

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von U. Babusiaux, W. Ernst, M. Senn und A. Thier

Timo Fenner

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literaturverzeichnis	XXIX
1. Quellen	XXIX
A. Schweiz	XXIX
B. Kanton Zürich	XXX
a) Gedruckte Quellen	XXX
b) Ungedruckte Quellen	XXXII
C. Weitere Kantone	XXXIII
a) Gedruckte Quelle	XXXIII
b) Ungedruckte Quelle	XXXIII
D. Ausland	XXXIII
E. Monographien	XXXIII
2. Sekundärliteratur	XXXVI
Einleitung	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Erwartungen	3
III. Aufbau	4
Hauptteil	5
Kapitel 1: Vorbemerkungen	5
I. Einführung	5
1. Problemstellung – Was sind ehehafte Wasserrechte?	5
A. Die heutige Bedeutung und Definition eines ehehaften Wasserrechts	5
a) Allgemeines	5

j)	Inhaltlicher Umfang eines ehehaften Wasserrechts	5
aa)	Definition	5
bb)	Livers Definition eines ehehaften Wasserrechts	7
c)	Die Einteilung der Gewässer in öffentliche und private	8
d)	Der Begriff der ehehaften Wasserrechte als Sammelbezeichnung	8
B.	Die ehehaften Wasserrechte als wohlerworbene Rechte	9
a)	Vorbemerkungen	9
b)	Die ehehaften Wasserrechte als wohlerworbene Rechte	10
aa)	Der Begriff der wohlerworbenen Rechte	10
bb)	Problematik der begrifflichen Fassung der wohlerworbenen Rechte	10
c)	Die vier Gruppen der wohlerworbenen Rechte	11
d)	Der Schutz der wohlerworbenen Rechte gegen staatliche Beeinträchtigung	12
e)	Die Wirkung der wohlerworbenen Rechte	12
f)	Die ehehaften Wasserrechte als wohlerworbene Rechte und deren Schutz durch die Eigentumsgarantie	13
2.	Unterschiedliche Rechtsentwicklung in den Kantonen	14
A.	Das aargauische «Gesetz über die Benutzung der Gewässer zu Betreibung von Wasserwerken» vom 28. Februar 1856	14
B.	Der Schneider'sche Kommentar zum Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch	15
C.	Vorgehen zur Feststellung des Vorliegens eines ehehaften Wasserrechts	15
D.	Die Entstehung eines ehehaften Wasserrechtes	16
a)	Die ältesten ehehaften Wasserrechte sowie die Herausbildung des Begriffs der ehehaften Wasserrechte Mitte des 19. Jahrhunderts	16
b)	Die verschiedenen Gruppen von ehehaften Wasserrechten	16

II. Die Dichotomie von «öffentlich» und «privat» und die Einführung des Eigentums	18
1. Öffentliches und privates Wasserrecht	18
2. Die Problematik der Verwendung der Begriffe «öffentlich» und «privat» aus heutiger Perspektive auf Sachverhalte des Ancien Régime	19
3. Die Herausbildung des Begriffs des ehehaften Wasserrechts: Historische Kontinuität?	20
Kapitel 2: Das Wasserrecht im Ancien Régime	23
I. Historische Ausgangslage	23
1. Die dreizehnörtige Alte Eidgenossenschaft im ausgehenden Ancien Régime	23
A. Territorialer Bestand	23
B. Politische Systeme	24
C. Rechtliche Situation	25
D. Ökonomische Struktur	26
2. Der Stand Zürich im ausgehenden Ancien Régime	26
A. Das Regiment der Stadt Zürich	26
a) Zunftwesen	26
b) Der Grosse Rat	27
c) Der Kleine Rat	27
d) Die Standeshäupter	27
e) Die Kanzlei	28
f) Die Ratskommissionen	28
B. Territorialer Bestand, Verwaltung und Recht	29
a) Die Verwaltung der Vogteien, Munizipalstädte und Gerichtsherrschaften	29
b) Die Funktionsträger innerhalb der Gemeinden	30
II. Die Verwendung des Ausdruckes «Ehehaft» zur Zeit des Ancien Régime	31
1. Zur Bedeutungsbreite des Ausdruckes «Ehehaft»	31
A. Die Verwendung des Ausdruckes «Ehehaft» in den mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtsquellen	31
B. Die Verwendung des Ausdruckes «Ehehaft» Ende des 18. Jahrhunderts	32
a) Die Verwendung in Johann Georg Krünitz' «Oeconomischer Encyclopaedie», 1777	32

b)	Die Verwendung in Karl Albrecht von Vacchierys «Ueber die Ehehaften und Ehehaftengerichte in Baiern», 1798	34
C.	Die Verwendung des Ausdruckes «Ehehaft» in der Zürcher Rechtssprache des Ancien Régime	35
a)	Allgemeines	35
b)	Die Verwendung des Ausdruckes «Ehehaft» im Zusammenhang mit wasserrechtlichen Regulierungen	35
c)	Der Begriff Ehehaft im Zusammenhang mit den ehehaften Gewerben	36
III.	Die Verwendung des Wassers im Ancien Régime	37
1.	Die Verwendung des Wassers im Allgemeinen	37
2.	Die Verwendung des Wassers zum Betrieb von Mühlen	39
A.	Übersicht	39
B.	Die Entstehung einer Mühle: Vom Mühlenlehen zur eigentümerähnlichen Stellung des Mühlenbesitzers	39
3.	Ehehafte Gewerbe und die Nutzung der Wasserkraft	41
A.	Wasserkraftnutzung und Ausübung eines Gewerbes	41
B.	Der Schutz der ehehaften Gewerbe	41
IV.	Die partikularrechtliche Regulierung des Wassers	43
1.	Nutzungskollisionen und Nutzungskonflikte bei der Nutzung des Wassers	43
A.	Die Beschränkte Verfügbarkeit des Wassers und die Konsequenzen von Eingriffen in die Hydrosphäre	43
B.	Die wasserrechtlichen Regulierungen bis zur Helvetik	44
2.	Praxisbeispiele	45
A.	Vorbemerkungen	45
B.	Das Zürcher Brunnenmandat von 1748	45
C.	Allgemein zugängliche und «private» Brunnen	47
D.	Ludretikon	48
E.	Amriswil I	54
F.	Amriswil II	55
V.	Das Wasserrecht des Eidgenössischen Stadt- und Landrechts des J. J. Leu (1728)	57
1.	Die Ausbildung eines Gewohnheits- und Statutarrechts seit dem 16. Jahrhundert	57
2.	Leus Darstellung	58

3. Die römisch-rechtlichen Ansätze zur Regulierung des Wassers	59
Kapitel 3: Das Wasserrecht in der Helvetik	61
I. Historischer Hintergrund	61
1. Von der korporativen Ordnung des Ancien Régime zur bürgerlichen Freiheit	61
2. Der helvetische Einheitsstaat	62
II. Die Neuorganisation des Wasserrechts	63
A. Die Neuordnung der Gewässer	63
B. Die ökonomischen Veränderungen	65
a) Die Veränderung der Beziehung der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft untereinander und zum Staat	65
b) Die Veränderungen im Wasserrecht	66
III. Die Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit	67
1. Die ehehaften Gewerbe und die Einführung der Gewerbefreiheit	68
2. Wasserrecht und Gewerbe	69
A. Der Versuch einer Entkopplung der Ausübung eines ehehaften Gewerbes vom damit verbundenen Wasserrecht	69
B. Eschers Votum zur umfassenden Regulierung des Wassers	70
IV. Hans Conrad Escher von der Linth	71
1. Allgemeines	71
2. Biographie	72
V. Die Forderung nach einer umfassenden Regulierung des Wassers	74
1. Die Regulierung des Wassers in den umliegenden Gebieten um 1800	74
2. Die helvetische Wasserrechtsgesetzgebung	75
VI. Der Entwurf eines Gesetzes über die schweizerische Wasserbaupolizei, Juli 1800	76
1. Vorbemerkungen	76
A. Neuerungen	76
B. Inhalt	77

a) Grundlage	77
b) Materie	78
C. Quellentext	78
VII. Die Grundlagen des Entwurfs des Wasserbaupolizei-	
Gesetzes	88
1. Allgemeines	88
2. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs	90
A. Die drei «Urrechte»	90
B. Das Eigentum als Resultat des dritten «Urrechts»	92
C. Das Recht auf Schadenersatz bei der Verletzung eines «Urrechts»	95
D. Die Einführung des Eigentums durch Verträge	96
E. Die Einführung des Eigentums in der Helvetischen Verfassung von 1798 und die Entstehung des Eigentums in der bürgerlichen Gesellschaft	96
F. Das Eigentum am Wasser	99
a) Das Wasser als Gegenstand des Privateigentums und als allgemeines Staatsgut	99
b) Die Wassernutzung als Regal	100
c) Die Benutzung der Wasserkraft	101
3. Die Staatsverwaltung	102
A. Allgemeines	102
B. Der Staatszweck	103
C. Die Kodifikation	103
a) Die Kritik Eschers am Zustand der Gesetzgebung nach der Helvetik	103
b) Gerichtsordnung und Rechtsprechung	106
4. Das Erfordernis einer Wasserbaupolizei	106
A. Die Problematik der Wassernutzung und deren Auswirkungen auf die Hydrosphäre um 1800	106
B. Zweck und Organisation der Wasserbaupolizei	108
5. Die hydrologischen Herausforderungen um 1800 Eschers Analyse	110
A. Wassernutzung und Industrialisierung	110
B. Die positive Aufnahme des Entwurfs des Wasserbaupolizei-Gesetzes	111
6. Das Ende der helvetischen Gesetzgebung	112
 Kapitel 4: Die Regulierung des Wassers in der Mediation	 115

I.	Historischer Hintergrund	115
	1. Das Ende der Helvetischen Republik	115
	2. Die politische Neuordnung	116
	A. Die Mediationsakte	116
	B. Die politischen Institutionen	117
	C. Die Gerichtsorganisation	119
II.	Die gesetzgeberischen Aktivitäten im Wasserrecht während der Mediation	120
	1. Die Interessen betreffend die Wassernutzung	120
	2. Der Wasserbau vor der Einsetzung der Wasserbaupolizeikommission	120
III.	Die Wasserbaupolizeikommission	121
	1. Die Einsetzung der Wasserbaupolizeikommission	121
	2. Die Aufgaben der Wasserbaupolizeikommission	121
IV.	Wassernutzung und Gewerbe in der Mediation	123
	1. Ständische Gesellschaftsordnung und Besitzstandwahrung	123
	2. Die Neuordnung der Gewerbe	124
	A. Die Gewerbefreiheit	124
	B. Die Handwerke im Zeichen der konservativen Restabilisierung	125
	a) Die Forderung einer Neuorientierung	125
	b) Der Schutz der Ehehaften	125
	c) Die Ehehaften als obrigkeitlich bewilligte Gewerbebetriebe	126
	d) Die Auswirkungen auf das Wasserrecht	129
	C. Die Ergänzung des Handwerkspolizei-Gesetzes	130
	a) Offene Fragen betreffend die zu erhebenden Abgaben	130
	b) Die Einführung von Retributionszahlungen für obrigkeitlich bewilligte Gewerbe	130
	D. Von der Systemkonservierung zur wirtschaftlichen Liberalisierung	132
	a) Ausgangslage und Konfliktpotential	132
	b) Die fiskalischen Interessen bei der Regulierung des Wassers	134
	Kapitel 5: Die Regulierung der Wasserrechte in der Restauration	135

I. Die politischen Veränderungen nach dem Ende der Mediation	135
II. Rechtliche Situation	140
III. Ökonomische und industrielle Entwicklung	141
1. Vorbemerkungen	141
2. Industrialisierung und Wassernutzung	142
3. Die Steigerung der Produktionskapazitäten ab 1814 und die Wertzunahme der bestehenden Wasserrechte	143
IV. Die Neuregulierung des Wassers	144
1. Das Bedürfnis der Regierung nach einer umfangreicheren und zweckmässigeren Regulierung der Wasserrechte	144
2. Das Gutachten Eschers zur Regulierung des Wassers	145
A. Vorbemerkungen zum Entwurf	145
B. Gutachten	147
3. Der «Beschluss des Kleinen Raths vom 5. Merz 1816, betreffend einen auf Wasserrechts-Ertheilungen zu legenden jährlichen Canon»	154
4. Die Neuregulierung im Detail	160
A. Das Erfordernis einer Bewilligung für die Ausdehnung oder Veränderung eines bestehenden Wasserwerks	160
B. Das Erfordernis einer Gewerbsbewilligung bei der Nutzung der Wasserkraft für gewerbliche Zwecke	161
C. Die Einführung der Kategorie der öffentlichen und privaten Gewässer	161
a) Die Gebührenregelung und die Anerkennung der vor dem 8. März 1816 bestehenden Wasserrechte	162
b) Die Umnutzung der bestehenden Wasserrechte und das damit verbundene Konfliktpotential	162
5. Die Regulierung des Wassers im Kanton Thurgau	163
Kapitel 6: Die Regulierung der Wasserrechte in der Regeneration	165
I. Die Umgestaltung des politischen Systems ab 1830	165
1. Historischer Hintergrund	165
2. Die Kantonsverfassung vom 20. März 1831	166
3. Der Anstoss zur Umgestaltung die Abschaffung der Feudallasten	166

II.	«Gesetz über Ertheilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse»	170
III.	Die Anfänge der Wasserbaugesetzgebung	176
	1. Die Verleihung des Rechts auf eine Nutzung des Wassers durch den Staat	176
	2. Die Liberalisierung der Erteilung von Wasserrechten	176
	A. Kanton Zürich	176
	B. Kanton Thurgau	177
	3. Die neuen wirtschaftlichen Perspektiven	178
	 Kapitel 7: Die Regulierung der Wasserrechte seit 1848	 181
I.	Historischer Hintergrund	181
	1. Politische Entwicklung	181
	2. Regulierung der Wassernutzung	184
	A. Vorbemerkungen	184
II.	Das Wasserrecht des PGB	185
	1. Die wasserrechtlichen Regulierungen der kantonalen Zivilgesetzbücher	185
	2. Die Regulierung des Wassers im Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich	186
	A. Die Abgrenzung der Bereiche des öffentlichen und des privaten Rechts	186
	a) Grundsatz	186
	b) Die öffentlichen, dem gemeinen Gebrauch dienenden Sachen	187
	aa) Der Begriff des «Gemeingebrauchs» als Neologismus des 19. Jahrhunderts	187
	bb) Die Entstehung des Begriffes	188
	c) Die öffentliche Natur der Gewässer sowie die Begründung von privaten Rechten an selbigen	188
	d) Der private Charakter der konzessionierten Wasserrechte	189
	B. Die konkrete Zuteilung der Gewässer in die Bereiche des Privatrechts und des öffentlichen Rechts	189
	a) Die Oberflächengewässer	189
	aa) Der Begriff der «hergebrachten Privatrechte» und deren Schutz	190

	bb) Rechtsprechung	191
	cc) Die Zuordnung der Gewässer im gemeinen Recht	192
	dd) Die Zweckbestimmung der Gewässer	194
	b) Die Regulierung der Quellen und des Grundwassers	194
	c) Die Bewilligungspflicht für Wasserwerke	195
	C. Die ehehaften Wasserrechte	196
	D. Das aargauische «Gesetz über die Benutzung der Gewässer zu Betreibung von Wasserwerken» vom 28. Februar 1856	198
	E. Ergänzung der Bestimmung des PGB	200
III.	Die Nutzung der Wasserkraft in der zweiten Hälfte des 19. . Jahrhundert	200
IV.	Das Zürcher Gesetz betr. die Benutzung der Gewässer und das Wasserbauwesen	201
	1. Ergänzende Regulierung des Wassers	201
	2. Neue Bestimmungen	202
V.	Das «Wasserbaugesetz» des Kantons Zürich (1901)	203
	1. Die Entwicklung der Wasserrechts in den Kantonen Ende des 19. Jahrhunderts	203
	2. Regulierung	204
	3. Grundsatz der Zinsfreiheit der vor 1816 begründeten Wasserrechte	204
VI.	Das Wasserrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)	205
	1. Grundlage	205
	2. Die vorhergehende Regulierung des Wassers in der Bundesverfassung	206
	A. Grundsatz	206
	B. Der Wasserwirtschaftsartikel Art. 24 ^{bis} aBV	207
	3. Das Inkrafttreten des ZGB	208
	A. Aufhebung der kantonalen privatrechtlichen Bestimmungen	208
	B. Das Verhältnis vom Bundeszivilrecht zum kantonalen öffentlichen Recht	208
	C. Die öffentlichen Gewässer als herrenlose Sachen	208
	D. Die konkreten Bestimmungen des ZGB	210

VII.	Das Zürcher Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB)	212
VIII.	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG)	213
	1. Die gesamtschweizerische Vereinheitlichung der Nutzung der Wasserkräfte	213
	2. Die öffentlich-rechtliche Theorie	215
	3. Regulierungen	215
IX.	Gesetz betreffend die Ergänzung zu § 137 des Zürcher EG ZGB	216
	1. Bemerkungen	216
	2. Regulierung	217
X.	Zürcher Grundwasserverordnung	218
	1. Bemerkungen	218
	2. Regulierung	218
XI.	Die Entwicklung der Gesetzgebung im Umweltrecht	221
	1. Allgemeines	221
	2. Der Gewässerschutz	222
	A. Der Gewässerschutz im Kanton Zürich	222
	B. Der Gewässerschutz auf Bundesebene	222
XII.	Zürcher Gesetz über die Gewässer und den Gewässerschutz (Wassergesetz)	224
	1. Vorbemerkungen	224
	2. Regulierung	227
	3. Bemerkungen	229
	A. Öffentlicherklärung des Grundwassers	229
	B. Verwirkung	229
XIII.	Wasserwirtschaftsgesetz	230
	1. Regulierung	230
	2. Bemerkungen	231
	A. Nutzbarmachung des Grundwassers	231
	B. Allgemeine Öffentlicherklärung des Grundwassers	232
	C. Spannung zwischen dem Bundeszivilrecht und der kantonalen Bewilligungspraxis sowie Einführung der Abflussmenge Q ₃₄₇	232
	D. Private Wasserrechte an öffentlichen Gewässern	233
	E. § 18 a KonzV WWG vom 1. Oktober 2007	234

Inhaltsverzeichnis

a) Neue Kategorie von Wasserrechten	234
b) Befristung der Konzessionen	234
XIV. Entwurf des Wassergesetzes (WsG) des Kantons Zürich	235
1. Bemerkungen	235
A. Allgemeines	235
B. Vorbemerkungen zur Regulierung	236
2. <i>Regulierung</i>	236
Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	239
Anhang	243
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794	243