), S. VIII; zit. auch in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 14. J. HEER zufolge hatte BLUMER «das Gefühl, mit dem zweiten Bande allzu lange im Rückstande zu bleiben […] wie das Bewusstsein einer unabgetragenen Schuld gedrückt, und er war jetzt herzlich froh, dieses Gefühles entledigt zu sein» (JHVG 14, S. 36).

700 Vgl. J. HEER, demzufolge ihn «die ‹Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien› in die Reihe der bedeutendsten schweiz. Geschichtsforscher als durchaus Ebenbürtigen gestellt» hatte (JHVG 14, S. 47–48); so erhielt er dafür 1854 den Ehrendoktortitel der *Universität Zürich* (vgl. ZWEIFEL, JHVG 61, S. 56); vgl. J. HEER (JHVG 14): «Im Juni 1857 erschien die erste Abtheilung des zweiten Bandes der Rechtsgeschichte, welche abermals eine äusserst günstige Aufnahme fand […]» (S. 36); vgl. auch die Würdigung von FELLER/BONJOUR, Geschichtsschreibung der Schweiz: «Er ist weniger Schriftsteller als Bluntschli, aber seine sorgsam sachliche Darstellung ist von innerer Bewegung getragen. Sein Gedankengut ist erlesen, der Gedankenfluss regelmässig, der Gedankenschwung verhalten. Er will nicht durch Neufunde den Zeitgeist bestä-

der grösste Kenner der Glarner Geschichte war, stellte er noch einmal unter Beweis, als er – angeregt durch den Brand von Glarus von 1861 – den *Historischen Verein des Kantons Glarus* gründete, mit dem «ausgesprochenen Haupt-Zwecke, eine Sammlung glarnerischer oder auf den Kanton bezüglicher Urkunden herauszugeben».[701] Seine *Urkundensammlung des Kantons Glarus* (1873) enthielt Urkunden aus den Jahren 906 bis 1443 und bildete die Grundlage für die später durch die *Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins* herausgegebenen *Rechtsquellen des Kantons Glarus* (1983).[702]

Sein rechtshistorisches Werk wurde sowohl von der Geschichts- wie auch von der Rechts- 222
wissenschaft gerühmt. Für FELLER/BONJOUR «ragt sein Werk über seine Zeit hinaus, weil er nicht einen vergangenen oder gegenwärtigen Gegner niederringen will, sondern nach dem Geist trachtet, den man in unsern Tagen des Historismus nennt».[703] Für den grossen Staats- und Verwaltungsrechtler FRITZ FLEINER (1867–1937) machte JOHANN JAKOB BLUMERS *Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrecht* (2. Bd., 1863/64) ihn überdies zum «Begründer der schweizerischen Bundesstaatstheorie».[704]

1.3 Als Richter

Als JOHANN JAKOB BLUMER von der Universität zurückkam, begann er umgehend damit, 223
sich mit dem glarnerischen Privatrecht vertraut zu machen, wobei auch die Rechtsquellen der Nachbarkantone und der französische *Code Civil* und andere, vernachlässigte Bereiche studiert wurden.[705] Dies bereitete ihn auf sein Amt als Mitglied des Zivilgerichts vor, in

tigen oder durch Entdeckungen die gelehrte Welt überraschen, sondern das Zuverlässigste jeder Art geben» (S. 688).

701 J. HEER, JHVG 14, S. 46–47.

702 Vgl. HEROLD, Geleitwort, S. V; zum Werk vgl. BLUMER, Urkundensammlung.

703 FELLER/BONJOUR, Geschichtsschreibung der Schweiz, S. 689.

704 Zit. in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 411, Fn. 15; FLEINER gestand 1937, dass «Blumer tief in seine wissenschaftliche Entwicklung eingegriffen» habe, wollte indes die Neubearbeitung eines «Werk[s] von solcher Eigenart und solchem persönlichen Charakter» nicht annehmen (KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 37–38); vgl. auch J. HEER, JHVG 14: «[…] so erkannte hinwieder die politische und juristische Welt in dem Verfasser des ‹Bundesstaatsrechts› ohne alle Frage den bedeutendsten und gründlichsten Kenner unseres schweiz. öffentlichen Rechtes an» (S. 48). Zum Werk vgl. BLUMER, Bundesstaatsrecht I; DERS., Bundesstaatsrecht II.

705 Vgl. J. HEER, JHVG 14: «[…] der Winter von 1840/41 wurde dazu benutzt, um, nach dem Vorbilde, das Keller mit Bezug auf das zürcherische Recht geliefert hatte, das glarnerische Privatrecht wissenschaftlich zu bearbeiten – namentlich als Hülfsmittel zu der bevorstehenden richterlichen Thätigkeit; dabei unterliess der Strebsame nicht, sich zugleich mit den Rechtsquellen der benachbarten Gegenden, insbesondere der ‹Länder›, soweit sie ihm irgendwie zugänglich waren, bekannt zu machen. Daneben wurde noch das bisher vernachlässigte französische Civilrecht studirt, auch Handels- und Wechselrecht, die auf den Universitäten versäumt worden waren, nachgeholt» (S. 17–18).

welches ihn die Landsgemeinde von 1841 als 22-Jährigen wählte.[706] Bis zu seinem Eintritt war das Glarner Zivilgericht ein reines Laiengericht, was den hochgebildeten jungen JOHANN JAKOB BLUMER zunächst befremdete.[707] Doch stellte er bald fest, dass *er* in diesen Reihen der Fremdling war, indem er sich seit seiner Kindheit seinen Mitlandleuten entfremdet hatte.[708] Er nahm also seine Stelle als Zivilrichter zum Anlass, sich seinem Volk im Geiste und in der Sprache wieder anzunähern.[709] Eine zentrale Erfahrung, wie er noch

706 Vgl. J. HEER, JHVG 14, S. 18; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 230.

707 Er selbst äusserte sich unzweideutig zur damaligen Situation, vgl. seinen Brief an seinen Studienfreund *Arnold Otto Aeppli* vom 20. März 1842: «Du weißt, daß ich in einem Gerichte sitze, das außer mir, aus lauter Nichtjuristen besteht. Der Präsident ist, was man bei uns bezeichnend so nenn, ein ‹Herr›, d.h. Rentier, der in seiner Jugend einige kaufmännische Bildung genossen und gegenwärtig neben seinem Amt sich vorzugsweise mit Landwirtschaft beschäftigt. Er hat einen gesunden Verstand, aber von juristischen Begriffen und juristischer Methode nicht die leiseste Ahnung, obschon er sich dessen keineswegs bewußt ist, sondern häufig mit studierten Floskeln ohne Sinn um sich wirft und seine sella curulis [scil. Amtsstuhl höherer Magistraten im antiken Rom] in ein Katheder zu verwandeln sucht, dessen Orakelsprüchen sich die Richter blindlings unterwerfen sollen. Der Gerichtsschreiber ist ein fähiger Kopf, freilich bloß auf Kanzleien gebildet, aber für juristische Lehren, wenn sie in etwas populärem Gewande vorgetragen werden, sehr empfänglich. Die Richter sind sämtlich Berufsleute, meistens aus der Klasse der vermöglichen Professionisten, durch die Sphäre der Gemeindebeamtungen zu ihren Stühlen emporgestiegen. Von ihnen sind zwei gut: der eine ein heller scharfsehender Kopf, von außerordentlich sicherem Takte in der Diagnose und richtigen Beurteilung der Rechtsverhältnisse; der andere freilich mehr zum Politiker als zum Juristen geschaffen, ein guter Redner, von tüchtigem Verstand und unabhängigem Geist, aber oft schief in seinen Raisonnements. Die drei übrigen sind sehr unbedeutende Leute, so daß, wenn ich über ihre Befähigung zum Richteramte näher eintreten wollte, nur davon zu sprechen wäre, was ihnen dafür abgeht» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 231–232; ebenfalls in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 409).

708 Vgl. die Lebenserinnerungen: «Ich betrachtete diesen Umstand nicht als vorteilhaft für meine Entwicklung, weil ich auf diese Weise meine Altersgenossen aus den untern Ständen nicht kennen lernte und mich dadurch dem Volke entfremdete. Daher kam es, dass, als ich später von der Universität nach Hause zurückkehrte, mir an dem Gebahren unseres Volkes so manches höchlich missfiel und mich verstimmte, was mich, hätte ich dessen Eigenart besser gekannt, wenigstens eher begriffen und entschuldigt hätte» (zit. in VISCHER, Autobiographisches, S. 346); vgl. auch J. HEER, JHVG 14: «Blumer bedauert in seinen ‹Erinnerungen›, dass ihm durch den Besuch dieser ‹Separatschule› der Umgang mit den Kindern des eigentlichen Volkes vorenthalten worden sei, wodurch ihm auch noch in späteren Jahren die richtige liebevolle Einsicht in die Eigenart unserer Leute vielfach erschwert worden» (S. 4); vgl. dazu auch seine selbstkritischen Gedanken zu seinem eigenen Werk: «Für die Glarner wäre es zu gelehrt (ich wüßte kaum einen Menschen im Kanton, der es ganz verstehen könnte) […]» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 241).

709 Vgl. seinen Brief an seinen Studienfreund *Arnold Otto Aeppli* vom 20. März 1842: «[…] so betrachte ich sie [scil. die Stelle] einerseits für mich als interessanten Anlaß, mit dem wirklichen Rechtsleben, welches man eben nicht aus Büchern lernen kann, bekannt zu werden und die Volksansichten über Rechtsverhältnisse zu studieren und als eine gute Uebung für mich in demeinfaßlicher Darstellung meiner wissenschaftlichen Begriffe; (eine Kunst, die der bloß gelehrte Jurist sich nie aneignen kann und die ihn doch von manchen Irrwegen bewahren würde,

Jahre später anlässlich des Schweizerischen Juristentags hervorstreichen sollte, um davor zu warnen, dass die Gerichte ihre Berührung mit dem Volke verlieren.[710]

Wie sein Lehrer *Friedrich Ludwig Keller* es im Kanton Zürich gewesen war, so war also JOHANN JAKOB BLUMER im Kanton Glarus der erste modern ausgebildete Jurist im Glarner Zivilgericht.[711] Und wie *Friedrich Ludwig Keller* vor ihm, so nutzte auch JOHANN JAKOB BLUMER seine Ausbildung, um das lokale Privatrecht zu durchdringen. Am 9. Juni 1842 schrieb er *Alfred Escher*: 224

da manche Ansicht, die in der Sprache der Theorie sich gar so schön ausnimmt, in die populäre Ausdrucksweise übersetzt, sich sehr unpraktisch, wo nicht lächerlich ausnimmt), andererseits als eine Gelegenheit, durch Förderung der Justizpflege meinem Kanton etwas zu nützen» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 232; ebenfalls in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 409).

710 Vgl. BLUMERS Eröffnungsrede zum Schweizerischen Juristentag 1876 in Glarus: «Und wenn unsere Gesetzgebung (in der Landsgemeindedemokratie) noch Vieles zu wünschen übrig läßt, so dürfen wir uns nicht rühmen, daß dieselbe, wie es anderwärts der Fall sein mag, durch die Jurisprudenz der Gerichtshöfe ergänzt werde. In unsern kleinen Verhältnissen kommen gleiche oder ähnliche Rechtsfragen oft erst nach langen Jahren wieder vor, so daß schon aus diesem Grunde eine feste, bis in alle Einzelheiten durchgebildete Praxis sich kaum gestalten kann, und von einem ‹Juristenrecht› kann bei uns schon darum nicht die Rede sein, weil in unseren Gerichten nur wenige wissenschaftlich gebildete Juristen sitzen. Wenn daher, wer nur den Maßstab der Doktrin an unsere Rechtszustände anlegen wollte, sich kaum ganz befriedigt fühlen könnte, so werden dagegen diejenigen sie günstiger beurteilen, welche sich für eine ächt volkstümliche Pflege des Rechts interessieren. Bringt auch unsere Gesetzgebung nur langsam ihre Früchte zur Reife, so wird doch, was das Volk einmal angenommen hat, sofort auch zum Gemeingut des Volkes, welches von ihm gekannt und verstanden wird und ihm nicht als etwas Fremdartiges gegenübersteht. Vermißt man auch zuweilen in unseren Gerichtsurteilen die wissenschaftliche Durchbildung und den Scharfsinn, der sich am Studium der römischen Juristen herangebildet ha, so sprechen sie dafür in der Regel nur um so entschiedener die Rechtsanschauungen unseres Volkes aus, weil sie eben von Männern aus dem Volk geschöpft sind. Der Sprechende hat sich durch langjähriges Zusammenwirken mit nicht rechtsgelehrten Richtern davon überzeugt, daß jeder gebildete und im Leben erfahrene Mann eine Summe von Kenntnissen in den Gerichtssaal mitbringt, die er hier sehr wohl verwerten kann, und er würde sich unter allen Umständen für das System gemischter, d.h. aus Juristen und Nichtjuristen zusammengesetzter Gerichte aussprechen. Und gerade dem Umstand, daß unserer Gerichte aus Männern verschiedener Berufsklassen bestehen, verdanken wir den nach meiner Ansicht hoch anzuschlagenden Vorteil eines durchaus volkstümlichen, öffentlich-mündlichen, unmittelbar vor dem Richter sich entwickelnden Verfahrens im Civilprozesse, welches nicht bloß gegen Verschleppungen und unnütze Verteuerungen eine Garantie bildet, sondern auch dagegen, daß die Rechtspflege sich dem Volke entfremdet und einen kastenartigen Charakter annimmt» (zit. in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 409–410, Fn. 9; Hervorhebungen im Original); vgl. J. HEER (JHVG 14), S. 45, 50–51; BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 207.

711 FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 230–231; BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 207.

> «Auch mit meinem System des glarnerischen Privatrechts bin ich jetzt zu Ende gekommen und glaube bei Ausarbeitung desselben viel gelernt zu haben, teils für meine bevorstehende Praxis, sowohl was die Interpretation unserer Gesetze, als auch was deren in manchen Punkten sehr notwendige Revision betrifft, teils auch für die Wissenschaft, indem ich dabei manches repetierte und nachlas und mich vorzüglich in den Geist des neueren Rechts, wie es sich in den meisten Staaten ziemlich gleichförmig ausgebildet hat und als ein drittes, vom römischen und deutschen Recht verschiedenes, wenn auch auf beiden beruhendes Recht, hineinarbeitete.»[712]

225 Vier Jahre nach Eintritt ins Glarner Zivilgericht stieg JOHANN JAKOB BLUMER in dessen Präsidium auf, und 1848 rückte er als Nachfolger seines Vaters *Adam Blumer* zum Präsidenten des Appellationsgerichtes auf, des höchsten kantonalen Gerichtes.[713] Im selben Jahr wurde er zudem Mitglied des höchsten eidgenössischen Gerichts, des neu gegründeten Bundesgerichts. Nachdem er selber in seinem *Bundesstaatsrecht* (1863) bedauert hatte, dass das Bundesgericht «zu stiefmütterlich mit Kompetenzen bedacht» worden war[714] – eine Kritik, die in den späteren Art. 114 BV 1874 floss – trat er am 12. Januar 1875 das Amt des ersten Präsidenten des ständigen Bundesgerichtes in Lausanne an.[715]

---

712 Vgl. Brief an *Escher* vom 9. Juni 1842, zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 239–240.

713 BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 207.

714 FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 252. Vgl. die Stelle bei BLUMER, in welcher er die Beurteilung von Kompetenzstreitigkeiten durch die Vereinigte Bundesversammlung kritisiert: «[…] und dass vollends Appenzell A.Rh. mit dem Vorschlage, jenen Entscheid dem Bundesgerichte zu überlassen, allein blieb. Mochte indessen auch dieser letztere Vorschlag allzusehr den schweizerischen Gewohnheiten widersprechen, so hatte er doch für sich die Autorität der grossen nordamerikanischen Bundesrepublik, deren Verfassung so wesentlich auf die unsrige eingewirkt hat. Bekanntlich kann dort jede Kompetenzfrage von den im einzelnen Falle Betheiligten an die Gerichtshöfe des Bundes gezogen werden, welche auf diese Weise oft in den Fall kommen, die wichtigsten staatsrechtlichen Grundsätze zu erörtern. Es ist wahr, dass damit den Gerichten eine politische Macht eingeräumt wird, dass sie gewissermassen der gesetzgebenden Gewalt übergeordnet werden; auf der andern Seite aber ist unläugbar, dass die nordamerikanische Einrichtung weit mehr Garantien als die unsrige darbietet für eine vollkommen unbefangene und gründliche Prüfung der Kompetenzfragen, welche doch vorzugsweise vom juridischen Gesichtspunkte aus betrachtet werden sollten» (S. 156–157).

715 J. HEER, JHVG 14, S. 29. Vgl. auch DENS.: «Glücklicher Weise war dabei wenigstens über Einen Punkt Jedermann einig: darüber nämlich, dass Blumer der Eckstein des neuen Gerichtshofes sein müsse. Nicht nur war er der Einzige, der seit 1848 ununterbrochen bis auf die Gegenwart dem bisherigen Bundesgerichte angehört hatte, er war auch, durch wiederholte Berufung an die erste Stelle und an das Präsidium des Gerichtes, von vorherein als das bedeutendste Mitglied desselben in authentischer Weise anerkannt worden. […] ausserdem aber hatte sein Ruf als gelehrter, sachkundiger und gewissenhafter Richter sich längst über das ganze Land verbreitet und wenn es dafür eines äusserlichen Zeugnisses bedurft hätte, so war dasselbe beigebracht durch die Thatsache, dass seit einem Jahrzehend in einer ganzen Reihe der wichtigsten Streitigkeiten, für welche ein schiedsrichterlicher Entscheid vorgesehen war, Blumer als Richter, sehr häufig als Obmann bezeichnet worden war» (S. 63–64); zu BLUMERS Rolle im Bundesgericht vgl. die einschlägige Darstellung von SCHWEIZER, JHVG 79.

1.4 Als «Gesetzgeber»

Obwohl auch Mitglied der Legislative – des Glarner Landrates (1842–1870, davon Ratsherr von 1864–1870), Gesandter des Kantons Glarus an der eidgenössischen Tagsatzung (1847–1848), erster und jüngster Ständerat des Kantons Glarus (1848–1872 und noch einmal 1873–1874, 1853 der erste Glarner Ständeratspräsident)[716] – war JOHANN JAKOB BLUMER noch in einem engeren Sinne «Gesetzgeber»: Als einer der grössten Rechtsgelehrten seiner Zeit wurde er immer wieder mit der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen beauftragt.[717] 226

So erstmals im Jahre 1844 mit dem Schuldentriebgesetz.[718] Wie er aber schon im vorherein befürchtete, so erfuhr er an der Glarner Landsgemeinde – wie es Landammann JOACHIM HEER schreibt – eine jener «Enttäuschungen, die wohl Keinem ganz erspart bleiben, der sich dem öffentlichen Leben in Staat oder Gemeinde widmet».[719] Sein Entwurf wurde mit «jubelndem Mehre» verworfen[720]; eine Erfahrung, die ihm nachhaltigen Eindruck machte und zunächst «die Lust zu weiteren gesetzgeberischen Arbeiten» erstickte.[721] Tatsächlich 227

716 Vgl. LAUPPER, HLS: Johann Jakob Blumer.

717 Vgl. J. HEER, JHVG 14: «Er war der Gesetzgeber seines Kantons Geworden» (S. 51); vgl. auch den Titel von ZWEIFEL, JHVG 61: «Johann Jakob Blumer als glarnerischer Gesetzgeber». BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer: «Blumer kommt das hervorragende und bleibende Verdienst zu, wesentliche Teile der glarnerischen Gesetzgebung geordnet, der geschichtlichen Entwicklung angepasst und auf die Höhe seiner Zeit gebracht zu haben» (S. 205).

718 Der Auftrag oblag einer Kommission des Glarner Landrats, doch übertrug diese die Ausfertigung des Entwurfes im Wesentlichen BLUMER, vgl. den Brief an *Escher* vom 8. März 1844: «Ich war zwar keineswegs Redaktor in dem Sinne, daß ich das ganze Gesetz nach Inhalt und Form aus mir selbst hätte hervorarbeiten und dann nur der Kommission oder dem Landrat vorlegen können […] Unsere Kommission stellte vielmehr zuerst von sich aus alle Grundsätze auf, welche das neue Gesetz enthalten soll und übertrug mir bloß die Redaktionsarbeit des Entwurfes im engeren Sinn» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 18).

719 J. HEER, JHVG 14, S. 21. Vgl. den Brief an *Escher* vom 8. März 1844: «[…] die Diskussion im Landrat scheute ich durchaus nicht, weil sich hier jedem unbegründeten Angriff begegnen läßt, die begründeten aber nur dazu dienen werden, das Werk noch mehr unseren Bedürfnissen anzupassen. Dagegen befällt mich ein unheimlicher Schauder, wenn ich an die Landsgemeinde denke und überlege, wie viele Mißverständnisse und Zufälligkeiten und schmutzige Interessen hier über das Schicksal eines durchdachten und sorgfältig ausgearbeiteten Entwurfes entscheiden werden» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 18).

720 J. HEER, JHVG 14, S. 21.

721 Der Grund für den Ärger war vor allem, dass niemand aus dem Landrat den Entwurf verteidigte, vgl. den Brief an *Escher* vom 9. Juni 1844: «[…] wenn nicht zuletzt noch ich (ohne Aussicht auf Erfolg zwar, aber im Bewußtsein dessen, was Ehre und Pflicht erheischen) in die Schranken getreten wäre, wäre das vom Landrat gutgeheißene und dem Volke empfohlene Werk rohem Gebrülle unverteidigt erlegen. […] Natürlich ist nun mir und meinen Kollegen, nachdem wir auf so schreiende Art desavouiert worden sind, die Lust zu weiteren gesetzgeberischen Arbeiten, mit denen wir noch beauftragt waren, gänzlich vergangen und wir wollen nun gewärtigen, ob

hielt man es damit für ausgemacht, dass «paragraphenreiche Gesetzesentwürfe» vor der Landsgemeinde chancenlos seien.[722] Rückblickend aber erkannte JOHANN JAKOB BLUMER, dass man im Entwurf «zu wenig Rücksicht auf die bei uns bestehenden, wenn auch vielleicht weniger löblichen Rechtsbegriffe und Rechtsgewohnheiten» gezeigt hatte.[723]

228 In der Zwischenzeit aber war er nicht nur durch seine wissenschaftliche Tätigkeit zum besten Kenner der Glarner Rechtsgeschichte geworden, er hatte durch seine jahrzehntelange Stellung im Zivil- und Appellationsgericht die Rechtsgewohnheiten und die Gerichtspraxis durch und durch kennengelernt. Nicht zuletzt war es aber seine Erfahrung als Redaktor der *Glarner Zeitung*, welche ihn «von gelehrter Einseitigkeit befreite, ihn auf viele Dinge hinwies, die ihm sonst fremd geblieben wären, und ihn erst recht in's praktische Wirken, im vollen Sinne des Wortes, einführte».[724] Aber auch äusserlich wirkte er anders auf seine Mitlandleute: Derjenige, der als Gesandter an der Revisionskommission und -tagsatzung von 1848 mitgewirkt hatte, nachmals mehrfacher Ständeratspräsident, Präsident der als «Kronjuristen» bezeichneten Rekurskommission und Bundesrichter war.[725] Landamann

---

andere, klügere Herren bessere Geschäfte machen» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 19; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 41).

722 J. HEER, JHVG 14: «Man glaubte aus dieser und mancher ähnlichen Erfahrung den Schluss ziehen zur dürfen: paragraphenreiche Gesetzesentwürfe werden überhaupt niemals Gnade vor der Landsgemeinde finden und Blumer war gar nicht der Letzte, der diese pessimistische Anschauungsweise theilte» (S. 51); vgl. dazu den Brief an *Escher* vom 9. Juni 1844: «[…] nicht, daß mich die Verwerfung an sich geärgert hätte; sie ließ sich schon lange voraussehen, teils wegen der Konsequenz, mit der Neuerungen […] durchgeführt wurden, teils wegen der Abneigung, die unser Volk gegenwärtig wider alles Neue empfindet und wegen des Mißtrauens in Dingen, welche die Ökonomie jedes einzelnen beschlagen, gegen die Reichen, welche die Gesetze machen» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 19); derselbe Ärger kam noch einmal hoch, als die Landsgemeinde des Jahres 1856 den Entwurf zu einem Strafgesetzbuch verwarf, vgl. Brief an *Aepli* vom 25. Juli 1856: «Ich wenigstens verspüre zur Gesetzgeberei in meinem Kanton keine Lust mehr und will meine freie Zeit lieber auf Arbeiten verwenden, deren Erfolg nicht von einer Landsgemeinde abhängt» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 20; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 415).

723 Vgl. die Lebenserinnerungen: «Wir nahmen uns im ganzen das st. gallische Gesetz, welches sich in der Praxis gut bewährt hatte, zum Muster, und unser Entwurf nahm wohl nur zu wenig Rücksicht auf die bei uns bestehenden, wenn auch vielleicht weniger löblichen Rechtsbegriffe und Rechtsgewohnheiten. Gleichwohl wurde er mit geringen Abänderungen im Landrat angenommen; an der Landsgemeinde von 1844 hingegen machte er glänzend Fiasko» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 248; ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 414–415).

724 J. HEER, JHVG 14, S. 31; BLUMER war von 1851–1854 Redaktor der zweimal wöchentlich erscheinenden *Glarner Zeitung* (vgl. J. HEER, JHVG 14, S. 30–31; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 248; BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten I, S. 261).

725 In der Revisionskommission sass «der Führer der eigentlich radikalen Fraktion», der spätere Landammann *Caspar Jenny* (1812–1860), doch als zweiter Gesandter des Kantons Glarus nahm BLUMER «theils durch Korrespondenzen, theils in der Publizistik, an den einschlägigen Diskussionen regen Antheil» (J. HEER, JHVG 14, S. 26; zur Person *Jennys* vgl. LAUPPER/FELLER-FEST,

JOACHIM HEER schreibt von ihm, er habe beim Volk «ein Ansehen und eine Autorität ohne Gleichen» besessen.[726] So hatte auch sein Wort nunmehr ein anderes Gewicht:

> «Im Landrath war er durch seine Gesetzeskenntniss, durch sein ruhiges, klares Urtheil, durch sein allzeit wohlgeordnetes, logisches Wort zu Stellung des unzweifelhaft einflussreichsten Mitgliedes gelangt und betheiligte sich selbstverständlich eifrig bei allen gesetzgeberischen Arbeiten.»[727]



Abb. 8:
Der Staatsmann
Johann Jakob Blumer.

Er sollte sich aber noch massgeblicher beteiligen. 1860 nahm er sich der Revision der Zi- 229
vilprozessordnung von 1837 an. Diesmal aber liess JOHANN JAKOB BLUMER in der ihm nahen *Glarner Zeitung* den folgenden Artikel vorausgehen:

> «Vorerst ist zu bemerken, daß der Entwurf auf Grundlage des alten Prozesses aufgebaut ist; die Reformen verfolgen beständig das eine Ziel, die Prozeßordnung zu vereinfachen […]. Die Herren Landleute müssen also nicht befürchten, daß ihnen ein dickes Buch mit einem neuen, wildfremden Inhalt geboten werde: wir haben es mit der alten, wohlbekannten Prozeßordnung zu tun; es ist nur da und dort eine neue Feile angelegt und etwa ein Rädchen zur Beförderung der Prozeßmaschine eingesetzt worden.»[728]

HLS: Caspar Jenny, im Zusammenhang mit der Revisionskommission vgl. insb. auch HOLENSTEIN, Stunde Null, S. 123–128).

726 J. HEER, JHVG 14, S. 39.

727 J. Heer, JHVG 14, S. 39; vgl. auch die Schilderung der Landsgemeinde des Jahres 1864 bei GENGEL, Aphorismen über demokratisches Staatsrecht: «Für die Revision trat mit dem Gewicht seiner in hohem Ansehen und Vertrauen stehenden Persönlichkeit Herr Ständerath Dr. Blumer in die Schranken» (S. 68).

728 Zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 249; zit. auch in SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz II.1, S. 521, mit Verweis auf die vermutliche Autorenschaft in Fn. 563. Das Landsgemeindememorial selbigen Jahres spricht davon, dass gewisse Bestimmungen «verbessert werden können, ohne irgendwie an den bewährten und im Volk eingelebten Fundamenten der Prozessordnung rütteln zu müssen» (SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz II.1, S. 521). Wie die *Glarner Zeitung* die Landratsdebatte zitiert, sei gewissermassen das alte Gesetz «mit der Feder in der Hand durchgegangen worden» (zit. in S. 528). SCHURTER/

230 Auf diesem Wege kam er zur Genugtuung, dass sein Entwurf «von der Landsgemeinde mit Beifall aufgenommen und ohne Widerspruch» genehmigt wurde.[729] Diese Zivilprozessordnung wurde später auch in sachlicher Hinsicht gelobt, da «der Redaktor die Überlieferung als deren bester Kenner, und die besonderen Verhältnisse des Bergkantons, nie aus den Augen verloren» habe, weshalb «das Recht von Glarus noch am reinsten den alten volkstümlichen Charakter zum Ausdruck» bringe.[730] Aber auch Gesetzesneuerungen nahm die Landsgemeinde an, wie sich am berühmten *Gesetz über die Fabrikpolizei* von 1864 zeigte, bei welchem JOHANN JAKOB BLUMER als Kommissionspräsident die Redaktion des Gesetzes oblag.[731]

231 In der Hoffnung, dass mit alledem die «Doctrin» der Kodifikationsfeindlichkeit der Landsgemeinde durchbrochen sei, verfasste JOHANN JAKOB BLUMER den Entwurf zu einem Strafgesetzbuch, welches 1867 angenommen wurde.[732] Es scheint, dass beim politischen Ringkampf an der Landsgemeinde JOHANN JAKOB BLUMERS Entwürfe sich bald schon auf seinen Cousin und Schwager, Landammann JOACHIM HEER, verlassen konnten.[733] So beschloss also die Landsgemeinde von 1868 die Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches in verschiedenen Teilen: 1869 das Sachenrecht, 1870 das Personen- und Familienrecht und – nachdem 1871 JOHANN JAKOB BLUMERS Revision des Strafprozessrechtes angenommen wurde[734] – 1874 Erbrecht. Damit endete der Kodifikationsreigen an der Glarner Landsgemeinde, welcher für viel Stolz sorgte.[735] Ein letztes wichtiges, von JOHANN JAKOB BLUMER

FRITZSCHE sprechen daher von einer «konservative[n] Tendenz» (Das Zivilprozessrecht der Schweiz II.1, S. 522).

729 J. HEER, JHVG 14, S. 39.

730 SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz II.1, S. 528.

731 Vgl. ZWEIFEL, JHVG 61, S. 69; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 413; BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 206. Als geistige Väter des Gesetzes sind hingegen Pfarrer BERNHARD BECKER (1819–1879) aus Linthal und der Arzt *Niklaus Tschudi* (1814–1892) aus Glarus zu nennen (vgl. ROHR, JHVG 95, S. 33–36). Das Gesetz ist abgedruckt in JANSER, Im Takt der Maschinen, S. 150–151; Zur Landsgemeinde von 1864 vgl. die eindrücklichen Beschreibungen in BECKER, Die Glarner Landsgemeinde, S. 28–40; GENGEL, Aphorismen über demokratisches Staatsrecht, S. 60–78.

732 Vgl. J. HEER, JHVG 14, S. 51–52.

733 Vgl. VISCHER, Denkblätter: «Eine andere Hauptsache war die Rechtskodifikation. Die Entwürfe lieferte Joachim Heers Freund und Schwager, Dr. J. J. Blumer, Ständerat und erfahrener Richter. Das Durchbringen dieser Vorlagen an der Landsgemeinde aber erforderte viel Geschick und Beharrlichkeit. Hier wie in der ganz anderen Umgebung des Nationalratssaales kam Joachim Heers natürliche, von einem scharfen Verstand unterstützte Redegabe zu voller Geltung» (S. 368).

734 Zur Strafprozessordnung, welche das öffentliche und mündliche Hauptverfahren sowie die Staatsanwaltschaft als dauernde Institution schufen, vgl. ZWEIFEL, JHVG 61, S. 69; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 250.

735 Vgl. J. HEER, JHVG 14: «Selten hat wohl eine Volksversammlung von 4–5000 Männern eine glänzendere Probe dafür abgelegt, dass auch die reine Demokratie zu einer ernsten und würdigen

verfasstes und diesmal eidgenössisches Gesetz war das nach Annahme der Verfassungsrevision von 1874 angenommene Organisationsgesetz für das Bundesgericht.[736]

2. Die geistigen Einflüsse auf das Bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869

Gerade in jenen Fällen, in welchen eine bestimmte Person ein Gesetz ganz oder überwiegend alleine verfasst hat, werden deren persönliche Rechtsauffassungen und politischen Überzeugungen zu bedeutenden Auslegungs- und Verständnisschlüsseln. Es ist ein solcher Gesetzesentwurf gedankliches Kind seines Schöpfers, wie jener ein Kind seiner Zeit ist. Aus diesem Grund werden nachfolgend die Historische Rechtsschule als massgeblichster Einfluss auf das juristische Denken JOHANN JAKOB BLUMERS (s. hinten Rz. 233) und seiner Zeitgenossen und der Liberalismus der Regenerationszeit als prägende politische Gesinnung dargestellt (s. hinten Rz. 242). Ohne sie wäre JOHANN JAKOB BLUMER ein anderer, ohne sie wäre das BGB GL 1869 ein anderes, und das Nutzungsrecht der Ufereigentümer wäre vielleicht nicht länger gewesen. 232

2.1 Die Historische Rechtsschule

CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY war einer der Begründer der Historischen Rechtsschule und blieb mit seiner programmatischen Schrift *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), seinem Einleitungsaufsatz zur *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815) sowie in seinem imposanten *System des heutigen römischen Rechts* (1840–1849) deren herausragendster Repräsentant.[737] Mit Sicherheit war er direkt – sowie indirekt über seine Schüler *Friedrich Ludwig Keller* und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI [738] – der für JOHANN JAKOB BLUMER einflussreichste Jurist.[739] Unter seiner Ägide 233

Behandlung grösserer Gesetzgeberischer Arbeiten befähigt sein, als die glarnerische Landsgemeinde» (S. 54).

736 J. HEER nennt es «sein eigenstes Werk» (JHVG 14, S. 63); vgl. auch FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer: «Da lag es nahe, mit dem ersten Entwurf eines neuen Gesetztes Blumer zu beauftragen, der als Einziger dem Bundesgericht ununterbrochen seit 1848 angehört hatte und mit allen Einzelheiten wohl vertraut war. Der heute im Bundesarchiv liegende Entwurf mit knappen Motiven zeigt denn auch die wohlvertrauten Züge seiner klaren Handschrift» (S. 253); vgl. dazu auch SCHWEIZER, JHVG 79.

737 Vgl. BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 9; RENNER nennt ihn «das Haupt dieser Schule» (Der Verfassungsbegriff, S. 158); WESEL nennt ihn den «Säulenheilige[n] der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts» (Rz. 281).

738 Vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 368, Fn. 22.

739 Es wird nachfolgend die Historische Rechtsschule in ihren Grundüberzeugungen dargestellt, um deren Einfluss auf BLUMER aufzuzeigen. Nicht unternommen wird die bereits andernorts oft

wandte sich die Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts von dem abstrakten Rationalismus des Aufklärungszeitalters der geschichtlich-organischen Betrachtung des Rechtes zu.[740] Hatte man etwa noch im 18. Jahrhundert versucht, u.a. aus dem Studium des römischen Rechts, natur- bzw. vernunftrechtliche Prinzipien zu schöpfen,[741] so las FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY erstmals die römischen Rechtstexte als Zeitdokumente verstanden, als lebendige Produkte der römischen Staats- und Rechtsgeschichte, welche eingebettet in ihren geschichtlichen Zusammenhang ihre Berechtigung besassen, der Gegenwart aber höchstens als Anschauung des Systems dienen konnten. Die Rechtswissenschaft hatte historisch zu sein, um «jeden gegeben Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen, und so sein organisches Princip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muß, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört».[742] Dieses «organische Princip» war nicht nur eine neue Arbeitsmethode, sondern ein neuartiges rechtsphilosophisches Verständnis davon, was Recht sei und worauf es sich gründe.[743] FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY vertrat die Ansicht,

> «daß der eigentliche Sitz des Rechts *das gemeinsame Bewußtsein des Volkes* sey.»[744]

234 Damit war das Recht nicht länger etwas Allgemeingültiges, sondern immer in einem historischen und «organischen Zusammenhang» zu einem bestimmten Volke zu verstehen.[745] Dies war ein Bruch mit antiken oder christlichen Naturrechtsvorstellungen, wie sie noch

---

geübte Kritik an der Historischen Rechtsschule (vgl. dazu ausführlich HAFERKAMP, Die Funktion des Volksgeistes).

740 Vgl. BECK, Friedrich Ludwig Keller, S. 109–110; BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 9; SENN, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, S. 327; zum Antiaufklärerischen dieser historischen Bewegung im Schnittbereich des Konservatismus, der Romantik und der Restauration vgl. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II, S. 121–130.

741 Vgl. SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit: «[…] die Ueberzeugung, daß es ein praktisches Naturrecht oder Vernunftrecht gebe, eine ideale Gesetzgebung für alle Zeiten und alle Fälle gültig, die wir nur zu entdecken brauchten, um das positive Recht für immer zu vollenden» (S. 7).

742 SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit, S. 117–118; vgl. BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 11.

743 Vgl. BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 12.

744 SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit, S. 11 (Hervorhebung hinzugefügt); in derselben Schrift nennt er auch die «gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit» (S. 8); vgl. DERS. auch in Ueber den Zweck dieser Zeitschrift: «[…] hervorgebracht von *der höhern Natur des Volkes* als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen» (S. 4; Hervorhebung hinzugefügt).

745 BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 12; der Volksbegriff bei SAVIGNY bezieht sich auf «das Naturganze, in welchem wirklich der Staat entsteht und fortwährend sein Daseyn führt, und bey welchem von Wahl und Willkühr nicht die Rede sein kann» (System des heutigen römischen Rechts, S. 31), gemeint ist also nicht ein zu einem bestimmten Zeitpunkt tatsächlich gegebenes, sondern ein übergeschichtliches, «ideale[s] Volk», das «auch die ganze Zukunft in sich schließt, also ein unvergängliches Daseyn hat» (System des heutigen römischen Rechts, S. 31; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule, S. 15, Fn. 17).

die Aufklärungsphilosophie als säkulares Vernunftrecht hochgehalten hatte. Nur wenige Jahre zuvor hatte noch FRIEDRICH SCHILLER (1759–1805) in seinem *Wilhelm Tell* (1805) geschrieben, es greift der Mensch

> «Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
> Und holt herunter seine ewgen Rechte,
> Die droben hangen unveräußerlich
> Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst».[746]

Für die Historische Rechtsschule kam das Recht nicht länger von aussen, nicht vom Himmel, sondern es entsprang als «Volksrecht» mit «innerer Nothwendigkeit» dem Volk.[747] Damit war aber keine demokratische Volksmehrheit gemeint: Seins- und Entstehungsgrund des Rechts war der metaphysische «Volksgeist».[748] Durch «innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkühr eines Gesetzgebers» veränderte der Volksgeist das Recht.[749] Damit war für die Historische Rechtsschule das Recht auch nicht länger ewig, unveräusserlich und unzerbrechlich, sondern es entwickelte sich – genauso wie Sprache, 235

746 SCHILLER, Wilhelm Tell, 2. Aufzug, 2. Szene, in: Werke III, S. 592.

747 Vgl. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «In dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt das positive Recht, und wir haben es daher auch V o l k s r e c h t zu nennen» (S. 14); vgl. auch SAVIGNY, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift: «Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, so dass er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Tätigkeit aber jedes Zeitalters müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen […]» (S. 6; zit. auch in WESEL, Geschichte des Rechts, S. 444, Rz. 281); SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «Es ist dieses aber keineswegs so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkühr das Recht hervorgebracht würde; denn diese Willkühr der Einzelnen könnte vielleicht zufällig dasselbe Recht, vielleicht aber, und wahrscheinlicher, ein sehr mannichfaltiges erwählen. Vielmehr ist es der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, das also für das Bewußtsein jedes Einzelnen, nicht zufällig sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist» (S. 14), auch: «Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Nothwendigkeit, unabhängig von Zufall und individueller Willkühr, wie die ursprüngliche Entstehung» (S. 17).

748 SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, §§ 6–8; SAVIGNY benutzt den HEGEL entlehnten Begriff erst in *System des heutigen römischen Rechts* (1840), obwohl er bereits vorher gedanklich klar umrissen war. Zum Begriff «Volksgeist» allgemein vgl. insb. WELKER, Volksgeist; *Puchta* hatte ihn 1829 verwendet, um einen Vergleich mit der Volkspoesie zu machen, welche dem «Munde einer einsamen Sennerin oder eines frischen Buben [entgleite] dessen sich der Volksgeist zuerst als Werkzeug dieser Schöpfung bediente» (zit. in HAFERKAMP, Die Funktion des Volksgeistes, S. 127); SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte, S. 298–303, auch WESEL, Geschichte des Rechts, S. 443, Rz. 281.

749 SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit, S. 14.

Sitte oder Kultur – ständig fort.[750] Diese Weiterentwicklung aber musste vom Juristenstand als Träger der Rechtsbildung in Form von Gesetzen aufgefangen werden. Nach FRIEDRICH CARL VON SAVIGNYS Vorstellung also war das positive Gesetz lediglich die Niederschrift vom Volksgeiste erzeugten, im Volke bereits lebendig wirkenden Volksrechtes.[751] Damit war der ganze Juristenstand[752] zu einer neuen Art von Tätigkeit berufen: Das im Volke lebende Recht zu erfassen[753] und, wo nötig, vorsichtig zu ergänzen.[754] Der Gesetzgeber

750 Vgl. SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit: «[…] auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit, wie jene früheste Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert» (S. 11); vgl. auch SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «Denn wie in dem Leben des einzelnen Menschen kein Augenblick eines vollkommnen Stillstandes wahrgenommen wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesammtleben besteht. So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht» (S. 17).

751 Vgl. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «[…] das schon vorhandene Volksrecht ist dieser Inhalt [scil. des Gesetzes], oder, was dasselbe sagt, das Gesetz ist das Organ des Volksrechts. Wollte man daran zweifeln, so müßte man den Gesetzgeber als außer der Nation stehend denken; er steht aber vielmehr in ihrem Mittelpunkt so daß er ihren Geist, ihre Gesinnungen, ihre Bedürfnisse, in sich concentrirt, und daß wir ihn als den wahren Vertreter des Volksgeistes anzusehen haben» (S. 39); vgl. auch DERS.: «Die Quellen gebraucht als Kennzeichen, Merkmale, Aussprüche des wirklichen Rechts, aus welchen man desselbe, als ein inneres Factum von großem unübersehbarem Zusammenhang nur allmählig und nur in Annäherung finden kann» (zit. in HAFERKAMP, Die Funktion des Volksgeistes, S. 127).

752 Vgl. SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit: «Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentirt wird. Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen» (S. 12).

753 Vgl. SAVIGNY, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift: «Die besonnene Tätigkeit aber jedes Zeitalters müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten» (S. 6); vgl. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «Das Recht ist im besondern Bewußtseyn dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechts. Es führt daher nunmehr ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewußtseyn des Volks, die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes» (S. 45).

754 Ergänzungen sind dort zulässig, wo das Gewohnheitsrecht Spielräume offenlässt, etwa bez. Fristen, vgl. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «In allen Fällen dieser Art ist eine Ergänzung des Volksrechts nöthig, und obgleich dieselbe, wie oben erwähnt, durch Gewohnheit gegeben werden kann, so wird sie doch schneller und sicherer, also besser, durch Gesetzgebung bewirkt» (S. 41).

konnte damit nach dem Verständnis der Historischen Rechtsschule nicht mehr als Geburtshelfer neuen Volksrechtes sein.[755] Da aber der Juristenstand dazu noch nicht in der Lage sei und eine schlechte Gesetzgebung das vom Volksgeist geschaffene, einzig wahre Volksrecht rivalisieren würde, wandte sich FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY scharf gegen eine Kodifikation des Rechtes, wie sie in der von *Thibaut* erschienen Schrift *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814) gefordert wurde.[756]

2.2 Das BGB GL 1869 als Kodifikation der Historischen Rechtsschule

JOHANN JAKOB BLUMER war nicht nur ein Schüler der beiden Savignyschüler *Friedrich Ludwig Keller* und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, er hatte selber noch Gelegenheit, zu Füssen FRIEDRICH CARL VON SAVIGNYS zu sitzen.[757] Es ist aber Ausdruck seines emanzipierten Verständnisses, dass er seine Vorliebe für die Historische Rechtsschule von FRIEDRICH CARL VON SAVIGNYS Kodifikationsfeindlichkeit trennen konnte. JOHANN JAKOB BLUMER hatte HEGEL gelesen, welcher in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) bezüglich der Kodifikationsfrage geschrieben hatte: 236

> «Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen – da es nicht darum zu tun sein kann, ein System ihrem *Inhalte* nach *neuer* Gesetze zu machen, sondern den vorhandenen gesetzlichen Inhalt in seiner bestimmten Allgemeinheit zu erkenne, d. i. ihn *denkend* zu fassen, mit Hinzufügung der Anwendung aufs

755 Vgl. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts: «Wenn nämlich durch veränderte Sitten, Ansichten, Bedürfnisse, eine Veränderung in dem bestehenden Recht nothwendig wird, oder wenn im Fortgang der Zeit ganz neue Rechtsinstitute zum Bedürfniß werden, so können zwar dem bestehenden Recht diese neuen Elemente durch dieselbe innere, unsichtbare Kraft eingefügt werden, welche ursprünglich das Recht erzeugte. Allein gerade hier ist es, wo der Einfluß der Gesetzgebung äußerst heilsam, ja selbst unentbehrlich werden kann. Denn da jene wirkenden Ursachen nur allmälig eintreten, so entsteht nothwendig eine Zwischenzeit von ungewissem Recht, welche Ungewißheit durch den Ausspruch des Gesetzes zu beendigen ist» (S. 41).

756 Vgl. SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit: Das Argument, dass die Zeit dazu nicht (mehr) reif genug sei (S. 20–21) und: «Die Rechtspflege wird scheinbar durch das Gesetzbuch, in der That aber durch etwas anderes, was außer dem Gesetzbuch liegt, als der wahrhaft regierenden Rechtsquelle, beherrscht werden. Dieser falsche Schein aber ist höchst verderblich Denn das Gesetzbuch wird unfehlbar durch seine Neuheit, seine Verwandtschaft mit herrschenden Begriffen der Zeit, und sein äußeres Gewicht alle Aufmerksamkeit auf sich und von der wahren Rechtsquelle ablenken, so daß diese in dunklem, unbemerktem Daseyn gerade der geistigen Kräfte der Nation entbehren wird, wodurch sie allein in einen löblichen Zustand kommen könnte» (S. 23).

757 Vgl. BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer: «Als Schüler Savignys, Kellers und Bluntschlis war er ein Anhänger der sogenannten historischen Rechtsschule. Nach anfänglicher Begeisterung für das römische Recht hatte er sich am Ende seiner Studienzeit wieder mehr dem deutschen, insbesondere dem Recht seiner glarnerischen Heimat, zugewandt, das er später zum Gegenstand intensiver Forschungen und rechtsgeschichtlicher Abhandlungen machte» (S. 204); ZWEIFEL, JHVG 61, S. 59; vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 34.

> Besondere –, wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden könnte.»[758]

237 Vor allem aber folgte JOHANN JAKOB BLUMER hierin dem Beispiel seines Lehrers JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, den er als grossen Germanisten bewunderte.[759] Allein wegen ihm hatte er seine germanistische Wende vollzogen.[760] Bereits in seiner *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich* (1838) hatte JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI seine historische Methode ausführlich dargestellt, dank welcher «Völker als lebendige Wesen erkannt» und deren «eigenthümliche Charakter» als «organisches Ganzes» erkannt werden könne.[761] Aber auch später, in seinem *Allgemeinen Staatsrecht* (1852) und noch in seiner *Allgemeinen Staatslehre* (1875) machte er vor, wie man «die Staaten und ihre Einrichtungen aufgrund ihrer historischen Entwicklung» darstellte.[762] Seiner Ansicht nach war es die Bestimmung der Rechtwissenschaft, «das bereits vorhandene Recht zu erkennen».[763]

238 Von alledem zehrte JOHANN JAKOB BLUMER, nicht nur als Rechtshistoriker, sondern auch im Verfassen seiner Gesetzesentwürfe: «Mit Vorbedacht strebte er darnach, das bestehende

---

758 HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 363.

759 Vgl. Brief an *Escher* vom 5. Mai 1842: «Bluntschli hat mit vollem Recht sein Werk vorzugsweise in die Sphäre des deutschen Rechts hineingezogen und sich den neueren germanistischen Forschungen angeschlossen; er hat dadurch die Beseitigung einer Menge von Irrtümern und Einseitigkeiten möglich gemacht, die aus einer zu exklusiven Behandlung der Schweizergeschichte hervorgegangen ist. Aber ebenso wenig, wie dieser größere Zusammenhang, dürfen auf der andern Seite die vielen Eigentümlichkeiten unbeachtet bleiben, welche die schweizerischen Rechtsinstitute und ihre Entwicklung nicht bloß in den demokratischen Kantonen, wenn auch hier vorzugsweise, darbieten.» (zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 240–241).

760 ZWEIFEL erkennt zwei Phasen im Rechtsdenken BLUMERS: Die erste Hälfte seiner Studienzeit war vom römischen Recht beeinflusst, während die zweite immer mehr dem deutschen Recht gewidmet war (ZWEIFEL, JHVG 61, S. 57; vgl. auch BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer, S. 204); ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, nennt ihn einen «Rechtshistoriker und Germanist» (ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 412).

761 Vgl. BLUNTSCHLI, Staats- und Rechtsgeschichte: «In neuerer Zeit hat dagegen eine tiefer eindringende Wissenschaft mehr den Kern als die Schale gesucht, die Völker als lebendige Wesen erkannt, ein sinnliches und geistiges Leben derselben nachgewiesen, nach dem eigenthümlichen Charakter eines jeden gefragt und den innern Zusammenhang zwischen der Vergangenheit und der Zukunft der Völker ins Bewusstsein gebracht. Was früher lose an einander gereiht war, erhielt dadurch Verbindung und erschein nunmehr als ein organisches Ganzes. So fing man an, vorzugsweise nach der Geistesrichtung zu forschen, in der sich ein Volk in jedem Zeitraume seines Lebens bewegte, nach seinen Sitten, seinem Rechte, seinen politischen Ideen, seiner Wissenschaft, seinem Glauben, und begnügte sich nicht länger mit der Kenntnis vereinzelter Aeusserlichkeiten» (S. 2).

762 Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 34.

763 BLUNTSCHLI, Allgemeines Staatsrecht, S. 12.

Recht und das Rechtsbewußtsein des Volkes zu schonen».[764] Fast wäre man versucht, ihm jene alten Worte der Verfasser der Rechtsspiegel in den Mund zu legen:

> «[D]ies recht hab ich nicht erdacht,
> es habens von alter uf uns bracht
> unsere gute vorfahren.»[765]

Bundesrichter MOREL, welcher nach JOHANN JAKOB BLUMERS Hinschied dessen zweite Auflage zum *Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrecht* (3. Bd., 1877/80/87) beendete und herausgab, schrieb, er habe sich an «die von dem bisherigen Verfasser befolgte Methode [gehalten], die man die geschichtliche oder genetische nennen könnte».[766] Was MOREL von der Verfassung schreibt, kann für JOHANN JAKOB BLUMERS Gesetzesverständnis schlechthin gelten: Sie müssen «auf dem festen Grunde der geschichtlich hergebrachten Verhältnisse beruhen; sie dürfen, indem sie dem zeitgemässen Fortschritte die Bahn öffnen und damit der Zukunft vorarbeiten, gleichwohl von der Vergangenheit und ihren Ergebnissen sich nicht allzuweit entfernen».[767] 239

So ging er auch beim Entwurf zum BGB GL 1869 vor. Unter JOHANN CASPAR BLUNTSCHLIS Vorbild schloss er sich «möglichst eng an das überlieferte glarnerische Rechtsgut» an. Wie nachfolgend dargestellt werden soll, war dies beim Wasserrecht der Fall (s. hinten Rz. 255).[768] Freilich war er dort, wo das Alte nicht erhaltenswert mehr schien, zu Neuerungen bereit – ein Ausdruck seiner liberalen Grundhaltung (s. hinten Rz. 242 ff.).[769] 240

764 WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 554.

765 Einleitende Worte des Verfassers des Sachsenspiegels, zit. J. GRIMM, Poesie im Recht, S. 8, Fn. 1; zit. auch in KAUFMANN, Deutsches Recht, S. 97.

766 BLUMER/MOREL, Bundesstaatsrecht I, S. VI; vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 37.

767 BLUMER/MOREL, Bundesstaatsrecht I, S. 1.

768 Vgl. BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakobe Blumer: «Um das Risiko eines verwerfenden Landsgemeindeentscheides zu vermindern, schloss Blumer, der sich bei der Ausarbeitung vom Vorbild des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches Bluntschlis leiten liess, möglichst eng an das überlieferte glarnerische Rechtsgut an» (S. 206).

769 Vgl. BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakobe Blumer: «Trotzdem kam der Entwurf Blumers um tiefgreifende Änderungen nicht herum. So wurden im neuen Erbrecht von 1874 bei der Teilung des väterlichen Gutes die Töchter den Söhnen gleichgestellt. Ebenso fortschrittlich war die Neuerung, wonach nicht der Vater allein, sondern auch die Mutter gegenüber ihren Kindern erbberechtigt wurde» (S. 206).

241 Entsprechend hoch wurde es denn auch als gelungene Kodifikation gerühmt.[770] So auch von EUGEN HUBER, welcher als späterer Kodifikator in denselben Spuren der Historischen Rechtsschule wandelte:

> «Die Kodifikationsarbeit in *Glarus* stand unter der Führung der hervorragenden Kenner des einheimischen Rechts J. Heer und J. J. Blumer, welch letzterer sich insbesondere bemühte, das neue Werk der geschichtlichen Entwicklung anzupassen. Das Sachenrecht von 1869 ist reich an originellen Bestimmungen, folgt aber in den Hauptsätzen dem Zürcher Recht, und noch uneingeschränkter ist dies von dem 1870 in Kraft getretenen Personen- und Familienrecht zu sagen. […] Die Sprache aller dieser Kodifikationswerke zeichnet sich durch Klarheit und Präzision aus, die Ausführungen sind aber nicht so vollständig, wie in Bluntschlis Gesetzbuch.»[771]

2.3 Der Liberalismus der Regenerationszeit

242 JOHANN JAKOB BLUMER war ein Liberaler vom alten Schlag, beeinflusst vom Gedankengut seines Vaters und Onkels, welche den Liberalismus von 1830 im Herzen trugen.[772] Bereits dem jungen Studenten ging der konservative «Züriputsch» zu weit und er bedauerte, dass dadurch rückgängig gemacht werde, was die Liberalen «Großes gewirkt, Herrliches geschaffen» hatten.[773] Zwischen seinen beiden Lehrern *Friedrich Ludwig Keller* und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI hin- und hergerissen, war schon dem jungen JOHANN JAKOB BLUMER

---

770 Vgl. FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer: «Verglichen mit dem Zürcher Recht fällt vor allem die schlagende Kürze auf, mit der das Glarner Bürgerliche Gesetzbuch auskommen mußte. Das Sachenrecht umfaßt 102 §§, das Personen- und Familienrecht 114, das Erbrecht ganze 54 §§. Schon daraus erhellt, daß das Zürcher Vorbild sehr frei benutzt worden ist. Diese Gesetzgebung hat mit wenig Aenderungen ihre Aufgabe bis zum Erlaß des Schweiz. Zivilgesetzbuchs voll erfüllt. Sie ist auch in der Wissenschaft mit Ehren genannt worden Eine Uebersetzung ins Französische von Ernest Lehr erschien im Annuaire de législation étrangère, Band 4, 1874» (S. 252).

771 E. HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes IV, § 118, S. 196 (Hervorhebung im Original).

772 Zur Rolle seines Onkels, des damaligen Altlandammans *Cosmus Heer* (1790–1837), bei der Einführung der liberalen Glarner Kantonsverfassung vom 2. Oktober 1836, vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 179–187.

773 Vgl. Brief an *Zwicky* vom 8. November 1839: «Du weißt, wie wenig ich früher die Radikalen und ihre Regierung, vorzüglich in Bezug auf ihre Berufung von Strauß verteidigte; aber dieser Landsturm, diese gewaltsame Umkehr aller rechtlichen Verhältnisse, kann mir noch weit weniger gefallen und ich fühle mich jetzt wieder weit mehr angezogen zu jener gestürzten Partei, auf welche man jetzt so unverschämt losfährt, obgleich sie doch gewiß Großes gewirkt, Herrliches geschaffen hat» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 248).

ersterer der liebere.[774] Aber auch dort, wo der Radikalismus zu viel forderte, vertrat er das altliberale *Juste-Milieu*.[775]

> «Ich gehöre grundsätzlich der liberalen Partei an, ich huldige aufrichtig und unbedingt den wahren Fortschritten, welche sämtliche regenerierte Kantone seit 1830 gemacht haben […] Diese Ansichten bewegen mich, den liberalen Standpunkt zwar nie zu verlassen, wohl aber manchen radikalen Uebertreibungen, die der Sache des Fortschritts selbst am meisten schaden müssen, offen entgegenzutreten. So stehe ich freilich oft vereinzelt da und werde nicht sobald das Haupt einer Partei werden können, wie mir überhaupt der ‹Verschwörungsgeist› gänzlich mangelt».[776]

Diese gemässigte, liberale Haltung verlieh er als Redaktor auch der *Glarner Zeitung*.[777] 243
Und diese liberale Überzeugung erhielt sich ihm auch mit Bezug auf das Recht. So fällt zum einen seine sehr liberale Haltung gegenüber der schweizerischen Rechtseinheit auf. Schon als junger Richter wünschte er sich, dass die «Rechtspflege der verschiedenen Kan-

---

774 Vgl. Brief an *Zwicky* vom 1. Dezember 1839: «Gewiss ist es nicht zu viel gesagt, wenn man ihn [scil. *Keller*] in seiner Art wahrhaft genial nennt, und wenn man zugleich den ernsten, durchdringenden Fleiß, der sich nicht scheut, auch in Trockenste, Geringfügigste einzugehen, die tiefe Wissenschaftlichkeit, die er überall an den Tag legt, und die Humanität, mit der er die Schüler behandelt, an ihm wahrnimmt, so muß man ihm gewiß, von dieser Seite betrachtet, Achtung und Bewunderung zullen. Jedenfalls läßt sich Bluntschli, der zwar mit vielseitigeren Anlagen ausgerüstet ist und daher manches erkennen und begreifen kann, was Kellern immer fremd bleiben muß, in wissenschaftlicher Größe mit diesem nicht vergleichen; ja ich bin wirklich auch geneigt, Keller, trotz seiner Unsittlichkeiten, immer noch für den edleren Charakter zu halten als Bluntschli, dessen ganzes früheres Treiben mir jetzt erst, da er sein Ziel erreicht hat, recht gemein, leidenschaftlich und selbstsüchtig vorkommt. Doch will ich nicht richten über diese beiden viel gepriesenen und viel geschmähten Männer, deren Persönlichkeit die ganze neuere Entwicklung des Zürichstaates hervorgerufen» (zit. in FRITZSCHE, Studiosus juris, S. 250–251).

775 Wenngleich hierzu gleich auch eine Einschränkung nötig ist: Zwar kam *Blumer* familiär aus einer klassisch liberalen Tradition, welche auf stärker auf Freiheit setzte als auf Gleichheit (vgl. BOUQUET, HLS: Liberalismus), doch muss das Elitäre, welches dem *Juste-Milieu*-Liberalismus anhaftet, um *Blumers* Achtung vor der Glarner Landsgemeindedemokratie korrigiert werden, welche älter als der Gegensatz von Liberalismus und Radikalismus und sich darum nicht in diesen politischen Kampf einfügt. Überhaupt ist es schwierig politische Zuordnungen in einer Zeit vorzunehmen, welche politische Parteien (noch) nicht kannte. Insofern verschwimmen die Grenzen immer wieder: So war *Blumer*, der in mancher Hinsicht liberalkonservativ genannt werden könnte, immer wieder auch gegen den Konservatismus, so etwa gegen den Züriputsch und *Bluntschlis* Rolle darin, welcher wiederum aber als Vertreter des *Juste-Milieu* genannt wird (vgl. KOLLER, HLS: Juste Milieu). JUNG weist auf diesen Gegensatz hin, schreibt aber vom «radikal-liberale[n] Blumer» (Aufbruch zur modernen Schweiz, S. 97), was dann aber wohl doch zu viel ist.

776 Brief an *Escher* vom 21./22. Juli 1844, zit. in FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 234–235; vgl. auch J. HEER (JHVG 14): «Blumer hatte Gelegenheit, in den ersten Zeiten seiner Mitgliedschaft; innerhalb der allgemeinen politischen Constellation seine Stellung zu marquiren: er that es in einer Weise, welche nach seinen Präcedentien in Zürich allerdings kaum zweifelshaft sein konnte, d.h. im Sinne der freisinnigen Auffassungen» (S. 20).

777 Vgl. Lebenserinnerungen: «Da ich die Übernahme der ‹Glarner Zeitung› versichert hatte, sie sollte unter meiner Leitung, bei gemässigter Haltung, ein grundsätzlich liberales Blatt bleiben […]» (zit. in VISCHER, Autobiographisches, S. 348).

tone einander näherrücken» solle.[778] Die Wünschbarkeit eines einheitlichen schweizerischen Rechtes und einer schweizerischen Jurisprudenz drückt er mehrfach in seinem Werk und in seinem Leben aus.[779]

2.4 Das BGB GL 1869 als liberale Kodifikation

244 So darf es nicht verwundern, dass er auch den von ihm ausgearbeiteten Gesetzen eine solch liberale Prägung gab. War es beim Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich die liberale Kommissionsmehrheit, welche gegen den Widerstand des konservativen JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI zahlreiche individualistisch-freisinnige Abänderungen gemacht

778 Brief an *Aepli* vom 20. März 1842: «Ich glaube, daß für uns junge Praktiker die Mitteilung unserer praktischen Erfahrungen und Erlebnisse äußerst interessant und lehrreich sein muß, besonders da wir in der Schweiz kein öffentliches Organ besitzen, welches die Rechtspflege der verschiedenen Kantone einander näherrücken würde» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 16; FRITZSCHE, Johann Jakob Blumer, S. 231). Später erhoffte er sich viel von der durch *Johannes Schnell* (1812–1889) gegründeten Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR). Vgl. seinen Brief an *Schnell* vom 9. Mai 1852: «M.E. wird die Zeitschrift vorzüglich die wohltätige Folge haben, daß die einzelnen Kantone in ihren Rechtseinrichtungen einander nähergerückt werden, daß die schweizerischen Juristen mehr als es bisher der Fall war, über die engen Grenzen ihres Kantons hinausblicken und das Gute, das nicht bloß im Auslande, sondern auch in andern Gauen des Vaterlandes sich findet, ihrer Heimat anzueignen sich bemühen werden. Es ist also ein wahrhaft eidgenössischer Zweck, den die Zeitschrift verfolgt und hoffentlich auch erreicht» (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 16). Im selben Brief aber bedauert er, dass er keinen glarnerischen Fall beisteuern kann, das «die Form, in der unsere gerichtlichen Urteile erlassen zu werden pflegen, […] eben eine sehr mangelhafte» sei und man daher, obwohl «[m]ateriell betrachtet […] unser Rechtsgang gewiß nicht sehr vieles zu wünschen übrig» liesse, man aus formellen Gründen «damit wenig Ehre auflesen» würde (zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 17).

779 Vgl. bspw. BLUMERS Worte, die E. HUBER so beflügelten (zit. in System und Geschichte I, § 1, S. 7, Fn. 1), in BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.2: «Wir erlauben uns, denjenigen Wunsch auszudrücken, daß eine tüchtige Kraft sich veranlaßt finden möchte, das große und verdienstvolle Werk zu unternehmen, aus welchem wohl, wie aus unserer Vorarbeit, das Ergebnis hervorgehen dürfte, daß die schweizerischen Rechte, in denen man beim ersten Anblick oft nur einen bunten Durcheinander verschiedener Gesetze und Gewohnheiten erblickt, bei tieferem historischen Eindringen in ihren Kern unerwartete Übereinstimmung zeigen. Eben deshalb dürfte auch für die Zukunft, wenn die Wissenschaft einmal gehörig vorgearbeitet hätte, ein einheitliches schweizerisches Recht, welches immer mehr zum praktischen Bedürfnis wird, keineswegs als unerreichbar erscheinen» (S. VII; zit. in ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 16; vgl. VISCHER, JHVG 61, S. 29); vgl. BLUMERS Eröffnungsrede vom 12.01.1875 als Bundesgerichtspräsident: «Möchte es uns namentlich vergönnt sein, in allmäliger und ruhiger, aber sicherer und stetiger Entwicklung ein einheitliches Recht und eine einheitliche schweizerische Jurisprudenz entstehen sehen» (zit. in SCHWEIZER, JHVG 79, S. 44).

hatte,[780] so ging die individualistisch-freisinnige Prägung in Glarus von JOHANN JAKOB BLUMER selbst aus: Wo – wie im Erbrecht – «so eigenthümliche, historisch ausserordentlich interessante, mit den Volksbegriffen scheinbar innig verwachsene, aber mit der modernen Rechtsentwicklung entschieden schwer zu vereinbarende Grundsätze» vorlagen, schreckte er daher nicht davor zurück, «nothwendig […] tiefgreifende Aenderungen» zu entwerfen, selbst wenn «über deren Schicksal bei der Volksabstimmung schwer ein Prognostikon zu stellen war».[781] Dennoch ist seine Methode in erster Linie historisch und höchstens da und dort als liberal korrigierend zu bezeichnen.[782]

3. Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869

Nachfolgend wird der Gesetzgebungsprozess des BGB GL 1869 mit besonderem Blick auf das Nutzungsrecht der Ufereigentümer dargestellt. Es handelt sich um den bis heute üblichen kantonalen Gesetzgebungsprozess des Kantons Glarus, welcher von einem ersten Memorialsantrag über eine Beratung in der Landratskommission, im Landrat und schliesslich zur Abstimmung an der Glarner Landsgemeinde führt. Derselbe Prozess wird sich auch in den später darzustellenden kantonalen Gesetzen wiederholt finden (s. bspw. hinten Rz. 365 ff., 411 ff., 446 ff., 660 ff.), weshalb er an dieser ersten Stelle als Modell etwas ausführlicher dargestellt wird. 245

3.1 Memorialanträge

Nach Jahrhunderten ununterbrochener Nutzung der Wasserkraft im Kanton Glarus ohne geschriebene Grundlage, erging im Jahre 1854 erstmals ein Memorialsantrag zur gesetzlichen Regelung des Wasserrechts, nämlich auf «Erlassung eines Gesetzes über die Errichtung von Wasserwerken».[783] Beim Antragsteller handelte es sich um den ursprünglichen 246

780 Vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen: «Mit veralteten oder in den Augen der Liberalen sonstwie überlebten Rechtsinstituten wurde vielfach aufgeräumt» (S. 397).

781 J. HEER (JHVG 14), S. 53.

782 Es kann daher nicht nachvollzogen werden, weshalb KLEY ihn zu den naturrechtlich-liberalen Staatsrechtlern rechnet, welche kantischen Vorstellungen folgten (KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 15).

783 Landsgemeindememorial 1854, § 9, S. 16.

Schuhmacher *Rudolf Gallati sen.* (o.A.), der sich zum Rechtsanwalt hochgearbeitet hatte.[784] Das Landsgemeindememorial desselben Jahres stellt fest:

> «Die Rechtsverhältnisse, welche sich auf die Benutzung der Thalgewässer beziehen, sind jedenfalls von wichtiger Natur und der Gerichtspraxis ist es bis zur Stunde noch nicht gelungen, in diesem Gebiete feste Grundsätze aufzustellen.»[785]

247 Diese Aussage erstaunt mit Blick auf die durchaus festen Grundsätze, welche die Gerichtspraxis im Jahre 1854 durchaus aufgestellt hatte (s. vorne Rz. 185 ff.). Mindestens ebenso erstaunlich ist freilich, dass der dreifache Landrat – worunter sich doch immerhin auch JOHANN JAKOB BLUMER als Präsident des Appellationsgerichtes befand – diesem zweifelhaften Argument zustimmte und dennoch die Ablehnung des Antrags beantragte.[786] Die Gründe dafür waren einigermassen pragmatisch: Zum einen seien die allermeisten Wasserrechte der wichtigsten Wasserläufe längst vergeben,[787] zum anderen aber scheint es damals einen Widerwillen gegen «Gelegenheitsgesetze» gegeben zu haben.[788] Bevorzugt

---

784 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Unter Berufung auf diese Verfassungsbestimmung hatte Herr Advokat Rudolf Gallati, senior, im Jahre 1854 den Memorialsantrag gestellt, ein Wasserrechtsgesetz zu erlassen, welches die staatliche Konzession vorsah […]» (S. 4). Bei *Rudolf Gallati sen.* handelte es sich um den Vater von RUDOLF GALLATI JUN. (1845–1904), den späteren Rechtsanwalt, Obersten, Nationalrat und Bundesrichter (vgl. dazu LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Rudolf Gallati).

785 Landsgemeindememorial 1854, § 9, S. 16.

786 Landsgemeindememorial 1854: «Wenn zwar die Richtigkeit der so eben angeführten Sätze nicht bestritten werden kann, so giebt es doch auch wiederum vielfache Gründe, die dafür sprechen, daß von der Erlassung eines Gesetzes über die Wasserwerke Umgang genommen werden möchte» (§ 9, S. 16). Erst im Jahre 1868 wehrte man sich entschieden gegen dieses Argument, vgl. Landsgemeindememorial 1868: «[…] und die dießjährige Eingabe ist wohl entschieden im Irrthum, wenn sie glaubt, ‹die so demoralisirenden, muthwilligen und trölerischen Prozesse werden durch eine vollständige und klare Gesetzgebung zur U n m ö g l i c h k e i t, da der klare Buchstabe jeden Versuch hiezu vereitelt.› So liegen die Dinge in Wirklichkeit nicht: für's Erste ist wohl bei der M e h r z a h l der Prozesse nicht das R e c h t an sich, sondern es sind t h a t s ä c h l i c h e Verhältnisse streitig und sodann wird auch die trefflichste und vollständigste Gesetzgebung nicht im Stande sein, für alle möglichen und denkbaren Fälle eine ganz unzweideutige, keiner verschiedenen Auslegung fähige Entscheidung darzubieten» (§ 6, S. 10; Hervorhebung im Original).

787 Landsgemeindememorial 1854: «Es ist allervorderst namentlich der Punkt hervorzuheben, daß an den bedeutendsten Thalflüssen des Landes die wichtigsten Wasserrechte vollständig vergeben sind und daß man nur neuen Rechtsverwirrungen rufen würde, wenn neben den Gemeinden, welche im Falle sind, die meisten Wasserrechte zu vergeben, hinterher noch das Land kommen und diese oder jene Rechte für sich beanspruchen wollte» (§ 9, S. 16).

788 Landsgemeindememorial 1854: «Vom allgemeinen Standpunkte aus ist namentlich auch noch zu bemerken, daß in unserm kleinen Kantone die Gesetzgeberei, namentlich diejenige der Gelegenheitsgesetze, eine Ausdehnung gewonnen hat, die dem Lande und den Landesbürgern mehr zum Nachtheil als zum Nutzen gereichte» (§ 9, S. 16); vgl. auch WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 606.

wurde stattdessen ein Eingriff der Regierung, sollte dieser sich als nötig erweisen.[789] Was auch immer hinter diesen Gründen gestanden haben mag, es bekräftigte die Ablehnung dieses Antrags an der Landsgemeinde des Jahres 1854 in den Worten JOHANN JAKOB BLUMERS als damaliger Präsident des Appellationsgerichts des Kantons Glarus in der klaren – klareren? – Ausformulierung einer Gerichtspraxis.[790] Damit begnügte man sich für rund zehn Jahre. Dann aber stellte «ein ehrl[icher] Landmann» im Landsgemeindememorial des Jahres 1866 einen Antrag auf Revision des «ersten Theils des Landsbuchs […] im Sinne der Verbesserung und namentlich der Vervollständigung», worunter auch das Sachenrecht und damit auch das bisher nicht kodifizierte Wasserrecht fiel.[791] Der dreifache Landrat bestritt nicht, dass der Antrag «eine gewisse Berechtigung» habe, sei doch nicht zu leugnen, dass

> «sehr wichtige Gebiete (insbesondere das Sachen- und Obligationenrecht) sehr stiefmütterlich behandelt sind. Es mag dies unbedenklich als Mangel zugegeben werden und es wäre ohne Zweifel für die Rechtbedürftigen ein sehr erwünschter Zustand, wenn sie in einem einfach gehaltenen und doch vollständigen Gesetzbuch über alle Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes sofort sichern und zuverlässigen Aufschluß sich verschaffen könnten, anstatt, beim Abgang eines solchen Gesetzbuches, entweder bei Rechtsverständigen sich Rath erbitten zu müssen, der oft auch nur auf Wahrscheinlichkeit hin gegeben werden kann, oder dann die Kosten eines Prozesses wagen zu müssen, in welchem das Ermessen des Richters die einzige Grundlage des Entscheides bilden kann.»[792]

---

789 Landsgemeindememorial 1854: «Auch ist der Umstand nicht zu übersehen, daß wenn auf gewaltthätige Weise von diesen oder jenen Unternehmern in diesem oder jenem Thalflusse Vorkehrungen getroffen werden wollten, wodurch öffentliche Werke dieser oder jener Gattung in eine gefährliche Stellung gebracht werden könnten, auf dem Wege des Einschreitens von den Regierungsbehörden begegnet werden kann, wofür die Erfahrung aus der jüngern Zeit spricht, so daß auch von diesem Standpunkte die Sache aufgefaßt, die Nothwendigkeit der Aberlassung eines derartigen Gesetzes als nicht im Gebiete der Nothwendigkeit liegend, erscheint. Auf diese angeführten Gründe gestützt wird daher auf ablehnende Bescheidung der vorliegenden Eingabe angetragen» (§ 9, S. 16).

790 Amtsbericht 1851–1854: «[…] indessen würde es nichts nützen, diesen Gegenstand weiter zu verfolgen, da ein, die Erlassung eines Gesetzes über Wasserrechte bezweckender Memorialsantrag im letzten Frühling vom h[ohen] Landrathe ablehnend begutachtet und dann auch von der Landsgemeinde verworfen worden ist. Die Lücke in unsrer Gesetzgebung kann nun eben bloß durch die gerichtliche Praxis ausgefüllt werden […]» (S. 6).

791 Landsgemeindememorial 1866, § 8, S. 11.

792 Landsgemeindememorial 1866, § 8, S. 11

248 Auch hier wieder ein Verweis auf das «Ermessen des Richters», was den Anschein jenes «rechtlose[n] Zustand[s]» aufkommen lässt, den FRIEDRICH HEFTI beschwört.[793] In jedwedem Falle war der dreifache Landrat auch diesem Antrag abgeneigt, da

> «die Ausarbeitung eines vollständigen Civilgesetzbuches – und darauf müßte die Sache doch hinauslaufen, wenn man dem Antrag Folge geben wollte – in unsern Verhältnissen auch mit großen Schwierigkeiten verbunden wäre und daß wenig Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß ein solches, nothwendiger Weise umfangreiches Gesetzbuch, wenn es mit großem Aufwand von Mühe und Arbeit zu Stande gebracht wäre, den Beifall der Landsgemeinde finden würde.»[794]

249 Man mag dieses Argument als ein Hinweis auf die vorne bereits dargestellte «Doctrin» der Kodifikationsfeindlichkeit der Landsgemeinde verstehen (s. vorne Rz. 227). In bemerkenswertem Widerspruch zu den Argumenten zwölf Jahre zuvor wollte man nun «nach und nach in denjenigen Gebieten, wo das Bedürfniß sich besonders fühlbar macht, durch einzelne Gesetze die bestehenden Lücken» auffüllen.[795]

250 Aber schon zwei Jahre später hatte das Landsgemeindememorial des Jahres 1868 in seinem § 6 einen Antrag auf «Totalrevision der Civilgesetzgebung».[796] Diesmal scheint der dreifache Landrat «aus der letztjährigen Erfahrung mit dem Strafgesetzbuch die ermuthigende Wahrnehmung» gezogen zu haben, dass «auch eine etwas umfangreichere gesetzgeberische Arbeit doch nicht immer und von vornherein auf Verwerfung rechnen muß».[797] Der Landrat schrieb, dass «namentlich im Gebiete des Sachen- und des Obligationenrechtes unser Landsbuch dermaßen lückenhaft und die durch die Entwickelung von Industrie und Verkehr neu geschaffenen Verhältnisse […] so wenig in unsern alten Landes-Artikeln berücksichtigt [sind], daß in gar häufigen Fällen der Richter in der That genöthigt ist, im einzelnen Falle nicht das ihm vorgeschriebene Recht anzuwenden, sondern vielmehrt es selbst zu finden und zu machen, was […] allen Begriffen der neuern Zeit widerstreitet».[798]

---

793 F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus: «Der Linth entlang schossen Fabriken auf wie Pilze und mit ihnen häuften sich Kollisionen und Rechtsstreite. Die Gerichte wurden überschüttet mit Wasserrechtsprozessen. Der rechtlose Zustand führte zu einer unhaltbaren Lage. Es herrschte eine wahre Anarchie unter den ‹Gewirbebesitzern›; jeder überbot den andern an Rücksichtslosigkeit und Schikane. Sowohl Regierung wie Richter waren machtlos, da ihnen keine Rechtsmittel zur Verfügung standen» (S. 8–9).

794 Landsgemeindememorial 1866, § 8, S. 11.

795 Landsgemeindememorial 1866, § 8: «Es dürfte daher als der richtigere Weg zum Ziele zu betrachten sein, wenn nach und nach in denjenigen Gebieten, wo das Bedürfniß sich besonders fühlbar macht, durch einzelne Gesetze die bestehenden Lücken ausgefüllt würden. Dies ist der Weg, der bisher eingeschlagen worden ist und es besteht kein Hinderniß dagegen, daß er, sei es durch die Initiative der Behörden, sei es durch Anregung aus dem Volke, mit Bezug auf die bisher am lückenhaftesten behandelten Zweige des Privatrechts in nächster Zeit in etwas umfassenderem Sinne betreten werde, als es bisher der Fall war» (S. 11).

796 Landsgemeindememorial 1868, § 6, S. 9.

797 Landsgemeindememorial 1868, § 6, S. 9.

798 Landsgemeindememorial 1868, § 6, S. 9.

Das Ziel der Revision sollte ein «höchst erwünschter Leitfaden für den Richter» sein, welcher «mehr Gleichförmigkeit in die Rechtsprechung» bringe und «an die Stelle einer immer nur in engern Kreisen bekannten und zudem ihrer Natur nach schwankenden Gerichtspraxis eine feste, auch dem rechtsbedürftigen Publikum bekannte Vorschrift» setze.[799]

3.2 Die Ausfertigung des Gesetzesentwurfs

Der Landrat übergab noch im Jahre 1868 einer elfköpfigen Kommission den Auftrag, einen Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch auszuarbeiten. Diese Kommission wiederum beauftragte ihren Präsidenten, JOHANN JAKOB BLUMER, mit der Redaktion des Entwurfes, ohne ihm jegliche Vorschriften über die Gestaltung des Gesetzes zu machen.[800] Die bereits im Memorialsantrag geäusserte Erwartung war es aber, dass das neue Zivilgesetzbuch als klarer Leitfaden für Rechtssicherheit bei Rechtsanwendern und Rechtsunterworfenen schaffen sollte.[801] Dieser Erwartung konnte JOHANN JAKOB BLUMER als Appellationsgerichtspräsident bestens entsprechen und es war ein offenes Geheimnis, dass der Entwurf ganz alleine seiner Feder entstammte.[802] Er schrieb in seinen Erinnerungen: 251

> «Mit grosser Vorliebe und einem viel regeren Interesse, als mir das Strafgesetzbuch eingeflösst hatte, schritt ich an's Werk, da ich mich auf dem Gebiete des Privatrechts während meiner ganzen juristischen Praxis am liebsten bewegt hatte und mir die nöthigen theoretischen und praktischen Kenntnisse im Ganzen wohl zutrauen durfte. Am meisten benutze ich das treffliche Zürcherische Gesetzbuch, welches ja schon vorher in unsern Gerichten hin und wieder als ratio scripta angeführt worden war; daneben aber auch die andern schweiz. Gesetzbücher und Entwürfe, und vor Allem aus unsere eigenen bisherigen Gesetze, sowie die Gerichtspraxis. Mein Bestreben war, möglichst konservativ zu verfahren, d.h. das bestehende Recht und das Rechtsbewusstsein des Volkes möglichst zu schonen, damit bei der Landsgemeinde das Gesetzbuch um so eher Eingang finde.»[803]

Es ist verschiedentlich bedauert worden, dass keine Materialien zur Entstehung des BGB GL 1869 bestehen.[804] Weder haben sich Protokolle der Kommission erhalten, welche angesichts der eigentlichen Funktionslosigkeit der Kommission wohl auch kaum geführt wur- 252

799 Landsgemeindememorial 1868, § 6, S. 9.

800 Zweifel, JHVG 61, S. 70.

801 Zweifel, JHVG 61: «Obwohl die Kommission dem Redaktor keine Vorschriften über die Gestaltung des Gesetzes machte, erwartete man doch, wie sich das Memorial ausdrückt, daß das neue BG ein Leitfaden für den Richter werde […]» (S. 70).

802 Vgl. NGZ vom 26. Januar 1869: «Der Entwurf ist, wie schon berichtet worden, aus der Feder des Hr. Präsident Dr. Blumer hervorgegangen und es ist derselbe von Fach- und Sachkennern als, eine gelungene und tief durchdachte Arbeit begrüßt worden» (Nr. 11, S. 49).

803 Zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 52–53.

804 Vgl. insb. ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 32; auch in ZWEIFEL, JHVG 61, S. 71.

den.[805] Stattdessen pflegte man die Ergebnisse der Kommissionsberatungen in der Form eines abschliessenden Berichtes an den Landrat zu überreichen. Doch ein solcher Bericht fehlt gerade für das Bürgerliche Gesetzbuch, wie JOHANN JAKOB BLUMER dem Landrat entschuldigend zu Beginn mitteilt:

> «Vorab brachte er [scil. Johann Jakob Blumer in seiner Funktion als Kommissionspräsident] eine Entschuldigung deshalb an, daß dem Entwurfe kein beleuchtender Bericht beigegeben sei. In andern Kantonen sei dies bei der Vorlage der Art Gesetzesentwürfen allerdings der Fall. Die Kommission sowohl wie auch der Referent habe hierauf verzichtet, denn einerseits hätte ein solcher Bericht sehr einläßlich und daher auch äußerst weitläufig werden müssen, zumal wenn jeder einzelne Artikel seine spezielle Beleuchtung hätte finden sollen, anderseits aber sei eine solche Berichterstattung in dem hiesigen Kanton nicht gebräuchlich und er sei auch überzeugt, daß das Abgehen eines solchen Berichts um so weniger hemmend einwirken werde, als weitaus die größte Zahl der Gesetzesparagraphen dem Landsbuche entlehnt und andere der bisherigen Praxis angepaßt worden seien. Allerdings seien hiebei auch die Gesetzbücher anderer Kantone mit in Berücksichtigung gezogen worden und Einzelnes werde der Berichtgabe erheischen, was sich indessen im Verlaufe der Diskussion von selbsten an die Hand geben werde.[806]

253 Immerhin ist mit dieser Wortmeldung bereits viel über die Quellen gesagt, welcher sich JOHANN JAKOB BLUMER bediente. Es sind dies mit Bezug auf das Nutzungsrecht der Ufereigentümer: (1.) das bisherige Landsbuch sowie (2.) die Gerichtspraxis. Die Gesetzbücher anderer Kantone, darunter namentlich das *Zürcherische Privatrecht* von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, waren gewiss grundsätzlich sehr wichtig für JOHANN JAKOB BLUMER[807] – mit Bezug auf das Nutzungsrecht der Ufereigentümer konnten sie ihm jedoch keine Anhaltspunkte liefern, da ein solches Recht im Kanton Zürich nicht besteht.

a. Das bisherige Recht

254 Bezüglich des Glarner Landsbuch wurde bereits festgestellt, dass sich keine Wasserrechtsnormen darin finden (s. vorne Rz. 170 ff.). Verschiedene Analogien zu nachbarrechtlichen

---

805 Vgl. ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch: «Trotz dieser Fülle von Briefen finden wir über das uns hier vor allem interessierende, nämlich wie Blumer an die Zivilgesetzgebung im Kanton Glarus herantrat, welche Grundsätze er im einzelnen und im großen dabei verfolgte, sehr wenig. Wie müssen uns deshalb damit begnügen, seine Einstellung zur Gesetzgebung, Rechtsgeschichte und Rechtspolitik aus gelegentlichen brieflichen Äußerungen in anderem Zusammenhang als der Zivilgesetzgebung zu erfahren» (S. 5, auch 32); vgl. ZWEIFEL, JHVG 61, S. 71.

806 NGZ vom 28. Januar 1869 (Nr. 12, S. 53) in der Berichterstattung der Verhandlungen des dreifachen Landrathes vom 26. Januar 1869; vgl. auch ZWEIFEL, Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, S. 32. Das Argument, wonach solche Berichterstattungen im Kanton Glarus nicht gebräuchlich seien, bestreitet ZWEIFEL (S. 32, Fn. 25).

807 BAUMGARTNER-MARTI, Johann Jakob Blumer: «Um das Risiko eines verwerfenden Landsgemeindeentscheides zu vermindern, schloss Blumer, der sich bei der Ausarbeitung vom Vorbild des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches Bluntschlis leiten liess, möglichst eng an das überlieferte glarnerische Rechtsgut an.» (S. 205–206).

Regelungen im Landsbuch, welche Güter auf der Grenze zwischen zwei Grundeigentümern aufteilen, sind zumindest denkbar. So wurde seit dem Mittelalter die Pflicht des Unterhalts der Strasse zwischen beiden gegenüberliegenden Anstössern aufgeteilt.[808] Ebenso findet sich im Landsbuch von 1511 die Rechtsregel unter angrenzenden Grundstücken, dass «jeder Anstößer dem andern halben Fried, Hag oder Zaun zu geben habe».[809] Dies bedeutete, dass Grenzmauern von beiden Parteien zu gleichen Teilen erstellt werden sollten. Dieselbe Regel findet sich unverändert 1554.[810] Freilich geht es bei diesen Regelungen um die Verteilung einer Last, während es bei der Nutzung der Wasserkraft um ein Recht geht. Dass die nachbarrechtliche Regelung der Anstösser sich aber auch auf Rechte erstreckte, zeigt eine Rechtsstreitigkeit aus dem 16. Jahrhundert. Dabei ging es um Bäume, deren Äste so weit über die anstossende Gasse hinaushingen, dass die Früchte oder Nüsse auf die Gasse fielen. Die gegenüberliegenden Anstösser glaubten, einen Anteil an diesen Früchten zu haben, weil die halbe Gasse ihnen gehöre und sie schliesslich auch helfen mussten, «dieselbe zu ruhmen» und in Stand zu halten.[811] Die Landsgemeinde des Jahres 1560 entschied sich zwar dagegen und sprach das Eigentum aller gefallenen Früchte und Nüsse dem Eigentümer des Grund und Bodens, auf welchem sich der Baum befand, zu. Doch schon sechs Jahre später war aus diesem Entscheid so viel «Span und Zank» erwachsen, dass die Landsgemeinde auf ihren Entscheid zurückkam und «bim Altten [sic] pliben» wollte.[812] Obwohl also grundsätzlich möglich, gibt es keinen Hinweis darauf, dass JOHANN JAKOB BLUMER sich solcher Analogien bedienen musste.

---

808 Vgl. STUCKI, Varia zur Glarner Geschichte: «Wer in der voreidgenössischen Zeit für den Unterhalt dieser wohl auf Gewohnheitsrecht beruhenden Verbindungen zuständig war, wissen wir nicht. Es ist zu vermuten, dass diese Pflicht wie in späterer Zeit gemäss altem Herkommen den Anstössern oblag» (S. 59). «Im Gegensatz zu den Strassen, bei denen im alten Land Glarus der Unterhalt lange Zeit den Anstössern oblag, konnte diese Aufgabe bei den kostspieligeren und arbeitsintensiveren Brücken nicht den zufällig in der Nähe Land besitzenden Einzelpersonen aufgebürdet werden, sondern es musste frühzeitig eine andere Regelung gefunden werden» (S. 66).

809 BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 443. Vgl. die dort zitierte Satzung von 1511 aus dem Alten Landsbuch des Landes Glarus: «[W]a zwen an einandren stossent mit Iren lantzig (Frühlings) weiden, vnd dieselben lantzig weiden zuo beden teillen etzsent, So sind die Selben ein andren halben zun geben» (zit. in BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte I, S. 443, Fn. 58).

810 Vgl. BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.2, S. 71–72. Vgl. die dort zitierte Satzung von 1545 aus dem Alten Landsbuch des Landes Glarus: «Item wo In unserem Land, es sy In berg oder In thal, zwen oder mer mit Iro gütter an einanderen stoßen, die söllen ein anderen halben zun geben, anderst dan was von alterhar Meüren sind, oder wo urtheilen Brieff und sigel darwider wären, söllen by krefften bliben. Welcher dan sich von solchen alten meüren abgesundert hatt, der sol dan gegent sinem anstößer Zünes pflicht thun, wie angezeigt mitt halbem zun. und allwyl sölcher Meür uberblybend, die mögen mitt einanderen stößen und meüren one Zunes pflicht» (zit. in BLUMER, Staats- und Rechtsgeschichte II.2, S. 72).

811 Vgl. G. HEER, JHVG 38, S. 40.

812 Zit. in G. HEER, JHVG 38, S. 40.

b. Die Gerichtspraxis im Kanton Glarus

255 Die Hauptquelle für JOHANN JAKOB BLUMER war zweifellos die bereits stark gefestigte Gerichtspraxis. Davon zeugt nicht nur die klare Übernahme der wesentlichen Punkte der Gerichtspraxis (s. vorne Rz. 185 ff.), sondern auch die im Landsgemeindememorial des Jahres 1869 gemachten, weiterführenden Bemerkungen:

> «In Betreff der W a s s e r r e c h t e hat der Entwurf (§ 55) im Wesentlichen den Grundsatz aufgenommen, der nach und nach durch eine zwanzigjährige Gerichtspraxis zur Geltung gekommen ist und wonach jeder Anstößer an einem Gewässer berechtigt ist, die Hälfte der vorhandenen Wasserkraft zu benutzen. Dabei ist aber die durch die Natur der Sache geforderte, in der Praxis der Gerichte aber vielleicht nicht immer genügend beachtete Einschränkung gemacht, daß das Recht des Anstößers eben nur auf die w i r k l i c h e B e n u t z u n g d e r W a s s e r k r a f t geht, daß er aber, so lange e r s i e n i c h t b e n u t z t, auch nicht Befugniß hat, über das vorbeifließende Wasser, wie über ein Eigenthum zu verfügen, bezw. dessen Benutzung durch Andere zu verhindern.»[813]

256 Diesen einzigen spezifischen Bemerkungen zum Wasserrecht und nicht zum Sachenrecht generell verdankt sich die Erkenntnis, dass sich JOHANN JAKOB BLUMER bei der Ausarbeitung dieser Norm auf einen Grundsatz einer «zwanzigjährige[n] Gerichtspraxis» stellte.[814]

3.3 Die Kommissions- und Landratsdiskussion

257 Im Entwurf fand sich im zweiten Kapitel (*Von den gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums*) unter dem Abschnitt «III. Wasserrechte» der Paragraph, der das Nutzungsrecht der Ufereigentümer festhielt:

> «§ 55 BGB GL 1869
>
> Bei F l ü s s e n und B ä c h e n, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigenthümer bespülen, ist jeder Ufereigenthümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft z u r H ä l f t e zu benutzen, so ferne nicht wohlerworbene Rechte eine andere Vertheilung begründen.
>
> So lange und soweit indessen ein Eigenthümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers n i c h t b e n u t z t, ist er nicht befugt, den jenseitigen Ufereigenthümer an der Benutzung derselben zu hindern, wohl aber mag er von letzterm behufs Sicherung seiner eventuellen Rechte einen Revers verlangen.»[815]

---

813 Landsgemeindememorial 1869, S. 15

814 Vgl. auch Bericht Landratskommission 1892: «Es bildete sich dadurch im Verlaufe der Jahre eine Gerichtspraxis, welche der Codification, die endlich im Jahre 1869 vorgenommen wurde, als Grundlage gedient hat» (S. 6).

815 § 55 BGB GL 1869; zit. hinten in Appendix III: Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 [BGB GL 1869]. Für den «Revers» vgl. bereits das germanische Recht (s. vorne Rz. 58).

Von der Landratsdiskussion schreibt JOHANN JAKOB BLUMER in seinen Lebenserinnerungen einigermassen unbestimmt: 258

> «Bei der landräthl. Kommission, welche sehr gut zusammengesetzt war, fand mein Entwurf, als Ganzes genommen, viel Anerkennung; doch wurden in den höchst interessanten Berathungen manche Aenderungen vorgenommen, die ich grossentheils als Verbesserungen anerkennen musste.»[816]

So kam JOHANN JAKOB BLUMERS Entwurf vor den dreifachen Landrat. Dieser behandelte ihn in seinen Sitzungen vom 26. und 27. Januar 1869. Da die Landratsprotokolle sehr kurz gehalten sind, wird auf die Berichterstattung der *Neuen Glarner Zeitung* zurückgegriffen. Diese berichtet in ihrer Ausgabe vom 28. Januar 1869 über die Verhandlungen des dreifachen Landrates vom 26. Januar und zitiert ausführlich vom Eröffnungsvotum des Kommissionspräsidenten JOHANN JAKOB BLUMER. Dieser erklärt, weshalb das Sachenrecht als erster Teil des *Bürgerlichen Gesetzbuches* Priorität hatte: 259

> «Wenn sich nun die Kommission darauf beschränkt habe, zuvörderst das Sachen- und Pfandrecht zu bearbeiten, so liege der Grund hiezu einfach darin, daß man nicht gleich anfangs mit einer Abtheilung des Gesetzes vor die Landsgemeinde habe gelangen wollen, wo man überzeugt gewesen sei, daß eine solche unnöthiger Weise Aufsehen erregt haben würde und was eigentlich die Hauptsache hieran sei, so könne eine weit gründlichere Berathung stattfinden, als wenn auf einmal alle Gebiete des Civilrechtes dem hohen Gewalt zum Entscheide unterbreitet worden wären. Wenn einmal das Sachen- und Pfandrecht gesetzlich normirt sei, dann könne und werde auch das Familien- und Erbrecht an Handen genommen werden.»[817]

Diese Argumentation wurde im Landsgemeindemorial übernommen, worin jedoch die Bedeutung des Wasserrechtes noch hervorgehoben wurde.[818] 260

816 Zit. in J. HEER, JHVG 14, S. 52–53.

817 NGZ vom 28. Januar 1869, Nr. 12, S. 53.

818 Landratsprotokoll 1969: «Die größte Dringlichkeit schien dem dreifachen Landrahte für das Sachenrecht vorzuwalten, weil in der That über diese Materie in unserm Landsbuch nur sehr mangel- und lückenhafte Bestimmungen sich vorfinden, und wichtige Punkte, wie z. B. in Betreff der Wasserrecht, lediglich durch gerichtliche Praxis nach und nach in leidliche Ordnung gebracht werden mußten» (§ 10, S. 13).

261 Von der artikelweisen Beratung des Sachen- und Pfandrechtes durch den dreifachen Landrat am 26. und 27. Januar 1869 berichtete die *Neue Glarner Zeitung* vom 30. Januar 1869.[819] Leider aber finden sich gerade bei den Wasserrechtsartikeln weder interessante Beratungen, noch Änderungen. Im Landratsprotokoll heisst es kurz und bündig:

> «§§ 53, 54, 55, 56, 57 & 58 sind ohne Diskussion unverändert angenommen worden.»[820]

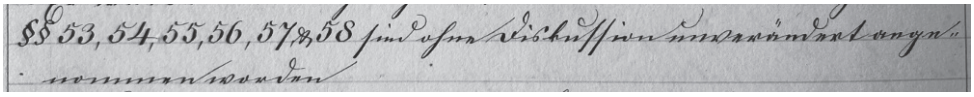


Abb. 9: Auszug aus dem Landratsprotokoll *der Sitzung vom 27. Januar 1869.*

262 Die *Neue Glarner Zeitung* berichtet zwar einigermassen ausführlich von einer Diskussion,[821] jedoch leider nur bezüglich der §§ 54 und 56.[822] Immerhin wird JOHANN JAKOB BLUMER zitiert, welcher sagt:

819 NGZ vom 30. Januar 1869, Nr. 13, S. 59.

820 Landratsprotokoll 1859–1869, S. 478.

821 Vgl. NGZ vom 28. Januar 1869: «Wir wollen in unserm Referate den verpflogenen Verhandlungen möglichst getreu folgen, hoffen dabei aber, die Herren Landräthe werden es uns nicht übel deuten, wenn wir bei der Wiedergabe ihrer Voten nur die Hauptsache berühren. Wir zitiren auch nur diejenigen Paragraphen, welche eine Anfechtung erlitten haben; das, was einstimmige Bestätigung fand, wird keiner weitern Heraushebung bedürfen» (Nr. 12, S. 53).

822 Vgl. NGZ vom 30. Januar 1869: «Auch § 54 erlitt Anfechtungen. Hr. Vermittler Zweifel ist der Meinung, daß in diesem Paragraphen die Floßrechte gewahrt werden sollen. Diese Floßrechte hält er für Miteigenthümer am Wasser und spricht die bestimmte Ueberzeugung aus, daß dieselben im Gesetze ihre Berücksichtigung finden müssen. – Hr. Präs. Dr. Blumer bemerkt dem Gesagten gegenüber, der gefallene Antrag des Hrn. Zweifel gehöre nicht hierher, Floßrecht fallen unter die Servituten; übrigens enthalte dieser Abschnitt nichts Anderes, als was bisdahin in Praxis ausgeübt worden sei. – Hr. Ldm. Dr. Heer erwidert noch Hern. Zweifel in Kürze: wenn man von Floßrechten sprechen wolle, dies bei öffentlichen Flüssen angehe, wo es sich aber nur um Privatbäche und Quellen handle, könne hievon die Rede nicht sein. – Hr. Zweifel blieb mit seinem Antrage in großer Minderheit; dagegen erhielt der Gesetzesparagraph die Sanktion der Behörde. – Von der von Hrn. Präs. Dr. Tschudi gemachten allgemeinen Bemerkung, daß im Gesetze bezüglich des Eigenthumsrechtes über die Seen etwas gesagt werden sollte, wurde Vormerkung genommen und die Aufnahme einer daherigen Bestimmung an schicklich erachtender Stelle der Redaktionskommission übertragen. Bei der Berathung des § 56 beantragt Hr. Präs. Dr. Tschudi, es möchten die in diesem § eingeschalteten Worte ‹oder in erheblichem Maße› gestrichen werden, zumal eine so unbestimmt gehaltene Fassung zu Prozessen Veranlassung geben könnte. – Die vorberathende Behörde war anderer Meinung und der angefochtene Passus verblieb in unveränderter Fassung stehen» (Nr. 13, S. 60)

> «Hr. Präs. Dr. Blumer bemerkt dem Gesagten gegenüber, der gefallene Antrag des Hrn. Zweifel gehöre nicht hierher, […]; übrigens enthalte dieser Abschnitt nichts Anderes, als was bisdahin […] in Praxis ausgeübt worden sei.»[823]

Damit bleibt es bei den bereits vorne zitierten Bemerkungen im Landsgemeindememorial. Der § 55 des Entwurfs zum BGB GL erfuhr also keinerlei Änderungen. 263

3.4 Die Landsgemeinde des Jahres 1869

Es finden sich nur wenige Zeugnisse über die Landsgemeinde vom 2. Mai 1869.[824] Das Landsgemeindeprotokoll ist kurz gefasst und berichtet von keinen Diskussionen, wie sie oftmals an der Landsgemeinde vorkommen und wertvollen Einblick in die Hintergründe eines Gesetzes geben.[825] Ein Antrag, das Traktandum auf die darauffolgende Herbstlandsgemeinde zu verschieben, um mehr Zeit zur Auseinandersetzung mit dem Entwurf zu haben, wurde verworfen.[826] Zur Annahme des Gesetzesentwurfes schreibt das Landsgemeindeprotokoll kurz und knapp: 264

---

823 NGZ vom 30. Januar 1869, Nr. 13, S. 60. Wie vorne bereits dargestellt, hatte JOHANN JAKOB BLUMER nicht promoviert (s. vorne Rz. 219); der Doktortitel ist hier wohl als Respektsbekundung des Zeitungsredaktors zu verstehen.

824 Zur Landsgemeinde im 19. Jahrhundert generell vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 51–63 m.w.H.

825 Landratsprotokoll 1859–1869: «In Vollzug des dem Landrath von der letztjährigen Landsgemeinde ertheilten Auftrags, eine Totalrevision der Gesetzgebung vorzunehmen, legt derselbe in § 10 des Memorials einen Entwurf für die erste Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuches, enthaltend das Sachen- & Pfandrecht, vor. Hierüber berichtet der Landrath: Bei Berathung dieses Gesetzes sei er von der Ansicht ausgegangen, es handle sich nicht darum, alles Bestehende in Frage zu stellen oder abzuändern, sondern vielmehr das Bestehende in deutlicher Form, so weit es sich bewährt habe, wieder zu geben, dabei diejenigen Lücken, die sich in der bisherigen Gesetzgebung gezeigt, auszufüllen und zwar wo möglich im Anschlusse an bisherige Gerichtspraxis und Gewohnheit und schließlich nur da Aenderungen eintreten zu lassen, wo durch Erfahrung eine solche sich als Bedürfniß herausgestellt habe. Diese Grundsätze finden sich im Wesentlichen durchaus festgehalten und es werde deshalbe nur in wenig Beziehungen erhebliche Änderungen im bisherigen Rechtszustande hervorbringen. In dieser Berichtgabe macht der Landrath auf die wichtigsten Neuerungen, welche der Entwurf enthält, aufmerksam und beleuchtet diejenigen Punkte näher, welche vom bisher geltenden Rechte einigermaßen abweichen. Es schließt sodann mit dem Antrage, es wolle der Landsgemeinde gefallen, dem nachfolgenden Entwurfe Gesetzeskraft zu verleihen» (S. 448–449).

826 Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1853–1872: «In der hierüber eröffneten Diskussion wurde von einer Seite beantragt, die Berathung über diesen Entwurf auf die nächste Herbstlandsgemeinde zu vertagen, damit die Landleute zur genauern Prüfung derselben mehr Zeit zu gewinnen. Durch Vorentscheid wurde aber dieser Antrag mit großer Mehrheit abgelehnt» (S. 449).

> «Es wurde Eintreten erkannt und daraufhin der Gesetzesentwurf ohne Widerspruch einstimmig angenommen.»[827]

265 Die Gründe für diese diskussions- und oppositionslose Annahme können dem Augenzeugenbericht BECKERS entnommen werden.[828] Er stellt sich gegen die Theorie der Revisionsfeindlichkeit der Landsgemeinde (s. vorne Rz. 227), indem er schreibt:

> «Vor einem so sorgfältig ausgearbeiteten längern Gesetz hat man eigentlichen Respekt an der Landsgemeinde, namentlich wenn, wie es dies Jahr der Fall war, noch viele andere Geschäfte vorliegen. Wie wird's dieser hübschen Arbeit gehen, wenn man da einzelnes herausgreift? Ein gründlicher Kenner hat das Gesetz entworfen, eine Kommission hat es sorgfältig geprüft, der Landrat hat es durchberaten und festgestellt. Bei solchen Vorlagen ist's offenbar das beste, sie ganz anzunehmen oder zu einer neuen Bearbeitung zurückzuweisen. Es geschah nun auch wirklich das erstere, das Gesetz wurde fast einstimmig in seiner unveränderten Fassung angenommen.»[829]

266 Somit trat das *Bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Glarus* mit darin kodifiziertem Nutzungsrecht der Ufereigentümer in Kraft.

267 Einer sass freilich in den Zuschauerreihen, welche um den Landsgemeindering errichtet werden, und musste angesichts der von ihm soeben erlebten Kodifikation des Privatrechtes staunen; es war dies ein zwanzigjähriger Rechtsstudent an der Universität Zürich, ursprünglich aus Oberstammheim (ZH). Sein Name: EUGEN HUBER.[830]

---

827 Landsgemeindeprotokoll 1853–1872, S. 449.

828 Zur Person vgl. FELLER-VEST, HLS: Bernhard Becker.

829 BECKER, Die Glarner Landsgemeinde, S. 46–47.

830 E. HUBER besuchte just diese Landsgemeinde, wie aus einem der Briefe, die er an seine verstorbene Ehefrau widmete, hervorgeht, vgl. E. HUBER, Brief vom 17. Juni 1910, Nr. 50: «Unter meinen alten ‹Erinnerungen› befindet sich ein Notizenheft, das ich jahrelang gebraucht habe u. in dem sich Eintragungen seit 1868 bis 1871 befinden, die mir ein eigentümliches Bild meiner damaligen unreifen Geistes- u. Herzensverfassung entrollen. […] Seminaraufgaben, Literaturnotizen, Notizen über Vorträge, Adressen, Schachaufgaben, Preisaufgaben, *Aufzeichnungen betr. Landsgemeinde in Glarus, 2. Mai 1869*, […] Ich habe diese Zeit übrigens auch in der Erinnerung als ein unerquickliches Entwicklungsstadium. Ich war die ersten vier bis fünf Semester ein sehr unreifer Student» (zit. in HOFER, Briefe an die tote Frau I, S. 140–141, Hervorhebungen hinzugefügt). Auf BLUMER bezieht sich E. HUBER nur an einer Briefstelle, als er seine Beteiligung an der Herausgabe der Schweizerischen Rechtsquellen Revue passieren lässt, vgl. DERS. Brief vom 7./8. Oktober 1912: «Im Jahr 1874 wurde die Herausgabe v. Schweiz. Rechtsquellen beschlossen u. mir fiel der Auftrag zu. Die Freiburger hintertrieben die Sache u. 1876 fiel sie unter den Tisch. Morel war auch dabei. Blumer war leider inzwischen gestorben» (zit. in HOFER, Briefe an die tote Frau III, S. 636).

§ 5 Zusammenfassende Würdigung der Entstehung des Wasserrechtes

Es werden nachfolgend die Erkenntnisse aus dem ersten Teil («Die Entstehung des Wasserrechtes») zusammenfassend gewürdigt. 268

1. Die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechts

1.1 Der Zusammenfluss verschiedener Quellen

Noch ohne die Verzweigung in die Flussarme des *öffentlich-rechtlichen* und *privatrechtlichen Wasserrechts* zu betrachten, lässt sich für das Wasserrecht insgesamt eine allgemeine Beobachtung anstellen: Es entstammt dieser Fluss verschiedenen sehr unterschiedlichen Quellen. Vom römischen Recht, über germanisches Recht und das genossenschaftliche und königliche Recht des Mittelalters bis zu dem von der Aufklärung und der Französischen Revolution inspirierten Recht der Helvetik. Jede Quelle stellt somit ein anderes Zeitalter mit eigenem Rechts- und Staatsverständnis dar, welches sich der rechtlichen Nutzbarmachung der Wasserkraft gewidmet hat. So unterschiedlich diese Quellen auch sein mögen, so sind sie doch zugleich jene wichtigsten Rechtstraditionen, welche das kontinentaleuropäische Recht speisen. 269

Das *römische Recht* ist Quelle der Unterscheidung zwischen öffentlichen Gewässern und Privatgewässern, obwohl die Bedeutung des Wortes «öffentlich» jeweils an den geschichtlichen Kontext gekoppelt bleibt. Das römische Recht selber verstand darunter entweder eine dem Rechtsverkehr entzogene Sache im Sinne einer *res extra commercium* (s. vorne Rz. 47) oder aber ein Eigentumsrecht des Staates im Sinne einer *res publica* (s. vorne Rz. 47).

Das *germanische Recht* ist die Quelle des einem bestimmten Grundstück zugehörigen Nutzungsrechtes an der Wasserkraft (s. vorne Rz. 55 ff.). In den *Rechtsspiegeln des Mittelalters* ist dieses Nutzungsrecht Teil des Gemeingutes, welches allen Mitgliedern einer Genossenschaft zum genossenschaftlichen Gemeingebrauch offenstand (s. vorne Rz. 67 ff.).

Das *Lehensrecht des Mittelalters* stellt die Quelle des königlichen Regalrechts dar, nach welchem jedes Nutzungsrecht an einem Gewässer vom Regalherr verliehen werden musste (s. vorne Rz. 76 ff.). Dieses Regalrecht ging in der frühen Neuzeit vielfach auf den sich herausbildenden Territorialstaat über (s. vorne Rz. 80 ff.).

Das *ius commune* stellt nicht eine eigene Quelle, sondern vielmehr einen ersten Zusammenfluss dar: Es wurden hierin die römisch- und germanischrechtlichen Begriffe des Eigentums und des Nutzungsrechtes vereinigt (s. vorne Rz. 85 ff.). Auf dem Gebiet der Alten Eidgenossenschaft führte diese Vereinigung der verschiedenen

Rechtstraditionen u.a. zu einer Rechtsvermutung zugunsten der (eher römischrechtlichen) Öffentlichkeit der Gewässer, wobei die Existenz der (eher germanischrechtlichen) Privatgewässer weiterhin anerkannt blieb (s. vorne Rz. 91 ff.).

Die *Gesetzgebung der Helvetischen Republik* stellt eine weitere Quelle dar, insofern sie erstmals das hoheitliche Institut der Wasserbaupolizei einbrachte, welches jegliche Nutzung der Wasserkraft von einer Bewilligung abhängig machte (s. vorne Rz. 97 ff.). Gleichzeitig stellte die Helvetik eine Modernisierung des bisherigen Wasserrechtes dar, da zahlreiche Institute aus ihrem vormodernen (zumeist lehensrechtlichen) Kontext gelöst, jedoch beibehalten wurden: So etwa das staatliche Regal und der Wasserzins (s. vorne Rz. 99 ff.).

1.2 Die Wasserscheide zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

270 Mit Bezug auf die *Entstehung des öffentlich-rechtlichen Wasserrechtes* lässt sich auf kantonaler Ebene eine allgemeine Fliessrichtung aus dem Recht des Mittelalters, welches keine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht kannte, hin zu einer gemeineidgenössischen Öffentlichkeit der Gewässer sowie einem Verfügungsrecht des Gemeinwesens beobachten. Dies erfolgte im Wesentlichen durch zwei unterschiedliche Zuflüsse:

Insbesondere in den *Städteorten* geschah dies, indem das frühere Regalrecht von der Obrigkeit des frühneuzeitlichen Staates auf den Kanton als Rechtsnachfolger überging.

Insbesondere in den *Länderorten* (sowie einigen zugewandten Orten) geschah dies, indem das genossenschaftliche Nutzungsrecht an der Wasserkraft von einer Genossenschaft auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, wie etwa eine Gemeinde (wie in den Kanton Graubünden und Wallis), eine Allmendkorporation (wie im Kanton Uri), einen Bezirk (wie im Kanton Schwyz) oder eine Bürgergemeinde (wie im Kanton Tessin mit den «Patriziati»), überging.

271 Auf sehr heterogene und durch die jeweiligen Rechtstraditionen eines jeden Ortes beeinflusste Art und Weise entstand somit im Laufe des 19. Jahrhunderts jener als neuer Hauptstrom erkennbare Flussarm, welcher als die gemeineidgenössische öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnung bezeichnet werden kann. Diese zeichnet sich durch die folgenden Merkmale aus:

(1.) die Einteilung in öffentliche und private Gewässer (s. vorne Rz.110 ff.);

(2.) die Bedeutung von öffentlich als entweder einer ausserhalb des Rechtsverkehrs stehenden Sache (*res extra commercium*), einer im Eigentum des Staates stehenden Sache (*res publica*) oder eines Regalrechts (s. vorne Rz. 112 ff);

(3.) das wasserpolizeiliche Aufsichtsrecht, welches sich aufgrund der staatlichen Hoheit über öffentliche und private Gewässer erstreckte (s. vorne Rz. 115 ff.);

(4.) das Konzessionssystem (s. vorne Rz. 120 ff.).

Öffentlich-rechtlich war diese gemeineidgenössische Wasserrechtsordnung, insofern die öffentlichen Gewässer unter dem Verfügungsrecht des verfügungsberechtigen Gemeinwesens standen und somit die Nutzbarmachung der Wasserkräfte in des Staates Händen war. Da im 19. Jahrhundert das staatliche Handeln jedoch noch immer in privatrechtlichen Begriffen verstanden wurde, war das gemeineidgenössische Wasserrecht noch nicht vollständig im öffentlichen Recht eingemündet. Doch war bereits klar, dass die Wasserscheide zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zugunsten des öffentlichen Rechts überschritten worden war. 272

2. Die Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechts

2.1 Der Erhalt der privatrechtlichen Nutzungsrechte der Ufereigentümer

Mit Bezug auf die *Entstehung des privatrechtlichen Wasserrechtes* ist die Fliessrichtung schon weniger klar. Aufzuzeigen, wie dieser Sonderfall aus dem Regelfall entstand, ist nicht einfach. FRIEDRICH HEFTI wollte dies vor einem Jahrhundert nicht gelingen und er vermischte, was nicht zusammengehörte. Einerseits schien es ihm «unverkennbar», dass das Wasser im Land Glarus «ein Gut der Allgemeinheit» war, wobei die Verfügung darüber «jedem Kantonsbewohner in gleichem Maße» zustand.[831] Dieser Gedanke aber, welcher einer *res publica* nach römischem Recht nahekommt (s. vorne Rz. 47), beisst sich mit dem genossenschaftlichen Gemeingutsverständnis, welches er an anderer Stelle vertritt, indem er schreibt, es liege dem «glarnerischen Wasserrecht […] zweifellos der Gedanke der Wasserallmend zugrunde», wonach die Nutzung «jedem Mitglied der Genossenschaft frei zustand».[832] Ohne auf den wesentlichen Unterschied zwischen einem Nutzungsrecht der Allgemeinheit und einem Nutzungsrecht der Genossen näher einzugehen, kommt in FRIEDRICH HEFTIS Dissertation die Entstehung der privatrechtlichen Wasserrechte im Kan- 273

831 Vgl. F. HEFTI, Das Glarner Wasserrecht: «Die ganze Entwicklung ist unverkennbar beherrscht von der natürlichen Auffassung, daß die Gewässer ein Gut der Allgemeinheit darstellen. Sie waren von jeher res omnium communes; die Verfügung darüber stand jedem Kantonsbewohner in gleichem Maße zu» (S. 9).

832 F. HEFTI, Das Glarner Wasserrecht: «Dem glarnerischen Wasserrecht liegt zweifellos der Gedanke der Wasserallmend zugrunde. In den alten Feld-, und Markgenossenschaften wurde das Wasser wie Wald und Weide als Gemeingut aller Genossen betrachtet. Flüsse, Bäche und Quellen blieben in der Gemeinschaft, so daß fischen, wässern, tränken usw. jedem Mitglied der Genossenschaft frei zustand» (S. 22).

ton Glarus einem Sündenfall aus dem markgenossenschaftlichen Paradiese gleich,[833] wobei das Privateigentum dem Rousseau'schen Naturzustand ein jähes Ende bereitet:[834]

> «An Stelle der Mark- oder Feldgenossen ist aber eine andere privilegierte Gesellschaftsgruppe getreten – die Uferanstößer. Ihnen stehen jetzt alle Rechte zu; eine Einschränkung besteht für sie nur in der Pflicht der gegenseitigen Rücksichtnahme und der Duldung eines Allgemeingebrauches, der aber im Laufe der Zeit zu den gewöhnlichen Nutzungen, wie Trinken, Tränken, Waschen usw. verkümmert ist.»[835]

274 Verkümmert. Mit diesem Verb ist viel gesagt:

> «Das ist das Bild, welches die Wasserrechtsverhältnisse Mitte des letzten Jahrhunderts im Kanton Glarus darboten. – Eine völlige Privatwirtschaft, aufgebaut auf dem altgermanischen Allmendgedanken, der seine Wirkung durch die immer stärker gewordenen Rechte der Einzelnen bedeutend eingebüßt hat und nur noch in einzelnen wenigen Bestimmungen zutage trat.»[836]

275 Wie aber kann sich auf dem «altgermanischen Allmendgedanken» eine «völlige Privatwirtschaft» aufbauen? Es kann nicht mit der Feststellung getan sein, es seien die Uferanstösser «an die Stelle der Markgenossenschaft» getreten.[837] PETER LIVER versucht sich in einer etwas differenzierten Erklärung: Ihm zufolge war es der Wasserreichtum im Land Glarus, welcher dazu führte, dass «auch die Ausnutzung der Wasserkraft jedem Genossen gestattet werden [konnte], der als Ufereigentümer die Möglichkeit dazu hatte», freilich unter der Bedingung, «daß dadurch die übrigen Anlieger in der Benutzung des Gewässers nicht beeinträchtigt wurden». Auf diese Weise konnte sich PETER LIVER zufolge «die Auffassung bilden, daß das Nutzungsrecht mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden sei».[838] Allein auch hier zeigt sich, dass PETER LIVER unter dem Einfluss der Theorie der Markgenossenschaft schrieb, wonach sich die ursprüngliche markgenossenschaftliche Einheit in das Nutzungsrecht der Ufereigentümer zersplitterte. In einem späteren Rechtsgutachten gibt PETER LIVER jedoch die Unzulänglichkeit dieser Theorie zu: Der

---

833 Zum Geschichtsnarrativ der «Erzählung vom verlorenen Paradies» vgl. SCHINDLER, Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung, S. 59 ff.

834 F. HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 24.

835 F. HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 24.

836 F. HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 24; ebenfalls im Sinne einer späteren Entwicklung bei E. HUBER: «Alte deutsche Auffassung war es, dass die Quellen, wie alles laufende Wasser, der Gemeinschaft, der Genossenschaft aller Landesbewohner gehören, u. nur langsam ist der Gedanke in unseren Gegenden aufgekommen, dass es ein wirkliches Privateigentum an irgendwelchen Gewässern geben kann. Für einzelne Landesgegenden lässt sich nachweisen, dass diese alte Auffassung durchaus nicht aus dem Volksbewusstsein und der Rechtsordnung geschwunden ist, namentlich in den Gebirgskantonen» (Gutachten vom 7. November 1904, in: FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 253–254, Rz. 1311).

837 Vgl. F. HEFTI, Wasserrechte des Kantons Glarus: «Nach glarnerischer Gesetzgebung ist der Uferanstösser, der an die Stelle der Markgenossenschaft getreten ist, Eigentümer bis zur Mitte des Wasserlaufs» (S 32).

838 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 323.

missing link, ohne den sich nicht erklären lässt, weshalb aus dem genossenschaftlichen Gemeineigentum der Tagwen sich nicht viel eher ein Gewässereigentum einer Allmendkorporation (wie etwa im Kanton Uri) oder aber ein Gewässereigentum der Gemeinde oder des Kantons, also ein Regalrecht (wie etwa im Kanton Zürich), hätte bilden sollen.[839]

Die Entstehung privatrechtlicher Wasserrechte lässt sich auf andere Weise weitaus einfacher erklären. Wie gezeigt wurde (s. vorne Rz. 55 ff.), kannte das germanische Recht, dabei insbesondere das alemannische Recht, ein quasi-privatrechtliches Nutzungsrecht des Ufereigentümers. Dass sich die Alemannen nachweislich auf dem Gebiet des heutigen Kantons Glarus niederliessen und vor allem das Hinterland besiedelten, zeigt die Ortsnamenforschung (s. vorne Rz. 138 ff.).[840] Eine erste Besiedelung scheint vom Kerenzerberg ausgegangen zu sein und ist auch für das Sernftal nachgewiesen.[841] Aber auch im Glarner Hinterland finden sich zahlreiche alemannische Flur- und Familiennamen, wobei deren Alter nicht ganz klar ist.[842] Grundsätzlich spricht nichts gegen die Vermutung, dass mit den 276

---

839 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Das ausschließliche Nutzungsrecht der Uferanstößer läßt sich aus dem markgenossenschaftlichen Charakter der Gewässer nicht erklären, sondern nur aus einer Preisgabe des genossenschaftlichen Charakters der Wassernutzung zugunsten des Individualeigentums der Anlieger. Die Entwicklung unter Wahrung des genossenschaftlichen Prinzips hätte zum Gewässereigentum der lokalen Allmendkorporationen, also der Tagwen, führen müssen, oder dann zum Gewässereigentum oder Wasserregal der Ortsgemeinde oder des Kantons» (S. 22).

840 Vgl. ZOPFI, Namen: «Zu den ältesten Siedlungen der Alemannen im Glarnerland gehören die recht häufigen, deren Name mit dem patronymischen Suffix *-ing-* gebildet ist. […] Eigentlich werden mit so gebildeten Namen nicht die jeweiligen Orte, sondern die dort wohnenden Siedler bezeichnet. […] Die meisten [scil. Flurnamen] sind von einem altgermanischen Männernamen abgeleitet, einige von Appellativen […] Es handelt sich durchwegs um Weiler und Einzelhöfe, auch die heutigen Dörfer Luchsingen und Hätzingen sind aus solchen entstanden. Vor einem Jahrtausend gab es aber im Glarnerland überhaupt keine größern Siedlungen, keine eigentlichen Gewanndörfer; die Alemannen hatten sich in dem zwar dünn bevölkerten aber noch fast ungerodeten Bergtal nicht in größern Sippensiedlungen niederlassen können, wie im Alpenvorland, sie mußten vielmehr als Pioniere den benötigten Lebensraum erst der Natur abkämpfen. Ihre ersten Niederlassungen haben wir uns als Familiensiedlungen einzelner Kolonisten zu denken, die mit ihren Magen, Söhnen und angeheirateten Tochtermännern, in solchen Weilern wohnten» (S. 60–61).

841 Vgl. KAMM, Glarus zwischen Habsburg und Zürich: «Die Namensforschung geht davon aus, dass die alemannische Besiedlung des Sernftals im 6. und 7. Jahrhundert vom Kerenzerberg ausgegangen ist und nicht talaufwärts von Norden nach Süden. […] Der Dialekt der Leute in Mollis und auf dem Kerenzerberg ähnelt denn auch viel mehr demjenigen des Hinterlandes und des Sernftals als dem Glarnerdeutsch im Mittel- und Unterland» (S. 28).

842 Zur Liste der Flurnamen mit der *-ingen*-Endung vgl. ZOPFI, Namen, S. 64–70; zu den Familiennamen vgl. ZOPFI, Namen, S. 62–63; vgl. aber auch KAMM, Glarus zwischen Habsburg und Zürich: «Die Sprachforschung hat nachweisen können, dass im Hinterland und vor allem im Sernftal sehr viele ‹-ingen›-Namen nicht altgermanischen Ursprungs sind. Das heisst, sie sind nicht in Zusammenhang mit der frühmittelalterlichen, alemannischen Besiedlung von Norden her entstanden, sondern später» (S. 22).

Alemannen auch alemannische Rechtsüberzeugungen in das Gebiet des heutigen Kantons Glarus kamen. Damit besteht die Möglichkeit einer älteren Kontinuität als jene von PETER LIVER postulierten, «in ungebrochener Tradition seit dem Mittelalter stehenden deutschen, genossenschaftlichen Eigentumsordnung, wie sie besonders in der Zentral- und Ostschweiz sich erhielt und durch die deutschrechtlichen Kodifikationen nach dem zürcherischen Vorbild in den Kantonen […] auf Grund der neuen Wissenschaft des Deutschen Privatrechts gestaltet und erneuert worden ist».[843]

277 Die von der Literatur stark infrage gestellte Rechtskraft der *Lex Alamannorum* wurde bereits behandelt (s. vorne Rz. 64). Unabhängig aber von der Rechtskraft, welche die *Lex Alamannorum* im Frühmittelalter entfalten mochte, ist doch unbestritten, dass die *Leges Barbarorum* das spätere mittelalterliche Recht stark geprägt haben.[844] Darunter hatte wohl keines einen so starken Einfluss wie das Stammesrecht der Alemannen.[845] Und dass frühmittelalterliche Rechtsüberzeugungen weit über das Mittelalter hinaus wirken konnten, zeigt sich nicht zuletzt in den Rechtsspiegeln des 13. Jahrhunderts, insbesondere im Schwabenspiegel.[846] Dieser wurde als Hilfsmittel in der Rechtspflege benutzt und floss in das Landsbuch von Glarus ein.[847] Wenn dies also für den Schwabenspiegel möglich war, so kann dies auch für einzelne Rechtsüberzeugungen der *Lex Alamannorum* möglich sein. In dieser Hinsicht ist ja zumindest bemerkenswert, dass gerade das genossenschaftliche Gemeingutverständnis in den Rechtsspiegeln mit Blick auf das Wasser (s. vorne Rz. 67 ff.) sich nicht in den Glarner Landsbüchern findet. Dieser Umstand macht in Verbindung mit den zahlreichen Nachweisen eines Nutzungsrechtes des Ufereigentümers (s. vorne Rz. 126 ff.), welches sich ungebrochen bis in die Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts hielt

843 LIVER, Servitut, S. 316.

844 Vgl. CARLEN, Rechtsgeschichte: «Die germanischen Volksrechte, die *leges barbarorum*, flossen bis weit über das Mittelalter hinaus ins öffentliche und private Recht der Schweiz ein» (S. 11); vgl. auch REBER, HLS: Germanisches Recht.

845 Vgl. CARLEN, Rechtsgeschichte: «Das alamannische Recht hat auf die schweizerische Rechtsentwicklung entscheidend eingewirkt. […] Familien, erb- und sachenrechtliche Bestimmungen der alamannischen Volksrechte kehren in den Rechtsquellen der Schweiz im Mittelalter und bis ins 17. Jahrhundert wieder» (S. 9–10); Hinweise für deren Anwendbarkeit für Langental im Kanton Bern bei GEISER, Geschichte des Wasserrechts im Kanton Bern, S. 3).

846 CARLEN, Rechtsgeschichte: «Das Recht der Karolingerzeit erscheint in einzelnen Sätzen im ‹Schwabenspiegel› und nachher in der Gewohnheit der alamannischen Schweiz wieder, was zu beweisen scheint, daß mindestens in Einzelheiten von einer Kontinuität des objektiven Rechts seit der Karolingerzeit bis ins späte Mittelalter gesprochen werden darf» (S. 11). Das Alter eines solchen Gewohnheitsrechtes wird aber auch angezweifelt, vgl. DUBLER, HLS: Gewohnheitsrecht.

847 CARLEN, Rechtsgeschichte «Spätere große Rechtsaufzeichnungen, wie der 1275/76 in Bamberg oder Augsburg entstandene ‹Schwabenspiegel› […], waren Hilfsmittel der Rechtspflege, obwohl der ‹Schwabenspiegel› auch in unsere Landbücher eindrang, wie in Glarus, Klosters, Davos […]» (S. 11); vgl. auch BÜHLER: «Der S[chwabenspiegel] ist in Landbücher (Landrechte) von Glarus, Klosters, Davos […] eingedrungen» (HLS: Schwabenspiegel).

(s. vorne Rz. 185 ff.) eine Rechtskontinuität seit dem alemannischen Recht wahrscheinlich. Zumindest so wahrscheinlich, dass dies vereinzelt auch schon in der Literatur ausgesprochen wurde. So etwa von HAFF:

> «Die starke Unterstreichung der Privatrechte an den öffentlichen Gewässern ist ein wichtiges und interessantes Residuum altalemannischen Wasserrechtes der Uferanstößer.»[848]

Und PETER LIVER stellt bezüglich des Wassernutzungsrechts der Ufereigentümer in Art. LXXX der *Lex Alamannorum* fest: 278

> «Das ist ein Grundsatz, der in einzelnen Kantonen bis in unser Jahrhundert Geltung hatte; […] im Kanton Glarus besteht dieses Anstösserrecht heute noch […]».[849]

Dies wird auch in der ständerätlichen Debatte bei Einführung des *Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte* (s. hinten Rz. 605 ff.) noch einmal wiederholt: 279

> «Während fast in allen Kantonen der Schweiz für Triebwerke an öffentlichen Gewässern das Regal besteht, hat in einem Kanton (Glarus) ganz und in einem andern (Zug) in einem gewissen Sinne die altdeutsche Rechtsauffassung Geltung behalten, dass das Regal hier nicht besteht, sondern der Uferanstösser Herr der Wasserkraft ist.»[850]

Und auch im Landsgemeindememorial des Jahres 1947 wird dies anerkannt: 280

> «Unsere heute geltende Wasserrechtsgesetzgebung basiert noch auf dem alten germanischen Recht, wonach die Gewässer nicht öffentlich sind.»[851]

Eine solche Kontinuität wäre durchaus nicht unwahrscheinlich.[852] Doch kann bei aller Wahrscheinlichkeit ein Beweis für die Kontinuität des alemannischen Rechtsverständnisses nicht erbracht werden. 281

Gesetzt den Fall, dass eine solche Kontinuität alemannischen Rechtsverständnisses mit Bezug auf das Nutzungsrecht der Wasserkraft bestand: Wie lässt sich dies mit anderen Rechtsauffassungen in Einklang bringen, welche zweifellos auf dem Gebiet des heutigen Kanton Glarus wirksam waren? Das Mühlenregal, welches einzig während der Herrschaft des Klosters Säckingen für die «Monopolmühle» nachgewiesen werden kann, verdrängte das 282

---

848 HAFF, Das Wasserkraftrecht, S. 12.

849 LIVER, Kulturgschichte der Mühle, S. 103, Fn. 8.

850 Votum *Isler*, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten. Bull. SR 1913 III 236. In beinahe denselben Worten bei GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum WRG: «Der Grundsatz des altdeutschen Rechts hat sich in diesen Kantonen erhalten, daß auch der Anstößer am öffentlichen, und nicht nur am privaten Gewässer Eigentümer der Wasserwelle ist, soweit er sie ausnutzen oder das Recht dazu verleihen will» (S. 95).

851 Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67.

852 Vgl. GEISER, Geschichte des Wasserrechts des Kantons Bern: «Diese Grundsätze des alten Volksrechtes sind nachher, wenigstens zum Teil, auch in unser [scil. das Bernische] Landrecht übergegangen und haben Geltung für alle Gewässer, so weit und so lange sie unter landrechtlicher Gewere stehen und so weit das alte Landrecht nicht durch das adelige Lehensrecht oder das Hofrecht ersetzt wird» (S. 4).

alemannische Rechtsverständnis. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass kleine Wasserläufe weiterhin nach alemannischem Rechtsverständnis im Nutzen der Ufereigentümer standen; nicht nur, weil dies beim Mühlenregal typisch war (s. vorne Rz. 76), sondern auch, weil es sonst keine Erklärung dafür gäbe, wie sich das alemannische Rechtsverständnis die Säckingische Zeit hindurch hätte halten können. Dass es sich hielt, zeigt nicht zuletzt die sich im Laufe des Mittelalters herausbildenden Tagwen, welche über den genossenschaftlichen Grundbesitz an zahlreichen Grundstücken am Ufer auch weitgehende Nutzungsrechte innehatten. Wie bereits dargestellt wurde, waren zahlreiche Seen, Flüsse und Bäche «Allmendgewässer», d.h. im Eigentum der Tagwen (s. vorne Rz. 146 ff.).[853] Es bestanden daneben aber immer auch ältere Nutzungsrechte privater Ufereigentümer, da es auf dem Gebiet des heutigen Kantons Glarus nie eine Markgenossenschaft gegeben und zu keinem Zeitpunkt das ganze Grundeigentum im ausschliesslichen Eigentum der Tagwen war. Die Aussage PETER LIVERS stimmt damit insoweit, dass die «Tagwengemeinden als Allmendverbände» sich in das alemannische Rechtsdenken *einfügten* und darüber hinaus kein Interesse hatten, daran etwas zu ändern, «weil sie selber im größten Ausmaße das Eigentum am Ufergelände hatten, namentlich am nicht urbanisierten Boden längs der Linth und anderer größerer Gewässer».[854] Diese «Kombination von privatem Grundbesitz und Nutzungsrechten an den Allmeinden» als einzigartiges «System, das sich im Spätmittelalter herausgebildet hatte», entsprach allem Anschein nach «optimal den damaligen Bedürfnissen der Dorfleute».[855]

---

853 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 323; vgl. auch BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten II: «Als dann Glarus ein Freistaat geworden war, wurde das Mühlenregal abgeschafft und überhaupt die Benutzung der Wasserläufe freigegeben, wofür solche aber die Pflicht des Uferschutzes zu übernehmen hatten» (S. 727); VISCHER, Wirtschaft und Staat: «Im Kanton Glarus, wo, wie in der übrigen Schweiz, das römische Recht kaum Eingang gefunden hatte, war das Wasser nicht Regal, sondern Teil der Allmend und wurde wie Wald und Weide als Gemeingut aller Genossen betrachtet, die es nach ihren Bedürfnissen frei nutzten» (S. 221).

854 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 323–324. LIVER freilich geht vom Gedanken der Markgenossenschaft aus und sieht dieses markgenossenschaftliche Gemeingut von der ‹neuen› Auffassung bedroht, «daß das Nutzungsrecht mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden sei». Die «Tagwengemeinden als Allmendverbände dürften dieser Auffassung auch deswegen nicht entgegengetreten sein, weil sie selber im größten Ausmaße das Eigentum am Ufergelände hatten» (S. 324–325). Er hat es verkehrtherum: Die Tagwen als Eigentümer grosser Flächen am Ufergelände waren damit nach alemannischem Rechtsdenken auch Inhaber der Nutzungsrechte.

855 ROHR, Gemeinde Niederurnen: ««Die Kombination von privatem Grundbesitz und Nutzungsrechten an den Allmeinden konnte sich über Jahrhunderte hinweg halten. Offensichtlich entsprach dieses System, das sich im Spätmittelalter herausgebildet hatte, optimal den damaligen Bedürfnissen der Dorfleute» (S. 89); vgl. auch GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht I: «[W]o dagegen noch eine Gemeindegenossenschaft bestand, da waren Gesammtwirthschaft und Sonderwirthschaft zwei sich gegenseitig ergänzende Faktoren des ländlichen Wirthschaftsbetriebes, deren keiner ohne den andern denkbar war. Das Verhältniß dieser beiden Faktoren aber zu einander war nach der Art der Ansiedlung oder dem Grade, in welchem die Emancipation

Die Anzahl privater Ufereigentümer nahmen im Laufe des Spätmittealters aufgrund der Markteilungen zu, wie ausführlich dargestellt wurde (s. vorne Rz. 146 ff.): 283

> «Die frühzeitige Ansiedelung zahlreicher industrieller Unternehmungen, welche auf die Verwendung von Wasserkraft angewiesen waren, brachte eine rege Nachfrage nach Wasserrechten mit sich, welche bei den Gemeinden, die an der Schaffung neuer Verdienstmöglichkeiten stark interessiert waren, die Bereitschaft zur Einräumung von Wasserrechten unter sehr günstigen Bedingungen fand. Die Tagwengemeinden verfügten über die Wasserkräfte als Eigentümerinnen der Allmende und erkannten das gleiche Recht auch Privaten zu, welche Eigentümer von Ufergrundstücken waren, sei es daß sie diese seit jeher in ihrem Eigentum hatten oder sie zur Urbanisierung von ihnen (den Tagwen) erworben hatten.»[856]

Somit hielt sich – mit Ausnahme des in seiner Wirkung doch eher bescheidenen säckingischen Mühlenregals – das alemannische Rechtsdenken über alle Jahrhunderte hindurch und stellte nicht, wie PETER LIVER für alle anderen Orte zusammenfasst «nur eine Durchgangsstufe [dar], die im einen Staat früher, im andern später überwunden wurde».[857] Die Tagwen verfügten über einen Grossteil der Nutzungsrechte an Wasserläufen, nicht weil ein genossenschaftliches Gemeineigentumsverständnis sie dazu ermächtigte, sondern einzig und allein, weil sie Grundeigentümer an zahlreichen Ufergrundstücken und nach alemannischem Rechtsverständnis damit auch die Nutzungsrechte daran hatten. Es unterschied sie vom einzelnen Ufereigentümer nur die Quantität, nicht die Qualität des Grundeigentums. Die Tagwensgenossen konnten das Nutzungsrecht genossenschaftlich wahrnehmen oder aber, wenn es einer Mehrheit gefiel, jegliches Grundeigentum an Ufergrundstücken zusammen mit den dazugehörigen Nutzungsrechten an Einzelne veräussern oder, wie gezeigt wurde, sogar verschenken (s. vorne Rz. 155 ff.). Mit der Zeit liess sich das Nutzungsrecht sogar als eigenständiges Eigentumsrecht veräussern, ohne dass auch dies etwas am alemannischen Rechtsverständnis geändert hätte. Damit führte aber das alemannische Rechtsverständnis dazu, dass das Nutzungsrecht an der Wasserkraft immer entweder bei den Ufereigentümern, seien dies Private oder Tagwen, nie jedoch beim eigentlichen Staat war: 284

> «Verleihung durch Konzession hat nie stattgefunden.»[858]

Obwohl das Land Glarus seit 1415 reichsunmittelbar und rechtlich zur Errichtung eines Regalrechtes fähig war (s. vorne Rz. 174–175), kam es beim Wasser nie dazu. Warum? Der Staat war im fraglichen Zeitraum wohl zu schwach und konfessionell gespalten, um solche Hoheitsansprüche durchzusetzen (s. vorne Rz. 40–41), zumal diese von einer Mehr- 285

---

der Sonderwirthschaften von den Gesammtwirthschaft fortgeschritten war, überaus verschieden gestaltet. Dieser materiellen Grundlage entsprach die verschiedene Vertheilung des Eigenthumsrechte an Grund und Boden» (§ 53, S. 615).

856 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 324.

857 LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 107.

858 JENNY/LUCHSINGER, Die industrielle und gewerbliche Benutzung der Wasserläufe, S. 53; vgl. auch VISCHER, Wirtschaft und Staat: «Frei, ohne jegliche kommunale oder staatliche Konzession, bildeten sich die Industriefirmen. Auch die Wasserkräfte wurden frei genutzt» (S. 221).

heit der Landleute an der Gemeinen Landsgemeinde gewissermassen gegen sich selber hätte durchgesetzt werden müssen – als Ufereigentümer oder aber als Tagwensgenossen. Die Landleute, welche die Nutzungsrechte als Ufereigentümer selber innehatten oder diese als Tagwensgenossen entweder genossenschaftlich nutzten oder gegen Vorteile eintauschen konnten, sahen wohl keinen Grund dazu, ein Regalrecht zugunsten des Kantons zu begründen. Es hätte bedeutet, dass Landleute aus anderen Tagwen oder gar anderen Konfessionen bei Vergaben von Konzessionen ein Wörtchen hätten mitreden können – und dies war wohl in niemandes Interesse. So also hat der Kanton Glarus «die Entwicklung zur Inanspruchnahme des Eigentums an Gewässern durch den Staat überhaupt nicht mitgemacht».[859] Spätestens aber mit der Ende des 18. Jahrhunderts einsetzenden Industrialisierung überwogen die Vorteile des *Status Quo* für die fabrikbetreibenden Ufereigentümer, für die Tagwen und, mittelbar durch den allgemein ansteigenden Wohlstand, auch für den Kanton Glarus insgesamt derart, dass nichts mehr unternommen wurde.[860] Im Gegenteil, man sonnte sich in den Vorteilen, welche das Fehlen eines Regalitätssystems mit sich brachte:

> «Diese Maßregel hat sicher auf die gewerbliche Entwicklung des Landes den günstigsten Einfluß ausgeübt; die durch die staatliche Einmischung bedingte Langsamkeit im Instanzengang (Erledigung der Anmeldungen etc.), die Erschwerung des Baues und Betriebes durch bureaukratische Vorschriften und Abgaben, welche gerade im ersten Stadium der Errichtung eines Wasserwerks für einen schwachbemittelten Bewerber erdrückend wirken konnten, der Umstand, daß jeglicher gewerbliche Versuch an die große Glocke hätte gehängt werden müssen, die Unsicherheit und Abhängigkeit, in welche die Unternehmer bei dem System der Konzessionen gegenüber dem Staate geraten wären, das alles hätte die gewerbliche und wirtschaftliche Entwicklung hindern oder verlangsamen müssen, während solche sich nun in einer überraschenden Mannigfaltigkeit vollzog.»[861]

286 Die Wasserkraft allein erklärt nicht, weshalb die Industrialisierung im Kanton Glarus einen derartigen Aufschwung nahm; es war dies zu ebensolchen Teilen auch der einfachen Art und Weise geschuldet, mit welcher sie genutzt werden konnte. Diese doppelte Komponente war den Zeitgenossen im Rückblick klar, wie *Der Freie Glarner* im Jahre 1885 zeigt:

> «Im Glarner Landrat wurde mit unbestrittenem Recht die Wasserkraft der glarnerische Brodkorb genannt. Dass nämlich unsere Industrie ihre Existenzfähigkeit der billigen Betriebskraft des Wassers verdankt, ist ausser Zweifel.»[862]

---

859 LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 109.

860 Vgl. F. HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus: «Das Land Glarus – der Staat – verhielt sich dieser Ausgestaltung gegenüber völlig passiv. Es sah, wie Werk um Werk an seinen Gewässern entstand, wie Wohlstand und Arbeit in seine öden Täler einzogen, während es der Last der oft kostspieligen Wuhrungen enthoben war. Was wünschte man sich mehr?» (S. 25).

861 BARTEL/JENNY, Glarner Geschichte in Daten II, S. 727.

862 *Freier Glarner* vom 31. Januar 1885, zit. in STÜSSI, Brodkorb, S. 9; vgl. dazu die Äusserung im Landrat vgl. Fn. 1067.

Dieselbe Ansicht findet sich auch ein halbes Jahrhundert später im Landsgemeindememorial: 287

> «Die Wasserkraft gehört je zur Hälfte den beidseitigen Anstößern. Dieser Rechtsstandpunkt mag jedenfalls auch viel dazu beigetragen haben, daß die Industrie vor bald Hundert Jahren so reichen Einzug gehalten hat im Glarnerland, indem der Wert der Wasserkraft der Linth u.a. schon damals richtig eingeschätzt worden ist.»[863]

Zu dieser Einsicht ist auch die glarnerische und schweizerische Geschichtsschreibung in ihrem Versuch zur Erklärung des «Glarner Wirtschaftswunders» gekommen.[864] Stellvertretend sei hier der letzte Beitrag von JUNG zitiert: 288

> «Die Textilindustrie gab dem Bau von Maschinen mächtig auftrieb und profitierte davon selber in hohem Mass. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts folgte dann die eigentliche Wende zur industriellen Produktion, verbunden mit einem bis dahin unvorstellbaren Wachstum. Das Glarnerland mit seinen zahlreichen Bächen bot dazu wiederum günstige Voraussetzungen, insbesondere auch deswegen, weil es für die Nutzung der Wasserkraft keiner speziellen staatlichen Bewilligung bedurfte. Eine liberale Wirtschaftspolitik – Zünfte gab es nicht – war für das ‹Glarner Wirtschaftswunder› mitentscheidend.»[865]

2.2 Die Kodifikation des privatrechtlichen Nutzungsrechtes der Ufereigentümer

Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer, dass sich über die Jahrhunderte hindurch erhalten hatte, erhielt mit dem § 55 BGB GL 1869 erstmals eine gesetzesrechtliche Sanktion. Wie ist dies zu würdigen? PETER LIVER findet lobende Worte: 289

> «Eine selbständige und vollständige Wasserrechtsordnung als Bestandteil des Sachenrechts hat J. J. Blumer 1869 für den Kanton Glarus geschaffen.»[866]

---

863 Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 76–68; vgl. auch Bericht Landratskommission 1950 II: «Der Kanton Glarus ist heute der einzige Kanton, der den Uferanstößern das Recht zur Ausnützung der Wasserkräfte gibt (§ 170 EG/ZGB). Das hat die starke Industrialisierung des Kantons bedeutend gefördert» (S. 2).

864 Vgl. für Glarner Stimmen TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Dieses Anstößerrecht hat zur Entwicklung der glarnerischen Industrie viel beigetragen […]» (S. 108); auch MAZZOLINI-TRÜMPY, JHVG 87: «Ausser den Fabrikanten haben zur Blüte der Glarner Textilindustrie im 19. Jahrhundert, die auch schon als Glarner Wirtschaftswunder bezeichnet worden ist, viele und vielfältige Faktoren beigetragen – wie die billige und reichlich vorhandene Wasserkraft […]» (S. 78). Einen schweizerischen Beitrag liefert KAUFMANN, Pioniere des Glarnerlandes: «Ausschlaggebend für die Ansiedlung von Textilfabriken im Glarnerland war die Existenz von Flüssen und Bächen mit einem natürlichen Gefälle; diese trieben jahraus, jahrein Wasserräder an und blieben auch im Winter eisfrei. Hinzu kam, dass die Nutzung der Wasserkraft keiner staatlichen Bewilligung bedurfte: Wer entlang eines fliessenden Gewässers Boden besass, konnte die Wasserkraft nutzen» (S. 11).

865 JUNG, Das Laboratorium des Fortschritts, S. 437.

866 LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 309.

290 Mit FRIEDRICH HEFTI liesse sich aber auch weniger lobend sagen, dass nichts Neues hinzugekommen ist,

> «wie überhaupt die meisten Gesetze auf dem Gebiete des glarnerischen Wasserrechts den bereits sich gebildeten Verhältnissen immer nachgefolgt sind, als eine getreuliche Formgebung dessen, was bereits konkrete Gestalt angenommen hatte.»[867]

291 Man darf diesen Umstand jedoch nicht geringschätzen, sind doch Kodifikationen – in welchen ein gesamtes Rechtsgebiet mit einem Male zur Disposition steht – immer auch Gelegenheiten, um gewachsene Gestalten neu zu ordnen oder anders zu formen. Dass man bei der konkreten Gestalt verblieb, war also nicht, wie es FRIEDRICH HEFTI andeuten mag, etwa gesetzgeberische Faulheit, sondern ein bewusster Entschluss seitens JOHANN JAKOB BLUMER. Ein Entschluss, den er so und nicht anders traf, weil er von der Historischen Rechtschule überzeugt war. Und das, was er als Richter im Glarner Gewohnheitsrecht über alle Jahrhunderte hinweg lebendigen Wasserrecht sah, erkannte er aus seinen rechtshistorischen Studien. Sein Lehrer JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI hatte in seinem *Deutsche*[n] *Privatrecht* (1. Aufl.: 1853/54, 2. Aufl. 1860, 3. Aufl.: 1864) geschrieben:

> «Nach ältestem deutschen Rechte stand es jedem *Uferbewohner* frei, das vorbeifließende [sic] Gewässer jeder Art zur Betreibung von Wasserrädern für Mühlwerke zu benutzen, wenn nur durch seine Einrichtung *niemand beschädigt* ward.»[868]

292 JOHANN JAKOB BLUMER musste sich darin bestätigt gesehen haben, das älteste deutsche Recht im Glarner Volksgeist lebendig vorzufinden. Er war nicht der, welcher den lebendigen Fluss einer Jahrhunderte alten Rechtstradition unterbrechen würde – aber er hätte es können. Es ist dies ein Punkt, der betont werden muss. Hätte JOHANN JAKOB BLUMER zu einer anderen Zeit und unter anderen Lehrern studiert, wäre er nur eine Generation älter gewesen, so hätte er ebenso gut wie der ursprünglich aus Näfels stammende, ebenfalls liberale KARL BEDA MÜLLER-FRIEDBERG (1783–1863) eine rein auf gemein- und vernunftrechtlichen Grundsätzen aufgebaute Kodifikation entwerfen können, wie der in den Jahren 1826–1829 redigierte Entwurf zu einem (nie zustande gekommenen) *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für den Kanton St. Gallen* verfassen können.[869] In diesem Falle wäre vom altüberlieferten Wasserrecht nichts übrig geblieben, es wäre vielmehr in den rationalen Kanal der öffentlich-rechtlichen Gesamtentwicklung gelenkt worden und darin untergegangen.

293 Aber es lag dies nicht nur an JOHANN JAKOB BLUMER, nicht nur an der Historischen Rechtsschule; es war auch nicht mehr die Zeit dafür. Der revolutionäre Untergang des Ancien Régimes war der Zeitpunkt gewesen, an dem alles zerstört und die Helvetik der Zeitraum, in welchem alles nach rationalen Gesichtspunkten neu errichtet werden sollte. Der Fortbe-

867 F. HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 27.

868 Vgl. BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, § 78, S. 235. Hier zumindest der Ansatz zu einem reizvollen Gedanken; leider aber kann nicht nachgewiesen werden, dass BLUMER diese Stelle gelesen oder gekannt hat, so naheliegend dies auch scheinen mag.

869 Zur Person vgl. BISCHOF, HLS: Karl Beda Müller-Friedberg.

stand der Helvetischen Republik hätte das Ende des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer als kantonales Recht in einem zentralisierten Einheitsstaat bedeutet. Die Mediations- und mehr noch die Restaurationszeit waren indes nicht grossen Revisionsprojekten geneigt. Wenn es eine Zeit dazu gegeben hätte, in welcher alten Institutionen neue Formen gegeben wurden, so war das die Regeneration von 1830, mit welcher der Liberalismus in der Eidgenossenschaft triumphierte. Doch kam die Regeneration im Kanton Glarus im Jahre 1836 verzögert und bereits unter kulturkämpferischen Vorzeichen.[870] Um eine Eskalation des Konfliktes zu vermeiden, wurde die Verfassungsrevolution vom 2. Oktober 1836 als Totalrevision kaschiert,[871] welche die nötigsten Veränderungen brachte – die Aufhebung der konfessionellen Landesteilung und die Rechtsgleichheit. Eine zusätzliche Totalrevision, geschweige denn eine Revolution anderer Gesetze oder Rechtsbestände stand ausser Frage. Und damit war es getan – das Zeitfenster hatte sich geschlossen. Zu stark hatte nun schon die Industrialisierung Fuss gefasst, zu stark die Abhängigkeit der Glarner Volkswirtschaft vom Wohlergehen der Industrie, als dass man jetzt noch die bestehenden Verhältnisse hätte ändern können:

> «Nachdem in dieser Weise zahlreiche Wasserrechte begründet worden waren und in den bestehenden industriellen Betrieben ausgenutzt wurden, hat sich dieser Rechtszustand befestigt und mußte von der erst später einsetzenden Wasserrechtsgesetzgebung anerkannt werden.»[872]

Hinzu kommt, dass mit der KV GL 1836 die Eigentumsgarantie die Nutzungsrechte der Ufereigentümer nun in einem besonderen Masse schützte. Jene hohen Schranken, welche er selber errichtete, verwehrten dem Staat nun noch zusätzlich das, was ohnehin schon schwierig genug gewesen wäre. 294

Es lässt sich somit die Kodifikation und der Weiterbestand des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer als ein Zusammenspiel der normativen Kraft der alten Rechtsauffassung im Lichte der Historischen Rechtsschule einerseits und der faktischen Kraft einer verfestigten, industriellen Wirtschaftsrealität andererseits begreifen. Zu kurzsichtig erscheint indes die Bewertung HANS TRÜMPYS (zur Person s. hinten Rz. 715), wonach das Nutzungsrecht der Ufereigentümer «wohl eher der liberal-manchesterlichen Auffassung der damaligen Zeit als der Allmende» entspreche.[873] Zwar war JOHANN JAKOB BLUMER ein Liberaler, jedoch immer im Kontext einer Landsgemeindedemokratie; nicht umsonst war er an der Ausarbeitung des 295

[870] Vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 284.

[871] Vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 309–311.

[872] LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 324.

[873] Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Es ist versucht worden, dieses Recht als einen Rest der alten Allmende zu erklären, wonach mit der Zeit nur noch die unmittelbaren Anlieger und nicht mehr alle Hinterlieger praktisch von ihren Wasserrechten Gebrauch gemacht hätten […]. Dieses Anstößerrecht hat zur Entwicklung der glarnerischen Industrie viel beigetragen, es entspringt aber wohl weit eher der liberal-manchesterlichen Auffassung der damaligen Zeit als der Allmende» (S. 108; zit. auch in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 22. Der Abschnitt bezieht sich auf HEFTI, Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 60. Der Begriff «manchesterlich» entstammt wohl den Materialien in Fn. 1132.

berühmten Fabrikgesetzes von 1864 beteiligt (s. vorne Rz. 230). Zudem darf die Wirtschaft im 19. Jahrhundert nicht generell als ein «völlig dereguliertes und unkontrolliertes Kräftespiel» gesehen werden.[874] Gerade diese – wie nachzuweisen versucht wurde – rechtshistorisch konsistente, privatwirtschaftlich jedoch liberal anmutende Wasserrechtsordnung, wurde zeitgleich von Rechtsinstituten ergänzt, welche gerade nicht «manchesterlich» sind (s. hinten Rz. 316 ff.).

[874] Vgl. GSCHWEND, Wechselwirkungen von Recht und Wirtschaft: «Keineswegs darf jedoch die Wirtschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts als ein völlig dereguliertes und unkontrolliertes Kräftespiel gesehen werden. Der englische Manchesterliberalismus gelangte in Mitteleuropa mit wenigen Ausnahmen nicht zu vergleichbaren Wucherungen» (S. 23).

Zweiter Teil:
Die Entwicklung des Wasserrechts

«*Das glarnerische Wasserrecht hat eine Entwicklung,*
die ihre eigenen Wege gegangen ist.
Es lassen sich mit wenigen Ausnahmen anderswo
kaum ähnliche Zustände nachweisen […].»

FRIEDRICH HEFTI, Das Glarner Wasserrecht, S. 7.

§ 1 Die Emanzipation des öffentlichen Rechtes vom Privatrecht

Das moderne öffentliche Recht bildete sich als Ergebnis besonderer historischer Entwicklungen in der Frühen Neuzeit heraus (s. vorne Rz. 34 ff.).[875] Im 19. Jahrhundert bestand es als ein getrennter und eigenständiger Rechtsbereich, dem freilich noch zentrale Aspekte wie insbesondere der Rechtsschutz fehlten. Die Weiterentwicklung des öffentlichen Rechts ist die Geschichte seiner gänzlichen Emanzipation vom Privatrecht. 296

In dieser Zeit wurde auch das öffentlich-rechtliche Wasserrecht, welches seiner langen Geschichte wegen noch immer im Privatrecht fusste (s. vorne Rz. 120 ff.), gänzlich öffentlich-rechtlich umgebildet. Erst diese bewusste Umbildung führte dazu, dass sowohl das gemeineidgenössische kantonale wie auch das bundesrechtliche Wasserrecht zu rein öffentlich-rechtlichen Ordnungen wurden. 297

1. Der Rechtsschutz unter der Einheit des Rechts

Die Emanzipation des öffentlichen Rechtes vom Privatrecht vollendete sich beim Rechtsschutz. Diese Entwicklung wird nachfolgend vom Spätmittelalter bis ins 20. Jahrhundert verfolgt. Dabei wird mit der Umwandlung zivilrechtlicher Institute eine Entwicklung vorweggenommen, welche sich in diesem ganzen zweiten Teil der Arbeit immer wieder zeigen wird – insbesondere aber mit der Konzession (s. hinten Rz. 554 ff.) und mit dem wohlerworbenen Recht (s. hinten Rz. 578). 298

1.1 Im Spätmittelalter

Wie dargestellt wurde, bildeten das Privatrecht und das öffentliche Recht über das Mittelalter hinweg eine Einheit (s. vorne Rz. 34 ff.). Dies hatte Auswirkungen auf den Rechtsschutz: Weder das im Jahre 1495 errichtete Reichskammergericht noch der 1501 gegründete Reichshofrat unterschieden das Privatrecht von öffentlichem Recht,[876] sodass für «Obrigkeit und Volk ein gleicher Rechtsschutz» bestand.[877] 299

Dies verdeutlicht sich am Beispiel des sogenannten «ius quaesitum», also einem Recht, das den Hoheitsrechten der Landesfürsten entgegenstanden.[878] Dessen Schutz ergab sich nach 300

875 KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 14, Rz. 21.

876 Vgl. GRIMM, Öffentliches Recht, S. 12.

877 FLEINER, Institutionen, S. 29.

878 Vgl. OLECHOWSKI, Jura quaesita; SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 9.

mittelalterlichem Verständnis aus dem Naturrecht,[879] gemäss dem *ius commune* stellte es ein subjektives Recht dar, welches sich durch einen besonderen Rechtstitel wie etwa durch lehnsrechtliches Privileg, durch Unvordenklichkeit oder besonderen Erwerb ergab.[880] BODIN zufolge war ein «ius quaesitum» sogar eine «im Grundsatz unbestrittene Grenze hoheitlicher Betätigung», womit es weder durch einen entgegengesetzten Einzelakt noch durch ein späteres Gesetz beseitigt werden konnte.[881] Verstiess der Landesfürst dagegen, so konnte er gerichtlich eingeklagt werden.

1.2 Im Absolutismus

301 Mit der Machtkonzentration des Absolutismus begannen die Landesfürsten sich zunehmend der als lästig empfundenen Kontrolle zu entziehen, welche die Reichsgerichte über ihre Verwaltungsbehörden ausgeübt hatten.[882] Dies zum einen, indem sie die zahlreichen

879 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «Das Prinzip der staatlichen Entschädigungspflicht wegen Verletzung wohlerworbener Rechte der Einzelnen durch rechtmäßige hoheitliche Eingriffe hat seine Grundlagen ursprünglich im Naturrecht gehabt» (S. 33).

880 Vgl. OLECHOWSKI, Jura quaesita, Sp. 1424; vgl. insb. auch FLEINER, Ueber die Umbildung: «Von der Auffassung, welche in den ‹wohlerworbenen Rechten› die angeborenen Menschenrechte erblickte, ging man alsbald über zu der Behauptung, ‹wohlerworbene Rechte› seien die durch besondere Rechtstitel begründete Rechte, um schliesslich in praxi mit einer Theorie zu endigen, welche dem Richter volle Freiheit in der Bestimmung des vieldeutigen und schwankenden Begriffes liess» (S. 18); GIACOMETTI, Grenzziehung: «[…] später, nach Ueberwindung der naturrechtlichen Anschauungen wurden als wohlerworbene Rechte die auf besonderen Titeln beruhenden Rechte betrachtet, um alsdann die Begriffsbestimmung dieser wohlerworbenen Rechte der Rechtssprechung zu überlassen» (S. 30); FLEINER, Institutionen, S. 29; vgl. auch GIERKE, Johannes Althusius: «Es bildete sich die Vorstellung aus, dass das erworbene Recht als solches im Princip auch für den Staat unverletzlich sei, und dass nicht der Schutz desselben, sondern die Zulassung eines staatlichen Eingriffs als Ausnahme einer besonderen Begründung bedürfe. Hiernach brauchte das ‹jus quaesitum› sich nicht erst über seine naturrechtliche Herkunft auszuweisen, um eine dem Staate gegenüber gesicherte Existenz zu erlangen. Es sollte vielmehr an sich geschützt sein, sobald es nach Massgabe der bestehenden Gesetze wirklich ‹wohlerworben› war» (S. 291); SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 9.

881 Dies mit der Ausnahme, dass der Landesfürst im «höheren Interesse der Gemeinschaft» eingegriffen hatte (sog. *ius eminens* i.S.v. Staatsnotstand), vgl. FLEINER, Institutionen, S. 29–30, 32; vgl. auch OLECHOWSKI, Jura quaesita: «Sofern es das Gemeinwohl verlange, müsse der Einzelne seine ‹besonderen Rechte und Vortheile› aufopfern, wenn auch nur gegen Zuerkennung einer staatlichen Entschädigung» (Sp. 1424). Zu BODINS Auffassung der *iura quaesita* vgl. insb. GIERKE, Johannes Althusius: «In diesem Sinne bildeten Bodinus und seine Nachfolger das Princip der formellen Allmacht des Souveräns aus, erkannten jedoch trotzdem mindestens auf privatrechtlichem Gebiet auch zwischen dem Souverän und dem Unterthanen materiell vollkommene Rechte und Pflichten an» (S. 293, siehe auch Fn. 71).

882 Vgl. FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 3; GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 2. Zur Lästigkeit vgl. die Reaktion des preussischen Königs *Friedrich Wilhelm I.* (1688–1740), als man ihm von den Klagen berichtete, die seine Untertanen gegen ihn bei den Reichsgerichten angestrengt hatten:

Polizeiordnungen (in der Schweiz: «Mandate»[883]) als «Polizeisachen», d.h. nicht justiziable Dienstanweisungen, klassifizierten und diese von den «Justizsachen» als anfechtbare Rechtsvorschriften abgrenzten.[884] Ein Untertan konnte eine Polizeihandlung nur anfechten, wenn die Obrigkeit in individuelle Rechte eingegriffen hatte und der Rechtsstreit damit zur «Justizsache» wurde.[885] Selbst dann aber waren die landesfürstlichen Territorialgerichte für Klagen gegen den Landesfürsten oder dessen Beamten nicht zuständig, da er als absoluter Fürst ja gerade *legibus solutus*, also seinen eigenen Gesetzen und Gerichten, nicht unterworfen war.[886] Der Kontrolle durch die Reichsgerichte konnte sich der Landesfürst durch die Privilegien *de non appellando* und *de non evocando* entziehen.[887]

2. Der fehlende Rechtsschutz im öffentlichen Recht

Die soeben dargestellten Entwicklungen führten auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reiches zu einer Lücke im Rechtsschutzsystem für das öffentliche Recht. Diese wurde durch die sog. «Fiskustheorie» ausgefüllt.[888] Die Fiskustheorie ging davon aus, dass das öffentliche Vermögen nicht dem Landesfürsten, sondern dem Fiskus als einem von ihm 302

Er verordnete, «daß den renitenten Edelleuten allerhand Schikanen gemacht und ihnen solchergestalt der Kitzel vertrieben werde, gegen ihren angeborenen Landesherrn und Obrigkeit an dergleichen frevelhaftes und gottloses Beginnen weiter zu denken» (zit. in FLEINER, Institutionen, S. 33).

883 Vgl. PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, S. 112–116, Rz. 157–159; SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 339.

884 Vgl. FLEINER, Institutionen: «Die Polizeigewalt handhabte der Fürst nach freiem Ermessen. Die Normen, nach denen die Beamten die Verwaltung zu führen hatten, waren Dienstanweisungen, keine Rechtsvorschriften. Die Justiz allein urteilte nach Rechtsätzen, die (in Edikten, Patenten, Reskripten usf.) der Veröffentlichung bedurften. Justizsachen und Polizeisachen wurden so die zwei Pole der Staatstätigkeit. […] Daher das Rechtssprichwort: ‹in Polizeisachen gibt es keine Appellation› (nämlich an die Gerichte)» (S. 31); vgl. auch MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, S. 75, Fn. 169.

885 Vgl. FLEINER, Institutionen: «Auf eine Entscheidung nach Recht hatte daher nur der Bürger Anspruch, der seine Beschwerde gegen die Obrigkeit zu einer Justizsache zu stempeln vermochte. Hierzu reichte aber schon die Behauptung aus, die Obrigkeit habe in individuelle Rechte eingegriffen; dann lag eine ‹justizmäßige Polizeisache› vor» (S. 31).

886 FLEINER, Institutionen, S. 32.

887 FLEINER, Institutionen, S. 32.

888 Vgl. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 44; FLEINER, Institutionen, S. 33; GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 2; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 3; SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 14–15; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 106; DERS., Der Verwaltungsvertrag, S. 68 ff.

verschiedenen Rechtssubjekt gehörte, welcher anders als der Landesherr «wie ein Privatmann der Justiz und den Justiznormen, d.h. dem Zivilrecht» unterworfen war.[889]

303 Damit bewirkte die Fiskustheorie zweierlei: Zum einen wies sie alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, an welchen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, dem Zivilrecht zu.[890] Zum anderen eröffnete sie dem Bürger über reine Vermögensstreitigkeiten hinaus ein unparteiisches Forum gegen hoheitliche Akte der Staatsgewalt.[891] Zwar konnten die landesfürstlichen Territorialgerichte noch immer eine von der Regierung erlassene Verfügung nicht aufheben, doch es erlangten aufgrund der Fiskustheorie die Zivilgerichte zumindest die Kompetenz, den «Fiskus» zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme an den Bürger zu verurteilen, dessen Individualrecht durch eine obrigkeitliche Verfügung verletzt worden war.[892] Dieser Schadenersatzanspruch übernahm damit eine erste «Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts», unabhängig davon, ob der staatliche Eingriff rechtsgemäss oder rechtswidrig erfolgt war.[893]

304 Ob ein solches Individualrecht bestand, wurde durch das Zivilgericht beurteilt, wobei sich nach und nach eine Gerichtspraxis herausbildete, welche immer, wenn «sie Ansprüche der Untertanten gegen die öffentliche Gewalt anerkannte», ihnen auch «den Stempel von Privatrechten» aufdrückte.[894] So wurden in dieser Zeit auch die ehemals lehensrechtlichen Privilegien der «iura quaesita» als weiterhin geltende Individualrechte unter dem Begriff «wohlerworbene Rechte» dauerhaft im privatrechtlichen Rechtsdenken verwurzelt und damit durch den *pacta sunt servanda*-Grundsatz geschützt.[895] So war es auch im Wasserrecht:

> «Gegenüber dem Staat als solchen, d.h. gegen dessen hoheitsrechtliche Verfügungen kann das Gericht nicht angerufen werden, wohl aber sofern es sich um Streitigkeiten unter Privatparteien handelt. Das zürcherische Obergericht hat sich prinzipiell auf den Standpunkt gestellt, dass der

---

889 FLEINER, Institutionen, S. 33; vgl. auch FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 3–4; vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 106; zit. auch in KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 67, Rz. 118; vgl. auch KRADOLFER, Justitias Emancipation, S. 240–241.

890 Vgl. FLEINER, Ueber die Umbildung: «Denn indem diese Theorie bestimmte Rechtsverhältnisse nach zivilistischen Anschauungen beurteilte, lokalisierte sie diese dauernd auf dem Boden des Privatrechtes» (S. 4); GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 2–3; SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 15.

891 FLEINER, Institutionen, S. 33–34; vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 173.

892 FLEINER, Institutionen, S. 34.

893 FLEINER, Institutionen, S. 34.

894 FLEINER, Institutionen, S. 35; vgl. auch FLEINER, Ueber die Umbildung: «Gewiss, durch das richterliche Urteil, das zu gunsten eines bestimmten Rechtsverhältnisses den Rechtsweg eröffnet, wird über das materielle Recht, nach dem dieses Verhältnis zu beurteilen ist, an sich noch nichts entschieden. Allein dadurch, dass zunächst dem Zivilrichter überlassen geblieben ist, festzustellen,– um einen Ausdruck Savignys zu verwenden –, wo jedes Rechtsverhältnis seinen Sitz hat, ist von vornherein die Gunst dem Zivilrechte zugefallen, […]» (S. 7).

895 Vgl. OLECHOWSKI, Jura quaesita, Sp. 1424–1425; FLEINER, Institutionen, S. 35; SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 13–15; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 171–172.

> Entscheid über Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit eines Gewässers der Entscheidung des Gerichts unterstehe. Weiter wurde ausdrücklich erklärt, dass für das Gericht die Thatsache, dass die Verwaltungsbehörden das fragliche Gewässer für ein öffentliches erklärten, in keiner Weise massgebend sei.»[896]

Diese Verrenkung zum Privatrecht erfolgte gewissermassen aus Notwendigkeit des Zivil- 305
richters, da er zum einen nur auf diese Weise dort, wo der Gesetzgeber schwieg, «durch die privatrechtliche Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses» den Rechtsweg eröffnen und «dem gegen die Verwaltung rechtsuchenden Bürger Rechtsschutz» gewähren konnte.[897] Zum anderen war dies nötig, da auf «weiten Gebieten keine Normen des öffentlichen Rechtes fertig ausgebildet vorliegen, nach denen Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung beurteilt werden» konnten.[898] Wie KRADOLFER zusammenfassend feststellt:

> «Das öffentliche Recht verfügte noch nicht über das Repertoire, um in bestimmten Bereichen die (formelle und materielle) Rechtsschutzproblematik zu lösen. Die Zuordnung eines Rechtsstreits oder eines Rechtsverhältnisses zum Privatrecht versprach Rechtsschutz, wo das öffentliche Recht diesen nicht gewähren konnte.»[899]

Anders als in Frankreich[900] brachte auch der moderne Verfassungsstaat des 19. Jahr- 306
hunderts in Deutschland keinen entsprechenden Rechtsschutz im öffentlichen

---

896 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 12.

897 FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 7; vgl. auch KRADOLFER, Justitias Emancipation: «Konnte der Einzelne einen solchen [scil. wohlerworbenen] Rechtsanspruch belegen und schmälerte das Gemeinwesen diesen nachträglich, resultierte daraus eine ‹Justizsache›. Die sachliche Nähe dieser Konstellationen zu zivilrechtlichen Streitigkeiten und die offenkundigen Eigeninteressen des Gemeinwesens rechtfertigten die Kompetenz der Zivilgerichte» (S. 242).

898 FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 7.

899 KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 67, Rz. 118.

900 Frankreich hatte bereits während des Ancien Régimes eine – von der deutschen Fiskustheorie unbeeinflusste – Kontrolle der Zivilgerichte über die Verwaltung gekannt. Mit den in der Französischen Revolution zum Siege gekommenen Gedanken der Gewaltenteilung wurde den Zivilgerichten diese Zuständigkeit genommen und innerhalb der Verwaltung wurden eigene Verwaltungsgerichte errichtet. So setzte sich in Frankreich die Überzeugung durch, dass der Staat, auch der verwaltende Staat, in öffentlichem Recht wirksam wird und dass das Zivilrecht auf ihn nur anwendbar ist, wenn er sich ihm ausdrücklich unterwirft (vgl. zu alledem FLEINER, Institutionen, S. 35–36; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 4–5; GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 2); vgl. auch FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat: «Frankreich ist hier vorangegangen. Als es durch die Revolutionsgesetzgebung die volle Trennung von Justiz und Verwaltung durchführte, galt es ihm, die Verwaltung vor der Einmischung der Justiz zu schützen, an der das ancien régime gekrankt hatte. Durch die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte innerhalb der Verwaltung bezweckte es, dem Bürger den Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung zu ersetzen, den er vor der Justiz verloren hatte. Da durch die Revolution die ganze Gesetzgebung des ancien régime weggefegt worden war, so begann die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch ihre Rechtsprechung mit einem feinen juristischen Stilgefühl selbständig ein System des Verwaltungsrechts aufzubauen, das den Bürger gegen die Allmacht der Verwaltungszentralisation sicherstellte» (S. 157–158); vgl. ABEGG, Die Evolution

Recht.[901] Während die Einführung unabhängiger Verwaltungsgerichte gefordert wurde, blieb die Kompetenz bei der Verwaltungsbehörde und bei den Zivilgerichten.[902] So behielten die Zivilgerichte noch lange Zeit ihre Zuständigkeit für verwaltungsrechtliche Fälle und es lieferte das Privatrecht «die Normen, nach denen zahlreiche Rechtsverhältnisse der öffentlichen Verwaltung beurteilt wurden».[903]

3. Die Umwandlung zivilrechtlicher Institute

307 Erst die langsame Wandlung des Fiskusbegriffes mit dem sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts etablierenden Staatsrechts (s. vorne Rz. 39) brachte eine Änderung: Der Dualismus von Staat und Fiskus wurde aufgehoben; der souveräne Staat sollte eine einzige Rechtspersönlichkeit sein, wovon der Fiskus nur die vermögensrechtliche Seite darstellte.[904] Dieser Umstand für sich allein genommen vermochte es nicht, die «Herrschaft des Zivilrechts über den Staat» zu beseitigen, doch musste das Verhältnis immerhin neu justiert werden.[905] Der Staat lebte nach dem Verständnis der damaligen Rechtswissenschaft

---

des Verwaltungsvertrags, S. 108–121; zu Frankreich als Ursprungsquelle des schweizerischen Verwaltungsrechts vgl. auch SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 389–391.

901 Zur unterschiedlichen Entwicklung verschiedener Staaten vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 86; vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags: «Die *deutsche Rechtswissenschaft* konnte nun freilich das moderne Verwaltungsrecht nicht aus dem Nichts neu erschaffen, sondern hatte *an die bisherigen Rechtsdiskurse anzuschliessen:* einerseits im Rahmen des Staatsrechts an die Souveränitätslehre und andererseits an die Tradition des alten Reiches, mittels Gerichtsbarkeit und Recht nicht nur die Bürger vor der Verwaltung zu schützen, sondern dadurch zugleich die Einheit der Gesellschaft sicherzusetellen» (S. 121–122).

902 Vgl. FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat: «Im deutschen Beamtenstaat dagegen waren auch nach der Einführung der Verfassungsurkunden die ordentlichen Gerichte zunächst die einzigen von der Verwaltung unabhängigen Rechtsschutzorgane, an die sich der Bürger wenden konnte, um Schutz gegen Willkür und Mißgriff der öffentlichen Gewalt zu finden. Aus diesem Grund ist in Deutschland das Streben des Liberalismus darauf gerichtet gewesen, die Verwaltung des Fürsten und seines Beamtentums der Kontrolle der Gerichte zu unterwerfen. Daraus erklärt sich die fortdauernde Geltung des Zivilrechts und der Zivilgerichtsbarkeit in Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung – eine Erscheinung, die heute noch z.B. in dem Vorrang der ordentlichen Gerichte vor der Verwaltung zum Ausdruck kommt» (S. 158).

903 FLEINER, Institutionen, S. 38; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 5–6; GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 3.

904 FLEINER, Institutionen, S. 38; FLEINER, Ueber die Umwandlung, S. 6; vgl. dazu MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, S. 76–77.

905 Vgl. FLEINER, Ueber die Umbildung: «Die Kompetenz der Zivilgerichte und die Herrschaft des Zivilrechtes in den fiskalischen Streitigkeiten blieb jedoch trotz dieses Wandels der Anschauungen unangetastet» (S. 6); GIACOMETTI, Grenzziehung: «Auch die allmählich einsetzende Wandlung des Fiskusbegriffes vermag die Kompetenz der Zivilgerichte und die Anwendbarkeit des Zivilrechts in den genannten Streitsachen nicht zu beseitigen» (S. 3); FLEINER, Institutionen, S. 39; vgl. dazu ausführlich MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, S. 47–68.

nach zweierlei Recht, wobei für gewisse Verhältnisse öffentlich-rechtliche und für andere privatrechtliche Normen zur Anwendung kamen.[906] Die Grenzziehung und allmähliche Ausmarchung des öffentlichen Rechts vollzog sich in zwei Schritten.

3.1 Die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse

Gemäss der «Theorie von den gemischten Rechtsverhältnissen» waren in bestimmten Rechtsinstituten, welche man früher als reine Gebilde des Zivilrechtes betrachtet hatte, «zivilistische und publizistische Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen».[907] Zumeist erachtete man den das Rechtsverhältnis begründenden Akt als dem öffentlichen Recht zugehörig an, während die vermögensrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses entsprechend der Fiskustheorie dem Privatrecht überlassen wurde.[908] Demnach sollten gewisse Teile des Rechtsinstituts dem Privatrecht, andere dem öffentlichen Recht unterstehen. Dieser eklektische Ansatz erlaubte es, ein Rechtsinstitut zumindest punktuell vom Privatrecht zu emanzipieren: 308

> «Damit hatte man eine juristische Form gewonnen, die ermöglichte, ein Rechtsverhältnis, das über den privatrechtlichen Rahmen hinausgewachsen war, aus der privatrechtlichen Schablone zu befreien, andrerseits aber d a s Element auf dem Boden des Zivilrechts festzuhalten, für welches die damalige Gesetzgebung nur unvollkommene Rechtsschutzgarantien darbot.»[909]

So wurden nach und nach das Beamtenverhältnis,[910] der Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen[911] sowie auch die Enteignung[912] als solche gemischten Rechtsverhältnisse betrachtet. 309

3.2 Die Umwandlung zivilrechtlicher Institute

Die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse konnte auf die Dauer nicht befriedigen. Wie schon bei der Fiskustheorie, handelte es sich dabei um kaum mehr als eine geschickte Hilfskonstruktion, welche aufrechterhalten wurde, solange für das öffentliche Recht kein adäquater Rechtschutz bestand. Ebenso lange würde sich aber das Verwaltungsrecht ähn- 310

---

906 FLEINER, Institutionen, S. 39; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 6; GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 3.

907 FLEINER, Institutionen, S. 39; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 10–11.

908 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 4.

909 FLEINER, Institutionen. 39 (Hervorhebung im Original); fast verbatim in FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 11.

910 Vgl. dazu ausführlich GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 11–22; FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 11.

911 Vgl. FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 11–12.

912 Vgl. FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 13.

lich einer «viel jüngeren Schwester» vom Zivilrecht nicht emanzipieren können.[913] Der Ehrgeiz einer jungen Verwaltungsrechtswissenschaft, welche nicht zuletzt ihr eigenes Fach «profilieren» wollte, ging dahin, Rechtsverhältnisse klar dem öffentlichen Recht zuzuweisen und dafür einen eigenen Rechtsschutz zu fordern.[914] Dies bedeutete, dass fortan bei gemischten Rechtsverhältnissen «aus der zeitlichen Priorität ihres Auftretens auf dem Boden des Privatrechtes nicht auf eine ihnen innewohnende privatrechtliche Natur» geschlossen werden durfte.[915] Der jungen Verwaltungsrechtswissenschaft oblag nun die bereits von FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY formulierte, rechtsdogmatische Aufgabe, «dass bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist, (worin dasselbe seinen Sitz hat)».[916] Indem die Verwaltungsrechtswissenschaft dieses «Schiedsrichteramt» wahrnahm,[917] gab sie den Gerichten die Möglichkeit, durch ihre Rechtsprechung eine zunehmend selbstbewusste «Befreiung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse aus den privatrechtlichen Formen» durchzusetzen.[918] Dieses Programm kam nirgends stärker als in der Tübinger Antrittsrede des Schweizer Staatsrechtlers FRITZ FLEINER *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute* (1906) zum Ausdruck:[919]

> «Durch die Emanzipation vom Zivilrecht wird die Möglichkeit zur Ausbildung derjenigen besonderen Grundsätze des öffentlichen Rechtes geschaffen, die den eigentümlichen Aufgaben und Interessen der öffentlichen Verwaltung Rechnung tragen.»[920]

---

913 SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 376.

914 Vgl. GRIMM, Das öffentliche Recht: «Identitätsfragen sind Abgrenzungsfragen. Keine Identität ohne ein Gegenüber, ein Anderes. Aber auch keine Abgrenzung gegen das Andere ohne Kenntnis des Eigenen» (S. 1); KRADOLFER zufolge ging es «der jungen Verwaltungsrechtswissenschaft» auch darum, das «eigene Fach zu profilieren» (S. 15, Rz. 21).

915 FLEINER, Ueber die Umbildung, S. 23.

916 SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts VIII, S. 108; zit. auch in MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, S. 60, Fn. 128; vgl. auch FLEINER, Institutionen, S. 50–51.

917 Vgl. dazu programmatisch FLEINER, Institutionen: «Dieser Rahmen bleibt jedoch häufig unausgefüllt, entweder weil diese vorhandenen Vorschriften eine ausdrückliche Zuweisung eines Rechtsverhältnisses an das eine oder andere Rechtsgebiet nicht enthalten, oder weil gesetzliche Bestimmungen für ein Rechtsverhältnis überhaupt fehlen. Dann entsteht zwischen den durch juristische Grenzpfähle fest abgesteckten Gebieten ein Bereich, in dem Privatrecht und öffentliches Recht um die Herrschaft kämpfen. In solchen Fällen hat die Wissenschaft das Schiedsrichteramt zu übernehmen und mit ihren Mitteln zu ergründen, ob ein umstrittenes Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört. Man hat versucht, für dieses judicium finium regundorum eine feste Formel zu gewinnen» (S. 52).

918 FLEINER, Institutionen, S. 39.

919 Zur Person vgl. BIAGGINI, Fritz Fleiner; MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft; vgl. auch ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 351.

920 FLEINER, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute, S. 9; vgl. insb. MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, S. 53, Fn. 106 mit weiteren Verweisen; vgl. auch SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 377; KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 15, Rz. 21.

Schon der Schüler FRITZ FLEINERS, der Staatsrechtler ZACCARIA GIACOMETTI (1893–1970),[921] konnte 1924 in seiner Habilitationsschrift *Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts* ein allmähliches Umdenken feststellen.[922] Umso schärfer kritisierte er das starre Festhalten an der im Ausland bereits zu Grabe getragenen Fiskustheorie durch das Bundesgericht aus «opportunistischen Gründen».[923] Denn dieses «Mittel zum Zweck»[924] des Rechtsweges an 311

---

921 Zur Person vgl. insb. KLEY, Von Stampa nach Zürich; DERS., Zaccaria Giacometti.

922 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «Das Bundesgericht ringt sich aber allmählich in seiner Judikatur über die rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses, der Konzession, der staatlichen Entschädigungspflicht, der Anstaltsnutzung im Laufe der letzten Jahrzehnte immer mehr, wenn auch zögernd, zu einer öffentlichrechtlichen Auffassung durch. So stempelt die bundesgerichtliche Praxis heute das Beamtenverhältnis und das Konzessionsverhältnis in Ueberwindung der Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse grundsätzlich zu Verwaltungsrechtsinstituten. […] Das Bundesgericht bringt also sein in der Hauptsache auf opportunistischen Gründen beruhende zivilistische Auffassung dieser Rechtsverhältnisse bze. einzelner Bestandteile derselben nunmehr einer durch theoretische Erwägungen gewonnenen öffentlichrechtlichen Anschauung zum Opfer. […] Den ausschlaggebenden Impuls zu seiner Umbildung des Beamtenverhältnisses, der Konzession, der Anstaltsnutzung, zu öffentlichrechtlichen Instituten empfängt aber das Bundesgericht vor allem von der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft» (S. 49–50); vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 355 ff.

923 GIACOMETTI, Grenzziehung: «Die zivilistische Beurteilung einzelner Bestandteile öffentlichrechtlicher Verhältnisse unter Zuhilfenahme der Fiskustheorie geschieht also jetzt nicht mehr aus theoretischen Ueberlegungen heraus, sondern aus dem Bestreben des Bundesgerichts, den Bürger in bestimmten vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit dem Staat seines Rechtsschutzes teilhaftig werden zu lassen. Opportunistische Gründe, nicht prinzipielle Erwägungen, bedingen also hier in erster Linie die zivilistische Beurteilung einzelner Bestandteile öffentlichrechtlicher Verhältnisse durch die bundesgerichtliche Judikatur. Diesen opportunistischen Gründen zuliebe verkennt also das Bundesgericht grundsätzlich die öffentlichrechtliche Natur bestimmter Ansprüche und hemmt daher die Fortbildung einzelner Verwaltungsrechtsinstitute. Die Erweiterung des Rechtsweges auf Grund des Art. 48 des zitierten Organisationsgesetzes wird somit gleichsam der Entwicklung des Verwaltungsrechts in der bundesgerichtlichen Praxis zum Verhängnis» (S. 48); vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 331.

924 Vgl. die pointierte Kritik in GIACOMETTI, Grenzziehung: «Während aber in Deutschland diese Anschauungen der Fiskustheorie, wie oben bereits erwähnt, seit der Mitte des 19. Jahrhunderts allmählich überwunden werden, ragen sie in der bundesgerichtlichen Judikatur bis in die Gegenwart hinein. Die Gedankengänge der Fiskustheorie stellen aber dabei in den letzten Jahrzehnten, besonders da, wo sie zur privatrechtlichen Begründung einzelner Bestandteile der sogenannten gemischten Rechtsverhältnisse herangezogen werden, nicht mehr den wirklichen Ausdruck der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung dar. Die Fiskustheorie ist jetzt in der bundesgerichtlichen Judikatur in erster Linie nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Sie soll nunmehr vorab dazu dienen, gewisse vermögensrechtliche Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, die in einem öffentlichrechtlichen Rechtsgrunde wurzeln, zu Zivilstreitigkeiten gemäß Art. 48 des Organisationsgesetzes in der ihnen vom Bundesgericht gegebenen Umschreibung zu stempeln, und sie also der bundesgerichtlichen Kognition zu unterstellen» (S. 47–48); vgl. dazu auch KLEY, Von Stampa nach Zürich, S. 193–194; vgl. auch KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 67, Rz. 118.

das Bundesgericht tat dem Verwaltungsrecht in Wahrheit einen Bärendienst: Es machte eine Ausbildung eines öffentlich-rechtlichen Rechtschutzes obsolet.[925] Darum konnten erst mit der Ausbildung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit die Fiskustheorie und die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse wirklich fallengelassen werden.[926]

4. Die Entwicklung in der Eidgenossenschaft

312 Da sich die Alte Eidgenossenschaft seit dem 16. Jahrhundert allmählich vom Heiligen Römischen Reich zu lösen begann, machte sie dessen rechtliche Entwicklungen nur noch am Rande mit.[927] Der Wegfall der Reichsgerichte und das Fehlen eines vergleichbaren eidgenössischen Forums als ein Rechtseinheit stiftendes und die Professionalisierung des Juristenstandes förderndes Appellationsgericht hatten zweierlei Konsequenzen: Zum einen konnte sich keine Fiskustheorie in der Schweiz herausbilden,[928] zum anderen verfestigte sich die ohnehin bestehende Partikularisierung des Rechtes.[929] Da zudem die Eidgenössische Tagsatzung als oberste Exekutivbehörde zugleich auch die höchste Gerichtsinstanz darstellte, war eine gesamteidgenössische Justizkontrolle über die Verwaltung während der Alten Eidgenossenschaft illusorisch.[930]

313 Innerhalb dieser kantonalen Partikularisierung ist es wohl der Kleinheit der eidgenössischen Orte sowie dem Umstand, dass es wohl eher selten zu Streitigkeiten zwischen Bürger

925 GIACOMETTI, Grenzziehung: «So ist, kann man sagen, das Festhalten der bundesgerichtlichen Judikatur an den sogenannten gemischten Rechtsverhältnissen in letzter Linie vorab auf das Fehlen einer kantonalen – und eidgenössischen – Verwaltungsgerichtsbarkeit zurückzuführen. Der Mangel einer kantonalen – und eidgenössischen – Verwaltungsgerichtsbarkeit ist somit für das schweizerische Verwaltungsrecht in doppelter Hinsicht verhängnisvoll: er bedeutet zunächst eine Verzögerung der Entwicklung des kantonalen und eidgenössischen Verwaltungsrechts durch Verwaltung und Gesetzgebung im allgemeinen und bildet zugleich ganz besonders eine Hemmung für die Fortbildung der verwaltungsrechtlichen Institute in der bundesgerichtlichen Praxis; dieser letztgenannte Umstand wirkt seinerseits wiederum verzögernd auf die Weiterbildung des kantonalen Verwaltungsrechts ein» (S. 48); vgl. auch KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 67.

926 Vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 348 ff.

927 SENN, Rechtsgeschichte, S. 315; vgl. dazu ausführlich MARQUARDT, Die alte Eidgenossenschaft und das Heilige Römische Reich.

928 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «Immerhin kann man, um nur die Richtlinien dieses Entwicklungsganges in der Schweiz aufzuzeigen, sagen, daß der bereits an keine rechtlichen Schranken gebundene schweizerische Polizeistaat, in Gegensatz zum deutschen, auch die Fiskustheorie im allgemeinen nicht rezipiert hat. Die historische Voraussetzung für die Ausbildung der Theorie in Deutschland – der Wegfall der reichsgerichtlichen Kontrolle – fehlt nämlich in der Schweiz. So kannte der Polizeistaat der alten Eidgenossenschaft so viel wir sehen keine Justizkontrolle über seine Verwaltungstätigkeit» (S. 5).

929 Vgl. CARLEN, Rechtsgeschichte, S. 17.

930 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 6.

und Obrigkeit kam, geschuldet, dass es während der Alten Eidgenossenschaft kein allgemeines Bedürfnis zu einer Ausdifferenzierung des öffentlichen Rechts wie auch daran geknüpfte Rechtsschutzgarantien gab.[931] Im Einzelnen scheint es naheliegend, dass einerseits in den Städteorten mit Zunftverfassung (so Zürich, Basel und Schaffhausen) und in den Städteorten mit aristokratischer Verfassung (so Bern, Luzern, Freiburg und Solothurn sowie der zugewandte Ort Genf) ein solcher Rechtsschutz «außer dem Bereiche jeder Möglichkeit gelegen hätte»,[932] und andererseits in den Landsgemeinde- oder Länderorten (so Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Zug, Glarus sowie Appenzell Inner- und Ausserrhoden) «die Landsgemeinde ohnehin eine umfassende Kontrolle über alle Zweige der staatlichen Tätigkeit ausübte».[933]

Das von der Helvetischen Republik als Verfassungs- und Rechtsstaat eingeführte französische Prinzip der zweiseitig bindenden Verwaltungsnorm wurde auf kantonaler Ebene von der Mediationsverfassung aufgefangen, wobei einzelne Kantone mit einem Verwaltungsgericht ausgestattet wurden.[934] Anders als in Frankreich, wo es zur Ausbildung einer vollen Verwaltungsrechtspflege gekommen war, setzte in der Schweiz mit der Regeneration von 1830[935] eine vom Liberalismus getragene Bewegung gegen die Verwaltungsjustiz ein; einerseits, so wurde argumentiert, gewähre die Verwaltungsrechtspflege dem Individuum nicht genügend Schutz, andererseits aber verstosse sie gegen das Prinzip der Gewaltenteilung.[936] So wurde vom Liberalismus – unter Einfluss der deutschen Publizistik, welche die Fiskustheorie vertrat – eine Zuweisung vermögensrechtlicher Streitigkeiten zwischen Staat und Bürger an die Zivilgerichte verlangt und in mehreren deutschschweizerischen Kanto- 314

931 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 5–6; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 61; zur «Kleinheit des – zusätzlich in Sprachregionen unterteilten – Wissenschaftsraums» vgl. auch SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 344.

932 GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 5; vgl. SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, S. 604–605.

933 GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 5; zu den Kompetenzen der Landsgemeinde vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 64–67. Die Einteilung der Stände der Alten Eidgenossenschaft richtet sich nach KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 9–24.

934 GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 6; SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, S. 605; DERS., 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 337; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 61–66; vgl. bspw. Art. 10 KV AG 1803 (Zweites Kapitel der *Mediationsakte vom 19. Februar 1803)*: «Über streitige Administrationsfälle wird von einem Gerichte entschieden, das aus einem Mitgliede des kleinen Raths und vier Mitgliedern des Appellationsgerichts besteht» (zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 163). Ihre Wirkung konnte sich aber nicht lange halten, vgl. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I: «Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde nicht geschaffen – im Gegenteil: Die in der Mediationszeit in einigen neuen Kantonen geschaffenen besonderen Verwaltungsgerichte verkümmerten im Lauf der Regeneration» (S. 362–363).

935 Zur Regeneration vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 127–138 m.w.H.

936 GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 6; vgl. auch KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 363.

nen auch durchgesetzt.[937] Das Fehlen einer Verwaltungsrechtspflege wurde indes nicht als Mangel empfunden; es wurden vielmehr die verschiedenen demokratischen Institutionen der Schweiz als genügenden Ersatz dafür angesehen.[938]

315 So stand die Schweiz im Übergang zum 20. Jahrhundert auf halbem Wege.[939] Bis zur Hälfte des 20. Jahrhunderts sollten mehrheitlich die «verwaltungsinterne Rechtspflege», d.h. Rechtsprechung durch die hierarchisch übergeordneten Verwaltungsstellen, Verwaltungsrechtsprechung bedeuten.[940]

937 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «So greift hier, kann man sagen, die Fiskustheorie unter der Flagge des Liberalismus hemmend in die Entwicklung des schweizerischen Verwaltungsrechts ein und verhilft somit auch in der Schweiz immer mehr der Anschauung zum Sieg, daß der obrigkeitlich verwaltende Staat nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht lebe» (S. 7); vgl. auch KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte I, S. 363; SCHINDLER, Verwaltungsermessen, S. 137, Rz. 177; KRADOLFER, Justitias Emancipation, S 240.

938 Vgl. dazu insb. FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat: «Das sichtbarste Merkmal des Volksstaats tritt uns in der Volkswahl der Verwaltungsbeamten und in der Abstimmung des Volkes über bestimmte Verwaltungsakte entgegen […] Es vollzieht sich darin die Unterstellung der öffentlichen Verwaltung unter die Volkssouveränetät» (S. 151), sowie: «In der Schweiz hat man aber den Forderungen des Rechtsstaats, gemäß dem ganzen Zuschnitt der schweizerischen Demokratie, zunächst durch den Ausbau von Verfassungseinrichtungen zu genügen versucht durch die Unterstellung der Verwaltungsbehörden unter die Aufsicht der Volksvertretung [Art. 102 BV 1874], ferner durch die Volkswahl der obersten Verwaltungsbeamten und endlich durch die Aufrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts [Art. 113 BV 1874]» (S. 159); Zur Gegenüberstellung von «Bürokratie» und «Demokratie» vgl. SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 342.

939 Vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren: «Ungefähr die Mitte zwischen den beiden gegensätzlichen Typen des Verwaltungsrechts nimmt das Verwaltungsrecht in der Schweiz, in Westdeutschland und Österreich ein. Hier untersteht der verwaltende Staat vorwiegend einem Sonderrecht, nach einzelnen Richtungen jedoch dem Privatrecht» (S. 86–87); vgl. dazu auch SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 343.

940 SCHINDLER, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, S. 610–612; DERS., 100 Jahre Verwaltungsrecht, S. 345; ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 351 ff.

§ 2 Die Wasserbaupolizei im Kanton Glarus

Da die vorliegende Arbeit sich dem Wasserrecht als eines Nutzungsrechtes an der Wasserkraft und dabei insbesondere dem Nutzungsrecht der Ufereigentümer widmet, hat der Fokus im ersten Teil beinahe ausschliesslich darauf gelegen. Rechtshistorisch gesehen geht dem Nutzungsrecht jedoch zumeist die Wasserabwehr voraus, d.h. der Schutz gegen die «zerstörerische Wasserkraft», wie dies eingangs veranschaulicht wurde (s. vorne Rz. 20–22).[941] Die unterschiedlich als Wasserbau- oder Wasserpolizei benannte Staatsaufgabe stellt ein vom Nutzungsrecht der Wasserkraft zwar sowohl sachlich wie rechtlich unabhängiges Institut dar, muss aber aufgrund zahlreicher Wechselwirkungen und zum gesamtheitlichen Verständnis des Wasserrechtes miterklärt werden. So wird nachfolgend die Rechtsgeschichte der Wasserbaupolizei im Kanton Glarus dargelegt. Dies bildet die Grundlage für die im nächsten Kapitel behandelte, erste grosse Wasserrechtsgesetzgebung (s. hinten Rz. 361). 316

1. Die Wuhrpflicht im Laufe der Jahrhunderte

Die Pflicht zum (gegebenenfalls baulichen) Schutz der Ufer an Flüssen, Bächen und Runsen wurde im Kanton Glarus seit jeher als «Wuhrpflicht» bezeichnet. Sowohl der Begriff wie die Pflicht dazu findet sich seit dem Ancien Régime bis ins gegenwärtige Recht (Art. 189 ff. EG ZGB GL). Er wird im nachfolgenden Kapitel über das Ancien Régime sowie die massgeblichen Gesetze des 19. Jahrhunderts verfolgt (s. hinten Rz. 326 ff. und 342 ff.). 317

1.1 Im Ancien Régime

Über die gesamte dargestellte Rechtsentwicklung waren Wuhrungen die Pflicht der Ufereigentümer. Da aber oftmals der Ufereigentümer eine Genossame bzw. der Tagwen war (s. vorne Rz. 146), die Wasser also einen Teil der Allmende darstellten, finden sich die meisten Erwähnungen der Wuhrpflichten mit Bezug auf Tagwen.[942] Ebenso früh findet sich die Rechtsauffassung, dass herrenlose Ufergrundstücke an den Tagwen fallen und dieser die Wuhrpflichten zu übernehmen hat.[943] Dies verursachte oftmals grosse Kosten,[944] wurde aber insbesondere bei den oftmals defizitären Kassen der Tagwen in Form des sog. 318

941 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 5.

942 Vgl. dazu bspw. G. THÜRER, Kultur des alten Landes Glarus, S. 314.

943 LUCHSINGER nennt «dies die uralte Uebernahmepflicht der Tagwen […]» (Der Tagwen, S. 112), denn es musste «der Tagwen seit alten Zeiten herrenlose wuhrpflichtige Liegenschaften übernehmen» (S. 113).

944 Vgl. SCHMID, Schwanden, S. 57.

«Gemeinwerkes» wahrgenommen, also als persönliche Verpflichtung aller Tagwensgenossen zur gemeinsamen und kostenlosen Arbeit für ihren Tagwen.[945] Wo aber die Ufergrundstücke des Tagwen an solche private Ufereigentümer trafen oder aber verschiedene private Ufereigentümer sich denselben Wasserlauf teilten, wurden Wuhrgenossenschaften oder -korporationen geschaffen, welche sich die Wuhrpflicht und die daraus entstehenden Kosten teilen sollten.[946] Die Rechte und Pflichten der Wuhrgenossen richteten sich, ähnlich wie bei den Nutzungsgenossenschaften (s. vorne Rz. 133–136), nach sog. «Anlagen», wobei die Anlagen nach Massgabe des Landes verteilt wurden, welches stark gefährdet war. Wer viele Anlagen hatte, verfügte somit über eine starke Stimmkraft, hatte Wuhrarbeiten aber auch mit einem entsprechend grossen Einsatz zu leisten.[947]

319 Die Auferlegung der Wuhrpflicht auf den Ufereigentümer scheint Ausdruck des breit verankerten Verständnisses gewesen zu sein, dass dies das Gegenstück zu ihrem Nutzungsrecht darstellte.[948] Das Land Glarus selber griff während des Ancien Régimes nicht in diese Verhältnisse ein (zu den möglichen Gründen s. vorne Rz. 285 ff.).[949] Erst die Landsgemeinde von 1789 erliess zumindest eine Hilfe zur Linderung erlittener Schäden:

> «Wenn sich in unserm Lande durch Gottes Gewalt Unglücksfälle mit Wasserschaden (so Gott gnädigst verhüte) ereignen sollten, wird der dazu geordnete Schätzer geschätzt werden, und ist

---

945 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 145; vgl. dazu bspw. die sog. «Tagwens-Reformation» des Jahres 1769: «Wegen der Bachbrücke machen, Brachen-Brücken zu machen, Brachen- und Allmeindstege zu legen, Tagwens-Trämmel [Baumstämme] zur Säge zu tun, auch Läden von der Säge zu nehmen und zu besorgen, den Bachstutz zu machen und alle anderen dergleichen Kosten, sie mögen Namen haben, wie sie immer wollen, sollen in Zukunft ohne dringende Not nicht mehr mit Geld bezahlt werden, sondern alle diese und dergleichen Arbeiten sollen an den Gemeinwerken verrichtet werden, dem Tagwenssäckel ohne Kosten» (S. 146).

946 Vgl. ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 155; vgl. bspw. SCHMID, Schwanden, S. 195.

947 ROHR, Gemeinde Niederurnen, S. 155.

948 Vgl. Bericht Landratskommission 1892: «Jeder Eigenthümer eines an ein Gewässer anstoßenden Grundstückes hatte sich einerseits gegen die schädlichen Einflüsse desselben selbst zu schützen, anderseits ohne Weiteres das Recht, die Vortheile aus dem Gewässer ausschließlich für sich zu verwenden» (S. 4); diese Überzeugung findet sich auch in Gerichturteilen aus der Zeit, vgl. dazu das folgende Votum eines Appellanten: «[S]eien den Appellanten von jeher die Wuhrpflicht zur Seite ihre [sic] Grundstüks obgelegen, und da nach allgemein geltenden Rechtsbegriffen Rechte und Pflichten correlativ seien, so seien die Appellanten auch als Gleichberechtigte anzuerkennen» (GL-AGE 3.08.1847, S. 337); vgl. auch TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Diesem Wasserrecht stand die Pflicht zum Uferschutz gegenüber, die in § 60 des Bürgerlichen Gesetzbuches näher umschrieben war» (S. 3–4).

949 Vgl. Bericht Landratskommission 1892: «Der Staat seinerseits enthielt sich jeglicher Einmischung und ließ in Bezug auf Wassereigenthum, Wasserbenutzung und Wasserabwehr den Einzelnen in der Verfolgung seiner Sonderzwecke gewähren, ohne ihm Pflichten oder Beschränkungen aufzuerlegen, deren Zweck es ist, die wirthschaftliche Entwicklung im Allgemeinen zu fördern, also Interessen zu dienen, welche der Staat selbst zu vertreten hat» (S. 4).

der Obrigkeit, je nach Beschaffenheit des Unglücks und Rechtbefinden zu steuern überlassen, jedoch mehr nicht als 10 vom Hundert.»[950]

1.2 Die Wuhrpflicht in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

Eine erste gesetzliche Regelung – mit Ausnahme der Helvetischen Gesetzgebung (s. vorne Rz. 97 ff.) – wurde durch die Landsgemeinde des Jahres 1812 beschlossen, nämlich ein Verbot des «Flößen[s] von Tremmlen und Langhölzern in der Linth», weil dadurch die «Wuhrtannen beschädigt» würden.[951] Die Landsgemeinde des Jahres 1844 nahm schliesslich ein *Gesetz über die Wuhrpflichtigkeit der Privaten und Gemeinden an Flüssen, längs der Landstraßen* an, worin der Grundsatz bestätigt wurde: 320

«1) Die Wuhrpflichtigkeit liegt im Allgemeinen, wie bisdahin, auf dem Grundeigenthum und zwar zunächst auf solchen Tagwens-, Gemeinds-, Korporations- und Privatgütern, die unmittelbar an Flüsse, Bäche oder Runsen angränzen.»[952]

Sollte ein Grundstück aufgrund Überschwemmungen verlassen werden, so wurde der Grundsatz bestätigt, dass die Wuhrpflicht an den Tagwen oder Gemeinde fallen sollte, in dessen Territorium es sich befindet.[953] Ja, nicht einmal in Fällen, in welchen «Landstraßen», also kantonale Wege, an einen Wasserlauf grenzen, war der Kanton Glarus bereit, Wuhrpflichten zu übernehmen.[954] 321

[950] Zit. in F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 25. Die Landsgemeinde vom 6. Mai 1888 erhöhte das Maximum auf 20 % (S. 25, Fn. 29); vgl. Landammann EDUARD BLUMER in seiner Eröffnungsrede an der Landsgemeinde vom 7. Mai 1893, worin er es als besonderen Ruhm hervorhebt, dass «der Landesbeitrag für Wasserschaden an die Geschädigten verdoppelt» worden sei (E. BLUMER, Reden, S. 46).

[951] Vgl. Landsgemeindememorial 1812, § 11: «Da es sich ergeben, daß durch das Flößen von Tremmlen [scil. Baumstämme] und Langhölzern [scil. Bauholz] in der Linth die Wuhrtannen beschädigt, und also dadurch sowol die Ehrs[amen] Tagwen als Partikularen in grossen Schaden versezt worden, so tragen Uns[ere] Gn[ädigen] Herren und Obern darauf an, daß solches für in Zukunft verboten werden möchte» (S. 3); vgl. auch Bericht Landratskommission 1892, S. 4.

[952] Vgl. Landsgemeindememorial 1844, § 14, S. 13; zit. auch in Landsbuch 1852–1854, I, S. 45; vgl. Bericht Landratskommission 1892, S. 4.

[953] Vgl. Landsgemeindememorial 1844, § 14: «2) Wenn infolge von Ueberschwemmungen Korporationen oder Privateigenthümer von ihren Grundstücken, auf welchen Wuhrpflichten haften, abstehen würden, so fallen die dießfalligen Wuhrpflichten mit dem Grundstück mit Nutz und Beschwerden auf diejenige Gemeinde oder Tagwen, in deren Huben die Grundstücke liegen» (S. 13); zit. auch in Landsbuch 1852–1854, I, S. 45; vgl. Bericht Landratskommission 1892, S. 4.

[954] Vgl. Landsgemeindememorial 1844, § 14: «3) Falls durch die Nr. 2 bezeichneten Ereignisse oder in Folge neuer Anlagen, Landstraßen an Flüsse, Bäche oder Runsen zu gränzen kommen, kann das Land deßwegen für keine Wuhrpflichten in Anspruch genommen werden, sondern diese lasten nach den oben festgestellten Grundsätzen auf dem ursprünglichen Grundstück des betreffenden Eigenthümers» (S. 13); zit. auch in Landsbuch 1852–1854, I, S. 45; vgl. Bericht

322 Erst die Landsgemeinde des Jahres 1851 nahm sich der «schreiende[n] Nothwendigkeit der Aberlassung und Durchführung» eines *Gesetzes über die obligatorische Bildung von Wuhrkorporationen zur Verbauung von Flinsen, Runsen, Wild- und Waldbächen* (Wuhrkorporationsgesetz, WKG GL 1851) an.[955] Darin wurde in § 1 die Verbauung derselben gesetzlich verpflichtend[956] und in § 2 die Pflicht den Tagwen und Ufereigentümern übertragen, wobei der Kanton sich in Härtefällen an den Kosten beteiligen konnte:

> «**§ 2**. Die Pflicht der in § 1 ausgesprochenen Verbauung und Sicherstellung der Flinsen, Runsen und Waldbäche liegt:
>
> a) auf den resp. Tagwen und Dorfschaften, in deren Huben solche Flinsen, Runsen, Wild- oder Waldbäche ihren Ursprung und Verlauf haben;
>
> b) auf den Besitzern von denjenigen Grundstücken und Gebäulichkeiten, welche von den betreffenden Flinsen, Runsen, Wild- oder Waldbächen direkte begrenzt, oder aber wenn auch außer deren Begrenzung liegend, dennoch von diesen Gefährde zu besorgen haben.
>
> In denjenigen Fällen, wo derlei Arbeiten außergewöhnliche Opfer erheischen und bei welchen sich betreffenden Betheiligten bereits bedeutend angestrengt haben, ist Landammann und Rath ermächtigt, auf den Vorschlag der Polizeikommission hin einen der Sache angemessenen Unterstützungsbeitrag auszusprechen.»[957]

323 Zudem sicherte sich der Kanton in diesem Gesetz die Aussicht über die Feststellung, Ausführung und den Unterhalt der Verbauungen.[958] KURT LUCHSINGER zufolge bezieht sich der Wortlaut in lit. a lediglich auf Tagwen.[959] Ebenso ermächtigte das Gesetz dazu, obliga-

---

Landratskommission 1892: «Die Landsgemeinde bekundete also noch vor fünfzig Jahren in der ausgesprochendsten Weise, daß der Staat keine Lasten für die Wasserabwehr übernehmen wolle» (S. 4).

955 Landsgemeindememorial 1851, IV.10, S. 13.

956 § 1 WKG GL 1851: «Die im Gebiete des hiesigen Kantons sich befindlichen Runsen, Flinsen, Wild- und Waldbäche, welche allgemeinen Schaden und Nachtheil drohen, sollen insoweit solches die Oertlichkeit gestattet und die hiefür erforderlichen Mittelm öglich [sic] machen, verbauen und auf zweckentsprechende Weise sicher gestellt werden» (Landsgemeindememorial 1851, IV.10, S. 13).

957 § 2 WKG GL 1851 (vgl. Landsgemeindememorial 1851, IV.10, S. 13).

958 § 8 WKG GL 1851: «Die für Verbauung und Sicherstellung der Flinsen, Runsen, Wald- und Wildbäche vorzunehmenden Arbeiten, sind ab Seite der betreffenden Gemeinden, Korporationen oder Privaten jeweilen nach den ausdrücklichen Vorschriften der Polizeikommission zu erstellen» (Landsgemeindememorial 1851, IV.10, S. 15); vgl. auch Bericht Landratskommission 1892, S. 5.

959 Vgl. dazu den Bericht des Regierungsrates an den Landrat im Landratsprotokoll des Jahres 1890, § 375: «Wenn aber der Memorialsantrag – was wir indessen für unwahrscheinlich halten – die Entlastung der Tagwen von der in lit. a enthaltenen Beitragspflicht bzw. Ueberwälzung der letzteren auf andere Pflichtige bezwecken sollte, so müßten wir denselben ernstlich bekämpfen. Es würden dadurch den Wuhrkorporationen mit einem Schlage die wichtigsten Faktoren für die Veranlagung entzogen und mancherorts geradezu unerträgliche Lasten aufgebürdet. Wo allgemeiner Schaden und Nachteil droht – und nur solche Wasserläufe sollen verbaut werden –, ist doch sicherlich die Mitwirkung der Gemeinde am ehesten geboten. Nicht selten kommt – gleich-

torische Wuhrkorporationen zu bilden,[960] welche sich wie die bisherig freiwilligen Wuhrkorporationen die Kosten untereinander aufteilten.[961]

Der Einfluss des WKG GL 1851 lässt sich anhand der Amtsberichte nachzeichnen: Widmet noch der *Amtsbericht 1848–1851* dem Problem unter dem Kapitel «Wuhrungen» gerade einmal sechs Zeilen[962] und der *Amtsbericht 1851–1854* unter dem Kapitel «Wasserbauten» deren elf,[963] so blickt schon der *Amtsbericht 1854–1857* unter dem Kapitel «Wasserbau-Polizei» mit «größerer Befriedigung» darauf zurück, was seit Einführung des WKG GL 1851 «auf dem Gebiete der Wasserpolizei geschehen ist», und es folgt eine mehrseitige, 324

viel ob die Gemeinde direkt oder indirekt gefährdet sei oder nicht – noch hinzu, daß die Gemeinde z.B. durch die Art der Bewirtschaftung ihrer Wälder in mehr oder weniger erheblicher Weise auf die Bildung oder Verschlimmerung einer Runse eingewirkt hat» (zit. in LEUZINGER, Der Tagwen, S. 115); LEUZINGER sieht darin den «fest[n] Willen, den Tagwen diese Lasten nicht abzunehmen und auch nicht einer Ueberwälzung an die Ortsgemeinde Vorschub zu leisten. Die Anwendung des Wortes ‹Gemeinde› im regierungsrätlichen Bericht ist ein typisches Beispiel der Verwendung dieses Wortes als synonym für ‹Tagwen› – geht doch aus dem Sinn klar und deutlich hervor, daß nur vom Tagwen die Rede ist. […] Kurz nach der Einführung des in dieser Beziehung mit dem heutigen Gesetz [scil. § 198 lit. a EG ZGB GL] übereinstimmenden Runsengesetzes von 1890 kam die landrätliche Kommission bei der Behandlung des umfangreichen Rekursfalles über die Lastentragung an der Guppenruns zur gut begründeten Ansicht, es seien die im Gesetz enthaltenen Worte ‹die Gemeinden oder Tagwen› als synonym zu verstehen. Gegenüber dem Gesetz von 1851, welches von ‹Tagwen und Dorfschaften› sprach, handle es sich lediglich um eine redaktionelle Aenderung, weil die Dorfschaften in der revidierten Verfassung nicht mehr erwähnt werden. Hätte der Gesetzgeber anstatt den Tagwen die Ortsgemeinde verpflichten wollen, wenn sie aus mehreren Tagwen zusammengesetzt ist, so hätte er in Anpassung an die Verfassung sagen müssen: ‹die *Orts*gemeinden oder Tagwen›. In den Gesetzesmaterialien deutet kein Wort darauf hin; vielmehr wird betont, das neue Gesetz beschränke sich auf die Wiedergabe der alten Gesetzgebung in kürzester Form und unter Anpassung an die neue Behördenorganisation. Also kein Wort von materiellen Aenderungen» (S. 116).

960 LUCHSINGER, Der Tagwen, S. 114.

961 § 3–4 WKG GL 1851: «[§ 3] Die daherige Vertheilungspflicht richtet sich jeweilen einerseits nach der Größe und dem Werthe der Liegenschaften und Gebäulichkeiten und anderseits je nach Maßgabe der denselben voraussichtlich drohenden Gefahr. Auch sind die bereits auf einzelnen Liegenschaften hierauf bezüglich haftenden Lasten oder Servituten dabei in billigen Berücksichtigungen zu ziehen. [§ 4] Die nähere Ausmittelung des Umfanges dieser Betheiligung ist in erster Linie, nach dem sich einmal für Verbauung und bessere Einschirmung einer Flinse oder Runse, eines Wild- oder Waldbaches, eine Korporation, sei es freiwillig oder aber auf Weisung kompetenter Behörde hin, gebildet hat, Sache der gütlichen Verständigung unter den Betheiligten selbsten» (Landsgemeindememorial 1851, § 10, S. 14); vgl. auch LUCHSINGER, Der Tagwen: «Korporationslasten, eine Anzahl von sog. Anlagen, zu leisten. Bei größeren Bauten kommt noch ein Beitrag des Kantons und des Bundes hinzu. Erste Instanz zur Ausmittlung der Anlagen ist der Gemeinderat» (S. 114); vgl. auch TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Eine große Zahl von Korporationen, deren Mitglieder die Uferanstößer sind, sorgt für die Bachverbauungen und die Wuhrpflicht gemeinsam» (S. 4).

962 Amtsbericht 1848–1851, S. 37.

963 Amtsbericht 1851–1854, S. 80–81.

detaillierte Auflistung aller vollzogenen Verbauungen.[964] Ebenso detailliert berichtet der *Amtsbericht 1857–1860*.[965] Der *Amtsbericht 1860–1863* hob die «erfreuliche[n] Mitteilungen» hervor, welche sich «anknüpfend an den Erlaß des Gesetzes von 1851, im Gebiete des Wasserbauwesens, insbesondere betreffend die Bildung von Wuhrkorporationen an Runsen» ergaben.[966] Und im Amtsbericht 1863–1866 konnte Landammann JOACHIM HEER resümieren: «Dem Gesetze von 1851 gemäß sind in den letzten 15 Jahren an den meisten der zahlreichen Wildbäche und Runsen des hiesigen Kantons Wuhr- und Verbauungskorporationen gebildet worden», und es sei «in der That die Zahl derjenigen Wasser nur noch eine sehr beschränkte […], wo die daherigen Verpflichtungen nicht bereits durch freiwillige Verständigung der Interessenten oder obrigkeitlichen Spruch ausgemittelt» seien.[967] Es scheint, dass die Grenzen des gesetzlich Möglichen Ende der 1860er Jahre erreicht wurden.[968]

325 Mit der Kodifikation des BGB GL 1869 (s. vorne Rz. 245 ff.) in den §§ 60 und 61 wurden die Bestimmungen des Gesetzes von 1844 bestätigt.[969] Dies unter anderem mit Verweis darauf, dass bezüglich Wuhrkorporationen mit dem WKG GL 1851 ja bereits ein Instrument bestehe, welches mit dem BGB GL 1869 «nicht vermengt werden könne».[970] Um

964 Amtsbericht 1854–1857, S. 5–10.

965 Amtsbericht 1857–1860, S. 77–82.

966 Amtsbericht 1860–1863, S. 67.

967 Amtsbericht 1863–1866, S. 87

968 Vgl. Bericht Landratskommission 1892: «Unter der Herrschaft dieses Gesetzes ist Vieles erreicht worden und hat der Staat in ausgiebiger Weise die Thätigkeit der Betheiligten kräftig unterstützt» (S. 5).

969 Vgl. Landsgemeindememorial 1869, § 10, S. 26; siehe Appendix III: Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869; vgl. auch WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II: «Immerhin überband das von Dr. J. J. Blumer verfaßte bürgerliche Gesetzbuch von 1869 bis 1874 den Anstößern als Eigentümern der öffentlichen Gewässer die Wuhrpflicht […]» (S. 606).

970 Vgl. dazu die Diskussion im Landrat vom 26. und 27. Januar 1869, zit. in NGZ vom 30. Januar 1869, Nr. 13.: «Der vierte Abschnitt, § 59 und § 60, über die ‹Wuhrpflicht› handelnd, wurde von Hrn. Vermittler Zweifel in der Weise angegriffen, als derselbe die Wuhrpflicht an Flüssen, Bächen und Runsen theilweise den unmittelbaren Anstößern abnehmen und solche auf die nächstgelegenen Grundstücke ausdehnen will, für welchen Zweck er dann sog. Wuhrkorporationen bilden würde. – Dem Hrn. Zweifel entgegnen die HH. Präs. Dr. Blumer und Rathshr. Marti; sie beweisen, daß Hr. Zweifel von einer ganz unrichtigen Anschauung ausgehe und daß für die Bildung von Wuhrkorporationen für Verbauung und Sicherstellung von Runsen, Fliesen etc. ein eigenes Gesetz bestehe, welches aber mit dem in Berathung liegenden Entwurfe nicht vermengt werden könne. – Die Ansicht des Hrn. Zweifel blieb ohne Unterstützung und es erlitt somit dieser Abschnitt keine Abänderung, obwohl von eben demselben Sprecher auch noch beantragt und von Hrn. Präs. Dr. Trümpi unterstützt worden war, daß das Land für die Landesstraßen, welche an Flüsse, Bäche und Runsen zu liegen kommen, ebenfalls für Wuhrpflichten in Anspruch genommen werden solle. – Hiegegen hatte hauptsächlich Hr Ldsthtr. [scil. Landesstatthalter] We-

weitergehen zu können, bedurfte der Kanton Glarus einer gesetzlichen Grundlage, welche ihm über «Runsen, Wild- und Waldbäche» hinaus die Hoheit über alle Gewässer zugestand.

2. Das Wasserpolizeigesetz von 1869

Im selben Jahr, in welchem das Sachenrecht des BGB GL 1869 angenommen wurde, hatte die Glarner Landsgemeinde auch über das *Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer vom 2. Mai 1869* (Wasserpolizeigesetz, WPG GL 1869) zu entscheiden.[971] Nachfolgend wird dargestellt, wie dieses Gesetz erstmals die Kategorie der «öffentlichen Gewässer» wie auch die wasserbaupolizeiliche Bewilligung einführte. Die Kategorie der öffentlichen Gewässer findet sich sodann auch in einem anderen Gesetz aus der Zeit, welches jedoch in dieser Arbeit nur im Rahmen eines Exkurses berührt werden kann (s. hinten Rz. 338 ff.). 326

2.1 Die verfassungsrechtliche Grundlage

Die Gesetzgebungskompetenz dazu fand sich bereits in der Glarner Kantonsverfassung des Jahres 1836 resp. der teilrevidierten Glarner Kantonsverfassung des Jahres 1842: 327

> «§ 43 KV GL 1836 / KV GL 1842
>
> In die Kompetenz der Landsgemeinde fallen:
>
> […]
>
> c) Hoheitliche Verfügungen über Münz, Maaß und Gewicht, das Salz- und Postwesen, das Forstwesen und *die Gewässer*, die Jagd und Fischerei, die Zoll-, Weg- und Brückengelder, die Susten, Märkte und Bergwerke, so wie über Veräußerung und Ankauf von Landeseigenthümlichkeiten.»[972]

---

ber gesprochen und hervorgehoben, wie sehr man geneigt sei, dem Land immer vermehrte Lasten aufzulegen» (S. 60).

971 Vgl. dazu Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 37–40; vgl. auch Bericht Regierungsrat 1892: «Es war also im gleichen Augenblick, in welchem die Stellung des Anstößers im bürgerlichen Gesetzbuche privatrechtliche gesichert wurde, das Bedürfniß zur Geltung gelangt, den Standpunkt des öffentlichen Rechtes durch die Ueberwachgung und geeignete Vorschriften zur Geltung zu bringen. Weder der Anstößer noch ein allfälliger Käufer eines Wasserrechtes können nach heute geltendem Rechte irgend welche Veränderungen am Wasserstand, Wasserlauf oder den Abflußverhältnissen vornehmen, ohne die Bewilligung von den kompetenten Behörden erhalten zu haben» (S. 11).

972 § 43 KV GL 1836 (Hervorhebung hinzugefügt); zit. in KÖLZ, Quellenbuch, S. 332; vgl. dazu auch WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 606. In der KV GL 1842 handelte es sich um den § 41, durch Beschlüsse der Landsgemeinde ab 1854 § 42 und ab 1878 um § 38, zuletzt in leicht angepasster Form: «c. Hoheitliche Verfügungen über das Salz- und Forstwesen, die

2.2 Die Debatte um die privatrechtlichen Nutzungsrechte

328 Der Antrag dazu erging vonseiten der Polizeikommission, wobei unmittelbarer Grund dazu die schweizweit schlimmen Hochwasser des Herbstes 1868 gewesen war.[973] So schrieb die *Neue Glarner Zeitung* in ihrem Kommentar vom 26. Januar 1869:

> «Der hohe Wasserstand vom letzten Herbst hat allenthalben die Ueberzeugung wachgerufen, daß dem Staate gewisse Vollmachten eingeräumt werden müssen, um bei der Erstellung von Wasserwerken, wodurch bestehende Wuhrungen angegriffen werden, sowie bei der Anbringung sogenannten Wuhrtannen, womit die Flussbette manchmal verengert oder in sonstiger Weise der Abströmung des Wassers hemmend entgegengewirkt wird, die allgemeine öffentliche Sicherheit rechtzeitig und in genügender Form wahren zu können.»[974]

329 Der damalige kantonale Strasseninspektor und spätere Gemeindepräsident von Mollis, Ingenieur *Arnold Schindler-Rochat* (1829–1913)[975] hatte zu diesem Zweck einen Bericht verfasst, dessen Erkenntnisse in der Zeitung abgedruckt wurden. Darin kritisierte er «[u]nser altes, kostspieliges Wuhrsystem», wobei namentlich die Höhe der Wuhre kritisiert wurde, sodann die «Flussbreite und unregelmäßiger Lauf» und ein «dritter Uebelstand seien die Wuhrtannen», nämlich «alle Wuhrtannen ohne Unterschied, die nicht winkelrecht zum

---

Gewässer, die Jagd und Fischerei, Ohmgeld, Susten, Märkte und Bergwerke, sowie über Veräußerung und Ankauf von Landeseigenthümlichkeiten».

973 Vgl. Landsgemeindememorial 1869, § 12: «In Folge der Hochwasser, welche auch in unserem Kanton zu Ende September und Anfangs Oktober letzten Jahres eingetreten, aber – Gott sei Dank – ohne sehr erhebliche Schädigungen vorübergegangen sind, sah sich Landammann und Rath veranlaßt, eine allgemeine Inspektion der Zustände an der Linth und ihren hauptsächlichen Zuflüssen vornehmen zu lassen» (S. 37).

974 NGZ vom 26. Januar 1869, Nr. 11, S. 49; vgl. auch die Voten in der Verhandlung des dreifachen Landrates vom 17. Februar 1869: «Hr. Landstatthalter Weber findet, der Landrath habe Pflicht, in das Gesetz einzutreten; die Hochwasser vom letzten Herbst haben die Nothwendigkeit nachgewiesen, daß eine staatliche Oberaufsicht mehr als gerechtfertigt erscheine. […] Hr. Präsident Kubli kann nicht begreifen, wie das Ganze wieder in Frage gestellt werden könne. Bei dem Hochwasser vom letzten Herbst, haben gerechte Bedenken über möglicher Weise erfolgende Ausbrüche vorgewaltet und man habe damals Gott gedankt, daß man mit dem Schrecken davon gekommen sei. […] Hr. Präs. Gallatin […] führt dann an, wenn beim Hochwasser des letzten Herbstes nur noch wenige Stunden das Gewitter angedauert haben würde, so wäre die Sprache heute gewiß eine andere und es dürfte dann das Gesetz, um den Schaden abzuwenden, verspätet vorgelegt werden» (NGZ vom 18. Februar 1869, Nr. 21, S. 105).

975 *Caspar Conrad Arnold Schindler* wurde bekannt für seine Theorie, nach welcher die Erosion durch die Wildbäche nicht durch Verbauungen, sondern durch Flechtwerke aufgehalten wird. Seine Methode wurde 1886 am Biltnerbach, 1890 am Rüfitobel und 1901 an der Ruhstellirunse erfolgreich angewandt, gelangte jedoch bei den Wasserbautechnikern Österreichs und Italiens zum Durchbruch. Die italienische Regierung verlieh ihm für sein Verbauungssystem den Titel eines «Cavaliere» (vgl. zur Person H. THÜRER, Geschichte von Mollis, S. 58–59). Arnold Schindler-Rochat wird zudem in BGE 5 I 115 (*Gde. Schwanden c. Kt. GL*), S. 119 erwähnt.

Stromstrich gelegt seien».[976] In einem Appell[977] an die Glarner Stimmbürger wies er auf die Missstände des bisherigen, unregulierten Zustandes hin:

> «Was kann aber unter den jetzigen Verhältnissen und Gesetzen beim besten Willen des Einzelnen gemacht werden? Nichts. Denn wenn ein einsichtiger Privat [sic] etwas ganz Zweckmäßiges erstellen möchte, so kommt ein gegenüber-, ober- oder unterhalbliegender Grundeigenthümer und will es nicht zugeben und die Gerichte müssen nolens volens dem größten Unsinn Recht sprechen. Abgesehen davon, was hilft auch ein nur einseitiges vereinzeltes Vorgehen?»[978]

Die Polizeikommission anerkannte *Arnold Schindler-Rochats* Kritik und kam zur Auffas- 330
sung, «es könne diesen offenkundigen und bedenklichen Uebelständen nur durch Erlassung eines Gesetzes, durch welches die Hoheitsrechte des Landes über die Gewässer wie in andern Kantonen gesichert werden, bleibend abgeholfen werden und es sei somit an das diesjährige Memorial ein bezüglicher Antrag zu stellen».[979] Sogleich aber entfachte ein Streit darüber, ob damit die bisherigen – zu diesem Zeitpunkt noch unkodifizierten – privatrechtlichen Nutzungsrechte der Ufereigentümer betroffen seien. Obwohl dies sowohl von *Arnold Schindler-Rochat*[980] wie auch von der *Neuen Glarner Zeitung* bestritten wurde,[981]

---

976 NGZ vom 21. Januar 1869, Nr. 9, S. 39; etwas ausführlicher noch einmal in der NGZ vom 9. Februar 1869, Nr. 17, S. 84.

977 Vgl. NGZ vom 11. Februar 1869, Nr. 18: «Wie stünde es wohl heute wieder um den Kanton Glarus, wenn dieses Hochwasser gleiche Dimensionen gehabt hätte, nach dem Ihnen von mir technisch richtig vor Augen gestellten Hauptübel; welch' namenlosem Jammer wäre die Bevölkerung preisgegeben, wenn die schmale Thalsohle nur noch ein Flußbett und die Fabrikkanäle und Etablissemente zerstört wären? Wahrlich ein Jammer, der den Jammer des Brandes noch weit hinter sich zurückließe! Und würde man in diesem Falle nicht gerne Hunderttausende hergeben, wenn man nur so von heut auf morgen alles wieder erstellen könnte? Und welche Selbstvorwürfe müßten sich Behörden und Volk eines regenerirten Kantones, zu dem wir uns mit Recht zählen, machen, im Bewußtsein, einen regellosen Zustand nicht rechtzeitig geregelt und geordnet, sondern in sorgenlosester Weise der Willkür überlassen zu haben» (S. 85).

978 NGZ vom 11. Februar 1869, Nr. 18, S. 85. In ähnlichen Worten auch im Amtsbericht 1866–1869, zit. in Bericht Regierungsrat 1892: «Die Zustände, wie sie durch diesen Bericht zur Kenntniß der Behörden gelangten, scheinen den Beweis dafür zu enthalten, daß eine staatliche Aufsicht über alle in Frage kommenden Verhältnisse durchaus erforderlich sei und daß man dafür sorgen müsse, das öffentliche Interesse gegenüber einer maßlosen Ausbreitung von Privatinteressen in geeigneter Weise zur Geltung zu bringen» (S. 11).

979 NGZ vom 21. Januar 1869, Nr. 9, S. 39.

980 NGZ vom 11. Februar 1869, Nr. 18: «Ebensoweit entfernt bin ich, unsere Industrie hemmen und derartige Privatrechte schmälern zu wollen; im Gegentheil würde denselben durch eine geregelte Ordnung nur noch mehr Vorschub geleistet» (S. 85).

981 NGZ vom 11. Februar 1869, Nr. 18: «Ohne rechtlich bestehende Privatrechte irgendwie zu schmälern, will der Entwurf den Kantonalbehörden nur das natürliche und unveräußerliche Aufsichtsrecht sichern. […] Wir haben ein durchgreifendes Feuerpolizeigesetz; warum soll von dem Staat nicht auch ein Gesetz zum Schutze gegen gefährdende Einrichtungen in den Hauptflüssen erlassen werden können? Ist Wassernoth nicht eben so schrecklich wie Feuersnoth? In beiden Fällen leidet der Kanton, das öffentliche und Privatwohl. Daher helfet Alle zum Bessern!» (S. 85–86).

blieb dies noch in der Landratsdiskussion der hauptsächliche Kritikpunkt gegen eine Wasserpolizei. Insbesondere einige industrielle Ratsherren waren der Ansicht, dass «die Privatrechte angegriffen und gefährdet werden» und wiesen mit Blick auf den verwaltungsrechtlichen Rechtsweg darauf hin, dass bisher «die Gerichte gesprochen [hätten], nun aber entscheide der Rath und es sei unmöglich, in solchen Kreisen derart Angelegenheiten gehörig und gründlich zu erledigen».[982] Dem widersprach der damalige Landammann JOACHIM HEER:

> «Hr. Ldm. Dr. Heer bemerkt, es walte ein Mißverständniß, ob das Gesetz behandle die Sache vom Standpunkt der Wasserpolizei. Privatrechte werden keine berührt; kommen solche in Fragen, so habe der Richter nach wie vor zu entscheiden. Die beiden Gesichtspunkte müssen auseinander gehalten werden. Die staatliche Oberaufsicht könne gar wohl vom Standpunkte der Wasserpolizei die Einlegung einer Wuhrtanne gestatten, während dagegen ein Anstößer diese Vorkehrung für sich als unzulässig bestreiten könne, in welchem Falle dann der richterliche Entscheid eintreten müsse.»[983]



Abb. 10: Landammann Joachim Heer.

331 In diesem Sinne sprach auch Ratsherr *Kaspar Jenny* (1819–1894) explizit «als Industrieller», indem seiner Ansicht nach «die hervorgehobenen Bedenken nicht vorhanden» seien, denn die «staatliche Aufsicht werde mit dem Privatrecht vermengt».[984] Obwohl die Sache damit zumindest im Landrat erledigt war, zeigen Leserbriefe in der *Neuen Glarner Zei-*

982 NGZ vom 18. Februar 1869, Nr. 21, S. 105–106.

983 NGZ vom 18. Februar 1869, Nr. 21, S. 105–106.

984 NGZ vom 18. Februar 1869, Nr. 21, S. 106; zur Person vgl. KAUFMANN, Pioniere des Glarnerlandes, S. 80–81; STAUFFACHER, HLS: Kaspar Jenny.

tung[985] sowie auch in der *Neuen Zürcher Zeitung,*[986] dass die Eigentümer privater Nutzungsrechte an der Wasserkraft sich durch die Wasserbaupolizei weiterhin bedroht sahen. Entsprechend wurde noch einmal im Landsgemeindememorial ausdrücklich vermerkt:

> «Zur Beruhigung der Privat-Interessen, welche durch diesen Entwurf sich gefährdet glauben möchten, insbesondere der Industriellen, welche die Wasserkräfte für ihre Gewerbe benützen, ist in § 5 des Entwurfes ausdrücklich die Bestimmung aufgenommen worden, daß, wo es sich um Beseitigung bestehender Einrichtungen handeln sollte, jedenfalls nicht anbefohlen werden darf, was die Benutzung der Wasserkraft im bisher berechtigten Umfange beeinträchtigen

---

985 Vgl. den Leserbrief *Gegen das Bedürfniß eines Gesetzes betr. die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer* in der NGZ vom 23. Februar 1869: «Wohlerworbene Rechte und Urtheile werden durch dieses Gesetz in Frage gestellt, […] denn der § 6 bestimmt, daß die in § 5 erwähnten Entscheidungen der Polizeikommission durch Beschluß von Landammann und Rath für Jedermann verbindlich entschieden werden. Die Polizeikommission sollte somit die künftige erste Instanz und der Rath das Appellationsgericht in Anständen an den öffentlichen Gewässern zwischen dem Staat und den Privaten abgeben, ohne daß Erstere irgend wie an das Civilrecht gebunden. Die §§ 7 und 17 der Kantonsverfassung würden damit für die Gewirbsbesitzer und Anstößer an die öffentlichen Gewässer aufgehoben» (Nr. 23, S. 117).

986 Vgl. den Leserbrief in der NZZ vom 27. Februar 1869, Nr. 58: «Glarus. (Korr.) e.* An dem Gesetze über die öffentlichen Gewässer hebe ich einige Punkte, welche zu weit gehen, hervor. So den § 2, wonach künftighin der Staat vom Wallensee bis zum Klönthalersee, von dem Ausflusse der Linth, der Löntsch, des Sernft bis in das Thierfehd, bis ins Klönthal und bis Steinibach, mit Beiseitestellung der Gemeinden, unumschränkt regieren und befehlen soll. Ferner die §§ 3, 5 und 6, wonach die Geldendmachung des Privatrechtes auf dem richterlichen Wege bei Wasserstreitigkeiten in Zukunft nicht mehr stattfinden soll, sondern die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu entscheiden haben, wobei der jeweilige Wasserbauinspektor einen wesentlich entscheidenden Einfluß üben wird. Ob dieß nun mehr Garantie bietet als wenn unsere Gerichte nach vielseitiger Erörterung entscheiden; ob es überhaupt Recht ist, wenn der Staat eine so wichtige Jurisdiktion übernimmt und alle Gerichtsbarkeit beseitigt, das wollen wir den Juristen zum Entscheide überlassen. Wir sagen nicht, daß der Staat da nichts thun soll, wo er schon längst Vieles hätte thun sollen; wir kämpfen nicht gegen die Hoheit, sondern gegen die Allmacht des Staates. Thue der Staat, was des Staates ist; befehle er bei neuen und alten Wassereinrichtungen, wo Gefahr für das Gemeinwohl droht, was zu thun sei; überlasse er aber den Privaten, wie bisher, vor dem gesetzlichen Richter Recht zu suchen. Auch die Macht des Staates wird bei gegenwärtiger Sachlage nicht mehr im Stande sein, die begangenen Fehler gut zu machen. Die vielen Sünden, welche an den Wasserrechten verübt worden, kann weder die Linth, noch der Rhein mehr abwaschen. Weder Gericht noch Rath werden da Recht schaffen können, allfälliges Unrecht während Jahrzehnden zu Recht erwachsen ist. Auch Landammann und Rath werden sich besinnen, neue Rechte an die Stelle der ältern und frühern zu setzen. – Schließlich freut es mich sehr, daß die ‹N. Gl. Ztg.› Von meinen Korrespondenzen v[o]n Zeit zu Zeit Notiz nimmt; dagegen thut es mir leid, die dort gestellten Fragen wegen der Einfalt ihres Inhalts nicht beantworten zu können.» – Dem fügte die Redaktion der NZZ an: «* Wir geben obiger Korrespondenz mit einigen durch die anderweitige Inanspruchnahme unseres Blattes gebotenen Kürzungen Raum, nach dem Grundsatze: audiatur et altera pars; grundsätzlich sind wir aber mit unserem Korrespondenten nicht einverstanden, sondern wünschen dem fraglichen Gesetze wenigstens der Hauptsache nach vor der Landsgemeinde einen guten Erfolg. Gewiß heißt es auch hier: mieux tard que jamais. Die Red.» (S. 3).

könnte. Daß übrigens der Entwurf in keiner Weise darauf abzielt, privatrechtlich Streitigkeiten unter verschiedenen Wasserrechtsbesitzern oder zwischen solchen und andern Liegenschaftsbesitzern, der natürlichen und verfassungsmäßigen Kompetenz des landrechtsmäßigen Richters zu entziehen, liegt auf der Hand. Was er anstrebt, ist lediglich eine staatliche Oberaufsicht vom Standpunkt der Wasserbaupolizei und der allgemeinen Sicherheit, oder mit andern Worten die Befugniß für die Staatsbehörden, dasjenige zu verhindern oder zu beseitigen, was unter Umständen große und allgemein Gefährde bereiten könnte.»[987]

2.3 Die Gesetzesbestimmungen

332 Das WPG GL 1869 wollte, gemäss dem Landsgemeindememorial, in erster Linie jenen Grundsatz aufstellen, «der beinahe in allen wohlgeordneten Staaten gilt, bei uns aber bis zur Stunde noch nicht bestimmt ausgesprochen ist: der Grundsatz nämlich, daß die öffentlichen Gewässer einer staatlichen Oberaufsicht unterliegen und daß daher fortan Niemand das Recht haben soll, von sich aus in beliebiger Weise, blos [sic] mit Rücksicht auf sein Privat-Interesse, aber unbekümmert um die allgemeine Sicherheit, an und in diesen Gewässern Vorkehrungen zu treffen, welche auf den Stand und den Abfluß des Wassers Einfluß üben».[988] Zu diesem Zweck erklärte das Gesetz:

«§ 1.Die öffentlichen Gewässer des Kantons stehen unter der polizeilichen Oberaufsicht des Staates.»[989]

333 Sogleich wurde auch eine Legaldefinition der erstmals als Rechtsbegriff verwendeten «öffentlichen Gewässer» gegeben:

«§ 2.Als öffentliche Gewässer werden bezeichnet:

1. der W a l l e n s e e [sic], soweit er zum Gebiete des Kantons Glarus gehört und unter Vorbehalt der Jurisdictionsrechte der Linthkommission;
2. der Klönthalersee;
3. die L i n t h von der Thierfehdbrücke hinter Linthal an bis zu dem Punkte unterhalb Netstall, wo die Jurisdiction der eidgenössischen Linthkommission beginnt;
4. der S e r n f t, vom Einfluß des Unterthalbaches an bis zu seiner Einmündung in die Linth;
5. der L ö n t s c h vom Ausfluß aus dem Klönthalersee bis zu seiner Einmündung in die Linth.»[990]

987 Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 38.

988 Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 38.

989 § 1 WPG GL 1869; Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869; vgl. auch TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 4.

990 § 2 WPG GL 1869; Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

Für diese Gewässer wird fortan für jede bauliche Veränderung eine wasserbaupolizeiliche Bewilligung seitens der Polizeikommission benötigt. 334

> «§ 3. An und in öffentlichen Gewässern dürfen Einrichtungen, welche eine Aenderung des bestehenden Wasserstandes oder der Abflußverhältnisse nach sich ziehen, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegung von Seeausmündungen, Landanlagen u. dgl., fortan nicht bewerkstelligt werden, ohne zuvor die Polizeikommission davon in Kenntniß gesetzt zu haben.
>
> Diese wird nach Prüfung der Sache und Anhörung allfälliger Betheiligter den Entscheid fällen, ob die in Frage liegende Einrichtung vom Standpunkte der Wasserbaupolizei aus als zulässig erscheine oder nicht.»[991]

Ebenso wird die Polizeikommission zur Beseitigung bestehender baulicher Vorrichtungen ermächtigt – immerhin solange damit nicht die Nutzung der Wasserkraft beeinträchtigt wird: 335

> «§ 5. Sollten bereits bestehende Vorrichtungen als gefährdend für die allgemeine Sicherheit des oberhalb, neben- oder unterhalb liegenden Landes erscheinen, so ist die Polizeikommission ermächtigt, verbindliche Weisungen über deren Beseitigung, beziehungsweise über Anbringung sichernder Vorkehrungen zu ertheilen, immerhin in dem Sinne, daß dadurch die Benutzung der Wasserkräfte in bisher berechtigtem Umfange nicht geschmälert werden soll.»[992]

Gegen diese Entscheide der Polizeikommission können gemäss § 6 bei Landammann und Rat Rekurs ergriffen werden.[993] Landammann und Rat haben gemäss § 4 auch die Aufsicht über die Wuhrpflicht und können gemäss § 7 zum Schutz der Wuhre auch Bestimmungen über das Flössen erlassen.[994] 336

Wie allgemein zur Landsgemeinde des Jahres 1869 (s. vorne Rz. 264), so findet sich zur Annahme des WPG GL 1869 wenig. Nur BECKER hält in seinen Schilderungen knapp fest: 337

> «Das *Wasserpolizeigesetz* wurde sozusagen einstimmig angenommen.»[995]

---

991 § 3 WPG GL 1869; Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

992 § 5 WPG GL 1869; Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

993 Siehe § 6 WPG GL 1869 im Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

994 Siehe § 4 und 7 WPG GL 1869 im Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

995 Vgl. BECKER, Die Glarner Landsgemeinde, S. 48 (Hervorhebung im Original).

3. Exkurs: Das Gletschern an öffentlichen Gewässern

338 Es ist nicht klar, wann genau das Gletschern, also die Eisentnahme, im Klöntalersee begann; die meisten Autoren setzen den Beginn um das Jahr 1860 an.[996] Der Überlieferung zufolge war es der Netstaler *Gabriel Leuzinger* (1827–1891), welcher als erster im Winter 1862 auf dem schwarz gefrorenen Klöntalersee die dicke Eisschicht in quadratische Stücke sägte und die kristallklaren Eisblöcke nach Netstal brachte, wo sie – gut isoliert – bis in den Sommer hinein hielten.[997] Erste Beiträge in der *Neuen Glarner Zeitung* finden sich 1863 und in der *Neuen Zürcher Zeitung* 1866. In der Folge entwickelte sich das Gletschern von einem bescheidenen Gewerbe zu einer imposanten Industrie: In den 1870er galt der Klöntalersee als bestes Eisreservoir der Schweiz, und es wurde das Eis bis nach Frankfurt, Köln, Paris und Marseille geliefert.[998]



Abb. 11: Gletschern auf dem Klöntalersee.

996 ARX, Eis-Rausch im Klöntal, S. 1; WINTELER, Glarus, S. 55.

997 Vgl. SCHLITTLER-BARTEL, Gletschern, S. 57.

998 Vgl. SCHLITTLER-BARTEL, Gletschern, S. 60; WINTELER, Glarus: «Während den sonst stillen Wochen belebte sich plötzlich das Tal. Kolonnen von Fuhrschlitten verkehrten zwischen dem See und den Bahnstationen Glarus und Netstal; […]. Im Januar 1873 wurden nicht weniger als 1600 Zentner Eis zum Versand gebracht» (S. 55).

Gesetzlich geregelt wurde das Gletschern im Jahre 1874. Grund waren die Weggebühren, welche vom Tagwen Netstal und einer privaten Wegkorporation für den Zugang der Strasse zum Klöntal erhoben wurde.[999] Dem widersetzten sich die Gemeinden Glarus, Riedern und Ennenda, indem sie sich 1874 an die Polizeikommission wandten: Gestützt auf § 2 des Gesetzes betreffend polizeilicher Aufsicht über die öffentlichen Gewässer sei «die Eis-Nutzung im *Seerütisee* [scil. Klöntalersee] als Staatsregal zu erklären».[1000] Dies aber wurde sowohl von der Polizeikommission wie auch vom Landrat abgelehnt. Aus dem Landsgemeindememorial des Jahres 1874 geht klar hervor, dass der Kanton an den öffentlichen Gewässern ein Aufsichtsrecht habe.[1001] Entsprechend findet sich der Begriff des öffentlichen Gewässers auch in dem von der Landsgemeinde vom 3. Mai 1874 erlassenen *Gesetz über die Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons* (EGG GL 1874) als ein Gewässer, das mit Bezug auf die bestimmungsgemässe Nutzung in Gemeingebrauch, jedoch aber unter dem Aufsichtsrecht des Staates steht: 339

> «§ 1. Die Gewinnung des Eises von den öffentlichen Gewässern des Kantons (§ 1 und 2 des Gesetzes betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer) ist jedem Bürger oder Einwohner desselben innerhalb der Schranken bestehender Gesetze und Verordnungen freigegeben.
>
> § 2. Landammann und Rath ist beauftragt und bevollmächtigt:
>
> a) durch Erlassung eines Regulatives Fürsorge zu treffen, daß die mit der Eisgewinnung namentlich im Klönthalersee verbundenen Gefahren möglichst verhütet werden, […]».[1002]

---

999 Vgl. Landsgemeindememorial 1874: «Wenn das Eis im See gebrochen ist, muß es, um nach Glarus oder Netstall [sic] transportirt zu werden, zunächst über einen schmalen Bodenstreifen, dessen Eigenthum der Tagwen Netstall beansprucht, an die Straße und dann auf dieser, welche von einer Korporation der Liegenschaftsbesitzer unterhalten wird, nach den genannten Ortschaften gebracht werden. Hiefür nun werden sowohl vom Tagwen Netstall als von der Wegkorporation besondere Gebühren gefordert, und es ist also die Gewinnung des Eises aus einem öffentlichen Gewässer, das eben als solches doch Jedermann zugänglich sein sollte, mit ungebührlichen Schwierigkeiten und Abgaben belastet» (§ 10, S. 19).

1000 Arx, Eis-Rausch im Klöntal, S. 8.

1001 Vgl. Landsgemeindememorial 1874: «Eine weitere Eingabe erinnert daran, daß alle öffentlichen Gewässer unter staatlicher Aufsicht stehen und daß daraus wohl auch folgen würde, daß z.B. mit Bezug auf den Klönthalersee, der unbestritten zu den öffentlichen Gewässern gehört, die in neuerer Zeit ziemlich umfangreich betriebene Eisgewinnung irgendwie von Staatswegen überwacht würde. Der Eigenber macht auf die großen Gefahren aufmerksam […] und wie sehr es daher schon von dieser Rücksicht aus als geboten erscheine, polizeiliche Ueberwachung anzuordnen» (§ 10, S. 19).

1002 § 1 und 2 EGG GL 1874, zit. hinten in Appendix V: Gesetz über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons von 1874; vgl. Winteler, Glarus, S. 55.

340 Diese Rechtsauffassung findet sich auch beim BECKER als Teilnehmer jener Landsgemeinde:

> «Der neue Handelsartikel, das *Klöntaler Eis*, erschien dies Jahr auch an der Landsgemeinde. Das Eis eines öffentlichen Sees gehört natürlich allen Landleuten. Aber bei der Ausbeutung des Eises ging es zu wie unter den Christen bei der heiligen Grabkirche in Jerusalem. Es drängten sich so viele an einer Stelle zusammen, daß Gefahr des Einbrechens entstand. Dieser muß nun der Staat Glarus wehren.»[1003]

341 Auch das Bundesgericht hat die Auffassung des blossen Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache geschützt.[1004]

4. Das Wasserpolizeigesetz von 1890

342 Nachfolgend wird gezeigt, wie das *Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz vom 4. Mai 1890* (Wasserpolizeigesetz, WPG 1890 GL) zum Anlass genommen wurde, die Legaldefinition der öffentlichen Gewässer zu erweitern.

4.1 Die verfassungsrechtliche Grundlage

343 Die Verfassungsrevision des Jahres 1874 brachte mit dem Art. 24 BV 1874 eine Bundeskompetenz bezüglich der Oberaufsicht über die Wasserbaupolizei:

> «Art. 24 BV 1874
>
> Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge.
>
> Er wird die Korrektion und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufstellen.»[1005]

344 Gestützt darauf wurde das *Bundesgesez* [sic] *betreffend die Wasserbaupolizei im Hochgebirge vom 22. Brachmonat* [scil. Juni] *1877* (WBPolG 1877) erlassen.[1006] Da sich durch

---

1003 BECKER, Die Glarner Landsgemeinde, S. 107.

1004 BGE 37 II 339 (*Freuler/Kamm/Streiff c. KW Beznau-Löntsch AG*): «Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung, die die Vorinstanz dem Gesetze vom 2. Mai 1874 gibt, steht nämlich dem Kläger kein Privatrecht auf Gewinnung von Eis aus dem Klöntalersee zu, sondern es handelt sich hiebei nur um den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache, der zu Gunsten anderweitiger, der staatlichen Unterstützung teilhafter Interessen beschränkt werden kann. Und mit einer solchen Beschränkung des Gemeingebrauchs, die nicht als Verletzung eines Privatrechtes anfechtbar ist, auch nicht gegenüber dem dadurch begünstigten Inhaber des Werkes, hat man es hier zu tun, […]» (S. 343, E. 2).

1005 Art. 24 BV 1874.

1006 Vgl. WBPolG 1877.

Art. 8 WBPolG 1877 Enteignungen nach dem eidgenössischen Expropriationsgesetz zu richten hatten, mussten die entsprechenden Bestimmungen des kantonalen Gesetzes betreffend die polizeiliche Aufsicht über öffentliche Gewässer von 1869 angepasst werden.[1007] Ebenfalls durften die Strafbestimmungen nicht im Widerspruch zu jenen in Art. 13 WBPolG 1877 stehen.[1008] Der Bundesrat machte entsprechend Druck und genehmigte die Glarner Kantonsgesetze in seinem Beschluss vom 19. Dezember 1881 nur unter Vorbehalt.[1009] Dies nahm der Regierungsrat als Gelegenheit, mit einem Gesetzentwurf das bisherige WPG GL 1869 zu revidieren, denn «auch in unserm Kanton selbst machte sich das Bedürfniß zu den vorgeschlagenen Aenderungen längst fühlbar».[1010] Es sei dies «keineswegs das Ergebniss augenblicklicher Eingebungen oder unberechtigter Versuche der Vergrößerung der Machtbefugnisse des Staates», sondern um «längst gefühlten Mängeln» abzuhelfen.[1011]

Zudem wurde anlässlich der Totalrevision der Glarner Kantonsverfassung im Jahre 1887 mit dem Art. 20 KV GL 1887 auch eine spezifischere kantonsverfassungsrechtliche Grundlage als noch mit dem § 43 KV GL 1842 (s. vorne Rz. 327) geschaffen: 345

> «Art. 20 KV GL 1887
>
> Der Staat hat die Oberaufsicht über die öffentlichen Gewässer und Verkehrswege.
>
> Das Nähere bestimmt das Gesetz.»[1012]

[1007] Vgl. Art. 8 WBPolG 1877.

[1008] Vgl. Art. 13 WBPolG 1877.

[1009] Vgl. Schreiben des Regierungsrates an den Landrat vom 2. Januar 1890, zit. in Landsgemeindeprotokoll 1890, Sitzung vom 26.02.1890, § 375, S. 255; fast verbatim in Landsgemeindememorial 1890: «Der Bundesrath hat unsere bisherigen wasserbaupolizeilichen Erlasse durch Beschluß vom 19. Dezember 1881 nur unter dem allgemeinen Vorbehalte genehmigt, daß deren Bestimmungen nicht Beschränkungen des genannten Bundesgesetzes bedeuten dürfen, weder bezüglich der unter die Aufsicht des Bundes fallenden Gewässer, noch bezüglich der Verpflichtung der Kantone zur Ausführung der vom öffentlichen Interesse verlangten Schutz- und Meliorationsbauten, noch auch der genügenden Ausübung der kantonalen Wasserbaupolizei in allen den Beziehungen, in welchen dem Bunde die Oberaufsicht zusteht und die überhaupt in den verschiedenen einschlägigen Artikeln des Bundesgesetzes näher bezeichnet sind. Im Besondern macht der h[ohe] Bundesrath unter Hinweisung auf die Artikel 8 und 13 des Bundesgesetzes den Vorbehalt, daß die Anwendung des eidgenössischen Expropriationsgesetzes in den Fällen erfolge, wo es im einen oder andern Sinne von betheiligter Seite verlangt wird, und daß die Strafverfällungen nicht im Widerspruch mit letzterm Artikel stehen dürfen» (§ 12, S. 51).

[1010] Vgl. Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 51.

[1011] Schreiben des Regierungsrates an den Landrat vom 2. Januar 1890, zit. in Landsgemeindeprotokoll 1890, Sitzung vom 26.02.1890, § 375, S. 256.

[1012] Art. 20 KV GL 1887; zit. auch in Landsgemeindememorial 1887, § 1, S. 23.

4.2 Die Annahme des Gesetzes

346 Anders als das WPG GL 1869 führte dieses Gesetz im Landrat zu keinen besonderen Diskussionen. So wurde das WPG GL 1890 an der Landsgemeinde vom 4. Mai 1890 – unter Anbringung einer kleinen Ergänzung in § 15 – «mit großer Mehrheit angenommen».[1013]

4.3 Die Gesetzesbestimmungen

347 Der Glarner Gesetzgeber nahm die Gelegenheit wahr, um einerseits formell die Begriffe an die angepassten Behördenbezeichnungen der Kantonsverfassung des Jahres 1887 anzupassen, andererseits aber materiell das WPG GL 1869 mit Teilen des WKG GL 1851 sowie anderen Uferschutzgesetzen zu verbinden.[1014] Die grösste Besonderheit indes brachte eine Erweiterung der Legaldefinition der öffentlichen Gewässer in § 2, welcher eine Ziff. 6 angefügt wurde:

[1013] Landsgemeindeprotokoll 1889–1907, Landsgemeinde vom 4. Mai 1890, § 13, S. 63; vgl. auch die NGZ vom 5. Mai 1890: «Das Verbot, Holz von mehr als einem Meter Länge zu flößen, wie es im Gesetz über die polizeiliche Aufsicht über die Gewässer enthalten ist, gibt Hrn. Tagwenvogt Luchsinger abermals Anlaß zu einem abweichenden Antrage, dahingehend: wo die Umstände es verlangen, sei das Flößen von größerm Holz bis zum nächsten Auszugplatz zu gestatten. Die Gemeinden Schwanden, Ennenda und Engi hätten ein wesentliches Interesse, des leichten Holztransportes auf dem Sernft nicht verlustig zu gehen, der Werth ihrer ob der alten Kleinthalstraße gelegener Wälder werde dadurch vermindert. – Herr Regierungsrath Zweifel vertheidigt das Gesetz, indem er nachweist, daß das Flößverbot schon im alten enthalten war, längeres als drei Fuß- oder Meterholz sei gar nie geflößt worden, endlich habe man dafür zu sorgen, daß das Gesetz auch die Genehmigung der eidgenössischen Behörden erhalte, welche bekanntlich im Wasserbauwesen des Hochgebirges ein wichtiges Wort mitzusprechen hätten. Das Gesetz wird hierauf mit dem von Hrn. Luchsinger beantragten Zusatze angenommen» (S. 3); vgl. auch GN vom 5. Mai 1890: «Dagegen wird bei Art. 12 – polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer – einem Abänderungs- resp. Zusatzantrage des Hrn. Tagwenvogt Luchsinger beigepflichtet. Das Gesetz erlaubt das Flößen des Holzes bis auf die Scheiterlänge von einem Meter. Hr. Luchsinger erklärt an der Hand von Beispielen, daß alte Rechtsamen beeinträchtigt und die Werthe mancher Wälder geschmälert würden. Der Zusatz lautet: ‹Im Fall des Bedürfnisses kann auch längeres Holz bis auf die nächst gelegenen Auszugsplätze geflößt werden›» (Nr. 101, S. 2); vgl. den Zusatz in Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

[1014] Vgl. Bericht Landratskommission 1892: «Im verflossenen Jahre 1890 endlich wurde […] ein neues Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz erlassen, in welchem außer den Vorschriften des 1869er Gesetzesnoch [sic] mehrere weitergehende Bestimmungen enthalten sind» (S. 7); zu den aufgehobenen Gesetzen vgl. Schlussbestimmungen des Gesetzes, zit. in Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 56; vgl. hinten Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

«Als öffentliche Gewässer werden bezeichnet:

[…]

8. Diejenigen Bäche, welche zur Anlage von größern Wasserwerken (Hochdruckleitungen, Weiern, Schleusen und ähnlichen Vorrichtungen) benutzt werden.

Auf die in Ziffer 6 genannten Bäche finden nur die §§ 3 und 4 des Gesetzes Anwendung.»[1015]

Das Gesetz gibt keine Hinweise auf die seit dem römischen Recht ungeklärte Frage (s. vorne Rz. 44 und 100), wie sich ein Fluss von einem Bach unterscheiden lässt, und es verrät auch nicht, was ein kleines von einem «größern» Wasserwerk unterscheidet. Aber offensichtlich ging es darum, Versäumtes nachzuholen und möglichst flexibel die Gefahren dort angehen zu können, wo sie bestanden, ohne freilich dem Staat zu viele Kosten aufzubürden. Das Landsgemeindememorial schrieb dazu, dass es 348

«durchaus nothwendig sei, solche Anlagen der staatlichen Oberaufsicht zu unterwerfen, da durch solche auf das unterhalb gelegene Land, ja auf ganze Orthschaften, in hohem Maße eingewirkt wird und ein Bruch von unsolid erstellten Druckleitungen, Reservoirs etc., wie die Erfahrung lehrt, verhängnißvolle Folgen nach sich ziehen kann.»[1016]

Damit unterstanden also auch die «Bäche, welche zur Anlage von größern Wasserwerken» benutzt werden konnten, gemäss § 3 WPG GL 1890 der regierungsrätlichen Bewilligungspflicht, welche mit leicht angepasstem Wortlaut dem § 3 WPG GL 1869 entsprach: 349

«§ 3.An und in den öffentlichen Gewässern dürfen Einrichtungen, welche eine Aenderung des bestehenden Wasserstandes, Wasserlaufes oder der Abflußverhältnisse nach sich ziehen, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegung von Seeausmündungen, Landanlagen u. dgl. nur nach vorheriger Bewilligung der Regierungsrathes vorgenommen werden.

1015 § 2 Ziff. 6 WPG GL 1890; Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 53–54; vgl. auch Bericht Landratskommission 1892, S. 7–8.

1016 Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 52. Fast verbatim übernommen vom Bericht Landratskommission vom 15. Februar 1890: «Vor allem tritt in die Augen der in § 2 Ziffer 6 enthaltende Vorschlag, dass unter die öffentlichen Gewässer die Bäche eingereiht werden sollen, welche zur Anlage von größern Wasserwerken benutzt werden […] Was nun zunächst die Unterstellung des in § 2 Ziffer 6 genannten Bäche unter den Begriff der öffentlichen Gewässer anbetrifft, so geht die Kommission damit einig, dass solche Anlagen der staatlichen Oberaufsicht unterworfen werden sollen, da durch solche auf das unterhalb gelegene Land, auf ganze Ortschaften in hohem Masse eingewirkt wird, der Bruch von unsolid erstellten Druckleitungen, Reservoirs etc., wie die Erfahrung lehrt, verhängnisvolle Folgen für ganze Gegenden nach sich ziehen kann. Dagegen halten wir dafür, dass die Bestimmungen der §§ 3 und 4 des Entwurfes vollständig genügen, um die dem Staate zustehenden Rechte im Interesse der Gesammtheit zu wahren und dass diesfalls, schon mit Rücksicht auf die Kosten, sie sich derselbe sonst – vide § 10 des Entwurfes – aufbürden würde, nicht weiter gegangen werden soll, als das öffentliche Interesse es wirklich erheischt. Wir beantragen Ihnen daher, dass auf die in § 2 Ziffer 6 genannten Bäche nur die §§ 3 & 4 des Gesetzes Anwendung finden sollen» (zit. in Landratsprotokoll 1890, Sitzung vom 4. März 1890, § 383, S. 277).

> Derselbe wird nach Prüfung der Sache und Anhörung allfällig Betheiligter den Entscheid fällen.»[1017]

350 Ebenso wurde der Wortlaut von § 5 WPG GL 1869 weitestgehend übernommen, nur dass nunmehr auch an Bächen gelegene, grössere Wasserwerke, von denen eine Gefahr ausging, auf regierungsrätlichen Beschluss beseitigt werden konnten. Immerhin enthielt aber auch der § 4 WPG GL 1890 einen Vorbehalt, wonach «dadurch die Benutzung der Wasserkräfte in bisher berechtigtem Umfange nicht geschmälert werden soll».[1018]

351 Ebenfalls wurde mit § 6 WPG GL 1890 die ursprünglich in § 2 WKG GL 1851 eingeführte zwangsweise Bildung von Wuhrkorporationen gesetzlich bestätigt, wie überhaupt die Bestimmungen zum Uferschutz und zu den Flössrechten in dieses neue Gesetz überführt wurden.[1019]

5. Zwischenbetrachtung

352 Man könnte meinen, dass es sich beim zeitgleichen Inkrafttreten des Nutzungsrechts der Ufereigentümer gemäss § 55 BGB GL 1869 einerseits und der Einführung öffentlicher Gewässer und der wasserbaupolizeilichen Bewilligung gemäss der § 1–3 WPG GL 1869 andererseits um eine bewusste, gesetzgeberische Planung handelte. Indes deuten die Materialien auf einen unwetterbedingten Zufall hin (s. vorne Rz. 328); ein Zufall, welcher immerhin dem kantonalen Recht eine umfassende Wasserrechtsordnung einbrachte. Rückblickend fasste der Regierungsrat zusammen, es sei

> «an der gleichen Landsgemeinde von 1869 […] die freie und ungehinderte Verfügung darüber [scil. über das Wasser] vom Standpunkte des öffentlichen Interesses durch das Gesetz betreffend polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer in die nöthigen Schranken gewiesen worden.»[1020]

353 Tatsächlich zog mit dem WPG GL 1869 der Kanton Glarus der gemeineidgenössischen Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts nach: Wie die anderen Kantone, führte er die Kategorie der öffentlichen Gewässer ein (s. vorne Rz. 110) und beanspruchte die Oberaufsicht über diese (s. vorne Rz. 115). Doch sowohl ein rechtshistorischer (s. vorne Rz. 97 ff.) wie auch ein rechtsvergleichender Blick (s. vorne Rz. 115 ff.) zeigen, dass das WPG GL 1869

[1017] § 3 WPG GL 1890; Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 54; vgl. hinten Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

[1018] Vgl. § 4 WPG GL 1890; zit. in Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 54; vgl. hinten Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

[1019] Vgl. Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 54–56; vgl. hinten Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

[1020] Bericht Regierungsrat 1892, S. 10–11.

manches durcheinander brachte. Denn das erklärte, sehr legitime Ziel der Wasserbaupolizei im Sinne einer staatlichen Oberaufsicht über die Gewässer war definitionsgemäss von der Eigentumsfrage der Gewässer losgelöst; die staatliche Oberaufsicht erstreckt sich daher für gewöhnlich sowohl über private wie über öffentliche Gewässer.

354 Verständlich ist, dass die Ängste der Industriellen sowohl in den Zeitungsberichten wie auch im Landrat und im Landsgemeindememorial immerzu entkräftet wurden: Das öffentliche Recht würde lediglich den polizeilichen Rahmen bilden, innerhalb dessen das Privatrecht bestehen blieb. Nicht verständlich ist jedoch, weshalb in § 2 WPG GL 1869 die Legaldefinition der öffentlichen Gewässer als abschliessende Aufzählung gegeben wurde. Wenngleich im 19. Jahrhundert nicht abschliessend geklärt war, was «öffentlich» genau bedeutete (s. vorne Rz. 112 ff.), so war doch immerhin klar, dass Privatrechte an öffentlichen Gewässern ausgeschlossen waren. Indem also die in § 2 WPG GL 1869 aufgezählten Gewässer – immerhin die bedeutendsten Wasserläufe und Seen des Kantons – zu öffentlichen Gewässern erklärt werden, sollten konsequenterweise keine Privatreche daran mehr möglich sein. So schreibt auch FRIEDRICH HEFTI:

> «Aus den Gesetzgebungen, welche die Einteilung der Gewässer in öffentliche und private durchgeführt haben, geht deutlich die Absicht hervor, die wertvollsten Wasserkräfte dem Einfluß privater Machtsphäre zu entziehen, um sie unter dem staatlichen Banner zu vermehrter Nutzung und rationellerer Verwertung heranzuziehen.»[1021]

355 Dass dies aber nicht gemeint war, bezeugen die wiederholten, unmissverständlichen Zusicherungen, dass die bisherigen (und zeitgleich gesetzlich bestätigten) privatrechtlichen Nutzungsrechte der Ufer- bzw. Wasserrechtseigentümer gewahrt bleiben sollten. Umgekehrt bedeutet diese abschliessende Aufzählung *e contrario*, dass kleinere Wasserläufe, welche aber noch immer stark ausgenutzt wurden – so etwa der Mühlenbach in Engi, der Niederenbach in Schwanden, der Oberdorfbach und der Giessen in Glarus, der Giessen in Ennenda, der Mühlibach in Näfels –, der staatlichen Oberaufsicht entzogen waren. Gerade aber solch stark genutzte Wasserläufe der staatlichen Oberaufsicht zu entziehen, hätte den Sinn und Zweck dieses Gesetzes auf geradezu stossende Art und Weise vereitelt.

356 Wie es zu dieser rechtsbegrifflichen Verwirrung kam, lässt sich nur schwer erklären. Dies umso mehr, da angesichts der zeitgleichen Kodifizierung des BGB GL 1869 der Sinn für die rechtliche Tragweite privater und öffentlicher Gewässer durchaus im allgemeinen Bewusstsein gestanden haben muss. Dies zeigen sowohl der bedeutendste Glarner Rechtsgelehrte und Schöpfer des Gesetzes, JOHANN JAKOB BLUMER, wie auch sein Vetter, der studierte und promovierte Jurist, Landammann JOACHIM HEER, welche bei der Behandlung des BGB GL 1869 die Ratsherren immer wieder rechtlich aufklären mussten. So etwa bei der Diskussion darüber, ob Flossrechte im § 54 BGB GL 1869 eingeführt werden sollen:

> «Hr. Präs. Dr. Blumer bemerkt dem Gesagten gegenüber, der gefallene Antrag des Hrn. Zweifel gehöre nicht hierher, Floßrechte fallen unter die Servituten; übrigens enthalte dieser Abschnitt

[1021] F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 21.

> nichts Anderes, als was bisdahin [sic] in Praxis ausgeübt worden sei. – Hr. Ldm. Dr. Heer erwidert noch Hrn. Zweifel in Kürze: wenn man von Floßrechten sprechen wolle, dies bei öffentlichen Flüssen angehe, wo es sich aber nur um Privatbäche und Quellen handle, könne hievon die Rede nicht sein.»[1022]

357 Hier offenbart Landammann JOACHIM HEER ein zutreffendes Verständnis von privaten und öffentlichen Gewässern. Dass er sich dennoch in der Landratsdebatte so klar für die Wahrung der privatrechtlichen Nutzungsrechte einsetzte, lässt sich nur damit erklären, dass er die rechtliche Folgenlosigkeit dieser Legaldefinition in Kauf nahm. Dann aber erklärt sich nicht, weshalb er im *Amtsbericht 1866–1869* mit Blick auf die Legaldefinition hoffnungsvoll vermerkte:

> «Wasserbaupolizei. In diesem Gebiete hat die Berichtsperiode eine sehr bedeutende Neuerung gebracht, indem die staatliche Oberaufsicht, welche bisher kraft des Gesetzes von 1851 sich nur auf Runsen-, Wild- und Waldbäche erstreckte, nun auch auf alle andern und namentlich die Hauptgewässer unseres Landes ausgedehnt wurde. Der Begriff ‹öffentliche Gewässer› ist durch das Gesetz von 1869 erst geschaffen und dadurch den staatlichen Behörden ein ganz neuer Wirkungskreis eröffnet worden.»[1023]

358 Angesichts dieser rechtsbegrifflichen Verwirrung ist es zumindest erwähnenswert, dass JOHANN JAKOB BLUMER, obwohl als Ratsherr jeweils zugegen, zu keinem Zeitpunkt Anteil an der Diskussion zu diesem Gesetz nahm.

359 Mit dem angepassten WPG GL 1890 versuchte man nicht nur, das kantonale Gesetz an die Bundesgesetzgebung anzupassen, man versuchte mit dem § 2 auch die zu eng geratene Legaldefinition auszuweiten, indem man nun auch «Bäche, welche zur Anlage von größern Wasserwerken» benutzt werden können, miteinbezog. Wenngleich dies rechtsdogmatisch unnötig war, da sich – wie gesagt – die staatliche Oberaufsicht ohnehin über private wie öffentliche Gewässer erstreckte, so war es ein Versuch aus den Fesseln zu kommen, die man sich mit der Beschränkung auf die gesondert und noch dazu viel zu eng definierten «öffentlichen Gewässer» selbst auferlegt hatte.

360 Darüber hinaus fristete der innerhalb der privatrechtlichen Rechtslogik der Glarner Wasserrechtsordnung wesentlich fremde Rechtsbegriff der «öffentlichen Gewässer» – mit Ausnahme des Gletscherns – ein bescheidenes Dasein, da sich keinerlei Rechtsfolgen daran knüpfen liessen.

[1022] NGZ, 30. Januar 1869, Nr. 13, S. 60.

[1023] Amtsbericht 1866–1869, S. 113; zit. auch in F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 25, jedoch fälschlicherweise JOHANN JAKOB BLUMER zugeschrieben. Zur Urheberschaft dieses Teils des Amtsberichtes vgl. Amtsbericht 1866–1869, S. 187.

§ 3 Die Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung des Jahres 1892

Zu Beginn der 1890er-Jahre war die *erste Phase* der Glarner Wasserrechtsordnung abgeschlossen: Mit dem kodifizierten privatrechtlichen Nutzungsrecht der Ufereigentümer sowie dem staatlichen Hoheitsrecht über die Einhaltung der Wasserbaupolizei handelte es sich um eine sehr liberale Wasserrechtsordnung, welche dem Staat nur minimale Kompetenzen zugestand. 361

Was in einer *zweiten Phase* folgte, war der Ausbau der staatlichen Kompetenzen auf dem Gebiet des Wasserrechtes nach einem nicht mehr liberalen, sondern demokratischen Staatsverständnis (s. hinten Rz. 363 ff.). Nachfolgend soll dargestellt werden, wie zunächst im Zuge eines Systemwechsel versucht wurde, die privatrechtliche durch eine öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnung zu ersetzen (s. hinten Rz. 372). Als dies scheiterte, wurden dem Kanton immerhin bedeutende Instrumente zugestanden, durch welche er die Nutzung der Wasserrechte koordinieren konnte (s. hinten Rz. 391 ff). So begannen sich um den privatrechtlichen Kern der Glarner Wasserrechtsordnung, welcher noch immer die privatrechtliche Nutzung der Ufereigentümer darstellte, verschiedene öffentlich-rechtliche Instrumente zu legen. 362

1. Historischer Hintergrund

1892 war eine neue Zeit angebrochen. Es hatten sich nicht nur die technischen Möglichkeiten der Wasserkraft durch die Elektrizität gesteigert, es war auch eine neue, nicht mehr ausschliesslich liberale, sondern vielmehr demokratische, ja auch wohlfahrtstaatliche und soziale Politik eingezogen.[1024] Mit der Revision der Bundesverfassung des Jahres 1874 hatte die liberale Epoche des Bundesstaates geendet.[1025] Im Kanton Glarus war es die Re- 363

[1024] Zur demokratischen Bewegung im Kanton Glarus vgl. insb. KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte II, S. 277–289.

[1025] Vgl. JUNG, Laboratorium des Fortschritts: «Die Schweiz mit der Bundesverfassung von 1874 war nicht mehr die Schweiz von 1848. Damals war der Einfluss der Privatwirtschaft auf die Politik enorm: Mit der Bundesverfassung von 1848 war die Schweiz zum Experimentierfeld von Wirtschaft und Wissenschaft geworden – zum Laboratorium des Fortschritts. Mit der Einführung des Referendums (1874) – später sollte die Volksinitiative (1891) dazukommen – fand diese wirtschaftsliberale Phase auf eidgenössischer Ebene ihren endgültigen Abschluss. Denn der Prozess, der mit der neuen Bundesverfassung von 1874 ausgelöst wurde, führte zur grundlegenden Umschichtung der Kräfteverhältnisse: Kompetenzen, die im jungen Bundesstaat bei den Kantonen angesiedelt gewesen waren, gingen an den Bund über; Bereiche, die der Privatwirtschaft überlassen worden waren, wurden neu der öffentlichen Hand zugeteilt» (S. 564).

vision der *Glarner Kantonsverfassung* des Jahres 1887,[1026] welche eine neue Ära einläutete: Jene des Staatsmannes EDUARD BLUMER (1848–1925).[1027]

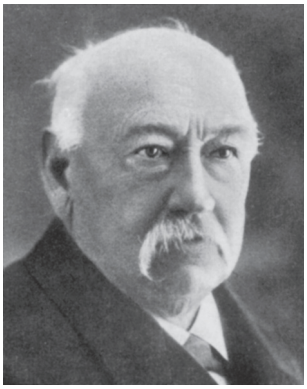


Abb. 12: Landammann Eduard Blumer.

364 Der dem Schwander Zweig der Blumer[1028] entstammende Kaufmann wurde mit der Annahme der von ihm massgeblich mitgestalteten Verfassungsrevision 1887 zum Landammann gewählt. Als längster Amtsträger in der Geschichte des Landes Glarus drückte «[w]ährend 38 Jahren […] Landammann Eduard Blumer der kantonalen Politik seinen deutlichen Stempel auf», weshalb er neben «Bundesrat Dr. Joachim Heer der bedeutendste Glarner Staatsmann der neuern Zeit» darstellt.[1029] Als Sohn eines einstigen «Häuptergeschlechtes» und Erbe einer der erfolgreichsten Fabriken des Kantons vereinigte er «in seiner Person den Demokraten mit dem Aristokraten», insofern er zeitlebens ein engagierter Sozialpolitiker auf Kantons- und Bundesebene blieb.[1030] Aus diesem Grund waren ihm auch die Ausgestaltung des Wasserrechtes und der Wuhrpflicht wichtig. In seiner Eröffnungsrede als Landammann an der Landsgemeinde vom 7. Mai 1893 erfüllte es ihn mit

[1026] Zur Verfassungsrevision und zur Verfassung des Jahres 1887 vgl. insb. SCHIESSER, JHVG 71; MAZZOLINI, Eduard Blumer, S. 65–107; WINTELER, Geschichte des Landes Glarus, S. 569–576.

[1027] Zur Person vgl. ausführlich MAZZOLINI, Eduard Blumer; H. THÜRER, Eduard Blumer; vgl. auch FELLER-VEST/LAUPPER, HLS: Eduard Blumer; WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 580–588; KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte II, S. 284, Fn. 13. EDUARD BLUMER war, nachdem er im familieneigenen Handelshaus in Ancona tätig gewesen war, Glarner Landrat (1872–1884), Ständerat (1877–1888), Landesstatthalter (1884–1887), Landammann (1887–1925) und Nationalrat (1899–1925).

[1028] Es handelte sich um einen anderen Zweig als derjenige JOHANN JAKOB BLUMERS, vgl. dazu NABHOLZ, HBLS: Blumer. Sein Grossvater war der Kaufmann Peter Blumer (1771–1826), welcher in Ancona das grösste schweizerische Handelshaus in Italien gründete.

[1029] WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 579.

[1030] WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 579.

Stolz, dass der «Landesbeitrag für Wasserschaden an die Geschädigten verdoppelt» worden sei.[1031] Und er fuhr weiter:

> «Drei großartige Runsenverbauungen legen ehrendes Zeugnis ab von den Leistungen im Wasserbauwesen […] Mit besonderer Genugtuung verweise ich endlich auf das Gesetz über die öffentlichen Gewässer, wodurch eine bessere Ausnützung der Wasserkräfte des Landes für industrielle und öffentliche Zwecke möglich geworden ist.»[1032]

2. Memorialsantrag und Berichte

Bereits im Jahre 1854 wurde ein Memorialsantrag auf «Erlassung eines Gesetzes über die Errichtung von Wasserwerken» eingereicht (s. vorne Rz. 246).[1033] Stattdessen hatte man das Regelungsbedürfnis 1869 von zwei Enden her zu lösen versucht – über das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufer- bzw. Wasserrechtseigentümer einerseits und die Verteilung der Wuhrpflichten sowie die öffentlich-rechtliche Wasserpolizei anderseits. Diese Regelung war 1890 leicht abgeändert an das Bundesrecht angepasst worden. Doch schon 1885 wurde ein neuer Memorialsantrag gestellt: 365

> «Daß die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869 im Sinne der Einräumung erweiterter Kompetenzen für Landammann und Rath zur Regulirung der Zu- und Abflußverhältnisse der öffentlichen Gewässer, eventuell erforderlichenfalls zur Entfernung bestehender Einrichtungen gegen billige Entschädigung der Eigenthümer auf Kosten der betheiligten Wasserwerksbesitzer, ausgedehnt werde.»[1034]

Dieser wurde vom Glarner Landrat in seiner Sitzung vom 21. Januar 1885 behandelt, wobei zahlreiche Ratsherren der Ansicht waren, dass das Thema «generell behandelt werden müsse und solle».[1035] Der Antrag wurde unverändert an die Standeskommission weitergeleitet, welche ihn am 23. Januar 1885 behandelte. Dem Protokoll zufolge nahm die Stan- 366

1031 BLUMER, Reden, S. 46.

1032 BLUMER, Reden, S. 46; vgl. auch WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 588–589.

1033 Vgl. Landsgemeindememorial 1854, § 9, S. 16.

1034 Bericht Regierungsrat 1892, S. 1; zit. ebenfalls in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 48.

1035 Vgl. Landratsprotokoll vom 21. Januar 1885, zit. in Bericht Regierungsrates 1892: «Dieser Antrag ruft einer belebten Diskussion, welche zeigt, daß die Ansichten über die Tragweite desselben ziemlich auseinander gehen. Die Einen glauben, es bezwecke derselbe lediglich die Regelung der Abflußverhältnisse am Löntsch und sei deshalb blos zur Erzielung einer Verständigung hierüber unter den betreffenden Betheiligten an eine Kommission zu weisen. Andere halten dafür, daß die Frage generell behandelt werden müsse und solle und daß die bezüglichen Beschwerden der Industriellen in einer allenfalls kaum vor dem Jahre 1886 fertig zu erstellenden Enquête festgestellt werden sollen. Schließlich einigte man sich allseitig dahin, daß die Frage der Erheblichkeit dieses Antrages einstweilen noch offen zu lassen und diesen ohne Direktive an die h[ohe] Standeskommission zu weisen, in der Meinung, daß dieselbe auf eine folgende Sitzung über einen eventuellen Rückzug der Eingabe oder die Vertagung ihrer Behandlung auf das Jahr 1886 Bericht zu geben hätte» (S. 3).

deskommission eine Auslegeordnung der Haltungen vor. Die Befürworter «einer generellen Regelung» seien der Ansicht,

> «daß im Kanton eine Großzahl unbenutzter Wasserkräfte vorhanden seien und daß die bereits in den Dienst der Industrie gezogenen Wasserkräfte eine solche Steigerung erfahren könnten, daß der Wohlstand des Landes dadurch erheblich gehoben werden dürfte. Nehme man die Eingabe nach ihrem Worte generell, so erhöhe man mit einem Zuge um ein Bedeutendes die Konkurrenzfähigkeit unserer Industrie. Der Staat habe das Recht und die Pflicht, diese Materie, die er bisher vernachläßigt habe, im Interesse des Gesammtwohls gesetzgeberisch zu regeln etc.»[1036]

367 Demgegenüber glaubten die «Gegner dieser generellen Regelung» nicht nur an ein Missverhältnis zwischen den Vorteilen und den Kosten, wie etwa «Anlagekosten, Kosten der Expropriation bisher erworbener Wasserrechte».

> «Sie glauben auch, daß der Staat, der der Entwicklung der Wassergerechtigkeiten bisher passiv zugesehen, kein Recht habe, erst jetzt als Konzession ertheilender Faktor aufzutreten.»[1037]

368 Es wurde eine «im Laufe dieses Jahres durchzuführende Untersuchung über die Klagen und Wünsche der Industriellen und Werkbesitzer» angeordnet, welche Ende Mai von einer Subkommission der Standeskommission gesichtet wurde. Da «eine große Meinungsverschiedenheit unter den HH. [scil. Herren] Industriellen konstatirt» wurde, befand man einstimmig, dass zunächst eine «Expertise über die bestehenden Verhältnisse, wie auch über die allfällig zu schaffenden neuen Gesetzeszustände» anzuordnen sei, dass aber «als Experte nur eine anerkannte Autorität außerhalb des Kantons gewonnen werden könne, indem bei der Wahl eines im Kanton wohnenden Technikers schon wegen des Mißtrauens eines großen Theils der Wasserrechtsbesitzer eine ersprießliche Thätigkeit desselben von vorneherein ausgeschlossen wäre».[1038] Somit wurde der an der *Eidgenössischen Technischen Hochschule* (ETH) diplomierte Bauingenieur und damalige Zürcher Kantonsrat CONRAD BLEULER-HÜNI (1847–1921) mit der Ausarbeitung eines Berichtes beauftragt.[1039] Dieser reichte seinen *Bericht über die Wasserrechtsverhältnisse des Kantons Glarus* im Novem-

---

[1036] Vgl. Standeskommissionsprotokoll vom 23. Januar 1885, zit. in Bericht Regierungsrat 1892: «Die Gegner dieser generellen Regelung der Frage halten dafür, daß die Anhänger derselben die Vortheile der von ihnen in Aussicht genommenen Ausnutzung (geringe Kosten der Steinkohlen, Entfernung der grössern Zahl von Etablissementen von den anzulegenden Reservoirs im Vergleich zu derartigen Unternehmungen entgegenstehenden Schwierigkeiten (Anlagekosten, Kosten der Expropriation bisher erworbener Wasserrechte, sowie gewisser Arten von Etablissementen, die, wie Kunstmühlen, für einen Tag und Nacht dauernden, kontinuirlichen Betrieb Wasserzuflusses bedürfen), weit überschätzen» (S. 4).

[1037] Vgl. Standeskommissionsprotokoll vom 23. Januar 1885, zit. in Bericht Regierungsrat 1892, S. 4.

[1038] Bericht Regierungsrat 1892, S. 5–6.

[1039] Vgl. Bericht Regierungsrat 1892, S. 6. CONRAD BLEUER-HÜNI war von 1893–1911 Zürcher Regierungsrat (u.a. Sanitäts- und Baudirektor), wobei während seiner Amtszeit das Kantonale Elektrizitätswerk (EWZ) gegründet wurde. Zudem war er ein Mitbegründer der *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* (NOK). Im Jahre 1915 erhielt er für seine gesetzgeberischen Leistungen auf dem Gebiet des Wasserrechtes und der Energieversorgung die Ehrendoktorwürde der *Universität Zürich* (ILLI, HLS: Konrad Bleuer).

ber 1886 ein.[1040] Darin wurden verschiedene bauliche Verbesserungen zur effizienteren Ausnützung der Wasserkraft dargelegt. Zum Schluss jedoch erlaubte sich CONRAD BLEUER-HÜNI, noch eine gesetzgeberische Empfehlung abzugeben:

> «Zur Erreichung dieser und anderer kleinerer, hier nicht speziell aufgeführter Vortheile sollen im Kanton Glarus die gegenwärtig bestehenden Wasserlaufverhältnisse nach oben enthaltenen Vorschlägen verbessert und geändert werden. Eine solche Aenderung ist aber nur dann möglich, wenn die gesetzlichen Bestimmungen derart eingerichtet werden, daß kleinliche Hinderungsversuche von Uferanstößern, Landeigenthümers oder auch allfälligen Konkurrenten von Gesetzes wegen beseitigt werden können, d.h. es bedarf zur Erreichung besserer Zustände im Wasserbauwesen und in der Benützung der Wasserkräfte zu industriellen Zwecken eines Expropriationsgesetzes, welches die Möglichkeit bietet, daß Wasserwerksanlagen und was damit zusammenhängt, auch gegen den Willen Einzelner zur Ausführung gebracht werden können.»[1041]

Die Baudirektion legte bereits Ende Februar 1888 einen Gesetzesentwurf vor, welcher je- 369
doch zurückgezogen werden musste, «weil darin auf die bestehenden Wasserrechtsverhältnisse zu wenig Rücksicht genommen war».[1042] Aus verschiedenen Gründen verzögerte sich die Vorlage mehrfach und wurde erst im Jahre 1892 wieder aufgenommen,[1043] da man zunächst dem Gesetz von 1890 Vorrang gab.

Inzwischen hatte die Vorlage jedoch durch die technischen Fortschritte in der Erzeugung 370
elektrischer Energie und die schlechte Wirtschaftslage der Industrie neue Bedeutung erhalten.[1044] Laut dem *Bericht des Regierungsrathes an den h. Landrath des Kts. Glarus über den Entwurf eines Gesetzes betreffend Benützung der Gewässer* von 1892 ging es nunmehr

---

1040 Vgl. BLEUER-HÜNI, Bericht über die Wasserrechtsverhältnisse.

1041 BLEULER-HÜNI, Bericht über die Wasserrechtsverhältnisse, S. 48.

1042 NGZ vom 15. Februar 1892, Nr. 38, S. 1.

1043 Vgl. dazu die Erklärung im Bericht Regierungsrat 1892: «Am 1. Februar 1887 theilte die Standeskommission dem Landrathe mit, daß sie noch keine Zeit gefunden habe, die Wasserrechts-Enquête, welche nun abgeschlossen und in nächster Zeit den Mitgliedern des Landrathes und den Betheiligten zugestellt werde, zu behandeln, geschweige denn ihre Anträge an die diesjährige Landsgemeinde festzustellen. […] Die Vorbereitung für das Jubiläums-Fahrtsfest in Näfels etc. nahmen uns so in Anspruch, daß wir an eine Vorlage an den Landrath nicht denken durften und beliebten wir daher dem Landrathe am 1. März Verschiebung des Traktandums für die Landsgemeinde 1888, womit sich der Landrath laut Beschluß vom 7. März einverstanden erklärte. […] Diese Vernehmlassung blieb aber so lange aus, daß sub 14. Febr. 1891 die Herren Industriellen nochmals durch ein zweites Zirkular gemahnt werden mußten. Unter diesen Umständen und da die Traktanden der Landsgemeinde ohnehin reichlich belastet waren, blieb die Berathung im Regierungsrathe und die Vorlage an den h[ohen] Landrath bis heute zurück (S. 6–7).

1044 Vgl. Bericht Regierungsrat 1892: «Seit der Bericht des Herrn Oberst Bleuler geschrieben wurde, hat die Erzeugung der elektrischen Kraft und deren Ausnutzung große Fortschritte gemacht, welche in verschiedenen Zuflüssen der Linth, im Sernft und seinen Zuflüssen, am Strengenbach und am Löntsch Verwerthung finden und nicht blos dem Großindustriellen, sondern auch dem Kleingewerbe dienen dürften» (S. 9).

vorrangig um wirtschaftspolitische Fragen, zu deren Förderung der Staat nach Art. 21 KV GL 1887 verpflichtet war.[1045] Er schrieb:

> «Seit langen Jahren waren die Wasserkräfte infolge der neuen, mehr Kraft absorbirenden Maschinen und ungünstigen Winter so ungenügend, daß sie bei Weitem nicht zum vollen Betriebe der Etablissemente hinreichten. […] Mit gewaltigen Summen wurden Dampfmaschinen eingestellt und bei den hoch gestiegenen Kohlenpreisen betrieben, ohne daß unsers Wissens auch diese theuer gewonnene Kraft im Allgemeinen ausgereicht hätte. Es hat daher der Staat nach § 21 der Kantonsverfassung die höchste Pflicht, dafür zu sorgen, daß die theure und für den Bezug unsichere Kohle durch die im eigenen Lande vorhandene Kraft in möglichstem Umfange ersetzt werde. […] Die Berechtigung des Staates ruht durchaus auf gesetzlichem Fundamente. Vergleichen Sie die Art. 20, 21 und 8 der Kantonsverfassung.»[1046]

371 Landammann EDUARD BLUMER, der Verfasser dieses Berichtes, schloss denn auch mit den Worten:

> «Ist es doch gerade die gegenwärtige gedrückte Lage der Industrie, welche es uns zur heiligsten Pflicht macht, Alles zu versuchen, was geeignet ist, diese Industrie lebensfähig zu erhalten. Nicht Einzelne und nicht Viele, nein, wir Alle sind dabei interessirt! So sind unsere Ansichten und dahin sind unsere Bestrebungen gerichtet. Wir zweifeln nicht, Sie auf dem gleichen Wege zu finden.»[1047]

3. Diskussion

3.1 Der versuchte Systemwechsel der Glarner Wasserrechtsordnung

372 Es scheint, dass dem ambitionierten Demokraten EDUARD BLUMER, welcher mit der Totalrevision der Kantonsverfassung von 1887 schon einmal einen Coup gelungen war, auch hier eine Art von Totalrevision vorschwebte. Mehr noch, da es sich ja nicht um die Totalrevision eines einzelnen Gesetzes als vielmehr eines Gesamtsystems handelte: Ein «Systemwechsel» im Sinne eines Wechsels von einer privatrechtlichen zu einer rein öffentlichrechtlichen Wasserrechtsordnung, in welcher das Verfügungsrecht über die öffentlichen Gewässer dem Gemeinwesen zusteht, wie dies wahrscheinlich bereits im Jahre 1854 versucht worden war (s. vorne Rz. 246). Der erste *Entwurf des Regierungsrates vom 6. Februar 1892* war auf eine Weise formuliert, dass er – wie die *Neue Glarner Zeitung* schrieb – «die Schranken des bisanhin bestehenden Privatrechtes durchbrach und die Gesetzgebung

[1045] Vgl. Art. 21 KV GL 1887: «Es ist Aufgabe der Gesetzgebung, Landwirthschaft, Industrie, Handel und Gewerbe nach Möglichkeit zu heben, sowie die Wohlfahrt des Volkes zu fördern.»

[1046] Bericht Regierungsrat 1892, S. 10.

[1047] Bericht Regierungsrat 1892, S. 14.

über diese Materie auf einer ähnlichen Grundlage aufbaute, wie sie z.B. im Kanton Zürich seit Jahrzehnten besteht».[1048]

373 Ein solcher Systemwechsel wäre zu diesem Zeitpunkt durch eine konsequente Weiterentwicklung, ja Vollendung des 1869 eingeführten Konzeptes der «öffentlichen Gewässer» (s. vorne Rz. 332 ff.) denkbar gewesen, doch wurde darauf verzichtet. Scheinbar hatte sich bereits 1892 die Überzeugung durchgesetzt, dass die «öffentlichen Gewässer» in Verbindung mit der wasserpolizeilichen Aufsicht ungeschickt eingeführt worden waren (s. vorne Rz. 352 ff.). Stattdessen führte der Regierungsrat in § 1 seines Entwurfes eine über eine reine wasserpolizeiliche Bewilligung hinausreichende Bewilligung zur Nutzung der Wasserkraft «eines Gewässers» ein.[1049] Da diese staatliche Bewilligung nur «Neuanlagen» und «Veränderungen» betraf, sollten in § 4 alle «Grund der bestehenden Gesetze wohlerworbenen und rechtmäßig benutzten Wasserrechte […] unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Gesetzes auch in Zukunft» gewährleistet bleiben.[1050] Doch handelte es sich klar um ein Übergangsregime, denn das bisherige Recht sollte abgelöst werden. § 18 zielte darauf, das Werk JOHANN JAKOB BLUMERS zu beseitigen:

> «Die §§ 54 bis 59 des bürgerlichen Gesetzbuches treten, soweit sie mit diesem Gesetze im Widerspruche stehen, außer Kraft.»[1051]

374 Dies betraf den ganzen wasserrechtlichen Abschnitt des BGB GL 1869, sofern es «im Widerspruche» zum neuen Gesetz stand. Was war damit gemeint? Für die *Neue Glarner Zeitung* war es unmissverständlich:

> «Sie vollzog den Bruch mit den bisher geltenden Anschauungen in ziemlich klarer und präziser Weise und setzte die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches außer Kraft, welche den wesentlichen Inhalt des Privatrechtes in dieser Materie bilden.»[1052]

375 In dem Bericht des Regierungsrates, welcher dem Entwurf beilag, wurde jedoch versichert, dass «das Eigenthumsrecht des Anstößers am Wasser nach §§ 54 ff. des bürgerlichen Gesetzbuches von 1869 weder vom frühern Entwurf der Baudirektion noch durch unseren Entwurf aufgehoben» sei.[1053] Und tatsächlich sah der Entwurf keinen Artikel vor, welcher die Eigentumsverhältnisse der Gewässer im Kanton Glarus neu geordnet hätte.

[1048] NGZ vom 5. Mai 1892, Nr. 104, S. 1.

[1049] § 1 Entwurf des Regierungsrates 6. Februar 1892: «Zur Benützung eines Gewässers für die Betreibung von Wasserwerken bedarf es bei allen Neuanlagen und bei Veränderung schon bestehender Einrichtungen der staatlichen Bewilligung» (in: Bericht Regierungsrat 1892, Anhang: S. 3).

[1050] § 4 Entwurf des Regierungsrates 6. Februar 1892, in: Bericht Regierungsrat 1892, Anhang: S. 3.

[1051] § 18 Entwurf des Regierungsrates 6. Februar 1892, in: Bericht Regierungsrat 1892, Anhang: S. 7.

[1052] NGZ vom 5. Mai 1892, Nr. 104, S. 1.

[1053] Bericht Regierungsrat 1892, S. 10.

376 Der *Entwurf der landräthlichen Kommission vom 8. März 1892* sah in § 17 eine bedingungslose Streichung zumindest einzelner Paragraphen des BGB GL 1869 vor:

> «Durch dieses Gesetz werden die Bestimmungen der §§ 55, lemma 3, 57, 58 und 59 des bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben.»

377 Die Landratskommission ging in ihrem *Bericht und Entwurf zu einem Gesetze betreffend die Benutzung der Gewässer* von 1892 noch weiter, indem sie diese Garantie der privatrechtlichen Nutzungsrechte an den Kopf des Gesetzes setzten:

> «Selbstverständlich mußte dabei vor Allem den bestehenden Verhältnissen in unserm Kanton Rechnung getragen und durften wohlerworbene Rechte nur in soweit alternirt werden, als dies die Erreichung des vorgesteckten Zieles absolut erfordert. Daß auch das Letztere nur in der Weise ermöglicht ist, daß die dadurch Betroffenen schadlos gehalten werden, entspricht wiederum nur den Forderungen von Gerechtigkeit und Billigkeit. Wir stellen deshalb an die Spitze des neuen Gesetzes die Bestimmung, daß die auf Grund der bisher bestandenen Gesetze wohlerworbenen Wasserrechte auch in Zukunft gewährleistet bleiben sollen und lassen die hiefür maßgebenden Vorschriften der §§ 54 und 55, lemma 1 und 2 des bürgerl. Gesetzbuches, weiterhin zu Recht bestehen.»[1054]

3.2 Die Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung

a. Die erste Lesung

378 In seiner Sitzung vom 16. März 1892 behandelte der Landrat die Gesetzesentwürfe des Regierungsrates und der Landratskommission.[1055] § 1 des Entwurfes der Landratskommission sicherte die wohlerworbenen Wasserrechte zu, was beim Entwurf des Regierungsrates in § 4 geschah:

> «Die auf Grund der bestehenden Gesetze wohlerworbenen Wasserrechte bleiben unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Gesetzes auch in Zukunft gewährleistet.»[1056]

1054 Bericht Landratskommission 1892, S. 9.

1055 Vgl. NGZ vom 16. März 1892, Nr. 64, S. 1–2.

1056 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892. Ein Antrag auf Streichung der Worte «unter Vorbehalt der Bestimmungen des Gesetzes» wurde mit der Begründung abgelehnt, dass «durch verschiedene Bestimmungen des Entwurfes ein Theil der bisherigen Privatrechte habe eingeschränkt werden müssen, um den mit dem Gesetze beabsichtigten Zweck zu erreichen», wobei es sich «beim vorliegenden Entwurfe nicht um die Eigenthumsrechte an den Gewässern, vielmehr um die Regelung der Benutzung der Gewässer handelt und die Rechte des Staates hiebei logischerweise in den Vordergrund gehören (Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 438).

Sogleich formierte sich Widerstand gegen den darin zum Ausdruck kommenden Vorbehalt: 379

> «Redner [sic] zieht die klaren Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, das solche Rechte unbedingt schütze, vor. Er verwahrt sich gegen die Möglichkeit, alte Wasserrechte zu expropriieren und die Industriellen so zu schädigen.»[1057]

Die Angst vor Eingriffen in die bestehenden Privatrechte war gross, weshalb sich der Landesstatthalter zur Erinnerung genötigt sah, man würde vorliegend «nur die Benutzung der Gewässer, nicht das Eigenthum daran behandeln».[1058] Insofern machte es nur einen minimen gesetzessystematischen, wohl aber einen politischen Unterschied, dass der Entwurf der Landratskommission «die wohlerworbenen Rechte in die erste Linie stellte, der Regierungsrath im Gegensatz dazu die staatliche Aufsicht».[1059] Nach einer Diskussion darüber, welche Interessen zuerst kommen sollten, wurde die Gewährleistung der bisherigen Privatrechte an die Spitze des Gesetzes gestellt. Dies solle, so ein Votum im Landrat, «zur Beruhigung des ängstlichen Theils der zunächst interessierten Kreise diene[n] und der Opposition an der Landsgemeinde die Spitze breche[n]. Es erscheine auch logisch, richtiger, den Entwurf auf dem bisher geltend gewesenen Recht aufzubauen, was durch den Entwurf der Commission geschehe.»[1060] Dies wurde im Landsgemeindememorial noch einmal bestätigt.[1061] 380

b. Das Umdenken

Wie die die *Neue Glarner Zeitung* schrieb, kam es zwischen den ersten Entwürfen und der gemeinsamen Beratung zwischen Regierungsrat und Landratskommission zu einem bemerkenswerten Umdenken: 381

> «In diesem [scil. gemischtes Gremium zwischen Regierungsrat und Landratskommission] vollzog sich nun ein Umschwung; es brach sich der Gedanke Bahn, daß man ein Gesetz, um nicht

---

1057 NGZ vom 16. März 1892, Nr. 64, S. 1.

1058 NGZ vom 16. März 1892, Nr. 64, S. 1; vgl. Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 16. März 1892: «Mit Rücksicht darauf, dass es sich beim vorliegenden Entwurfe nicht um die Eigenthumsrechte an den Gewässern, vielmehr um die Regelung der Benutzung der Gewässer handelt […]» (§ 185, S. 440).

1059 NGZ vom 16. März 1892, Nr. 64, S. 1.

1060 Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 16. März 1892, § 185, S. 440; vgl. auch NGZ vom 16. März 1892: «§ 1 der Kommission wurde an die Spitze gestellt, um allfällige Befürchtungen der Wasserrechtsbesitzer zu beseitigen. […] Hr. Major Spälty tritt kurz auf die Geschichte des vorliegenden Entwurfes ein; er zeigt, daß nur unter vollster Berücksichtigung der bestehenden Rechte auf eine Annahme des Gesetzes durch die betroffenen Kreise zu rechnen sei» (Nr. 64, S. 1).

1061 Vgl. Landsgemeindememorial 1892: «An die Spitze des Gesetzes (§ 1) stellen wir den Grundsatz, daß auf Grund der bestehenden Gesetze wohl erworbene Wasserrechte auch in Zukunft gewährleistet werden. Wie schon erwähnt, betrachten wir speziell auch die Schaffung von Verdienstquellen als im öffentlichen Wohl gelegen» (§ 10, S. 50).

> in Kollision mit garantirten Rechten zu gerathen und bei der Landsgemeinde durchzudringen, auf den bisherigen Grundlagen aufbauen und erworbene Rechte rund und nett gewährleisten müsse. Infolge dessen wurde der Entwurf einer ziemlich durchgreifenden Umarbeitung unterzogen.»[1062]

382 Präsident der Landratskommission war der damalige Landrat und Nationalrat *Rudolf Gallati* (1845–1904),[1063] welcher in Zürich, Heidelberg und Leipzig Rechtswissenschaften studiert hatte, und politisch als «radikal-demokratisch» bezeichnet wurde.[1064]



Abb. 13:
Rudolf Gallati.

383 Es scheint, dass er als Kommissionspräsident «der Arbeit wohl den Stempel aufgedrückt und einen maßgebenden Einfluß auf dieselbe ausgeübt hatte». Sein Fernbleiben der zweiten Kommission war gemäss der *Neuen Glarner Zeitung* für den «Umschwung» verantwortlich.[1065] In diesem Zusammenhang ist zumindest auffällig, dass er auch an der zweiten Lesung im Landrat als entschuldig vermerkt ist.[1066] Dies allein kann aber nicht der einzige Grund gewesen sein. Was war geschehen?

384 Die wirtschaftspolitische Bedeutung der Vorlage, wie sie unmissverständlich aus den Berichten hervorging, war allen Ratsherren bewusst und wurde auch mehrfach in den Voten hervorgehoben:

> «Die große Bedeutung des Antrages wurde sofort erkannt, ein Redner im Landrath bemerkte, die Lösung dieser Frage erscheine als eine wahre Brodfrage für unser industrielles Land, aber

1062 NGZ vom 5. Mai 1892, S. 1.

1063 Vgl. Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 17. Februar 1892, § 168, S. 412.

1064 Vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Rudolf Gallati.

1065 NGZ vom 5. Mai 1892, S. 1.

1066 Vgl. Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 20. März 1892: «Beim Anfangsappell fehlen a. entschuldigt: Herr Landrath R. Gallati, Glarus […]» (§ 190, S. 446).

> es zeigte sich auch sofort, daß einer rationellen Lösung große Schwierigkeiten im Wege stehen, weil die Wasserrechte bei uns nicht dem Staate, sondern den Privaten gehören.»[1067]

Diese wirtschaftspolitische «Brodfrage» blieb *ratio legis* des Gesetzes, wie noch einmal im Landsgemeindememorial festgehalten wurde: 385

> «Die schwierige Lage, in der sich unsere Industrien in Folge der Zollverhältnisse der großen Nachbarstaaten befinden, macht es uns doppelt zur Pflicht, Alles aufzubieten, um die Lebensbedingungen für unsere Industrie möglichst günstig zu gestalten; hiezu gehört nun vor Allem, die uns von der Natur gebotenen Vortheile vollständig auszunützen, als statt der theuren und unsichern Kohle so viel als möglich die Wasserkräfte zu benützen.»[1068]

Es scheint, dass sowohl der Regierungs- wie auch der Landrat angesichts dieser Bedeutung und dem Widerstand der Industriellen mit dem Durchbringen dreier zentraler gesetzlicher Neuerungen im Rahmen einer Teilrevision sich begnügten. Dafür spricht auch das Eingeständnis Landammann EDUARD BLUMERS in seiner Eröffnungsansprache zur Landsgemeinde des Jahres 1892: 386

> «Leider hat der Staat in unserm Kanton nicht früh genug die ihm gebührende Stellung eingenommen, heute müssen die inzwischen wohlerworbenen Privatrechte gewahrt bleiben, doch schafft das neue Gesetz nun die Möglichkeit dieselben gegen volle Entschädigung größern und allgemeinen Interessen unterzuordnen.»[1069]

c. Die zweite Lesung

In der Sitzung vom 30. März 1892 erstattete Landammann EDUARD BLUMER über den angepassten Entwurf mündlichen Bericht.[1070] Nunmehr war klar, dass nicht nur die bereits bestehenden Rechte als wohlerworbene Rechte geschützt werden sollten, sondern dass – mit Ausnahme von § 55 Abs. 3 BGB GL 1869[1071] – vielmehr die ganze privatrechtliche 387

[1067] Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 48; und noch einmal im selben Landsgemeindememorial: «Als öffentliches Interesse erscheint in unserm Kanton offenbar nicht nur die Verwendung direkt für die öffentliche Verwaltung, sondern auch die Verwendung zur Vermehrung und Verbesserung der Wasserverhältnisse der Klein- und Großindustrie – in That und Wahrheit die größte Brodfrage in unserm Kanton» (S. 49); vgl. auch vorne Fn. 862.

[1068] Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 49.

[1069] Zit. in NGZ vom 9. Mai 1892, Nr. 107, S. 1; ebenfalls zit. in GN vom 9. Mai 1892, Nr. 107, S. 1.

[1070] Vgl. Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 30. März 1892: «Über diesen Entwurf erstattet Hr. Landammann E. Blumer mündlich Bericht» (§ 191, S. 448).

[1071] Mit Ausnahme des § 55 Abs. 3 BGB GL 1869, welcher in § 11 GBG GL 1892 einging; vgl. dazu Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 30. März 1892: Schwieriger sei die Lösung der Frage, inwieweit die Bestimmungen des III. Abschnittes des bürgerl. Gesetzbuches infolge des neuen Gesetzes zu derogiren seien. Nach reiflicher Prüfung dieser Frage sei die Commission zu dem Schlusse gelangt, dass der III. Abschnitt des bürgerl. Gesetzbuches mit Ausnahme des III. Lemma von § 55, welches im Entwurf mit § 11 verschmolzen sei, in Kraft zu verbleiben habe […]» (§ 191, S. 448).

Wasserrechtsordnung des BGB GL 1869 gewahrt bleiben sollte: «An diesen Grundsätzen haben wir nicht gerüttelt», heisst es dazu im Landsgemeindememorial, «und bleiben dieselben auch fortan unverändert bestehen».[1072]

388 Letztlich scheint der Grund eben die im selben Streit sich vollziehende, nicht abgeschlossene Emanzipation des öffentlichen Rechts vom Privatrecht gewesen zu sein, welche im Wasserrecht des Kantons Glarus noch schwieriger zu vollziehen war. Gemäss dem Protokoll des Landrates verzichtete man darauf, weil

> «die Entscheidung von Eingenthumsfragen durchaus nicht den richterlichen Organen entzogen und auf die Administrativbehörden übertragen werden könne, wenn nicht in der Kantonsverfassung und der Civilprozessordnung Änderungen in größtem Umfange erleiden sollen. Das richterliche Verfahren biete in Bezug auf die Beurtheilung wichtiger Eigenthumsfragen weit bessere Garantien als dies bei einem administrativen Verfahren der Fall wäre.»[1073]

389 Also auch hier wieder ein starkes Bekenntnis zum Privatrecht und zum Eigentum. Somit kam es zu einer Teilrevision der Glarner Wasserrechtsordnung, welche das bestehende privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer nicht ersetzte, sondern dieses vielmehr ergänzte. Wie die *Neue Glarner Zeitung* schrieb:

> «Wenn man die ganze geschichtliche und rechtliche Entwicklung betrachtet, welche diese Dinge in unserm Kanton genommen haben, so konnte der Staat aber auch nicht von heute auf morgen die Hand über die Wasserrechte schlagen und den erworbenen privatrechtlichen Titel in eine ihrer Natur nach völlig verschiedene staatliche Konzession umwandeln.»[1074]

d. Die Annahme des Gesetzes

390 Die Annahme des Gesetzes an der Glarner Landsgemeinde vom 8. Mai 1892 vollzog sich «ohne besondern Zwischenfall» und «stillschweigend».[1075]

1072 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 50.

1073 Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 30. März 1892, § 191, S. 448.

1074 NGZ vom 5. Mai 1892, Nr. 104, S. 1.

1075 NGZ vom 9. Mai 1892: «Der verblüffende Ausgang der Verhandlung [scil. über die Sernftalbahn] rief am Ringe Erstaunen und Unruhe hervor, die Reihen, bis dahin fest geschlossen, lichteten sich und ohne besondern Zwischenfall wurden stillschweigend angenommen die Subvention an die Rüfiruns, das Gesetz über die Benutzung der öffentlichen Gewässer […]. Um halb 1 Uhr schon konnte der Landammann die Landsgemeinde für geschlossen erklären, so rasch, daß nur noch einigem warten […] der Zug der Regierung sich ordnen und in Bewegung setzen konnte» (Nr. 107, S. 3); vgl. auch das Landsgemeindeprotokoll 1889–1907, Landsgemeinde vom 8. Mai 1892: «Nachdem von keiner Seite die über diesen Gegenstand eröffnete Diskussion benutzt worden, wird der vorstehende Entwurf als zum Gesetz erhoben erklärt, dessen Publikation im Amtsblatt & Aufnahme in die amtliche Sammlung zu erfolgen hat. Der gleichzeitig angenommene revidirte Art. 8 der kantonalen Verfassung ist der Bundesversammlung zur Genehmigung einzureichen» (§ 10, S.113).

4. Die gesetzlichen Neuerungen

Das *Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892* (GBG GL 1892) brachte we- 391
sentlich drei Neuerungen zur bisherigen Wasserrechtsordnung: (1.) Eine ausgedehnte staatliche Bewilligung, (2.) eine Erweiterung des Expropriationsrechtes und (3.) die Schaffung von Zwangskorporationen.[1076]

4.1 Die erweiterte staatliche Bewilligung

Die vom Regierungsrat erteilte staatliche Bewilligung, wie sie zuerst in § 3 des *Gesetzes* 392
über die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869 und dann, in fast identischem Wortlaut, in § 3 des *Gesetzes über die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz* von 1890 geregelt worden war, wurde im Wesentlichen in § 2 Abs. 1 und 3 beibehalten.[1077] Sie wurde aber auch um eine energiewirtschaftliche Dimension ergänzt: In Anbetracht der wirtschaftspolitischen Zweckbestimmung des GBG GL 1892 sollte die staatliche Bewilligung nicht «blos [sic] an polizeiliche Bedingungen geknüpft» werden, sondern es sollte «Vorlage nun auch das wirthschaftliche Interesse in Berücksichtigung gezogen» werden.[1078] Ja, diese Bedingung wurde in § 2 Abs. 4 der polizeilichen Bedingung sogar vorangestellt:

> «Bei Erledigung daheriger Gesuche ist darauf zu achten, daß die betreffenden Anlagen mit einer möglichst wirthschaftlichen Benützung der vorhandenen Wasserkraft in Uebereinstimmung stehen. Es ist ferner zu prüfen, ob das Projekt in gesund- und feuerpolizeilicher Hinsicht den öffentlichen Interessen entspreche und ob dadurch die Uferversicherungen und die allgemeine Sicherheit nicht gefährdet werden.»[1079]

Dies änderte nichts am rechtlichen Charakter der Polizeierlaubnis.[1080] Dennoch scheint hier 393
schon der im Gesetz nicht verwendete Begriff der «Konzession» Eingang in den Glarner

---

1076 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 50.

1077 § 2 Abs. 1 und 3 GBG GL 1892: «[Abs. 1] Zur Benützung eines Gewässers für die Betreibung von Wasserwerken bedarf es bei allen Neuanlagen und bei solchen Veränderungen schon bestehender Einrichtungen, welche einen Einfluß auf den Wasserstand, den Wasserlauf oder die Abflußverhältnisse ausüben, der staatlichen Bewilligung. […] [Abs. 3] Die staatliche Bewilligung wird vom Regierungsrath ertheilt» (zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892).

1078 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 50.

1079 § 2 Abs. 4 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892.

1080 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Der Zweck der Bewilligung wird damit auf das Gebiet der Wasserwirtschaft ausgedehnt. Die Bewilligung hat nicht einen ausschließlich wasserbaupolizeilichen Charakter, sondern schließt auch eine wasserwirtschaftliche Erlaubnis in sich. An ihrer rechtlichen Qualifizierung als Polizeierlaubnis ändert dies jedoch nichts. Die

Volksmund gefunden zu haben, wie sich bereits in der Berichterstattung der *Neuen Glarner Zeitung* zeigt:

> «Was die Konzessionierung von Seite des Staates anbetrifft, so beschränkt sich dessen Befugniß darauf, zu prüfen, ob die projektirten Anlagen mit einer möglichst wirthschaftlichen Benutzung der vorhandenen Wasserkraft – ein etwas elastischer Begriff – in Uebereinstimmung stehen oder nicht, ob das Projekt in gesundheits- und feuerpolizeilicher Hinsicht den öffentlichen Interessen entspreche und ob dadurch die Uferversicherungen und die allgemeine Sicherheit nicht gefährdet werden.»[1081]

394 Zur Sicherung der bestehenden Privatrechte wurde in Abs. 2 der Rechtsweg über die Zivilgerichte festgehalten:

> «Der Entscheid über allfällige Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der kompetenten Gerichte.»[1082]

395 Diese privatrechtliche Zusicherung stand der Oberaufsicht der Gewässer nicht im Wege, da es bei der polizeilichen Bewilligung ja nicht um Eigentumsrechte ging.[1083] Wo die polizeilichen Bedingungen nicht erfüllt waren, konnte die Bewilligung gemäss Abs. 5 entweder «an sichernde Bestimmungen geknüpft» oder aber «ganz verweigert» werden.[1084] Und wo die Eigentumsverhältnisse wirtschaftspolitischen oder polizeilichen Interessen im Wege stehen sollten, konnte nunmehr enteignet werden.[1085]

4.2 Das Enteignungsrecht

396 Das *Gesetz über die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer* von 1869 hatte in § 5 lediglich die «Beseitigung, beziehungsweise […] Anbringung sichernder Vorkehrun-

---

Polizeierlaubnis kann sehr wohl, wenigstens nebenbei, in den Dienst volkswirtschaftlicher Zwecke gestellt werden, wie das zum Beispiel bei der Baupolizei der Fall ist» (S. 26).

1081 NGZ vom 5. Mai 1892, Nr. 104, S. 1.

1082 § 2 Abs. 2 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892.

1083 Vgl. Landsgemeindememorial 1892: «Der Entscheid über allfällige Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der kompetenten Gerichte. Es ist die Befürchtung geltend gemacht worden, dieser Vorbehalt der Privatrechte und deren Feststellung durch den Richter könnte den Werth dieser Vorlage wieder illusorisch machen. Wir theilen diese Auffassung durchaus nicht. Es muß laut Verfassung und Gesetzen die Eigenthumsfrage allerdings jeweilen durch den ordentlichen gerichtlichen Instanzenzug erledigt werden […]» (§ 10, S. 50).

1084 § 2 Abs. 5 GBG GL 1892: «Für Wasserwerke, welche die Benützung der vorhandenen Wasserkräfte oder die Korrektion einer Fluß- oder Bachstrecke für die Zukunft erschweren oder unmöglich machen, können an die Bewilligung entweder sichernde Bestimmungen geknüpft oder es kann die Bewilligung ganz verweigert werden» (zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 53; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892).

1085 Vgl. Landsgemeindememorial 1892: «[…] aber dieses Eigenthum kann ja expropriiert werden, wo dasselbe einer richtigen Anlage hinderlich sein sollte» (§ 10, S. 50).

gen» für gefährliche Wasserwerke vorgesehen.[1086] Das *Gesetz über die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz* von 1890 hatte daneben noch in § 11 die Verpflichtung zur zeitweisen oder dauernden Abtretung von Boden für Sicherungsarbeiten gekannt.[1087] Erst aber das GBG GL 1892 führte mit § 3 eine eigentliche Enteignung ein:

> «Für im öffentlichen Wohl liegende Unternehmungen können Wasserkräfte und Wasserwerke nebst baulichen Anlagen, sowie das für die Nutzbarmachung oder Uebertragung der Kraft an einen andern Ort erforderliche Grundeigenthum oder Rechte auf dem Wege der Zwangsveräußerung gegen volle Entschädigung erworben werden.»[1088]

Auch hier fällt auf, dass das Gesetz mit Verweis auf das «öffentliche Wohl» über das für die wasserbaupolizeiliche Sicherheit Notwendige hinausgeht. Offenbar war es der Wille, dass zur Förderung der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt dort ein Wasserwerk enteignet werden solle, «wo dasselbe einer richtigen Anlage hinderlich sein sollte».[1089] Mit «richtig» meint Landammann EDUARD BLUMER, der Verfasser des Landsgemeindememorials,[1090] neben der Grösse wohl auch dessen energiewirtschaftliche Bedeutung als höherrangiges, öffentliches Interesse: 397

> «Geschieht dies nicht, so müßte man riskiren, daß unter Umständen selbst das bescheidenste bestehende Wasserwerk oder ein kleines Etablissement von geringem Werthe die Ausführung eines großen, zum allgemeinen Wohle dienenden Werkes einfach unmöglich machen könnte.»[1091]

Zu diesem allgemeinen Wohle aber musste ebenfalls der Art. 8 der Kantonsverfassung angepasst werden.[1092] Dies war nötig, weil die Eigentumsgarantie gemäss Art. 8 KV GL 1887 398

1086 § 5 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; abgedruckt in Appendix IV: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869.

1087 Vgl. § 11 Abs. 1 GBG GL 1892: «Die Gemeinden, Tagwen, Privaten oder Korporationen sind verpflichtet, den für Vornahme von Sicherungsarbeiten oder Korrektionen benöthigten Boden und das hierfür erforderliche Material sowie den zur Ablagerung und zum Transport benöthigten Boden gegen gerechte und billige Entschädigung dauernd oder zeitweise abzutreten» (zit. in Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 55; abgedruckt in Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890).

1088 § 3, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 53.

1089 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 50.

1090 Vgl. WINTELER, Geschichte des Lands Glarus II: «Er [scil. Landammann Eduard Blumer] betrachtete die Abfassung der Memoriale, öfters geradezu kleine Bücher, die jeden Stimmberechtigten vor den Verhandlungen in die Hände gegeben werden, als eine der liebsten Pflichten seines Amtes» (S. 587).

1091 Bericht Landratskommission 1892, S. 10.

1092 Vgl. NGZ vom 16. März 1892: «§ 3 enthält den Grundsatz, daß Wasserrechte der Expropriation unterliegen. Hier glaubt Hr. Reg.-Rath Legler, es sei unter Umständen eine Verfassungsrevision nöthig, da in der Verfassung (§ 8) den Gesellschaften und Privaten nur die Expropriation von Grundeigenthum zugestanden sei» (Nr. 64, S. 2).

eine Enteignung nur für «Grundeigenthum oder dazu gehörige Rechte» vorsah.[1093] Da die ursprünglich auf dem Ufergrundstück liegenden Wasserrechte aber unabhängig vom Grundstück gehandelt werden konnten, würden diese ausserhalb des Verfassungswortlautes fallen und damit den Sinn des Gesetzes untergraben.[1094] Daher sollte das verfassungsmässige Enteignungsrecht neu schlicht «Grundeigenthum oder Rechte» umfassen.[1095] Gleichwohl sollten diese Rechte in vollem Umfang unter die Wertgarantie fallen, so denn auch ein Antrag auf Anpassung des Wortlautes in «gerechte und den Verhältnissen entsprechende Entschädigung» abgelehnt wurde.[1096]

399 Ebenso musste der bisherige Wortlaut von Art. 8 KV GL 1887 geändert werden, weil dieser die Enteignungsrechte dem «Staate, Gemeinden oder Korporationen» zusprach, wobei gemäss Abs. 2 die Landsgemeinde «auch Gesellschaften oder Privaten, welche ein im öffentlichen Interesse liegendes Werk ausführen wollen», das Enteignungsrecht einräumen konnte. Der revidierte Art. 8 KV GL 1887 stellte das Enteignungsrecht kurz und bündig «dem Staate, Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften oder Privaten» zu, ohne dies an eine verfassungsmässige Kompetenz der Landsgemeinde zu knüpfen. Die Erklärung dafür ist, dass «in Zukunft nicht nur der Landsgemeinde, sondern eventuell auch den Behörden

---

1093 Art. 8 KV GL 1887: «Das Eigenthum ist unverletzlich. Das Gesetz bestimmt die Fälle, in denen aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen gerechte und volle Entschädigung dem Staate, Gemeinden oder Korporationen Grundeigenthum oder dazu gehörige Rechte abzutreten sind. [Abs. 2] Die Landsgemeinde kann auch Gesellschaften oder Privaten, welche ein im öffentlichen Interesse liegendes Werk ausführen wollen, das Recht einräumen, die Abtretung des hiefür erforderlichen Grundeigenthums zu verlangen. [Abs. 3] Vorbehalten bleiben die bezüglichen Bestimmungen der Bundesverfassung und der Bundesgesetzgebung.»

1094 Vgl. Landsgemeindememorial 1892: «Unsere Gesetzesvorlage bedingt nun aber auch eine Aenderung vom bisherigen Art. 8 der Verfassung, dessen zweites lemma den Art. 3 und 5 des vorliegenden Gesetzes nicht genau entspricht, indem im alten § 8 der Verfassung lediglich für Grundeigenthum, nicht auch für Rechte, ohne Erwerb des Grundeigenthums, ein Exproptiationsrecht […] statuirt wurde […]» (§ 10, S. 52).

1095 Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52.

1096 Landratsprotokoll 1892, Sitzung vom 30. März 1892: «Ein zu diesem Artikel gestellter Antrag, die Worte ‹gerechte und volle Entschädigung› als zu weitreichend zu ersetzen durch ‹gerechte und den Verhältnissen entsprechende Entschädigung› wird gegenüber der Vorlage der gemeinsamen Commission mit großer Mehrheit abgelehnt und es wird letztern demgemäss unverändert der Landesgemeinde zur Annahme empfohlen» (§ 192, S. 450–451); vgl. auch schon den Bericht der Landratskommission 1892: «Anderseits kann man unseres Erachtens um so beruhigter so weit gehen, als mit Bezug auf bestehende Wasserwerke und Etablissemente von bedeutendem Umfange und bedeutendem Werthe nicht so bald von dieser Gesetzesbestimmung Gebrauch gemacht werden dürfte, und als jeder, der zur Abtretung genöthigt wird, Anspruch auf volle und ganze Entschädigung hat» (S. 10); vgl. auch das Landsgemeindememorial 1892: «Ohne Entschädigung soll freilich über das Eigenthum Anderer nicht verfügt werden können» (§ 10, S. 50).

(Regierungsrath mit Rekurs an den Landrath) eingeräumt wird, die Bewilligung zur Expropriation an Gemeinden, Gesellschaften oder Privaten zu ertheilen».[1097]

Dies wurde im Gesetz über die in den §§ 4 und 5 geregelte Kaskadenordnung des Enteig- 400
nungsrechtes auch getan.[1098] Nach § 4 Abs. 1 steht die «Befugniß, die bezeichnete Expropriation zu verlangen, die dadurch erworbenen Rechte zu benützen oder weiter zu begeben, […] zunächst dem Staate zu». Macht der Staat bzw. der Kanton «von seinem Vorrechte keinen Gebrauch», so können gemäss Abs 2 «die Gemeinden, und wenn auch die Gemeinden darauf verzichten, Gesellschaften und Privaten die Expropriation nachsuchen».[1099] Die Entscheidung darüber, ob der Staat bzw. der Kanton «vom Expropriationsrechte für sich Gebrauch machen will oder nicht», fällt gemäss § 5 Abs. 1 in die Kompetenz der Landsgemeinde, während gemäss Abs. 2 über alle anderen Enteignungen «der Regierungsrath unter Vorbehalt des Rekurses an den Landrath» entscheidet.[1100] Damit sichert sich also der Kanton Glarus das Vorrecht, die Wasserkraft jedes Gewässers auf dem Wege der Enteignung auf Grund eines Landsgemeindebeschlusses zu erwerben, um sie selbst auszunutzen oder um das Recht dazu durch Verleihung weiterzugeben.[1101]

4.3 Die Schaffung von Zwangskorporationen

Die mit § 5 WKG GL 1851 erstmals eingeführte und in § 6 des *Gesetzes betreffend die* 401
polizeiliche Aufsicht der öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890 überführte zwangsweise Bildung von Wuhrkorporationen wurde nun in § 7 GBG GL 1892 in etwas erweiterter Form geregelt. Hierzu hatte gewiss der Bericht von BLEUER-HÜNI seinen Bei-

[1097] Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52; vgl. dazu die Landratsverhandlung vom 16. März 1892 in der NGZ vom 16. März 1892: «Hr. Landammann Blumer möchte an Stelle des Landrathes den Regierungsrath amten lassen, wie er auch bei allen andern Expropriationen ausschlaggebend sei. Hr. Landrath Pfeiffer begründet den Kommissionsantrag dadurch, daß man bestrebt war, alles Mißtrauen gegen die Ausführung des Gesetzes zu beseitigen. Hr. Präsident F. Blumer vindicirt die Kompetenz dem Regierungsrath unter Rekurs an den Landrath, Hr. Landammann Zweifel dem Landrath allein auf Bericht des Regierungsrathes, da es sich um sehr wichtige Fragen handle, eine Befugniß, wie sie keiner andern Behörde zustehe. Hr. Landammann Blumer gibt dem Antrage F. Blumer den Vorzug, da er zwei Instanzen schaffe. […] Ueber die verschiedenen Anträge geht die Diskussion weiter, ohne irgend welche neue Gesichtspunkte zu bringen. Schließlich wird § 5 in dem Sinne angenommen, daß im Expropriationsverfahren der Regierungsrath als erste, der Landrath als zweite Instanz bei Rekursen zu entscheiden hat» (Nr. 64, S. 2).

[1098] Vgl. Landsgemeindememorial 1892: «Die neue Fassung des Art. 8 entspricht nun völlig dem neuen Gesetz und lehnt sich im Uebrigen ganz an die frühere Wortung an» (§ 10, S. 52).

[1099] § 4 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 53; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892.

[1100] § 5 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 53; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892.

[1101] Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 27.

trag geleistet, welcher seinen «Vorschlägen zur Vermehrung und Verbesserung der Wasserkräfte» folgende Bemerkung voranstellte:

> «Alle diese Verbesserungen liegen in der Macht des Einzelnen oder der Vereinigung einiger Weniger. Zur Abhülfe des Hauptübelstandes aber, zur Beschaffung von Mehrwasser zur Winterzeit, ist das Zusammenwirken Aller nöthig. Nicht nur die Gewerbsbesitzer alle, auch die übrige gesammte Thalbewohnerschaft, das ganze Land sogar, hat ein großes Interesse daran, daß die mißliche Lage der industriellen Etablissemente, besonders zur schwierigsten Zeit, verbessert werde.»[1102]

402 Dieses angepasste Instrument zur Schaffung von Zwangskorporationen sollte also nicht nur zur Teilung von Wuhrpflichten dienen, sondern vielmehr zur Teilung von Kosten, welche die Nutzung der Wasserkraft verbesserten. Gerade mit Blick auf einige positive Erfahrungen in der Vergangenheit wurde schon im Bericht der Landratskommission bedauert, dass dies überhaupt nötig sei:

> «Es gibt bekanntlich in unserm Lande mehr als ein Fall, wo eine Vermehrung der für industrielle Zwecke benutzten Wasserkräfte oder eine bessere Verwendung derselben zum Vortheile aller oder mindestens des größern Theiles der Wasserwerkbesitzer am betreffenden Gewässer bewirkt werden könnte, ohne daß, wenn alle mithelfen, der Einzelne allzusehr oder unverhältnißmäßig belastet würde. Bei einigermaßen gutem Willen wäre eine Verständigung wohl leicht zu erzielen, da aber der gute Wille oft fehlt und der Eigennutz blind macht, ist es nöthig, daß wenigstens die Möglichkeit zum Zwange geschaffen wird.»[1103]

403 Somit sollte, dem Wortlaut des Abs. 1 folgend, im Falle der «Anlage von Wassersammlern» – wozu der Bericht von BLEULER-HÜNI dringend geraten hatte[1104] – sowie zur «Erstellung anderer Einrichtungen zur Ausnützung (Gewinnung, Vermehrung und Verwendung) von Wasserkräften» dem Regierungsrat die Kompetenz eingeräumt sein, «die Bildung von Korporationen» anzuordnen, wozu gemäss Abs. 2 die «Besitzer von bestehenden Wasserwerken auch gegen ihren Willen angehalten werden» dürfen, ab dem Zeitpunkt, «in welchem die vermehrte Wasserkraft von dem betreffenden Eigenthümer benützt wird».[1105]

1102 BLEULER-HÜNI, Bericht über die Wasserrechtsverhältnisse des Kantons Glarus, S. 37.

1103 Bericht Landratskommission 1892, S. 10–11.

1104 Vgl. BLEULER-HÜNI, Bericht über die Wasserrechtsverhältnisse des Kantons Glarus, S. 37–48.

1105 § 7 GBG GL 1892, zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 53; abgedruckt in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892.

5. Zwischenbetrachtung

Das von der Landsgemeinde 1892 angenommene GBG GL war der Beginn einer neuen Ära, wie dies Landammann EDUARD BLUMER formulierte: 404

> «Dieses Gesetz hat in unserer Wasserrechtsgesetzgebung eine ganz neue Aera geschaffen; bis 1892 dominierte über die Errichtung und den Betrieb von Wasserwerken fast ausschließlich der Privatbesitz, seit 1892 ist es der Staat, der die Bewilligung eines Gewässers bei allen Neuanlagen zu erteilen hat, es ist der Staat, der darauf zu achten hat, daß die betreffenden Anlagen mit einer möglichst wirtschaftlichen Benützung der vorhandenen Wasserkraft in Uebereinstimmung stehen.»[1106]

Dabei tat es drei Dinge auf einmal: 405

Erstens stellte es ein konsolidiertes Gesetz zahlreicher, sich über das 19. Jahrhundert und die Landsbücher verteilende wasserpolizeiliche Bestimmungen dar.

Zweitens war es eine Antwort auf die Bedürfnisse einer neuen Zeit. Unter der Federführung der Demokraten EDUARD BLUMER und RUDOLF GALLATI wurde nach 1854 ein zweiter Versuch gewagt, die vom Liberalen JOHANN JAKOB BLUMER kodifizierte privatrechtliche Wasserrechtsordnung aufzuheben und den Kanton Glarus damit an die Wasserrechtsordnungen anderer Kantone anzugleichen. Es ist dies ein Versuch, den Geist von 1848 durch denjenigen von 1874 und danach zu ersetzen, was immer stärkere Eingriffe in die liberale Ordnung zugunsten von sozialen Interessen bedeutete.[1107] Doch zeigt sich auch, dass selbst die durch so beeindruckende Staatsmänner verkörperten politischen Kräfte im Bundesstaat für sich allein genommen nicht entscheidend sind, wo die Landsgemeinde das letzte Wort zu sprechen hat. Der grosse Widerstand, auf welchen EDUARD BLUMER und RUDOLF GALLATI stiessen, liess sie von diesem ersten Vorhaben absehen.

Drittens handelte es sich um eine pragmatische Ergänzung der bisherigen Wasserrechtsordnung. Das Regelungsbedürfnis, dem Kanton Glarus mehr Einfluss auf die Benützung der Gewässer zuzuweisen, wurde nicht durch Abschaffung der bisherigen

---

1106 Bericht Regierungsrat 1908, S. 6; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 24.

1107 Vgl. RUFFIEUX, Données de l'histoire constitutionnelle, S. 138; vgl. auch RIKLIN/MÖCKLI, Werden und Wandel, S. 83–94; HIS, Schweizerisches Staatsrecht II: «Der aus dem schweizerischen Liberalismus um die Mitte des 19. Jahrhunderts sich entwickelnde Radikalismus wies schon früh die Anfänge einer Wandlung dieser freiheitlichen Einstellung auf. Seiner Einstellung entsprach eine Stärkung der Staatsgewalt (weshalb er in der Regel einem etwas illiberalen Etatismus huldigte); er schmälerte daher durch politische und polizeirechtliche Beschränkungen die vom Liberalismus ausgebildete Freiheit des Eigentums» (S. 637); HIS, Geschichte des neuer Schweizerischen Staatsrechts II: «Die moderne Entwicklung des staatlichen Verwaltungsrechte führt seit dem Ende des 19. Jahrhunderts fast überall zu einer starken Vermehrung polizeirechtlicher Bestimmungen (Baupolizei, Sanitätspolizei, Verkehrspolizei, Sicherheitspolizei usw.) und sozialpolitischer Beschränkungen, die in ihrer Gesamtheit eine starke Einengung der freien Verfügungsgewalt über das Eigentum bedeuten» (S. 644).

privatrechtlichen Wasserrechtsordnung erreicht, sondern indem diese mit drei bedeutenden Instrumenten ergänzt wurde: (1.) Eine über die Wasserbaupolizei hinausgehende, staatliche Bewilligung, (2.) das staatliche Vorrecht auf Enteignung und (3.) das Recht zur Bildung von Zwangskorporationen.

> «Nur durch das Expropriationsrecht sind seit 1892 größere Wasserwerke in unserm Kanton möglich geworden, und nur diesem Rechte wird es zu verdanken sein, wenn neue Werke in Zukunft entstehen. Es ist daher keine Uebertreiung, wenn wir sagen, alle unsere großen Wasserwerksanlagen verdanken ihre Entstehung und ihren Fortbetrieb der vom Staate erteilten Bewilligung und der vom Staate gewährten Expropriation.»[1108]

Dieser durchaus demokratische, das unerreichbare Ziel zwar mit Bedauern niederlegende, dafür das Machbare pragmatisch ergreifende Geist kommt in den Worten EDUARD BLUMERS zum Ausdruck:

> «Leider hat der Staat in unserm Kanton nicht früh genug die ihm gebührende Stellung eingenommen, heute müssen die inzwischen wohlerworbenen Privatrechte gewahrt bleiben, doch schafft das neue Gesetz nun die Möglichkeit dieselben gegen volle Entschädigung größern und allgemeinen Interessen unterzuordnen. Noch läßt sich nicht mit Bestimmtheit voraussagen, ob schon die nächste Zeit große Erfolge auf Grund dieses Gesetzes aufweisen wird und jedenfalls darf nicht erwartet werden, daß dasselbe nun mit einem Schlage unserm [sic] kranken Industrien eine wesentlich veränderte Situation bringe. Eines aber ist gewiß: Der Staat soll nicht länger zögern, Alles was in seiner Macht ist zu thun, jenen berechtigten Begehren aus Gründen des öffentlichen Wohls zu entsprechen. Angesichts der unsichern Lage unserer Exportindustrien darf nichts versäumt werden, um deren Lebensbedingungen, die sich ohnehin schwierig genug gestalten, zu erleichtern und hiezu gehört wohl vor Allem die bestmögliche Ausnutzung der uns von der Natur selbst gebotenen Kräfte. Dies zu thun, soll nun in unserm Lande nicht blos als eine Berechtigung, sondern, wie ich zuversichtlich hoffe, dann von Seite der Vertreter der Industrie auch überall da als eine moralische Verpflichtung betrachtet werden, wo die Verhältnisse die Vermehrung der Wasserkräfte ermöglichen und begünstigen.»[1109]

[1108] Bericht Regierungsrat 1908, S. 7; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 24.

[1109] Zit. in NGZ vom 9. Mai 1892, Nr. 107, S. 1; ebenfalls zit. in GN vom 9. Mai 1892, Nr. 107, S. 1.

§ 4 Die Einführung der Wasserwerksteuer

Ende des 19. Jahrhunderts hatte der Kanton Glarus sich jene öffentlich-rechtlichen Instrumente gegeben, dank welchen er Kompetenzen wettmachen konnte, die sonst nur verfügungsberechtigten Gemeinwesen über öffentliche Gewässer zustanden und somit Einfluss auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte nehmen konnte. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts versuchte der Kanton Glarus sich ein weiteres öffentlich-rechtliches Instrument zu geben, mit dem er ersatzweise zu erlangen versuchte, was jedoch ausschliesslich verfügungsberechtigten Gemeinwesen zusteht: Der Wasserzins. Anlass dazu bot das Löntschwerk als das erste grosse Kraftwerk des Kantons Glarus (s. hinten Rz. 407). Nachfolgend werden die beiden Anläufe dazu mit ihren jeweiligen Bundesgerichtsentscheiden dargestellt (s. hinten Rz. 429 ff. und 454 ff). 406

1. Historischer Hintergrund

Nach dem Erlass des GBG GL 1892 gründeten die Wasserrechtsbesitzer am Löntsch am 27. Februar 1893 die «Löntschkorporation», deren statuarischer Zweck die Verbesserung der bautechnischen Ausgestaltung des Klöntalersees war.[1110] Nach Erhalt einer regierungsrätlichen Baubewilligung im Dezember 1894 wurde ein neuer Ablaufkanal geschaffen. Sodann wurde der Memorialsantrag gestellt, auch das obere, bis anhin ungenutzte Gefälle des Löntschs nutzen zu können, worauf die Landsgemeinde des Jahres 1896 auf ihr Vorrecht gem. § 4 GBG GL 1892 verzichtete.[1111] Die Begründung wurde im wirtschaftspolitischen Geiste des GBG GL 1892 gegeben, weshalb auch keinerlei Gebühren anfallen sollten: 407

> «Es ist wohl mit Sicherheit anzunehmen, daß sowohl den Behörden als dem Volke der Gedanke ferne liegt, daß der Staat selbst eine Wasserwerksanlage am Löntsch ausführen und die Wasserkraft verwerten solle. Der Hauptgedanke bei Erlaß des Gesetzes über die Benutzung der Gewässer war nicht der, aus der Benutzung der Gewässer eine Einnahmsquelle [sic] für den Staat zu machen, sondern der darniederliegenden Industrie aufzuhelfen und dies durch eine möglichst rationelle Ausnützung unserer Wasserkräfte zu ermöglichen, hängt ja doch die Wohlfahrt unseres Volkes in erster Linie von dem Gang der Industrie ab, die gegenwärtig schwer genug mit

[1110] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 726.

[1111] Vgl. Landsgemeindememorial 1896, § 12, S. 39–41, insb. den Antrag: «[Abs. 1] Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von § 4 des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer vom 8. Mai 1892 [scil. GBG GL 1892] für die Dauer von 10 Jahren bezw. bis zur ordentlichen Landsgemeinde des Jahres 1906 auf ihr Vorrecht zur Benutzung der Wasserkraft des Löntsch vom Auslauf des Kanals der Löntschkorporation in Seerüti bis zur Wassergerechtigkeit der Herren J.H. Leuzinger & Cie. in Riedern. [Abs. 2] Sofern bis zum angegebenen Zeitpunkt eine Konzession nach § 2 des zitierten Gesetzes weder von einer Gemeinde noch von einer Gesellschaft oder von Privaten nachgesucht und erteilt ist, fällt der Verzicht des Staates dahin» (S. 41); der Landsgemeindebeschluss ist ebenfalls zit. in BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 727.

ihrer Existenz zu kämpfen hat. […] Von der Erhebung einer Konzessionsgebühr kann wohl nicht die Rede sein. Es wird allseitig begrüßt werden, wenn am Löntsch ein Werk geschaffen wird, durch das die Wohlfahrt in einem großen Landesteile gehoben werden kann.»[1112]

408 Damit ging das Vorrecht für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte auf die anstossenden Gemeinden – Glarus, Riedern und Ennenda – über, was vom Regierungsrat auch bestätigt wurde.[1113] Nachdem zwei Gesuche der Löntschkorporation um Beteiligung des Kantons an der Erstellung eines Elektrizitätswerkes, welches Strom auch ausserhalb des Kantons liefern würde, abgelehnt wurden, schloss sie am 30. Januar 1904 mit der *Motor AG* einen Vertrag. Ein zuhanden der Landsgemeinde gemachter Antrag auf staatliche Unterstützung wurde zurückgezogen.[1114] Das Projekt wurde sodann um die Stauung des Klöntalersees ergänzt, woraufhin die Landsgemeinde des Jahres 1906 zusätzlich noch auf ihr Vorrecht gemäss § 4 GBG GL 1892 zur «Benützung der Wasserkräfte des Klön, des Klöntalersees und des Löntsch» verzichtete.[1115] Es scheint, dass um diese Zeit herum dem Regierungsrat bewusst zu werden begann, dass ein derart bedeutendes Wasserwerk auch für die Kantonsfinanzen von Bedeutung sein könnte. Bereits der Landrat hatte die Frage aufgeworfen, ob für den Verzicht der Landsgemeinde «nicht besondere Bedingungen an den ‹Motor› gestellt werden könnten und sollten, wie Forderung einer Entschädigung, Einräumung von Vorzugsbedingungen für den Kraftbezug von Gemeinden, Korporationen und Privaten hiesigen Kantons und betreffend Lieferung der Apparaturen».[1116] Doch musste der Regierungsrat einsehen, dass dies rechtlich keine Option war:

«Eine nähere Prüfung dieses Vorschlags, bezw. einer solchen nachträglichen Forderung hat aber ergeben, daß dieselbe rechtlich unhaltbar wäre und gegenüber dem ‹Motor› und den Konzessionsgemeinden als illoyal erscheinen müßte. Der Landsgemeinde steht es jederzeit frei, später ein kantonales Gesetz zu erlassen, welches für den Betrieb solcher Werke Konzessionsgebühren per Pferdekraft einführt, aber das kann nicht einseitig gegen den ‹Motor› allein gerichtet sein,

---

[1112] Landsgemeindememorial 1896, § 12, S. 40–41; vgl. auch BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 728–729.

[1113] Vgl. den Regierungsratsbeschluss vom 16. Juni 1898: «Dem vorstehenden Gesuch der Gemeinden Glarus, Riedern und Ennenda wird entsprochen, diesen Gemeinden also das Recht der Expropriation von Wasserkräften und Wasserwerken nebst baulichen Anlagen sowie das für die Nutzbarmachung oder Übertragung der Kraft an einen andern Ort erforderliche Grundeigentum oder Rechte zugestanden. Sollten die gesuchstellenden Gemeinden innerhalb 2 Jahren von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, so behält sich der Regierungsrat vor, das Recht der Expropriation auf einen etwaigen andern Bewerber zu übertragen» (zit. in BGE 35 I 725 [*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*], S. 727).

[1114] Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Im Jahre 1904 regte ein Bürger an, die Glarner Landsgemeinde wolle beschließen, daß das Löntschwerk staatlich unterstützt werde. Der Antrag wurde zurückgezogen, allein Herr Landammann Blumer machte doch auf die Möglichkeit einer solchen Unterstützung für später aufmerksam» (S. 114–115, Fn. 2).

[1115] Landsgemeindememorial 1906, § 12, S. 51; vgl. auch Landsgemeindebeschluss 1906.

[1116] Landsgemeindememorial 1906, § 12, S. 51.

sondern es müßten die daherigen Gesetzesbestimmungen auf alle Elektrizitätswerke in unserm Kanton gleiche Anwendung finden. Dieser Moment ist heute noch nicht gekommen.»[1117]

Doch er sollte bald schon kommen. Unterdessen schloss die *Motor AG* mit den Gemeinden 409
Glarus, Riedern und Ennenda den Konzessionsvertrag, welcher zugunsten der Gemeinden als Wasserrechtseigentümerinnen in Art. IX einen «Wasserzins von 0.06 Rappen von jeder im Jahre zur Verwendung kommenden Pferdekraftstunde» beinhaltete.[1118] Zusätzlich erwarb sich die *Motor AG* von sieben privaten Ufereigentümern deren Wasserrechte am Löntsch.[1119] Am 27. Dezember 1906 erteilte der Regierungsrat schliesslich die Bewilligung gemäss § 2 GBG GL 1892, fügte jedoch als Schlussbestimmung bei: «Bestimmungen der künftigen Gesetzgebung bleiben vorbehalten.»[1120] Dagegen protestierte die *Motor AG* am 9. Januar 1907 scharf.[1121] Der Regierungsrat erwiderte am 24. Januar 1907, dass er lediglich als «Hüter der staatlichen Interessen» handle; es bleibe das «Privateigentum durchaus geschützt», jedoch «müsse die Befugnis gewahrt bleiben, die bestehende Gesetzgebung über die Wasserrechte oder über die Besteuerung der Benutzung der Wasserrechte künftig zu ändern».[1122] Im Jahre 1908 übernahm die *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* von der *Motor AG* die Wasserwerke Beznau an der Aare und Löntsch im Kanton Glarus, wodurch der erste Stromverbund der Schweiz gegründet wurde.[1123] Im selben Jahr brachte

[1117] Landsgemeindememorial 1906, § 12, S. 51.

[1118] Zit. in BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 729–730.

[1119] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 730.

[1120] Zit. in BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 731.

[1121] Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Nachdem die wesentlichen Verhältnisse rechtlicher Natur durch die Beschlüsse der Behörden und unsere Abmachungen mit den Konzessionsgemeinden geregelt waren, reichten wir bereits am 23. Dezember 1904 unser Gesuch um Baubewilligung ein und erhielten dann von Ihnen die Erlaubnis für die dringendsten Arbeiten, ohne eine solche beschränkende Beifügung, wie die heute streitige ‹Schlußbestimmung›. Wir konnten und mußten uns in dem guten Glauben und in der bestimmten Annahme befinden, Ihre zu erwartende, ohne unser Verschulden hinausgeschobene, definitive und vollständige Baubewilligung werde sich einzig und allein mit denjenigen Gegenständen befassen, die in dem Landsgemeindegesetz vom 8. Mai 1892 [scil. GBG GL 1892] vorgesehen sind. Unter diesen Voraussetzungen erfolgten unsere Arbeiten und Verwendungen für das Werk. Nun fügen Sie aber, nach vollen zwei Jahren, einen Vorbehalt auf die künftige Gesetzgebung bei. Wäre ein solcher Vorbehalt überhaupt zulässig, so hätte er unbedingt schon im Jahre 1904 gemacht werden müssen, nicht aber heute, wo bereits Millionen für das Werk verwendet und wir in unsern Entschließungen nicht mehr frei sind. Hätte man anno 1904 solche Bedingungen verlangt, so wären möglicherweise diese Entschließungen derart ausgefallen, daß es gar nicht zur Ausführung des Werkes gekommen wäre. Es geht daher um so weniger an, daß nun nachträglich und bei total anderer, auf gegenteiligen Voraussetzungen basierender heutiger Sachlage noch Bestimmungen bezeichneter Art aufgestellt werden können» (S. 731).

[1122] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 731–732.

[1123] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 726.

der Regierungsrat einen Entwurf zu einem *Gesetz zur Besteuerung von Wasserwerken* vor die Landsgemeinde.

410 Hierauf begann ein jahrelanger Rechtsstreit zwischen der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* und dem Kanton Glarus. Nachfolgend werden insbesondere die das *Gesetz zur Besteuerung von Wasserwerken* betreffenden Bundesgerichtsentscheide analysiert, da diese direkt mit der Glarner Wasserrechtsordnung verbunden sind. Nicht betrachtet werden hingegen die beiden die Doppelbesteuerung betreffenden Bundesgerichtsentscheide.[1124]

2. Das Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908

2.1 Memorialsantrag und Berichte

a. Die Legitimation zur Besteuerung der Wasserkraft

411 Der Regierungsrat legte am 3. Februar 1908 einen *Gesetzesentwurf zur Besteuerung von Wasserwerken* (GBW GL 1908) vor.[1125] Es lässt sich wohl als ein Mass für den erhöhten Legitimationsbedarf zu einem solchen Gesetzesentwurf nehmen, wie ungewöhnlich weit der Regierungsrat in seiner Begründung ausholen zu müssen glaubte.[1126] In groben Zügen zeigte er das öffentliche Wasserrecht des römischen Rechtes auf, wies auf das germanische und das regalrechtliche Wasserrecht hin.[1127] Zentral hierbei scheint dem Regierungsrat die Erkenntnis, dass

---

1124 Vgl. dazu BGE 36 I 199 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*) sowie BGE 40 I 56 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL/ev. Kt. AG*).

1125 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908; Entwurf des Regierungsrates 1908; vgl. auch Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 22.

1126 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Wir erlauben uns, unsern Bericht über die Besteuerung von Wasserwerken mit einem kurzen Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Wasserrechtes einzuleiten» (S. 3).

1127 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Schon das römische Recht kannte die öffentlichen Wasserläufe und es sicherte der Staat die öffentliche Benützung und den Gemeingebrauch für die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse (Waschen, Baden, Schöpfen, Schifffahrt, Fischerei, Bewässerung etc.). Im älteren deutschen Recht unterschied man seit den Karolingern zwischen schiffbaren und nicht schiffbaren Flüssen und es entwickelte sich im Anschlusse an diese Unterscheidung die Regalität. An den größern schiffbaren Flüssen nahmen die deutschen Könige einzelne Nutzungsrechte (Fischerei, Zölle, Mühlerechte etc.) als Regal in Anspruch. Später ging das Wasserrecht von den Königen auf die Landesherren, Städte, Klöster u.s.f. über. Die kleinern Gewässer stunden ursprünglich mit den Allmenden in der Nutzungsberechtigung der Markgenossenschaften, die bezüglichen Rechte wurden aber in der Folge vielfach mit Grund und Boden an den Adel abgetreten und von demselben wieder als Lehen, d.h. zur Benützung gegen eine bestimmte Abgabe zurück erhalten. Daneben gab es aber auch durch Ersitzung oder Kraft des Nachbarrechtes erworbene Wasserbenutzungen; überhaupt bestund hierüber eine große Un-

> «nach und nach fast überall in den Anschauungen über die Geltendmachung der staatlichen Hoheitsrechte auf die fließenden Gewässer ein Umschwung eingetreten [ist], der zurückzuführen ist einerseits auf das volkswirtschaftliche Bedürfnis nach intensiverer Beherrschung und Benützung des Wassers und anderseits auf die Erfolge der modernen Wasserrechtsgesetzgebung in andern Staaten und andern Kantonen.»[1128]

Der Umschwung hat in der Folge nicht nur im Ausland, sondern in allen anderen Kantonen der Eidgenossenschaft stattgefunden,[1129] sodass dem Regierungsrat des Kantons St. Gallen zufolge «die staatliche Hoheit auf öffentliche Gewässer in allen Staatsrechten und Gesetzgebungen nachgewiesen werden könne und in den Grundbegriffen über das Staatswesen selbst zu suchen sei».[1130] 412

Dem stellte der Regierungsrat auf knappste Art und Weise die Geschichte der Glarner Wasserrechtsordnung gegenüber: 413

> «Ueber die anfängliche Entwicklung des Wasserrechtes in unserm Kanton ist aus unsern historischen Quellen wenig ersichtlich. Ein Wasserregal scheint bei uns nicht ausgeübt worden zu sein.»[1131]

Es ist schwierig, in dieser Gegenüberstellung keine Wertung zu erblicken. Dass den damals gegebenen Verfassungsgrundlagen zum Trotz erste Gesetzgebungsversuche in den 1850ern scheiterten, erklärt sich der Regierungsrat mit einer «stark manchesterlichen Auffassung».[1132] Unter einer solchen Auffassung stehend wird auch das BGB GL 1869 verstanden, wobei immerhin aber «zuzugeben» sei, dass «sich diese Bestimmungen materiell an das früher im Kanton Glarus gültige Recht anlehnten».[1133] Das früher gültige Recht aber wird in politisch opportuner Weise folgendermassen gedeutet: 414

> «Im Kanton Glarus war allerdings die Hoheit über die Gewässer seit Alters her vorhanden, aber erst durch das Gesetz über die Benützung der Gewässer vom Jahre 1892 hat der Staat von seinen Kompetenzen im Wasserrechtswesen einschneidenden Gebrauch gemacht.»[1134]

---

gleichheit und Rechtsunsicherheit» (S. 3); teilweise zit. auch in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23.

1128 Bericht Regierungsrat 1908, S. 3–4.

1129 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Frankreich hatte das Hoheitsrecht des Staates schon in den code Napoléon aufgenommen, und das Konzessionssystem ausgebildet, die deutschen Staaten und Oesterreich folgten in der Mitte des vorigen Jahrhunderts nach und in der Schweiz ging Zürich (1855, entworfen von Bluntschli) bahnbrechend vor, am weitesten dann aber die welschen Kantone, welche alle Flüsse und Seen, als domaine public erklärten und jeden Wasserlauf, sobald er das Grundstück, auf dem er entsteht, verlassen hat, zum Staatseigentum rechneten» (S. 4).

1130 Zit. in Bericht Regierungsrat 1908, S. 4; zit. auch in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23.

1131 Bericht Regierungsrat 1908, S. 3; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23.

1132 Bericht Regierungsrat 1908, S. 5; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23; vgl. die Rezeption dieses Begriffes in der Literatur unter Fn. 873.

1133 Bericht Regierungsrat 1908, S. 5; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23.

1134 Bericht Regierungsrat 1908, S. 21.

415 Die Betonung des gesamten Abrisses liegt auf der «Staatshoheit über die Gewässer im polizeilichen Sinne», insbesondere in Form der Gesetze von 1890 und 1892, welche «die Staatshoheit näher präzisieren und eine möglichst wirtschaftliche Benützung der Gewässer ins Auge fassen».[1135] Am stärksten hervorgehoben wird das GBG GL 1892,[1136] wobei bedauert wird, dass es auch dieses Gesetz nicht vermocht hatte, an eine Wasserrechtsordnung der anderen Kantone anzuknüpfen:

> «Indeß viel rascher als bei uns hat dort der Staat eingegriffen, viel rascher die öffentlichen Interessen geschützt, viel rascher den Wert dieser Naturkraft erkannt, viel rascher auch für die Ausnützung dieser Naturkraft Gebühren und Abgaben für den Staat erhoben.»[1137]

416 Nun gelte es im Kanton Glarus das zu tun, was die Mehrzahl Kantone zwischen 1874 und 1907 bereits getan hatten.[1138]

> «Es war naheliegend, als im Ausland und im Inland die Erstellung großer Wasserkraftwerke eine immer größere Bedeutung genommen und der Staat nahezu überall entweder selbst die Ausnützung der Naturkraft vornahm oder dieselbe mit Steuern belegte, daß sich in unserm Kanton der Wunsch und das Bedürfnis regte, in gleicher Weise vorzugehen.»[1139]

417 Dazu fühlte sich der Kanton Glarus nicht nur im Rechtsvergleich, sondern auch mit Blick auf die kommende eidgenössische Regelung des Wasserrechtes legitimiert.[1140] Mit Blick auf die Glarner Kantonsverfassung von 1887 wurde auf die Steuerpflicht in Art. 17 und die Steuerhoheit der Landsgemeinde in Art. 34 Ziff. 2 und 3 verwiesen.[1141]

[1135] Bericht Regierungsrat 1908, S. 5; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 23–24.

[1136] Bericht Regierungsrat 1908: «Das Gesetz von 1892 betreffend die Benützung der Gewässer hat in der Praxis auch eine weit größere Bedeutung erhalten, als bei Erlaß desselben vorausgesetzt wurde» (S. 7).

[1137] Bericht Regierungsrat 1908, S. 8; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 25.

[1138] Vgl. dazu den ausführlichen kantonalen Rechtsvergleich in: Bericht Regierungsrat 1908, S. 8–11; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 25–27.

[1139] Bericht Regierungsrat 1908, S. 12.

[1140] Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Was wir für einmal wissen müssen, ist die Gewißheit, daß die Gebühren und Abgaben den Kantonen oder den nach kantonalem Recht dazu Berechtigten zufallen. Ueber diesen Punkt stimmen die Vorschläge der Initiative, des Bundesrates, des Nationalrates und des Ständerates überein. […] Die zukünftige eidgenössische Gesetzgebung hemmt und benachteiligt uns betreffend Gebühren also in keiner Weise; sie wird aber zweifelsohne in anderer Richtung geeignet sein, wichtige und notwendige Fortschritte auch für unsere Verhältnisse zu erzielen» (S. 11–12); Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 28.

[1141] Vgl. Bericht Regierungsrat 1908, S. 12–13; Art. 17 KV GL 1887: «Alle Einwohner des Kantons, ebenso die Gemeinden, Korporationen und Aktiengesellschaften, sowie auswärts wohnende Besitzer von im Kanton gelegenen Grundstücken und Gebäulichkeiten haben zur Deckung der Staatsausgaben nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen beizutragen.» Art. 34 KV GL 1887: «In die Befugnisse der Landsgemeinde fallen: […] 2. die gesamte Gesetzgebung innerhalb den Schranken der Bundes- und Kantonsverfassung; 3. Die Festsetzung der zu erhebenden direkten und indirekten Steuern.»

b. Die Ausgestaltung der Wassersteuer

Die Wassersteuer lehnte sich in ihrer Ausgestaltung an die Wasserrechtsordnungen anderer Kantone an. Dies mit Bezug auf die folgenden Punkte: 418

(1) Die Art der Besteuerung

Dem Regierungsrat zufolge gab es «kaum ein natürlicheres Recht des Staates, als die Besteuerung der Wasserrechte, weil die Gewässer noch ganz speziell der Hoheit des Staates unterstellt sind (Art. 20 der Verfassung)».[1142] Da der Ansicht des Regierungsrates nach die Eigentumsrechte bei der Besteuerung nicht berührt wurden,[1143] konnte er sich auch grosszügig auf die Gesetzgebung anderer Kantone stützen.[1144] So sah der Entwurf des Regierungsrates zwei Formen der Besteuerung vor: in § 1 GBW GL 1908 eine «Konzessions- oder Bewilligungsgebühr» und in § 2 GBW GL 1908 eine «jährliche Steuer».[1145] Wohlverstanden hatten gemäss § 2 Abs. 3 die «Wasserwerksinhaber auch die ordentliche Staats- und Gemeindesteuern zu entrichten».[1146] 419

§ 1 GBW GL 1908 sprach von einer «einmaligen Staatsgebühr».[1147] Dabei handle es sich um «ein direktes Aequivalent für die Leistungen des Staates bei der Bewilligung».[1148] Der Vergleich zu anderen Kantonen hinkte jedoch, insofern im Kanton Glarus die Leistung des Staates ja gerade nicht das Wasserrecht war.[1149] Darum hatte man eine solche Gebühr bis- 420

1142 Bericht Regierungsrat 1908, S. 13; die Landratskommission stimmte dem zu, vgl. Bericht Landratskommission 1908, S. 3.

1143 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Die Eigentumsrechte werden durch die Besteuerung nicht verändert; es wird durch unsere Vorlage lediglich ein neues Steuerobjekt geschaffen, das sich wie kaum ein anderes zur Besteuerung eignet» (S. 13).

1144 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «[…] wir haben uns bei der Ausarbeitung dieses Gesetzesentwurfes im allgemeinen allerdings an die Gesetzgebung der meisten andern Kantone angelehnt, im speziellen aber doch unsere eigenartigen Eigentums- und Rechtsverhältnisse besonders berücksichtigt» (S. 13).

1145 Bericht Regierungsrat 1908, S. 13, 15.

1146 § 2 Abs. 3 GBW GL 1908, zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 38.

1147 § 1 GBW GL 1908: «Bei Erteilung der staatlichen Bewilligung für die Erstellung eines Wasserwerkes ist vom Konzessionsbewerber eine einmalige Staatsgebühr von Fr. 50.– bis Fr. 10 000.– zu bezahlen» (zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 37).

1148 Bericht Regierungsrat 1908: «Was in erster Linie die Konzessions- oder Bewilligungs-Gebühr anbetrifft, so ist dieselbe die älteste der bezüglichen Steuerarten. Sie bildet in gewissem Sinne ein direktes Aequivalent für die Leistungen des Staates bei der Bewilligung. Meist werden anderwärts zwar sämtliche Auslagen des Staates für Prüfung der Projekte, Aufsicht aller Art, Genehmigung etc. dem Konzessionsbewerber noch besonders aufgeladen, aber kleinere oder größere Summen für die Bewilligung werden nebenbei fast immer und überall verlangt» (S. 13–14).

1149 Vgl. Bericht Landratskommission 1908: «Es ist bei der Festsetzung der Konzessionsgebühr besonders darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Konzessionsbewerber mit der Entrichtung der Konzessionsgebühr nicht, wie in andern Kantonen, auch die Rechte zur Wasserbenützung er-

her auch nicht verlangt, wie der Regierungsrat zugab; mit Ausnahme von der staatlichen Bewilligung der *Motor AG*, welche als Gebühr jedoch rückblickend zu niedrig ausgefallen sei.[1150] Der Regierungsrat wollte inskünftig eine Aversalsumme bestimmen können, da «bei den einfachen und kleinern Verhältnisse, die bei uns noch zu regeln sind […] es sich empfiehlt, je nach Lage der Dinge entscheiden zu können».[1151]

421 Bei der «jährlichen Steuer» anerkannte der Regierungsrat die Unzulänglichkeit eines Verweises auf das «Tableau der Wasserzinse in den andern Kantonen», handle es sich doch im Kanton Glarus «eben noch [!] um private Wasserrechte […], welche von den Werken erst aufgekauft werden müssen, und die […] selber einen Wasserzins verlangen und erhalten».[1152] Die jährliche Steuer sei darum kein Wasserszins, sondern sie besteure «die aus dem vorhandenen Gefälle und der durchschnittlichen jährlichen Wassermenge (in Stundenlitern) zu ermittelnden Wasserkraft in Pferdekräften».[1153] Die Landratskommission qualifizierte sie als «eine Steuer auf dem durch die Ausnützung einer Betriebskraft resultierenden wirtschaftlichen Nutzen».[1154] Dass diese Steuer auch gegenüber der *Motor AG* erhoben werden würde, darüber liess der Regierungsrat keine Zweifel aufkommen. Schliesslich habe man diesbezüglich sogar einen Vorbehalt in der staatlichen Bewilligung eingefügt, welcher «[r]echtlich […] von allergrößter Bedeutung» sei.[1155]

---

wirbt, sondern, daß er diese Rechte, welche Eigentum der Uferanstößer sind, nachträglich selbst erwerben muß, daß mithin die Konzessionsgebühr lediglich ein Entgelt für die Einräumung des Rechtes zur Ausnutzung eines Gewässers darstellt» (S. 5–6).

1150 Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Im Kanton Glarus verursachte die Prüfung der mehrerwähnten Gemeindeprojekte nicht viel Arbeit und die Funktionen des Staates waren gratis, weil diese Werke in vieler Beziehung öffentlich-rechtlicher Natur und gemeinnützigen Charakters sind. Anders sind die Verhältnisse schon beim ‹Motor› geartet gewesen. Hier haben wir in der staatlichen Bewilligung vom 27. Dezember 1906 dieser Gesellschaft die Hälfte der Kosten der Experten, sowie die vollen Aufsichtskosten überbunden, was, wie wir nachträglich einsehen, offenbar zu niedrig angeschlagen war, zumal die Ausführung eines solchen Werkes dem Kanton nach den verschiedensten Richtungen neue und unerwartete Ausgaben verursacht. Wir wünschen aber nicht auf Geschehenes zurückzukommen und legen daher der neuen Bestimmung betreffend einmaliger Konzessionsgebühr keine rückwirkende Kraft bei» (S. 14).

1151 Bericht Regierungsrat 1908, S. 14.

1152 Bericht Regierungsrat 1908, S. 17.

1153 § 2 Abs. 1 GBW GL 1908: «Die Inhaber der Wasserwerke haben dem Staat für die aus dem vorhandenen Gefälle und der durchschnittlichen jährlichen Wassermenge (in Stundenlitern) zu ermittelnden Wasserkraft in Pferdekräften eine jährliche Steuer zu bezahlen» (zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 37).

1154 Bericht Landratskommission 1908, S. 9.

1155 Bericht Regierungsrat 1908: «[…] während in der Bewilligung vom 29. Dezember 1906 an den ‹Motor› ausdrücklich die zukünftige Gesetzgebung vorbehalten wurde. Trotz allerlei Einwendungen des ‹Motor› haben wir daran festgehalten, weil wir eben damals schon bestimmt eine solche Steuergesetzgebung in Aussicht nahmen bezw. vorbehalten wissen wollten. Uebrigens war schon im Memorial von 1906, anläßlich der Erweiterung der Konzession, das absolute Recht des Staates zur Steuererhebung betont worden. Rechtlich ist der Vorbehalt in der staatlichen

(2) Die Bemessung der Steuer

Die Bemessungsgrundsätze der beiden Besteuerungsformen fallen in ihrem breiten Ermessensspielraum für den Regierungsrat auf, welcher gemäss § 6 GBW GL 1908 – nach Einholung eines «fachmännischen Gutachtens» – alleine für die Festsetzung zuständig war.[1156] 422

Die in § 1 GBW GL 1908 geregelte «einmalige Staatsgebühr» belief sich zwischen Fr. 50–10'000.[1157] Scheinbar sollte die Höhe davon abhängig gemacht werden, ob es sich um ein «Unternehmen gemeinnützigen Charakters oder um ein reines Privatunternehmen zu Gewinnzwecken» handelte.[1158] Die jährliche Steuer sollte gemäss § 2 Abs. 2 GBW GL 1908 «für jede kontinuierliche Pferdekraft (75 Meterkilogramm: in der Sekunde) 50 Rp. bis Fr. 5.–» betragen.[1159] Der Regierungsrat war der Auffassung, dass diese zusätzliche Steuer «inklusive der Bezüge der Wasserrechtsbesitzer immer noch als erträglich erscheint».[1160] Die Landratskommission verwies immerhin auf den Umstand, dass die jährliche Gesamtbelastung eines Wasserwerkes im Kanton Glarus «durch die an Kanton und Gemeinden zusammen zu leistenden Abgaben […], soweit das Maximum dieser Abgaben zur Anwendung kommt, eine der höheren in der Schweiz» sei.[1161] 423

Bewilligung gegenüber dem ‹Motor› von allergrößter Bedeutung. Andere Kantone sind schon vor Jahrzehnten mit Erfolg in gleicher oder ähnlicher Weise vorgegangen» (S. 19).

1156 § 6 GBW GL 1908: «[Abs. 1] Die endgültige Festsetzung der Konzessionsgebühren (§ 1) und der Wassersteuer (§ 2) fällt in die Kompetenz des Regierungsrates; dieser trifft die Entscheidung nach Einholung eines fachmännischen Gutachtens. [Abs. 2] Sofern der Wasserwerksbesitzer sich mit dem Entscheide des Regierungsrates nicht befriedigt findet, ist er berechtigt, innerhalb eines Monats ein einläßlich zu begründendes Wiedererwägungsgesuch zu stellen, woraus der Regierungsrat den endgültigen Entscheid faßt. [Abs. 3] Alle fünf Jahre hat eine allgemeine Revision der Veranlagung stattzufinden» (zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 38).

1157 § 1 GBW GL 1908: «Bei Erteilung der staatlichen Bewilligung für die Erstellung eines Wasserwerkes ist vom Konzessionsbewerber eine einmalige Staatsgebühr von Fr. 50. – bis Fr. 10 000. – zu bezahlen» (zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 37).

1158 Vgl. Bericht Landratskommission 1908: «Wir zweifeln nicht daran, daß der Regierungsrat bei der Festsetzung der Konzessionsgebühr von sich aus jeweilen bei der Beimessung der Gebühr den Umstand angemessen berücksichtigen werde, ob es sich um ein Unternehmen gemeinnützigen Charakters oder um ein reines Privatunternehmen zu Gewinnzwecken handle» (S. 5).

1159 § 2 Abs. 2 GBW GL 1908, zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 38.

1160 Bericht Regierungsrat 1908, S. 17.

1161 Bericht Landratskommission 1908: «Die jährliche Gesamtbelastung eines Kraft außer den Kanton exportierenden Wasserwerkes durch die an Kanton und Gemeinden zusammen zu leistenden Abgaben ist daher, soweit das Maximum dieser Abgaben zur Anwendung kommt, eine der höheren in der Schweiz; sie dürfte indessen im Hinblick auf die mutmaßliche Rentabilität namentlich der größeren Kraftwerke als gerechtfertigt erscheinen» (S. 5).

(3) Die Befreiung von der Steuerpflicht

424 Um dem Gesetz die «Opposition» zu nehmen, wurden in § 3 GBW GL 1908 sachliche Ausnahmen festgehalten:

> «Wasserwerke, welche Unternehmungen von Gemeinden sind und deren Absatzgebiet ausschließlich im Kanton Glarus gelegen ist, sind mit dem Minimum zu veranlagen, während der Export der aus Wasserkraft erzeugten Energie am stärksten zu belasten ist.»[1162]

425 Nach Ansicht des Regierungsrates bedurfte die «Billigkeit und die Richtigkeit» dieser Regelung «kaum einer nähern Begründung», im Gegenteil: «Es wäre geradezu ungerecht, Gemeindewerke, die meist nicht ohne große Schwierigkeiten entstanden sind und die den hiesigen öffentlichen Interessen dienen, auf die gleiche Linie zu stellen mit dem Unternehmen einer Aktiengesellschaft, soweit sie unsere Naturkräfte exportiert.»[1163] Eine Minderheit der Landratskommission wollte sogar noch weiter gehen und «die Besteuerung lediglich auf die außer den Kanton exportierte Kraft beschränken».[1164] Die Befürchtung aber, dass eine solche Regelung den verfassungsmässigen Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzen würde,[1165] sowie die Einsicht, dass das gesetzliche Minimum «auch für eine ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dienende Anlage nicht ins Gewicht fällt», liess die Kommission am Entwurf des Regierungsrats festhalten.[1166]

426 Darüber hinaus sah § 7 Abs. 2 GBW GL 1908 auch eine Ausnahme im zeitlichen Geltungsbereich vor:

> «Konzessionsgebühren sind nur von solchen Wasserwerken zu entrichten, welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes staatlich bewilligt werden, dagegen sind die Wassersteuern vom 1. Juli 1908 an von allen Wasserwerken zu bezahlen, welche seit dem Jahre 1892 errichtet worden sind.»[1167]

1162 § 3 GBW GL 1908, zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 38.

1163 Bericht Regierungsrat 1908, S. 18.

1164 Bericht Landratskommission 1908, S. 4.

1165 Bericht Landratskommission 1908: «Die Mehrheit der Kommission befürchtet, daß die Besteuerung nur der exportierten Kraft vom schweizerischen Bundesgerichte im Falle eines Rekurses als eine unzulässige Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung, bezw. als eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz aufgefaßt werden könnte» (S. 4). Der Regierungsrat hatte im Vorfeld versucht, diese Befürchtungen zu zerstreuen: «Es frägt sich nur, ob eine solche Bestimmung mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz vereinbar sei oder nicht. Nach ruhiger und reiflicher Prüfung können wir diese Frage unbedingt bejahen. Gleiche Verhältnisse werden ja durchaus gleich behandelt» (Bericht Regierungsrat 1908, S. 18).

1166 Landratskommission 1908, S. 5; auch: «Um einen Konflikt in dieser Richtung zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Besteuerung der im Kanton zu Verwertung gelangenden Kräfte in den Kauf zu nehmen, dies umsomehr, als in absehbarer Zeit eine größere Kraftverwertung im Kanton selbst nicht in Aussicht steht und die Besteuerung der Gemeindewerke nach vorliegendem Entwurf diese Werke in so geringem Maße belastet, daß sie neben der Besteuerung der exportierten Kraft kaum in Betracht kommt» (S. 4).

1167 § 7 Abs. 2 GBW GL 1908, zit. in Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 38.

Auch hierbei verwies der Regierungsrat auf andere Kantone, welche ebenfalls jene Was- 427
serwerke, welche vor dem «Einschreiten des Kantons im Wasserrechtswesen» bereits bestanden hatten, als «Ehehafte» schützen.[1168] Dabei verstieg er sich sogar zu der Behauptung, dass im Kanton Glarus die Verhältnisse jenen des Kantons St. Gallen entsprechen würden.[1169] Auch die Landratskommission sah keinen Grund, die «einmalige Staatsgebühr» gemäss § 1 GBW GL 1908 zu verlangen,[1170] wohingegen die Ausnahme von der «jährlichen Steuer» gemäss § 2 GBW GL 1908 – wenngleich rechtsdogmatisch «nicht ganz stringent nachgewiesen» – akzeptiert wurde, um eine «Opposition gegen das vorliegende Gesetzes-Projekt» zu verhindern.[1171] Eine solche Opposition formte sich nicht, da alle Wasserwerksbesitzer, welche an der Landsgemeinde hätten opponieren können, entweder von der Steuer befreit oder aber nur mit dem gesetzlichen Minimum belastet werden würden. Die volle Last des Gesetzes würde eigentlich nur die *Motor AG* zu spüren bekommen. So liess es sich der Regierungsrat nicht nehmen, am Ende seines Berichtes zu verkünden, «daß die durch die Vorlage dem ‹Motor› zugemutete Auflage eine bedeutende Staatseinnahme bilden wird».[1172] Er rechnete sogleich auch vor, dass angesichts der Fr. 42'000.– Wasserzins, welche die *Motor AG* den Konzessionsgemeinden für die Nutzung der Wasserkraft jährlich zahle, «für die Zukunft auf eine Staatseinnahme von mehr als Fr. 50 000.– sicher gerechnet werden» dürfe.[1173] Sogleich fügte er aber an: «Diese

[1168] Bericht Regierungsrat 1908: «Das Vorgehen ist durchaus nicht etwa neu. Zürich, St. Gallen, Neuenburg haben ähnliche Bestimmungen aus ähnlichen Motiven. In Zürich betrifft es die vor 1816 zugestandenen Ehehaften, in St Gallen und Neuenburg das spätere Einschreiten des Kantons im Wasserrechtswesen» (S. 21).

[1169] Vgl. Bericht Regierungsrat 1908: «Ganz gleich wie in St. Gallen, dessen bezügliche Gesetzgebung vom Bundesgericht geschützt worden ist, liegen die Verhältnisse bei uns» (S. 21).

[1170] Vgl. Bericht Landratskommission 1908: «Da die staatliche Konzessionsgebühr das Entgelt für die staatliche Bewilligung zur Neuerrichtung oder zur Erweiterung einer Wasserwerksanlage bildet, kann eine solche Gebühr für Werke, welche zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes bereits errichtet waren oder für welche die staatliche Bewilligung bereits ohne Vorbehalt der nachträglichen Erhebung einer Konzessionsgebühr erteilt war, begreiflicherweise nicht erhoben werden» (S. 13).

[1171] Vgl. Bericht Landratskommission 1908: «Durch die einläßlichen Darlegungen des Regierungsrates, mit welchen derselbe die Freilassung der vor 1892 errichteten Wasserwerke von der Wassersteuer begründet, scheint uns die rechtliche Unzulässigkeit der Besteuerung der vor 1892 errichteten Wasserwerksanlagen nicht ganz stringent nachgewiesen und wir halten auch dafür, daß die Einbeziehung dieser Werke unter die Steuerpflicht weder als ungerecht noch als drückend empfunden werden könnte, da bei allen diesen Werken das Absatzgebiet im Kanton Glarus gelegen ist und es sich deshalb auch bei den größeren in Frage stehenden Werken nur um eine kleine Steuer handeln würde. Dagegen stimmen wir dem Regierungsrat vollkommen darin bei, daß das Gesamtergebnis der Steuer von den vor 1892 bestandenen Werken offenbar ein sehr geringfügiges wäre und es sich nicht rechtfertigen würde, dieses Resultates wegen einer Opposition gegen das vorliegende Gesetzes-Projekt zu rufen» (S. 13).

[1172] Bericht Regierungsrat 1908, S. 23.

[1173] Bericht Regierungsrat 1908, S. 24.

Summe ist nun aber keineswegs etwa hoch gegriffen gegenüber dem Gewinn, der mit dieser Wasserkraft erzielt werden kann.»[1174]

2.2 Landrat und Landsgemeinde

428 Der Landrat behandelte die Vorlage in seiner Sitzung vom 5. März 1908, nahm jedoch den Entwurf der Landratskommission unverändert an.[1175] Die Landsgemeinde vom 3. Mai 1908 nahm das Gesetz stillschweigend an, wobei aufgrund eines gestellten Antrages ein Drittel des Ertrages der kantonalen Alters- und Invalidenversicherung zukommen sollte.[1176]

2.3 BGE 35 I 725

429 Die *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* erhoben als Rechtsnachfolgerin der *Motor AG* gegen das GBW GL 1908 am 1. Juli 1908 sowohl beim Bundesrat wie auch beim Bundesgericht staatsrechtlichen Rekurs, da das Gesetz das in Art. 4 BV 1874 verankerte Prinzip der Rechtsgleichheit und die in Art. 31 BV 1874 garantierte Gewerbefreiheit verletze.[1177]

a. Die Rechtsnatur des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer

430 Das Bundesgericht begann seine Prüfung mit einer erstmaligen rechtlichen Analyse des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer. Es galt herauszufinden, ob dem Staate eines der klassischen drei Rechte an den öffentlichen Gewässern (s. vorne Rz. 112 ff.) zustand. Dabei wurde zunächst festgestellt, dass die «Oberaufsicht über die öffentlichen Gewässer» gemäss Art. 20 KV GL 1887 für sich allein genommen nicht ausschlaggebend sei, da dieser Verfassungsnorm «keinen limitativen Charakter» zukomme.[1178] Mit Blick auf das Glarner

---

1174 Bericht Regierungsrat 1908, S. 24.

1175 Vgl. Landratsprotokoll 1905–1908, Sitzung vom 5. März 1908, § 278, S. 329–332.

1176 Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 3. Mai: «Gegen diesen Entwurf werden von keiner Seite Einwendungen erhoben, es ist derselbe somit von der Landsgemeinde stillschweigend zum Gesetze erhoben. Der von einem Bürger gestellte Antrag, einen Drittel des jährlichen Ertrages der Wassersteuer dem kantonalen Fond für die Alters- & Invalidenversicherung zuzuweisen, findet die Zustimmung der Mehrheit der Landsgemeinde» (§ 10, S. 9).

1177 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 732–733. Ebenfalls angerufen wurden die kantonalen Äquivalente: Art. 8 (Rechtsgleichheit), Art. 12 (Handels- und Gewerbefreiheit) und Art. 17 (Grundsätze der Besteuerung) der KV GL 1887.

1178 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Für den Umfang und die Art der nach dieser Gesetzgebung dem Staate zustehenden Rechte an den Gewässern ist die kantonale Verfassung insofern nicht ausschlaggebend, als kein rechtliches Hindernis besteht, daß die Gesetzgebung ihm weitergehende Rechte zuscheide als die Verfassung: die Bestimmung des Art. 20 KV hat keinen limitativen Charakter» (S. 742, E. 3).

Gesetzesrecht stellte das Bundesgericht fest, dass das Gesetz vom Jahre 1890 die Kategorie der «öffentlichen Gewässer» geschaffen habe, was darauf schliessen lasse,

> «daß für diese Gewässer die Grundsätze des privatrechtlichen Gesetzbuches überhaupt nicht mehr anwendbar seien; denn die Erklärung, ein Gewässer sei ein öffentliches, hat normalerweise die Bedeutung, es der ausschließlichen Herrschaft der Anstößer zu entziehen.»[1179]

Doch in Verbindung mit dem GBG GL 1892 und den Materialien dränge sich eine andere Auslegung auf.[1180] 431

> «Das Gesetz vom Jahre 1892 zeigt vielmehr, in welcher Weise der kantonale Gesetzgeber den öffentlichen Einfluß auf die Benutzung der Gewässer und damit den Begriff der Publizität der Gewässer verstanden wissen wollte: es ist die Wasserpolizei, die der Staat durch das grundlegende Gesetz vom Jahre 1890 und durch das Gesetz über die öffentlichen Gewässer vom Jahre sich wahrte und ausbildete.»[1181]

So hatte denn auch die Klägerin in ihren Wasserrechten – sowohl bei den von den Ufereigentümern gekauften, wie auch bei den von den Gemeinden konzessionierten Wasserrechten – Privatrechte erworben, welche «im Sinne der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie als wohlerworbene Privatrechte anzuerkennen sind».[1182] Diese Privatrechte befugten die Klägerin zur Nutzung der Wasserkraft, immer innerhalb der gesetzlichen Schranken und des öffentlichen Interesses.[1183] Indem der Regierungsrat seine staatliche 432

1179 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 742, E. 3.

1180 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Indessen ist die Bestimmung des Umfanges der staatlichen Rechte doch immer eine Frage der Gesetzesinterpretation, wobei mit Rücksicht auf die wenig gefestigte Doktrin nicht aus einem einzelnen Worte auf ein ganzes System geschlossen werden darf. Und da nun das Gesetz vom Jahre 1892, welches die Benutzung der Gewässer – und zwar, da die Privatrechte vorbehalten sind, gerade diejenige der öffentlichen Gewässer – zu regeln bestimmt ist, nach dem Memorial das Rechtssystem des BGB nicht ändern will, so kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz vom Jahre 1890 habe weiter gehen wollen als das spätere Gesetz vom Jahre 1892» (S. 742, E. 3).

1181 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 742, E. 3.

1182 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «In materieller Hinsicht ist entscheidend, daß der ‹Motor› durch die Konzession der Konzessionsgemeinden, durch Verträge mit Privaten und durch Expropriation Wasserrechte erworben hat, welche im Sinne der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie als wohlerworbene Privatrechte anzuerkennen sind: in Bezug auf die Rechte, welche der ‹Motor› durch Expropriation oder Verträge von Privaten erworben hat, kann darüber kein Zweifel bestehen; das gleiche gilt aber auch von den durch die Konzessionsverträge erworbenen Wasserrechten, mögen nun diese Verträge privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlichen Charakter tragen: die Rechte der Rekurrentin – abgesehen vom Expropriationsrecht, das nach den vorstehenden Erörterungen hier nicht mehr in Betracht fällt – sind Nutzungsrechte, nicht Hoheitsrechte; nun werden aber selbst die durch Rechtsgeschäft aus dem Wasserregal abgeleiteten Nutzungsrechte Dritter von der herrschenden Auffassung als Privatrechte anerkannt […], was auch der gerichtlichen Praxis entspricht» (S. 745, E. 5).

1183 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Als Inhaberin privater Wasserrechte steht der Rekurrentin die Befugnis zu, die betreffende Wasserkraft auszunutzen: darin besteht gerade das Wesen des privaten Wasserrechts. Freilich ist der Eigentümer des Wasserrechts hiebei an

Bewilligung gemäss § 2 GBG GL 1892 erteilt habe, sei festgestellt worden, dass die geplante Nutzung keinen öffentlichen Interessen entgegenstand.[1184]

433 Da der Kanton Glarus folglich nicht das Wasserregal besass, sondern nur die Wasserpolizei ausübte, und damit «nicht von Gesetzes wegen Eigentümer der Wasserkräfte war», so könne die Wassersteuer «auf keinen Fall Entgelt für die Überlassung der Wasserkräfte» sein – sondern entweder eine öffentlich-rechtliche Gebühr oder eine Steuer.[1185]

b. Der Verstoss gegen die Eigentumsgarantie

434 Die Beschwerde der Verletzung der Eigentumsgarantie wird auf die Möglichkeit hin geprüft, dass es sich bei der Wassersteuer um eine Gebühr handelt, da Steuern für gewöhnlich keinen justiziablen Eingriff in das Eigentum darstellen.[1186] So muss die Rechtsnatur der Wassersteuer – deren Name übrigens unmassgeblich ist[1187] – geprüft werden. Eine Steuer bezeichnet eine öffentliche Abgabe, welche nicht als Entgelt für eine spezifische staatliche Leistung oder einen besonderen Vorteil erhoben wird, was für die Wassersteuer immerhin denkbar ist.[1188] Dem gegenüber bezeichnet eine Gebühr das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlung, wobei die Kosten, welche dem Gemeinweisen durch die Amtshandlung entstanden sind, ganz oder doch immerhin angemessen gedeckt werden sollen. Für den Gebührencharakter der Wassersteuer zur De-

---

die Schranken der Gesetzgebung gebunden, Schranken, die im Interesse der Allgemeinheit oder im Interesse anderer Wasserrechtsinhaber aufgestellt sein können» (S. 745, E. 5).

1184 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Soweit weder öffentliche Interessen noch Rechte Dritter entgegenstehen, kann die wasserbaupolizeiliche Bewilligung zur Errichtung eines Wasserwerkes dem Inhaber des Wasserwerkes aber nicht verweigert werden. Dadurch, daß der Regierungsrat des Kantons Glarus die Baubewilligung wirklich erteilt hat, ist deshalb auch festgestellt, daß öffentliche Interessen der Ausführung des Wasserwerkes nicht entgegenstanden» (S. 745, E. 5).

1185 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 743, E. 4.

1186 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «[I]n Bezug auf die Pflicht der Bürger, nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zur Bestreitung der Staatsausgaben beizutragen, bildet das Eigentum vielmehr regelmäßig eine der Bemessungsgrundlagen; die Belastung des Eigentums mit Steuern verstößt daher nicht gegen die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie» (S. 743, E.5).

1187 *Falsa demonstratio non nocet*, vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «[…] der Name, den der Gesetzgeber der Abgabe beilegt, ist selbstverständlich für die rechtliche Natur nicht ausschlaggebend […]» (S. 743, E. 4).

1188 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «[…] aber es ist immerhin die Auffassung der Wassersteuer als eigentliche Steuer, d.h. als eine an keine Gegenleistung des Staates gebunden, nicht an einen rechtfertigenden Zusammenhang mit einer Gegenleistung geknüpfte und in diesem Sinne voraussetzungslose, öffentlich-rechtliche Abgabe […] möglich» (S. 743, E. 4).

ckung der Kosten der «staatlichen Bewilligung» gemäss § 2 GBG GL 1892 spricht insbesondere die Befreiung der vor 1892 errichteten Wasserwerke.[1189]

(1) Die Wassersteuer als Gebühr

Das Bundesgericht versucht sich in einer Deutung: Der Gebührencharakter schliesst eine periodische Zusatzleistung zur einmaligen Gebühr nicht aus, solange ihr Betrag mit der staatlichen Gegenleistung in einem vernünftigen Verhältnis stehe.[1190] Eine unverhältnismässig hohe Gebühr liesse sich nur rechtfertigen, wenn der Staat die gebührenpflichtige Tätigkeit, also die Ausgabe einer staatlichen Bewilligung, bewusst habe erschweren wollen; allein hiervon könne vorliegend nicht die Rede sein, da der Glarner Gesetzgeber in allen Materialien von der Förderung der Industrie als Leitziel spreche.[1191] Das Bundesgericht kommt zum Schluss: 435

> «Wird der Wert der Leistung des Kantons bestimmt nach Maßgabe der Kosten, welche ihm durch die baupolizeiliche Bewilligung und die Überwachung des Wasserwerkes erwachsen, so ist ohne weiteres klar, daß diese Tätigkeit eine Gebühr, welche für die Rekurrentin auf jährlich über 40'000 Fr. berechnet wird, in keinem Falle rechtfertigen könnte. […] Der Verzicht auf das Expropriationsrecht zu Gunsten der Rekurrentin hat dem Kanton Kosten überhaupt nicht verursachen können.»[1192]

Worum aber handelt es sich bei dieser staatlichen Gegenleistung? 436

1189 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «[D]er Zusammenhang mit der wasserrechtlichen Gesetzgebung, insbesondere die Befreiung der vor dem Jahr 1892 errichteten Werke, weist zwar darauf hin, es habe der Gesetzgeber eine Auflage für die im Gesetz vom Jahre 1892 vorgesehene Bewilligung, also eine Gebühr und nicht eine Steuer, anordnen wollen» (S. 743, E. 4).

1190 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Nun wäre es freilich rechtlich nicht unzulässig, vom Wasserwerksinhaber neben der einmaligen Gebühr noch eine periodische Zusatzleistung zu fordern. Als Gebühr kann diese Zusatzleistung aber nur dann gelten, wenn ihr Betrag mit dem Wert der Gegenleistung einigermaßen in Einklang steht, derart, daß nicht ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Werden aus fiskalischen Gründen die Gebührenansätze so hoch bemessen, daß zwischen Leistung und Gegenleistung das angemessene Verhältnis von Kosten und Wert nicht mehr besteht, so geht die Gebühr eben in eine Steuer über» (S. 744, E. 5).

1191 Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Eine Ausnahme vom Erfordernis eines angemessenen Wertverhältnisses könnte bei der Gebühr nur stattfinden, wenn die Gebühr ‹die Benutzung öffentlicher Tätigkeiten aus allgemein volkswirtschaftlichen Gründen erschweren› soll […]: im vorliegenden Fall kann hievon aber offenbar keine Rede sein, da der glarnische [sic] Gesetzgeber, der durch den Erlaß des Gesetzes über die Benutzung der Gewässer vom Jahre 1892 im Interesse der Volkswirtschaft die rationelle Ausnutzung der kantonalen Gewässer fördern wollte, unmöglich im Jahre 1908 dieses Ziel als ein verwerfliches angesehen hat, dessen Erreichung zu erschweren sei. Die Auflage der Wassersteuer beruht vielmehr nur auf finanziellen Erwägungen (s. das Memorial, S. 60 des Anhangs zur Klage)» (S. 744, E. 5).

1192 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 744–745, E. 5.

(2) Die Wassersteuer als versteckter Wasserzins

437 Dieses legitime privatrechtliche Nutzungsrecht verschärft das Rechtsproblem der Wassersteuer als einer Gebühr. Denn indem sich der Regierungsrat bei der Bemessung der Gebühr an den in anderen Kantonen bestehenden Wasserzinsen orientiert, gleichzeitig aber mit der staatlichen Bewilligung allein keine ausreichende Gegenleistung für eine solch hohe Gebühr gibt,

> «so könnte sie, mit Rücksicht auf ihre Höhe (wenn sie eine Gebühr ist), nur als Entgelt für die Ausnutzung der Wasserkraft, d.h. als Wasserzins, aufgefaßt werden. Das Recht zur Erhebung eines Wasserzinses setzt aber voraus, daß der Kanton Eigentümer der Wasserkräfte sei, was er eben nicht ist.»[1193]

438 Bei der Wassersteuer gemäss GBW GL 1908 handelte es sich also der Ansicht des Bundesgerichtes nach um einen versteckten Wasserzins. Und dies traf den Kern der Sache:

> «Durch die Erhebung des Wasserzinses würde er [scil. der Kanton] sich eine Befugnis anmaßen, die nur dem Inhaber des Wasserregals zustehen würde. Die privaten Wassernutzungsrechte der Anstößer und damit § 55 des privatrechtlichen Gesetzbuches würden beseitigt und das staatliche Wasserrecht entsprechend erweitert. Die bisherige rechtliche Grundlage des Wasserwerkes der Rekurrentin würde zu ihren Ungunsten geändert: die Rekurrentin würde so behandelt, wie wenn sie ihr Wasserwerk auf Grund einer Verleihung errichtet hätte; ihre vollwertigen Rechte würden umgewandelt in Rechte anderer Art und minderen Wertes. Darin liegt eine Verletzung der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie, die gerade die vermögensrechtliche Stellung der Privaten gegen staatliche Eingriffe, auch gegen solche, die im Wege der Gesetzgebung erfolgen, schützen will».[1194]

c. Die Verletzung des Rückwirkungsverbotes

439 Indem der Regierungsrat das Gesetz auf die *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* (als Rechtsnachfolgerin der *Motor AG*) anwenden wollte, obwohl diese bereits eine Gebühr für die staatliche Bewilligung bezahlt hatte – auf welche der Regierungsrat nicht zurückzukommen versprach[1195] – wurde das Rückwirkungsverbot verletzt.[1196] Der Vorbehalt des Regierungsrates nach Erwerb der staatlichen Bewilligung kam zu spät.[1197]

[1193] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 747–748, E. 5.

[1194] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 748, E. 5.

[1195] Vgl. Fn. 1150.

[1196] Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Es liegt eine Rückwirkung des neuen Gesetzes auf den Bestand bisheriger, wohlerworbener Privatrechte vor; der Grundsatz, daß Gesetze, insbesondere solche, welche die vermögensrechtliche Stellung der Bürger und Korporationen betreffen, im allgemeinen nicht rückwirkende Kraft haben dürfen, ist ein Gebot staatlicher Gerechtigkeit, dem auf dem Gebiet des Vermögensrechtes eben die Garantie der Unverletzlichkeit des Privateigentums mit Ausdruck verleiht» (S. 748, E. 5).

[1197] Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Nur auf Grund eines Vorbehaltes zur Zeit des Erwerbs der Wasserrechte durch den ‹Motor› könnte die Auflage eines Wasserzinses in

Das Bundesgericht schliesst seine Argumentation mit einem Verweis darauf, wie ein solcher Wasserzins – und damit auch ein fundamentaler Wechsel des Wasserrechtsystems – hätte vonstattengehen müssen: 440

> «Wenn in der Wasserkraftsteuer eine Gebühr zu finden ist und der Kanton sich durch die Anordnung dieser Gebühr auf den Standpunkt der Regalität gestellt hätte, so hätte er gegenüber den schon bestehenden Wasserwerken und in Bezug auf die von ihnen schon benutzten Wasserkräfte dies jedenfalls nur gegen Entschädigung tun können; da das angefochtene Gesetze eine solche Entschädigung aber nicht vorsieht, wäre die Wassersteuer, als Wasserzins aufgefaßt, vor dem Grundsatze der Unverletzlichkeit des Eigentums nicht haltbar.»[1198]

d. Der Verstoss gegen die Rechtsgleichheit

Als Verstoss gegen die Rechtsgleichheit ist die Wassersteuer sowohl als Steuer wie auch als Gebühr denkbar. Da aber die Gebühr bereits als Verstoss gegen die Eigentumsgarantie und das Rückwirkungsverbot für verfassungswidrig erklärt worden war, prüfte das Bundesgericht nur noch die Rechtsgleichheit mit Blick auf die Wassersteuer als Steuer.[1199] 441

(1) Die rechtsungleiche Steuerbefreiung

Das verfassungsrechtliche Prinzip der Rechtsgleichheit verbietet es dem Gesetzgeber, sich bei der Ausgestaltung einer Steuer auf für die Steuer unerhebliche Unterschiede abzustellen. Das Bundesgericht fragt also nach der Bedeutung des GBG GL 1892 und ob am Umstand, dass ein Wasserwerk davon oder danach errichtet wurde, ein sachlicher Unterschied liegt. Anders aber, als der Regierungsrat dies hatte wahrmachen wollen, sei 1892 nicht «das alte System des Glarner Rechts geändert worden, indem von da ab eine Bewilligung zur Erstellung von Wasserwerken notwendig sei».[1200] Es handelte sich dabei sowohl vor 1892 wie danach «bloß um eine baupolizeiliche Bewilligung, also um die Ausübung der schon in der Verfassung vom Jahre 1887 vorgesehenen Oberaufsicht des Staates».[1201] Das Bundesgericht stellte sodann fest: 442

> «Das Gesetz vom Jahre 1892 hat das glarnische [sic] Wasserrecht, das auf dem Prinzip der Berechtigung der Anstößer der Gewässer beruht, nicht aufgehoben und durch das Regal ersetzt, sondern nur hinsichtlich der staatlichen Oberaufsicht neu gestaltet. Der Umstand, daß früher die staatliche Oberaufsicht nicht so streng gehandhabt worden sein mag und daß demgemäß vielleicht Wasserwerke errichtet worden sind, welche mit den öffentlichen Interessen möglicher-

---

Frage kommen; der Vorbehalt, den der Regierungsrat des Kantons Glarus machte, ist aber, soweit die Erhebung einer Gebühr in Frage kommt, verspätet und daher unwirksam» (S. 748, E. 5).

1198 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 748, E. 5.

1199 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 749, E. 6.

1200 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 750.

1201 BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 750–751.

> weise nicht in Einklang stehen, kann aber doch gewiß nicht dazu führen, nun diese älteren Werke auch noch von der Wassersteuer zu befreien».[1202]

443 Da die Steuerbefreiung auf unsachlichen Unterscheidungen beruht, stellt sie eine die Rechtsgleichheit verletzende, unzulässige Begünstigung der älteren Wasserwerke dar.[1203]

(2) Die unzulässige Skala

444 Zuletzt prüfte das Bundesgericht auch den weiten Ermessensspielraum des Regierungsrates bei Festsetzung der Höhe der Wassersteuer. Zwar sei eine progressiv stärkere Belastung der leistungsfähigen Wasserwerke mit dem Prinzip des verfassungsrechtlichen Prinzips der Rechtsgleichheit zu vereinbaren, doch müssen im Gesetz die auf ein bestimmtes Regelungsziel ausgerichteten Bemessungsgrundsätze geregelt sein.[1204] Während die Zulässigkeit der Begünstigung von Gemeindewerken sowie der interkantonale Exportzoll vom Bundesgericht offengelassen werden, so seien «die gesetzlichen Bestimmungen darüber, wie die Skala angewendet werden soll, doch so ungenügend, daß sie einer willkürlichen Anwendung geradezu rufen».[1205] Das Bundesgericht bemängelte insbesondere das vollständige Fehlen irgendwelcher Grundsätze, nach welchen ein Wasserwerk in die Skala eingereiht werden könnte. In Verbindung mit dem Umstand, dass «bei der Beratung des Gesetzes im Landrate offen ausgesprochen wurde, die Unterstellung der Gemeindewerke unter das Gesetz erfolge nur um der formellen Anforderung der Rechtsgleichheit willen», eine Aussage, die sich *nota bene* ebenso im Bericht der Regierungsrat wie auch im Landsgemeindememorial findet (s. vorne Rz. 425),

> «so drängt sich die bestimmte Vermutung auf, es solle nach dem Willen des Gesetzgebers die mangelhafte Ausgestaltung der Steuerbemessungsgrundsätze gerade die willkürliche Anwendung auf die Privatwerke und auf dasjenige der Rekurrentin insbesondere ermöglichen und die Besteuerung der Gemeindewerke nur eine Scheinbesteuerung sein.»[1206]

e. Das Urteil

445 Gestützt auf alle diese Erwägungen, hiess das Bundesgericht am 15. Dezember 1909 die Beschwerde der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* gut und erkannte, es sei «das Gesetz über die Besteuerung von Wasserwerken vom 3. Mai 1908 aufgehoben, soweit es die Wasser-

[1202] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 751, E. 6.

[1203] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 751, E. 6.

[1204] Vgl. BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 752, E. 6.

[1205] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 752, E.6.

[1206] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 753, E.6.

steuer betreffe»[1207] – mithin die §§ 2, 3 und 5 sowie die §§ 4, 6 und 8 GBW GL 1908 in den Teilen, die von der Wassersteuer handeln.[1208]

3. Das revidierte Gesetz zur Besteuerung von Wasserwerken von 1910

3.1 Memorialsantrag und Berichte

Der BGE 35 I 725 musste für den Regierungsrat ein starkes Stück gewesen sein.[1209] Dennoch brachte ihn dies nicht von seinem Vorhaben ab, hatte doch das Bundesgericht «zugleich in milder Weise gesagt, wie das neue Gesetz lauten müsse, um Gnade zu finden».[1210] Dieselbe Anspruchshaltung von 1908 blieb erhalten: 446

> «Es wäre eine starke Zumutung an einen Bergkanton, der infolge seiner ungünstigen Lage so viele Lasten zu tragen hat, wenn derselbe nun ganz allein aus dem keinen Nutzen ziehen wollte, das uns die Gebirgswelt heute durch die Verwendung der Wasserkräfte zu bieten vermag. Wir bestätigen diesfalls alles, was im Memorial von 1908 gesagt ist.»[1211]

Um den erwähnen Nutzen abzuschöpfen, machte er sich umgehend an die Verbesserung der vom Bundesgericht kritisierten Punkte und legte bereits für die Landsgemeinde des nächsten Jahres revidiertes *Gesetz über die Besteuerung von Wasserwerken* (GBW GL 1910), welches «im finanziellen Ertrag ungefähr auf dasjenige herauskommen sollte, was das Gesetz von 1908 abgeworfen hätte».[1212] Indem der Regierungsrat wiederum nicht die Wasserwerkbesitzer, sondern «jene moderne Erscheinung der Elektrizitätswerke, welche mit den Erzeugnissen der glarnerischen Wasserkraft Handel treiben» ins Auge fasste,[1213] schien er damit in erster Linie die *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* zu meinen, welcher es 447

[1207] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 753.

[1208] BGE 35 I 725 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 733.

[1209] Soviel mag diesem oder jenem *ceterum censeo* des Landsgemeindememorials 1910 entnommen werden: «Beiläufig sei immerhin erwähnt, daß der Rekurs der A.-G. Kraftwerke Beznau-Löntsch von der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes lediglich mit einer Mehrheit von 4 Stimmen als begründet erklärt worden ist, während sich 3 Stimmen dahin aussprachen, der Rekurs sei als unbegründet abzuweisen» (§ 10, S. 39); «Es war übrigens selbstverständlich von uns auch nie beabsichtigt, jenem § 3 die Auslegung zu geben, welche uns von der Rekurrentin angedichtet worden ist. […] Wir würden auch das Gesetz von 1908 nie anders angewandt haben, sind nun aber sehr gern bereit, eine Skala vorzuschlagen, welche diese Grundsätze im Gesetze selbst genau niederlegt» (S. 41).

[1210] TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 114–115, Fn. 2.

[1211] Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 39–40; vgl. auch BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 344.

[1212] Bericht Regierungsrat 1910 I, S. 13; zit. in BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 345; vgl. auch Bericht Landratskommission 1910.

[1213] Zit. in BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 345.

nur durch den Bundesgerichtsentscheid «gelungen ist, der Steuerleistung für volle zwei Jahre zu entgehen».[1214]

448 Mit politischen Überlegungen und Legitimationsfragen hielt sich der Regierungsrat indessen nicht länger auf: «Wir bestätigen diesfalls alles, was im Memorial von 1908 gesagt ist.»[1215] Auch den Titel beliess man.[1216]

3.2 Die Ausgestaltung der revidierte Wasserwerksteuer

449 Das GBW GL 1910 setzte das Bundesgerichturteil um.[1217] Hierbei fiel das erstaunliche Eingeständnis seitens des Regierungsrates, dass das vorherige Gesetz «[u]nter dem Gesichtspunkte der Regalität» gestanden habe, während «wir uns nun aber ganz auf dem Boden der Steuer und des Steuerrechtes bewegen müssen».[1218] Auf diesem Boden fühlte man sich vor weiteren Rekursen sicher.[1219]

a. Das Auslassen der Konzessionsgebühr

450 Es musste das neue Gesetz «ganz als Steuergesetz aufgebaut werden» und man musste aus der neuen Vorlage «alles das eliminieren, was als Gebühr im Sinne des Wasserrechtsbesit-

---

1214 Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 39–40.

1215 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Ueber die Frage, ob es sich empfehle, die Besteuerung der Wasserwerke der Landsgemeinde sofort wieder vorzulegen, glauben wir uns nicht näher verbreiten zu müssen. Einstimmig hat die Landsgemeinde im Jahre 1908 diese Besteuerung beschlossen, und wir sind überzeugt, daß sie ihre Anschauungen nicht gewechselt hat, auch wenn es der Rekurrentin nun gelungen ist, der Steuerleistung für volle zwei Jahre zu entgehen. […] Wir bestätigen diesfalls alles, was im Memorial von 1908 gesagt ist» (§ 10, S. 39–40).

1216 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Das Gesetz kann also den gleichen Titel führen wie dasjenige von 1908; dagegen darf nun nach dessen Inhalt kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß dasselbe wirklich nichts anderes ist als ein Steuergesetz» (§ 10, S. 43).

1217 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Aus diesen Erwägungen des Bundesgerichts geht nun ganz unzweideutig hervor, daß der Kanton Glarus zum Erlaß eines bezüglichen Steuergesetzes kompetent ist, daß auch eine progressiv stärkere Belastung der leistungsfähigen Wasserwerke zulässig ist, daß dagegen die vorgesehene Skala von 1/2 –5 Fr. eine willkürliche Anwendung ermögliche, und daß die vollständige Befreiung der vor dem Jahre 1892 errichteten Wasserwerke von der Wassersteuer dem Prinzip der Rechtsgleichheit nicht entspreche. Diesen beiden Einwendungen muß nun in einem neuen Gesetz Rechnung getragen werden» (§ 10, S. 39).

1218 Landsgemeindememorial 1910, §10, S. 41.

1219 Vgl. Landsgemeindememorial: «Damit ist nun auch die völlig sichere Grundlage geschaffen für den Schutz durch jede höhere Instanz, an welche eventuell noch rekurriert werden könnte oder wollte; es entspricht die Besteuerung aller Wasserwerke ganz genau dem Bundesgerichtsentscheide. Jeder Vorwurf ungleicher oder ungerechter Behandlung muß nun dahinfallen.» (§ 10, S. 42).

zes aufgefaßt werden könnte».[1220] So wurde zunächst die «Konzessionsgebühr» gemäss § 1 GBW GL 1908 fallen gelassen, «weil diese nicht in ein Steuergesetz gehört, sondern als Attribut des Staates über die Hoheit der Gewässer zu regeln ist».[1221] Unter dem Eingeständnis, dass diese Gebühr schon 1892 hätte eingeführt werden sollen, wird dieselbe für das bereits ins Auge gefasste Einführungsgesetz zum ZGB vorgeschlagen (s. hinten Rz. 630 ff.).[1222]

b. Der Steuercharakter

Um jeden Verdacht der Regalität zu verscheuchen, wurde in § 1 GBW GL 1910 das Steuerobjekt von der ausgenutzten Wasserkraft zur jährlich erzeugten Kraft (gemessen in Pferdekraftstunden) geändert.[1223] Ebenso wurden die bisherigen – vom Bundesgericht zwar in ihrer Zulässigkeit offengelassenen – Steuerbefreiungen der Gemeinden sowie die interkantonale Exportsteuer fallen gelassen.[1224] Die Festsetzung der individuellen Wasserwerksteuer oblag gemäss § 2 GBW GL 1910 einer landrätlichen Spezialkommission, wobei ein Rekurs an den Regierungsrat möglich war. Man wählte dieses zweistufige Rekursverfahren, da dies «dem Charakter eines Steuergesetzes besser zu entsprechen» schien.[1225] 451

c. Die angepasste Skala und Progressivsteuer

Die Kritik betreffend die Skala wurde umgesetzt, indem in § 1 GBW GL 1910 klare, progressiv mit Bezug auf die erzeugte Kraft ausgestaltete Bemessungsgrundsätze geschaffen wurden. Steuerbefreit blieben am unteren Ende der Skala kleine Wasserwerke, welche nur eine «ganz eng begrenzte Kraft» erzeugten.[1226] 452

1220 Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 40.

1221 Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 40.

1222 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Es hätte eine solche Gebühr schon im Gesetz von 1892 betreffend die Benützung der Gewässer als Aequivalent für die staatliche Bewilligung und die polizeiliche Aufsicht aufgestellt werden können und nach heutigen Anschauungen auch aufgestellt werden sollen. […] Es wird sich dann nächstes Jahr fragen, ob nicht eine neue Gesetzesbestimmung darüber aufgestellt werden soll, sei es durch eine gesonderte Vorlage, sei es im Anschluß an das kantonale Einführungsgesetz des eidgenössischen Zivilrechtes […]. Hier genügt es, zu konstatieren, daß wir im Steuergesetz jede Erwähnung einer Konzessionsgebühr gänzlich ausschalten» (S. 40).

1223 Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 41.

1224 Landsgemeindememorial 1901: «Das Bundesgericht hat zwar die prinzipielle Frage der Zulässigkeit einer sogenannten Exportsteuer unentschieden gelassen […]. Wir sind aber von uns aus ganz gern im Falle, keine daherige Bestimmung mehr aufzunehmen» (§ 10, S. 40).

1225 Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 40.

1226 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Wir schlagen eine Steuerbefreiung für die Jahresleistung einer Kraft von zirka 10 PS vor, um damit wenigstens die ganz kleinen Anlagen von der Steuer zu entheben. Die Steuer würde ja allerdings nur einen ganz minimen Betrag, d.h. weniger als

3.3 Landrat und Landsgemeinde

453 Der Landrat behandelte die Vorlage in seiner Sitzung vom 5. April 1910.[1227] Die Landsgemeinde vom 22. Mai 1910 nahm das GBW GL 1910 ohne Weiteres an.[1228]

4. BGE 38 I 341

454 Auch gegen das GBW GL 1910 erhob die *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* am 11. Juli 1910 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht.[1229] Sie machte geltend, diese neue Steuer sei «gleich der ‹Wassersteuer› des Gesetzes von 1908, aus der sie einfach ‹zurechtfrisiert› worden sei, ein Wasserzins».[1230] Dieser Wasserzins sei zudem durch die Progressivskala im Bestreben ausgearbeitet worden, «nur das Löntschwerk zu treffen und die anderen, pro forma ebenfalls einbezogenen Wasserwerksbesitzer sozusagen vollständig zu entlasten».[1231] Der Kanton Glarus antwortete, dass es sich um eine Steuer handle, welche dem Kanton auch nicht verweigert werden könne:

> «Umgekehrt zu behaupten, ein Staat, der, wie Glarus, seinerzeit das Wasserregal nicht eingeführt habe, besitze deswegen die Möglichkeit nicht, von den Wasserwerken seines Gebietes im Wege der Besteuerung Abgaben zu erheben, also ihnen gegenüber statt der historischen Form der Regalisierung die moderne der Besteuerung anzuwenden, sei geradezu unerhört. Dies würde nichts anderes bedeuten, als für alle Gegenstände und für alle Tätigkeiten, die irgendwie als regalfähig angesehen werden könnten, solange das Regal nicht eingeführt sei, die B e f r e i u n g a u c h v o n j e d e r S o n d e r b e s t e u e r u n g zu proklamieren, und, da das Regal nicht rückwirkend eingeführt werden dürfte, dieses Steuerparadies auch gleich noch für eines zu erklären, das g a r n i c h t m e h r v e r l o r e n g e h e !»[1232]

455 Für die Klägerin war indes klar, was der Kanton Glarus vorhatte:

> «Hier handle es sich nicht um einen Wechsel des Abgabensystems, darum, statt der ‹historischen Form der Regalisierung› die ‹moderne der Besteuerung› anzuwenden, sondern die Situation sei so, daß der Kanton Glarus neben die inhaltlich dem Regal gleichkommenden Wasserrechte des

---

Fr. 10.– per Jahr, ausmachen, aber wir halten diese Ausnahme doch für ganz gerecht; auch erleichtert dies die Ausführung des Gesetzes. In unserm Kanton hat sich das System der Steuerbefreiung bereits in viel einschneidenderer Weise ausgebildet. […] Alle Kantone, welche die Einkommensteuer besitzen, erklären ein gewisses Existenzminimum als steuerfrei und dasselbe tut der Bund im Gesetz betreffend Militärpflichtersatz» (§ 10, S. 41).

1227 Vgl. Landratsprotokoll 1908–1911, Sitzung vom 5. April 1910, § 156, S. 154–157.

1228 Landgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 22. Mai 1910. «Die Landsgemeinde erhebt vorstehenden Entwurf stillschweigend zum Gesetze» (§ 11, S. 43).

1229 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 343.

1230 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 343.

1231 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 345.

1232 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 356–357 (Hervorhebung im Original).

> Grundeigentums und die Wasserzinse, welche praktisch zum großen Teil der Öffentlichkeit, nämlich Gemeinden, zuflößen, ein gleichwertiges Recht des Staates stellen wolle, indem er seine Steuerhoheit vorschiebe, um wirtschaftlich dasselbe zu erreichen, was ihm das mangelnde Regal bieten würde.»[1233]

Allein diesmal stellte sich das Bundesgericht hinter den Kanton Glarus. Dass der Kanton Glarus danach trachte, «mit der heutigen ‹Wasserwerksteuer› das finanzielle Ergebnis der früheren ‹Wassersteuer› (der sie selbst nachträglich Gebührencharakter zuerkannt haben) zu erreichen», sei angesichts der Entstehungsgeschichte des Gesetzes «unstreitbar».[1234] Dies aber sei unmassgeblich, da es sich bei der revidierten Wassersteuer tatsächlich um eine Steuer, nämlich um eine Ertragssteuer, handle.[1235] Anders als bei einer Gebühr, gibt es bei dieser Wassersteuer keine staatliche Gegenleistung.[1236] Dass diese Ertragssteuer nur die Wasserwerke belaste, sei nicht willkürlich, sondern angesichts deren besonderem Verhältnis zum Staat sachlich zu rechtfertigen.[1237] Ebenso sei die progressive Skala und damit 456

1233 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 363.

1234 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*), S. 371.

1235 Vgl. BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Das berührt jedoch die gesetzliche Ausgestaltung der Abgabe als Steuer im Rechtssinne nicht: Es handelt sich dabei eben um eine Ertragssteuer, die als solche begrifflich notwendigerweise einen Teil des Nutzens der besteuerten Ertragsquelle – der gewerblich verwendeten Wasserkraft – für den Staat in Anspruch nimmt. Bei diesem Charakter der streitigen Abgabe aber liegt in deren Einführung weder ein Mißbrauch der Steuerhoheit im Sinne der Rekursschrift, noch eine Umgehung des früheren bundesgerichtlichen Urteils» (S. 371, E. 1).

1236 Vgl. BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Das Gesetz normiert als Steuer eine Abgabe, mit der es (§ 1) die ‹Inhaber von Wasserwerken› als solche auf Grund der aus dem Betrieb der Werke effektiv gewonnenen und verwendeten Wasserkraft neben den ‹ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern› belegt. Es knüpft also die Abgabepflicht an den bereits bestehenden Betrieb eines Wasserwerkes von bestimmter Minimalnutzungsleistung, ohne die Zulässigkeit einer derartigen Ausnützung des fließenden Wassers irgendwie von der Entrichtung der Abgabe abhängig zu machen. Die Abgabe wird m.a.W. nicht gefordert als Gegenleistung einer staatlichen Wassernutzungsbewilligung irgend welcher Art und in diesem Sinne f ü r die effektiv benutzte Wasserkraft, sondern einfach als Leistung v o n d.h. nach Maßgabe der effektiv benutzten Wasserkraft» (S. 370, E. 1; Hervorhebung im Original).

1237 Vgl. BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Überdies hängt der ungestörte Betrieb gerade der Wasserkraftnutzung vielfach wesentlich ab von Sicherungsmaßnahmen des den Wasserlauf in sich schließenden Staatsverbandes (Wildbachverbauungen und Flußkorrektionen), die den Wasserwerksinhabern in besonderem Maße zugute kommen. Es läßt sich daher, jedenfalls ohne Willkür, annehmen, daß die Inhaber von Wasserwerken am Staate in außergewöhnlicher Weise interessiert sind und daß ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, soweit sie auf der Ausnutzung der Wasserkraft beruht, wenigstens zum Teil ihren besonderen Beziehungen zum Staate zu verdanken ist, daß also die Wasserwerke grundsätzlich als ein das Interesse der Inhaber am Staate erhöhernder und im Zusammenhang damit deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit steigernder Faktor betrachtet werden können. Diese beiden Momente aber sind für die Besteuerung in Hinsicht auf das Postulat der Gleichmäßigkeit von wesentlicher Bedeutung […]. Folglich ist

die Befreiung kleinerer Wasserwerke von der Steuer entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit kein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit.[1238] Indessen sei das Bundesgericht weder für die von der Klägerin beanstandete Höhe der Wassersteuer, noch über deren allfällig prohibitiven Charakter in Verbindung mit dem zu leistenden Wasserzins an die Konzessionsgemeinden zuständig.[1239]

5. Zwischenbetrachtung

457 Die Einführung der Wasserwerksteuer stellte einen weiteren Schritt des Kantons Glarus dar, das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer, wie es im § 55 BGB GL 1869 kodifiziert worden war, durch ein ergänzendes öffentlich-rechtliches Instrument der gemeineidgenössischen öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung der anderen Kantone der Schweiz anzugleichen (s. vorne Rz. 109 ff.). Chronologisch lässt sich dies folgendermassen rekapitulieren:

> Das auf der staatlichen Hoheit begründete Aufsichtsrecht über die Gewässer, die *Wasserbaupolizei*, stand dem Kanton Glarus schon seit dem Untergang der Helvetischen Republik zu und wurde kontinuierlich ausgebaut (s. vorne Rz. 320 ff.). Rechtlich war dies möglich, da durch das staatliche Aufsichtsrecht das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer nicht berührt wurde – politisch war dies nur möglich, insofern dies nachgewiesen und zugesichert werden konnte.

---

eine Sonderertragssteuer der Wasserwerke, wenn auch ernstliche Zweifel über ihren gesetzgebungspolitischen Wert bestehen mögen, immerhin sachlich zu rechtfertigen» (S. 375, E. 2).

1238 BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Auch die progressive Steigerung der Steuer mit der Größe der steuerpflichtigen Nutzleistung ist grundsätzlich aus Art. 4 BV nicht zu beanstanden. Sie setzt allerdings, wie das Bundesgericht im früheren Urteile angedeutet hat, voraus, daß die Werke mit größerer Nutzleistung wirtschaftlich verhältnismäßig leistungsfähiger seien und daß ihnen die Vorteile der Wasserkraftverwertung in relativ höherem Maße zu gute kommen, als den kleineren Anlagen» (S. 378, E.3).

1239 Vgl. BGE 38 I 341 (*KW Beznau-Löntsch AG c. Kt. GL*): «Es könnte sich bei dieser Auffassung vielmehr nur fragen, ob die aus dem Zusammentreffen der beiden Abgaben resultierende Gesamtbelastung der Wasserwerkanlage nicht gegenwärtig schon – abgesehen von den zukünftigen Sondervorschriften im Sinne des Art. 24 bis BV – als prohibitiv wirkend mit der allgemeinen Garantie des Art. 31 BV unvereinbar sei. Hierüber ist jedoch im vorliegenden Falle gemäß Art. 189 Abs. 1 Ziff. 3 aOG ebenfalls der Bundesrat zu urteilen berufen» (S. 377, E. 2); «Dagegen bleibe es, nach der im vorliegenden Falle maßgebenden Kompetenzausscheidung, dem Bundesrate vorbehalten, zu prüfen, ob das Maß der für die Rekurrentin aus der Gesetzesanwendung resultierenden Belastung mit dem Grundsatz des Art. 31 BV vereinbar sei» (S. 380, E. 3).

Die allen anderen Kantonen bekannte *Einteilung in öffentliche und private Gewässer* (s. vorne Rz. 110 ff.) wurde durch die Einführung der Kategorie der «öffentlichen Gewässer» durch die Gesetze von 1869 und 1890 zumindest versucht. Das Problem war aber, dass die privatrechtliche Rechtsnatur des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer sich den gängigen Bedeutungen von «öffentlich» (s. vorne Rz. 112 ff.) weitgehend verschloss.

Das GBG GL 1892 hatte ursprünglich den konsequenten Schritt hin zu öffentlichen Gewässern mitsamt einer *Konzessionspflicht* für deren Nutzung gehen wollen, was ein kantonales Verfügungsrecht über die öffentlichen Gewässer bedeutet hätte. Wie dargestellt wurde, scheiterte dieser Systemwechsel aufgrund massiver politischer Opposition; es wurden stattdessen eine um die wirtschaftspolitische Komponente erweiterte staatliche Bewilligung sowie das Expropriationsrecht eingeführt (s. vorne Rz. 404 ff.).

Mit der Wasserwerksteuer sollte die Glarner Wasserrechtsordnung um den finanziell interessanten *Wasserzins* ergänzt werden. Beim GBW GL 1908 wurde dies auf eine – je nach Lesart – ungeschickte oder dreiste Art offen verfolgt. Es ist schwer zu beurteilen, inwiefern der Regierungsrat bei diesem Vorgehen hoffte, vollendete Tatsachen zu schaffen und die privatrechtliche Glarner Wasserrechtsordnung auszuhöhlen. Die Konsequenz dieses Vorgehens war der Entscheid des Bundesgerichts, welcher alle das Nutzungsrecht der Ufereigentümer betreffenden Paragraphen aufhob. Erst im zweiten Anlauf gelang mit dem GBW GL 1910, den Wasserzins mit einer Sondersteuer zu belasten.[1240]

[1240] Zur Sondersteuer vgl. MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens: «Immer dann, wenn für die Besteuerung nicht die allgemeinen Grundsätze der Einkommens- oder Vermögensbesteuerung zur Anwendung gebracht werden. So z.B. wenn bei der Besteuerung auf die Jahresleistung an elektrischer Energie abgestellt wird (Sonderertragssteuer) oder wenn eine Belastung mit einer schematischen Vermögenssteuer erfolgt, d.h. wenn für die Krafteinheit ein bestimmter Vermögensansatz zur Anwendung gebracht wird, auch wenn derselbe weder dem Verkehrs- noch dem Ertragswert entspricht, womit in Wirklichkeit der Begriff des Vermögens ausgeschaltet wird. Die Besteuerung der Wasserkraft wird zur Sondersteuer, wenn sie sich nicht in den allgemeinen Normen des Steuerrechts hält» (S. 35).

§ 5 Das Wasserrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1907

458 Mit dem *Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907* (ZGB) wurde erstmals versucht, auf eidgenössischer Ebene eine Rahmengesetzgebung für die kantonalen Wasserrechtsordnungen zu schaffen. Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, was rechtlich möglich gewesen wäre, wenngleich es politisch nicht hatte sein wollen: Die privatrechtliche Verankerung der gemeineidgenössischen Wasserrechtsinstitute in einer Privatrechtskodifikation (s. hinten Rz. 463). Gerade hierin zeigt sich, dass die im gegenwärtigen Recht für so selbstverständlich hingenommene öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Wasserrechtes letztlich höchst kontingent war. Sodann wird die wasserrechtliche Bestimmung aufgezeigt, welche im ZGB verblieb (s. hinten Rz. 499). Mit Bezug auf das kantonale Recht wird schliesslich die Gesetzgebung des *Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (EG ZGB GL) als Rechtsgrundlage der bis heute geltenden Glarner Wasserrechtsordnung aufgezeigt (s. hinten Rz. 516 ff.).

1. Historischer Hintergrund

459 Am 28. Juni 1898 wurde mit der Motion Zschokke der Bundesrat eingeladen,

> «die Frage zu prüfen und über dieselbe Bericht und Antrag einzubringen, ob es nicht angemessen sei, ein schweizerisches Gesetz über die Anlage von Wasserwerken und über die damit in Zusammenhang stehende Flusspolizei zu erlassen und die Handhabung derselben dem Bunde zu übertragen».[1241]

460 Am 13. November desselben Jahres nahm das Volk mit 72 % den revidierten Art. 64 an, welcher die Verfassungsgrundlage für die Vereinheitlichung des gesamten Zivilrechtes schuf:[1242]

> «Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.»[1243]

461 Zuvor schon hatte EUGEN HUBER mit seinem *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (4. Bd., 1886–1893) einen Überblick über die verschiedenen kantonalen Privatrechtsordnungen geschaffen, weshalb er im Jahre 1892 vom Eidgenössischen Polizei- und Justizdepartement (EJPD) den Auftrag erhielt, einen Entwurf für ein Schweizerisches

---

[1241] Zit. in E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S 513; vgl. MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 249.

[1242] Vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 288; SCHULER, HLS: Privatrecht; vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 513.

[1243] Art. 64 Abs. 1 BV 1874.

Zivilgesetzbuch (ZGB) zu entwerfen.[1244] In seinem Vorentwurf des ZGB fügte EUGEN HUBER eine im Jahre 1897 erarbeitete Regelung des Wasserrechtes als zweiten Abschnitt (Art. 979–1000) des vierundzwanzigsten Titels in das Sachenrecht des ZGB an.[1245]

Der Entwurf des EJPD wurde 1900 vorgelegt[1246] und von EUGEN HUBER mit Erläuterungen versehen.[1247] Anschliessend wurde er von einer Expertenkommission beraten. Noch der am 24. Mai 1904 vom Bundesrat vorgelegte Entwurf sah eine eidgenössische Wasserrechtsordnung vor.[1248] Doch angesichts der am 27. Juni 1906 eingereichten *Eidgenössischen Volksinitiative ‹für die Nutzung der Wasserkräfte›* beschlossen der Nationalrat am 15. November 1906 und der Ständerat am 8. April 1907, die Ordnung des Wasserrechtes in einem Spezialgesetz zu verankern.[1249] Am 10. Dezember 1907 nahmen die eidgenössischen Räte das ZGB ohne Wasserrecht an; da das Referendum dagegen nicht ergriffen wurde, trat das ZGB am 1. Januar 1912 in Kraft.[1250] Dessen Inkrafttreten hatte somit keinerlei Wirkungen auf das bestehende kantonale Wasserrecht.[1251] 462

[1244] Vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 288; FENNER, Die Entstehung des Wasserrechtes, S. 205.

[1245] E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 1167, Rz. 2519; E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S 513.

[1246] Vgl. Vorentwurf ZGB 1900; vgl. auch KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 288.

[1247] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf; vgl. auch KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 288.

[1248] BBl 1904 IV 87–91; vgl. MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 251; WYER, Die Nutzung der Wasserkraft, S. 41, Fn. 117.

[1249] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 493, Fn. 11 sowie S. 812, Fn. 2; GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 13; BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874, S. 174; BURCKHARDT, WRG, S. 312; LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 313; WYER, Die Nutzung der Wasserkraft, S. 41, Fn. 117.

[1250] Vgl. Landsgemeindememorial 1911, § 4, S. 5; vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 288–289; vgl. auch FENNER, Die Entstehung des Wasserrechtes, S. 205.

[1251] Vgl. auch E. HUBER, Gutachten vom 21. März 1909: «Erste Frage: Welchen Einfluss hat das Inkrafttreten des ZGB auf die Rechtstellung der genannten Gesellschaft aus dem vom Kt. Bern derselben erteilten Konzessionen […]? Antwort: Das ZGB enthält keine Bestimmungen über die Erteilung u. den Inhalt der Wasserrechtskonzessionen, abgesehen von Art. 56 des Schlusstitels, der hier nicht in Betracht fällt. Die Rechte, die durch die bernische Konzession für die Gesellschaft geschlossen worden sind, werden also von dem Inkrafttreten des ZGB nicht berührt. Überdies würde, auch wenn man die konzedierten Rechte als private Sachenrechte auffassen wollte, das Fortbestehen derselben aus der unter dem bisherigen Rechte erfolgten Begründung mit Sicherheit aus Art. 17 abzuleiten sein» (in: FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 484, Rz. 2755–2756).

2. Das Wasserrecht im Vorentwurf zum ZGB

463 Obwohl das Wasserrecht letztlich nicht im ZGB geregelt wurde, lohnt es sich, einen Blick auf die entsprechenden Bestimmungen des Vorentwurfes von 1900 zu werfen;[1252] diese geben, in Verbindung mit der sich daran anknüpfenden Diskussion, einen wertvollen Einblick in das Wasserrechtsverständnis der damaligen Zeit (s. hinten Rz. 464), welches seinerseits Einfluss auf das Verständnis der Glarner Wasserrechtsordnung hatte. Es werden besonders angeschaut (1.) die Öffentlichkeit der Gewässer (s. hinten Rz. 467 ff.), (2.) die Rechtsnatur der Konzession (s. hinten Rz. 481 ff.), (3.) die Rolle der Privatgewässer (s. hinten Rz. 490 ff.).

2.1 Vorfrage: Privatrecht oder öffentliches Recht?

464 Die Wünschbarkeit einer bundesgesetzlichen Regelung des Wasserrechtes fand generell eine breite Zustimmung: Zu bedeutend war das Wasserrecht Ende des 19. Jahrhunderts geworden, als dass man es der zerklüfteten Ordnung der Kantone gänzlich überlassen wollte.[1253] Die Rolle, welche der Bund hierbei zu spielen hatte, war bereits im Vorfeld durch die Debatte um eine mögliche Monopolisierung aller Wasserrechte durch den Bund entschieden worden; die starke kantonale Opposition – insbesondere auch des Kantons Glarus[1254] – hatte die politische Hoffnungslosigkeit einer zentralisierten Bundesregelung aufgezeigt.[1255] Der Bund würde die Wasserrechte also den Kantonen belassen, dieselben aber einheitlich ordnen. Es fragte sich nun, in welchem Bundesgesetz dies geschehen sollte.

[1252] Vgl. dazu auch LOUIS, De l'utilisation des forces hydrauliques.

[1253] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 490, Rz. 1297; KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes, S. 25–27.

[1254] Vgl. die Antwort des Kantons Glarus, zit. in JEGHER, Bericht über die Wasserverhältnisse: «Frage VI. Stellungnahme des Kantons zur Frage der Abtretung seiner Rechte an den Bund und Bedingungen (rechtliche, finanzielle etc.) unter welchen letztere eventuell zugestanden wird. […] Und der Kanton Glarus antwortet auf diesen Punkt: ‹Einer Monopolisierung der Wasserkräfte durch den Bund würde unser Volk zweifelsohne und aus guten Gründen niemals zustimmen, denn sollte es seine Naturschätze dem Bund opfern, während es seinerseits die Nachteile und Gefahren, welche die ungünstige topographische Lage des Landes in sich birgt, an sich selbst zu tragen hat? Wir glauben nein und sind auch der Ansicht, daß eine einheitliche Reglung der Materie durch Bundesgesetz nicht diejenigen Vorteile bieten würde, welche man sich von derselben verspricht. Es erscheint uns angezeigter, auf diesem Gebiete den Kantonen ihr Gesetzgebungsrecht zu überlassen, damit sie dieselbe ihren besondern Verhältnissen anpassen können›» (S. 51).

[1255] Die Debatte ging auf die im April 1891 von der Gesellschaft «Frei-Land» dem Bundesrat eingereichte Petition zur Monopolisierung der Wasserkräfte zurück: «Sämtliche noch unbenutzten Wasserkräfte der Schweiz sind Eigentum des Bundes. Die Gewinnung und Ausbeutung derselben, sowie deren Fortleitung durch Elektrizität, Druckluft u.s.w. sind Bundessache. Über die Durchführung dieses Monopols, sowie über die Verteilung des Reinertrages aus demselben wird

Die Frage, «ob der Bund auf dem Boden des öffentlichen oder des Civilrechtes vorzugehen habe», spaltete die damalige Rechtswissenschaft.[1256] Zum einen handelte es sich zunächst um die rein praktische Frage der fehlenden Bundeskompetenz zur verwaltungsrechtlichen Regelung der Wasserrechte.[1257] Zum anderen aber ging es um die rechtsdogmatische Richtigkeit, eine Frage «der Zweckmässigkeit und juristischer Eleganz».[1258] Damit fügte sich der Streit um den «Sitz» der Wasserrechtsordnung in die Ausmarchung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht (s. vorne Rz. 310). 465

EUGEN HUBER anerkannte grundsätzlich die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Aspekte des Wasserrechtes.[1259] Dennoch waren es pragmatische Erwägungen, welche ihn dazu bewegten, das Wasserrecht in den Vorentwurf seines ZGB einzufügen: Er stützte sich auf die 466

ein Bundesgesetz das Nötige bestimmen» (zit. in JEGHER, Bericht über die Wasserverhältnisse, S. 1; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 8–9; BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874, S. 172; BURCKHARDT, WRG, S. 311; MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S.245–246; TRÜB, Staat und die Wasserkraftanlagen, S. 113. FLEINER zufolge widersprach die «Verstaatlichung der Wasserkräfte zugunsten des Bundes […] dem föderalistischen Charakter der Schweiz und bot auch im übrigen keinen gangbaren Weg» (Bundesstaatsrecht, S. 568); zur Debatte vgl. auch KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes, S. 27–31.

1256 E. HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 585; BURCKHARDT, WRG, S. 312.

1257 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Dem Bund würden zu einem Vorgehen auf dem Boden des öffentlichen Rechtes nach zwei grundlegenden Richtungen die erforderlichen Voraussetzungen fehlen: Er hat einerseits wohl die Befugnis zum Erlasse eines Privatrechtes, nicht aber, ohne Verfassungsrevision, zur Aufstellung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften über die Wasserrechte, und anderseits, auch wenn der Bund sich diese Kompetenz aneignete, so würden ihm doch die Organe mangeln, um sie unmittelbar wirksam zu machen» (S. 490–491, Rz. 1297); TRÜB, Der Staat und die Wasserkraftanlagen, S. 113; kritisch KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes, S. 16–18.

1258 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 149.

1259 Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechts: «Unstreitig liegt in den Wasserrechten ein wichtiges öffentlich-rechtliches Element. Das ergiebt sich schon aus dem Zusammenhang mit den öffentlichen Gewässern, mit der Hoheit, die dem Staate über diese zustehet. Direkt aus der Gebietshoheit ist es abzuleiten, dass der Staat die Bewilligung zur Anlage von Wasserwerken an öffentlichen Wasserläufen zu erteilen hat. Schon die Voraussetzung dieser Bewilligung, die Bestimmung des öffentlichen Gewässers, gehört dem öffentlichen Rechte an. – Ebenso die Entscheidung über das Regal und die regale Ausnützung der Gewässer. Das Verhältnis zum allgemeinen Gebrauch schliesst sich diesen Verhältnissen an. Dazu kommen dann die verwaltungsrechtlichen Ausführungen: Das Verfahren bei dem Gesuche, die Untersuchung über die Voraussetzungen der Bewilligung, die Prüfung der Pläne, die Untersuchung über das Verhältnis zu dem allgemeinen Gebrauch irgend welcher Art, zur Fischerei, zu Schifffahrt und Flösserei u.a.m. Hier überall haben wir es mit öffentlichem Rechte zu thun. Ja noch eine weitere Richtung in der Ordnung der Wasserrechte rechnen wir durchaus zum öffentlichen Rechte: Die Untersuchung über das Verhältnis zu den bereits bestehenden wohlerworbenen Rechten am Gewässer, und die Ermöglichung der Erstellung des Werkes durch das Mittel der Zwangsenteignung. […] Endlich rechnen wir dazu die Verleihungsgebühren und die Wasserzinse, auf die wir schon oben hingewiesen haben Nach allen diesen Richtungen haben wir es unstreitig im Wasserrecht mit öffentlichem Rechte zu thun» (S. 569–570).

bestehende Verfassungskompetenz[1260] und wies darauf hin, dass zahlreiche Kantone die Wasserrechte in ihren privatrechtlichen Kodifikationen geregelt hatten.[1261] Dies führte bei den Vertretern des öffentlichen Rechtes, wie etwa MAX HUBER,[1262] dem damaligen Professor für Völkerrecht, Staatsrecht und kanonisches Recht an der Universität Zürich, zu «gewissen Bedenken und verlangt[e] besondere Rechtfertigung».[1263] Immerhin, so hob er hervor, könne von Sachzwängen eigentlich nicht die Rede sein, wo doch der moderne Staat als «Träger der gesammten Rechtsordnung» ermächtigt war, in dieser Frage einen freien Entscheid zu fällen.[1264]

2.2 Die Öffentlichkeit der Gewässer im Vorentwurf zum ZGB

467 Sein anfänglicher Entscheid, das Wasserrecht im ZGB zu regeln, zwang EUGEN HUBER zu einer seltsamen Verrenkung, wollte er doch gleichzeitig an die gemeineidgenössischen

---

1260 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 491, Rz. 1297; vgl. auch DERS., Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 585.

1261 Vgl. E. HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes: «Die Ordnung der Rechtsverhältnisse an den Gewässern, die wir oben unterschieden haben, erfolgt ebenfalls zur Zeit durch die Kantone, und zwar zum Teil in Spezialgesetzen, zum Teil in den Privatrechtskodifikationen. Es steht nun aber ausser Zweifel, dass der Bund die Befugnis besitzt, hierüber zu legiferieren. Es kann sich nur fragen, ob in dieser Materie eine Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone zweckmässiger sei, und da wird man bei der modernen Ausgestaltung der Verhältnisse kaum darüber in Zweifel sein können, dass überwiegende Gründe für die Bundesthätigkeit sprechen» (S. 584); vgl. auch DRUEY JUST/CAVIEZEL, Private Wasserrechte: «Seine [scil. Eugen Hubers] Abhandlung zeigt eine ausgeprägt privatrechtliche Optik» (S. 1631).

1262 Zur Person vgl. KLEY, Max Huber.

1263 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 148.

1264 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «In erster Linie ist festzustellen, dass es sich nicht um eine Kompetenz des Staates als solchen – denn dieser hat eine absolute Kompetenz –, sondern um eine solche der Verwaltung handelt; dass der Gesetzgeber die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen in ihm beliebiger Weise ganz frei gestalten kann, ist für den modernen Staat klar. Der Staat als Träger der gesammten Rechtsordnung, auch der privatrechtlichen, scheidet durch das Gesetz die nur durch Gesetz beschränkbare Privatrechtssphäre aus als ein Gebiet grundsätzlicher Unabhängigkeit der Einzelnen gegenüber dem Staat, im übrigen ist die Verwaltung frei, soweit nicht das Gesetz ihre Tätigkeit bindet, insbesondere durch die Schaffung einer weiteren Freiheitssphäre des Einzelnen, durch die subjektiv-öffentlichen Rechte. Solche Rechte bestehen nun gerade mit Bezug auf den Gemein- und Sondergebrauch an öffentlichen Sachen; soweit sie aber nicht vom Gesetzgeber anerkannt sind, ist eine Beschränkung der Verwaltung in ihrer Verfügungsmacht über die öffentlichen Sachen begrifflich ausgeschlossen; diese Verfügungsmacht muss im Zweifel alle Potenzen des Privateigentums enthalten, da dieses ja nur eine aus der Omnipotenz des Staates ausgeschiedene Freiheit des Einzelnen ist und somit nichts enthalten kann, was der Verwaltung im Zweifel versagt wäre. Die Herrschaft der Verwaltung ist nicht Privateigentum plus eine publizistische Grösse, sondern eine einheitliche öffentlichrechtliche Herrschaft, der deshalb auch nicht die Schwächen des privatrechtlichen Eigentums wie die Ersitzbarkeit anhaften» (S. 140).

Grundzüge anknüpfen, welche die Geschichte des Wasserrechtes hervorgebracht hatte (s. vorne Rz. 110 ff.), wie dies insbesondere in Vorbildern wie dem Kanton Zürich und Kantons St. Gallen verwirklicht war.[1265] Obwohl diese beiden Wasserrechtsordnungen privatrechtliche Nutzungsrechte anerkannten, so bedeuten diese nicht mehr als die Ausnahme des modernen Grundsatzes der Öffentlichkeit der Gewässer:

> «In der Ordnung des Wasserrechts machen sich das individuelle und soziale Prinzip, privates und öffentliches Eigentum geltend. Während einzelne Gesetzgebungen die subjektiven Wasserrechte als Pertinenzen des Grundeigentums an den Ufergrundstücken behandeln, somit das individuelle Privateigentum zur Grundlage der Berechtigung an den Gewässern machen, ja letztere selbst dem Privateigentum überlassen, stehen andere Wassergesetze – und zwar alle neueren – auf dem Standpunkt, dass die allgemeinen, sozialen Interessen beim Wasser dominieren sollen.»[1266]

468 So verankerte also auch EUGEN HUBER in Art. 917 Abs. 2 des Vorentwurfes zum ZGB den Grundsatz der Öffentlichkeit und die «Vermutung zu Ungunsten des Privateigentums»,[1267] womit er sich in die Nachfolge von JOHANN JAKOB LEU, HANS CONRAD ESCHER und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI stellte (s. vorne Rz. 92, 99 und 110) – ging jedoch auch weiter:

> «Oeffentliche Gewässer sind: Die Seen, Flüsse und Bäche, an denen nicht Jemandes Eigentum nachgewiesen ist.»[1268]

469 Der Artikel möchte zwar, um der Rechtseinheit willen, den Grundsatz der Öffentlichkeit der Gewässer festhalten,[1269] anerkennt aber die «Feststellung des kantonalen Rechtes, dass gewisse Gewässer unter bestimmten Voraussetzungen als private zu betrachten seien», wobei der «privatrechtliche Titel» sich in diesen Fällen «aus dem bisherigen Rechte» ergeben würde.[1270] Obwohl EUGEN HUBER die eine gesamteidgenössische Öffentlichkeit der Ge-

---

1265 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 489, Rz. 1295; vgl. DERS. Gestaltung des Wasserrechts, S. 510.

1266 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 134.

1267 HAFF, Wasserkraftrecht, S. 37–38; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum WRG, S. 93.

1268 Vorentwurf ZGB 1900, S. 218.

1269 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Andrerseits aber ordnet die Staatsgewalt den Gebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen, Flüsse u.a. Hierbei wird die Entscheidung darüber, was als öffentliche Sache aufzufassen sei, im allgemeinen durchaus dem kantonalen Rechte überwiesen werden können. Nur in bezug auf die Gewässer würde es sehr zu begrüssen sein, wenn eine einheitliche Grundlage für die daran sich knüpfenden Rechtsverhältnisse gewonnen werden könnte. Aus diesem Grunde stellt der Entwurf die Regel auf, dass die Seen, Flüsse und Bäche als öffentliche Sachen aufzufassen seien, so lange nicht ein besonderer privatrechtlicher Titel an ihnen nachgewiesen ist» (S. 813, Rz. 1991).

1270 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

wässer für wünschbar hielt,[1271] gestand er gegenüber Kantonen mit Privatgewässern ein, es könne nicht «Aufgabe des Privatrechtes [sein], in diese Anerkennung einzugreifen und bisherige Privatgewässer in öffentliche zu verwandeln».[1272] Immerhin aber würde diese Bestimmung den Kantonen das Recht nehmen, zukünftig Privatgewässer gesetzlich zu schaffen.[1273]

470 Diese Öffentlichkeit umfasste verschiedene Aspekte, welche EUGEN HUBER darlegte:

a. Die Staatliche Hoheit

471 Zunächst bedeute öffentlich einmal die staatliche Hoheit, welche in Art. 917 Abs. 1 und 2 des Vorentwurfes geregelt war:

> «A. Staatliche Hoheit.
>
> Art. 917 E-ZGB
>
> Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen, wie namentlich die öffentlichen Gewässer, stehen unter der Hoheit, in deren Gebiet sie sich befinden.
>
> […]
>
> Das kantonale Recht stellt über die Aneignung der herrenlosen Sachen und den allgemeinen Gebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen, Flüsse und Flussbetten, die erforderlichen Bestimmungen auf.»[1274]

472 EUGEN HUBER bezeichnete die staatliche Hoheit als «ein Stück der Staatsgewalt, die über die salus publica wahrt und in gleicher Weise über allen an den Gewässern gegebenen Berechtigungen steht».[1275] Insofern war der Wortlaut von Abs. 1 irreführend, denn die staatliche Hoheit erstreckte sich sowohl über öffentliche wie auch über Privatgewässer:[1276]

1271 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Gewiss wäre es von Vorteil, wenn auch diesem [scil. dem kantonalen Recht] gegenüber die Gewässer überall als öffentlich erklärt werden könnten, sobald nicht im einzelnen Falle ein besonderer privatrechtlicher Titel nachgewiesen wäre. Allein von den kantonalen Rechten bekennen sich zurzeit nur wenige zu diesem Grundsatze, wie z.B. St. Gallen. Die andern haben die Existenz gewisser Gewässer als Privatgewässer unter bestimmten Voraussetzungen als allgemeine Regel anerkannt» (S. 813, Rz. 1991).

1272 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1273 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1274 Vorentwurf ZGB 1900, S. 218.

1275 E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 551.

1276 Vgl. dazu schon JEGHER, Bericht über die Wasserverhältnisse: «Privatrechte an diesen Gewässern können, je nach kantonalen Rechtsverhältnissen abgestuft, nur auf die Ausnutzung des Wasserlaufes, sei's des Bettes, sei's der fließenden Wasserwelle, ausgeübt werden und sind durch die an dem gleichen Wasserlaufe bestehenden Nachbarrechte, durch den Gemeingebrauch der Gewässer, sowie durch Rücksichten des allgemeinen Wohles beschränkt, zu deren Wahrnehmung je nach den kantonalen Gesetzen die das Hoheitsrecht ausübende öffentliche Gewalt oder die richterliche Instanz berufen erscheinen» (S. 4).

> «Sie überwacht den privaten Gebrauch, sie ordnet den öffentlichen, sie bestimmt das Verhältnis oder wenigstens den modus vivendi unter den beiden Arten der Nutzbarmachung. Sie ordnet und überwacht den privaten Gebrauch, *sowohl an Privatgewässern, insofern als hier die Verträglichkeit des privaten Rechtes mit der allgemeinen Rechtsordnung gewahrt werden muss*, als an den öffentlichen Gewässern, insofern als der private Gebrauch nicht in den allgemeinen störend und hemmend eingreifen darf.»[1277]

Sie schafft die Legitimation der wasser(bau)polizeilichen Anordnungen des Staates, ebenso wie auch der staatlichen Bewilligung und der dafür anfallenden Gebühren.[1278] Es handelte sich somit nicht um eine Neuerung, sondern um die deklaratorische Nennung derselben staatlichen Hoheit, welche die Wasserpolizei im Kanton Glarus hervorgebracht hatte (s. vorne Rz. 316 ff.) und auch in allen anderen Kantonen anerkannt war.[1279] 473

b. Die Regalität

Ebenso deklaratorisch war die Nennung der in der Kompetenz der Kantone liegenden Regalität in Art. 918 des Vorentwurfes: 474

> «B. Regalität.
>
> Art. 918 E-ZGB
>
> Die Kantone sind befugt, die Jagd und Fischerei, die Ausbeutung der Wasserkräfte und die Gewinnung von Rohstoffen im Umfang des Bergrechtes als nutzbares Recht des Staats (Regal) zu erklären.»[1280]

EUGEN HUBER knüpfte auch hier an die in zahlreichen bestehenden Regalrechten verschiedener Kantone an (s. vorne Rz. 103 ff.). Als solches war das Regal *mehr* als die staatliche Hoheit (s. hinten Rz. 496 ff.). 475

1277 E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 551 (Hervorhebung hinzugefügt).

1278 Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes: «Sie ist hierin die Quelle der Polizeireglemente betreffend das Schiffen, Fahren, Fischen, Kiesgraben im Flussbett, u.a.m. Sie sorgt dafür, dass auch bei Verleihung von Wasserrechten der Gemeingebrauch in gewissem Umfange gewahrt bleibt. […] Sie ordnet auch wohl Gebühren an, die nicht von dem Standpunkte des nutzbaren Rechtes aus gewürdigt werden dürfen, sondern sich als Gebühren zur Handhabung der Ordnung oder als Aequivalent für die Einräumung besonderer Vergünstigungen, wie in Bezug auf die Benützung der Wege, gesteigerte Polizeiaufsicht etc. darstellen» (S. 551–552).

1279 Vgl. JEGHER, Bericht über die Wasserverhältnisse, S. 4.

1280 Vorentwurf ZGB 1900, S. 218.

476 Die Regalität äusserte sich im Vorentwurf zum ZGB zudem noch im Vorrecht des Gemeinwesens (des Bunds, der Kantone und der Gemeinden) an der Nutzung der Wasserkraft:[1281]

> «V. Vorrecht des Gemeinwesens.
>
> Art. 938 E-ZGB (1. Wahrung des Vorrechts.)
>
> Während der Auskündigungsfrist kann von dem Kanton und der Gemeinde, in deren Gebiet die Wasserkraft gewonnen werden soll, ein Vorrecht auf diese geltend gemacht werden.
>
> Wird das Vorrecht von Kanton und Gemeinde geltend gemacht, so geht der Kanton vor.
>
> Wird mit der Ausführung des Werkes innerhalb der auf die Auskündigungsfrist folgenden drei Jahre durch den Kanton oder die Gemeinde, die das Vorrecht beansprucht haben, nicht begonnen, so fällt das Vorrecht dahin.
>
> Art. 939 E-ZGB (2. Bei mehreren Ansprechern.)
>
> Wird das Vorzugsrecht von mehreren Gemeinden des gleichen Kantons geltend gemacht, so entscheidet die zuständige kantonale Behörde, welchem unter den mehreren Ansprechern das Vorrecht gebühre.
>
> Wird es von mehreren Kantonen oder von Gemeinden verschiedener Kantone geltend gemacht, so trifft der Bundesrat die Entscheidung.»[1282]

477 An und für sich aber wurde das Regalrecht so belassen, wie es bis anhin gewesen war. EUGEN HUBER gab den Regalrechten einen eigenen Artikel, da er der Ansicht war, es trage «zur Klarheit der folgenden Ordnung unzweifelhaft bei, wenn ausdrücklich gesagt wird, dass die Kantone auch gegenüber dem einheitlichen Privatrechte die Kompetenz behalten, gewisse nutzbare öffentliche Sachen dem Regal zu unterwerfen».[1283] Diese Rechte konnten vom Kanton selber ausgenutzt werden oder aber mittels einer Konzession auf andere gegen Zins übertragen werden.

c. Das Eigentum

478 Letztlich ordnete Art. 919 des Vorentwurfs des ZGB noch die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Gewässern.

> «C. Eigentumsrechte.
>
> 919.
>
> Die öffentlichen Gewässer, sowie das keiner Kultur fähige Land, wie Felsen und Schutthalden, Firne und Gletscher und die darin entspringenden Quellen stehen nicht in Privateigentum.

1281 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: ««Das Regalsystem hat im ZGB, abgesehen von der den Kantonen gewährten Kompetenz zur Regalisierung der Ausbeutung der Wasserkräfte, hauptsächlich in dem Vorrecht des Gemeinwesens (des Bundes, der Kantone und Gemeinden) Ausdruck gefunden» (S. 143).

1282 Vorentwurf ZGB 1900, S. 223.

1283 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 814, Rz. 1994.

> Die zuständige Behörde kann jedoch an ihnen in bestimmtem Umfang Eigentum einräumen.»[1284]

Auch hier knüpfte EUGEN HUBER an die tradierten Vorstellungen öffentlicher Gewässer als eine *res extra commercium* an: 479

> «Als nicht im Privateigentum stehend dürfen nach den herrschenden Anschauungen bezeichnet werden: Die Gewässer, Seen, Wasserläufe, soweit eben nach dem Gesagten kein privatrechtlicher Titel bereits an ihnen vorhanden ist.»[1285]

Darüber hinaus überliess auch hier der Vorentwurf zum ZGB die jeweilige Regelung den Kantonen, unter derer Hoheit sie standen.[1286] Sie konnten frei entscheiden, die Gewässer ausser Verkehr zu belassen oder aber dem Kanton oder den Gemeinden zuzuweisen. In letzterem Falle hatte das Gemeinwesen an den öffentlichen Gewässern gemäss EUGEN HUBER eine «besondere Art von Eigentum, […] das schon als öffentlich-rechtliches Eigentum bezeichnet worden ist».[1287] Noch übte die Fiskustheorie ihren Einfluss aus, wonach dem Staat nur Fiskaleigentum zustehen konnte. MAX HUBER freilich betonte, dass die öffentlichen Gewässer «in einem publizistischen Verhältnis zum Staate» seien, also explizit «nicht Fiskalgut (privatrechtliches Eigentum des Staates), aber auch nicht herrenlos sind».[1288] Für ihn standen sie «in einem eigenartigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsverhältnisse», welches indessen «alle Rechte des Privateigentums umfasst, soweit nicht ein positiver Rechtsatz die unbedingte Verfügungsmacht der Verwaltung zu gunsten Privater einschränkt».[1289] Dies sah der Abs. 2 vor, indem er den Kantonen die Möglichkeit beliess, öffentliche Gewässer ins Privatrecht zu überführen.[1290] 480

[1284] Vorentwurf ZGB 1900, S. 218–219.

[1285] E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 814–815, Rz. 1995.

[1286] Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Die rechtliche Natur der öffentlichen Gewässer ist nach dem ZGB. einmal negativ dahin bestimmt, dass sie nicht im Privateigentum stehen, und positiv, dass sie der Hoheit des Staatswesens unterworfen sind, in dessen Gebiet sie liegen, was nichts anderes als die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des betreffenden Kantons bedeuten kann» (S. 139).

[1287] E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 814–815, Rz. 1995.

[1288] M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 139.

[1289] M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 139.

[1290] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Auch vermag die Staatshoheit an ihnen ein wirkliches Privateigentum für sich in Anspruch zu nehmen oder auf andere zu übertragen, unter der Voraussetzung, dass dieses Recht auf der richtigen sachenrechtlichen Grundlage als Privatrecht hergestellt oder also im Grundbuch eingetragen werde» (S. 814–815, Rz. 1995).

2.3 Die Konzession im Vorentwurf zum ZGB

481 Indem der Vorentwurf des ZGB die Grundlagen für die Öffentlichkeit der Gewässer auf eine Weise gelegt hatte, welche die genaue Ausgestaltung den Kantonen überliess, machte es sich im «Zweiten Abschnitt» an die einheitliche Regelung der Verleihung von Nutzungsrechten an öffentlichen Gewässern. Denn ein Kanton, welcher das Regal an der Nutzung der Wasserkraft innehat, kann dieses Regal selber ausüben oder aber das Nutzungsrecht auf andere gegen Zins übertragen.[1291] Die Grundlage dazu bildet die vom kantonalen Recht bestimmte Konzession.[1292] Das freilich verlangte die Klärung der Rechtsnatur der Konzession.

a. Die Konzession als ein Privatrecht

482 Dem ursprünglich lehensrechtlichen Regalrecht entstammend, wurde noch das 19. Jahrhundert hindurch die Konzession als ein Privatrecht verstanden (s. vorne Rz. 120–123).[1293] Neben der Vorstellung der Konzession als eines «dinglichen Rechtes» findet sich oftmals die Entsprechung mit dem Rechtsgeschäft einer Pacht.[1294] Entsprechend schlug sich dieses Rechtsverständnis auch in Art. 296 des Obligationenrechtes von 1883 nieder, wonach neben einer unbeweglichen Sache auch ein «nutzbares Recht (Jagd, Fischerei, *Wasserkraft*, industrielles Gewerbe u.s.w.)» zum Gegenstand einer Pacht gemacht werden konnte.[1295]

1291 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 814, Rz. 1994.

1292 Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes: «Was ist nun aber die allgemeine Grundlage für das Verhältnis der Berechtigung an den öffentlichen Wasserläufen, wenn die einfache Analogie zu den Beziehungen an den Privatgewässern nicht auszureichen vermag? Ein moderner Ausdruck antwortet: die Konzession, die Verleihung. Und wir acceptieren gerne diese Antwort» (S. 588).

1293 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 22; vgl. auch FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 214; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 26.

1294 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Eine Übertragung des staatlichen Ausbeutungsrechtes braucht dabei nicht notwendig vorzuliegen. Besteht ein solches, so wird, wenn auch nicht ganz zutreffend, von einer Verpachtung der Regalitätsrechte gesprochen» (S. 815–816, Rz. 1998); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 47; für das heutige Recht vgl. WALDMANN, Die Konzession: «Neben dem Begriff der ‹Konzession› ist teilweise in den Sacherlassen auch […] von ‹Pacht› […] die Rede» (S. 2, Fn. 4).

1295 Art. 296 OR 1881 (Hervorhebung hinzugefügt), in: BBl 1881 III 109, S. 169; vgl. E. HUBER: «Freilich spricht Art. 296 des OR von der Möglichkeit, dass ein nutzbares Recht wie eine Wasserkraft zum Gegenstand einer Pacht gemacht werden könne. Allein darunter darf nur der Fall verstanden werden, da der Eigentümer eines Rechtes od. Wasserwerks dasselbe zur Ausbeutung einem anderen gegen Zins überlässt» (Gutachten vom 30. Januar 1903, in: FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 101, Rz. 567); vgl. dazu BGE 14 723 (*Schuler c. Kt. GL*): «Es ist dem Kläger vom Fiskus des Kantons Glarus ein hoheitliches Gefälle, das Ohmgeld, also ein nutzbares Recht zum Bezuge der Erträgnisse desselben auf bestimmte Zeit gegen einen Pachtzins überlas-

b. Die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse

Mit der veränderten Stellung des öffentlichen Rechtes (s. vorne Rz. 307 ff.) begann sich auch die rechtliche Natur der Konzession zu wandeln.[1296] Unmittelbarer Anstoss dazu gab der Rechtsstreit um die Eisenbahnkonzessionen der 1870er Jahre, von welchem sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung beeinflussen liess.[1297] Die Eisenbahngesellschaften hatten sich auf den Rechtsstandpunkt gestellt, die Konzessionen trügen «den Charakter eines Privatvertrages, der beidseitig die Rechte und Pflichten normirt, an denen ohne Zustimmung der beiden Vertragskontrahenten nichts geändert werden darf».[1298] Dem widersprach der Bundesrat in seiner Botschaft vom 16. Juni 1871: 483

> «Konzessionen sind Akte der Staatshoheit. Der Staat paciszirt nicht mit den Eisenbahngesellschaften; er macht allerdings diesen Privatindustrien gewisse Zusagen, welche ihnen ermöglichen, die geschäftliche Seite ihrer Unternehmungen in Sicherheit zu begründen; allein er denkt nicht daran, sich in der Ausübung seiner eigenen Hoheitsrechte den Privaten gegenüber im Geringsten zu beschränken; ja es wäre zu einer solchen Entäusserung der staatlichen Hoheitsrechte gar keine Staatsbehörde befugt. Damit fällt dann von selbst die Forderung dahin, dass die Konzession und das Gesetz nur mit Zustimmung des Konzessionsinhabers vom Staate verändert werden dürfen.»[1299]

Auch das Bundesgericht stellte sich gegen die Vertragstheorie.[1300] Während aber der Bundesrat der Auffassung war, es handle sich bei einer Konzession um ein Gesetz im materiellen Sinne,[1301] war die ständerätliche Kommission in ihrem Bericht vom 27./28. September 1871 der Ansicht, es konstituiere die Konzession «ein Verhältniss gemischter, öffentlicher und privatrechtlicher Natur. Einzelne Bestimmungen der Konzessionen nehmen allerdings für die Gesellschaften die Bedeutung von garantirten Privatrechten an».[1302] 484

---

sen worden. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag erscheint somit gemäß Art. 296 O.R. als Pachtvertrag, wovon auch die Parteien ausgegangen sind» (S. 727, E. 1).

1296 GIACOMETTI, Grenzziehung: «Die rechtliche Natur der Konzession […] erfährt im Laufe der Zeiten entsprechend den großen Umwälzungen des öffentlichen Rechts eine verschiedene juristische Beurteilung» (S. 22).

1297 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 23).

1298 Zit. in BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II, S. 71; vgl. GIACOMETTI, S. 23, Fn. 6.

1299 Botschaft Eisenbahn 1871, in: BBl 1871 II 655; zit. auch in BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II, S. 72; vgl. ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 162.

1300 Vgl. etwa BGE 18 454 (*Jura-Simplonbahn*): «Die Konzession ist kein Vertrag, der Konzessionsinhalt nicht Vertragsinhalt, sondern staatshoheitliche Vorschrift» (S. 465, E.3.); vgl. auch m.w.H. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 24, Fn. 1; ausführlich zur Stellung des Bundesgerichts ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 163–167; DERS., Der Verwaltungsvertrag, S. 39.

1301 Vgl. Botschaft Eisenbahn 1871, in: BBl 1871 II 655–656; vgl. auch GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 24, Fn. 2.

1302 BBl 1871 III 820; zit. auch in BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II, S. 72.

Diese letzte Ansicht festigte sich zur fortan in der Lehre vertretenen Ansicht der Konzession als ein gemischtes Rechtsverhältnis.[1303] Dabei unterschieden sie den öffentlichrechtlichen Akt der Konzessionserteilung einerseits,[1304] die daraus hervorgehenden Privatrechte andererseits.[1305]

485 Das Bundesgericht folgte dieser Auffassung.[1306] Zwar anerkannte es die grundsätzlich öffentlich-rechtliche Natur der Konzession,[1307] knüpfte jedoch im Bestreben, einen bundesgerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren (s. vorne Rz. 307 ff.), vor allem an die privat-

[1303] Vgl. BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II, S. 73; vgl. auch GIACOMETTI, Grenzziehung: «Nach polizeistaatlicher Anschauung sodann stellt sich diese Konzession als ein gemischtes Rechtsverhältnis dar; sie ist zugleich öffentlich-rechtlicher Akt und privatrechtlicher Vertrag» (S. 22).

[1304] Vgl. BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II: «Die Konzession ist ein Akt der Staatshoheit, ertheilt von der gesetzgebenden Behörde oder im Falle der Delegation, von der Landesregierung. Es kontrahirt nicht der Fiskus als vermögensrechtliche Person, sondern die Hoheit bewilligt. Dies schliesst schon an sich die Annahme eines Vertrages und die Abtretung von Privatrechten aus. Die Konzessionsertheilung geschieht auch nicht zum Zwecke, dem Bewerber ein Privatgeschäft zu begründen, sondern ihm die Vermittlung des öffentlichen Verkehrs zwischen gewissen Landesgegenden zu übertragen. […] All dies beweist klar, dass die Ertheilung des Eisenbahnkonzessionen und die mit der Ausübung einer solchen Konzession verbundenen Rechte und Pflichten ihrem Ursprunge und Wesen nach nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte angehören. An diesem öffentlich rechtlichen Charakter der Konzession kann der Umstand grundsätzlich nichts ändern, dass in die Konzessionen spezielle Bestimmungen über die Verpflichtungen des Konzessionsinhabers, wie über dessen Berechtigungen (Konzessionsdauer, Maximalpreise u.s.w.) aufgenommen werden. Die Einräumung des Rechts zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn bleibt doch immerhin eine im öffentlichen Verkehrsinteresse ertheilte und der Polizeihoheit des Staates entsprungene hoheitliche Bewilligung, ein öffentlicher Akt der Staatsbehörde und speziell ein Akt der Gesetzgebenden Behörde» (S. 72–73).

[1305] Vgl. BLUMER/MOREL, Schweizerisches Bundesstaatsrecht II: «Damit ist freilich nicht gesagt, dass auch solcher hoheitlicher Bewilligung nicht gleichfalls Privatrechte des Konzessionsinhabers wirklich entstehen. Dies zu verneinen stünde im Widerspruch mit dem faktischen Zustande, der durch die Konzession geschaffen wird» (S. 73).

[1306] Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 27; vgl. auch M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146.

[1307] Ambivalent noch in BGE 7 571 (*Spinnerei Murkart c. Kt. TG*): «[…] so ist richtig, daß in der Gesetzgebung sowohl als in Doktrin und Praxis die Frage, ob durch die staatliche Verleihung besonderer, d.h. nicht in dem Jedermann zustehenden Gemeingebrauche enthaltener Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer ein Privatrecht des Konzessionärs begründet werde, oder ob eine derartige staatliche Verleihung als ein auf dem Boden des öffentlichen Rechtes sich bewegender Akt der Staatsgewalt lediglich eine öffentlich-rechtliche Befugniß bezw. ein öffentlich-rechtliches Vermögensrecht begründe, verschieden beantwortet wird […]» (S. 583, E. 3); klarer in BGE 8 362 (*Suisse-Occidentale c. Ct. VD*): «[…] Il est vrai, qu'une concession n'apparaît pas, quant à la nature, comme un contrat bilatéral de droit civil, mais comme un acte émanant de la souveraineté de l'Etat. Il n'en est cependant pas moins certain que des droits privés peuvent avoir leur source dans de tels actes de souveraineté» (S. 381, E. 11; vgl. auch GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 27).

rechtlichen Bestandteile der Konzession. Somit waren die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern als Privatrechte vom dafür zuständigen Bundesgericht geschützt.[1308] Noch 1905 erblickte das Bundesgericht in einem Wasserrecht ein dingliches Privatrecht.[1309] Und selbst als die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse unter dem Angriff der Verwaltungsrechtswissenschaft kaum mehr haltbar geworden war, versuchte das Bundesgericht, den zivilrechtlichen Schutz aufrechtzuerhalten.[1310] Es machte diesen von der «Existenz eines der Expropriation fähigen und demnach privaten Rechts des Bewilligungsinhabers» anhängig.[1311]

c. Die Ausgestaltung der Konzession im Vorentwurf zum ZGB

EUGEN HUBER knüpfte an die Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse:[1312] 486

> «Die Verleihung bedeutet unter allen Umständen einen hoheitlichen Akt der Staatsgewalt, mag der Staat das Regal beanspruchen oder nicht, mag die Konzession sich auf ein öffentliches oder

[1308] Vgl. BGE 7 571 (*Spinnerei Murkart c. Kt. TG*): «Wenn der beklagte Fiskus in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreitet, da es sich hier nicht um eine Civil-, sondern um eine Administrativstreitigkeit handle, so erscheint diese Einwendung als unbegründet; denn die Klägerin stützt ihren Anspruch darauf, daß durch die Ausführung der vom Staate angeordneten Murgkorrektion ein ihr zustehendes Privatrecht auf Benutzung der Wasserkraft der Murg für ihr Fabriketablissement verletzt worden sei; sie macht sonach zweifellos einen privatrechtlichen Anspruch geltend, zu dessen Beurtheilung das Bundesgericht nach Art. 27 des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege kompetent ist» (S. 581, E. 1; vgl. auch KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 66, Fn. 309).

[1309] BGE 31 II 828 (*Zieglersche Tonwarenfabrik c. Kt. SH*): «Daß ein auf diese Weise begründetes Wasserrecht sich als privates dingliches Nutzungsrecht seines Inhabers darstellt, kann – angesichts der systematischen Stellung und des Wortlautes des § 486 PGB (‹an den einzelnen Teilen der öffentlichen Sachen können indessen Privatrechte erstellt und erworben werden, z.B. Wasserrechte›), sowie auch nach der Bestimmung in § 33 des Wasserbaugesetzes von 1901, daß bestehende, zeitlich unbeschränkt und vorbehaltlos erteilte Wasserrechte nur auf dem Wege der freien Verständigung oder der Expropriation zurückgenommen werden können, – keinem Zweifel unterliegen. Es braucht dabei nicht untersucht zu werden, ob dem staatlichen Bewilligungsakt selbst konstitutive Wirkung beizulegen, oder aber darin lediglich die Ermächtigung, das Nutzungsrecht durch Erstellung der gestatteten Anlagen zu erwerben, zu erblicken sei» (S. 859, E. 3).

[1310] Vgl. BGE 43 II 708 (*Züsli c. Kt. LU*): «[…] ein sog. Sondernutzungsrecht am öffentlichen Flusse, das zwar nach der heute herrschenden Rechtslehre […], als subjektives öffentliches Recht behandelt wird und dementsprechend nach feststehender Praxis Gegenstand einer ‹zivilrechtlichen Streitigkeit› im Sinne des Art. 48 OG bilden kann […]» (S. 721, E. 1); vgl. auch KRADOLFER, Intertemporales Recht, S. 67, Fn. 314.

[1311] BGE 43 II 708 (*Züsli c. Kt. LU*), S. 723, E. 2; vgl. auch KRADOLFER, Intertemporales öffentliches Recht, S. 66.

[1312] Vgl. FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 214.

ein privates Gewässer beziehen. Sie gehört dem öffentlichen Rechte an. Allein sie schafft ein privates Rechtsgut.»[1313]

487 Das Sondernutzungsrecht des Konzessionärs an einem öffentlichen Gewässer sei «wie das Regal selber, ein in ein privatrechtliches Gewand gekleidetes Stück öffentlich-rechtlicher Gewalt».[1314] Damit anerkannte er, dass namentlich die Erteilung einer Wasserrechtskonzession dem öffentlichen Recht zuzuordnen war.[1315] Ebenso stark aber hob er die privatrechtlichen Elemente einer Konzession hervor, andernfalls sich ja deren Regelung im ZGB kaum hätte rechtfertigen lassen.

488 Zum einen waren dies die verschiedenen Rechtsansprüche, welche sich zwischen dem Gemeinwesen und dem Konzessionär ergaben,[1316] zum andern aber viel grundsätzlicher aus

[1313] E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes, S. 538–539; vgl. schon in DERS., System und Geschichte III: «Auf der andern Seite aber ziehen wir hieher auch die Regalien, d.h. Rechte, welche der Staat als Teil seiner Hoheit für sich in Anspruch nimmt, aber als Privatreche ausübt. Diese Hoheitsrechte haben privatrechtlichen Inhalt und gehören nach dieser Seite dem Privatrecht an, ja es ist auch die Möglichkeit gegeben, dass solche Regalitätsrechte als Privatrechte an Private verliehen werden. Und so gelangen wir zu dem Resultat, dass bei den Regalien der Staat ein Privatrecht zu einem Hoheitsrecht macht, dann aber an diesem Recht Privatrechte zulässt und koncediert, und darin liegt das Moment, das es uns erlaubt, die Privatrechte an öffentlichen Sachen mit den an Regalitätsrechten eingeräumten Privatrechten in einem Kapitel zusammenzufassen» (S. 625). Daran schloss sich auch der Bundesrat: «Aus welchen Gesichtspunkten der Entwurf die Ordnung der Wasserrechte aufgenommen hat, ist bereits ausgeführt worden. Aus öffentlichem Recht schaffen die Kantone die Konzessionen, die, einmal ausgestellt, privates Recht enthalten» (Botschaft ZGB 1904, in: BBl 1904 IV 89).

[1314] E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 817, Rz. 2001; vgl. auch DERS., Gestaltung des Wasserrechtes, S. 539–540.

[1315] Vgl. E. HUBER: «Die *Erteilung der Wasserrechtskonzession* stellt sich nach der jetzt kaum mehr bestrittenen Auffassung als ein hoheitlicher Akt der Staatsgewalt dar. Wie dies für die Eisenbahnkonzessionen festgestellt worden ist, […] so gilt es auch für die Wasserrechtskonzessionen, dass mit ihnen der Staat über ein ihm zustehendes Hoheitsrecht einseitig verfügt und die Bedingungen zur Ausbeutung der öffentlichen Gewässer in massgebender Weise feststellt» (Gutachten vom 5. Juli 1904, zit. in FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 226; Hervorhebung im Original); vgl. auch DERS., Gestaltung der Wasserrechte, S. 580.

[1316] Vgl. etwa in E. HUBER: «Die schliesst jedoch nicht aus, dass sich mit der Konzession Privatrechte verbinden, und zwar in zwei Richtungen. Einerseits erhält der Konzessionär durch die Konzession eine Berechtigung, die sich im Verhältnis zu den Ansprüchen weiterer Berechtigter an demselben Gewässer als ein Privatrecht darstellt und den gleichen Schutz beanspruchen darf, wie andere Privatrechte, die aus verschiedenen Rechttiteln, wie aus früheren Besitzverhältnissen, gesetzlichen Sonderbenutzungsrechten usw. an dem Wasserlauf entstanden sind […]. Anderseits aber können sich sehr wohl mit der Konzessionserteilung Berechtigungen und Verpflichtungen verbinden, die privatrechtlichen Charakter besitzen […] Allein auf der anderen Seite nimmt dieser Vorbehalt die Gestalt eines Vertrages zwischen dem Regierungsrat, als Organ des Kantons, und dem Konzessionär an. Die öffentlichrechtliche Auflage hat also den Inhalt, dass von dem Konzessionär die Eingehung eines Vertrages verlangt wird, gegen dessen Zugeständnis der Staat die Beleihung mit dem Wasserrecht vornimmt. Sonach gewinnt der Staat aus der Annahme der Konzession durch den Konzessionär einen privatrechtlichen Anspruch gegen

seiner Konzeption einer Konzession. Damit löste EUGEN HUBER sich vom überlieferten regalrechtlichen Verständnis der Verleihung eines Nutzungsrechtes. Seine privatrechtliche Fundierung der Konzession beruhte auf den folgenden Annahmen:

Erstens: Ein öffentliches Gewässer stellt für sich allein genommen kein nutzbares Rechtsgut dar.[1317] Nutzbar ist die Wasserkraft des öffentlichen Gewässers, doch diese muss zuerst nutzbar gemacht werden.[1318] Die Konzession kann damit also nicht die Verleihung eines Nutzungsrechtes an einer nicht nutzbaren Sache bedeuten.

Zweitens: Nutzbar wird die Wasserkraft in einem öffentlichen Gewässer erst durch die Errichtung eines Wasserwerkes.[1319] Erst in Verbindung mit einem Wasserwerk bildet ein öffentliches Gewässer ein nutzbares Rechtsgut.[1320]

---

diesen auf die Erfüllung der Verpflichtungen, die in dieser vorbehaltenen Gegenleistung enthalten sind, und umgekehrt kann der Konzessionär diejenigen Leistungen privatrechtlich geltend machen, die der Staat als Äquivalent der Leistungen, die er sich ausbedungen hat, in der Konzession feststellt. […] Bei den Konzessionsakten kann es oft schwierig sein, festzustellen, wo die öffentlichrechtliche Auflage sich von der privatrechtlichen Berechtigung und Verpflichtung scheide und bekannt sind die diesfalls bei der Beurteilung der Eisenbahnkonzessionen entstandenen Kontroversen» (Gutachten vom 5. Juli 1904, zit. in FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 226–227).

1317 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Der Wasserlauf bedeutet ohne eine besondere Herrichtung für die Rechtsordnung nichts anderes als die Möglichkeit der Bildung eines Rechtsgutes. Er ist in keinem Falle das Rechtsgut selbst. Zu einem solchen wird der Wasserlauf erst dadurch, dass er durch die Herstellung der erforderlichen Werke den menschlichen Zwecken direkt dienstbar gemacht worden ist» (S. 818, Rz. 2002; auch in DERS., Gestaltung der Wasserrechte, S. 540).

1318 Vgl. E. HUBER, Gestaltung der Wasserrechte: «Diese Wasserkraft ist nicht die Welle selbst, die aqua profluens, sondern eine in der Bewegung, in der Welle lebende, sich stets erneuernde Kraft, die selber wieder als Rechtsgut denkbar ist. Sie stellt physikalisch ebenso gut eine körperliche Sache dar, wie beispielsweise die elektrische Kraft. Sie ist als ein der rechtlichen Herrschaft erreichbares Ding auch eine Sache im Rechtssinn, worauf wir schon oben hingewiesen haben» (S. 542).

1319 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Zur Ausübung des Nutzungsrechtes ist nun aber stets ein Wasserwerk notwendig. Ohne die körperliche Vorrichtung zur Benutzung des Wasserlaufes ist dieser eine blosse Elementargewalt, die noch nicht der menschlichen Herrschaft unterworfen, sondern erst unterwerfbar ist. Auch der Staat muss, wenn er sein Regal ausüben will, die entsprechenden Einrichtungen noch schaffen […] Daraus folgt, dass ein nutzbares Objekt erst dann vorliegt, wenn an dem Wasserlauf das Wasserwerk angebracht ist» (S. 817–818, Rz. 2002); vgl. auch DERS., Gestaltung der Wasserrechte: «Mit der Herstellung des Werkes wird aus dem Wasserlauf das Wasser oder die Wasserkraft gewonnen, welche letztere zwar als Naturkraft schon vorher im Wasserlauf vorhanden ist, aber erst durch die Fassung im Wasserwerk eine direkt nutzbare Gestaltung erfährt» (S. 541–542).

1320 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Diese Werkanlage darf bei der juristischen Auffassung des Verhältnisses von dem Wasserlauf nicht getrennt und von der in diesem liegenden Kraft nicht gesondert gedacht werden. […] Das Werk bildet mit dem Wasserlauf zusammen, den es auffängt, ein einziges Rechtsgut» (S. 817–818, Rz. 2002).

Drittens: Da das Gemeinwesen nicht das Nutzungsrecht an einer nicht nutzbaren Sache übergeben kann,[1321] muss die Konzession als eine zeitlich beschränkte Erlaubnis zur Nutzbarmachung der öffentlichen Sache verstanden werden.[1322] Die Konzession stellt damit ein Privatrecht an einer öffentlichen Sache dar.[1323] In Verbindung mit dem Wasserwerk, das im Privateigentum des Konzessionärs steht, wird ein Rechtsverhältnis geschaffen, welches die Nutzung der Wasserkraft ermöglicht.[1324]

[1321] Vgl. E. HUBER, Gestaltung der Wasserrechte: «Der Staat schafft also mit der Konzession nicht ein Rechtsgut, das er dem Konzessionär zur Ausbeutung überlassen würde, sondern er ermöglicht nur, dass jetzt das Werk am Wasserlauf nutzbar hergestellt und in der Nutzung behalten wird» (S. 541); auch: «Der Staat aber giebt dem Konzessionär diese Objekte nicht fertig an die Hand, er erteilt ihm nur die Erlaubnis, sie sich anzueignen und aus den okkupierten Sachen entweder selbst direkt den gewerblichen Nutzeffekt zu ziehen oder sie an Andere abzugeben, sie in Natur zu verwenden oder durch Spezifikation zu verwandeln und in neuer Gestalt in den Handel zu bringen. […] Der Staat tritt ferner mit der Konzession nicht die gewonnene Kraft an den Konzessionär ab, er ist diesem gegenüber weder Verkäufer noch Verpächter, noch überhaupt deren Eigentümer in irgend einer Beziehung. Hat er doch die Wasserkraft nicht selbst in den Zustand gebracht, in dem sie die gewünschten Dienste zu leisten vermag, gehört doch das Werk nicht ihm, sondern dem Konzedierten» (S. 542–543).

[1322] Vgl. E. HUBER, Gestaltung der Wasserrechte: «Werk und Berechtigung stellen sich also als ein Rechtsgut dar, das selbständig am öffentlichen Gewässer besteht, eine Parallele zu den selbständigen Reallasten und wie diese als ein Privatrecht denkbar, das in den Worten umschrieben werden kann: Die vom Staat am öffentlichen Wasserlauf eingeräumte, in einem Werke verkörperte Befugnis, Wasser oder Wasserkraft in bestimmtem, räumlich und zeitlich abgegrenzten Umfange sich anzueignen» (S. 543); vgl. DERS., Erläuterung zum Vorentwurf: «Und wenn der Staat die Wasserrechtskonzession erteilt, so hat er dem Konzessionär nicht ein bereits nutzbares Objekt zur Nutzung übertragen, sondern vielmehr ihm die Erlaubnis erteilt, dieses Objekt sich herzustellen» (S. 818, Rz. 2002), auch: «Es ist ein primäres Recht, das der Beliehene hat, ein ‹Eigentum› an dem Recht zur Anlage und zur Aneignung von Wasser und Wasserkraft. Der Staat wird nicht zur Gewährung des ihm zugehörenden Gegenstandes für die Dauer der Vertragszeit persönlich verpflichtet, sondern er schafft durch die Verleihung den Vermögenswert, der nun in Anlage und Berechtigung als ein zwar zeitlich und räumlich begrenztes, gleichwohl aber in diesem Umfang selbständig und jedermann gegenüber wirksames Recht des gleichen Rechtsschutzes teilhaftig ist, wie das Grundeigentum» (S. 819–820, Rz. 2004–2006; auch in DERS., Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 573–574).

[1323] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Natürlich haben die Berechtigten kein Eigentum an dem Wasserrecht, nicht Grundeigentum. Aber es besteht auch nicht ein beschränktes dingliches Recht an privatem Grundeigentum, und noch weniger ein persönliches Recht, denn weder ein dienendes Grundstück in fremder Hand noch eine persönliche Verpflichtung des Staates im Obligationsverhältnis liegen vor. Dieses ihm verliehene Recht aber hat die Bedeutung eines Privatrechtes an öffentlicher Sache, das begründet wird durch die staatliche Verleihung» (S. 819, Rz. 2004; auch in DERS., Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 573).

[1324] Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Dass er [scil. der Konzessionär] es [scil. ein nutzbares Objekt] alsdann nutzen darf, ruht auf dem Rechtsverhältnis zu der Anlage ebensosehr wie auf der Konzession» (S. 818, Rz. 2002); auch: «Indem der Entwurf von diesen Überlegungen geleitet worden ist, hat er das staatlich konzedierte Wasserwerk als ein Eigentumsobjekt geregelt, das nicht dem Staate gehört, nicht dem Konzessionär als fremdes Eigentum zur Nut-

Viertens: Solange der Eigentümer des Wasserwerkes über die Konzession verfügt, kann er die Wasserkraft des öffentlichen Gewässers (als einer herrenlosen Sache) durch Okkupation erlangen.[1325]

Damit war selbst unter der grundsätzlichen Öffentlichkeit der Gewässer die Nutzung öf- 489
fentlicher Gewässer vollständig im Privatrecht begründet, womit das Wasserrecht erst «seine volle Gestaltungsfähigkeit und Brauchbarkeit» gewann.[1326] Und als Privatrecht war es durch die Aufnahme ins Grundbuch wie auch durch die Entschädigungspflicht bei Enteignungen geschützt.[1327] Der Bundesrat meinte in seiner Botschaft, dass sich die «Auffas-

zung übertragen ist, sondern ein Verhältnis darstellt, vermöge dessen der letztere befugt ist, an dem öffentlichen Wasserlauf ein Recht zu betätigen, das Recht auf Aneignung von Wasser und Wasserkraft» (S. 819, Rz. 2003); vgl. auch DERS., Gestaltung der Wasserrechte: «Das staatlich konzedierte Wasserwerk erhält seinen Charakter als Rechtsverhältnis nicht aus der durch die Konzession zum Staat geschaffenen Beziehung, mag diese auch noch so sehr eine unerlässliche Vorbedingung für das ganze Verhältnis bilden» (S. 542).

1325 Vgl. E. HUBER, Gestaltung der Wasserrechte: «Dann aber ist der Konzessionär befugt, sich diese Sache kraft seiner Konzession durch das Werk anzueignen, oder also sein Recht geht auf eine fortgesetzte, ununterbrochene Okkupation, die er durch das Mittel der Wasserwerkanlage an Wasser und Wasserkraft ausübt. […] Vielmehr erscheint der Konzessionär als der Eigentümer des Werkes, das dazu bestimmt ist, der Okkupation des Wassers und der Wasserkräfte zu dienen, mit dem Werke aber verbindet sich das Recht auf diese Okkupation» (S. 541–543); vgl. auch E. HUBER, Gutachten vom 27. Oktober 1912: «Erteilt der Staat eine Wasserrechtskonzession an dem öffentlichen Gewässer, so erwirbt der Konzessionär die Möglichkeit, sich Wasser (oder Wasserkraft) aus dem öffentlichen Gewässer anzueignen» (zit. in: FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XIV, S. 528, Rz. 3303). Zur Okkupation vgl. auch DENS.: «Die geschichtliche Entwicklung zeigt uns eine Menge von Verhältnissen, wo unter einer öffentlich-rechtlichen Voraussetzung Privatrechte geschaffen werden. Man denke nur an die Landokkupation, wie sie bei uns vor tausend Jahren erfolgt ist und in überseeischen Ländern heute noch stattfindet[.] Bei unseren Vorfahren waren es die Genossenschaften, die eine solche Aneignung gestatteten und organisierten, jetzt ist es der Staat selber. Gerade so liegen die rechtlichen Verhältnisse bei den eben auch erst zu okkupierenden Wasserkräften. Allerdings handelt es sich bei der Landokkupation um die Aneignung von Eigen, ohne zeitliche Schranke, veräusserlich und vererblich. Allein, wenn die Wasserwerke auch nur auf eine gewisse Zahl von Jahren gestattet werden, so vermag das für ihren Charakter als Privatrecht keinen Unterschied auszumachen. Es ist nur ein quantitativer und nicht ein qualitativer Unterschied, der damit gegenüber der Aneignung des Grundeigentums geschaffen wird» (S. 819, Rz. 2004; auch in DERS. Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 573).

1326 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 820, Rz. 2006; auch in DERS. Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 575.

1327 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Diese Auffassung bestätigt sich uns voll und ganz, wenn wir die Bedeutung der Zugehörigkeit zum Privatrecht für unser Verhältnis näher ins Auge fassen. […] Stellen wir es mit dem Entwurf in das Sachenrecht, so haben wir zu unterscheiden: Entweder hat der Beliehene das Recht mit einem im Grundbuch eingetragenen Grundeigentum verbunden, und dann erscheint das Wasserrecht als ein Annex dieses Grundeigentums. Es wird als Realrecht zu diesem Grundstück eingetragen, es bildet einen Bestandteil desselben. Oder der Inhaber der Bewilligung hat sein Recht ohne alle Beziehung zu einem Grundstück, und

sung der Berechtigung als eines privaten Rechtes, die ja heute noch nicht allgemein anerkannt wird», aus solchen Erwägungen heraus rechtfertige.[1328] Aus dieser privatrechtlichen Konzeption folge, dass der Vorentwurf zum ZGB spätere, typisch öffentlich-rechtliche Wasserrechtsinstitute wie etwa den Heimfall nicht kannte (s. hinten Rz. 589 ff.).[1329]

2.4 Die privatrechtlichen Nutzungsrechte im Vorentwurf zum ZGB

490 EUGEN HUBER war durch seine rechtsgeschichtlichen Arbeiten bestens mit dem privatrechtlichen Nutzungsrecht der Ufereigentümer vertraut.[1330] Auch kannte er die Rechtsfolgen eines privatrechtlichen Nutzungsrechtes, wie seine Tätigkeit als Gutachter veranschaulicht.[1331] Dennoch waren sie, wie sogleich gezeigt wird, nicht unumstritten. Nachfolgend

---

dann kann er sein dauerndes Nutzungsrecht selbständig in das Grundbuch aufnehmen lassen. Es ist eine grundeigentumsgleiche Gerechtigkeit, die hier vorliegt, und eine solche wird wie ein Grundstück behandelt. Der Inhaber ist hieran Eigentümer, er kann das Rechtsobjekt belasten, verpfänden und, wenn auch allerdings nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung – weil die ihm zur Begründung des Verhältnisses erteilte Bewilligung eine persönliche ist – auf Andere übertragen […]» (S. 820, Rz. 2006; auch in DERS. Die Gestaltung des Wasserrechtes, S. 574); vgl. auch DERS., Die Gestaltung des Wasserrechtes: «Endlich darf der privatrechtliche Charakter des Verhältnisses auch darin zum Ausdruck kommen, dass die Aneignung dieses Rechts durch die öffentliche Gewalt, die ja allerdings bei der Verleihung für besondere Fälle und Bedingungen ausdrücklich vorbehalten werden muss, unter die Gesichtspunkte der Zwangsenteignung gestellt wird, so dass der Staat für den Fall der Nichterneuerung der Konzession oder des Rückkaufes dem Berechtigten die Abnahme der Anlagen gegen billige Entschädigung zusagt» (S. 575).

1328 Vgl. Botschaft ZGB 1904: «Wir bedürfen dieser Auffassung der Berechtigung als eines privaten Rechtes, die ja heute noch nicht allgemein anerkannt wird, um dann im übrigen diese Wasserrechte der Wohltat der grundbuchlichen Ordnung teilhaftig werden zu lassen. Auch sonst ergeben sich hieraus überall viel einfachere und den praktischen Bedürfnissen entsprechende Folgen, als wenn die Berechtigung als eine bloße Gunst des souveränen Staates behandelt wird. Und es kommt auch der Staat selbst dabei nicht zu kurz, sobald ihm die Bestimmung des Inhaltes der Verleihung, die Aufsicht, das Heimfallsrecht, ein Vorzugsrecht u.a. zugewiesen werden» (in: BBl 1904 IV 89).

1329 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 172–173; TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 125.

1330 Vgl. E. HUBER, System und Geschichte III, § 97, S. 627.

1331 Vgl. E. HUBER: «1. Müller Gerser hat Privatrecht nach Urkunden. Umfang gemessen. Im Einzelnen Bestreitungsfall von ihm zu beweisen. 2. Bestand ohne Bewilligung. Aber solche nötig bei Anlage gemäss Gesetz v. 1857, §§ 37, 09 ff. Der Gesner selbst anerkannt. 3. Bewilligung ist hier nicht Verleihung des Wasserrechts, wie bei öffentlichen Gewässern, sondern Akt der Aufsicht. 4. Darnach gerechtfertigt: Die öffentlich-rechtliche Auflagen. Dagegen wäre nur zu rekurrieren bei Rechtsungleichheit, d.h. willkürlicher Belastung oder Belastung anders als andere gegenüber. So auch Regelvorschrift gerechtfertigt (Ziff. 2). Nicht gerechtfertigt war die Verleihung des Wassers durch Staat zur Voraussetzung hat [sic]. […]» (Gutachten vom 28. Juli 1903, in: FASEL: Schriftenreihe zu Eugen Huber XV, S. 160, Rz. 870–874).

wird dargestellt, wie er die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer im Vorentwurf zum ZGB geordnet hätte.

a. Die Frage nach der Aufhebung der privatrechtlichen Nutzungsrechte

Auffallend ist die durchwegs negative Bewertung der privatrechtlichen Nutzungsrechte in der Literatur um die Jahrhundertwende. Sie wird vom Gesichtspunkt der Öffentlichkeit der Gewässer in zahlreichen Darstellungen als ein Hindernis der rationellen Nutzung der Wasserkraft verstanden.[1332] JEGHER führte in seinem Bericht über die wasserrechtlichen Verhältnisse in den Kantonen der Schweiz den Kanton Glarus gewissermassen als Negativbeispiel an, «wo der Mißbrauch des daraus entstandenen Eigentumsrechtes an der Benutzung der Wassergefälle zu großen Mißständen geführt hatte», bis der Staat ordnend eingriff.[1333] 491

[1332] BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Wenn ich mich in diesem Zusammenhange frage, ob das von den schweizerischen Gesetzen aufgestellte Kriterium für die Beurteilung des öffentlichen Charakters der Gewässer richtig ist, so glaube ich die Frage bejahen zu müssen. […] Es ist ja richtig, dass das gegenwärtig noch fast allgemein herrschende privatrechtliche System für eine rationelle Ausbeutung des Wasserschatzes und speziell der Wasserkraft einen Hemmschuh bildet. Speziell in Ländern, welche keine Latifundien besitzen, wo demnach ein Wasserlauf tausende von Grundstücken durchschneidet, erleidet der Wasserschatz eine starke Zersplitterung und ist dadurch die Nutzbarmachung der Wasserkraft nach dem privatrechtlichen System ungemein erschwert. Jeder Unternehmer, welcher die Wasserkraft eines Privatgewässers nutzbar machen will, ist von einer ganzen Anzahl Anrainern abhängig. Dadurch wird es oft vorkommen, dass ein Unternehmer, welcher mit dem jetzt nutzlos abfliessenden Wasser die Produktion des Landes erhöhen könnte, infolge der Halsstarrigkeit einiger Uferanlieger, welche ihre Rechte auf dem Wasserlauf unter keiner Bedingung abtreten wollen, verunmöglicht wird» (S. 13); vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Es ist zu begrüssen, dass das ZGB. das Anstösserrecht stark beschränkt, denn dieses Recht ist wirtschaftlich durchaus nachteilig, die Uferanstösser werden in der Regel nicht imstande sein, rationelle Werke zu bauen, dagegen der Versuchung nicht widerstehen können, ernstliche Bewerbern um Wasserkraft ihr Land nur zu exorbitanten Preisen abzutreten. Das Schlimmste aber ist die durch das Anstösservorrecht begünstigte Spekulation mit Wasserkräften, in der Weise, dass die Ufergrundstücke auf den für die Kraftgewinnung wichtigen Strecken der Gewässer aufgekauft, die Kosten der Konzessionen so künstlich in die Höhe getrieben und die Vorteile der Ausbeutung der Wasserkräfte illusorisch gemacht werden» (S. 158).

[1333] JEGHER, Bericht über die Wasserverhältnisse: «Im Kanton Glarus, woselbst nach § 55 des bürgerlichen Gesetzbuchs jeder Ufereigentümer berechtigt war [sic], für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benutzen, und wo der Mißbrauch des daraus entstandenen Eigentumsrechtes an der Benutzung der Wassergefälle zu großen Mißständen geführt hatte, griff der Staat zuerst im Jahre 1869 durch ein Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer ordnend ein. Am 4. Mai 1890 wurde dieses Gesetz durch ein vervollkommnetes Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz ersetzt und in diesem für den Staat die gesetzliche Grundlage vom Standpunkt des öffentlichen Rechtes geschaffen. Demselben folgte sodann das von der Landsgemeinde 1892 angenommene Gesetz betreffend die Benutzung der Gewässer.» […] Die Verordnungen zur Ausführung dieses Gesetzes sind vom Landrat zu erlassen. Dieselben sind noch nicht aufgestellt, doch wird beabsichtigt, hinsichtlich der Bedingungen für Konzessionserteilungen von dem fis-

Auch EUGEN HUBER fand im Nutzungsrecht der Ufereigentümer «die rechte Basis für die Unternehmungslust nicht gesichert».[1334]

492 Insbesondere BEZZOLA stellte zu diesem Zeitpunkt die Frage nach der Möglichkeit der Aufhebung der privatrechtlichen Nutzungsrechte im Sinne eines Systemwechsels, wie dies in anderen Rechtsordnungen geschehen war.[1335] Unabhängig von der Frage der rationellen Nutzung sei die Frage der Nutzungsrechte der Ufereigentümer zunächst einmal ein auf rechtshistorischen Umständen sich gründendes Phänomen, das sich nur unter besonderen

kalischen Standpunkte ganz abzusehen und solche auch künftig auf unbegrenzte Zeit und ohne Ansetzung einer jährlichen Konzessionsgebühr aufzustellen. Die allgemeine Fassung des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer macht es immerhin möglich, sich hierin auch besondern Verhältnissen anzupassen. So enthält z.B. die Konzession zur Gewinnung und Verwertung der Wasserkraft des Sernft, welche an die Konzession für die Sernftthalbahn gebunden ist, auch hinsichtlich der Wasserkraft die Bestimmung einer Beschränkung der Konzessionsdauer auf 80 Jahre und eines dem Kanton zustehenden Rückkaufsrechtes vom 25. Jahre an» (S. 15–16).

1334 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Nach einer älteren Auffassung war dieser Anspruch auf Verleihung als eine Pertinenz der Ufergrundstücke gedacht, und einige unserer Rechte haben bis heute hieran festgehalten. So z.B. die Rechte von Schwyz, Zug, das Bürgerl[iche] G[esetz-] B[uch] von Glarus, und nur den Uferbesitzern wird die Konzession erteilt in Freiburg. Allein es ist klar, dass damit die rechte Basis für die Unternehmungslust nicht gesichert wird. Der Gesuchsteller soll nicht zuerst das Grundeigentum am Ufergrundstück sich erwerben müssen, um überhaupt das Gesuch nur stellen zu können, sondern auf Grund der erfolgten Verleihung muss ihm unter gewissen Voraussetzungen die Zwangsenteigenung am Ufergrundstück eingeräumt werden. An sich bieten die Uferanstösser auch nicht Gewähr für eine richtige Ausbeutung der Vorteile des Wasserlaufes» (S. 822, Rz. 2013; fast verbatim in DERS. Gestaltung des Wasserrechtes, S. 580–581).

1335 Vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Anderer Meinung scheint allerdings Baron zu sein. Nach demselben liegt in der Aufhebung des Nutzungsrechts, welches dem Anrainer zusteht, kein Eingriff in jura quäsita, weil nach ihm nur solche Rechte wohlerworben sind, welche bestimmten Rechtssubjekten zustehen, nicht aber diejenigen, welche ganz im allgemeinen allen denjenigen zukommen, die in ein gewisses Rechtsverhältnis treten. Ueber letztere Rechte hat, wie sich Baron ausdrückt, ‹die Gesetzgebung volle Gewalt, sie kann gewisse Mineralien, die bisher als im Grundeigentum liegend galten, dem Grundeigentum entziehen und der Verleihung unterwerfen, ohne dass der Grundeigentümer berechtigt ist, deshalb eine Entschädigung zu verlangen, sie kann ebenso die Nützung des fliessenden Wassers, welche bisher den Uferanliegern zustand, ihnen nehmen, ohne dass ein Entschädigungsanspruch begründet würde.› Die Behauptung von Baron, dass nur dann von wohlerworbenen Rechten die Rede sein könne, wenn dieselben einem bestimmten Rechtssubjekt zustehen, ist allerdings zutreffend» (S. 13–14). Für Beispiele vgl. DENS.: «Sachsen: Gesetzesentwurf über die Benützung der fliessenden Gewässer 1847 […]. Genannter Entwurf wollte den Anrainers die Nützungen an den Privatflüssen ohne Entschädigung nehmen. In den Motiven wird dieses Vorgehen durch die Notwendigkeit zu verteidigen gesucht […]. Der gleiche Grundsatz liegt auch im Zuger Entwurf, betitelt: ‹Gesetz über die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken.› Diese Thatsache könnte wohl auch den sonst so ausgezeichneten Entwurf zu Fall bringen» (S. 16, Fn. 32).

Bedingungen hat herausbilden können.[1336] Dort, wo es sich herausgebildet hat – wo der Staat gewissermassen zu spät kam[1337] –, stellt es als wohlerworbenes Recht eine unumstössliche Rechtstatsache dar:[1338]

> «Wir resümieren: In Rechtsgebieten, in denen die Wassernutzungen an gewissen Wasserläufen den Anrainern zugefallen sind, haben wir es mit wohlerworbenen Rechten zu thun. Der Staat hat demnach nicht das Recht, sich über dieselben hinwegzusetzen, wie dies von der Theorie vielfach verlangt und von einzelnen Gesetzesentwürfen auch versucht wurde. Der Gesetzgeber muss mit den bestehenden rechtlichen Zuständen rechnen, obwohl ihm dieselben unbequem und vom rein spekulativen Standpunkt betrachtet, selbst unlogisch erscheinen.»[1339]

Damit schien sich die Frage um die Abschaffung der Nutzungsrechte der Ufereigentümer – zumindest auf Bundesebene – zu erledigen; sie wurde im Rahmen der Gesetzgebung des ZGB nie aufgenommen. EUGEN HUBER machte den Ufereigentümern mit ihrem Vorrecht im Falle einer Enteignung sogar noch ein Zugeständnis an ihre rechtshistorische Bedeutung.[1340] 493

1336 Vgl. BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Meiner Ansicht nach ist es richtiger, die Frage vom historischen Standpunkt zu betrachten und im konkreten Fall zu untersuchen, ob die Rechtsentwicklung eines Landes auf den Uebergang der Wasserkraft als Nutzungsrecht des Anrainers hinweise oder nicht. Wo keine gesetzlichen Bestimmungen darüber Aufschluss geben, wird die Gewohnheit entscheidend sein. In Rechtsgebieten, in denen die Grundherrschaft Eingang gefunden hatte, wird es sich darum fragen, auf wen die Rechte der Grundherren übergegangen, da diese das Recht hatten, Mühlen und Triebwerke an Wasserläufen zu gestatten, während Bewässerung und Tränkrechte ausdrücklich den Bauern resp. Anrainern gelassen wurden. Wo die Rechte der Grundherren auf den Staat übergegangen sind, wird dieser das Recht am Gefälle beanspruchen können; wo aber die grundherrschaftlichen Berechtigungen schlechthin aufgehoben wurden, ohne dass der Staat an deren Stelle trat, fiel das Recht zur Ausnützung der Wasserkraft den Anrainern zu» (S. 15).

1337 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «Obige Behauptung von Baron betreffend die Mineralien halte ich nur insoweit für richtig, als in einem Staat ein Bergwerkregal gilt. Wo sich aber der Staat dieses Recht auf die Mineralien nicht vor der Entwicklung der Privatrechtsordnung vorbehalten hat, kommt ihm auch kein Recht auf die Mineralien zu. Dieselben sind vielmehr, ähnlich wie bei uns die Nützungsrechte an den privaten Wasserläufen, in Privateigentum übergegangen» (S. 14, Fn. 20).

1338 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen: «In der Schweiz, wie in unseren Nachbarländern hat sich die Rechtsentwicklung dermassen gestaltet, dass sich bei gewissen Wasserläufen ein privatrechtlicher Anspruch auf die Benützung des das Grundstück berührenden Wasserlaufs ausbildete. Ein Gesetzgeber wird demnach mit dieser Thatsache zu rechnen haben» (S. 13).

1339 BEZZOLA, Rechtsverhältnisse bei öffentlichen Wasserrechten, S. 16.

1340 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Die Bevorzugung der Uferanstösser rechtfertigt sich namentlich dadurch, dass andere Bewerber erst noch freihändig oder durch Expropriation die für ein Wasserwerk unentbehrlichen Ufergrundstücke erwerben müssen; auch kann der Verzug als Aequivalent für die oft auf den an öffentliche Gewässer grenzenden Grundstücken ruhenden Lasten gelten. Der Anstösservorzug ist ein geringer Überrest des in vielen

b. Der Ausschluss der privatrechtlichen Nutzungsrechte aus dem Vorentwurf zum ZGB

494 Indem EUGEN HUBER seine Wasserrechtsordnung im Vorentwurf zum ZGB um die Öffentlichkeit der Gewässer herum errichtet hatte, die genaue Ausgestaltung aber den Kantonen belassen wollte, konnte er paradoxerweise die einzig wirklich privatrechtlichen Nutzungsrechte, nämlich jene der Ufereigentümer an Privatgewässern, nicht kodifizieren. Eines war klar: Privatrechtliche Nutzungsrechte der Ufereigentümer konnten an öffentlichen Gewässern nicht mehr bestehen.[1341] Aber es war doch möglich, dass die kantonale Gesetzgebung oder besondere Rechtstitel die Existenz von Privatgewässern vorsahen. Damit waren nicht die Eigentumsverhältnisse am Wasser, sondern deren privatrechtliche Nutzung gemeint.[1342] Für einen solchen Fall wollte EUGEN HUBER einzig deren – eigentlich selbstverständliche – Unterordnung unter die staatliche Hoheit *expressis verbis* sicherstellen:

> «11. Bei Privatgewässern.
>
> 932.
>
> Die Errichtung von Wasserwerken an Privatgewässern steht unter staatlicher Aufsicht und bedarf, wenn sie die Rechte Dritter oder ein allgemeines Interesse berührt, der Genehmigung durch die zuständige Behörde».[1343]

495 Bei dieser «Genehmigung» handelte es sich, wie die Botschaft des Bundesrates erklärte, um eine wasserbaupolizeiliche Bewilligung,[1344] wie sie etwa das Gesetz von 1890 für den

---

Rechten bestehenden ausschliesslichen Anrechtes der Ufergrundstücke, das den stärksten Ausdruck des Individualprinzips im Wasserrecht darstellt» (S. 157–158).

1341 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 158.

1342 Vgl. E. HUBER, Gestaltung der Wasserrechte: «Selbstverständlich ist dabei immer nicht das Privateigentum am Wasser, an der Wasserwelle gemeint, sondern das Recht, das sich aus dem Eigentum am Grund und Boden ergibt. Ein Privatgewässer läuft auf dem Grunde seines Eigentümers, während das öffentliche auf Niemandes Eigentum oder auf dem Eigentum des Staates dahinströmt. Ein Privatgewässer von einiger Ausdehnung hat daher regelmässig eine ganze Reihe von Eigentümern, die sich in der Benutzung die Hand reichen. Sie können in dieser Reihenfolge zu besonderen Rechtsverhältnissen gelangen, die dann wiederum dem öffentlichen Rechte Anlass zu allerlei Ordnung geben. Doch wird man sich in der Regel bei der Verwaltung wie bei der Gesetzgebung damit behelfen können, dass man solche Privatgewässer in Bezug auf die Rechtsverhältnisse der an ihnen Beteiligten den Vorschriften über die öffentliche Gewässer unterstellt» (S. 547).

1343 Vorentwurf ZGB 1900, S. 221.

1344 Vgl. Botschaft ZGB 1904: «Privatgewässer stehen im allgemeinen nicht unter den Vorschriften über das Wasserrecht. Der Berechtigte hat an ihnen ein Privatrecht, ohne sich vorher vom Staate beleihen lassen zu müssen. Allein die Nutzung an Privatgewässer kann doch in die Rechte an öffentlichen Gewässern eingreifen oder überhaupt das öffentliche Wohl berühren, und in diesen Fällen sieht der Entwurf auch bei ihnen für Werkanlagen eine Genehmigung durch die zuständige Behörde vor» (in: BBl 1904 IV 90).

Kanton Glarus vorgesehen hatte (s. vorne Rz. 349). Diese «Genehmigung» gilt es, wie nachfolgend dargelegt werden soll, scharf von der Konzession zu unterscheiden.

c. Die Unterscheidung zwischen Konzession und Erlaubnis

In der Konzeption von EUGEN HUBER war die Konzession, da keine eigentliche Verleihung mehr, von einer staatlichen Erlaubnis kaum zu unterscheiden;[1345] wie er selber eingestand, sei bei der staatlichen Hoheit die «Grenze zur Regalität […] freilich oft sehr schwankend».[1346] Zwar stimmt es, wie auch MAX HUBER eingestand, dass die von einer vergangenen Rechtsordnung, ja einem anderen Rechtsdenken übernommenen Begriffe der Regalität nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinn verstanden werden können;[1347] insofern bedeuten im modernen Verwaltungsrecht «Wasserhoheit und Wasserregal […] 496

[1345] Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes: «Dass die Verleihung sich alsdann, wenn sie erfolgt, in vernünftiger Weise in den Rahmen der bestehenden Wasserrechtsverhältnisse einreihen soll, haben wir bereits nach verschiedenen Richtungen hervorgehoben. Privatgewässer stehen diesfalls den öffentlichen gleich, so dass auch dieser Ueberlegung es erklärlich wird, weshalb die Erstellung von Wasserwerken an Privatgewässern und Genehmigungen unterstellt werden muss, wie die an den öffentlichen Gewässern» (S. 581).

[1346] Vgl. E. HUBER, Gestaltung des Wasserrechtes: «Daher dann die häufige Bestimmung, dass auch an Privatgewässern eine Stauung oder ein Triebwerk, oder überhaupt eine Vorkehrung, die auf den Stand des Gewässers Einfluss haben könnte, nur unter öffentlicher Kontrole [sic] errichtet werden darf, u.a.m. Sie ordnet den allgemeinen Gebrauch und macht den Gebrauch des Einen mit dem der Anderen verträglich. Die Grenze zur Regalität ist hier freilich oft sehr schwankend» (S. 552).

[1347] Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Der Begriff der Regalität, aus dem Gedankenkreis des Patrimonialstaates übernommen, ist im modernen Verwaltungsrecht nur mit grosser Vorsicht zu verwenden. Während im alten Recht das Regal als subjektives Recht des Regalinhabers erscheint und seine ökonomische Nutzbarkeit in den Vordergrund tritt, fällt im modernen Recht das erstere Moment ganz dahin, während letzterem nur sekundäre Bedeutung zukommt. Das heutige Verwaltungsrecht kennt eine unbegrenzte Zahl von Abstufungen zwischen unbeschränktem Gemeingebrauch und staatlichem Monopol, in welchen das öffentliche Interesse entweder durch polizeiliche Aufsicht oder durch Besteuerung oder durch staatlichen, direkten oder indirekten Betrieb gewahrt wird. Da der Gesetzgeber völlig frei ist, seine Kompetenz nicht wie im Patrimonialstaat ein feststehendes subjektives Recht darstellt, muss der hergebrachte Regalbegriff in der Fülle der möglichen Formen des heutigen Verwaltungsrechts zerfliessen. Die Begriffe Wasserhoheit (Wasserpolizeihoheit) und Wasserregal wie die sog. Hoheitsrechte überhaupt konnten einen bestimmten Rechtsinhalt haben in einer Zeit, da die Staatsgewalt sich als Summe einzelner Rechte darstellte; heute aber ist die Staatsgewalt einheitlich und die Verwaltung unbegrenzt, soweit nicht Rechte von Einzelnen oder von Korporationen durch Verfassung oder Gesetz anerkannt sind» (S. 143).

nur Richtungen ein und desselben unbeschränkten gesetzgeberischen Willens».[1348] Doch es sind unterschiedliche Richtungen, welche den gesetzgeberischen Willen eben doch Schranken auferlegen:

> «Das blosse Recht der Verwaltung (der staatlichen wie der kommunalen) zur fiskalischen Verwertung eines öffentlichen Gewässers hat an und für sich keinen regalischen Charakter, dieser tritt erst da hervor, wo bei einer Konkurrenz zwischen Gemeinwesen und Privaten letztere zurücktreten müssen. Das Regal ist die Beschränkung – nicht notwendigerweise finanzielle Belastung – des Gemeingebrauchs und der Gewerbefreiheit zu gunsten der Verwaltung. Die polizeilichen, bloss die Ausübung der den Privaten zukommenden Nutzungsrechte betreffenden Beschränkungen haben keinen regalischen Charakter, das Regal trifft die Substanz der privaten Freiheit selbst.»[1349]

497 Wo kein Regalrecht des Staates besteht, da kann der Nutzungsberechtigte frei über die Wasserkraft verfügen: «Er bedarf dazu keiner Konzession; die Wasser- und Kraftgewinnung ist im Eigentum enthalten.»[1350] Die einzige Bedingung, die ihm der Staat, der in jedem Fall Inhaber des Hoheits- oder Aufsichtsrechtes ist, machen und an eine Erlaubnis knüpfen kann, ist die Einhaltung nachbarrechtlicher und wasserbaupolizeilicher Sicherheiten.[1351] Die Vergabe einer solchen wasserbaupolizeilichen Erlaubnis sieht, äusserlich besehen, der Verleihung einer Konzession ähnlich, wie dies OTTO MAYER schon bemerkte, weshalb man wohl – wie im Falle des Kantons Glarus auch (s. vorne Rz. 393) – «den Namen ‹Konzession› für beide Dinge unterschiedslos gebraucht findet».[1352] Aber OTTO MAYER warnt davor, sich vom äusseren Schein täuschen zu lassen:

> «In der Sache besteht zwischen ihnen eine tiefgreifende Verschiedenheit. Die gewerbepolizeiliche Erlaubnis stellt für den Empfänger einfach die natürliche Freiheit wieder her. Sie gibt ihm nichts Neues hinzu, begründet insbesondere kein subjektives öffentliches Recht. Im Gegensatz

---

[1348] M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 143.

[1349] M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 143.

[1350] M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 143.

[1351] Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Aber dieses Eigentum ist eben kein unbeschränktes Eigentum: Das ZGB sagt, dass die Errichtung von Wasserwerken an Privatgewässern unter staatlicher Aufsicht stehe. Das ist eine auf den allgemeinen polizeilichen Kompetenzen der Verwaltung beruhende Eigentumsbeschränkung; über diese hinaus aber geht die Bestimmung, dass zur Errichtung eines Wasserwerks an einem Privatgewässer die staatliche Genehmigung notwendig ist, sofern durch das geplante Werk Rechte Dritter oder allgemeine Interessen berührt werden – ein Fall, der wohl sozusagen immer zutrifft» (S. 138).

[1352] MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II: ««Dem äußern Schein nach steht die Verleihung der Erteilung einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis viel näher, insofern auch hier ein bestimmtes einzelnes Unternehmen in Frage ist, welches dem Empfänger durch den über ihn ergehenden obrigkeitlichen Akt zugänglich gemacht werden soll. Das macht erklärlich, daß man den Namen ‹Konzession› für beide Dinge unterschiedslos gebraucht findet, für unsere Verleihung wie für diese Erlaubnis» (S. 244).

> dazu liegt die Tätigkeit, welche Gegenstand einer Verleihung sein soll, als ein Stück öffentlicher Verwaltung von Haus aus nicht im Machtbereich des Einzelnen, sondern ausschließlich in dem des Gemeinwesens; die Befähigung dazu macht nicht ohnehin vorhandene Kräfte frei, sondern gibt über diese hinaus eine rechtliche Macht und Fähigkeit, die eben deshalb für den Empfänger den Inhalt eines besonderen subjektiven Rechts bildet. Es leuchtet ein, daß der ganze innere Aufbau des Rechtsinstituts hier ein anderer sein muß als bei der Polizeierlaubnis und eine Vermengung beider nicht stattfinden darf.»[1353]

498 So kommt auch MAX HUBER zum Schluss: «Diese Genehmigung hat den Charakter einer Polizeierlaubnis und ist deklaratorischer Natur, während die Konzession für ein Wasserwerk an einem öffentlichen Gewässer konstitutiver Natur ist.»[1354] Dies scharfe Unterscheidung wurde auch vom Bundesgericht bestätigt.[1355] Dies hat Rechtsfolgen, etwa mit Blick auf die zeitliche Dauer. Während es auf der Hand liegt, dass der Staat das Nutzungsrecht mittels einer Konzession nur für eine gewisse Zeit verleiht, ist doch rechtsdogmatisch nicht einzusehen, weshalb eine einmal festgestellte wasserbaupolizeiliche Sicherheit *ceteris paribus* zeitlich begrenzt werden sollte, wo doch das Eigentum auch nicht zeitlich begrenzt ist.[1356]

1353 MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 244.

1354 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 138. Auch E. HUBER macht diesen Hinweis in einer Fussnote, misst ihm aber keine grosse Bedeutung zu: «Ob diese Konstituierung am öffentlichen oder am privaten Gewässer vor sich gehe, verändert ihre Bedeutung nicht. Nur das Objekt ist ein anderes, indem dort eine Befugnis durch die Verleihung erst konstituiert wird, die hier aus dem Eigentum an sich bereits vorhanden ist. Insofern ist Randa, Oesterreichisches Wasserrecht, Seite 10 f., zuzustimmen, wenn er der Verleihung an den öffentlichen Gewässern einen konstitutiven und an den privaten einen deklaratorischen Charakter beilegt» (Gestaltung der Wasserrechte, S. 543, Fn. 1).

1355 Vgl. BGE 7 571 (*Spinnerei Murkart c. Kt. TG*): «Angesichts dieser gesetzlichen Bestimmungen ist nun zwar gewiß dem beklagten Fiskus darin beizutreten, daß die unter der Herrschaft des erwähnten Gesetzes vom 2. Oktober 1832 der Klägerin ertheilte regierungsräthliche Bewilligung zu Anlegung der von ihr projektirten Wasserbaute nicht die Bedeutung einer staatlichen Verleihung eines privaten Wassernutzungsrechtes hat, sondern daß derselben lediglich deklarative Bedeutung d.h. die Bedeutung einer Erklärung, daß der Ausführung der projektirten Anlage Gründe des öffentlichen Interesses, bezw. der Wasserpolizei, nicht entgegenstehen, beizumessen ist» (S. 583, E. 3).

1356 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Ob die Polizeierlaubnis auf ewige Zeit dem Eigentümer zu erteilen ist, sagt das Gesetz nicht; es muss indessen aus dem Wesen des Eigentums geschlossen werden, dass dem Eigentümer für die Benutzung seines Eigentums keine zeitlichen Schranken gesetzt sind» (Die Wasserrechte, S. 138).

3. Das verbliebene Wasserrecht im ZGB

499 Was nach dem Ausscheiden der Wasserrechtsordnung verblieb, stand einigermassen quer in der Landschaft des ZGB.[1357] Abgesehen von den Bestimmungen zum Nachbarrecht[1358] sowie zu den Auswirkungen von Hochwasser[1359] war dies insbesondere die Regelung der «herrenlosen und öffentlichen Sachen» in Art. 664 ZGB, worunter auch die öffentlichen Gewässer fielen. Es scheint, dass hier EUGEN HUBER versuchte, die wichtigsten Grundsätze seiner Wasserrechtsordnung zu retten.[1360]

3.1 Die bestehenden kantonalen Wasserrechtsverhältnisse

500 Da das Wasserrecht bisher immerzu in den Händen der Kantone gestanden war, hatten sich verschiedene Systeme herausgebildet. Jeder Kanton musste freilich entscheiden, (1.) ob und wie er öffentliche Gewässer von Privatgewässern trennte und sodann (2.), in welchem Verhältnis er zu den von ihm definierten öffentlichen Gewässern stand.

501 Bezüglich der ersten Frage liessen sich zum Zeitpunkt des Erlasses des ZGB folgende drei Systeme unterscheiden:[1361]

– Gesetzliche, durch Nachweis eines Privatgewässers widerlegbare *Vermutung der Öffentlichkeit aller* (stehenden und fliessenden) *Gewässer*: Die Kantone Zürich, Luzern,

---

1357 Vgl. HAAB, Das Wasserrecht: «Dabei verhehle ich mir nicht, daß diese Abgrenzung einigermaßen willkürlich ist; denn einerseits umfaßt das ZGB nicht, wie man etwa annehmen könnte, das ganze private Wasserrecht, und anderseits beschränkt es sich nicht auf die Ordnung zivilrechtlicher Materien und kann dies auch nicht tun, da auf dem Gebiete des Wasserrechtes, mehr als irgendwo anders, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte sich kombinieren» (S. 68).

1358 Für die Bestimmungen zum Wasserablauf (Art. 689 ZGB), Entwässerungen (Art. 690 ZGB) und Durchleitungen (Art. 691–693 ZGB), welche für die Nutzung der Wasserkraft nicht infrage kommen, vgl. HAAB, Das Wasserrecht, S. 73–74).

1359 Für die Bestimmungen zu den sachenrechtlichen Folgen von Wasser (Hochwasser, Überschwemmungen und Lawinen) beweglichen Sachen (Art. 700 ZGB) und unbeweglichen Sachen (Art. 660 ZGB), welche für die Nutzung der Wasserkraft ebenfalls nicht infrage kommen, vgl. HAAB, Das Wasserrecht, S. 75–76).

1360 Vgl., ZK ZGB IV-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL: «Will man sich über die Stellungnahme des ZGB. zu den herrenlosen und den öffentlichen Sachen klar werden, so ist auch heute noch ein Blick in die Entstehungsgeschichte des vorliegenden Artikels nicht überflüssig. Aus den Materialien ergibt sich, daß der Gesetzesredaktor eine umfassende Ordnung der Rechte an den herrenlosen und den öffentlichen Sachen mit Einschluß des […] Wasserrechtes in Aussicht genommen hatte» (Art.644, S. 285).

1361 Die nachfolgende Aufstellung richtet sich nach PFLEGHART, Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte I, S. 5–6; GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 12–13.

Uri, (teilweise) Schwyz, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden und Ausserrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Waadt und Wallis.

– *Schiff- und flössbare Gewässer* werden zu den öffentlichen, dem Gemeingebrauch zugänglichen Sachen gezählt, während die übrigen als Privatgewässer gelten: Die Kantone Freiburg, Neuchâtel und Bern.
– *Fehlende Unterscheidung* oder teilweise Aufzählung der öffentlichen Gewässer, welche insofern nicht nötig ist, als dass der Ufereigentümer das Nutzungsrecht über die Wasserkraft hat: Die Kantone Glarus, Zug und teilweise Schwyz.

Es war also, je nach Kanton, der Kreis der öffentlichen Gewässer ein grösserer oder klei- 502
ner.[1362] Der Bundesgesetzgeber hätte hier, wie EUGEN HUBER in seinen Erläuterungen zugibt, gerne für Einheitlichkeit gesorgt. Zwar werde

> «die Entscheidung darüber, was als öffentliche Sache aufzufassen sei, im allgemeinen durchaus dem kantonalen Rechte überwiesen werden können. Nur in bezug auf die Gewässer würde es sehr zu begrüssen sein, wenn eine einheitliche Grundlage für die daran sich knüpfenden Rechtsverhältnisse gewonnen werden könnte.»[1363]

Sein Wunsch wäre es gewesen, das erste System (dasjenige JOHANN JAKOB LEUS, HANS 503
CONRAD ESCHERS und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLIS, s. vorne Rz. 467) auf das gesamte Gebiet der Schweiz anzuwenden.[1364] Doch scheute er davor zurück. Zum einen wohl, weil mit der Frage der Öffentlichkeit eines Gewässers auch die Frage der Unterhaltspflicht verknüpft ist.[1365] Andererseits, da dem Bundesgesetzgeber mit Art. 64 BV 1874 lediglich die Kompetenz zur Vereinheitlichung des Zivilrechtes gegeben worden war. Als Ausdruck dieser begrenzten Kompetenz hielt Art. 6 Abs. 1 ZGB fest:

> «Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt.»[1366]

So gab denn auch EUGEN HUBER zu, dass es «nicht in der Aufgabe des Privatrechtes [liege], 504
in diese Anerkennung [scil. der Privatgewässer] einzugreifen und bisherige Privatgewässer in öffentliche zu verwandeln».[1367] Aus diesem Grund erklärt sich, dass Art. 664 ZGB keine Legaldefinition der öffentlichen Gewässer gibt.[1368]

1362 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 13.

1363 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1364 Vgl. E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1365 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 14.

1366 Art. 6 Abs. 1 ZGB.

1367 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1368 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 14.

505 Ebenso wenig mischt sich der Art. 664 ZGB in die zweite, von den Kantonen unterschiedlich beantwortete Frage nach dem Rechtsverhältnis zu den öffentlichen Gewässern. Hierbei bestanden zur Zeit des Inkrafttretens des ZGB folgende Rechtszustände:[1369]

- *privatrechtliches Eigentum* (an Privatgewässern):
  - der Anstösser: die Kantone Glarus und Zug;
  - der Gemeinden: Kantone Graubünden und Wallis (mit Ausnahme der Rhone);
  - der Bezirke: Kanton Schwyz, darin die Bezirke Schwyz, Einsiedeln, Höfe und Gersau;
- *öffentliches Eigentum* (aufgefasst als Eigentum und Hoheitsrecht) an öffentlichen Gewässern: die Kantone Bern, Luzern, Uri, Solothurn, Wallis (für die Rhone) und Genf;
- *Herrenlosigkeit* (aufgefasst als blosses Hoheitsrecht) an öffentlichen Gewässern: die Kantone Zürich, Schaffhausen, St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Ausserrhoden, Aargau.
- Bei den übrigen Kantonen mag es, gemäss PFLEGHART, «zweifelhaft erscheinen, welche Rechtsauffassung bezüglich ihrer Stellung zur Eigentumsordnung durchgedrungen ist».[1370]

3.2 Die Auslegung von Art. 664 ZGB

> «Art. 644 ZGB (Herrenlose und öffentliche Sachen)
>
> [1] Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.
>
> [2] An den öffentlichen Gewässern sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum.
>
> [3] Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten die erforderlichen Bestimmungen auf.»

506 Regelungsgegenstand des Art. 664 ZGB sind, wie die Marginalie sagt, «herrenlose und öffentliche Sachen», welche in Abs. 1 unter die staatliche Hoheit gestellt werden – wie dies von EUGEN HUBER schon in Art. 917 des Vorentwurfes zum ZGB vorgesehen gewesen war (s. vorne Rz. 471 ff.).

507 Als «Hoheit» (auch Verfügungsmacht) wird eine die Gesetzgebungskompetenz miterfassende Rechtszuständigkeit verstanden, d.h. eine «umfassende öffentlich-rechtliche Norm-

---

1369 Die nachfolgende Aufstellung richtet sich nach PFLEGHART, Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte I, S. 3–8; E. MÜLLER, Eigentum an öffentlichen Sachen, S. 220–221.

1370 PFLEGHART, Ausnutzung und Verwertung der Wasserkräfte I, S. 7; vgl. auch E. MÜLLER, Eigentum an öffentlichen Sachen: «Die Haltung der übrigen Kantone zur Eigentumsfrage ist unsicher; jedoch spricht nichts gegen die Annahme von beschränktem Eigentum» (S. 221).

setzungsbefugnis, kraft derer die Kantone z.B. bestimmen können, welche Objekte als herrenlos und öffentlich zu gelten haben, welche Rechtspositionen an ihnen bestehen bzw. begründet werden können und welchem Gemeinwesen sie zustehen».[1371] Als «Träger» dieser Hoheit kommen Bund, Kantone und Gemeinden – teilweise in schwieriger Kompetenzabgrenzung – infrage.[1372] In jedem Fall ist das zuständige Gemeinwesen kraft dieser Hoheit zum Erlass von Gesetzen (wie etwa Polizeivorschriften) berechtigt,[1373] solange diese nicht «schon bestehende, unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehende Rechte» verletzen.[1374] Auch an dieser Stelle bleibt zu erwähnen, dass der Wortlaut mit Bezug auf die öffentlichen Gewässer irreführend ist, da auch die nichtöffentliche Wasserläufe und Privatgewässer – welche freilich nicht herrenlos sind – unter der staatlichen Hoheit stehen.

Die Rechtsbegriffe «herrenlose und öffentliche» Sachen werden vom ZGB nicht definiert.[1375] Aus der soeben geschilderten Entstehungsgeschichte und dem Gesamtzusammenhang geht hervor, dass der Normbereich von Art. 664 ZGB diejenigen Sachen umfassen möchte, an denen grundsätzlich kein Privateigentum erworben werden kann – wie dies vorher in Art. 919 im Vorentwurf zum ZGB vorgesehen gewesen war (s. vorne Rz. 478 ff.). 508

«Herrenlose Sachen» stellen Objekte dar, welche definitionsgemäss nicht Rechtssachen und darum auch nicht Privateigentum sein können – sie entsprechen der römischrechtlichen Kategorie der *res extra commercium* und umfassen beispielsweise das «fliessende Wasser» (*aqua profluens*). Da nicht des Privateigentums fähig, stehen diese Objekte gewissermassen «von Natur aus der Allgemeinheit» zu.[1376] 509

«Öffentliche Sachen» im Sinne von Art. 644 ZGB bezeichnen Objekte, an denen Privateigentum grundsätzlich möglich wäre, diese jedoch zwei Abgrenzungsmerkmale besit- 510

1371 BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 664, Rz. 23; vgl. auch Gresly, der von «Gesetzgebungs- und Verwaltungsgewalt der Kantone» spricht (Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 14).

1372 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2234. Es hat dies eine Schrankenwirkung des Bundesrechtes gegenüber kantonalem Recht zur Folge, vgl. BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 664, Rz. 24.

1373 Vgl. E. Müller, Eigentum an öffentlichen Sachen, S. 209–210.

1374 Vgl. BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 664, Rz. 24a; vgl. insb. BGE 123 III 454 (*Ct. TI c. Finanzgesellschaft und Anlagen AG*): «La sovranità dei Cantoni sulle cose di dominio pubblico ai sensi dell'art. 664 CC è, in linea di principio, limitata dai diritti acquisiti, protetti dalla garanzia costituzionale della proprietà» (S. 459, E. 5b).

1375 Überhaupt kennt das ZGB keine einheitliche Terminologie: So spricht es von «herrenlosen Grundstücken» (Art. 658 ZGB), «herrenlosem Boden» (Art. 659 ZGB), «öffentlichem Grund und Boden» (Art. 796 ZGB) und «nicht im Privateigentum stehenden und dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücken» (Art. 944 ZGB), vgl. ZK ZGB IV-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 644, S. 285–286; KUKO ZGB-Zelger, Art. 664, Rz. 2.

1376 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2228; BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 664, Rz. 27.

zen.[1377] Erstens stehen sie unter der Hoheit des Gemeinwesens[1378] und zweitens werden sie zum Gemeingebrauch (*usus publicus*) bestimmt, stehen also der Allgemeinheit zur Benutzung offen.[1379] Dieser Gemeingebrauch wird mit der beispielhaften Enumeration «Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten» in Abs. 3 angedeutet.[1380] Es handelt sich bei diesen öffentlichen Sachen i.e.S. mithin um das Aequivalent der römischrechtlichen *res publica*, wobei auch hier die Zweckbestimmung und nicht das Eigentumsverhältnis ausschlaggebend ist.[1381] Um eine Sache zu einer öffentlichen Sache zu verwandeln, sie also dem Privateigentum zu entziehen und dem Gemeingebrauch zuzuweisen, bedarf es – sofern der öffentliche Gebrauch nicht schon seit unvordenklicher Zeit besteht – eines besonderen Verwaltungsaktes der zuständigen Behörde, der sogenannten «Widmung».[1382]

3.3 Die Auswirkungen auf das kantonale Recht

511 Indem Art. 644 Abs. 1 ZGB die ohnehin schon bestehende Hoheit als der Kantone deklaratorisch festhielt, wurde die Definitionsmacht der Kantone festgestellt. Generell aber überlässt es der Bundesgesetzgeber den Kantonen zu bestimmen, anhand einer Nennung von Merkmalen oder Aufzählung, den Kreis der «öffentlichen Gewässer» festzulegen.[1383]

1377 Zur Unterscheidung von «öffentlichen Sachen» i.w.S. und i.e.S. vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2199–2210.

1378 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2230; vgl. auch BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664, Rz. 25).

1379 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2226; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664, Rz. 11.

1380 Vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664, Rz. 7.

1381 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht: «Herrschaft und Eigentümerstellung können auseinanderfallen […]. So gibt es namentlich Privatstrassen im Gemeingebrauch, für welche das zuständige Gemeinwesen die Nutzungsordnung festlegt» (§ 32, Rz. 2238); auch: «In der Regel ist der Staat *Eigentümer* der öffentlichen Sachen i.e.S. Ausnahmsweise stehen diese jedoch im Eigentum von Privaten und der Staat verfügt nur über ein beschränktes dingliches oder ein obligatorisches Recht oder eine öffentlich-rechtliche Befugnis zur Benutzung der Sache» (§ 32, Rz. 2247). Zu einem Gewässer mit öffentlicher Nutzung auf privatem Grund vgl. BGE 95 I 243 (*Weder c. Kt. TG/RR Kt. TG*): «Einmal schliessen sich Privateigentum an einem Grundstück und Gemeingebrauch nicht von vornherein aus, wie das Bundesgericht erst kürzlich für ein Strassengrundstück festgestellt hat […]. Sodann ist die Umschreibung der öffentlichen Gewässer, die gemäss Art. 664 ZBG unter der Hoheit des Kantons stehen, Sache des kantonalen Rechts; dieses kann auch ein im Privateigentum stehendes Gewässer als öffentlich erklären […] und kann daher auch bestimmen, dass Privatgrundstücke insoweit, als sie vom Wasser eines öffentlichen Gewässers überflutet werden, den besondern, aufgrund der Gewässerhoheit erlassenen Normen unterstehen» (S. 247).

1382 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32, Rz. 2229–2233.

1383 BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664, Rz. 28.

Aus diesem Grund beschränkte sich der Abs. 2 auf eine widerlegbare Vermutung, wonach die «öffentlichen Gewässer» grundsätzlich zu den herrenlosen Sachen zählen, an denen kein Privateigentum möglich ist.[1384] Die Vermutung kann durch einen Nachweis widerlegt werden und EUGEN HUBER erklärt: 512

> «Das kann der Nachweis für den einzelnen Fall bedeuten, ebenso aber auch die Feststellung des kantonalen Rechtes, dass gewisse Gewässer unter bestimmten Voraussetzungen als private zu betrachten seien. Der privatrechtliche Titel ergibt sich in diesen Fällen aus dem bisherigen Rechte.»[1385]

Auch bleibt es den Kantonen überlassen, sein Rechtsverhältnis zum öffentlichen Gewässer genauer zu bestimmen; dies reichte von «niemandes» Eigentum bis zum Eigentum des Staates.[1386] Bereits EUGEN HUBER schrieb in seinem Gutachten vom 27. Oktober 1912: 513

> «Das Wasser eines öffentlichen Gewässers steht für die Regel in niemandes Eigentum. Der Staat hat darüber ein Hoheitsrecht, das manchen Ortes, und auch in Solothurn, CGB § 415, als Eigentum des Staates bezeichnet wird, aber gleichwohl kein gewöhnliches Privateigentum darstellt. Vgl. schweiz. ZGB Art. 664.»[1387]

Grundsätzlich ist dem kantonalen Recht also gemäss Art. 664 Abs. 2 ZGB folgende Eigentumsregelungen offengelegt:[1388] 514

- öffentliche Gewässer, an denen überhaupt kein Privateigentum besteht (*res extra commercium*);
- öffentliche Gewässer, an denen das Gemeinwesen Privateigenum hat (*res publica*);
- öffentliche Gewässer, deren Bett im Eigentum eines Privaten steht;
- private Gewässer, die vom Kanton bezüglich der Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden;
- private Gewässer, die privatrechtlich genutzt werden.

Damit blieb der Rechtszustand, wie er vor der Einführung des ZGB in den Kantonen bestanden hatte (s. vorne Rz. 500 ff.) unangetastet. 515

1384 Gem. E. MÜLLER handelt es sich bei dieser gesetzlichen Vermutung um eine Kompetenzüberschreitung, «denn die Kantone haben zu bestimmen, ob diese Sachen öffentlich sind» (Eigentum an öffentlichen Sachen, S. 221).

1385 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 813, Rz. 1991.

1386 Vgl. STEINER, Rechtstellung des Anstössers: «Den Kantonen ist es freigestellt, auf welche Weise sie die Hoheit über die öffentlichen Gewässer, die ihnen eine umfassende öffentlichrechtliche Normsetzungsbefugnis verleiht, ausgestalten wollen» (S. 55).

1387 E. HUBER, Gutachten vom 27. Oktober 1912, in: FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber XIV, S. 528, Rz. 3303.

1388 Aufstellung nach STRUB, Wohlerworbene Rechte, S. 174.

4. Das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Glarus von 1911

516 Da der Bund mit Erlass des ZGB seine ausschliessliche Rechtsetzungskompetenz wahrgenommen hatte, wurde das kantonale Privatrecht aufgehoben, wie dies die Einführungs- und Übergangsbestimmungen im Schlusstitel des ZGB ausdrücklich festhielten.[1389] Im kantonalen Privatrecht konnte nur noch verbleiben, was entweder im ZGB ausdrücklich dem kantonalen Recht vorbehalten oder aber überhaupt nicht geregelt worden war.[1390]

517 Gleichzeitig wurden die Kantone zum Erlass von ergänzenden, kantonalen Anordnungen verpflichtet, die sogenannten Einführungsgesetze zum ZGB (EG ZGB).[1391] Darunter fielen auch die verbliebenen Teile des Wasserrechtes, so etwa die Bezeichnung der öffentlichen Gewässer. Für das restliche Wasserrecht verblieb man in Erwartung eines Spezialgesetzes.[1392] Da es sich beim bestehenden Wasserrecht im Kanton Glarus – auch in den Augen EUGEN HUBERS[1393] – um eine vollständige Wasserrechtsordnung handelte, gab es keinen Grund, daran etwas zu ändern. Auch andere Kantone begnügten sich damit, die bestehende Wasserrechtsordnung ins EG ZGB zu überführen.[1394]

1389 Vgl. Art. 51 SchlT ZGB: «Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sind die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben, soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist» (in: BBl 1907 VI 589, S. 869).

1390 Vgl. LIVER, Prozess des Müllers Arnold, S. 111.

1391 Vgl. Art. 52 SchlT ZGB: «[Abs. 1] Die Kantone treffen die zur Ergänzung dieses Gesetzes vorgesehenen Anordnungen, wie namentlich in bezug auf die Zuständigkeit der Behörden und die Einrichtung der Zivilstands-, Vormundschafts- und Grundbuchämter. [Abs. 2] Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnung bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie auf dem Verordnungswege erlassen. [Abs. 3] Diese Anordnungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates» (in: BBl 1907 VI 589, S. 870).

1392 Vgl. Bericht Regierungsrat 1910 II: «Bei unsern Beratungen entstund die Frage, ob in Bezug auf die Wasserrechte und die Benützung des Wassers überhaupt, soweit letztere nicht in den Art. 704–712 Z.G.B. geordnet ist, auf die einschlägigen, in Kraft verbleibenden Gesetze verwiesen werden soll, bis die in Art. 56, Schlußtitel, Z.G.B. vorgesehene bundesrechtliche Ordnung erfolgt, […]. Die vorgesehene bundesgesetzliche Ordnung wird voraussichtlich noch lange auf sich warten lassen und auf jeden Fall nach dem Wortlaut des revidierten Art. 21bis der Bundesverfassung für die kantonale Gesetzgebung wesentliche Aenderungen nicht zur Folge haben» (S. 21–22).

1393 E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf: «Als nahezu ebenso vollständig erweist sich das Privatrecht von Graubünden, sowie auch, mit veränderter Ausdrucksweise, dasjenige von Glarus» (S. 489, Rz. 1295).

1394 LIVER, Prozess des Müllers Arnold: «Verschiedene andere Kantone, namentlich Schwyz, Zug, Luzern, Obwalden, beide Appenzell, Freiburg, Solothurn und besonders eingehend und betont Glarus haben diese Bestimmungen durch Aufnahme in ihre Wasserrechtsgesetze oder in die Einführungsgesetze zum ZGB beibehalten» (S. 110–111).

4.1 Der Gesetzgebungsprozess

Der Erlass des *Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911* (EG ZGB GL) verlangte nicht nach einem materiellen, doch aber nach einem formellen gesetzgeberischen Entscheid: Wie und vor allem wo sollte das an und für sich unveränderte Nutzungsrecht der Ufereigentümer nun geregelt werden? 518

a. Die Berichte

Wie der Regierungsrat in seinem Bericht vom 22. September 1910 schrieb, wurde zunächst in Betracht gezogen, dass schlicht «auf die einschlägigen, in Kraft verbleibenden Gesetze verwiesen werden soll».[1395] Davon liess man ab, weil es seltsam gewesen wäre, das *Bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Glarus* allein wegen der wasserrechtlichen Bestimmungen in den §§ 54–66 in Kraft zu belassen.[1396] Auch erkannte man dies als eine einmalige Gelegenheit, im Einführungsgesetz zum ZGB die auf verschiedene Gesetze verteilte Glarner Wasserrechtsordnung zu vereinheitlichen sowie «nach Sprache und logischem Aufbau besser und einheitlicher zu ordnen».[1397] Darüber hinaus bekannte der Regierungsrat offen: 519

> «M a t e r i e l l e Aenderungen sind von uns nur wenige vorgenommen worden.»[1398]

Eine der wenigen Änderung war bemerkenswerterweise die Streichung des Begriffes der «öffentlichen Gewässer»: 520

> «Die in § 2 des 1890er Flußpolizeigesetzes enthaltene Bezeichnung ‹öffentliche Gewässer› haben wir gestrichen, da sie nach Erlaß des 1892er Gesetzes über die Benutzung der Gewässer [scil. GBG GL 1892] eine praktische Bedeutung nicht mehr besitzt.»[1399]

[1395] Bericht Regierungsrat 1910 II, S. 21.

[1396] Vgl. Bericht Regierungsrat 1910 II: «Die Bestimmungen der §§ 54–66 des kantonalen bürgerlichen Gesetzbuches über Wasserrechte und Wuhrpflicht müßten offenbar als kantonales Zivilrecht noch beibehalten werden» (S. 21); vgl. auch Landsgemeindememorial 1911, § 4, S. 15.

[1397] Bericht Regierungsrat 1910 II, S. 22; vgl. auch Landsgemeindememorial 1911, § 4, S. 16. Es handelte sich dabei um die folgenden Gesetze: «a) 1890er Runsengesetz, Landsbuch II, Seite 373–375; b) 1890er Gesetz über die öffentlichen Gewässer, Landsbuch II, Seite 381 [zit. hinten in Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890]; c) Verordnung über Wegnahme von Sand am Wallensee [sic], Landsbuch II, Seite 381; d) GBG GL 1892, Landsbuch III 1892, Seite 390–393 [zit. hinten in Appendix VII: Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892]; e) Gesetz über Wasserabtretung für Brunnen vom 10. Mai 1896, Landsbuch IV, Seite 154–157» (S. 21–22).

[1398] Bericht Regierungsrat 1910 II, S. 22.

[1399] Bericht Regierungsrat 1910 II, S. 22; auch in: Landsgemeindememorial 1911, § 4, S. 16.

521 Ebenso wollte der Regierungsrat zunächst die Seen als «im Eigentum» des Kantons stehend erklären,[1400] wogegen jedoch die Landratskommission Einwände anführte.[1401] Die Bestimmung wurde fallengelassen.[1402]

b. Landrat und Landsgemeinde

522 Die Artikel zum Kapitel der Wasserrechte wurden vom Landrat in seiner Sitzung vom 15. Februar 1911 beraten, wobei aber die Diskussion nicht ergriffen wurde.[1403] Ebenso wurde das gesamte EG ZGB GL mitsamt den Wasserrechtsartikeln von der Landsgemeinde vom 7. Mai 1911 stillschweigend angenommen.[1404]

1400 Vgl. Bericht Regierungsrat 1910 II: «Neu ist der Schlußsatz von § 166: ‹Die Seen sind Eigentum des Kantons›. Das geltende Recht enthält über die Seen gar keine Bestimmungen. Der Staat kann also hierüber noch frei legiferieren und er soll dies tun, da bei der veränderten Benutzungsart des Wassers unter Umständen verschiedene Seen (Obersee-Näfels, Talalpsee, Muttensee, Oberblegisee) noch in den Bereich der Wasserverwertung gezogen werden könnten» (S. 22).

1401 Landratskommissionsbericht 1911: «Im Kapitel Wasserrechte behandelte die Kommission wiederholt § 166, in welchem der Regierungsrat durch einen Schlußsatz die Seen als Eigentum des Kantons erklärte. Die Kommission suchte zuerst durch Aufzählung der in Betracht kommenden Seen eine Verdeutlichung herbeizuführen, stieß dann aber an den Umstand, daß eine ganze Anzahl kleiner Seen ringsum vom gleichen Gemeindeeigentum umgeben sind, deshalb schwerlich aus demselben herausgerissen und bei ihrem wechselnden Wasserstande nachträglich als Eigentum des Kantons erklärt werden können. Bisher wurden die Seen im bürgerlichen Gesetzbuch gar nicht erwähnt, und im Gesetz über die öffentlichen Gewässer finden wir bloß den Satz, daß der Wallensee [sic] und der Klöntalersee als öffentliche Gewässer zu betrachten sind. Die andern Seen waren demgemäß bisher nicht einmal öffentliche Gewässer. Was nun die beiden genannten Seen anbetrifft, so kann man es bei einem Zusatze zu § 166, welcher den Wallensee [sic] und den Klöntalersee als öffentliche Gewässer erklärt, bewandt sein lassen, sofern man nicht mit der Kommission vorzieht, darin gar nicht zu sagen, weil die Rechtsverhältnisse am Wallensee [sic] durch interkantonale Abkommen geregelt sind und der Klöntalersee durch das Löntschwerk eine ganz besondere Behandlung erfahren hat, welchen Rechtsverhältnissen gegenüber das bloß theoretische Eigentums- oder Aufsichtsrecht sehr wenig mehr zu bedeuten hat» (S. 14).

1402 Vgl. Landsgemeindememorial 1911: «Da über die Seen positive Gesetzesbestimmungen bisher fehlen, wollte ein erster Entwurf die Seen als Gemeingut erklären. Die nähere Ueberlegung führte wieder zur Streichung dieser Definition, in der Meinung, solche der Grundbuchordnung zu überlassen» (§ 4, S. 16).

1403 Vgl. Landratsprotokoll 1911, Sitzung vom 15. Februar 1911, § 233, S. 248.

1404 Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932: «Sowohl der Entwurf des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus als auch die beantragte Abänderung des Besoldungsgesetzes erhalten die stillschweigende Sanktion der Landsgemeinde» (Landsgemeinde vom 7. Mai 1911, § 4, S. 49).

4.2 Die wasserrechtlichen Gesetzesbestimmungen

Die verschiedenen Ebenen der Glarner Wasserrechtsordnung wurden beibehalten. Zunächst handelt es sich dabei um die in § 166 festgehaltene polizeiliche «Oberaufsicht» des Kantons über die Gewässer, wobei explizit auf den Ausdruck «öffentlichen Gewässer» verzichtet wurde.[1405] 523

Beibehalten wurde in § 168 die bereits im § 1 GBG GL 1892 formulierte Zusicherung der «wohlerworbenen Wasserrechte».[1406] 524

In § 170 EG ZGB GL wurde das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer im unveränderten Wortlaut des ehemaligen § 55 BGB GL verankert.[1407] Die nachbarrechtlichen Regelungen finden sich in den §§ 171–172 und der zivilrechtliche Rechtsschutz in § 173. 525

In den §§ 175–176 wird sodann die «staatliche Bewilligung» geregelt, welche sich unverändert eine «möglichst wirtschaftliche Benutzung der vorhandenen Wasserkraft» bezwecken soll, wobei das Wasserwerk auch «in gesundheits- und feuerpolizeilicher Hinsicht den öffentlichen Interessen» entsprechen muss.[1408] Auch hierbei handelte es sich um den unveränderten Wortlaut der Bestimmungen des GBG GL 1892. 526

1405 Vgl. § 166 EG ZGB GL: «Die Oberaufsicht über die Gewässer steht, vorbehältlich der Bestimmungen des Bundes, dem Kanton zu» (zit. hinten in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911).

1406 Vgl. § 168 EG ZGB GL: «Die auf Grund der bestehenden Gesetze wohlerworbenen Wasserrechte bleiben auch in Zukunft gewährleistet» (zit. hinten in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911).

1407 Vgl. § 170 EG ZGB GL: «[Abs. 1] Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigentümer bespülen, ist jeder Ufereigentümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benutzen, soferne nicht wohlerworbene Rechte eine andere Verteilung begründen. [Abs. 2] So lange und soweit indessen ein Eigentümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers nicht benutzt, ist er nicht befugt, den jenseitigen Ufereigentümer an der Benutzung derselben zu hindern, wohl aber mag er von letzterem behufs Sicherung seiner eventuellen Rechte einen Revers verlangen» (zit. hinten in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911); vgl. auch TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «§ 170 des Einführungsgesetzes entspricht genau dem § 55 des früheren Bürgerlichen Gesetzbuches, wonach also die Uferanstößer Eigentümer der Wasserkraft bleiben» (S. 5).

1408 Vgl. §§ 175–176 EG ZGB GL (zit. hinten in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911).

4.3 Die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 664 ZGB

527 Weder das ältere kantonale Privatrecht noch das BGB GL 1869 enthielt eine Bestimmung zum herrenlosen Land; selbst als Art. 644 ZGB dies zu einer Aufgabe der Kantone erklärte, wurde im EG ZGB GL des Jahres 1911 keine Ausführungsbestimmung aufgenommen.[1409] Der vom Regierungsrat vorgebrachte Antrag, zumindest die Seen als öffentlich zu erklären, wurde vom Landrat mit Blick auf die Nutzungsrechte der Ufereigentümer verworfen:[1410]

> «Man wollte lediglich die Seen als Gemeingut erklären, ließ aber diese Neuerung wieder fallen, im Hinblick auf die Entwicklung der Anstößerrechte auf die Gewässer, in der Meinung, es solle darüber bei der Grundbuchbereinigung das Nötige zu ordnen versucht werden. Dies bietet auch mit Bezug auf die Gewässer im kulturfähigen Lande keine Schwierigkeiten, weil hier wohl überall der Nachweis des Privateigentums erbracht werden kann. Für Quellen, Bäche und Flüsse ist die Anstößerschaft maßgebend, ebenso für die Seen.»[1411]

528 Mit Bezug auf Gewässer hatte also der Kanton Glarus keinerlei Notwendigkeit, Eigentumsverhältnisse zu definieren – es handelte sich durchwegs um Privatgewässer mit zwei gewichtigen Ausnahmen, welche in Spezialgesetzen geregelt waren (Löntsch- und Linthwerk). Blieb das herrenlose Land. Allem Anschein nach hatte man bis dato jene «unwirtlichen Gegenden, die früher mehr gefürchtet als geschätzt waren» als irrelevant erachtet, erschien doch «bis in die neueste Zeit die Frage nebensächlich und ungelöst, wem eigentlich das Eigentum an diesen der Kulturfähigkeit entrückten Gebieten zustehe».[1412] Erst die

---

[1409] Vgl. Bericht Regierungsrat 1917: «Das ist bisher nicht geschehen, weil das kantonale Einführungsgesetz zum Z.G.B. nur die bis 1912 gültig gewesenen Bestimmungen über die Wasserrechte (§§ 166 bis 188) aufnahm» (S. 4); immerhin stand der Kanton Glarus hiermit nicht alleine dar: «Von den andern Kantonen haben nur die zwei größten – Bern und Graubünden – kantonale Ausführungsbestimmungen zu Art. 664 Z.G.B. erlassen» (S. 5). Vgl. auch Landsgemeindememorial 1917: «Ueber das herrenlose Land enthielt die kantonale Gesetzgebung keine Bestimmungen. […] Beim Erlaß des kantonalen Einführungsgesetzes zum Z.G.B. ist von diesem Rechte noch kein Gebrauch gemacht worden» (§ 7, S. 23), auch: «Ueber das Eigentum an den ertraglosen Schutthalden, Felsen und Firnen mangeln nähere Angaben. […] Daran dachte man nicht und es ist auch jener in alten Lagenbriefen oft gebrauchten Wendung: ‹und von da hinauf bis in alle Höhe› eine solche Rechtswirkung nicht ohne weiteres beizumessen […]» (S. 24).

[1410] Vgl. vorne Fn. 1400–1402.

[1411] Landsgemeindememorial 1917, § 7, S. 23. Eine Ausnahme stellt das «Eigentum am Sandboden des Wallensee[s]» dar, welcher durch ein Abkommen mit dem unter Bundeshoheit stehenden Linthwerkes von 1829 geregelt ist, vgl. dazu ausführlich HAUSER, Linthkorrektion.

[1412] Landsgemeindememorial 1917, § 7, S. 23. Diese Einschätzung findet sich durchaus auch in der Glarner Literatur des 19. Jahrhunderts, so etwa bei HEER/BLUMER-HEER, worin die Alp Limmern als «wilde, rauhe Alp im Hintergrunde des Linththals» bezeichnet wird; sie sei «so rauh, daß sie nur etwa 8–10 Milchkühe, eben so viele Rinder und eine Heerde von 700 Schafen zu ernähren vermag» (Der Kanton Glarus, S. 627). Der Limmernboden sei «gänzlich verwildert», «Runsen und Lauinen haben den Boden zerrissen und mit Steinen und Schutt überführt, und niemand nahm sich der armen Weiden an und befreite sie wieder von diesen ungebetenen Gäs-

«fortschreitende Technik, die auf eine möglichst zweckmäßige Ausnützung der Wasserkräfte bis in die Firnengebiete hinauf abzielt, drängt zur Abklärung der Eigentumsverhältnisse».[1413] Es war aber nicht die abstrakte technische Möglichkeit, sondern die sehr konkrete technische Umsetzung der im Jahre 1917 anstehenden Konzession des Limmernbaches (s. hinten Rz. 658 ff.), welche den gesetzgeberischen Anstoss gab, im Rahmen von Art. 664 ZGB die kantonalen Ausführungsbestimmungen zu erlassen.[1414]

a. Die Berichte

Unter dem Eingeständnis, dass «unser Gewohnheitsrecht vielleicht eher für […] Zuweisung der herrenlosen Sachen an die Gemeinde oder den Tagwen sprechen» würde, machte der Regierungsrat in seinem Bericht vom 5. Februar 1917 den Vorschlag, das Eigentums- und Verfügungsrecht herrenloser Sachen dem Kanton zuzuschreiben.[1415] Der Regierungsrat begründete dies mit dem thematischen Bezug zur Ausnutzung der Wasserkräfte, wobei «die Interessen der großen Allgemeinheit diejenigen der einzelnen Gemeinden unstreitig überwiegen».[1416] Ebenso gestalte sich damit die Regelung der Konzessionsverhältnisse einfacher.[1417] Da es sich überdies um herrenloses Gebiet handle, würden ohnehin keine bestehenden Interessen berührt werden.[1418] Dies alles sollte in einem neuen § 121 bis EG ZGB GL geregelt werden.[1419] 529

ten, welche die nahe liegenden Gebirgsgräte ihnen zusandten» (S. 628). Vgl. dazu auch BGE 89 II 287 (*St. Gallisch-Appenzellische KW AG c. Gde. Linthal*), S. 303, E. 6.

1413 Landsgemeindememorial 1917, § 7, S. 23; Bericht Regierungsrat 1917: «Eine solche gesetzgeberische Regelung hat sich erst aus der Entwicklung der Technik ergeben, die die Firngebiete durch Stollenbauten direkt erschließt, mit einander verbindet, schon in den der Kultur entrückten Höhengebieten in Sammelbecken zusammenführt und von hier aus einheitlich ausnützt» (S. 5).

1414 Vgl. Bericht Regierungsrat 1917: «Soweit mithin das Privateigentum nicht gesetzlich oder urkundlich ausgewiesen ist, kann der Staat darüber noch in den Schranken des Bundes-Zivilrechtes legiferieren, indem er durch Landsgemeindebeschluß entweder das Eigentum für sich in Anspruch nimmt oder es den nächstgelegenen Gemeinwesen zuspricht» (S. 4).

1415 Bericht Regierungsrat 1917, S. 6.

1416 Bericht Regierungsrat 1917, S. 6; es handelt sich um dasselbe Argument, welches vom Regierungsrat bereits im Jahre 1914 (s. hinten Fn. 1731) und noch einmal im Jahre 1918 (s. hinten Fn. 1775, 1776 und 1786) gegenüber den Gemeinden vorgebracht wurde.

1417 Vgl. Bericht Regierungsrat 1917: «Durch die Zuweisung solcher Gebiete an den Kanton vereinfacht sich auch ganz erheblich die Regelung der Konzessionsverhältnisse innerhalb dieser Gebiete» (S. 6).

1418 Vgl. Bericht Regierungsrat 1917: «Da ausschließlich herrenloses Gebiet in Frage kommt, werden durch die Inanspruchnahme des Eigentumsrechtes für den Kanton auch keinerlei Interessen von Tagwen, Gemeinden oder Privaten gefährdet oder verletzt. Innerhalb des k u l t u r f ä h i g e n Landes bleiben die Eigentumsrechte unverändert wie bisher fortbestehen» (S. 6).

1419 Vgl. den Gesetzesentwurf in Bericht Regierungsrat 1917: ««Das Eigentum an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen, Schutthalden, Firnen und Gletschern und den daraus entsprin-

530 Die Landratskommission stellte sich in ihrem Bericht vom 13. Februar 1917 gegen die Auffassungen des Regierungsrates und empfahl den Gesetzestext als undurchdacht abzulehnen.[1420] Dabei stiess sie sich insbesondere daran, dass man die Gesetzgebungskompetenz von Art. 664 ZGB zugunsten des Kantons ausüben wollte.[1421] Die Glarnerische Rechtstradition sei eine andere:

> «In unserm Lande darf man sich füglich fragen, ob wir wirklich herrenlose Gebiete haben. Sodann, wenn ja, wer nach der bisherigen landrechtlichen Anschauung der Nächste am Eigentum war oder ist. Wer mit Land und Leuten verkehrte, weiß ganz gut, daß niemand je daran dachte, die Wüsteneien ob den letzten Wildheublanken oder Schafweiden dem Staate zuzuweisen. Man hielt es als selbstverständlich, daß es Gemeindeeigentum sei, wie denn auch wiederholt die Gemeinden begrüßt wurden, wenn in jenen Höhen etwas geschehen sollte. Es liege kein Grund vor, den Gemeinden ein wirkliches oder scheinbares Recht wegzunehmen, zumal sogleich darüber Streit entstehen müßte, ob die Gemeinden nicht bessere Rechte nachweisen könnten.»[1422]

531 Es sei nicht nur naheliegender, sondern auch praktischer, den Gemeinden das Eigentum daran zuzuweisen, da somit auch schwierige Abgrenzungsfragen vermieden würden.[1423] Letztlich aber empfand eine Mehrheit der Landratskommission die Vorlage als ungerecht:

> «Es ist unbillig, mit einem Federstrich dem Staate Eigentum zuzuweisen, das im Gebiete e i n i g e r w e n i g e r Hochgebirgsgemeinden liegt, während die b e s s e r, günstiger gelegenen Gemeinden, die bis auf die Bergkämme ihre Alpen und Blanken haben, nichts herzugeben haben. Der Staat soll den Gemeinden den bescheidenen Nutzen, welchen sie bei der Erstellung von Wasserwerken aus jenen Einöden ziehen, wohl gönnen, da die meisten es mindestens so nötig haben, wie der Kanton. Solange in jenen Gebieten nichts zu holen war, kümmerte sich das Land gar nicht darum. Sein nachträgliches Besitzergreifen würde als Unrecht empfunden und bald einer Gegenbewegung rufen.»[1424]

---

genden Quellen steht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises im Sinne von Art. 664 Z.G.B., dem Kanton Glarus zu» (S. 11).

1420 Vgl. Bericht Landratskommission 1917: «Beim Vorschlage für § 121 bis fürchtet sie [scil. die Landratskommission], daß wir mit seiner Annahme zu einem Gelegenheitsgesetze gelangen, das heute paßt, in künftigen Fällen aber wieder nicht, und dann neuerdings geändert werden müsste. Die Mehrheit der Kommission gelangte zum Schlusse, es sei § 121 bis abzulehnen» (S. 4).

1421 Vgl. Bericht Landratskommission 1917: «Damit ist aber keineswegs das Eigentum des Staates festgelegt. Der kantonale Gesetzgeber kann solches Eigentum auch den Gemeinden zuweisen» (S. 4).

1422 Bericht Landratskommission 1917, S. 4–5.

1423 Vgl. Bericht Landratskommission 1917: «Der vorgeschlagene Artikel macht sogleich eine Begrenzung des Eigentums an der obern Grenze des kulturfähigen Landes nötig und ruft damit unendlichen Auseinandersetzungen. Diese fallen bei der Zuweisung an die Gemeinden meistens weg, da sehr häufig die Gemeinden selbst Besitzer der obersten Wälder, Alpen und Wildheugebiete sind, und da sich ihr Eigentum ganz natürlich auf die höchsten Höhen fortsetzen kann. Während an vielen Stellen die Gemeinen den Rechtsnachweise gegenüber dem Staate erbringen können, ist dies Privaten oder Korporationen gegenüber der Gemeinde kaum möglich» (S. 5).

1424 Bericht Landratskommission 1917, S. 5.

Obwohl also eine Mehrheit der Landratskommission das Eigentum am herrenlosen Land den Gemeinden überlassen wollte, fand sie schliesslich «keine Notwendigkeit, der augenblicklichen Umstände wegen einen Zustand rechtlich zu ordnen, welcher jahrhundertelang ohne Störung und ohne Prozesse fortbestand und ohne Gefahr weiter fortbestehen kann».[1425] Entsprechend lehnte sie die Aufnahme des § 121 bis EG ZGB GL ab.[1426] 532

b. Landrat und Landsgemeinde

Der Landrat behandelte die Vorlage in seiner Sitzung vom 7. März 1917.[1427] Dieser sprach sich klar für die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung aus, welche ebenso klar die Eigentumsverhältnisse nicht dem Kanton zusprechen sollte. Eine Debatte entstand darüber, ob man das Eigentum «den Gemeinden», «den Tagwen bezw. den Ortsgemeinden» oder sogar nur «den Tagwen» zuweisen sollte.[1428] In der Hauptabstimmung entschied man sich für die Formulierung «den Tagwen bezw. den Ortsgemeinden», womit man den besonderen Verhältnissen der Gemeinde Linthal Rechnung tragen wollte.[1429] Damit lautete die Bestimmung: 533

> «§ 121bis EG ZGB GL (Herrenlose und öffentliche Sachen, Art. 664 ZGB.)
>
> Das Eigentum an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen, Schutthalden, Firnen und Gletschern und den daraus entspringenden Quellen steht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises im Sinne von Art. 664 ZGB. den Tagwen bezw. den Ortsgemeinden zu.»[1430]

An der Landsgemeinde vom 6. Mai 1917 wurde der Entwurf des Landrates unverändert angenommen.[1431] Wie JAKOB WINTELER andeutet, zur Erbitterung von Landammann EDUARD BLUMER: 534

> «Landammann Blumer hätte dieses herrenlose Land lieber im Besitz des Kantons gesehen; allein die geschichtliche Entwicklung sprach gegen eine solche Lösung.»[1432]

1425 Bericht Landratskommission 1917, S. 5.

1426 Vgl. Bericht Landratskommission 1917, S. 5.

1427 Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 168–170.

1428 Vgl. Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 169.

1429 Der Grund hierfür war, dass einzig in Linthal die Ortsgemeinde an die Stelle des Tagwens tritt (vgl. Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 169).

1430 Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 170.

1431 Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 6. Mai 1917: «Ein vom Ringe aus gestellter Antrag, ausschliesslich die Ortsgemeinden als Eigentümer der herrenlosen Sachen zu erklären, wird nach erteilter Aufklärung von Seite des Standspräsidiums zurückgezogen & hierauf der Entwurf des Landrates unverändert angenommen» (§ 7, S. 134).

1432 WINTELER, Geschichte des Landes Glarus II, S. 608.

5. Zwischenbetrachtung

535 Der durch das Inkrafttreten des ZGB notwendig gewordene Erlass eines EG ZGB GL bot die gesetzgeberische Gelegenheit, die Glarner Wasserrechtsordnung in formeller Hinsicht einheitlich zu regeln. Solche Gelegenheiten werden vom Gesetzgeber nicht selten auch zum Anlass genommen, materielle Änderungen anzubringen. Dies war 1911 aber nicht der Fall, im Gegenteil: Es lässt sich die wortgetreue Überführung der verschiedenen Gesetze als ein starkes Bekenntnis zur historisch gewachsenen Glarner Wasserrechtsordnung deuten.

536 In diese Deutung fügt sich eine der wenigen materiellen Änderungen: Die Streichung des Rechtsbegriffes «öffentliche Gewässer». Es wurde bereits dargestellt, wie fremd und nutzlos sich dieser Begriff in der Glarner Wasserrechtsordnung ausnahm, selbst nachdem ihre Legaldefinition ausgeweitet worden war (s. vorne Rz. 352 ff.): Für die Wahrnehmung der polizeilichen Oberaufsicht war er nicht nötig, ja irreführend, da er diese vermeintlich auf die öffentlichen Gewässer beschränkte, wo sie doch zweifellos für alle Gewässer gelten musste. Gleichzeitig hatte der Rechtsbegriff auch für die Nutzung der Gewässer keine Rechtsfolge, da das GBG GL 1892 die staatliche Bewilligung nicht nur für die öffentlichen, sondern für alle Gewässer vorsah.[1433] FRIEDRICH HEFTI würdigte diese Nutzlosigkeit folgendermassen:

> «Der Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Gewässern blieb dabei ein rein theoretischer; die Praxis wußte damit nichts anzufangen und beachtete ihn wenig. Die alte genossenschaftliche Idee einerseits und die zu einer bedeutenden Stärke herausgewachsenen Privatrechte anderseits standen dieser Regelung feindlich gegenüber. Die Unterscheidung hatte etwas künstliches, worin das Volk keinen wesentlichen Fortschritt erkennen konnte. Diese Ausscheidung einzelner Gewässer aus dem großen Allmendbesitz – als öffentliche – boten der Allgemeinheit keine erhöhten Befugnisse, denn sie standen nach wie vor im gleichen Maße dem Gemeingebrauch offen; während sich die Privatinteressen durch diese Ordnung bedroht glaubten.»[1434]

537 Es war «eingedenk der besonderen historischen Entwicklung der glarnerischen Wasserrechtsverhältnisse», dass der Kanton Glarus auf die Einteilung in öffentliche Gewässer und Privatgewässer verzichtete.[1435]

[1433] Vgl. F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus: «Daher ist es leicht verständlich, daß schon das Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer aus dem Jahre 1892 dieser Unterscheidung keine Berücksichtigung mehr schenkte. Es spricht nur noch von den Gewässern, deren Benützung es regelt, ohne wesentlich Neues zu bringen […]» (S. 27); vgl. auch KRONENBERG MÜLLER, Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 294.

[1434] F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, S. 27.

[1435] F. HEFTI, Das Wasserrecht des Kantons Glarus: «Der glarnerische Gesetzgeber hat jedoch auf diese Kompetenz verzichtet. Er hat mit der Einführung des ZGB. die einst ins glarnerische Wasserrecht aufgenommene Einteilung in öffentliche und private Gewässer wieder fallen lassen, eingedenk der besonderen historischen Entwicklung der glarnerischen Wasserrechtsverhältnisse» (S. 22); vgl. auch KRONENBERG MÜLLER, Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 294.

§ 6 Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte von 1916

Das *Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916* (WRG) stellte den zweiten und endgültigen Anlauf zur bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung im Wasserrecht dar. Das WRG ist aber mehr als das: Es ist Ausdruck des Sieges des Verwaltungsrechtes auf dem Gebiet des Wasserrechtes, wie sich dies nicht nur in den Gesetzesbestimmungen zeigt (s. hinten Rz. 543 ff), sondern auch in der öffentlich-rechtlichen Umdeutung wasserrechtlicher Institute, wie etwa der Konzession (s. hinten Rz. 554 ff.). Nachfolgend wird somit nicht nur der Gesetzgebungsprozess dargestellt, sondern den das ganze Wasserrecht umfassenden, ebenso materiellen wie personellen Übergang der privatrechtlichen Wasserrechtskonzeption EUGEN HUBERS zur öffentlich-rechtlichen Wasserrechtskonzeption WALTHER BURCKHARDTS (s. hinten Rz. 541). 538

1. Historischer Hintergrund

Gemäss Art. 24 Abs. 1 BV 1874 übte der Bund die Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge aus, wobei er gemäss Art. 24 Abs. 2 BV 1874 die Korrektion und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellgebiete unterstützte (s. vorne Rz. 343). Mit der Volksabstimmung vom 11. Juni 1897 wurde der Zusatz «im Hochgebirge» gestrichen.[1436] 539

Angesichts der am 27. Juni 1906 eingereichten *Eidgenössischen Volksinitiative ‹für die Nutzung der Wasserkräfte›* beschloss das Parlament die Ordnung des Wasserrechtes nicht im ZGB, sondern in einem Spezialgesetz zu verankern (s. vorne Rz. 462), worauf der Bundesrat einen direkten Gegenentwurf verfasste.[1437] Mit der Volksabstimmung vom 25. Oktober 1908 gab dieser Gegenentwurf in Art. 24bis BV 1874 dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Nutzung der öffentlichen Gewässer: 540

> «Art. 24bis BV 1874
>
> [1] Die Nutzbarmachung der Wasserkräfte steht unter der Oberaufsicht des Bundes.
>
> [2] Die Bundesgesetzgebung stellt die zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Vorschriften auf. […]

1436 Vgl. TRÜB, Staat und die Wasserkraftanlagen, S. 114; vgl. auch FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts, S. 206, Fn. 644.

1437 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 13–17; BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874, S. 174; FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 568; LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 313.

[3] Unter diesem Vorbehalt steht die Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte den Kantonen zu.

[…]

[5] Die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte gehören den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten.

[…]

[8] In allen Wasserrechtskonzessionen, die nach Inkrafttreten dieses Artikels erteilt werden, ist die künftige Bundesgesetzgebung vorzubehalten.»[1438]

541 Bereits zuvor aber hatte der Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Entwurfes zum WRG begonnen.[1439] Der von Dr. *Emil Frey* (o.A.) im Jahre 1907 ausgearbeitete Entwurf wurde durch das Departement des Innern umgestaltet und im Jahre 1909 einer Expertenkommission vorgelegt,[1440] in welcher auch EUGEN HUBER[1441] sowie der damalige Professor für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern, WALTHER BURCKHARDT (1871–1939),[1442] Einsitz hatten. Anhand der tagebuchähnlichen Briefe, welche EUGEN HUBER seiner verstorbenen Frau *Lina Huber-Weissert* (1851–1910) schrieb, lässt sich rekonstruieren, wie der grosse Zivilrechtler und der grosse Staatsrechtler, obwohl befreundet, sich aufgrund unterschiedlicher Auffassungen über das Wasserrecht stritten; beinahe symbolischen Charakter hat indes, wie der öffentlich-rechtliche Aspekt des Wasserrechtes überhandnahm, als EUGEN HUBER, bereits altersmüde und etwas resigniert, die Arbeit dem jüngeren WALTHER BURCKHARDT überliess.[1443] So war letzterer mit der redaktionellen Bereinigung

---

1438 Art. 24bis BV 1874; zit. in BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874, S. 172; zit. auch in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 17; vgl. auch MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 252–253; kritisch PFLEGHART, Ordnung des Wasserrechts.

1439 Vgl. Botschaft WRG I, in: BBl 1907 II 634; Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 669; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 17.

1440 Vgl. Botschaft WRG II, in: BBl 19012 II 669, S. 669–671; BURCKHARDT, WRG, S. 313; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 26–27; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 19–20. Der Entwurf von *Emil Frey* war «etwas einseitig im Interesse der Wasserwerke gehalten» (GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 18).

1441 Entsprechend erklärt sich auch der Einfluss, welcher von den wasserrechtlichen Überlegungen E. HUBERS (s. vorne Rz. 463 ff.) ausging, vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Auf die einzelnen Bestimmungen einzutreten, würde hier zu weit führen, und wir müssen uns darum begnügen darauf hinzuweisen, daß sie vielfach an frühere Entwürfe anlehnen, nämlich an denjenigen zum Zivilgesetzbuch […]» (S. 19).

1442 Zur Person vgl. KÖLZ, HLS: Walther Burckhardt.

1443 Vgl. E. HUBER, Brief vom 1./2. März 1911, Nr. 50: «Ich […] benutzte den Vormittag noch […] zu einer Besprechung mit Walter B[urckhardt] betr. einer Wasserrechtsfrage» (zit. in HOFER, Briefe an die tote Frau II, S. 158); DERS., Brief vom 1. Mai 1911, Nr. 98: «Nachher habe ich Walter B[urckhardts] Wasserrechtsentwurf gelesen u. anderes nachgeholt, war beim kurzen Nachmittagssonnenschein ein Stündchen im Garten […]» (S. 292); DERS., Brief vom 3./4. Mai 1911, Nr. 100: «Ich war gestern u. heute in einer volleren Stimmung, wohl wegen des guten Besuchs der Vorlesungen. Mit diesem Gemüt ging ich in die Sitzung der Wasserrechtskommission, für die Walter B[urckhardt] einen Entwurf frisch aufgestützt hat, mit Molirion. Ich war,

gegen meine Absicht, sehr bald lebhaft dabei, u. jetzt bereue ich das, weil ich dadurch mit Walter B[urckhardt] in einigen Konflikt gekommen bin. Er war nett zu mir, u. ich persönlich suchte mich so gut zur Sache zu stellen als möglich. Aber im Resultat hat es mir doch leid getan u. ich bin nicht mehr fröhlich. […] Heute nach sechs Uhr sind wir mit der Durchberatung des Wasserrechtsges. entw. fertig geworden. Walter B[uckhardt] hat mit Ruhe über seine Auffassungen referiert, u. war sichtlich gehoben. Seine Temperamentlosigkeit hat ihn freilich seine eigenen Ideen wenig befürworten lassen. Aber es schadet ja auch nichts. Das Gesetz ist ohnedies ein Wechselbalg. […] Der heutige Tag war mit den Kommissionsberatungen u. dem Colleg ganz gefüllt, sodass ich weiter nichts erlebt habe. Auch innerlich nichts, denn die Kommissionsberatungen lassen kein inneres Leben aufkommen. Übrigens hat mich auch da wieder mein Temperament mitgerissen. Ich hatte die bestimmte Absicht, gar nicht mich in die Sache zu mischen, sondern eher zuzusehen, zu beobachten, als zu handeln, u. dann ging die Debatte an u. im Nu war ich mitten drinn, manchmals ganz gegen Walter. Nun ja, er hat sich gut dazu gestellt, u. mir hat es auch nicht geschadet, mich wieder einmal in eifriger Stimmung zu bewegen u. zu zeigen» (S. 296–297); DERS., Brief vom 14. Mai 1911, Nr. 110: «Am Vormittag, wie ich im Garten auf u. ab ging, sagte ich mir, nun werde es sich zeigen, ob Walter B[urckhardt] wirklich über mich wegen der Diskussionen in der Wasserrechtskommission bleibend erzürnt sei oder nicht, je nach dem werde er seine Sonntag-Vormittagsbesuche fortsetzen oder einstellen. Wie es zehn Uhr wurde, begann ich das Schlimme zu befürchten, aber – im Augenblick war er da, u. recht zutraulich u. lieb, wie immer» (S. 322–323); DERS., Brief vom 29. Juni, Nr. 155: «Eigentlich hätte ich heute in eine Sitzung der Wasserrechtskommission gehen sollen, deren Besuch ich abgesagt hatte zu einer Zeit, da ich noch glaubte, an diesem Tag zu Augusts Geburtstag nach Zürich zu fahren. Ich blieb dann doch stillschweigend bei der Absage, aus zwei Gründen. Einmal war es mir sehr lieb, an dem Buche weiter arbeiten zu können, u. sodann war ich bei den letzten betreffenden Beratungen zu Walter B[urckhardt] in einen Gegensatz getreten, der mir für ihn u. mich leid getan. Das wollte ich nicht noch einmal riskieren, hatte dann auch seine neuen Redaktionen mir gar nicht einmal mehr angesehen. Der Entwurf wird ohnedies in der Bundesversammlung noch schwere Umwandlungen durchmachen müssen. Das werden diejenigen, die dazu berufen sind, dann auszufechten haben. Ich bin dann nicht mehr Mitglied des Nationalrates» (S. 451); DERS., Brief vom 30. Juni 1911, Nr. 156: «Walter B[urckhardt] erzählte mir heute von der Wasserrechtskommission, die ich gestern geschwänzt. Auch er war sichtlich froh, dass ich nicht dabei war. Natürlich!» (S. 455); DERS., Brief vom 4./5. Januar 1912, Nr. 4: «Nach dem Nachtessen kam Walter Burckhardt ein Stündchen, um mich zu erinnern, dass morgen Kommissionssitzung i[n] S[achen] Wasserrecht stattfinde. Ich hatt es fast vergessen» (zit. in HOFER, Briefe an die tote Frau III, S. 27–28); DERS., Brief vom 6. Januar 1912: «Über Nacht entschloss ich mich, die heutige Sitzung der Wasserrechtskommission nicht mit zu machen und sandte Will meine Entschuldigung. Es war gut, dass ich es tat […]» (S. 29); DERS., Brief vom 12./13. September 1912, Nr. 189: «Nach dem Essen war Walter B[urckhardt] bei mir, um mit mir eine Wasserrechtsfrage zu bebesprechen [sic]» (S.583); DERS., Brief vom 18./19. Oktober 1912, Nr. 212: «Heute Abend kam Walter Burckhardt noch einen Sprung zu mir, aus den Wasserrechts-Kommissionverhandlungen, die er mitgemacht. Und er war sehr freundlich u. meinte, er verstehe erst jetzt, was ich zu tragen gehabt habe während der langen Jahre. Ja das weiss einer halt nicht, wenn er es nicht erfahren hat. Und ich weiss wohl, wie wenig Dank ich dafür ernte, u. wie das alles verkannt wird. Aber seis drum. Du hast es mir immer gesagt: Aushalten, u. ich sagte, die Pflicht tun, u. wir beide sagten: es ist gleichgültig, was die Welt dazu sagt!» (S. 658).

des Entwurfes betraut. Er wies bei dieser Gelegenheit auf die gespaltene Natur des Gesetzes hin, sowohl mit Bezug auf das zu regelnde Rechtsgebiet wie auch mit Bezug auf die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen:[1444]

> «Der Bund hat daher das Wasserrecht nicht allseitig zu ordnen: die Wasserpolizei, die Regelung der Rechte an den Gewässern und ihre Benutzung in anderer Weise als zur Erzeugung von nutzbarer Kraft sind den Kantonen verblieben. Die Gewässer sind nur in einer Beziehung der eidgenössischen Regelung unterstellt, nämlich in Bezug auf die Nutbarmachung der Wasserkräfte. Dem Bunde ist die Aufgabe übertragen worden, die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu fördern, anderseits aber bei der Ausbeutung dieser Werke die öffentlichen Interessen, zu denen auch die Schifffahrt gehört, zu wahren. Diesem von der Bundesversammlung umschriebenen Zweck dient das Oberaufsichtsrecht des Bundes. Das Recht, über die nutzbaren Gewässer zu verfügen (das Wasserregal) und der wirtschaftliche Vorteil aus dieser Verfügung, sollen den Kantonen verbleiben und auch die rechtliche Ordnung der Ausnutzung der Gewässer soll nicht in allen Einzelheiten eidgenössisch werden.»[1445]

542 Der Entwurf von WALTHER BURCKHARDT wurde von der Redaktionskommission im Mai und Juni 1911 behandelt und dem Departement des Inneren vorgelegt.[1446] Am 19. April 1912 legte der Bundesrat seine Botschaft zum Gesetz vor.[1447] Nachdem der Gesetzesentwurf von beiden Räten beraten und zuletzt noch bereinigt wurde, stimmte ihm die Bundesversammlung am 22. Dezember 1916 zu.[1448] Das Gesetz trat am 1. Januar 1918 in Kraft.[1449]

2. Die Wasserrechtsordnung des WRG

543 Es kann im Rahmen dieser Arbeit keine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Inhalt des WRG gegeben werden. Es rechtfertigt sich aber immerhin eine Auseinandersetzung mit den Grundzügen desselben, welche die Einmündung ehemals privatrechtlicher Institute im öffentlichen Recht veranschaulichen. Für eine vertieftere Auseinandersetzung mit den hier

---

1444 Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 8.

1445 Zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 18; vgl. BURCKHARDT, WRG: «So ist es nicht verwunderlich, wenn das Ausführungsgesetz nicht in jeder Hinsicht befriedigt; der Gesetzgeber war zu sehr beengt durch Schranken, die ängstlich errichtet worden waren, bevor man die zu regelnden Fragen überblickte» (S. 313). Dasselbe Eingeständnis findet sich auch in der Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 669, S. 672–673.

1446 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 19.

1447 Vgl. Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 669, vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 19; MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 254.

1448 Sten Bull SR 1916 IV 213; Sten Bull NR 1916 IV 346; BBl 1916 IV 599; vgl. KRONENBERG MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 285.

1449 Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 569; KRONENBERG MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 285.

nicht dargestellten wasserrechtlichen Rechtsinstituten wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.[1450]

2.1 Die Oberaufsicht des Bundes

Art. 24bis BV 1874 hielt fest, dass die Nutzbarmachung der Wasserkräfte «unter der Oberaufsicht des Bundes» stand. Da der Bund bereits schon aufgrund Art. 24 BV 1874 «das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei» hatte, war einerseits klar, dass es sich bei der neuen Bestimmung nicht um wasserbaupolizeiliche Fragen handelte;[1451] darüber hinaus war zumindest fraglich, worin sich diese beiden Bestimmungen überschnitten oder was unter diesem neuen «Oberaufsichtsrecht» gemeint sein könnte.[1452] Nach herrschender Lehre handelte es sich hierbei um eine beschränkte bundesrechtliche Gesetzgebungskompetenz[1453] sowie um eine Oberaufsicht über den Vollzug des Bundes- 544

[1450] Vgl. grundsätzlich GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar. Für den Rückkauf vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 131; TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtekonzession, S. 8–9; WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 35–68; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzession, S. 36–50; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 35–40; für den Verzicht WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 129, GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 40–44; für die Verwirkung WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 130; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 44–47; für den Ablauf der Dauer GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 48–49; für die Erneuerung GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 50–53, für die Enteignung vgl. insb. TRÜMPY, Expropriation nach eidgenössischem Wasserrecht; TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 9; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 132–134.

[1451] Vgl. BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874: «Das gesetzgeberische Gebiet, welches mit diesen Worten umschrieben ist, umfasst nicht das gesamte Wasserrecht, sondern nur einen Ausschnitt daraus. Es umfasst nicht die Wasserbaupolizei, d.h. die Fürsorge gegen die schädlichen Wirkungen des Gewässers, wovon im vorhergehenden Artikel die Rede ist; es umfasst auch nicht alle Arten, aus dem Gewässer Nutzen zu ziehen […]» (S. 176).

[1452] Vgl. DUBACH, welcher von einer «eher peinliche[n] Unklarheit» spricht (Wohlerworbene Rechte, S. 70–71).

[1453] Vgl. BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874: «Die privatr[echtlichen] Verfügungsrechte kann er wohl durch seine Ordnung des Wasserrechtes zugunsten des Staates zurücktreten lassen, aber, abgesehen von der Expropriation, nicht zugunsten des Bundes, sondern der Kt. Der Bund soll nur die Normen aufstellen, nach denen die Gewässer nutzbar gemacht werden dürfen, und darüber wachen, dass diese Normen befolgt werden; darin allein besteht sein *Oberaufsichtsrecht.* […] Die Beschränkung seiner Kompetenz liegt darin, dass der Bund nur ‹allgemeine› Vorschriften aufstellen, die besondere Regelung und die Ausführung den Kt. Überlassen soll» (S. 178); BURCKHARDT, WRG, S. 312–313; FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 569. AUGUSTIN bezeichnet es als eine «beschränkte bundesrechtliche Gesetzgebungskompetenz» (Ende der Wasserrechtskonzession, S. 4); vgl. auch AUBERT, Traité I, S. 267, N. 700; DUBACH spricht von einer «beschränkte[n] Bundeskompetenz, im Sinne einer Konzentration auf die wichtigsten Grundsätze» (Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, S. 68); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 26.

gesetzes durch die Kantone.[1454] Der Bund hatte sicherzustellen, dass die Wasserkräfte möglichst wirtschaftlich ausgenutzt wurden.[1455] Entsprechend stellt Art. 1 Abs. 1 WRG noch vor jeglicher materiellen Bestimmung diese Oberaufsicht fest:[1456]

> «Art. 1 Abs. 1 WRG (Oberaufsicht des Bundes)
>
> [1] Der Bund übt die Oberaufsicht aus über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte der öffentlichen und der privaten Gewässer.»[1457]

545 Obwohl sich dies bereits von selbst ergibt, ist es doch konsequent, dass der Bundesgesetzgeber die Oberaufsicht *expressis verbis* über die öffentlichen Gewässer und Privatgewässer ausdehnt.[1458]

2.2 Die Öffentlichkeit der Gewässer

546 Angesichts der kantonalen Vielfalt im Wasserrecht verzichtete der Bundesgesetzgeber darauf, eine Legaldefinition der öffentlichen Gewässer zu geben.[1459] Wie bereits im Wasserrechtsentwurf von EUGEN HUBER (s. vorne Rz. 468), übernahm auch das WRG jene gemeinrechtliche «Vermutung zugunsten der Öffentlichkeit eines Gewässers»,[1460] wie sie schon JOHANN JAKOB LEU, HANS CONRAD ESCHER und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI ver-

---

1454 Vgl. DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 71; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 32–33; kritisch PFLEGHART, Wasserrechtsartikel, S. 109.

1455 Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 568–569; PFLEGHART, Wasserrechtsartikel, S. 110; MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 23–24; MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 255, 260–261.

1456 BURCKHARDT, BV-Kommentar 1874: «Aus der Entstehungsgeschichte wie aus dem Wortlaut der V[erfassungs]-Bestimmung ergibt sich klar, dass der Bund zuständig sein soll, die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu normieren, aber nicht selbst die Wasserkräfte nutzbar zu machen; das nutzbare Recht, über die Triebkraft der Gewässer zu verfügen, soll bei den Kt. bleiben, sofern es nicht Privatrecht ist. Die Kt. sollen also in der Regel darüber entscheiden, ob und wie ein Gewässer nutzbar zu machen ist; sie begründen das Benutzungsrecht und beziehen den Nutzen daraus» (S. 177).

1457 Art. 1 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 92.

1458 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 93.

1459 Vgl. TRÜMPY, Expropriationsrecht nach eidgenössischem Wasserrecht: «Es dürfte angesichts der äusserst verwickelten Verhältnisse in den einzelnen Kantonen sehr schwer sein, eine eindeutige Begriffsbestimmung zu finden. Ein Gewässer kann z. B. mit Bezug auf die Fischerei, Schifffahrt, Flösserei, Wasserbaupolizei unter öffentlichem Recht stehen, mit Bezug auf die Nutzbarmachung dagegen unter privatem Recht oder umgekehrt» (S. 155). Teile der Wissenschaft hatten dies gefordert, so etwa PFLEGHART, Wasserrechtsartikel, S. 112.

1460 MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 17; MUTZNER, Zeitlicher Geltungsbereich, S. 116; WYER, Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, S. 25; vgl. vorne Fn. 1267.

treten hatten und wie sie in verschiedenen kantonalen Gesetzen ihren Niederschlag gefunden hatte (s. vorne Rz. 92, 99 und 110).[1461]

> «Art. 1 WRG (Oberaufsicht des Bundes)
>
> [1] […]
>
> [2] Als öffentliche Gewässer im Sinne dieses Gesetzes gelten die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist und die Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, aber von den Kantonen in Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden.»[1462]

Damit knüpfte das WRG aber nicht nur an eine bewährte Rechtsregel,[1463] es öffnete auch den Kreis öffentlicher Gewässer in grösstmöglichem Masse.[1464] Weiter konnte das WRG jedoch nicht gehen und überliess den Kantonen ihre unterschiedlichen Definitionen davon, welche Gewässer öffentlich und welche privat seien.[1465] Es ist dies dieselbe Definitionsmacht, welche bereits Art. 644 ZGB den Kantonen zugestanden hatte.[1466] 547

Öffentliche Gewässer im Sinne des WRG sind entweder Gewässer, welche im Eigentum des Staates sind, oder aber Privatgewässer, über welche der Staat das Regalrecht ver- 548

1461 Vgl. Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 680; TRÜMPY, Expropriation nach eidgenössischem Wasserrecht, S. 155.

1462 Art. 1 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 92.

1463 vgl. auch FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 569; vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 28.

1464 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Daß er [scil. der Bundesgesetzgeber] für die Aufstellung des für das Wassergesetz in Geltung zu bringenden Kriteriums auf das in der Mehrzahl der kantonalen Rechte bereits vorherrschende abgestellt hat, ist als glücklich zu bezeichnen. Dieses verbürgt zweifellos in rechtlicher Hinsicht die strengste und klarste Ausscheidung der Gewässer und umfaßt den Kreis der öffentlichen Gewässer am weitesten. Denn in dieser Bestimmung liegt eine Rechtsvermutung für die Öffentlichkeit eines jeden Gewässers, sei es groß oder klein. Es gilt so lange als öffentlich, als nicht z. B. durch Hinweis auf das Grundbuch ein Eigentumsrecht daran nachgewiesen wird. […] Die ratio dieser gesetzgeberischen Maßnahme ist einleuchtend; der Kreis der öffentlichen Gewässer wird durch sie erweitert» (S. 18–19).

1465 Vgl. Botschaft WRG II: «In gleicher Weise erklären eine Reihe von Kantonen als öffentlich alle Gewässer, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen wird; […] wieder andere endlich besitzen keine ausdrückliche Bestimmung darüber: Nidwalden, Glarus (wo das Recht zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte nach dem Einführungsgesetz zum ZGB wie nach früherem Recht den Uferanstössern als Privatrecht zusteht); […]. Was also bisher nach kantonalem Recht nachweisbar Privatgewässer war, z.B. nach Ausweis des Grundbuches, bleibt es, solange das kantonale Recht ihm diesen Charakter nicht nimmt» (in: BBl 1912 II 680); vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht: «Es hat den alten Grundsatz unseres Staatsrechts nicht umgestoßen, daß die öffentlichen Gewässer unter der Hoheit des Kantons stehen, in dessen Gebiet sie sich befinden» (S. 569); vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 107.

1466 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 93; TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 107–108.

fügt.[1467] Nur über solche öffentlichen Gewässer im Sinne des WRG entfaltet das Gesetz seine volle Wirkung, denn nur über solche Gewässer haben die Kantone das Verfügungsrecht.[1468] Über Privatgewässer können die Kantone nicht verfügen;[1469] entsprechend limitiert sich auch das WRG auf einige wenige Bestimmungen zu den Privatgewässern (s. hinten Rz. 602 ff.). Der privatrechtliche Nachweis an einem Privatgewässer konnte entweder durch eine kantonale Gesetzesvorschrift, durch Urkunde oder dem Beweis der Unvordenklichkeit erbracht werden.[1470]

2.3 Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens

549 Das Verfügungsrecht bezeichnet das Recht, über das Schicksal eines Gewässers zu entscheiden – etwa, ob die Wasserkraft überhaupt genutzt wird und falls ja, wer benutzungsberechtigt sein soll, wobei er die Wasserkraft immer auch selbst nutzbar machen oder aber das Recht an einen Dritten übertragen kann.[1471] Nur wer ein Verfügungsrecht über ein Gewässer hat, kann auch das Nutzungsrecht daran verleihen: «Verfügung und Verleihung stehen miteinander in engstem Zusammenhang.»[1472] Wie also der Eigentümer eines privaten Gewässer aufgrund Eigentum das Verfügungsrecht darüber hat, so verschafft sich ein Kanton das staatliche Verfügungsrecht über ein Gewässer, indem er dieses entsprechend Art. 664 ZGB und Art. 1 Abs. 2 WRG als öffentliches Gewässer definierte.

1467 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft: «Art. 1 Abs. 2 gibt den Kantonen die Möglichkeit, die Wasserkraft der Privatgewässer der Regalität zu unterstellen. Der Kanton verfügt dann trotz Privateigentums Dritter am Gewässer im eigenen Namen und Interesse über die Wasserkraft» (S. 59).

1468 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 93; GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 18.

1469 Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Während nun an öffentlichen Gewässern (gänzlich öffentlichen und für die Wassernutzung öffentlichen) der Staat verleihungsberechtigt ist, fehlt ihm diese Verleihungsmacht bei privaten Gewässern. Solchen, die im Privateigentum stehen, und solchen, bei denen die Wasserkräfte allein Objekt privater Berechtigungen sind» (S. 12).

1470 Vgl. TRÜMPY, Expropriationsrecht nach eidgenössischem Wasserrecht: «Kann durch Gesetzesvorschrift (z. B. glarnerisches Einführungsgesetz zum ZGB § 170), oder durch Urkunden oder durch unvordenklichen Beweis nachgewiesen werden, dass es sich um ein privates Gewässer handelt […]» (S. 155).

1471 Vgl. Botschaft WRG II: «[V]erfügungsberechtigt im Sinne des Entwurfes ist derjenige, der befugt ist, über die Erstellung von Anlagen zur Nutzbarmachung eines Gewässers zu entscheiden, im Gegensatz zum Benutzungsberechtigten, der befugt ist, das Gewässer durch eine bestimmte Anlage zu benutzen» (in: BBl 1912 II 678–679); vgl. auch BURCKHARDT, WRG: «Der erste Abschnitt behandelt die wichtige Frage, wer über ein unbenutztes Gewässer verfügen, d.h. daran Wasserrechte begründen kann […]» (S. 314); GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 33, 94; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 55, 60.

1472 GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 169.

2.4 Das verfügungsberechtigte Gemeinwesen

Indem ein Gewässer im kantonalen Recht als öffentliches Gewässer erklärt wird, ist aber noch nicht ausgemacht, welchem Gemeinwesen innerhalb des Kantons das Verfügungsrecht zusteht. Zumeist handelt es sich hierbei um die Frage nach dem Träger des Wasserregals, eine Frage, die sich aus der Rechtsgeschichte des Kantons heraus beantwortet: 550

> «Nach geltendem Recht ist in den Kantonen, in denen an öffentlichen Gewässern dem Staate das Wasserregal zusteht, der Kanton selbst verfügungsberechtigt; da, wo das Regal den Gemeinden oder Bezirken zustehet, sind diese Kommunalverbände als die Verfügungsberechtigten zu betrachten […].»[1473]

Das WRG aber überlässt die Zuweisung des Verfügungsrechts nicht einer rechtshistorischen Herleitung, sondern stellt sie dem kantonalen Recht anheim: 551

> «Art. 2 Abs. 1 WRG (B. Verfügung kraft öffentlichen Rechts)
>
> I. Rechte der Kantone
>
> 1. Bestimmung des Verfügungsberechtigten)
>
> Das kantonale Recht bestimmt, welchem Gemeinwesen (Kanton, Bezirk, Gemeinde oder Körperschaft) die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer zusteht.»[1474]

Wie es der Gesetzeswortlaut schon sagt, sind mehrere Verfügungsberechtigte denkbar.[1475] In der Regel sind die Kantone selbst verfügungsberechtigt.[1476] Im Kanton Uri,[1477] Kanton 552

1473 Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 678–679; vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 94.

1474 Art. 2 Abs. 1 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 94; vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 56.

1475 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft : «3 Gestaltungen sind in der Schweiz verwirklicht: das Recht steht entweder dem Kanton oder innerstaatlichen öffentlich-rechtlichen Korporationen oder den Uferanstössern zu» (S. 56, 67); GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 26, Fn. 2.

1476 GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 169–170; DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 71; WYER, Wasserkraftrecht, S. 27

1477 Vgl. § 2 der VVzWRG UR: «Die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer (Art. 2 BG [scil. WRG]) steht zu: a.) dem Kanton hinsichtlich der in Art. 11 der Kantonsverfassung und Art. 1 u. 2 der Verordnung betreffend Feststellung des Staatseigentums an Seen und Flüssen vom 27. Oktober 1891 als Staatsgut erklärten Seen, Flüsse und Bäche; b.) den Gemeinden hinsichtlich der denselben in Art. 16 und 17 der gleichen Verordnung zugestandenen Dorfbäche und allfällig weitern Gemeindegewässer; c.) den Korporationen Uri und Ursern hinsichtlich der übrigen auf ihrem Gebiet liegenden Seen, Bäche und sonstigen Allmendgewässern» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 303); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 58.

Schwyz,[1478] Kanton Graubünden[1479] und Kanton Wallis[1480] sind es verschiedene innerkantonale Körperschaften, welche sich die Verfügungsberechtigung mit dem Kanton teilen.[1481] Diese interkantonalen Körperschaften verfügen daher nicht über ein originäres Nutzungsrecht:

> «[S]ie fungieren nur als Ausführungsorgane des Kantons, sie üben eine Verwaltungshandlung aus, die ihnen der Staat als Träger der Hoheitsrechte übertragen hat.»[1482]

[1478] Vgl. § 1 WRG SZ: «Öffentliche Gewässer sind: a.) Die Seen mit Ausnahme der Alpseen, b.) die Muota, die Sterineraa, der Sisikonerbach, die Sihl und die Wägitaleraa […]», § 3: «Der Kanton überläßt das Recht zur Erteilung von Konzessionen gemäß § 2 an den in § 1 lit. b. genannten Gewässern den Bezirken, in deren Gebiete sich diese Gewässer befinden und ausgenützt werden. [2] Dieses Recht wird von den Bezirksgemeinden ausgeübt. [3] Die Konzessionsgebühren fallen den Bezirken zu. Überdies steht den Bezirken das Recht zu, für jede Bruttopferdekraft […] einen jährlichen Wasserzins zu beziehen […]» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 305) sowie § 1 der Verordnung WRGV SZ: «Die Verleihung von Wasserrechten an öffentlichen, fließenden Gewässern steht den Bezirken zu, in deren Gebiet sich diese Gewässer befinden und ausgenützt werden. Dieses Recht wird von der Bezirksgemeinde ausgeübt, unter Vorbehalt der Rechte des Kantonsrates gemäß § 3, Abs. 4 und §§ 5 bis 8 des kant. Wasserrechtsgesetzes. [Abs. 2] Die Verleihung von Wasserrechten an öffentlichen Seen steht dem Kantonsrate zu. Er bestimmt die Verleihungsgebühr, den Wasserzins, sowie die Wasserkraftsteuer» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 310); vgl. dazu HETTLINGEN, Wasserrecht im Kanton Schwyz, S. 116–117; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 58, 68.

[1479] Vgl. Art. 129 EG ZGB GR (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 405) i.V.m. Art. 1 WRG GR: «Alle im Gebiet des Kantons befindlichen, nicht erweislich dem Privateigentum anheimgefallenen Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche) sind öffentliche (zu öffentlichem Gebrauch bestimmte) Gewässer», Art. 4: «Zur Erstellung einer Wasserwerkanlage ist die Konzession der Territorialgemeinde erforderlich. [Abs. 2] Bei der Konzessionserteilung steht in erster Linie dem Kanton, in zweiter Linie den am Wasserlauf beteiligten Gemeinden ein Vorzugsrecht zu. [Abs. 3] Die Konzession bedarf zu ihrer Giltigkeit der kleinrätlichen Genehmigung» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 399); vgl. dazu WIELAND, Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden, S. 38–49; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 58.

[1480] Vgl. § 1 GKW VS: «[Abs. 1] Die Gewässer der Rhone und des Leemansees in der dem Kanton gehörenden Zone, weil Eigentum des Staates, werden vom Staatsrate konzessioniert. [Abs. 2] Diejenigen der Nebenflüsse, Wildbäche und Kanäle, weil Eigentum der Gemeinden, werden auf ihrem Gebiete von Letzterm konzessioniert, unter dem im Art. 2 aufgestellten Vorbehalte. Dasselbe gilt für die Gewässer der den Gemeinden angehörenden Seen» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 455); vgl. dazu WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 2–4; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 58.

[1481] Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «In einzelnen Kantonen geht die Verfügung von der Kantonsregierung einzig und allein aus. In andern Orten sind es die Bezirke (Schwyz) wobei oft eine Genehmigung der Konzessionserteilung durch die kantonale Verwaltungsbehörde gefordert wird. […] Es ist im einzelnen Fall die Kompetenz des Kantons oder der eventuellen andern verfügenden Korporationen zu untersuchen» (S. 94); DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 71.

[1482] WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 68; vgl. insb. HETTLINGEN, Wasserrecht im Kanton Schwyz, S. 116–117.

Aus diesem Grund steht in all diesen Fällen dem Kanton – im Sinne der Gewässerhoheit des Kantons und dem damit verbundenen Aufsichtsrecht – eine Genehmigung zu.[1483] 553

2.5 Die Konzession im WRG

Bei der Konzession als der Verleihung handelte es sich um ein altes, dem Rechtsdenken des Lehensrecht übernommenes und privatrechtlich aufgefasstes Rechtsinstitut (s. vorne Rz. 120–123). Auch noch EUGEN HUBER hatte sie in seinem Entwurf des Wasserrechtes als Privatrecht konzipiert (s. vorne Rz. 481 ff.). Nachfolgend wird dargelegt, wie sich die Konzession zu einem öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitut wandelte. 554

a. Die umstrittene Rechtsnatur der Konzession

Zwei zeitgleiche Dissertationen, *Die Wasserrechtsverleihung als selbständiges, dauerndes Recht* (1924) von FRIEDRICH ITEN (o.A.) und *Das Nutzungsrecht an der Wasserkraft* (1924) von ALBERT WICK (o.A.) kamen zum Schluss, dass sich die Rechtsnatur einer Konzession nicht einheitlich beantworten lasse.[1484] Man müsse stattdessen «als Grundlage und Ausgangspunkt das Herrschaftssystem des Staates an den öffentlichen Gewässern» nehmen, womit sich je nach «der rechtlichen Natur des Herrschaftssystemes des Staates oder eines anderen Gemeinwesens […] auch das an diesen Gewässern verliehene Sondernutzungsrecht» verändere.[1485] FRIEDRICH ITEN unterschied drei Rechtsauffassungen, wovon zwei ein gemischtes und eine ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis postulierten. 555

(1) Die Konzession als ein gemischtes Rechtsverhältnis

Die ersten beiden Rechtsauffassungen stellen sich als Spielarten der Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse dar, welche den Vorteil des zivilrechtlichen Rechtsschutzes im Sinne der Fiskustheorie haben (s. vorne Rz. 308). 556

Erstens könne der Staat die öffentlichen Gewässer als herrenlose Sachen (*res nullius*) betrachten, an denen kein Eigentum besteht, über welche er aber ein Okkupationsverbot gelegt hat.[1486] FRIEDRICH ITEN erkennt diesen Rechtszustand in den Kantonen Appenzell Inner- und Ausserrhoden, Schwyz und Zürich.[1487] Aus der Herrenlosigkeit der öffentlichen 557

1483 Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 26.

1484 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 23; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 54.

1485 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 23–24; auch WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 54; vgl. auch schon BEZZOLA, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen, S. 48.

1486 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Grundsätzlich hat jedermann an den herrenlosen Sachen ein Okkupationsrecht. Die Ausübung dieses Rechtes würde jedoch zum Kriege aller gegen alle führen, würde nicht der Staat denselben regeln und beschränken. Im Interesse der Allgemeinheit hat der Staat Schranken gezogen» (S. 25); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 46.

1487 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 30.

Gewässer folge – getreu dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* – dass der Staat an ihnen auch keine Rechte vergeben kann. Was der Staat aber machen könne, ist

> «das im öffentlichen Interesse aufgestellte Verbot der Okkupation zugunsten eines Bürgers in einem genau umschriebenen Umfange aufheben. Die Konzession verleiht in diesem Falle dem Konzessionär nicht ein Privatrecht, sondern ein subjektives öffentliches Recht zur Vornahme einer sonst untersagten Okkupationshandlung am öffentlichen Wasserlauf.»[1488]

558 Demnach bedarf die Nutzung eines öffentlichen Gewässers eines gemischten Rechtsverhältnisses, wobei Konzession nicht eine «Verleihung», sondern eine Erlaubnis als Voraussetzung für die privatrechtliche Erwerbung des Wasserrechts darstellt.[1489] Dies entspricht der Rechtsauffassung der Konzession, wie sie EUGEN HUBER in seinem Entwurf zum Sachenrecht vorgesehen hatte (s. vorne Rz. 486–489).[1490]

559 Zweitens könne der Staat die öffentlichen Gewässer als in seinem Privateigentum stehend betrachten. Diesen Rechtszustand erkennt FRIEDRICH ITEN in den Kantonen Aargau, Graubünden, Solothurn und Zug.[1491] Für ALBERT WICK stellte in einer solchen Rechtsordnung das Wasserrecht ein Privatrecht an einer öffentlichen Sache dar, welches folglich rein privatrechtlich, d.h. obligationenrechtlich als Pacht oder sogar als dingliches Recht an Dritte übertragen werden konnte.[1492] FRIEDRICH ITEN hingegen nahm auch hier eine geteilte Rechtsnatur der Konzession, also ein gemischtes Rechtsverhältnis an:

> «Der Konzession ist ein Verwaltungsakt und als solcher vom öffentlichen Rechte beherrscht. Durch diesen öffentlichen Verwaltungsakt tritt der Staat ein Stück seiner privatrechtlichen Herrschaft an den Konzessionär ab. Das so erteilte Nutzungsrecht ist durch einen öffentlichen Akt begründet worden, selbst aber privatrechtlicher Natur. Der publizistische Ursprung macht es nicht deswegen schon zum öffentlichen Rechte. Vielmehr gehört es wegen seines privaten Interesses zum privaten Rechte.»[1493]

1488 F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 26; vgl. auch WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 111.

1489 F. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Die öffentliche Rechtsnatur dieser Berechtigung ist außer Zweifel, da der Staat durch seine Konzession den status libertatis der berechtigten Person erweitert. […] Die Konzession eines Sondernutzungsrechtes an einem herrenlosen öffentlichen Gewässer setzt sich daher aus folgenden Elementen zusammen: dem publizistischen Rechte auf die Okkupation einer bestimmten Wasserkraft und der privatrechtlichen Erwerbshandlung des Berechtigten» (S. 26).

1490 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 26, Fn. 1.

1491 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 30.

1492 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 46–50, 100–103; zur privatrechtlichen Rechtsauffassung der Konzession als Pacht vgl. vorne Fn. 1294.

1493 F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 24.

Hierbei stellt die Konzession eine wirkliche «Verleihung» dar und der Beliehene geniesst privatrechtlichen Schutz.[1494] 560

(2) Die Konzession als ein subjektives öffentliches Recht

Die dritte Rechtsauffassung stellt bereits die Umwandlung eines zivilrechtlichen Institutes in das öffentliche Recht dar (s. vorne Rz. 310–311). Denn der Staat könne die öffentlichen Gewässer auch als spezifisch öffentlich-rechtliches Eigentum des Staates betrachten. Diese dem französischen Recht entstammende Auffassung des «*domaine public*» fand FRIEDRICH ITEN insbesondere in der Westschweiz vertreten, so etwa in den Kantonen Freiburg, Waadt und im Wallis.[1495] Sie war jedoch durch den deutschen Verwaltungsrechtler OTTO MAYER in seinem bedeutenden Werk *Deutsches Verwaltungsrecht* (2. Bd., 1895/96) rezipiert worden.[1496] OTTO MAYER zufolge handelte es sich bei der Konzession um ein Instrument ausschliesslich des öffentlichen Rechtes,[1497] mit welchem daher nicht ein Privatrecht, sondern ein «subjektives öffentliches Recht» verliehen wurde:[1498] 561

> «Dieser Verwaltungsakt hat immer zum Inhalt, daß dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben werden soll über ein Stück öffentlicher Verwaltung und die darin erscheinende öffentliche Gewalt.»[1499]

Das mit einer Konzession übertragene Gebrauchsrecht bedeute ganz konkret 562

> «rechtliche Macht über die öffentliche Sache, von der ein Stück dem Beliehenen ausgeantwortet wird, um zu seinem Vorteil und in seinem Namen einen Besitz daran zu üben.»[1500]

Dieses Verständnis übernahm FRITZ FLEINER in seinem *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts* (1911) für die Schweiz: 563

> «Das Sonderrecht wird durch einseitigen, hoheitlichen, rechtsbegründenden Verwaltungsakt der Behörde verliehen, welche mit der Polizei des Gemeingebrauchs betraut ist. Es liegt eine rechte

---

1494 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 25.

1495 Vgl. F. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 27, 30; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 52–53.

1496 Vgl. TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «Es ist das Verdienst Otto Mayers […], die öffentlich-rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung erkannt zu haben. […] Otto Mayer lehnt jede Analogie zum Privatrecht ab; es gebe keine dem öffentlichen und dem Privatrecht gemeinsame Rechtsinstitute. […] Das verfügungsberechtigte Gemeinwesen gibt einen Teil seiner Verfügungsgewalt dem Beliehenen ab. Statt dass es selber die Wasserkraft ausnützt, übergibt es dieses öffentliche Recht einem Einzelnen oder Mehreren» (S. 4).

1497 MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II: «Die Verleihung, Konzession, ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechtes von allgemeiner Bedeutung. Immer handelt es sich dabei um einen V e r w a l t u n g s a k t» (§ 39, S. 95).

1498 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 52–54, 98.

1499 MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II, § 39, S. 95; zit. auch in ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 27.

1500 MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II, § 39, S. 96.

Konzession (‹Verleihung›) vor. Der Private erwirbt gegen den verleihenden Staat oder die verleihende Gemeinde ein, meist befristetes, subjektives öffentliches Recht auf die gesteigerte Sonderbenutzung der öffentlichen Sache, wie sie in der Konzessionsurkunde näher beschrieben ist. Ein dingliches Recht an der Sache wird durch die Konzession nicht begründet.»[1501]

(3) Der Siegeszug des Verwaltungsrechtes

564 MAX HUBER (1874–1960) hatte in seinem am 22. März 1906 vor dem zürcherischen Juristenverein gehaltenen Vortrag *Die Wasserrechte nach dem Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches* die Wasserrechtsordnung im Vorentwurf des ZGB scharf kritisiert.[1502] Mit Blick auf die seitens EUGEN HUBER klar privatrechtliche Zuweisung der Konzession wies er auf deren umstrittene Rechtsnatur hin.[1503] Doch er wollte die Konzession auch nicht als gemischtes Rechtsverhältnis akzeptieren, war doch der einzige Grund dafür, die «praktisch wichtigste Seite der Frage, der prozessuale Schutz des Wasserrechts gegenüber der Verwaltung im Sinne der Zuständigkeit der Zivilgerichte» (s. vorne Rz. 302 ff.).[1504] Hierbei richtete er sich wohl nicht nur gegen die privatrechtliche Rechtsauffassung EUGEN HUBERS, sondern wohl auch gegen verschiedene Vertreter des Verwaltungsrechtes, welche die Frage nach der Rechtsnatur der Konzession für müssig hielten, solange sie einfach einen Rechtschutz garantierte[1505] oder im Zweifel den privatrechtlichen Rechtschutz sogar vorzogen.[1506] Obwohl EUGEN HUBER die Frage im Sinne des Privatrechtes beantwortet

---

1501 FLEINER, Institutionen, S. 380–381; vgl. mit Bezug auf die Eisenbahnkonzession DENS., Bundesstaatsrecht, S. 475.

1502 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf. GADIENT spricht gar von «heftiger Kritik» (Heimfall im Wasserrecht, S. 18).

1503 Vgl. M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Die rechtliche Natur der Konzession ist in der Wissenschaft bestritten» (S. 146); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 43.

1504 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146; vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 337.

1505 Etwa TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Es ist weit weniger wichtig, ob der Gesetzgeber das Verhältnis des Beliehenen zur Verleihungsbehörde als öffentliches oder privates regle, als daß er es überhaupt regle. So hätte er sich gewiß auf Grund des Vorentwurfes zum Sachenrecht […], der dieses Verhältnis als privatrechtliches regelte, ebenso gut eine befriedigende Praxis entwickelt als nach dem Wasserrechtsgesetz, das erst sechs Jahre nach dem ZGB in Kraft trat» (S. 106); auch: «Die Frage nach der Natur des verliehenen Rechtes spielt, wie oben schon erwähnt wurde, praktisch fast keine Rolle mehr, nachdem ein Verfahren für die Erledigung von Streitigkeiten gegeben ist» (S. 130, Fn. 1).

1506 Vgl. KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes: «Wenn auch das durch die Konzession begründete subjektive Recht dem öffentlichen Recht angehört, so schliesst dies gar nicht aus, dass es nicht desselben Schutzes teilhaftig sein sollte, wie Privatrechte. Und wenn in Staaten, welche keine Verwaltungsgerichte besitzen, die Beurteilung von Streitigkeiten über den Inhalt der Konzession dem Zivilrichter übertragen werden, so ist dagegen durchaus nichts einzuwenden. Nur soll man sich dessen bewusst bleiben, dass der Zivilrichter in diesem Falle verwaltungsgerichtliche Funktionen ausübt, und dass diese Funktionen dem Verwaltungsgerichte zuzuweisen sind, wenn ein solches ins Leben gerufen wird» (S. 15).

hatte und sie, wie MAX HUBER meinte, fortan also «fast nur akademischen Wert» habe, nahm er selber diese Antwort nicht hin.[1507] Ein Hinnehmen der gemischtrechtlichen Rechtsnatur der Konzession, ein Festhalten an der Fiskustheorie hätte nämlich, wie auch ZACCARIA GIACOMETTI erkannte, eine «Hemmung für die Fortbildung verwaltungsrechtlicher Institute in der bundesgerichtlichen Praxis» bedeutet.[1508] MAX HUBER ging es genau im Sinne dieser Fortbildung darum zu zeigen, dass auch eine öffentlich-rechtlich verstandene Konzession «genau denselben rechtlichen Bestand gegenüber der Verwaltung wie ein Privatrecht» haben könne.[1509]

Dies erklärt die Schärfe von MAX HUBERS Kritik, wenn er die «Zuhilfenahme des Privat- 565
rechts» nicht nur als «nicht nötig, sondern gezwungen, wenn nicht überhaupt falsch» bezeichnet.[1510] Wolle man «den Begriff des Privatrechts nicht vollständig ins Uferlose ausdehnen», so solle man das Privatrecht auf jene Rechtsgeschäfte beschränken, welche unter Privaten begründet werden.[1511] Zwar anerkannte MAX HUBER, dass das Wasserrecht privatrechtliche Aspekte hatte,[1512] doch sei die Konzession derart «voller öffentlichrechtlicher Momente» – neben welchen die von EUGEN HUBER derart hervorgehobenen privatrechtlichen Momente unwesentlich erscheinen müssen.[1513] In dieser sonderbaren Zwischenposition stehend, müsse man die Wasserrechte im Sinne OTTO MAYERS und FRITZ FLEINERS als «subjektives öffentliches Recht», genauer gesagt als «sozialwirtschaftliche Rechte» auffassen.[1514] Mit dieser Umdeutung verändert sich freilich auch der Begriff der Konzes-

1507 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146; vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 337.

1508 GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 48.

1509 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146; vgl. auch LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 338.

1510 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146; kritisch auch KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes, S. 14.

1511 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146.

1512 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Im modernen Rechtsstaat hat jedes auf Gesetz beruhende Recht die selbe Beständigkeit gegenüber der Verwaltung und die Art seines rechtlichen Schutzes ist, sofern überhaupt nur ein solcher besteht, für seinen Charakter als subjektives Recht grundsätzlich unerheblich. Was bei den Wasserrechten zur Annahme von Privatrechten verleitet, ist – abgesehen von den aus alten Leihverhältnissen hervorgegangenen ehehaften Wasserrechten – der wirtschaftliche Inhalt des Rechts» (S. 147).

1513 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf, S. 146.

1514 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Da die Rechte gegenüber dem Staate regelmässig entweder subjektiv-öffentliche Rechte (politische Rechte, Freiheitsrechte, Anspruch auf Staatstätigkeit) oder Privatrechte gegenüber dem Fiskus sind, übersieht man leicht, dass bei den Wasserrechten eine dritte, mittlere Art vorliegt, die ihren besondern Charakter dem Umstande verdankt, dass die Wasserkräfte soziale (staatliche) Produktionsmittel, die Wasserrechte somit sozialwirtschaftliche Rechte sind. Die dritte Kategorie ist zwar materiell, wirtschaftlich, den Privatrechten, formell aber den unter dem Namen der subjektiv-öffentlichen Rechte bekannten

sion, welche nicht wie bei EUGEN HUBER eine «Voraussetzung, nicht aber das Recht selbst», sondern vielmehr «Überlassung eines Stückes öffentlichrechtlicher Herrschaft seitens des Staates an den Konzessionär» darstellt.[1515] Es wird, wie der Wortlaut «Verleihung» auch aussagt, ein wirkliches Recht verliehen.

566 Diese von der Verwaltungswissenschaft gelieferte Grundlage war von entscheidender Bedeutung für die Umdeutung der Konzession von einem gemischten Rechtsverhältnis hin zu einer öffentlich-rechtlichen Verleihung.[1516] Schon im Jahre 1896 hatte der Kanton Bern entschieden, dass die aus Wasserrechtskonzessionen fliessenden Berechtigungen auf öffentlich-rechtlichen Titeln beruhten, weshalb nicht Zivilgerichte, sondern vielmehr die Administrativbehörden allfällige Streitigkeiten über deren Umfang zu beurteilen hätten, selbst dann, wenn die Einreden privatrechtlicher Natur seien.[1517] Diese Auffassung wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts zunehmend zur herrschenden Lehre.[1518] 1913 vollzog das aar-

---

Rechten am ähnlichsten und muss deshalb juristisch diesen gleich behandelt werden als eine Unterart dieser» (S. 147); vgl. auch WYER, Die Nutzung der Wasserkraft, S. 42.

1515 M. HUBER, Die Wasserrechte nach dem Entwurf: «Es bleibt noch die Frage, was ist der Inhalt der Wasserrechte? Betrachtet man diese als Privatrechte, so wird man in der Konzession lediglich eine wesentliche Voraussetzung, nicht aber das Recht selbst verkörpert sehen. Durch die Konzession entsteht nach dieser Auffassung ein selbständiges Rechtsgut, das äusserlich in den zur Gewinnung des Wassers oder der Wasserkraft errichteten Bauten sich verkörpert und die Befugnis in zeitlich und räumlich begrenztem Umfange Wasser und Wasserkraft zu gewinnen zum Inhalt hat. Das letztere trifft auch zu, wenn man im Wasserrecht ein subjektives öffentliches (sozialwirtschaftliches) Recht erblickt, aber in diesem Falle ist die Konzession nicht nur die Voraussetzung des Rechtes, sondern seine Form selbst; sie bedeutet die Überlassung eines Stückes öffentlichrechtlicher Herrschaft seitens des Staates an den Konzessionär und die diesem letztern auferlegten Verpflichtungen der Ausführung des Werks und der Verwendung des Wassers, bezw. der Kraft zu einem bestimmten Zwecke bezeichnen die Grenzen dieser durch Konzession verliehenen Verfügungsmacht, bezw. die Voraussetzungen ihres Bestandes. Das Wesentliche und Primäre des Rechts des Konzessionärs ist seine Herrschaft über öffentliches Gut, sein höheres Mass von Freiheit gegenüber der Verwaltung und die Erzeugung eines privatrechtlichen Rechtsgutes (des gefassten Wassers, bezw. der ökonomisch verwertbaren Kraft) ist nur eine sekundäre Erscheinung» (S. 147–148).

1516 Vgl. GIACOMETTI, Grenzziehung: «Dementsprechend stellt das Bundesgericht auch bei der Begründung der öffentlichrechtlichen Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse naturgemäß vorab auf die Wissenschaft ab. So sucht es in engem Anschluß an die in der Literatur für die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht aufgestellten Kriterien die öffentlichrechtliche Natur des […] Konzessionsverhältnisses […] aus ihrem Wesen als Gewaltverhältnisse zu erklären» (S. 50–51); vgl. auch ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S 179–180; DERS., Der Verwaltungsvertrag, S. 39.

1517 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 334; vgl. auch FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 214–215.

1518 Vgl. KLÖTI, Neuordnung des Wasser- und Elektrizitätsrechtes: «In der Doktrin herrscht vielmehr Streit darüber, ob das durch einen einseitigen Verwaltungsakt begründete Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache ein Privatrecht sei oder ein subjektives öffentliches Recht. U[nseres] E[rachtens] ist letztere Ansicht die zutreffende. Sie wird auch in neuerer Zeit, wo sich die Wis-

gauische Obergericht den Übergang von der Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse zu jener der subjektiven öffentlichen Rechte.[1519] Allmählich kam auch das Bundesgericht zu dieser Überzeugung, indem es Rechtsverhältnisse nicht nach ihrer äusserlichen Rechtsform, sondern nach ihrer inneren Rechtsnatur zu befragen begann.[1520] So meinte es etwa 1914:

> «Das ganze Rechtsverhältnis lässt sich denn auch bei öffentlich-rechtlicher Auffassung natürlicher und ungezwungener erklären als bei Annahme eines überwiegend zivilrechtlichen Verhältnisses. […] Allein […] ist zu sagen, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft sich seither bedeutend entwickelt hat. Das Privatrecht wird für immer zahlreichere Rechtsverhältnisse ausgeschaltet und die öffentlich-rechtliche Auffassung verschafft sich, in Verbindung mit der Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege, für die Rechtsansprüche ökonomischer Natur zwischen öffentlichen Verbänden und Privaten je länger je mehr Geltung.»[1521]

senschaft des öffentlichen Rechts zu vertiefen beginnt, immer mehr herrschend» (S. 14); vgl. eingehend ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags, S. 366–371.

1519 Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 334; vgl. auch FENNER, Die Entstehung der Wasserrechte, S. 214.

1520 Vgl. insb. GIACOMETTI, Grenzziehung, S. 32–33; vgl. etwa BGE 29 II 424 (*Ammann c. Kt. TG*): «Fragt es sich nun, ob jene Kompetenzvoraussetzung, welche von Amtes wegen geprüft werden muß, vorliegend zutreffe, so ist, wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat […] nicht darauf, daß der Kläger seinen Anspruch als civilrechtlichen bezeichnet, sondern objektiv auf die juristische Natur des Klageanspruchs abzustellen. Diese aber bestimmt sich nicht nach der Form des in Frage stehenden Rechtstitels, sondern lediglich nach dem Inhalt des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses […]. Wenn daher vorliegend auf Anerkennung der Gültigkeit eines Vertrages geklagt wird, so verleiht nicht etwa der eingeklagte Rechtsakt, der Vertrag als solcher, der Streitsache civilrechtlichen Charakter, sondern es entscheidet über deren rechtliche Natur ausschließlich der Inhalt dieses Vertrages, wie er sich aus Gegenstand, Grund und Zweck desselben ergibt. […] Dieses Verhältnis aber ist durchaus publizistischer, speziell verwaltungsrechtlicher Natur. Denn der Einzelne steht dabei dem Staate nicht als selbständiges, gleichwertiges Rechtssubjekt, sondern als ein dem Ganzen untergeordnetes Glied desselben gegenüber. Daß das genannte Verhältnis im konkreten Fall nicht auf dem Wege des hiefür gesetzlich statuierten Verfahrens, sondern ausnahmsweise durch vertragliche Vereinbarung festgestellt worden ist, vermag seinen rechtlichen Charakter in keiner Weise zu beeinflussen; vielmehr wird zweifellos auch ein solcher Vertrag, was seine Verbindlichkeit, seine rechtlichen Wirkungen u. s. w. betrifft, durchaus vom öffentlichen Rechte beherrscht» (S. 426–427, E. 1).

1521 BGE 40 II 83 (*Kappeler AG c. Gde. Turgi*), S. 86.

b. Die öffentlich-rechtliche Auslegung der Konzession

567 Weder in der Botschaft noch in der parlamentarischen Debatte kam die Rechtsnatur der Konzession zur Sprache,[1522] auch das Gesetz äussert sich dazu nicht ausdrücklich.[1523] Wie WALTHER BURCKHARDT meinte:

> «Das Bundesgesetz konnte dieses Rechtsverhältnis nicht abschliessend ordnen, erstens nicht, weil die Detailregelung den Kantonen verbleiben sollte, und sodann, weil sich der Inhalt der Verleihung überhaupt nicht im voraus in allgemeinen Vorschriften festlegen lässt.»[1524]

568 So spricht das WRG von «öffentlichen Gewässern», von «Verfügungsrecht» und von «Verleihung», um die genaue Art des Rechtsverhältnisses des Staates zu den Wasserläufen dem kantonalen Recht zu überlassen.[1525] Insofern wurde ITENS und ALBERT WICKS zutreffende Beobachtung, wonach aus den unterschiedlichen kantonalen Systemen der öffentlichen Gewässer folgerichtig auch unterschiedliche Konzessionen resultieren müssen, Rechnung getragen.[1526] Die Beantwortung der Frage, ob es sich in einem spezifischen Fall um

---

1522 Vgl. dazu die wenigen Bemerkungen im Nationalrat: «Wir kommen nun zum dritten Abschnitt, der die Verleihung von Wasserrechten behandelt. Wir haben hier im Titel den Wortlaut des bundesrätlichen Vorschlages wiederhergestellt, im Gegensatz zum Ständerat, welcher sagen wollte: ‹Von den Wasserwerken, die auf Verleihung beruhen.› Wir haben den andern Ausdruck, ‹Die Verleihung von Wasserrechten›, vorgezogen, da es sich um eine Verleihung von Wasserrechten handelt und nicht um die Wasserwerke» (Votum *Vital*, Sitzung vom 23. September 1915, in: Sten Bull SR 1915 III 243, S. 262), resp. im Ständerat: «Wir gelangen nun zu der Verleihung der Wasserrechte, zu der Konzessionserteilung. Art. 29 beantragen wir, nach Beschluss des Nationalrates anzunehmen» (Votum *Isler*, Sitzung vom 7. März 1916, in: Sten Bull SR 1916 I 19, S. 26); vgl. auch KNAPP, La fin des concessions hydrauliques: «Ce choix [scil. der Entscheid für die Konzession] n'est pas expliqué dans le message du Conseil fédéral à l'appui de la LFH. Ce dernier se contente d'indiquer que la concession est la forme juridique adéquate» (S. 123).

1523 Vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft: «Auch das BG.1916 spricht sich darüber nicht aus» (S. 43), auch: «Er [scil. der Gesetzgeber] hütet sich oft über die juristische Natur eines Rechtes zu sprechen, weil die Frage noch nicht abgeklärt ist» (S. 49).

1524 BURCKHARDT, WRG, S. 318.

1525 Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 113: «Das eidgen. WRG spricht nirgends von öffentlichem Eigentum des Staates an den Gewässern, sondern von Verfügungsrecht. Und dieser Ausdruck befriedigt in den meisten Fällen» (S. 113); Isler, Wasserrechtsverleihung: «Der Begriff des WG. [scil. WRG] gibt uns daher über die Art des Rechtsverhältnisses des Staates zu den Wasserläufen keine Auskunft. […] Eine besondere sachliche Beziehung zum Gewässer ist damit noch nicht gegeben» (S. 29); WYER, Wasserkraftrecht, S. 27.

1526 Vgl. F. Iten, Wasserrechtsverleihung: «Aus dem Gesagten dürfte sich somit ergeben, daß wir in der Schweiz auf Grund der Bundesgesetzgebung und der kantonalen Ordnungen alle Systeme der Konzessionen antreffen, die juristisch bei der heutigen Gesetzgebung möglich sind. […] Trotz der einheitlichen Normierung der Verleihung von Wasserrechten an den öffentlichen Gewässern durch das Bundesgesetz vom Jahre 1916 haben wir es in der Schweiz nicht mit einem juristisch gleichförmigen Wasserrechte zu tun. Diese innerlich ungleichen Rechte äußern aber im Rechtsbereich des Konzessionärs zum Staat, wie zum Privaten die gleichen Funktionen»

eine privat-, gemischt- oder öffentlich-rechtliche Konzession handelte, hinge also vom konkreten Rechtsverhältnis der verleihenden staatlichen Behörde zu den öffentlichen Gewässern ab, also davon, ob diese als unter Eigentumsrechten, einem Regal oder der staatlichen Hoheit standen (s. vorne Rz. 505). In diesem Sinne erklärt sich die unbestimmte Art und Weise, mit welcher das WRG in seinem dritten Abschnitt («Die Verleihung von Wasserrechten») die Verleihung regelt, so etwa in Art. 38 WRG:

> «Art. 38 WRG (Zuständigkeit)
>
> Die Verleihung von Wasserrechten steht der zuständigen Behörde desjenigen Kantones zu, in dessen Gebiet die in Anspruch genommene Gewässerstrecke liegt.
>
> […]».[1527]

Eine fundierte Klärung der jeweiligen Rechtsgrundlage und der daraus folgenden Rechtsnatur einer Konzession gemäss WRG blieb somit der Wissenschaft überlassen.[1528] Der Wissenschaft des Verwaltungsrechtes, wie sich zeigen sollte: 569

Die Rechtsgrundlage der Verleihung behandelte WILLY GRESLY (o.A.) in seiner Dissertation *Über die Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte nach dem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916* (1923).[1529] Obwohl er wie FRIEDRICH ITEN und ALBERT WICK ein «buntes Gemisch von Rechtsauffassung» in den kantonalen Rechten erkannte, wollte er diese nicht hinnehmen.[1530] Statt auf die offen formulierten und eine kantonale Unterschiedlichkeit zulassenden Verleihungsbestimmungen, fokussierte er sich auf die eine einheitlich geltende Bestimmung, nämlich auf das wohlerworbene Recht (s. hinten Rz. 578 ff.): 570

> «Art. 43 WRG (D. Das Nutzungsrecht)
>
> [1] Die Verleihung verschafft dem Beliehenen nach Maßgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benützung des Gewässers.
>
> [2] Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden.
>
> [3] […]».[1531]

Wenn alle Verleihungen gemäss Art. 43 WRG zu einem einheitlichen wohlerworbenen Recht führen, dann musste gemäss WILLY GRESLY die Rechtsgrundlage in allen Kantonen 571

(S. 31); auch: «Die Rechtsnatur und juristische Struktur der unter dem geltenden Wassergesetze erteilten Konzessionen ist […] nicht in der ganzen Schweiz einheitlich und für alle Konzessionen die gleiche» (S. 60).

1527 Art. 38 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 169.

1528 WICK, Nutzungsrecht der Wasserkraft, S. 43.

1529 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte.

1530 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 69.

1531 Art. 43 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 174.

ebenso einheitlich gedacht sein.[1532] Im Rahmen seiner Dissertation verwarf er die Möglichkeit der Verleihung aufgrund eines Eigentumsrechtes sowie auch eines Regalrechtes, hauptsächlich weil diese nur in vereinzelten Kantonen vorkommen und daher als einheitliche Grundlage nicht taugten.[1533] Man geht aber wohl nicht fehl in der Annahme, dass er die Verleihung von der privatrechtlichen Vorbelastung dieser beiden Institute entfernen wollte.[1534] Entsprechend nämlich pflanzte er die Verleihung auf dem einheitlichen öffentlich-rechtlichen Boden der staatlichen Hoheit als Rechtsgrundlage.[1535]

572 Wenn auch nicht in der Herleitung, so überzeugte WILLY GRESLY zumindest im Ergebnis.[1536] Kritik hatte er nicht zu erwarten: Schliesslich ging mit ihm in geschlossener Rechts-

---

1532 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Wenn sich der Gesetzgeber in der Lage gefühlt hat einheitlich zu bestimmen, daß im Gebiet der ganzen Eidgenossenschaft die Verleihung dem Unternehmer ein derartiges subjektives Recht verschaffe, so ist es zweifellos, daß er sich die rechtliche Grundlage, auf die sich dieses Recht aufbaut, ebenfalls für das ganze Gebiet der Schweiz einheitlich gedacht hat. […] Unsere Aufgabe ist es zu untersuchen, welche dieser drei genannten Möglichkeiten dem Gesetzgeber als rechtliche Grundlage für die im Art. 43 des Wasserrechtsgesetzes erwähnte Verleihung vorgeschwebt hat. Sicher ist, daß es sich in allen Kantonen nur um die gleiche handeln kann; überall muß entweder Eigentums- oder Regal oder Hoheits-Ausübung vorliegen» (S. 56–57).

1533 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Das Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Gewässern kann die rechtliche Grundlage der Verleihung des Art. 43 des eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes nicht sein, weil (a.) in der Mehrzahl der Kantone ein solches Eigentum gar nicht existiert; […]» (S. 88), auch: «Von einem Wasserkraftregal ist auch in den kantonalen Gesetzgebungen nichts zu finden. […] Ein staatliches Wasserkraftregal hat nur einen Sinn, wenn es auf die eigentlichen Privatgewässer bezug hat; doch gerade da finden wir es nicht. Unnötig und sinnlos aber ist ein solches Monopol, sobald es sich nur auf die öffentlichen Gewässer beziehen kann; denn bei den öffentlichen Wasserläufen beddarf die Verwaltung ohnehin keines durch ein monopol besonders begründeten Schutzes, um sich der Nutzbarmachung der Gewässer durch Private zu erwehren» (S. 94–95); TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 4

1534 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Wenn man einigermaßen sich aus dem Banne zivilrechtlicher Anschauungen loslösen kann und auch im öffentlichen Recht zu sehen vermag, so zeigt sich, daß man in der Regelung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen durchaus ohne die ganze Zivilrechtsordnung und insbesondere ohne das Institut des Eigentums auskommt» (S. 101–102); vgl. auch GRESLYS scharfe Kritik an E. HUBER hinten in Fn. 1540–1541.

1535 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Daraus ergibt sich, daß das Verfügungsrecht des über den Wasserlauf verfügungsberechtigten Gemeinwesens seinem rechtlichen Inhalt und seiner juristischen Natur nach identisch sein muß mit dem allgemeinen Verfügungsrecht, das der Verwaltung resp. dem Staate über die öffentlichen Sachen zusteht. Das ist die Staatshoheit» (S. 98–99). Das war nicht neu, vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht: «Die Erteilung der W a s s e r r e c h t s k o n z e s s i o n ist grundsätzlich Sache der Kantone, denn sie stellt sich dar als Begründung eines Sondernutzungsrechts an einem der kantonalen Hoheit unterstehenden öffentlichen Gewässer» (S. 571; Hervorhebung im Original).

1536 Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Dieses ‹Etwas› wird erklärt als Herrschaft *über* die Sache, nicht *an* der Sache […], um damit die Lehre vom öffentlichen

auffassung die gesamte Verwaltungsrechtslehre, welche mit Rückgriff auf die Vorarbeit von OTTO MAYER und FRITZ FLEINER die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Konzession vertrat.[1537] Auch das Bundesgericht stützte in der Folge in ständiger Rechtsprechung die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Konzession.[1538] Einheitlich galt nun die Konzession

---

Eigentum auszuschließen. Ob dies damit geglückt ist, sei dahingestellt. Wir wollen uns hier mit der Feststellung bescheiden, daß auch die Wasserhoheit nicht eindeutig ist, daß sie auch auf Grund der jeweiligen gesetzlichen Grundlage erklärt werden muß wie der Regalbegriff. […] Was ist das, kantonale Gewässerhoheit? Es wird sofort klar, wenn wir dafür Eigentum setzten. Es ist durchaus zu begrüßen, wenn man sich im öffentlichen Recht frei macht von zivilrechtlichen Begriffen […], aber man darf auch nicht hinter öffentlichrechtlichen Begriffen nur zivilrechtliche vermuten» (S. 115–116); DERS., Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 4.

[1537] Konzise Definitionen finden sich bei GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Unter Wasserrechtsverleihung versteht man die Erlaubnis der zuständigen Behörde, gegen eine einmalige Gebühr und nachherige jährliche Abgabe auf eine Anzahl Jahre die Wasserkraft eines Gewässers oder einer Gewässerstrecke zu benutzen» (S. 167); F. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Wie können daher die Konzession oder die Verleihung umschreiben als einen öffentlichen Verwaltungsakt eines Staatsorgans, durch den zugunsten eines Privaten ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer durch den Staat erteilt wird» (S. 20); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 99; WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Im schweizerischen Wasserrecht bedeutet Verleihung die Einräumung eines Rechtes an einem öffentlichen Gewässer durch Verwaltungsakt, hoheitliche Verfügung. Sie ist das einseitige Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes, mit der Wirkung, ein subjektives öffentliches Recht (Sondernutzungsrecht) zu erzeugen; konstitutive Verfügung» (S. 5); vgl. auch GRESLY, S. 34, 110; TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 112; TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 5; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 28; TRÜB, Der Staat und die Wasserraftanlagen, S. 117.

[1538] Vgl. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, N. 48; SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 127; BGE 34 II 831 (*Kt. AG c. Schweiz. Rheinsalinen AG*): «Nun muß dieser Forderung […] unbedenklich der Charakter eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs beigelegt werden. In dem Konzessionsverhältnis, welches die rechtliche Grundlage dieses Anspruchs bildet, steht der Kläger der Beklagten nicht als koordiniertes Rechtssubjekt, sondern vielmehr in seiner staatlichen Hoheitsstellung als einer dieser Hoheit unterworfenen privatrechtlichen Erwerbsgesellschaft gegenüber. Die streitige ‹Mehrgebühr›, welche einen Teil der Konzessionsabgabe bildet, qualifiziert sich als eine kraft öffentlichen Rechts geschuldete Leistung, als sogen. gewerbliche Sondersteuer […]. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß diese ‹Mehrgebühr› nicht in dem einseitigen Hoheitsakt der Konzessionsgewährung selbst, sondern in einem sie ergänzenden zweiseitigen Vertrage der Parteien festgelegt ist. Denn auch ein solcher Vertrag gehört seinem Inhalte nach dem öffentlichen Rechte an» (S. 837, E. 1); BGE 43 II 443 (*Gde. Tinzen c. E. Froté & Cie.*): «Nun stellt die Konzession im allgemeinen und die hier in Frage stehende Bewilligung zur Errichtung von Wasserwerken an öffentlichen Gewässern im besonderen nach in der Wissenschaft heute feststehender und auch vom Bundesgericht stets geteilter Auffassung nicht als privatrechtliches zweiseitiges Rechtsgeschäft, sondern als einseitiger staatlicher Hoheitsakt dar, bei dem die Bindung des Konzessionärs nicht aus einer vertraglichen Verständigung, sondern ausschliesslich aus seiner Unterwerfung unter den Konzessionsinhalt folgt» (S. 448–449, E. 2); BGE 47 I 222 (*EW Lonza AG c. Kt. VS/Leuk Rechtsöffnungsrichter*): «Die ‹Convention› vom 8. Juni 1918 ist aber, wie auch die Rekurrentin sagt, ein Verwaltungsakt, wenn schon der äussern Form nach ein Vertrag vorliegt. Es ist dadurch […] dem Konzessionär vom Staate die Befugnis erteilt worden, ein staatliches Hoheitsrecht, nämlich die Wasserkräfte

als die auf staatlicher Hoheit begründete Verleihung eines Sondernutzungsrechtes an einem öffentlichen Gewässer durch das verfügungsberechtigte Gemeinwesen als ein subjektives öffentliches Recht kraft Verfügung, d.h. eines «nicht bloss feststellenden, sondern konstitutiven, rechtsbegründenden Verwaltungsaktes».[1539]

573 Es zeigt sich der Sieg des Verwaltungsrechtes jedoch fast nirgends so deutlich wie im geradezu bilderstürmerischen Eifer, mit welcher nunmehr alle privat- oder gemischtrechtlichen Konzeptionen, insbesondere jene von EUGEN HUBER, zurückgewiesen wurden:[1540]

---

der Rhone, in bestimmtem Umfang zu nutzen. Eine solche Verleihung gehört grundsätzlich dem öffentlichen Recht an; die Bindung des Konzessionärs folgt, auch wenn äusserlich die Form des Vertrages gewählt wird, in Wahrheit nicht aus einer vertraglichen Verständigung gleichgeordneter Partien, sondern aus der Unterwerfung unter den von der übergeordneten Verleihungsbehörde festgesetzten Konzessionsinhalt» (S. 226, E. 2); BGE 49 I 160 (*EW Lonza AG c. Kt. VS*), S. 183, E. 5; BGE 50 I 397 (*EW Olten-Aarburg AG c. Regierungsrat des Kt. SO*): «Wie die Verleihung im allgemeinen und die hier in Frage stehende Einräumung eines Sondernutzungsrechtes an einem öffentlichen Gewässer im besonderen als Verwaltungs-(Hoheits)-Akt überhaupt grundsätzlich dem öffentlichen Rechte angehört […], so begründen auch die mit der Einräumung des nutzbaren Rechtes nach dem Verleihungsakt verbundenen Auflagen ein Pflichtverhältnis öffentlichrechtlicher Natur. Der Beliehene steht dabei dem verleihenden Gemeinweisen nicht als gleichgeordnete Partei, sondern in einem Unterwerfungsverhältnis als öffentlicher Gewalt gegenüber […]» (S. 403–404, E. 2); BGE 53 I 83 (*Bulle v. Société électrique de Bulle*): «La concession de droits d'eau est la concession d'un droit spécial d'utiliser un cours d'eau public, et ce droit est octroyé par la communauté à laquelle appartient la souveraineté sur ledit cours d'eau, soit, dans la règle, à l'Etat. L'octroi s'opère en la forme d'un acte d'administration faisant partie du droit public, qui détermine les droits et obligations du concessionaire et auquel celui-ci se soumet en acceptant la concession. Par le fait de la concession, le concessionaire possède un droit légitimement acquis d'utiliser le cours d'eau, et ce droit constitue un doir public subjectif […]. L'acte de concession suppose la souveraineté du concédant sur le cours d'eau. Par contre, le concessionnaire n'acquiert point par l'octroi de la concession tout ou une parcelle de cette souveraineté, il n'acquiert jamais qu'un droit déterminé d'utiliser le cours d'eau» (S. 87, E. 2); BGE 63 II 46 (*Raoul de Graffenried-Villars c. Ct. FR*): «Aussi, tenant compte de ce fait, le Tribunal fédéral s'est-il souvent déclaré compétent pour statuer sur des contestations qui, d'après la conception actuelle, relèveraient manifestement ou relèveraient plutôt du droit public. […] La jurisprudence range ici notamment la concession, c'est-à-dire l'octroi en vue de son exercice d'une faculté réservée à l'Etat, lorsque, d'une part, comme dans la cas particulier, cette concession confère – bien que limité dans le temps, – un véritable droit et non pas seulement une permission révocable […]» (S. 50, E. 3).

1539 BGE 49 I 555 (*Kt. OW c. EW Luzern-Engelberg AG*), S. 579, E. 1.Vgl. TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «[…] müssen wir uns über die rechtliche Natur der Verleihung klar werden. Das Bundesgericht hat in vielen Entscheiden festgestellt, dass die Verleihung als ein einseitiger Akt, eine Verfügung der Behörde zu betrachten ist […], die dem Beliehenen ein wohlerworbenes oder ein subjektives öffentliches Recht zur Ausnützung einer Wasserkraft gewährt. […]» (S. 4); ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 20; EBERLE, Schranken der Rückwirkung, S. 41.

1540 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Diese vornehmlich von Eugen Huber vertreten Auffassung der Begründung von Wasserrechten deckt sich aber

«Diese rechtliche Konstruktion ist unhaltbar, weil sie in absolutem Widerspruche steht mit dem Gesetze. Zudem ist sie derart unnatürlich und gekünstelt, daß sie jeden Anspruch auf Richtigkeit verlieren muß, wenn wir ihr denjenigen Aufbau der Wasserrechte gegenüberstellen, der sich aus dem öffentlichen Rechte ergibt.»[1541]

In diesem Eifer wurde versucht, innerhalb der öffentlich-rechtlichen Rechtsauffassung der Konzession jegliche Spur des Privatrechtes auszumerzen: Um die «Selbständigkeit des Verwaltungsrechtes immer wieder zu betonen», dürfe man sich nicht mehr länger der Fiskustheorie bedienen,[1542] auch seien alle Analogieschlüsse aus dem Zivilrecht zu vermei- 574

niemals mit der Verleihung, wie sie im Wasserrechtsgesetz gedacht ist. Denn während nach Eugen Huber die Verleihung lediglich Voraussetzung ist für die Bildung eines Rechtes, so erscheint sie im Wasserrechtsgesetz als der rechtsbegründende Faktor selbst. Die Rechtsbegründung erfolgt unmittelbar durch den Verleihungsakt» (S. 104, vgl. auch S. 105 ff.); vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Die Ansicht, dass die Konzession zwar durch einseitigen Hoheitsakt begründet werde, aber Privatrecht schaffe neben öffentlichen Rechten, ist für das EWG [scil WRG] nicht mehr haltbar und auch ohne praktischen Wert. Bedeutung hatte diese Theorie von den sogen. ‹gemischt öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen› bei den Eisenbahnkonzessionen. […] Das Bundesgericht weist heute Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Privaten auf Grund solcher Rechte nicht mehr aus theoretischen, wissenschaftlichen Erwägungen heraus, ins Privatrecht, sondern aus praktischen: Erweiterung des Rechtsweges» (S. 14–15).

1541 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S 106; auch: «Wir glauben, die Richtigkeit dieser Behauptung in den vorstehenden Ausführungen auf Grund streng juristischer Konstruktion der Wasserrechte bewiesen zu haben und weisen daher jenen von Seiten eines Vertreters der privatrechtlichen Theorie der Wasserrechte gemachten Vorwurf, daß sich die Annahme der Zugehörigkeit dieser Rechte ins öffentliche Recht als ‹die konfuse Theorie moderner Verwaltungsrechtswissenschaft› erweise, entschieden zurück. So konfus ist diese Lehre nämlich nicht, zum mindesten nicht, wenn man sie mit derjenigen ihrer Gegner vergleicht. Sie hat auf jeden Fall das eine für sich, daß sie uns das ganze Institut der Verleihung, so wie es sich aus dem Wasserrechtsgesetze ergibt, einwandfrei und widerspruchslos erklärt. Diesen Vorteil kann die privatrechtliche Theorie der Wasserrechte nicht beanspruchen, da Widersprüche bei ihr unvermeidlich sind» (S. 125).

1542 Vgl. TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «Man weiss, dass die Konstruktion eines Privatvertrages früher lediglich dazu diente, die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Streite aus dem Verleihungsverhältnis zu begründen. Nachdem das WRG in den Art. 70 und 71 diese Zuständigkeit geregelt hat, braucht man nicht zur alten und veralteten Fiskaltheorie zurückzukehren» (S. 4); auch: «Gewiss hält es schwer, sich von den Anschauungen des Privatrechts zu trennen, bietet doch eine jahrhundertealte Lehre eine Fülle von Stoff, und die Versuchung ist immer vorhanden, Analogieschlüsse zu ziehen. Aber das darf uns nicht daran hindern, die Selbständigkeit des Verwaltungsrechts immer wieder zu betonen. Dabei stösst man freilich auf manche Schwierigkeiten. Aber diese Schwierigkeiten liegen in unserm Denken, nicht im Rechte selber. Es ist unmöglich, den Beweis zu erbringen, dass ein Rechtsinstitut wie die Verleihung dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehört; denn sobald ich den Beweis hiefür antreten will, muss ich stets das voraussetzen, was ich beweisen will. Aber diese Schwierigkeit begegnet uns nicht bloss im öffentlichen Recht, sondern überall. Das Privatrecht hat nur den Vorteil, dass die Begriffe schon längst Allgemeingut geworden sind; sie haben sich derart eingelebt, dass wir gar nicht mehr genötigt sind, die Voraussetzungen eines Begriffes zu prüfen. Was Eigentum, was

den.[1543] Die Konzession sei «niemals eine privatrechtliche, sondern eine obrigkeitliche Willenserklärung», niemals ein Vertrag.[1544] Um jeglichen Rückfall in ein vertragrechtliches Denken zu vermeiden – wie dies bisweilen noch an der Rechtsprechung des Bundesgericht kritisiert wurde[1545] –, wies die Literatur immer wieder auf die der Verfügung eigentümliche Subordination hin:

> «Verleihende Behörde und Beliehener stehen nicht als gleiche Partner einander gegenüber, deren beidseitiger Wille gleichermassen ausschlaggebend ist, sondern im Verhältnis der Subordi-

---

Dienstbarkeit ist usw., weiss jedermann. Was aber eine Verleihung ist, muss sich nach und nach erst durchsetzen. Erst wenn wir erkannt haben, dass mit der Lehre des Vertrages nicht auszukommen ist, dass diese Lehre dem Institut nicht voll gerecht wird, ist unser logisches Bedürfnis befriedigt. Es wäre gut, wenn nach und nach in der Literatur und in der Praxis die Lehre vom Vertrag oder die ‹analoge Anwendung des Vertrages› ausgemerzt würde, sie führt zu unrichtigen Schlüssen. Auch die Erforschung der gegenseitigen Willen bei der Auslegung ist nichts dem Privatrecht Eigentümliches, weil überhaupt alles Recht, Verfassung, Gesetze, alle Entscheid, Urteile, Verträge ausgelegt werden müssen. Die Auslegung einer Bestimmung ist nicht allein Sache des Privatrechts, sondern gehört der allgemeinen Rechtslehre an» (S. 12).

[1543] Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Dabei muß allerdings vermieden werden, die Analogie zum Vertragsrecht zu ziehen, wie es heute noch gern geschieht, denn die Verleihung untersteht nur der Herrschaft des Wasserrechtsgesetzes. Privatrechtliche Bestimmungen können nicht einfach durch Analogieschluß im öffentlichen Recht verwendet werden […], sondern es können nur zivilrechtliche Begriffe ins öffentliche Recht übertragen werden, dann sind sie aber öffentlichrechtliche Begriffe» (S. 112).

[1544] Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Die Wasserrechtsverleihung enthält daher niemals eine privatrechtliche, sondern eine obrigkeitliche Willenserklärung; sie ist eine Verfügung, indem sie ein Rechtsverhältnis begründet zwischen der hoheitlich verleihenden Behörde und dem Beliehenen. […] Die Verleihung ist daher niemals zweiseitiger Vertrag, sondern[,] wie alle Verwaltungsakte, ein auf Grund obrigkeitlicher Herrschaft (des hoheitlichen Verfügungsrechtes über die öffentlichen Gewässer) einseitig erlassener staatshoheitlicher Akt rechtsgeschäftlicher Natur. Darum bildet die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, wie eben jede Gebrauchsregelung an öffentlichen Sachen, ein Hoheitsrecht des Staates, oder anders ausgedrückt: die Wasserrechtsverleihung ist Ausfluß staatlicher Hoheit über die öffentlichen Gewässer» (S. 109–110); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 76.

[1545] Vgl. dazu TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 4. Er verweist hierbei bundesgerichtliche Äusserungen wie: «[d]ie Konzession […] ist zwar der äussern Form nach ein zweiseitiger Vertrag» (BGE 49 I 160 [*EW Lonza c. Kt. VS*], S. 183, E. 5); «[…] wird durch die Konzession ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Beliehenen begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar» (BGE 57 I 329 [*EW Olten-Aarburg c. Kt. SO*], S. 334–335, E. 2); «contrat de concession» (BGE 54 I 432 [*La Dixence c. Evolène*], S. 439, E. 3); «Durch den Vertrag […] hat die GGB […] das Recht erworben, die Wasserkraft des Findelenbaches in einem gewissen Umfang zu nutzen […]» (BGE 61 I 65 [*Gornergratbahn-Gesellschaft c. Gde. Zermatt*], S. 72, E. 2). Auch MUTZNER spricht noch von der «Vertragsfreiheit zwischen dem verfügungsberechtigten Gemeinwesen und dem Konzessionär» (Bundesgesetzgebung, S. 274).

nation, von Staat und Untertan, wenn dieses in einer Demokratie unbeliebte Wort hier gebraucht werden darf. Massgebend ist der Wille des Staates, der ihn vertretenden Behörden.»[1546]

Selbst aber jene nicht durch das Gesetz bestimmten Teile einer Konzession, in welchen die Verleihungsbehörde «freie Hand»[1547] habe, jene Teile, in welchen «die Parteien auch Vorverhandlungen pflegen und miteinander ‹markten›, als ob sie ein Rechtsgeschäft des zivilen Rechts abzuschliessen gedächten»,[1548] dürfe kein Vertrag erkannt werden – es handle sich dabei um einen selbständigen Verwaltungsakt.[1549] Nichts dürfe über die Einseitigkeit der Konzessionserteilung hinwegtäuschen: 575

«Keiner hat Anspruch auf Verleihung; die Kantone können nicht gezwungen werden (vergl. WRG 11), das Recht zu geben, alle Verhandlungen über eine künftige Verleihung liegen ausserhalb jedes Rechtes, die Behörden sind an keine ‹Offerten› gebunden. Erst mit ihrem feierlichen Beschluss, mit der einseitigen Unterschrift des Landammanns und des Kanzlers ist das Recht gewährt.»[1550]

Aus alledem folge, dass auch wenn sie gemäss Art. 59 WRG im Grundbuch eintragbar waren,[1551] die verliehenen Wasserrechte öffentlich-rechtlicher Natur seien: 576

«Ist das Rechtsverhältnis öffentlichrechtlich zu werten, so sind es auch dessen Wirkungen, d.h. die aus ihm fließenden Reche und Pflichten. […] Die Konzession ist ein Verwaltungsakt, der als solcher ins öffentliche Recht gehört. Daraus ergibt sich folgerichtig, daß das durch die Verleihung begründete Rechtsverhältnis ganz und gar öffentlichrechtlich zu werten ist; es wurzelt im öffentlichen Rechte.»[1552]

Damit war alles an der Konzession öffentlich-rechtlich erklärt: 577

«[A]us der Staatshoheit über die öffentlichen Gewässer sich ableitende, durch hoheitlichen Verwaltungsakt unmittelbar begründete subjektive öffentliche Nutzungsrechte.»[1553]

1546 TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 4; auch «Aber es handelt sich dabei um zwei gleichgestellte Partner, keiner steht über dem andern. Bei der Verleihung verschafft die Behörde einem ‹Untertan› öffentlich-rechtliche Gewalt, ein Stück Herrschaft, die sonst nur der Staat ausüben könnte. Diese Gewalt erstreckt sich auf alle andern ‹Untertanen›, die gegen das einmal verliehene Recht nicht aufzukommen vermögen. Um Herrschaft, Verfügungsgewalt abtreten zu können, bedarf es der besondern Form der Verleihung; die Behörde handelt im Namen des Volkes» (S. 5); ebenfalls das Wort «Untertan» verwendet WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 5; GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 122; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 82.

1547 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 111.

1548 GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 28.

1549 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 111–112.

1550 TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 5.

1551 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 113–114; TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 5.

1552 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 121–122.

1553 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 126; LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts: «Von diesen Argumenten trifft eines ohne weiteres zu: Die Ertei-

2.6 Das wohlerworbene Recht

578 Der Gesetzgeber war sich bewusst gewesen, dass das verliehene Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer einen angemessen rechtlichen Schutz brauchte, ansonsten der Konzessionär das Risiko nicht einzugehen bereit wäre.[1554] Zu diesem Zweck dient Art. 43 WRG, «vielleicht die grundlegendste Bestimmung des ganzen Wasserrechtsgesetzes».[1555]

> «Das ist der Grundpfeiler des ganzen Werkes, und WRG 43 schützt den Beliehenen vor ungesetzlichen und der Verleihung widersprechenden Eingriffen des Staates. Alle geschäftlichen Unternehmungen blieben auf schwankenden Füssen, bestünde nicht die Gewähr, dass der Wasserkraftunternehmer auf den Schutz des WRG 43 rechnen kann. Die Rechtssicherheit bildet die Grundlage jeder Betätigung. Dem Recht kommt der Vorrang vor der Wirtschaft zu, die stets auf die Ordnung im Staate angewiesen ist.»[1556]

579 Es ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber auf der Suche nach dem angemessensten Schutz diesen im Begriff des «wohlerworbenen Rechtes» fand; ein Begriff also, welcher unweigerlich mit Assoziationen seiner jahrhundertealten Rechtsgeschichte kommen musste, hatte er doch als *ius quaesitum* bereits im Mittelalter und auch später noch im Rahmen der Fiskustheorie dem Bürger einen privatrechtlichen Schutz gegen den Staat gewährt (s. vorne Rz. 300 ff.). Damit wurde ein Einfalltor für das Privatrecht geschaffen. Der Begriff kam auf Antrag von EUGEN HUBER in den Entwurf,[1557] womit also der Erhalt pri-

---

lung der Konzession und deren Inhalt und Umfang sind unter das öffentliche Recht gestellt. Nur innerhalb der durch diese Bestimmungen festgelegten Beschränkungen kann der Wille der Parteien wirksam sein. Wenn man ein Institut, an dessen Regelung in weit überwiegendem Maße das öffentliche Recht beteiligt ist, als öffentlich-rechtliche Einrichtung qualifizieren kann, ist das verliehene Wasserrecht zweifellos ein solches Institut. Diese Qualifikation steht in der Literatur und Praxis ohnehin fest und soll auch hier nicht angefochten werden» (S. 335).

1554 Vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 572–573; vgl. auch TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «Wenn aber der Staat die Wasserkräfte nicht selber ausnützt, so hat er die Pflicht, dem privaten Unternehmer für die Ausnützung ein gesichertes Recht zu verschaffen, anders liesse sich keiner herbei, grosse Summen in ein Unternehmen zu stecken. Das eidgenössische Wasserrechtsgesetz hat diesen Unternehmungen dadurch den grössten Dienst erwiesen, dass es in Art. 43 dem Beliehenen ein wohlerworbenes Recht auf die Benützung des Gewässers verschaffte» (S. 3); vgl. dazu CATTORI, I diritti acquisiti.

1555 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 55; vgl. auch KNAPP, La fin des concessions hydrauliques: ««Cependant, le point essentiel paraît avoir été que la concession, tout en étant à l'époque qualifiée d'acte unilatéral, crée des droits acquis (art. 43 al. 1 LFH)» (S. 123).

1556 TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 3.

1557 Vgl. LIVER, Die ehehaften Wasserrechte: «Es war Eugen Huber, der Verfasser des schweizerischen Zivilgesetzbuches, welcher in der Expertenkommission den Ausschlag gab für die Beibehaltung des Wortlautes, den der Art. 43 des eidgenössischen WRG hat» (S. 474); WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Der Ausdruck ‹wohlerworbenes Recht› kam in den Verhandlungen der Red. Komm. vom 3. und 4. Mai 1911 (Prot. S. 13) auf Antrag von Prof. E. Huber in das EWG [scil. WRG]. Es entsprang der Tendenz, den Bewerber möglichst sicher zu stellen gegen Eingriffe des Staates. Man wollte ihm ein wahres Recht geben, und wählte daher den Ausdruck

vatrechtlicher Reminiszenzen im WRG – in einem geradezu poetischen Kreisschluss – sein letztes Vermächtnis gewesen wäre. Und tatsächlich stützten sich die Wenigen, welche noch an der privatrechtlichen Rechtsnatur der Konzession festhielten, auf den vom Gesetzgeber verwendeten Begriff des «wohlerworbenen Rechts»:

> «Kehren wir wieder zurück zu der [..] Frage nach der juristischen Natur des Nutzungsrechts im schweizerischen Wasserkraftrecht. Die Lösung derselben ist nicht leicht. Der Gesetzgeber hat seine Bestimmung in Art. 43 so gefasst, dass man mit gutem Recht beide Möglichkeiten herauslesen kann.»[1558]

Weder in der Botschaft noch in der parlamentarischen Debatte finden sich erklärende Worte hierzu.[1559] Auch im Kommentar zum WRG finden sich kaum Aussagen, ausser, dass es sich um ein unpersönliches Recht handelt, welches zu einem selbständigen, dauernden Recht werden kann.[1560] 580

Die Vertreter der Verwaltungsrechtslehre zeigten sich um diesen Begriff sichtlich verlegen und versuchten, ihn als unbedeutend abzutun: WALTHER BURCKHARDT nannte den Artikel «missverständlich ausgedrückt»,[1561] WETTSTEIN zufolge war das «Wort wohlerworben […] symbolisch aufzufassen, ohne Bedeutung für den juristischen Charakter des verliehenen Rechts»,[1562] es bedeute soviel wie «ein subjektives Recht».[1563] Auch WILLY GRESLY, 581

aus der Theorie von der Unentziehbarkeit wohlerworbener Privatrechte. Nur solche hielt man für gefeit gegen staatliche Uebermacht» (S. 13, Fn. 54), vgl. auch DUBACH, Wohlerworbenes Recht: «Was etwas überrascht, ist dass dies auf Antrag Eugen Hubers geschah, dem sonst nachgerühmt wird, dass er als Autor des Zivilgesetzbuches theoretische Festlegungen im Gesetz zu vermeiden trachtete» (S. 16).

1558 So etwa WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 105, vgl. auch nachfolgend S. 106–112; auch MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 256; allerdings nicht mehr in DERS., Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 20; DERS., Zeitlicher Geltungsbereich, S. 117.

1559 Vgl. Botschaft WRG I, in: BBl 1912 II 669, S. 693; Sten Bull NR 1915 III 243, S. 264; Sten Bull SR 1916 I 19, S. 30; vgl. STRUB, Wohlerworbene Rechte, S. 181.

1560 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 174–175. STRUB zufolge wird der Art. 43 WRG darin «stiefmütterlich behandelt» (S. 181).

1561 Vgl. BURCKHARDT, WRG: «In der Tat verschafft die Verleihung dem Beliehenen ein wohlerworbenes ‹Recht› auf die Benutzung des Gewässers, wie der Art. 43, Abs. 1, sich etwas missverständlich ausdrückt; oder besser: ein Recht, das nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden kann, wie Abs. 2 desselben Artikels erläuternd beifügt. Darin besteht der Wert der Konzession für den Konzessionär, dass sie ihm eine sichere Grundlage seiner geschäftlichen Spekulationen verschafft» (S. 319).

1562 WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Das Wort wohlerworben ist also symbolisch aufzufassen, ohne Bedeutung für den juristischen Charakter des verliehenen Rechts. In einem Gesetz, das selbst die Entschädigungspflicht bei Entziehung festsetzt, hat es keine Berechtigung» (S. 13, Fn. 54).

1563 GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Erstens drückt der Art. 43 aus, dass die Verleihung konstitutiv ist; das so erworbene Recht ist ferner ein individuelles Recht, ein ‹wohlerworbenes› Recht. Das heisst so viel wie subjektives Recht» (Wettstein, S. 13); ebenso GRESLY: Sie beherrscht das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Konzessionär.

welcher die Bestimmung zur Grundlage seiner öffentlich-rechtlichen Fundierung des WRG nahm, versicherte, dass über die «Natur des Rechts […] damit aber nichts ausgesagt» sei.[1564] Im Gegenteil: FRITZ FLEINER stellte fest, es seien damit «öffentliche Rechtsamen und nicht Privatrechte» gemeint.[1565] HANS TRÜMPY zufolge möchte «der Begriff ‹wohlerworben› […] nach Art. 43 auch nichts anderes sagen, als daß das einmal verliehene Nutzungsrecht nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurück gezogen werden könne».[1566]

582 Trotz alledem genügte der Art. 43 WRG, um Risse in die so frisch zementierte öffentlich-rechtliche Auffassung der Konzession zu brechen.[1567] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes begann in der Konzession auch Pflichten des verleihenden Gemeinwesens und dann immer mehr auch rechtsgeschäftliche Elemente zu erkennen,[1568] ohne dass sie aber die öf-

---

Das subjektive Recht auf die Nutzung des Gewässers vermag den Unternehmer vor jedem Eingriff der Behörde, der seine Befugnisse schmälert, zu schützen; es bietet ihm Gewähr, daß die einmal rechtsgültig erteilte Konzession grundsätzlich nicht widerrufen noch zu seinen Ungunsten geändert werden kann» (S. 55).

1564 WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft: «Der Gesetzgeber scheute sich, sich über die juristische Natur des subj. Nutzungsrechts auszusprechen, darum wählte er diese Formel, um das Recht wenigstens der Unverletzbarkeit der privaten Vermögensrechte zu unterstellen. Ueber die Natur des Rechts ist damit aber nichts ausgesagt, denn der Gesetzgeber hates [sic] in der Hand, jedes beliebige Recht, also auch ein subj. öffentliches, dieses Schutzes teilhaft werden zu lassen, wenn ihm das gut und billig zu sein scheint» (S. 107).

1565 FLEINER, Bundesstaatsrecht: «Aber es [scil die wohlerworbenen Rechte] sind öffentliche Rechtsamen und nicht Privatrechte» (S. 572, Fn. 19).

1566 Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Der Beliehene erhält nach WRG 43 ein *wohlerworbenes* Recht auf die Benützung des Gewässers nach Maßgabe des Verleihungsaktes. Sofern darunter ein höchstpersönliches, nicht übertragbares Recht gemeint sein sollte, das nie wieder zurückgezogen werden könnte, würde dieser Ausdruck ‹wohlerworben› nicht stimmen […]. Aber der Begriff ‹wohlerworben› will nach Art. 43 auch nichts anderes sagen, als daß das einmal verliehene Nutzungsrecht nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen werden könne. Nachdem nun das WRG das Verfahren für die Erledigung der Streitigkeiten geordnet hat (WRG 70 und 71), spielt die Frage nach der Natur dieses Rechts auch nicht mehr die praktische Rolle wie früher, als es galt, dem Beliehenen einen unabhängigen Richter zu geben. Damals griff man zur bekannten Zweiteilung: Oeffentlichrechtlicher Verwaltungsakt, privatrechtliches Verleihungsverhältnis. […] Diese Fiskaltheorie hat ihre großen Verdienste, wie Fleiner in dem Schriftchen über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht anregend ausgeführt hat» (S. 118).

1567 Vgl. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzession, S. 30, N. 48.

1568 Vgl. BGE 48 I 197 (*EW Olten-Aarburg AG c. RR/OG Kt. SO*): «Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken, dass zwischen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen durch die Verleihung ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten entsteht, einem durch Vertrag begründetes Verhältnis vergleichbar, und der Beliehene deshalb einen rechtlich geschützten Anspruch darauf hat, dass die Verleihungsbehörde ihm gegenüber die Verleihungsbestimmungen einhalte […]» (S. 206–207, E. 4); BGE 57 I 329 (*EW Olten-Aarburg AG c. Kt. SO*): «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird durch die Konzession ein Rechtsverhältnis mit

fentlich-rechtliche Qualifikation derselben als Verwaltungsakt auf Unterwerfung aufgab.[1569] Der Rückwendung hin zum gemischten Rechtsverhältnis bahnte sich an, vollzog sich jedoch erst in späterer Zeit.

2.7 Die Rechtsfolgen einer öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung

Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Rechtswirkungen sich in logischer Konsequenz aus der Öffentlichkeit der Gewässer und dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens darüber ergeben. 583

a. Der Wasserzins und die Konzessionsgebühr

Die Entstehung des Wasserzinses als regalrechtliches Entgelt für die Überlassung der Nutzung der Wasserkraft im Mittelalter wurde bereits dargestellt (s. vorne Rz. 76).[1570] HANS CONRAD ESCHER übernahm ihn in seinem Gesetzesentwurf von 1800 (s. vorne Rz. 101), was die Grundlage für dessen Beibehaltung im kantonalen Recht des 19. Jahrhunderts bildete: Ein Wasserzins findet sich erstmals im *Wasserrechtsgesetz des Kantons Waadt vom 26. November 1869*,[1571] danach im Art. 6 Abs. 2 WRG LU 1875 und in dem ihm nachgebildeten Art. 46 Abs. 3 WRG OW 1877.[1572] 584

Mit dem Art. 49 WRG knüpfte der eidgenössische Gesetzgeber an diese Rechtstradition an und überliess den Wasserzins den durch das kantonale Recht verfügungsberechtigen Gemeinwesen,[1573] denn der Wasserzins stellt das jährliche Entgelt für das verliehene Son- 585

gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Beliehenen begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar» (S. 334–335, E. 2); BGE 65 I 290 (*KW Wäggital c. Bez. March/Kt. SZ*), S. 302, E. 5; BGE 65 I 305 (*Gde. Tiefencastel, Mons, Salux, Reams/Conters c. Rhätische EW/KG GR*), S. 313, E. 2); BGE 88 I 181 (*SA pour l'industrie de l'aluminium c. comm. Mase/Hérémence/Vernamiège*): «Ces actes ont créé entre les parties un rapport juridique comportant des droits et des obligations réciproques qui constituent, notamment pour le concessionnaire, des droits acquis» (S. 185, E. 3).

1569 Vgl. BGE 65 I 305 (*Gde. Tiefencastel/Mons/Salux/Reams/Conters c. Rhätische EW/KG GR*): «Tatsächlich beruht dieser Inhalt weitgehend auf Verhandlungen und einer Verständigung zwischen Behörde und Bewerber, weshalb man von einem vertragsähnlichen Element in der Konzession sprechen kann. Grundsätzlich fliesst aber die verbindliche Kraft der Konzession nicht aus einer vorgängigen Willenseinigung der Beteiligten, sondern aus der Verfügungsgewalt der Behörde in Verbindung mit der Unterwerfung durch den Konzessionär» (S. 313, E. 2); POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzession, S. 30, N. 48.

1570 Für die Geschichte des Wasserzinses vgl. PFLEGHART, Grundzüge I, S. 84–88.

1571 Vgl. LIVER, Entwicklung des Wasserrechts, S. 310–311; siehe vorne Fn. 398.

1572 Vgl. LIVER, Entwicklung des Wasserrechts, S. 311.

1573 Vgl. PFLEGHART, Wasserrechtsartikel: «Da den Kantonen das Eigentum an den öffentlichen Gewässern oder das beanspruchte Wasserregal bezüglich der Ausnutzung der hydraulischen Kräfte

dernutzungsrecht am öffentlichen Gewässer dar.[1574] Insofern handelt es sich um eine Gebühr.[1575]

586 Da dies jedoch zu Beginn des 20. Jahrhunderts von zahlreichen Kantonen «als Mittel zu einer Vermehrung ihrer Einkünfte» angesehen wurde,[1576] definiert das WRG eine Obergrenze. Indem es verhindert, dass sich das verfügungsberechtigte Gemeinwesen «nicht von einseitig fiskalischen Interessen leiten» lässt, trägt es den gesamtschweizerischen volkswirtschaftlichen Interessen Sorge.[1577] Nicht im WRG geregelt und daher auch an keine Obergrenze gebunden ist die Konzessionsgebühr, welche als «Äquivalent für die Verrichtungen amtlicher Organe» verstanden wird.[1578]

verbleibt, so sind auch sie zum Bezug der Wasserzinse allein berechtigt» (S. 111); ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 47.

1574 TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 121; ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 46.

1575 Vgl. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Rechtlich ist der Wasserzins eine Gebühr, die vom Konzessionär für die Benutzung des öffentlichen Gewässers durch die bewilligte Konzession erhoben wird. Die Gebühr ist ein öffentliches, dem Staatsbürger einseitig auferlegter Entgelt für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung oder einer eingeräumten besonderen Nutzung. Ihr wesentliches Unterscheidungsmerkmal besonders gegenüber der Steuerabgabe beruht in einer Beziehung als Entgelt für eine Leistung des Staates» (S. 47); MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens: «Dieser materielle Charakter dürfte aber mit dem Bundesgericht wohl am zutreffendsten dahin definiert werden, daß das eidg. WRG. unter dem Wasserzins ‹die besondere, Gebührencharakter tragende periodische Leistung für die staatliche Einräumung (Verleihung) des Wasserrechts versteht›» (S. 28) mit Verweis auf BGE 48 I 580 (*Meyenberg und Genossen c. KR Kt. ZG*), S. 610–611, E. 5.

1576 Vgl. PFLEGHART, Grundzüge I: «Wo bis anhin Wasserzinse unbekannt waren, wurden solche eingeführt, und an Orten, wo sie bestanden, wurden sie erhöht» (S. 85).

1577 Vgl. MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens: «Diesem öffentlichen Interesse entsprechend weist daher die moderne Gesetzgebung eine doppelte Tendenz auf: Die Verfügung über die Wasserkräfte soll möglichst einem Gemeinwesen zustehen und das Gemeinwesen soll bei seinen Verfügungen sich nicht von einseitig fiskalischen Interessen leiten lassen» (S. 16); auch: «Dagegen sind die gesamtschweizerischen volkswirtschaftlichen Interessen gegenüber den rein f i s k a l i s c h e n Interessen des engeren Verbandes in der Weise geschützt worden, daß der für die Überlassung der Kraftausnutzung zu erhebende W a s s e r z i n s von Bundes wegen an eine Höchstschranke gebunden wurde, die vom Inhaber der Wasserhoheit nicht überschritten werden darf» (S. 24; Hervorhebung im Original); vgl. DERS., Bundesgesetzgebung, S. 257–258.

1578 MUTZNER, Verfügung des Gemeinwesens: Die Konzessionsgebühr ist bundesrechtlich an keine Schranken gebunden worden, weil ihr als einmaliger – hauptsächlich als Äquivalent für die Verrichtungen amtlicher Organe zu leistender – Entschädigung bei weitem nicht die wirtschaftliche Bedeutung zukommt wie dem Wasserzins» (S. 24, Fn. 5).

b. Die Befristung der Verleihung

Während bis weit ins 19. Jahrhundert unbeschränkte kantonale Konzessionen und noch vor dem Inkrafttreten des WRG kantonale Konzessionen auf 99 oder 100 Jahre verliehen wurden,[1579] setzte sich um die Jahrhundertwende die Überzeugung durch, dass der Staat nicht auf so lange, ja ewige Zeit, öffentliche Gewässer aus seiner Verfügungsgewalt geben konnte; zu wertvoll war unterdessen die Wasserkraft geworden.[1580] Damit etablierte sich der «Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt».[1581] Der Kanton St. Gallen sah in Art. 11 WRG SG 1893 eine Höchstdauer von 50 Jahren vor, der Kanton Tessin in Art. 16 Abs. 1 WRG TI 1894 eine Höchstdauer von sogar nur 40 Jahren.[1582] 587

Aus diesem Grund sah Art. 48 WRG vor, dass Konzessionen nunmehr für eine Maximaldauer von 80 Jahren verliehen werden konnten.[1583] Es handelt sich hierbei um eine zwingende Obergrenze, welche auch nicht durch abweichende Regelung in der Konzession überschritten werden darf.[1584] Der Zeitraum von höchstens 80 Jahren wurde vom Gesetzgeber als genügend lang erachtet, um kostspielige Anlagen zu erstellen, wirtschaftlich zu betreiben und zu amortisieren, gleichzeitig kurz genug, um nicht auf zu lange Zeit hinaus das Verfügungsrecht daran zu verlieren.[1585] 588

1579 Bspw. in BGE 61 I 65 (*Gornergratbahn-Gesellschaft c. Gde. Zermatt*), S. 66. Vgl. insb. LIVER, Entwicklung des Wasserrechts, 311; ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 22; TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 5.

1580 ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Mit dem Aufschwung der Industrie und der dadurch vermehrten Inanspruchnahme der Gewässer für die Erzeugung motorischer Energie drang auch bei den Verwaltungsstellen die Erkenntnis durch, daß durch die bereits verliehenen unwiderruflichen Konzessionen auf ein bedeutendes Nationalgut schwere Lasten gelegt worden sind, die nicht weiter erhöht werden dürften. Man verließ daher das System der unwiderruflichen Konzessionen und ging dazu über, nur noch frei widerrufliche oder zeitlich genau bestimmte Konzessionen zu erteilen» (S. 22); MUTZNER, Bundesgesetzgebung, S. 275.

1581 BGE 127 II 69 (*A. AG c. RR/VG Kt. SG*), S. 74–75, E. 4c; vgl. AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzessionen; POLEDNA, Konzessionen und staatliche Bewilligungen, S. 250.

1582 Vgl. LIVER, Entwicklung des Wasserrechts, S. 312–313.

1583 Vgl. Art. 58 WRG: «[Abs. 1] Die Verleihung hat eine Dauer von höchstens achtzig Jahren von der Eröffnung des Betriebes an» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 193); vgl. ITEN, Wasserrechtsverleihung, S. 23; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 72.

1584 WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 5.

1585 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 194; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 128; TRÜMPY, Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «Offenbar besteht doch ein öffentliches Interesse daran, die Verleihungsdauer nicht allzu hoch, aber auch nicht allzu niedrig zu bemessen» (S. 5).

c. Der Heimfall

589 Die Geschichte des Heimfallrechtes von einem ehemals erb- zu einem wasserrechtlichen Institut wurde bereits dargestellt (s. vorne Rz. 74, 79, 83 und 87).[1586] Nachdem der Kanton St. Gallen in Art. 11 Abs. 2 WRG SG 1893 erstmals eine Bestimmung über den Heimfall aufgenommen hatte,[1587] folgten die Gesetzgebungen des Kantons Tessin[1588] und des Kantons Wallis.[1589] Erst aber Art. 32 Abs. 3 WRG ZH 1901 führte den unentgeltlichen Heimfall der hydraulischen Anlagen des Kraftwerks ein.[1590] Diesem Beispiel folgte Jahre

[1586] Vgl. OGRIS, Heimfallsrecht, Sp. 51–55; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 57–65; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzession, S. 70–71; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 2–4; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

[1587] Siehe vorne Fn. 403–404.

[1588] Vgl. Art. 16 Abs. 3 und 4 des WRG TI 1894: «[3] Se non verrà chiesto il rinnovamente della concessione, si applicherá per analogia la disposizione dell art. 15. [4] Se invece so Stato negasse il richiesto rinnovamento della concessione egli sarà obbligato ad espropiare l'insieme delle opere eseguite dal concessionario, pagando l'indennità in base a stima» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 425); vgl. LIVER, Entwicklung des Wasserrechts: «Die Expropriation kann aufgefaßt werden als Verfahren zur Ermittlung des Schadenersatzes, welcher vom Staat als Folge des *Heimfalls* zu entrichten ist» (S. 313, Fn. 19); GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 75; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 5; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

[1589] Vgl. Art. 15 Abs. 2 WRG VS 1898: «Wird ein Gesuch um Erneuerung der Konzession nicht gestellt oder nicht bewilligt, so gehen die für die Wasserleitungen und Kraftgewinnung ausgeführten Arbeiten ohne Entgelt an den Staat oder die betreffenden Gemeinden über» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 457); GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 75; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 5–6; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

[1590] Vgl. Art. 32 Abs. 3 WRG ZH 1901: «Nach Ablauf der Konzessionsdauer fallen die vorhandenen Wasserwerksanlagen (Wehre, Zu- und Ablaufkanäle, Weiher, Motorengebäude mit Wassermotoren) samt den nötigen Zugängen unentgeltlich an den Staat. Dieselben sollen sich bei der Übergabe in gutem betriebsfähigen Zustande befinden» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 265); vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 75; WIDMER, Heimfallverzichts-Erklärung, S. 6; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

1907 der Kanton Bern[1591] und im Jahre 1908 der Kanton Schwyz.[1592] Der Rest der Kantone kannte keine Heimfallbestimmung im kantonalen Wasserrecht.[1593]

Der geltenden Heimfallbestimmung im WRG gingen über 20 Vorentwürfe voraus;[1594] zu Beginn war der Heimfall nur für den hydraulischen Teil vorgesehen, dann gleichermassen für den hydraulischen und elektrischen, bis WALTHER BURCKHARDT schliesslich die sachliche Trennung bleibend verankerte.[1595] Auch in der vorberatenden Kommission gab der Heimfall «viel zu reden».[1596] Umso weniger dafür leider in der parlamentarischen Debatte. Der Aargauer Ständerat *Peter Emil Isler* (1851–1936),[1597] welcher als Präsident der stän- 590

[1591] Art. 11 Abs. 2 und 4 WRG BE 1907: «[2] In allen andern Fällen wird die Konzession auf die Dauer von 50 Jahren verliehen. Diese Konzessionen fallen nach Ablauf dieser Zeit an den Staat zurück und es hat dieser die Wahl, entweder die Wasserkraft anderweitig zu verwenden oder aber dem bisherigen Konzessionär die Weiterbenützung derselben während eines bestimmten Zeitraumes zu gestatten (Erneuerung der Konzession). […] [4] Nach einer Benutzung von 100 Jahren fällt die Konzession samt allen zu ihrer Ausbeutung gemachten Anlagen, Bauten und Einrichtungen unentgeltlich an den Staat zurück und es hat derselbe lediglich noch den Wert des Grund und Bodens, auf welchem die Bauten stehen sowie der maschinellen Einrichtungen zu ersetzen. Zur Übernahme der letztern ist jedoch der Staat nicht verpflichtet. Sämtliche dem Staate zufallenden Anlagen, Bauten und Einrichtungen sind in gutem und betriebsfähigem Zustande zu übergeben» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, 278); vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 75; WIDMER, Heimfallverzichts-Erklärung, S. 6; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

[1592] Vgl. § 5 lit. c WRG SZ 1908: «Die von der Bezirksgemeinde zu erteilenden Bewilligungen (Konzessionen) sollen folgende Minimalforderungen enthalten: […] c) nach Ablauf der Konzessionsdauer oder Erlöschen der Konzession sollen die gesamten im Kanton sich befindlichen Anlagen unentgeltlich je zur Hälfte an den Kanton und an die konzessionserteilenden Bezirke fallen» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 306); GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 75–76; WIDMER, Heimfallverzichts-Erklärung, S. 6; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77.

[1593] Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 76.

[1594] Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 77–79; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 9–10.

[1595] GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 203; Der Vorschlag zur sachlichen Teilung ging vom schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein ein (vgl. PFLEGHART, Grundzüge I, S. 93). GADIENT zufolge erfolgte die Trennung in Anlehnung an Art. 32 Abs. 3 WRG ZH 1901 (Heimfall im Wasserrecht, S: 77), eine Auffassung, die in der Literatur wiederholt wird (WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 9; WYER, Nutzung der Wasserkraft, S. 77); der Grund hierfür bleibt schleierhaft, sieht doch gerade diese Bestimmung keine Trennung in hydraulischen und elektrischen Teil vor (siehe vorne Fn. 1590).

[1596] Vgl. den detaillierten Abriss bei GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 77–79, 83; GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 203.

[1597] Zur Person vgl. WOHLER, HLS: Peter Emil Isler. Ständerat *Isler* nahm bei der «Wasserrechtsgesetzgebung eine überragende Stellung ein», wobei ihm gewiss seine Erfahrung als Verwaltungsratsmitglied beim Elektrizitätswerk Laufenburg (1909–1932) half. Anschliessend wurde er Verwaltungsratsmitglied beim Aargauischen Elektrizitätswerk (1916–1929).

derätlichen Kommission die Entwurfsbestimmungen mit erläuternden Voten einleitete, hielt eine «weitere Besprechung nicht für notwendig», da die Regelung ihm «zutreffend und berechtigt zu sein» schien und auch der Nationalrat hatte dem nichts beizufügen.[1598] So lautete der Art. 67 WRG:

> «Art. 67 (2. Infolge Heimfalls, a. bei kantonalen Gewässern)
>
> [1] Beim Heimfall der Werke ist, sofern die Verleihung nichts anderes bestimmt, das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt:
>
> a. Die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betriebe des Wasserwerks dienenden Boden unentgeltlich an sich zu ziehen;
>
> b. Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Kraft gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen.
>
> [2] Der Beliehene ist berechtigt, zu verlangen, daß das Gemeinwesen die zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Kraft bestimmten Anlagen übernehme, wenn es sie für die fernere Ausnutzung der Kraft vorteilhaft verwenden kann.
>
> [3] Der Beliehene ist verpflichtet, die Anlagen und Einrichtungen, an denen das Heimfallsrecht besteht, in betriebsfähigem Zustand zu erhalten.»[1599]

591 Das WRG gibt also keine Legaldefinition für den Heimfall (frz. retour, ital. riversione),[1600] vielleicht weil er damals noch in weiter Ferne und von nur schwer abzuschätzender Bedeutung war.[1601] Leider finden sich auch in den Materialien nur spärliche Hinweise dazu.[1602] Insofern bleibt sein Sinngehalt einzig «aus dem Zusammenhang abzuleiten, in dem er verwendet wird».[1603]

1598 Votum *Isler*, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 332, S. 334; nur wenige Worte zur «billigen Entschädigung», ansonsten aber keine Wortmeldungen in Sten Bull NR 1915 III 293, S. 298; vgl. WIDMER, Heimfallverzicht-Entschädigung, S. 20.

1599 Zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 203.

1600 Vgl. WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 7; AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 73; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 46; WYER, Wasserkraftrecht, S. 54.

1601 So zumindest die Vermutung von GADIENT, Heimfall im Wasserrecht: «Wenn wir uns fragen, weshalb ein Institut von solcher Tragweite keine bessere Ausgestaltung gefunden hat, so gibt es dafür nur die eine Antwort: man hat dessen Bedeutung, wohl in Anbetracht der grossen Zahl von Problemen, mit denen sich die Praxis bisher zu befassen hatte, bei weitem unterschätzt. Diese Lücken könnten sich in den kommenden Jahren bemerkbar machen» (S. 76–77).

1602 Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 82.

1603 WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 7.

Zunächst folgt der Heimfall – wie seine Entstehung aus dem mittelalterlichen Erbrecht bereits aufzeigt – aus der Verleihung, also aus dem Umstand, dass der Konzessionär ein zeitlich befristetes Nutzungsrecht verliehen bekommen hat, das ihm nicht originär zusteht.[1604] Aus diesem Grund steht der Heimfall dem verleihenden Gemeinwesen zu.[1605] Aus diesem Grund handelt es sich auch um ein öffentlich-rechtliches Institut.[1606] Wie schon im Mittelalter soll der Heimfall der «Sicherung des Eigentums» seitens des verleihenden Gemeinwesens dienen.[1607] Der durch die begriffliche Identität evozierte Vergleich führt jedoch zu zahlreichen Problemen. 592

(1) Probleme mit der Silbe «Heim«

Mit dem Ende der Konzession verliert der Konzessionär sein Sondernutzungsrecht am öffentlichen Gewässer und es lebt *eo ipso* das Verfügungsrecht des verleihenden Gemeinwesens wieder auf.[1608] Einzig das Nutzungs- resp. Verfügungsrecht fällt tatsächlich heim, d.h. zurück an den originär Berechtigten – und dies ohne, dass hierzu eine gesetzliche Bestimmung nötig wäre. Art. 67 WRG stipuliert jedoch den Heimfall mit Bezug auf die hydraulischen und elektrischen Anlagen:[1609] 593

> «[…] was heimfällt, sind die Anlagen und nicht die Verleihung, wie sich Konzessionen und kantonale Wassergesetze häufig ausdrücken.» [1610]

[1604] Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Nur wo eine Verleihung vorliegt, ist Raum für Rückkauf und Heimfall» (S. 5).

[1605] Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 93.

[1606] WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Der Heimfall ist ein Institut des öffentlichen Rechtes» (S. 73).

[1607] WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 3.

[1608] Vgl. BGE 65 I 305 (*Gde. Tiefencastel/Mons/Salux/Reams/Conters c. Rhätische EW/KG GR*): «[D]ie Konzession erlischt und damit auch das Recht des Gemeinwesens auf den Wasserzins und die andern Leistungen des Konzessionärs, und die Wasserkraft ist wieder zur Verfügung des Gemeinwesens» (S. 322, E. 7).

[1609] Vgl. WYER, Wasserkraftanlagen: «Ist die Konzession abgelaufen, so fällt das verliehene Sondernutzungsrecht dahin. Eo ipso lebt die volle Verfügungsfähigkeit des berechtigten Gemeinwesens wieder auf. Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schicksal des Sondernutzungsrechts und jenem der Wasserkraftanlagen. Das bisherige Wassernutzungsrecht erlischt; des [sic] Gemeinwesen kann über die Wasserkraft verfügen. Anders hingegen verhält es sich mit dem Schicksal der Wasserkraftanlagen» (S. 54).

[1610] Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 69.

594 Die hydraulischen und elektrischen Anlagen aber wurden durch den Konzessionär erbaut und waren nie im Eigentum des verleihenden Gemeinwesens.[1611] Insofern können sie nicht «heim»-fallen, wie MANUEL SAITZEW mit spitzer Feder bemerkte:

> «Wollte ich bei dem schon bestehenden Begriffs- und Wortwirrwarr nicht grundsätzlich darauf verzichten, neue Kunstausdrücke zu produzieren, so würde ich die Frage aufwerfen, ob man bei dieser Sachlage s t a t t von einem ‹H e i m f a l l› nicht richtigerweise von einem ‹Z u ›f a l l oder von einem ‹A n ›f a l l sprechen sollte: denn heim kann nur etwas fallen, was einem vorher schon gehört hat, was aber mit Bezug auf die Anlage im Falle des ‹Heimfalls› nicht der Fall ist.»[1612]

595 Man hat aus diesem Grund das Heimfallsrecht des verfügungsberechtigten Gemeinwesens an den Anlagen verschiedentlich auch mit dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip gemäss Art. 671 Abs. 1 ZGB (*superficies solo cedit*) zu erklären versucht, wonach alle Bauten (als Nebensache) in das Eigentum des Grundeigentümers (als Hauptsache) fallen.[1613] Mit Bezug auf ein öffentliches Gewässer:

> «Die Silbe ‹Heim› bedeutet, dass die Bauten, die mit dem Wasserlauf verbunden sind, an den Herrn des Gewässers übergehen.»[1614]

596 Allein auch dieser Vergleich hinkt. Die Analogie des Akzessionsprinzips würde die Anlagen, wenn überhaupt, nicht in das Eigentum des «Herrn des Gewässers», sondern in dasjenige des Grundeigentümers übergehen lassen, welcher nicht zwingend das verleihende Gemeinwesen ist, ja regelmässig sogar der Konzessionär selber sein wird. Während die Aufteilung in hydraulischen und elektrischen Teil die Vermutung nahelegt, dass jene Teile, welche mit dem öffentlichen Gewässer in Berührung kamen, gewissermassen dem öffent-

---

[1611] Vgl. PFLEGHART, Grundzüge I: «Der Konzessionär ist von Anbeginn an Eigentümer dieser Vorrichtungen gewesen und geblieben; der Staat hat von sich aus nichts dazu beigesteuert und ist mit Bezug auf sie um keinerlei Leistung angegangen worden. Wenn nach Erlöschen der Konzession auch diese Objekte an ihn übergehen sollten, so kann hier von einem *Heimfall* daher nicht mehr die Rede sein» (S. 94; Hervorhebung im Original).

[1612] SAITZEW, Heimfallabschreibungen, S. 17–18 (Hervorhebungen im Original); vgl. auch WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung: «Tatsächlich ist es kein ‹Heimfall›, sondern ein ‹An›fall oder ‹Zu›fall: denn heim kann nur etwas fallen, was einem vorher schon gehörte […]» (S. 47, Fn. 7).

[1613] Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Um sich das Heimfallen der hydraulischen Anlagen zu erklären, können wir Vergleiche ziehen mit dem Akzessionsprinzip des Sachenrechtes. Nach dem Satz: Superficie solo cedit, fällt ins Eigentum des Grundherrn alles, was auf dem Boden gebaut wird. […] Um sich den Heimfall zu erklären, muss man noch eine weitere Ueberlegung machen. Die Grundidee des Akzessionsprinzipes ist, dass Sachen, die tatsächlich eine Einheit bilden, auch kein getrenntes juristisches Schicksal haben sollen. Nebensachen folgen dabei der Hauptsache» (S. 70); vgl. WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 137; WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 8; POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, S. 259, N. 309; HÄNER, Ende des Konzessionsverhältnisses, S. 95.

[1614] Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 69.

lich-rechtlichen Schicksal folgen müssen, kann dieses Argument für den elektrischen Teil nicht gemacht werden.[1615] Aus diesem Grund meint BENNO WETTSTEIN:

> «Da beim Heimfall der Betrieb beisammengehalten wird, dient er zur Verstaatlichung. […] Eine Ausdehnung des Heimfallrechtes über den hydraulischen Teil hinaus ist unzulässig. […] Das Akzessionsprinzip kann nur dort durchgeführt werden, wo der Staat Herr der Hauptsache ist.»[1616]

Tatsächlich stiess sich niemand an all diesen Punkten, sondern erachtete den Heimfall so- 597
wohl in wirtschaftlicher wie juristischer Hinsicht als durchaus gerechtfertigt:[1617]

> *Wirtschaftlich* war die Trennung der Anlagen vom öffentlichen Gewässer sinnlos, da der Konzessionär mit den Anlagen und das Gemeinwesen mit dem Verfügungs- resp. Nutzungsrecht an den öffentlichen Gewässern allein nichts anfangen konnten.[1618] Aus der parlamentarischen Debatte geht daher der klare Wille des Gesetzgebers hervor, das Nutzungsrecht und die Anlage als Einheit zu bewahren.[1619]

1615 Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «In unserem Falle, beim wasserrechtlichen Heimfalle, wäre nun die Wasserkraft als Hauptsache zu betrachten. […] Denken wir uns nun die Wasserkraft als Hauptsache, so wäre die Nutzungsanlage die Nebensache. Um sich die enge Verbindung dieser beiden Rechtsobjekte klar zu machen, darf man sich nicht an die körperliche Vorstellung klammern, denn der Zusammenhang ist ein wirtschaftlicher: die Bauten zur Ausnutzung der Wasserkraft sind völlig abhängig von der Wasserkraft. Sie erhalten überhaupt erst durch sie ihren Wert und ihre Daseinsberechtigung. […] Das ist aber nur solange möglich, als dieses Recht besteht; erlischt es, so fällt die Nebensache dem Eigentümer der Hauptsache zu» (S. 70–71).

1616 WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 71–72

1617 Vgl. GADIENT, Heimfall und Wasserrecht, S. 81.

1618 Vgl. PFLEGHART, Grundzüge I: «Mit dem Erlöschen des verliehenen Wassernutzungsrechtes haben jene für den Konzessionär jeglichen Wert verloren; deren Beseitigung würde ihm mehr Auslagen verursachen als der Erlös des etwa verwertbaren Abbruchmaterials zu decken vermöchte, und der Unternehmer erleidet daher keine vermögensrechtliche Einbusse, wenn ein für ihn wertloses Objekt in den Besitzt des Staates übergeht […] entgegengesetztenfalls müsste ja unter allen Umständen ein *Wertverlust* eintreten, weil weder der Konzessionär noch der Staat aus der vorhandenen Anlage und der durch sie gefassten Wasserkraft irgend einen Nutzen zu ziehen vermöchte und beide jene dem Verfall entgegengehen lassen müssten. Derart unvernünftige Zustände zu schaffen kann selbstverständlich keine Rechtsordnung sich beikommen lassen» (S. 94; Hervorhebung im Original).

1619 So wurde der Antrag von Ständerat *Ochsner*, welcher – bei interkantonalen Verhältnissen – die Anlagen grundsätzlich demjenigen Kanton anheimfallen lassen wollte, auf dessen Gebiet sie sich befinden, abgelehnt (Votum *Ochsner*, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 332, S. 334–335; abgelehnt auf S. 339 und in der Sitzung vom 29. September 1915, Sten Bull NR 1915 III 293, S. 299. Vgl. insb. Votum *Isler*, Sitzung vom 29. September 1913: «Aber weil dem so ist, kann an eine Teilung des Heimfalls rein territorial nicht gedacht, sondern es muss die Einheit als solche erhalten und zur Ordnung des künftigen Betriebes geschritten werden» (in: Sten Bull SR 1913 III 332, S. 334); vgl. MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 37; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 137; WIDMER, Heimfallverzicht-Entschädigung, S. 31–32.

Juristisch, weil die *ratio legis* der Heimfallsbestimmung – wie auch schon bei der Bestimmung der Maximaldauer der Konzession – letztlich die gesetzgeberische Angst war, das Verfügungsrecht über die nicht selber ausgenutzten, öffentlichen Gewässer auf zu lange Zeit hinaus zu verlieren.[1620] Insofern erachtete es der Gesetzgeber als gewissermassen selbstverständlich, dass die hydraulischen Teile gemäss Abs. 1 lit. a unentgeltlich an das Gemeinwesen übergehen sollten.[1621] Der elektrische Teil gemäss Abs. 1 lit. b immerhin gegen «billige Entschädigung», wobei hier der Gesetzgeber scharfe Grenzen zog.[1622] Wie

---

1620 Vgl. AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzessionen: «Der Staat scheute sich weitgehend ob des wirtschaftlichen Risikos der Elektrizitätserzeugung und -verteilung, zumindest in dieser Anfangsphase. Seine erklärte Absicht war es aber auch, die Möglichkeit einer effizienten Mitbestimmung in der Energiewirtschaft bei geringerem finanziellen Risiko nicht ein für allemal entschlüpfen zu lassen. Diesem Zweck dient das Heimfallsinstitut» (S. 72); vgl. auch WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung: «Aus der Entstehungsgeschichte geht deutlich hervor, dass die Angst des Gesetzgebers, die Gewässerhoheit durch langjährige Konzessionen zu verlieren, bei der Statuierung von Art. 67 EWRG im Vordergrund stand. Den Verlust der Verfügungsgewalt über öffentliche Gewässer wollte man mit dem Heimfall verhindern» (S. 47).

1621 Vgl. Votum Maillefer, Sitzung vom 29. September 1915: «Qu'arrivera-t-il à la fin de la concession? […] Alors l'autorité concédante aura le droit de reprendre sans indemnité toutes les installations hydrauliques, parce qu'à ce moment elles feront pour ainsi dire partie du cours d'eau. Par contre, les installations destinées à produire la force électrique pourront être reprises contre indemnité» (in: Sten Bull NR 1915 III 293, S. 298); vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Auf den ersten Blick ist auffällig, dass nur der hydraulische Teil des Unternehmens heimfällt. […] Besonders für den Ingenieur muss es störend erscheinen, dass ein Werk, das technisch ein Ganzes bildet, vom Juristen nicht einheitlich behandelt wird. […] Die Sonderbehandlung wird man aber verstehen, wenn man sich den Inhalt der Verleihung vergegenwärtigt: der Unternehmer erhält ein Recht auf die Nutzung der Wasserkraft, es wird ihm ein Teil der öffentlichen Sache zum persönlichen Gebrauch überlassen. […] Grundsätzlich wird also nur der hydraulische Teil des Unternehmens von den Konzessionsvorschriften beherrscht. Das äussert sich nun in dem verschiedenen rechtlichen Einfluss des Staates auf den elektrischen und den hydraulischen Teil des Unternehmens» (S. 69–70).

1622 Vgl. Votum *Vital*, Sitzung vom 29. September 1915: «Es ist weiter die Frage entstanden, was unter billiger Entschädigung zu verstehen sei, und es ist die Befürchtung ausgesprochen worden, man möchte unter Umständen auf den Beliehenen, dessen Konzession heimfällt, zu grosse Rücksicht nehmen. Der Beliehene könnte beispielsweise geltend machen, dass seine Anlagen, die zu einem billigen Preise übernommen werden müssen, ihm ausgezeichnete Dienste geleistet haben, dass er mit Hilfe dieser Anlagen ein gutes Geschäft betrieben habe und dass demnach diese Anlagen einen grossen Wert besitzen. Demgegenüber ist aber zu bemerken, dass selbstverständlich die guten Erfolge des Betriebes nicht allein den Anlagen zuzuschreiben waren, sondern der Zusammenwirkung von Konzession und Anlagen. Die Anlagen allein haben nach Ablauf der Konzession nur den Bauwert, der noch zu reduzieren ist durch eine angemessene Amortisation infolge der Abnutzung. Es ist also die billige Entschädigung nur zu bemessen nach den wirklichen Anlagekosten, abzüglich der üblichen Amortisation. Wir finden aber, dass es nicht nötig ist, das ausdrücklich zu sagen, sondern nehmen an, dass im Streitfalle die zuständige Behörde nach diesen durchaus unanfechtbaren Grundsätzen die Entschädigung bemessen und weitergehende allfällige Ansprüche des Beliehenen zurückweise wird» (in: Sten Bull NR 1915 III 293, S. 298); vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 204.

sich indes der hydraulische Teil vom elektrischen Teil im Detail abgrenzen lässt, erklärt Art. 67 WRG nicht.[1623]

(2) Probleme mit der Silbe «-fall»

Das Wort «Fall» legt nahe, dass es sich beim Heimfall – wie beim Wiederaufleben des Verfügungsrechtes am öffentlichen Gewässer – um einen rechtlichen Automatismus handelt. So zumindest ist der Heimfall teilweise auch in der Literatur verstanden worden.[1624] 598

Zunächst kann der Heimfall kein Automatismus sein, da es sich dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 1 WRG nach nicht um zwingendes, sondern um dispositives Recht handelt, welches nur in Kraft tritt, «sofern die Verleihung nichts anderes bestimmt».[1625] Da der Heimfall nur in einigen kantonalen Wasserrechtsordnungen geregelt ist,[1626] sollte der Heimfall daher in einer Konzessionsbestimmung ausdrücklich geregelt werden,[1627] wobei eine Abweichung von Art. 67 WRG möglich ist.[1628] 599

[1623] Zur Debatte über das gesetzlich nicht geregelte Heimfallobjekt vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 77–80; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 82–87; WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen, S. 10–13; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 19–24.

[1624] Vgl. etwa: «Unter Heimfall versteht man den unentgeltlichen, automatischen Uebergang des Wasserwerkes an den Verleiher nach dem Erlöschen der Konzession» (WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 69; identisch bei TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession S. 7); als «zu ungenau» kritisiert in AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 74, Fn. 73).

[1625] Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 203; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 136; dazu Votum *Vital*, Sitzung vom 29. September 1915: «Es ist im voraus zu bemerken, dass dieser ganze Artikel, nicht nur die lit. a und b, nur subsidiäres Recht schafft. Er gilt nur, insofern die Verleihung nichts anderes bestimmt. Bei der Redaktion […] kann das zweifelhaft sein. Man könnte die Vermutung hegen, der Zwischensatz: ‹sofern die Verleihung nicht etwas anderes bestimmt› beziehe sich nur auf den ersten Absatz. Das ist aber nicht die Meinung. Die Auffassung der Kommission, und sie scheint auch ziemlich selbstverständlich zu sein, ist die, dass in erster Linie die Verleihung massgebend ist, wie es ganz deutlich hervorging aus der Fassung des Bundesrates» (in: Sten Bull NR 1915 III 293, S. 298).

[1626] Es handelt sich um die Kantone Bern, Graubünden, Schwyz, Tessin, Waadt, Wallis und Zürich; vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 88; WIDMER, Heimfallverzichts-Entschädigung, S. 15, Fn. 66, ferner S. 18.

[1627] Vgl. GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 135, 138–140; WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Zur juristischen Begründung eines Heimfallrechtes bedarf es der ausdrücklichen gesetzlichen oder konzessionsgemässen Bestimmung» (S. 71).

[1628] Vgl. TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «Das WRG gibt in Art 67 nur eine dispositive Regelung. Verleiher und Beliehene können dem Heimfall in der Konzession beliebig regeln» (S. 7).

600 Selbst dann handelt es sich nicht um einen automatischen «Fall», sondern um ein Gestaltungsrecht, welches einer Heimfallerklärung seitens des Gemeinwesens bedurfte:[1629]

> «Die Bezeichnung ‹fallen› stimmt nicht mehr mit dem Art. 67 EWG [scil. WRG] überein. Dieser sagt, dass nach Ablauf der Verleihungszeit der Verleiher befugt ist zur Aneignung. Es ist also kein Uebergang ohne weiteres, sondern durch Willensbetätigung. Die Bezeichnung Heimfall ist aber beibehalten worden.»[1630]

(3) Der Heimfall als Abgabe

601 Eingedenk dieser semantischen Probleme festigte sich mehr und mehr die Auffassung, wonach es beim Heimfall weder um etwas mit «Heim» noch um einen «Fall» handelte, sondern um eine weitere Abgabe, welche der Konzessionär anlässlich der Beendigung der Konzession zu entrichten hatte, ein letzter Preis, gewissermassen, für die Verleihung des Sondernutzungsrechtes an einem öffentlichen Gewässer.[1631] So verstand auch das Bundesgericht den Heimfall:

> «Die Heimfallslast bedeutet ökonomisch nichts anderes als eine Abgabe, die an das Gemeinwesen, das die Konzession erteilt hatte, – über die bei diesem Anlass oder jährlich zu entrichtenden Gebühren und Abgaben (Konzessionsgebühr, Wasserzins etc.) hinaus – bei Ablauf der Konzession in natura, d.h. durch die Überlassung des Betriebes, zu leisten ist.»[1632]

3. Die Ausnahmeregelung für privatrechtliche Nutzungsrechte im WRG

602 Die Verfassungsgrundlage in Art. 24bis BV 1874 erlaubte es dem Bund, die Nutzbarmachung der öffentlichen Gewässer zu regeln, nicht aber die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer. Diese privaten Nutzungsrechte abzuschaffen stand zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion, nicht zuletzt, da die Bestimmung in Art. 24bis BV 1874 keine Grundlage

---

1629 Vgl. WERRA, Ablauf von Wasserrechtskonzessionen: «Nach der Sonderordnung des Art. 67 Abs. 1 EWRG, vor welcher das Akzessionsprinzip weichen muss, geht somit bei Ablauf der Verleihung das Werk nicht unmittelbar auf das verleihungsberechtigte Gemeinwesen über, sondern es entsteht ein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht, eine Befugnis der Gemeinde oder des Kantons, durch ihren alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen» (S. 8–9); AUGUSTIN, Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 75; WYER, Wasserkraftrecht, S. 55.

1630 WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 69.

1631 Vgl. SAITZEW, Heimfallabschreibungen, S. 17; GADIENT, Heimfall im Wasserrecht, S. 82; TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, S. 125; TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession, S. 7; ISLER, Kompetenzabgrenzung, S. 63; KNAPP, La fin des concessions hydrauliques, S. 161; VINZENZ, Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 72–73.

1632 BGE 75 I 16 (*NOK AG c. Obersteuerbehörde Kt. GL*), S. 23, E. 5.c.

dazu bot.[1633] Ihnen gegenüber konnte der Bund keine Vorschriften erlassen, wie schon die Botschaft des Bundesrates offen bekannte.[1634] Bereits der Entwurf des Bundesrates hatte daher einen separaten vierten Abschnitt «Von den Wasserwerken auf Grund privatrechtlichen Verhältnisses» vorgesehen.[1635] In solchen Fällen konnte der Bund einzig seine Oberaufsicht geltend machen.[1636] Es handelte sich um eine rechtshistorisch begründete Tatsache, die der Gesetzgeber hinzunehmen hatte:

> «Hier, über die Begründung von Werken an Privatgewässern dagegen, hat der Entwurf wenig zu sagen, weil die Aufsicht des Staates in den baupolizeilichen Vorschriften sich erschöpft und für weiteres kein Platz ist, es wäre denn die Enteignung zu öffentlichen Zwecken, da wo ihre Voraussetzungen vorliegen.»[1637]

Nachfolgend werden die Sonderbestimmungen für private Nutzungsrechte dargestellt. 603

1633 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913: «Da wir in diesen beiden Kantonen [scil. der Kanton Glarus und der Kanton Zug] ausnahmsweise für die Begründung von Wasserrechten auch an öffentlichen Gewässern Privatrecht vorfinden und nicht behördliche Verleihung, so müssen wir den Fall dieser Kantone auch besonders behandeln, sonst ist das Recht dieser Kantone nicht berücksichtigt und sie kommen zu kurz. Man hätte ja daran denken können, wie ich gestern gesagt habe, durch das Bundesgesetz diese Rechtseigentümlichkeiten zu beseitigen; aber dazu wäre kaum die Kompetenz im neuen Verfassungsartikel vorhanden gewesen und es hätten diese Kantone zudem sagen können: Ueberall lässt man das hergebrachte kantonale Recht bestehen, nur bei uns hebt man es auf. Wirtschaftlich liegt ebensowenig die Notwendigkeit vor, das Recht dieser Kantone zu beseitigen, man kann vielmehr ohne irgendwelche Gefährdung der öffentlichen Interessen es bestehen lassen, wie es bestehe. […] Es ist denn auch in der Kommission von keiner Seite verlangt worden, dass diese beiden kantonalen Rechte aufgehoben werden sollen, sondern man hat sich begnügt, in der Weise vorzugehen, wie es nun geschieht» (in: Sten Bull SR 1913 III 252).

1634 Vgl. Botschaft WRG II: «Die privaten Gewässer, d.h. diejenigen, deren Nutzbarmachung im Eigentumsrecht des Eigentümers des Bettes oder des Uferanstössers enthalten ist, können nicht derselben Regelung unterstellt werden wie die öffentlichen. Da die Benutzung Gegenstand eines Privatrechtes ist, kann weder von einem Verfügungsrecht im obigen Sinn, noch von Verleihung gesprochen werden; der Berechtigte verfügt über sein Recht in den Formen des Privatrechts (z.B. Veräusserung, Begründung einer Dienstbarkeit, Miete, ZGB 655, 730; OR 275). Und der Bund kann diesen bestehenden Rechten nicht dieselbe einschränkende Regelung angedeihen lassen wie der Ausnutzung der öffentlichen Gewässer» (in: BBl 1912 II 679); vgl. auch Votum *Isler*, Sitzung vom 7. März 1916: «Und da der Bund in diese Privatrechte nicht eingreifen will, ist er genötigt, für die betreffenden Kantone eine Ausnahme von der Regel zu machen, dass die Gewässer, die er als öffentliche bezeichnet, unter dem Konzessionssystem stehen» (in: Sten Bull SR 1916 I 7); vgl. auch KRONENBERG MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 285.

1635 Vgl. Art. 59b–59d der Anträge der Kommission des Ständerates vom 3. Juni 1913, in: Sten Bull 1913 III S. 232.

1636 Botschaft WRG II, in: BBl 1912 II 679; vgl. auch KRONENBERG MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 285.

1637 Votum *Isler*, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 236.

3.1 Die Sonderbestimmungen

604 Diese in ihren Kompetenzen ohnehin schon gespaltene Wasserrechtsordnung durchbrechende Ausnahme war vielen Parlamentariern befremdlich und musste daher ausführlich erklärt werden. *Isler* bezeichnete sie als Präsident der ständerätlichen Kommission treffend als «Gesetzeseigentümlichkeiten rechtshistorischer Natur».[1638] Es biete sich «dem Auge des Gesetzgebers eine Unregelmässigkeit dar, die wie eine Enklave von einem Gebiet ins andere hinüberzieht und eine rechtsgeschichtliche Ursache hat».[1639] Er fährt fort:

> «Während fast in allen Kantonen der Schweiz für Triebwerke an öffentlichen Gewässern das Regal besteht, hat in einem Kanton (Glarus) ganz und in einem andern (Zug) in einem gewissen Sinne die altdeutsche Rechtsauffassung Geltung behalten, dass das Regal hier nicht besteht, sondern der Uferanstösser Herr der Wasserkraft ist. Wo dieses Rechtsverhältnis noch gilt, da ist für eine Verleihung durch die Behörde nicht Platz, sondern nur für Vorschriften der Wasserbaupolizei, es wäre denn, man hätte das kantonale Recht eben beseitigen und es durch Bundesrecht ersetzen wollen, wozu nach dem Verfassungsartikel die Zuständigkeit recht zweifelhaft erschiene. Also hat der Entwurf da, wo das kantonale Recht dieses Anstösserrecht noch behalten hat, die Begründung der Wasserwerke auch bei den öffentlichen Gewässern ihres Gebietes in den Abschnitt über die Begründung aus Privatrecht verwiesen.»[1640]

a. Die Ausnahmeregelung für die Kantone Glarus und Zug

605 Zunächst musste das WRG die Existenz privater Nutzungsrechte der Ufereigentümer anerkennen. Dort, wo also das Verfügungsrecht gemäss kantonalem Recht bei den Uferanstössern lag, anerkannte dies der Art. 4 a des Entwurfes der ständerätlichen Kommission vom 3. Juni 1913:

1638 Votum Isler, Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 251; vgl. auch WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, der von «rechtshistorischen Eigentümlichkeiten» spricht (S. 59).

1639 Votum Isler, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 236.

1640 Votum Isler, Sitzung vom 29. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 236; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Der Grundsatz des altdeutschen Rechtes hat sich in diesen Kantonen erhalten, daß auch der Anstößer am öffentlichen, und nicht nur am privaten Gewässer Eigentümer der Wasserwelle ist, soweit er sie ausnutzen oder das Recht dazu verleihen will. Das Recht der Verleihung steht den Uferanstößern kraft Privatrecht zu» (S. 95); ähnlich auch GRESLY, Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Eine eigenartige Regelung findet sich in Glarus, Zug und z. T. in Schwyz. Welches Merkmal zur Scheidung von öffentlichen und privaten Gewässern angewendet wird, ist hier nicht klar zu erkennen. Eine Ausscheidung ist aber insofern auch nicht nötig, als sich in diesen Gebieten die alte deutschrechtliche Auffassung erhalten hat, nach welcher dem Uferanstößer eines jeden Gewässers, also auch des öffentlichen, das Verfügungsrecht über dieses zusteht. Er ist Herr der Wasserwelle und verfügt über sie kraft privatrechtlicher Herrschaft» (S. 12–13); MUTZNER, Zeitlicher Geltungsbereich, S. 116; WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 8–9.

«Art. 4 a. E-WRG 1913

Wo ausnahmsweise das kantonale Recht die Benutzung der Wasserkraft auch öffentlicher Gewässer als Privatrecht des Uferanstössers anerkennt, bedarf der Berechtigte zur Ausübung dieses Rechtes der Erlaubnis der kantonalen Behörde wie bei Privatgewässern (Abschnitt 4).»[1641]

Der Ständerat behandelte diesen Artikel in seiner Sitzung vom 30. September 1913.[1642] 606
Isler gab offen zu, man habe diesen Artikel «wegen der Kantone Glarus und Zug» eingefügt.[1643] Da diese beiden Kantone diesbezüglich kein Regalrecht besitzen, kann es keine Konzession für den Uferanstösser geben.[1644] Der Ständerat nahm diesen Artikel diskussionslos an.[1645] Die nationalrätliche Kommission war der Ansicht, dass diese gesetzgeberischen Gedanken etwas ausdrücklicher formuliert werden sollten. Mit Art. 2 Abs. 2 WRG wurde die Ausnahmeregelung im selben Artikel über das Verfügungsrecht verankert:

«Art. 2 WRG

[1] […]

[2] Wo das gegenwärtige kantonale Recht die Verfügung über die Wasserkraft öffentlicher Gewässer den Uferanstössern zuspricht, bleibt es bis zu seiner Aufhebung durch die Kantone in Kraft.»[1646]

In der Sitzung vom 21. September 1915 stellte der Kommissionpräsident, der Bündner Na- 607
tionalrat *Andrea Vital* (1855–1943),[1647] klar, dass man hiermit bezwecke, den Kantonen Glarus und Zug ihre bisherige Wasserrechtsordnung zu belassen, nicht jedoch anderen Kantonen die Möglichkeit zu geben, auf diese Wasserrechtsordnung zu wechseln.[1648] Über-

1641 Vgl. Art. 4a E-WRG SR 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 222.

1642 Vgl. Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 251–252.

1643 Votum Isler, Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 251; vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Dieses Alinea ist hauptsächlich aufgenommen worden wegen den Rechtsverhältnissen in den Kantonen Schwyz, Glarus und Zug» (S. 95).

1644 Vgl. Votum Isler, Sitzung vom 30. September 1913: «Sie haben ein eigentliches Regal nicht, sondern es ist hier der Grundsatz des altdeutschen Rechtes noch am Leben geblieben, dass auch der Anstösser am öffentlichen Gewässer, nicht nur der am privaten, Herr, Eigentümer der Wasserwelle ist, soweit sie als Betriebskraft benutzt werden will, und er sie daher als sein Gut ausnützen oder abtreten kann. Er muss also nicht erst von der Regierung das Recht dazu erwerben, er kann sich auf einen Satz des Privatrechtes berufen, das er als Uferanstösser schon hat» (in: Sten Bull SR 1913 III 251); vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Das Recht der Verleihung steht den Uferanstößern kraft Privatrecht zu. […] Der Konzessionsbewilligung bedarf er aber nicht, weil er das Verfügungsrecht hat» (S. 95).

1645 Vgl. Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 252.

1646 Vgl. Art. 2 E-WRG NR 1915, in: Sten Bull 1915 III 155.

1647 Zur Person vgl. SIMONETT, HLS: Andrea Vital. Der aus Ftan (GR) stammende Anwalt hatte in Strassburg, Leipzig, München und Zürich Recht studiert und war «massgeblich beteiligt an der Bündner Verfassungsrevision von 1892 und den Wasserrechtsvorlagen (1906 kantonal, 1916 schweizerisch)».

1648 Vgl. Votum *Vital*, Sitzung vom 21. September 1915: «Diese Worte haben den Sinn, dass die Kantone die bisherige Regelung beibehalten können. Sie können sie auch aufheben, es ist aber

haupt verdeutlicht sein Votum die Annahme, dass der Fortbestand dieser Ordnung nur eine Frage der Zeit sei:

> «Wir nehmen auch an, dass man nirgends auf den Gedanken kommt, die Verfügung über öffentliche Gewässer den Uferanstössern zuzuweisen, wo sie nicht bereits besteht, sondern dass es eher dazu kommen wird, dass auch in den Kantonen, wo diese Regelung besteht, früh oder spät, das Recht der Verfügung den Kantonen zugewiesen wird.»[1649]

608 Dasselbe lässt sich dem Votum des französischsprachigen Kommissionssprechers, des waadtländischen Nationalrates *Paul Maillefer* (1862–1929),[1650] entnehmen.[1651] Am deutlichsten freilich im Kommentar zum WRG:

> «Die Aufhebung der Rechte der Uferanstößer ist vorgesehen.»[1652]

609 Anlässlich der zweiten Lesung in seiner Sitzung vom 7. März 1916 bestätigte der Ständerat den neuen Artikel, an dem es nur ästhetische Aspekte zu bemängeln gab.[1653] Ständerat

---

unsere Ansicht, dass eine derartige Regelung nicht neu begründet werden dürfte. […] Aber man wollte das feststellen, dass die Kantone, die die bisherigen Rechte der Uferanstösser beibehalten wollen, es tun können» (in: Sten Bull NR 1915 III 203); vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «In beiden Räten ist das hergebrachte kantonale Recht der beiden Kantone Glarus und Zug anerkannt worden. Die Aufhebung der Rechte der Uferanstößer ist vorgesehen. Die Kantone dürfen ihr in al. 2 umschriebenes Recht behalten, nicht dagegen dürfen andere Kantone von diesem Recht neu Gebrauch machen» (S. 95); MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 18; MUTZNER, Zeitlicher Geltungsbereich, S. 116; GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 20.

1649 Vgl. Votum *Vital*, Sitzung vom 21. September 1915, in: Sten Bull NR 1915 III 203.

1650 Zur Person vgl. LEONARDIS, HLS: Paul Maillefer.

1651 Vgl. Votum *Maillefer*, Sitzung vom 21. September 1915: «Nous avons jugé à propos d'y ajouter une seconde clause, qui paraîtra peut-être assez subtile, mais enfin qui donnera complète satisfaction à ceux qui veulent maintenir l'état de fait actuel. En effet, certaines législations cantonales contiennent, nous venons de le dire, des disposititon qui accordent aux riverains le droit de disposer de la force hydraulique dans le canton de Glaris et partiellement dans le canton de Zoug. Pour bien rassurer les propriétaires de ces droits d'eau on a inscrit dans la loi, ce second alinéa: 'Les dispositions du droit cantonal actuel accordant aux riverains le droit de disposer de la force hydraulique de cours d'eau publics peuvent être maintenues.' Il va de soi que, puisqu'on donne aux cantons le droit de trancher la question, on leur donne aussi celui de pononcer la déchéance de ces privilèges. Les cantons pourront donc maintenir ces droits des riverains sur les cours d'eau, ils pourront aussi les supprimer» (in: Sten Bull NR 1915 III 204).

1652 GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 95; vgl. auch DIES.: «Durch das Bundesgesetz sind diese Eigentümlichkeiten nicht beseitigt worden, hingegen ist immerhin in Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes eine Aufhebung vorgesehen und neue solche Rechte dürfen nicht mehr begründet werden» (S. 125); vgl. auch TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Das WRG lädt die Kantone, die diese Anstößerrechte noch kennen, ein, sie mit der Zeit aufzuheben […]. Auch das Bundesgericht ist ihnen nicht günstig gesinnt» (S. 109).

1653 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 7. März 1916: «Das ist in unserem Art. 4 a geschehen, beziehungsweise es geschieht jetzt in Art. 2, Abs. 2, des Nationalrats» (in: Sten Bull SR 1916 I 7); «Wir liessen dieses kantonale Recht bei der ersten Beratung intakt. Nur geschah es an anderer Stelle in unserem Art. 4. Der Nationalrat folgte uns darin, brachte dieses Vorbehalt des kanto-

Peter Emil Isler bekräftige indes, dass es ausschliesslich darum gehe, Bisheriges zu schützen, nicht Neues zu ermöglichen.[1654]

b. Die wasserpolizeiliche Bewilligung

Die privatrechtliche Nutzung der Wasserkraft bedurfte keiner Konzession, da kein Nutzungsrecht verliehen werden musste. Eine solche Nutzung aber unterstand noch immer der staatlichen Hoheit[1655] und bedurfte daher einer Bewilligung.[1656] Gegenüber dem begrifflichen Durcheinander im bisherigen kantonalen Recht zeigte sich ein durch das Verwaltungsrecht verfeinertes und geschärftes Verständnis:[1657] 610

> «Darunter ist eine Polizeierlaubnis zu verstehen, denn das Recht ist schon vorhanden im Eigentum oder im Anliegerrecht; es soll nur noch festgestellt werden, ob der Ausübung des Rechtes keine polizeilichen Vorschriften entgegenstehen. Der Private hat daher ein Recht auf Erteilung der Erlaubnis, wenn er die polizeilichen Bedingungen erfüllt hat.»[1658]

---

nalen Rechtes gleich in Art. 2 unter. Wir akzeptieren den Wortlaut des Nationalrates mit einer kleinen sprachlichen Verbesserung. Gerade schön ist die Vorschrift jetzt noch nicht redigiert. Aber wenn niemand von Ihnen etwas Schönere weiss, so wird es eben dabei bleiben» (in: Sten Bull SR 1916 I 8).

1654 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 7. März 1916: «Im übrigen und grundsätzlich möchte ich darauf hinweisen, wie es auch im Nationalrat geschehen ist, dass, wenn hier das bestehende kantonale Recht geschont wird, das doch so gemeint ist, es sollen die betreffenden Kantone wohl ihr zurückgebliebenes Recht behalten, nicht aber andere Kantone dazu zurückkehren dürfen. Wir schonen die Kantone, die das Regal noch nicht haben, aber wir gestatten den Kantonen, die es haben, nicht, dass sie es wieder aufgeben. Es ist auch nicht zu befürchten, dass es je geschehen wolle, aber die Möglichkeit wäre dazu doch da, wenn das Gesetz sie nicht ausschlösse» (in: Sten Bull SR 1916 I 8).

1655 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Auch die Nutzbarmachung der Privatgewässer untersteht der staatlichen Aufsicht. Der eidgenössische Wasserrechtsgesetzgeber hat die Auffassung der kantonalen Rechte rezipiert und bestimmt allgemein, daß es zur Kraftausbeutung der Privatgewässer der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde bedarf» (S. 45–46); vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «‹Oeffentlich› ist nicht zu verwechseln mit ‹hoheitlich›. Letzteres schliesst die Verfügungsmacht nicht immer in sich. Der staatlichen Hoheit sind alle Gewässer unterworfen, aber nur die öffentlichen auch der Verfügungsmacht» (S. 11, Fn. 44).

1656 Vgl. WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall: «Das unterscheidet sie von der Polizeierlaubnis, die nur die Ausübung eines schon vorhandenen Rechtes gestattet, nicht konstitutiv ist. Nur wo eine Verleihung vorliegt, ist Raum für Rückkauf und Heimfall» (S. 5).

1657 Vgl. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Es ist daher zu begrüßen, daß das Wassergesetz diese reinliche Scheidung der Begriffe im Gegensatz zu den alten kantonalen Rechten durchgeführt hat, indem es in seiner Terminologie nicht mehr von einer Erlaubnis und Genehmigung, sondern von einer Verleihung und Genehmigung spricht und diese beiden Begriffe unter Umständen auch der zuständigen Instanz nach auseinander hält» (S. 21).

1658 WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 12; vgl. auch MUTZNER, Zeitlicher Geltungsbereich: «[…] so braucht er dazu eine Bewilligung der zuständigen Behörde, aber bloß im Sinne einer

611 Aus diesem Grund hatte der Entwurf des Bundesrates in Art. 12 E-WRG BR 1912 eine «Erlaubnis» vorgesehen:

> «Art. 12. (C. Privatgewässer. I. Rechte der Kantone.)
>
> Zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte der Privatgewässer bedarf es, wenn sie öffentliche Interessen oder bestehende Ausnutzungsrechte berührt, der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde.»[1659]

612 Aus der parlamentarischen Debatte geht klar hervor, dass damit wasserpolizeiliche Vorschriften gemeint waren, wie sie im kantonalen Recht – so etwa im GBG GL 1892 (s. vorne Rz. 392) – bestanden:[1660]

> «Allerdings ist auch da, bei Glarus weiss ich es genau, und bei Zug wird es auch so sein, die gesetzliche Anordnung getroffen, dass er bei der Regierung um die Baubewilligung einkommen muss, ihr seine Pläne vorzulegen hat, und dass ihm die Regierung dann sagt, wie er die Anlagen im Gewässer auszuführen, das Gewässer zu behandeln hat[.] Also wasserbaupolizeiliche Vorschriften trifft auch hier die Regierung, hat er zu beachten, aber das ist nicht eine Konzession, die bedarf er nicht erst, weil er das Benutzungsrecht schon besitzt.»[1661]

Polizeierlaubnis, die kein neues Recht schafft, sondern nur die Ausübung eines bereits bestehenden Rechtes nach Maßgabe der bestehenden Polizeigesetze feststellt» (S. 117); GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Denn das Wesen einer solchen [scil. Polizeierlaubnis] macht es eben aus, daß sie die Ausübung bereits vorhandener Berechtigungen und rechtlicher Befugnisse des Individuums im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu ordnen und zu regeln hat. Die Polizeierlaubnis konstatiert, sie stellt fest, daß eine konkrete Ausübungsart einer Berechtigung erfolgen dürfte. Sie kann aber niemals rechtsschaffend wirken, sie kann dem Individuum nicht eine Berechtigung verleihen, die es nicht schon vorher besessen hätte» (S. 36); WICK, Nutzungsrecht an der Wasserkraft, S. 62–63; ITEN, Wasserrechtsverleihungen, S. 20.

1659 Art. 12 E-WRG BR 1912, in: BBl 1912 II 709.

1660 Vgl. auch GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Das Recht der Verleihung steht den Uferanstößern kraft Privatrecht zu. Immerhin hat der Kanton zur Nutzbarmachung der Privatgewässer oder der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts der Uferanstößer die Erlaubnis zu erteilen (Art. 17). Auch ist das Gesuch für eine Baubewilligung erforderlich, ebenso die Vorlegung der Pläne. Die Regierung kann bestimmen, wie die Wasserwerkanlagen auszuführen sind. Der Verfügungsberechtigte hat auch hier die wasserbaupolizeilichen Vorschriften zu beobachten» (S. 95); Vgl. DUBACH, Rechtsgutachten: «In Art. 17 WRG wird den Kantonen (lies dem Kanton Glarus) die Verpflichtung auferlegt, die Realisierung des Anstösserrechts in einer entsprechenden Anlage von einer Polizeierlaubnis abhängig zu machen. Diese ist allerdings nur an die Voraussetzung zu knüpfen, dass die wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und des Kantons und ev. besserer Rechte Dritter gewahrt werden» (S. 130); vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte, S. 47.

1661 Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 251–252.

Obwohl dies also bereits im kantonalen Recht vorgesehen war, fand man es geboten, dies im eidgenössischen Gesetze noch einmal zu erwähnen.[1662] Auf diese Art und Weise stehen die privatrechtlichen Nutzungsrechte der Wasserkraft in punkto Wasserbaupolizei den anderen Wasserrechtsordnungen in nichts nach.[1663] Um diesen wasserpolizeilichen Gedanken zu verdeutlichen, fügte die ständerätliche Kommission im 4. Abschnitt unter dem Titel «Von den Wasserwerken aufgrund privatrechtlichen Verhältnisses» zwei weitere Absätze bei: 613

> «Art. 59 c.
>
> Zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte der Privatgewässer bedarf es der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde.
>
> Die Behörde wacht darüber, dass die wasserbaupolizeilichen und wasserwirtschaftlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone beobachtet und bestehende Rechte nicht verletzt werden.
>
> Das Verfahren wird durch das kantonale Recht geregelt.»[1664]

Dieser Artikel gab zu wenig Erörterungen Anlass und wurde angenommen.[1665] Auch die nationalrätliche Kommission hatte dem inhaltlich kaum etwas beizufügen, änderte jedoch die Artikelnummer, damit die privatrechtlichen Wasserrechtsverhältnisse systematisch an 614

1662 Vgl. Votum *Vital*, Sitzung vom 23. September 1915: «Wahrscheinlich ist dies kraft des kantonalen Rechtes schon so geregelt; es ist aber gut, es im eidgenössischen Gesetze auch zu sagen» (Sten Bull NR 1915 III 243); vgl. GEISER/ABBÜHL, BÜHLMANN, Einführung und Kommentar: «Obschon in den bisherigen kantonalen Gesetzen fast überall eine Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörden gefordert wurde wenn ein Privatgewässer oder ein öffentliches Gewässer kraft Privatrecht der Uferanstößer benutzt werden sollte, fand man es doch für gut, eine Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde vorzuschreiben» (S. 125).

1663 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913: «Wasserbaupolizeilich werden diese Kantone, d.h. die Fälle von Benutzung der Wasserkräfte an öffentlichen Gewässern ihres Gebietes genau so behandelt wie in allen andern Kantonen und insbesondere auch all den Vorschriften baupolizeilicher Natur unterstellt, die dieses Gesetz erlässt» (in: Sten Bull SR 1913 III 252).

1664 Art. 59 c E-WRG SR 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 232.

1665 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 7. Oktober 1913: «Was Art. 59 c betrifft, so handelt er von zweierlei: einmal von der Errichtung von Wasserwerken an Privatgewässern. Da ist natürlich das Privatrecht massgebend, soweit nicht wasserbaupolizeiliche Vorschriften dazwischen kommen. Sodann handelt er von den Fällen, die durch die in den Kantonen Glarus und Zug bestehende Rechtseigentümlichkeit, wo auch an öffentlichen Gewässern, nicht nur an Privatgewässern, die Wasserkräfte aus Privatrecht benutzt werden, geschaffen werden. Wir haben in einem früheren Artikel, zu Anfang des Gesetzes gesagt, dass in diesen Kantonen, die wir nicht genannt, aber von denen wir gesprochen haben, die Ausnützung der Wasserkräfte auch an öffentlichen Gewässern nicht durch Verleihung vor sich geht, sondern, wie bei den Wasserwerken an Privatgewässern, aus Privatrecht der Berechtigten» (in: Sten Bull 1913 III 342).

einer Stelle geregelt werden.[1666] In der Schlussbereinigung fiel diese Bestimmung – Nationalrat *Maillefer* bezeichnete sie als «un peu heimatlos»[1667] – in Art. 17 WRG:

> «Art. 17 WRG (C. Verfügung kraft Privatrechts
>
> I. Aufsicht über die Benutzung durch den Berechtigten)
>
> [1] Zur Nutzbarmachung der Privatgewässer oder der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts der Uferanstösser (Art. 2, Abs. 2) bedarf es der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde.
>
> [2] Die Behörde wacht darüber, dass die wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und der Kantone beobachtet und daß bestehende Nutzungsrechte nicht verletzt werden.
>
> [3] Die Artikel 5, 8 und 11 sowie der zweite Abschnitt dieses Gesetzes gelten sinngemäss».[1668]

615 Die im dritten Absatz genannten Artikel betreffen die allgemeinen Rechte des Bundes (Art. 5 WRG),[1669] die Ableitung von Wasser oder elektrischer Kraft ins Ausland (Art. 8 WRG)[1670] und die Verfügung über unbenutzte Gewässer (Art. 11 WRG);[1671] sie fallen ausserhalb des Betrachtens dieser Arbeit. Immerhin bleibt aber die sinngemässe Geltung des zweiten Abschnitts (Art. 21–37 WRG) erwähnenswert.[1672] Dieser umfasst neben Bestimmungen zur Wahrung der Wasserbaupolizei und weiterer Aspekte, wie etwa die Schönheit der Landschaft, Fischerei und Schifffahrt (Art. 21–24 WRG), auch Bestimmungen zum

---

1666 Art 12 E-WRG NR 1915, in: Sten Bull NR 1915 III 157; vgl. auch Votum *Vital*, Sitzung vom 23. September 1915: «Die Einfügung dieser privatrechtlichen Verhältnisse ins Gesetz hat einige Schwierigkeiten bereitet. […] Ihre Kommission hat nun für zweckmässig gefunden, alles dasjenige, was die privatrechtlichen Verhältnisse anbetrifft, hier im Zusammenhang zu erledigen, und tut das in Art. 12, 12a und 13. Es ist diskutabel, welche Einreihung die richtige ist. Sie ist auch deswegen schwierig, weil es Verhältnisse betrifft, die eigentlich nirgends recht in das Gesetz hineinpassen. […] In Art. 12 ist zunächst das Allgemeine vorausgenommen und verfügt, dass zur Nutzbarmachung der Privatgewässer oder der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts der Uferanstösser es der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde bedürfe» (Sten Bull NR 1915 III 243).

1667 Vgl. Votum *Maillefer*, Sitzung vom 23. September 1915, Sten Bull NR 1915 III 244.

1668 Art. 17 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 124, auch S. 33.

1669 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 96–97.

1670 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 101–106.

1671 Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 111–112.

1672 Vgl. TRÜMPY, Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung: «Ferner gilt der ganze zweite Abschnitt über die Benutzung der Gewässer (Art. 21–37) auch für die Ausnützung privater Gewässer» (S. 108); KRONENBERG-MÜLLER, Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Mit anderen Worten sind verschiedene Bestimmungen betreffend die Verfügung kraft öffentlichen Rechts sowie betreffend die Benützung der Gewässer, welche im zweiten Abschnitt geregelt wird, sinngemäss auch auf private Gewässer bzw. auf öffentliche Gewässer, deren Nutzbarmachung aufgrund des Privatrechts den Uferanstössern zusteht, anwendbar» (S. 285).

Verhältnis der Nutzungsberechtigten untereinander (Art. 32 WRG) und die Bildung von Genossenschaften (Art. 3–37 WRG).[1673]

c. Die Bestimmungen zur Wasserwerksteuer

Eine letzte Bestimmung wurde eingeführt, welche die steuerliche Belastung der privat- 616
rechtlichen Wasserwerke betraf. Das Bundesgesetz wollte hier für eine einheitliche Ordnung sorgen.[1674] Da jene Kantone, welche nicht über das Wasserregal verfügen, keinen Wasserzins erheben konnten, sollte verhindert werden, dass sie dies mit anderen steuerlichen Mitteln überkompensierten.[1675] Hierbei verwies Ständerat *Isler* offen auf die Wasserwerksteuer des Kantons Glarus (s. vorne Rz. 449 ff.):

> «Der Kanton Glarus hat bekanntlich, um nicht zu kurz zu kommen bei der Teilung der Erde[1676], zu dem Ausweg gegriffen, von seinen Werken auf dem Wege der Sonderbesteuerung die Abgaben zu erheben, die die Regalkantone mit Verleihungsrecht mit dem Wasserzins erheben. Und da könnte es eintreten, dass auf dem Steuerwege diese Wasserwerke stärker belastet würden als die andern, für die wir im Bundesgesetz im Abschnitt von der Verleihung eine Belastungsgrenze einführen. Dafür, dass dies nicht geschehen kann, ist dann an anderer Stelle gesorgt. Wir nehmen

---

1673 Vgl. BURCKHARDT, WRG: «[D]er zweite Abschnitt [gibt] Antwort auf die Frage, wie das einmal begründete Benutzungsrecht ausgeübt werden dürfe. […] Welcher Art das Benutzungsrecht aber immer sei, so muss es sich gewissen Grundsätzen unterordnen, die für jede Benutzung des Gewässers gelten. Es sind das einerseits Grundsätze der Wasserpolizei, andererseits solche der gegenseitigen Rücksichtsnahme unter den Benutzungsberechtigten selbst» (S. 317).

1674 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913: «Nur die Begründungsweise der Benutzungsrechte ist eine ungewöhnliche, und um die Begründungsarten kümmert sich das Bundesgesetz eben nicht weiter. Es sorgt nur dafür, dass was wirklich einheitlich ist, auch gleichmässig geordnet wird, und dass die Wasserwerke nicht mit zu grossen Lasten beschwert werden» (Sten Bull SR 1913 III 252).

1675 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913: «Und in Abschnitt 4, wo von der privatrechtlichen Begründung von Wasserrechten die Rede ist, ist bestimmt, dass eine Sondersteuer dieser Werke die Wasserwerkbesitzer nicht stärker belasten soll, als verliehene Werke ihr Wasserzins. Damit ist alles in Gleichgewicht gebracht» (Sten Bull SR 1913 III 252); vgl. auch F. ITEN, Wasserrechtsverleihung: «Einzelne Kantone haben aber den Wasserzins gesetzlich anders ausgestaltet. Von dem Bestreben geleitet, diese oft recht einträgliche Einnahme aus dem Wasserzins in möglichst großem Umfange beziehen zu können, haben sie denselben nicht so sehr als Entgelt für die staatliche Verleihung nur von den konzedierten Wasserwerken, sondern von allen Wasserwerken überhaupt verlangt. So wurde der Wasserzins zur Steuer, die ohne Beziehung zu einer staatlichen Leistung einfach das Wasserwerk als ein besonderes Steuerobjekt ergriffen hat» (S. 48); MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 33–34.

1676 Scherzhafter Verweis auf SCHILLERS Gedicht *Die Teilung der Erde* (1795) und die darin zum Ausdruck kommende Angst des Zukurzkommens: «Da eilt', was Hände hat, sich einzurichten,/ Es regte sich geschäftig Jung und Alt./ Der Ackermann griff nach des Feldes Früchten,/ Der Junker pirschte durch den Wald./ Der Kaufmann nimmt, was seine Speicher fassen,/ Der Abt wählt sich den edeln Firnewein,/ Der König sperrt die Brücken und die Straßen/ Und sprach: ‹Der Zehente ist mein›» (Werke II, S. 703).

nämlich auch einen Artikel in das Gesetz auf, der vorschreibt, dass diese Besteuerung keine höhere sein darf als beim Regal der Wasserzins. Damit ist in dieser Beziehung dann auch wirtschaftlich alles getan, was zu tun ist.»[1677]

617 So sah denn der Art. 59 d E-WRG der ständerätlichen Kommission vor:

«Art. 59 d E-WRG SR 1913

Wird von Wasserwerken, die auf Grund privatrechtlichen Verhältnissen bewilligt sind, vom Kanton eine besondere Abgabe oder Steuer erhoben, so soll sie die Werke nicht stärker belasten als die verliehenen Werke der in Art. 40 vorgesehene Wasserzins.»[1678]

618 Auf Nachfrage des Glarner Ständerates, Dr. iur. *Philippe Mercier* (1872–1936),[1679] ob denn der im Gesetz vorgesehene Maximalwasserzinssatz inklusive Konzessionsgebühr zu verstehen seien, verneinte der Kommissionspräsident *Isler*:

«Der Wasserzins wird der Steuer gegenübergestellt und die Steuer dem Wasserzins. Die Steuer darf nicht mehr betragen als der Wasserzins, d.h. im Maximum Fr. 6 per Bruttopferdekraft.»[1680]

619 In der Bereinigung endete diese Bestimmung in Art. 18 WRG.[1681]

1677 Vgl. Votum *Isler*, Sitzung vom 30. September 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 252; vgl. auch MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens: «Nachdem der Kanton Glarus vergebens versucht hatte, von den auf privatrechtlicher Grundlage ausgenutzten Wasserkräften einen Wasserzins zu erheben, konnte er ungefähr das gleiche wirtschaftliche Ergebnis auf der Grundlage einer Spezialsteuer (Ertragssteuer) auf der durch diese Wasserkraft erzeugten Elektrizität erreichen» (S. 34, Fn. 1; Hervorhebung im Original).

1678 Art. 59 d E-WRG SR 1913, in: Sten Bull 1913 III 232.

1679 Zur Person vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Philippe Mercier, Charles Emanuel Philippe Mercier, Joachim Mercier. *Philippe Mercier* war der Enkel JOACHIM HEERS und der Sohn *Charles Emanuel Philippe Merciers* (1844–1889), welcher Glarner Regierungsrat (1887–89), Nationalrat (1884–1887) und Ständerat (1888–1889) gewesen war. *Philippe Mercier* studierte in Berlin, Bern, Zürich und Heidelberg Recht und nahm verschiedene Ämter wahr: Glarner Gemeinderat (1896–1904), Glarner Gemeindepräsident (1904–1908), Glarner Landrat (1896–1935, Präsident 1905–1906), Oberrichter (1906–1936, Präsident ab 1911), Ständerat (1907–1936, Präsident 1916–1917). Nach seinem Tod folgte ihm sein Bruder *Joachim Mercier* (1878–1946) im Ständerat von 1936–1946.

1680 Votum *Isler*, Sitzung vom 7. Oktober 1913, in: Sten Bull SR 1913 III 345; MUTZNER, Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 34.

1681 Art. 18 WRG: «Wird von Wasserwerken, die auf Grund privatrechtlichen Verhältnisses errichtet sind, vom Kanton eine besondere staatliche Abgabe oder Steuer von der erzeugten Kraft erhoben, so soll sie die Werke nicht stärker belasten, als die verliehenen Werke der in Art. 49 vorgesehene Wasserzins» (zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, S. 127); heutige Fassung: «Erhebt der Kanton von Wasserkraftwerken, die aufgrund eines privatrechtlichen Verhältnisses errichtet sind, eine besondere staatliche Abgabe oder Steuer auf der erzeugten elektrischen Energie, so soll sie diese Werke nicht stärker belasten, als der Wasserzins nach Artikel 49 die auf Konzession beruhenden Werke belastet».

3.2 Die Rolle Landammann Eduard Blumers

Während der gesamten Gesetzgebung nahm Landammann EDUARD BLUMER besonderen Anteil am WRG; dies zunächst als Mitglied der nationalrätlichen Kommission sowie auch später im Nationalrat. Dass ihm die Bedeutung des WRG für die Glarner Wasserrechtsordnung bewusst war, zeigt ein Brief, den er am 25. August 1915 aus seinen Ferien in Interlaken schrieb: 620

> «Da das Wetter so schön und die Regierungsgeschäfte in Glarus so flau sind, bleibe ich wohl einen oder zwei Tage länger hier. Nächste Woche muss ich dann freilich wieder einige Tage nach St. Moritz (nationalrätliche Commission betreff Nutzbarmachung der Wasserkräfte). Ich darf der letzteren nicht fern bleiben, da immer Gefahr für unsere kantonalen Wasserrechte besteht.»[1682]

HANS TRÜMPY zufolge wurde der Art. 2 Abs. 2 WRG «namentlich auf Betreiben des Herrn Landammann Blumer sel. beigefügt».[1683] Es ist leider nicht ersichtlich, woher er diese Information bezieht; zumindest geht dies nicht aus der nationalrätlichen Debatte hervor, wo die Diskussion zu diesem Punkt nicht ergriffen wurde. Wenn überhaupt, dann musste sich dieses «Betreiben» auf eine frühe Phase der Gesetzgebung beziehen, waren doch die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer bereits im Entwurf des Bundesrates 1912 und auch des Ständerates 1913 geschützt. Möglich ist, dass er sich über ein Glarner Mitglied der ersten Expertenkommission zum WRG des Jahres 1909, einem «F. Jenny-Dürst, in Ziegelbrück» Einfluss verschaffte.[1684] 621

Als dann aber das WRG im Jahre 1915 vom Nationalrat behandelt wurde, war EDUARD BLUMER die Teilnahme an der Debatte in besonderem Masse wichtig, wie er in seinem Schreiben vom 11. September 1915 hervorhebt: 622

> «Ich komme jedenfalls erst Freitag Abend zurück, da ich beim Wasserrechtsgesetz bis zum Schluss anwesend sein muss bzw. will.»[1685]

Die Debatte zeigt, dass es ihm vor allem um das Recht der Kantone auf den Wasserzins, bzw. im Kanton Glarus auf dessen Äquivalent, ging; diese Gelder würden von den Kantonen für das öffentliche Wohl eingesetzt werden und sollen darum vom Bund nicht angetastet werden.[1686] Diese fiskalischen Interessen finden sich erneut in seinem vergeblichen 623

1682 Zit. in MAZZOLINI, Eduard Blumer, S. 193.

1683 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 6; mit Verweis auf TRÜMPY auch in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 8.

1684 Botschaft WRG, in: BBl 1912 II 670. Es handelte sich dabei um den bedeutenden Textilindustriellen *Fritz Jenny* (1856–1923), zur Person vgl. STAUFFACHER/LAUPPER, HLS: Fritz Jenny: «Der an Finanz- und Wirtschaftspolitik interessierte J[enny] diente Kanton und Gem[einde] in versch[iedenen] Ämtern».

1685 Zit. in MAZZOLINI, Eduard Blumer, S. 193.

1686 Vgl. Votum *Blumer*, Sitzung vom 21. September 1915:«Es ist mir dann aufgefallen, dass von seite derjenigen, welche so sehr für die Interessen der Konsumenten einstehen, diese Abgaben

Einsatz gegen die Steuerfreiheit des Bundes und der Bundesbahnen.[1687] Augenscheinlich trug der Nationalrat EDUARD BLUMER auch den Hut des Landammann EDUARD BLUMER während der Debatten, denn er setzte sich stark für die Besteuerung der Wasserwerke zu sozialpolitischen Zwecken ein (s. vorne Rz. 411 ff.).

3.3 Die Ausführungsbestimmungen im Kanton Glarus

624 Art. 75 Abs. 1 und 2 WRG nahm die Kantone in die Pflicht, Ausführungsbestimmungen zu erlassen.[1688] In seinem *Kreisschreiben des Bundesrates an sämtliche Kantonsregierungen betreffend den Erlass kantonaler Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte* vom 20. April 1917 setzte der Bundesrat diese Frist auf sechs Monate fest, womit diese am 20. Oktober 1917 endete.[1689] Damit sollte ein zeitgleiches Inkrafttreten der kantonalen Ausführungsbestimmungen sichergestellt werden.[1690]

---

an die Kantone als ein Unrecht geschildert worden sind. Wofür verwenden denn die Kantone diese Gelder? Doch gewiss für die Oeffentlichkeit, die öffentlichen Interessen, für ihre Angehörigen. Und ich frage, welche Kantone, die Wasserrechtsbesitzer sind, sind nicht im Falle, notgedrungen solche Wasserzinse zu bedürfen, notgedrungener als die Unternehmungen und als die Konsumenten, auf die es ja sehr wenig trifft? […] Ich stimme also für Eintreten, weil ich eine grosse Reihe von Bestimmungen für wohltätig, nützlich und notwendig halte. Aber andere Bestimmungen scheinen mir über den Rahmen der Verfassung hinauszugehen. Ich werde mir gestatten, einzelne Abänderungsanträge zu stellen. Vor allem aber halte ich generell daran fest, dass die Kantone in ihren Rechten, die ihnen nach der Verfassung zustehen, in ihren Gebühren und Abgaben nicht mehr als nötig eingeschränkt werden. Es liegt dies im öffentlichen Interesse, denn die Kantone vertreten dasselbe ebensogut als der Bund» (Sten Bull NR 1915 III 188–189).

1687 Vgl. dazu den Antrag *Blumer* vom 21. September 1915: «Art. 10, Neuer Absatz 3. Für den Wasserzins oder, wo die Verleihung kraft Privatrechts erfolgt, für die besondere staatliche Abgabe oder Steuer auf solchen vom Bunde erworbenen Wasserkräften besteht die Steuerfreiheit des Bundes und der Bundesbahnen nicht» (in: Sten Bull NR 1915 III 182); vgl. auch Votum Blumer, Sitzung vom 6. Juni 1916: «Was macht denn die Steuer für den Bund aus? Das sind Kleinigkeiten. Wenn man ein Elektrizitätswerk annimmt, das 10 oder 20 Millionen kostet, dann macht das, wenn wir eine mittlere Steuer annehmen eine Summe von Fr. 100,000–150,000. Das ist doch bei solchen Werken nicht entscheidend, wohl aber entscheidend für die Gemeinden, welche solche Werke erhalten sollen. Ohne Schadloshaltung für die Steuern wird keine Gemeinde solche Werke herbeiwünschen. Denn die Elektrizitätswerke bringen sehr wenig Verdienst, sie sind alles andere als eine Naturschönheit, sie bringen fast nur Nachteile. Wenn man nun den Gemeinden die berechtigten Steuern noch entzieht, einzig weil der Bund diese Werke besitzt, so ist das eine krasse Ungerechtigkeit» (in: Sten Bull NR 1916 II 71).

1688 Art. 75 Abs. 1 und 2 WRG: «[Abs. 1] Innert einer vom Bundesrat festzusetzenden Frist haben die Kantone die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen und das Wasserrechtsverzeichnis für ihr Gebiet anzulegen. [Abs. 2] Sie können es auf dem Verordnungswege tun.»

1689 Vgl. Kreisschreiben WRG, in: BBl 1917 II 715–717.

1690 Vgl. Kreisschreiben WRG: «Für den Erlass aller übrigen zur Ausführung des Bundesgesetzes notwendigen kantonalen Anordnungen erscheint ein Zeitraum von sechs Monaten als genügend, und wir setzen daher, gestützt auf Art. 75 des Bundesgesetzes, dafür eine mit dem 20. Oktober

a. Der Verzicht auf eine Ausführungsgesetzgebung im Kantons Glarus

Obwohl noch das Landsgemeindememorial des Jahres 1914 geschrieben hatte, dass das WRG «für die zukünftige Gestaltung unserer glarnerischen Wasserrechtsverhältnisse von ganz wesentlicher Bedeutung sein wird»,[1691] antwortete der Regierungsrat auf Antrag der Baudirektion per 4. August 1917, dass man «an Hand des Bundesgesetzes und Ihres Kreisschreibens geprüft [habe], ob unser jetziges kantonales Recht genüge oder ob es der Ergänzung bedarf».[1692] Dabei wurde – mit Verweis auf Art. 2 Abs. 2 WRG – festgestellt: 625

> «Die Bestimmung des Verfügungsberechtigten ordnet das kantonale Einführungsgesetz zum Z.G.B. in den §§ 169, 170 und 171 so, dass in erster Linie der Eigentümer desjenigen Bodens, der vom Wasser durchflossen oder begrenzt wird, dieses benutzen kann. Für die Erteilung der staatlichen Bewilligung nach § 175 und 176 ist der Regierungsrat zuständig.»[1693]

Indem in der Folge für verschiedene Artikel des WRG das Äquivalent in der Glarner Wasserrechtsordnung dargelegt wurde, kam der Regierungsrat zum Schluss: 626

> «Aus diesen Angaben ergibt sich, dass für den Vollzug des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 die gegenwärtige kantonale Ordnung, so wie sie in den §§ 166–188 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Z.G.B. enthalten ist, völlig genügt, so dass von einem neuen kantonalen Erlass abgesehen werden darf.»[1694]

Der Bundesrat stellte am 5. September 1917 einige Rückfragen, welche am 10. September vom Glarner Regierungsrat beantwortet wurden. Dabei ging es u.a. um die Frage, ob der Kanton Glarus verpflichtet war, gemäss Art. 71 Abs. 1 WRG eine Gerichtsinstanz für Streitfälle zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde anzugeben.[1695] Der Bundesrat war zum Schluss gekommen, dies falle «ausser Betracht, weil im Kanton Glarus die Wasserrechte nicht durch Verleihung» begründet werden.[1696] Dies bestätigte der Regierungsrat: 627

> «Wir stimmen dieser Auffassung bei. Sie ist schon in unserem Berichte vom 9. August 1917 zu Art. 2 B.G. angedeutet mit der Bemerkung, dass von gesetzeswegen in erster Linie der Eigen-

---

dieses Jahres zu Ende gehende Frist fest, innert welcher alle kantonalen Ausführungsbestimmungen […] dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen sind, so dass sie mit dem 1. Januar 1918, d.h. gleichzeitig mit dem Bundesgesetz, in Kraft treten können» (in: BBl 1917 II 716).

1691 Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 8.

1692 Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 9. August 1917, § 997, S. 643.

1693 Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 9. August 1917, § 997, S. 644.

1694 Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 9. August 1917, § 997, S. 645.

1695 Vgl. Art. 71 Abs. 1 WRG: «Entsteht zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde Streit über die sich aus dem Konzessionsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten, so entscheidet, wo dieses Gesetz oder die Konzession nichts anderes bestimmt, in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und in zweiter das Bundesgericht.»

1696 Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 13. September 1917, § 1181, S. 768.

tümer desjenigen Bodens, der vom Wasser durchflossen oder begrenzt wird, dieses benutzen kann.»[1697]

628 Eine Verleihung sei eigentlich nur in dem Falle denkbar, in dem der Kanton Glarus das Enteignungsrecht für sich in Anspruch nimmt und dieses weiter verleiht.[1698] Selbst für diesen Fall aber sei das WRG nur beschränkt anwendbar, wie der Glarner Regierungsrat zusammenfasst:

«Die Folge davon wird aber sein, dass für den Kanton Glarus, wenn er von § 178 E.G. Gebrauch macht, der ganze dritte Abschnitt, betitelt: ‹Die Verleihung von Wasserrechten› Art. 38–71) nur insoweit zutrifft, als in andern Bestimmungen des Bundesgesetzes die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des dritten Abschnittes vorgesehen ist, wie dies besonders in Art. 18 B.G. wegen der Besteuerung der Wasserwerke der Fall ist.»[1699]

629 So wurde das, was bereits im Gesetzgebungsverfahren deutlich zum Ausdruck gekommen war, auf dem Korrespondenzweg noch einmal bekräftigt: Während insbesondere Art. 17 und 18 WRG der zweite Abschnitt sinngemäss auf die Glarner Wasserrechtsordnung an-

[1697] Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 13. September 1917, § 1181, S. 768.

[1698] Vgl. Regierungsratsprotokoll 1917: «Die in § 178 E.G. dem Kanton und den Gemeinden eingeräumte Befugnis, das Enteignungsrecht für sich geltend zu machen und weiter begeben zu können, schafft offenbar jene gesetzliche Grundlage noch nicht, auf der die Verleihung von Wasserrechten überhaupt nach Art. 38 bis 71 B.G. eine vermutlich zutreffende kantonale Ordnung angeben würde, so geschah dies nur für den Fall, dass die Enteignungsbefugnis gemäss Art. 178 E.G. eine sinngemässe Verleihungsgrundlage in sich schliessen sollte. Nachdem Sie sich darüber bestimmt in verneinendem Sinne aussprechen, schliessen wir uns dieser Auffassung an. Sie deckt sich offenbar mit dem genauen Gesetzeswortlaut und auch mit verschiedenen Bemerkungen, die bei der Beratung des Bundesgesetzes in den eidgenössischen Räten von den glarnerischen Vertretern gemacht wurden» (Sitzung vom 13. September 1917, § 1181, S. 768–769).

[1699] Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 13. September 1917, § 1181, S. 769.

wendbar sind,[1700] gilt dies nicht für den gesamten dritte Abschnitt.[1701] Da das kantonale Recht keine Heimfallbestimmung aufnahm, sah die Glarner Wasserrechtsordnung daher auch keinen Heimfall vor.[1702] Somit wurde keine Ausführungsgesetzgebung erlassen und die Glarner Wasserrechtsordnung blieb in ihrer bisherigen Form bestehen.[1703]

b. § 176bis EG ZGB GL

Obwohl soeben ausgehandelt worden war, dass der dritte Abschnitt des WRG auf den Kanton Glarus keine Anwendung finde, stützte sich der Regierungsrat in seinem Bericht vom 5. Februar 1917 akkurat auf den im dritten Abschnitt sich befindenden Art. 48 Abs. 1 WRG, welcher besagte: 630

> «Die Verleihungsbehörde setzt nach Maßgabe des kantonalen Rechtes die Leistungen und Bedingungen fest, gegen die den Beliehenen das Nutzungsrecht erteilt wird, wie: Gebühren, Wasserzins, Abgabe von Wasser oder Kraft, Verleihungsdauer, Bestimmungen über Strompreise, Beteiligung des Gemeinwesens am Gewinn, Heimfall der Verleihung und Rückkauf.»[1704]

1700 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Denn auf dem Korrespondenzweg wurde zwischen Bundesrat und Kanton vereinbart, daß der ganze dritte Abschnitt des eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes über die Verleihung von Wasserrechten für das Wasserrecht des Kantons Glarus nicht maßgebend sei, weil das glarnerische Wasserrecht Privatrecht, der Kanton also nicht Eigentümer der Wasserkraft sei» (S. 5, 6–7); vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «[D]ie Oberaufsicht des Bundes erstreckt sich über die Kraftausbeutung der privaten wie der öffentlichen Wasserläufe. So ordnet denn auch das Wasserrechtsgesetz, insoweit es sich um die Nutzbarmachung der Wasserkräfte handelt, zum Teil Rechtsverhältnisse, die sich unterschiedslos auf beide Arten von Gewässern beziehen. Der ganze zweite Abschnitt des Gesetzes (art. 21 bis 37) z. B., der von der ‹Benutzung der Gewässer› handelt, gilt ausnahmslos für öffentliche und private Wasserläufe. Die in diesem Abschnitt geregelten Fragen betreffen das Aufsichtsrecht der Behörden, die Wasserbaupolizei, die Verhältnisse der Nutzungsberechtigten untereinander (gegenseitige Rücksichtnahme, Bildung von Genossenschaften) gelten einheitlich für beide Arten von Gewässern» (S. 21).

1701 Vgl. GRESLY, Grundlage und rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte: «Nicht mehr so verhält es sich hingegen im dritten Abschnitt des Gesetzes, der die ‹Verleihung von Wasserrechten› zum Inhalt hat. Dieser Teil bezieht sich nur mehr auf die öffentlichen Gewässer» (S. 21).

1702 Vgl. WYER, Wasserkraftnutzung, S. 66.

1703 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte hat das alte glarnerische Wasserrecht *nicht* aufgehoben» (S. 5; Hervorhebung im Original).

1704 Art. 48 Abs. 1 WRG, zit. in GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar, S. 178; ausschnittsweise zit. auch in Bericht Regierungsrat 1917, S. 6.

631 Da man die Konzessionsgebühr in § 1 des *Gesetzes zur Besteuerung von Wasserwerken von 1908*[1705] bei der Überarbeitung des *Gesetzes zur Besteuerung von Wasserwerken von 1910* ausgelassen hatte (s. vorne Rz. 450) und diese Bestimmung nicht vom Bundesgericht aufgehoben worden war, bestand sie noch immer in ihrer Form von 1908.[1706] Mit der Einführung des WRG sah der Regierungsrat «den Zeitpunkt für die Neuregelung dieser Frage als gekommen».[1707] Zeitlich stimmt die Neuregelung jedoch nicht nur mit dem Inkrafttreten des WRG, sondern auch mit den zahlreichen, hängigen Konzessionen der Jahre 1910–1917 überein (s. hinten Rz. 637 ff.) – unmittelbare Anwendungsfälle dieser Norm. Der Regierungsrat empfahl eine reichlich unbestimmte Fassung mit dem folgenden Wortlaut:

> «§ 176bis EG ZGB GL
>
> [1] Bei Neuerstellung oder Erweiterung eines Wasserwerkes von mehr als 50 Pferdekräften ist dem Kanton Glarus für die staatliche Bewilligung (Konzession) beim Baubeginn vom Konzessionsbewerber eine einmalige Konzessionsgebühr von fünf Franken für jede Bruttopferdekraft (75 Meter-Kilogramm in der Sekunde) zu entrichten.
>
> [2] Der Regierungsrat bestimmt im einzelnen Falle auf Grund des von ihm bewilligten Projektes die in Berechnung fallende Zahl der Brutto-Pferdekräfte»[1708]

632 In seinem Bericht vom 13. Februar 1917 pflichtete die Landratskommission der Neuordnung der Konzessionsgebühr bei, empfahl jedoch, diese etwas genauer zu fassen.[1709] Hierbei inspirierte sich die Landratskommission an Art. 51 WRG[1710] – also erneut eine Bestimmung des dritten Abschnitts, welche auf den Kanton Glarus nicht anwendbar war:

> «§ 176bis EG ZGB GL
>
> [1] Bei Neuerstellung oder Erweiterung eines Wasserwerkes hat der Konzessionsinhaber die in § 175 vorgesehene staatliche Bewilligung (Konzession) dem Kanton Glarus beim Baubeginn

---

1705 § 1 GBW GL 1908: «Bei Erteilung der staatlichen Bewilligung für die Erstellung eines Wasserwerkes ist vom Konzessionsbewerber dem Staate eine einmalige Konzessionsgebühr von Fr. 50.– bis Fr. 10 000 – zu bezahlen» (zit. in Bericht Regierungsrat 1917, S. 6).

1706 Vgl. Bericht Regierungsrat 1917: «Diese Bestimmung ist weder durch den Rekursentscheid des Bundesgerichtes vom 15. Dezember 1909 […], noch durch das Gesetz von 1910 über die Besteuerung von Wasserwerken außer Kraft gesetzt worden. Im Memorial der Landsgemeinde 1910 wurde jedoch in Aussicht genommen, diesen Gegenstand in einer gesonderten Vorlage oder bei Einführung des Zivilgesetzbuches zu regeln» (S. 6); Landsgemeindememorial 1917, § 7, S. 26.

1707 Bericht Regierungsrat 1917, S. 7.

1708 Bericht Regierungsrat 1917, S. 11.

1709 Bericht Landratskommission 1917, S. 6–7.

1710 Vgl. Bericht Landratskommission 1917: «Hievon ausgehend, läge es nahe, sich dem eidgenössischen Wasserrechtsgesetz Artikel 51 […] anzuschließen. Die Kommission empfiehlt dies nicht aus dem Grunde, weil fraglicher Artikel vom Wasserzins, nicht von der Konzessionsgebühr, spricht, und weil er auf die praktisch benutzte, nicht auf die rechtlich verliehene Kraft abstellt. Und doch liegt es im Interesse des Kantons, das letztere zu tun, weil er am Ausbau der Werke Interesse hat, nicht daran, daß von großen Konzessionen nur ein Teil der Kraft wirklich benutzt wird» (S. 7).

eine einmalige Konzessionsgebühr von Fr. 5.– pro Bruttopferdekraft resp. von 75 Sekundenmeterkilogramm zu entrichten.

[2] Die Anzahl der gebührenpflichtigen Pferdekräfte ist zu berechnen aus dem beanspruchten mittleren Bruttogefälle zwischen der Wasserentnahme und der Wasserrückgabe und der durchschnittlich zur Verfügung stehenden Wassermenge in Sekundenlitern.

[3] Die Ermittlung der Anzahl der gebührenpflichtigen Bruttopferdekräfte auf dieser Grundlage ist Sache des Regierungsrates.

[4] Von der nach Absatz 2 berechneten Kraftmenge sind die ersten 100 Brutto-Pferdekräfte von der Leistung der Konzessionsgebühr befreit.»[1711]

Im Landrat führte diese Bestimmung zu keiner Diskussion.[1712] Auch die Landsgemeinde vom 6. Mai 1917 nahm diesen Beschluss stillschweigend an und hob damit gleichzeitig auch den § 1 des Gesetzes betreffend die Besteuerung von Wasserwerken vom 3. Mai 1908 auf.[1713] 633

4. Zwischenbetrachtung

Mit dem WRG wurde erstmals eine bundesrechtliche Rahmengesetzgebung geschaffen, welche den Besitzstand der gemeineidgenössischen Grundzüge der kantonalen Wasserrechte sicherte: Die Öffentlichkeit der Gewässer, das Verfügungsrecht des Gemeinwesens, das Konzessionssystem. Dabei wurde ausser der Oberaufsicht des Bundes kaum etwas hinzugefügt, jedoch materiell das bereits Bestehende dogmatisch im öffentlichen Recht verankert. Obwohl der Gesetzgeber selber diese Entscheidung offenliess, so ist doch die Möglichkeit zu dieser Auslegung, welche in EUGEN HUBERS Wasserrechtsordnung des Entwurfs zum ZGB nicht bestanden hatte, gewiss dem Entwurf WALTHER BURCKHARDTS zuzuschreiben. Der Rest geschah durch die junge und selbstbewusste Verwaltungsrechtslehre, welche einen massgeblichen Einfluss auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausübte. Als letzte privatrechtliche Reminiszenz blieb der Schutz der verliehenen Sondernutzungsrechte als ein «wohlerworbenes Recht». 634

Ebenfalls einen bundesrechtlichen Rahmen und damit eine auch für die Gerichte verbindliche Anerkennung (Art. 2. Abs. 2 WRG i.V.m. Art. 190 BV) schuf das WRG mit seiner Sonderregelung mit Bezug auf die Nutzungsrechte der Ufereigentümer, welche zu diesem Zeitpunkt noch in den Kantonen Zug und Glarus bestanden. Die Rolle EDUARD BLUMERS 635

1711 Art. 176bis EG ZGB, zit. in Bericht Landratskommission 1917, S. 13; zit. auch in Landsgemeindememorial 1917, § 7, S. 28.

1712 Landratsprotokoll 1914–1917, Sitzung vom 7. März 1917, § 192, S. 169.

1713 Landsgemeindeprotokoll, Landsgemeinde vom 6. Mai 1917, § 7, S. 134; vgl. den Antrag: «Aufhebungs-Bestimmung. Mit Annahme des obigen § 176bis wird § 1 des Gesetzes betreffend die Besteuerung von Wasserwerken vom 3. Mai 1908 vollständig aufgehoben» (Bericht Landratskommission 1917, S. 13; Landsgemeindememorial 1917§ 7, S. 28).

ist in diesem Zusammenhang schwer einzuschätzen, hatte er sich doch gerade als Landammann für eine zunehmend starke Rolle des Kantons in der Nutzbarmachung der kantonalen Wasserkräfte eingesetzt. Dem steht aber die letztlich wohl ihm zuzuschreibende Sonderregelung im WRG wie auch die zu keinem Zeitpunkt erlassene kantonale Ausführungsgesetzgebung entgegen.

§ 7 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1918

Im Laufe der 1910er-Jahre hatte der Kanton Glarus seine tradierte privatrechtliche Wasserrechtsordnung vom BGB GL 1869 und GBG GL 1892 auf das neu geschaffene EG ZGB GL übertragen. Eine Ausführungsgesetzgebung für das WRG war nicht nötig gewesen, womit der Beweis einer dem Bundesgesetz genügenden Wasserrechtsordnung erbracht war (s. vorne Rz. 625 ff.). Dennoch begann in den 1910er-Jahren auch eine Entwicklung, welche im *Beschluß über Verwertung von Wasserkräften im Kanton Glarus vom 5. Mai 1918* (Wasserkraftbeschluss, WKB GL)[1714] mündete, dessen Ziel es war, dem Kanton Glarus weitere Befugnisse in der Nutzbarmachung kantonaler Wasserkräfte zu geben. Dem bis heute geltenden WKB kommt sowohl in den zahlreichen Gutachten zur Glarner Wasserrechtsordnung wie auch in der Rechtsprechung eine bedeutende Stellung zu, weshalb nachfolgend die Hintergründe und gesetzgeberischen Zwecke seiner Entstehung dargelegt werden. 636

1. Historischer Hintergrund

Der WKB GL kann nicht für sich allein genommen verstanden werden; der hier vertretenen Ansicht ist er im Gegenteil, als Abschluss einer ganzen Reihe von Beschlüssen, nur im Lichte der ihm vorangegangenen Entwicklung zu betrachten. Hierin gehören insbesondere auch die volkswirtschaftlichen Interessen, welche sich durch den Erwerb der *Kraftwerte Beznau-Löntsch* und die Gründung der *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* (NOK) ergaben. Diese Entwicklung wird nachfolgend dargestellt. 637

1.1 Die Vorgeschichte bis zum Jahre 1914

Die Landsgemeinde des Jahres 1910 hatte zwei Memorialsanträge betreffend die Benützung verschiedener Wasserkräfte.[1715] Der Landrat beantragte jedoch die Verschiebung des 638

[1714] Die Abkürzung WKB geht auf den Verwaltungsgerichtsentscheid vom 31. August 2011 zurück, vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.I.2.c, S. 3.

[1715] Vgl. den Antrag der Gemeinden Engi und Schwanden vom 28. Dezember 1909, in Landsgemeindememorial 1910: «Es wolle die Landsgemeinde namens des Staates im Sinne der §§ 4 und 5 des Gesetzes vom 8. Mai 1892 betreffend die Benützung der öffentlichen Gewässer [scil. GBG GL 1892] auf das demselben zustehende Vorrecht der Expropriation der Wasserkraft des Sernft (Grundeigentum und Rechte) vom Wyer in Engi bis zur Wassergerechtigkeit der Herren Tschudi & Cie. in Schwanden für die nächsten 5 Jahre, d.h. bis zur ordentlichen Landsgemeinde von 1915 Verzicht leisten und besagte Kraft behufs Nachsuchung einer Konzession nach § 2 des zitierten Gesetzes an die Gemeinden Engi und Schwanden weiter begeben» (§ 11, S. 47); vgl. zudem den Antrag der Gemeinde Engi vom 2. März 1909: «Der Gemeinderat Engi hat schon unterm 2. März 1909 beim Regierungsrat ein Konzessionsgesuch für Ausnützung der Wasserkraft am Mühlebach gestellt. Es ist dieses Gesuch als eine Memorialseingabe zu betrachten, da

Antrages um ein Jahr, vor allem mit Blick auf die revidierte Wasserwerksteuer (s. vorne Rz. 446 ff.) und das in Aussicht stehende Projekt der Ausnützung der Wasserkräfte des Einzugsgebietes der Linth.[1716] Nichts zuletzt deswegen äusserte der Regierungsrat, sich der Tragweite der zu fassenden Beschlüsse im Klaren zu sein:

> «Es handelt sich für den Kanton Glarus um die Begebung der größten noch vorhandenen Wasserkräfte und eine kommende Zeit würde es nicht verstehen, wenn unsere Generation die Rechte des Staates nicht nach jeder Richtung bestmöglich gewahrt hätte. Die Bedeutung der weißen Kohle ist kaum für ein anderes Land größer als für das unsrige.»[1717]

639 In diesem Sinne wurde die Behandlung der beiden Anträge um ein Jahr verschoben.[1718]

640 Im Jahre 1911 kam zu diesen zwei Anträgen noch ein dritter der Gemeinde Linthal hinzu.[1719] Da jedoch die revidierte Wasserwerksteuer vor Bundesgericht angefochten worden war (s. vorne Rz. 454 ff.), keines der Projekte nahe einer Realisierung stand und zudem die Möglichkeit einer kantonalen Beteiligung an den *Kraftwerken Betznau-Löntsch AG* in Aussicht stand,[1720] beantragte der Landrat erneut die Verschiebung der Behandlung der drei Anträge um ein weiteres Jahr.[1721]

---

der Konzessionsbewilligung und dem Expropriationsrecht eventuell der Verzicht des Staates nach dem 1892er Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer vorauszugehen hätte» (§ 12, S. 49).

1716 Landsgemeindememorial 1910: «Aus dem Vorstehenden ist ersichtlich, daß z[ur] Z[eit] mehrere Projekte, wovon eines ein sehr bedeutendes, den Behörden unterbreitet worden sind, und da geziemt es sich, dieselben nach gleichen einheitlichen Grundsätzen zu behandeln. Wir legen den größten Wert vor allem darauf, nun erst einmal das Gesetz betreffend die Besteuerung der Wasserkräfte unter Dach zu bringen. Erst muß diese Steuergrundlage für alle Werke geschaffen werden» (§ 11, S. 48).

1717 Landsgemeindememorial 1910, § 11, S. 48.

1718 Vgl. Landsgemeindememorial 1910: «Der Landrat beantragt die Behandlung des Antrages der Gemeinden Engi und Schwanden unpräjudiziert um ein Jahr zu verschieben» (§ 11, S 48); auch: «Aus genau denselben Gründen, die im vorhergehenden Memorialstraktandum betreffend Benützung der Wasserkraft des Sernft angeführt worden sind, beantragt der Landrat der Landsgemeinde, auch diese Eingabe unpräjudizierlich um ein Jahr zu verschieben» (§ 12, S. 49).

1719 Vgl. Antrag der Gemeinde Linthal vom 16. Februar 1910, in Landsgemeindememorial 1911: «Verlängerung des staatlichen Verzichtes auf das Vorrecht zur Expropriation der noch nicht verwendeten Wasserkräfte am Fätschbach um weitere 10 Jahre» (§ 10, S. 52).

1720 Vgl. Landsgemeindememorial 1911: «Wir stehen also heute nach bezeichneten Richtungen vor einer ganz gleichen Sachlage wie vor einem Jahre. Auch die Eingeber sind nicht in der Lage, darzutun, daß irgend eines der allgemein besprochenen Projekte der Verwirklichung näher gerückt sei oder daß sie durch die beantragte Verschiebung irgendwie benachteiligt würden. Von Einfluß auf die weitere Behandlung der Angelegenheit dürfte auch noch sein die inzwischen pendent gewordene Frage betreffend Kauf der Kraftwerke Beznau-Löntsch durch ein Konsortium von Kantonen, worüber zurzeit seriöse Verhandlungen stattfinden» (§ 10, S. 53).

1721 Vgl. Landsgemeindememorial 1911: «Der Landrat beantragt der Landsgemeinde, aus den angeführten Gründen die erwähnten Memorialseingaben betreffend Wasserkräfte des Fätschbaches, des Sernft und des Mühlenaches um ein weiteres Jahr zu verschieben» (§ 10, S. 54).

Im Jahre 1912 kam zu den bereits pendenten vier Anträgen noch ein weiterer der Gemeinde Linthal dazu.[1722] Allein auch zu diesem Zeitpunkt war weder das Bundesgerichtsurteil gefällt, noch die Beteiligung an der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* geklärt.[1723] Zwar liess der Regierungsrat ein Gutachten bei dem Professor für Wasserbau an der ETH, *Gabriel Narutowicz* (1865–1922),[1724] einem Herrn Ingenieur *Lüchinger* (o.A.) in Zürich und einem Herrn Direktor *Kuhn* (o.A.) in St. Gallen in Auftrag geben, doch da weiterhin keine Projekte verhindert wurden, beantragte der Landrat auch dieser Landsgemeinde, die Beratung der Anträge um ein weiteres Jahr zu verschieben.[1725] 641

Obwohl im Jahre 1913 das Bundesgericht inzwischen die Klage der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* abgewiesen hatte, beantragte der Landrat auch an dieser Landsgemeinde die Verschiebung der Memorialsanträge, da das in Auftrag gegebene Gutachten noch nicht eingegangen war.[1726] 642

Dieses Gutachten erreichte den Regierungsrat im Jahre 1914. Es hielt fest, dass der Fätschbach der Gemeinde Linthal überlassen werden durfte, da dieser ohnehin nur in Verbindung mit dem bereits bestehenden Elektrizitätswerk auf lohnenswerte Art und Weise ausgenützt werden könne;[1727] die Landsgemeinde 1914 verzichtete daraufhin auf ihr Vorrecht auf den 643

[1722] Vgl. Antrag der Gemeinde Linthal, in Landsgemeindememorial 1912: «Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von Art. 4 des Gesetzes betreffend die Benützung der öffentlichen Gewässer vom 8. Mai 1892 und § 198 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch auf ihr Vorrecht zur Benützung der Wasserkräfte des Limmernbaches von seiner Quelle und seinem Quellgebiet an bis zur Bereinigung mit dem Sandbach, und der Wasserkräfte der Linth von diesem Punkt an bis zum Einlauf des Fuhrbaches in dieselbe» (§ 7, S. 28).

[1723] Vgl. Landsgemeindememorial 1912: «Die Frage der Gestaltung der Gesetzgebung über die Besteuerung der Wasserwerke ist leider immer noch nicht abgeklärt, da das Bundesgericht den Rekurs der Kraftwerke Beznau-Löntsch gegen das Gesetz von 1910 immer noch nicht entschieden hat. Ebenso ist heute noch die Frage des Ankaufes der Kraftwerke Beznau-Löntsch durch ein Konsortium von Kantonen (Aargau, Glarus, Zürich, Thurgau, Schaffhausen, St. Gallen, Appenzell A.-Rh., Schwyz) schwebend, deren Erledigung ebenfalls von einem gewissen Einfluß auf die künftige Regelung unserer Wasserrechtsverhältnisse ist» (§ 7, S. 28).

[1724] Zur Person vgl. FLORKOWSKA-FRANČIĆ, HLS: Gabriel Narutowicz. 1920 wurde er in Polen zum Minister für öffentliche Arbeiten, 1921 Präsident des Rates für den nationalen Wiederaufbau und 1922 zum Aussenminister. Als erster Präsident der Republik Polen fiel er 1922 – wenige Tage nach seiner Wahl – dem Anschlag eines rechtsextremen Fanatikers zum Opfer.

[1725] Vgl. Landsgemeindememorial 1912: «Der Landrat beantragt der Landsgemeinde, aus den angeführten Gründen die erwähnten Memorialseingaben betreffend Wasserkräfte des Fätschbaches, der Sernft, des Mühlebaches und des Limmernbaches um ein weiteres Jahr zu verschieben» (§ 7, S. 29).

[1726] Vgl. Landsgemeindememorial 1913: «Der Landrat beantragt der Landsgemeinde, aus den angeführten Gründen die erwähnten Memorialseingaben betreffend Wasserkräfte des Fätschbaches, des Sernft, des Mühlebaches und des Limmernbaches um ein weiteres Jahr zu verschieben» (§ 8, S. 32).

[1727] Vgl. Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 6.

Fätschbach für eine Dauer von 10 Jahren.[1728] Allein für die anderen Anträge konnte dieser Verzicht nicht ausgesprochen werden. Die Gründe dafür waren:

Erstens die Möglichkeit einer Zusammenlegung aller Wasserkräfte zu einem Grossprojekt, wobei um «die besondern Verhältnisse in den verschiedenen Landesteilen zu würdigen, […] der Staat im Interesse der Gesamtheit am besten zu tun in der Lage wäre».[1729]

Zweitens sollte mit Blick auf «die beabsichtigte Verstaatlichung von Wasserkräften […] der Kanton über die größern glarnerischen Wasserkräfte wenn möglich selber verfügen können», insbesondere da für die notwendigen Entscheidungen «die einzelnen Gemeinden gerade wegen ihrer verschiedenen Interessen sich nicht in wünschbarem Maße eignen».[1730]

Drittens aber sei der Kanton «naturgemäß» besser in der Lage, «alle Interessen zu wahren». Den Gemeinden bliebe überdies ihre «privatrechtliche Stellung als Anstößer an den zu verwendenden Wasserkräften […] gesichert».[1731]

644 Doch auch mit Blick auf die nicht abgeschlossenen Verhandlungen um die Beteiligung an der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* dränge dazu «vorläufig auf die Rechte des Kantons in keiner Form zu verzichten, sondern eine abwartende Stellung einzunehmen, um für eine möglichst zweckmäßige Verwertung der noch ausnutzbaren größern Wasserkräfte die Bahn frei zu halten».[1732] Da zudem keine der Gemeinden konkrete Pläne besass und das alljährliche Verschieben der Anträge an der Landsgemeinde mit Recht als bemühend empfunden wurde,[1733] beantragte der Landrat, dass der Verzicht des Kantons auf alle anderen

---

[1728] Vgl. Beschluß betreffend die Verwertung von Wasserkräften, in Landsgemeindememorial 1914: «[Abs. 1] Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von § 178 des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911 für die Dauer von 10 Jahren, d.h. bis zur ordentlichen Landesgemeinde des Jahres 1924, auf das Vorrecht des Kantons zur Benützung der Wasserkraft des Fätschbaches von der Kantonsgrenze bis zur Ausmündung in die Linth zu Gunsten der Gemeinde Linthal. [Abs. 2] Wenn bis zu diesem Zeitpunkte die staatliche Bewilligung nach 1 176 genannten Gesetzes von der Gemeinde Linthal weder nachgesucht noch erteilt worden ist, fällt der Verzicht des Kantons dahin» (§ 4, S. 9).

[1729] Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 7.

[1730] Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 7.

[1731] Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 7.

[1732] Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 8.

[1733] Vgl. Landsgemeindememorial 1914: «Aus den konferenziellen Verhandlungen mit den Abgeordneten von Linthal, Schwanden und Engi hat sich ergeben, daß diese Gemeinden zur Zeit gar nichts Greifbares für eine Verwendung der Wasserkräfte, vor allem nicht für die Gemeinden selbst, besitzen, sondern daß sie lediglich auf eine Verwertung durch Weitergebung in ungewisser Zukunft hoffen. […] Es wird auch von den genannten Behörden zugegeben, daß die alljährlich wiederkehrenden Anträge an das Memorial wegen den Wasserkräften einzig zu dem Zwecke, die Verschiebung festzustellen, weil gar nichts Greifbares für rationelle Bewertung vorliegt, doch keinen Zweck haben» (§ 4, S. 8–9).

Wasserkräfte «auf unbestimmte Zeit verschoben [werden solle], mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß die Vorrechte dieser Gemeinden im Sinne des Gesetzes (§ 178 Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch) jederzeit und gegenüber jedem allfälligen andern Bewerber gewahrt bleiben sollen».[1734]

1.2 Die Landsgemeindebeschlüsse des Jahres 1915

Die Landsgemeinde des Jahres 1915 brachte zahlreiche wichtige Geschäfte mit sich.[1735] 645
Zum einen war dies die in der Zwischenzeit ausgehandelte Beteiligung des Kantons Glarus beim Erwerb der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* (ehemals *Motor AG*) und, damit verbunden, die Gründung der *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG.* Damit kam man auf schwierigen Umwegen auf einen Entscheid von 1896 zurück; damals hatte es im Landsgemeindememorial anlässlich des Baus des Löntschwerkes geheissen, es sei «wohl mit Sicherheit anzunehmen, daß sowohl den Behörden als dem Volke der Gedanke ferne liegt, daß der Staat selbst eine Wasserwerksanlage am Löntsch ausführen und die Wasserkraft verwerten solle».[1736] Nun, immerhin zwanzig Jahre später, aber noch unter demselben Landammann EDUARD BLUMER, gab das Landsgemeindememorial etwas betreten zu:

> «Es drängt sich wohl jedem Glarner beim Entscheide über diese Vorlage die Frage auf, ob wir angesichts eines bezahlten Agios von über 6 Millionen an die Aktionäre des ‹Motor› seinerzeit nicht besser getan hätten, das Werk selbst zu bauen. Es ist nun aber ganz müßig, heute darüber Betrachtungen anzustellen und es kann darüber niemand ein Vorwurf treffen.»[1737]

Der Regierungsrat machte stattdessen geltend, dass der Kanton Glarus, auf dessen Territo- 646
rium schliesslich das Löntschwerk stand, gewissermassen zur Beteiligung verpflichtet sei. Schliesslich wäre es «sonderbar, bloß zuzusehen, wie andere Kantone von unserer größten Wasserkraft Besitz nehmen und wir die Gelegenheit, sich dabei zu beteiligten, ablehnen würden».[1738] Umso wichtiger aber war dies für den Regierungsrat aufgrund der Eigenheiten der Glarner Wasserrechtsordnung:

> «Leider ist der Kanton Glarus betreffend staatliche Rechte an den Wasserrechten wie kein anderer rückständig geblieben. Heute gilt es für den Staat, zu retten, was zu retten ist.»[1739]

[1734] Vgl. Beschluß betreffend die Verwertung von Wasserkräften, in: Landsgemeindememorial 1914, § 4, S. 9.

[1735] Vgl. Landsgemeindebeschluss 1915.

[1736] Siehe vorne Fn. 1112.

[1737] Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 18.

[1738] Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 18.

[1739] Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 18.

a. Die Beteiligung am Erwerb der Kraftwerke Beznau-Löntsch AG

647 Der *Vertrag zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzell Ausser-Rhoden und Zug, im Nachtstehenden die ‹Kantone› genannt, vertreten durch ihre Regierungen und dem ‹Motor› Aktiengesellschaft für angewandte Elektrizität in Baden (Aargau), im Nachstehenden ‹Motor› genannt,* wurde am 24. März 1914 geschlossen.[1740] Dem Kanton Glarus wurde zugesichert, bis zur Landsgemeinde des Jahres 1915 mit dem Entscheid über den Beitritt abwarten zu können.[1741]

648 Der Regierungsrat des Kantons Glarus empfahl den Beitritt. Dies, obwohl es der gegenwärtige Kraftbedarf des Kantons Glarus nicht unbedingt verlangte, welcher im Falle einer erwarteten Steigerung im Übrigen auch durch «eine Anzahl unbenützter Wasserkräfte» hätte gedeckt werden können; trotzdem sei eine Beteiligung des Kantons «sicher wünschenswert».[1742] Man sichere sich damit nicht nur einen «Grundstock für die staatliche Energieversorgung der Nordostschweiz», sondern schaffe auch die Möglichkeit, diese Energieversorgung so zu organisieren, «daß sie den Grundsätzen, welche sich nach der bisherigen Entwicklung der Elektrizitätslieferungsindustrie als zweckmäßig ergeben haben, entspricht, das heißt, sie ermöglicht Konzentration der Energieerzeugung in großen, einander gegenseitig ergänzenden, die Leistungsfähigkeit gegenseitig steigernden Kraftwerken, unter Wahrung der den politischen, wie den kommerziellen Anforderung entsprechenden Dezentralisation der Energieverteilung in den einzelnen Kantonen».[1743] Überdies schaffe man sich dadurch «künftige Unabhängigkeit von der privaten Elektrizitätslieferungsindustrie».[1744] Mit Bezug auf die von den Gemeinden der *Motor AG* verliehenen Wasserrechte stellte der Regierungsrat klar:

> «Durch die Verträge mit dem ‹Motor› bleiben die Konzessionsbedingungen der Konzessionsgemeinden völlig intakt, d.h. dieselben gehen *tale quale* an die Vereinigung der Kantone über. Es sich in den Verhandlungen schon früh gezeigt, daß eine Aenderung der Konzessionen, d.h. die völlige Eigentumsübertragung an die Vereinigung der Kantone sowohl im Aargau als namentlich in Glarus zurzeit unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnen würde. Die Rechte der

---

1740 Der Vertrag ist abgedruckt im Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 10–12.

1741 Vgl. Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 9–10.

1742 Landsgemeindememorial 1915: «Nun ist aber zuzugeben, daß der weitere Kraftbedarf im Kanton Glarus heute nicht als ein sehr großer erscheint, zumal eine Reihe von Gemeindewerken bestehen, welche den heute bestehenden dortigen Bedürfnissen gut und billig entsprechen können. Auch ist zu berücksichtigen, daß sich in unserem Lande noch eine Anzahl unbenützter Wasserkräfte befinden. Wir erinnern, daß z.B. die vorzüglich geeignete Kraftquelle des Fätschbaches heute noch nicht voll ausgenützt ist. Dennoch ist die Beteiligung bei den Beznau-Löntschwerken als Kraftbezugsquelle sicher wünschenswert; eine weitere Ausdehnung des Konsums ist auch in unserm Kanton in sichere Aussicht zu nehmen und es ist unzweifelhaft zu begrüßen, im Bezug elektrischer Energie nicht auf reine Privatunternehmungen angewiesen zu sein. Dieser Gedanke hat ja auch in der ganzen Schweiz durchgeschlagen» (§ 4, S. 8).

1743 Vgl. Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 7–8.

1744 Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 8.

> Konzessionsgemeinden und somit auch der sehr wichtige Bezug von sogenannten Vorzugskräften, die Rückkaufbedingungen usw. usw. [sic], bleiben also völlig intakt.»[1745]

Damit sollte wohl eine Opposition seitens der Konzessionsgemeinden verhindert werden, fällt doch auf, dass diese an verschiedenen Stellen beruhigt werden.[1746] 649

b. Die Gründung der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG

Daran anschliessend folgte der am 22. April 1914 abgeschlossene *Vertrag zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzell A.-Rh. und Zug betreffend Gründung der Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G.*[1747] Gemäss §. 2 Abs. 1 des Gründungsvertrages sollte der Kanton Glarus 2 % der zu erwerbenden Aktien übernehmen. Als beteiligter Kanton hatte Glarus somit gemäss §. 2 Abs. 2 Anspruch, «durch mindestens ein Mitglied» in dem aus 25 Mitgliedern bestehenden Verwaltungsrat vertreten zu werden. 650

§. 5 Abs. 1 stellt fest, dass die Kantone «im übrigen in der Erteilung von Konzessionen an Dritte unbeschränkt» sind. Immerhin wird in einem zweiten Satz angefügt: 651

> «Bei Projekten von Anlagen mit 10 000 Pferdekräften und mehr haben sie jedoch unter Vorbehalt der kantonalen Gesetzgebung den Nordostschweizerischen Kraftwerken zu den gleichen Bedingungen ein Vorzugsrecht vor privaten Konzessionsbewerbern einzuräumen.
>
> [Abs. 2] Das Vorzugsrecht ist innert längstens 4 Monaten nach Abschluß der Verhandlungen mit den Konzessionsbewerbern geltend zu machen.
>
> [Abs. 3] Mit der Geltendmachung des Vorzugsrechtes haben die Nordostschweizerischen Kraftwerke die Verpflichtung zu übernehmen, die Konzessions-Bewerber für ihre Auslagen und Arbeiten schadlos zu halten.»[1748]

[1745] Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 8 (Hervorhebung im Original).

[1746] Landsgemeindememorial 1915: «Für die Konzessionsgemeinden ist es aber sicher von großer Wichtigkeit, bis Ablauf der Konzession mit staatlichen Werken zu tun zu haben, statt mit einer Aktiengesellschaft, und dies wird namentlich im Zeitpunkt des Ablaufs der Konzession von größter Bedeutung sein Wenn der Kanton Glarus dann mitbeteiligt ist, kann es für die Konzessionsgemeinden jedenfalls nur von Vorteil sein» (§ 4, S. 8).

[1747] Vgl. den *Vertrag zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzell A.-Rh. und Zug betreffend Gründung der Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G.*, in: Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 13–15.

[1748] Zit. in Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 14.

652 Der Regierungsrat bekannte im Landsgemeindememorial, dass er sich gegen diese «etwas einschränkende Bestimmung, die ursprünglich noch viel enger gefaßt war, […] in die Wehre gesetzt» habe, jedoch sei er von den anderen Kantonen überstimmt worden.[1749] Zur Relativierung wurde darauf hingewiesen, dass das kantonale Recht und damit Art. 178 Abs. 1 EG ZGB GL ja vorbehalten war:

> «Staat und Gemeinden haben also immer die Priorität. Dagegen gilt die Priorität vor privaten Bewerbern bei Wasserkräften über 10 000 Pferdekräften.»[1750]

653 Konkret hatte dies Auswirkungen auf ein einziges Projekt, wie der Regierungsrat auch eingestand: Es könne «einzig noch das Limmernbachprojekt in Frage kommen. Alle andern Projekte sind entweder unter 10 000 Pferdekräften oder können überhaupt nicht ernstlich in Betracht gezogen werden.»[1751] Mit Bezug auf das Limmernbachprojekt könne aber in absehbarer Zukunft nicht davon ausgegangen werden, dass die *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* zu einem solchen Projekt in der Lage sei.[1752] Falls doch, «so könnte dies dem Lande nicht schädlich, sondern eher nützlich sein».

c. Der Beschluss über die Verwertung der Wasserkräfte

654 Diesen Fragen nachgelagert kam das Traktandum über die Verwertung der Wasserkräfte des Limmernbaches und des Sandbaches in der Gemeinde Linthal. Dies ging ursprünglich auf die damals bereits zehn Jahre zurückliegende Anfrage eines Herrn Oberst *von Schumacher* Luzern zurück, welcher sich mit Eingabe vom 27. November 1907 um die Konzession für die Nutzbarmachung dieser Wasserkräfte beworben hatte.[1753] Nachdem verschiedene Gutachten erstellt worden waren, rekapitulierte der Regierungsrat, dass der Kanton bisher

---

1749 Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 16.

1750 Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 16.

1751 Landsgemeindememorial 1915, § 4, S. 16.

1752 Landsgemeindememorial 1915: «Für die nächsten zwei Dezennien können die ‹Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G.› jedenfalls kaum daran denken, ihre Werke noch auszudehnen […]» (§ 4, S. 17).

1753 Vgl. den geschichtlichen Abriss in Landsgemeindememorial, § 8, S. 35. Bei der Familie *Schumacher* handelt es sich um eine alte Luzerner Patrizierfamilie (vgl. LISCHER, HLS: Schumacher). Das «von» aber deutet darauf hin, dass es sich um die Söhne des in den Baronenstand erhobenen neapolitanischen Generals *Felix von Schumacher* (1814–1894) handelt (vgl. MÜLLER-GRIESHABER, HLS: Felix von Schumacher). Sein gleichnamiger Sohn *Felix von Schumacher* (1856–1916) war Bauingenieur, von 1908–1916 Baudirektor im Luzerner Regierungsrat und Oberst (vgl. TRÜEB, HLS: Felix von Schumacher). Dass es sich um ihn handelt, bezeugt das Landsgemeindememorial 1917: «Herr Oberst von Schumacher starb am 23. März 1916; seine Erben traten die von ihm ausgeführten Projekte, Studien, Wassermessungen, Konzessionsgesuche und Abkommen an die A.-G. ‹Motor› ab, welche von da ab in die Stelle des Herrn Oberst von Schumacher als Konzessionsbewerber eintrat» (§ 6, S. 18).

immer auf sein Vorrecht zugunsten der Gemeinden verzichtet habe.[1754] Inzwischen hatte aber ein Umdenken stattgefunden, insofern der Kanton sein Vorrecht wahrnehmen sollte.[1755]

> «Es entspricht der Bedeutung der in einer solchen Konzession zu ordnenden wichtigen Fragen, wenn wir die Kompetenz für deren Regelung dem Landrate vorbehalten, der namens des Kantons als Konzessionsgeber nicht nur einseitig die Interessen des Landes, sondern auch diejenigen der Gemeinde Linthal bestens wahren wird. Die Gemeinde kann ihre Forderungen stellen, oder mit Herrn v. Schumacher oder einem andern Unternehmer einen privatrechtlichen Vertrag über alle sie beschlagende Interessenpunkte, wie namentlich Wasserzins, Schutz ihres Elektrizitätswerkes usw. abschließen, einen Vertrag, der nur noch von der Eventualität abhängig ist, daß der Gegenkontrahent vom Kanton die Konzession erhält. Solche Ansprüche können dann auch vom Landrate als Bestandteil des Konzessionsvertrages erklärt, resp. es kann die Erfüllung der daherigen Verpflichtungen dem Konzessionär einfach überbunden werden.»[1756]

So war denn der *Beschluss über die Verwertung der Wasserkräfte des Limmernbaches und des Sandbaches, sowie der Linth vom Ursprung bis zum Schreienbach im Thierfehd in Linthal* kurzgefasst. In seinem § 1 Abs. 1 sah er vor, dass der «Kanton Glarus […] von seinem Vorrechte nach § 178 des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches Gebrauch» mache.[1757] Abs. 2 sodann bestimmte den sachlichen Geltungsbereich dieses Beschlusses: 655

> «Er nimmt das Recht der Enteignung für alles zur Verwertung der Wasserkräfte des Limmernbaches und des Sandbaches und der Linth von deren Ursprung bis zum Schreienbach im Thierfehd in Linthal für sich in Anspruch.»[1758]

[1754] Landsgemeindememorial 1915: «Das in § 178 E. G. in erster Linie gewährleistete Vorrecht für den Kanton hat dieser bisher für sich selbst einzig im Landsgemeinde-Beschluß vom 10. Mai 1896 betreffend die Wasserkraft des Sernft vom Wyer in Engi bis Soolsteg gewahrt, jedoch mit dem Recht sofortiger Wiederbegebung an das Sernftalahnkomitee [sic] oder an eine sich bildende Gesellschaft. Das bezügliche Projekt blieb indessen unausgeführt. In allen andern Fällen verzichtete der Staat auf das Vorrecht, weil die Voraussetzungen für die Ausführung eines Wasserwerkes durch den Kanton mangelten. Er hat immer den Verzicht, soweit ein solcher erfolgte, zu Gunsten von Gemeinden ausgesprochen, in den meisten Fällen von der Annahme ausgehend und der innern Bedeutung von § 178 E. G. entsprechend, daß die Gemeinden eigene Werke ausführen werden» (§ 8, S. 37–38).

[1755] Landsgemeindememorial 1915: «Es ist aber nicht einzusehen, weshalb zu diesem Zwecke die Gemeinde Linthal als Unterhändler mitwirken soll, sondern wir erachten es nun als angezeigt, daß der Kanton direkt eingreife» (§ 8, S. 38).

[1756] Landsgemeindememorial 1915, § 8, S. 38. Weshalb der Regierungsrat davon ausgeht, dass Linthal – nach der Enteignung durch den Kanton – noch Wasserzins einfordern könnte, ist nicht klar. Wahrscheinlich handelt es sich um einen Fehler, da das Instrumentarium hier erstmals zum Einsatz kam.

[1757] Landsgemeindememorial 1915, § 8, S. 39.

[1758] Landsgemeindememorial 1915, § 8, S. 39–40.

656 In § 2 behielt sich der Kanton Glarus das Recht vor, «diese Rechte weiter zu begeben», wozu in § 3 dem Landrat «alle nötigen Vollmachten zur Ausführung dieses Beschlusses erteilt» werden. In § 4 wurde festgehalten, dass der Beschluss «sofort mit der Annahme durch die Landsgemeinde in Kraft» tritt und der § 5 beauftragte den Regierungsrat mit dem Vollzug.[1759]

657 Weiterführende Bestimmungen wurden bewusst nicht aufgenommen. Einerseits, wurde angefügt, stünden dem Kanton Glarus durch sein staatliches Hoheitsrecht bereits alle polizeirechtlichen Gesetzgebungsbefugnisse zu; dafür bedurfte der Kanton nicht eines Landsgemeindebeschlusses, sondern er konnte einfach «in seiner besondern Baubewilligung die der Sachlage entsprechenden Vorbehalte und Verpflichtungen» aufstellen.[1760] Andererseits konnten die noch offenstehenden Fragen – wie etwa eine einmalige Konzessionsgebühr oder der Heimfall – im Konzessionsvertrag geregelt werden.[1761]

1.3 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1917

658 Der Landsgemeindebeschluss des Jahres 1915 hielt keine zwei Jahre. Grund dafür waren die inzwischen beim Kanton Glarus eingereichten Konzessionsgesuche. Für das Limmernwerk bewarben sich zwei Parteien, wobei auch die *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG*

[1759] Landsgemeindememorial 1915, § 8, S. 40.

[1760] Landsgemeindememorial 1915: «Das allgemeine staatliche Aufsichtsrecht ergibt sich bereits aus den §§ 16, 174, 175 und 178 E. G.; es betrifft die Sorge für die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, für die möglichst wirtschaftliche Benützung der Wasserkräfte, für den soliden Bau des Werkes, für seine zweckmäßige Anpassung an das Umgelände und für Erhaltung eines von den bisherigen natürlichen Verhältnissen nicht nachteilig abweichenden Wasserabflusses in der Linth. Nach allen diesen Richtungen kann der Regierungsrat bei den gültigen Projektvorlagen und beim Bau selber das Nötige vorkehren, indem er – wie beim Löntschwerk – in seiner besondern Baubewilligung die der Sachlage entsprechenden Vorbehalte und Verpflichtungen aufstellt» (§ 8, S. 38).

[1761] Vgl. Landsgemeindememorial 1915: «Endlich könnte eine einmalige Konzessionsgebühr erhoben werden, deren Berechtigung schon im Hinblick auf die Bemühungen, welche den Vollzugsbehörden und ihren Organen aus der Konzessionserteilung erwachsen, nicht zu bestreiten ist. § 1 des Gesetzes vom 3. Mai 1908 betreffend die Besteuerung von Wasserwerken sah eine einmalige Konzessionsgebühr von Fr. 50.– bis Fr. 10 000.– vor. Der Landrat wird eventuell nach der Landsgemeinde darüber zu entscheiden haben, ob grundsätzlich eine Konzessionsgebühr zu verlangen sei und ob diese Forderung auf Grund der vorerwähnten Gesetzesbestimmung oder auf dem Wege des Vertrags mit dem Konzessionär geltend gemacht werden soll. Von ganz besonderer Bedeutung sind sodann die auszustellenden Bedingungen über Rückkaufsrecht oder Heimfall und hinsichtlich voller Wahrung der Erhaltung des Genusses der Naturschönheiten. In dieser Beziehung müssen unbedingt alle Garantien geboten und muß die Konzessionserteilung davon abhängig gemacht werden» (§ 8, S. 39).

aufgrund des ihr im Gründungsvertrag zustehenden Vorrechts in Betracht kam.[1762] Nun aber waren die Projekte über den ursprünglichen Plan des verstorbenen Oberst *Felix von Schumacher* ausgedehnt worden, sodass sie weitere Gewässer miteinbezogen, welche nicht vom Landsgemeindebeschluss von 1915 miterfasst waren.[1763] Ebenfalls lag auch ein neues Konzessionsgesuch der Firma *Locher & Cie.* für die Verwertung der Wasserkräfte des Mühlebachs, des Sernft und des st. gallischen Murgsees vor, wozu noch einmal die *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* aufgrund des ihr im Gründungsvertrag zustehenden Vorrechts als mögliche Konzessionsbewerber gehandelt wurden.[1764] Auch diese Wasserkräfte aber fielen ausserhalb des sachlichen Geltungsbereiches des Landsgemeindebeschlusses von 1915.

Ehe der Regierungsrat sich um die Konzessionserteilungen kümmern konnte, musste er 659
sein Verfügungsrecht über die hinzugekommenen Gewässer sichern. Aus diesem Grund wurde der Landsgemeindebeschluss von 1915 aufgehoben und durch den erweiterten *Beschluß über die Verwertung der Wasserkräfte im obern Linthgebiet in Linthal, am Mühlebach in Engi und am Sernft von Engi bis Schwanden* von 1917 ersetzt.[1765] Mit Ausnahme des erweiterten sachlichen Geltungsbereiches deckte sich der Landsgemeindebeschluss von 1917 inhaltlich mit dem von 1915.

[1762] Es handelte sich um die *Motor AG* als Rechtsnachfolgerin des Oberst *Felix von Schumacher* sowie die Fima *Locher & Cie.* in Verbindung mit den Herren *Fischer-Reinau* (o.A.) von Zürich und (wahrscheinlich) Herr *Kaspar Luchsinger-Trümpy* (1864–1927) von Glarus (vgl. Landsgemeindememorial 1917, § 6, S. 18). *Kaspar Luchsinger-Trümpy* hatte an der ETH Chemie studiert und hatte sich danach als Textilfabrikant etabliert. Von 1908–1927 war er Regierungsrat und ab 1923 Landesstatthalter (vgl. FELLER-VEST, HLS: Kaspar Luchsinger).

[1763] Vgl. Landsgemeindememorial 1917: «Der 1915er Landsgemeindebeschluß erfaßt nur Limmern- und Sandbach, sowie die Linth bis zur Einmündung des Schreyenbachs, also ohne Schreyenbach, und da, wie ziemlich zuverlässig nachgewiesen, für den Muttensee kein Zusammenhang mit dem Limmernbach besteht, auch ohne den Muttensee. Infolgedessen muß eine umfassendere Bezeichnung und ein entsprechender weiterer Beschluß der Landsgemeinde veranlaßt werden, der mit dem Ausdruck ‹obere Linth› alle die Linth bildenden und ihr zufließenden Gewässer bis und mit dem Schreyenbach betrifft. Beide Konzessionsgesuche wollen übrigens dieses ausgedehntere Flußgebiet für die beabsichtigten Wasserwerke in Anspruch nehmen» (§ 6, S. 19).

[1764] Vgl. Landsgemeindememorial 1917: «[…] und hat außerdem noch ein Projekt für eine Wasserkraft-Anlage Murgsee-Mühlebach und Sernft eingereicht und die Konzession hiefür nachgesucht. Außerdem sind die Nordostschweizerischen Kraftwerke A.-G. in Baden als Bewerber in Betracht zu ziehen, falls deren vertragliches Vorrecht Anwendung findet und geltend gemacht wird» (§ 6, S. 18).

[1765] Der Beschluss ist abgedruckt in Landsgemeindememorial 1917, § 6, S. 22.

2. Memorialsantrag und Berichte

660 Der Regierungsrat stellte zuhanden des Landsgemeindememorials des Jahres 1918 den folgenden Antrag:

> «Es möge der Kanton Glarus ein Vorrecht nach § 178 E.G. auf alle nach dem Ermessen der Behörden zum Ausbau geeigneten Gewässer im Kanton Glarus ausdehnen und für sich in Anspruch nehmen.»[1766]

661 Anstoss dazu hatten die Entwicklungen in den pendenten Projekten gegeben: Wie schon 1917 vorausgesehen worden war, bewarben sich die *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* zur Ausnutzung der Wasserkräfte des Mühlebaches und des Sernft, wobei zwei Varianten vorgelegt wurden.[1767] Da eine dieser Varianten den vom Landsgemeindebeschluss des Jahres 1917 nicht erfassten Niedernbach umfasste, für welchen darüber hinaus die Landsgemeinde des Jahres 1896 auf ihr Vorrecht zugunsten der Gemeinde Schwanden verzichtet hatte,[1768] war ein neuer Landsgemeindebeschluss nötig.[1769] Zudem hatte sich auch das Projekt der Firma *Locher & Cie.* für die Verwertung der Wasserkräfte im Oberlauf der Linth ausgeweitet und umfasste weitere, vom Landsgemeindebeschluss von 1917 nicht erfasste Flüsse. Dem Regierungsrat zufolge war es «aus diesem Grunde angezeigt, daß der Kanton sein Vorrecht nach § 178 E.G. auf alle glarnerischen Gewässer ausdehnt».[1770] Es würde dies auch ein dankbares Ende des Reigens an Wasserrechtsbeschlüssen bedeuten, sodass «die Behörden und Landsgemeinde inskünftig nicht fast alljährlich mit Anträgen

---

1766 Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 43.

1767 Die erste Variante sah den Einbezug der auf st. gallischem Kantonsgebiet liegenden Murgseen vor, «für den Fall, daß die interkantonalen Verhältnisse dieser Gewässer mit dem Kanton St. Gallen sich in befriedigender Weise gütlich regeln lassen». Ansonsten sah die zweite Variante die «Einbeziehung des Niedernbaches und die Erstellung von zwei Sammelbecken von zusammen zirka 6 000 000 Kubikmeter Fassungsvermögen in dessen Einzugsgebiet vor» (vgl. Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 44).

1768 Vgl. *Beschluß betreffend die Wasserkraft des Niedernbaches vom Alpstaffel bis zur Wassergerechtigkeit des Herrn Martin Hefti* von 1896: «Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von § 4 des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer vom 8. Mai 1892 für die Dauer von 10 Jahren bezw. bis zur ordentlichen Landsgemeinde des Jahres 1906 auf ihr Vorrecht zur Benutzung der Wasserkraft des Niedernbaches vom Alpstafel bis zur Wassergerechtigkeit des Herrn Martin Hefti» (zit. in Landsgemeindememorial 1896, § 11, S. 38).

1769 Vgl. Landsgemeindememorial 1918: «Wir bemerken dabei ausdrücklich, daß der Kanton dieses Recht unbedingt für sich in Anspruch nehmen muß, weil bei einem allfälligen Scheitern der Verhandlungen mit dem Kanton St. Gallen über die Einbeziehung der Murgseen, die Nutzbarmachung des Mühlebaches und des Sernft ohne Niedernbach nicht mehr wirtschaftliche wäre und die Ausführung dieser Projekte damit überhaupt in Frage gestellt würde» (§ 13, S. 44).

1770 Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 44.

betreffend das Recht der Ausnutzung der Wasserkräfte beschäftigt werden müssen […]».[1771]

Doch obwohl diese Überlegungen zentral gewesen zu sein scheinen, ging der Regierungsrat zu generelleren Argumenten über. So sei «eine auf modernen Grundsätzen sich aufbauende Wasserwirtschaft für den Kanton Glarus je länger je mehr zur zwingen Notwendigkeit» geworden.[1772] Und obwohl bereits viele Wasserwerke errichtet seien, bleibe nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft bisher unbenutzte Wasserläufe von der Technik nutzbar gemacht werden können; es müsse sich «der Staat in weitsichtiger Weise für alle diese Fälle völlig freie Hand hinsichtlich künftiger Konzessionserteilungen sichern».[1773] Diese freie Hand sicherte er sich unmittelbar gegenüber dem gleichzeitig eingereichten Memorialsantrag seitens der Gemeinde Schwanden auf Verzicht des Vorrechtes zur Enteignung der Wasserkräfte des Mühlebaches.[1774] Allein hiervon wollte der Regierungsrat nichts wissen: 662

> «Die kleineren lokalen Interessen müssen nun gegenüber den Interessen der Allgemeinheit zurücktreten. Die Ausnützung der Wasserkräfte muß sich nach großen Gesichtspunkten vollziehen, und es kann der Konsequenzen wegen dem Niedernbachprojekt der Gemeinde Schwanden nicht eine Sonderstellung eingeräumt werden, sondern es soll auch dieses Werk von unserm Hauptantrage der generellen Inanspruchnahme des staatlichen Vorrechtes auf alle ausbeutungsfähigen Wasserkräfte erfaßt werden.»[1775]

1771 Bericht Regierungsrat 1918, S. 4; Bericht Landsratskommission 1918, S. 10; vgl. auch Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 45.

1772 Bericht Regierungsrat 1918, S. 3–4; vgl. auch Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 45.

1773 Vgl. Bericht Regierungsrat 1918: «Die heute zutage tretende Nachfrage nach ausbauwürdigen Wasserwerken wird auch nach dem Kriege anhalten und es erlangen dadurch namentlich auch unsere glarnerischen Wasserkraftprojekte erhöhte Bedeutung, sodaß eine auf modernen Grundsätzen sich aufbauende Wasserwirtschaft für den Kanton Glarus je länger je mehr zur zwingen Notwendigkeit wird. Es ist also sehr wohl möglich, daß noch andere, heute noch nicht in Betracht fallende glarnerische Gewässer in der Folge von den Technikern als ausbauwürdig befunden werden, und muß sich daher der Staat in weitsichtiger Weise für alle diese Fälle völlig freie Hand hinsichtlich künftiger Konzessionserteilungen sichern» (S. 3–4; vgl. auch Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 45).

1774 Vgl. Landsgemeindememorial 1918: «Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von § 178 des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911 zu Gunsten der Gemeinde Schwanden auf das Vorrecht, alle im gesamten Einzugsbiete des Niedernbaches oberhalb des sogenannten ‹Alp-Stafels› noch nicht verwendeten Wasserkräfte auszunützen oder weiter zu begeben, um damit der Gemeinde Schwanden die Möglichkeit zu verschaffen, ihr bereits bestehendes Elektrizitätswerk am Niedernbach zu erweitern» (§ 13, S. 44).

1775 Bericht Regierungsrat 1918, S. 5–6.

663 Die Bestimmtheit der Formulierung zeugt von einem gänzlich gewandelten Selbstverständnis des Kantons:

> «Die Interessen der Gemeinde Schwanden haben sich daher unbedingt den weit bedeutendern Interessen des Kantons unterzuordnen.»[1776]

664 Vor der Landratskommission vertrat Regierungsrat *David Legler* (1849–1920), Vorsteher der Baudirektion, das Anliegen des Regierungsrates.[1777] Wie er rekapitulierte, habe allen bisherigen Landsgemeindebeschlüssen mit Bezug auf die Nutzung der Wasserkräfte «die Absicht zugrunde [gelegen], auf dem Gebiete der Wasserwirtschaft die Stellung des Staates zu festigen» und es weise daher auch «die seitherige Gestaltung der Verhältnisse gebieterisch darauf hin, daß der Kanton die entscheidende Führung behalte und seinen zuständigen Behörden (Regierungsrat und Landrat) noch umfassendere Vollmachten als bisher erteilt werden, um, unter vollster Wahrung aller berechtigten Ansprüche, die Wasserkräfte der Allgemeinheit bestmöglich dienstbar machen zu können.»[1778] Der Kantonsingenieur *Blumer* (o.A.) verglich die gegenwärtige Lage des Kantons Glarus mit derjenigen des Bundes, welcher sich mit dem WRG «eine von großen Gesichtspunkten geleitete Wasserwirtschaft» angestrebt habe und dessen Beispiel es zu folgen gelte.[1779] Diesen Ansichten folgte auch die Landratskommission, welche ihre Zufriedenheit darüber Ausdruck gab, dass man sich nicht früher schon festgelegt hatte:

> «Es mag daher kaum zu bedauern sein, daß in den letzten Jahren für den Kanton in dieser Sache noch keine bindenden Beschlüsse ergangen sind. Diese hätten leicht auf die seitherigen nicht vorauszusehenden Vorgänge hinderlich einwirken können, während jetzt mit aller Sachlichkeit die weitern wichtigen Entscheide möglich sind.»[1780]

1776 Bericht Regierungsrat 1918, S. 5; vgl. auch Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 46–47.

1777 *David Legler* hatte in Zürich, München, Genf und Bern Rechtswissenschaften studiert und als Anwalt sowie Zeitungsredaktor in Glarus gearbeitet. Seine Ämter waren: Glarner Landrat 1885–1887, Obergerichtspräsident 1905–1907, Nationalrat 1904–1914, Regierungsrat (Militär- und Polizeidirektion) 1890–1904 und (Baudirektion) 1907–1920, Ständerat 1914–1920 (vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: David Legler).

1778 Bericht Landratskommission 1918, S. 2.

1779 Vgl. Bericht Landratskommission 1918: «Wie der Bund mit dem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 eine von großen Gesichtspunkten geleitete Wasserwirtschaft anstrebe, so solle auch der Kanton im gleichen Sinne darauf Bedacht nehmen, die in seinem Gebiete befindlichen unbenutzten oder nicht zweckmäßig ausgebeuteten Gewässer günstig zu verwerten, indem er entweder selbst in Verbindung mit erstklassigen Unternehmern oder ohne direkte Beteiligung auf dem Wege der Weiterbegebung seiner Rechte den Ausbau zu veranlassen sucht» (S. 2).

1780 Bericht Landratskommission 1918, S. 3.

Die Vertreter der Gemeinde Schwanden und der Gemeinde Linthal im Landrat versuchten den Wortlaut für den Fall anzupassen, dass «Gemeinden die in ihrem Gebiete liegenden Wasserkräfte selbst ausbauen wollen».[1781] Doch dies wurde von der Mehrheit der Landratskommission abgelehnt: 665

> «Die Kommissionsmehrheit unterstützt dagegen mit aller Bestimmtheit den Vorschlag des Regierungsrates. Ihr hat sich aus der eingangs berührten Entwicklung der in Betracht fallenden Verhältnisse die Ueberzeugung gebieterisch aufgedrängt, daß der weitere Ausbau der Wasserkräfte im Kanton nur noch unter staatlicher Führung erfolgen soll. Es handelt sich dabei um die Hebung wichtiger Naturschätze und um die Lösung komplizierter Rechts- und Volkswirtschaftsfragen, die das allgemeine Wohl in hervorragendem Maße betreffen und deshalb nicht mehr dem privatrechtlichen Eigentümer oder einzelnen privaten Interessengruppen überlassen bleiben dürfen.»[1782]

Die Stärke dieser Aussage wurde freilich schon im übernächsten Satz gemildert, welcher klarstellen sollte, dass es sich nicht um einen Systemwechsel handelte: 666

> «Es blieb in der Kommissionsberatung nicht unerwähnt, daß im Kanton Glarus die Wasserrechte gesetzlich zum anstoßenden Grundeigentum gehören und daß durch die neue Gesetzgebung die Verfügungsgewalt dieser Eigentümer erheblich beschränkt worden ist. Dafür hat aber der Gesetzgeber auch alle jene schützenden, auf der grundsätzlichen Unverletzlichkeit des Eigentums beruhenden Vorbehalte aufgestellt, die beim Mangel gütlicher Verständigung im Enteignungsverfahren vollen Ersatz aller preiszugebenden Werte gewährleisten. Neben diesem wichtigen Rechtsgrundsatz ist sich der Kanton sonst sowohl bewußt, daß er bei der Inanspruchnahme seines Vorrechtes allen berechtigten Interessen in weitestgehendem Maße Rechnung tragen will und muß. Der Regierungsrat hat dies in seinem Berichte vom 24. Januar 1918 wiederum mit aller Bestimmtheit hervorgehoben. Dem gegenüber erscheinen die angeführten Bedenken von Linthal und Schwanden völlig unbegründet».[1783]

[1781] Bericht Landratskommission 1918, S. 5.

[1782] Bericht Landratskommission 1918, S. 6; zit. auch in Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 47; zit. auch in JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 4.

[1783] Bericht Landratskommission 1918, S. 6; zit. auch in Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 47. Der Verweis bezieht sich auf die folgenden Stellen im Bericht Regierungsrat 1918: «Selbstverständlich ist damit irgend eine Schädigung der bereits bestehenden und projektierten Werke, sowie der vielen industriellen und gewerblichen Betriebe nicht beabsichtigt. – Gegenteils sollen deren Rechte und Interessen bei den kommenden Verhandlungen mit den Konzessionsbewerbern in weitgehendster Weise geschützt werden, was am besten durch besondere Verträge und Aufnahme bezüglicher Bedingungen in die Konzessionen geschehen kann, und wozu § 177 E.G. dem Staat die nötige Handhabe bietet. […] Wir müssen vorerst wiederholen, daß unser Antrag auf generelle Inanspruchnahme des staatlichen Vorrechtes für alle ausbeutungsfähigen Wasserkräfte irgend eine Schädigung der bereits bestehenden und projektierten Werke nicht bezweckt, sondern die Rechte und Interessen dieser Werke bei den kommenden Verhandlungen mit den Konzessionsbewerbern in weitgehender Weise geschützt werden sollen» (S. 4–5).

3. Landrat und Landsgemeinde

667 Die Diskussion im Landrat fand unter Vorsitz von *Rudolf Gallati* an der Sitzung vom 27. Februar 1918 statt.[1784] Es wurde noch ein letztes Mal seitens der Gemeinden Schwanden und Linthal versucht, ihre Interessen zu wahren:

> «Die Gemeinden seien besser als der Kanton im Stande, die vitalen Jnteressen [sic] der Gemeinden im Falle von Verhandlungen über eine allfällige Weiterbegebung der Wasserkräfte wa[h]rzunehmen und mit den speziellen Bedürfnissen der Gemeinden in Einklang zu bringen. Der Kanton solle in die Souveränität der Gemeinden nur insoweit eingreifen, als dies absolut unerlässlich sei […].»[1785]

668 Der Regierungsrat machte diesbezüglich noch einmal seine Zusicherung:

> «Von Seite des Regierungsrates wird mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die kantonalen Behörden bei den Verhandlungen mit den Konzessionsbewerbern die Jnteressen [sic] der Gemeinden nach jeder Richtung hin bestmöglich wahrnehmen werden und die nach dieser Richtung hin bestehenden Bedenken der wasserwerkbesitzenden Gemeinden unbegründet seien.»[1786]

669 In der Folge werden alle Minderheitsanträge gegenüber der Fassung der Landratskommission abgelehnt und der bereinigte Beschluss unverändert der Landsgemeinde überwiesen.[1787]

670 An der ordentlichen Landsgemeinde vom 5 Mai 1918 wurden zwei Anträge auf Ergänzungen sowie ein Antrag auf Streichung gemacht.[1788] Diese wurden alle abgelehnt.[1789] Dann wurde über die Annahme des Memorialsantrag des Gemeinderates Schwanden abge-

---

[1784] Vgl. Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, S. 99.

[1785] Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, §. 76, S. 101.

[1786] Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, §. 76, S. 102.

[1787] Landratsprotokoll 1917–1920, Sitzung vom 27. Februar 1918, §. 76, S. 102–103.

[1788] Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 5. Mai 1918: «[…] 2. Antrag auf Ergänzung von § 1 vorstehenden Beschlusses-Entwurfes durch folgenden Zusatz: ‹Der Landrat wird die Errichtung einer kantonalen Werkes, eventuell in Verbindung mit einem Gemeindewerke prüfen & die Rechte nur weitergeben, wenn die Errichtung eines kantonalen Werkes nicht ausführbar sein sollte.› 3. Zusatz zu § 3: ‹Hiebei sollen die Rechte & Interessen bestehender Wasserwerke mit ihrem Einzugsgebieten in weitgehendster Weise geschützt werden.› 4. Streichung von § 3 in dem Sinne, dass der Erlass der Bestimmungen über die Verwertung & eventuelle Weiterbegebung der Wasserkräfte durch die Landsgemeinde zu erfolgen habe» (§ 13, S. 153).

[1789] Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 5. Mai 1918: «Zu eventueller Abstimmung werden gegenüber der landrätlichen Vorlage abgelehnt: Antrag 2 (Zusatz zu § 1, Errichtung eines kantonalen Werkes, eventuell in Verbindung mit einem Gemeindewerk) mit Mehrheit; Antrag 3 (Zusatz zu § 3, Wahrung der Rechte & Interessen bestehender Wasserwerke) mit grosser Mehrheit; Antrag 4 (Streichung von § 3) mit grosser Mehrheit» (§ 13, S. 153).

stimmt, wobei «mit grosser Mehrheit der Antrag des Landrates auf Ablehnung dieses Memorialsantrages» siegte.[1790] Zuletzt wurde sodann der Beschlussentwurf angenommen.[1791]

4. Zwischenbetrachtung

Der WKB GL ist eng mit der Beteiligung am Erwerb der *Kraftwerke Beznau-Löntsch AG* und der Gründung der *Nordostschweizerischen Kraftwerke AG* verwoben. Insofern ist er Ausdruck eines gewandelten, aktiveren Staatsverständnisses auf dem Bereich der Nutzbarmachung der Wasserkräfte; der Kanton und nicht die Gemeinden sollte federführend sein. 671

Sodann ist der WKB GL aber auch als eine Ermüdungserscheinung der zahlreichen vorangegangenen Beschlüsse zu verstehen: Die Landsgemeinde sollte sich nicht jedes Jahr mit Wasserrechtsbeschlüssen herumschlagen müssen; der Landrat und nicht die Landsgemeinde sollte federführend sein. 672

Gleichzeitig aber geht aus der Debatte klar hervor, dass auch diese federführende Rolle des Landrats und damit auch des Kantons Glarus nicht in die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer eingreifen sollte. Ein Systemwechsel war also mit dem WKB GL nicht gemeint. 673

[1790] Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 5. Mai 1918: «Gegenüber Antrag 1 (Annahme des Memorialsantrages der Gemeinde Schwanden) siegt mit grosser Mehrheit der Antrag des Landrates auf Ablehnung dieses Memorialsantrages» (§ 13, S. 153).

[1791] Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1908–1932, Landsgemeinde vom 5. Mai 1918: «Zu der Generalabstimmung spricht sich die Landsgemeinde mit grosser Mehrheit für den vorliegenden Beschlusses-Entwurf aus; dieser ist mithin angenommen» (§ 13, S. 153).

§ 8 Der versuchte Systemwechsel der Jahre 1947–1951

674 Mit dem EG ZGB GL und dem WKB GL hatte der Landrat die rechtliche Handhabe, um die Nutzung der kantonalen Wasserkräfte zu steuern, während die Nutzung selber noch immer privatrechtlich durch das Recht der Ufereigentümer wahrgenommen wurde. Diese privatrechtliche Glarner Wasserrechtsordnung erfuhr in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zwei Schläge: Zum einen im Jahre 1939 durch mehrere kantonale Gerichtsurteile, welche das Nutzungsrecht der Ufereigentümer als selbständiges Recht infragestellten (s. hinten Rz. 677 ff. und 693 ff.) und zum anderen ein im Jahre 1947 durch eine Unzufriedenheit mit der Wuhrpflicht begründeter Memorialsantrag auf eine Totalrevision oder «Systemwechsel» (zum Begriff s. vorne Rz. 372) der Glarner Wasserrechtsordnung (s. hinten Rz. 706).

1. Vorgeschichte

675 In einem ersten Unterkapitel werden die Gerichtsurteile dargestellt, welche sich erstmals ausführlich mit der Rechtsnatur des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer befassten (s. hinten Rz. 677 ff. und 693 ff.). Sodann wird Landammann HANS HEFTI-HAAB vorgestellt, dem die politische Führung des durch den Memorialsantrag von 1947 angeregten Systemwechsels oblag (s. hinten Rz. 704).

1.1 Die Gerichtsurteile betreffend das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer

676 Es handelt sich nachfolgend um zwei Gerichtsurteile, welche jeweils über die beiden kantonalen Instanzen, das Augenscheingericht und das Obergericht, ausgetragen wurden. Sie sind nachfolgend darzustellen.

a. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG contra Tagwen Ennenda

(1) Das Augenscheingerichtsurteil vom 17. April/8. Mai 1939

677 Klägerin im Augenscheingerichtsverfahren vom 17. April und 8. Mai 1939 war die *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG*. Es handelte sich dabei um ein an der Linth zwischen Glarus und Ennenda liegendes Wasserwerk des späten 16. Jahrhunderts,[1792] welches zu Beginn

[1792] 1599 wurde im Hohlenstein eine Walke errichtet, mit welcher ein Rindenstampf verbunden war (GL-ASGE 17.04./8.05.1939, *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*, S. 87); vgl. dazu vorne Fn. 78.

des 19. Jahrhunderts von *Johann Heinrich Blumer* und *Johann Heinrich Tschudi* übernommen wurde. Sie erweiterten die damals dort stehende Färberei zu einer Baumwolldruckerei. Ihre Wasserbedürfnisse waren so gross, dass sie eine Schwellvorrichtung anbrachten, um das Linthwasser besser zu fassen; diesbezüglich verständigten sie sich im Jahre 1837 mit dem Tagwen Ennenda, welcher um sein gegenüberliegendes, rechtsseitiges Ufer und seine Allmend fürchtete. Die Firma *Blumer & Tschudi* durfte nur auf eine Schwellhöhe «von einem Schuh» stauen und bauten zudem im Jahre 1850 ein vom Tagwen Ennenda verlangtes «Stauwuhr».[1793] Der Tagwen Ennenda «erkannte dann aber in der Folge, dass die befürchtete Auswirkung der S[t]auung auf sein rechtsseitiges Ufer, welches im Laufe der Zeit vom Beklagten stets besser ausgebaut wurde, durchaus ausblieb, und überliess in der Folge dem Geschäft im Hohlenstein während fast 100 Jahren anstandslos die beliebige Ausnutzung der ganzen Linth».[1794] Das Nutzungsrecht an der gesetzlich dem Tagwen Ennenda zustehenden Linthhälfte wollte die *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* als Dienstbarkeit zu Lasten des Tagwens Ennenda im Grundbuch eintragen.[1795]

Diese Dienstbarkeit bestritt der Tagwen Ennenda. Dem Augenscheingericht zufolge ging 678
die Streitfrage, «einfach gesagt, dahin, ob der Tagwen Ennenda noch das Recht auf wirkliche Benutzung des halben Linthwassers besitzt oder ob er dasselbe an die Klägerin verloren hat».[1796] Hierbei verwies das Augenscheingericht in einer kurzen Abhandlung über das glarnerische Wasserrecht auf den Wortlaut von § 55 des BGB GL respektive den gleichlautenden § 170 EG ZGB GL, worin es heisst:

> «Solange und soweit indessen ein Eigentümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers nicht benutzt, ist er nicht befugt, den jenseitigen Ufereigentümer an der Benutzung derselben zu hindern, wohl aber mag er von letzterem behufs Sicherung seiner eventuellen Rechte einen Revers verlangen.»[1797]

Ebenso wurden JOHANN JAKOB BLUMERS erklärende Worte aus dem Landsgemeindeme- 679
morial von 1869 zitiert, wonach «das Recht des Anstössers eben nur auf die wirkliche Benutzung der Wasserkraft geht, dass er aber, solange er sie nicht benützt, auch nicht die

---

1793 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 87.

1794 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 88.

1795 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Der A.-G. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus, steht das wohlerworbene Recht zu, gemäss der im Linthbette bestehenden Wuhrtanne aus dem Linthfluss ein beliebiges Quantum Wasser zu entziehen. Sie ist demnach berechtigt, die entzogene Wassermenge durch den Fabrikkanal zwecks gewerblicher Nutzbarmachung der Wasserkraft ihren Wasserwerkanlagen zuzuleiten und unterhalb der Fabrikgebäude dem Linthfluss wieder zuzuführen. Wohlerworbene Rechte (vgl. Landsbuch IV, Seite 45, § 168)» (S. 89).

1796 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 90.

1797 § 55 GBG GL bzw. § 170 EG ZGB, zit. in GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 90; vgl. Appendix III: Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 und Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911.

Befugnis hat, über das vorbeifliessende Wasser, wie über ein Eigentum zu verfügen, bezw. dessen Benutzung durch andere zu verhindern».[1798]

680 Die Klägerin machte geltend, dass sie aufgrund ihrer Vereinbarung von 1837 mit dem Tagwen Ennenda schon mit dem Inkrafttreten des Wasserrechtes nach § 55 BGB GL von 1869 ein wohlerworbenes Recht besessen habe, welches nun auch durch § 170 EG ZGB GL geschützt werde.[1799] Falls bei Inkrafttreten des Wasserrechtes nach § 55 BGB GL der Tagwen Ennenda tatsächlich noch «eventuelle Rechte» besessen hätte, dann wäre doch der in der Gesetzesbestimmung erwähnte Revers zu verlangen gewesen – was indes nie geschehen sei.[1800]

681 Der beklagte Tagwen Ennenda machte geltend, dass er auf die ihm gemäss § 55 BGB GL bzw. § 170 EG ZGB GL zustehende Hälfte der Wasserkraft nie verzichtet habe. Für einen solchen Verzicht wie auch für wohlerworbene Rechte, welche eine vom gesetzlichen Zustand abweichende Verteilung begründen würden, wäre die Klägerin beweispflichtig, «steht jedoch diesbezüglich ohne jeden Beweis da».[1801]

682 Diese Beweispflicht bestritt die Klägerin in ihrer Replik. Für die Gesamtnutzung des Wassers gemäss §§ 55 BGB GL bzw. § 170 EG ZGB GL bedurfte sie keine Bewilligung des Beklagten und brauche deshalb eine solche auch nicht nachzuweisen. Unbestreitbar sei indes, dass sich der beklagte Tagwen Ennenda niemals «unter Vorbehalt der eigenen Wasserrechte, der klägerischen Gesamtnutzung widersetzt» habe.[1802] Die «beklagtischen Ausführungen über die wohlerworbenen Rechte sind abwegig und eine Verkennung deren Begriffes».[1803]

683 Das Augenscheingericht stellte in seinen Erwägungen einmal grundsätzlich fest:

> «Die Linth ist offenbar von jeher ein öffentliches Gewässer gewesen.»[1804]

1798 Zit. in GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 90; vgl. vorne Fn. 813.

1799 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 91.

1800 Vgl. GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Ein solcher Revers ist weder jemals durch den Beklagten verlangt noch von der Klägerin und deren Rechtsvorgänger ausgestellt worden, sodass der Beklagte seine ursprünglichen Nutzungsrechte ungesichert liess und jedenfalls heute absolut verloren hat» (S. 91).

1801 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 93.

1802 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Sämtliche Akten von 1837, 1841, 1849 und 1850 betreffen nur den Schutz des beklagtischen Grundeigentumes, nicht aber der beklagtischen Wasserrechte als solche, welche mit keinem Wort erwähnt sind» (S. 94–95).

1803 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 94.

1804 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 99, E. 5.a.

Hierbei stützte sich das Augenscheingericht auf die Bestimmung in § 2 Ziff. 3 des Gesetzes von 1890.[1805] Das Augenscheingericht gab zwar zu, dass dieses Gesetz gemäss § 253 I Ziff. 2 EG ZGB GL aufgehoben wurde und durch die §§ 166 ff. EG ZGB GL ersetzt wurde, welche den Rechtsbegriff der öffentlichen Gewässer nicht kennen (s. vorne Rz. 520). Dennoch kam aber das Augenscheingericht zum Schluss, dass diese Aufhebung stattgefunden habe, «ohne dass am öffentlich-rechtlichen Charakter der Linth etwas abgeändert worden wäre».[1806] Das Gericht folgert: 684

> «Als öffentliches Gewässer ist daher die Linth weder als solche noch in ihren Bestandteilen, Wasserstrom und Flussbett, ein sachlicher Komplex, der dem Privateigentum zugänglich wäre, und es ist, was schon hier hervorgehoben werden mag, daher durchaus irrtümlich, wenn bei Bereinigung des Grundbuches die Grenzen des privaten Eigentumes der Uferanstösser als in der Mitte des Flussbettes verlaufend, bezeichnet worden sind.»[1807]

Daraus wurde gefolgert, es bedeute dies «keineswegs, dass der Ufereigentümer auch Eigentümer des seinerseiten halben Wasserstromes oder gar des halben Strombettes ist».[1808] Im Gegenteil: 685

> «Es ist aus § 55, bezw. 170 vielmehr der alleinige Schluss zulässig, dass dem Ufereigentümer, sofern er es ausnützt, nur ein Vorrecht gegenüber jedermann zusteht, die seinerseitige dem öffentlichen Recht sonst [durchgestrichen] unterstehende halbe Wasser- bezw. Kraftmenge zu nutzen, sowie, sofern er dieses Recht nicht ausübt, dieses Vorrecht dem gegenüberliegenden Grundeigentümer allein zusteht.»[1809]

Darüber hinaus wurde ebenfalls gefolgert, 686

> «dass diese Vorrechte mit dem Ufereigentum derart eng verbunden sind, dass sie nicht etwa als selbstständige Rechte, d.h. ohne zugleich auch mit dem Ufereigentum, veräussert werden kön-

[1805] Vgl. Appendix VI: Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890.

[1806] GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 99–100, E. 5.a.

[1807] GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 100, E. 5.a.

[1808] GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 100, E. 5.a.

[1809] GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 100, E. 5.a. Die Definition wird später noch einmal wiederholt: «Das gesetzliche Vorrecht des Ufereigentümers auf seine Wasserhälfte bildet keinen integrierenden Bestandteil seines Eigentums, es ist vielmehr, wie gesagt, nur ein Vorrecht vor jedermann, eine fremde öffentliche Sache zu nutzen, das allerdings mit dem Ufereigentum eng verbunden ist, aber in Erscheinung und Wirksamkeit erst bei seiner Ausübung in Erscheinung tritt, sonst aber dem Verfügungsrecht des Ufereigentümers entzogen ist» (S. 103, E. 5.c).

nen; sie bilden vielmehr eine Zugehör sui generis mit dem Ufereigentum, kommen nur diesem zugute und sind davon unzertrennlich.»[1810]

687 Es handelt sich nach der Auffassung des Augenscheingerichts bei diesem mit dem Ufereigentum verbundenen Vorrecht auf Nutzung der Wasserkraft um ein gesetzliches Recht und nicht um ein Privatrecht, das sich vertraglich modifizieren liesse.[1811] Dieses am Ufereigentum festgemachte Vorrecht könne darum auch nicht privatrechtlich veräussert werden.[1812] Vielmehr handle es sich dabei um «eine res extra commercium, unzertrennbar vom Ufereigentum»[1813] – insgesamt also ein, wie zugestanden wird, «schwer zu definierendes Ding».[1814] Aus alledem folgerte das Augenscheingericht weiter, dass eine Dienstbarkeit daran nicht möglich sein konnte.[1815] Nach Auffassung des Augenscheingerichts sei der Tagwen Ennenda seines Vorrechtes auch nie verlustig gegangen.[1816] Zwar habe die Kläge-

---

1810 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 100–101, E. 5.a.

1811 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Wenn § 55 resp. § 170 in ihrem 1. Absatz eine andere als die hälftige Wasserverteilung gestützt auf wohlerworbene Rechte vorsehen, so kann es sich hierbei niemals um Abmachungen im eigentlichen privatrechtlichen Sinne handeln» (S. 103, E. 5.c).

1812 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Demnach ist aber erst recht irrtümlich die weitere Auffassung, es sei ein Ufereigentümer, der seine Wasserhälfte nicht nutzt, befugt, dieselbe seinem Gegenüber im privatrechtlichen Sinne irgendwie, z.B. zu verkaufen, zu verpachten, zu schenken oder sei es als Niessbrauch oder als dingliche Servitut, abzutreten» (E. 5.a, S. 100–101). Auch: «Wie bereits gesagt, kann jeder Ufereigentümer auf sein Vorrecht nur dadurch Anspruch erheben, dass er es tatsächlich auch nutzt; nutzt er es nicht, so liegt es entweder brach, oder kann von seinem Gegenüber in Anspruch genommen werden, allerdings auch nur dadurch, dass er es tatsächlich nutzt. Keiner von Beiden ist befugt, es Dritten abzutreten, und wären solche Dritte sogar selber ebenfalls (weiter unten liegende) Ufereigentümer, sondern das in Anspruch genommene Vorrecht dient laut Gesetz nur derjenigen an den Wasserlauf anstossenden Liegenschaft, auf deren Höhe es ausgeübt werden will, d.h. der Linth das Wasser entzogen wird» (S. 103, E. 5.d).

1813 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Diese Vorrecht bildet vielmehr gewissermassen eine res extra commercium, unzertrennbar vom Ufereigentum, mit dem einzigen, in § 170 Abs. 2 bezw. § 55 Abs. 2 vorgesehenen, aber durchaus nur temporären Ausnahme» (S. 101, E. 5.a).

1814 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Es ist hierbei zuzugeben, dass es sich um ein schwer zu definierendes Ding handelt» (S. 103, E. 5.c).

1815 Vgl. GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Eine Servitut, wie sie der Kläger an der beklagtischen Wasserhälfte begehrt, ist daher schlechthin ausgeschlossen» (S. 101, E. 5.a).

1816 Vgl. GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Einmal ist Grund und Boden, nämlich das Bett der Lintah [sic], weder Privateigentum des Tagwens Ennenda überhaupt, noch Privateigentum irgend eines Dritten, sondern es ist öffentliches Gebiet, und sodann kann diese in der klägerischen Wuhrtanne verkörperte Servitut, wenn man von einer solchen überhaupt sprechen wollte, sich niemals auf das Ennendaner-seitige Wassernutzungs- und Bezugsvorrecht beziehen, über welches der Tagwen Ennenda, wenn er es nicht

rin die ganze Wasserkraft nutzen können, solange der Tagwen Ennenda sein gesetzliches Vorrecht nicht geltend machte, doch diese Nutzung der Wasserkraft könne weder dauerhaft abgetreten werden noch jemals zu einem wohlerworbenen Recht reifen.[1817] Überhaupt sei die Annahme der Klägerin falsch, dass aus privatrechtlichen Zusicherungen mit dem Tagwen Ennenda jemals ein wohlerworbenes Recht habe entstehen können.[1818] Mithin wurde die Klage abgewiesen.[1819]

(2) Das Obergerichtsurteil vom 16. Oktober 1939

Gegen dieses Augenscheingerichtsurteil rekurrierte die *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG.*[1820] Sie bestritt die im Augenscheingerichtsentscheid gemachten Aussagen über die Linth als öffentliches Gewässer, was übrigens nur im Zusammenhang mit der polizeilichen Aufsicht geschehen sei und darum bezüglich Nutzungsrechts nichts zur Sache täte.[1821] Dieses Nutzungsrecht aber sei ein Recht, das Kraft Ufereigentum nur der Klägerin oder der Beklagten zustehen könne: 688

> «Nutzt z.B. der eine Uferanstösser die ihm zukommende seinerseitige Wasserhälfte nicht aus, oder nutzt er sie nur zum Teil aus, so besteht einzig und allein für sein Gegenüber, unter Aus-

ausüben will, infolge seiner Unzertrennlichkeit mit dem Ennenander Ufereigentum und seiner Eigenschaft als res extra commercium, überhaupt nicht anders verfügen konnte, als dass er es eben ausübte. Solange er dieses Vorrecht nicht ausübt, ist es für ihn nur ein in suspenso befindliches, das sein Gegenüber nur ebensolange beanspruchen und ausüben kann, und zwar mit oder entgegen dem Willen des Tagwens, gemäss Gesetz» (S. 102, E. 5.c).

1817 Vgl. GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Ganz frei von der Verfügungsgewalt des Tagwens Ennenda, solange er dieses Vorrecht nicht ausübt, tritt in diesem Falle das Vorrecht der Klägerin in Wirksamkeit, jedoch nicht in dem Sinne, dass es infolge getroffener Einrichtungen, Wuhrtanne, und infolge Zeitablaufes ersessen oder sonstwie überhaupt zu einem wohlerworbenen Rechte werden könnte» (E. 5.c, S.102). Auch: «Dieser sich aus dem Gesetz ergebende Grundsatz kann durch private Abmachungen nicht aufgehoben oder abgeändert werden» (S. 103, E. 5.d).

1818 Vgl. GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Ein wohlerworbenes Recht des jenseitigen Ufereigentümers an der diesseitigen Wasserhälfte kann vielmehr nur im Sinne des öffentlichen Rechtes Bestand haben, niemals auber [sic] auf Grund einer privatrechtlichen Abmachung der beiderseitigen Ufereigentümer» (S. 103, E. 5.d).

1819 GL-ASGE 17.04./8.05.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 104.

1820 Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 79.

1821 Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Gleichviel ob die Linth vom Gesetzgeber als öffentliches Gewässer erklärt worden ist, was übrigens nur im Sinne der polizeilichen Aufsicht des Staates über die öffentlichen Gewässer geschehen ist, so ändert dies doch nichts daran, dass das Wassernutzungsrecht der beiderseitigen Uferanstösser, so wie es in den althergebrachten §§ 170 & 171 des EG.z.ZGB geregelt ist, ein durchaus privates Recht ist, über welches allerdings ausschliesslich nur unter sich, die beiderseitigen, einander gegenüberliegenden Uferanstösser frei verfügen können» (Parteivortrag Klägerin, S. 80).

schluss jedes Dritten, sei er gleichfalls auch weiter unten liegender Uferanstösser oder nicht, ein gesetzlicher Anspruch auf Nutzung dieser jenseitigen Wasserhälfte oder Teil derselben.»[1822]

689 Da der Tagwen Ennenda sein Recht so lange nicht genutzt habe sei «für den Hohlenstein ein im Laufe eines Jahrhunderts wohlerworbenes Recht auf Nutzung der gesamten Wassermenge der Linth» entstanden.[1823]

690 Der beklagte Tagwen Ennenda bestritt nicht, dass er sein Wasserrecht nicht ausgenutzt habe, bestritt aber sehr wohl die Rechtsfolgen, welche die Klägerin geltend machte:

«Es handelt sich bei jedem Uferanstösser, bezw. dessen Anspruch auf die seinerseitige Wasserhälfte um ein unverjährbares Recht, das ohne seine Einwilligung vom Gegenüber niemals durch unvordenkliche Ausübung oder Ersitzung erworben und hierauf als Servitut beansprucht werden kann.»[1824]

691 Das Obergericht begann seine Erwägungen damit, dass es die Öffentlichkeit der Linth bejahte und zumindest das fliessende Wasser als *res extra commercium* definierte.[1825] Anders verhalte es sich mit dem Nutzungsrecht, das von Gesetzes wegen den Ufereigentümer, und nur diesen, zustehe.[1826] § 170 EG ZGB GL sehe vor, dass wenn der eine Ufereigentümer seine Hälfte des Wasserlaufes nicht nutze, dann muss er es seinem gegenüberliegenden

---

[1822] Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), Parteivortrag Klägerin, S. 80.

[1823] GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), Parteivortrag Klägerin, S. 80.

[1824] GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), Parteivortrag Beklagte, S. 80.

[1825] Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Das Obergericht stellt an Hand des Gesetzes, § 170 EG.z.ZGB., fest, dass sich gegenüberliegende Liegenschaften an einem Bach oder Flusse als solche, d.h. im dinglichen Sinne, Anspruch haben auf die je ihrerseitige Wasserhälfte dieses sie trennenden Gewässers, wie z.B. hier die Linth in ihrem ganzen Komplexe, Linthbett und Wasserstrom, als öffentliches Gewässer, als im öffentliche-rechtlichen Eigentum des Staates stehend, anzusehen ist, oder ob das Linthbett als solches, dessen Grund und Boden, je zur Hälfte zu den sich gegenüberliegenden Liegenschaften gehört. Jedenfalls gehört das sich in der Linth befindliche und frei fliessende Wasser nach altbewährter Rechtsregel nicht zu solchen Liegenschaften; im privatrechtlichen Sinne gehört es vielmehr niemanden» (S. 82, E. 4).

[1826] Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Anders verhält es sich nun aber mit dem Rechte auf Nutzbarmachung dieses freifliessenden Wassers. Dieses Recht, als blosser Anspruch gedacht, ist ausschliesslich ein Attribut, welches gemäss dem genannten Gesetze nur demjenigen zusteht, der jeweiliger Eigentümer einer an das Gewässer anstossenden Liegenschaft ist. Nur wer in diesem Sinne Uferanstösser ist, hat Anspruch auf Nutzung der seinerseitigen Wasserhälfte, immerhin, wie § 170 ausdrücklich sagt, nur sofern nicht wohlerworbene Rechte eine andere Verteilung unter den beiden gegenüberliegenden Uferliegenschaften begründet haben. Drittliegenschaften, und zwar auch solche, die weiter unten ebenfalls Uferanstösser sind, geschweige denn andere, haben keinen Anspruch auf weiter oben unbenutzt gelassenes Wasser […]» (S. 82, E. 4).

Ufereigentümer überlassen oder abfliessen lassen.[1827] Das Obergericht schützte also die Rechtsauffassung des Augenscheingerichtes. Es korrigierte diese aber in einem Punkt, nämlich das durchaus auch vom Gesetz abweichende Abmachungen getroffen werden könnten:

> «Dagegen steht nach dem soeben Gesagten laut Gesetz, Abmachungen nichts entgegen, wodurch eine andere Ordnung dieser Dinge zwischen den Beteiligten getroffen werden soll, im Sinne wohlerworbener Rechte, sei es nur temporär oder für je und alle Zeiten. Eine Servitut wie z.B. die vom Kläger anbegehrte ist daher an und für sich ebenso denkbar wie gesetzlich zulässig.»[1828]

Eine solche Abmachung sei aber im vorliegenden Falle nicht geschehen, der Tagwen Ennenda habe zu keinem Zeitpunkt sein Recht abgetreten oder ein wohlerworbenes Recht anerkannt – er habe lediglich, dem Gesetz entsprechend, die Nutzung seiner Linthhälfte der gegenüberliegenden Klägerin überlassen.[1829] Die Klage wurde daher abgewiesen.[1830] 692

[1827] Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Ja, aus Sinn und Geist des Gesetzes ergibt sich sogar von selbst, dass wenn auch sein Gegenüber des jenseitigen Wassers nicht bedarf, es dann dennoch nicht künstlich einem unterhalb liegenden Uferanstösser zugeführt werden darf, und zwar aus dem Gesetze leicht ersichtlichen Gründen. Sollte es nämlich dem unmittelbar folgenden diesseitigen Uferanstösser zugeführt werden, um das Gefälle und die Wasserkraft zu steigern, so würde damit aber der gesetzliche Anspruch des jenseitigen Gegenübers illusorisch gemacht, rechtsverbindlicher Verzicht vorbehalten. […] Unter allen Umständen also, Verzicht der Anspruchsberechtigung vorbehalten, ist jeder Uferanstösser gesetzlich gehalten, das auf seiner Liegenschaft nicht benutzte Wasser entweder seinem Gegenüber zu überlassen oder, wenn es auch dieser nicht nutzt, auf dem natürlichen Wege des Abflusses im Strombette, seinen nachfolgenden diesseitigen Uferanstössern zu überlassen; weder jenem noch diesen darf er es vorenthalten. […] Ohne besondere Einwilligung der Mitbeteiligten ist jede andere Ordnung dieser Dinge gesetzlich unzulässig» (S. 83, E. 4).

[1828] GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 83, E. 5.

[1829] Vgl. GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*): «Allein, im vorliegenden Falle fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen zur Begründung einer solchen Wasserrechtsservitut. Der Tagwen Ennenda hat zu keiner Zeit und in keiner Weise, weder auf kurz oder lang, irgendwie aus freiem Willen, sei es ausdrücklich oder durch konkludente Handlung oder durch rechtverbindliche Duldung, auf seine Wasserhälfte verzichtet. Er hat sie vielmehr nur, soweit überhaupt ersichtlich, seit ca. 100 Jahren nicht selber genutzt und musste sie daher, wenigstens seit dem Jahre 1869 da mit Annahme des alten BGB. der dem heutigen § 170 entsprechende § 55 zur Anwendung gelangte, nolens volens seinem Gegenüber, dem Hohlenstein überlassen. Mit Rücksicht auf diese gesetzliche Pflicht kann aber selbstverständlich, mangels jeglichem rechtsverbindlichen Hinzutuns seitens des Tagwens Ennenda, von einer wohlerworbenen Servitut zu Gunsten des Hohlenstein keine Rede sein» (S. 83–84).

[1830] GL-OGE 16.10.1939 (*Baumwolldruckerei Hohlenstein AG c. Tagwen Ennenda*), S. 85.

b. Spitz, Streiff & Co. contra Baumwolldruckerei Hohlenstein AG

(1) Das Augenscheingerichtsurteil vom 24. April/8. Mai 1939

693 Beinahe parallel fand ein weiterer Prozess vor dem Augenscheingericht statt. In diesem war dieselbe *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* die Beklagte, die auf der gegenüberliegenden Linthseite, auf dem Gebiet des Tagwens Ennenda ansässige *Spitz, Streiff & Co.* indes die Klägerin. Die Klägerin bestritt wie schon der Tagwen Ennenda im vorne geschilderten Prozess, dass der Tagwen Ennenda nie seine als Ufereigentümer zustehende Wasserrechte preisgegeben habe, wie dies zahlreiche Wasserrechtsverleihungen zeigen.[1831] Dies machte die Klägerin geltend, da sie – nebst einem gerade einmal sieben Meter langen Ufereigentum – auch über ein vom Tagwen Ennenda als Ufereigentümer konzediertes Wasserrecht verfüge.[1832] Der beklagten *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* stehe es darum nicht zu, das ganze Linthwasser zu benutzen.[1833]

694 Die Beklagte machte aber – mit Verweis auf den vorne geschilderten Prozess – auch hier ein wohlerworbenes Recht auf Nutzung der gesamten Linth geltend, da sie mit der Klägerin «bezw. deren Rechtsvorgänger über das Wasserrecht in bald 90 Jahren nie irgendwelche Streitigkeiten» hatte.[1834] Mehr als im vorne geschilderten Prozess aber stellte sich die Beklagte auf die Rechtsauffassung, dass der Rechtsvorgänger der *Spitz, Streiff & Co.* zwar

---

1831 Vgl. GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*): «Die Gemeinde Ennenda hat schon am 13. Dezember 1835 über das Wasserrecht beim Kleinrüteli verfügt und eine Konzession an Johann Hösli und Interessierte erteilt. Anno 1839 und 1841 wurde die Konzession verlängert. Sie lief anno 1845 unbenutzt ab. Ennenda verfügte also seit 1835 über sein Hälfte Linthwasser, auch anno 1850 hat Ennenda über das Wasserrecht beim Kleinrüteli Beschlüsse gefasst. Von irgendwelcher Preisgabe von Rechten, von einem Verzicht auf das halbe Linthwasser ist also gar keine Rede» (Parteivortrag Klägerin, S. 159).

1832 Vgl. GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*): «Am 28. Dezember 1851 hat dann Ennenda dem Rechtsvorgänger der Klägerin das rechtsseitige Wasserrecht abgetreten. Am 10. März 1861 wurde diesem Wasserbezugs- und Ableitungsrecht noch ein Schwellrecht beigegeben» (Parteivortrag Klägerin, S. 159).

1833 Vgl. GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*): «Dagegen hat die Klägerschaft auf Grund eigenen Ufereigentums und auf Grund der Konzession von Ennenda ebenfalls Anspruch auf die halbe Linth. Die Nichtbenützung der rechtsseitigen Wasserkraft in den Jahren 1837 bis 1851 durch Ennenda und seine Konzessionäre konnte dem Hohlenstein keinen Rechtsanspruch an der ganzen Linth schaffen. Eine Ersitzung kommt mangels jeder Kodifikation und Rechtsquelle gar nicht in Frage. Von 1851 an ist dagegen das Wasserrecht benutzt worden. Wenn diese Benützung infolge der Rechtsübergriffe des Hohlenstein, dessen Ueberschwellen, eine reduzierte war, so ändert das nichts an den Rechtsverhältnissen. Gegen eine Urkunde und gegen feierliche Proteste und Verwahrungen kann nicht ersessen werden» (Parteivortrag Klägerin, S. 160).

1834 GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), Parteivortrag Beklagte, S. 163.

eine Wasserrechtskonzession gehabt habe, nie aber Ufereigentümer gewesen sei.[1835] Aus diesem Umstand machte die Beklagte geltend:

> «Wenn ihm [scil. Jakob Jenni, dem Rechtsvorgänger der Klägerin] damals der Tagwen Ennenda eine sog. Konzession gegeben hat, auf der rechtlich dem Tagwen Ennenda zustehenden Gefällstufe Linthwasser zu nutzen, so kommt dieser sog. Wasserrechts-Konzession als solchen nicht die geringste privatrechtliche Bedeutung und Wirkung zu; denn das Recht zur Wassernutzung konnte vom Tagwen Ennenda nur mit dem Ufer-Eigentum, nicht selbständig abgetreten werden. Ein privates Wassernutzungsrecht ist durch diese Konzession zu Gunsten des Jakob Jenni rechtlich nicht begründet worden; es handelt sich bei dieser Wassernutzung durch Jakob Jenni und dessen Nachfolger um eine rein tatsächliche Nutzung, welche ausserhalb des Privatrechtes steht und weder die Wassernutzungsrechte des Tagwens Ennenda noch der Geschäftsfirma im Hohlenstein beseitigt hat, noch beseitigen konnte. Die sog. Konzession ist kein Rechtstitel, auf welchem die Firma Spitz, Streiff & Co. irgendwelche Wassernutzungsrechte gründen und den Ufereigentümern entgegenhalten kann. Das Wassernutzungsrecht ist lediglich eine Auswirkung des Ufereigentumes und kann unabhängig von solchem auch nicht als Servitut begründet werden und bestehen.»[1836]

Das Augenscheingericht verwies in diesem Urteil auf seine bereits im vorne geschilderten Urteil dargelegte Rechtsauffassung der Glarner Wasserrechtsordnung.[1837] Darum folgte das Augenscheingericht der Rechtsauffassung der Beklagten: 695

> «Wollte der Tagwen Ennenda sein weiter oben gelegenes Wasserrecht nicht im eigenen Namen unmittelbar zum Vorteil seines eigenen Ufereigentums nutzen, so musste er es seinem Gegenüber, dem Hohlenstein überlassen, und durfte es nicht an einen Dritten, auch wenn dieser weiter unten ebenfalls Ufereigentümer sein sollte, wie es bei der Klägerschaft und ihren Rechtsvorgängern zutrifft, vergeben. Alle die geschichtlichen Daten, welche beide Parteien zu ihrem Vorteile heute geltend machen, sind rechtlich überhaupt unerheblich.»[1838]

[1835] Vgl. GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*): «Als sich Jakob Jenni, der älteste Vorgänger der Firma Spitz, Streiff & Co. im Jahre 1851 beim Tagwen Ennenda um das Recht bewarb, durch Tawensboden einen Kanal anlegen und die Linth […] gegenüber der Hohlenstein-Fabrikationsliegenschaft fassen zu können, war er kein dieser Fabrik und deren ausgenutzter Gefällstrecke gegenüberliegender Ufereigentümer und Wasserbenutzungsberechtigter; dies war lediglich der Tagwen Ennenda. […] Er war für diesen Teil des beabsichtigten Wasserwerkes ein vollständig unberechtigter Dritter, welcher auf das reine Wohlwollen des Tagwens Ennenda angewiesen war» (Parteivortrag Beklagte, S. 166).

[1836] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), Parteivortrag Beklagte, S. 166–167.

[1837] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*): «Mit Rücksicht auf diese grundsätzliche Gestaltung der Wasserrechte hinsichtlich der beiderseitigen Ufereigentümer gemäss Gesetz, erübrigt es sich daher, unter Hinweis auf die rechtlichen Erwägungen im genannten Urteile des Hohlenstein gegen den Tagwen Ennenda, hier noch weitere Ausführungen zu machen» (S. 176, E. 1).

[1838] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), S. 176–177, E. 1.

696 Als jedoch die *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* in ihrer Gegenklage ein analoges Servitutsbegehren wie beim vorne geschilderten Prozess gegen den Tagwen Ennenda aufgrund eines «dauernden, servitutenmässigen, wohlerworbenen Nutzungsanspruch […] am gesetzlichen Wasserrecht des gegenüberliegenden Uferanstössers» geltend machen wollte, wies dies das Augenscheingericht mit denselben Begründungen ab:

> «Das Recht eines Ufereigentümers auf Nutzung seiner Wasserhälfte oder gar der jenseitigen kann nie und nimmer als eine Servitut angesprochen werden; soweit es sich um seine eigenseitige Wasserhälfte handelt, beruht sein Recht auf Nutzung in dem vom Gesetz allein berücksichtigten Umstande, dass er Ufereigentümer und damit Stromanstösser ist, er kann auf dieses Recht nicht anders, aber auch dann nur niemals [durchgestrichen] definitiv verzichten, als dass er die Wassernutzung seinem Gegenüber auf Zusehen hin überlässt, und kann umgekehrt dieses Nutzungsrechtes überhaupt nicht enteignet werden.»[1839]

697 Hiermit wurde also das Rechtsbegehren der *Spitz, Streiff & Co.* auf Nutzung der ihrerseitigen Wasserhälfte, jedoch ausschliesslich dort, wo es ihr als Ufereigentümerin von Gesetzes wegen zustand, gutgeheissen.[1840] Gleichzeitig wurde die Gegenklage der *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* abgewiesen:

> «Möge dieses Ergebnis dem Hohlenstein noch so erhebliche Unzukömmlichkeiten mit Rücksicht auf seine fast hundertjährigen Einrichtungen und ebensolange ausgeübten Befugnisse verursachen, so liegt hierin für den Richter keinerlei Anlass, vom Sinn und Geist des Gesetzes abzuweichen.»[1841]

(2) Das Obergerichtsurteil vom 20./28. November 1939

698 Gegen das Augenscheingerichtsurteil vom 24. April/ 8. Mai 1939 legte die unterlegene *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* Rekurs ein und rief den Tagwen Ennenda als Streitbeteiligten gegen die *Spitz, Streiff & Co* auf.[1842] Es ging der *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG* erneut darum, das auf Konzession beruhende Nutzungsrecht der *Spitz, Streiff & Co.* für ungültig zu erklären.

699 Das Obergericht begann seine Ausführungen mit einigen generellen Bemerkungen zur Geschichte des Glarner Wasserrechtsordnung.[1843] Zusammen mit den nachfolgenden Bemer-

---

[1839] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), S. 178–179, E. 5.

[1840] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), S. 177.

[1841] GL-ASGE 24.04./8.05.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckrei Hohlenstein AG*), S. 179.

[1842] GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*), S. 144, E. 1.

[1843] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Der Kanton Glarus kennt als einziger Schweizerkanton noch Privatrechte auf Ausnutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers. Er hat im Jahre 1869 erstmals sein bezügliches Wasserrecht kodifiziert und gleichzeitig ein Gesetz betr. die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer angenommen. Diese privatrechtlichen Bestimmungen des BGB. 1869 über das Wasserrecht sind 1912 in das glarn. Einführungsgesetz zum ZGB.

kungen in den Erwägungen kam dies einer ersten systematischen Entstehungsgeschichte des Glarner Wasserrechtes gleich.[1844] Gestützt auf diese rechtsgeschichtlichen Erwägungen legte das Obergericht den § 170 EG ZGB GL aus:

> «Aus dieser Bestimmung [scil. § 170 EG ZGB GL] folgt mit absoluter Eindeutigkeit:
>
> I. Der Nutzungsanspruch auf die halbe Wasserkraft ergibt sich aus dem Ufereigentum, ist unablöslich von demselben und besteht getrennt vom Ufereigentum nicht. Der Nutzungsanspruch ist weder für sich abtretbar noch irgendwie an Dritte vergebbar.
>
> II. Der Nutzungsanspruch wird nur für den die Nutzung tatsächlich ausübenden Ufereigentümer ein nutzbares Recht. Uebt der Ufereigentümer seinen Anspruch nicht aus, so hat der gegenüberliegende Ufereigentümer das Recht, seinerseits diesen Anspruch auszunutzen und durch die Ausnutzung für sich ein nutzbares Recht für die ganze Wasserkraft zu schaffen. Irgend einem andern Ufereigentümer ist dieser Anspruch auf Nutzung der ungebrauchten Wasserkraft nicht

übergegangen, welches auch die dannzumal geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Wasserpolizeirechtes aufgenommen hat» (S. 134, Hervorhebung im Original).

[1844] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Von einem gewohnheitsrechtlichen öffentlichen oder privaten Wasserrecht ab öffentlichen Gewässer, als welches die Linth von jeher angesehen worden ist, von Alters her zu sprechen, dafür fehlt jegliche Handhabe wenigstens für solange, als die Erkenntnis noch nicht erwacht war, dass mittels dieser bisher unbenutzten, im fliessenden Wasserstroms schlummernden Kräfte nützliche Arbeit verrichtet und menschliche Körperkraft in erheblichem Masse ersetzt werden konnte. Zu dieser Erkenntnis einmal gelangt, liegt es auf der Hand[,] dass zunächst von den Menschen, und zwar in erster Linie von den Anwohnern solcher Wasserströme, entsprechend dem damals noch geringen Stand ihrer Technik, primitive Wasserräder direkt am Ufer in das Strombett eingebaut wurden, und zwar selbstverständlich durchaus eigenmächtig. Dass es bei diesem primären Zustande noch kaum zu Interessenkollisionen an der Nutzung der Wasserkraft kommen konnte, die irgendwie zu schlichten gewesen wären und wodurch sich ein gewohnheitsrechtliches, wenn auch noch recht rudimentäres Wasserrecht entwickelt hätte, ergab sich doch wohl von selbst; für zu den bereits eingebauten ältern Wasserräder neu hinzukommende, war Raum genug vorhanden und durch ein oberes Wasserrad wurde das für ein unteres benötigte Wasser dem Strombett überhaupt nicht entzogen. Erst mit der weitern Entwicklung der Technik, erst durch künstliche Schaffung eines vermehrten Gefälles und damit einer vermehrten Wasserkraft mittelst Kanälen, die dem Strome Wasser vorübergehend entzogen, mochte es zu Interessenkollisionen kommen, sei es zwischen einander gegenüberliegenden oder gleichufrig ober- bez. unterhalb liegenden Wasserkraftnutzern. Und von diesem Zeitpunkt an mag sich an der Linth, wie wohl auch an andern Flüssen, zunächst ein ungeschriebenes Gewohnheitsrecht allmälig herausgebildet haben. Und da in jenen alten Zeiten solche primitiven Wasserwerke offenbar eigenmächtig und ohne jeden Einspruch seitens des Gemeinwesens eingerichtet wurden, bedurfte es zu diesem Zwecke einzig und allein des Zutrittes zum Ufer, d.h. wohl des Eigentumes am Uferanstoss. Wer Uferanstösser war, durfte nach Belieben und ohne jegliche obrigkeitliche Ermächtigung auf seinem Grund und Boden ein Wasserwerk errichten und zu dessen Betrieb der Linth das Wasser entziehen. Aus diesem Grundsatze und mit Berücksichtigung der Gleichberechtigung, sowie zur Erledigung allfälliger Interessenkollisionen, mag sich dann dementsprechend im Laufe der Zeit jenes verfeinerte Gewohnheitsrecht entwickelt haben, welches dann im Jahre 1869 im BGB. seinen Niederschlag (§§ 55 ff.) gefunden hat und unverändert in das EG.z.ZGB. (§§ 170 ff.) herübergenommen worden ist; […]» (E. 7, S. 150–151).

eingeräumt. Der Anspruch ist einzig dem gegenüberliegenden Ufereigentümer vorbehalten, d.h. die Wasserrechte jeder Gefällstufe liegen ausschliesslich beim bezüglichen Ufereigentümer.»[1845]

700 Es verstand das Obergericht also das Nutzungsrecht der Ufereigentümer als ein nicht dingliches, sondern gesetzliches und gesetzlich eingeschränktes Recht, welches untrennbar am Ufereigentum haftete.[1846] Damit übernahm das Obergericht, wie zuvor schon das Augenscheingericht, die Rechtsauffassung des Vertreters der *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG*, der Rechtsanwalt und spätere Ständerat Dr. iur. RUDOLF STÜSSI (1883–1982).[1847] Neu war in der Erwägung des Obergerichtes nur, dass mit der Entstehungsgeschichte des Wasserrechtes ein historisches Fundament für diese Rechtsauffassung geliefert wurde. Hierbei machte das Obergericht auch eine Referenz: «Vergl. auch Nutzner [sic], loc. cit. 19/22»[1848] – was sich nur auf den einige Absätze zuvor bereits zitierten Prof. Dr. PAUL MUTZNER (1881–1949), damaliger Professor für Rechtsgeschichte und Privatrecht an der *Universität Zürich*, und seinen Aufsatz *Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkräfte und die Grenzen der fiskalischen Belastung der Wasserwerke* (1928) beziehen konnte.[1849] Prof. MUTZNER schreibt sehr wohl auf den zitierten Seiten zur Rechtsgeschichte von «Privatrechten auf Ausnutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers», versteht diese jedoch als «Geschöpfe einer früheren Rechtsordnung».[1850] Damit gemeint sind ehehafte Rechte, für die Prof. MUTZNER zufolge «Rechtstitel überhaupt nicht nachweisbar sind», da sie mit «den damaligen primitiven Mitteln» der «Okkupation eines kleinen Teiles der Triebkraft des Gewässers» angeeignet wurden.[1851] Auf den generellen Fall gesetzlicher Privatrechte und den konkreten Fall des Kantons Glarus kommt MUTZNER nicht nur auf den zitierten Seiten, sondern in seinem gesamten Aufsatz *nicht* zu sprechen. Seine Ausführun-

---

1845 GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*), S. 134–135 (Hervorhebung im Original).

1846 Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Der Ufereigentümer ist also in seinen Eigentumsrechten gesetzlich eingeschränkt. Einmal kann er über seinen Wasserrechtsanspruch nicht unabhängig, nicht getrennt vom Ufereigentum verfügen und zweitens ist sein Eigentum bezüglich des Wasserrechtes insofern kein vollkommenes, als seine dem Eigentum an sich innewohnende allgemeine Befugnis, jedem andern die Ausnutzung des Wasserrechtsanspruches zu verbieten, gegenüber dem gegenüberliegenden Ufereigentümer gesetzlich aufgehoben ist» (S. 135).

1847 Vgl. dazu TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Die Ausführungen des Vertreters von Hohlenstein (Ständerat Dr. Stüssi) machte das Obergericht zu seinen eigenen […]» (S. 12–13). Zur Person vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Rudolf Stüssi.

1848 Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*), S. 135.

1849 Zur Person vgl. SOLIVA, HLS: Paul Mutzner. Bei MUTZNER handelte es sich um einen Schüler E. HUBERS. Zum Aufsatz vgl. MUTZNER, Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens.

1850 MUTZNER, Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 19.

1851 MUTZNER, Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens, S. 21.

gen können dem Obergericht nur Inspiration für die Entstehungsgeschichte gegeben, nicht aber als Grundlage zur Auslegung von § 170 EG ZGB GL gedient haben.

In jedwedem Falle kam die Rechtsauffassung des Obergerichtes der *Spitz, Streiff & Co.* nicht zugute, welche nur gerade über sieben Meter Ufereigentum verfügte. Sie stellte sich daher auf die Bedeutung ihrer Konzession, welche – selbst wenn sie nicht mehr der gegenwärtigen Auslegung des Augenschein- und Obergerichtes entsprechen mochte – so doch vor der Kodifikation des Wasserrechtes 1869 als rechtskonform geschlossen und seither als «wohlerworbenes Recht» geschützt sein musste.[1852] Das Obergericht verwarf dies mit Verweis auf seine soeben dargelegte Rechtsgeschichte: Es sei absurd zu denken, dass vor 1869 staatliche Konzessionen verteilt worden, dann aber ab 1869 in der staatlichen Entwicklungsstufe gewissermassen einen Schritt zurück gemacht worden sei, um auf das Ufereigentümerprinzip zu wechseln.[1853] Damit verneinte das Obergericht die Möglichkeit, 701

[1852] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Vor dem BGB. von 1869 hatte kein Uferanstösser die seitherigen Rechte auf Wassernutzung, jedenfalls gesetzlich nicht; diese Materie war noch nicht gesetzlich geordnet, sondern es waren die Gemeinden, welche über die Wassernutzung jeweilen verfügten; alle ältern Wasserwerke wurden von den Gemeinden auf dem Wege der Konzession verliehen, so auch im Jahre 1851 dem damaligen Rechtsvorgänger von Spitz, Streiff & Co. das Recht auf Nutzung der rechtsseitigen Wasserhälfte des Tagwens Ennenda durch diesen; […]. Der Tagwen Ennenda durfte zu Gunsten jenes Rechtsvorgängers und seiner Nachfolger zu jener Zeit vor 1869 rechtsgültig verzichten auf dieses Wassernutzungsrecht, das kraft seines damaligen ausschliesslichen Hoheitsrechtes über die Gewässer nur ihm zustand. […] Die dem Rechtsvorgänger von Spitz, Streiff & Co. damals erteilte nicht nur sog. sondern wirkliche Konzession besteht daher heute noch zu recht, und findet zu allem Ueberfluss ihre Bestätigung im BGB. von 1869, dass wohlerworbene Rechte auch von nun an eine andere als die nunmehr grundsätzlich vorgesehene hälftige Verteilung der Wasserkraft zu begründen vermögen», Parteivortrag Klägerin zit. auf S. 146–147, E. 4.

[1853] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Während aber andernorts die Rechtsentwicklung nicht auf diesem Punkte [scil. dem Nutzungsrecht der Ufereigentümer] stehen geblieben ist, sondern das Gemeinwesen, in der bald erwachten Erkenntnis der Wichtigkeit des Wasserbauwesens für die Allgemeinheit, das Recht zur Ausbeutung der in den öffentlichen Gewässern aufgestauten Wasserkräfte im Sinne eines Hoheitsrechtes für sich in Anspruch genommen hat, was ja sehr nahe liegt, erscheint es umgekehrt, mit Rücksicht auf den soeben geschilderten Werdegang [vgl. Fn. 1844], durchaus ausgeschlossen, dass im Kanton Glarus vorerst ein solches Hoheitsrecht über die öffentlichen Gewässer und deren Wasserkräfte bestanden habe, verbunden mit dem öffentlichen Recht der Verleihung des Rechtes zu deren Ausbeutung und Nutzbarmachung an Private auf dem Wege der Konzessionserteilung, worauf dann aber fast plötzlich, gesetzgeberisch aber unmittelbar mit der Einführung des BGB. von 1869, diese Rechtsauffassung aufgegeben worden wäre, zu Gunsten eines unmittelbaren privaten Rechtes der Uferanstösser auf Nutzung der Wasserkräfte an öffentlichen Gewässern» (S. 151).

dass man als Nichtufereigentümer irgend ein Nutzungsrecht an der Wasserkraft haben konnte.[1854]

702 Die Konzession eines Wasserrechtes war somit eigentlich nur noch als Dienstbarkeit zu Lasten des gegenüberliegenden Ufereigentümers möglich.[1855] An jemanden, der nicht Ufereigentümer war, konnte nicht rechtsgültig konzediert werden. Nutzte jemand, der nicht Ufereigentümer war, eine Wasserkraft, so handelte es sich dabei – selbst dann, wenn er dies mit Erlaubnis der beiden Ufereigentümer tat – um eine rechtlich ungeschützte «tatsächliche Nutzung», welche jederzeit von einem Ufereigentümer aufgehoben werden konnte; ein ungleich schwächerer Rechtszustand als derjenige eines Konzessionsnehmers.[1856] Als einen solchen «geduldeten tatsächlichen Zustand» verstand das Obergericht den Rechtszustand der *Spitz, Streiff & Co.*[1857] Was auch immer unter der strittigen Kon-

---

[1854] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Die Wassernutzungsansprüche und die nutzbaren Rechte jeder Gefällstufe sind ausschliesslich mit dem betreffenden linksseitigen und rechtsseitigen Ufereigentum verknüpft. Weder ein Ufereigentümer auf einer andern Gefällstufe noch ein Nichtufereigentümer kann in irgend welcher Form dingliche Rechte an diesen fremden Wasserkraft begründen» (S. 135).

[1855] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Sogar unter den gegenseitigen Ufereigentümer einer bestimmten Gefällstufe selber besteht keine Möglichkeit, unabhängig vom Ufereigentum Wassernutzungsansprüche und nutzbare Rechte abzutreten. Denkbar ist einzig, dass das gesetzliche Recht eines Ufereigentümers an der unbenutzten Wasserkraft des gegenüberliegenden Ufereigentums in Form einer Dienstbarkeit quantitativ und zeitlich unbeschränkt gemacht wird» (S. 135).

[1856] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «An Ufereigentümer einer andern Gefällstufe oder an einen Nichtufereigentümer kann höchstens in einer undinglichen Form die tatsächliche Nutzung der Wasserkraft einer obern Gefällstufe überlassen werden, was jedoch die Zustimmung der beidseitigen Ufereigentümer dieser obern Gefällstufe voraussetzt. Eine solche Ueberlassung kann jederzeit von jedem einzelnen zustimmenden Ufereigentümer aufgehoben werden, mindestens im Falle, da dieser selber die betreffende überlassene Wasserkraft nutzen will. Auch ist kein Rechtsnachfolger eines zustimmenden Ufereigentümers an irgend eine solche Abmachung gebunden» (S. 135-136).

[1857] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Die Appellatin [scil Spitz, Streiff & Co.] hat auch durch die sog. Konzession kein dingliches Recht irgendwelcher Art erworben, wie bereits im erstinstanzlichen Protokollsatz 8 der Appellantin näher dargelegt worden ist. Einmal konnte der dem Tagwen Ennenda als Ufereigentümer zustehende Anspruch dem appellatischen Rechtsvorgänger nur mit dem Ufereigentum abgetreten werden. Dieser Eigentumswechsel ist […] unbestrittenerund ausgewiesenermassen nicht erfolgt. Die bezügliche Wassernutzung des Appellatin beruht also auf keinem Ufereigentum, sondern ist lediglich ein geduldeter tatsächlicher Zustand, welcher jederzeit beseitigt werden kann, wenn die Appellantin oder der Tagwen Ennenda oder ein Rechtsnachfolger derselben zur eigenen Ausnutzung dieser rechtlichen, dem Ufereigentum innewohnenden Wasserkraftansprüche sich entschliessen» (S. 137).

zession verstanden worden sei, könne höchstens «obligatorische Wirkung» gegenüber dem Tagwen Ennenda haben, nicht aber dingliche Wirkung auch gegenüber der *Baumwolldruckerei Hohlenstein AG.*[1858] Interessanterweise wurde der *Spitz, Streiff & Co.* das Nutzungsrecht sogar dort verneint, wo sie Eigentümerin sieben Meter Ufergrundstück war.[1859]

Damit wurde die Klage der *Spitz, Streiff & Co.* abgewiesen.[1860] 703

1.2 Landammann Dr. iur. Hans Hefti-Haab

Die kommenden politischen Fragen entschieden sich unter dem Einfluss von Dr. iur. HANS HEFTI-HAAB (1886–1964), welcher seit 1937 Regierungsrat und in den Jahren 1945–1950 Landammann war.[1861] Bereits sein Vater, Dr. med. PETER HEFTI (1857–1906), hatte als 704

[1858] Vgl. GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Dagegen darf wohl gesagt werden, dass mit dem Verkaufe der rechtsseitigen Strecke B – C und dem für den Kanal des Rechtsvorgängers der Firma Spitz, Streiff & Co. benötigten Bodens hinter der Teilstrecke C–D der Tagwen Ennenda eo ipso, wenn auch nur de facto, auch sein eigenes Wassernutzungsrecht entlang dieser ihm zu Eigentum verbliebenen Strecke C – D verkauft hat. Ein Verkauf, der aber nur obligatorische Wirkung haben konnte und zwar nur für solange, als der Tagwen Ennenda nicht etwa dazu gelangen würde, auch seine Teilstrecke C – D anderwärtig zu verkaufen» (S. 149).

[1859] Vgl. GL-OG 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Eine Abtretung von Ufereigentum ist durch den Tagwen Ennenda lediglich bezüglich des appellatischen Kanaleinlaufes […] und nur infolge desselben erfolgt. Diese Abtretung geschah allerdings nicht, um daselbst einen Wassernutzungsanspruch des appellatischen Rechtsvorgänger zu schaffen, sondern lediglich um die Ausnutzung gemäss der Konzession zu ermöglichen. Auch diese Abtretung kann der Tagwen Ennenda im geeigneten Zeitpunkt mit der gesamten Konzession rückgängig machen. […] Es ist ein erster Grundsatz des Wasserrechtes, dass jeder Ufereigentümer nur auf der entsprechenden eigenen Gefällstufe das ihm zustehende Wasser ausnutzen kann. Er hat kein Recht, brachliegende obere oder untere Gefällstufen anderer Ufereigentümer in Nutzung zu nehmen; er hat ein solches Recht auch dann nicht, wenn es ihm ohne deren Einbezug nicht möglich ist, den zu seinem Uferteil gehörenden Anspruch praktisch auszunutzen. Jeder Ufereigentümer hat den Anspruch auf das Wasser lediglich mit Beginn seiner Gefällstufe und auf deren Länge; sein Nutzungsanspruch hört am Endpunkt seiner Gefällstufe vollständig auf. Jede praktische Ausnutzung des Anspruches setzt natürlich eine gewisse Minimal-Länge und ein gewisses Minimal-Gefälle des Uferanstosses voraus, nämlich eine Länge und ein Gefälle, welche die Entnahme (Fassung) des Wassers, dessen Verwendung und dessen Wiedergabe ermöglichen. Es leuchtete ohne weiteres ein, dass die appellatische Uferstrecke von bloss 7 m. Länge diesen praktischen Minimal-Erfordernissen nicht genügt, sodass eine selbständige Ausnutzung des appellatischen Uferanstosses […] vollständig ausgeschlossen ist» (S. 139–140).

[1860] Vgl. GL-OG 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*), S. 155.

[1861] Vgl. FELLER-VEST, HLS: Hans Hefti. HANS HEFTI war seit 1921 mit *Erika Haab*, Tochter des *Robert Haab* (1865–1939), Zürcher Regierungsrat (1908–1912), Generaldirektor der SBB

Gemeindepräsident von Schwanden (1893–1905) sich für den Bau des Elektrizitätswerkes am Niederenbach eingesetzt.[1862] HANS HEFTI-HAAB hatte bereits 1918 als Gemeinderat die Interessen der Gemeinde Schwanden an ihrem Elektrizitätswerk im Landrat verteidigt (s. vorne Rz. 667 ff.). Während seinem Gemeindepräsidium (1923–1959) erhielt die Gemeinde Schwanden am 7. März 1928 vom Landrat die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Niederenbachs oberhalb des Alpstegstafels bei Schwanden*, woraus dank HANS HEFTI-HAABS zunächst geheimen und sehr geschickten Unterhandlungen mit der Stadt St. Gallen die *Kraftwerke Sernf Niederenbach AG* hervorging.[1863]



Abb. 14:
Landammann Hans Hefti mit dem Landesschwert an der Landsgemeinde.

705 Anders als EDUARD BLUMER war HANS HEFTI-HAAB kein Demokrat; er war 1920 Mitbegründer der Allgemeinen Bürgerlichen Volkspartei (aus welcher später die Freisinnig-demokratische Partei, FDP, hervorging).[1864]

1.3 Der Memorialsantrag des Jahres 1947 auf Systemwechsel der Glarner Wasserrechtsordnung

706 Im Landsgemeindememorial des Jahre 1947 stellten zwei Bürger den folgenden Antrag:

> «Zu Handen der Landsgemeinde 1947 wird eine Revision der kantonalen Erlasse betreffend die Wasserrechte vorbereitet. Einbezogen werden §§ 166–213 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Ferner sind zu prüfen, soweit damit in Zusammenhang stehend, die Erlasse über den Wasserbau und die Wasserrechtskonzession vom 6. Mai 1906, vom 31. Mai 1906, vom 2. Mai 1915, vom 5. Mai 1918, vom 29. November 1921, vom 25. Juni

(1911–1915), wirtschaftlicher Sondergesandter in Deutschland und Rumänien (1915–1917), schweizerischer Gesandter beim Deutschen Reich in Berlin (1917) und schliesslich Bundesrat (1917–1929, Präs. 1929), vgl. ZIEGLER, HLS: Robert Haab.

1862 Vgl. FELLER-VEST, HLS: Peter Hefti.

1863 Vgl. hierzu eindrücklich ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 11–14.

1864 Vgl. FELLER-VEST, HLS: Hans Hefti.

1941 und die Konzession betreffend den Fätschbach vom 6. November 1946 an die Nordostschweizerischen Kraftwerke.»[1865]

Zur Begründung wurde angeführt: 707

«Die heute geltenden Erlasse sind veraltet.»[1866]

Dies galt aber nicht dem Alter der Wasserrechtsordnung, vielmehr wendete sich die Begründung insbesondere der als nicht mehr zeitgemäss empfundenen Gegenüberstellung von Wasserrechten und Wuhrpflichten zu: 708

«Dieselben [scil. die Erlasse] gewähren Rechte und Pflichten, welche sich für die Beteiligten sehr ungleich ausgewirkt haben. Einerseits hatten z.B. wuhrpflichtige Anstößer die Möglichkeit, Wasserrechte während mehreren Generationen auszunützen und bei Eintritt von Einflüssen höherer Gewalt (Durnagelkatastrophe) oder Abgang von wesentlichem Interesse die Liegenschaften mit Rechten und Pflichten aufzugeben. Die Tagwen und privaten Anstößer dagegen, welche auf die Bewirtschaftung der Liegenschaften angewiesen sind, haben die sich daraus ergebenden Pflichten zu tragen. Die für die Anstößer der Gewässer sich ergebenden Pflichten sind teilweise ein nahezu untragbares Servitut. Die im Kanton Glarus noch einzigen Wasserrechtsverhältnisse sind jedenfalls auch nicht ganz unschuldig an der Entwertung landwirtschaftlicher Grundstücke an Wasserläufen. Wir sind uns bewußt, daß der Antrag tiefgehende Aenderungen bedingt. Er ist aber auf jeden Fall der ernsthaften Prüfung wert.»[1867]

Der Regierungsrat erstattete am 15. Februar 1947 zuhanden des Landrates einen Bericht ab.[1868] Zunächst einmal warf der Regierungsrat die Frage auf, worum es sich hierbei – angesichts der generellen Fassung des Antrags und der konkreten Begründung – handle, um eine Total- oder Teilrevision des Wasserrechtes.[1869] Von einer Totalrevision schon im vornherein ausgeschlossen wurde die im Antrag formulierte Anpassung der bisher erteilten Konzessionen.[1870] Es wurde sodann das zwar hohe Alter der Wasserrechtsordnung mit dem Verweis zugestanden, es basiere «noch auf dem alten germanischen Recht, wonach die Gewässer nicht öffentlich sind», doch wurde auch ein Kausalzusammenhang mit dem Umstand hergestellt, «daß die Industrie vor bald Hundert Jahren so reichen Einzug gehalten 709

[1865] Bericht Regierungsrat 1947, S. 1; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67.

[1866] Bericht Regierungsrat 1947, S. 1; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67.

[1867] Bericht Regierungsrat 1947, S. 1–2; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67.

[1868] Vgl. Bericht Regierungsrat 1947.

[1869] Vgl. Bericht Regierungsrat 1947: «Während also der erste Satz der Begründung auf eine Totalrevision hin tendiert, so lassen doch die angeführten Details vermuten, daß die Memorialseingeber sich auch mit dem Gedanken einer Teilrevision befaßten» (S. 2); Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67.

[1870] Vgl. Bericht Regierungsrat 1947: «Im zweiten Satz wird sogar eine nähere Prüfung der bis zum Jahre 1918 durch die Landsgemeinde und später durch den Landrat erteilten Wasserrechtskonzessionen und Verträge verlangt; da es sich hier aber restlos um langfristige Konzessionen und feste Verträge handelt, die nicht einseitig aufgekündet werden können, ist an eine Aenderung dieser Beschlüsse in Verbindung mit einer Revision unserer Wasserrechtsgesetzgebung gar nicht zu denken» (S. 2); Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67).

hat im Glarnerland».[1871] Von Beginn an wurde also nur wenig Verständnis für den Antrag auf Totalrevision im Sinn eines Systemwechsels aufgebracht.[1872] Anders war es mit der als übermässig empfundenen Belastung durch die Wuhrpflicht,[1873] welcher sich gewisse Leute scheinbar durch Dereliktion des Ufereigentums zu entziehen versuchten[1874] – obschon gewisse Aussagen in der Antragsbegründung gemildert wurden.[1875] Für diese Fälle wurde im Sinne einer Teilrevision eine punktuelle Änderung des § 190 EG ZGB GL vorgeschlagen.[1876]

710 Gleichzeitig aber warnte das Landsgemeindememorial vor den ungewollten Folgen einer unüberlegten Annahme des Antrages auf Totalrevision resp. Systemwechsel:

> «Würden wir da die bestehende Rechtsauffassung durch eine Totalrevision verlassen und unsere Flußläufe als öffentlich erklären, so wäre der Erfolg der: Die bisherigen Wasserrechtsbenützer könnten ihre wohlerworbenen Rechte behalten, während anderseits ihre bisherigen Pflichten, die Instandhaltung der Wuhre auf den Kanton übergehen würden. Eine solche Lösung müßte dann aber vielmehr als Ungerechtigkeit empfunden werden, weil es sich hier um die viel größern Strecken dreht.»[1877]

[1871] Bericht Regierungsrat 1947, S. 2–3; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 67–68; siehe dazu vorne Fn. 851 und 863.

[1872] Vgl. etwa die Ansicht TRÜMPYS, Rechtsgutachten: «Aus der Begründung, wie sie im Memorial S. 67–70 enthalten ist, geht hervor, daß dem verlangten Begehren der beiden Bürger große Bedenken entgegenstehen; die Ausführungen deuten eher auf eine Ablehnung der Memorialsanträge hin, und zweifellos kommt man zum Schlusse, daß eine Aenderung des glarnerischen Wasserrechtssystems ganz ungewollte Folgen nach sich ziehen würde» (S. 1–2).

[1873] Bericht Regierungsrat 1947: «Wir möchten dieser Auffassung eine gewisse Berechtigung nicht absprechen […]» (S. 3); Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 68.

[1874] Bericht Regierungsrat 1947: «Trotzdem anerkennen wir den Wunsch der Memorialseingeber durchaus und können auch nicht glauben, daß es der Wille des Gesetzgebers war, daß ein Liegenschaftsbesitzer jahrelang Nutzen zieht aus seinem Eigentum und wenn dann nach einem unerwarteten Naturereignis plötzlich größere Aufwendungen nötig sind, daß man sie einfach fallen lassen kann, obschon der Gesetzgeber sich vielleicht auch hier vorsah, in Fällen, bei denen Naturkatastrophen die betroffenen Liegenschaftsbesitzer zum Ruin führen würden, die Liegenschaften auf die Tagwen abstoßen zu können. Weil es aber im zitierten Falle einen Fabrikanten betraf, so erregte das bei den Antragstellern Anstoß» (S. 5); Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 69.

[1875] Bericht Regierungsrat 1947: «Von einer Entwertung der Liegenschaften infolge des heutigen kantonalen Wasserrechtes, wie die Antragsteller schreiben, kann aber keine Rede sein» (S. 3); Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 68.

[1876] Vgl. Bericht Regierungsrat 1947, S. 5–6; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 69.

[1877] Bericht Regierungsrat 1947, S. 3; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 68.

Sollte die Landsgemeinde «nach dem ersten Satz des Memorialsantrages auf eine Totalrevision eintreten», so «müsste in erster Linie durch eine rechtlich-technische Expertise geprüft werden, ob es angezeigt wäre, daß die Gewässer als öffentlich erklärt werden», wobei es sich «nur um die Linth, den Sernf und allenfalls den Löntsch handeln» könnte.[1878] Es würde jedoch eine «Abklärung aller damit im Zusammenhang stehenden Fragen nach unserer Erkenntnis längere Zeit» in Anspruch nehmen «und müßte sich auf die nächsten Jahre erstrecken».[1879] Trotz aller geäusserten Bedenken, beantragten Regierungsrat und Landrat der Landsgemeinde einen Beschluss, wonach der Regierungsrat beauftragt wurde, «auf eine der nächsten Landsgemeinden» einen Antrag «über die Totalrevision der §§ 166 –213 des EG. zum ZGB. (Wasserrechte)» vorzulegen.[1880] 711

Der Landrat behandelte den Memorialsantrag in seiner Sitzung vom 25. Februar 1947.[1881] Einzig der damalige Regierungsrat (1920–1947, Baudirektion) und Ständerat (1938–1953) *Melchior Hefti-Faist* (1879–1965) ergriff das Wort,[1882] wobei auch er den Memorialsantrag kritisierte: 712

> «Die Antragsteller sind von ganz andern Voraussetzungen ausgegangen, sie hatten auch die Runsen im Kopf. Es kann keine Rede davon sein, dass die Runsen ins Gesetz aufgenommen werden können. Der Kanton kann die bestehenden Rechte am Wasser auch in Zukunft nicht einfach aufheben. Diese wohlerworbenen Rechte bleiben erhalten.»[1883]

Im Anschluss auf dieses unerwiderte Votum beschloss der Landrat Eintreten und genehmigte den Antrag des Regierungsrates einstimmig.[1884] Derselbe Antrag wurde auch von der Landsgemeinde des Jahres 1947 stillschweigend angenommen.[1885] 713

1878 Bericht Regierungsrat 1947, S. 6; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 70.

1879 Bericht Regierungsrat 1947, S. 7; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 70.

1880 Vgl. *Beschluß betr. Totalrevision der §§ 166–213 des EG zm ZGB (Wasserrecht)*: «Der Regierungsrat wird beauftragt, auf eine der nächsten Landsgemeinden Antrag zu stellen über die Totalrevision der §§ 166–213 des EG. zum ZGB. (Wasserrechte)» (Bericht Regierungsrat 1947, S. 7; Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 70). TRÜMPY spricht von einem «etwas merkwürdig anmutenden Antrag» (Rechtsgutachten, S. 2).

1881 Vgl. Landratsprotokoll 1946–1947, § 320, S. 430–431.

1882 Zur Person vgl. LAUPPER, HLS: Melchior Hefti.

1883 Landratsprotokoll 1946–1947, § 320, S. 431.

1884 Vgl. Landratsprotokoll 1946–1947: «Der Rat beschliesst hierauf Eintreten. Der Antrag wird einstimmig genehmigt» (§ 320, S. 430–431).

1885 Landsgemeindeprotokoll 1933–1949, Landsgemeinde vom 4. Mai 1947, § 12, S. 339: «§ 12. Revision des kant. Wasserrechtes. Zwei Bürger stellten zuhanden der Landsgemeinde folgenden Antrag: ‹[…]› Dieser Antrag bezweckt die Anpassung des bestehenden Wasserrechtes an die neuere Rechtsauffassung. Da eine Änderung des Wasserrechte jedoch weitgehende Vorarbeiten und Rechtsgutachten verlangt, beantragt der Landrat der Landsgemeinde: ‹[…]› Der Souverän stimmt dem Antrag stillschweigend zu» (S. 33).

2. Die Gutachten zur Glarner Wasserrechtsordnung

714 Zur Beantwortung der sich durch einen Systemwechsel stellenden Rechtsfragen wurde «gründliche rechtliche und technische Expertise»[1886] durch die Gutachten von HANS TRÜMPY als Glarner und PETER LIVER als Nichtglarner besorgt. Ihre Einschätzungen entfalteten über die zeitgebundenen Sachfragen hinaus eine lange Wirkung und wurden von allen späteren Autoren mit Bezug auf die Glarner Wasserrechtsordnung rezipiert. Sie werden nachfolgend dargestellt.

2.1 Gutachten Dr. iur. Hans Trümpy (1948)

715 Der aus Ennenda stammende Dr. iur. JOHANN BALTHASAR (genannt HANS) TRÜMPY hatte 1915 in der Rechtswissenschaft promoviert und von 1918–1924 als Adjunkt beim eidgenössischen Amt für Wasserwirtschaft gearbeitet.[1887]



Abb. 15:
Dr. Hans Trümpy.

716 Fachlich hatte er seine Kenntnisse im eidgenössischen und auch kantonalen Wasserrecht durch verschiedene Beiträge dargelegt.[1888] Aber auch im Bereich der Gesetzgebung brachte

[1886] Landsgemeindememorial 1947, § 12, S. 70.

[1887] Vgl. LAUPPER, Glarner National- und Ständeräte, S. 79; LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Hans Trümpy.

[1888] Vgl. TRÜMPY, Die Expropriation; DERS., Rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung; DERS., Das Erlöschen der Wasserrechtskonzession. TRÜMPY selber verweist auf einen «unterm 5. März 1930 in einem Gutachten in einem bundesgerichtlichen Prozeß» erstellten geschichtlichen Überblick über das Glarner Wasserrecht (DERS., Rechtsgutachten, S. 3), welches jedoch nicht genauer eruiert werden konnte. Für einen mündlichen Beitrag vgl. das Votum TRÜMPYS (damals noch Ratsschreiber des Kantons Glarus) zit. in MERZ, Die Befugnis der Bundesbehörden, S. 472a–473a, siehe dazu auch hinten Fn. 2047–2049.

er die nötige Erfahrung mit,[1889] was ihn zu einem hervorragenden Gutachter machte. Seiner Rechtsauffassung vermochte er übrigens nicht nur als «Meister der Sprache und des Geistes», sondern vor allem auch als Chefredaktor der *Glarner Nachrichten* Nachdruck zu verleihen.[1890]

HANS TRÜMPY reichte sein Gutachten *Soll das glarnerische Wasserrecht revidiert werden?* 717
am 8. Dezember 1948 ein.[1891] Er ging darin von zwei Hauptfragen aus, welche sich aus dem Memorialsantrag von 1947 ergaben:

> «a) Soll das geltende glarnerische Wasserrecht, das den Uferanstößern das private Wasserrecht zuerkennt, dahin abgeändert werden, daß sämtliche nutzbaren Gewässer ins öffentliche Eigentum des Kantons übergehen?
>
> b) Sollen im besondern die geltenden Vorschriften über Uferschutz und Wasserbauten dahin abgeändert werden, daß die Uferanstößer von der Wuhrungspflicht entlastet werden?»[1892]

Zunächst befasste er sich mit der «rechtliche[n] Natur des glarnerischen Wasserrechtes», 718
wobei er einen geschichtlichen Überblick gab,[1893] das Verhältnis zum eidgenössischen Recht darlegte,[1894] sich mit der «glarnerischen[n] Wasserrechtskonzession»[1895] auseinandersetzte und die Glarner Wasserrechtsordnung der Schwyzerischen Wasserrechtsordnung[1896] gegenüberstellte.

a. Zur Frage des Systemwechsels

Dann ging er zur Beantwortung der ersten Hauptfrage über: «Welche Folgen hätte die Um- 719
wandlung des privaten Wasserrechts in öffentliches Recht?»[1897] Nach HANS TRÜMPY waren dies:

1889 Er war von 1937–1943 Nationalrat gewesen, 1947 aber, also im selbigen Jahr der Vorlage, in den Landrat gewählt worden, dem er bis 1961 angehören sollte, vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Hans Trümpy.

1890 Er war Chefredaktor von 1937–1966. Gemäss LAUPPER fanden «seine träfen Kommentare […] weit über unsere Kantonsgrenzen hinaus reges Interesse, was den ‹Glarner Nachrichten› während dreier Jahrzehnte ihr eigenstes Gesicht verlieh» (Glarner National- und Ständeräte, S. 79); vgl. auch LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Hans Trümpy.

1891 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I.

1892 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 3.

1893 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, B.I. Geschichtlicher Ueberblick, S. 3–5.

1894 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, B.II. Das Verhältnis zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht, S. 5–7.

1895 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, B.III. Welche rechtliche Natur hat die glarnerische Wasserrechtskonzession?, S. 7–8.

1896 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, B.IV. Glarnerisches und schwyzerisches Wasserrecht, S. 8–10.

1897 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, B.V. Welche Folgen hätte die Umwandlung des privaten Wasserrechts in öffentliches Recht?, S. 10–12.

(1) Beseitigung der behelfsmässigen Institute

720 Zunächst würde dem Kanton der Wasserzins zufallen, womit die grundlos gewordene Wasserwerksteuer entfallen würde. Da die Wasserwerksteuer dem Wasserzins nachgeformt war, mass HANS TRÜMPY dieser Folge wenig Bedeutung zu:

> «Für den Kanton würde dies lediglich eine Veränderung des Namens bedeuten […]. Der Unterschied zwischen Wasserrechtssteuer und Wasserzins ist lediglich der, daß die Wasserrechtssteuer eine allgemeine Steuer ist, der Wasserzins jedoch eine Entschädigung für ein eingeräumtes Recht.»[1898]

721 Dasselbe galt für die in § 176[bis] EG ZGB GL geregelte «Konzessionsgebühr», welche gemäss HANS TRÜMPY «fälschlicherweise so genannt [wird], da es sich um eine ‹Bewilligung›, nicht um eine ‹Konzession› handelt; aber auch hier tut der Name wenig zur Sache».[1899] An Stelle dieser in ihrer jetzigen Ausgestaltung zu hoch bemessenen Steuer würde eine richtige Konzessionsgebühr treten.[1900] Mit anderen Worten würden also alle vom Kanton behelfsmässig eingeführten Rechtsinstitute zum Wettmachen des fehlenden Regals entfallen.

(2) Schutz wohlerworbener Rechte

722 Aufgrund der Öffentlicherklärung aller Flüsse müssten fortan auch keine Uferanstösser entschädigt werden, «da die Wasserkraft nicht mehr expropriiert werden müßte: sie gehörte zum vornherein dem Kanton».[1901] HANS TRÜMPY machte jedoch ein Caveat:

> «Die bereits ausgenützten Wasserrechte müßten von vornherein in ihrem Bestande geschützt werden. Es wäre für den Kanton viel zu kostspielig und hätte auch gar keinen Sinn, sie ins öffentliche Eigentum zu überführen.»[1902]

723 An diesem Argument entschied sich für HANS TRÜMPY freilich die Sache, da die grosse Anzahl an derart wohlerworbenen Rechten eine sinnvolle Ausnutzung der als öffentlich erklärten Gewässer verhindern würde:

> «Wenn ein größeres Kraftwerk neu entstände, zum Beispiel an der Linth von Schwanden bis Glarus, müßten die Kraftwerksunternehmer die bestehenden kleinen Zentralen in den Fabriken aufkaufen oder durch Expropriation erwerben, genau wie die Rechte der Uferanstösser, welche

---

1898 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 10.

1899 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 10.

1900 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Der Ansatz von Fr. 5.– für die Bruttopferdekraft ist im Verhältnis zu andern Kantonen hoch. Diese einmalige ‹Konzessionsgebühr› ist auch keine Gebühr mehr im Rechtssinne, sondern ebenfalls eine Steuer, weil die Aufwendungen des Kantons für die Prüfung und Genehmigung eines Wasserkraftprojektes in den meisten Fällen lange nicht die Höhe der Konzessionsgebühr erreichen und überdies noch gesondert verlangt werden können» (S. 10).

1901 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 11.

1902 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 11.

ihre Uferstrecken noch nicht ausgenützt haben. Darum hat gar niemand ein Interesse daran, daß unser privates Wasserrecht in ein öffentliches umgewandelt werde.»[1903]

(3) Wuhrpflicht zulasten des Kantons

724 Auch der Kanton konnte gemäss HANS TRÜMPY kein Interesse daran haben, insbesondere mit Blick auf die Wuhrpflicht. Würde nämlich diese mit § 189 EG ZGB GL hinfällig werden und auf den Kanton übergehen, würde seine Stellung «kaum verbessert, eher verschlechtert, besonders für Bauten des regelmäßigen Unterhalts».[1904] HANS TRÜMPY schlussfolgerte daher:

«Aus dem Gesagten ergibt sich, daß sich eine Revision des kantonalen Wasserrechtsgesetzes in keiner Weise empfiehlt.»[1905]

b. Zur Frage der Wuhrpflicht

725 Die zweite Frage im Gutachten betraf die Wuhr- oder, wie HANS TRÜMPY sie nannte, die Uferschutzpflicht.[1906]

(1) Die Verhinderung der Dereliktion

726 Bei dem im Memorialsantrag vorgebrachten Verbot der Aufgabe von Ufergrundstücken, um sich der Wuhrpflicht zu entziehen, sah für HANS TRÜMPY der Fall klar aus; da das ZGB in Art. 666 Abs. 1 die Dereliktion vorsah,[1907] könne diese nicht durch kantonales Recht verhindert werden.[1908] Stattdessen musste man sich mit den Instrumenten begnügen, die man schon hatte:

«Dieser Uferanstößer wird durch die Bildung einer Korporation verpflichtet, seine regelmäßigen Beiträge zu bezahlen, bevor er den Besitz aufgegeben hat; weiter können wir nicht gehen.»[1909]

1903 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 11.

1904 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Aber das Verhältnis würde gerade umgekehrt, als wir es unter dem geltenden Rechte kennen: der Staat hätte die Pflicht für Bau und Unterhalt und könnte höchstens Beiträge von den Uferanstößern in bescheidenem Umfange verlangen, während heute die Uferschutzpflicht von Gesetzes wegen den Uferanstössern obliegt und der Kanton gemäß § 203 EG/ZGB Beiträge leisten kann» (S. 11).

1905 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 12; auch: «*Damit ist die erste Frage, ob das glarnerische Wasserrecht revisionsbedürftig sei, verneint*» (S. 16; Hervorhebung im Original).

1906 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 16–18.

1907 «Das Grundeigentum geht unter mit der Löschung des Eintrages sowie mit dem vollständigen Untergang des Grundstückes» (Art. 666 Abs. 1 ZGB); vgl. dazu eingehend STRAUBHAAR, Dereliktion.

1908 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Es wurde schon eingangs ausgeführt, daß man die Aufgabe des Eigentums nicht verhindern kann; das Zivilgesetzbuch sieht diese Dereliktion vor» (S. 17).

1909 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 17.

(2) Höhe und Verteilung der Wuhrpflicht

727 Anhand des Falles der «Durnagelkatastrophe» errechnete HANS TRÜMPY, dass die gesetzlich zur Wuhrpflicht und Uferschutz verpflichteten Ufereigentümer (bzw. die aus ihnen gebildeten Korporationen) letztlich dank den kantonalen und eidgenössischen Beiträgen nur 10 % der Kosten tragen mussten.[1910] Mittels eines summarischen Rechtsvergleiches kam er zum Schluss:[1911]

> «Das geltende glarnerische Wasserrecht stellt die Uferanstößer im allgemeinen nicht schlechter als diejenigen Wasserrechte, welche das Eigentum an den Flüssen und Bächen dem Kanton zuweisen.»[1912]

728 Hierbei oblag es dem Regierungs- und Landrat, den ihnen in § 203 EG ZGB GL zugewiesenen Spielraum anzuwenden und Beiträge zu leisten, wo die Wuhrpflichten «das Maß des gewöhnlichen Unterhalts erheblich übersteigen». HANS TRÜMPY sah also diesbezüglich keinen Handlungsbedarf:

> «Es ist nicht einzusehen, wie man diese klare, eindeutige und in der Praxis bewährte Vorschrift umändern sollte. Demnach kommen wir zum Schlusse, daß sich eine Revision des glarnerischen Wasserrechtsgesetzes in allen Teilen erübrigt.»[1913]

c. Obiter dicta zum Urteil

729 In allen Teilen? Nein! HANS TRÜMPY erlaubte sich in seinem Gutachten, im Sinne eines *obiter dictum*, noch einige Punkte anzufügen, welche anlässlich einer Revision geklärt werden sollten. Es verwies dabei ausdrücklich auf das Augenscheingerichtsurteil vom 24. April/8. Mai 1939 (s. vorne Rz. 693 ff.) respektive das Obergerichtsurteil vom 20./28. November 1939 (s. vorne Rz. 698 ff.) in Sachen *Hohlenstein Baumwolldruckerei AG*

[1910] TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Nachdem das glarnerische Wasserrecht die Uferanstößer pflichtig erklärt für den Uferschutz, müssen 10 % der Vorschlagssumme als wirklich günstig und tragbar bezeichnet werden» (S. 16). Er war übrigens überzeugt, dass die 10 % noch weiter hätten gesenkt werden können: «Hätte man eine öffentliche Sammlung zugunsten der Wassergeschädigten am Durnagel durchgeführt, so wären zweifellos mehr Gelder geflossen, um die Last der Uferanstößer zu verringern. Die Regierung sah von einer solchen Sammlung ab, was heute zu bedauern, aber nicht nachzuholen ist» (S. 17).

[1911] TRÜMPY nannte folgende Beitragshöhen der Uferanstösser: Im Kanton Obwalden (im Falle der Verbauung der Schliere) 8%, im Kanton Graubünden 20%, im Kanton St. Gallen in der Regel 20 % (wobei dies im Falle der Tamina bis zu 36,3 % betrug), vgl. Rechtsgutachten, S. 17.

[1912] TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 17. Auch: «Die Vergleiche mit andern Kantonen zeigen, daß der Kanton Glarus ungefähr dieselben Regeln innehält bei der Subventionierung von Wasserbauten wie andere Kantone, welche das öffentliche Eigentum an den Flußläufen kennen» (S. 17–18).

[1913] TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 18.

und *Spitz, Streiff & Co.*[1914] Für HANS TRÜMPY handelte es sich nicht um ein Auslegungsproblem.[1915]

> «Eine Aenderung der §§ 170 und 171 EG/ZGB drängt sich somit nicht auf; wohl aber ist allen jenen Inhabern von Wasserwerken, deren Nutzungsrecht bloß auf Verträgen mit den Uferanstößern beruht, ohne daß diese Inhaber selber die eine oder beide Uferlängen besitzen, anzuraten, die Rechtsgrundlagen einmal gründlich zu prüfen, damit nicht eines Tages der gegenüberliegende Uferanstößer auf die halbe oder gar ganze Wasserkraft Anspruch erhebt.»[1916]

Darüber hinaus verwies er auf die grundbuchliche Handhabung des Wasserrechtes, auf 730
welche das Obergericht schon hingedeutet hatte.[1917] Die Praxis des Grundbuchamtes des Kantons Glarus, auf den Grundbuchplänen das Ufergrundstück bis und mit Mittellinie des Wasserlaufes einzutragen, war aus zweierlei Gründen potentiell problematisch. Zum einen erstreckte sich das private Nutzungsrecht der Ufereigentümer auf die Wasserkraft und begründete kein Eigentum am Flussbett oder etwa am fliessenden Wasser selbst; hier erweckte also die Einzeichnung bis auf die Mittellinie einen falschen Anschein.[1918] Zum anderen aber konnte sich das private Nutzungsrecht, falls der gegenüberliegende Ufereigentümer seines nicht nutzte, auf den gesamten Wasserlauf erstrecken, womit also die Einzeichnung der Mittellinie nicht überall den Tatsachen entsprach.[1919] HANS TRÜMPY schlug also auch hier, wenn schon nicht eine Änderung im Gesetz, so doch eine Änderung an der behördlichen Praxis vor:

> «Man sollte daher diese Mittellinie vermeiden und die Uferlinien als Grenze der Ufergrundstücke annehmen. Das private Wasserrecht der Uferanstößer beruht von Gesetzes wegen auf ihrem

---

1914 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 12–16.

1915 TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Betrachtet man den Sachverhalt näher, so ergeben sich die Schwierigkeiten nicht aus der Auslegung der §§ 170/171; sie liegen vielmehr im Tatbestand selber begründet» (S. 14).

1916 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 15.

1917 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Wie aus dem obergerichtlichen Urteil hervorgeht, haben die Grundbuchgeometer einfach die Mittellinie der Linth als Grenze angenommen» (S. 15); vgl. dazu GL-OGE 20./28.11.1939 (*Spitz, Streiff & Co. c. Baumwolldruckerei Hohlenstein AG/Tagwen Ennenda [Streitbeteiligter]*): «Wohl mag sie [scil. die Klägerin] ihre Wuhrtanne und Wasserableitungsanlagen bei C in ihre heutigen Bestande beibehalten, und zwar bis zur Mitte des Flusses sowohl gestützt auf ihr eigenes Recht auf die halbe Linth, vergl. § 175 EG.z.ZGB., als auch darauf, dass ihr bei der Grundbuchbereinigung auch das Eigentum an Grund und Boden im Linthbett bis zur Mitte des Flusses zugeschieden worden ist, (ob dies gesetzlich ist, darüber hat sich das Obergericht heute nicht auszusprechen), […]» (E.11, S. 154).

1918 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Ueberdies besteht das private Nutzungsrecht nicht an dem Flußbett; ja, man könnte sogar sagen: nicht einmal am Wasser, sondern an der Kraft, welche mit dem Wasser erzeugt werden kann. Ein solches unstoffliches (oder immaterielles) Recht läßt sich auch gar nicht in einen Plan einzeichnen» (S. 15–16).

1919 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Häufig aber reichen die Wasserrechte auf das jenseitige Ufer hinüber; ja, solange eine Hälfte oder gar beide nicht benützt sind, haben beide Anstößer gesetzlichen Anspruch auf die halbe oder ganze Wasserkraft» (S. 15).

Grundeigentum, braucht also weder grundbuchlich noch zeichnerisch dargestellt zu werden.»[1920]

2.2 Gutachten Prof. Dr. iur. Peter Liver (1949)

731 Bei dem aus Flerden (GR) stammenden Prof. Dr. PETER LIVER (1902–1994) handelte es sich um den damaligen Professor für Rechtsgeschichte und Sachenrecht an der Universität Bern.[1921] Er war «Spezialist für Wasserrecht»,[1922] dem er eine Vielzahl an Publikationen gewidmet hatte.[1923] Obwohl er sich zuvor nur am Rande mit dem Kanton Glarus befasst hatte,[1924] veröffentlichte er nur kurz nach seinem Gutachten seinen Aufsatz *Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren* (1952), in welchem er ein ganzes Kapitel («*Der Kanton Glarus ein Sonderfall*») der Glarner Wasserrechtsordnung widmete.[1925]



Abb. 16:
Prof. Dr. Peter Liver.

732 PETER LIVER reichte sein Gutachten *Das Wasserrecht des Kantons Glarus mit besonderer Berücksichtigung der Frage seiner Revisionsbedürftigkeit* am 12. Juni 1949 ein.[1926] Dieses

[1920] TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I, S. 15.

[1921] Vgl. SIMONETT, HLS: Peter Liver.

[1922] SIMONETT, HLS: Peter Liver.

[1923] Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold; DERS., Die Entwicklung des Wasserrechts; DERS., Die ehehaften Wasserrechte; DERS., Überlieferungen im Wasserrecht.

[1924] Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold: «[…] und dann insbesondere der Kanton Glarus, welcher die Entwicklung zur Inanspruchnahme des Eigentums an Gewässern durch den Staat überhaupt nicht mitgemacht hat, sondern dieses den Eigentümern überlassen hat und dennoch durch eine originelle Lösung zu einer befriedigenden, die öffentlichen Interessen wahrenden Regelung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte gelangt ist» (S. 109); vgl. auch LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 50.

[1925] Vgl. LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 323–325.

[1926] LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II.

bestand aus zwei Teilen: Der erste Teil («Die Grundzüge des Wasserrechtes des Kantons Glarus») gab eine Übersicht über die Glarner Wasserrechtsordnung,[1927] während der zweite Teil («Die Revisionsbedürftigkeit des glarnerischen Wasserrechtes») die vom Memorialsantrag aufgeworfenen Fragen beantwortete.[1928] In einem undatierten *Nachtrag zum Gutachten vom 12. Juni 1949* nahm PETER LIVER noch auf einige nachgereichte Fragen Stellung.[1929]

a. Zur Frage des Systemwechsels

PETER LIVER zeichnete in der ersten Hälfte die Glarner Wasserrechtsordnung in ihren Be- 733
sonderheiten nach. Dies war zunächst der Umstand, dass dem Glarner Gesetz der Begriff des öffentlichen Gewässers fremd ist.[1930] Das Nutzungsrecht an der Wasserkraft ist also Inhalt des privaten Ufereigentums.[1931] Anders als HANS TRÜMPY sah PETER LIVER kein Problem darin, das Eigentum bis auf die Mitte des Wasserlaufes zu erstrecken;[1932] diese Rechtsauffassung dränge sich auf, da das Gesetz zu dieser Frage sonst schweige.[1933] Die

---

1927 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 19–47.

1928 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 48–68.

1929 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 III.

1930 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Die Besonderheit, mit welcher der Kanton Glarus unter den schweizerischen Kantonen allein dasteht, liegt darin, daß dem Gesetz der Begriff des öffentlichen Gewässers fremd ist. Der Kanton Glarus hat keine öffentlichen Gewässer ausgeschieden, über deren Wasserkräfte der Staat (Kanton) als Eigentümer oder als Inhaber des Wasserregals verfügt» (S. 20).

1931 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Daraus [scil. aus § 170 EG ZGB] muß geschlossen werden, daß auch das Recht zur Ausnutzung der Wasserkraft eines Flusses zum Inhalt des Eigentums am Ufergrundstück gehört. Es ist ein privates Recht des Eigentümers des Ufergrundstückes» (S. 20).

1932 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Diese Regelung spricht dafür, daß der Kanton oder die Gemeinden, letztere sofern sie nicht Eigentum an Ufergrundstücken haben, auch am Flußbett kein Eigentum haben, sondern dieses vielmehr Bestandteil der Ufergrundstücke ist. Die Grenze zwischen den beidseitigen Uferliegenschaften würde also durch die Mittellinie des Flusses bei mittlerem Wasserstand oder durch die Mittellinie des Flußbettes gebildet» (S. 21).

1933 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Absolut zwingend ist dieser Schluß allerdings nicht; denn das Recht zur Nutzbarmachung der Wasserkraft durch die Anlieger könnte ja auch bestehen, wenn der Fluß als Liegenschaft (Flußbett) im Eigentum des Kantons oder der Gemeinde stände oder eine herrenlose Sache wäre (letzteres zum Beispiel nach tessinischem Recht). Ich habe aber keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, daß dem im Kanton Glarus so wäre» (S. 21); vgl. auch DERS., Rechtsgutachten II: «*Eindeutig bestimmt ist also nur, daß ein Bach, welcher durch ein privates Grundstück fließt, Bestandteil dieses Grundstückes ist*. Das ist alles. In wessen Eigentum alle andern Gewässer stehen, ist im Gesetz nirgends gesagt. […] Wie verhält es sich aber mit den Flüssen? Das Gesetz schweigt. Für die Flüsse kann aber nicht wohl eine andere Regel gelten. Bäche und Flüsse können ja gar nicht mit Sicherheit ausgeschieden werden. Das wäre nur dadurch möglich, daß alle Flüsse ausdrücklich aufgezählt würden, wie das ja auch in verschiedenen kantonalen Wasserrechtsgesetzen geschehen ist. Im glarnerischen Wasserrecht

hälftige Nutzung kraft Ufereigentum führe sodann auch zu einer hervorragenden Lösung der zahlreichen Rechtsprobleme, die sich bei gemeinschaftlicher Nutzung der Wasserkraft ergeben:

> «Auch unter diesem Gesichtspunkt nimmt der Kanton Glarus eine Sonderstellung ein. Sobald die Wassernutzung zur Erzeugung elektrischer Energie in den Vordergrund trat und zahlreiche Wasserkraftwerke entstanden, war der Kanton Glarus genötigt, diese Art der Gewässernutzung im Sinne der gegenseitigen Rücksichtnahme der Nutzungsberechtigten zu regeln. Kein anderer Kanton besitzt eine gleich eingehende und gleich vorzügliche Regelung dieses Gemeinschaftsverhältnisses.»[1934]

734 Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer, als Kern der Glarner Wasserrechtsordnung, wurde im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts vom kantonalen Gesetzgeber durch verschiedene öffentlich-rechtliche Instrumente ergänzt:[1935] Dies war 1869 die Oberaufsicht (oder Hoheit) des Kantons,[1936] 1892 das prioritäre Enteignungsrecht des Kantons[1937] und 1918 der «Enteignungsbann»,[1938] wie PETER LIVER die Rechtsfolge des WKB GL bezeichnet. Das sich daraus ergebende Gesamtsystem der Glarner Wasserrechtsordnung lobt PETER LIVER:

> «Im ganzen gesehen, müssen die wasserrechtlichen Vorschriften des glarnerischen EG als eine sorgfältige, umsichtige und sachkundige gesetzgeberische Leistung anerkannt werden. Auf der Grundlage der überkommenen und in den Rechtsanschauungen des Volkes verwurzelten Ansichten, welche der Gesetzgeber nicht preisgeben wollte oder nicht überwinden zu können glaubte, hat er die öffentlichen Interessen in der bestmöglichen Art zu wahren verstanden. Die von ihm geschaffene Ordnung ist zweckmäßig und auch heute noch nicht veraltet.»[1939]

735 Diese Wasserrechtsordnung wäre also einem neuen System gegenüberzustellen. Was würde sich ändern, was wäre damit gewonnen?

> «Dieser Systemwechsel könnte nur darin bestehen, daß die Seen und ein eigentliches Bett und feste Ufer aufweisende Wasserläufe oder doch die einzeln zu bezeichnenden größern Wasser-

---

aber ist eine solche Ausscheidung nicht erfolgt. Daraus habe ich den weiteren Schluß gezogen, daß für die Flüsse, wie in bezug auf das Eigentum das gleiche gelte wie für die Bäche. Danach wären auch die Flüsse Bestandteile der Grundstücke, die sie durchfließen» (S. 70; Hervorhebung im Original).

1934 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 22–23.

1935 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Es darf hervorgehoben werden, daß es der glarnerische Gesetzgeber verstanden hat, durch Ergänzungen von geringem Umfang das Wasserrecht dringenden neuen Erfordernissen anzupassen» (S. 50).

1936 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 25–26.

1937 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 26–27.

1938 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 27–29.

1939 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 49–50.

läufe als *öffentliche Gewässer* erklärt würden, wie das in allen andern Kantonen geschehen ist.»[1940]

Eine solche Einführung öffentlicher Gewässer hätte gemäss PETER LIVER zwei Hauptzwecke: (1.) Würde das Verfügungsrecht über die Wasserkräfte dem Kanton zugewiesen werden, damit dieser sie im öffentlichen Interesse planmässig und sinnvoll ausnützt; (2.) würden die fiskalischen Einnahmen aus der Verleihung von Wasserrechten, namentlich die Wasserzinse, dem Kanton zufallen.[1941] Für PETER LIVER kommt aber der erste Hauptzweck nicht nur zeitlich zu spät, nachdem eine Vielzahl der ausbaufähigen Wasserwerke bereits erstellt und als wohlerworbene Rechte geschützt sind,[1942] sondern er ist im Wesentlichen schon erfüllt: 736

«Davon abgesehen, wäre der Systemwechsel auch sachlich nicht zu rechtfertigen, weil der Kanton auf Grund des Landsgemeindebeschlusses vom 5. Mai 1918 zum Entscheid über die künftige Nutzbarmachung der Wasserkräfte kompetent ist. Wenn er auch nicht über die Wasserkraft selber verfügt, verfügt er doch durchaus frei über das Recht zum Erwerb dieser Wasserkräfte und über die Art und Weise ihrer Ausnutzung. Dem Staat diese Befugnis zu geben, ist der erste Zweck der Oeffentlicherklärung der Gewässer. Der Kanton Glarus hat diese Befugnis. Sie braucht ihm also nicht erst durch eine Gesetzesänderung gegeben zu werden.»[1943]

Der zweite Hauptzweck, die fiskalischen Motive, dürften PETER LIVER zufolge «für sich allein nicht entscheidend sein, auch wenn ihnen viel stärkeres Gewicht zukäme, als dies im Kanton Glarus der Fall sein kann». Damit schlussfolgerte PETER LIVER: 737

«Unter dem Gesichtspunkt der Nutzbarmachung der Wasserkräfte ist ein Systemwechsel nicht zu empfehlen.»[1944]

1940 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 50.

1941 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 50–51.

1942 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Linth und Löntsch sind auf ihren günstigsten Strecken bereits ausgebaut. Für die Zukunft scheinen nur ganz wenige große Projekte, wie das des Limmernwerkes, zur Diskussion zu stehen. Wenn die ausbauwürdigen, noch nicht ausgebauten Wasserkräfte durch eine Gesetzesbestimmung dem Staate zugesprochen würden, würde dies beinahe als Ausnahmegesetz gegen die derzeitigen Inhaber des Verfügungsrechts über diese Wasserkräfte empfunden. Es würde wohl heißen: Nachdem der größte Teil der Inhaber von Anstößerrechten diese habe[n] ausnutzen oder verwerten können, entziehe man dem restlichen, kleinen Teil diese Befugnis» (S. 51).

1943 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 51.

1944 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 50; auch: «*Ich komme zum Schlusse, daß unter dem Gesichtspunkt der Nutzbarmachung der Wasserkräfte im Kanton Glarus heute keine wichtigen Gründe dafür bestehen, alle Gewässer (mit Ausnahme der dem Zivilrecht des Bundes unterstellten Quellen) oder auch nur die größten dieser Gewässer als öffentliche Gewässer zu erklären*» (S. 52; Hervorhebung im Original).

b. Zur Frage der Wuhrpflicht

738 Innerhalb des grundsätzlichen Lobes der Glarner Wasserrechtsordnung fand PETER LIVER freilich auch einige Lücken und Mängel, welche aber durch Auslegung oder aber durch «Ergänzungen von geringem Umfang» behoben werden könnten, wie dies ja seit 1869 immer wieder geschehen sei.[1945]

(1) Die Verhinderung der Dereliktion

739 Bei der Dereliktion handelte es sich PETER LIVER zufolge «um ein unentziehbares Recht».[1946] Es ist in Art. 666 ZGB vorgesehen und würde «auch ohnedies auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze anzunehmen sein».[1947] Als solches kann dieses Recht niemandem durch gesetzliche Vorschrift genommen werden.[1948] Ob mit der Aufgabe des Eigentums auch die Lasten oder Pflichten abgeschüttelt werden können, hängt davon ab, ob nur das Grundeigentum oder er persönlich dafür haftet.[1949] Wenn § 189 EG ZGB GL schreibt, dass die Wuhrpflicht «auf dem Grundeigentum [liegt] und zwar […] zunächst auf denjenigen Liegenschaften, welche unmittelbar an jene Gewässer anstoßen», dann zieht § 190 EG ZGB GL die logische Konsequenz daraus.[1950] So stellt PETER LIVER fest:

> «Wer nicht Eigentümer eines wuhrpflichtigen Grundstückes ist, weil er das Eigentum daran aufgegeben hat, ist nicht wuhrpflichtig. Das müßte selbst dann angenommen werden, wenn es in

---

1945 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Sie weist einige Lücken auf, was nicht verwundern kann. Einzelne Mängel hat jedes Gesetz; auch das schweizerische Zivilgesetzbuch hat derer nicht wenige trotz seiner Vorzüglichkeit als Gesamtleistung. Zum Teil können sie, wenn die gesetzlichen Bestimmungen nicht allzustarr gefaßt sind, durch die Praxis behoben werden; zum andern Teil können sie allerdings nur durch Revisionen beseitigt werden. Es darf hervorgehoben werden, daß es der glarnerische Gesetzgeber verstanden hat, durch Ergänzungen von geringem Umfang das Wasserrecht dringenden neuen Erfordernissen anzupassen» (S. 49–50).

1946 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 39.

1947 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 39. LIVER verweist in seiner Argumentation auf BGE 50 II 232 (*Gebhardt/Neumann c. Hitzig und Genossen*): «Dass auch Grundstücke derelinquiert werden können, würde mangels einer gegenteiligen Gesetzesvorschrift schon aus dem allgemeinen Grundsatz folgen, dass man auf veräusserliche Rechte verzichten kann, ergibt sich aber unmittelbar aus Art. 666 ZGB, welcher den Untergang des Grundeigentums durch Löschung des Eintrages ausdrücklich vorsieht» (S. 235, E. 2).

1948 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Wie gesagt, kann die Befugnis, sein Eigentum aufzugeben, auch durch gesetzliche Vorschrift keinem Grundeigentümer genommen werden» (S. 40); auch: «Meines Erachtens könnte die Dereliktion aber auch durch Gesetzesvorschrift des Bundes nicht ausgeschlossen werden» (S. 40, Fn. 4).

1949 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 39.

1950 Vgl. 190 EG ZGB «Geben infolge von Ueberschwemmungen oder aus andern Gründen Korporationen oder Private das Eigentumsrecht an ihren wuhrpflichtigen Liegenschaften auf, so geht es mit der Wuhrpflicht auf diejenigen Tagwen oder Gemeinden über, in deren Huben die Liegenschaft gelegen ist» (zit. in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911).

§ 190 nicht gesagt werde. Es ist eben die notwendige Folge aus dem Sachverhalt, daß die Wuhrpflicht auf die Liegenschaften, vorab auf die Ufergrundstücke, gelegt ist.»[1951]

Aus diesen Erörterungen heraus zieht PETER LIVER sein Urteil über den Memorialsantrag ebenso kurz und bündig, wie HANS TRÜMPY: 740

«[…] und wiederhole nur, daß eine Abänderung dieser Bestimmung (unter Beibehaltung der Belastung der Liegenschaften mit der Wuhrpflicht als Grundsatz) rechtlich unzulässig und deshalb unwirksam wäre.»[1952]

(2) Höhe und Verteilung der Wuhrpflicht

Zunächst stellte PETER LIVER die aus dem Memorialsantrag hervorgehende und im Kanton Glarus scheinbar allgemeine Rechtsauffassung fest, «daß ein notwendiger Zusammenhang bestehe und bestehen müsse zwischen dem Recht der Gewässeranlieger zur Ausnutzung der Wasserkraft und ihrer Verpflichtung zur Bewuhrung der Gewässer».[1953] Nur so lasse sich die Schlussfolgerung erklären, «daß die Uebertragung der Wasserkräfte auf den Staat auch die Uebernahme der Wuhrbaulasten durch den Staat nach sich ziehen müsse».[1954] Diese Vorstellung der Wuhrpflicht als Kehrseite der Nutzungsrechts-Medaille führe jedoch zu einer unbilligen Verteilung der Lasten, da die Gleichsetzung weder *de iure* noch *de facto* zutreffe:[1955] 741

«Dieser Gesichtspunkt verdient indessen niemals ausschließliche oder auch nur die hauptsächliche Berücksichtigung, weil Gewässer, die sich überhaupt nicht für die Ausnutzung der Wasserkräfte eignen, gerade zu den gefährlichsten Wildwassern gehören und die Wuhrpflichten am schwersten auf den Oberliegern lasten können, während nur die Unterlieger den Vorteil aus der Nutzung der Wasserkräfte haben.»[1956]

1951 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 40.

1952 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 56.

1953 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: ««Man scheint im Kanton Glarus ziemlich allgemein die Auffassung zu haben, daß ein notwendiger Zusammenhang bestehe und bestehen müsse zwischen dem Recht der Gewässeranlieger zur Ausnutzung der Wasserkraft und ihrer Verpflichtung zur Bewuhrung der Gewässer. […] Es mag zutreffen, daß dem geltenden Recht diese Auffassung zugrunde liegt» (S. 52).

1954 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 53.

1955 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «*Die ausschließliche Geltung dieses Grundsatzes muß in der Tat zu einer unbilligen Lastenverteilung führen*» (S. 53; Hervorhebung im Original).

1956 Für das ganze Argument vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: ««In der Regel besteht auch ein gewisser Zusammenhang zwischen dem Verfügungsrecht über die Wasserkräfte und der Wuhrpflicht, indem dem Verfügungsrecht des Staates und der Gemeinden an den öffentlichen Gewässern auch die Pflicht zur Korrektion und Verbauung unter Heranziehung der unmittelbar interessierten Grundeigentümer entspricht und mit dem Verfügungsrecht der Anlieger über die Wasserkräfte privater Gewässer auch die Pflicht zum Schutze gegen die Gefahren des Wassers verbunden ist. Dieser Gesichtspunkt verdient indessen niemals ausschließliche oder auch nur die hauptsächliche Berücksichtigung, weil Gewässer, die sich überhaupt nicht für die

742 Aus diesem Grund sei es auch sinnlos, dem Staat alle Nutzungsrechte geben zu wollen, in der Hoffnung, sich damit auch der Wuhrpflicht entledigt zu haben:

> «Dies würde nämlich keineswegs notwendigerweise zur Folge haben, daß der Staat oder die Gemeinde nun auch die Wuhrbaulasten zu tragen hätte. Zwischen dem Recht der Nutzung der Wasserkraft und der Wuhrpflicht besteht nämlich durchaus nicht ein notwendiger Zusammenhang. Aber auch wenn die Korrektion und Verbauung der Gewässer als Aufgabe des Staates oder der Gemeinde erklärt würde, müßten die Grundeigentümer, die an den Schutzbauten unmittelbar interessiert sind und auf sie zur Erhaltung des Wertes ihrer Liegenschaften angewiesen sind, zu Kostenbeiträgen herangezogen werden, wie das überall geschieht. Eine Befreiung der Grundeigentümer von Wuhrbaulasten kommt nicht in Frage, wie immer auch die Wuhrordnung eines Kantons ausgestaltet sei»[1957]

743 Es gelte vielmehr, so PETER LIVER, eine grundsätzlich unbillige Lastenverteilung einzuschränken und zu korrigieren, was jedoch die geltende Glarner Wasserrechtsordnung bereits ermögliche.[1958]

744 Gemäss § 189 EG ZGB GL ist die Wuhrpflicht nicht eine Aufgabe des Gemeinwesens, sondern sie «liegt auf dem Grundeigentum und zwar […] zunächst auf denjenigen Liegenschaften, welche unmittelbar an jene Gewässer anstoßen».[1959] Dieser «Grundsatz des glarnerischen Rechtes» sei, «für sich allein betrachtet, von unhaltbarer Einseitigkeit und ließe sich auch unter dem Gesichtspunkt der Anstößerrechte zur Nutzung der Wasserkräfte […] nicht rechtfertigen».[1960] Lindern liess sich dieser Grundsatz, wenn man, wie PETER LIVER

Ausnutzung der Wasserkräfte eignen, gerade zu den gefährlichsten Wildwassern gehören und die Wuhrpflichten am schwersten auf den Oberliegern lasten können, während nur die Unterlieger den Vorteil aus der Nutzung der Wasserkräfte haben» (S. 31); auch: «Wie ich schon […] bemerkt habe, kann ein eigentliches Mißverhältnis zwischen dem Werte der Wasserkraft einer Gewässerstrecke und der Wuhrbaulast der gleichen Strecke bestehen. Die Wuhrbaulast kann sehr groß und die Möglichkeit der Verwertung der Wasserkraft gering sein oder ganz fehlen, während umgekehrt der Möglichkeit zu günstiger Verwertung der Wasserkraft nicht entsprechend hohe Wuhrlasten gegenüberstehen» (S. 53).

1957 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 53–54.

1958 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «*Eine Einschränkung und Korrektur jenes Grundsatzes ist im Interesse der Gleichheit und Gerechtigkeit nötig* […] *Es ist aber zweifellos ein begründetes Postulat, daß eine Ueberbelastung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes vermieden und ein Ausgleich der Lasten nach der Leistungsfähigkeit der Pflichtigen angestrebt werden muß. Die entscheinde Frage lautet: Kann dieses Ziel auf Grund des geltenden Gesetzes erreicht werden? Ich bin zur Auffassung gekommen, daß diese Frage bejaht werden darf*» (S. 53–54).

1959 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Das Wasserbaurecht des Kantons Glarus hat die Wuhrpflicht grundsätzlich nicht zu einer Aufgabe des Gemeinwesens, weder des Staates noch der Gemeinden, gemacht, sondern läßt das öffentliche Interesse an der Korrektion und Verbauung der Gewässer nur in sekundärer Weise zur Geltung kommen» (S. 31); Art. 189 EG ZGB, vgl. Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911.

1960 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 37.

vorschlug, den subjektiven Geltungsbereich dieser Norm erweiterte, indem man darunter nicht nur Grund- sondern auch Wasserwerkeigentümer erfasste.[1961]

Das Gesetz linderte diesen Grundsatz, indem es ihn durch öffentliche Beteiligungen er- 745
gänzte. So sieht etwa § 197 die Pflicht zur Verbauung von «Flinsen, Erdrutschungen, Runsen, Wild- und Waldbäche» vor, welche gemäss § 198 nicht nur auf «den Besitzern derjenigen Liegenschaften, welche von den Flinsen, Erdrutschungen usw. direkt begrenzt oder indirekt gefährdet» werden, sondern eben auch «auf den Gemeinden oder Tagwen, in deren Huben solche Flinsen, Erdrutschungen, Wild- und Waldbäche ihren Ursprung und Verlauf haben».[1962] Hier kommt, so PETER LIVER, «der Wille des Gesetzes zum Ausdruck, die Wuhrpflicht dem lokalen Gemeinwesen als solchem aufzuerlegen», zumindest mit Bezug auf die schädlichsten Gewässer.[1963] Diese Beteiligungspflicht der Gemeinden oder Tagwen für sich allein genommen ist aber nicht genug, um die Wuhrbaulast der Ufereigentümer zu lindern, welche ja – als Mitglieder der Gemeinde oder des Tagwens – indirekt noch einmal belastet werden.[1964] Zudem sind von der Beteiligungspflicht der Gemeinden oder Tagwen gemäss § 201 Abs 2 EG ZGB GL die grössten Gewässer – die Linth, der Sernft und der Löntsch – ausgenommen.[1965]

[1961] Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Zu diesen Eigentümern sollten auch die Eigentümer von Wasserwerken gehören. […] Daraus scheint sich mit zu ergeben, daß die Eigentümer von Wasserwerken zu Leistungen herangezogen werden können, wenn sie wie andere Grundeigentümer vom Wasserschaden bedroht sind, und auch wenn sie durch bauliche Anlagen die Gefahr hervorgerufen haben» (S. 32).

[1962] § 197–198 EG ZGB, vgl. Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911.

[1963] Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Da kommt der Wille des Gesetzes zum Ausdruck, die Wuhrpflicht dem lokalen Gemeinwesen als solchem aufzuerlegen, das heißt die Verbauung als öffentliche Aufgabe zu erklären und dem lokalen Gemeinwesen zu überbinden, welches kraft seiner öffentlich-rechtlichen Stellung dazu berufen ist, innerhalb seines Gebietes die öffentlichen Interessen zu wahren. Daß dieser Grundsatz nicht allgemeine Geltung hat, sondern nur auf die zweite Kategorie von Wasserläufen [scil. die Gewässer gemäss § 197 EGZ ZGB], erklärt sich aus der Auffassung des Gesetzgebers, daß die Verbauung der Wasserläufe, welche nicht zu den Flinsen, Erdrutschungen, Wild- und Waldbächen gehören, ganz überwiegend im privaten Interesse der Grundeigentümer liege, deren Liegenschaften gefährdet sind. Die Verbauung der Wild- und Waldbäche usw. wird dagegen dem lokalen Gemeinwesen zur Pflicht gemacht, weil von diesen Wasserläufen allgemeiner Schaden und Nachteil droht, wie es in § 197 heißt» (S. 33).

[1964] Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Aber auch die Belastung der Tagwen bzw. der Ortsgemeinden trägt dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Gewässerverbauung noch nicht genügend Rechnung. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Grundeigentümer als Mitglieder des Tagwens oder der Ortsgemeinde indirekt unter Umständen nochmals belastet werden» (S. 37).

[1965] Vgl. Art. 201 Abs. 2 EG ZGB: «Die Beteiligungspflicht der Gemeinden oder Tagwen ohne Rücksicht auf deren Grundbesitz, gemäß § 198, lit. a dieses Gesetzes, findet keine Anwendung auf Linth, Sernft und Löntsch» (zit. in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Ein-

746 Die einzige Lösung für eine angemessene Verteilung der Wuhrlasten war, so PETER LIVER, nur durch eine «den öffentlichen Interessen entsprechende Beitragsleistung des Kantons (neben den Bundessubventionen)» zu erreichen.[1966] Dabei müssten im Sinne der Verhältnismässigkeit die Tragbarkeit der den Ufereigentümern sowie den Gemeinden und Tagwen verbleibenden Lasten berücksichtigt werden, weshalb sich nicht empfehle ein fixer Prozentsatz oder eine Limite im Gesetz zu verankern.[1967] Genau dies erlaube aber das bestehende Recht in § 203 EG ZGB GL.[1968] Anders als HANS TRÜMPY machte PETER LIVER keinen Rechtsvergleich, sondern zeigte anhand der Verbauungen der 1940er-Jahre die Höhe der eidgenössischen und kantonalen Beiträge und – als Rest – die den Ufereigentümern obliegenden Kosten.[1969] Somit war aufgrund der Wuhrpflicht keine Revision der Glarner Wasserrechtsordnung nötig:

> «Das Gesetz gestattet damit die allseitige Berücksichtigung der angeführten Tatsachen und ermöglicht so die Behebung der in der grundsätzlichen Lastenverteilung liegenden Einseitigkeit.»[1970]

3. Das Jahr 1950

3.1 Die Berichte

747 Gestützt auf die Gutachten HANS TRÜMPY und PETER LIVER legte der Regierungsrat am 16. Februar 1950 seinen Bericht zur *Revision des kantonalen Wasserrechtes* vor.[1971] Darin

führung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911); vgl. auch LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II: «Auch ohne diese Ausnahmebestimmung würde die Beteiligungspflicht nicht bestehen für die Strecken dieser Gewässer, welche nicht den Charakter von Wildbächen haben. Nur zugunsten der Gemeinden an Strecken dieser Gewässer, welche den Charakter von Wildbächen haben, läge eine Ausnahme vor» (S. 33, siehe auch 37).

1966 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 37.

1967 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 37.

1968 Vgl. Art. 203 EG ZGB: «An die Kosten der in den §§ 189, 196 und 197 dieses Gesetzes geforderten Sicherungsarbeiten, sofern sie das Maß des gewöhnlichen Unterhaltes erheblich übersteigen, kann der Regierungsrat, eventuell der Landrat, einen den Verhältnissen entsprechender Beitrag leisten» (zit. in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911); vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 37–38.

1969 Hier seien nur erwähnt: Der niedrigste Beitrag anlässlich der Verbauung am Sernft in Elm (Bund: 45 %, Kanton: 22,5 %, Total: 67,5 %), der höchste Beitrag anlässlich der Durnagelbachverbauung (Bund: 50 %, Kanton: 40 %, Total: 90 %), d.h. die Kosten, welche sich auf die Wuhrkorporationen respektive Ufereigentümer verteilten, beliefen sich auf 10–32,5 % der Kosten, vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 38.

1970 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 38.

1971 Vgl. Bericht Regierungsrat 1950: «Die von den Herren Dr. H. Trümpy und Prof. Dr. P. Liver eingeholten Gutachten haben uns wertvolle Unterstützung geleistet» (S. 1).

wurde der Memorialsantrag von 1947 als eine grundsätzliche Auseinandersetzung verstanden:

> «Unsere Aufgabe besteht darin, zu prüfen, ob die bestehenden Gesetzesbestimmungen den Anforderungen der heutigen Zeit noch genügen.»[1972]

Dies wurde bezüglich der Nutzbarmachung der Wasserkräfte, wie dies schon HANS TRÜMPY und PETER LIVER getan hatten, bejaht: 748

> «Der Kanton besitzt auf Grund der derzeitigen Gesetzesbestimmungen das volle Verfügungsrecht. Er hat es vollständig in der Hand, an wen und unter welchen Bedingungen er alle noch verfügbaren Wasserkräfte zur Nutzung abtreten will.»[1973]

Auch bezüglich der Wuhrpflicht folgte der Regierungsrat den Gutachtern, insofern er eine gerechtere Verteilung der Wuhrlast befürwortete,[1974] eine staatliche Übernahme der Wuhrpflicht indes ablehnte.[1975] Dies sollte jedoch anhand des grossen Ermessenspielraums geschehen, welchen die bestehende Rechtsordnung mit § 203 EG ZGB GL bereits anerbot.[1976] Ein Verbot der Dereliktion, wie dies der Memorialsantrag wünschte, wurde 749

[1972] Bericht Regierungsrat 1950, S. 1.

[1973] Bericht Regierungsrat 1950, S. 1.

[1974] Vgl. Bericht Regierungsrat 1950: «Ganz selbstverständlich muß eine übermäßig starke Belastung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes vermieden und vielmehr eine gerechte Verteilung der Lasten angestrebt werden» (S. 2).

[1975] Bericht Regierungsrat 1950: «Dagegen können wir der vielfach vertretenen Auffassung, die Fluß- und Wildbachverbauungen sollten eine ausschließliche Aufgabe der Oeffentlichkeit bilden, nicht zustimmen. Eine solche Regelung hätte sowohl für den Kanton als auch für die Gemeinden unabsehbare finanzielle Auswirkungen und würde überdies den Selbsthilfewillen der direkt und indirekt Betroffenen vollständig lähmen. Alle notwendigen Sicherungsmaßnahmen müssen in erster Linie eine Aufgabe der zunächst Betroffenen bilden» (S. 2), auch: «Die schon oft geäußerte Ansicht, die Kosten der Wildbach- und Runsenverbauungen durch eine allgemeine Runsensteuer zu decken, bedeutet schließlich nichts anderes als eine Mittelbeschaffung auf andern Wegen, also eine vollständige Bezahlung aus Steuergeldern. An Stelle der direkt Beteiligten würde in diesem Falle die Oeffentlichkeit treten, und die Nutznießer einer ihr Grundeigentum in erster Linie sichernden Verbauung hätten am ordnungsgemäßen Unterhalt für eine möglichst lange Erhaltung des Werkes nicht mehr das gleich große Interesse wie bei der heutigen Regelung» (S. 4).

[1976] Bericht Regierungsrat 1950: «Wie weit wir den Anstößern die Last abnehmen können, muß durch das soziale Verständnis des Gesetzgebers entschieden werden. In diese Aufgabe werden sich auch künftighin in der Hauptsache nebst dem Bund die Grundbesitzer und der Kanton teilen müssen. Ob nun der Kanton Träger der Arbeit ist und die Privaten, evt. auch Gemeinden zu Leistungen heranzieht, oder ob der Grundbesitzer baut mit Hilfe von staatlichen Beiträgen, ist an sich nicht entscheidend; dagegen ist es wichtig, daß in beiden Fällen eine gleiche Lastenverteilung verwirklicht werden kann. Ein Systemwechsel ist also deshalb nicht erforderlich und auch nicht zu empfehlen. Der organisatorische Aufbau von unten nach oben ist der natürlichere. Der Anstößer muß in erster Linie an der Ueberwachung der Gefahr und den zu ergreifenden Abwehrmaßnahmen interessiert sein» (S. 2), auch: «Solange wir aber am Grundsatz festhalten, daß die Lasten auf die Anstößer unter Mithilfe der Allgemeinheit zu verteilen sind, bietet schon

ausgeschlossen.[1977] Damit stellte sich der Regierungsrat ganz hinter die Auffassung der Gutachter.[1978]

750 Der Landrat konstituierte am 22. Februar 1950 eine Kommission, welche sich der *Revision des glarnerischen Wasserrechtes* annahm.[1979] Ihr Präsident war HANS TRÜMPY und unter ihren Mitgliedern befand sich auch Landrat *Christian Streiff* (o.A.) von Ennenda, Inhaber der am Obergericht unterlegenen Klägerin *Spitz, Streiff & Co*.[1980]

751 Der sehr kurze und undatierte Bericht der Landratskommission erwähnt, dass der Entwurf des Regierungsrates am 16. Februar 1950 in einer ersten Lesung vorberaten worden war, wobei die Landratskommission zum Schluss gekommen war, dass «am bisherigen System unseres Wasserrechtes festgehalten werden soll, also am Nutzungsrecht des Uferanstößers (§ 170 EG/ZGB)».[1981] Da jedoch aufgrund des Obergerichtsentscheides diese Bestimmung «eine recht enge Auslegung erfahren» habe, verdiene die Frage, ob auch ohne Ufereigentum Wasserkraft genutzt werden könne, eine Nachprüfung.[1982] Diese Frage war im Gutachten HANS TRÜMPY behandelt worden (s. vorne Rz. 729–730), nicht jedoch im Gutachten PETER LIVER, weshalb letzterer um ein Nachgutachten ersucht wurde. Die Klärung dieser Frage sei wichtig:

> «In vielen Fällen haben Tagwen ihr Wasserrecht an Industrielle und Gewerbetreibende abgegeben, ohne daß sie die Ufergrundstücke zugleich abtraten; sie wollten diese zur weitern Bewirtschaftung behalten. Hier muß klares Recht geschaffen werden, sonst stünden von den insgesamt 123 glarnerischen Wasserwerken etliche in der Luft.»[1983]

---

die heutige Gesetzgebung bei richtiger Handhabung genügend Gewähr für eine angemessene staatliche Subvention. § 203 des kantonalen Einführungsgesetzes gibt sowohl dem Regierungsrat als auch dem Landrat die Möglichkeit, den jeweils herrschenden Verhältnissen gebührend Rechnung zu tragen» (S. 4).

1977 Vgl. Bericht Regierungsrat 1950: «Es ist in Art. 666 ZGB verankert und kann durch keine kantonale Gesetzgebung eingeschränkt werden. Diese vom Regierungsrat von Anfang an vertretene Ansicht wird von beiden Experten eindeutig bestätigt; eine Revision von § 190 EG/ZGB ist deshalb ausgeschlossen» (S. 4).

1978 Vgl. Bericht Regierungsrat 1950: «Die beiden unabhängig voneinander ausgearbeiteten Gutachten drücken sich dahingehend aus, daß die wasserrechtlichen Vorschriften des glarnerischen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch immer noch eine gute gesetzgeberische Leistung darstellen, die durchaus nicht veraltet ist. Wie jedes andere Gesetz weist nun auch das bald 40 Jahre in Kraft stehende Wasserrecht kleinere Mängel auf, die aber ohne Totalrevision behoben werden können» (S. 5).

1979 Vgl. Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 22. Februar 1950, § 288, S. 283.

1980 Ein Verzeichnis der Mitglieder der Landratskommission findet sich in Bericht Landratskommission 1950 II, S. 1.

1981 Bericht Landratskommission 1950 I, S. 1.

1982 Bericht Landratskommission 1950 I, S. 1.

1983 Bericht Landratskommission 1950 I, S. 1.

Da der Memorialsantrag die Revision auf «eine kommende Landsgemeinde» in Aussicht nahm, sei «nichts verschnitten, wenn die neuen Bestimmungen erst der Landsgemeinde 1951 vorgelegt werden».[1984] Dies beantragte die Landratskommission denn auch.[1985] 752

3.2 Landrat und Landsgemeinde

Der Landrat behandelte die Vorlage an seiner Sitzung vom 13. März 1950.[1986] HANS TRÜMPY verwies als Präsident der Landratskommission darauf, dass «noch einige rechtliche Fragen abgeklärt werden betr. die Vergebung von Wasserrechten ohne Abtretung des Eigentums am Ufer» und beantragte die Verschiebung auf die Landsgemeinde des Jahres 1951.[1987] Der Landrat stimmte dem zu.[1988] Auch die Landsgemeinde vom 7. Mai 1950 beschloss, diesem Antrag stillschweigend zu folgen und das Traktandum erneut zu verschieben.[1989] 753

[1984] Bericht Landratskommission 1950 I, S. 2.

[1985] Vgl. Bericht Landratskommission 1950 I: «Die Kommission empfiehlt dem Landrate, die Revision des kantonalen Wasserrechts der Landsgemeinde 1951 vorzulegen» (S. 2).

[1986] Vgl. Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 13. März 1950, § 310, S. 309.

[1987] Vgl. Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 13. März 1950: «Dr. Hans Trümpy, Ennenda. Es müssen noch einige rechtliche Fragen abgeklärt werden betr. die Vergebung von Wasserrechten ohne Abtretung des Eigentums am Ufer. Auch in Bezug auf das Eigentum an den Seen muss zuerst Klarheit geschaffen werden. Er beantragt Verschiebung auf die Landsgemeinde 1951» (§ 310, S. 309).

[1988] Vgl. Landratsprotokoll 1947–1950, Sitzung vom 13. März 1950: «Der Rat beschliesst mit grosser Mehrheit Verschiebung auf die Landsgemeinde 1951» (§ 310, S. 309).

[1989] Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1950–1956, Landsgemeinde vom 7. Mai 1950: «§ 14. Revision des kantonalen Wasserrechtes. Die Landsgemeinde vom 4. Mai 1947 hat den Regierungsrat beauftragt, einer kommenden Landsgemeinde über die Totalrevision unserer wasserrechtlichen Bestimmungen (§§ 166–213) des kantonalen Einführungsgesetzes zm [sic] Zivilgesetzbuch Antrag zu stellen. Der Regierungsrat hat dem Landrat eine Vorlage unterbreitet, die an eine landrätliche Kommission gewiesen worden ist. Im Laufe der Verhandlungen ergab sich, dass noch weitere Fragen abzuklären sind, so auch über vermehrten Gewässerschutz, besonders des Grundwassers, über das Eigentum an Seen usw. Die Experten sollen ersucht werden Ihre Gutachten noch zu ergänzen. Der Landrat beantragt der Landesgemeinde das Geschäft auf das Jahr 1951 zu verschieben. Diesem Antrag wird stillschweigend zugestimmt» (§ 14, S. 16).

4. Das Jahr 1951

4.1 Nachtrag zum Gutachten Prof. Dr. iur. Peter Liver (1951)

754 PETER LIVER befasste sich in seinem *Nachtrag zum Gutachten vom 12 Juni 1949* mit der Frage zum Eigentum an Boden der Flüsse und Seen[1990] und in seinem *Gutachten vom 22. Juli 1950 zu § 170 EG/ZGB* mit dem Obergerichtsentscheid,[1991] holte also nach, was HANS TRÜMPY bereits getan hatte.

755 Bei der Frage, ob das Nutzungsrecht im Sinne des Obergerichtsentscheides unlösbar mit dem Ufereigentum verbunden war, ging es, wie PETER LIVER erkannte, letztlich um die Frage des Verfügungsrechtes.[1992] Dies war keine Frage der Wünschbarkeit,[1993] sondern eine Frage, die sich aus dem geltenden Recht ergeben musste und dem Gesetzgeber gewisse Grenzen setzte, sofern er am bestehenden Wasserrecht festhalten wollte:

> «Auch der Gesetzgeber kann nicht nach freiem Ermessen entweder die Abtretbarkeit oder die Unübertragbarkeit der den Ufereigentümern zustehenden Wasserrechte statuieren, wenn er an den Grundlagen des geltenden Wasserrechtes festhalten will. Wenn sich ergeben sollte, daß aus den Grundzügen des geltenden Wasserrechtes die Übertragbarkeit der Wasserrechte der Ufereigentümer mit Notwendigkeit folgt, kann auch der Gesetzgeber nicht die Unübertragbarkeit festlegen, ohne die bestehende Wasserrechtsordnung von Grund auf zu verändern».[1994]

756 Im Normalfall, d.h. in einer Wasserrechtsordnung mit öffentlichen Gewässern, steht das Verfügungsrecht über ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer nur dem

---

1990 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 III. Auf diese Frage wird nicht gesondert eingegangen.

1991 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950. Es scheint, dass dieses Gutachten aus besonderer Initiative des Regierungsrats *Elmer* entstanden war, vgl. Votum *Elmer*, Landratsprotokoll 1950–1953: «Trotzdem muss § 170 revidiert werden, weil er überzeugt ist, dass eine Revision nötig ist. Er [scil. Regierungsrat B. Elmer, Linthal] hat veranlasst, dass sich Prof. Liver zu dieser Bestimmung äussert» (Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 45).

1992 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Wären die Anstößerrechte unlösbar mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden, hätten die Ufereigentümer nur das Recht, die Wasserkraft selber zu benutzen; sie hätten aber kein *Verfügungsrecht*» (S. 1); auch: «Wenn die Wasserrechte im Kanton Glarus unlösbar mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden wären, könnten sie nur von den Ufereigentümern in eigenen Werken ausgenutzt werden» (S. 4).

1993 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Allgemeine Erörterungen darüber, ob die Übertragbarkeit oder die Unübertragbarkeit der Wasserrechte […] dem öffentlichen Interesse besser entspreche, haben aus dem hievor namhaft gemachten Grunde keine entscheidende Bedeutung» (S. 2).

1994 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 2.

verleihenden Gemeinwesen, nicht aber dem beliehenen Konzessionär zu.[1995] Dies kann jedoch nicht auf den Sonderfall Kanton Glarus übertragen werden.[1996]

PETER LIVER versucht mittels einer teleologischen Auslegung, den Normsinn zu erfassen: 757
Während die ursprünglichen Ufereigentümer, d.h. einzelne Bauern und Tagwen, an der Bewirtung der Ufergrundstücke interessiert waren, jedoch keine Mittel hatten, um die Wasserkraft selber industriell zu nutzen, war es für die Textilindustrie und die Elektrizitätsgesellschaften genau umgekehrt, insofern sie an der Wasserkraft interessiert waren, aber keinen Nutzen am Ufergrundstück selber hatten.[1997] Es handelt sich um teleologischen Widersinn:

> «Die unlösbare Verbindung des Wasserrechtes mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken wäre eine unerträgliche Fessel für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gewesen und ein schweres Hemmnis für die Industrialisierung und den damit eingeleiteten wirtschaftlichen Aufstieg des Kantons Glarus. Sie wäre das denkbar wirksamste Mittel gewesen, um die Nutzbarma-

---

1995 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Wo das Verfügungsrecht über die Wasserkräfte dem Staat (Kanton) oder einem Selbstverwaltungskörper (Bezirk, Gemeinde) zusteht, also durch Verleihung (Konzession) ausgeübt wird, gilt allgemein, daß das verliehene Wasserrecht *nicht frei übertragbar* ist. Er kann nur mit Zustimmung der Verleihungsbehörde auf einen andern übertragen werden (Eidg. WRG Art. 42). […] Es kann als allgemeines Postulat der Wasserwirtschaftsordnung bezeichnet werden, daß verliehene Wasserrechte nicht Objekte des Handels oder der Spekulation sein sollen» (S. 2).

1996 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Da die glarnerische Wasserrechtsordnung auf ganz anderen Grundlagen ruht, trifft dies alles auf die Wasserrechte der Ufereigentümer, die ja nicht verliehene Rechte sind, nicht unmittelbar zu, sondern gilt nur für die kantonale Bewilligung zur Ausnutzung der Wasserrechte durch Erstellung und Betrieb von Wasserwerken, welche auch hier erforderlich ist» (S. 3).

1997 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Da Ufereigentümer in der Regel die Tagwen und einzelne Bauern waren, hätten nur sie Wasserwerke erstellen können. Sie wären aber dazu niemals in der Lage gewesen. Als Träger der Wasserkraftnutzung kamen fast ausschließlich gewerbliche und industrielle Unternehmungen, nachher Elektrizitätsgesellschaften in Frage. Wasserrechte hätten sie jedoch bei deren unlösbaren Verbindung mit den Ufergrundstücken nur erwerben können, indem sie die Ufergrundstücke selber gekauft hätten. Dies hätte ihnen den Erwerb der Wasserrechte übermäßig erschwert und damit auch deren Ausnutzung und zwar nicht nur wegen der finanziellen Belastung, sondern vor allem weil die Tagwen und die einzelnen Landwirte für den Verkauf ihrer Ufergrundstücke gar nicht zu haben gewesen wären, da sie darauf angewiesen waren, sie weiterhin zu nutzen, während der Industrielle und Gewerbetreibende, der für die Einrichtung seines Betriebes auf die Wasserkraft angewiesen war, gar kein Interesse am Erwerb der Ufergrundstücke längs der für ihn nutzbaren Gewässerstrecke hatte. Wenn die Übertragung der Wasserrechte ohne das Eigentum am Ufergrundstück nicht möglich gewesen wäre, hätte man wohl die Wege zur Umgehung des Abtretungsverbotes mit allen ihren Nachteilen gefunden, um den Ufereigentümern ihre Grundstücke zu erhalten und trotzdem die Ausnutzung der Wasserkraft den gewerblichen und industriellen Unternehmungen zu ermöglichen. In Wirklichkeit bedurfte es solcher Umgehungsversuche gar nicht, weil die Abtretung der Wasserrechte für sich allein durch die Ufereigentümer durchaus als rechtlich zulässig galt und vielfach geübt worden ist» (S. 5).

chung der Wasserkräfte zu unterbinden. Vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus könnte sie nur als unsinnig bezeichnet werden. Es fragt sich aber, ob sie nicht trotzdem in der glarnerischen Wasserrechtsordnung verankert ist. Wenn dies zuträfe, stünde diese Ordnung allerdings im Widerspruch zu den wirtschaftlichen Bedürfnissen, was jedoch nicht ausschließt, daß sie dennoch Bestand und Geltung haben könnte.»[1998]

758 Denn sehr wohl gibt es Fälle, in welchen Wasserrechte unlösbar mit dem Ufereigentum verbunden sind – die sogenannten ehehaften Wasserrechte.[1999] Diese sind unlösbar mit dem Ufereigentum verbunden, weil sie ausnahmsweise

«Beschränkungen des einem andern Rechtssubjekt zustehenden Eigentums- oder öffentlichrechtlichen Herrschaftsrechtes über die Gewässer [darstellen]. Sie setzen voraus, daß das Verfügungsrecht über die Wasserkraft, welches sie selber nicht mitumfassen, einem anderen Rechtssubjekt zusteht, sei es dem Staat, den Bezirken oder Gemeinden. Wenn also der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Korporation das Verfügungsrecht hat, kann der Ufereigentümer das bloße Nutzungsrecht für sein Grundstück haben.»[2000]

759 Dies aber kann im Kanton Glarus, wo es keine öffentlichen Gewässer gibt, nicht der Fall sein. PETER LIVER stellt also nach dem Ausschlussverfahren fest:

«Wenn aber – wie im Kanton Glarus – weder dem Staat noch den Gemeinden noch sonst einem Rechtssubjekt außer den Ufereigentümern das Verfügungsrecht über die Wasserkräfte zusteht, so muß es notwendigerweise den Ufereigentümern zustehen, oder es gibt überhaupt kein Recht der Verfügung über die Wasserkräfte.»[2001]

1998 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 5–6.

1999 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Wasserrechte der Ufereigentümer, welche unlösbar mit dem Eigentum an den Ufergrundstücken verbunden sind, also nicht ohne dieses Eigentum übertragen werden können, hat es immer gegeben und gibt es heute noch. […] [A]uch Wasserkraftrechte können diesen Charakter haben. Die Eigentümer dieser Ufergrundstücke haben dann nur ein Recht zur Benutzung des Wassers, aber kein Verfügungsrecht. Zur zweiten Kategorie gehören namentlich die sogenannten ehehaften Wasserrechte, die in manchen Kantonen noch in großer Zahl bestehen. Sie sind vor der Begründung des modernen Staates des 19. Jahrhunderts entstanden und von diesem anerkannt und als wohlerworbene Rechte der Eigentumsgarantie teilhaftig geworden. Ihr Entstehungsgrund liegt in Verfügungen von Grund- und Territorialherren, denen das Gewässereigentum oder die Gewässerhoheit zustand. Diese Verfügungen erfolgten regelmäßig in der Form von Erbleiheverträgen und dienten der Errichtung und dem Betrieb von Mühle, Sägen und anderen Triebwerken. Im Zweifel sind diese Rechte mit dem Eigentum am Grundstück, auf dem das Triebwerk sich befindet, unlösbar verbunden und haben deshalb nach dem geltenden Recht als Grunddienstbarkeiten zu gelten, mit denen die öffentlichen Gewässer belastet sind. Alle diese der Bewirtschaftung bestimmter Grundstücke dienenden Wassernutzungsrechte, welche nur mit dem Grundstück übertragen werden können, bestehen nur als *Beschränkungen des einem andern Rechtssubjekt zustehenden Eigentums- oder öffentlichrechtlichen Herrschaftsrechtes über die Gewässer*» (S. 7).

2000 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 7.

2001 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 6–7; auch: ««Da es also auch im Kanton Glarus ein Recht der Verfügung über die Wasserkräfte gibt und es keineswegs von Gesetzes wegen dem Staat oder einem andern Rechtssubjekt zusteht, muß es den Ufereigentümern zustehen» (S. 7);

Da letzteres aber eine Unmöglichkeit wäre, drängt sich das Verfügungsrecht der Ufereigentümer auf.[2002] Diese Auslegung deckt sich nicht nur mit dem Art. 2 Abs. 2 WRG (s. vorne Rz. 605),[2003] sondern auch mit der Enteignungsregelung in den §§ 177–178 EG ZGB GL, welche es überhaupt erst möglich machen, dass das Gemeinwesen Wasserkräfte sich aneignet: 760

> «Es kann auch gar nicht bezweifelt werden, daß im Kanton Glarus jedes Wasserrecht, das dem Staat oder irgendeinem anderen Rechtssubjekt außer den Ufereigentümern zusteht, nur ein vom Ufereigentümer direkt oder indirekt erworbenes Recht sein kann. Damit ist dargetan, daß Wasserrechte ohne das Eigentum an den Ufergrundstücken erworben werden können und daß sie nur von den Ufereigentümern direkt oder indirekt erworben werden können. Die Ufereigentümer haben also nicht nur das Recht, die Wasserkraft in eigenen Anlagen zu benutzen. Ihnen steht das Wasserrecht als solches zu. Es kann für sich, d.h. ohne das Ufergrundstück, auf andere Rechtssubjekte, auf den Kanton, auf Gemeinden, Gesellschaften und Private übertragen werden (Art. 177 lit. a, 178 EG zum ZGB)»[2004]

Überhaupt zeigt der Umstand, dass die Enteignung eines Wasserrechtes möglich ist, dass *e contrario* auch eine vertragliche Übertragung möglich sein muss.[2005] 761

---

auch: «Wenn man den Ufereigentümern einen bloßen Nutzungsanspruch zuerkennt, muß man auch sagen, gegen wen sich dieser Anspruch richten soll. Er müßte sich gegen den Verfügungsberechtigten richten. Einen solchen gibt es aber außer dem Ufereigentümer nach glarnerischem Recht gerade nicht» (S. 13).

2002 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Eine Rechtordnung, in welcher jede Verfügung über die Wasserkräfte als solche, gelöst von der Verfügung über das Eigentum an den Ufergrundstücken, ausgeschlossen ist, hat es nie gegeben und kann es in der Gegenwart ebensowenig geben. Eine solche Rechtsordnung ist auch die glarnerische nicht […]» (S. 7).

2003 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß zu den letztern die glarnerischen Gewässer, sie im besondern, wenn nicht sie überhaupt allein, gehören» (S. 7).

2004 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 8; auch: «Der Kanton hat nach dem glarnerischen Recht kein Verfügungsrecht über die Wasserkräfte. Um selber Wasserkräfte benutzen zu können oder um sie weiter begeben zu können, muß der Kanton sie erst erwerben (§§ 177 lit. a, 178 EG zum ZGB)» (S. 8)

2005 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Die Übertragung des Wasserrechtes vom Ufereigentümer auf ein anderes Rechtssubjekt, von welcher das Gesetz ausdrücklich spricht, ist nun allerdings nur die zwangsweise Übertragung, d. i. die Übertragung durch Enteignung. Wer sich an den Wortlaut des Gesetzes klammert, könnte den Standpunkt einnehmen, der Ufereigentümer sei zwar verpflichtet, die Lösung des Wasserrechtes vom Eigentum am Ufergrundstück und seine Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt auf dem Wege der Enteignung zu dulden, sei aber nicht berechtigt, aus eigenem Willen das Wasserrecht vom Ufereigentum zu lösen und auf einen andern zu übertragen. Dieser Standpunkt ist aber nicht haltbar. Die Enteignung ist nur das Mittel, um die Überführung des Eigentums oder eines anderen Rechtes auf den Erwerber gegen den Widerstand des Eigentümers oder Rechtsinhabers zu erzwingen. Einigen sich der Abtretungsverpflichtete und der Enteignungsberechtigte, hat die Enteignung keinen Grund, sie ist überflüssig und wird nicht durchgeführt. An ihre Stelle tritt die vertragliche Übertragung des Rechtes. *Jedes Recht, das durch Enteignung erworben werden kann, kann auch durch Vertrag*

762 Mit dieser Auslegung stellte sich PETER LIVER offen gegen die Auslegung des Obergerichtes von § 170 EG ZGB GL.[2006] Insbesondere kritisierte er dessen Auslegung von Abs. 2, woraus sich das Verfügungsverbot ergeben sollte:[2007]

> «So verstanden, könnte ein Wasserrecht auch nicht mehr enteignet werden, wenn der Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstückes neben der seinigen auch die diesseitige Wasserhälfte gemäß § 170 Abs. 2 benutzen würde. Das wäre eine fatale Konsequenz und zwar sowohl für den Kanton und jeden von ihm zum Erwerb des Wasserrechtes ermächtigen ‹Konzessionäre›, wie auch für den diesseitigen Ufereigentümer, der sein Wasserrecht ohne Entschädigung einbüßen würde, weil er es nicht in eigenem Werk ausnutzen kann und versäumt hat, sich einen Revers geben zu lassen».[2008]

---

erworben werden, wenn dieser zustandekommt. Jeder Wasserwerkunternehmer, der vom Kanton die Bewilligung zur Ausnutzung von Wasserrechten erhält, kann diese durch Vertrag erwerben, wenn die vertragliche Einigung möglich ist. Auch wenn der vertragliche Erwerb schon vor der Erteilung der kantonalen Bewilligung zur Ausnutzung der Wasserkraft erfolgt ist, muß er als gültig anerkannt werden. Es wäre ja sinnlos den ‹Konzessionär› auf den Weg der Enteignung von Wasserrechten zu verweisen, die er bereits erworben hat» (S. 9–10; Hervorhebung im Original); auch: «Wenn man dem Ufereigentümer nur einen unlösbar mit dem Grundeigentum verbundenen Nutzungsanspruch zuerkennt, läßt sich auch nicht erklären, daß der Kanton, Gemeinden, Gesellschaften, Private gemäß § 178 EG zum ZGB Wasserrechte ohne die Ufergrundstücke von den Ufereigentümern durch Enteignung erwerben können.» (S. 13).

2006 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: ««Aus meinen bisherigen Ausführungen geht hervor, daß ich zu Ergebnissen komme, die im Gegensatz stehen zu der Auffassung, welche das Obergericht des Kantons Glarus in seinem Urteil vom 20./28. November 1939 i. S. AG. Baumwolldruckerei Hohlenstein, Glarus, gegen die Firma Spitz, Streiff & Cie., Ennenda, niedergelegt hat. Das Obergericht hat nämlich […] das Wasserrecht des Ufereigentümers als bloßen Nutzungsanspruch erklärt, der weder für sich abtretbar noch irgendwie vergebbar sei, sondern unablöslich mit dem Ufereigentum verbunden sei. Das soll sich ‹mit absoluter Eindeutigkeit› aus § 170 EG ergeben, wonach ‹jeder Ufereigentümer berechtigt ist, die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu nutzen, jedoch nicht befugt ist, bei Nichtgebrauch den jenseitigen Ufereigentümer in der Benutzung dieser Hälfte zu hindern›. […] Im § 170 ist allerdings nur gesagt, daß jeder Ufereigentümer berechtigt sei, die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benutzen. Daß aber dieses Wasserrecht nur ein unlösbar mit dem Grundeigentum verbundener Nutzungsanspruch sei, ist darin gerade nicht gesagt» (S. 13). LIVER widersprach auch der Auslegung des § 171 EG ZGB: «Wenn § 171 EG überhaupt etwas zu dem in Frage stehenden Tatbestand aussagen würde, wäre es eher das Gegenteil von dem, was das Obergericht aus ihm herausgelesen hat» (S. 16).

2007 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: ««Die Frage, die sich hier stellt, ist vielmehr die: Ist dem Ufereigentümer durch Art. 170 Abs. 2 EG mit Rücksicht auf den Eigentümer des gegenüberliegenden Ufers verboten, über das Nutzungsrecht an seiner Wasserhälfte zu verfügen? Wenn man die Wendung ‹solange und soweit indessen ein Eigentümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers nicht benutzt›, so verstehen müßte, daß der Eigentümer selber ein Wasserwerk betreiben müsse, um sein Recht zu nutzen, würde daraus allerdings folgen, daß er an der Benutzung seiner Wasserhälfte den Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstücks nicht dadurch hindern könnte, daß er das Benutzungsrecht einem andern einräumt» (S. 14).

2008 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 14–15.

Für PETER LIVER war klar, dass es sich dabei lediglich um ein Schikaneverbot handelte.[2009] 763
Die Nutzung der gegenüberliegenden Wasserhälfte war nur auf Widerruf möglich, worauf der im Gesetz erwähnte Revers hinwies.[2010] Um für keine Verwirrung mit Bezug auf den Landsgemeindebeschluss von 1918 zu sorgen,[2011] sowie um der allgemeinen Klarheit willen, befürwortete PETER LIVER die Anpassung von § 170 EG ZGB GL:

> «Ich komme zu folgendem Schluß: Der in der landrätlichen Kommission gestellte Abänderungsantrag zu § 170 EG zum ZGB entspricht der bestehenden Rechtslage, zum mindesten insoweit als er die Übertragung von Wasserrechten an Dritte, welche die staatliche Bewilligung zu deren Ausnutzung haben, betrifft. Insoweit stehen ihm auch keine öffentlichen Interessen entgegen. Wenn mit der Ablehnung dieses Antrages entschieden würde, daß die Abtretung von Wasserrechten der Ufereigentümer ausgeschlossen sei, würde bestehenden Wasserwerken ihre gesetzliche Grundlage entzogen und die geltende Wasserrechtsordnung mit unlösbaren Widersprüchen belastet.»[2012]

2009 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: «Wer aber § 170 Abs. 2 EG unvoreingenommen liest, wird gar nicht auf den Gedanken kommen, daß mit ihm dem Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstückes ein R e c h t zur Benutzung der diesseitigen Wasserhälfte oder gar ein V o r r e c h t gegenüber Rechtsnachfolgern des diesseitigen Ufereigentümers in dessen Wasserrecht gegeben sein sollte. Diese Bestimmung will sagen, daß der Eigentümer an der Nutzung der ihm zustehenden Wasserhälfte den Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstückes nicht hindern dürfe, *solange und soweit er sie ungenutzt abfließen lasse*. Würde er die Nutzung durch den jenseitigen Ufereigentümer trotzdem verhindern können, müßte darin eine S c h i k a n e gesehen werden. § 170 Abs. 2 EG ist ein Schikaneverbot und gar nichts anderes. Als solches findet sich die wörtlich gleiche Bestimmung auch in § 196 Abs. 2 des EG von Schwyz und in § 116 des EG von Nidwalden. Beide Bestimmungen sind vermutlich aus dem glarnerischen Recht übernommen» (S. 15; Hervorhebung im Original).

2010 LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: ««Daß der Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstückes nicht ein R e c h t auf Nutzung der diesseitigen Wasserhälfte hat, sondern die Nutzung bloß p r e c a r i o , d.h. prekaristisch, auf Widerruf, ausüben kann, ergibt sich daraus, daß er zur Ausstellung eines R e v e r s e s verpflichtet ist. Ein Revers ist die schriftliche Anerkennung des Ausstellers, daß er eine Nutzung ausübe, die ihm auf Zusehen hin gestattet sei. So ist es auch hier. Der eine Ufereigentümer nutzt die dem andern zustehende Wasserhälfte, solange und soweit sie sonst ungenutzt abfließen würde. Wird sie aber von dem Ufereigentümer, dem sie zustehet, der Nutzung zugeführt, hat er sie ohne weiteres freizugeben. In seinem Revers liegt nur das ausdrückliche Anerkenntnis, daß er kein Recht an dieser Wasserhälfte habe. Auch wenn er einen Revers nicht ausgestellt hat, steht ihm kein Recht an ihr zu. Aber mit dem Revers wird jede Einrede, daß er ein solches Recht erworben habe, sei es durch Abtretung oder durch Ersitzung, von vornherein abgeschnitten» (S. 15; Hervorhebung im Original).

2011 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950: ««Trotzdem ich in meinem früheren Gutachten zum Schluß gekommen bin, daß der Landsgemeindebeschluß vom 5. Mai 1918 das Recht zu freier Verfügung über die Wasserrechte aufgehoben habe, würde ich zur Vermeidung von Komplikationen dem Revisionsantrag zu § 170 EG zum ZGB, welcher das Recht des Ufereigentümers, sein Wasserrecht auf Dritte zu übertragen, festlegt, doch zustimmen» (S. 12).

2012 Vgl. LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1950, S. 16 (Hervorhebung im Original).

4.2 Die Berichte

764 Die Landratskommission legte ihrerseits am 21. November 1950 ihren zweiten, diesmal ausführlichen Bericht vor.[2013] Darin stützte sie sich, wie sie selber bekannte, hauptsächlich auf die gemachten Gutachten.[2014] Die vorgeschlagenen Revisionspunkte entsprechen denjenigen, welche PETER LIVER bereits vorgebracht hatte.[2015] Es betrafen dies das Quellenrecht in § 167, das Nachbarrecht in den §§ 172 Abs. 2, 173 und 175 EG ZGB GL.[2016] Zudem sollten zur Linderung der Wuhrlast gemäss den §§ 189, 196, 198 und 200 EG ZGB GL nicht nur Ufereigentümer, sondern auch Bauwerke, wie Wasserfassungen oder Wasserwerke, in eine Wuhrkorporation einbezogen werden können.[2017] Ebenfalls wurde die Pflicht zur Einreichung von Plänen zu Reparaturen an und in Gewässern in den §§ 194bis, 199 und 212 EG ZGB GL näher umschrieben.[2018] Nicht geregelt wurde indes die Frage des Eigentums an Seen.[2019] Da diese Punkte allesamt das Nutzungsrechte der Ufereigentümer nicht im engeren Sinne betreffen, wird nicht näher darauf eingegangen. Immerhin aber bleibt von besonderem Interesse eine Änderung redaktioneller Natur, welche gestützt auf die Auseinandersetzungen der Gutachten von HANS TRÜMPY und von PETER LIVER mit der Rechtsnatur der staatlichen Bewilligung vorgenommen wurde. Es wurde

> «bei § 176 das zweimal erscheinende Wort ‹Konzession› gestrichen oder ersetzt, weil nach glarnerischem Wasserrecht keine ‹Konzessionen› erteilt werden können, da die Gewässer mit Bezug auf die Wasserkraftnutzung nicht öffentlich sind, sondern Uferanstößern oder Dritten gehören, die sie erworben haben, sei es freihändig oder durch Enteignung.»[2020]

2013 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II.

2014 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II: «Das Verfügungsrecht über die Gewässer. Hierzu ist vor allem auf die beiden gedruckten Gutachten hinzuweisen» (S. 2).

2015 Vgl. dazu das Kapitel «Einzelne Revisionspunkte» in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 57–68.

2016 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 4–5; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 61. Die Anregung dazu findet sich in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 61.

2017 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 4–5; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 61. Die Anregung dazu findet sich in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 62–63.

2018 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 5; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 61. Die Anregung dazu findet sich in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 II, S. 63–65.

2019 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II: «Wem die Seen gehören, bildete den Gegenstand ausgiebiger Beratungen in der Kommission. Prof. Liver wollte eine ähnliche Regelung treffen, wie sie § 121bis vorsieht. Schließlich einigte sich die Kommission dahin, die Frage überhaupt nicht zu regeln, weil die Verhältnisse verschieden sind (der Klöntalersee z.B. gehört gegenwärtig der NOK, der Stausee der Garichte ist gemäß einem bundesgerichtlichen Urteil ein Privatgewässer, allerdings für die Fischerei gemäß Vereinbarung zwischen Regierung und SN öffentlich» (S. 4). Die Anregung dazu findet sich in LIVER, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 III.

2020 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 5; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 61; vgl. auch MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 5.

Aus dem Bericht der Landratskommission geht hervor, dass es der Ennendaner Landrat *Christian Streiff* war, welcher den Antrag zur Ergänzung von § 170 EG ZGB GL stellte.[2021] Es handelte sich um das Hinzufügen eines Satzes am Ende des ersten Absatzes: 765

> «Ein Ufereigentümer kann über das ihm von Gesetzes wegen zustehende Wasserrecht als selbständiges Recht verfügen.»[2022]

Dieser Revisionspunkt war, obgleich nicht von PETER LIVER selber vorgebracht, in seinem Nachgutachten unterstützt worden.[2023] Zur Begründung holt der Bericht der Landratskommission zu rechtsgeschichtlichen Erörterungen aus: 766

> «Wie sind nämlich die Wasserrechte für unsere Fabriken entstanden? Mussten die glarnerischen Fabrikanten jeweils die ganze Uferstrecke erwerben, um ihre Kanäle errichten zu können? Wenn das so wäre, dann hätte das Obergerichtsurteil einen Sinn, dann wären aber auch unsere Fabriken kaum entstanden. Vielmehr haben eingehende Nachforschungen ergeben, daß die Tagwen die Wasserrechte meist unentgeltlich abgegeben haben, sodaß die Fabrikbesitzer nicht gezwungen waren, das ganze Ufer zu erwerben.»[2024]

Man ist geneigt, in diesen eingehenden Nachforschungen das Werk des durch den Obergerichtsentscheid betroffenen *Christian Streiff* zu sehen.[2025] Die angeführten rechtshistorischen Beispiele wurden bereits im ersten Teil, insbesondere im Kapitel über die verselbständigten Nutzungsrechte (s. vorne Rz. 129 ff.) sowie im Kapitel über die Markschenkungen der Tagwen (s. vorne Rz. 155 ff.) im 19. Jahrhundert zitiert, werden darum nicht noch einmal aufgeführt.[2026] Die Landratskommission folgte auf alle Fälle einstimmig diesem Antrag.[2027] 767

4.3 Zeitungsartikel von Dr. iur. Peter Hefti (1951)

Am 23. Januar 1951, einen Tag vor der Behandlung der Vorlage im Landrat, publizierte Dr. iur. ROBERT PETER (genannt PETER) HEFTI (1922–2012) einen Artikel *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes* in der *Neuen Glarner Zeitung*.[2028] PETER HEFTI war der Sohn 768

2021 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II: «Von großer praktischer Bedeutung ist aber die von Landrat Christian Streiff, Ennenda, beantragte *Ergänzung* des § 170» (S. 3; Hervorhebung im Original).

2022 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II, S. 6; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 62; vgl auch MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 5.

2023 Siehe Fn. 2012.

2024 Bericht Landratskommission 1950 II, S. 3; Landsgemeindememorial 1951, § 12, S. 59.

2025 Zumindest wird dies in der Landratsdebatte so dargestellt, siehe etwa Fn. 2054.

2026 Siehe insbesondere die Fn. 470, 556, 564–567.

2027 Vgl. Bericht Landratskommission 1950 II: «Darum empfiehlt die Kommission einstimmig, § 170 EG/ZGB deutlicher zu fassen» (S. 4).

2028 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*, in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1.

von Altlandammann HANS HEFTI-HAAB und hatte gerade einmal vier Jahre zuvor promoviert und weitere Studien in den USA verfolgt. Er stand kurz davor, seine politische Karriere zu beginnen, welche ihn über den Glarner Landrat (1953–1968), den Schwander Gemeinderat (1959–1978), das Gemeindepräsidium (1978–1986), das Obergerichtspräsidium (1963–1990) und den Ständerat bringen würde (1968–1990), welchen er 1980–1981 präsidierte.[2029]



Abb. 17: Dr. Peter Hefti an der Glarner Landsgemeinde.

769 In seinem Artikel befasste sich PETER HEFTI als dritter – nach HANS TRÜMPY (s. vorne Rz. 729–730) und PETER LIVER (s. vorne Rz. 754 ff.) – mit dem Urteil des Glarner Obergerichtes.[2030] Er stellt zu Beginn fest, dass der Wortlaut von § 170 EG ZGB GL das Nutzungsrecht tatsächlich nur dem Ufereigentümer zuschreibe, woraus sich aber nicht schliessen lasse, dass sich dieses Nutzungsrecht nicht auch abtreten lasse.[2031] Auch das in § 170 Abs. 2 EG ZGB GL verankerte Recht des gegenüberliegenden Ufereigentümers schaffe diesbezüglich keine Klarheit.[2032] Die grammatikalische Auslegung verhalf nicht zum Ver-

2029 Vgl. LAUPPER/FELLER-VEST, HLS: Peter Hefti.

2030 P. HEFTI verweist auch auf die Gutachten von LIVER, vgl. *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Daß die freie Abtretbarkeit des Wasserrechtes dem Systeme unseres Wasserrechtes nicht widerspricht, wie das Obergericht annahm, ergibt sich daraus, daß im Falle der Enteignung von Wasserkräften der Uferboden auch nicht erworben werden muß. Dieselben Ueberlegungen finden sich auch im Gutachten Liver und im Bericht der landrätlichen Kommission, in jenem ist ferner auf die neue Agrargesetzgebung hingewiesen, wonach unter Umständen landwirtschaftlicher Boden unabtretbar ist» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2031 Vgl. P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Wohl besagt § 170, daß das Nutzungsrecht dem Ufereigentümer zustehe. Das schließt jedoch an sich noch nicht aus, daß dieses Recht abgetreten werden kann, wie dies auch bei andern Rechten im Allgemeinen der Fall ist» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2032 Vgl. P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Gewiß ergibt sich aus § 170, Abs. 2, daß bezüglich des jenseitigen Ufereigentümers der diesseitige nur dadurch einen effektiven Nutzen aus seiner Wasserkraft zu ziehen vermag, indem er dieselbe tatsächlich gebraucht. Das kann aber sehr wohl nur soviel bedeuten, daß auch ein Dritter, der lediglich die Wasserkraft erwarb, ebenfalls dulden muß, daß der Gegenüberlieger unentgeltlich die gesamte Kraft nutzt,

ständnis des Normsinns mit Bezug auf die Abtretbarkeit des Nutzungsrechtes. Somit konnte PETER HEFTI die Rechtsauffassung des Glarner Obergerichtes nicht wirklich kritisieren, wenngleich er sie nicht teilte und ihr seine eigene Auslegung gegenüberstellte:

> «§ 170 gestattet somit beide Auslegungen, und es kann daher die Antwort auf die vorliegende Streitfrage in diesem Paragraphen gar nicht gefunden werden. Die Kontroverse wird auch sonst im Gesetz nirgends ausdrücklich entschieden. Die Lösung muß daher aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes sowie aus den allgemeinen Verhältnissen abgeleitet werden. Dabei liegt es nahe, zunächst auf die Entstehungsgeschichte des glarnerischen Wasserrechtes zu blicken.»[2033]

Die historische Auslegung half freilich nicht viel weiter; die Materialien von 1869 machten zur Abtretbarkeit des Nutzungsrechtes keine klare Aussage, stützten insofern beide Auslegungen.[2034] Ebenso zweideutig bleiben die Sätze über das Eigentum am Gewässer, welche aber – wie PETER HEFTI richtig erkennt – für das Nutzungsrecht nicht von Belang sind.[2035] 770

---

bis dieser Dritter selber eine tatsächliche Nutzung ausübt. Mit andern Worten: Ein Dritter kann zwar bloß die Wasserkraft erwerben, nur unterliegt er den gleichen Einschränkungen wie vor ihm der Uferanstößer. Das Recht des jenseitigen Uefereigentümers [sic] läßt sich überhaupt ohne Schwierigkeit als eine Sonderbestimmung auffassen, aus der gar keine allgemeinen Schlüsse gezogen werden können. […] Das Recht des Gegenüberliegers nach § 170, Absatz 2, läßt sich historisch erklären. 1850 stellte das Appellationsgericht fest, ‹daß die sämtlichen Eigentümer der an einem Fluß angrenzenden Liegenschaften ein gemeinschaftliches Eigentumsrecht an dem Fluß selbst besitzen und vermöge dessen an allseitiger Nutznießung an demselben befugt sind, demnach einem Einzelnen die Benutzung nicht in der Art zukommt, daß dadurch die übrigen in der Mitbenutzung behindert oder in ihren Rechten gefährdet werden› (F. Hefti, S. 23.) [sic] Jeder Anstößer konnte also im Prinzip nach seinen Bedürfnissen nutzen, es bestand eine Art Gesamteigentum. Unter einfachen Verhältnissen mochte eine solche Ordnung genügen, bei modernerer Entwicklung mußten sich jedoch endlose Streitigkeiten ergeben und wurde eine klarere Abgrenzung nötig. Der Gesetzgeber fand sie in § 55 des Sachenrechtes bzw. später § 170 Einführungsgesetz, worin die Rechte der Anstößer auf ihre Uferstrecken festgelegt wurden, einzig eingeschränkt durch eine Konzession an das alte System der Bedürfnisnutzung, welche Konzession eben in der prekaristischen Nutzung des Gegenüberliegers gemäß § 170, Abs. 2, Einführungsgesetz besteht» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2033 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*, in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1.

2034 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Wenn im Memorial [scil von 1869] gesagt wird, daß der Uferantößer ein Nutzungsrecht hat, daß er aber, solange er dieses nicht tatsächlich benutzt, andere an der Benutzung nicht verhindern darf, so schließt das wiederum nicht aus, daß der Uferanstößer sein derart beschaffenes Nutzungsrecht auf Dritte übertragen kann. In diesem Falle darf der Dritte jederzeit die Wasserkraft benutzen und einzig solange das nicht geschieht, können ‹andere› über die unbenutzte Kraft verfügen (und das unentgeltlich)» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2035 Vgl. P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Der Passus, daß der Anstößer über die Wasserkraft nicht wie über Eigentum verfügen könne, ist nicht ganz klar. Doch kann er ohne weiteres auf zwei (voneinander verschiedene) Arten verstanden werden, die beide die Uebertragbarkeit des Wasserrechtes nicht berühren: Er bezieht sich darauf, daß der Berechtigte solange er nicht selber nutzt, fremde Benutzung dulden muß. Oder jene Stelle will besagen, daß das Recht des Anstößers nicht als Eigentum aufzufassen sei. Zu jener Zeit hatte die Rechtswissenschaft Mühe, Eigentum an einem Wasserlauf anzunehmen. Auch F. Hefti sagt in seiner Dis-

«Zusammenfassend läßt sich sagen, daß auch die Begründung im Memorial sich nicht darüber ausspricht, ob die Wasserrechte selbständig übertragbar seien oder nicht. Dagegen ergibt sich eine Lösung, wenn an die praktischen Konsequenzen der beiden Interpretationen gedacht wird.»[2036]

771 Hiermit geht PETER HEFTI also zu einer teleologischen Auslegung über:

«Ein Elektrizitätswerk oder andere industrielle Etablissemente können auf weite Strecken an der Wasserkraft interessiert sein, während sie für die entsprechenden Ufergrundstücke keine Verwendung haben. Umgekehrt benötigen Landwirte den Boden entlang des Ufers, während die Wasserkraft für sie nutzlos bleibt, sofern sie dieselbe nicht Dritten abtreten können. Wohl lassen sich längs des Ufers schmale Parzellen bilden, doch könnten auch so die Unzukömmlichkeiten im allgemeinen nie vollständig behoben werden. Diese Umstände lassen es als äußerst wünschenswert erscheinen, daß die Wasserrechte selbständig übertragbar sind.»[2037]

772 PETER HEFTI führte an, dass die Auslegung des Obergerichtes angesichts der praktischen Bedürfnisse zu sinnverkehrten Zuständen führen würde.[2038] Wohl verbleibe die Wuhrpflicht beim Ufereigentümer, doch stehe diese, wie PETER HEFTI betonte, «mit dem Wasserrecht in keinem inneren Zusammenhang, sie bestand nämlich von jeher und damit zu einer Zeit, als es noch keine industrielle Wassernutzung gab». Hierbei schloss er sich an die Argumentation von PETER LIVER an (s. vorne Rz. 741 ff.).[2039] Immerhin aber konnte mit einer solchen Auslegung der Ufereigentümer, falls er über nutzbare Wasserrechte verfügte, die Last der Wuhrpflicht verringern.[2040] Mit alledem sagt PETER HEFTI nicht, dass

---

sertation, die 1922 in Bern erschien (S. 43), die Anstößer hätte wohl Nutzungsrechte, doch abgesehen davon seien die Gewässer ‹res communes›, d.h. Sachen, an denen kein Eigentum möglich ist. Das Gutachten Liver dagegen nimmt Eigentum des Anstößers an. Hier genügt festzustellen, daß das Problem Eigentum oder nur Nutzungsrecht für die Frage nach der Uebertragbarkeit belanglos bleibt» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2036 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*, in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1.

2037 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*, in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1.

2038 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Umgekehrt hat das Obergericht keinen einzigen Fall angeführt, wo seine Interpretation den praktischen Bedürfnissen besser gerecht würde oder wo die Auslegung des Augenscheingerichtes Nachteile mit sich brächte» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2039 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Auch heute kommt die Wuhrpflicht vor, wo eine Nutzung unmöglich ist, wie z.B. bei Runsen. […] Dieselben Ueberlegungen finden sich auch im Gutachten Liver und im Bericht der landrätlichen Kommission […]» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

2040 P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Durch Abtretung des Wasserrechtes kann der Anstößer wenigstens zu einem gewissen Profit kommen, während ihm sonst nur die Pflichten verbleiben würden, da er ja für sich selber meist keine Verwendung für die Wasserkraft hat. Zudem steht es ihm frei, sich intern vom Wasserrechtserwerber für die Wuhrbaulasten schadlos halten zu lassen» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

die Auslegung des Obergerichtes nicht zulässig wäre, wohl aber, dass sie zu keinem wünschenswerten Ergebnis führe.[2041]

> «Sind aber zwei Interpretationen möglich, wobei die eine den Lebensbedürfnissen entgegenkommt, während die andere zu Komplikationen und Nachteilen führt, so ist die erst als die vernünftigere vorzuziehen. Die Praxis hat denn auch stets die selbständige Uebertragbarkeit angenommen.»[2042]

Diese Praxis nahm PETER HEFTI denn auch als Indiz für ein Gewohnheitsrecht, über welches das Obergericht sich nicht hinwegzusetzen hatte.[2043] Da er dies mit einer Auslegung getan hatte, welche im Ergebnis zu einem nicht wünschenswerten Zustand führte, erachtete PETER HEFTI das Urteil des Obergerichts als «unrichtig».[2044] Seine eigene Auslegung stellte das Urteil richtig, ohne am bestehenden Wortlaut etwas ändern zu müssen.[2045] Sein Artikel war damit ein Appell an den Glarner Landrat, möglichst nichts am Gesetz zu ändern. 773

4.4 Landrat und Landsgemeinde

a. Landrat

Der Landrat behandelte die Vorlage an seiner Sitzung vom 24. Januar 1951. HANS TRÜMPY eröffnete als Präsident der Landratskommission die Eintretensdebatte und wies darauf hin, dass die Wuhrpflicht nicht als Anlass für einen Systemwechsel genommen werden 774

[2041] P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Das Urteil des Obergerichtes beruht auf gewissen formallogischen Erwägungen, die jedoch nicht zwingend sind und wie gezeigt die entgegengesetzte Auslegung nicht ausschließen» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

[2042] P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*, in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1. P. HEFTI verweist denn auch auf die vorne in den Fn. 470, 556, 564–567 zitierten rechtshistorischen Beispiele, welche seine Auslegung stützten: «Es sei diesbezüglich auf die Beispiele im landrätlichen Kommissionbericht hingewiesen, die sich durch unzählige weitere aus dem 19. und 20. Jahrhundert ergänzen ließen» (S. 1).

[2043] P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Damit ergibt sich noch ein zweiter Grund zugunsten der Ansicht des Augenscheingerichtes. Die genannten Fälle genügen, um ein Gewohnheitsrecht auf selbständige Uebertragbarkeit der Wassernutzung anzunehmen, an das sich die Gerichte solange zu halten haben, bis der Gesetzgeber in einem neuen Erlaß das Gegenteil statuieren würde» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

[2044] P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Das obergerichtliche Urteil ist nach den vorgehenden Ausführungen als unrichtig zu betrachten. Das schließt jedoch keinen Vorwurf in sich. Das Bundesgericht hat von seiner eigenen Rechtsprechung gesagt, daß sie in beträchtlichem Maße Irrtümern unterworfen sei. In Glarus hört man verhältnismäßig wenig von obergerichtlichen Fehlurteilen. Um so leichter fällt es, Irrtümer in einem Entscheid zuzugeben, wenn einmal solche unterlaufen sind» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

[2045] P. HEFTI, *Zur Revision des glarnerischen Wasserrechtes*: «Nach obigen Ausführungen ergibt sich, daß diese Fassung den bestehenden Rechtszustand nicht abändert, wohl aber zur Klarheit und Verdeutlichung dient, was angesichts des obergerichtlichen Urteils wünschenswert ist» (in: NGZ vom 23. Januar 1951, Nr. 19, S. 1).

könne.[2046] Und er würdigte die Glarner Wasserrechtsordnung in ähnlichen Worten, wie er sie schon anlässlich einer Diskussion zum Wasserrecht während der 61. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1926 verwendet hatte[2047] – ohne die Milderung aber, die er in seinem eigenen Gutachten hierzu angebracht hatte:[2048]

> «Wir sind eigentlich bereits seit 1918 ein Regal-Kanton.»[2049]

775 Er ahnte wohl schon die Kritik, die sich erheben würde, denn er nahm vorweg, dass man «nicht zu Gericht über das Urteil des Obergerichtes in Sachen Spitz-Streiff gegen Hohlenstein» sitze und dass auch persönliche Angriffe gegen den Landrat und das Kommissionsmitglied *Christian Streiff*, der «wertvolle historische Studien betrieben» habe, verfehlt seien.[2050] Er verwies dabei auf den Artikel von PETER HEFTI, welcher ja zugegeben hatte, dass die Auslegung des Obergerichtes juristisch nicht falsch sei.[2051] Die Kritik erhob sich aber dennoch: *Christian Streiff* hätte nicht in der Landratskommission Einsitz haben sollen, da Ausstandsgründe bestanden.[2052] Besonders scharf war die Kritik von einem Ennendaner

---

2046 Vgl. Votum TRÜMPY, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Eine Umfrage bei den andern Kantonen hat ergeben, dass wir in Bezug auf die Kantonsbeiträge an die Wasser- und Uferbauten an der Spitze stehen. Acuh [sic] wenn das System geändert wird, kommen kaum grössere Beiträge zur Auszahlung. Schon heute kann der Kanton 100 % der Kosten übernehmen» (§ 46, S. 41).

2047 Vgl. Votum TRÜMPY: «Der Kanton Glarus gehört zu den Regalkantonen, allerdings hat er sich nicht das Eigentum an den Gewässern gesichert, sondern das Recht zur Zwangsenteignung der Wasserrechte, die den Uferanstösser gehören. Macht er selber von diesem Enteignungsrecht keinen Gebrauch, so erteilt er es an Gemeinden (wie beim Löntschwerk) oder an Dritte, aber gegen Bedingungen, die durchaus dem dritten Abschnitt des WRG entsprechen, mit Ausnahme des Wasserzinses. Er verlangt statt eines Wasserzinses eine Wassersteuer, was aber in der Wirkung dasselbe ist» (zit. in MERZ, Die Befugnis der Bundesbehörden, S. 472a).

2048 Vgl. TRÜMPY, Kanzlei Rechtsgutachten 1949 I: «Aeußerlich sieht eine glarnerische Konzession derjenigen eines Regalkantons ziemlich ähnlich […]. […] Wenn Trümpy den Kanton Glarus a.a.O. S. 427a, zu den ‹Regalkantonen› rechnet, so ist dies nur im weitesten Sinne des Begriffes ‹Regal› zu verstehen. Der Kanton Glarus kann über Wasserkräfte ver-fügen, aber nur durch das Mittel der Zwangsenteignung, nicht kraft öffentlichen Eigentums» (S. 7, 9).

2049 Votum TRÜMPY, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 42.

2050 Vgl. Votum TRÜMPY, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Wir sitzen heute nicht zu Gericht über das Urteil des Obergerichtes in Sachen Spitz-Streiff gegen Hohlenstein. Aus einem Artikel in den Zeitungen von gestern folgt, dass auch die Auslegung, wie sie das Obergericht vorgenommen hat, möglich ist. Herr Landrat Streiff-Spelty, Ennenda, hat wertvolle historische Studien betrieben» (§ 46, S. 42).

2051 Vgl. Votum TRÜMPY, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Aus einem Artikel in den Zeitungen von gestern folgt, dass auch die Auslegung, wie sie das Obergericht vorgenommen hat, möglich ist» (§ 46, S. 42).

2052 Vgl. etwa Votum *Knobel*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Abraham Knobel, Schwändi, ist ebenfalls für Eintreten. Die Revision ist jedoch nicht im Sinne der Eingeber vorgenommen worden. Es ist ihm bekannt geworden, dass ausserhalb der Kommission etwas passiert ist. Das ist nicht in Ordnung. Er verweist auf § 23 des Landratsreglementes. Ein Mitglied der Kommission hatte offensichtlich persönliches Interesse. Dass dieses Mitglied in

Landrat, welcher sich für seinen Tagwen einsetzte: Sie nannten diese Vorlage insgesamt «eine spezifische Ennendaner-Angelegenheit», überhaupt könne der Tagwen «heute ein Buch herausgeben über ein verschlafenes Wasserrecht».[2053] Derselbe Ennendaner Landrat machte Andeutungen, dass *Christian Streiff* dem Gutachter PETER LIVER zahlreiche Akten vorgelegt hatte, um das Gutachten zu beeinflussen, und damit letztlich den Obergerichtsentscheid nachträglich zu kippen.[2054]

Christian Streiff bestritt, dass seine Quellen das Gutachten PETER LIVER beeinflusst hätten,[2055] bekannte aber seinen Wunsch einer Klärung des § 170 EG ZGB GL: 776

> «Der § 170 soll aber neu gefasst werden, damit in einem spätern Fall neu und richtig geurteilt werden kann. Das Obergericht muss seine Rechtsprechung nicht ändern, sondern es hat dann eine neue gesetzliche Bestimmung zur Verfügung. In der Kommission hat er von seinem Prozess

---

der Kommission tätig war, wirft einen Schatten auf die Gesetzesänderung. Es hätten Ausstandsgründe bestanden, sodass dieses Mitglied nicht hätte in der Kommission tätig sein dürfen» (§ 46, S. 42).

2053 Vgl. das bissige Votum *Jenny*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Sebastian Jenny, Ennenda. Die Aenderung des Wasserrechtes, so wie sie vorliegt, ist eine spezifische Ennendaner-Angelegenheit und resultiert aus dem Prozess Spitz-Streiff & Cie., ge[g]en Hohlenstein A.-G. Er hat grosse bedenken, dass der Streit von neuem losgeht. Ennenda könnte heute ein Buch herausgeben über ein verschlafenes Wasserrecht. Es wurde ein Prozess durchgeführt, den Herr Landrat Streiff verloren hat. Trotzdem hat Herr Streiff den Gemeinderat Ennenda und die Gemeinde Ennenda unter schweren Druck gesetzt. Er hat einmal das Gesuch gestellt, man solle ihm gratis 150'000 KW. liefern; ferner um Abtretung eines Streifens Boden entlang des Wuhres, jedoch ohne die Wuhrpflicht zu seinen Lasten. Er gibt folgendes zu Protokoll: ‹Der Tagwen Ennenda schuldet Herrn Streiff aus dem Prozess keinen Fünfer›» (§ 46, S. 42–43).

2054 Vgl. auch hier das Votum *Jenny* Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Der Anhang zum Gutachten Liver sollte eigentlich ‹Anhang zum Gutachten Streiff› heissen. Die Akten des Hohlensteins sind Herrn Prof. Liver nicht in dem Masse vorgelegen, wie diejenigen des Herrn Streiff. Herr Streiff hat die Gemeinderäte persönlich aufgesucht und ihnen 2–3-stündige Referate gehalten und sie so beeinflusst. Er hat das Wort ergriffen, weil Herr Streiff gegen das Urteil des Obergerichtes auftritt. Er selbst hat auch schon einen Prozess verloren. Man muss jedoch an das Urteil kommen. Das Obergericht hat Recht gesprochen und das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen. Er frägt an, ob die vorgeschlagenen Aenderungen dazu dienen sollen das Urteil abzuändern» (§ 46, S. 43).

2055 Vgl. das Votum *Streiff*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Christian Streiff, Ennenda, kommt zurück auf die Ausführungen der Herren Knobel, Schwändi, und Jenny, Ennenda. Die beiden Herren haben eine glatte Unwahrheit erzählt. Herr Prof. Liver hat sein Gutachten auf Grund des Gutachtens Dr. Trümpy erstellt. Herr Dr. Trümpy hat festgestellt, zu was für Konsequenzen unser Wasserrecht geführt hat. Er hat Herrn Prof. Liver nur seine historischen Studien zur Verfügung gestellt. Der Landrat kann sich mit seinem früheren Prozess überhaupt nicht befassen. Herr Prof. Liver war sehr froh, diese historischen Studien einsehen zu können. Er begreift, dass sich Herr Landrat Schmid-Lütschg zum § 170 geäussert hat. Herr Schmid ist Verwaltungsratspräsident der Firma Hohlenstein A.-G. Vielleicht aspiriert Herr Seb. Jenny darauf, dieses Amt auch einmal zu erhalten» (S. 44).

sprechen müssen. Dieser Prozess hat mit der heutigen Sitzung nur das gemein, dass er dartut, dass der § 170 geändert werden muss. Er hat seinen Prozess schildern müssen, damit eingesehen wurde, dass der § 170 geändert werden muss. […] Im ganzen Kanton sind Wasserrechte abgetreten worden, ohne gleichzeitige Bodenabtretung. Im Gesetz selbst steht, dass es losgelöste Wasserrechte gibt, vergleichen Sie nur §§ 171 und 179[2056].»[2057]

777 Andere Mitglieder der Landratskommission setzten sich hingegen für *Christian Streiff* ein, welcher rechtens der Landratskommission angehört habe, da der Prozess ja längst beendet gewesen sei.[2058]

2056 § 179 EG ZGB ergibt in diesem Zusammenhang keinen Sinn, da es dort um die Kompetenz der Landsgemeinde bei Enteignungsentscheiden geht. Vielleicht handelt es sich um einen Tippfehler des Protokollführers. Streiff meinte wohl eher die §§ 171 und 173, welche beide von «Eigentümern von Wasserrechten» respektive «den Eigentümern von Grundstücken, Wasserrechten und ältern Wasserwerken» sprechen, damit also eine Differenzierung des Gesetzgebers nahelegen könnten; vgl. den Wortlaut der §§ 171, 173 EG ZGB, zit. in Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911. Dazu auch LIVER, Rechtgutachten III: «Diese Bestimmung [scil. § 171 EG ZGB] sagt, daß Einsprache erhoben werden könne, wenn ein neues Wasserwerk errichtet werde, welches eine Benachteiligung schon bestehender Wasserwerke oder von Wasserrechtsinhabern zur Folge habe. Zur Einsprache sind berechtigt die Eigentümer der älteren Wasserwerke und die *Eigentümer von Wasserrechten*. Die Bestimmung enthält auch nicht die leiseste Andeutung, daß nur der Eigentümer des gegenüberliegenden Ufergrundstückes, welcher im eigenen Wasserwerk die Wasserkraft beider Wasserhälften benutzt, zur Einsprache berechtigt sei. Er ist selbstverständlich zur Einsprache legitimiert und zwar als Eigentümer eines älteren Wasserwerkes. Aber das Gesetz gibt das Recht zur Einsprache eben gerade nicht nur ihm, sondern auch den ‹Eigentümer von Wasserrechten›, also den Wasserrechtsinhabern, welche ihre Wasserrechte nicht in eigenem Werk ausgenutzt haben, somit auch dem diesseitigen Ufereigentümer» (S. 16; Hervorhebung im Original).

2057 Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 44–45.

2058 Vgl. etwa Votum *Gähwiler*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Dr. G. Gähwiler, Glarus. […] Zum Ennendanerfall hat er auszuführen, dass wir hier nicht in der Tagwensversammlung von Ennenda sind. Lassen sie die persönlichen Angelegenheiten aus dem Spiel. Es geht nicht um Herrn Streiff und nicht um den Hohlenstein, sondern um unser kantonales Wasserrecht. Der Kommissionspräsident hat in aller Sachlichkeit die Verhandlungen geführt. […] Materiell ist er der Auffassung, dass Herr Streiff zu Recht in der Kommission war. Das Urteil des Obergerichtes ist rechtskräftig. Das Verhältnis Streiff : Tagwen Ennenda geht den Landrat nichts an. Herr Streiff hat historisch sehr wichtiges Material beigebracht. Er bittet den Rat die Angelegenheit sachlich zu behandeln» (§ 46, S. 43); vgl. auch Votum *Spälty*: «Gabriel Spälty, Netstal, kann sich nicht ganz der Ansicht des Herrn Abr[aham] Knobel anschliessen, dass Herr Streiff zu stark persönlich interessiert gewesen sei. Man muss an ein Urteil kommen, das ist richtig. Nachdem ein Urteil rechtskräftig ist, spielt es keine Rolle mehr, wenn ein Beteiligter in einer Kommission ist. Wenn man so weit gehen wollte, könnte man bald keinen Landrat mehr in eine Kommission wählen» (§ 46, S. 45).

Im Namen des Regierungsrates sprach der Vorsteher der Baudirektion, Regierungsrat *Bernhard Elmer* (1893–1961) aus Linthal.[2059] Er lobte *Christian Streiffs* Vorarbeit, bestritt aber eine Einflussnahme seinerseits auf den Regierungsrat.[2060] Der Regierungsrat war von sich aus zu einer klaren Vorstellung gelangt: 778

> «Die glarnerische Wasserrechtsgesetzgebung stellt heute noch eine grosse gesetzgeberische Leistung dar. Es frägt sich, ob eine Revision überhaupt am Platze ist. Wir wollen nur das Bestehende noch ergänzen. Eine grundlegende Aenderung ist nicht vorgesehen. Man hätte die Gewässer auch öffentlich erklären können. So weit zu gehen hat jedoch keinen Sinn. Man müsste sehr grosse Entschädigungen bezahlen. Es handelt sich überhaupt nur noch um einige kleinere Sachen. Die grössern Gewässer sind ja bereits ausgenützt. […] Wir müssen einsehen, dass mit der Oeffentlicherklärung der Gewässer sozusagen nichts mehr zu erreichen wäre, als wir schon haben. Eine Totalrevision des Gesetzes muss daher abgelehnt werden. Dies würde kolossale Schwierigkeiten nach sich ziehen. Es bestehen jahrhunderte alte Gesetze und Rechte, die den Leuten nicht weggenommen werden können, und das müsste man bei einer Totalrevision. Wir wollen nur das revidieren, was revisionsbedürftig ist».[2061]

Zudem wiederholte er noch einmal, dass dem Problem der Wuhrpflicht mit dem bestehenden Gesetz bereits beigekommen werden konnte.[2062] Damit trat der Landrat mit 37 gegen 16 Stimmen auf die Vorlage ein.[2063] 779

[2059] Zur Person vgl. FELLER-VEST, HLS: Bernhard Elmer. *Bernhard Elmer* leistete als Präsident der Vereinigung *Linth-Limmern AG* Vorarbeiten zum Bau des Kraftwerks Linth-Limmern.

[2060] Vgl. Votum *Elmer*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Das Ziel des Regierungsrats war, alles zu fördern, was im öffentlichen Interesse liegt. Irgend etwas spielte nicht hinein. § 170 hat seines Erachtens nicht eine so grosse Bedeutung. Trotzdem muss § 170 revidiert werden, weil er überzeugt ist, dass eine Revision nötig ist. Er hat veranlasst, dass sich Prof. Liver zu dieser Bestimmung äussert. Herrr Streiff hat sich für die Revision eingesetzt, weil er persönlich Erfahrungen gemacht hat in dieser Sache. Prof. Liver hat auf seinen Antrag (Elmer) zu § 170 Stellung genommen. Er hat sich Mühe gegeben, nach allen Richtungen die Materie abzuklären, damit die ganze Angelegenheit richtig geregelt wird. Die beiden Gutachten drücken sich so aus, dass eine Revision sich erübrigen würde» (§ 46, S. 45).

[2061] Votum *Elmer*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 45–46.

[2062] Vgl. Votum *Elmer*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Der andere Grund, der uns dazu führen könnte, weiter zu gehen, ist eine vollständige Entlastung des Grundeigentums. Der landwirtschaftliche Grundbesitz sollte vollständig oder doch weitgehend entlastet werden. Eine solche Regelung muss jedoch abgelehnt werden. Es kommt auf das Gleiche heraus, wie dies in den meisten andern Kantonen der Fall ist, ob der Kanton baut und auf die L[i]egenschaftsbesitzer zurückgreift, oder wo der Grundeigentümer baut, wobei der Nachbar, der Kanton und der Bund Beiträge bezahlen. Der Grundbesitzer kommt auf keinen Fall ungeschoren aus der Sache. Man muss das heutige Gesetz nur richtig anwenden, dann kann man den Wünschen der Landwirtschaft gerecht werden» (§ 46, S. 45).

[2063] Vgl. Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 46.

780 In der Detailberatung wurde ein letztes Mal der Unwille einiger Landräte spürbar, weil die Wuhrpflicht, welche doch Anlass zu der Revision gewesen war, durch rechtswissenschaftliche Argumente entkräftet, unverändert geblieben war:

> «Die Zusammensetzung der Kommission war nicht richtig; Man hätte nicht 6 Doktoren wählen sollen, sondern einige Vertreter aus der Landwirtschaft.»[2064]

781 Bei der Behandlung von § 170 EG ZGB GL zeigte sich jedoch – anknüpfend an HANS TRÜMPY, PETER LIVER und PETER HEFTI – ein klarer Konsens zur Ergänzung des bisherigen Gesetzestextes, um für Klarheit zu sorgen. Persönliche Gründe sollen hierbei keine Rolle spielen:

> «Dr. J. Glarner, Glarus, beantragt, der Aenderung des § 170 zuzustimmen. […] Der bisherige Text des § 170 lässt verschiedene Auslegungen zu. Das Obergericht ist zu einer Auslegung gekommen. Man kann diskutieren, welche Auslegung dem § 170 gegegen werden soll. Die Auslegung die ihm gegeben werden soll ist gekennzeichnet durch die tatsächlichen Verhältnisse. Man kann über die tatsächlichen nicht einfach hinweggehen, auch im Landrat nicht. Die Fassung der Kommission stellt nichts anderes dar als eine Festlegung des seit Jahrzehnten bestehenden Zustandes. Es besteht kein Grund dieser Aenderung nicht zuzustimmen. Es haben viele persönliche Momente in der Diskussion mitgespielt. Der Landrat soll das Sachliche vom Persönlichen trennen. Wie bereits von Herrn Dr. Gähwiler ausgeführt worden ist, besteht ein Urteil i. S. Spitz, Streiff & Cie. gegen Hohlenstein A.-G. An dieses Urteil hat man zu kommen. Dem § 170 soll diejenige Fassung gegeben werden, wie sie aus der historischen Entwicklung hervorging. Es ist nicht wesentlich, von wem Herr Prof. Liver die Unterlagen erhalten hat. Die Hauptsache ist, dass sie richtig sind. Man kann nicht sagen, Herr Prof. Liver sei von falschen Voraussetzungen ausgegangen.»[2065]

782 Ein einziger Antrag, die Worte «auf Verlangen» zu streichen wurde abgelehnt; damit wurde die Vorlage der Landratskommission angenommen.[2066]

[2064] Votum *Mathias Elmer* (Luchsingen), Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 47.

[2065] Votum *Glarner*, Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951, § 46, S. 47; vgl. auch Votum *Jenny*: «Daniel Jenny-Squeder [sic], Ennenda. Die Möglichkeit, dass das Gericht dem § 170 verschiedene Auslegungen geben kann ist ein Grund, dieser Bestimmung den Wortlaut zu geben, wie ihn die Kommission vorschlägt. Wenn die Abtretung eines Wasserrechtes früher nicht möglich gewesen wäre ohne den gleichzeitigen Bodenerwerb, hätte sich die Industrie nicht so weitgehend entwickelt. Wenn § 170 im Sinne der Kommission korrigiert wird, so kann sich das Obergericht auf eine klare Bestimmung stützen» (§ 46, S. 47).

[2066] Vgl. Votum *Schoch,* Landratsprotokoll 1950–1953, Sitzung vom 24. Januar 1951: «Jean Schoch, Leuggelbach. Die Diskussion zeigt, dass der § 170 zu verschiedenen Auslegungen Anlass gibt. Wenn das so ist, muss man § 170 ändern. Er wünscht, dass man im 3. Absatz die Worte ‹auf Verlangen› streicht. […] In der Abstimmung pflichtet der Rat dem Antrag der Kommission mit grosser Mehrheit zu. Der Antra[g] Schoch wird hierauf abgelehnt» (§ 46, S. 48).

b. Landsgemeinde

Die «Revision des kantonalen Wasserrechtes» wurde von der Landsgemeinde am 6. Mai 1951 behandelt.[2067] Ein letztes Mal versuchte die Landwirtschaft, sich für eine klare Zusicherung in Sachen Wuhrpflicht einzusetzen. Der Elmer *Paul Rhyner* beantragte der Landsgemeinde einen ergänzenden zweiten Absatz zum § 189: 783

> «In zweiter Linie werden, wenn eine billige Lastenverteilung dies erfordert, die Eigentümer von Liegenschaften und Bauwerken herangezogen, welche durch die zu erstellenden Schutzbauten vor Beschädigungen bewahrt werden sollen.»[2068]

Gegen Widerstand des Regierungsrates *Elmer* setzte sich dieser Antrag durch;[2069] er wurde zusammen mit den Anträgen des Landrates angenommen.[2070] 784

5. Zwischenbetrachtung

Nach der durch die Gesetzgebung des ZGB und des WRG ausgelösten, intensiven Auseinandersetzung mit dem Wasserrecht auf kantonaler und Bundesebene in den 1910er Jahren, trat für mehrere Jahre Ruhe ein. Erst die Gerichtsurteile des Jahres 1939 offenbarten erste Unklarheiten zur Glarner Wasserrechtsordnung: Das Obergericht des Kantons Glarus legte den § 170 EG ZGB GL auf eine neue Art und Weise aus. Unmittelbarer Grund für die als notwendig empfundene Gesetzesänderung war jedoch das Unbehagen der Glarner Landwirtschaft in den späten 1940er Jahren über die jahrhundertealte, seit 1869 kodifizierte Wuhrpflicht (s. vorne Rz. 317 ff.). Der beantragte Systemwechsel der Glarner Was- 785

2067 Vgl. Landsgemeindeprotokoll 1950–1956, Landsgemeinde vom 6. Mai 1951, § 12, S. 33–35.

2068 Landsgemeindeprotokoll 1950–1956, Landsgemeinde vom 6. Mai 1951: «Paul R h y n e r, Meissenboden, Elm, verweist darauf, dass die heutige Regelung der Wasserrechte den Anstössern grosse Lasten bringe. Er setzt sich für eine Erweiterung der Korporationen ein und schlägt zu § 189 folgenden Absatz 2 vor: ‹In zweiter Linie werden, wenn eine billige Lastenverteilung dies erfordert, die Eigentümer von Liegenschaften und Bauwerken herangezogen, welche durch die zu erstellenden Schutzbauten vor Beschädigungen bewahrt werden sollen›. Dieser Antrag ist bereits von der landrätlichen Kommission aufgenommen, vom Landrat jedoch in seinen Beratungen aber gestrichen worden» (§ 12, S. 35).

2069 Landsgemeindeprotokoll 1950–1956, Landsgemeinde vom 6. Mai 1951: «Regierungsrat B. E l m e r, Linthal, setzt sich für die landrätliche Vorlage ein. Die Behörden haben es in der Hand, die Beiträge den einzelnen Fällen anzupassen. Die Uferanstösser können von der Beitragspflicht nicht gänzlich befreit werden. Auch in Kantonen, in denen die Gewässer als öffentlich gelten, werden die Uferanstösser zu Beitragsleistungen herangezogen, die teilweise bedeutend höher sind als bei uns. Er hat auch seine Schwierigkeiten, den Kreis der Korporationsmitglieder zu vergrössern. Die Kraftwerke leisten durch die Wasserwerksteuer indirekt auch wieder Beiträge an die Korporationen» (§ 12, S. 35).

2070 Landsgemeindeprotokoll 1950–1956, Landsgemeinde vom 6. Mai 1951: Die Landsgemeinde stimmt mit grossem Mehr dem Antrag des Landrates, ergänzt durch den Antrag von Paul Rhyner, Elm, zu» (§ 12, S. 35).

serrechtsordnung sollte die kantonalen Gewässer verstaatlichen. Dieser Antrag folgte allem Anschein nach der verbreiteten Glarner Auffassung, wonach die Wuhrpflicht die Kehrseite des Wasserrechtes der Ufereigentümer darstellte; mit dem für die Landwirtschaft uninteressanten Verfügungsrecht über die Gewässer sollte auf den Kanton ebenfalls die so lästige Wuhrpflicht abgewälzt werden.

786 Es ist wohl insbesondere Landamman HANS HEFTI-HAAB zuzuschreiben, dass es zu keinem Systemwechsel kam. Als Industrieller und ehemaliger Gemeindepräsident von Schwanden, einer Gemeinde mit eigenem Elektrizitätswerk, war er von den Vorzügen der althergebrachten Glarner Wasserrechtsordnung überzeugt. Anstatt aber die Glarner Industrie gegen die Glarner Landwirtschaft aufzubringen, entschied er sich, die Frage mittels zweier juristischer Gutachten abklären zu lassen. Es ist Zeugnis seines feinen politischen Gespürs, dass er ein Gutachten innerhalb und eines ausserhalb des Kantons erstellen liess; ahnte er doch wohl, dass innerhalb des Kantons Glarus Feindseligkeiten und Missgunst genug bestand (wie sich dies in der Landratsdiskussion auch bestätigte), dass sich aber andererseits der Glarner Stolz nur ungern von aussen das eigene Wasserrecht erklären lassen würde. Mit HANS TRÜMPY war ein erfahrener Fachmann und lokal anerkannter Politiker und mit PETER LIVER eine der grossen Koryphäen des Wasserrechtes überhaupt gewonnen. Dass sie beide zum selben Schluss kamen, ermahnte den sonst bisweilen unberechenbaren Impetus der Glarner Landsgemeindedemokratie der Grenzen des rechtlich Machbaren.

787 Auf Feindschaft stiess die Interferenz von *Christian Streiff*, welcher als ein in seinen Interessen Befangener erschien. Indes bestanden legitime Gründe dafür, dem durch die obergerichtliche Auslegung in seiner Bedeutung veränderte § 170 EG ZGB GL durch eine klärende gesetzgeberische Ergänzung nicht nachträglich anzupassen, sondern in seiner ursprünglichen Bedeutung zu bestätigen. Dafür spricht, dass dies von HANS TRÜMPY, PETER LIVER sowie auch von PETER HEFTI unterstützt wurde.

788 Damit kam es nicht zum Systemwechsel; aus einer Totalrevision wurde eine Teilrevision. Sie brachte – mit Blick auf den anfänglichen Regelungswunsch – einige Erleichterungen der Wuhrpflicht. Vor allem aber brachte sie ein bereinigtes und gesetzlich bestätigtes Verständnis des § 170 EG ZGB GL.

§ 9 Die diversen öffentlich-rechtlichen Bewilligungspflichten im Laufe des 20. und 21. Jahrhunderts

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde die Glarner Wasserrechtsordnung durch mehrere Gesetze auf Bundes- und Kantonsebene ergänzt, welche dem verfeinerten Verständnis für den Wert eines umfassenden Umweltschutzes sowie den in verschiedene Bereiche ausgreifenden Anforderungen daran Rechnung trugen.[2071] Auch wenn sie das Nutzungsrecht der Ufereigentümer nicht spezifisch betreffen, werden sie nachfolgend der Vollständigkeit halber aufgeführt. Ihr Verständnis ist von Bedeutung, da sie einen Bestandteil der Glarner Wasserrechtskonzession darstellen. 789

1. Die Fischerei

1.1 Der bundesrechtliche Rahmen

Der Bundesrat schrieb in seiner *Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Fischerei* vom 3. Juni 1887, dass «durch Errichtung neuer Wasserwerke die Fische immer mehr gefährdet und ihr Zug in gesteigertem Maße erschwert und unterbrochen» werden.[2072] Aus diesem Grund verpflichtete Art. 6 des *Bundesgesetzes betreffend die Fischerei vom 21. Dezember 1888* (BGF 1888) die Besitzer von Wasserwerken «Vorrichtungen zu erstellen, um zu verhindern, daß die Fische in die Triebwerke gerathen» (Abs. 1) sowie «da wo Wehere, Schwellen und Schleusen den Durchzug der Fische wesentlich erschweren oder verhindern, Fischwege zu erstellen» (Abs. 3).[2073] Allerdings durften diese Erfordernisse gemäss Art. 7 BGF 1888 unterbleiben, «wo die daraus für die Benützung des Wassers entstehenden Hemmnisse oder die Kosten unverhältnißmäßig groß sind».[2074] Doch diese Bestimmungen sowie die darauf gestützten Verordnungen scheiterten am mangelhaften Vollzug.[2075] Dasselbe Schicksal widerfuhr dem Art. 23 WRG, welcher seinerseits die Werkbesitzer – einigermassen unbestimmt[2076] – «zum Schutze der Fischerei die geeigneten Einrichtungen zu erstellen und sie, wenn es notwendig wird, zu verbessern, sowie überhaupt alle zweckmässigen Massnahmen zu treffen» verpflichtete. 790

2071 Vgl. HETTICH/JANSEN/NORER, Kommentar GSchG/WBG, Einleitung, S. 4, Rz. 1.

2072 Botschaft BGF 1887, S. 364.

2073 Art. 6 BGF 1888; vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 461, Rz. 4316.

2074 Art. 7 BGF 1888.

2075 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 4

2076 Vgl. dazu Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI: «Diese Bestimmung ist zu unbestimmt formuliert, um einen wirksamen Schutz der Fische zu erreichen» (Vor Art. 29–36, Rz. 7).

791 Als Reaktion auf die «vielfältigen Eingriffe in den Wasserhaushalt»[2077] sah Art. 24 Abs. 2 des revidierten *Bundesgesetzes über die Fischerei vom 14. Dezember 1973* (BGF 1973) erstmals eine Bewilligungspflicht vor, ohne welche namentlich die «Ausnützung von Wasserkräften» untersagt war (Abs. 2 lit. b).[2078] Neuanlagen mussten den Anforderungen von Art. 25 Abs. 1 BGF 1973 genügen, mit Bestimmungen betreffend «Mindestabflussmenge bei Wasserentnahmen» (lit. a), die freie Fischwanderung (lit. b) und der Verhinderung, «dass Fische und Krebse durch bauliche Anlagen oder Maschinen geschädigt werden» (lit. d). Gemäss Art. 26 BGF 1973 waren solche Massnahmen auch für bestehende Anlagen vorzuschreiben, sofern «die damit verbundenen Schwierigkeiten und die entstehende wirtschaftliche oder finanzielle Belastung nicht übermässig gross ist». Jede Erweiterung und Instandstellung einer bestehenden Anlage galt zudem gemäss Art. 24 Abs. 3 BGF 1973 als Neuanlage.

792 Diese gesetzliche Lage entspricht dem heute geltenden *Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991* (BGF). Die fischereirechtliche Bewilligung gemäss Art. 8 Abs. 1 gilt gem. Abs. 2 lit. a für die «Nutzung der Wasserkräfte», wobei die bereits vorne genannten Massnahmen für Neuanlagen (Art. 9 BGF) und für bestehende Anlagen (Art. 10 BGF) gelten.

1.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung

793 Die Ausführungsgesetzgebung wurde von der Landsgemeinde in der Form des *Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 4. Mai 1977* (EG BGF GL) erlassen.[2079] Die fischereirechtliche Bewilligung gemäss Art. 8 BGF wird durch die vom Regierungsrat bezeichnete kantonale Fischereibehörde erteilt (Art. 6a Abs. 1 lit. a und Art. 21 EG BGF GL). Diese Bewilligung bildet Teil einer Glarner Wasserrechtskonzession.

2. Der Gewässerschutz

2.1 Der bundesrechtliche Rahmen

794 Am 28. April 1953 schrieb der Bundesrat in seiner Botschaft, dass sich die «zurzeit gültigen bundesgesetzlichen Bestimmungen über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung» leider als ungenügend erwiesen hätten, um «der zunehmenden Verschmutzung der

---

2077 Botschaft BGF 1973, S. 679.

2078 Art. 24 BFG 1973: «Die Gewässer oder ihr Wasserhaushalt, die Wasserläufe sowie die Ufer und der Grund der Seen dürfen nur mit besonderer Bewilligung der für die Fischerei zuständigen kantonalen Behörde verändert werden»; vgl. auch Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 7.

2079 Vgl. Landsgemeindememorial 1977, § 19, S. 64–71.

Gewässer» zu begegnen, da sich «ihre Anwendbarkeit auf den Fischereischutz» beschränke».[2080] Am 6. Dezember desselben Jahres wurde der Art. 24quater BV 1874 von Volk und Ständen angenommen.[2081] Dessen erster Absatz lautete:

> «Art. 24quater Abs. 1 BV 1874
>
> [1] Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung zu erlassen. Der Vollzug dieser Bestimmungen verbleibt unter der Aufsicht des Bundes den Kantonen.»

795 Damit wurde der Gewässerschutzartikel zum «ersten Umweltschutzartikel der Verfassung».[2082] Das gestützt darauf erlassene *Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 16. März 1955* (GSchG 1955) war in Anerkennung dessen erlassen worden, dass neben der Fischerei «allgemeinere Interessen von unvergleichlich höherer Bedeutung auf dem Spiele stehen».[2083] Anders als bei der Fischereigesetzgebung erstreckte sich der Geltungsbereich über alle «ober- und unterirdischen natürlichen und künstlichen, öffentlichen und privaten Gewässer mit Einschluss der Quellen» (Art. 1 GSchG 1955). Sodann stellte Art. 2 Abs. 1 GSchG 1955 die Rechtsgrundlage für alle Massnahmen gegen die «Verunreinigung oder andere schädliche Beeinträchtigung der ober- und unterirdischen Gewässer» zum ausdrücklichen «Schutze der Gesundheit von Mensch und Tier» dar.[2084] Doch auch dieses Gesetz erfüllte gerade im Zeitraum der raschen industriellen Entwicklung die in es gesetzten Hoffnungen nicht[2085] – so verfügte beispielsweise der Kanton Glarus 1969 noch immer über keine Kläranlage.[2086]

796 Dies wiederum führte zum totalrevidierten *Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 6. Oktober 1971* (GSchG 1971) – da aber Restwasserbestimmungen (sog. quantitativer Gewässerschutz) in der Verfassungskompetenz nicht inbegriffen war,[2087] fehlte dieser auch im Gesetz.[2088] Damit genügte das Gesetz aber weder den erhöhten technischen Leistungen der Wasserkraftanlagen, noch dem wachsenden politischen Widerstand, der sich gegen eine immer intensivere Nutzung der Wasserkraft bil-

---

2080 Botschaft Art. 24quater BV 1874, S. 21.

2081 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24bis, S. 3, Fn. 14 (ohne Angabe von Rz.).

2082 JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24bis, S. 3 (ohne Angabe von Rz.).

2083 Botschaft Art. 24quater BV 1874, S. 20; vgl. auch Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 7.

2084 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 8; vgl. auch Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI: «Das erste GSChG erwies sich als wenig wirksam» (Vor Art. 29–36, Rz. 9).

2085 Vgl. DRUEY/CAVIEZEL, Private Wasserrechte: «[…] das erste Gewässerschutzgesetz […], welches allerdings noch stark auf die wirtschaftlichen Interessen der Pflichtigen Rücksicht nahm und sich bald als ungenügend erwies» (S. 1633).

2086 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 10.

2087 JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24bis, Rz. 35.

2088 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 10.

dete.[2089] Anfang der 1990er-Jahre waren direkt unterhalb von den etwa 1'500 Fassungen zur Wasserkraftnutzung über drei Viertel aller Fliessgewässer während eines Teiles des Jahres oder ganzjährig trockengelegt.[2090]

797 Die Kompetenz mit Bezug auf einen quantitativen Gewässerschutz erhielt der Bund erst mit dem an der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975 von Volk und Ständen angenommenen Art. 24bis BV 1874 als indirekter Gegenvorschlag zur Initiative «Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung».[2091] Dessen Abs. 2 lit. a gab dem Bund eine in diesem Bereich umfassende Gesetzgebungskompetenz, insofern er ihn auch zum Erlass von Bestimmungen über «den Schutz der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung und die Sicherung angemessener Restwassermengen» ermächtigte.[2092] Heute findet sich diese Bestimmung in Art. 76 Abs. 3 BV.[2093]

798 Erstmals umfasste damit das geltende *Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991* (GSchG) sowohl den qualitativen wie auch den quantitativen Gewässerschutz.[2094] Anknüpfend an die «Mindestabflussmengen» der Fischereigesetzgebung (s. vorne Rz. 791) wurde mit Art. 29 GSchG eine Polizeibewilligung für die Wasserentnahme aus öffentlichen oder privaten Gewässern über den Gemeingebrauch hinaus geschaffen:[2095]

> «Art. 29 GSchG
>
> Eine Bewilligung braucht, wer über den Gemeingebrauch hinaus:
>
> [$^{lit.\ a}$] einem Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung Wasser entnimmt;
>
> [$^{lit.\ b}$] aus Seen oder Grundwasservorkommen, welche die Wasserführung eines Fliessgewässers mit ständiger Wasserführung wesentlich beeinflussen, Wasser entnimmt.»

2089 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 2; JAGMETTI, Energierecht, S. 400–402, Rz. 4104.

2090 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 3.

2091 Vgl. Botschaft GSchG 1987, S. 1096; Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 9; vgl. SGK-BV, MARTI, Art. 76, Rz. 18; DRUEY/CAVIEZEL, Private Wasserrechte, S. 1633.

2092 Art. 24bis Abs. 2 lit. a BV 1874; vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24bis, Rz. 47, 50; Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 12.

2093 Art. 76 Abs. 3 BV: «Er erlässt Vorschriften über den Gewässerschutz, die Sicherung angemessener Restwassermengen, den Wasserbau, die Sicherheit der Stauanlagen und die Beeinflussung der Niederschläge»; vgl. SGK-BV, MARTI, Art. 76, Rz. 1, 4, 18–19.

2094 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24bis, Rz. 50; Komm. GSchG/LEaux, VALLENDER, Art. 1, Rz. 11; DRUEY/CAVIEZEL, Private Wasserrechte, S. 1633; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 6, Rz. 44.

2095 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Art. 29, Rz. 3–5. Zur Geltung auch für private Gewässer (Art. 2 i.V.m. Art 29 GSchG) vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 431, Rz. 4207. Da Wasserentnahmen aus privaten Gewässern nicht als Gemeingebrauch oder Sondernutzung gelten können, soll der Begriff «Gemeingebrauch» analog i.S. einer Mengenangabe betrachtet werden (Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Art. 29, Rz. 36).

Die Wasserentnahme kann im für die Nutzung der Wasserkraft relevanten Regelfall gemäss Art. 30 lit. a GSchG bewilligt werden, «wenn die Anforderungen nach den Artikeln 31–35 erfüllt sind». Zur Ermittlung angemessener Restwassermengen hat der Gesetzgeber ein «zweistufiges Verfahren» geschaffen:[2096] Dabei legt als erste Stufe Art. 31 GSchG aufgrund der Grösse des Gewässers am Ort der Wasserentnahme die minimale Restwassermenge fest, die nicht unterschritten werden darf.[2097] Die Kantone können nur Ausnahmen von der Mindestwassermenge gemäss Art. 31 GSchG vorsehen, wenn einer der Tatbestände von Art. 32 GSchG erfüllt ist.[2098] Sodann können die Kantone in einer zweiten Stufe die Mindestwassermenge in dem Ausmass erhöhen, «als es sich aufgrund einer Abwägung der Interessen für und gegen die vorgesehene Wasserentnahme ergibt» (Art. 33 GSchG).[2099] 799

In Art. 80–83 GSchG schuf der Gesetzgeber Übergangsbestimmungen zu Art. 29 ff. GSchG für Wasserentnahmen aufgrund eines «bestehenden Wassernutzungsrecht», womit Sondernutzungskonzessionen oder ehehafte Rechte gemeint sind.[2100] Dies geschah in Anerkennung der durch sie begründeten wohlerworbenen Rechte und mit Rücksicht «auf die finanziellen Konsequenzen, welche die Durchsetzung der Restwasservorschriften bei bestehenden Wassernutzungsrechten gehabt hätte».[2101] 800

Nach Art. 45 GSchG hat der Vollzug durch die Kantone zu geschehen, wobei sie zum Erlass des entsprechenden Ausführungsrecht und zur Benennung der zuständigen kantonalen Behörde verpflichtet sind.[2102] 801

2.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung

Die Ausführungsgesetzgebung wurde von der Landsgemeinde in der Form des *Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 7. Mai 1995* (EG 802

2096 Botschaft GSchG 1987, S. 1063; Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 58.

2097 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 59.

2098 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 60.

2099 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 61.

2100 Vgl. dazu ausführlich Komm. GSchG/LEaux, RIVA, Vor Art. 80–83; Komm. GSchG/LEaux, RIVA, Art. 80.

2101 Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Art. 29, Rz. 53; vgl. auch Komm. GSchG/LEaux, RIVA: «Der Gesetzgeber von 1991 stand vor einem Dilemma: Eine sofortige und volle Anwendung der Restwasservorschriften kann die erteilten wohlerworbenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte am Wasser so beeinträchtigen, dass die Substanz des Rechts verletzt wird und der Staat eine Entschädigung zahlen muss» (Vor Art. 80–83, Rz. 5, 13); Komm. GSchG/LEaux, RIVA, Art. 80, Rz. 9–10.

2102 Vgl. Komm. GSchG/LEaux, HUBER-WÄLCHLI, Vor Art. 29–36, Rz. 71.

GSchG GL) erlassen.[2103] Das geltende Gesetz sieht in Art. 2 Abs. 2 vor, dass das «zuständige Departement» die Aufsicht über den Vollzug der Gewässerschutzgesetzgebung ausübt. Gemäss Art. 13 Abs. 1 EG GSchG GL ist das zuständige Departement auch für die Erteilung der Polizeibewilligung zuständig.[2104] Die *Verordnung über den Vollzug der Umweltschutz- und der Gewässerschutzgesetzgebung vom 21. März 2006* (GSchV GL) bestimmt das DBU (Art. 1 Abs. 1) und darin die *Abteilung Umweltschutz und Energie* (Art. 2 Abs. 1) als dafür zuständig.[2105] Die Gebührenpflicht richtet sich gemäss Art. 15 Abs. 1 GSchV GL nach der Energiegesetzgebung (s. hinten Rz. 821 ff.). Auch diese Bewilligung bildet einen Teil der Glarner Wasserrechtskonzession.

3. Der Umweltschutz

3.1 Der bundesgesetzliche Rahmen

803 Neben den vereinzelten Bestimmungen welche schon unter der BV 1874 bestanden hatten, kam ein umfassender Umweltschutz erst mit der Totalrevision des Jahres 1999 in die BV.[2106] Heute findet er sich in der Präambel als «Verantwortung gegenüber der Schöpfung»,[2107] und sodann im eigens dafür geschaffenen «4. Abschnitt: Umwelt und Raumplanung» (Art. 73–80 BV).[2108] Diese Bestimmungen beinhalten die konstituierenden Grundsätze des Umweltrechts: Das Nachhaltigkeitsprinzip (Art. 73 BV) sowie das Vorsorge- und das Verursacherprinzip (Art. 74 Abs. 2 BV).[2109]

a. Das Waldgesetz

804 Die Entwicklung des Forstrechts entwickelte sich parallel zu jener des Wasserrechts, insofern zunächst die Forstpolizei dem Schutz von Mensch und Boden diente.[2110] So erstaunt

---

2103 Vgl. Landsgemeindememorial 1995, § 16, S. 83–93.

2104 Art. 13 Abs. 1 EG GSchG GL: «Für Wasserentnahmen aus ober- und unterirdischen Gewässern ist eine Bewilligung des zuständigen Departements erforderlich; Ausnahmen regelt die landrätliche Verordnung. Bei Entnahmen aus dem Grundwasser bis höchstens 200 l/min. wird die Bewilligung von der zuständigen kantonalen Verwaltungsbehörde erteilt. Die Bestimmungen des Energiegesetzes bleiben vorbehalten.»

2105 Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Verordnung 2006 GL.

2106 Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 14, Rz. 9–12.

2107 Vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 25, Rz. 12.

2108 Vgl. dazu FAVRE, Constitution environnementale, S. 2127–2129, Rz. 16–20; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 14, Rz. 13.

2109 Vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 25, Rz. 6, 10; vgl. insb. zum Nachhaltigkeitsprinzip (Rz. 11–14), zum Vorsorgeprinzip (Rz. 15–16) und zum Verursacherprinzip (Rz. 17–18).

2110 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 1, 7; vgl. DENS., Energierecht, S. 463, Rz. 4320.

es nicht, dass die Wasser- und die Forstpolizei mit Art. 24 BV 1874 in derselben Verfassungsbestimmung verankert wurden (s. vorne Rz. 343). Gestützt darauf wurde das *Bundesgesez* [sic] *betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge vom 24. März 1876* (FPolG 1876) erlassen. Bereits in diesem ersten Erlass wurde mit Art. 11 Abs. 1 WaG jene Bewilligungspflicht eingeführt, welche «wegweisend wurde für die schweizerische Forstpolitik»:[2111]

> «Innerhalb der festgesetzten Grenzen darf ohne kantonale Bewilligung das Forstareal nicht vermindert werden, und es sind die künftigen Blößen und Schläge wieder aufzuforsten, sofern dafür nicht eine entsprechende Fläche anderen Landes zur Aufforstung gewidmet wird.»[2112]

Nach dem Wegfall des Zusatzes «im Hochgebirge» aus der Verfassungsbestimmung durch die Verfassungsrevision von 1897 (s. vorne Rz. 539), wurde das Forstrecht zu einer gesamtschweizerischen Ordnung ausgebaut.[2113] Auch im *Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902* (FPolG 1902) wurde die «Grundidee der Erhaltung der Wälder» beibehalten.[2114] Geradezu programmatisch in dieser Hinsicht Art. 31 Abs. 1 FPolG 1902: «Das Waldareal der Schweiz soll nicht vermindert werden». In Art. 31 Abs. 2 FPolG 1902 wurde sodann festgehalten, dass «Ausreutungen in Nichtschutzwaldungen […] der Bewilligung der Kantonsregierung» bedürfen. 805

Im geltenden *Waldgesetz vom 4. Oktober 1991* (WaG) dient der Schutz des Waldes einer Vielfalt von Zwecken,[2115] so insbesondere der Erhaltung seiner Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktion (Art. 1 Abs. 1 lit. c WaG). Die Bewilligung hat sich in Art. 5 WaG erhalten: So sind Rodungen grundsätzlich verboten (Abs. 1), können jedoch im Rahmen einer Ausnahmebewilligung zulässig sein, wenn nachgewiesen wird, «dass für die Rodung wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen» und «das Werk, für das gerodet werden soll […] auf den vorgesehenen Standort angewiesen» ist (Abs. 2 lit. a).[2116] 806

b. Der Landschafts-, Natur- und Heimatschutz

Bereits Art. 22 WRG verpflichtet unter dem Titel «Wahrung der Schönheit der Landschaft» die «Naturschönheiten» zu schonen und da, «wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten» (Abs. 1). So sollen namentlich Wasserwerke so aus- 807

2111 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 7.

2112 Art. 11 Abs. 1 FPolG 1876; zit. auch in JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 7.

2113 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 8.

2114 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 8.

2115 Vgl. JAGMETTI, in: Komm. BV 1874, Art. 24, Rz. 9.

2116 Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 5, Rz. 30.

geführt werden, dass sie «das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören» (Abs. 2).[2117]

808 Heute werden Natur- und Heimatschutz weitgehend unter Art. 78 BV geregelt. Biotope fallen unter den «Schutz der Tier- und Pflanzenwelt» sowie der «Erhaltung ihrer Lebensräume in der natürlichen Vielfalt» (Abs. 4).[2118] Ebenso geschützt sind «Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung» (Abs. 5).[2119] Dieser Schutz findet Niederschlag in Art. 18 Abs. 1bis des *Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966* (NHG), wonach «Uferbereiche, Riedgebiete und Moore, seltene Waldgesellschaften, Hecken, Feldgehölze, Trockenrasen und weitere Standorte, die eine ausgleichende Funktion im Naturhaushalt erfüllen», besonders zu schützen sind.[2120] Gestützt auf diesen Schutz können Kantone «Konzessionen und Bewilligungen nur unter Bedingungen oder Auflagen erteilen oder aber verweigern» (Art. 3 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b NHG).

809 Der bundesrechtliche Landschafts-, Natur- und Heimatschutz schützt aber auch Objekte, die vom Menschen geschaffen wurden.[2121] So verpflichtet Art. 78 Abs. 2 BV zur Schonung von «Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler». Art. 3 NHG verpflichtet Bund und Kantone dazu, dass «das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben», wobei Konzessionen auch hiervon abhängig gemacht werden können. Ein erhöhter Schutz steht den Objekten zu, die gemäss Art. 78 Abs. 3 BV «von gesamtschweizerischer Bedeutung» sind und im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler aufgenommen wurden (Art. 5–7 NHG).[2122]

c. Das Umweltschutzgesetz

810 Am 6. Juni 1971 nahmen Volk und Stände den neuen Art. 24^{septies} BV 1874 an:

> «Art. 24^{septies} BV 1874
>
> [1] Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einrichtungen. Er bekämpft insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm.

2117 Art. 22 WRG; vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 457, Rz. 4307; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 6, Rz. 54.

2118 Art. 78 Abs. 4 BV; vgl. vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 457, Rz. 4312.

2119 Vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 461, Rz. 4314.

2120 Vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 461, Rz. 4313.

2121 JAGMETTI, Energierecht, S. 458–459, Rz. 4310.

2122 Vgl. JAGMETTI, Energierecht, S. 459, Rz. 4310.

> [2] Der Vollzug der Vorschriften wird, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bunde vorbehält, den Kantonen übertragen.»[2123]

Da der Verfassungsauftrag sich auf «alle von Menschen verursachten *Umwelteinwirkungen*» bezog, sollte das gestützt darauf erlassene *Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983* (USG), anders als die bisherigen Gesetze, seinen Schutz «nicht auf die einzelnen Lebewesen oder Landschaftsteile beschränken, sondern […] Tiere und Pflanzen als *Lebensgemeinschaften* und die Umwelt als *Lebensraum* erfassen».[2124] 811

In Art. 1 Abs. 2 USG wird das Vorsorgeprinzip verankert, wonach «Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen» sind. Ebenfalls als «Ausfluss des Vorsorgeprinzips» kann die sogenannte Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) angesehen werden, welche in den Art. 10a–10d USG geregelt ist.[2125] Der UVP sind alle Anlagen unterstellt, welche «Umweltbereiche erheblich belasten können, so dass die Einhaltung der Vorschriften über den Schutz der Umwelt voraussichtlich nur mit projekt- oder standortspezifischen Massnahmen sichergestellt werden kann» (Abs. 2). Die UVP wird gemäss Art. 5 Abs. 1 der *Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988* (UVPV) von der Behörde durchgeführt, die «im Rahmen eines Bewilligungs-, Genehmigungs- oder Konzessionsverfahrens über das Projekt entscheidet», wobei das Ergebnis der UVP Grundlage «für den Entscheid über die Bewilligung, Genehmigung oder Konzessionierung des Vorhabens» bildet (Art. 3 Abs. 2 UVPV). Zu diesem Zweck wird die UVP mit anderen Bewilligungen koordiniert, welche ebenfalls von der Anlage verlangt werden (Art. 21 Abs. 1 UVPV): So namentlich die bereits erwähnten Bewilligungen nach dem WaG (lit. a), nach dem NHG (lit. b.), nach dem BGF (lit. c) und nach dem GschG (lit. d). Als massgebliches Verfahren der UVP wird bei «Speicher- und Laufkraftwerke[n] sowie Pumpspeicherwerke[n] mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW» gemäss Anhang («UVP-Anlagen und massgebliche Verfahren») Nr. 21.3 lit. b UVPV das «Konzessionsverfahren (Art. 38 Abs. 1 und 2 WRG) oder [ein] anderes Verfahren nach kantonalem Recht» bezeichnet. 812

3.2 Die kantonale Ausführungsgesetzgebung

Art. 22 KV GL verpflichtet jedermann dazu, «die Umwelt zu schonen» (Abs. 1) sowie Kanton und Gemeinden dazu, «die Schönheit und Eigenart der Landschaft und der Ortsbilder sowie der Natur- und Kulturdenkmäler» zu bewahren (Abs. 2 und 3). Es handelt sich um eine «umfassende Grundsatzbestimmung für den Schutz der Umwelt».[2126] 813

2123 Art. 24^{septies} BV 1874, zit. in: Botschaft USG 1979, S. 753.

2124 Botschaft USG 1979, S. 754 (Hervorhebungen im Original).

2125 Vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 25, Rz. 16.

2126 SCHWEIZER, Kommentar KV GL I, S. 82.

814 Dieser Umweltschutz wird von verschiedenen Bewilligungspflichten in den Ausführungsgesetzen näher bestimmt:

Zum Vollzug des WaG hat die Landsgemeinde das *Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Wald vom 7. Mai 1995* (EG WaG GL) und gestützt darauf der Regierungsrat die *Verordnung zum kantonalen Waldgesetz vom 21. März 2006* (WaV GL) erlassen. Die Rodungsbewilligung gemäss Art. 5 WaG wird demnach durch das «zuständige Departement» (Art. 4 EG WaG GL) erteilt, was dem DBU (Art. 1 Abs. 1 WaV GL) und darin der *Abteilung Wald und Naturgefahren* (Art. 2 Abs. 1 WaV GL) entspricht.

Zum Vollzug des NHG hat die Landsgemeinde das *Gesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 2. Mai 1971* (GNH GL) erlassen. Die Bewilligungspflicht gemäss Art. 18 NHG wird durch die «zuständige kantonale Verwaltungsbehörde» erteilt (Art. 8 Abs. 1 GNH GL).

Zum Vollzug des USG hat die Landsgemeinde das *Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 07.05.1989* (EG USG GL) und gestützt auf dessen Art. 11 hat der Regierungsrat die *Verordnung über die Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 25. März 1996* erlassen (UVPV GL).[2127] Gemäss Anhang («Massgebliches Verfahren für die UVP») Nr. 21.3 UVPV GL besteht das massgebliche Verfahren aus zwei Stufen:

Die *erste Stufe* besteht einerseits im Verzicht auf das Enteignungsvorrecht gemäss WKB GL (Prüfbehörde: Landrat) und andererseits in der Bewilligung gemäss Art. 13 EG GSchG GL (Prüfbehörde: DBU).

Die *zweite Stufe* besteht in der Bewilligung gemäss Art. 5 EnG GL (Prüfbehörde: Regierungsrat).

Weitere benötigte Bewilligungen (Rodungsbewilligung, Bewilligung nach Natur- und Heimatschutzgesetz, Gewässerschutzgesetz, Fischereigesetz usw.) werden mit der Bewilligungsbehörde koordiniert (Art. 5 UVPV GL).

815 All diese Bewilligungen bilden einen Teil einer Glarner Wasserrechtskonzession.

4. Die Energie

816 Mehrere Bürger reichten zuhanden der Landsgemeinde im Jahre 1985 einen Memorialsantrag ein, welcher Regierungs- und Landrat beauftragte, einen Entwurf für ein kantonales Energiegesetz vorzulegen.[2128] Der Zweck des *Energiegesetztes vom 3. Mai 1987* (EnG GL

[2127] Vgl. Landsgemeindememorial 1989, § 13, S. 71–86.

[2128] Vgl. Landsgemeindememorial 1987, § 19, S. 115; vgl. Landsgemeindememorial 1985, § 14, S. 60 ff.

1987) war «die sichere und umweltgerechte Versorgung mit Energie, ihre sparsame und wirtschaftliche Nutzung sowie die Verwendung erneuerbarer Energien» (Art. 1 EnG GL 1987). Die Vorlage wurde aber genutzt, um die staatliche Bewilligung sowie Konzessionsgebühr und Wasserwerksteuer der Wasserwerke auf «Energiegewinnungsanlagen aller Art (auch Solaranlagen, Anlagen zur Gewinnung der geothermischen Tiefenenergie, Windanlagen usw.» auszuweiten:[2129]

Weder das eidgenössische *Energiegesetz vom 16. Juni 1998* (EnG 1998) noch das geltende eidgenössische *Energiegesetz vom 30. September 2016* (EnG) sehen eine solche Bewilligungspflicht oder Abgabe vor, weshalb sie im Hinblick auf die vorliegende zwei Aspekte nicht beachtet werden.[2130] 817

4.1 Die energierechtliche Bewilligung

Zunächst gingen die Art. 175–176 EG ZGB GL in den Bestimmungen des EnG GL 1987 auf:[2131] Die «Bewilligung des Regierungsrates» in Abs. 1 entsprach der «staatlichen Bewilligung» des Art. 175 EG ZGB GL,[2132] welche nun auch auf andere Arten der Energiegewinnung ausgeweitet wurde.[2133] Die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen in Abs. 3 entsprach im Wesentlichen Art. 176 Abs. 2 und 3 EG ZGB GL,[2134] obwohl damit die «möglichst wirtschaftlichen Benutzung der vorhandenen Wasserkraft» aus dem Wortlaut der Bestimmung fiel. Entsprechend wurden diese Bestimmungen auch (im Falle von Art. 175 EG ZGB GL) angepasst oder (im Falle des Art. 176 und EG ZGB GL) gestrichen.[2135] Neu war insbesondere die zeitliche Begrenzung der Bewilligung auf 80 Jahre,[2136] womit diese Bestimmung inhaltlich Art. 48 WRG entsprach (s. vorne Rz. 587). 818

2129 Vgl. Landsgemeindememorial 1987, § 19, S. 116.

2130 Vgl. dazu VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 29, Rz. 39–42.

2131 Für den Wortlaut der §§ resp. Art. 175–176 EG ZGB GL s. hinten Appendix X: Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911 [EG ZGB GL 1911].

2132 Art. 2 Abs. 1 EnG GL 1987: «[1] Die Neuerstellung oder Erweiterung einer Anlage zur Gewinnung von Energie mit einer elektrischen Leistung von mehr als 200 kW oder einer thermischen Leistung von mehr als 100 kW bedarf einer Bewilligung des Regierungsrates.»

2133 Art. 2 Abs. 2 EnG GL 1987: «[2] Der Bewilligungspflicht sind alle Arten der Energiegewinnung unterstellt, insbesondere die Energiegewinnung aus der Tiefe, dem Boden, dem Grundwasser, den stehenden und fliessenden Gewässern, der Luft und der Sonne.»

2134 Art. 2 Abs. 3 EnG GL 1987: «[3] Vor der Bewilligungserteilung holt der Regierungsrat die Stellungnahme der Standortgemeinde ein; er nimmt im öffentlichen Interesse liegende Auflagen in die Bewilligung auf. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Anlage den Zielsetzungen dieses Gesetzes entspricht und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.»

2135 Vgl. Landsgemeindememorial 1987, § 19, S. 123–124.

2136 Art. 2 Abs. 3 EnG GL 1987: «[4] Die Bewilligung wird für eine bestimmte Frist, die 80 Jahre nicht übersteigen darf, erteilt. Wenn die Bewilligung vor Ablauf der Bewilligungszeit nicht er-

819 Als das EnG GL 1987 im Jahre 2000 totalrevidiert wurde, um es an das EnG 1998 anzupassen,[2137] wurden diese Bewilligungspflicht beinahe wortwörtlich übernommen, Sie finden sich heute in Art. 5 EnG GL:

> «Art. 5 EnG GL (Anlagen zur Energiegewinnung)
>
> [1] Die Neuerstellung oder Erweiterung einer Anlage zur Gewinnung von elektrischer Energie bedarf einer Bewilligung des Regierungsrates. Er kann die Bewilligungskompetenz für Anlagen bis zu einer bestimmten elektrischen Leistung an das zuständige Departement delegieren.
>
> [1a] Die Neuerstellung oder Erweiterung einer Anlage zur Gewinnung von Energie mit einer thermischen Leistung von mehr als 1000 kW bedarf einer Bewilligung des Regierungsrates.
>
> [2] Der Bewilligungspflicht sind alle Arten der Energiegewinnung unterstellt, insbesondere die Energiegewinnung aus der Tiefe, dem Boden, dem Grundwasser, den stehenden und fliessenden Gewässern, der Luft, aus Biomasse und der Sonne. Ausgenommen sind Photovoltaikanlagen bis 50 kW.
>
> [3] Vor der Bewilligungserteilung holt die Bewilligungsbehörde die Stellungnahme der Standortgemeinde ein; sie nimmt im öffentlichen Interesse liegende Auflagen in die Bewilligung auf. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Anlage den Zielsetzungen dieses Gesetzes entspricht und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.
>
> [4] Die Bewilligung wird für eine bestimmte Frist, die 80 Jahre nicht übersteigen darf, erteilt. Wenn die Bewilligung vor Ablauf der Bewilligungszeit nicht erneuert wird, ist der Bewilligungsnehmer verpflichtet, soweit möglich und sinnvoll, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen.
>
> […].»

4.2 Die energierechtlichen Abgaben

820 Das EnG wurde auch zu *sedes materiae* der wasserrechtlichen Abgaben, sprich der Konzessionsgebühr und der Wasserwerksteuern. Sie werden nachfolgend in ihrer abgeänderten Form dargestellt.

a. Das Gesetz über die öffentlichen Abgaben von Wasserkraftwerken

821 Die Landsgemeinde revidierte das GBW GL 1910 mit der darin enthaltenen Wasserwerksteuer und dem «den neuen Gegebenheiten» angepassten Titel im *Gesetz über die öffentlichen Abgaben vom 1. Mai 1977* (GÖAW GL 1977).[2138] Ziel dieses Gesetzes war es, die Glarner Sonderregelung mit den Ansätzen, die in Art. 46 und Art. 51 WRG «periodisch

---

neuert wird, ist der Bewilligungsnehmer verpflichtet, soweit möglich und sinnvoll, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen.

2137 Vgl. Landsgemeindememorial 2000, § 11, S. 127–128.

2138 Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 19.

angepasst wurden», Schritt halten zu lassen.[2139] Dabei sollte die Wasserwerksteuer im selben Verhältnis wie bisher zum Wasserzins verbleiben:

> «[…] wobei das Verhältnis zwischen dem Wasserzins und der Wasserwerksteuer mit 6 : 5 angenommen ist. Dieses Verhältnis wird auch dem Tarif im neuen Gesetzestext (Art. 2) zugrunde gelegt.»[2140]

Hierbei wurden die in Art. 2 GÖAW GL 1977 angegebenen drei Progressionsstufen in Art. 3 GÖAW GL 1977 in Abhängigkeit mit dem «im Bundesgesetz festgehaltenen Maximal-Wasserzinsansatz» gesetzt: 822

> «Die Abgabesätze gemäss Artikel 2 Absatz 1 gelten bei einem im Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte festgelegten Wasserzinsmaximum von 20 Franken pro Bruttopferdekraft. Steigt oder fällt dieser Ansatz infolge Änderung des Bundesgesetzes, so steigen oder fallen die kantonalen Abgabesätze im gleichen Verhältnis.»[2141]

Zudem wurde mit der Freigrenze von 300 kW in Art. 1 GÖAW GL 1977 eine Vereinfachung des Verfahrens vorgesehen, damit zahlreiche Kleinkraftwerke von der Besteuerung befreit werden konnten.[2142] Obwohl damit «gegenüber bisher ca. 50 Wasserkraftwerken noch 16–17 der Wasserwerksteuer unterstellt» waren, machten diese «99,3 Prozent des Totalertrages der Wasserwerksteuer aus».[2143] 823

b. Die Abgaben im Energiegesetz

Mit dem EnG GL 1987 wurden die Konzessionsgebühr gemäss Art. 176ª EG ZGB GL (ehemals § 176bis EG ZGB GL,[2144] s. vorne Rz. 630 ff.) und die Wasserwerksteuer des GÖAW GL 1977 in einen Erlass zusammengefasst.[2145] Somit wurden diese Erlasse aufge- 824

2139 Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 18.

2140 Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 19.

2141 Art. 3 GÖAW GL 1977.

2142 Art. 1 GÖAW 1977 GL: «Für Wasserkraftwerke mit einer installierten Leistung von mehr als 300 kW ist neben den ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern eine jährliche Abgabe zu entrichten»; vgl. dazu Landsgemeindememorial 1977: «Die bisherige Abgrenzung erfolgte aufgrund der Produktion und änderte deshalb von Jahr zu Jahr. […] Die Wasserwerksteuereinnahmen von ca. 4800 Franken in einem Jahr mit mittlerer Wasserführung aus den über 30 kleinen Werke vermögen offensichtlich nicht die damit verbundenen Unkosten zu decken, weshalb diese Werke in Zukunft von der Besteuerung befreit werden sollen» (§ 9, S. 19).

2143 Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 19.

2144 Die Umnummerierung von § 176bis in Art. 176ª EG ZGB GL fand 1980 statt (vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 25).

2145 Vgl. Landsgemeindememorial 1987: «Als Grundlage für unseren Entwurf dienten uns: das EG zum ZGB für den Kanton Glarus, das Gesetz über die öffentlichen Abgaben von Wasserkraftwerken» (§ 19, S. 116).

hoben.[2146] Zudem wurde deren Geltungsbereich von Wasserkraftwerken auf «Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 300 kW» ausgeweitet (Art. 3 Abs. 1 EnG GL 1987).

825 Die Totalrevision des EnG GL 1987 des Jahres 2000 wurde zum Anlass genommen, «Anpassungen an das 1996 revidierte Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte» vorzunehmen.[2147] Ansonsten blieben die Bestimmungen unverändert.

(1) Die Bewilligungsgebühr

826 Die Konzessionsgebühr von Art. 176[a] EG ZGB GL ging in Art. 2 Abs. 5 EnG GL 1987 über und findet sich wortwörtlich im revidierten Art. 5 Abs. 5 EnG GL:

> «Art. 5 Abs. 5 EnG GL (Anlagen zur Energiegewinnung)
>
> [5] Die Gebühren werden in der landrätlichen Vollzugsverordnung geregelt; sie betragen höchstens 50 Franken pro kW.»

827 Bei der landrätlichen Vollzugsverordnung handelt es sich um die *Verordnung zum Energiegesetz vom 27. Juni 2001* (EnV GL), welche die Bewilligungsgebühr unter Art. 26 behandelt:

> «Art. 26 EnV GL (Bewilligungsgebühren)
>
> [1] Die Bewilligungsgebühren nach Artikel 5 Absatz 5 des Gesetzes betragen für Anlagen zur Gewinnung von Energie mit einer elektrischen Leistung von mehr als 200 kW oder einer thermischen Leistung von mehr als 1000 kW:
>
> 1. bis 1000 kW: 20 Franken/kW;
> 2. über 1000–10 000 kW: 30 Franken/kW;
> 3. über 10'000–100'000 kW: 40 Franken/kW;
> 4. über 100'000 kW: 50 Franken/kW.
>
> [2] Bei Blockheizkraftwerken (Wärme-Kraftkoppelungsanlagen) ist die elektrische Leistung massgebend.
>
> [3] Für Anlagen, die vorwiegend der Selbstversorgung dienen, ermässigen sich die Ansätze um die Hälfte. Notstromgruppen sind gebührenfrei.
>
> [4] Für die Berechnung der Gebühren ist die theoretische elektrische oder thermische Leistung, ohne Berücksichtigung von Wirkungsgraden, massgebend. Bei der Erweiterung einer bestehenden Anlage ist für die Berechnung der Gebühr die Erhöhung der installierten Leistung massgebend.
>
> [5] Bei förderungswürdigen Anlagen kann der Regierungsrat die Bewilligungsgebühr reduzieren.»

2146 Art. 25 EnG GL 1987 (Aufhebung bestehenden Rechtes): «Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes wird das Gesetz vom 1. Mai 1977 über die öffentlichen Abgaben von Wasserkraftwerken aufgehoben»; vgl. auch Landsgemeindememorial 1987, § 19, S. 123–124.

2147 Landsgemeindememorial 2000, § 11, S. 130.

(2) Die jährliche Abgabe

Die Wasserwerksteuer (s. vorne Rz. 449 ff.) war in Art. 1 Abs. 1 GÖAW GL 1977 als eine «jährliche Abgabe» definiert, welche von «Wasserkraftwerke[n] mit einer installierten Leistung von mehr als 300 kW» erhoben wurde. Die Abgabepflicht wurde mit Art. 3 EnG GL 1987 auf «Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 300 KW» ausgeweitet. Mit der Revision des Jahres 2000 wurde der Inhalt mit Ausnahme der «Erhöhung der Mindestbruttoleistung von 300 kW auf 1 MW» grundsätzlich beibehalten.[2148] Heute findet sich die Wasserwerksteuer in Art. 6 EnG GL: 828

> «Art. 6 EnG GL (Abgabepflicht)
>
> [1] Für gewonnene Energie aus Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als einem Megawatt Bruttoleistung sowie aus der thermischen Nutzung von Grundwasser, Erdwärme, Oberflächengewässer und Luft mit einer Leistung von mehr als einem Megawatt ist neben den ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern eine jährliche Abgabe an den Kanton zu entrichten.
>
> [1a] Der Regierungsrat kann Alternativenergie und Betriebe mit einer grossen volkswirtschaftlichen oder kommunalen Bedeutung von dieser Abgabe ganz oder teilweise befreien; diese Befreiung kann befristet werden. Eine befristete Befreiung kann verlängert werden.
>
> [2] Für Energie, die aus einem Energieträger gewonnen wird, der bereits der Abgabepflicht gemäss Absatz 1 unterstellt ist, wie im Fall von Pumpspeicherwerken, entfällt die Abgabe.
>
> [3] Für Energie, die aus Holz, Kehricht oder aus Energieträgern, die in den Kanton Glarus eingeführt werden, gewonnen wird, entfällt die Abgabe.»

Die Höhe der Abgabe war in Art. 2 GÖAW GL 1977 in der Form dreier Progressionsstufen geregelt.[2149] Dies wurde in Art. 4 EnG GL 1987 unverändert übernommen.[2150] Mit der Revision des Jahres 2000 wurden «die Abgabesätze an den auf 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung erhöhten Wasserzins» angepasst, was zu einer Verdoppelung der geschuldeten Rappen führte:[2151] 829

> «Art. 5 (Höhe der jährlichen Abgabe)
>
> [1] Die jährliche Abgabe beträgt für Anlagen mit einer Jahresenergieproduktion
>
> – bis 16 000 000 kWh 0,402 Rp./kWh
> – über 16 000 000 bis 32 000 000 kWh 0,484 Rp./kWh
> – über 32 000 000 kWh 0,564 Rp./kWh
>
> [2] Als Einschätzungseinheit gelten Anlagen, die in der gleichen Zentrale bzw. im gleichen Gebäude untergebracht sind und dem gleichen Eigentümer gehören.
>
> [3] Die Produktion wird am Abgabepunkt (z.B. an dem Generator und Trafo bzw. Erstverbraucher) mittels vorschriftsgemäss periodisch geeichtem Zähler gemessen. Bei einem allfälligen

---

2148 Landsgemeindememorial 2000, § 11, S. 130.

2149 Vgl. Art. 2 GÖAW GL 1977; vgl. auch Landsgemeindememorial 1977, § 9, S. 20.

2150 Vgl. Art. 4 EnG GL 1987; vgl. vgl. auch Landsgemeindememorial 1987, § 19, S. 116.

2151 Landsgemeindememorial 2000, § 11, S. 130.

Zählerausfall errechnet sich die Energie während der Zeit des Ausfalls aus dem Mittel der zeitgleichen Periode vor und nach dem Ausfall.

[4] Diese Abgabesätze gelten bei einem im Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte festgelegten Wasserzinsmaximum von 80 Franken pro kW Bruttoleistung. Steigt oder fällt dieser Ansatz infolge Aenderung des Bundesgesetzes, so steigen oder fallen die kantonalen Abgabesätze im gleichen Verhältnis.

[5] Wenn die laut Bundesgesetz höchstzulässigen Abgaben infolge dieses Gesetzes überschritten werden, so wird der Differenzbetrag nicht erhoben.

[6] Der Regierungsrat ist ermächtigt, die Höhe der jährlichen Abgabe im Rahmen der Bundesgesetzgebung zu reduzieren.»

c. Die Erhöhung der jährlichen Abgabe des Jahres 2009

830 Im Jahr 2008 rechnete der Regierungsrat den Anteil der Wasserwerksteuer am maximalen Wasserzins nach und kam auf die folgenden Zahlen:[2152]

Periode	Anteil Wasserwerksteuer am maximalen Wasserzins
1910–1953	77 %
1956–1977	77 %
1977–1987	42 %
1987–1997	47 %
ab 1997	47 %

Tabelle 1: Anteil der Wasserwerksteuer am maximalen Wasserzins.

831 Der Grund war die von der sozialdemokratischen Landratsfraktion eingereichte Motion «Wasserzinsen», welche vorschlug, einerseits die Ansätze der Wasserwerksteuer gemäss Art. 5 Abs. 1 EnG GL um 25 % zu erhöhen, und andererseits künftige Erhöhungen des Bundesmaximums gemäss Art. 49 WRG allein durch den Kanton abschöpfen zu lassen.[2153] Diese Erhöhung ergäbe ein «Verhältnis von etwa 60 : 40 (Wasserwerksteuer : Wasserzinsen), das etwa in der Mitte zwischen demjenigen von vor 1977 und von heute läge».[2154] Die Abschöpfung weiterer Erhöhungen des Wasserzinsmaximums wurde damit begründet, dass bisher die «privaten Wasserrechtsbesitzer […] von diesen Aufschlägen immer profitiert [haben], anteilsmässig gar mehr als der Kanton, ohne sich dafür eingesetzt zu ha-

2152 Die Zahlen entstammen dem Bericht Regierungsrat 2008, S. 8; Landsgemeindememorial 2009, § 9, S. 78.

2153 Vgl. Bericht Regierungsrat 2008, S. 7.

2154 Bericht Regierungsrat EnG 2008, S. 8.

ben».[2155] Der Grund lag aber tiefer und steckte im Sonderfall des Kantons Glarus, welcher vom Regierungsrat offenbar als stossend empfunden wurde:

> «Mit dem Wasserzins entschädigt der Konzessionsnehmer der Öffentlichkeit die wirtschaftliche Nutzung der ihm verliehenen Wasserkräfte. Nur im Kanton Glarus partizipieren zudem private Wasserrechtsbesitzer an diesen Erträgen.»[2156]

Der Regierungsrat verglich die Glarner Wasserrechtsordnung in dieser Hinsicht mit ande- 832
ren kantonalen Wasserrechtsordnungen:

> «In 19 Kantonen fliessen diese Angaben vollumfänglich in die Staatskasse, während der Kanton Glarus nicht einmal die Hälfte beanspruchen kann. In Kantonen mit grösseren Wasserkraftwerken (GR, VS, UR) betragen die Wasserzinseinnahmen zwischen 8 und 14 Prozent der Fiskaleinnahmen; im Kanton Glarus sind es bescheidene 3 Prozent.»[2157]

Die Landratskommission beriet am 14. Januar 2009 verschiedene Anträge, welche jedoch 833
alle zugunsten des regierungsrätlichen Entwurfes abgelehnt wurden.[2158] In der ersten Lesung des Landrats am 4. Februar 2009, legte der damalige Gemeindepräsident von Schwanden, Dr. iur. *Thomas Hefti* (1959*), die Glarner Wasserrechtsordnung dar:

> «Im Kanton Glarus steht die Berechtigung zur Ausnützung der Wasserkraft den Ufereigentümern zu. […] Aufgrund der Rechtslage kann der Kanton keinen Wasserzins vereinnahmen. Er geht aber nicht leer aus. Er erhält seit 1910 die Wasserwerksteuer, etwa 45 Prozent des Wasserzinsmaximums. Die Verteilung am Ertrag beträgt: Kanton 5, Ufereigentümer 6 Elftel […]. Die Vorlage höbe die Steuer um 25 Prozent auf hohe 55 bis 58 Prozent. – Privaten, Firmen und Einzelpersonen nähme die Vorlage Jahrzehnte alte Rechte weg oder senkte sie auf gegen 20 Prozent. Dies wäre mit der von der Verfassung gewährleisteten Eigentumsgarantie unvereinbar.»[2159]

Aus diesem Grund schlug er namens der FDP-Landratsfraktion eine hälftige Aufteilung 834
des Wasserzinsmaximums zwischen Kanton in der Form der Wasserwerksteuer und dem Wasserrechtseigentümer in der Form des Wasserzinses vor (Abs. 1).[2160] Als Gegenleistung wurde angeboten, dass die Ausgleichsleistungen, welche für Einbussen der Wasserkraftnutzung abzuliefern ist (sog. «Greina-Rappen») und welche bisher alleine vom Kanton be-

---

[2155] Bericht Regierungsrat EnG 2008, S. 8.

[2156] Vgl. Bericht Regierungsrat EnG 2008, S. 8; Landsgemeindememorial 2009, § 9, S. 78.

[2157] Landsgemeindememorial 2009, § 9, S. 77; vgl. auch Bericht Regierungsrat 2008: ««Einzig im Kanton Glarus erhalten die privaten Uferanstösser einen Anteil an diesen Wasserzinsen. Sein Energiegesetz (Art. 5) bestimmt den Kantonsanteil. […] So schöpft der Kanton etwas weniger als die Hälfte des Bundesmaximums ab (im Zehnjahresdurchschnitt 4,28 Mio. Fr./Jahr).» (S. 7–8).

[2158] Vgl. Bericht Landratskommission 2009.

[2159] Landratsprotokoll, Sitzung 4. Februar 2009, § 352, S. 510–511.

[2160] Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 4. Februar 2009: «Absatz 1 lautet: *‹Der Kanton erhebt eine jährliche Abgabe (Wasserwerksteuer) in der Höhe der Hälfte des jeweiligen bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums›*» (§ 352, S. 513).

zahlt wurde,[2161] hälftig zwischen Wasserrechtseigentümer und Kanton beglichen würde (Abs. 4).[2162] Dies wurde vom Landrat angenommen.

(1) Der angepasste Antrag

835 Dies bewog den Regierungsrat seinerseits zu seinem abgeänderten Antrag vom 13. Februar 2009 zuhanden der zweiten Lesung des Landrates.[2163] Diesmal sollte die Höhe der jährlichen Abgabe gemäss Art. 5 Abs. 1 EnG davon abhängig gemacht werden, ob es sich bei der Wasserrechtseigentümerin um eine Gemeinde handelte oder nicht:

> «Art. 5 E-EnG (Höhe der jährlichen Abgabe)
>
> [1] Die jährliche Abgabe (Wasserwerksteuer) beträgt:
>
> a. im Verhältnis zu Glarner Gemeinden als Wasserrechtseigentümern die Hälfte des jeweiligen bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums;
>
> b. im Verhältnis zu den übrigen Wasserrechtseigentümern die Hälfte des bei Inkrafttreten dieses Gesetzes geltenden bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums (Fr. 80.– pro kW Bruttoleistung) zuzüglich des Mehrbetrags einer allfälligen Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums bis zum Erreichen eines Höchstanteils von 65%.»[2164]

836 Dem Regierungsrat zufolge «rechtfertigt sich die Bevorzugung der Glarner Gemeinden gegenüber den übrigen Wasserrechtseigentümern», da diese «nicht eine ganze glarnerische Gebietskörperschaft repräsentieren» – und da die getroffene Unterscheidung auf sachlichen Gründen beruhe, sei sie auch mit dem Rechtsgleichheitsverbot (Art. 8 BV) vereinbar.[2165] Es handle sich auch nicht um eine konfiskatorische Besteuerung:

> «Es darf berücksichtigt werden, dass es sich beim Wasserrecht des Ufereigentümers um einen gesetzlich gewährleisten Sondernutzen handelt, der in dieser Form nur noch im Kanton Glarus besteht. Die Ablösung dieses Sondernutzens durch hoheitliche Rechte an der Wasserkraft könnte die Landsgemeinde auch für den Kanton Glarus beschliessen.»[2166]

2161 Vgl. Bericht Regierungsrat EnG 2008: «Seit 1997 verlangt der Bund von den Kantonen einen Wasserzinsanteil für die Entschädigung von nicht ausgeübten Wasserrechten, vom Kanton Glarus jährlich etwa 75'000 Franken. Diskussionslos wurde dieser Betrag ihm und nicht den Privaten angelastet, was den Kantonsanteil zusätzlich um etwa 2 Prozent schmälert» (S. 8).

2162 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 4. Februar 2009: «Absatz 4 lautet: *‹Den Anteil des Wasserzinses, der dem Bund zur Sicherstellung von Ausgleichsleistungen für Einbussen der Wasserkraftnutzung abzuliefern ist, tragen die Wasserrechtseigentümer und der Kanton je zur Hälfte›*» (§ 352, S. 513).

2163 Vgl. Bericht Regierungsrat EnG 2009.

2164 Bericht Regierungsrat EnG 2009, S. 1.

2165 Bericht Regierungsrat EnG 2009, S. 2.

2166 Bericht Regierungsrat EnG 2009, S. 2.

(2) Die Rechtsgutachten

Die Landratskommission war sich dessen aber nicht so sicher, weshalb sie am 18. Februar 2009 beschloss, ein unabhängiges Rechtsgutachten zu diesem zweiten Antrag einzuholen.[2167] Dabei wurde gefragt, (1.) ob eine Besteuerung von 65 % noch mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV i.V.m. Art. 14 KV GL)[2168] und (2.), ob eine unterschiedliche Besteuerung mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV i.V.m. Art. 4 KV GL)[2169] respektive (3.) der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV)[2170] vereinbar sei. Dazu äusserte sich das DBU im Rahmen einer *Ergänzenden Kurzstellungnahme zu den rechtlichen Fragen* vom 20. Februar 2009 sowie Rechtsanwalt lic. iur. DANIEL ALTHAUS in seinem *Gutachten zur Änderung von Art. 5 Energiegesetz; Vorschlag des Regierungsrates vom 13.02.2009* vom 2. März 2009.[2171] 837

Bezüglich der *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV) sah das DBU nicht nur aufgrund der prozentualen Mehrabschöpfung,[2172] sondern vor allem aufgrund der Besonderheit des Nutzungsrechts der Ufereigentümer gemäss Art. 170 EG ZGB GL keine konfiskatorische Besteuerung gegeben:

> «Das Wasserrecht des Ufereigentümers ist heute ein Spezialprivileg des glarnerischen Rechts. Der mit dem Eigentum an einem Ufergrundstück verbundene Sondernutzen ist in der übrigen Schweiz, soweit früher vorhanden, durch die Gewässerhoheit öffentlicher Gemeinwesen abgelöst worden ist [sic]. Eine solche Ablösung könnte die Landsgemeinde auch für den Kanton Glarus beschliessen. Die Ausübung oder Verwertung eines Wasserrechtes gehört offenkundig nicht zu den zentralen Befugnissen, die nach der schweizerischen Rechtsordnung mit dem privaten Grundeigentum verbunden sind. Dementsprechend

---

2167 Bericht Landratskommission 2009 II, S. 1.

2168 Vgl. DBU, Kurzbericht: «Frage 1: *Ist eine Besteuerung des Wasserzinses mit einem Satz von 65%, womit dem Wasserrechtseigentümer noch 35 % verbleiben, vereinbar mit der in Art. 14 der Kantonsverfassung und in Art. 26 der Bundesverfassung verankerten Eigentumsgarantie oder stellt dieser Steuersatz einen Eingriff in die Institutsgarantie dar? Dabei wird zu beachten sein, dass die solchermassen besteuerte Privatperson auf dem von ihr vereinnahmten Wasserzins zusätzlich der Staatssteuer und der direkten Bundessteuer untersteht*» (S. 1; Hervorhebung im Original).

2169 Vgl. DBU, Kurzbericht: «Frage 2: *Anknüpfungspunkt für die Steuer ist der Wasserzins. Der Anspruch der Gemeinden wie auch der anderen Wasserrechtseigentümer gründet gleichermassen auf der privatrechtlichen Bestimmung von Art. 170 des Glarner Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch. Ist es vor dem Gebot der Rechtsgleichheit von Art. 4 der Kantonsverfassung und Art. 8 der Bundesverfassung haltbar, dass man die einen Wasserrechtseigentümer (die Gemeinden) anders (tiefer) besteuert als die übrigen Wasserrechtseigentümer?*» (S. 2; Hervorhebung im Original).

2170 Vgl. DBU, Kurzbericht: «Frage: *Stellt die ungleiche Besteuerung in denjenigen Fällen, wo Wasserrechtseigentümer, die nicht Gemeinden sind, die Wasserrechte selbst zur Energieerzeugung ausnützen, nicht eine Behinderung im Wettbewerb dar?*» (S. 2; Hervorhebung im Original).

2171 Vgl. DBU, Kurzstellungnahme; ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II.

2172 Vgl. DBU, Kurzstellungnahme, S. 1–2.

> gelten für die abgabenmässige Belastung dieses Sonderprivilegs auch nicht die gleichen Massstäbe wie beispielsweise für die Besteuerung des Mietertrages einer Liegenschaft.»[2173]

DANIEL ALTHAUS wies darauf hin, dass sich eine konfiskatorische Besteuerung immer an den konkreten Umständen des Einzelfalles bemesse:

> «Insoweit sind an dieser Stelle konkrete Aussagen praktisch unmöglich, können doch die über hundert potentiell betroffenen Wasserrechtseigentümer nicht über denselben Leist gezogen werden.»[2174]

Da es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausserordentlich viel brauche, um eine gegen die Eigentumsgarantie verstossende konfiskatorische Besteuerung zu bejahen, so «dürfte die vorgeschlagene Regelung bei den meisten betroffenen Wasserrechtseigentümern keine konfiskatorische Besteuerung auslösen».[2175] In Einzelfällen könne aber «bei einer allfälligen Höchstabschöpfung von 65 % […] eine Verletzung der Eigentumsgarantie nicht zum vornherein ausgeschlossen» werden.[2176]

Bezüglich dem *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 BV) sah das DBU eine sachliche Unterscheidung darin, dass die Gemeinden «die gewonnenen Erträge zur Erfüllung ihrer Aufgaben, also im Interesse der Allgemeinheit, verwenden müssen».[2177] Dieses Argument wies DANIEL ALTHAUS zurück, da es nur für jene wasserkraftreiche Gemeinden gelten könne, welche überhaupt einen Wasserzinsertrag aufweisen.[2178] Zudem stimme es nicht, dass die privaten Wasserrechtseigentümer die Wasserzinserträge nicht im Interesse der Allgemeinheit verwenden:

> «Darüber hinaus ist es ein offenes Geheimnis, dass viele private Wasserrechtseigentümer die erhaltenen Wasserzinsen dafür einsetzen, um den Pflichten gemäss Art. 189 ff. EG ZGB (Wuhrpflicht etc.) nachzukommen. Insoweit nehmen auch sie Aufgaben wa[h]r, die in anderen Kantonen der öffentlichen Hand zugewiesen sind.»[2179]

Nicht zuletzt, bemerkte DANIEL ALTHAUS, würden die privaten Wasserrechtseigentümer auf ihre Wasserzinserträge ja auch die ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern zahlen.[2180] Aus diesen Gründen sah DANIEL ALTHAUS keine sachlichen Gründe für

---

2173 DBU, Kurzstellungnahme, S. 1.

2174 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II, S. 4.

2175 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II, S. 4.

2176 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II, S. 4–5.

2177 DBU, Kurzstellungnahme, S. 2.

2178 Vgl. ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II: «Meines Erachtens vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Einerseits kommt der Wasserzinsertrag nur der zukünftigen Gemeinde ‹Glarus Süd› zu. Die zahlenmässig weit grössere Bevölkerung der Gemeinden Glarus und ‹Glarus Nord› bliebe davon ausgeschlossen» (S. 5).

2179 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II, S. 5.

2180 Vgl. ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten II: «Schliesslich unterstehen gemäss Art. 4 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 7. Mai 2000 die Wasserzinserträge explizit den ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern, welche wiederum der Allgemeinheit – notabene der ganzen Kantonsbevölkerung – zukommen» (S. 5–6).

eine Unterscheidung gegeben, nicht zuletzt, weil der «historische Gesetzgeber diesbezüglich Gemeinden und Private immer gleich behandelt hat».[2181] Nach seiner Auffassung handelte es sich um eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots.[2182]

Bezüglich der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 94 BV) anerkannte das DBU, dass es sich um eine Ungleichbehandlung handelte – doch kämen ähnliche solche «Unterscheidungen […] in der Rechtslandschaft auch sonst vor».[2183] DANIEL ALTHAUS zufolge war der Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung vorliegend offenkundig verletzt.[2184] Das vom DBU vorgebrachte Argument liess er nicht gelten, da sich die genannten Unterscheidungen auf Spezialgesetze berufen könnten.[2185] Mit Bezug auf den vorgeschlagenen Art. 5 Abs. 1 EnG bestehe zwar auch eine gesetzliche Grundlage, doch fehle es an einem öffentlichen Interesse für eine solche Grundrechtseinschränkung (Art. 36 BV), da fiskalische Interessen keinen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit begründen können:

> «In casu sind – mit Ausnahme der fiskalischen Interessen – keine öffentlichen Interessen erkennbar, die einen solchen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit legitimieren würden.»[2186]

838 Die Landratskommission nahm vom Ergebnis der Gutachten Kenntnis und beschloss mit fünf zu vier Stimmen, dem Landrat zu beantragen, auf die vorgeschlagene Abschöpfung künftiger Erhöhungen des Bundesmaximum der Wasserzinsen bei Privaten zu verzichten.[2187] Mit sechs zu vier Stimmen wurde der Antrag angenommen, dem Landrat vorzuschlagen, die Wasserwerksteuer auf 55 % des Bundesmaximums zu erhöhen, was zusätzlichen jährlichen Einnahmen von Fr. 100'000.– entsprechen würde.[2188] Dem folgte der

---

2181 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachen I, S. 6.

2182 Vgl. ALTHAUS, DBU Rechtsgutachen I, S. 6. Ob es sich auch um eine Verletzung des Vertrauensschutzes handelte (Art. 9 BV) liess ALTHAUS offen.

2183 Vgl. DBU, Kurzstellungnahme, S. 2–3. Das DBU verwies hierbei auf von Gewinn- und Ertragssteuer befreite öffentliche Anstalten des Kantons, wie etwa die *Kantonale Sachversicherung* oder die *Glarner Kantonalbank*.

2184 Vgl. ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten I, S. 6.

2185 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten: «Die Hinweise auf die Kantonale Sachversicherung und die Glarner Kantonalbank zielen ins Leere, sind doch diese Institute und deren Privilege durch spezielle Erlasse […] in der kantonalen Gesetzgebung verankert» (S. 7).

2186 ALTHAUS, DBU Rechtsgutachten I, S. 6.

2187 Vgl. Bericht Landratskommission 2009 II: «Bei diesem Entscheid haben vor allem Bedenken im Hinblick auf die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes den Ausschlag gegeben» (S. 2); vgl. auch Landratsprotokoll 4. März 2009, § 369, S. 542.

2188 Vgl. Bericht Landratskommission 2009 II: «Die Kommissionsmehrheit war der Ansicht, dass diese moderate Erhöhung dem Auftrag des Landrates zur Erhöhung der Kantonseinnahmen aus der Wasserkraft entspreche, ohne die Interessen der Wasserrechtseigentümer übermässig zu beschneiden» (S. 2); vgl. auch Landratsprotokoll 4. März 2009: «Die Kommission schlägt nun einen Kompromiss vor, indem sie den Verteilschlüssel von 55 zu 45 zu Gunsten des Kantons festsetzen will» (§ 369, S. 542).

Landrat in seiner zweiten Lesung vom 4. März 2009 sowie die Landsgemeinde vom 3. Mai 2009.[2189] Der in der Schlussbereinigung geänderte Art. 7 EnG GL lautet im geltenden Recht folgendermassen:

> «Art. 7 EnG GL (Höhe der jährlichen Abgabe)
>
> [1] Die jährliche Abgabe (Wasserwerksteuer) beträgt 55 Prozent des jeweiligen bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums.
>
> [2] Den Anteil des Wasserzinses, der dem Bund zur Sicherstellung von Ausgleichsleistungen für Einbussen der Wasserkraftnutzung abzuliefern ist, tragen die Wasserrechtseigentümer und der Kanton nach Massgabe der Aufteilung gemäss Absatz 1.
>
> [3] Bei Einführung einer zusätzlichen Bemessung (z. B. Speicherzuschlag) gelten die vorstehenden Absätze sinngemäss.
>
> [4] Der Regierungsrat ist ermächtigt, die Höhe der jährlichen Abgabe im Rahmen der Bundesgesetzgebung zu reduzieren.
>
> [4a] Der Landrat legt die jährliche Abgabe für die thermische Nutzung in der Verordnung fest.
>
> [5] Die Einzelheiten der Besteuerung werden in der landrätlichen Verordnung geregelt.»

839 Die landrätliche Verordnung ergänzt die Gesetzesbestimmung nur noch unmassgeblich:

> «Art. 25a EnV GL (Erhebung der Wasserwerksteuer)
>
> [1] Die Wasserwerksteuer wird jeweils pro Kalenderjahr erhoben.
>
> [2] Die Bemessung erfolgt anhand der Produktion.»

5. Zwischenbetrachtung

840 Die im Laufe der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hinzugetretenen bundes- und kantonsrechtlichen Bestimmungen sind Ausdruck eines gesamtheitlicheren Bewusstseins der Nutzung der Wasserkraft und ihrer vielfältigen Einwirkungen auf die Umwelt. Sie stellten gesetzlich legitimierte öffentliche Interessen dar, welche im gegenwärtigen Recht in der Form polizeilicher Bewilligungen zwingende Voraussetzungen einer Nutzung der Wasserkraft sind. Diese polizeilichen Bewilligungen ergänzen das im Kern unverändert private Nutzungsrecht der Ufereigentümer gemäss Art. 170 EG ZGB GL um eine weitere öffentlich-rechtliche Schicht, ohne den Kern aber zu berühren. Als öffentlich-rechtliche Voraussetzung der privatrechtlichen Nutzung sind sie zwingender Bestandteil der Glarner Wasserrechtskonzession. Hierin zeigt sich, dass der Staat als Träger der Hoheit über die Gewässer nicht des Verfügungsrechtes über die Gewässer bedarf, um über die Einhaltung der gesetzlichen Ordnung zu wachen.

[2189] Vgl. Landratsprotokoll 2009, Sitzung vom 4. März 2009, § 369, S. 545.

§ 10 Die Konzessionserneuerung der SN Energie AG der Jahre 2002–2012

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts blieb die Glarner Wasserrechtsordnung ohne grössere Veränderungen. Erst das Auslaufen der ersten Glarner Wasserrechtskonzessionen und ihre Erneuerung oder Nachkonzessionierung eröffnete dem Kanton Glarus rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten. Eine solche Gestaltungsmöglichkeit war die Aufnahme von Heimfallbestimmungen in den Glarner Wasserrechtskonzessionen. Nachfolgend wird dargestellt, wie dies im Falle der *SN Energie AG* zu verschiedenen Rechtstreitigkeiten bis vor Bundesgericht führte. 841

1. Historischer Hintergrund

Die Rechtsstreitigkeiten über den Heimfall haben eine lange Vorgeschichte, welche nur gestrafft wiedergegeben werden kann. Nachfolgend wird gezeigt, wie im Verfahren der Konzessionserneuerung seitens des Kantons Glarus eine Heimfallbestimmung in die Glarner Wasserrechtskonzession aufgenommen wurde. Über deren Rechtmässigkeit wurde sodann in mehreren Rechtsgutachten und im Landrat diskutiert, ehe das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus und das Bundesgericht darüber befanden. 842

1.1 Die Vorgeschichte

Die Landsgemeinde des Jahres 1896 hatte der Gemeinde Schwanden die Bewilligung zur Nutzung der Wasserkräfte des Niederenbaches unterhalb des Alpstegstafels erteilt, wodurch der Bau eines Kraftwerkes ermöglicht wurde.[2190] Im Jahre 1917 reichte die Gemeinde unter der Führung des damaligen Gemeindepräsidenten HANS HEFTI-HAAB zuhanden der Landsgemeinde ein Gesuch ein, auch die oberhalb des Alpstegstafels vorhandenen Wasserkräfte nutzen zu können, was aber abgelehnt wurde (s. vorne Rz. 658).[2191] 1923 reichte der Gemeinderat Schwanden ein weiteres Gesuch samt Konzessionsentwurf beim 843

[2190] Vgl. den *Beschluß betreffend die Wasserkraft des Niedernbaches vom Alpstaffel* [sic] *bis zur Wassergerechtigkeit des Herrn Martin Hefti*, zit. in Landsgemeindememorial 1896: «Die Landsgemeinde verzichtet im Sinne von § 4 des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer vom 8. Mai 1892 für die Dauer von 10 Jahren bezw. bis zur ordentlichen Landsgemeinde des Jahres 1906 auf ihr Vorrecht zur Benutzung der Wasserkraft des Niedernbaches vom Alpstafel bis zur Wassergerechtigkeit des Herrn Martin Hefti. [Abs. 2] Sofern bis zum angegebenen Zeitpunkt eine Konzession nach § 2 des citierten Gesetzes weder von einer Gemeinde noch von einer Gesellschaft oder von Privaten nachgesucht und erteilt ist, fällt der Verzicht des Staates dahin» (§ 11, S. 38); vgl. auch Bericht Regierungsrat 2008, S. 2.

[2191] Vgl. die Schilderung in HEFTI-HAAB, Wasserversorgung.

Regierungsrat ein, wobei sich die Verhandlungen über mehrere Jahre hinzogen.[2192] Am 7. März 1928 erwarb die Gemeinde Schwanden vom Landrat die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Niedernbaches oberhalb des Alpstegstaffels bei Schwanden* und am 10. Oktober 1928 die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Sernf zwischen dem Bahnhofe-Vorderdorf und der Wassergerechtigkeit der Textil A.G. vormals J. Paravincini in Schwanden*.[2193] Gemäss dem in beiden Konzessionen gleichlautenden Art. 4 konnten sie mit Zustimmung des Landrates übertragen werden.[2194] Somit stellte die Gemeinde am 2. März 1929 das Gesuch, die beiden Konzessionen auf die neu gegründete *Kraftwerke Sernf-Niederenbach A.G.* zu übertragen.[2195]

844 Es kam damals zu einem Streit darüber, ob diese Übertragung unter die Vorgaben des *Gründungsvertrages der NOK* fiel (s. vorne Rz. 651), also ob sie zunächst der NOK angeboten werden mussten, ehe sie an einen Dritten vergeben wurden. Der Landrat befand aber, dass die beiden Kraftwerke aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Eigentümerschaft nicht unter die Bestimmungen des *Gründungsvertrages der NOK* fielen. Es folgte indes ein Rechtsstreit zwischen der *Sernf-Niedernbach AG* und dem Regierungsrat des Kantons Glarus betreffend die Höhe der Konzessionsgebühr, welcher 1932 vom Bundesgericht beige-

[2192] Vgl. Bericht Regierungsrat 2008, S. 2; vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 11–12.

[2193] Vgl. Landratsprotokoll 1926–1929, Sitzung vom 13. März 1929, § 283, S. 306; vgl. Bericht Regierungsrat 2008: «Es wurde eine landrätliche Kommission eingesetzt, welche dieses Geschäft an zwei Sitzungen diskutierte und im Bericht vom 28. Februar 1928 kleinere Änderungen am Konzessionsentwurf vorschlug. Am 7. März 1928 wurde das Geschäft im Landrat behandelt. Nach längerer Diskussion (vor allem über die Energieabgabe) wurde die Konzession verabschiedet. Die Sernfkommission wurde am 26. Juli vom Gemeinderat Schwanden beantragt. Im regierungsrätlichen Bericht vom 13. September 1928 wurden einige wenige Änderungen vorgeschlagen. Der Landrat setzte eine Kommission unter dem Vorsitz von Landrat M. Walcher aus Luchsingen ein. Die Kommission tagte am 24. September 1928 und schlug kleine Änderungen vor. Im Landrat wurde die Konzession am 10. Oktober 1928 ohne Wortmeldung genehmigt» (S. 2); vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*).

[2194] Vgl. Landratsprotokoll 1926-1929, Sitzung vom 13. März 1929: «Art. 4. Uebertragung der Konzession. Die Konzession kann nur mit Zustimmung des Landrates auf einen andern übertragen werden; es darf jedoch der Landrat seine Zustimmung nicht verweigern, wenn der neue Erwerber allen Erfordernissen der Konzession genügt und keine Gründe des öffentlichen Wohles der Uebertragung entgegenstehen» (§ 283, S. 306); unpräzis ist daher die Auffassung ROHRS, wonach «die kantonale Bewilligung zur Nutzung der Wasserkraft […] noch in den Händen der Gemeinde Schwanden lag» (FASN Geschichte der SN, S. 206).

[2195] Vgl. Landratsprotokoll 1926–1929, Sitzung vom 13. März 1929, § 283, S. 306; vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.a.

legt wurde;[2196] es sollte dies der erste von insgesamt drei Bundesgerichtsentscheiden zwischen der *Sernf-Niedernbach AG* und dem Kanton Glarus sein.[2197]

Der Landrat stimmte jedoch bereits am 13. März 1929 der Konzessionserteilung zu.[2198] Art. 3 der Konzession hielt fest: «Die Konzession dauert 80 Jahre, vom Tage der Betriebseröffnung an gerechnet».[2199] Die Kraftwerkanlagen wurden am 20. August 1931 in Betrieb genommen, womit sie am 20. August 2011 ausliefen und für den Weiterbetrieb der Anlagen erneuert werden mussten.[2200] 1999 stieg die am 24. September 1999 umfirmierte *SN Energie AG* «sehr zuversichtlich ins entsprechende Verfahren ein», da sie gemäss Art. 5 der Konzessionen einen Anspruch auf Erneuerung hatten:[2201] 845

> «Befindet sich die Konzession bei ihrem Ablauf im Besitze eines Gemeinwesens oder eines staatlichen oder vorwiegend mit staatlichen oder kommunalen Mitteln betriebenen Kraft- und Lichtversorgungsunternehmens, so kann der Konzessionsinhaber verlangen, dass ihm die Konzession erneuert werde, wenn nicht Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen.»[2202]

Am 21. Januar 2002 stellte sie ein Gesuch um Erneuerung der Konzessionen.[2203] 846

1.2 Das Umdenken im Regierungsrat

AUGUST ROHR misst dem darauffolgenden Erneuerungsverfahren der *SN Energie AG* den «Charakter eines Eile-mit-Weile-Spiels» zu.[2204] Unter der Führung des zuständigen Mitglieds der Glarner Regierung, dem damaligen Baudirektor *Pankraz Freitag* (1952–2013), kam es zu langen Wartezeiten im Verfahren.[2205] Die *SN Energie AG* erwog zu einem be- 847

2196 Vgl. BGer, Urteil A 29/Ae vom 15. Dezember 1932 (*KW Sernf-Niederenbach AG c. Kt. GL/OG Kt. GL*); vgl. auch Bericht Regierungsrat 2008, S. 3.

2197 Vgl. BGE 68 I 153 (*Sernf-Niederenbach AG/Hefti c. RR Kt. GL*), worin es um privatrechtliche Fischereirechte am Stausee «Garichte» ging.

2198 Vgl. Landratsprotokoll 1926–1929, Sitzung vom 13. März 1929, § 283, S. 315.

2199 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 206.

2200 Vgl. Bericht Regierungsrat 2008, S. 1; vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.a.

2201 ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 206; vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.a.

2202 Zit. in TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtkonzession, S. 7.

2203 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.b.

2204 ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 206.

2205 Vgl. eindrücklich ROHR, FASN Geschichte der SN: «Das zuständige Mitglied der Glarner Regierung, Baudirektor Pankraz Freitag, nahm im Februar 1999 die Anmeldung der SN entgegen und stellte eine Besprechung des Anliegens für den folgenden Mai in Aussicht. Es brauchte hartnäckiges Nachfragen vonseiten der SN, bis am 20.12.2001 tatsächlich ein Treffen zustande kam. In dieser Besprechung anerkannte Baudirektor Freitag den Anspruch auf Verlängerung der Konzessionen. Anschliessend beeilte sich die SN, das formelle Erneuerungsgesuch beim Kanton

stimmten Zeitpunkt sogar eine Rechtsverzögerungsklage.[2206] Es ist schwer zu beurteilen, wie viel von dieser Wartezeit wirklich Verzögerung war; sicher ist aber, dass anlässlich der Konzessionserneuerung der *SN Energie AG* der Regierungsrat sich grundsätzliche Fragen zur Glarner Wasserrechtsordnung zu stellen begann und dass ein Umdenken stattfand. Dies lässt sich anhand eines kurzen Abrisses darstellen.

848 Im Vorfeld zu einem Treffen im Februar 2004 erfuhr die *SN Energie AG* erstmals, in welche Richtung der Kanton steuerte: «Konzessionen mit einer auf 60 Jahre verkürzten Laufzeit, die beim Ablauf zudem einen Heimfall an den Kanton vorsahen».[2207] Die *SN Energie AG* war von beiden Punkten nicht angetan, immerhin aber bereit, die um zwanzig Jahre verkürzte Konzessionsdauer im Gegenzug eines erneuten Anspruchs auf Erneuerung nach dem Ablauf der Konzessionsdauer zu akzeptieren.[2208] Nicht akzeptieren wollte sie den Heimfall, welcher ihrer Einschätzung nach «nicht zum Glarner Wasserrecht» passte;[2209] in jedem Fall aber müsse volle Entschädigung zugesichert werden.[2210]

849 Im September 2004 schien man sich aber zu einem Kompromiss gefunden zu haben. Dann aber folgte das, was AUGUST ROHR eine ganze «Reihe von irritierenden Ereignissen in den

einzureichen, was am 21.1.2002 auch geschah. […] Nach dem Einreichen des formellen Gesuchs zur Erneuerung der Konzessionen herrschte vonseiten der Baudirektion wieder für längere Zeit Funkstille. Es dauerte ein Jahr, bis die Einladung für eine Besprechung des weiteren Vorgehens bei der SN eintraf. Dabei ging es in erster Linie um die Schutz- und Nutzungsplanung, gestützt auf einen Bericht zur Umweltverträglichkeit der gewünschten Weiternutzung der Wasserkraft des Sernf und des Niederenbachs. Die SN trieb die entsprechenden Arbeiten energisch voran, sodass die verlangten Unterlagen termingerecht eingereicht werden konnten. […] Weniger erfreulich verliefen die Diskussionen zu den weiteren Elementen der zu erneuernden Konzessionen. Nach der Besprechung von Anfang 2003 gab es in diesem Bereich erneut ein Jahr des Stillstands» (S. 206–207).

2206 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Die Verhandlungen der SN mit dem Kanton führte eine Arbeitsgruppe des Verwaltungsrates mit den drei Juristen Thomas Hefti, Heinz Christen und Markus Hofmann sowie Geschäftsleiter Clemens Hasler. Sie hatte langsam genug von der Verzögerungstaktik des Kantons und hielt im Hinblick auf die Besprechung vom 11.1.2007 fest: ‹Es muss substanziell vorwärts gehen oder es sind gerichtliche Schritte einzuleiten. Den grössten Erfolg verspricht sich Prof. Müller von einer Rechtsverzögerungsklage […]›» (S. 209), auch: «‹Unsere Gesuche blieben blockiert. Deshalb erwog man im Frühsommer 2007 in der Task Force zusammen mit Prof. Müller als *ultima ratio* nach den Sommerferien eine Rechtsverzögerungsklage anzustrengen […]›» (S. 211).

2207 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 207.

2208 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 207.

2209 Vgl. diesbezüglich TRÜMPY, Erlöschen der Wasserrechtskonzession: «In der glarnerischen Konzession für das Sernf-Niederenbachwerk ist er [scil. der Heimfall] weggelassen, in der Annahme, dass die Konzession ohnehin erneuert werde» (S. 7).

2210 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Den Heimfall hingegen wollte die SN wenn immer möglich vermeiden. Nach ihrer Einschätzung passte eine solche Bestimmung nicht zum Glarner Wasserrecht. Für den Fall, dass der Kanton auf diesem Punkt beharrte, erwartete die SN eine Klausel, welche die volle Entschädigung zusicherte» (S. 207).

folgenden Monaten und Jahren» bezeichnete.[2211] Aufgrund finanzieller Bedenken kam Baudirektor *Freitag* im Februar 2005 auf den Kompromiss zurück. Er sei

> «beauftragt, Optionen auszuloten. Der Kanton erhalte zu wenig. Die Bewilligungsgebühr (Fr. 1,7 Mio.) sei zu gering. […] P. Freitag vermerkte, dass Erneuerungen weniger lang konzediert würden als Erstkonzessionen und brachte 50 Jahre ins Gespräch. Bei 60 statt 50 Jahren würde ca. Fr. 1 Mio. zusätzlich erwartet. Jeweils zehn weitere Jahre sollten dem Kanton ca. Fr. 2 Mio. einbringen. Bei einer Konzessionsdauer von 80 Jahren würde dies – zusätzlich zur Bewilligungsgebühr von Fr. 1,7 Mio. – ca. Fr. 5 Mio. ausmachen.»[2212]

Die *SN Energie AG* beharrte aber auf den ausgehandelten Kompromiss. Als sie sich im Frühling 2005 nach dem Stand der Dinge erkundigte, erhielt sie eine unverbindliche Antwort: 850

> «Es seien verschiedene Fragen offen betreffend geltendem Wasserrecht. Die Lösung bringe dem Kanton zu wenig. Die Frage werde im Regierungsrat nochmals diskutiert.»[2213]

Im Juni 2005 fand der Baudirektor schon klarere Worte: 851

> «Baudirektor P. Freitag vermerkte, dass der Kanton viel Geld brauche und die Konzession nicht fast gratis erteilt werde. Das Umfeld habe sich gewaltig verändert. Beim Projekt Linth-Limmern wolle der Kanton eine Bewilligungsgebühr von Fr. 40 Mio. und behalte sich den Heimfall vor. Die Konditionen unserer Konzessionserneuerung seien dagegen ‹gratis›. Der Kanton gewähre 80 Jahre, sei aber zu entschädigen. Es sei schade, dass die SN Energie auf den Vorschlag nicht eingegangen sei. Es eile dem Kanton nicht.»[2214]

Bald wurde auch klar, warum. Die verschiedenen offenen Fragen waren RICCARDO JAGMETTI vorgelegt worden. Und allem Anschein war der Inhalt des Gutachtens derart, dass er dem Regierungsrat ein ganz anderes Verhandlungsgewicht gab. Wie *Clemens Hasler*, Geschäftsleiter der *SN Energie AG*, am 31. Oktober 2005 zu Protokoll gab: 852

> «P. Freitag schwenkte das Gutachten Jagmetti, will es aber nicht herausrücken. Angeblich soll darin stehen, dass das Konzessionsverfahren im Kanton Glarus bis anhin falsch gehandhabt wurde. Es sei ein Heimfall zuhanden des Kantons in die erneuerte Konzession einzubauen. Der Kanton werde die Rechtsgrundlagen schaffen. Wenn es gut laufe und wir dem Heimfall zustimmen, sehe P. Freitag eine Chance, dass die Konzession bis August 2006 erneuert sein könnte.»[2215]

2211 ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 207.

2212 Protokoll des Verwaltungsrats der *SN Energie AG* vom 19. Februar und 19. April 2005, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 207.

2213 Protokoll des Verwaltungsrats der *SN Energie AG* vom 19. April 2005, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 207.

2214 Protokoll des Verwaltungsratsausschusses der *SN Energie AG* vom 6. Juni 2005, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 208.

2215 Protokoll des Verwaltungsratsausschusses der *SN Energie AG* vom 6. Juni 2005, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 208.

853 Die *SN Energie AG* versuchte, mit dem damaligen Landammann *Jakob Kamm* (*1947) eine Einigung zu finden.[2216] Obwohl die *SN Energie AG* –angesichts der offensichtlich fiskalischen Interessen des Kantons – zur Zahlung einer zusätzlichen Million bereit war, setzte sich Baudirektor *Freitag* im Regierungsrat durch.[2217] In seinem Brief vom 25. November 2005 stellte der Regierungsrat seine Haltung klar:

> «Bezüglich Heimfall wird der Regierungsrat keine Neukonzessionierung ohne Heimfallklausel dem Landrat unterbreiten. Dies gilt sowohl für das Gesuch der SN Energie AG als auch alle weiteren zukünftigen Gesuche. Der Regierungsrat liess die Rechtslage durch Prof. Jagmetti abklären. Das Gutachten stützt diese Rechtauffassung des Regierungsrates. […] Wir haben unsere Praxis bezüglich Heimfall in den letzten Jahren untersucht; sie war keineswegs einheitlich. Einige Konzessionen sahen einen Heimfall vor, andere nicht. Zu dieser uneinheitlichen Praxis haben die seinerzeitigen und nicht mehr in allen Punkten aktuellen Gutachten Liver und Trümpy beigetragen. Nun verfügen wir mit dem Gutachten Jagmetti über eine fundierte Beurteilung der heutigen Rechtslage, die Grundlage für die zukünftigen Entscheide des Regierungsrates bilden wird.»[2218]

854 Was hatte das Gutachten von RICCARDO JAGMETTI zutage gefördert?

2216 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Angesichts der nebulösen Haltung von Regierungsrat Freitag in der Besprechung von Ende Oktober 2005 verlangte die Delegation der SN eine Aussprache mit Landammann Jakob Kamm, dem Präsidenten der Regierung. Dieser war zu einem raschen Treffen bereit und zeigte Verständnis für die Anliegen der SN» (S. 208).

2217 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Anfang Dezember informierte Thomas Hefti den Ausschuss, im Gespräch habe Landammann Kamm ‹signalisiert, dass er die Konzessionserneuerung für 60 Jahre, ohne Heimfall, mit einer Einmalzahlung der SN Energie von Fr. 2,5 Mio. (wie früher eingebracht) und zusätzlich Fr. 1 Mio. unterstützt.› Mit der Bereitschaft, 1 Mio. Franken zusätzlich zu bezahlen, signalisierte die SN ihrerseits Entgegenkommen. Der Zusatzbetrag sollte den Kanton ‹für den Sonderaufwand bei der Schutz- und Nutzungsplanung› entschädigen. Obwohl die von der SN im November 2005 offerierte Summe um 800’000 Franken höher lag, als der im Februar von Regierungsrat Freitag geforderte Betrag, drang Landammann Kamm mit seinem Antrag nicht durch» (S. 208).

2218 REGIERUNGSRAT DES KANTONS GLARUS, Brief vom 25. November 2005, S. 1; vgl. auch Protokoll des Verwaltungsratsausschusses der *SN Energie AG* vom 1. Dezember 2005, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN: «Bezüglich Heimfall wird der Regierungsrat keine Neukonzessionierung ohne Heimfallklausel dem Landrat unterbreiten. Dies gilt sowohl für das Gesuch der SN Energie AG als auch alle weiteren zukünftigen Gesuche. Der Regierungsrat liess die Rechtslage durch Prof. Jagmetti abklären. Das Gutachten stützt diese Rechtsauffassung des Regierungsrates» (S. 208–209).

2. Die diversen Gutachten zum Heimfall in der Glarner Wasserrechtsordnung

2.1 Das Gutachten von Prof. Dr. iur. Riccardo Jagmetti (2005)

Mit Prof. Dr. RICCARDO JAGMETTI (*1929) war ein anerkannter Fachmann gewonnen: Der ehemalige Rechtsprofessor an der ETH war nicht nur eine Koryphäe im Energierecht,[2219] sondern zudem auch als Zürcher Ständerat (1983–1995, Präs. 1993–1994) an zwei Revisionen des WRG beteiligt gewesen.[2220] In seiner umfassenden Monographie *Energierecht* (2005) hatte er auch die Glarner Wasserrechtsordnung dargestellt: 855

> «Der *Kanton Glarus* weist das Eigentum an den Gewässern den Uferanstössern zu, behält sich aber die Nutzung der Wasserkraft vor. Ein Wasserkraftunternehmen muss damit um die Verleihung durch den Kanton nachsuchen und die Wasserrechte von den Ufereigentümern erwerben, bei denen es sich in höheren Lagen um den Tagwen oder die Ortsgemeinde handelt.»[2221]

Mit seinem am 30. November 2005 zuhanden des DBU des Kantons Glarus eingereichten Gutachten *Wasserkraftwerke im Kanton Glarus* setzte er sich aber ausführlich mit dem «Sonderfall» des Kantons Glarus auseinander.[2222] Dabei stellte er die geltende Wasserrechtsordnung dar, fügte jeweils immer auch den «Regelungsbedarf» an, den er für angezeigt erachtete: 856

> «Die Glarner Regelung entspricht der historischen Entwicklung und damit einer wertvollen Rechtstradition. Sie eignet sich aber meines Erachtens nicht vorbehaltlos für die Gegenwart und die Zukunft […]».[2223]

Diesen fand er zunächst beim Begriff der Konzession. Er verstand sie ganz klar als «Rechtsverleihungen»: 857

> «Die Konzessionen, wie sie seit Jahrzehnten erteilt worden sind, verleihen das Nutzungsrecht und entsprechen auch im Übrigen dem typischen Inhalt einer Konzession. Sie unterscheiden sich damit eindeutig von einer Baubewilligung oder einer Polizeibewilligung und sind offensichtlich weit mehr als die Aufhebung eines Enteignungsbanns. Die Konzessionäre haben diesen Verleihungen zugestimmt, die sich daraus ergebenden Rechte ausgeübt und die Pflichten erfüllt. Es

---

2219 Vgl. hierzu seine eindrückliche Monographie: JAGMETTI, Energierecht.

2220 Vgl. BÜRGI, HLS: Riccardo Jagmetti; vgl. auch ROHR, FASN Geschichte der SN: ««Beim Gutachter Riccardo Jagmetti handelte es sich um einen renommierten Rechtsprofessor. Bis 1995 hatte er an der ETH Zürich gelehrt und war in den 1990er-Jahren an der Revision des Eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes beteiligt gewesen.» (S. 208); vgl. auch WYER, Die öffentlichen Abgaben der Wasserkraftnutzung, S. 168–173, Rz. 203–204.

2221 JAGMETTI, Energierecht, S. 431, Rz. 4208 (Hervorhebung im Original).

2222 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005.

2223 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 11.

würde Treu und Glauben widersprechen, wenn seitens des Kantons oder der Konzessionäre nun plötzlich geltend gemacht würde, es handle sich nicht um Rechtsverleihungen.»[2224]

858 Da allerdings aufgrund Art. 170 EG ZGB GL das Verfügungsrecht über die Wasserkraft bei den Ufereigentümern liege, sei entsprechend eine doppelte Zustimmung – seitens des Kantons wie auch des Ufereigentümers – nötig.[2225] Diese doppelte Zustimmung aber führt aber zu einer schwierigen Situation mit Bezug auf den Heimfall – da nicht klar ist, an wen genau das Wasserrecht heimfallen würde:

«Ein geteilter Heimfall ist kaum denkbar. Soll ein solcher stattfinden, können heimfallberechtigt nur der Kanton oder die Ufereigentümer sein.»[2226]

859 Wer genau, bleibt für RICCARDO JAGMETTI fraglich, da das kantonale Recht dem Kanton nicht die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, dem Ufereigentümer aber auch nicht das privatrechtliche Eigentum, sondern nur das Nutzungsrecht zuweist. Vor diesem Hintergrund sieht RICCARDO JAGMETTI daher keine einfache Lösung:

«So sind weder die Ufereigentümer noch der Kanton ‹natürliche› Träger des Heimfalls. Soll dieser dem Kanton zustehen, der das Werk weiter betreibt oder einen Dritten dazu ermächtigt, müssen die Rechte der Ufereigentümer vom neuen Nutzer durch Rechtsgeschäft erworben oder enteignet werden.»[2227]

860 Im geltenden kantonalen Recht trägt also der Begriff der Konzession, dessen Verständnis durch eine uneinheitliche Terminologie noch zusätzlich getrübt wird, also nur zur Verwirrung bei.[2228] Aus diesem Grund sieht RICCARDO JAGMETTI grundsätzlichen Regelungsbedarf:

«Entweder sollte das Bundesrecht voll anwendbar erklärt (Ziff. I, 1d) oder ein ausgebautes kantonales Gesetz erlassen werden.»[2229]

2224 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 14.

2225 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005: «Die Konzessionen nach WRG sind *Sondernutzungskonzessionen,* weil sie das Recht zur entsprechenden Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch begründen. Das entspricht dem Wasserrecht des Kantons Glarus nicht oder jedenfalls nicht voll. Wohl legt der Art. 166 EG ZGB fest, die Oberaufsicht über die Gewässer stehe dem Kanton zu. Mit der Zuweisung des Nutzungsrechts bezüglich der Wasserkraft an die Ufereigentümer durch Art. 170 EG ZGB wird die Sachherrschaft aber zu einem wesentlichen Teil ihnen übertragen. Meines Erachtens liegt hier ein Sonderfall vor mit dem Verfügungsrecht sowohl des Kantons als auch der Ufereigentümer und dem Erfordernis der doppelten Zustimmung zur Nutzung. Damit sind die glarnerischen Wasserkraftkonzessionen keine Sondernutzungskonzessionen im klassischen Sinne» (S. 14).

2226 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 32.

2227 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 32.

2228 Vgl. JAGMETTI, Rechtsgutachten: «Seit Jahrzehnten erteilt der Kanton Wasserkraftkonzessionen, ohne dass der Ausdruck in der Gesetzgebung verwendet würde. Auch die Modalitäten der Einräumung des Rechts zur Nutzung der Wasserkraft ordnet das kantonale Recht trotz ihrer grossen Bedeutung nicht» (S. 18).

2229 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 18.

Der erste Vorschlag, das WRG für anwendbar zu erklären, fusst auf RICCARDO JAGMETTIS Verständnis des Landsgemeindebeschlusses von 1918: 861

> «Man könnte sich allerdings fragen, ob dies nach wie vor zutrifft oder ob der WB [scil. der Landsgemeindebeschluss von 1918] eine Rechtslage geschaffen hat, nach der das WRG insgesamt anwendbar ist. […] Dem Kanton steht nicht bloss die Oberaufsicht nach Art. 166 EG ZGB zu. Er hat sich vielmehr das Recht zur Nutzung der Wasserkraft und dessen Übertragung auf Dritte vorbehalten. In der Praxis hält er sich auch an die Bestimmungen des dritten Abschnitts des WRG, indem er Konzessionen erteilt, die jenen nach WRG entsprechen, die Dauer der Verleihung in Anwendung von Art. 58 WRG festlegt und sich sogar ausdrücklich auf Artikel aus dem dritten Abschnitt des WRG bezieht.»

Hierbei bemerkt RICCARDO JAGMETTI, dass namentlich die Heimfallklauseln mit einem ausdrücklichen Verweis auf das WRG erlassen wurden[2230] Für den Heimfall wäre also die Geltung des WRG zentral: 862

> «Das *glarnerische Recht* kennt keine gesetzliche Heimfallregelung. Eine solche findet sich weder im EG ZGB noch im WB [scil. WKB GL] oder im EnG GL. Ob die bundesrechtliche Ordnung Anwendung findet, hängt ab von der Geltung des dritten Abschnittes des WRG im Kanton Glarus […].»[2231]

Da jedoch die Geltung des WRG nie formell anerkannt wurde, erachtet es RICCARDO JAGMETTI für «problematisch, dies einfach auf dem Weg der Praxis zu tun».[2232] Es wäre hierfür «[s]eines Erachtens ein gesetzgeberischer Entscheid erforderlich».[2233] Grundsätzlich also gibt RICCARDO JAGMETTI zu, dass im kantonalen Recht eine gesetzliche Grundlage für einen Heimfall fehlt.[2234] Doch er kommt zu einer anderen Lösung: 863

> «Die Frage stellt sich allerdings, ob eine solche Grundlage erforderlich ist, denn der Kanton ist nicht gezwungen, die Konzession zu erteilen, so dass er – a maiore minus – das Recht zur Nutzung der Wasserkraft mit dem Heimfallvorbehalt erteilen kann, statt es zu verweigern. Bei der Konzession als zustimmungsbedürftiger Verfügung muss sich der Konzessionär ohnehin damit einverstanden erklären.»[2235]

2230 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005: «Beispiel: Heimfallklausel von Art. 19 der Konzession an die Kalkfabrik Netstal von 1981» (S. 3, Fn. 5).

2231 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 31.

2232 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 3.

2233 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 3.

2234 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005: «Geht man davon aus, dass der dritte Abschnitt des WRG im Kanton Glarus nicht gilt, fehlt eine gesetzliche Grundlage für einen entsprechenden Vorbehalt in glarnerischen Konzessionen» (S. 32).

2235 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 32.

864 Immerhin kann sich RICCARDO JAGMETTI auf mehrere Konzessionen stützen, welche seit 1921 mit Heimfallvorbehalt erteilt worden sind.[2236] Somit kommt er zum Schluss:

> «Angesichts der Vorbehalte in den Konzessionen sollte der Heimfall gesetzlich geregelt werden. Auch mit Bezug auf diese Frage kann das dadurch erfolgen, dass das Bundesrecht insgesamt als anwendbar erklärt wird (Ziff. I, 1c und d) oder dass ein kantonales Gesetz erlassen wird, in welchem auch die Stellung der Ufereigentümer beim Heimfall zu ordnen wäre.»[2237]

2.2 Das Gutachten von Prof. Dr. iur. Georg Müller (2006)

865 Die *SN Energie AG* musste sich entscheiden, ob sie den Heimfall akzeptieren oder aber das Gutachten RICCARDO JAGMETTI zu widerlegen versuchen wollte. Einstimmig entschied man sich für letzteres, weshalb am 10. Februar 2006 Prof. Dr. GEORG MÜLLER, Professor für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre der *Universität Zürich* als Gutachter gewonnen werden konnte.[2238] Dieser reichte sein *Rechtsgutachten betreffend Fragen im Zusammenhang mit der Erneuerung der Konzession der SN Energie AG am Sernf und am Niederenbach* am 21. August 2006 ein.[2239] Darin beantwortete er die folgenden Fragen:

> «1. Ist der Landrat bei seinem Konzessionsentscheid auf Grund des Beschlusses über die Verwertung der Wasserkräfte im Kanton Glarus [scil. von 1918] völlig frei? […]
>
> 2. Ist es zulässig, eine während Jahrzehnten befolgte Praxis auf Grund eines Gutachtens zu verlassen, bzw. verfügt der Kanton über die nötige Rechtsgrundlage, um in unsere Konzessionen einen Heimfall aufzunehmen mit dem sich daraus ergebenden Eingriff in Eigentumsrechte?
>
> 3. Würde durch die von der Regierung im Brief vom 25. November 2005 [s. vorne Rz. 853] an SN Energie in Aussicht gestellte künftige Praxis das Recht des Uferanstössers gemäss Art. 170 EG ZGB nicht seines Inhaltes entleert?

2236 So namentlich: Die (nicht genutzte) Muttsee-Konzession von 1921/22; Art. 24 der beiden Linth-Limmern-Konzessionen von 1957/1964; Art. 23 der Oberseetalkonzession des EW Näfels von 1959 resp. Art. 5 der Nachkonzession von 1976; Art. 16 der Konzession für die Wasserkräfte des Alpentales an die Gemeinde Niederurnen von 1978; Art. 19 der Konzession an die Kalkfabrik Netstal von 1981 (dort sogar mit ausdrücklichem Bezug auf Art. 67 WRG!) (zit. in JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 32–33).

2237 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005, S. 33.

2238 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Der klare Stellungsbezug des Regierungsrates brachte die SN in eine schwierige Situation. Sie sah sich gezwungen, den Heimfall zu akzeptieren oder das Gutachten Jagmetti zu widerlegen. Doch weder im Ausschuss noch im Verwaltungsrat gab es Stimmen, die sich für Ersteres aussprachen. In der Folge beauftragte die SN Georg Müller, ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre an der Universität Zürich, die eigene rechtliche Position zu überprüfen. Müllers Arbeit begann im Februar 2006» (S. 209); vgl. auch MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 1.

2239 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 15.

> 4. Mit welchen Rechtsbehelfen kann sich die SN Energie für eine Verlängerung ihrer Konzessionen ohne Heimfall an den Kanton wehren?»[2240]

866 GEORG MÜLLER stellte, nach einer kurzen Widergabe des wesentlichen Inhaltes der Glarner Wasserrechtsordnung, im Kapitel «Stellungnahmen der Lehre und Praxis» die Rechtsauffassungen von HANS TRÜMPY, PETER LIVER sowie Dr. iur. MARKUS SCHÖN (o.A.) dar, welcher Letzter sich als stellvertretender Ratsschreiber und Vorsteher des Rechtsdienstes der Regierungskanzlei des Kanton Glarus in zwei internen Kurzberichten mit der Glarner Wasserrechtsordnung auseinandergesetzt hatte: Zum einen war dies der *Kurzbericht: Rechtliche Regelung des Themenbereiches Wasser im Kt. Glarus* vom 9. April 2002, und zum anderen der Kurzbericht *Fragen zum glarnerischen Wasserrecht* vom 7. Januar 2004.[2241] GEORG MÜLLER knüpfte an diese drei Verfasser an.[2242] Angesichts dieser generellen Übereinstimmung der Rechtsauffassungen über mehr als 50 Jahre hinweg konstatiert GEORG MÜLLER, dass «*Riccardo Jagmetti* überraschenderweise zu einem anderen Schluss» gekommen sei.[2243]

867 Konkret widerspricht GEORG MÜLLER – in Anlehnung an PETER LIVER, HANS TRÜMPY und MARKUS SCHÖN – RICCARDO JAGMETTIS Auffassung, wonach mit dem Landsgemeindebeschluss von 1918 die Verfügungsbefugnis über die Nutzung der Wasserkraft dem Kanton unterstellt worden sei, weshalb seither zwei Verleihungen notwendig seien:

> «Diese Ausführungen werden durch die von *Jagmetti* in seinem Gutachten zitierten Materialien nicht gestützt.»[2244]

868 Bei dem, was unzutreffend als «Konzession» bezeichnet werde, handle es sich nicht um eine Verleihung, sondern lediglich um den Entscheid, ob der Kanton von seinem Enteignungsvorrecht Gebrauch machen möchte oder nicht.[2245] Ohne Verleihung aber kein Heimfall. Dieser sei nicht nur nicht möglich, weil der dritte Abschnitt des WRG auf den Kanton

---

2240 Zit. in MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 1.

2241 Vgl. SCHÖN, Kanzlei Kurzbericht; SCHÖN, Kanzlei Fragen Wasserrecht.

2242 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten: Zu LIVER (S. 6), zu TRÜMPY (S. 7), zu SCHÖN (S. 7–8).

2243 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 3.

2244 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 3.

2245 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten: «Der Landrat hat also bei seinem ‹Konzessionsentscheid› auf Grund des Beschlusses über die Verwertung der Wasserkräfte im Kanton Glarus [scil. von 1918, WKB GL] kein Recht zur Nutzung der Wasserkraft zu verleihen, sondern darüber zu entscheiden, ob er die Wasserrechte der Ufereigentümer enteignen oder auf die Enteignung verzichten will. […] Wie bereits dargelegt, wird mit der ‹Konzession› kein Recht zur Nutzung der Wasserkraft an einer bestimmten Gewässerstrecke übertragen, sondern lediglich festgestellt, dass der Kanton auf die Enteignung der privaten Nutzungsrechte verzichtet» (S. 9).

Glarus explizit nicht anwendbar sei (Art. 2 Abs. 2 WRG),[2246] sondern auch, weil er nicht in die privatrechtliche Rechtslogik der Glarner Wasserrechtsordnung passe:

> «Es ist auch nicht denkbar, dass ein Wassernutzungsrecht an den Kanton ‹heim›fällt, weil es ihm gar nie zustand.»[2247]

869 Als nächstes versuchte GEORG MÜLLER die unbestrittenermassen vorhandenen Heimfallbestimmungen, wie sie RICCARDO JAGMETTI namentlich aufgeführt hatte, zu erklären.[2248] Bei der nicht ausgenutzten *Konzession für die Ausnützung der Gewässer des Muttensees und anliegender Einzugsgebiete auf dem Gefälle Muttensee-Tierfehd zum Zwecke der Kraftgewinnung* der Jahre 1921/22 wurde die Aufnahme einer Heimfallklausel von Regierungsrat mit der Bereitschaft des Konzessionsbewerbers, einer derartigen Vertragsbestimmung zuzustimmen, begründet und anerkannt:[2249]

> «Obwohl der unentgeltliche Uebergang von Teilen der Anlage (Heimfall im B.G. [scil. Bundesgesetz]) prinzipiell wohl nur von einem Regalkanton und nicht von einem Kanton, in dem die Wasserrechte reine Privatrechte sind, rechtlich begründet und verlangt werden kann, hat sich der Konzessionsbewerber doch bereit erklärt, eine derartige Vertragsbestimmung aufzunehmen.»[2250]

870 Auch der Heimfall bei der Erteilung der *Konzession für die Ausnützung der Wasserkräfte im Quellgebiet der Linth vom 30. März 1957* könne nicht als ein Präzedenzfall verstanden werden:

> «Im Bericht der landrätlichen Kommission zur Erteilung der Konzession für die Ausnützung der Wasserkräfte im Quellgebiet der Linth vom 16. [sic] März 1957 (S. 31) wird zu Art. 24 betreffend Heimfall ausgeführt, obwohl der Kanton das Wasserregal nicht kenne, die Konzession also nicht ‹heimfallen› könne, werde der Heimfall vorgesehen, wobei die Regeln des Art. 67 WRG zur Anwendung kämen. Das bedeute demnach ein Entgegenkommen der NOK.»[2251]

871 Die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft der Linth an die Kalkfabrik Netstal AG vom 9. März 1981* sei nur schon aus dem Umstand heraus, dass sie entgegen geltendem Kantonsrecht vom unzuständigen Regierungsrat erteilt wurde, für die Bewertung der Heimfall-Praxis des Landrates nicht massgebend.[2252]

2246 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten: «Die Bestimmungen über den Heimfall finden sich im dritten Abschnitt des WRG (Art. 67 ff.), kommen also im Kanton Glarus nicht zur Anwendung […]» (S. 9).

2247 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 9.

2248 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten: «Trotz dieser Rechtslage enthalten einige Konzessionen eine Heimfallbestimmung» (S. 9).

2249 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 9.

2250 Bericht Regierungsrat 1921, S. 5; vgl. auch MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 9–10.

2251 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 9.

2252 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 10.

Schliesslich sehen verschiedene Konzessionen – so die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkräfte des Oberseetals im Elektrizitätswerk Näfels vom 22. April 1959* und die *Konzession für die Ausnützung der Wasserkräfte des Niederurner Alpentals im Elektrizitätswerks Niederurnen vom 28. Juni 1978* – einen «‹unechten› Heimfall» vor, nämlich nur für den Fall, dass das betreffende Elektrizitätswerk veräussert oder in eine Gesellschaft überführt wird. GEORG MÜLLER mutmasst, dass diese unechten Heimfälle als ein höchst unwahrscheinlicher Fall akzeptiert worden seien, da in den betreffenden Konzessionen jeweils eine Gemeinde oder ein Tagwen Konzessionärin sei, welche den Verkauf ihres Elektrizitätswerkes kaum je in Betracht ziehen würden.[2253] 872

Somit schliesst GEORG MÜLLER seine Analyse der von RICCARDO JAGMETTI vorgebrachten Beispiele mit einem vernichtenden Urteil: 873

> «Von einer einheitlichen Praxis des Landrates bezüglich Aufnahme von Heimfallbestimmungen in die Konzessionen kann also keine Rede sein. In der Mehrzahl der Konzessionen finden sich keine derartigen Regelungen. […] Die bisherige Praxis, die in den ‹Konzessionen› keinen Heimfall vorsah, steht deshalb im Einklang mit dem Recht des Bundes und des Kantons Glarus. Die wenigen Fälle, in welchen ‹Konzessionen› Heimfallregelungen enthalten, begründen kein Gewohnheitsrecht, da es sowohl an der lange dauernden Übung wie an der Überzeugung der Behörden und der Betroffenen von der Richtigkeit der Praxis und vor allem an einer Lücke im geschriebenen Recht fehlt […]».[2254]

Mithin sei auch die im Schreiben des Regierungsrates vom 25. Januar 2005 in Aussicht gestellte Änderung der Praxis unzulässig:[2255] 874

> «Wenn der Regierungsrat künftig dem Landrat nur noch Konzessionen mit einer Heimfallklausel unterbreiten will, so muss vorher das EG ZGB geändert und die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer dem Kanton eingeräumt werden. Nach dem geltenden Recht kann der Kanton die Wassernutzungsrechte der Ufereigentümer nur durch Enteignung, nicht aber durch Heimfall erwerben.»[2256]

Ein erzwungener Heimfall käme einer Enteignung gleich: 875

> «Ein Heimfall würde eine Enteignung der Wassernutzungsrechte der Uferanstösser gemäss Art. 170 EG ZGB darstellen, der mit der Eigentumsgarantie nur zu vereinbaren ist, wenn ein genügendes öffentliches Interesse vorliegt, der Eingriff verhältnismässig ist und der Entzug des Rechts voll entschädigt wird.»[2257]

2253 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 10.

2254 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 10–11.

2255 Vgl. MÜLLER, FASN Rechtsgutachten: «Die vom Regierungsrat angekündigte Änderung der Praxis betreffend Aufnahme einer Heimfallbestimmung in die ‹Konzessionen› ist unzulässig. Sie steht im Widerspruch zum geltenden Wassernutzungsrecht des Kantons» (S. 14).

2256 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 11.

2257 MÜLLER, FASN Rechtsgutachten, S. 14.

876 Die *SN Energie AG* leitete GEORG MÜLLERS Gutachten am 25. August 2006 an den Regierungsrat mit den folgenden Worten weiter:

> «Damit sind wir wieder beim Stand der Gespräche zwischen dem zuständigen Regierungsrat und den Vertretern der SN Energie im Herbst 2004. Gestützt auf die Ergebnisse des Rechtsgutachtens schlagen wir Ihnen vor, die Verhandlungen dort wieder aufzunehmen und bitten Sie, uns einen Terminvorschlag zukommen zu lassen.»[2258]

877 Doch auch die zwei Monate später stattfindende Sitzung mit dem neuen Landammann *Robert Marti* (*1953) brachte keinen Fortschritt, wie das Verwaltungsratsmitglied *Thomas Hefti* im Dezember informierte:

> «Es eilt dem Kanton nicht. Er will von Prof. Jagmetti eine Beurteilung des Gutachtens von Prof. Müller.»[2259]

2.3 Das Gegengutachten von Prof. Dr. iur. Riccardo Jagmetti (2006)

878 Am 15. Dezember 2006 reichte RICCARDO JAGMETTI sein Gegengutachten *Glarner Wasserrecht – Zum Gutachten von Prof. Georg Müller vom 21. August 2006* ein.[2260] Darin verteidigte er seine Rechtsauffassungen mit Bezug auf den Landsgemeindebeschluss von 1918[2261] sowie auf die Konzession.[2262] In diesen beiden Punkten zog GEORG MÜLLER jeweils einen Schluss, der RICCARDO JAGMETTI erstaunte und dem er – wie er mehrfach schreibt – «nicht folgen kann».[2263]

2258 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 209.

2259 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 209.

2260 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2005I.

2261 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006: «Wie ich dargelegt habe, weisen die erteilten Konzessionen die Charakteristika einer solchen auf (Gutachten Ziff. III 2b). Erteilt wurden sie, weil der Kanton nach dem Landsgemeindebeschluss von 1918 die Entscheidungsbefugnis über die Wasserkraftnutzung für sich beansprucht, freilich ohne dass das Nutzungsrecht der Ufereigentümer aufgehoben worden wäre. Daher bin ich im Gutachten zur Auffassung gelangt, dass hier ein Sonderfall vorliegt mit dem Verfügungsrecht sowohl des Kantons wie auch der Ufereigentümer und dem Erfordernis der doppelten Zustimmung zur Nutzung. Daran halte ich fest» (S. 2).

2262 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006: «Ich halte an meiner Auffassung fest, dass die Ermächtigung des Landrates zur Wasserkraftnutzung nicht bloss ein Verzicht auf die Enteignung der Rechte der Ufereigentümer, sondern eine Rechtsverleihung ist, und dass ein Wasserkraftunternehmen die doppelte Ermächtigung des Kantons und der Ufereigentümer benötigt, wie das jahrzehntelanger Praxis entspricht. Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer kann bei Vorliegen der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen enteignet werden» (S. 5).

2263 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006: «Angesichts dieser klaren Aussagen erstaunt mich die Bemerkung von Prof. Müller, dass meine Auffassung durch die Materialien nicht gestützt werde. Er zieht – unter Berufung auf eine Passage im Antrag des Regierungsrates an den Landrat – den Schluss (S. 8), dem ich nicht folgen kann, dass der Landrat nur entscheidet, ob er die

«Prof. Müller führt aus, der Landrat habe kein Recht zur Nutzung der Wasserkräfte zu verleihen, sondern darüber zu entscheiden, ob er die Wasserkräfte der Ufereigentümer enteignen oder auf die Enteignung verzichten will. Dem kann ich nicht folgen, denn mit dem Landsgemeindebeschluss von 1918 wollte sich der Kanton den Entscheid über die Nutzung der Wasserkräfte sichern; in diesem Sinne ist der Beschluss seither in konstanter Praxis gehandhabt worden. Dass ausserdem die Zustimmung der Ufereigentümer erforderlich ist und dafür ein Preis verlangt wird, ändert nichts daran, dass der Landrat seinerseits das Recht einzuräumen hat. Die dabei getroffenen Entscheide und Rechtsgeschäfte betreffen zwei verschiedene Rechtsverhältnisse:

1. Mit der Erteilung der Konzession – ich betrachte sie als solche – verleiht der Kanton dem Konzessionär das Recht zur Wasserkraftnutzung und entscheidet damit
   - Dass die Wasserkraft einer Gewässerstrecke in bestimmter Weise genutzt werden kann und
   - Dass dem Gesuchsteller das Recht hierzu eingeräumt wird.
2. Das Rechtsverhältnis des Konzessionärs zu den Ufereigentümern wird unter diesen Parteien geregelt. Der Kanton verleiht in der Konzession jeweils das Enteignungsrecht für den Fall, dass sich die Beteiligten nicht einigen können.»[2264]

Ebenso wurde noch einmal bekräftigt, dass nach dem Grundsatz «a maiore minus» dem Kanton Glarus das Heimfallrecht zusteht.[2265] 879

2.4 Die Kritik von Dr. iur. Heinz Peter Christen (2007)

Dr. iur. HEINZ PETER CHRISTEN (1942–2011), Anwalt und alt Stadtpräsident von St. Gallen (1981–2004), war als St. Galler Stadtrat von 1974–2006 Mitglied im Verwaltungsrat der *SN Energie AG* gewesen, den er in den Jahren 1978–1982 auch präsidiert hatte.[2266] Zusammen mit den Verwaltungsräten Dr. iur. *Thomas Hefti*, Dr. iur. *Markus Hofmann* und *Clemens Hasler* war er Teil einer eigens für die Konzessionserneuerung zusammengestellten Arbeitsgruppe.[2267] In dieser Funktion verfasste HEINZ PETER CHRISTEN am 9. Januar 2007 eine *Kritische Würdigung der Stellungnahme von Prof. Jagmetti vom 15.12.06 zum* 880

Ufereigentümer enteignen oder auf die Enteignung verzichten will. – Dass der Ausdruck Konzession schon vor dem Landsgemeindebeschluss verwendet worden ist, ändert meines Erachtens nichts daran, dass 1918 eine neue Rechtslage geschaffen worden ist. So wurde die Löntsch-Konzession 1904 von drei Gemeinden erteilt, was zeigt, dass von einer Rechtskontinuität vor und nach 1918 nicht die Rede sein kann» (S. 2–3).

2264 JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006, S. 3–4.

2265 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006: «Wie ich in meinen Gutachten ausgeführt habe, ist die Heimfallklausel offenbar nach dem Grundsatz ‹a maiore minus› in die Konzession aufgenommen worden, indem der Kanton das Recht mit dem Heimfallsvorbehalt erteilt hat, statt es zu verweigern. Hinsichtlich des Heimfalls und anderer Fragen besteht nach meiner Auffassung im Kanton Glarus ein Regelungsbedarf» (S. 5).

2266 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 270–272.

2267 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 209.

Gutachten Prof. G. Müller vom 21. Aug. 2006.[2268] Dabei verglich er die unterschiedlichen Positionen zwischen RICCARDO JAGMETTI und GEORG MÜLLER:

> «Die wesentliche Differenz der beiden Gutachten ergibt sich aus der unterschiedlichen Bewertung des Landsgemeindebeschlusses von 1918. Prof. Jagmetti stellt sich mit seiner Auslegung nicht nur gegen alle bisherigen Gutachten (Prof. Liver, Dr. Trümpy, Dr. Schön, Dr. Th. Hefti), sondern, entgegen seinen Ausführungen S. 3 Abs. 4, auch gegen die Praxis (worauf noch zurückzukommen sein wird) und vorab gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts.»[2269]

881 Die Konsequenz, welche RICCARDO JAGMETTI daraus mit der doppelten Konzession zog, wies HEINZ PETER CHRISTEN scharf zurück, da es das Nutzungsrecht der Ufereigentümer gemäss Art. 170 EG ZGB GL völlig aushöhlen würde.[2270] Hierbei verwies er auf die Argumentation des Bundesgerichtes in einem ähnlich gelagerten Falle im Kanton Zug:

> «Diese rein negative Befugnis wäre aber für den Anstösser ohne erheblichen Wert, wenn ihr nicht auf der anderen Seite der positive Anspruch darauf gegenüber stünde, auf Verlangen seinerseits die Bewilligung zur Nutzung der Kraft zu erhalten. Wenn § 175 PrGB und § 117 Abs. 4 EG auch bei öffentlichen Flüssen, die an ihren Ufern die Grundstücke verschiedener Eigentümer bespülen, jeden von diesen vorbehaltlich der Einholung der staatlichen Bewilligung für berechtigt erklären, die vorhandene Wasserkraft für gewerbliche Zwecke je zur Hälfte zu benützen , nicht nur die Bewilligung vor Dritten zu erhalten, so kann dies demnach nur dahin verstanden werden, dass der Anstösser ein Recht auf diese Erlaubnis hat, sofern ihr nicht wasserbau- oder sonstige flusspolizeiliche Bedenken oder die Rücksicht auf die analogen Nutzungsbefugnisse der übrigen Anstösser entgegenstehen, deren Ausübung durch die geplante Anlage verunmöglicht oder beeinträchtigt würde. Mit andern Worten: die staatliche Konzession, die in beiden Vorschriften vorbehalten wird, war nicht eine wirkliche Verleihung (des Wasserrechts), sondern eine blosse Polizeierlaubnis, die nicht nach Belieben versagt oder gewährt werden konnte, sondern erteilt werden musste, falls Hindernisse der erwähnten Art nicht vorlagen.»[2271]

882 Die stärkste Kritik übte HEINZ PETER CHRISTEN jedoch mit Blick auf dem Heimfall aus:

> «In dieser spezifischen Frage hat das Gutachten Jagmetti meiner Überzeugung nach die grössten Schwächen, die auch in seiner Stellungnahme vom Dezember 2006 nicht behoben werden.»[2272]

2268 Vgl. CHRISTEN, FASN 16.3/25.8.

2269 CHRISTEN, FASN 16.3/25.8, S. 1; diese Einschätzung wurde auch seitens des Kantons Glarus geteilt, vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Jakob Marti erklärte, der Kanton teile diese Einschätzung» (S. 209).

2270 CHRISTEN, FASN 16.3/25.8: «Das von Jagmetti postulierte Erfordernis einer doppelten Zustimmung zur Wassernutzung würde das im glarnerischen EG z ZGB vorgesehene Recht der Ufereigentümer völlig aushöhlen. Der Kanton könnte zwar seine Konzession nicht gegen den Willen des Ufereigentümers verleihen (mindestens nicht ohne vorgängige Enteignung mit voller Entschädigung). Der zur Wassernutzung Berechtigte könnte aber von seinem aus dem Eigentum fliessenden Recht nur Gebrauch machen, wenn die Kantonsbehörden ihn in Form einer Konzession dazu ermächtigten» (S. 1).

2271 BGE 48 I 580 (*Meyenberg & Genossen c. KR Kt. ZG*), S. 597–598, E. 1; zit. in CHRISTEN, FASN 16.3/25.8, S. 2.

2272 CHRISTEN, FASN 16.3/25.8, S. 2.

Obwohl RICCARDO JAGMETTI seinen beiden Gutachten das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Heimfall im kantonalen Recht anerkennt,[2273] weder eine echte, durch die Praxis zu füllende Lücke noch eine Grundlage für ein Gewohnheitsrecht sieht,[2274] 883

> «verneint er im Widerspruch zu dieser Feststellung das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, vorsichtshalber allerdings in Frageform. […] Daran hält er in seiner Stellungnahme fest (S. 5), allerdings ebenfalls wieder in einer sehr unbestimmten Formulierung».[2275]

Die anderen Mitglieder der Arbeitsgruppe des Verwaltungsrates der *SN Energie AG* teilten HEINZ PETER CHRISTENS Auffassung.[2276] 884

3. Der politische Prozess der Konzessionserneuerung der SN Energie AG

3.1 Verhandlung mit dem Regierungsrat

Zeitlich korrelierte das Umdenken mit der Konzessionierung des Projektes Linth-Limmern durch die *Nordostschweizerischen Kraftwerke* (per 21. September 2009 umfirmiert in *Axpo AG*). AUGUST ROHR zufolge begann aus diesem Grund die *SN Energie AG,* auch die Integrität des Baudirektors *Freitag* anzuzweifeln.[2277] So schrieb die *SN Energie AG* in einem Brief vom 13. Februar 2007: 885

> «Als Gründungsaktionär der NOK (heute eine 100-Prozent-Tochter der Axpo und Eigentümerin von 85 Prozent der Aktien von KLL, deren restliche 15 Prozent gehören dem Kanton Glarus)

2273 Vgl. JAGMETTI: «Das *glarnerische Recht* kennt keine gesetzliche Heimfallregelung» (Rechtsgutachten I, S. 31; Hervorhebung im Original); «Das kantonale Recht enthält, wie ich in meinem Gutachten festgehalten habe (Ziff. VI 1 und 2b), keine Bestimmung über das Heimfallrecht» (Rechtsgutachten II, S. 4)

2274 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Rechtsgutachten 2006: «Wie Prof. Müller gehe ich davon aus, dass keine gewohnheitsrechtliche Grundlage besteht, wurde doch bei der Erteilung der einzelnen Konzessionen verschieden verfahren. Auch eine echte, durch die Praxis zu füllende Lücke liegt nicht vor, denn der Heimfall ist nicht zwingender Bestandteil eines Konzessionsverhältnisses» (S. 4).

2275 CHRISTEN, FASN 16.3/25.8, S. 3.

2276 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «So beharrte Thomas Hefti auf der Feststellung: ‹Für die Aufnahme einer Heimfallklausel gegen den Willen der SN gibt es keine Rechtsgrundlage.› Markus Hofmann fand die Begründungen von Professor Jagmetti ‹sehr kurvenreich›» (S. 210).

2277 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Anderseits wuchsen in der SN die Zweifel am korrekten Verhalten von Regierungsrat Freitag. Dieser war Baudirektor des Kantons Glarus und gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats der Axpo. Im Zusammenhang mit den Konzessionsverfahren hatte sich daraus ein Interessenskonflikt entwickelt, in dem, nach Einschätzung der SN, Regierungsrat Freitag die Anliegen der Axpo förderte und die SN ausbremste» (S. 208), auch: «Doch aus Sicht der SN verstiess Landesstatthalter und Baudirektor Freitag klar gegen das Gebot einer neutralen und sachbezogenen Behandlung der unterschiedlichen Konzessionsgesuche» (S. 211).

> hat der Kanton eine gewisse Nähe zu unserer Konkurrenz. Das zeigt sich auch in personeller Beziehung, ist doch z.B. der Landesstatthalter [scil. Regierungsrat *Pankraz Freitag*] gleichzeitig Vizepräsident und Vorsitzender des Strategieausschusses der Axpo. Das ist durchaus in Ordnung. Doch ist es bei dieser Sachlage umso mehr angezeigt, auch nicht den Anschein zu erwecken, dass diese Konstellation Auswirkungen auf die Regierungs- und Verwaltungstätigkeit hätte.»[2278]

886 Der Anschein aber nahm zu, als die *SN Energie* auffallende Unterschiede in der zeitgleichen Bearbeitung der Konzessionsgesuche der *Axpo AG* festzustellen begann: Statt den 60 Jahren Laufzeit, welche der *SN Energie AG* im Herbst 2004 zugestanden wurden, zeigte der Kanton Bereitschaft, dass die Kraftwerke Linth-Limmern «ihre Anlagen bis 2096, d.h. für eine aussergewöhnlich lange Dauer von weiteren 90 Jahren betreiben kann».[2279] Gleichzeitig aber wurde die Konzession der Kraftwerke Linth-Limmern immer wieder auch als Vergleich genommen:

> «Die politische Komponente darf nicht ausser Acht gelassen werden, handelt es sich beim Landrat doch um eine politische Behörde. Das Kraftwerk Linth-Limmern, das heute leistungsmässig etwa zehnmal grösser als die SN-Energie-Kraftwerke in Schwanden ist, muss umgerechnet auf die SN-Grösse etwa 2 Mio. Franken Gebühren und 12 Mio. Franken HVA [scil. Heimfall-Verzicht-Abgeltung] bezahlen, während bei der Neukonzessionierung der SN Energie nur der Gebührenanteil fällig wird. Diese Ungleichheit beschäftigt den Regierungsrat und dürfte auch im Landrat Diskussionen auslösen.»[2280]

887 Die *SN Energie AG* aber wollte sich die «seinerzeitige Inkonsequenz des Landrates bei der KLL» mit Bezug auf den Heimfall nicht vorhalten lassen, wie dies *Thomas Hefti* betonte:

> «Im Unrecht besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung.»[2281]

888 Nach dem Scheitern des Gesetzesrevisionsprojektes (s. hinten Rz. 952) wurden die Verhandlungen im Januar 2008 wieder aufgenommen. Im März 2008 einigten sich die Baudirektion und die *SN Energie AG* auf eine Konzession ohne Heimfall, jedoch mit einer Laufzeit von 40 Jahren und einem schriftlichen Anspruch auf Erneuerung.[2282] Als der Regierungsrat am 23. September 2008 seinen Beschluss zu den Konzessionstexten fällte und dem Landrat beantragte, die Konzessionen der *SN Energie AG* zu erneuern,[2283] entsprach der Text dem, was die *SN Energie AG* mit der Baudirektion vereinbart hatte.[2284] Doch als

---

2278 Brief der SN Energie AG an Landammann Marti vom 13. Februar 2007, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 211.

2279 Brief der SN Energie AG an Landammann Marti vom 13. Februar 2007, zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 211.

2280 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 210.

2281 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 210.

2282 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 212.

2283 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.b.

2284 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 212.

der Text der Konzessionen am 2. Oktober 2008 im Amtsblatt publiziert wurde,[2285] war der Artikel zu den Steuern noch um einen dritten Absatz ergänzt.[2286]

Gleichzeitig tat sich eine weitere Frage auf: Am 29. Oktober 2008 ersuchte die *Axpo Holding AG* die Staatskanzlei des Kantons Glarus um Prüfung der Frage, ob der von der *Axpo Holding AG* gehaltenen *Nordostschweizerischen Kraftwerke* ein Vorzugsrecht auf die Konzessionserteilung zustehe.[2287] Der Regierungsrat verneinte dies in einem Schreiben vom 6. März 2009.[2288] 889

3.2 Debatte im Landrat

a. Die erste Lesung

Der Landrat behandelte die Erneuerung der Konzession von 1928 zur Ausnützung der Wasserkraft des Niedernbaches und des Sernf in der ersten Lesung am 22. April 2009.[2289] Im Zentrum der Debatte stand der Heimfall, wie dies Kommissionspräsident *Anton Bürge* (o.A.) mit seinem Eröffnungsvotum anlässlich der Eintretensdebatte klar zum Ausdruck brachte: 890

> «Die Kernfrage ist die nach der Heimfallregelung. Diese ist in der Gesetzgebung nicht klar geregelt, wie die einander widersprechenden Gutachten Jagmetti und Müller belegen, und die Kommission hatte daher einen politisch gangbaren Weg zu finden.»[2290]

Angesichts der gegenwärtigen Rechtslage könne nichts mehr gemacht werden.[2291] Immerhin zeigt sich, dass der Kommissionspräsident eine künftige Heimfallregelung als klares Desiderat betrachtete: 891

2285 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.b.

2286 Zit. in ROHR, FASN Geschichte der SN: «Der Kanton hat im Zuge der Umsetzung von Abs. 1 Anspruch auf Besteuerung eines angemessenen Gewinnes auf dem Ertrag der in der konzessionierten Anlage erzeugten Energie […] Der Regierungsrat wird ermächtigt, in diesem Sinne eine Steuervereinbarung mit der Konzessionärin abzuschliessen» (S. 212).

2287 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.c.

2288 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.c.

2289 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391.

2290 Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391.

2291 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Bürge: «Vor allem aber fehlt dazu die gesetzliche Grundlage; solange dies der Fall ist, wird es nicht einfach sein, Heimfallregelungen zu verlangen. […] Nach langen Diskussionen einigte man sich auf eine 40-jährige Konzessionsdauer und den Verzicht auf einen Heimfall, der nur vereinbart, nicht aber erzwungen werden könnte. Da die SN Energie AG (SNE) momentan einem Heimfall nicht zustimmt,

«Nach Meinung des Redners darf es aber keine Konzession mehr ohne Heimfallregelung geben: Das Schaffen eines Wassergesetzes ist dringend und wichtig.»[2292]

892 Dem stimmte auch Regierungsrat *Robert Marti* (o.A.) bei.[2293] Als man anlässlich der Detailberatung zu Art. 14 Abs. 1 gelangte, worin eine zusätzliche Minimalsteuer verankert war, kam es zu einer Diskussion. Zahlreiche Voten forderten, dass für die Bewilligung der Konzession eine «schriftliche Bestätigung für eine minimale Steuer von 12 Prozent vorzuliegen» habe.[2294] Wie aus einigen Voten hervorging, scheint diese Steuer als eine Heimfallverzichts-Entschädigung verstanden worden zu sein.[2295] Dieser Auffassung widersetzte sich einzig – und dies obwohl er nach eigener Aussage grundsätzlich einen Heimfall und hohe Steuererträge befürworte[2296] – der damalige Landratspräsident *Rolf Hürlimann* (o.A.):[2297]

«Als Bürger legt er nur sein grosses Unbehagen gegenüber der eingenommenen Rolle des Staates dar. – Die Besteuerung von 12 Prozent wird falsch begründet. Diese wurde in der Konzession Linthal 2015 nur deshalb verlangt, weil der Kanton vom Pumpspeicherwerk sonst keinen Nutzen gehabt hätte; dafür fliesen keine Wasserzinsen. […] Die Mindestbesteuerung wurde also wegen der besonderen Umstände und im gegenseitigen Einvernehmen festgeschrieben und zwar für

---

sind weitere Verhandlungen unnütz, und der Kompromiss stellt eine weitere Form abgewandelter Heimfallregelung dar.»

2292 Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391.

2293 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Marti: «Diese Übergangskonzession wird die letzte ohne Heimfallregelung sein. Einverstanden ist der Redner bezüglich des dringlichen Schaffens eines Wassergesetzes.»

2294 Vgl. bspw. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Fredo Landolt: «Zuhanden der zweiten Lesung haben ein von beiden Seiten unterzeichnetes Steuerabkommen und eine schriftliche Bestätigung für eine minimale Steuer von 12 Prozent vorzuliegen. – Die Vorgabe einer 12-prozentigen Steuer stellt, wie Regierungsrat R. Marti bestätigte, einen noch nicht beseitigten Stein des Anstosses dar. […] Die Konzession darf erst dann bewilligt werden, wenn über das Steuerabkommen Klarheit herrscht»; auch Votum Peter Landolt: «Die Besteuerung ist zu bestimmen, aber zuhanden der zweiten Lesung wird eine Bestätigung verlangt, mit der die SNE das Steuerabkommen als abgeschlossen anerkennt und den Mindeststeuersatz von 12 Prozent akzeptiert. Es darf nicht geschehen, dass Bereiche der erteilten Konzession angefochten werden.»

2295 Vgl. etwa Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Zürrer: «[…] weil damit der Konzessionärin deutlich gesagt wird, dass sie die Mindestbesteuerung von 12 Prozent zu akzeptieren hat. – Der beanstandete Wildwuchs ist selbstverschuldet, geht aber nicht einseitig zu Lasten der Konzessionärin; das Verzichten auf den Heimfall kommt ihr zu Gute».

2296 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Hürlimann: «Er ist in das Geschäft nicht involviert, fühlt sich aber, wie die Einwohner von Schwanden allgemein, mit der SNE verbunden. Sein materielles Interesse ist zudem mit dem des Kantons identisch: bald erhältliche Heimfall- und hohe Steuererträge auch für die Gemeinde».

2297 Als Landratspräsident hatte er, da er sich an der Diskussion beteiligen wollte, zu Beginn des Traktandums den Vorsitz dem Vizepräsidenten übergeben (vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391).

> den Fall, ‹dass beim Pumpspeicherwerk der Melkstuhl kalbern würde› (Zitat Axpo CEO Heinz Karrer). In allen anderen Fällen gibt es keinen sachlichen Grund für eine dem Gesetz widersprechende und die Rechtsgleichheit verletzende steuerrechtliche Ungleichbehandlung. Sie wird nun aber als rechtmässiges Verhandlungsergebnis und grosszügiges Entgegenkommen dargestellt: als Gegenleistung für den Verzicht auf den Heimfall. Der Redner empfindet es als Erpressung, denn die Behauptung, der Kanton habe Anspruch auf einen Heimfall, widerspricht geltendem Wasserrecht. Statt das Gesetz zu ändern, wird es gemäss den eigenen Wünschen zurechtgebogen und die Gesuchstellerin erpresst. Ihr Gesuch wird nicht behandelt, bis sie den während vier Jahren mehrfach erhöhten Forderungen zustimmt, und der angebliche Anspruch wird gegen Zugeständnisse wie kürzere Konzessionsdauer und Sonderbesteuerung verkauft. […] Es ist von dieser Mindestbesteuerung für die normalen Wasserkraftwerke Abstand zu nehmen, oder aber dafür auf korrektem Weg eine Rechtsgrundlage zu schaffen.»[2298]

Sein Streichungsantrag wurde jedoch abgelehnt. Es wurde auf die vertragliche Komponente einer Konzession hingewiesen, welche solcherlei Abmachungen erlaube.[2299] Es blieb damit bei der Fassung der vorberatenden Kommission.[2300] 893

b. Die zweite Lesung

Die zweite Lesung vom 24. Juni 2009 ging nicht mehr auf die Heimfallregelung oder die Mindeststeuer ein. Vielmehr ging es um die seitens der *Axpo Holding AG* vorgebrachte Anwendbarkeit des NOK-Gründungsvertrages auf die vorliegenden Konzessionen, namentlich um «die Antwort auf die Frage, ob die SNE in privatem oder in öffentlichem Besitz ist».[2301] Regierungsrat *Robert Marti* legte die Auffassung des Regierungsrates dar: 894

> «Der Aktionärskreis veränderte sich seit 1929 deutlich. Neben der Gemeinde Schwanden gehören ihm nun an: Stadt St. Gallen, Rorschach, Rapperswil-Jona, Stadtwerk Arbon, Romanshorn, EW Wald. Regierung und Kommission sind daher einhellig der Meinung, die SNE befinde sich im Besitz der öffentlichen Hand. Da sie somit keine private Konzessionsbewerberin ist, fällt sie nicht unter die einschränkende Bestimmung von § 5 Absatz 1 des NOK-Gründungsvertrags, und

---

2298 Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Hürlimann.

2299 Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 22. April 2009, § 391, Votum Schiesser: «Fritz Schiesser, Haslen, spricht sich für das Festlegen des Konzessionsinhalts aus. […] Konzessionen sind doppelten Charakters: Hoheitsakt / Vertrag. Der Vertragsbereich ist auszuhandeln, und wenn darüber Einigkeit besteht kommt die Konzession als Hoheitsakt zu Stande.»; vgl. auch Votum Bürge: «Anton Bürge hält namens der Kommission an deren Anträgen fest. – Es ist weder der Kommission noch den involvierten Personen daran gelegen, eine Konzession zu erpressen oder ein Gesetz nach Gutdünken zu interpretieren. Sondern es ist im Rahmen der vorhandenen Möglichkeiten eine gute Lösung zu finden. Weil gesetzliche Grundlagen fehlen, sind vertragliche Abmachungen zu treffen.»

2300 Rohr, FASN Geschichte der SN, S. 213.

2301 Landratsprotokoll, Sitzung vom 24. Juni 2009, § 408, Votum *Bürge*.

die Konzession ist zu erteilen. – Dass Axpo und NOK und ihre findigen Juristen zu einem anderen Schluss kamen, erstaunt hingegen nicht.»[2302]

895 Und tatsächlich: Nachdem der Landrat selbigen Tages die beiden Konzessionen genehmigte[2303] und diese am 2 Juli 2009 im kantonalen Amtsblatt publiziert wurden, reichten am 26. August der Kanton Appenzell Ausserrhoden und der Kanton Zürich beim Bundesgericht jeweils eine Klage gegen den Kanton Glarus ein, wobei sie sich auf den NOK-Gründungsvertrag stützten.[2304] Beide Verfahren wurden, da sie die gleichen Ansprüche betrafen und dieselben Rechtsfragen aufwarfen, miteinander vereinigt.[2305]

4. Die gerichtlichen Verfahren zum Heimfall

896 In der Folge kam es zu zwei Bundesgerichtsentscheiden. Der erste wird hier als «Zwischengefecht» bezeichnet, da es inhaltlich nicht um die Heimfallbestimmung, sondern um die Anwendbarkeit des Vorzugsrechtes gemäss NOK-Gründungsvertrag ging; im Rahmen der vorliegenden Arbeit sind lediglich die darin gemachten *obiter dicta* zur Glarner Wasserrechtsordnung von Interesse. Beim zweiten Bundesgerichtsentscheid handelte es sich um die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus, welcher die Heimfallbestimmung für widerrechtlich erklärt hatte.

4.1 Zwischengefecht: Der Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juli 2011

897 Der Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juli 2011 betraf das Vorzugsrecht in § 5 Abs. 1 des NOK-Gründungsvertrages (s. vorne Rz. 650 ff.) bzw. dessen Anwendbarkeit auf eine Neukonzessionierung.[2306] Die Klage wurde durch eine Auslegung des NOK-Gründungsvertra-

[2302] Landratsprotokoll, Sitzung vom 24. Juni 2009, § 408, Votum Marti.

[2303] Vgl. Landratsprotokoll, Sitzung vom 24. Juni 2009, § 408: «Schlussabstimmung: Die Konzessionen und deren Anhänge sind gemäss Konzessionsergebnis erteilt und umweltverträglich erklärt.»

[2304] BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), A.e.

[2305] BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 1.

[2306] Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*); vgl. dazu auch LIVER, Rechtsgutachten NOK; MÜLLER, Rechtsgutachten NOK.

ges des Bundesgerichtes abgewiesen,[2307] wobei offengelassen wurde, ob das Vorzugsrecht nicht zu spät ausgeübt wurde.[2308]

Die Erwägungen dieses Bundesgerichtsentscheides sind für die vorliegende Arbeit jedoch insofern von Interesse, als dass darin im Sinne «einleitender Bemerkungen […] auf die Besonderheiten des Glarner Wasserrechts hingewiesen [wurde], welche sich auf die Rechtsnatur der streitigen Konzessionen auswirken».[2309] So wurde zunächst festgestellt, dass der Kanton Glarus «nicht originär über das Recht, die Wasserkraft zu nutzen», verfüge, sondern die Ufereigentümer.[2310] Dies führe zu einer beschränkten Anwendbarkeit des WRG, wobei insbesondere der dritte Teil nicht anwendbar sei.[2311] Daran ändere weder das Vorrecht auf Enteignung gem. Art. 177–178 EG ZGB GL noch der WKB GL etwas:[2312] 898

> «Dennoch verfügt der Kanton Glarus nach dem bisher Ausgeführten nicht über ein Regal, das er durch Konzessionen im Sinne des Wasserrechtsgesetzes zur Nutzung verleihen könnte.»[2313]

Insofern gäbe es in der Glarner Wasserrechtsordnung eigentlich auch keine Konzessionen: 899

> «Über die Inanspruchnahme seines Vorrechts bzw. über dessen Weiterverleihung entscheidet er vielmehr durch einen konzessionsähnlichen Rechtsakt, welcher namentlich eine Baubewilligung

---

2307 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 5 mit Verweis auf Aussagen von EDUARD BLUMER bzw. Textstellen im Landsgemeindememorial von 1915 (E. 5.2.2, vgl. dazu auch vorne Fn. 1748–1752).

2308 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 7; vgl. auch die Urteilszusammenfassung «Kein Glarner Wasser für die Axpo», *NZZ* vom 24. September 2011, S. 12.

2309 BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 3.

2310 BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 3.

2311 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*): «Dies hat zur Folge, dass das kantonale Recht aufgrund eines entsprechenden Vorbehalts in Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80) weiterhin anwendbar bleibt und das Wasserrechtsgesetz des Bundes nur sehr beschränkt gilt. Nicht anwendbar ist insbesondere der gesamte dritte Teil des Wasserrechtsgesetzes betreffend die Verleihung von Wasserrechten durch Konzession» (E. 3).

2312 Vgl. BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*): «Wohl sichert Art. 178 (i.V.m. Art. 177) EG ZGB/GL dem Kanton das Recht, Wasserkräfte gegen volle Entschädigung zu enteignen. Von diesem Vorrecht hat der Kanton mit Beschluss der Landsgemeinde vom 5. Mai 1918 denn auch Gebrauch gemacht: So hat er sich das Enteignungsrecht für alle ihm zum Ausbau als geeignet erscheinenden Wasserkräfte im Kanton eingeräumt und sich überdies vorbehalten, diese Rechte weiterzuvergeben» (E. 3).

2313 BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E. 3.

verbunden mit der Übertragung des Enteignungsrechts für die Nutzung der Wasserkraft umfasst; dieser Rechtsakt weist vorab wasserbaupolizeiliche, aber auch wasserwirtschaftliche Elemente auf. Der Einfachheit halber und unter Beibehaltung der Bezeichnung des Glarner Landrates und der Terminologie des NOK-Vertrages werden die konzessionsähnlichen Rechtsakte des glarnerischen Rechts im Folgenden aber ebenfalls als Konzessionen bezeichnet.»[2314]

4.2 Der Verwaltungsgerichtsentscheid vom 31. August 2011

900 Die am 5. Mai 2010 vom Landrat erteilte *Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Sernf bzw. der Linth zwischen der Au in Schwanden und dem Linthkrumm in Mitlödi* führte in ihrem Art. 28 den Heimfall auf:[2315]

> «1 Nach Ablauf der Konzession behält sich der Kanton den Heimfall vor. Der Inhalt des Heimfallrechtes richtet sich nach den dannzumal geltenden Bundes- und Kantonsvorgaben.
>
> 2. Die Standortgemeinde hat Anspruch auf mindestens einen Drittel an der Heimfallverzichtsabgeltung oder am Heimfallsubstrat, sofern die kantonale Gesetzgebung nicht einen höheren Anteil vorgibt.»[2316]

901 Die *SN Energie AG* erhob am 14. Juni 2010 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht sowie auch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 105 ff. VRPG GL) beim Verwaltungsgericht des Kantons Glarus.[2317] Die *SN Energie AG* wurde durch Rechtsanwalt Dr. iur. *Markus Hoffmann* vertreten, der Landrat des Kantons Glarus durch Rechtsanwalt Prof. Dr. *Felix Uhlmann*. Das Bundesgericht trat aufgrund fehlender Letztinstanzlichkeit des angefochtenen Entscheides auf die Beschwerde nicht ein, womit sich das Verwaltungsgericht – entgegen anderslautender Gesetze – der Beschwerde annahm.[2318] Das Verwaltungsgericht entschied mit Urteil vom 31. August 2011.

2314 BGer, Urteil 2E_3/2009, 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 (*Kt. AR/Kt. ZH/Axpo AG [Intervenientin] contra Kt. GL/SN Energie AG*), E.3.

2315 Die Konzession wurde von der *SN Energie AG* beantragt und erworben, jedoch gem. Art. 21 Abs. 1 Konzession 2013 auf die «neu zu gründende Kraftwerksgesellschaft Doppelpower AG» übertragen. Die im Jahr 2010 gegründete Gesellschaft *Doppelpower AG* ist somit die Konzessionärin.

2316 Zit. in VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.I.1a, S. 2; zit. in BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*); vgl. auch BGer, Urteil 2C_520/2010 vom 8. September 2010 (*SN Energie AG contra Kt. GL*), A; vgl. auch BGer, Urteil 2C_340/2010 vom 27. August 2010 (X. *AG contra Kt. GL*).

2317 Bei der zweiten Beschwerde vor Verwaltungsgericht wurde die Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen des bundesgerichtlichen Entscheids über die Zuständigkeit ersucht (vgl. VG.2010.00075 [*A. AG c. LR Kt. GL*], I.2.a, S. 2).

2318 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «In Nachachtung des vorerwähnten bundesgerichtlichen Entscheids hat sich das Verwaltungsgericht – ungeachtet anderslautender kantonaler Gesetze (vgl. Art. 82 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 [KV], Art. 105 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Mai 1986 [VRG], Art. 4a des Beschlusses über Verwertung von Wasserkräften im Kanton Glarus vom 5. Mai 1918 [WKB]) –

Dr. iur. ROMANA KRONENBERG-MÜLLER, welche als Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht des Kantons Glarus amtete, verfasste dazu einen Aufsatz unter dem Titel *Der Heimfall im Glarner Wasserrecht* (2012) im *Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht.*[2319]

a. Die Glarner Wasserrechtsordnung gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Glarus

Das Verwaltungsgericht beginnt seine Erwägungen mit einer Darstellung der Glarner Was- 902
serrechtsordnung: Es handelt sich dabei im Kern um das Nutzungsrecht der Ufereigentümer gemäss Art. 170 EG ZGB GL.[2320] Dieses Nutzungsrecht steht den Ufereigentümern von Gesetzes wegen zu, sodass sie «auf dessen Verleihung mittels einer Konzession nicht angewiesen» sind.[2321] Dennoch bedarf eine solche Nutzung aufgrund Art. 17 WRG einer Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde, welche über die wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und der Kantone wacht und verhindert, dass bestehende Nutzungsrechte verletzt werden.[2322] Die im Kanton Glarus für die wasserbaupolizeiliche Be-

der bei ihm anhängig gemachten Beschwerde anzunehmen» (I.2.b–c, S. 3); vgl. den diesbezüglichen Entscheid in BGer, Urteil 2C_520/2010 vom 8. September 2010 (*SN Energie AG contra Kt. GL*) mit Verweis auf BGer, Urteil 2C_340/2010 vom 27. August 2010 (X. *AG contra Kt. GL*).

2319 Vgl. KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 284, Fn. 1.

2320 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Das Recht zur Nutzung der vorhandenen Wasserkraft bei Flüssen und Bächen für gewerbliche Zwecke steht den Ufereigentümern zu (Art. 170 Abs. 1 EG ZGB)» (E.II.2.b, S. 4), auch: «Wie bereits dargelegt, besteht diese gesetzliche Zuweisung der Verfügungsbefugnis an die Uferanstösser im glarnerischen Recht mit Art. 170 Abs. 1 EG ZGB nach wie vor» (E.II.2.c, S. 5).

2321 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Wie dargelegt verfügt aber der Uferanstösser gemäss der glarnerischen Rechtsordnung bereits von Gesetzes wegen über dieses Nutzungsrecht für gewerbliche Zwecke, so dass er auf dessen Verleihung mittels einer Konzession nicht angewiesen ist» (E.II.3c, S. 7); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Das Verfügungsrecht über die Wasserkraft wird nicht einem Gemeinwesen, sondern dem jeweiligen Ufereigentümer zugewiesen, was einzig noch im Kanton Glarus der Fall ist» (S. 284), auch: «Entgegen der ursprünglichen Erwartung bei Erlass des WRG ist der Kanton Glarus bis heute nicht davon abgerückt, das Wassernutzungsrecht den Ufereigentümern zuzuweisen» (S. 294).

2322 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Art. 17 WRG mit der Marginalie „Verfügung kraft Privatrechts/Aufsicht über die Benutzung durch den Berechtigten» bezieht sich ausdrücklich auf Art. 2 Abs. 2 WRG. Er besagt, dass es zur Nutzbarmachung der Privatgewässer oder der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts der Uferanstösser der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde bedarf. Diese wacht darüber, dass die wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und der Kantone beobachtet und dass bestehende Nutzungsrechte nicht verletzt werden» (E.II.2d, S. 5); «Die Nutzbarmachung setzt indessen eine Bewilligung des Regierungsrates bzw. des zuständigen Departements voraus, welche über die Einhaltung der wasserbaupolizeilichen

willigung zuständige Behörde sei seit jeher und gem. Art. 5 Abs. 1 EG der Regierungsrat bzw. das DBU.[2323]

903 Hinzu komme noch der WKB GL, welcher als «Grundlage, worauf der Landrat seine Kompetenz zur ‹Konzessionserteilung›, so auch im vorliegenden Fall der erteilten ‹Konzession› vom 5. Mai 2010 an die Beschwerdeführerin, stützt».[2324] Hierbei wird der WKB GL vom Verwaltungsgericht, wie auch schon von GEORG MÜLLER, als eine reine Kompetenzdelegation verstanden.[2325] Aus diesen Gründen kommt das Verwaltungsgericht dazu, die Rechtsnatur der Konzession infrage zu stellen.[2326] Während in den Gutachten HANS TRÜMPY und PETER LIVER die «glarnerische Wasserrechtskonzession als Baubewilligung bzw. Polizeierlaubnis» bezeichnet würde,[2327] stützte sich die *SN Energie AG* als Beschwerdeführerin auf die Rechtsauffassung GEORG MÜLLERS, wonach es sich bei der Konzession lediglich um den Verzicht des Kantons auf sein Vorrecht auf Enteignung handle.[2328] Das Verwaltungsgericht kam zu einem differenzierteren Ergebnis:

Vorschriften und darüber, dass bestehende Nutzungsrechte nicht verletzt werden, zu wachen haben» (E.II.2e, S. 5).

2323 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Bei der in Art. 17 WRG erwähnten Behörde handelte es sich im Kanton Glarus seit jeher um den Regierungsrat (für Art. 175 EG ZGB in seiner ursprünglichen Fassung vgl. etwa die Ausführungen von F. Hefti, Das Wasserrecht des Kantons Glarus, Freising-München 1922, S. 81; für Art. 175 EG ZGB in seiner Fassung vom 03.05.1987 vgl. SBE 3. Bd. Heft 3 S. 260; vgl. zudem Art. 2 des Energiegesetzes vom 03.05.1987 [SBE 3. Bd. Heft 3 S. 253]; vgl. schliesslich Art. 5 des [kantonalen] Energiegesetzes vom 07.05.2000 [EG]). Art. 5 Abs. 1 EG berechtigt den Regierungsrat, die Bewilligungskompetenz für Anlagen bis zu einer bestimmten elektrischen Leistung an das zuständige Departement zu delegieren. Hiervon machte er in Art. 1d seiner Vollzugsverordnung zur Energiegesetzgebung vom 4. September 2001 Gebrauch. Danach ist das Departement Bau und Umwelt (DBU) zuständig für die Bewilligung der Neuerstellung oder Erweiterung einer Anlage zur Gewinnung von Energie mit einer elektrischen Leistung von mehr als 200 kW bis 1 MW» (E.II.2d, S. 5).

2324 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Der Beschluss von 1918 hat nach wie vor Geltung. Er bildet die Grundlage, worauf der Landrat seine Kompetenz zur ‹Konzessionserteilung›, so auch im vorliegenden Fall der erteilten ‹Konzession› vom 5. Mai 2010 an die Beschwerdeführerin, stützt» (E.II.3.a, S. 6).

2325 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «In Art. 3 WKB überträgt die Landsgemeinde die Ausführung dieses Beschlusses dem Landrat und sie erteilt ihm auch alle nötigen Vollmachten für die Verwertung der in Frage kommenden Wasserkräfte. Hiermit delegierte sie die ihr nach Art. 179 EG ZGB vorbehaltene Befugnis zum Entscheid, ob der Kanton von der Enteignung gemäss Art. 177 lit. a EG ZGB für sich Gebrauch machen will, in zulässiger Weise an den Landrat» (E.II.3.a, S. 6).

2326 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Vor dem Hintergrund, dass im Kanton Glarus dieses Recht bereits von Gesetzes wegen dem Uferanstösser zusteht und der Landrat gemäss WKB über die in diesem Zusammenhang mögliche Enteignung entscheidet, drängt sich die Frage nach der Rechtsnatur der landrätlichen ‹Konzession› vom 5. Mai 2010 auf» (E.II.3b, S. 6).

2327 VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.3c, S. 7.

2328 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Konzession enthalte lediglich den Verzicht des Kantons auf die Wahrnehmung des

> «Im Ergebnis beinhaltet die landrätliche Konzession also nicht nur den Verzicht des Kantons auf die Ausübung des Enteignungsrechts, sondern auch die aus den verschiedenen Spezialgesetzen des Bundes und des Kantons resultierenden polizeilichen Anforderungen zur Nutzbarmachung der Wasserkraft. Sie kann einer Konzession im Sinne des WRG nicht gleichgesetzt werden und unterscheidet sich von einer solchen im Wesentlichen dadurch, dass sie kein Recht auf die Benutzung des Gewässers verleiht. Dennoch stellt sie auch keine herkömmliche Polizeierlaubnis dar, enthält sie doch – wenn gleich nur implizit – auch den Verzicht der Enteignung der Wasserkraft zugunsten im öffentlichen Wohl liegender Unternehmungen. Im Ergebnis erscheint die landrätliche Konzession als Rechtsakt sui generis, welcher nachfolgend aber gleichwohl als Konzession bezeichnet wird.»[2329]

Wie bei einer herkömmlichen Konzession sei es aber so, dass sich die glarnerische Wasserrechtskonzession aus einem verfügungsmässigen und einem vertraglichen Teil zusammensetze.[2330] 904

b. Geltung des WRG

Als nächstes geht das Verwaltungsgericht zur Feststellung über, dass der dritte Abschnitt des WRG im Kanton Glarus nicht anwendbar ist. Dies ergebe sich nicht nur in logischer Schlussfolgerung aus dem Umstand, dass der Kanton Glarus keine Wasserrechte verleihen 905

Enteignungsrechts gemäss WKB» (E.II.3b, S. 6); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Aufgrund der im Beschluss vom 5. Mai 1918 über die Verwertung von Wasserkräften im Kanton Glarus generell abgegebenen Enteignungserklärung durch den Kanton ist es zur Wasserkraftnutzung eines Ufereigentümers oder eines Dritten erforderlich, dass zunächst der Kanton selbst auf die Enteignung verzichtet» (S. 296).

2329 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.3.d, S. 7–8; vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Mit der glarnerischen ‹Wasserrechtskonzession› wird kein Recht zur Wassernutzung verliehen. Einzig dann, wenn der Kanton selbst dieses Recht vom Ufereigentümer erwirbt, sei es durch Enteignung oder durch freiwillige Abtretung seitens des Ufereigentümers, kann er es einem Dritten weiterbegeben. In der Regel verleiht der Kanton dem Konzessionär allerdings lediglich das Enteignungsrecht. Damit verzichtet er gleichzeitig darauf, von dem ihm zustehenden Vorrecht auf Enteignung selber Gebrauch zu machen. Diese Verzichtserklärung stellt einen (teils impliziten) Inhalt der vom Landrat erteilten ‹Wasserrechtskonzessionen› dar. Weiterer Inhalt der Glarner ‹Wasserrechtskonzessionen› bilden insbesondere die zum Betrieb eines Wasserkraftwerks erforderlichen Bewilligungen und Auflagen gemäss der eidgenössischen und kantonalen Spezialgesetzgebung. Zu denken ist dabei etwa an die wasserbaupolizeilichen sowie die umweltschutzrechtlichen Vorgaben» (S. 297).

2330 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «In Analogie zur herkömmlichen Konzession gehören auch bei der Glarner Konzession diejenigen Bestimmungen zum Verfügungsteil, welche weitgehend durch das Gesetz festgelegt sind und im öffentlichen Interesse liegende Pflichten des Konzessionärs regeln. Dagegen sind diejenigen Bestimmungen, welche auf einer gesetzlichen Grundlage mit geringem Bestimmtheitsgrad beruhen und an deren Erfüllung durch den Konzessionär ein geringeres öffentliches Interesse besteht, vertraglicher Natur» (E.II.3.f, S. 9); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 298.

könne,[2331] sondern gehe darüber hinaus aus dem Gesetz selber hervor,[2332] wie dies auf dem Korrespondenzweg seitens des Bundesrats bestätigt worden war.[2333] Die trotzdem seitens von RICCARDO JAGMETTI zumindest frageweise ins Spiel gebrachte Geltung des WRG wird vom Verwaltungsgericht mit dessen eigenen Worten verworfen:

> «Jagmetti wirft im erwähnten Gutachten die Frage auf, ob zwischenzeitlich eine Rechtslage geschaffen worden sei, nach der das WRG insgesamt anwendbar sei, gelangt diesbezüglich aber zu einer negativen Antwort (Jagmetti, a.a.O., S. 3). Seine Auffassung verdient Zustimmung, zumal keine Gründe ersichtlich sind, welche Gegenteiliges annehmen lassen. Insbesondere fehlt es (bisher) an einer massgeblichen Revision des glarnerischen Wasserrechts, enthält doch dieses im Wesentlichen noch die gleichen Bestimmungen wie beim Inkrafttreten des WRG, welche eben gerade zur Nichtanwendbarkeit von dessen drittem Abschnitt führten.»[2334]

2331 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Der Umstand, dass sich der dritte Abschnitt des WRG mit der Verleihung von Wasserrechten befasst, führt zur Schlussfolgerung, dass dieser Abschnitt des WRG im Kanton Glarus nicht zur Anwendung gelangen kann. Denn wie dargelegt werden mittels der Glarner Konzession eben gerade keine Rechte am Wasser verliehen, da der Ufereigentümer, welcher die Wasserkraft gewerblich nutzen möchte, bereits über dieselbe verfügt» (E.II.4a, S. 9); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Da das WRG vorab den Zweck der Nutzbarmachung der öffentlichen Gewässer verfolgt, jedoch einerseits im Kanton Glarus keine öffentlichen Gewässer existieren und andererseits das Wassernutzungsrecht kraft Privatrechts dem Ufereigentümer zusteht, kann das Bundesgesetz hier nicht ohne Weiteres Geltung beanspruchen» (S. 295).

2332 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Dass der dritte Abschnitt des WRG im Kanton Glarus nicht gilt, ergibt sich aus diesem Gesetz selbst, besagt doch sein Art. 17 Abs. 3, dass die Art. 5, 7a, 8 und 11 sowie der zweite Abschnitt (Art. 21–37) des WRG sinngemäss gelten, wo die Nutzbarmachung der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts den Uferanstössern zusteht. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass insbesondere die Bestimmungen des dritten Abschnitts über die Verleihung von Wasserrechten im Kanton Glarus nicht anwendbar sind» (E.II.4b, S. 9); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Diesem Umstand wurde auch, wie bereits aufgezeigt, mit Art. 2 Abs. 2 WRG Rechnung getragen. […] Die Nichtanwendbarkeit des dritten Abschnitts ergibt sich allerdings auch in Berücksichtigung des Wortlauts des WRG. Wenn nämlich in Art. 17 Abs. 3 die Bestimmungen der Art. 5, 7a, 8, 11 sowie der zweite Abschnitt des WRG sinngemäss anwendbar erklärt werden, so gilt dies e contrario nicht für seinen dritten Abschnitt» (S. 295).

2333 Vgl. VG.2010.00075: «Dies wurde offenbar im Rahmen der Ausarbeitung des WRG zwischen dem Bundesrat und dem Kanton Glarus auf dem Korrespondenzweg auch so vereinbart, mit der Begründung, dass das glarnerische Wasserrecht Privatrecht, der Kanton also nicht Eigentümer der Wasserkraft sei […]» (E.II.4b, S. 9–10); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Überdies hatte der Kanton Glarus im Einverständnis mit den Bundesbehörden entgegen Art. 75 WRG keine besonderen Ausführungsvorschriften zum WRG erlassen, denn das EG ZGB wurde als genügend erachtet, um den Vollzug der eidgenössischen Vorschriften zu gewährleisten, soweit sie das glarnerische Wassernutzungsrecht überhaupt berührten. Schliesslich hatte sich die Glarner Regierung auf dem Korrespondenzweg mit dem Bundesrat ausbedungen, dass der gesamte dritte Abschnitt des Bundesgesetzes, welcher die Verleihung von Wasserrechten zum Gegenstand hat, für den Kanton Glarus nicht massgebend sei» (S. 295).

2334 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.4c, S. 10.

c. Heimfall

Schliesslich widmet sich das Verwaltungsgericht der Frage nach dem Heimfall in der Glarner Wasserrechtsordnung. Hierbei wird festgestellt, dass das kantonale Recht keine Heimfallbestimmung kenne.[2335] Während die Beschwerdeführerin dies als allgemeines Zeichen einer fehlenden gesetzlichen Grundlage nehme,[2336] stelle sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, 906

> «dass das Heimfallrecht unter denjenigen Teil der Konzession fällt, welcher zwischen den Parteien verhandelbar ist. Selbst wenn es aber zum Verfügungsteil gehören sollte, sei eine Heimfallklausel zulässig, da für den Erlass von Nebenbestimmungen keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage notwendig sei und stattdessen die allgemeine Zuständigkeit des Kantons im betreffenden Gebiet ausreiche.»[2337]

Das Verwaltungsgericht anerkennt, dass der Heimfall dem vertraglichen Teil einer Konzession zuzurechnen ist.[2338] Ebenfalls anerkannt wird, dass der vertragliche Teil keine direkte gesetzliche Grundlage kennt;[2339] er lässt sich daher grundsätzlich – unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts – frei vereinbaren.[2340] Die herrschende Lehre verlange aber zusätzlich, dass das Gemeinwesen nicht «Zugeständnisse abpressen darf, für die es 907

2335 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Anders als das Bundesrecht beinhaltet das glarnerische Wasserrecht keine Heimfallbestimmung» (E.II.5a, S. 10); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Das Glarner Wasserrecht regelt dem Heimfall nicht. Mit anderen Worten findet sich nirgends eine gesetzliche Bestimmung, welche das rechtliche Schicksal der Anlagen eines Wasserkraftwerkes beim Ablauf einer Konzession beschlägt. Nachdem der dritte Abschnitt des WRG, worin unter anderem der Heimfall geregelt wird, im Kanton Glarus nicht zur Anwendung gelangt, fehlt eine gesetzliche Grundlage betreffend den Heimfall gänzlich» (S. 298).

2336 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Gemäss den Vorbringen der Beschwerdeführerin mangelt es deshalb an einer rechtlichen Grundlage zur Aufnahme der angefochtenen Heimfallklausel in die Konzession vom 5. Mai 2010» (E.II.5a, S. 10).

2337 VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.5a, S. 10.

2338 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Mit dem Beschwerdegegner ist davon auszugehen, das [sic] der Heimfall dem vertraglichen Teil einer Konzession zuzurechnen ist, beschlägt er doch deren vermögensrechtliche Aspekte, für welche einerseits nur bedingt gesetzliche Vorgaben existieren, weshalb ein Verhandlungsspielraum besteht, und an denen andererseits ausser dem finanzpolitischen kein öffentliches Interesse besteht» (E.II.5b, S. 11).

2339 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): Es braucht also für die vertraglichen Teile einer Konzession keine direkte gesetzliche Grundlage. Eine analog anwendbare bundesrechtliche Bestimmung kann ausreichend sein» (E.II.5c, S. 11).

2340 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «In Bezug auf diesen vertraglichen Konzessionsteil führte das Bundesgericht aus, er lasse sich unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts frei vereinbaren […]. Die herrschende Lehre postuliert als zusätzliches Erfordernis, dass das Gemeinwesen dem Privaten nicht Zugeständnisse abpressen darf, für die es keine – wenn auch nur mittelbare – gesetzliche Grundlage gibt. Dennoch muss es dem Gemeinwesen aber gleichwohl erlaubt sein, sich Dinge versprechen zu lassen, die mangels klarer gesetzlicher Grundlage nicht ebenso gut auf dem Wege einer Verfügung eingefordert werden könnten […]» (E.II.5b, S. 11).

keine – wenn auch nur mittelbare – gesetzliche Grundlage gibt».[2341] Überhaupt stellt das Verwaltungsgericht angesichts der fehlenden gesetzlichen Grundlage für den vertraglichen Teil eine grundlegende Schranke auf:

> «Hingegen darf das Gemeinwesen seine hoheitliche Stellung nicht ausnutzen: die getroffenen Vereinbarungen müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen und dürfen die Konzessionärin nicht übervorteilen.»[2342]

908 In allen anderen, dem dritten Abschnitt des WRG unterstehenden Wasserrechtsordnungen ist der Heimfall als ein entschädigungsloser Eingriff ins Privateigentum zulässig, da der Staat ihm die Wasserkraft geliefert habe.[2343] Da der Staat aber im Kanton Glarus keine Wasserkraft verleiht, sondern lediglich auf sein Vorrecht auf Enteignung verzichtet, kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss:

> «Bei dieser Konstellation steht ein voraussetzungsloser Heimfallsvorbehalt zur staatlichen Gegenleistung des Verzichts auf Enteignung gegen volle Entschädigung bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses in keinem Verhältnis.»[2344]

909 Darum wird auch die konkrete Heimfallbestimmung der infrage stehenden Konzession verworfen:

> «Unter Beachtung des Vorstehenden resultiert also mit der Aufnahme der Heimfall-Bestimmung in die Konzession vom 5. Mai 2010 ein massives Ungleichgewicht der Leistungen von Konzedent und Konzessionär: Während der Konzedent – ausser dem Enteignungsverzicht (sofern dieser überhaupt als Leistung zu betrachten ist) – nichts leistet, verliert die Konzessionärin mit Ablauf der Konzession entschädigungslos ihr Eigentum an den von ihr errichteten Anlagen, wenn der Konzedent vom vorbehaltenen Heimfallsrecht Gebrauch macht. Vorliegend handelt es sich also gerade um diejenige Konstellation, die es auch bei vertraglichen Komponenten von Kon-

---

2341 VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.5b, S. 11.

2342 VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.5c, S. 11.

2343 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «[…] eine so weitgehende Eingriffsbefugnis [ins Eigentum], die in anderem Zusammenhang nur mit gesetzlicher Ermächtigung möglich sei, in einem Verwaltungsakt unterzubringen, sei aus folgenden Gründen zulässig: was der Konzessionär unternehme (Bau eines Wasserkraftwerkes), könne er nicht ohne Mitwirkung des Staates tun. Denn ein wesentliches Element zu seinem Unternehmen liefere ihm der Staat, nämlich Wasserkraft. Einen Anspruch auf eine diesbezügliche staatliche Mitwirkung habe der Bewerber nicht. Er müsse es sich daher gefallen lassen, dass sich der Konzedent seiner Sache nicht vorbehaltlos entäussere, sondern Gegenleistungen ausbedinge. Eine solche liege im Rückkaufsvorbehalt» (E.II.5c, S. 12 mit Verweis auf WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall, S. 45).

2344 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.5d, S. 13; vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht: «Allerdings ist die Situation im Kanton Glarus deshalb speziell, weil dem Konzessionär mit der Konzession regelmässig gar nicht das Sondernutzungsrecht an der Wasserkraft verliehen, sondern – nebst der Erteilung der erforderlichen Bewilligungen analog zur Konzession nach WRG – lediglich seitens des Kantons auf die Enteignung verzichtet wird. Somit ist die staatliche Gegenleistung, verglichen mit derjenigen bei herkömmlichen Wasserrechtskonzessionen viel geringer, besteht sie doch lediglich im Verzicht auf die Geltendmachung der Enteignung des Wassernutzungsrechts» (S. 301).

zessionen zu vermeiden gilt, nämlich dass der Konzessionärin unverhältnismässige Leistungen ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage aufgebürdet werden. Selbstverständlich steht es ihr frei, solchen Leistungen freiwillig zuzustimmen und die entsprechende Konzessionsbestimmung zu akzeptieren. Jedoch kann sie zur Zustimmung nicht gegen ihren Willen verpflichtet werden. Die Konzessionärin wehrt sich folglich zu Recht gegen den in Art. 28 der Konzession vom 5. Mai 2010 vorbehaltenen Heimfall.»[2345]

910 Damit wurde die Beschwerde gutgeheissen.[2346] Es wurde der Art. 28 der Konzession vom 5. Mai 2010 aufgehoben,[2347] jedoch – um nicht in die Dispositionsfreiheit der Vertragspartner einzugreifen – mit der ausdrücklichen Anweisung, dass «die Angelegenheit zur neuerlichen Aushandlung der vertraglichen Konzessionsbedingungen mit der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner zurückzuweisen» sei.[2348]

2345 VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*), E.II.6e, S. 13; vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 301–302.

2346 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Im Ergebnis hält Art. 28 der Konzession vom 5. Mai 2010 der gerichtlichen Überprüfung nicht stand, weil der darin enthaltene Heimfallsvorbehalt einer direkt anwendbaren gesetzlichen Grundlage entbehrt und ein nicht vertretbares Ungleichgewicht zwischen den Leistungen des Konzedenten und denjenigen der Konzessionärin bewirkt. Die Konzessionärin verlöre nach Ablauf der Konzession entschädigungslos ihr Eigentum, wobei diesem Eingriff keine angemessenen Gegenleistungen des Konzedenten gegenüberstünde. Art. 28 der Konzession vom 5. Mai 2010 ist deshalb aufzuheben» (E.II.7, S. 13); vgl. auch: «In Gutheissung der Beschwerde wird Art. 28 der Konzession vom 5. Mai 2010 für die Ausnützung der Wasserkraft des Sernf bzw. der Linth zwischen der […] in […] und dem […] in […] aufgehoben, und die Angelegenheit wird zur Neuaushandlung des vertraglichen Konzessionsteils mit der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner zurückgewiesen» (S. 16).

2347 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Zusammenfassend ist Art. 28 der Konzession für die Ausnützung der Wasserkraft des Sernf bzw. der Linth zwischen der […] in […] und dem […] in […] vom 5. Mai 2010 aufzuheben, nicht aber die ganze Konzession. Das bedeutet nun aber nicht, dass die Konzession ohne Weiteres in ihrer jetzigen Fassung – lediglich ohne Art. 28 – abzuschliessen ist. Denn dies käme einer Festlegung des vertraglichen resp. insbesondere des vermögensrechtlichen Teils der Konzession durch das Gericht gleich, womit dieses unzulässigerweise in die Dispositionsfreiheit der Konzessionsparteien eingreifen würde. Jedoch sollen letztere, wo sie über einen Verhandlungsspielraum verfügen, denselben ausnützen können. Das Gericht hat dabei auf Beschwerde hin nur einzuschreiten, wenn im Rahmen der Verhandlungen in rechtsfehlerhafter Weise die gesetzlichen Schranken überschritten werden, was mit dem aufzuhebenden Art. 28 der Fall war» (E.II.8b, S. 15).

2348 Vgl. VG.2010.00075 (*A. AG c. LR Kt. GL*): «Es ist demgegenüber nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, auf Beschwerde hin den vertraglichen Teil der Konzession abschliessend festzusetzen; diese Befugnis verbleibt bei den Konzessionsparteien. Anders verhielte es sich einzig dann, wenn eine Bestimmung aus dem verfügungsmässigen Teil der Konzession angefochten wäre – in diesem Fall hätte das Gericht die Möglichkeit zur selbständigen Festlegung der massgeblichen Konzessionsbestimmung. Im Ergebnis ist die Angelegenheit zur neuerlichen Aushandlung der vertraglichen Konzessionsbedingungen mit der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner zurückzuweisen» (E.II.8b, S. 15–16).

4.3 Der Bundesgerichtsentscheid vom 18. Januar 2012

911 Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. August 2011 führte der Landrat des Kantons Glarus Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit dem Antrag, es sei das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Konzession in der Fassung vom 5. Mai 2010 zu bestätigen.[2349] Zunächst prüfte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation des Landrates des Kantons Glarus, welche an und für sich nicht gegeben sei, und nur deshalb akzeptiert wurde, weil «der Kanton in einer wesentlichen (behaupteten) hoheitlichen Stellung betroffen» sei.[2350]

912 Nach einem kurzen Abriss des geltenden eidgenössischen Wasserrechtes[2351] stellte das Bundesgericht fest, dass der dritte Abschnitt des WRG im Kanton Glarus nicht anwendbar ist.[2352] Weiter schützte das Bundesgericht die vom Verwaltungsgericht des Kantons Glarus vertretene Auffassung der Rechtsnatur der Konzession:

> «Das alles lässt aber die entscheidende vorinstanzliche Betrachtung nicht als willkürlich erscheinen, wonach es an einer gesetzlichen Grundlage für ein Heimfallsrecht fehle und dieses eine unverhältnismässige Gegenleistung sei.»[2353]

913 Das Bundesgericht verwarf das seitens des Beschwerdeführers vorgebrachte Argument der Widersprüchlichkeit in der Begründung des Verwaltungsgerichtes.[2354] Überhaupt schützte das Bundesgericht den Entscheid des Verwaltungsgerichtes vollumfänglich:

2349 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*).

2350 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*): «In der Sache geht es vorliegend darum, dass der Kanton für sich ein Hoheitsrecht für die Wassernutzung beansprucht, während die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz ihm ein solches absprechen. Damit wird der Kanton in einer wesentlichen (behaupteten) hoheitlichen Stellung betroffen und ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert» (E. 1.2).

2351 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*), E. 2.1.

2352 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*): «Der Beschwerdeführer stellt nicht in Frage, dass im Kanton Glarus private Wasserrechte bestehen. Er rügt auch nicht die Betrachtungsweise der Vorinstanz, wonach der dritte Abschnitt des Wasserrechtsgesetzes des Bundes für die glarnerische Konzession nicht gilt. Dies entspricht denn auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung» (E. 2.3); vgl. auch KRONENBERG-MÜLLER, Der Heimfall im Glarner Wasserrecht, S. 296, Fn. 62.

2353 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*), E. 2.3.

2354 Vgl. BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*): «Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, das angefochtene Urteil leide an einem inneren Widerspruch: Dieses führe nämlich zutreffend aus, dass sich durch die einseitige Streichung der Heimfallklausel das Konzessionsverhältnis stark zu Ungunsten des Kantons ändere; aufgrund dieser Aussage müsse nun aber zwingend geschlossen werden, dass der Vertrag mit der Heimfallklausel wirtschaftlich ausgeglichen gewesen sei. Die Rüge ist unbegründet: Dass die Streichung der Heimfallklausel den Inhalt des Vertrags zu Ungunsten des Kantons verändert, schliesst nicht aus, dass der Vertrag zuvor (d.h. mit der Heimfallklausel) zum Nachteil der Konzessionärin im Ungleichgewicht gewesen ist» (E. 2.5).

> «Die Erwägungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar und jedenfalls nicht willkürlich oder sonst wie bundesrechtswidrig. Zwar trifft es zu, dass aus dem Dispositiv des angefochtenen Urteils nicht klar hervorgeht, was die Folgen sind, wenn sich die Parteien über den neu auszuhandelnden vertraglichen Konzessionsteil nicht einigen können. Aus den Erwägungen geht die Rechtsauffassung der Vorinstanz aber hinreichend klar hervor: Der Kanton kann nicht ohne die Zustimmung der Beschwerdegegnerin die Heimfallklausel in die Konzession aufnehmen. Die Parteien haben aber die Möglichkeit, die Konzession neu auszuhandeln, wobei zwischen einem entschädigungslosen Heimfallsrecht und dem Verzicht auf jegliches Heimfallsrecht auch verschiedene Mittellösungen denkbar sind. Kommt keine Einigung zustande, ist der Kanton nicht verpflichtet, die Konzession zu erteilen. Er kann aber auch die Konzession ohne die Heimfallklausel erteilen. Die Formulierung des Dispositivs ist somit jedenfalls im Zusammenhang mit den Erwägungen verständlich und es besteht kein Anlass, sie aufzuheben.»[2355]

Damit wurde die Beschwerde abgewiesen.[2356] 914

5. Zwischenbetrachtung

Die im Rahmen der Konzessionserneuerung der *SN Energie AG* entstandenen Rechtsstreitigkeiten veranschaulichten die im Jahre 2009 – also 140 Jahre nach Einführung des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer – geradezu konträren Rechtsauffassungen darüber, was innerhalb der Glarner Wasserrechtsordnung rechtlich möglich sei oder nicht. Dies zeigt sich an zwei Punkten besonders deutlich: 915

> RICCARDO JAGMETTI, und gestützt auf ihn auch der Regierungsrat, erkennt in einer Glarner Wasserrechtskonzession eine Rechtsverleihung (s. vorne Rz. 852–853, 857).
>
> RICCARDO JAGMETTI. und gestützt auf ihn auch der Regierungsrat, erachtet einen Heimfall in der Glarner Wasserrechtsordnung als zulässig (s. vorne Rz. 852–853, 863).

Da zudem durch den Bundesgerichtsentscheid die streitige Heimfallbestimmung zwar aufgehoben wurde, die Praxis der Heimfallbestimmungen jedoch weiterhin besteht, stellt die Zulässigkeit einer Heimfallbestimmung in einer Glarner Wasserrechtskonzession eine ungelöste Rechtsfrage der Glarner Wasserrechtsordnung dar. 916

[2355] BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*), E.2.6.

[2356] BGer, Urteil 2C_812/2011 vom 18. Januar 2012 (*LR Kt. GL c. SN Energie AG*), E. 3.

§ 11 Der versuchte Systemwechsel des Jahres 2007

917 Vorerst letzter Punkt in der Entwicklung des Wasserrechtes war der versuchte Systemwechsel des Jahres 2007, wie er schon (wahrscheinlich) im Jahre 1854 (s. vorne Rz. 246), im Jahre 1892 (s. vorne Rz. 372 ff.) und im Jahre 1947 (Rz. 706 ff.) versucht worden war. Nachfolgend wird der *Entwurf für ein Wassergesetz* (E-WG GL) in seinen Grundzügen dargestellt (s. hinten Rz. 918 ff.) sowie die öffentliche Debatte (s. hinten Rz. 934 ff.), welche zur Beilegung des Vorhabens führte (s. hinten Rz. 952).

1. Der Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus

918 Auf Grundlage seiner beiden Gutachten legte RICCARDO JAGMETTI am 25. Juni 2007 einen *Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus* vor, welchem er einen *Kommentar zum Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus* beilegte.[2357] Dieser war in Zusammenarbeit mit einer internen Arbeitsgruppe des DBU erstellt worden.[2358]

1.1 Der Erneuerungsbedarf

919 In seinem *Kommentar zum Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus* begann RICCARDO JAGMETTI mit einer kurzen Zusammenfassung der geltenden Ordnung.[2359] Die gegenwärtige Glarner Wasserrechtsordnung entspreche zwar «der Rechtstradition im Kanton Glarus, weicht aber von jener aller andern Kantone ab, trägt dem Bedürfnis nach Er-

[2357] Vgl. E-WG GL; DERS., Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007.

[2358] Vgl. Bericht DBU 2007: «In der Person von Prof. Riccardo Jagmetti, Zürich, Professor für Rechtswissenschaft, konnte ein ausgewiesener Fachmann des Wasserrechts für die Erarbeitung des Wassergesetzes gewonnen werden. Professor Jagmetti erarbeitete zusammen mit einer internen Arbeitsgruppe des Departementes (Departementvorsteher, Departementsekretär, Abteilungsleiter Umweltschutz und Energie), den vorliegenden Entwurf» (S. 1).

[2359] Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007: «Nach der **geltenden Ordnung**: [1.] Steht das Recht zur Nutzung der Wasserkraft den Ufereigentümern zu (Art. 170 EG ZGB), setzt aber auch die Verleihung des Nutzungsrechts durch den Landrat voraus (nach dem Landsgemeindebeschluss von 1918), so dass ein Werk zwei Arten von Ermächtigungen benötigt: jene der Ufereigentümer, wofür in der Regel Personaldienstbarkeiten an der [sic] Ufergrundstücken zu Gunsten des Werks begründet werden, und die Konzession des Landrates; [2.] Bildet das kantonale Energiegesetz die Grundlage für die Erhebung von *Abgaben vom Wasserkraftkonzessionär* und für die nach der Konzessionserteilung erforderliche Projektbewilligung; [3.] trifft die Ufereigentümer die *Wuhrpflicht*; [4.] gilt das *Wasserrechtsgesetz des Bundes* im Kanton Glarus gestützt auf einen besonderen Vorbehalt (Art. 2 Abs. 2 WRG) nur beschränkt» (S. 1; Hervorhebungen im Original).

neuerung bestehender Anlagen nicht Rechnung und ist durch die technische Entwicklung überholt».[2360] Insbesondere sah er in den folgenden Punkten Erneuerungsbedarf:

> «Das Verfügungsrecht der Ufereigentümer über die Wasserkraft war sinnvoll, als die Kraft auf mechanischem Weg übertragen wurde und die Nutzung deshalb direkt am Ufer erfolgen musste. Mit der Übertragung durch elektrische Energie ist dieser enge räumliche Bezug weggefallen.
>
> Die moderne Wasserkraftnutzung im Berggebiet ist ausgerichtet auf die Produktion hochwertiger Spitzenenergie, die namentlich zu Starklastzeiten zur Verfügung stehen muss, um die von Laufkraftwerken und auf thermischem Weg erzeugte Bandenergie dann zu ergänzen, wenn der Bedarf gross ist. Das bedingt Speicheranlagen und die Pumpspeicherung, die beide nicht von den Ufereigentümern gesteuert werden können.
>
> Der Bundesgesetzgeber hat den rechtlichen Rahmen erneuert. Durch die erfolgten Anpassungen im Wasserrechtsgesetz wird die Modernisierung der Anlagen und damit eine Produktionssteigerung erleichtert. Die entsprechenden Bestimmungen gelten nach heutiger Ordnung im Kanton Glarus nicht. Hinzu kommen die Regeln über den quantitativen Gewässerschutz, die räumliche Ordnung und die Abgeltung bei Verzicht auf die Wasserkraftnutzung im Interesse des Landschafts- und Naturschutzes, wodurch dem Verfügungsrecht der Ufereigentümer ohnehin enge Grenzen gesetzt sind.
>
> Dass über die Tragweite namentlich des Landsgemeindebeschlusses von 1918 divergierende Auffassungen bestehen, zeigt den Revisionsbedarf.»[2361]

1.2 Die Ausgestaltung des Systemwechsels

Mit dem *Entwurf für ein Wassergesetz des Kantons Glarus* sollte indes nicht nur der erkannte Erneuerungsbedarf an der geltenden Ordnung korrigiert werden, vielmehr wurde dies als Anlass für einen Systemwechsel genommen: 920

> «Nach dem Entwurf soll ein **Systemwechsel** erfolgen mit der Anpassung des Glarner Wasserrechts an die in der Schweiz sonst geltende Lösung. Dabei wird ein Ausgleich von Nutzen und Lasten angestrebt mit einer ausgewogenen Bilanz der Vor- und Nachteile der neuen Ordnung für die Betroffenen.»[2362]

Dieser Systemwechsel hätte zu den folgenden grundlegenden Änderungen geführt. 921

a. Die Zusammenfassung der Rechtsquellen

Zunächst ging es RICCARDO JAGMETTI um eine Erleichterung des Überblicks, indem alle bisherigen «*Rechtsquellen* […] im neuen Wassergesetz zusammengefasst» werden.[2363] Gemäss Art. 56–57 des *Entwurfs für ein Wassergesetz* (WG GL) könnten nicht nur der 922

[2360] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 1.

[2361] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 1–2.

[2362] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2 (Hervorhebung im Original).

[2363] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2 (Hervorhebung im Original).

WKB GL von 1918 sondern auch das *Gesetz über die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse am Walensee vom 5. Mai 1985* (WalenseeG GL) sowie die Art. 155, 166–213 EG ZGB GL aufgehoben werden.[2364]

b. Die Öffentlichkeit der Gewässer

923 Als grundlegendste Änderung sollte das «*Verfügungsrecht über die Gewässer* […] ganz dem Kanton zustehen».[2365] Dies wurde zunächst in Art. 1 durch die Einführung der Öffentlichkeit der Gewässer sowie deren privatrechtlichen Eigentum des Kantons vorgesehen:

> «Art. 1 E-WG GL (Öffentliche Gewässer)
>
> [1] Unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen sind alle ober- und unterirdischen Gewässer auf dem Gebiet des Kantons Glarus öffentliche Gewässer und stehen im Verfügungsrecht des Kantons.
>
> [2] Eingeschlossen sind die Gletscher.
>
> [3] Die öffentlichen Gewässer werden ins Grundbuch aufgenommen, wenn daran dingliche Rechte begründet werden. Sie stehen damit im privatrechtlichen Eigentum des Kantons.»[2366]

924 Mit dem ersten Absatz sollte «das System geändert und der Begriff der öffentlichen Gewässer auch im Kanton Glarus allgemein eingeführt» sowie die «Inanspruchnahme der Gewässerhoheit durch den Kanton selbst» angezeigt werden.[2367] Dass dies auch nicht durch allfällige Privatrechte eingeschränkt wurde, stellte Art. 5 sicher:

> «Art. 5 E-WG GL (Private Rechte)
>
> [1] Das Eigentum des Anliegers am Seegrund oder am Flussbett schränkt die Sachherrschaft des Kantons nicht ein.
>
> [2] Private Rechte an Gewässern, die ihren Ursprung in einer nicht mehr bestehenden Rechtsordnung haben und nach geltendem Recht nicht mehr begründet werden könnten (ehehafte Rechte), bleiben anerkannt.
>
> [3] Sofern es ein öffentliches Interesse gebietet, können private Gewässer und private Rechte an öffentlichen Gewässern enteignet werden.»[2368]

925 Mit «dem Übergang von der bisherigen doppelten Sachherrschaft des Kantons und der Ufereigentümer zu jener des Kantons allein», wie RICCARDO JAGMETTI dies nach seiner Rechtsauffassung bezeichnete, «versteht sich an sich von selbst», dass «die Unterstellung unter die – seinerzeit für Glarus geschaffene – Sonderregelung von Art. 2 Abs. 2 WRG»

[2364] Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 27.

[2365] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2 (Hervorhebung im Original).

[2366] Art. 1 E-WG GL.

[2367] JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 3.

[2368] Art. 5 E-WG GL.

entfällt.[2369] Um dies aber über jeden Zweifel zu erheben, sollte «der Systemwechsel vom Gesetzgeber ausdrücklich festgelegt werden»,[2370] was in Art. 7 geschah:

> «Art. 7 E-WG GL (Anwendbares Recht)
>
> Auf die Nutzung der Wasserkraft im Kanton Glarus findet das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916 Anwendung mit Einschluss seines dritten Abschnitts über die Verleihung von Wasserrechten.»[2371]

926 Dies bedeutete, dass der Kanton nicht nur Wasserrechte gem. dem WRG verleihen konnte, sondern dass er «als Träger der Gewässerhoheit die Wasserkraft selbst nutzen kann».[2372] Dies «versteht sich an sich von selbst», doch RICCARDO JAGMETTI wollte dies «im Sinne der Legalität auch der Leistungsverwaltung erwähnt» wissen:[2373]

> «Art. 9 E-WG GL (Selbstnutzung, Konzession und Bewilligung)
>
> [1] Der Kanton kann die Wasserkraft öffentlicher Gewässer selbst nutzen oder durch Konzession Glarner Gemeinden oder Dritten zur Nutzung überlassen.
>
> […]»[2374]

927 Ebenfalls bedeutete all dies, dass nun auch der Heimfall in die neue Wasserrechtsordnung gehörte. RICCARDO JAGMETTI aber ging in seinem Entwurf weiter, indem er ihn als «zwingender Konzessionsinhalt» festlegte, «während das Bundesrecht nur vorsieht, dass er in der Konzession verankert sein muss, um ausgeübt zu werden».[2375] Der Art. 24 ginge also über das Bundesrecht hinaus, welches den Heimfall zur Disposition stellt:

> «Art. 24 E-WG GL (Der Heimfall)
>
> [1] In der Konzession wird festgelegt, dass der Kanton mit dem Ablauf der Konzessionsdauer sowie bei Verwirkung, bei Verzicht oder bei Auflösung oder Konkurs des Konzessionärs berechtigt ist,
>
> a. die auf öffentlichem und privatem Grund errichteten Anlagen zum Stauen, Fassen, Zu- und Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betrieb des Wasserwerks dienenden Boden unentgeltlich zu übernehmen;
> b. die Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie bis zur ersten Schaltstation gegen billige Entschädigung zu übernehmen.
>
> [2] Der Konzessionär kann bei Ausübung des Heimfallrechts durch den Kanton die Übernahme der zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie dienenden Anlagen verlangen, wenn sie der Kanton für die weitere Ausnützung der Wasserkraft vorteilhaft verwenden kann.

2369 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 6.

2370 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 6.

2371 Art. 7 E-WG GL.

2372 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 6.

2373 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 6.

2374 Art. 9 E-WG GL.

2375 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 14.

[3] Der Konzessionär ist verpflichtet, die Anlagen und Einrichtungen, an denen das Heimfallrecht besteht, in betriebsfähigem Zustand zu erhalten.

[4] Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen werden beim Heimfall dem Konzessionär vergütet, sofern ihnen der Regierungsrat zugestimmt hat. Die Vergütung entspricht dem Restwert der Investition bei branchenüblicher Abschreibung unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwertes.

[5] Über die Ausübung des Heimfalls entscheidet der Landrat. Dieser kann den Wert des Heimfallrechts mit Zustimmung des Konzessionärs als Beteiligungsquote in das bestehende Unternehmen einbringen. Er kann das Heimfallrecht auch auf andere im öffentlichen Interesse liegenden Weise verwerten.

[6] Den Standortgemeinden steht insgesamt ein Drittel der vom Kanton gemäss Landratsbeschluss ausgeübten Rechte zu.

[7] Wird das Vorliegen der Voraussetzungen des Heimfalls, sein Umfang oder die Entschädigung bestritten, entscheidet der Regierungsrat durch Verfügung, die mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann.»[2376]

c. Der Ausgleich der Kosten und Lasten

928 Der Systemwechsel sollte RICCARDO JAGMETTI zufolge zu einem «Ausgleich von Kosten und Lasten» führen.[2377] So sollten die «Ufereigentümer […] von der Wuhrpflicht, die ihnen heute nach Art. 189 EG ZGB GL obliegt, befreit werden als Gegenstück zum Verlust ihres Verfügungsrechts über die Wasserkraft.»[2378] Zudem sollten gemäss RICCARDO JAGMETTI ihre «Interessen durch eine grosszügige Übergangsregelung gewahrt» werden.[2379] Diese Übergangsregelungen finden sich in Art. 61 und Art. 62:

«Art. 61 E-WG GL (Anwendung des Gesetzes und des Bundesrechts auf bisherige Wasserkraftnutzungen)

[1] Die vom Kanton oder von Gemeinden für eine bestimmte Dauer erteilten Ermächtigungen jeder Art zur Wasserkraftnutzung unterstehen dem neuen Recht von seinem Inkrafttreten an. Vorbehalten bleiben die wohlerworbenen Rechte bezüglich der Geltungsdauer der Zulassung, der nutzbaren Wassermenge und der direkten Entgelte für die Nutzung der Wasserkraft. Voraussetzung für Heimfall und Rückkauf sind entsprechende Bestimmungen in der Ermächtigung.

[2] Auf unbestimmte Zeit vom Kanton oder von Gemeinden erteilte Ermächtigungen jeder Art zur Wasserkraftnutzung unterstehen unter Vorbehalt wohlerworbener Rechte dem neuen Recht von seinem Inkrafttreten an. Sie enden mit Einschluss der wohlerworbenen Rechte mit Ablauf von 80 Jahren von der Eröffnung des Betriebes an. Ist diese Frist beim Inkrafttreten des Gesetzes schon abgelaufen, endet die Zulassung der Wasserkraftnutzung fünf Jahre nach Einreichung des Gesuchs für eine neue Konzession, spätestens aber zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes.

2376 Art. 24 E-WG GL.

2377 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 25.

2378 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 23.

2379 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2.

[3] Gestützt auf Privatrecht genutzte Wasserkräfte unterstehen dem Gesetz fünf Jahre nach Einreichung eines Konzessionsgesuchs, spätestens aber zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes.

[4] Ehehafte Wasserrechte im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 gelten weiterhin, können aber bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 enteignet werden.»[2380]

«Art. 62 (Rechte der Ufereigentümer)

[1] Ist die Wasserkraft bis ein Jahr vor dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht genutzt worden, enden die Rechte der Ufereigentümer mit Inkrafttreten des Gesetzes unentgeltlich.

[2] Von den Ufereigentümern selbst genutzte Rechte enden fünf Jahre nach Einreichung eines Konzessionsgesuchs, spätestens aber zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes.

[3] Private Ufereigentümer, denen für das abgetretene Nutzungsrecht eine Kapitalabfindung ausgerichtet worden ist, haben keinen Anspruch auf Abgeltung für die zukünftige Nutzung.

[4] Die Rechtsgeschäfte zwischen den Kraftwerken und den privaten Ufereigentümern über periodische Leistungen der Kraftwerke gelten weiter bis zum Ende der beim Inkrafttreten des Gesetzes laufenden Konzession. Der von den Kraftwerken zu entrichtende Wasserzins wird zulasten des kantonalen Anteils am Ertrag um diesen Betrag gekürzt, soweit das Kraftwerk keine entsprechenden Abzüge von den Leistungen an die Ufereigentümer vornehmen kann. Diesen steht bei einer allfälligen künftigen Erhöhung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums kein Anspruch auf Erhöhung ihrer Ansprüche zu.

[5] Die Rechtsgeschäfte zwischen den Kraftwerken und den Gemeinden als Ufereigentümerinnen oder Wasserrechtsberechtigte werden mit Inkrafttreten des Gesetzes durch dieses aufgehoben. Als Ersatz für die vertraglichen Ansprüche auf künftige periodische Leistungen der Kraftwerke steht den Gemeinden ein Anteil am Ertrag der Wasserzinse nach Artikel 50 Absatz 2 zu.»[2381]

Mit dem Begriff der «Ermächtigung» versuchte RICCARDO JAGMETTI alle «Verleihungen zu erfassen, die früher möglicherweise unter einer andern Bezeichnung eingeräumt wurden».[2382] Die Übergangsfrist von maximal zehn Jahren in den Art. 61 Abs. 2 und 3 sowie Art. 62 Abs 2 war an Art. 58 WRG angelehnt und sollte den Inhabern von Wasserwerken die Möglichkeit geben, ein neues Konzessionsgesuch zu stellen.[2383] 929

Die Gemeinden würden zwar «als Ufereigentümerinnen die Entschädigung für die Ausnützung der Wasserkraft durch Dritte [verlieren], werden aber als Kompensation am Wasserzins beteiligt und von einem Teil der Lasten für den Gewässerunterhalt befreit».[2384] RICCARDO JAGMETTIS Entwurf sah in Art. 51 eine Beteiligung der Gemeinden am Wasserzins vor: 930

«Art. 51 (Wasserzins)

1 Der Konzessionär schuldet jährlich einen Wasserzins. In der Konzession wird festgelegt, dass sich der Wasserzins nach dem bundesrechtlichen Höchstansatz richtet und bei Änderung der Bundesgesetzgebung auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens angepasst wird.

2380 Art. 61 E-WG GL.

2381 Art. 62 E-WG GL.

2382 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 30.

2383 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 30

2384 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 25.

2 Ein Drittel des Wasserzinses nach Abzug des Bundesanteils wird vom Kanton den Gemeinden ausgerichtet nach Massgabe der genutzten Wassermenge und des Gefälles auf ihrem Gebiet.»[2385]

931 Entlastung sollte auch mit der Neuordnung des Wasserbaus sichergestellt werden.[2386] Denn die Gemeinden sollten zusätzlich «von einem Teil der Lasten für den Gewässerunterhalt befreit» werden.[2387] Nach dem Vorbild anderer Kantone, wie etwa dem Kanton Wallis, welcher «ebenso zwischen dem Unterhalt grösserer Gewässer durch den Kanton und kleinerer durch die Gemeinden» unterscheidet, sollten der «Glarner Teil des Walensees und die Hauptflüsse Linth (unterhalb Tierfehd) und Sernf (von Elm an)» dem Kanton überantwortet werden, während die kleineren Flüsse in den Aufgabenbereich der Gemeinden fallen.[2388] Dies sollte in Art. 45 geregelt werden:

«Art. 45 E-WG GL(Aufgaben)

[1] Der Unterhalt des Escherkanals und des glarnerischen Teils des Linthkanals mit ihren Nebenanlagen ist Sache des Linthwerks.

[2] Aufgaben des Kantons sind:

a. Der Unterhalt des Walensees und seines öffentlichen Uferbereichs auf dem Gebiet des Kantons;

b. Die Wuhrung und der Unterhalt der Linth vom Ausgang der Linthschlucht beim Tierfehd bis zum Escherkanal;

c. Die Wuhrung und der Unterhalt des Sernf von der Einmündung des Raminerbachs bei Elm bis zur Einmündung in die Linth.

[3] Die Wuhrung und der Unterhalt der andern öffentlichen Gewässer ist Sache der Gemeinden.

[4] Die Eigentümer der Ufergrundstücke haben die Wuhrung und den Zutritt für Wuhrungsarbeiten und Kontrollen unentgeltlich zu dulden. […]»[2389]

932 Die Wuhr- und Unterhaltspflicht der Gemeinden bezüglich der übrigen öffentlichen Gewässer verstand RICCARDO JAGMETTI gleichsam als «Gegenstück zum Anteil der Gemeinden am Wasserzins, um das gewünschte Gleichgewicht von Vorteilen und Nachteilen anzustreben».[2390] Im Sinne dieses Gleichgewichts sollten die Gemeinden aber «Beiträge vom Kanton erhalten»[2391] und da der «Ertrag aus der Wasserkraftnutzung und die Belastung

2385 Art. 51 WG GL.

2386 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2.

2387 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 25.

2388 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 23.

2389 Art. 45 WG GL.

2390 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 23.

2391 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 2.

durch die Wuhrpflicht nicht bei allen Gemeinden in einem Gleichgewicht stehen dürften»,[2392] sollte der Art. 47, welcher die Kantonsbeiträge an den kommunalen Aufwand regelte, möglichst offen gehalten und nur einen Höchstansatz vorsehen:

> «Art. 47 E-WG GL (Kantonsbeiträge an Gemeinden)
>
> Der Kanton übernimmt die nach Abzug von Bundesbeträgen verbleibenden Kosten jener Massnahmen, die nach Artikel 45 Absatz 3 den Gemeinden obliegen, höchstens bis zur Hälfte.»[2393]

d. Die weiteren Nutzungsarten

Der *Entwurf für ein Wassergesetz* regelte darüber hinaus noch die weiteren Nutzungsarten der öffentlichen Gewässer ausserhalb der Wasserkraftnutzung.[2394] Es handelt sich hierbei um den Gemeingebrauch,[2395] den gesteigerten Gemeingebrauch[2396] sowie die Sondernutzung,[2397] wobei der Gemeingebrauch gebühren- und die Sondernutzung abgabepflichtig sein sollten.[2398] Damit knüpft RICCARDO JAGMETTI nahtlos an die dem Verwaltungsrecht bekannten Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch an.[2399] 933

2. Die öffentliche Debatte

Der *Entwurf für ein Wasserrecht* wurde am 27. Juni 2007 anlässlich einer Informationsveranstaltung an der Aula der *Kantonsschule Glarus* durch den Landesstatthalter sowie RICCARDO JAGMETTI vorgestellt und damit gleichzeitig auch in die Vernehmlassung geschickt. Der Text konnte anderntags im Internet heruntergeladen werden. Die Frist für Stellungnahmen dauerte bis am 31. August 2007.[2400] 934

2392 JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 23.

2393 Art. 47 WG GL.

2394 Vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007: «Das wird für alle öffentlichen Gewässer ausser für jene gelten, die zum Linthwerk gehören. Die Nutzung des Walensees dagegen wird miterfasst» (S. 2).

2395 Art. 32 E-WG GL (Gemeingebrauch); vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 17.

2396 Art. 33 E-WG GL (gesteigerter Gemeingebrauch); vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 17–18.

2397 Art. 34 E-WG GL (Sondernutzung); vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 18–19.

2398 Art. 52 E-WG GL (Gebühr für den gesteigerten Gemeingebrauch); vgl. JAGMETTI, Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 25–26; Art. 53 E-WG GL (Abgabe für Sondernutzung); vgl. DERS., Kanzlei Kommentar E-WG GL 2007, S. 26.

2399 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht: Gemeingebrauch (Rz. 2253 ff.), gesteigerter Gemeingebrauch (Rz. 2274 ff.) und Sondernutzung (Rz. 2308 ff.).

2400 ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 211.

935 Nimmt man die Medienbeiträge als Massgabe, so hätte man die Empfänglichkeit der Glarner Öffentlichkeit für eine Revision der geltenden Glarner Wasserrechtsordnung als hoch einschätzen können. Bereits in einem Artikel der *NZZ am Sonntag* vom 6. Februar 2006, welcher einen Beschrieb der Lage des Kantons Glarus unter den etwas tendenziösen Titel «Im Jammertal» setzte, wurde ein Systemwechsel der Glarner Wasserrechtsordnung als Ausweg aus diesem «Jammertal» beschrieben:

> «Das Rezept wäre eigentlich simpel: Man müsste den reichen Gemeinden den Wasserzins wegnehmen. Damit gewänne der Kanton Glarus, dessen Rechnung seit dem Zusammenbruch des besten Steuerzahlers im Jahr 2000 (Martin Ebners Pharma Vision in Glarus) aus dem Gleichgewicht ist, auf einen Schlag 5 Millionen Franken jährlich. ‹Das ist sehr viel Geld›, sagt Regierungsrat Widmer. Gleichzeitig würde das Wohlstandsgefälle zwischen den Gemeinden verschwinden, der Weg für die Reform der Gemeindestrukturen wäre geebnet.»[2401]

936 Doch schon dieser Artikel zitierte führende Glarner Politiker, welche die Glarner Wasserrechtsordnung als «heisses Eisen» bezeichneten oder es sogar als «Tabu» erklärten.[2402] Regierungsrat *Rolf Widmer* (o.A.) aber möchte, so die *NZZ am Sonntag*, den ««Anachronismus› beseitigen», selbst wenn sich «[d]iejenigen, die vom heutigen System profitieren, […] mit Händen und Füssen wehren» werden.[2403] Er zeigte sich aber optimistisch: «Rein rechnerisch stehen die Chancen gut, dass die Vorlage an der Landsgemeinde dereinst angenommen wird: Im Kanton profitieren nur 4 von 27 Gemeinden vom Wasserzins».[2404] Auch die *Südostschweiz* zeigte sich erfreut, dass das «Glarner Wasserrecht […] an die in der Schweiz sonst geltende Lösung anzupassen» sei und «Nutzen und Lasten» ausgleiche.[2405]

937 In der Vernehmlassung zeigten sich grundsätzlich positiv zum Gesetzesvorhaben (in chronologischer Abfolge) die Eingaben der Gemeinderäte Bilten,[2406] Netstal,[2407] Mühlehorn,[2408] Ennenda[2409] und Näfels[2410] sowie unter den politischen Parteien die JCVP

2401 MATHIAS NINCK, *Im Jammertal*, in: NZZ am Sonntag vom 6. Februar 2005, S. 24.

2402 Vgl. MATHIAS NINCK, *Im Jammertal*, in: NZZ am Sonntag vom 6. Februar 2005: «Aber das kantonale Wasserrecht ist ein ‹heisses Eisen›, wie Ständerat Schiesser sagt; in den Worten von Marianne Dürst ist es ein ‹Tabu›. In der Verwaltung hat man das Thema Wasserrecht immer wieder aufgegriffen, wie Rolf Widmer erzählt, hat es aber auch immer wieder sein lassen. ‹Man sah, dass die Materie komplex ist, also wagte man sich nie richtig daran.›» (S. 24).

2403 MATHIAS NINCK, *Im Jammertal*, in: NZZ am Sonntag vom 6. Februar 2005, S. 24; von einem «Anachronismus» spricht auch PARADOWSKI, Von der Finsternis in eine helle Zukunft.

2404 MATHIAS NINCK, *Im Jammertal*, in: NZZ am Sonntag vom 6. Februar 2005, S. 24.

2405 FRIDOLIN RAST, *Regierungsrat will komplett neues Glarner Wasserrecht*, in: SOS vom 20. Juni 2007, S. 7.

2406 Vgl. GEMEINDERAT BILTEN, DBU Vernehmlassung 6.

2407 Vgl. GEMEINDERAT NETSTAL, DBU Vernehmlassung 14.

2408 Vgl. GEMEINDERAT MÜHLEHORN, DBU Vernehmlassung 35.

2409 Vgl. GEMEINDERAT ENNENDA, DBU Vernehmlassung 41.

2410 Vgl. GEMEINDERAT NÄFELS, DBU Vernehmlassung 42.

Glarus,[2411] die SP des Kantons Glarus,[2412] die Grünen des Kantons Glarus[2413] und die FDP des Kantons Glarus[2414] nebst verschiedenen Verbänden.[2415]

938 Entschiedener Widerstand bildete sich an der Gemeindepräsidentenkonferenz vom 22. August 2007 im Beisein von Vertretern des Regierungsrates. Als «an der Vorlage beinahe kein guter Faden gelassen wurde», zeigte sich, dass «diese Vorlage wohl nicht mehrheitsfähig sei und dass es nicht klug sei, in dieser vielschichtigen Materie etwas übers Knie zu brechen».[2416] Dies bestätigte sich in den Vernehmlassungseingaben der Gemeinderäte von Niederurnen,[2417] Obstalden,[2418] Mollis,[2419] Oberurnen,[2420] Filzbach,[2421] Elm,[2422] Glarus,[2423] Riedern,[2424] alle insgesamt 13 Ortsgemeinden (einschliesslich die drei Tagwen von Linthal), welche die heutige Gemeinde Glarus Süd ausmachen[2425] sowie die Region Glarner Hinterland-Sernftal (GHS),[2426] des Elektrizitätswerks Schwanden (EWS)[2427] sowie der SVP des Kantons Glarus,[2428] der Glarner Handelskammer,[2429] zahlreichen privaten

2411 Vgl. JCVP Glarus, DBU Vernehmlassung 3.

2412 Vgl. SP des Kantons Glarus, DBU Vernehmlassung 12.

2413 Vgl. Grüne des Kantons Glarus, DBU Vernehmlassung 28.

2414 Vgl. FDP des Kantons Glarus, DBU Vernehmlassung 36.

2415 Vgl. Kantonaler Fischerei-Verband, DBU Vernehmlassung 8; WWF Glarus, DBU Vernehmlassung 29; Pro Natura Glarus, DBU Vernehmlassung 37.

2416 Rohr, FASN Geschichte der SN, S. 211.

2417 Vgl. Gemeinderat Niederurnen, DBU Vernehmlassung 18.

2418 Vgl. Gemeinderat Obstalden, DBU Vernehmlassung 20.

2419 Vgl. Gemeinderat Mollis, DBU Vernehmlassung 22.

2420 Vgl. Gemeinderat Oberurnen, DBU Vernehmlassung 26.

2421 Vgl. Gemeinderat Filzbach, DBU Vernehmlassung 30.

2422 Vgl. Gemeinderat Elm, DBU Vernehmlassung 31.

2423 Vgl. Gemeinderat Glarus, DBU Vernehmlassung 38.

2424 Vgl. Gemeinderat Riedern, DBU Vernehmlassung 43.

2425 Vgl. Ortsgemeinden Region Glarus Süd, DBU Vernehmlassung 27.

2426 Vgl. Region GHS, DBU Vernehmlassung 34.

2427 Vgl. EWS, DBU Vernehmlassung 45.

2428 Vgl. SVP des Kantons Glarus, DBU Vernehmlassung 9.

2429 Vgl. Glarner Handelskammer, DBU Vernehmlassung 7.

Wasserrechtseigentümern[2430] und diversen Verbänden,[2431] nebst vereinzelten privaten Bürgern.[2432]

2.1 Zu den Verfahrensfragen

939 Einer der ersten Punkte, die kritisiert wurden, betraf das Vorgehen: Eine Klage darüber, dass unüblicherweise die Vernehmlassungsfrist fast exakt über die Sommerferien angesetzt worden war, wurde am selben Abend mehrfach vorgebracht und seitens der anwesenden Regierungsrätin und des Ratsschreibers mit dem «Polit-Rhythmus, den die Landsgemeinde vorgebe», erklärt.[2433] Auch in den Vernehmlassungseingaben vom 31. August 2007 findet sich immer wieder der Hinweis, dass die Vernehmlassung «zeitlich sehr unpassend» angesetzt sei, da dieses «komplexe Thema […] in einem Milizsystem kaum über die Sommerferien gebührend bearbeitet werden».[2434] So auch beispielsweise der Gemeinderat von Niederurnen:

> «Einmal mehr liegt uns ein ausserordentlich bedeutsamer Gesetzesentwurf zur Vernehmlassung vor. Die Einladung zur Vernehmlassung ist Ende Juni 2007 erfolgt (also zu Beginn der Sommerferien) – praktisch gleichzeitig mit den Aufforderungen zur Vernehmlassung in Sachen Mitgliederzahl Kantonsparlament und Umsetzung Gemeindestrukturreform. Eingabefrist für alle drei (bedeutenden!) Vorlagen ist der 31. August 2007. […] Wir möchten die Regierung an dieser Stelle höflich darauf aufmerksam machen, dass dadurch der Eindruck entstehen könnte, man

---

2430 Vgl. LUCHSINGER, DBU Vernehmlassung 2; LEGLER & CO., DBU Vernehmlassung 5; HYDRO ELECTRA AG, DBU Vernehmlassung 16; SEIDENDRUCKEREI MITLÖDI AG, Vernehmlassung 21; SN ENERGIE AG, DBU Vernehmlassung 23; STAUFFER & BONER ADVOKATUR, DBU Vernehmlassung 24; STAUFFER & BONER ADVOKATUR, DBU Vernehmlassung 25; WESETA TEXTIL AG, DBU Vernehmlassung 39; KASPAR RHYNER-STURM ET AL., DBU Vernehmlassung 40; KRAFTWERKE WESETA AG, DBU Vernehmlassung 44.

2431 Vgl. TEXTILVERBAND SCHWEIZ, DBU Vernehmlassung 17; SCHWEIZERISCHER WASSERWIRTSCHAFTSVERBAND, DBU Vernehmlassung 32; GEWERBEVERBAND DES KANTONS GLARUS, DBU Vernehmlassung 33; IG HOCHWASSERSCHUTZ GLARNER LINTH, DBU Vernehmlassung 46.

2432 Vgl. SCHIESSER-ZWEIFEL, DBU Vernehmlassung 1; BERTINI, DBU Vernehmlassung 4; BERLINGER, DBU Vernehmlassung 13; E. KAMM AG, DBU Vernehmlassung 15; HÖSLI, DBU Vernehmlassung 19.

2433 JANN ETTER, Keine Freude am neuen Wassergesetz, in: *Fridolin* vom 30. August 2007: «Der erste Vorsitzende der Gemeindepräsidentenkonferenz, Fridolin Dürst, Obstalden, beklagte die Ansetzung der Vernehmlassungsfrist über einen Grossteil der Sommerferien. Regierungsrätin Marianne Dürst und Ratsschreiber Hansjörg Dürst verwiesen auf den Polit-Rhythmus, den die Landsgemeinde vorgebe; allerdings sagte Hj. Dürst auch, es seien nicht alle Vorlagen gleich dringlich» (S. 32).

2434 REGION GHS, DBU Vernehmlassung 34, S. 1. Ebenda: «Wir bitten Sie deshalb, in Zukunft Vernehmlassungen nie mehr über Juli – August durchzuführen» (S. 1); vgl. auch GEMEINDERAT OBSTALDEN, DBU Vernehmlassung 20: «Es ist dem Gemeinderat Obstalden unerklärlich, weshalb während der Hauptferienzeit eine solche Fülle von Vernehmlassungen durchgeführt wird» (S. 2).

> wolle ‹heisse Eisen› jeweils in der Sommerpause – ohne Berücksichtigung der jahreszeitlich bedingten Abwesenheit vieler Behördenmitglieder und betroffener Gemeindeangestellten – durchpeitschen. […] Gerade bei der Neuschaffung eines Gesetzes gegenüber einer blossen Revision genügt das Argument, nur bei diesen Terminen sei gewährleistet, dass die Vorlage noch rechtzeitig der nächsten Landsgemeinde vorgelegt werden könne, nicht. Ein Gesetz, welches eine jahrhundertealte Rechtsprechung ablöst, kann auch noch ein Jahr warten […].»[2435]

Dies wurde auch von einigen privaten Eingaben vorgebracht.[2436] 940

In diese auf so viel Unverständnis stossende Eile griff ein zweiter verfahrensrechtlicher Kritikpunkt, den beispielsweise der Gemeinderat Glarus ansprach: 941

> «Wir stellen fest, dass der Entwurf unter Fernhaltung jeglicher Vertretung der Gemeinden ausgearbeitet wurde und innert unnötig knapper Frist Landrat und Landsgemeinde vorgelegt werden soll. Das ist unüblich und geht in einem derart weiten Rechtsgebiet, wie es das Wasserrecht und die Wuhrpflichten darstellt, nicht an.»[2437]

Dies machten nicht nur Gemeinden, sondern auch andere Betroffene geltend, wie etwa das EWS: 942

> «Es ist üblich, dass Gesetzesvorhaben unter Beizug von Vertretern der Betroffenen erarbeitet werden und bei grösseren Vorhaben werden Expertenkommissionen gebildet. […] Es ist merkwürdig, dass dies ausgerechnet bei diesem Gesetzesvorhaben völlig anders gehandhabt wird. Weshalb sind zur Ausarbeitung des Entwurfes keine Rechtskundigen aus dem Kanton beigezogen worden? […] Der Gemeinderat Schwanden hat aufgrund eines Hinweises in einer Zeitungs-

---

2435 GEMEINDERAT NIEDERURNEN, DBU Vernehmlassung 18, S. 2; vgl. auch GEMEINDERAT OBERURNEN, DB Vernehmlassung 26: «Gerade die Vorlage eines neuen Gesetzes, das Jahrhunderte altes Recht ablöst, ist aber eine seriöse Prüfung sehr wichtig. […] Bedenklich wäre es aber, wenn sich der schleichend aufkommende Verdacht, dass das Vorgehen vom Regierungsrat allenfalls absichtlich gewählt worden sein könnte, um ablehnende Stellungnahmen einzuschränken, bestätigt würde» (S. 1); vgl. auch GEMEINDERAT FILZBACH, DBU Vernehmlassung 30: «Wir bedauern sehr, dass die zeitlichen Vorgaben seitens des Kantons für so wichtige Geschäfte immer so knapp bemessen sind. Der Verdacht liegt nahe, dass damit eine bestimmte Strategie verfolgt wird. Falls dem so ist, ist diese in unserem Fall aufgegangen. Wir konnten in der uns zur Verfügung stehenden Zeit die Vorlage leider nicht im Detail behandeln, sodass wir uns in unserer Stellungnahme nur auf das für uns ‹Wesentlichste› konzentrieren können» (S. 1).

2436 BERLINGER, DBU Vernehmlassung 13: «Es ist unverkennbar, dass alles möglichst schnell über die Bühne gehen soll. Ob es dabei darum geht, dass Betroffene und Interessierte in ihrem rechtlichen Gehör eingeschränkt und/oder in Zugzwang gebracht werden sollen, bleibe vorerst einmal dahingestellt. Jedenfalls ‹pressiert› es dem Kanton auf unanständige Weise. Nur um bei der fälligen Neukonzessionierung der SNenergieAG den Heimfall automatisch zu erhalten, ist die Brüskierung der anderen Betroffenen nicht angebracht. ‹Man merkt die Absicht und ist verstimmt›» (S. 1).

2437 GEMEINDERAT GLARUS, DBU Vernehmlassung 28, S. 1; vgl. auch GEMEINDERAT ENNENDA, DBU Vernehmlassung 41, S. 1; ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 26a, S. 1.

meldung am 11. Mai 2006 beim Landammann schriftlich darum ersucht, in die Vorarbeiten einbezogen zu werden. Dieses Schreiben wurde nicht beantwortet.»[2438]

2.2 Zum Systemwechsel

943 Verschiedene Vernehmlassungseingeber stellten fest, dass der Umstand, es handle sich beim Kanton Glarus um einen Sonderfall, nicht als Argument genügen könne:

> «Allein die Argumentation, der Kanton Glarus müsse seine Rechtsprechung den anderen Kantonen anpassen, genügt selbstverständlich nicht. Genauso wie die Gemeinden im Rahmen der anstehenden Strukturreform auf ihrer Souveränität bestehen, dürfte innerhalb unseres föderalistischen Staatsgefüges selbstverständlich auch der Kanton Glarus auf eine eigenständige Rechtsprechung bestehen.»[2439]

944 Am 24. August 2007 reichten alle Gemeindepräsidenten der Ortsgemeinden der zukünftigen Gemeinde Glarus eine gemeinsame Vernehmlassungseingabe zum *Entwurf für ein Wassergesetz* ein.[2440] Darin setzten sie sich zunächst mit dem von RICCARDO JAGMETTI vorgebrachten Erneuerungsbedarf (s. vorne Rz. 919) auseinander, welcher insgesamt als nicht stichhaltig und nicht überzeugend bezeichnet wurde.[2441]

- Auf RICCARDO JAGMETTIS Argument, wonach das geltende Wasserrecht dem Bedürfnis nach Erneuerung bestehender Anlagen nicht Rechnung trage, wurde auf verschiedene aktuelle Erneuerungen verwiesen: «Bei keinem dieser Erneuerungsvorhaben sind Stimmen laut geworden, die allfällige Schwierigkeiten dem geltenden Wasserrecht zugeschrieben hätten.»[2442]
- Auf RICCARDO JAGMETTIS Argument, wonach mit der Übertragung durch elektrische Energie der frühere, enge räumliche Bezug weggefallen sei, wurde geantwortet, dass dies schon seit über einem Jahrhundert der Fall sei.[2443]

2438 EWS, DBU Vernehmlassung 45, S. 3.

2439 GEMEINDERAT NÄFELS, DBU Vernehmlassung 42, S. 2.

2440 Es unterschrieben dieses Schreiben die Gemeindepräsidenten von Mitlödi, Schwanden, Sool, Schwändi, Haslen, Luchsingen, Betschwanden, Rüti, Linthal, Braunwald, Engi, Matt und Elm sowie die Tagwenspräsidenten der Gemeinde Linthal, nämlich Linthal-Dorf, Linthal-Ennetlinth und Linthal-Matt, vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 11–13.

2441 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Die Gründe, welche Regierung und Professor Jagmetti für den Erneuerungsbedarf im Wasserrecht anführen, sind allesamt nicht stichhaltig» (S. 1), auch: «Keiner dieser Gründe vermag zu überzeugen» (S. 3).

2442 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Es sei auf die im letzten Jahr abgeschlossene Erneuerung der Produktionsanlagen der SN Energie in der Zentrale in Schwanden verwiesen, auf die im Gange befindliche Ergänzung des Systems der KLL durch Nestil (Pumpspeicherung) sowie auf die eben im Amtsblatt veröffentlichte geplante Erneuerung des Elektrizitätswerkes der Gemeinde Näfels […]» (S. 3).

2443 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der enge räumliche Bezug zur Nutzung der Wasserkraft direkt am Ufer war schon beim Bau des Löntschwerkes zu

– Auf RICCARDO JAGMETTIS Argument, wonach moderne Wasserkraftnutzung Speicheranlagen und Pumpspeicherung bedinge, welche nicht von Ufereigentümern gesteuert werden könne, wurde geantwortet, dass auch dies schon seit über hundert Jahren der Fall sei, ohne dass unter dem geltenden Wasserrecht Mängel aufgetaucht wären.[2444] Im Gegenteil:

  > «Es gibt […] keine Mängel zu heilen. Die Urheber des Gesetzesentwurfes sollen Beispiele nennen, wo vergleichbare Vorhaben annähernd so rasch behandelt werden, bevor entgegen den Tatsachen behauptet wird, das Glarner Wasserrecht behindere die Errichtung von Speichern oder Pumpspeicheranlagen.»[2445]

– Auf RICCARDO JAGMETTIS Argument, wonach mit Bezug auf den WKB GL von 1918 divergierende Auffassungen bestünden, wurde geantwortet, dass allein RICCARDO JAGMETTI selber von allen anderen Auffassungen divergiere.[2446]

Aus Sicht der Gemeindepräsidenten der Region Glarus Süd fehlten stichhaltige Gründe für einen Erneuerungsbedarf im Wasserrecht: 945

> «Die Elektrizitätsversorgung, welche bei uns Aufgabe der Gemeinden ist, funktioniert gut und das gleiche gilt für die Wasserversorgung. Der Kanton bedarf keiner neuen Instrumente, um leitend und koordinierend wirken zu können.»[2447]

Beginn des letzten Jahrhunderts nicht mehr gegeben. Gleiches gilt für die Anlage am Sernf und am Niederenbach, für die Nutzung der Wasserkraft des Obersees und ganz speziell für die KLL, wo eine Wasserüberleitung aus dem Quellgebiet des Sernf, d.h. aus einem andern Tal besteht und mit der Nutzung des Wassers des oberen Fätschbachs sogar eine interkantonale Komponente» (S. 3).

2444 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der Klöntalersee wurde bereits vor rund hundert Jahren zu einem Speichersee aufgestaut, anfangs der 30er Jahre des letzten Jahrhunderts entstand der Stausee Garichte und mit dem Limmernsee wurde vor 50 Jahren einer der grössten Speicher der Schweiz erstellt. KLL baut zur Zeit die Pumpspeicheranlage Nestil. Im Juni 2006 wurde das Gesuch für das Projekt ‹Linthal 2015› (eines der grössten Pumpspeicherprojekte der 100 MW-Klasse) beim Regierungsrat eingereicht, der die Konzessionsvorlage anfangs 2007 an den Landrat weiterleitete, wo die Beratung und Planung nach Abschluss der Arbeiten der vorberatenden Kommission bereits in diesen Tagen erfolgen soll. Dies ist alles unter dem geltenden Glarner Wasserrecht erfolgt» (S. 3).

2445 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 3.

2446 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: ««Dass zum Landsgemeindebeschluss von 1918 divergierende Auffassungen bestünden, ist uns – abgesehen von der Auffassung von Prof. Jagmetti – neu und kann weder von Prof. Jagmetti noch von der Regierung mit einem Zitat belegt werden. Tatsache aber ist, dass man sich in Regierung, Landrat und Landsgemeinde in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts bereits einmal mit der Frage eines Systemwechsels im Wasserrechte befasste. Dabei wurde auch die Bedeutung dieses Landsgemeindebeschlusses von Rechtsgelehrten eingehend untersucht. Von divergierenden Auffassungen war damals nicht die Rede» (S. 4).

2447 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 4.

946 Somit entbehrte das Vorhaben auch eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit, angesichts des Eingriffes, welchen es bedeutete.[2448] Immerhin würden aufgrund der damals bereits beschlossenen Gemeindestrukturreform die künftigen drei Gemeinden Glarus Nord, Glarus und Glarus Süd als Rechtsnachfolgerinnen der alten Gemeinden und Tagwen «zu den mit Abstand grössten Wasserrechtseigentümerinnen des Kantons» werden.[2449] Der *Entwurf für ein Wassergesetz* nähme ihnen mit den Wasserrechten nicht nur «ein wesentliches Aktivum», sondern liesse mit einem Schlag auch alle zwischen den Gemeinden als Ufereigentümerinnen und Kraftwerken bestehenden Verträge dahinfallen – «ein in seiner Art unerhörter und unstatthafter Eingriff in bestehende Verträge» – welches beides «die Mitte und den an sich eher strukturschwachen Süden am stärksten trifft».[2450]

> «Mit dem Entzug der Wasserrechte entzieht man Glarus-Süd den hauptsächlichsten Standortvorteil und die wesentlichste eigene Ressource. Es kann nicht Ziel des Kantons sein, unsere Region derart zu schwächen.»[2451]

947 Die Gemeinden der Region Glarus Süd erachteten dies als eine entschädigungslose Enteignung, ja es fände eine eigentliche «Eigentumsverschiebung zum Kanton statt»[2452] – eine

---

2448 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Es fehlt somit am öffentlichen Interesse und die Schwere des Eingriffs – die Enteignung – ist nicht verhältnismässig» (S. 4).

2449 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 2, 7.

2450 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der Gesetzesentwurf will vermögenswerte Rechte per Zeitpunkt seines Inkrafttretens, d.h. gemäss dem an der Informationsveranstaltung eröffneten Zeitplan per 4. Mai 2008 […], allenfalls mit einer Übergangsfrist von 5 bis maximal 10 Jahren […] und in gewissen Fällen sogar mit Rückwirkung per 4.5.2006 […] entschädigungslos aufheben. Damit ist aber noch nicht genug: mit Art. 62 Abs. 5 sollen per Zeitpunkt des Inkrafttretens *alle* Verträge zwischen Gemeinden als Ufereigentümerinnen oder Wasserberechtigte und Kraftwerken auf einen Schlag dahinfallen. Das ist ein in seiner Art unerhörter und unstatthafter Eingriff in bestehende Verträge. Das könnte für unsere Gemeinden (wir denken speziell an Linthal und Schwanden, aber es wird noch weitere geben) das Entfallen von vielen Verträgen mit Kraftwerken bedeuten und damit zusätzlich zum Verlust des Wasserzinses, insbesondere den Verlust von Ansprüchen auf Ersatzenergie und Ersatzleistung sowie andere Gegenleistungen, die im Zusammenhang mit der Stellung von Gemeinden (oder den früheren Tagwen) als Eigentümerinnen von Wasserrechten erbracht werden müssen. Folgen ähnlicher Art werden sich für die Löntschgemeinden Riedern, Glarus und Ennenda ergeben, welche damit auch das ihnen zustehende Rückkaufsrecht verlieren, womit riesige Werte mit einem Federstrich ersatzlos vernichtet würden» (S. 5, vgl. auch S. 7).

2451 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 6.

2452 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Mit dieser Vorlage sollen den Gemeinden nicht nur diese Rechte, sondern auch alle die Rechte an allen Wasservorkommen (Quellen und Grundwasser sowie Firne) entschädigungslos weggenommen werden. Es findet eine Eigentumsverschiebung zum Kanton statt» (S. 2); auch: «Die Vorlage verstösst nicht nur gegen die Eigentumsgarantie sondern auch gegen Art. 153 KV. Die Vorlage ist auch aus diesem Grunde zurückzuziehen» (S. 7), vgl. die übereinstimmende Einschätzung der GRÜNEN DES KANTONS GLARUS, DBU Vernehmlassung 28: «Entgegen den Ausführungen im Kommentar scheint uns eine Enteignung dieser privaten Rechte mit dazugehörender Entschädigung sinnvoller. […]

Ansicht die scheinbar auch GEORG MÜLLER teilte.[2453] Angesichts dieser entschädigungslosen Enteignung behielten sich die Gemeindepräsidenten alle rechtlichen Schritte vor, welche auch den privaten Ufereigentümern offenstanden.[2454]

Nicht als Entschädigung könne die im *Entwurf für ein Wassergesetz* vorgesehene Beteiligung der Gemeinden an einem Drittel des Wasserzinses angesehen werden.[2455] Bei diesem Versprechen würde es sich, wenn die Gemeinden keine Ufereigentümerinnen mehr wären, nicht mehr um einen Anspruch qua Eigentum, sondern nur noch eine finanzielle Mittelzuweisung handeln, «die nach rein politischen Gesichtspunkten verändert werden kann».[2456] Hierbei machten sich die Gemeindepräsidenten keine grossen Hoffnungen.[2457] Ohne Eigentum an den Wasserrechten würde wohl bald auch der Anteil der Gemeinden am Heimfall infrage gestellt werden, womit den Gemeinden nur noch die Wuhrpflichten ver- 948

Es ist zudem nicht ersichtlich, wieso mit den privaten Eigentümern anders umgegangen wird als mit den Gemeinden, wenn es sich um dieselben Werke handelt» (S. 10); auch WWF GLARUS, DBU Vernehmlassung 29, S. 11.

2453 Vgl. ROHR, FASN Geschichte der SN: «Nach Auffassung von Prof. Müller handelte es sich beim Gesetzesprojekt um einen in der Schweiz äusserst seltenen Fall einer Legal-Enteignung, indem grundsätzlich alle Wasserrechte dem Kanton zugeschlagen worden wären. Die Vorlage sah keine Entschädigung der bisherigen Wasserrechtseigentümer vor, womit sie im Widerspruch zur verfassungsmässigen Eigentumsgarantie entschädigungslos enteignet worden wären» (S. 211).

2454 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Entschädigungen sind in der Vorlage nicht vorgesehen. Sollte die Regierung diese Vorlage durchbringen und damit auch im Landrat und an der Landsgemeinde Erfolg haben, so stünde den Betroffenen der Rechtsweg offen. Es ist davon auszugehen, dass auch Gemeinden das Bundesgericht anrufen und dass dieses möglicherweise das ganze Gesetz oder Teile davon aufheben würde. Es ist weiter damit zu rechnen, dass Art. 62 des Gesetzes Prozesse auslösen wird» (S. 5).

2455 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der den Gemeinden nach Art. 51 Abs. 2 des Entwurfes vom Kanton auszurichtende Drittel des Wasserzinses kann keinesfalls als Entschädigung für die Wegnahme der Wasserrechte und für das Dahinfallen von Verträgen betrachtet werden» (S. 5–6).

2456 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Schwerer wiegt Folgendes. Wenn das Eigentum der Wasserrechte den Gemeinden erst einmal weggenommen worden ist, besteht bei der nächstbesten Gelegenheit auch kein Grund mehr, den Drittel, der ihnen aus dem vom Kanton vereinnahmten Wasserzins zukommt, weiter oder in diesem Umfang auszurichten. Es handelt sich dannzumal nicht mehr um einen Anspruch aus Eigentum, sondern um eine finanzrechtliche Mittelzuweisung, die nach rein politischen Gesichtspunkten verändert werden kann» (S. 6).

2457 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «In einem ersten Schritt wird der Anteil wohl nicht völlig entfallen, jedoch gekürzt. Bei nächster Gelegenheit wird dann der ‹alte Zopf› ganz abgehauen, es lässt sich ja dann nicht mehr begründen, weshalb die Gemeinden am Wasserzins partizipieren sollten, wo ihnen doch gar keine Wasserrechte mehr zustehen. Der Anteil der Gemeinden am Heimfall wird in der Folge auch keinen Sinn mehr machen und so verbleiben den Gemeinden die Wuhrpflichten. Ausgewogenheit kann man diesem Entwurf sicher nicht bescheinigen» (S. 6).

bleiben würden.[2458] Wo RICCARDO JAGMETTI von der Wünschbarkeit eines «Ausgleichs der Kosten und Lasten» gesprochen hatte, erwiderten die Gemeindepräsidenten:

> «Ausgewogenheit kann man diesem Entwurf sicher nicht bescheinigen.»[2459]

949 Zuletzt bemängelten die Gemeindepräsidenten den Demokratieverlust, welcher mit dem *Entwurf für ein Wassergesetz* einhergehe, womit «unsere Talbewohner die direkte Mitbestimmung über unsere Wasservorkommen vollständig verlieren».[2460]

2.3 Zur Wuhrpflicht

950 In einem Punkt fand der von RICCARDO JAGMETTI erkannte Erneuerungsbedarf von Beginn an Zustimmung – bei der Wuhrpflicht. Diesbezüglich wurde aber darauf hingewiesen, dass der Kanton Glarus mit Art. 189 i.V.m. Art. 203 EG ZGB GL bereits über die rechtlichen Möglichkeiten verfügte, unverhältnismässig belastete Ufereigentümer zu entlasten.[2461] Darüber hinaus boten die Gemeindepräsidenten der Region Glarus Süd in ihrer Vernehmlassungseingabe die Hand zu weiteren Verbesserungen:

> «Handlungsbedarf anerkennen wir einzig bei gewissen Fragen der Wuhrpflicht, wo man Lösung zur Linderung von Härtefällen oder unverhältnismässigen Belastungen finden kann, ohne dass es dazu einer Systemänderung beim Wasserrecht bedarf. Dazu Hand zu bieten sind wir bereit.»[2462]

951 Dasselbe Angebot machten auch vereinzelte Kraftwerke.[2463]

2458 Vgl. ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der Anteil der Gemeinden am Heimfall wird in der Folge auch keinen Sinn mehr machen und so verbleiben den Gemeinden die Wuhrpflichten» (S. 6).

2459 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 6.

2460 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27: «Der Entwurf hätte zur Folge, dass hauptsächlich der Regierungsrat und oft ein Departement allein zuständig wäre mit Ausnahme der eigentlichen Konzessionserteilung, die bei grösseren Werken dem Landrat zustünde. Die Folge davon ist, dass unsere Talbewohner die direkte Mitbestimmung über unsere Wasservorkommen vollständig verlieren, indem solche Geschäfte nicht mehr den Stimmberechtigten an den Gemeindeversammlungen vorzulegen sind. Auch das ist keine kluge Regelung, abgesehen davon, dass man den Bewohnern unserer Talschaften ein demokratisches Mitspracherecht erhalten soll» (S. 8).

2461 In diesem Sinne bspw. GLARNER HANDELSKAMMER, DBU Vernehmlassung 7, S. 2; TEXTILDRUCKEREI MITLÖDI AG, DBU Vernehmlassung 21, S. 1.

2462 ORTSGEMEINDEN REGION GLARUS SÜD, DBU Vernehmlassung 27, S. 6.

2463 Vgl. WESETA KRAFTWERKE, DBU Vernehmlassung 44: ««Früher war das grössere unserer Kleinkraftwerke wasserwerksteuerpflichtig. Irgendwann ist diese Pflicht für kleinere Kraftwerke entfallen. Hatten es Kleinkraftwerke vor 20 Jahren schwierig, so werden sie heute gefördert. Es wäre daher vertretbar, auch von diesen Kraftwerkbetreibern eine gewisse Abgabe speziell für Wuhrunterhalt zu erheben und diese in einen Fonds zu legen. Unsere Gesellschaft würde

3. Das Scheitern des Systemwechsels

Regierungsrat *Robert Marti* zufolge nahm die Vernehmlassung «gewaltige Ausmasse an und hinterliess einen Scherbenhaufen».[2464] Am 7. November 2007 richtete das DBU ein Schreiben an die «Vernehmlassungsteilnehmer zum neuen Wassergesetz».[2465] Darin teilte der Departementsvorsteher mit, es hätten die eingereichten Vernehmlassungen aufgezeigt, dass «vor allem seitens der Gemeinden eine gewisse Unzufriedenheit bezüglich des im neuen Gesetz aufgezeigten Systemwechsels besteht».[2466] Aus diesem Grund habe man entschieden, das Gesetz nicht an der Landsgemeinde des Jahres 2008, sondern «frühestens der Landsgemeinde 2009 zu unterbreiten», während man in der Zwischenzeit die Vorlage «in Bezug auf die geäusserten Bedenken und Vorbehalte prüfen, so, dass schlussendlich ein mehrheitsfähiges neues Wassergesetz der Landsgemeinde vorgelegt werden kann».[2467] Damit war, wie AUGUST ROHR schreibt, der «von der Baudirektion angestossene Versuch, das Glarner Wasserrecht im Schnellgang anzupassen, gescheitert».[2468] 952

4. Zwischenbetrachtung

Beim versuchten Systemwechsel des Jahres 2007 handelte es sich um den bereits vierten Anlauf dazu; erstmals war ein Memorialsantrag vermutlich dazu im Jahre 1854 gestellt worden (s. vorne Rz. 246), ein zweiter Versuch lässt sich anlässlich des Gesetzgebungsprozesses des GBG GL 1892 erkennen (s. vorne Rz. 372 ff.), und ein dritter stellt der Memorialsantrag des Jahres 1947 dar (s. vorne Rz. 706 ff.). Dem versuchten Systemwechsel des Jahres 2007 kommt gegenüber den Memorialsanträgen insofern eine andere Qualität zu, als dass dieser (wie schon 1892) vom Regierungsrat ausgeht. Anders aber als die versuchte Totalrevision von 1892 wurde mit der Hilfe von RICCARDO JAGMETTI ein Gesetzesentwurf erstellt. Es ist dies ein starkes Bekenntnis des regierungsrätlichen Willens, die geltende Glarner Wasserrechtsordnung aufzuheben. 953

Wie der öffentlichen Debatte und insbesondere den Vernehmlassungseingaben zu entnehmen ist, scheiterte der versuchte Systemwechsel des Jahres 2007 inhaltlich vor allem an den Entschädigungsfolgen. 954

---

sich der Einführung einer solchen Abgabe, die z.B. 5 % des Wasserzinsmaximums ausmachen könnte, nicht widersetzen» (S. 8).

2464 Votum *Robert Marti*, Landratsprotokoll 4. März 2009, S. 244.

2465 Brief Regierungsrat 2007, S. 1.

2466 Brief Regierungsrat 2007, S. 1.

2467 Brief Regierungsrat 2007, S. 1.

2468 ROHR, FASN Geschichte der SN, S. 211.

§ 12 Zusammenfassende Würdigung der Entwicklung des Wasserrechtes

955 Es werden nachfolgend die Erkenntnisse aus dem zweiten Teil («Die Entwicklung des Wasserrechtes») zusammenfassend gewürdigt.

1. Die «publicisation» der Wasserrechtsordnungen

956 PETER LIVER stellte seine rechtsgeschichtliche Darstellung der *Entwicklung des Wasserrechtes* (1952) unter das Schlagwort: «Tout devient droit public».[2469] Diese Feststellung drängt sich allen auf, welche sich mit der Geschichte des Wasserrechtes befassen.[2470] Dies soll nachfolgend mit Bezug auf die öffentlich-rechtlichen und privaten Wasserrechte zusammengefasst werden.

957 Mit Bezug auf die *Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung* lässt sich eine solche «publicisation»[2471] des Wasserrechtes beobachten:

> Noch der Vorentwurf des ZGB von EUGEN HUBER hatte an einer, wenn nicht mehr ganz privatrechtlichen, so doch gemischtrechtlichen Rechtsnatur des Wasserrechts festgehalten. Als Gründe dafür können, sehr pragmatisch, die zu diesem Zeitpunkt ausschliesslich privatrechtliche Gesetzgebungskompetenz in der Bundesverfassung sowie das Festhalten an der Fiskustheorie zur Begründung einer Zivilgerichtsklage genannt werden. Gründe liessen sich aber gewiss auch in der Person EUGEN HUBERS finden, an seiner Präferenz für das Privatrecht sowie an seinem Sinn für Rechtstraditionen als später Vertreter der Historischen Rechtsschule.
>
> Diese pragmatischen Gründe entfielen mit der vollendeten Herausbildung des Verwaltungsrechts, insbesondere aber mit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als deren Abschluss; Fiskustheorie und die Konzession als gemischtes Rechtsverhältnis waren nicht mehr nötig. Dieser Wandel vollzog sich in einem bemerkenswert kurzen Zeitfenster von wenigen Jahren, in welchen die junge Verwaltungsrechtswissenschaft kontinuierlich an Selbstbewusstsein und argumentativem Gewicht gewann, bis schliesslich die kantonalen Gerichte und das Bundesgericht dieser Auffassung folgten. Doch auch persönliche Gründe hatten dazu beigetragen: So war der Entwurf des öf-

---

2469 Zit. in LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts, S. 349.

2470 Vgl. LIVER, Öffentliches Grundwasserrecht und privates Quellenrecht: «Das private Recht befindet sich auf dem Rückzug» (S. 441); vgl. auch DRUEY JUST/CAVIEZEL, Private Wasserrechte, S. 1631.

2471 Vgl. FENNER, der von «allmählicher ‹publicisation›» spricht (Die Entstehung des Wasserrechts, S. 18).

fentlich-rechtlichen WRG nicht mehr durch EUGEN HUBER, sondern durch WALTHER BURCKHARDT verfasst worden.

Nicht nur die Rechtsnatur der wasserrechtlichen Institute, sondern auch die Rechtsnatur der Gewässer wurde zunehmend öffentlich. Sowohl Art. 664 ZGB wie auch Art. 1 WRG stellen – in Übereinstimmung mit der gemeineidgenössischen Rechtstradition – eine Rechtsvermutung zugunsten der Öffentlichkeit der Gewässer auf. Als Ergebnis davon stellt PETER LIVER fest:

> «Der Kreis der privaten fliessenden Gewässer, d.h. der privaten Flüsse und Bäche, ist immer mehr eingeengt worden.»[2472]

Mit Bezug auf die *Entwicklung der privatrechtlichen Wasserrechte* kann für die Glarner Wasserrechtsordnung von einer «publicisation» *sui generis* gesprochen werden, da es nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Umdeutung des Wasserrechtes, sondern zu einer öffentlich-rechtlichen Ergänzung desselben kam. Während desselben Zeitraumes wurde im Kanton Glarus das private Nutzungsrecht durch verschiedene öffentlich-rechtliche Instrumente ergänzt. Da sich aber der Diskurs der Verwaltungsrechtslehre auf der Ebene des Bundesrechtes bewegte und das WRG auf die Glarner Wasserrechtsordnung nicht anwendbar ist, sind hierzu andere Gründe zu finden. Der hier vertretenen Ansicht nach ist die «publicisation» *sui generis* vor allem dem persönlichen Einfluss einiger Persönlichkeiten der Glarner Politik zuzuschreiben. Dies wird im nachfolgenden Teilkapitel betrachtet. 958

2. Die Glarner Wasserrechtsordnung zwischen Liberalen und Demokraten

Mit Hinweis auf den Beitrag des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer zum Glarner Wirtschaftswunder (s. vorne Rz. 286) liegt bisweilen die Annahme nahe, dass die Glarner Wasserrechtsordnung ein Werk der einflussreichen Glarner Wirtschaftselite sei, welche als Fabrikherren an einer möglichst liberalen Nutzung der Wasserkraft interessiert waren; so ist – insbesondere von ihren Kritikern – gerne betont worden, die Glarner Wasserrechtsordnung sei einem «manchesterlichen» Liberalismus zuzuschreiben.[2473] Tatsächlich kann mit Blick auf die Glarner Geschichte nicht von der Hand gewiesen werden, dass gerade die wohlhabende und daher «abkömmliche» Wirtschaftselite über Jahrhunderte einen massgeblichen Einfluss in den «Schrankenämtern» und auch an der Glarner Landsgemeinde ausübte.[2474] So bestehen namentlich bezüglich der liberalen KV GL 1836 vielfältige Wech- 959

[2472] Vgl. LIVER, Der Prozess des Müllers Arnold, S. 108.

[2473] Vgl. dazu die Fn. 873 und 1132.

[2474] Der Begriff der «wirtschaftlichen Abkömmlichkeit» stammt von *Max Weber*, vgl. dazu insb. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 95–96 m.w.H. Die Landsgemeinde konnte sich jedoch auch gegen die Obrigkeit wenden (S. 99–103). Für das Ancien Régime vgl. insb. STAUFFACHER, Herrschaft und Landsgemeinde, S. 90–100.

selwirkungen zwischen ihren Verfassern als Politiker und Fabrikherren.[2475] Bei der Glarner Wasserrechtsordnung muss jedoch differenziert werden:

JOHANN JAKOB BLUMER, der Schöpfer des BGB GL 1869 war gewiss ein Liberaler (s. vorne Rz. 242 ff.) und dasselbe gilt auch für seinen Vetter Landammann JOACHIM HEER. Gerade aber bei der Kodifikation des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer im § 55 BGB GL 1869 handelte es sich nicht um eine «Liberalisierung», sondern um das Festhalten an einer jahrhundertealten Rechtstradition (s. vorne Rz. 291–292). Ebenso wenig passt denn auch, dass dieselbe Landsgemeinde, welche das vermeintlich «manchesterliche» Nutzungsrecht der Ufereigentümer kodifizierte, gleichzeitig mit dem WPG GL 1869 auch die Wasserbaupolizei ausbaute (s. vorne Rz. 352 ff.).

Landammann EDUARD BLUMER als nächster massgeblicher Gestalter der Glarner Wasserrechtsordnung war – obwohl Spross einer bedeutenden Fabrikantenfamilie – kein Liberaler, sondern ein Demokrat (s. vorne Rz. 364). Dasselbe gilt für den demokratischen Rechtsanwalt *Rudolf Gallati* (s. vorne Rz. 382). Vieles deutet darauf hin, dass, wenn es nach Landammann EDUARD BLUMER gegangen wäre, 1892 die Glarner Wasserrechtsordnung verstaatlicht worden wäre (s. vorne Rz. 372–377). Doch als er auf politischen Widerstand und rechtliche Grenzen stiess, war er pragmatisch genug, stattdessen den staatlichen Einfluss innerhalb der Glarner Wasserrechtsordnung im Sinne der vorne beschriebenen «publicisation» *sui generis* auszubauen. Dies insbesondere mit den folgenden Instrumenten:

- Die staatliche Bewilligung als eine Erweiterung der rein wasserbaupolizeilichen Bewilligung, welche auch wirtschaftspolitische Interessen berücksichtigte (s. vorne Rz. 392 ff.).
- Das Enteignungsrecht mit einem Vorrecht des Gemeinwesens, welches in abgestufter Folge zunächst dem Kanton, dann den Gemeinden und schliesslich Gesellschaften und Privaten zukam (s. vorne Rz. 396 ff.).
- Das Recht zur Bildung von Zwangskorporationen (s. vorne Rz. 401 ff.).
- Die Besteuerung der Wasserwerke, resp. einen Anteil des Wasserzinses (s. vorne Rz. 446 ff.).
- Verschiedene ergänzende bundes- und kantonalrechtliche Bewilligungen (s. vorne Rz. 789 ff.).

Mit alledem näherte sich der Kanton Glarus einem verfügungsberechtigten Gemeinwesen an, wenngleich noch immer bedeutende Unterschiede bestanden.

HANS HEFTI-HAAB war wiederum ein Liberaler und sogar Mitbegründer der Allgemeinen Bürgerlichen Volkspartei (s. vorne Rz. 704). Aus dieser Partei ging die FDP hervor, welcher auch sein Sohn PETER HEFTI und dessen Sohn *Thomas Hefti* angehörten. Alle waren sie persönlich mit der Glarner Industrie, doch auch in ihrer amtlichen Funk-

[2475] Vgl. HOPHAN, Verfassungsrevolution, S. 281.

tion als Gemeindepräsidenten von Schwanden bzw. Glarus Süd und Präsidenten des EWS bzw. der *Technischen Betriebe Glarus Süd* (TBGS) mit der Nutzung der Wasserkraft verbunden. Unter dem politischen Einfluss dieser drei Generationen von Heftis wurde die Glarner Wasserrechtsordnung nicht weiter ausgebaut. Wenn sie hier dennoch als Gestalter der Glarner Wasserrechtsordnung aufgeführt werden, dann weil sie sich für die Bewahrung und den Erhalt der privaten Glarner Wasserrechtsordnung einsetzten. Jeder rief auf seine Weise die rechtlichen Grenzen in Erinnerung, welche dem Kanton Glarus als nicht verfügungsberechtigtes Gemeinwesen gesetzt waren. HANS HEFTI-HAAB, indem er mit seinem geschickten Beizug der Gutachter HANS TRÜMPY und PETER LIVER und dem Einsatz seines damals noch jungen und sehr ambitionierten Sohnes PETER HEFTI die rechtlichen Hürden des versuchten Systemwechsels der Jahre 1947–1951 aufzeigte. *Thomas Hefti* schliesslich kommt als damaliger Gemeindepräsident von Schwanden, als Verwaltungsrat der *SN Energie AG* und Landrat eine bedeutende Rolle in der Bekämpfung der Erhöhung der Wasserwerksteuer (s. vorne Rz. 833), der Bekämpfung der Heimfallbestimmung in der Glarner Wasserrechtskonzession (s. vorne Rz. 887) und der Opposition gegen den versuchten Systemwechsel des Jahres 2007 zu (s. vorne Rz. 943).

960 Selbstverständlich waren noch zahlreiche andere Persönlichkeiten – insbesondere zahlreiche weitere Regierungsräte, Landräte als Mitglieder der verschiedenen Landratskommissionen und auch Bürger mit Memorialsanträgen oder Zeitungsartikeln – prägend für die Entwicklung der Glarner Wasserrechtsordnung. Anhand dieser Auswahl zeigt sich jedoch, dass es zu kurz greift, die Glarner Wasserrechtsordnung als ein Produkt des «manchesterlichen» Liberalismus abzutun. Es handelt sich um eine sehr alte, sehr anpassungsfähige und durch verschiedene politische Kräfte geformte Rechtsordnung, welche in neuester Zeit auch alle Umweltanliegen hat übernehmen können.

3. Die Kontinuität in der Glarner Wasserrechtsordnung

961 Ein Rückblick über die ersten zwei Teile dieser Arbeit erlaubt es, die Kontinuität mehrerer Rechte und Rechtsinstitute und somit auch eine – wenngleich sich über verschiedene Gesetze hinweg verteilende – relative Konstanz der Glarner Wasserrechtsordnung zu beobachten. Insbesondere das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer hat, wie das sprichwörtliche «Schiff des Theseus», trotz zahlreicher Gesetzesänderungen, seine Identität und beinahe den exakten Wortlaut bewahren können. Indes sind seit 1869 zahlreiche öffentlich-rechtliche Gesetzgebungen hinzugekommen, welche den privatrechtlichen Kern zwar ergänzt, nicht aber aufgehoben haben.

<table>
<tr><th></th><th>Vor 1869</th><th>1869</th><th>1890</th><th>1892</th><th>1910</th><th>1911</th><th>1918</th><th>1951</th><th>Nach 1951</th></tr>
<tr><td colspan="10">Kantonales Verfassungsrecht</td></tr>
<tr><td>Hoheit über die Gewässer</td><td colspan="2">§ 43 KV GL 1836 / 1842</td><td colspan="6">Art. 29 KV GL 1887</td><td>Art. 24 Abs. 3 KV GL</td></tr>
<tr><td>Eigentumsgarantie</td><td colspan="2">§ 7 KV GL 1836 / 1842</td><td colspan="6">Art. 8 KV–GL 1887</td><td>Art. 14 KV GL</td></tr>
<tr><td>Gewerbe- resp. Wirtschafts-freiheit</td><td colspan="2">§ 9 KV GL 1836 / 1842</td><td colspan="6">Art. 12 KV GL 1887</td><td>Art. 15 KV GL</td></tr>
<tr><td colspan="9">Kantonales Gesetzesrecht</td><td></td></tr>
<tr><td>Nutzungsrecht der Ufereigentümer</td><td>Gewohnheits-recht und ständige Recht-sprechung</td><td colspan="4">§ 55 BGB GL</td><td colspan="2">§ 170 EG ZGB GL</td><td colspan="2">§ resp. Art. 170 EG ZGB GL (mit Ergänzung eines Satzes in Abs. 1)</td></tr>
<tr><td>Expliziter Schutz wohl-erworbener Wasserrechte</td><td colspan="3">Nicht vorhanden</td><td colspan="2">§ 1 GBG GL 1892</td><td colspan="4">§ resp. Art. 168 EG ZGB GL</td></tr>
<tr><td>Öffentlichkeit der Gewässer</td><td>Nicht vorhanden</td><td>§ 1–2 WPG GL 1869</td><td colspan="2">§ 1–2 WPG GL 1890 (erweiterte Legaldefinition)</td><td colspan="5">Nicht vorhanden (resp. nur mit Bezug auf den Walensee)</td></tr>
<tr><td>Wuhrpflicht</td><td>Gesetz von 1812 bzw. WKG GL 1851</td><td colspan="4">§ 3–5 des Gesetzes von 1869; § 66 BGB GL</td><td colspan="4">§ resp. Art. 189–213 EG ZGB GL</td></tr>
</table>

	Vor 1869	1869	1890	1892	1910	1911	1918	1951	Nach 1951
Bildung von Zwangskorporationen	Nicht vorhanden	§ 60 ff. BGB GL	§ 6 des Gesetzes von 1890	§ 7 GBG GL 1892		§ resp. Art. 200 EG ZGB GL			
Wasserpolizeiliche Bewilligung	Nicht vorhanden	§ 3 WPG GL 1869	§ 3 WPG GL 1890	§ 2 Abs. 4 GBG GL 1892		§ 175 EG ZGB GL			Art. 5 EnG GL
Wirtschaftliche Bewilligung	Nicht vorhanden			§ 2 Abs. 4 GBG GL 1892		§ 176 Abs 2 EG ZGB GL			Nicht vorhanden
Zuständigkeit für die Bewilligung	Nicht vorhanden			*Regierungsrat* gem. § 2 Abs. 3 GBG GL 1892		*Regierungsrat* gem. § resp. Art. 175 EG ZGB GL			
Enteignungsrecht	Nicht vorhanden			§§ 3 GBG GL 1892, Vorrecht gem. § 4 GBG GL 1892		§ resp. Art. 177 EG ZGB, Vorrecht gem. § resp. Art. 178 EG ZGB GL			
Zuständigkeit für Enteignung (bzw. Verzicht auf das Vorrecht auf Enteignung)	Nicht vorhanden			*Landsgemeinde* gem. § 5 GBG GL 1892		*Landsgemeinde* gem. § 179 EG ZGB GL	*Landrat* gem. § 3 Landsgemeindebeschluss von 1918		*Landrat* gem. § 3 Landsgemeindebeschluss von 1918 und *Regierungsrat* für Kleinkraftwerke gem. Ziff. 1 Kompetenzdelegation 2006

	Vor 1869	1869	1890	1892	1910	1911	1918	1951	Nach 1951
Jährliche Abgabe (Wasserwerksteuer)	Nicht vorhanden				§ 1–8 GBW GL 1910				Art. 1–3 GÖAW GL 1977 und danach Art. 6 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 EnG GL
Einmalige Gebühr (Konzessionsgebühr)	Nicht vorhanden				§ GWB GL 1908		§ 176bis resp. Art. 176a EG ZGB GL		Art. 5 Abs. 5 EnG GL i.V.m. Art. 26 EnV GL
Diverse Bewilligungen							Individuell in Glarner Wasserrechtskonzession berücksichtigt		Art. 8 BGF i.V.m. Art. 6a Abs. 1 lit. a und Art. 21 EG BGF GL Art. 29 ff. oder 80 ff. GSchG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 EG GSchG GL Art. 10a ff. USG i.V.m. UVPV GL

Tabelle 2: Kontinuität in der Glarner Wasserrechtsordnung.

Zusammenfassung

§ 1 Conclusio

Abschliessend sollen die Ergebnisse der vorangehenden drei Teile in kurzer Form zusammengefasst werden. Schlussbemerkungen des Verfassers beenden die Arbeit. 962

1. Zusammenfassung der Ergebnisse

1.1 Die Entstehung

Das öffentliche Recht: Das öffentliche Recht entstand zusammen mit dem Erstarken des Staates in der Neuzeit. Die Rechtsnatur der Alten Eidgenossenschaft führte zu einer sehr heterogenen Entstehung, abhängig von den jeweiligen Verhältnissen und Rechtstraditionen in jedem Kanton. 963

Die öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen (der Kantone): Beim Wasserrecht handelt es sich um ein Rechtsgebiet mit einer langen Rechtsgeschichte. Die massgeblichen Rechtsbegriffe entstammen verschiedenen Quellen: Dem römischen Recht (bspw. Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Gewässern, die Bedeutung von öffentlich), dem germanischen Recht (bspw. das Nutzungsrecht der Ufereigentümer und der Gemeingebrauch) und dem mittelalterlichen Lehensrecht (bspw. das Regalrecht). All diese Begriffe flossen im Zuge der Rezeption des *ius commune* ineinander und wurden durch das Recht der Helvetischen Republik ergänzt (bspw. das wasserbaupolizeiliche Hoheitsrecht). Ein erster Versuch zur umfassenden Regelung des Wasserrechtes auf dem Gebiet der heutigen Schweiz scheiterte mit dem Untergang der Helvetischen Republik. Auf kantonaler Ebene bildeten sich verschiedene öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnungen basierend auf dem Regalrecht, dem Eigentumsrecht oder der Hoheit des Gemeinwesens aus, wobei in gewissen Kantonen der Kanton, und in anderen Gemeinden, Bezirke oder Korporationen das Verfügungsrecht über die öffentlichen Gewässer besassen. So heterogen sie auch waren, so lässt sich doch in einer Mehrzahl der Kantone im Zuge des 19. Jahrhunderts von einer gemeineidgenössischen öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung sprechen. 964

Die privatrechtliche Wasserrechtsordnung (des Kantons Glarus): Das Nutzungsrecht der Ufereigentümer entstand der hier vertretenen Ansicht nach aus der alemannischen Rechtsauffassung heraus (wenngleich die Geltung des alemannischen Rechts noch immer umstritten ist). Nachweisen lässt es sich seit der frühen Neuzeit. Anders als bei anderen Länderorten, wandelte sich das Nutzungsrecht selbst dort, wo die Tagwen Ufereigentümerinnen waren, nicht zum Verfügungsrecht einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnachfolgerin (wie etwa einer Gemeinde, eines Bezirks oder einer Korporation). Im Gegenteil, es lässt sich nicht nur ein Festhalten am Nutzungsrecht der Ufereigentümer, sondern auch eine bemerkenswerte Markteilung und -schenkung im Zuge des 19. Jahrhunderts beobachten. Dies beförderte die Industrialisierung im Kanton Glarus. Der Kanton Glarus selber war 965

nach der hier vertretenen Ansicht zum massgeblichen Zeitpunkt, in welchem die privaten Nutzungsrechte der Ufereigentümer hätten revolutionär verstaatlicht werden können, intern aufgrund der konfessionellen Landesteilung zu gespalten. Es mag hier nicht zuletzt auch die Landsgemeindedemokratie eine Rolle gespielt haben. Später wogen die politischen Interessen der Glarner Industrie zu schwer, als dass sie einfach hätten übergangen werden können. Zudem wurde mit der Einführung der Eigentumsgarantie in der KV GL 1836 eine Verstaatlichung auch rechtlich erschwert. Eine Chance dazu bot erstmals die Neuordnung des Privatrechtes anlässlich der Kodifikation des BGB GL 1869. Der ausdrückliche Erhalt des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer ist JOHANN JAKOB BLUMER und dem Einfluss der Historischen Rechtsschule auf dessen Denken zuzuschreiben.

1.2 Die Entwicklung

966 *Das öffentliche Recht:* Zu Beginn des 20. Jahrhunderts emanzipierte sich das öffentliche Recht im Zuge der Herausbildung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft vom Privatrecht. Die Kritik an den gemischtrechtlichen Rechtsverhältnissen, welche durch Anbindung an das Privatrecht und die Fiskustheorie die Entstehung einer verwaltungsrechtlichen Gerichtsbarkeit hemmten, führte zur öffentlich-rechtlichen Umdeutung verschiedener Rechtsinstitute (wie bspw. die Konzession).

967 *Die öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnung (der Schweiz):* Der Übergang von einer noch immer im Privatrecht verankerten Wasserrechtsordnung hin zu einer rein öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnung vollzog sich in der Schweiz mit dem Ausscheiden des Wasserrechtes aus dem Vorentwurf zum ZGB und dessen rechtlicher Normierung im WRG. Das WRG als Rahmengesetzgebung enthält den gemeineidgenössischen «acquis communautaire» der kantonalen öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsordnungen: Die Rechtsvermutung auf die Öffentlichkeit der Gewässer, das Verfügungsrecht des Gemeinwesens, das Konzessionssystem, den Wasserzins, die beschränkte Dauer einer Verleihung, den Heimfall und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsrechtswissenschaft deutete die privatrechtlichen Überreste um, was von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übernommen wurde. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kamen verschiedene öffentlich-rechtliche Bewilligungspflichten hinzu.

968 *Die privatrechtliche Wasserrechtsordnung (des Kantons Glarus):* In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts kam es zu einer «publicisation» *sui generis* der privatrechtlichen Glarner Wasserrechtsordnung, insofern zwar das privatrechtliche Nutzungsrecht der Ufereigentümer unverändert erhalten blieb, jedoch durch mehrere öffentlich-rechtliche Instrumente ergänzt wurde (bspw. die staatliche Bewilligung, das Vorrecht auf Enteignung, etc.). Diese öffentlich-rechtlichen Instrumente stellten einen behelfsmässigen Ersatz für das fehlende Verfügungsrecht des Gemeinwesens dar und verschaffen dem Kanton Glarus, innerhalb der ihm vom privaten Nutzungsrecht der Ufereigentümer gesetzten Grenzen, einen starken Einfluss. Es lässt sich zudem eine Tendenz der Übernahme öffentlich-rechtlicher

Wasserrechtsinstitute beobachten (bspw. der gescheiterte Versuch der Einführung eines Wasserzinses im Jahre 1908, die Bezeichnung der staatlichen Bewilligung als «Konzession», deren Beschränkung auf 80 Jahre sowie die Aufnahme von Heimfallbestimmungen). Dieser «legal transplant» führt zu verschiedenen Rechtsfragen sowie zu einem besonders seit der Jahrtausendwende beobachtbaren Wunsch der Kantonsregierung, die privatrechtliche Glarner Wasserrechtsordnung an die öffentlich-rechtliche Wasserrechtsordnungen gemäss WRG anzupassen. Ein neuester Versuch hierzu ist im Jahre 2007 im Rahmen der Vernehmlassung gescheitert.

2. Das Einfliessen in die Gegenwart

Die vorliegende Arbeit hat einen langen Aufstieg genommen, um dem Wasserlauf entgegen zur Quelle vorzudringen. Ob diese Quelle tatsächlich gefunden wurde, ist indes schwer zu sagen: 969

> «Was wir als Anfänge glauben nachweisen zu können, sind ohnehin schon ganz späte Stadien.»[2476]

Immerhin ermöglichte dieser Aufstieg von hoher Warte aus, den Wasserlauf als Ganzes zu überblicken und damit auch zu erkennen, wo er sich verzweigt und wieder ineinanderfliesst. Auf diese Art und Weise hat diese Arbeit eine Antwort darauf zu geben versucht, wie und vor allem warum das Nutzungsrecht der Ufereigentümer entstand und sich zum einzigartigen «Sonderfall» entwickelte. Es lag im Versuch, seinen einzigartigen Flussverlauf zu beschreiben, immer auch der Wunsch, dem Nutzungsrecht der Ufereigentümer endlich dessen Geschichte zu geben. Es begnügt sich diese Arbeit damit, *eine* Geschichte gegeben zu haben und tröstet sich insbesondere darin, die zahlreichen in dieser Arbeit zusammengetragenen Materialien der Forschung zugänglich(er) gemacht zu haben. Es bleibt damit zu hoffen, dass die Geschichte des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer mit all ihren Bezügen zur Kantons- und Verwaltungsrechtsgeschichte weiter erforscht und erzählt wird. 970

Nach dem langen Abstieg dem Wasserlauf der Geschichte entlang an ihrem Ende angelangt, steht diese Arbeit nun am Rande des Katarakts, der in die Gegenwart stürzt. Man könnte nun, wie EUGEN HUBER einmal schrieb, bei der «Betreibung geschichtlicher Studien dabei stehen bleiben, dass man sich am Wissen freut, dass man Hübsches und Schönes und Gemütvolles aus unseren alten Zeiten in sich aufnimmt und daran seine Freude hat».[2477] Wäre es damit getan, so wäre an dieser Stelle tatsächlich das Ende dieser Arbeit. 971

[2476] J. BURCKHARDT, Weltgeschichtliche Betrachtungen, S. 4.

[2477] E. HUBER, zit. in URS FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber III, S. 451–452, Rz. 1543–1544.

972 SCHILLER aber gemahnt, uns von jenen vergangenen Menschen und Zeiten zu lösen, die uns auf dem Abstieg begegnet sind und ein Stück weit begleitet haben; ist es doch längst

> «dahin, es ist verschwunden,
> Dieses hochbegünstigte Geschlecht.
> Wir, wir *leben!* Unser sind die Stunden,
> Und der Lebende hat recht.»[2478]

973 Es hatten dies selbst die Vertreter der Historischen Rechtsschule, die tiefer als andere in die Geschichte eingetaucht waren, erkannt. So schrieb JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI trefflich:

> «Aber wir dürfen nicht über der Vergangenheit, die hinter uns ist, die Gegenwart und Zukunft vernachlässigen, die mit uns und vor uns ist, und für die zu wirken wir berufen sind. Es scheint mit eine dringende Anforderung an die deutschrechtliche Jurisprudenz unserer Tage zu sein, daß sie nicht in der Anschauung der mittelalterlichen Gebilde vertieft sich umstricken und festhalten lassen von der reichen Manichfaltigkeit der Rechtsformen, die großen Theils abgestorben und in Staub zerfallen sind, und daß sie, ohne den Werth der historischen Richtung zu mißachten, mit Nachdruck die praktische Richtung bethätige. Die Juristen sollen den Bedürfnissen der Lebenden dienen.»[2479]

974 Auch für EUGEN HUBER lag der Sinn der Rechtsgeschichte in einem besseren Verständnis der Gegenwart und Zukunft:

> «Allein diese blosse Kenntnis, sosehr sie uns im Innern erfreut, ist nicht der letzte Zweck der historischen Kenntnisse, namentlich für den Juristen nicht, sondern der Jurist muss darnach streben, mit diesen Kenntnissen eine Vertiefung der Erkenntnisse der Gegenwart zu gewinnen und daraus heraus einen klaren Blick für die Zukunft.»[2480]

975 Es geschieht heute zugegebenermassen nicht mehr oft, dass so argumentiert wird. Gewiss: Die Geschichte wiederholt sich nicht. Doch wenn – wie im Falle des Nutzungsrechtes der Ufereigentümer – derart lange Kontinuitäten bestehen, wenn einzelne Rechtsfragen sich bereits mehrfach gestellt haben und vor allem, wenn sich verschiedene Rechtsfragen aus einer manifesten Unkenntnis des Vergangenen ergeben, dann spricht der hier vertretenen Ansicht nach nichts dagegen, aus der Geschichte heraus auf die Fragen der Gegenwart Antwort zu geben. Es hat dies der Verfasser daher auch getan.

2478 SCHILLER, Werke II, S. 807.

2479 BLUNTSCHLI, zit. in ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 388.

2480 E. HUBER, zit. in URS FASEL, Schriftenreihe zu Eugen Huber III, S. 451–452, Rz. 1543–1544.

Verschiedene Überlegungen haben den Verfasser indes dazu gebracht, den zweiten Teil dieser Arbeit, welcher die gegenwärtigen Rechtsfragen mit Bezug auf die Glarner Wasserrechtsordnung behandelt, von diesem ersten rechtshistorischen Teil zu trennen. Er stellt somit eine eigene Publikation dar, welche aber auch 2022 im *Dike Verlag* erscheint. Auch wenn die beiden Bücher nun je für sich alleine gelesen werden können, so sind sie doch gedanklich gemeinsam entstanden und aus einem Guss geschrieben. Die Leserinnen und Leser, welche diesen rechtshistorischen Weg bis hierhin gemacht haben, sind daher eingeladen, auch noch den Sprung in die Wasser der Gegenwart zu wagen. 976

Appendices

Appendix I:
Beschluss der Landsgemeinde vom 2. Oktober 1836

«3.

Der §. 15. des Memorials der letzten Landsgemeinde, welcher wörtlich lautet wie folgt:

Vermittelst einer umfassenden Eingabe ist die Obrigkeit auf das Bedürfniß einer Erläuterung des Nro. 4 des Landesartikels 122 aufmerksam gemacht worden, welcher festsetzt:

‹Keine Verschreibung mag sammethaft auf Hab und Gut oder Vieh oder anderm fahrendem Gut gemacht werden; solche Verschreibungen sind ungültig, und haben kein besseres Recht, als die laufenden Schulden.›

Mit einem Hinblick auf die vorzüglichste dermalige Erwerbsquelle unsers Landes, die Industrie, und die Nothwendigkeit, daß allen den Unternehmungen, die jene Erwerbsquelle fördern und erhalten, der erforderliche Vorschub geleistet, und die Möglichkeit an Handen gegeben werde, mit auswärtigen Unternehmen ähnlicher Art zu concuriren, finden die Eingeber als erforderlich, daß über die Art und Weise, wie nebst den Uebergebäuden und den unbeweglichen Gegenständen von Industrie-Etablissements, auch die innern Gewerke, die zu denselben gehören, unterpfändlich verschrieben werden können, durch den Gesetzgeber eine Erläuterung ertheilt werde, infolge dessen durch die vorliegende Eingabe der nachfolgende Antrag gestellt wird:

a) Es mögen zur Hypothek angeboten werden: Alle Industrie-Etablissements, als da sind: Spinnereien, Webereien, Färbereien, Druckereien, Bleichenen, Mehl- und Sägemühlen, sowohl die Außen- als die Innenwerke.
b) Unter den Außenwerken sind verstanden die respektiven Gebäulichkeiten, was in Nuth und Nagel besteht. Innenwerke bedeuten Maschinerie-Gegenstände, überhaupt Geräthe, die ein integrirender Theil des Etablissements selbst, also Bestandtheile des Ganzen bilden, jedoch zu den beweglichen Gegenständen gehören.
c) Bei jeder Hypothecirung solcher Gegenstände soll der Pfandgeber genau und pünktlich die einzusetzenden Gegenstände bezeichnen, dem Landschreiber, als Ausfertiger der Beschreibung, angehen, und zwar sowohl ihrer Beschaffenheit nach, als dem Geldwerth, und dieser Beschrieb soll der Pfandbeschreibung einverleibt werden.
d) Es bleibt übrigens der §. 122 unsers Landsbuches in voller Kraft.

Nachdem die Obrigkeit diese wichtige Eingabe an eine nähere Vorberathung gewiesen, geht die hiemit beauftragte Commission in der Hauptsache mit der Absicht und den Zwecken der Eingeber einverstanden, indem sie einerseits den Fall einer Erläuterung des Gesetzes, als Folge gänzlich veränderter Verhältnisse und Umstände für nöthig erachtet, und anderseits, daß es der Gesammtheit daran liegen muß, die nutzbare Betreibung von Industrie-Etablissements, so weit möglich, zu fördern. In der Anwendung dessen jedoch

hielt die Commission dafür, es sollte bei der zu ertheilenden Erläuterung mehr der bisherige Fundamental-Grundsatz: daß fahrendes Gut, oder eigentliches Mobiliar nicht versetzt werden könne, festgehalten werden. In Beachtung dieses Grundsatzes trug daher die Commission auf nachfolgende Bestimmung und Erläuterung zum §. 122 an:

1) ‹Ist das zu verschreibende Unterpfand eine Druckfabrik, Färberei, Spinn- oder Webmaschine, oder irgend ein anderes Industrie-Etablissement, oder aber eine Mehl-, Säg- oder Papiermühle, eine Walke oder Ziegerreibe, oder ein sonstiger Gewirb, so können von nun an nebst dem Uebergebäude und zu demselben allfällig gehörigen Wasserrecht und den zu Benutzung des Wasserrechtes außer den Gebäulichkeiten sich befindenden Vor- und Einrichtungen, auch alle in dem Innern solcher Etablissements und Gewirbe vorfindlichen Triebwerke, mechanischen Einrichtungen und Maschinerien, soweit solche entweder an das Triebwerk angehängt oder in Nuth und Nagel, Kessel, soweit sie eingemauert sind, und einen unmittelbaren Bestandtheil des betreffenden Etablissements oder Gewirbes bilden, unterpfändlich nach den im §. 122 festgesetzten Formen verschrieben und versetzt werden.›
2) ‹Hinsichtlich von Werk- und Arbeitszeug, so wie einfachen Geräthschaften, so in solchen Etablissements oder Gewirben gebraucht werden oder vorhanden sind, und die weder an das Triebwerk angehängt, noch in Nuth und Nagel oder eingemauert sind, bleibt es einfach bei der Bestimmung des §. 122. 4, und können solche Gegenstände, als fahrend Gut, nicht unterpfändlich verschrieben werden.›
3) ‹So oft demnach die unter Nro. 1. näher angegebenen Gegenstände als Unterpfand verschrieben werden wollen, müssen nebst den Gebäulichkeiten und den dazu gehörigen Wasserrechten, auch die im Innern zu verschreibenden Maschinerien, mechanischen Werke und Gewirbe nebst Kesseln, soweit solches nach Bestimmung des hievor stehenden Nro. 1. verschrieben werden mag, ausdrücklich benannt, und der Zahl und Beschaffenheit nach namentlich angeführt, der Pfandverschreibung und dem Pfandprotokolle einverleibt werden.›
4) ‹Damit hinwieder der Inhaber einer solchen Pfandverschreibung bei dem ihm verschriebenen Unterpfand gehörig geschützt und gesichert bleibe, so darf, gleich wie bisdahin bei allen versetzten Liegenschaften es der Fall war, der Schuldner die unterpfändlich versetzten, mechanischen Einrichtungen und Maschinerien, sowie sie in der Verschreibung enthalten sind, weder auf eine den Werth des Unterpfandes schwächende Weise verändern, noch weniger verkaufen, vertauschen oder veräußern ohne Vorwissen und Zustimmung seines Pfandgläubigers.›

Nachdem der dreifache Landrath diesen Antrag sorgfältig geprüft, empfiehlt er denselben der Landsgemeinde zur Annahme.»[2481]

[2481] Landsgemeindebeschluss 1836; Landsgemeindeprotokoll 1836, § 3, S. 2–3.

Appendix II:
Gesetz über die obligatorische Bildung von Wuhrkorporationen zur Verbauung von Flinsen, Runsen, Wild- und Waldbächen von 1851 [WKG GL 1851]

«§ 1. Die im Gebiete des hiesigen Kantons sich befindlichen Runsen, Flinsen, Wild- und Waldbäche, welche allgemeinen Schaden und Nachtheil drohen, sollen insoweit solches die Oertlichkeit gestattet und die hiefür erforderlichen Mittelm öglich [sic] machen, verbauen und auf zweckentsprechende Weise sicher gestellt werden.

§ 2. Die Pflicht der in § 1 ausgesprochenen Verbauung und Sicherstellung der Flinsen, Runsen und Waldbäche liegt:

a) auf den resp. Tagwen und Dorfschaften, in deren Huben solche Flinsen, Runsen, Wild- oder Waldbäche ihren Ursprung und Verlauf haben;
b) auf den Besitzern von denjenigen Grundstücken und Gebäulichkeiten, welche von den betreffenden Flinsen, Runsen, Wild- oder Waldbächen direkte begrenzt, oder aber wenn auch außer deren Begrenzung liegend, dennoch von diesen Gefährde zu besorgen haben.

In denjenigen Fällen, wo derlei Arbeiten außergewöhnliche Opfer erheischen und bei welchen sich die betreffenden Betheiligten bereits bedeutend angestrengt haben, ist Landammann und Rath ermächtigt, auf den Vorschlag der Polizeikommission hin einen der Sache angemessenen Unterstützungsbeitrag auszusprechen.

§ 3. Die daherige Vertheilungspflicht richtet sich jeweilen einerseits nach der Größe und dem Werthe der Liegenschaften und Gebäulichkeiten und anderseits je nach Maßgabe der denselben voraussichtlich drohenden Gefahr. Auch sind die bereits auf einzelnen Liegenschaften hierauf bezüglich haftenden Lasten oder Servituten dabei in billigen Berücksichtigung zu ziehen.

§ 4. Die nähere Ausmittelung des Umfanges dieser Vertheilung ist in erster Linie, nach dem sich einmal für die Verbauung und bessere Einschirmung einer Flinse oder Runse, eines Wild- oder Waldbaches, eine Korporation, sei es freiwillig oder aber auf Weisung kompetenter Behörde hin, gebildet hat, Sache der gütlichen Verständigung unter den Betheiligten selbsten.

Ist diese letztere nicht erzielbar, so hat die Polizeikommission in oder außer ihrer Mitte drei ihre beliebige sach- und fachkundige Experten zu bezeichnen, deren Aufgabe sodann ist, die Lage und Oertlichkeit der zu verbauenden Flinsen, Runsen, Wald- oder Wildbäche zu besichtigen, auf die in Sache Betheiligten nach Kräften einzuwirken, daß sie sich über die Art und Weise der Verbauung und die Vertheilung der daherigen Kosten freiwillig verständigen und erst dann wenn dieses letztere nicht erhältlich gemacht werden könnte, der

Polizeikommission über den Sachverhalt und die hierüber allfällig von ihnen gemachten anderweitigen Wahrnehmungen Bericht zu erstatten und damit gleichzeitig die geeignet erachtenden Vorschläge, wie nach ihrem – der Experten – Dafürhalten in Sache verfahren werden sollte, zu hinterbringen.

§ 5. Die Polizeikommission hat sodann diese Berichte und Anträge einläßlich zu erdauern und hierauf nach freiem Ermessen den Entscheid sowohl über die Art und Weise der Ausführung dieser Arbeiten, gleichwie auch über die Zeit (und zwar letzteres mit billiger Berücksichtigung der von den betreffenden Tagwen oder Korporationen ausgesprochenen Wünsche) sowie auch über die Vertheilung der dießfalls erwachsenden Kosten, wobei jedoch urkundlich gesicherte Rechte bestens gewahrt werden sollen.

Ueber einen solchen, von der Kommission erlassenen Entscheid, steht indessen den Betheiligten der Rekurs an den Rath offen.

§ 6. Dieser Rekurs ist jedoch nur dann zuläßig, wenn der Rekursant innert Monatsfrist, vom Tage der stattgehabten Mittheilung des von der Polizeikommission ausgefällten Beschlusses an gerechnet, denselben beim Rathe anhängig macht, in welchem Falle dann diese Behörde, jedoch erst nach Anhörung der in Sache betheiligten Partheien, definitiv abspricht.

§ 7. Sämmtliche Tagwen, Dorfschaften, Korporationen und Privaten sind verpflichtet, das für Vornahme solcher Sicherungsarbeiten und Korrektionen an Flinsen, Runsen, Wald- oder Wildbächen erforderliche Material sowie den dießfalls benöthigten Boden gegen gerechte und billige Entschädigung abzutreten.

Sollten über die Ausmittlung des von den betreffenden Wuhrkorporationen an Gemeinheiten oder Privaten für das abzutretende Material oder Boden zu leistenden Entschädigungsbetrages ungleiche Ansichten obwalten und zwischen den Parteien eine gütliche Verständigung hierüber nicht erzielbar sein, so hat in diesem Falle einfach die Schatzung durch das Mittel der aufgestellten Landesschatzungskommission zu walten. Die dießfalls erwachsenden Kosten werden vom Lande getragen.

§ 8. Die für Verbauung und Sicherstellung der Flinsen, Runsen, Wald- und Wildbäche vorzunehmenden Arbeiten, sind ab Seite der betreffenden Gemeinden, Korporationen oder Privaten jeweilen nach den ausdrücklichen Vorschriften der Polizeikommission zu erstellen.

§ 9. Für Fälle, wo sich über den Sinn und Willen von bestehenden Statuten oder über die Art und Weise der Vornahme und Ausführung von Verbauungs- und Sicherungsarbeiten unter den betheiligten Korporationsmitgliedern Anstände ergeben, ist die Polizeikommission als diejenige Behörde bezeichnet, welche die dießfalls obwaltenden Anstände auf gütlichem Wege auszugleichen, oder aber wenn ihr solches nicht gelingen sollte, darüber zu entscheiden hat; immerhin gleich wie in § 5 vorhalb mit Vorbehalt des Rekurses an den Rath und zwar innerhalb der in § 6 angesetzten Zeitfrist.

§ 10. Weigern sich einzelne oder mehrere Korporationsmitglieder den Vorschriften bestehender Statuten oder den in Rechtskraft erwachsenen Entscheiden des Rathes oder der Polizeikommission Folge zu leisten, so sind dieselben wenn eine gütliche Aufforderung hierfür fruchtlos geblieben ist, dem Polizeigericht zur Bestrafung einzuleiten.

§ 12 [sic]. Die Polizeikommission ist mit der Vollziehung dieses Gesetzes beauftragt.»[2482]

[2482] WKG GL 1851; Landsbuch 1852–1854, II, S. 73–76; Landsgemeindememorial 1851, § 10, S. 14–15.

Appendix III:
Das Wasserrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus von 1869 [BGB GL 1869]

«III. **Wasserrechte.**

§ 54. Quellen, welche auf einem Grundstücke entspringen, und Bäche, welche dasselbe durchfließen, werden, so lange das Wasser auf dem Grundstücke verbleibt, als zu demselben gehörig angesehen.

§ 55. Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigenthümer bespülen, ist jeder Ufereigenthümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benutzen, soferne nicht wohlerworbene Rechte eine andere Vertheilung begründen.

So lange und soweit indessen ein Eigenthümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers nicht benutzt, ist er nicht befugt, den jenseitigen Ufereigenthümer an der Benutzung derselben zu hindern, wohl aber mag er von letzterm behufs Sicherung seiner eventuellen Rechte einen Revers zu verlangen.

Ueberdieß bleibt den Gemeinden im Interesse ihrer Löschanstalten das Recht vorbehalten, das zu gewerblichen Zwecken dienende Wasser zur Speisung von Hydranten (Selbstspritzen) in Anspruch zu nehmen. Dabei ist jedoch durch angemessene Einrichtungen Vorsorge dafür zu treffen, daß mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen die Hydranten benutzt werden, (Brandfälle und amtlich angeordnete Proben) für die Inhaber der Wasserrechte kein Wasserverlust entstehen kann.

§ 56. Für Wasserrechte an der Linth, welche unterhalb der Netstaller Linthbrücke errichtet werden wollen, ist jeweilen die Bewilligung der Linthkommission nachzusuchen.

§ 57. Gegen die Errichtung eines neuen Wasserwerkes kann von den Besitzern älterer Wasserwerke an dem nämlichen Gewässer Einsprache erhoben werden, wenn sie durch jenes an der bisherigen Benutzung des Wassers verhindert oder in erheblichem Maße benachtheiligt würden.

Es ist hiebei vor Allem der Grundsatz festzuhalten, daß zum Schaden vorhandener Etablissements das Wasser oberhalb nicht abgeleitet oder zurückgehalten und unterhalb nicht durch neue Vorrichtungen gestaut werden darf. Auch sind die ältern Wasserwerke bei ihren hergebrachten Befugnissen zu schützen, ohne Rücksicht darauf, ob letztere für das betriebene Gewerbe als unumgänglich nöthig erscheinen.

§ 58. Der Eigenthümer eines oberhalb an einem Flusse oder Bache liegenden Grundstückes ist zur Einsprache berechtigt, wenn dasselbe von einem unterhalb errichteten Wasserwerke durch Rückschwellung gefährdet wird.

Ebenso ist der Eigenthümer eines u n t e r h a l b liegenden Grundstückes befugt, Einsprache zu erhaben, wenn er von einem oberhalb errichteten Wasserwerke durch Entzug oder Zuleitung oder Verunreinigung des Wassers in seinen Tränkrechten beeinträchtigt oder an seinem Grundeigenthum beschädigt wird.

§ 59. Bei der Beurtheilung von Streitigkeiten zwischen dem Errichter eines neuen Wasserwerkes und den Eigenthümern von Grundstücken und ältern Wasserwerken an dem nämlichen Gewässer ist der Richter ermächtigt, durch Anordnung näherer Ausscheidung und Feststellung bestimmter Schranken die beiderseitigen rechtlichen Interessen mit einander auszugleichen.»[2483]

[2483] Landsgemeindememorial 1869, § 10, S. 25–26.

Appendix IV:
Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer von 1869 [WPG GL 1869]

«Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer.

§ 1. Die öffentlichen Gewässer des Kantons stehen unter der polizeilichen Oberaufsicht des Staates.

§ 2. Als öffentliche Gewässer werden bezeichnet:

1. der Wallensee [sic], soweit er zum Gebiete des Kantons Glarus gehört und unter Vorbehalt der Jurisdictionsrechte der Linthkommission;
2. der Klönthalersee;
3. die Linth von der Thierfehdbrücke hinter Linthal an bis zu dem Punkte unterhalb Netstall, wo die Jurisdiction der eidgenössischen Linthkommission beginnt;
4. der Sernft, vom Einfluß des Unterthalbaches an bis zu seiner Einmündung in die Linth;
5. der Löntsch vom Ausfluß aus dem Klönthalersee bis zu seiner Einmündung in die Linth.

§ 3. An und in öffentlichen Gewässern dürfen Einrichtungen, welche eine Aenderung des bestehenden Wasserstandes oder der Abflußverhältnisse nach sich ziehen, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegung von Seeausmündungen, Landanlagen u. dgl., fortan nicht bewerkstelligt werden, ohne zuvor die Polizeikommission davon in Kenntniß gesetzt zu haben.

Diese wird nach Prüfung der Sache und Anhörung allfälliger Betheiligter den Entscheid fällen, ob die in Frage liegende Einrichtung vom Standpunkte der Wasserbaupolizei aus als zulässig erscheine oder nicht.

§ 4. Landammann und Rath wird durch das Mittel der Polizeikommission Fürsorge treffen, daß an den öffentlichen Flüssen (s. § 2) überall, wo das Befürfniß vorliegt, von Seiten der Wuhrpflichtigen genügende und für die allgemeine Sicherheit Gewähr bietende Wuhrungen angebracht und fortwährend in gutem Stande unterhalten werden.

Insbesondere für die Linth, und nach Erforderniß auch für die andern Flüsse ist planmäßig festzustellen, auf welche Linie bei Neubauten die Wuhre zu setzen sind und es haben sich die Wuhrpflichtigen im gegebenen Falle streng an die daherige Vorschrift zu halten. Ebenso wird von Obrigkeitswegen bestimmt werden, welche Konstruktion bei Neubauten den Wuhren gegeben werden soll.

In allen diesen Beziehungen hat Landammann und Rath bei allen künftigen Bauten die Oberaufsicht zu führen und erforderlichenfalls maßgebende Weisungen zu ertheilen.

§ 5. Sollten bereits bestehende Vorrichtungen als gefährdend für die allgemeine Sicherheit des oberhalb, neben- oder unterhalb liegenden Landes erscheinen, so ist die Polizeikommission ermächtigt, verbindliche Weisungen über deren Beseitigung, beziehungsweise über Anbringung sichernder Vorkehrungen zu ertheilen, immerhin in dem Sinne, daß dadurch die Benutzung der Wasserkräfte in bisher berechtigtem Umfange nicht geschmälert werden soll.

§ 6. Gegen die in den §§ 3 und 5 erwähnten Entscheidungen der Polizeikommission ist binnen Monatsfrist ein Rekurs an Landammann und Rath gestattet.

§ 7. Ueber das Flößen in öffentlichen Gewässern können von Landammann und Rath polizeiliche Bestimmungen im Interesse des Schutzes der Wuhrungen erlassen werden. Allfällige Flößreglemente, welche von einzelnen Gemeinden aufgestellt werden, unterliegen der Genehmigung von Landammann und Rath.»[2484]

[2484] WPG GL 1869; Landsgemeindememorial 1869, § 12, S. 39; Landsbuch III 1878, S. 387–389.

Appendix V:
Gesetz über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons von 1874 [EGG GL 1874]

«Entwurf zu einem Gesetze über Eisgewinnung von den öffentlichen Gewässern hiesigen Kantons.

§ 1. Die Gewinnung des Eises von den öffentlichen Gewässern des Kantons (§ 1 und 2 des Gesetzes betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer) ist jedem Bürger oder Einwohner desselben innerhalb der Schranken bestehender Gesetze und Verordnungen freigegeben.

§ 2. Landammann und Rath ist beauftragt und bevollmächtigt:

a) durch Erlassung eines Regulatives Fürsorge zu treffen, daß die mit der Eisgewinnung namentlich im Klönthalersee verbundenen Gefahren möglichst verhütet werden,

b) durch Unterhandlungen mit den Berechtigten, und nöthigenfalls auf dem Wege der Expropriation zu bewirken, daß die Verbindungswege, welche zu den öffentlichen Gewässern führen, von Jedermann ungehindert und unbeschwert benutzt werden können.»[2485]

[2485] EGG GL 1874; Landsgemeindememorial 1874, § 10, S. 20.

Appendix VI:
Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz von 1890 [WPG GL 1890]

«Gesetz[2486]

betreffend

Die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer und den Uferschutz.

§ 1.

Der Staat hat die Oberaufsicht über die öffentlichen Gewässer. (Art. 20 der Verfassung).

§ 2.

Als öffentliche Gewässer werden bezeichnet:

1. Der Walensee, soweit er zum Gebiete des Kantons Glarus gehört, und unter Vorbehalt der Jurisdictionsrechte der eidgen. Linthkommission;
2. Der Klönthalersee;
3. Die Linth von dem Austritt aus der Schlucht im Thierfehd an bis zu dem Punkte unterhalb Netstal, wo die Jurisdiction der Linthkommission beginnt;
4. Der Sernft vom Einfluß des Unterthalbaches an bis zu seiner Einmündung in die Linth;
5. Der Löntsch vom Ausfluß aus dem Klönthalersee bis zu seiner Einmündung in die Linth;
6. Diejenigen Bäche, welche zur Anlage von größern Wasserwerken (Hochdruckleitungen, Weiern, Schleusen und ähnlichen Vorrichtungen) benutzt werden.

Auf die in Ziffer 6 genannten Bäche finden nur die §§ 3 und 4 des Gesetzes Anwendung.

§ 3.

An und in den öffentlichen Gewässern dürfen Einrichtungen, welche eine Aenderung des bestehenden Wasserstandes, Wasserlaufes oder der Abflußverhältnisse nach sich ziehen, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegung von Seeausmündungen, Landanlagen u. dgl. nur nach vorheriger Bewilligung der Regierungsrathes vorgenommen werden.

Derselbe wird nach Prüfung der Sache und Anhörung allfällig Betheiligter den Entscheid fällen.

[2486] WPG GL 1890; Landsgemeindememorial 1890, § 12, S. 53–56.

§ 4.

Sollten bereits bestehende Vorrichtungen als gefährdend für die allgemeine Sicherheit des oberhalb, neben oder unterhalb liegenden Landes erscheinen, so ist der Regierungsrat ermächtigt, verbindliche Weisungen über deren Beseitigung, bezw. über die Anbringung sichernder Vorkehrungen zu ertheilen, immerhin in dem Sinne, daß dadurch die Benutzung der Wasserkräfte in bisher berechtigtem Umfange nicht geschmälert werden soll.

§ 5.

Der Schutz der Ufer lastet auf den Anstößern, eventuell im Fall der Bildung von Korporationen (§ 6) auch auf den Besitzern der zunächst bedrohten Grundstücke.

Verhältnisse gerichtlicher Natur, Verträge, Urtheile etc. werden dadurch nicht berührt.

Die Reinigung der Flußbette von Material jeder Art liegt, sofern dadurch der Abfluß des Wassers gehemmt wird, den beidseitigen Anstößern, sowie den Besitzern der durch allfällige Ueberschwemmungen zunächst bedrohten Grundstücke ob.

Zur Reinigung, eventuell zu einem verhältnißmäßigen Beitrag an die Kosten, sind auch die Besitzer von Wasserwerken verpflichtet, deren Einrichtungen ganz oder theilweise die Ursache der Ablagerung von Material im Flußbette bilden.

§ 6.

Sofern der Schutz der Ufer und die Reinigung der Flußbette nicht von der betreffenden Gemeinde übernommen und ausgeführt wird, soll der Regierungsrath, wo das öffentliche Interesse es erheischt, oder wo es der Natur der Sache nach als wünschbar erscheint, von sich aus oder auf Ansuchen von Betheiligten, unter Rekurs an den Landrath, die Bildung von Korporationen anordnen, in welchen die Pflichten nach der Größe der ihrem Besitzthum drohenden Gefahr und nach dessen Werth zu veranlagen sind.

Diese Korporationen umfassen das beidseitige Flußgebiet bis zu den in § 2 bezeichneten Grenzen.

§ 7.

Die nähere Ausmittlung des Umfanges und der Höhe der Betheiligung findet, Mangels einer gütlichen Verständigung unter den Betheiligten, durch die Baudirektion statt, unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath.

§ 8.

Wo das Bedürfniß vorliegt, sind von Seite der Wuhrpflichtigen genügende, für die allgemeine Sicherheit Gewähr bietende Wuhrungen zu erstellen und zu unterhalten.

An der Linth sind die Wuhrungen bei Neubauten und Umbauten nach dem genehmigten Linthplan zu erstellen, ebenso wo bei den andern öffentlichen Flüssen und Bächen eine planmäßige Anlage als erforderlich angenommen ist.

Wuhrpflichtige Anstößer oder Korporationen sind verpflichtet, wenn sie neue Wuhre anbringen oder bestehende umbauen wollen, sich bei der Baudirektion anzumelden, welche durch einen geeigneten Techniker die innerzuhaltende Linie auf Grund der genehmigten Pläne ausstecken lassen wird.

Abweichungen von denselben, insbesondere, soweit es sich um konstruktive Fragen handelt, sind nur infolge Beschlusses des Regierungsrathes zuläßig.

§ 9.

‹In Fällen, wo zur Abwendung von Gefahr sofortige Verfügungen als nothwendig erscheinen, kann die Baudirektion die erforderlichen Arbeiten auf Kosten der Pflichtigen ausführen, wenn diese entweder daran verhindert sind oder auf geschehene Aufforderung nicht Folge geleistet haben.

§ 10.

An die Kosten der Räumung von Flußrunsteln, insbesondere wenn diese durch außerordentliche Naturereignisse, Bergstürze, große Runsen-Ausbrüche und dgl. mit Geschiebe angefüllt werden, sowie besonders kostspieliger Wuhrbauten ist der Regierungsrath resp. der Landrath ermächtigt, einen den Verhältnissen entsprechenden Beitrag zu leisten.

§ 11.

Die Gemeinden, Tagwen, Privaten und Korporationen sind verpflichtet, den für Vornahme von Sicherungsarbeiten oder Korrektionen benöthigen Boden und das hiefür erforderliche Material, sowie den zur Ablagerung und zum Transport benöthigen Boden gegen gerechte und billige Entschädigung dauernd oder zeitweise abzutreten.

In Nothfällen ist der Bezug von Holz und anderm für Sicherungsarbeiten benöthigtem Material an dienlicher Stelle gegen volle Entschädigung gestattet.

§ 12.

So lange die Flußkorrektion der Linth nach dem genehmigten Plane oder die Korrektion eines andern öffentlichen Gewässers nach einem genehmigten Plane innert den Grenzen des von dem Flusse bisher beherrschten Gebietes ausgeführt werden kann, wird keine Entschädigung geleistet, sondern es geht das allfällig außer die Wuhrlinie fallende Land mit Rechten und Beschwerden an die link- und rechtseitigen Anstößer über.

Muß dagegen das bisherige Flußbett verlassen und von beiden Seiten oder auch nur von der einen Seite nutzbringender Boden zum Zwecke der Durchführung der Korrektion abgetreten werden, so hat der Kanton den oder die Anstößer, welche urbarisirten Boden verlieren, in angemessener Weise zu entschädigen.

Sind noch in gutem baulichen Zustand befindliche alte Wuhre abzubrechen und zu versetzen, so ist hiefür gleichfalls eine angemessene Entschädigung zu leisten.

In allen diesen Fällen sind die Vortheile, welche dem einen oder beiden Anstößern durch die Flusskorrektion erwachen, in billige Berücksichtigung zu ziehen.

Das Quantitative der Entschädigung wird in Würdigung aller im Spezialfalle zu berücksichtigenden Verhältnisse durch die Landesschatzungs-Kommission 1. bezw. 2. Instanz, welche auch über Tragung der Kosten entscheidet, festgesetzt.

§ 13.

Wo der Uferschutz in Niederholz, Erlen, Weiden etc. besteht oder verstärkt ist, darf die Nutzung nur allmälig stattfinden, so daß stets genügender Nachwuchs bleibt.

§ 14.

Der Bezug von Steinen, Kies oder Sand aus den öffentlichen Gewässern ist den Wuhrpflichtigen und den Gemeinden, letzten namentlich für den Unterhalt der Straßen, in unschädlicher Weise gestattet. Ueber entstehende Anstände entscheidet die Baudirektion.

§ 15.

Der Regierungsrath ist ermächtigt, über das Flößen in öffentlichen Gewässern polizeiliche Bestimmungen aufzustellen. Das Flößen von Holz von mehr als 1 Meter Länge ist untersagt.

Im Falle des Bedürfnisses kann auch längeres Holz bis auf die nächstgelegenen Auszugsplätze geflößt werden.[2487]

§ 16.

Das Hineinwerfen und Ablagern von Material jeglicher Art in Flüsse und Bäche ist untersagt.

§ 17.

Die Gemeinderäthe haben darüber zu wachen, daß den vorstehenden Gesetzesbestimmungen nachgelebt wird und allfällige Uebertretungen dem Regierungsrathe zur Kenntniß gebracht werden.

§ 18.

Gegen Beschlüsse und Verfügungen der Baudirektion kann innert 4 Wochen Rekurs an den Regierungsrath ergriffen werden, sofern hiefür nicht durch Gesetz, Verordnung oder Beschluß ein anderer Termin festgestellt ist.

§ 19.

Uebertretungen der §§ 3, 4 und 8 werden mit einer Buße von Fr. 50–500, von § 15 mit einer Buße von Fr. 10–500, des § 13 mit einer Buße von Fr. 20–200 und der §§ 14 und 16 mit einer Buße von Fr. 5–30 bestraft.

[2487] Ergänzung durch Antrag an der Landsgemeinde, zit. in Landsgemeindeprotokoll 1889–1907, Landsgemeinde vom 4.05.1890, § 13, S. 63.

Schlussbestimmung.

Mit Annahme dieses Gesetzes treten außer Kraft:

1. Das Gesetz betreffend die polizeiliche Aufsicht über die öffentlichen Gewässer vom Jahr 1869;
2. Das Gesetz vom Flößen in der Linth (II. Theil des Landsbuchs, pag. 349);
3. Die Verordnung betreffend Anlegen von Flößen an den sog. Höttenböschen vom Jahr 1853;
4. Die Verordnung betreffend Einwerfen von Schutt und dgl. in die Linth und Bäche vom Jahr 1830;
5. Beschluß betreffend die Linthkorrektion vom 14. Oktober 1875;
6. Gesetz betreffend Entschädigung bei Flußkorrektionen vom 7. Mai 1876.»

Appendix VII:
Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer von 1892 [GBG GL 1892]

«Der Landrath beantragt der Landsgemeinde:

7. Dem Art. 8 der Verfassung ist folgende neue Fassung zu geben:

   Das Eigenthum ist unverletzlich. Das Gesetz bestimmt die Fälle, in denen aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen gerechte und volle Entschädigung dem Staate, Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften oder Privaten Grundeigenthum oder Rechte abzutreten sind.

   Vorbehalten bleiben die diesbezüglichen Bestimmungen der Bundesverfassung und der Bundesgesetzgebung.

8. Annahme nachfolgenden Entwurfes zu einem

Gesetz betreffend die Benützung der Gewässer.

§ 1.

Die auf Grund der bestehenden Gesetze wohlerworbenen Wasserrechte bleiben unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Gesetzes auch in Zukunft gewährleistet.

§ 2.

Zur Benützung eines Gewässers für die Betreibung von Wasserwerken bedarf es bei allen Neuanlagen und bei solchen Veränderungen schon bestehender Einrichtungen, welche einen Einfluß auf den Wasserstand, den Wasserlauf oder die Abflußverhältnisse ausüben, der staatlichen Bewilligung.

Der Entscheid über allfällige Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der kompetenten Gerichte.

Die staatliche Bewilligung wird vom Regierungsrath ertheilt.

Bei Erledigung daheriger Gesuche ist darauf zu achten, daß die betreffenden Anlagen mit einer möglichst wirthschaftlichen Benützung der vorhandenen Wasserkraft in Uebereinstimmung stehen. Es ist ferner zu prüfen, ob das Projekt in gesund- und feuerpolizeilicher Hinsicht den öffentlichen Interessen entspreche und ob dadurch die Uferversucherungen und die allgemeine Sicherheit nicht gefährdet werden.

Für Wasserwerke, welche die Benützung der vorhandenen Wasserkräfte oder die Korrektion einer Fluß- oder Bachstrecke für die Zukunft erschweren oder unmöglich machen, können an die Bewilligung entweder sichernde Bestimmungen geknüpft oder es kann die Bewilligung ganz verweigert werden.

§ 3.

Für im öffentlichen Wohl liegende Unternehmungen können Wasserkräfte und Wasserwerke nebst baulichen Anlagen, sowie das für die Nutzbarmachung oder Uebertragung der Kraft an einen andern Ort erforderliche Grundeigenthum oder Rechte auf dem Wege der Zwangsveräußerung gegen volle Entschädigung erworben werden.

§ 4.

Die Befugniß, die bezeichnete Expropriation zu verlangen, die dadurch erworbenen Rechte zu benützen oder weiter zu begeben, steht zunächst dem Staate zu.

Will der Staat von seinem Vorrechte keinen Gebrauch machen, so können die Gemeinden, und wenn auch die Gemeinden darauf verzichten, Gesellschaften und Privaten die Expropriation nachsuchen.

Bei der Entscheidung über verschiedene einander entgegenstehende Expropriationsgesuche von Privaten und Gesellschaften, ist denjenigen, welche den öffentlichen Interessen mehr entsprechen, der Vorzug zu geben.

§ 5.

Die Entscheidung, ob der Staat vom Expropriationsrechte für sich Gebrauch machen will oder nicht, fällt in die Kompetenz der Landsgemeinde.

Ueber die Zulässigkeit der Zwangsentäusserung zu Gunsten von Gemeinden, Gesellschaften oder Privaten entscheidet der Regierungsrath unter Vorbehalt des Rekurses an den Landrath.

§ 6.

Die Ausmittlung und Festsetzung der vom Exproprianten dem Expropriaten zu leistenden Entschädigung geschieht durch die kantonalen Schatzungskommissionen nach den für dieselben durch die einschlägigen Gesetze festgestellten Grundsätzen.

Dem Exproprianten steht das Recht zu, innert einem von der Schatzungskommission in jedem einzelnen Falle zu bestimmenden Termin von seinem Begehren abzustehen.

§ 7.

Wenn die Anlage von Wassersammlern oder die Erstellung anderer Einrichtungen zur Ausnützung (Gewinnung, Vermehrung und Verwendung) von Wasserkräften mehreren Besitzern von Wasserwerken einen erheblichen Vortheil gewährt, so kann der Regierungsrat unter Vorbehalt des Rekursrechtes an den Landrath, auf Antrag von Betheiligten, die Bildung von Korporationen anordnen.

Zur Theilnahme an einer solche Korporation dürfen Besitzer von bestehenden Wasserwerken auch gegen ihren Willen angehalten werden, sofern und in dem Maße, als ihnen wirkliche Vortheile daraus erwachsen. Die diesbezügliche Leistung wird in dem Zeitpunkte fällig, in welchem die vermehrte Wasserkraft von dem betreffenden Eigenthümer benützt wird. Die gleiche Verpflichtung tritt auch für nachträglich errichtete Wasserwerke ein.

Anstände oder Streitigkeiten über die Verpflichtung zur Betheiligung und über den Umfang derselben, sowie über die Nothwendigkeit von Einrichtungen und deren Beschaffenheit und Benützung entscheidet der Regierungsrath auf Grund des Gutachtens von Fachkundigen.

Ebenso ist die Genehmigung der Statuten solcher Korporationen, sowie die Erledigung von Anständen unter den Genossen über deren Auslegung Sache des Regierungsrathes.

§ 8.

Der Regierungsrath ist ermächtigt, die nöthigen Anordnungen dafür zu treffen, daß das Wasser nicht widerrechtlich zurückgehalten wird.

§ 9.

Unterbrechungen im Betriebe von Wasserwerken durch die Ausführung von Bauten im öffentlichen Interesse berechtigen nur dann zu Entschädigungsforderungen, wenn den betreffenden Wasserwerksbesitzern dadurch erheblicher Schaden erwächst.

Streitigkeiten darüber entscheiden die Gerichte.

§ 10.

Wird durch die Korrektion eines Gewässers die Kraft bestehender Wasserwerke erheblich vermehrt und diese Kraftvermehrung von denselben benützt, so sind die Eigenthümer derselben pflichtig, einen verhältnißmäßigen Beitrag an die Kosten der Korrekturen und des Unterhaltes zu leisten.

Anstände über den Grundsatz und über die Höhe dieses Beitrages entscheidet der Regierungsrath unter Zuzug von Experten endgültig.

§ 11.

Den Gemeinden bleibt im Interesse ihrer Löschanstalten das Recht vorbehalten, das zu gewerblichen Zwecken dienende Wasser zur Speisung von Hydranten oder andern Löscheinrichtungen unentgeltlich in Anspruch zu nehmen, sowie speziell auch Löscheinrichtungen mit Wasserwerken, Kanälen, Wassersammlern, Leitungen u. dgl. Zweckentsprechend in Verbindung zu setzen und bei Brandfällen und amtlich angeordneten Proben zu benützen.

§ 12.

Der Regierungsrath ist ermächtigt, einen vollständigen Kataster sämmtlicher bestehender Wasserwerke anfertigen zu lassen.

In demselben sollen die Fixpunkte für die Schwellberechtigung (Wassermarken), die Beschreibung der Schwellvorrichtungen und der Motoren, sowie aller anderen Bestimmungen, welche zur Kontrollirung der Wasserwerke dienen, aufgenommen werden.

§ 13.

Einrichtungen, welche erstellt worden sind, ohne daß die Vorschriften dieses Gesetzes erfüllt wurden, müssen auf Verlagen des Regierungsrathes beseitigt werden.

Ueberdem haftet der betreffende Eigenthümer für allen daraus entstehenden Schaden.

§ 14.

Die Nichtbeachtung oder Uebertretung von Vorschriften dieses Gesetzes werden mit Fr. 100 bis Fr. 1000 bestraft.

§ 15.

Die zu diesem Gesetze erforderlichen Verordnungen erläßt der Landrath.

§ 16.

Der Regierungsrath ist mit dem Vollzug des gegenwärtigen Gesetzes beauftragt.

§ 17.

Mit Annahme dieses Gesetzes wird das dritte Lemma von § 55 des bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben.»[2488]

[2488] GBG GL 1892; zit. in Landsgemeindememorial 1892, § 10, S. 52–54; zit. auch in Landsbuch III 1892, S. 390–393.

Appendix VIII:
Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1908 [GBW GL 1908]

Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken.[2489]

Erlassen von der Landsgemeinde am … Mai 1908.

§ 1.

Bei Erteilung der staatlichen Bewilligung für die Erstellung eines Wasserwerkes ist vom Konzessionsbewerber dem Staate eine einmalige Konzessionsgebühr von Fr. 50. – Fr. 10 000 zu bezahlen.

§ 2.

Die Inhaber der Wasserwerke haben dem Staat für die aus dem vorhandenen Gefälle und der durchschnittlichen jährlichen Wassermenge (in Sekundenlitern) zu ermittelnden Wasserkraft in Pferdekräften, soweit sie wirtschaftliche ausnützbar ist, eine jährliche Wassersteuer zu bezahlen.

Diese beträgt für jede kontinuierliche Pferdekraft (75 Meterkilogramm in der Sekunde) 50 Rp. bis Fr. 5.–.

Neben dieser Wassersteuer hat der Wasserwerksinhaber auch die ordentlichen Staats- und Gemeindesteuern zu entrichten.

§ 3.

Wasserwerke, welche Unternehmungen von Gemeinden sind und deren Absatzgebiet ausschließlich im Kanton Glarus gelegen ist, sind mit dem Minimum zu veranlagen, während der Export der aus Wasserkraft erzeugten Energie am stärksten zu belasten ist.

§ 4.

Erweiterungen von Wasserwerken werden hinsichtlich der Konzessionsgebühren und Wassersteuern wie die Neueinrichtungen solcher Anlagen behandelt.

§ 5.

Betriebsstörungen, welche das vollständige Stilllegen einer Anlage verursachen, fallen in Abrechnung, wenn sich dieselben auf einen zusammenhängenden Zeitabschnitt von wenigstens einem Monat erstrecken.

[2489] GBW GL 1908; Landsgemeindememorial 1908, § 10, S. 37–38.

§ 6.

Die Festsetzung der Konzessionsgebühren (§ 1) und der Wassersteuer (§2) fällt in die Kompetenz des Regierungsrates: dieser trifft die Entscheidungen nach Einholung eines fachmännischen Gutachtens.

Sofern der Wasserwerksbesitzer sich mit dem Entscheide des Regierungsrates nicht befriedigt findet, ist er berechtigt, innerhalb eines Monats ein einläßlich zu begründendes Wiedererwägungsgesuch zu stellen, worauf der Regierungsrat den endgültigen Entscheid faßt.

Alle fünf Jahre hat eine allgemeine Revision der Veranlagung stattzufinden.

§ 7.

Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Juli 1908 in Kraft.

Konzessionsgebühren sind nur von solchen Wasserwerken zu entrichten, welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes staatlich bewilligt werden, dagegen sind die Wassersteuern vom 1. Juli 1908 an von allen Wasserwerken zu bezahlen, welche seit dem Jahre 1892 errichtet worden sind.

§ 8.

Die zu diesem Gesetze erforderlichen Verordnungen erläßt der Landrat.

§ 9.

Der Regierungsrat ist mit dem Vollzuge dieses Gesetzes beauftragt.»

Appendix IX:
Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken von 1910 [GBW GL 1910]

Gesetz betreffend die Besteuerung von Wasserwerken.[2490]

(Erlassen von der Landsgemeinde am … Mai 1910).

§ 1.

Alle Inhaber von Wasserwerken, mit Ausnahme derjenigen, welche jährlich weniger als 30,000 Pferdekraftstunden benützen, haben dem Staate eine jährliche Steuer zu entrichten. Dieselbe beträgt für jede im Jahre vom Wassermotor effektiv geleistete und zur Verwendung gekommene Pferdekraftstunde

		für Werke mit einer Jahresleistung von:	
0,02	Rappen	30,000 – 3,000,000	Pferdekraftstunden,
0,03	“	3,000,000 – 6,000,000	“
0,04	“	6,000,000 – 12,000,000	“
0,05	“	12,000,000 – 24,000,000	“
0,06	“	24,000,000 – 48,000,000	“
0,07	“	48,000,000 und mehr	“

Neben dieser Wasserwerksteuer hat der Wasserwerkinhaber auch die ordentliche Staats- und Gemeindesteuer zu entrichten.

§ 2.

Die Restsetzung der Wasserwerksteuer (§ 1) geschieht nach Einholung eines fachmännischen Gutachtens durch eine Spezialkommission, welche vom Landrat auf die Dauer von drei Jahren gewählt wird.

Gegen den Entscheid dieser Kommission steht den Wasserwerkinhabern innert Monatsfrist Rekurs an den Regierungsrat offen, welcher endgültig entscheidet.

Alle drei Jahre hat eine allgemeine Revision der Veranlagung stattzufinden.

§ 3.

Betriebsunterbrechungen, welche sich auf einen zusammenhängenden Zeitabschnitt von wenigsten einen Monat erstrecken, fallen, sofern sie beim Regierungsrat rechtzeitig angemeldet werden, für die Besteuerung außer Betracht.

[2490] GBW GL 1910; Landsgemeindememorial 1910, § 10, S. 45–46.

Bei Wasserwerken, welche die Wasserkraft in elektrische Energie umformen, ist entweder die durch vorhandene Elektrizitätszähler ausgewiesene oder die aus der Zahl der Ampèrestunden und der Spannung in Volt zu berechnende Jahresleistung zu versteuern. Bei der Ermittlung der letztern wird die Pferdekraft an der Turbinenwelle zu 670 Watt angenommen.

§ 4.

Von der Errichtung neuer Wasserwerkanlagen mit einer Gesamtleistung von mehr als 10 Pferdekräften, ebenso von Aenderungen an bestehenden Wasserwerken, welche eine erhebliche Vermehrung der Jahresleistung zur Folge haben, ist der Regierungsrat in Kenntnis zu setzen.

§ 5.

Von dem jährlichen Ertrage der Wasserwerksteuer ist ein Drittel dem kantonalen Fond für die Alters- und Invalidenversicherung zuzuweisen.

§ 6.

Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Juli 1910 in Kraft.

§ 7.

Die zu diesem Gesetze erforderlichen Verordnungen erläßt der Landrat.

§ 8.

Der Regierungsrat ist mit dem Vollzuge dieses Gesetzes beauftragt.

Appendix X:
Das Wasserrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus von 1911 [EG ZGB GL 1911]

«G. Wasserrechte.

§ 166. Die Oberaufsicht über die Gewässer steht, vorbehältlich der Bestimmungen des Bundes, dem Kanton zu.

§ 167. Die Fortleitung von Quellen über die Kantonsgrenze kann, sofern sie für das allgemeine Wohl nachteilig wäre, verweigert oder an bestimmte Bedingungen geknüpft werden (vergl. Art. 705 Z.G.B.).

Der Regierungsrat entscheidet darüber nach freiem Ermessen.

§ 168. Die auf Grund der bestehenden Gesetze wohlerworbenen Wasserrechte bleiben auch in Zukunft gewährleistet.

§ 169. Das Wasser der Quellen, die auf einem Grundstück entspringen, und Bäche, die dasselbe durchfließen, werden, so lange das Wasser auf dem Grundstück verbleibt, als zu demselben gehörig angesehen (vergl. Art. 704, Absatz 1, Z.G.B.).

§ 170. Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigentümer bespülen, ist jeder Ufereigentümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benutzen, soferne nicht wohlerworbene Rechte eine andere Verteilung begründen.

So lange und soweit indessen ein Eigentümer die ihm zustehende Hälfte des Wassers nicht benutzt, ist er nicht befugt, den jenseitigen Ufereigentümer an der Benutzung derselben zu hindern, wohl aber mag er von letzterem behufs Sicherung seiner eventuellen Rechte einen Revers verlangen.

§ 171. Gegen die Errichtung eines neuen Wasserwerkes kann von den Eigentümern älterer Wasserwerke und von den Eigentümern von Wasserrechten an dem nämlichen Gewässer Einsprache erhoben werden, wenn sie durch jenes an der bisherigen Benutzung des Wassers verhindert oder ihre Rechte in erheblichem Maße benachteiligt würden.

Es ist hiebei vor allem der Grundsatz festzuhalten, daß zum Schaden vorhandener Etablissemente das Wasser oberhalb nicht abgeleitet oder zurückbehalten und unterhalb nicht durch neue Vorrichtungen gestaut werden darf. Auch sind die ältern Wasserwerke bei ihren hergebrachten Befugnissen zu schützen, ohne Rücksicht darauf, ob letztere für das betriebene Gewerbe als unumgänglich nötig erscheinen.

§ 172. Der Eigentümer eines oberhalb an einem Flusse oder Bache liegenden Grundstückes ist zur Einsprache berechtigt, wenn dasselbe von einem unterhalb errichteten Wasserwerke durch Rückschwellung gefährdet wird.

Ebenso ist der Eigentümer eines unterhalb liegenden Grundstückes befugt, Einsprache zu erheben, wenn er von einem oberhalb errichteten Wasserwerke durch Entzug oder Zuleitung oder Verunreinigung des Wassers in seinen Tränkrechten beeinträchtigt oder an seinem Grundeigentum geschädigt wird.

§ 173. Bei der Beurteilung von Streitigkeiten zwischen dem Ersteller eines neuen Wasserwerkes und den Eigentümern von Grundstücken, Wasserrechten und ältern Wasserwerken an dem nämlichen Gewässer ist der Richter ermächtigt, durch Anordnung näherer Ausscheidung und Feststellung bestimmter Schranken die beiderseitigen rechtlichen Interessen miteinander auszugleichen.

§ 174. Der Regierungsrat ist ermächtigt, die nötigen Anordnungen dafür zu treffen, daß das Wasser nicht widerrechtlich zurückgehalten wird.

§175. Zur Benützung eines Gewässers für die Betreibung von Wasserwerken bedarf es bei allen Neuanlagen und bei solchen Veränderungen schon bestehender Einrichtungen, die Einfluß auf den Wasserstand, den Wasserlauf oder die Abflußverhältnisse ausüben, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegungen von Seeausmündungen, Landanlagen und dergleichen, der staatlichen Bewilligung, die vom Regierungsrat erteilt wird.

Der Entscheid über Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der zuständigen Gerichte.

§ 176. Gesuche um die staatliche Bewilligung gemäß § 175 dieses Gesetzes sind beim Regierungsrate schriftlich einzureichen, mit Situationsplan und Baubeschrieb im Doppel, aus denen Art und Umfang der beabsichtigten Neuanlage oder Aenderung deutlich erkennbar sind.

Bei Erledigung daheriger Gesuche ist darauf zu achten, daß die betreffenden Anlagen mit einer möglichst wirtschaftlichen Benutzung der vorhandenen Wasserkraft in Uebereinstimmung stehen. Es ist ferner zu prüfen, ob das Projekt in gesundheits- und feuerpolizeilicher Hinsicht den öffentlichen Interessen entspreche und ob dadurch die Uferversicherungen und die allgemeine Sicherheit nicht gefährdet werden

Für Wasserwerke, welche die Benützung der vorhandenen Wasserkräfte oder die Korrektion einer Fluß- und Bachstrecke für die Zukunft erschweren oder unmöglich machen, können an die Bewilligung entweder sichernde Bestimmungen geknüpft oder es kann die Bewilligung ganz verweigert werden.

§ 177. Außer der in Art. 711 Z.G.B. ausgesprochenen Pflicht zur Abtretung von Quellen, Brunnen oder Bächen, die dem Eigentümer von keinem oder im Verhältnis zu ihrer Ver-

wertbarkeit von ganz geringem Nutzen sind, und außer dem Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht, gemäß Art. 691 Z.G.B., können auf dem Wege der Enteignung gegen volle Entschädigung für im öffentlichen Wohl liegende Unternehmungen erworben werden:

a) Wasserkräfte und Wasserwerke nebst baulichen Anlagen, sowie das für die Nutzbarmachung oder Uebertragung der Kraft an einen andern Ort erforderliche Grundeigentum und anderer Rechte.

b) Wasser für die Speisung vorhandener oder zu errichtender öffentlicher Brunnen, Wasserversorgungs- und damit verbundener Wasserwerksanlagen von Gemeinden und Brunnenkorporationen, sowie das Recht der Zu- und Ableitung.

Das für die Gebäude und für die Bewerbung einer Liegenschaft unentbehrliche Trink- und Brauchwasser für Menschen und Vieh ist von der Abtretungspflicht ausgeschlossen und den Berechtigten von amteswegen vorzubehalten. Das Wasserquantum wird durch den Regierungsrat bestimmt.

Der Entscheid über Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der zuständigen Gerichte.

§ 178. Die Befugnis, die in § 177, lit. a bezeichnete Enteignung zu verlangen, die dadurch erworbenen Rechte zu benützen oder weiter zu begeben, steht zunächst dem Kanton zu.

Will der Kanton von seinem Vorrecht keinen Gebrauch machen, so können die Gemeinden, und wenn auch die Gemeinden darauf verzichten, Gesellschaften und Private die Enteignung nachsuchen.

Bei der Entscheidung über verschiedene einander entgegenstehende Enteignungsgesuche von Privaten und Gesellschaften, ist denjenigen, welche den öffentlichen Interessen mehr entsprechen, der Vorzug zu geben.

§ 179. Die Entscheidung, ob der Kanton von der Enteignung (§ 177, lit. a) für sich Gebrauch machen will oder nicht, fällt in die Kompetenz der Landsgemeinde.

§ 180. Über die Zulässigkeit der Enteignung zu Gunsten von Gemeinden, Gesellschaften, Korporationen oder Privaten entscheidet der Regierungsrat in kontradiktorischem Verfahren (Parteivorstand). Im Falle von § 177, lit. a ist Rekurs an den Landrat binnen Monatsfrist zulässig. Im Falle von § 177, lit. b ist der Entscheid des Regierungsrates endgültig.

Erscheint es notwendig, so hat vor dem Entscheide, behufs Anmeldung der Einsprachen gegen die Enteignung und der Rechtsansprüche auf Entschädigung, die öffentliche Plan- und Projektauflage, verbunden mit einer Aufforderung im Amtsblatt, stattzufinden.

§ 181. Der Regierungsrat teilt die bei ihm nach § 180, Absatz 2, gemachten Anmeldungen dem Enteigner mit und dieser hat, sofern er den einen oder andern Rechtsanspruch bestreiten will, solchen zur gerichtlichen Austragung zu bringen.

Bestehen keine rechtlichen Differenzen oder sind solche gerichtlich ausgetragen, so entscheidet der Regierungsrat über die Zulässigkeit der Enteignung.

Werden bloß Entschädigungsansprüche geltend gemacht oder sind die gegen die Enteignung gemachten Einsprachen und die sonstigen streitigen Rechtsansprüche erledigt, so hat der Enteigner die Entschädigungen im Schätzungsverfahren feststellen zu lassen, das sich nach dem Gesetz über die Landesschatzungskommissionen regelt. Für die Ermittlung der Entschädigung sind die §§ 151 bis und mit 158 dieses Gesetzes maßgebend.

§ 182. Wenn die Anlage von Wassersammlern oder die Erstellung anderer Einrichtungen zu Ausnützung von Wasserkräften mehreren Eigentümern von Wasserwerken einen erheblichen Vorteil gewährt, so kann der Regierungsrat, unter Vorbehalt des Rekursrechtes binnen Monatsfrist an den Landrat, auf Antrag von Beteiligten, die Bildung von Korporationen anordnen.

Zur Teilnahme an einer solchen Korporation dürfen Eigentümer von bestehenden Wasserwerken auch gegen ihren Willen angehalten werden, sofern und in dem Maße, als ihnen wirkliche Vorteile daraus erwachsen. Die Leistung wird in dem Zeitpunkte fällig, in welchem die vermehrte Wasserkraft von dem Eigentümer begrüßt wird. Die gleiche Verpflichtung tritt auch für nachträglich errichtete Wasserwerke ein.

Anstände oder Streitigkeiten über die Verpflichtung zur Beteiligung, sowie über die Notwendigkeit von Einrichtungen und deren Beschaffenheit und Benützung entscheidet der Regierungsrat auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen.

Ebenso ist die Genehmigung der Statuten solcher Korporationen Sache des Regierungsrates.

Anstände oder Streitigkeiten über den Umfang der Beteiligung unter den Korporationsmitgliedern sowie über die Auslegung der Statuten entscheidet der Richter.

§ 183. Unterbrechungen im Betriebe von Wasserwerken durch die Ausführung von Bauten im öffentlichen Interesse berechtigen nur dann zu Entschädigungsforderungen, wenn den betreffenden Wasserwerksbesitzern dadurch erheblicher Schaden erwächst.

Streitigkeiten darüber entscheidet der Richter.

§ 184. Wird durch die Korrektion eines Gewässers die Kraft bestehender Wasserwerke erheblich vermehrt und diese Kraftvermehrung von ihnen benützt, so sind die Eigentümer der Wasserwerke pflichtig, einen verhältnismäßigen Beitrag an die Kosten der Korrektion und des Unterhaltes zu leisten.

Anstände über den Grundsatz und über die Höhe dieses Beitrages entscheidet der Richter unter Zuzug von Sachverständigen.

§ 185. Den Gemeinden und Brunnenkorporationen bleibt im Interesse ihrer Löschanstalten das Recht vorbehalten, das zu gewerblichen Zwecken dienende Wasser zur Speisung von Hydranten oder andern Löscheinrichtungen unentgeltlich in Anspruch zu nehmen, sowie speziell auch Löscheinrichtungen mit Wasserwerken, Kanälen, Wasser-

sammlern, Leitungen u. dgl. Zweckentsprechend in Verbindung zu setzen und bei Brandfällen und amtlich angeordneten Proben zu benützen.

§ 186. Der Regierungsrat ist ermächtigt, einen vollständigen Kataster sämtlicher bestehender Wasserwerke anfertigen zu lassen.

Darin sollen die Fixpunkte für die Schwellberechtigung (Wassermarken), die Beschreibung der Schwellvorrichtungen und der Motoren, sowie alle andern Bestimmungen, welche zur Kontrollierung der Wasserwerke dienen, aufgenommen werden.

§ 187. Einrichtungen, welche erstellt worden sind, ohne daß die Vorschriften dieses Gesetzes erfüllt wurden, müssen auf Verlangen des Regierungsrates beseitigt werden.

Ueberdies haftet der betreffende Eigentümer für allen daraus entstehenden Schaden.

§ 188. Die Nichtbeachtung oder Uebertretung der §§ 174, 175, 176 und 187 dieses Gesetzes werden mit einer Buße von Fr. 100 bis Fr. 1000 bestraft.»[2491]

[2491] EG ZGB GL 1911, S. 50–55.

Appendix XI:
Auszug aus dem Regierungsratsprotokoll von 1917

«§ 997.

Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

Das Kreisschreiben des hohen schweizerischen Bundesrates in Bern vom 20. April 1917 betr. den Erlass kantonaler Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (vide § 484 des Regierungsratsprotokolls vom 26. April 1917) wird auf den Antrag der Baudirektion vom 4. August 1917 wie folgt beantwortet:

‹In geschätztem Kreisschreiben vom 20. April 1917 setzten Sie gestützt auf Art. 75 des Bundesgesetztes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte die Frist für die Einreichung der kantonalen Ausführungsbestimmungen zu diesem Bundesgesetz, mit Ausnahme der Bestimmungen über den Wasserrechtskataster, auf den 20. Oktober 1917 fest.

Wir haben an Hand des Bundesgesetzes und Ihres Kreisschreibens geprüft, ob unser jetziges kantonales Recht genüge oder ob es der Ergänzung bedarf. Dabei sind wir, der Reihenfolge der Artikel des Bundesgesetzes folgend, zu nachbezeichnetem Ergebnisse gelangt:

Art. 2. Die Bestimmung des Verfügungsberechtigten ordnet das kantonale Einführungsgesetz zum Z.G.B. in den §§ 169, 170 und 171 so, dass in erster Linie der Eigentümer desjenigen Bodens, der vom Wasser durchflossen oder begrenzt wird, dieses benutzen kann. Für die Erteilung der staatlichen Bewilligung nach § 175 und 176 ist der Regierungsrat zuständig.

Art. 3. Die Begründung des Nutzungsrechtes durch den Kanton, wenn er nach § 178 E.G. [scil. EG ZGB GL] das Recht der Enteignung für sich in Anspruch nehmen will, erfolgt auf Beschluss der Landsgemeinde nach Art. 179 E.G.. [sic] Verzichtet der Kanton, so sind die Gemeinden die Nächstberechtigten und nach ihnen die Gesellschaften und Private. Zuständig für den Zuspruch des Enteignungsrechtes ist der Regierungsrat, in gewissen Fällen mit Rekursrecht an den Landrat gemäss 180 E.G.

Art. 4. Die Genehmigung des Kantons spricht als kantonale Behörde der Regierungsrat aus laut §§ 175 und 176 E.G.

Art. 15. Die Heranziehung von Gemeinden, Körperschaften und Privaten zu Beitragsleistungen an die Regulierung des Wasserstandes und des Abflusses der Seen und die Schaffung künstlicher Sammelbecken in Form von Zwangskorporationen ist in § 182 E.G. bereits vorgesehen. Als zuständige Behörde zur Erhebung der Beiträge gilt der Regierungsrat.

Art. 17. Die Aufsicht über die Benutzung durch den Berechtigten ist Sache des Regierungsrates gemäss §§ 175, 176 und 187 E.G.

Art. 18. Die Enteignung von Wasserkräften und Wasserwerken ist in § 177 E.G. vorgesehen.

Art. 21. Die öffentliche Bekanntmachung der Pläne und der Einsprachefrist gegen die Ausführung der Bauten regelt § 180 und 181 E.G. so, dass der Regierungsrat die öffentliche Plan- und Projekt-Auflage verbunden mit einer Aufforderung im Amtsblatt veranlasst.

Art. 29. Das Recht, Wassermessungen vorzunehmen, steht dem Regierungsrat, in Ausübung der Oberaufsicht über die Gewässer, zu.

Art. 31. Die Anlage eines Wasserrechtskatasters ist nach § 186 E.G. Sache des Regierungsrates. Ein vollständiger Kataster besteht nur für den Löntsch vom Ausfluss aus dem Klöntalersee bis zur Einmündung in die Linth. Daneben sind allgemeiner gehaltene Verzeichnisse über die Wasserkräfte für alle diejenigen Betriebe angelegt, die dem Gesetz über die Besteuerung der Wasserkräfte unterstellt sind. Diese Verzeichnisse werden vom Kantons-Ingenieur geführt.

Art. 32. Die Regelung des Verhältnisses der Nutzungsberechtigten untereinander, mit Einschluss der Anordnungen von Genossenschaften und der Entscheidung über den Beitritt zu einer bestehenden Genossenschaft, sowie der Regelung des Rechtsverhältnisses der Genossenschafter untereinander ist nach § 182 E.G. Sache des Regierungsrates.

Art. 33. Die Beitragspflicht wird vom Regierungsrat als zuständige Behörde des Kantons festgesetzt gemäss § 182 E.G., ebenso kann er nachträglich eine Genossenschaft aller Beteiligten anordnen.

Art. 35. Das Recht zum Beitritt in die Genossenschaft regelt der Regierungsrat nach § 182 E.G.

Art. 36. Beim erzwungenen Beitritt ist ebenfalls der Regierungsrat die zuständige kantonale Behörde laut § 182 E.G.

Art. 37. Die Verleihung von Wasserrechten bezieht sich im Kanton Glarus auf die staatliche Bewilligung nach § 175, sowie auf den Zuspruch des Enteignungsrechtes gemäss den §§ 178, 179 und 180; zuständige Behörde ist der Regierungsrat mit Rekursrecht an den Landrat.

Art. 60. Das Verleihungsverfahren bei kantonalen Gewässern regelt sich gemäss den Anordnungen des Regierungsrates nach § 180 und § 181 E.G.

Art. 71. Bei Streit zwischen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen, gilt ‹als in erster Instanz zuständige kantonale Gerichtsbehörde›, das Augenscheingericht für dingliche Klagen (§ 13 b und § 15, sowie § 9, Ziffer 6 der Zivilprozessordnung), oder das Zivilgericht für die übrigen Streitfragen (§ 13 a und § 14 der Zivilpro-

zessordnung).~~oder das Zivilgericht für die übrigen Streitfragen (§ 13 a und § 14 der Zivilprozessordnung).~~ [sic]

Aus diesen Angaben ergibt sich, dass für den Vollzug des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 die gegenwärtige kantonale Ordnung, so wie sie in den §§ 166–188 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Z.G.B. enthalten ist, völlig genügt, so dass von einem neuen kantonalen Erlass abgesehen werden darf.

Wir schliessen unser kantonales Einführungsgesetz zum Z.G.B. und unsere kantonale Zivilprozessordnung in je zwei Exemplaren bei und benützen den Anlass.›

Auszug an die Baudirektion.»[2492]

«§ 1181.

Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

In Gutheissung des Antrages der Baudirektion vom 10. September 1917 wird mit Bezug auf die kantonale Ordnung des Vollzuges des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte folgendes Schreiben an das schweizerische Departement des Innern in Bern gerichtet:

‹Auf die in Ihrem geschätzten Schreiben vom 5. September 1917 enthaltenen Bemerkungen zu unserer Eingabe vom 9. August 1917 betreffend die kantonale Ordnung des Vollzuges des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gestatten wir uns anmit folgende Rückäusserungen:

1. Es ist richtig, dass die öffentliche Bekanntmachung der Pläne und der Einsprachefrist gegen die Ausführung der Bauten nach Art. 21 genannten Bundesgesetzes in den §§ 180 und 181 unseres kantonalen Einführungsgesetzes zum Z.G.B. nur für die Enteignung der Wasserkräfte, nicht aber allgemein auch für diejenigen Fälle vorgesehen ist, in denen der Wasserwerkunternehmer die Wasserkraft vom verfügungsberechtigten Uferanstösser vertraglich erwirbt oder dieser seine Wasserkraft selbst nutzbar macht.

Beim Erlass des E.G. mussten die Bestimmungen über die Wasserrechte unverändert aus den frühern Gesetzen herübergenommen werden. Darin wurde die öffentliche Planauflage und Ansetzung einer Einsprachefrist lediglich für die Fälle der Enteignung gefordert. Tatsächlich haben wir aber dieses Verfahren auch für solche Projekte angewendet, die den Neubau oder die Erweiterung von Wasserwerken durch den Wasserrechtseigentümer nach § 175 E.G. betreffen. Genau genommen müsste daher nach Ihrer Ansicht zu Art. 21 des Bundesgesetzes noch eine Vollziehungsverordnung erlassen werden, die zur Wahrung der Wasserbaupolizei genanntes Verfahren für alle Fälle umschreibt. Nun sind aber die Fälle dieser Art nicht sehr zahlreiche und namentlich nicht von grosser Bedeutung, sodass es

[2492] Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 9. August 1917, § 997, S. 643–645.

sich kaum lohnt, deswegen noch einen besonderen Vollziehungsbeschluss zu veranlassen; dies um so weniger, als das bisherige Verfahren der analogen Anwendung der §§ 180 und 181 E.G. genügt hat und zudem Art. 21 im zweiten Satze eine solche Massnahme bestimmt vorsieht, deren Vollzug dem Regierungsrat auch ohne weiteres zusteht, kraft seiner Oberaufsicht über die Gewässer (§ 161 E.G.) und seiner Vollzugsbefugnis im allgemeinen (§ 255 zweiter Satz E.G.).

2. Zutreffend ist Ihre weitere Bemerkung, die Zuständigkeit des Regierungsrates zur Erhebung von Beiträgen im Sinne von Art. 15, Abs. 4 B.G. [scil. WRG] ergebe sich nicht ohne weiteres aus § 182 E.G., weil dieser nur für die Bildung von Zwangskorporationen gilt, während genannte Bundesvorschrift die Anlage von Sammelbecken und die Regulierung des Wasserabflusses auf Anordnung des Staates vorsieht. Unsere Antwort zu Art. 15 B.G. bezog sich in Hauptsache auf die fast ausschliesslich gedenkbaren Fälle der erstern Art, während ein allfälliger vom Bunde anzuordnender Ausgleich des Wasserabflusses nach den tatsächlichen Verhältnissen im Kanton Glarus die ganz seltene Ausnahme bilden wird. – Eine Bestimmung hierüber fehlt in unserer kantonalen Gesetzgebung und es müsste diese erst durch einen besonderen Beschluss der Landsgemeinde ergänzt werden. – Es kann mithin auf das Recht, eine solche Massnahme zu erlassen, für einmal verzichtet werden, nachdem sie von bundeswegen nicht verlangt wird.

3. Wichtig ist die dritte Aussetzung Ihres Departementes über die Bezeichnung der einzigen kantonalen Gerichtsinstanz für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten, im Sinne des Art. 71 B.G. Sie halten dafür, dieser finde nur auf diejenigen Wasserrechte Anwendung, die auf Verleihung beruhen, er falle nach unserer kantonalen Rechtslage ausser Betracht, weil im Kanton Glarus die Wasserrechte nicht durch Verleihung gemäss Art. 71, Abs. 3 B.G. begründet werden. Wir stimmen dieser Auffassung bei. Sie ist schon in unserem Berichte vom 9. August 1917 zu Art. 2 B.G. angedeutet mit der Bemerkung, dass von gesetzeswegen in erster Linie der Eigentümer desjenigen Bodens, der vom Wasser durchflossen oder begrenzt wird, dieses benutzen kann. Die in § 178 E.G. dem Kanton und den Gemeinden eingeräumte Befugnis, das Enteignungsrecht für sich geltend zu machen und weiter begeben zu können, schafft offenbar jene gesetzliche Grundlage noch nicht, auf der die Verleihung von Wasserrechten überhaupt nach Art. 38 bis 71 B.G. eine vermutlich zutreffende kantonale Ordnung angeben würde, so geschah dies nur für den Fall, dass die Enteignungsbefugnis gemäss Art. 178 E.G. eine sinngemässe Verleihungsgrundlage in sich schliessen sollte. Nachdem Sie sich darüber bestimmt in verneinendem Sinne aussprechen, schliessen wir uns dieser Auffassung an. Sie deckt sich offenbar mit dem genauen Gesetzeswortlaut und auch mit verschiedenen Bemerkungen, die bei der Beratung des Bundesgesetzes in den eidgenössischen Räten von den glarnerischen Vertretern gemacht wurden. Die Folge davon wird aber sein, dass für den Kanton Glarus, wenn er von § 178 E.G. Gebrauch macht, der ganze dritte Abschnitt, betitelt: ‹Die Verleihung von Wasserrechten› Art. 38–71) nur insoweit zutrifft, als in andern Bestimmungen des Bundesgesetzes die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des

dritten Abschnittes vorgesehen ist, wie dies besonders in Art. 18 B.G. wegen der Besteuerung der Wasserwerke der Fall ist.

Indem wir Ihnen die genaue Prüfung der in unserem Berichte vom 9. August abhin dargelegten Verhältnisse bestens verdanken, kommen wir auf Grund vorstehender Ausführungen zu folgendem Schlusse:

1. Für die öffentliche Bekanntmachung der Pläne und der Einsprachefrist gegen die Ausführung der Bauten (Art. 21 B.G.) sei das bisher geübte Verfahren bis auf weiteres beizubehalten, ohne darüber noch besondere Vorschriften erlassen zu müssen.

2. Auf das Recht, nach Art. 15 B.G. vierter Absatz, eine zuständige kantonale Behörde für Auferlegung von Kosten an Beteiligte zu bezeichnen, wird für einmal verzichtet und allfällig künftige Gesetzgebung vorbehalten.

3. Die Bezeichnung einer einzigen kantonalen Gerichtsinstanz im Sinne von Art. 71 B.G. fällt als überflüssig dahin, weil in Zustimmung zum Bericht des eidg. Departement des Innern, Art. 71 auf die Wasserrechtsverhältnisse im Kanton Glarus nicht anwendbar ist.›

Auszug an die Baudirektion.»[2493]

[2493] Regierungsratsprotokoll 1917, Sitzung vom 13. September 1917, § 1181, S. 767–769.

Appendix XII:
Landsgemeindebeschluss von 1918 [WKB GL]

«Beschluß

über

Verwertung von Wasserkräften im Kanton Glarus

(Erlassen von der Landsgemeinde am [8]. Mai 1918.)

§ 1.

Der Kanton Glarus macht von seinem Vorrechte nach § 178, erster Absatz, des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Gebrauch und dehnt die Geltendmachung dieses Vorrechtes auf alle Wasserkräfte im Kanton Glarus aus, die ihm zum Ausbau als geeignet erscheinen.

Er nimmt die Enteignung für sich in Anspruch.

§ 2.

Der Kanton Glarus behält sich vor, diese Rechte weiter zu begeben.

§ 3.

Die Landsgemeinde überträgt die Ausführung dieses Beschlusses dem Landrate und erteilt ihm auch alle nötigen Vollmachten für Verwertung der in Frage kommenden Wasserkräfte.

§ 4.

Dieser Beschluß tritt sofort mit seiner Annahme durch die Landsgemeinde in Kraft.

§ 5.

Der Regierungsrat ist mit dem Vollzug beauftragt.»[2494]

[2494] Landsgemeindememorial 1918, § 13, S. 48.

Appendix XIII:
Revision des Glarnerischen Wasserrechtes von 1951

«Beschluss betr. Revision des glarnerischen Wasserrechtes EG/ZGB

(erlassen an der Landsgemeinde vom … Mai 1951)

Die §§ 167, 170 Abs. 2, 173, 176bis, 189, 194, 194bis, 196, 198, 199, 200, 201 und 212 Abs. 3 EG/ZGB erhalten folgenden Wortlaut:

§ 167.

Die ganze oder teilweise Ableitung einer Quelle oder von Grundwasser bedarf der Bewilligung des Regierungsrates:

a) wenn und soweit das Wasser für den landwirtschaftlichen, häuslichen oder gewerblichen Bedarf der Einwohner einer Ortschaft, eines Dorfes oder einer Hofsiedlung oder einer Gruppe von Anliegern bisher benutzt wurde und notwendig ist;

b) wenn das Wasser für die Erhaltung der Fruchtbarkeit eines Grundstückkomplexes unentbehrlich ist;

c) wenn der Wasserstand oder Wasserlauf eines Baches oder Flusses in erheblicher Weise nachteilig beeinflußt würde;

d) wenn die Ableitung über die Kantonsgrenze erfolgen soll.

Die Bewilligung kann an sichernde Bedingungen geknüpft werden.

§ 170.

Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigentümer bespülen, ist jeder Ufereigentümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benützen, sofern nicht wohlerworbene Rechte eine andere Verteilung begründen. Ein Ufereigentümer kann über das ihm von Gesetzes wegen zustehende Wasserrecht als selbständiges Recht verfügen.

Solange und soweit indessen die jedem Ufereigentümer zustehende Hälfte des Wassers weder von ihm selbst, noch auf Grund einer Verfügung von Dritten genutzt wird, ist weder dieser Ufereigentümer noch ein Dritterwerber befugt, den jenseitigen Ufereigentümer an der Nutzung daran zu hindern.

Der solchenfalls begünstigte gegenüberliegende Ufereigentümer ist verpflichtet, zwecks Sicherung der Rechte des ihm das Wasser überlassenden Ufereigentümers oder des Dritterwerbers, diesem auf Verlangen einen Revers auszustellen.

§ 172, Abs. 2.

Ebenso ist der Eigentümer eines unterhalb liegenden Grundstückes befugt, Einsprache zu erheben, wenn er von einem oberhalb errichteten Wasserwerk, *sonstigen wasserbaulichen Einrichtungen oder irgendwelchen Vorkehrungen* durch Entzug oder Zuleitung oder Verunreinigung des Wassers, *eingeschlossen das Grundwasser*, in seinen Wassernutzungsrechten oder an seinem Grundeigentum geschädigt wird.

§ 173.

Bei der Beurteilung von Streitigkeiten, *die sich aus der Erhebung des Einspruches gemäß §§ 171 und 172 ergeben,* ist der Richter ermächtigt, durch Anordnung näherer Ausscheidung und Feststellung bestimmter Schranken die beiderseitigen rechtlichen Interessen miteinander auszugleichen.

§ 175.

Zur Benutzung eines Gewässers für Wasserwerke, Wärmepumpen und sonstigen Einrichtungen für die Stauung, Zuleitung und Ableitung bedarf es bei allen Neuanlagen und bei solchen Veränderungen schon bestehender Einrichtungen, die Einfluß auf den Wasserstand, die Abflußverhältnisse oder die Wassertemperatur ausüben, wie Einlegung von Wuhrtannen (Wehren), Einrammung von Jochen oder Pfählen, Herstellung von Brücken, Anbringung von Schwelleinrichtungen, Tieferlegung von Seeausmündungen, Landanlagen und dergleichen, der staatlichen Bewilligung, die vom Regierungsrat erteilt wird.

Der Entscheid der Streitigkeiten privatrechtlicher Natur bleibt Sache der zuständigen Gerichte.

§ 176bis.

Bei Neuerstellung oder Erweiterung eines Wasserwerkes hat der *Berechtigte* für die in § 175 vorgesehene staatliche Bewilligung dem Kanton Glarus beim Baubeginn eine einmalige *Gebühr von Fr. 5.–* per Pferdekraft (75 Sekundenmeterkilogramm) zu entrichten.

§ 189.

Die Wuhrpflicht und Schutz der Ufer an Flüssen, Bächen und Runsen liegt auf dem Grundeigentum, und zwar, wenn nicht durch Vertrag oder Spruch zuständiger Behörden etwas anderes festgesetzt ist, zunächst auf denjenigen Liegenschaften *und Bauwerken,* welche unmittelbar an jene Gewässer anstoßen.»[2495]

[2495] Landsgemeindememorial 1918, § 12, S. 62–64 (Hervorhebungen im Original).

Curriculum vitae

Persönliche Angaben

Alfonso C. Hophan (1992) von Näfels (Glarus Nord)

Ausbildung

2019–2022	Doktorat (Universität St. Gallen)
2017–2019	Master of Arts (M.A. HSG) in Rechtswissenschaft (Universität St. Gallen)
2014–2017	Bachelor of Arts (B.A. HSG) in Rechtswissenschaft (Universität St. Gallen)
2011	Maturität (Kantonsschule Glarus)