

Private Quellen und öffentliche Gewässer

Art. 704 Abs. 1 ZGB ist ausschliesslich auf private (Wasser-)Quellen anwendbar; die davon abzugrenzenden «Bachquellen» stehen ausserhalb des Anwendungsbereichs dieser Norm und werden als Teil des von der Quelle gebildeten Wasserlaufs betrachtet. Für die Unterscheidung ist massgebend, ob der Wasserausstoss von Anfang an einen Wasserlauf/Bach bildet (Bachquelle) oder nicht (Privatquelle). Ob ein Wasserlauf und die dazugehörige Bachquelle als öffentliches Gewässer anzusehen ist, bestimmt das kantonale Recht.

L'art. 704 al. 1 CC ne s'applique qu'aux sources (d'eau) privées; les «sources de rivières» – qui doivent être distinguées des vraies sources – ne sont pas couvertes par cet article et sont considérées comme faisant partie du cours d'eau que forme la source. Pour établir la distinction, il est déterminant de savoir si l'écoulement d'eau forme dès le départ un cours d'eau/une rivière (source de rivière) ou non (source privée). C'est le droit cantonal qui détermine si un cours d'eau et la source de rivière qui lui est associée sont à considérer comme des eaux publiques.

Urteil des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2022 (5A_420/2022), zur amtlichen Publikation vorgesehen

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern
Ramin Paydar, Rechtsanwalt, MLaw, Luzern/Bern

Der Fall

(209) A., B. und C. (Beschwerdeführer) sind Miteigentümer eines Grundstücks in der Gemeinde Brig-Glis, auf der sich die Quelle E. befindet. Zwischen den drei Beschwerdeführern und der Einwohnergemeinde Brig-Glis (Beschwerdegegnerin) ist umstritten, wem das Eigentum an dieser Quelle zusteht. Am 14. Mai 2014 erhoben die drei Beschwerdeführer (und Frau D., die indessen nicht Miteigentümerin des fraglichen Grundstücks ist und nicht am bundesgerichtlichen Verfahren teilnimmt; vgl. E. 2) Klage beim Bezirksgericht Brig. Dieses stellte mit Entscheid vom 24. Februar 2021 fest, dass sich die genannte Quelle E. im Privateigentum der drei Beschwerdeführer befinde; die Klage von Frau D. wies das Bezirksgericht mangels Aktivlegitimation ab. Auf Berufung der Beschwerdegegnerin hob das Kantonsgericht Wallis den Entscheid der ersten Instanz auf; es wies die Klage ab und stellte fest, die Quelle E. stehe im öffentlichen Eigentum der Beschwerdegegnerin. Die dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen heisst das Bundesgericht gut und spricht den Beschwerdeführern das Eigentum an der Quelle E. zu.

Der Entscheid

Das Bundesgericht ruft zunächst ein paar allgemeine Grundsätze zum Quellenrecht des ZGB und zur Regelung der öffentlichen Gewässer in Erinnerung: Quellen bilden grundsätzlich einen Bestandteil der Grundstücke, aus denen sie austreten (Art. 667 Abs. 2 und Art. 704 Abs. 1 ZGB; Akzessionsprinzip); sie stehen daher im Eigentum des jeweiligen Grundeigentümers (E. 3.1). Von diesen (privaten) Quellen sind indessen die öffentlichen Gewässer zu unterscheiden, an denen – unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises – kein Privateigentum besteht (Art. 664 Abs. 2 ZGB) (E. 3.2 In-

gress). Öffentliche Gewässer gehören zu den herrenlosen Sachen; ihnen kommt jedoch die Besonderheit zu, dass die Kantone bestimmen können, welche Gewässer öffentlich sind und welche nicht. Das Bundeszivilrecht enthält dazu keine Abgrenzungskriterien; namentlich gibt es kein bundesrechtliches Wasserführungsminimum als Merkmal der Öffentlichkeit des Gewässers (E. 3.2.1). Nimmt der Kanton seine Regelungskompetenz wahr, «wird die Öffentlichkeit des Gewässers durch einen Akt des Gesetzgebers begründet; das grundsätzlich als Bestandteil des umgebenden Erdbodens im Privateigentum stehende Gewässer wird somit als öffentlich konstituiert» (E. 3.2.2). Die Quellen von öffentlichen Gewässern bilden – in Abweichung vom Akzessionsprinzip – einen Teil des von ihm geschaffenen Wasserlaufs und nicht einen Teil des Grundstücks. Mithin ist Art. 704 Abs. 1 ZGB nur auf Privatquellen anwendbar; die davon zu unterscheidenden «Bach- oder Flussquellen» werden von dieser Bestimmung nicht erfasst (E. 3.2.2).

Von der erwähnten Regelungskompetenz hat der Kanton Wallis in Art. 163 EG ZGB¹ Gebrauch gemacht: Nach dieser Bestimmung fallen alle Wasserläufe – ab demjenigen Punkt, wo sie entspringen – in das öffentliche Eigentum der Gemeinden (Art. 163 Abs. 3 EG ZGB). Das kantonale Recht regelt einzig für die unterirdischen Gewässer, welche Mächtigkeit oder Stetigkeit sie aufweisen müssen, damit sie als öffentliche Gewässer gelten (Art. 163 Abs. 4 EG ZGB);² für die (oberirdischen) Wasserläufe fehlt es an einer kantonalen Vorschrift zur Mächtigkeit. Daraus folgert das Bundesgericht, dass im Kanton Wallis grundsätzlich alle Wasserläufe öffentlich sind (E. 3.2.3).³

Für die Unterscheidung zwischen Privat- und Bachquelle ist für das Bundesgericht entscheidend, ob der Wasseraus-

¹ Einführungsgesetz des Kantons Wallis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 24. März 1998 (SGS 211.1).

² Art. 163 Abs. 4 EGZGB: «Ebenfalls in den Bereich des öffentlichen Gemeindeeigentums gehören die unterirdischen Gewässer mit einer mittleren Wassermenge von mehr als 300 Liter/Minute, unter Vorbehalt bestehender privater Nutzungen, welche bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bestanden, und den Entnahmen an der Oberfläche durch den Eigentümer bis höchstens 50 Liter/Minute.»

³ So bereits BGER 1P.37/2001 E. 3a, auf den das Gericht selber verweist.

stoss von Anfang an einen Wasserlauf bzw. einen Bach bildet (Bachquelle) oder nicht (Privatquelle), denn: «Ohne Wasserlauf (bzw. Bach) fehlt jede Anknüpfung an ein öffentliches Gewässer» (E. 3.3 und 4.1). Ein Wasserlauf/Bach liegt dann vor, wenn aufgrund der Mächtigkeit und Stetigkeit des Wasserausstritts ein Bett mit festen Ufern entsteht oder entstehen könnte, wäre der Wasserausstritt nicht gefasst worden (E. 3.3 und 4.2). Massgebend ist grundsätzlich der ursprüngliche Zustand der Quelle (E. 4.3); unberücksichtigt bleiben die «Mächtigkeit und Stetigkeit des Wasserausstosses bzw. [die] Folgen einer künstlichen, d.h. von Menschenhand geschaffenen, Fassung» (E. 4.1 und 4.3). Für das Vorliegen einer Bachquelle genügt es nicht, wenn das Wasser an mehreren Orten austritt und die Leistung der verschiedenen Austrittspunkte insgesamt geeignet wäre, einen Wasserlauf zu bilden (E. 4.1). Auch die Versorgungsfunktion einer Quelle hat keinen Einfluss auf die rechtliche Qualifikation (E. 4.2).

In casu tritt die Quelle E. an mehreren Orten aus, und die Beschwerdeführer haben sie weder gefasst noch genutzt. Zwecks Messung hat die Beschwerdegegnerin eine (rudimentäre) Fassung erstellt; doch hat sich weder ein Bachbett noch ein Bachlauf gebildet – vielmehr ist das Wasser versickert (E. 4.1). Dementsprechend hält das Bundesgericht fest, dass die Quelle E. nicht genügend mächtig und stetig ist, damit ein Bett mit festen Ufern entsteht und von Anfang an einen Wasserlauf gebildet wird (E. 4.4). Mithin heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut; die Quelle E. stellt eine Privatquelle i.S.v. Art. 704 Abs. 1 ZGB dar (E. 4.4 und 5).

Anmerkung

Die Durchsicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Quellen zeigt, dass sich hier immer wieder die Frage ihrer öffentlichen Nutzung stellt.⁴ Dabei sind – wie im Berichtsentscheid angedeutet – die privat- und öffentlich-rechtliche Seite zu unterscheiden: Einerseits muss die Frage beantwortet werden, ob eine Privat- oder Bachquelle vorliegt; je nachdem gelangt Art. 704 Abs. 1 ZGB zur Anwendung (Privatquelle) oder nicht (Bachquelle) (nachfolgend Ziff. 1).⁵ Andererseits stellt sich die Frage, ob es sich beim Wasserlauf und der dazugehörigen Quelle um ein öffentliches Gewässer handelt; dies beantwortet sich nach dem einschlägigen kantonalen (öffentlichen) Recht (nachfolgend Ziff. 2).⁶ Im Einzelnen:

1. Privat- oder Bachquelle? Art. 704 Abs. 1 ZGB hält (in Ergänzung zu Art. 667 Abs. 2 ZGB) fest, dass Quellen grundsätzlich einen Bestandteil des Grundstücks bilden; sie

werden nach dem Akzessionsprinzip vom Bodeneigentum mitumfasst. Eine getrennte Eigentümerstellung von (Privat-) Quelle und Grundstück ist ausgeschlossen (unter Vorbehalt einer Dienstbarkeit nach Art. 780 ZGB).⁷ Nach der Rechtsprechung (bestätigt in E. 3.2.2 des Berichtsentscheids) und herrschenden Lehre steht dies allerdings unter einem wichtigen Vorbehalt: «Quellen, die auf einem Privatgrundstück entspringen und von Anfang an einen Wasserlauf bilden, sind nicht Privatquellen im Sinn von Art. 704 Abs. 1 ZGB»; solche Quellen (sog. Bachquellen) bilden einen Teil des von ihnen geschaffenen Wasserlaufs und teilen dessen rechtliches Schicksal.⁸ Dazu lässt sich Folgendes anfügen:

a. Grundsätzlich steht dem Eigentümer der Quelle das Recht zu, über die Quelle und das Quellwasser frei zu verfügen.⁹ Nach älterer Rechtsprechung galt dies sowohl für Privat- als auch Bachquellen, die beide von Art. 704 Abs. 1 ZGB umfasst waren;¹⁰ diese Praxis stiess in der Lehre jedoch auf einhellige Kritik. Das Bundesgericht änderte darauf seine Rechtsprechung und erkannte, dass die Bachquellen der Verfügungsmacht des Bodeneigentümers entzogen sind und die Kantone das rechtliche Schicksal dieser Quellen – und des dazugehörigen Wasserlaufs – bestimmen können.¹¹ Diese neue Rechtsprechung schuf die Grundlage für die kantonale «Hoheit» an den Bachquellen (vgl. Art. 664 Abs. 1 ZGB; vgl. hiernach Ziff. 2).¹² Indes bildet die einschränkende Auslegung von Art. 704 Abs. 1 ZGB keine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Kantone über die Quellen rechtliche Regeln aufstellen können: So besteht für die

⁴ Vgl. etwa BGE 122 III 49 E. 2; 106 II 311 E. II.2a; 97 II 333 E. 1; 93 II 170 E. 3 ff.; BGer 2C_118/2020 E. 4.1 ff.; 2C_622/2010 E. 3 ff.; 1P.37/2001 E. 3a.

⁵ Statt vieler BGE 122 III 49 E. 2a mit Hinweisen. Vgl. ferner Fn. 8.

⁶ Allgemein BGE 122 III 49 E. 2a und 2b; H. REY/L. STREBEL, in: T. Geiser/S. Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, N 7a f. zu Art. 704 ZGB; J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, Nr. 891.

⁷ P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 101 N 29 (kein «Sondereigentum an Quellen»); P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 5. Aufl., Bern 2020, Nr. 2368; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 2 zu Art. 704 ZGB; T. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht, Eigentum und Besitz, 2. Aufl., Basel 2014, Nr. 879.

⁸ BGE 122 III 49 E. 2a. So auch BGE 97 II 333 E. 1 mit Hinweisen; BGer 2C_118/2020 E. 4.2; P. LIVER, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht, Eigentum, Basel 1977, S. 293 f.; STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2359 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 6), Nr. 891; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 7a zu Art. 704 ZGB; D. PIOTET, in: P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Basel 2016, N 7 zu Art. 704 ZGB; R. HAAB/A. SIMONIUS, Zürcher Kommentar, Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977, N 6 und 9 ff. zu Art. 704 ZGB; S. MÉROT, Les sources et les eaux souterraines, Etude des législations fédérales et vaudoises, Diss. Lausanne 1996, S. 30 f.

⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 7), § 101 N 30. Ob dem Bodeneigentümer auch das Eigentum an dem auf seinem Grundstück fließenden Wasser zusteht, ist unklar; nach überwiegender Ansicht fehlt es dem fließenden Wasser mangels rechtlicher Beherrschbarkeit an der Sachqualität, womit Eigentum grundsätzlich ausser Betracht fällt (A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Das Eigentum, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, System. Teil, N 125 ff.; B. GRAHAM-SIEGENTHALER, Berner Kommentar, Das Eigentum, Art. 641–654a ZGB, Bern 2022, System. Teil, N 286 f.). Gemäss H. REY (Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. Aufl., Bern 2007, Nr. 79 f.) ist diese Frage «weitgehend obsolet, weil in jedem Kanton die oberirdischen Gewässer grundsätzlich unter dessen Herrschaft stehen». Vgl. dazu auch SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 23, und A. PFAMMATTER, Private Rechte an kulturunfähigem Land ..., Diss. Bern 2009, S. 10.

¹⁰ BGE 43 II 152 E. 3. Vgl. auch 93 II 170 E. 3 und 8c.

¹¹ BGE 97 II 333 E. 1, namentlich mit Hinweis auf P. LIVER.

¹² Vgl. SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 466 und 877; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 8 zu Art. 704 ZGB.

Kantone – unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen¹³ – grundsätzlich die Möglichkeit, auch Quellen, die im Privateigentum stehen, mit öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu belegen (vgl. Art. 6, 702 und 705 ZGB).¹⁴ Denkbar sind indessen auch privatrechtliche Gestaltungen, etwa die Errichtung eines beschränkten dinglichen Rechts zugunsten des Gemeinwesens (Popularservitut; Art. 781 ZGB); dadurch erlangt das Gemeinwesen die Verfügungsmacht über die Sache, um diese der Öffentlichkeit widmen zu können.¹⁵

b. Im Berichtsentcheid bestätigt und präzisiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Frage der Unterscheidung zwischen Privat- und Bachquellen. Entscheidend ist, ob der Wasserausstoss von Anfang an einen Wasserlauf bzw. einen Bach bildet oder nicht (E. 3.3 und 4.1–4.4). Anzulegen ist gemäss dem Bundesgericht ein objektivierter Massstab, indem bei der Beurteilung an den Zustand angeknüpft werden muss, der ohne künstliche Fassung besteht bzw. bestände; allfällige Veränderungen an der Quelle bleiben unberücksichtigt.¹⁶

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Das Abstellen auf einen objektivierten Massstab verhindert, dass die rechtliche Qualifikation der Quelle durch bauliche Massnahmen beeinflusst werden kann (vgl. E. 4.3). Andernfalls bestände die Gefahr, dass jeder bauliche Eingriff zu einer Umqualifikation der Quelle führen könnte – was letztlich einen Verlust an Rechtssicherheit mit sich brächte. Zudem macht es Sinn, bei der Abgrenzung nicht auf einen starren, ziffermässig bestimmten Schwellenwert abzustellen (z.B. Wassermenge in Liter/Minute), da sonst das Ermessen der zuständigen Behörde unnötig eingeschränkt würde.¹⁷

2. Wie gesehen, wird die Bachquelle als Teil des von ihr gebildeten Wasserlaufs betrachtet; handelt es sich beim Wasserlauf um ein öffentliches Gewässer, so gilt dies auch für die dazugehörige Quelle.¹⁸ Das leitet zur Frage über, in welchen Fällen ein öffentliches Gewässer vorliegt. Die Antwort darauf

findet sich im kantonalen Recht (Art. 664 ZGB; vgl. Berichtsentcheid E. 3.2.1).¹⁹ Folgendes ist dazu auszuführen:

a. Art. 664 Abs. 1 ZGB unterstellt die «herrenlosen und öffentlichen Sachen» der kantonalen Hoheit, freilich ohne die beiden Begriffe zu definieren. Bei den «öffentlichen Sachen» handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Begriff, der aus diesem Rechtsgebiet heraus erfasst und ausgelegt werden muss.²⁰ Öffentliche Sachen i.w.S. umfassen aus verwaltungsrechtlicher Sicht sämtliche sachlichen Mittel, deren sich das Gemeinwesen zur unmittelbaren oder mittelbaren Erfüllung von staatlichen Aufgaben bedient;²¹ die öffentlichen Sachen i.w.S. lassen sich in Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (welche zusammen die öffentlichen Sachen i.e.S. bilden) sowie das Finanzvermögen unterteilen.²² Dies führt zur Frage, wie sich Art. 664 ZGB mit dieser verwaltungsrechtlichen Einteilung zusammenführen lässt. Nach allgemeinem Verständnis umfasst Art. 664 ZGB alle unbeweglichen Sachen,²³ die sich im Gemeingebrauch befinden.²⁴ Diese Bestimmung unterscheidet zwischen «herrenlosen Sachen» und «öffentlichen Sachen» – je nachdem, ob der Gemeingebrauch von Natur aus besteht (herrenlose Sachen) oder es einer Widmung zum Gemeingebrauch bedurfte (öffentliche Sachen).²⁵ In der verwaltungsrechtlichen Literatur findet sich in diesem Zusammenhang bisweilen das Begriffspaar «natürliche und künstliche» öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, wobei «herrenlos» mit «natürlich» gleichzusetzen ist.²⁶ Aus Grün-

¹³ Vgl. REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 2 zu Art. 705 ZGB.

¹⁴ Vgl. BGE 106 II 311 E. II.3; 95 I 243 E. 2 (das kantonale Recht «kann auch ein im Privateigentum stehendes Gewässer als öffentlich erklären»); PIOTET, ComRom (Fn. 8), N 7 zu Art. 704 ZGB (der ausführt, den Kantonen bleibe der Weg über Art. 6 ZGB [namentlich der Nachweis eines schutzwürdigen öffentlichen Interesses] erspart, wenn die Bachquellen vom Anwendungsbereich des Art. 704 Abs. 1 ZGB nicht erfasst sei).

¹⁵ Vgl. B. HÜRLIMANN-KAUP/F. NYFFELER, Die grundbuchliche Behandlung der nicht im Privateigentum stehenden und der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke nach Art. 944 ZGB, ZBGR 2016, S. 81 ff., 100; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Nr. 2247; V. RÜEGGER, Der Zugang zu Wasser als Verteilungsfrage ..., Diss. Freiburg 2013, S. 15 f. Allgemein zu den Popularservituten: J. SCHMID/O. ZBINDEN, Popularservituten – Entstehung, Wirkungen und öffentlich-rechtliche Alternativen, in: R. Fankhauser et al. (Hrsg.), Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm ..., Zürich 2016, S. 1023 ff.

¹⁶ So bereits BGE 122 III 49 E. 2a mit Verweis auf P. LIVER (Fn. 8), S. 293; STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2360.

¹⁷ Anders REY (Fn. 9), Nr. 1091 i.f.

¹⁸ REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 9 zu Art. 704 ZGB; LIVER (Fn. 8), S. 293.

¹⁹ Ebenso BGE 122 III 49 E. 2a und 2b; BGer 2C_118/2020 E. 4.1; 2C_622/2010 E. 3.2; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1964, N 108 und 152 f. zu Art. 664 ZGB; STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2063 und 2360; SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 877; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 28 zu Art. 664 ZGB und N 8 zu Art. 704 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 92.

²⁰ MEIER-HAYOZ, BeKomm (Fn. 19), N 5 zu Art. 664 ZGB; PFAMMATTER (Fn. 9), S. 8.

²¹ P. TSCHANNEN/M. MÜLLER/M. KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Nr. 1331; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Nr. 2199.

²² BGE 138 I 274 E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Nr. 2201; A.W. MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung ..., Diss. Bern 2011, S. 9; Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 21), Nr. 1337, die als weitere Kategorie die Regalsachen nennen.

²³ Bewegliche Sachen sind nicht vom Anwendungsbereich des Art. 664 ZGB erfasst. Siehe dazu PFAMMATTER (Fn. 9), S. 22; STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2053; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 6), Nr. 819.

²⁴ STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2053; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 6), Nr. 817; HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 89; PFAMMATTER (Fn. 9), S. 11. Vgl. auch REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 4 und 7 zu Art. 664 ZGB; MEIER-HAYOZ, BeKomm (Fn. 19), N 5 zu Art. 664 ZGB.

²⁵ Vgl. auch E. 3.2.1 und 3.2.2 des Berichtsentcheids. Ferner HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 89 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 6), Nr. 817 und 819; STEINAUER (Fn. 7), Nr. 2058 und 2064; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 25 ff. zu Art. 664 ZGB; SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 466 und 471; MEIER-HAYOZ, BeKomm (Fn. 19), N 36 und 107 zu Art. 664 ZGB. Vgl. auch PFAMMATTER (Fn. 9), S. 15 mit Hinweisen, wonach «ein Objekt nicht ausschliesslich kraft seiner natürlichen Beschaffenheit zur herrenlosen Sache i.S.v. Art. 664 ZGB werden kann, sondern dass es dafür einer menschlichen Zweckbestimmung mittels generell-abstrakter Rechtsnormen bedarf».

²⁶ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 21), Nr. 1333 f.; MOSER (Fn. 22), S. 35 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Nr. 2228 ff.; P. MOOR/F. BELLANGER/T. TANQUEREL, Droit administratif, Band III, 2. Aufl., Bern 2018, S. 650 ff.; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Band II, Neuenburg 1984, S. 526 f.

den der Klarheit sollte die verwaltungsrechtliche Terminologie auch im Zivilrecht verwendet werden²⁷ – vor allem auch um eine Verwechslung mit den herrenlosen Sachen i.S.v. Art. 658 Abs. 1 und Art. 718 ZGB zu verhindern.

b. Die herrenlosen Sachen i.S.v. Art. 664 ZGB bzw. die natürlichen Sachen im Gemeingebrauch unterstehen der Hoheit des betreffenden Kantons (oder kraft Delegation derjenigen der untergeordneten Gebietskörperschaften)²⁸ (Art. 664 Abs. 1 ZGB). Deshalb kommt den Kantonen regelmässig das Eigentum an den herrenlosen Sachen zu – zwingend ist dies jedoch nicht (auch wenn Art. 664 Abs. 2 ZGB die rechtliche Vermutung zuungunsten des Privateigentums an öffentlichen Gewässern anordnet²⁹).³⁰ In ihrem Hoheitsbereich haben die Kantone – in den Schranken des

Bundesrechts³¹ – eine umfassende öffentlich-rechtliche Normsetzungsbefugnis.³² Die Gewässer (mit den dazugehörigen Bachquellen) als herrenlose Sachen stehen damit unter der Hoheit der Kantone (vgl. auch Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV betreffend die Gewässerhoheit der Kantone);³³ diese können im Rahmen ihrer Regelungskompetenz bestimmen, welche Gewässer (einschliesslich der Bachquellen) öffentlich sind.³⁴ Die Kantone kennen hierfür durchaus unterschiedliche Regelungen.³⁵

²⁷ So bereits PFAMMATTER (Fn. 9), S. 24.

²⁸ HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 96 m.w.V.

²⁹ Weiterführend zu dieser Vermutung HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 100 f. und PFAMMATTER (Fn. 9), S. 79 ff.

³⁰ SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 466; LIVER (Fn. 8), S. 129 f.; HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 96 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Nr. 2238 und 2247; MOSER (Fn. 22), S. 29 f. Vgl. auch BGE 106 II 311 E. II.3; 95 I 243 E. 2; 94 I 569 E. 2a; BGE 6B_116/2011 E. 3.3.

³¹ REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 24 zu Art. 664 ZGB.

³² HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 95 f.; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 23 und 28 zu Art. 664 ZGB und N 8 zu Art. 704 ZGB; SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 462; PFAMMATTER (Fn. 9), S. 47; RÜEGGER (Fn. 15), S. 12 und 22 f.; HAAB, ZüKomm (Fn. 8), N 17 zu Art. 664 ZGB.

³³ Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.2.1; SUTTER-SOMM (Fn. 7), Nr. 466 i.f.; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 4 f. und 36 zu Art. 664 ZGB; PFAMMATTER (Fn. 9), S. 15.

³⁴ HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 95 f.; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 6), N 23 und 28 zu Art. 664 ZGB und N 8 f. zu Art. 704 ZGB; RÜEGGER (Fn. 15), S. 12 und 22 f.; HAAB, ZüKomm (Fn. 8), N 17 zu Art. 664 ZGB.

³⁵ Siehe etwa für den Kanton Bern Art. 77 Abs. 2 EG ZGB und Art. 2 Wassernutzungsgesetz. Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/NYFFELER (Fn. 15), S. 92, und RÜEGGER (Fn. 15), S. 24, je mit weiteren Hinweisen.

Haftung der Architektin aus fehlerhafter Planung und versäumter Verjährungsunterbrechung

Einer Architektin unterläuft ein Planungsfehler, indem sie ein Flachdach ohne Notüberläufe konzipiert und so die anerkannten Regeln der Baukunde verletzt. Dann kommt ein Bauleitungs- bzw. Beratungsfehler hinzu, indem sie es unterlässt, gegenüber einem fehlbaren Dachdecker die Verjährung zu unterbrechen bzw. den Bauherrn auf die Notwendigkeit der Verjährungsunterbrechung aufmerksam zu machen.

Une architecte commet une erreur de planification et viole les règles établies de l'art de bâtir: elle conçoit un toit plat sans système d'évacuation des eaux de pluie. En plus, elle se rend coupable d'une négligence dans la direction des travaux et le conseil au maître de l'ouvrage: elle oublie d'interrompre la prescription contre un couvreur dont l'ouvrage était défectueux, respectivement n'avertit pas son client qu'il devrait agir à cet effet.

Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 15. März 2022 (ZK2 20 39)

Pascal Rey, Dr. iur., Rechtsanwalt, Senior Researcher am Institut für Baurecht, Universität Freiburg

Der Fall

(210) Eine Wohnbaute wird im Herbst 2008 abgenommen. Die Planerin, die mit der Projektierung und Ausführungsleistung betraut war, trifft sich im Frühling 2013 mit der Bauherrschaft vor Ort. Man stellt Feuchtigkeitsschäden an Dach und Dacheinschnitten inkl. Balkonen fest. Es kommt zu einem langen Streit über die Schadenstragung. Im April

2017 erklärt die Planerin, bis Ende 2018 auf die Verjährungseinrede zu verzichten. In den Jahren 2017/2018 erfolgt eine vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 ZPO). Daraus ergeht eine Expertise, wonach das Flachdach diverse Konzeptions- und Ausführungsfehler aufweist. Im Juni 2018 leitet der Bauherr ein Schlichtungsverfahren, nach dessen Scheitern auch den ordentlichen Zivilprozess ein und fordert von der Planerin Schadenersatz in Höhe von rund CHF 290 000 für die Kosten der Sanierung von Dach und Dacheinschnitten. Das Regionalgericht Surselva heisst die Klage gut. Hiergegen erhebt die Planerin vor dem Kantonsgericht Graubünden Berufung.