

## IV. Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht

### 26 Eehafte Wasserrechte.

- **Im Kanton Aargau haben sich Nutzungsrechte an Gewässern aus althergebrachten Rechtstiteln als privatrechtliche Eigentumsrechte erhalten.**
- **Begriff und Inhalt des dinglichen Rechts bestimmt das Privatrecht.**
- **Die eehaften Wasserrechte sind von der Eigentumsgarantie geschützt.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 25. Januar 2010 in Sachen J. gegen Regierungsrat (WBE.2006.368).

### *Aus den Erwägungen*

5.

5.1.

Eehafte Rechte sind nach Lehre und Rechtsprechung vorbestandene, auf althergebrachten Rechtstiteln beruhende Rechte und eehafte Wasserrechte sind historische Rechte an öffentlichen Gewässern, die bis heute weiterbestehen (siehe BGE 131 I 321 Erw. 5; BGE vom 24. März 2003 [2P.256/2002], Erw. 1.2.2 und 3; BGE 88 II 498; AGVE 1983, S. 167; Peter Liver, Die eehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Privatrechtliche Festabhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Bern 1972, S. 466 [Liver, Wasserrechte]; Peter Liver, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit 100 Jahren, in: ZSR 71/1952, Band 1, S. 339 [Liver, ZSR], Dominik Strub, Wohlerworbene Rechte, Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Diss. Freiburg 2001, S. 85 und S. 201 f. mit Hinweisen). Zur Zeit ihrer Begründung galten eehafte Wasserrechte als private Rechte und bis ins 19. und noch anfangs des 20. Jahrhunderts galt das verliehene Was-

serrecht als privates Recht, gleichgültig, ob es aufgrund des Eigentums oder der Gewässerhoheit eingeräumt worden war. Das öffentlich-rechtliche Verständnis verliehener Wasserrechte setzte sich erst allmählich durch (Liver, Wasserrechte, S. 465 ff.; Liver, ZSR, S. 305 f., 333 f.; BGE 127 II 69 Erw. 4.b; BGE vom 24. März 2003 [2P.256/2002], Erw. 1.2.2; Riccardo Jagmetti, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, Basel 2005, Rz. 4206).

Zum privatrechtlichen Charakter der ehehaften Wasserrechte nach dem Recht des Kantons Aargau sprach sich die (frühere) Praxis des Regierungsrates, die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte und auch die Lehre aus. Im Rechtsgutachten von Prof. Dr. Peter Liver, in der Streitsache der Gebrüder Wächter, Brittnau, gegen den Kanton Aargau betreffend ehehaftes Wasserrecht vom 30. Juli 1945 (Gutachten Liver) wird hierzu ausgeführt, dass die Gesetzgebung nur die Anerkennung der ehehaften Wasserrechte aussprach und der Regierungsrat auf dem Verordnungsweg bloss die Feststellung des Umfangs dieser Rechte anordnete. Die ehehaften Rechte behielten daher den rechtlichen Charakter und Inhalt, den sie durch die Rechtsentwicklung bis zum Ende des 18. Jahrhunderts erhalten hatten. Sie sind private Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern (Gutachten Liver, S. 8; vgl. dazu auch Hans Raschle, Zivilprozesssache und Verwaltungsstreitsache im aargauischen Rechtsgang, in: Festgabe Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 296 f.). Dieser Auffassung folgte das Bundesgericht auch in den Entscheiden der Gebrüder Wächter vom 3. November 1947 und 5. Februar 1948, wonach nach Aargauischem Recht ein ehehaftes Wasserrecht dem Privatrecht angehöre, also ein Rechtsverhältnis darstelle, bei dem sich Staat und Wasserrechtsbesitzer als gleich geordnete Rechtssubjekte gegenüberreten (Urteil vom 5. Februar 1948, S. 17 und S. 23 f.). Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts steht auf privatrechtlicher Grundlage, obwohl hier die Unterscheidung zwischen ehehaften Rechten und wohl erworbenen Rechten (zu dieser Differenzierung siehe Werner Dubach, Die wohl erworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, Bern 1980, S. 60 f. und S. 62 f.) nicht immer

eindeutig ist (VGE III/60 vom 21. Dezember 1983, S. 12; AGVE 1983, S. 164 ff.; AGVE 2000, S. 223).

Der Einwand des Regierungsrates und des BVU, beim ehehaften Wasserrecht handle es sich um öffentliches Recht, widerspricht damit der bis dato herrschenden Lehre und Praxis. Er ist auch mit den historischen Gegebenheiten nicht vereinbar. Das Gewerbepolizeigesetz vom 25. April 1804 liess in § 9 die überlieferten Rechte, insbesondere die ehehaften Rechte unberührt und bestimmte eine Bewilligungspflicht für die Neuanlage oder die Erweiterung einer vorhandenen "Gewerbbestätte als Feuer- oder Wasserwerke und alle anderen Gewerbe, die bisher unter dem Namen "Ehehaften" bekannt waren" (Gesetzessammlung für den eidgenössischen Kanton Aargau, neue revidierte Ausgabe in drei Bänden, Band 3, Aarau 1848, S. 168 ff.). Auf dieser Grundlage wurde bei Erlass des "WRG 1856" eine umfassende Aufnahme und Einteilung der Wasserwerksrechte in ehehafte und konzedierte Rechtsverhältnisse vorgenommen. Beim Anerkennungsverfahren ging es um die Feststellung des Inhalts der privaten dinglichen und "unveränderlichen" (Wasserwerks-) Rechte (siehe hiezu Fritz Gerspach, Die öffentlichen Sachen des Kantons Aargau, Diss. Basel 1937, S. 164 f. und S. 176 f., insbesondere S. 167 mit dem Hinweis auf die Botschaft des Regierungsrates vom 10. November 1854 zum WRG; Gutachten Liver, S. 8). Entsprechend wurde den Inhabern von ehehaften Rechten - hier dem Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers - für den ehehaften Teil des Wasserwerks eine Anerkennungsurkunde ausgestellt und keine Konzession. Die Anerkennungsurkunde vom 8. Februar 1860 anerkennt denn auch ausdrücklich "das den Herren Gebrüder Ott *eigenthümlich* angehörige" Wasserwerk. Auf dem sog. Aktendeckel der Anerkennung ist – entgegen der Meinung der Vorinstanz - auch nicht nur die Fortführung, sondern vorab die "Anerkennung eines ehehaften Wasserwerks" vermerkt.

Die Kantonsverfassung behält bei den kantonalen Regalrechten die bestehenden Privatrechte vor (§ 55 Abs. 2 Satz 2 KV). Einen solchen Vorbehalt enthielt bereits die Staatsverfassung vom 23. April 1885 (vgl. Art. 22 [AGS, Band 1, S. 5]). Deren einseitige Beschränkung ist verfassungsrechtlich nur auf dem Enteignungswege möglich

(Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986, § 55 N 5). Der privatrechtliche Charakter der ehehaften Wasserrechte blieb auch in der kantonalen Gesetzgebung über die öffentlichen Gewässer bis in die neueste Zeit unbestritten (siehe § 76 Abs. 2 des Baugesetzes vom 2. Februar 1971 [AGS, Band 8, S. 125 ff.]) und dazu, Erich Zimmerli, Kommentar zum BauG des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 76 N 4 e mit Hinweisen). § 114 Abs. 3 BauG behält das Eigentum an anderen Quellen und weiteren bestehenden Privatrechte ausdrücklich vor. Die mit dem § 76 des (alten) Baugesetzes 1971 identische Bestimmung hat die "ehehaften" Wassernutzungsrechte daher auch weiterhin anerkannt (Botschaft des Regierungsrates vom 21. Mai 1990 zum Baugesetz [5397], S. 44). Die Anerkennung der "ehehaften" Wasserrechte als unentziehbare subjektive Rechte folgt schliesslich - zumindest implizit - auch aus § 43 Abs. 5 und 6 des Wassernutzungsgesetzes vom 11. März 2008 (WNG; SAR 764.100) (siehe Botschaft des Regierungsrates vom 2. Mai 2007 zum WNG [07.106], S. 44) sowie aus § 2 Abs. 2 und § 60 Abs. 1 des Gesetzes über die Nutzung und den Schutz der öffentlichen Gewässer vom 22. März 1954 (GNG; AGS, Band 4, S. 173 und 187).

Aus der historischen Betrachtung und der Gesetzgebung ergeben sich daher ausreichende Anhaltspunkte für eine Anerkennung subjektiv dinglicher Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern im Kanton Aargau. Für eine weitere Differenzierung der ehehaften Rechte in enteignungsfähige und bloss unentgeltliche, aber konzessionierte Wassernutzungsrechte bestehen keine Anhaltspunkte. Insbesondere kann aus der Formulierung von § 8 lit. b "WRG 1856" nicht auf eine solche Unterscheidung geschlossen werden. Der Verweis auf § 1 bezieht sich auf das Privateigentum am (öffentlichen) Gewässer (siehe § 1 Abs. 2).

## 5.2

Mit dem Inkrafttreten des ZGB blieben die bestehenden dinglichen Rechte unberührt. Vorbehalten waren allein die Bestimmungen über das Grundbuch (Art. 17 Abs. 1 SchlT ZGB [Schlusstitel zum ZGB]). Inhalt und Wirkung des Eigentumsrechts und der beschränkten dinglichen Rechte bestimmen sich demgegenüber nach dem ZGB

(Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB). Gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB können kantonale ehehafte Wasserrechte, die als selbständige und dauernde Rechte ausgestaltet sind, als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden (siehe dazu auch Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1964, Art. 655 N 50 ff.; Verwaltungsgerichtsurteil vom 10. November 2003 [BE], in: ZBGR 87/2006, S. 312 mit Hinweisen). Voraussetzung einer Eintragung ist u. a., dass ein solches Recht auf wenigstens dreissig Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet erscheint (Art. 7 Abs. 2 Ziffer 2 GBV; SR 211.432.1). Aus der Aufnahme von Wasserrechtsverleihungen an öffentlichen Gewässern gemäss Art. 8 GBV, kann nicht auf den ausschliesslich öffentlich-rechtlichen Charakter eines Wassernutzungsrechts geschlossen werden. Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 56 SchlT ZGB die Aufnahme von Wasserrechtsverleihungen als Sondernutzungskonzessionen an öffentlichen Gewässern bis zum Inkrafttreten des WRG vorgesehen. Auch solche dingliche Wasserrechtsverleihungen verschaffen dem Berechtigten eine dingliche Rechtsposition (Heinz Rey, Basler Kommentar ZGB II, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 56 SchlT N 5).

Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, mit der die bundesrechtlichen Zuständigkeiten gemäss Art. 76 BV (bzw. Art. 24<sup>bis</sup> Abs. 1 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874) umgesetzt wurden, brachte mit Bezug auf die (vor-) bestehenden privaten Wassernutzungsrechte keine Änderung. Nach Art. 74 Abs. 2 WRG kommt die Befristung auf höchstens 80 Jahre (Art. 58 WRG) auf historische Sondernutzungsrechte, die vor dem 25. Oktober 1908 begründet wurden, nur so weit zur Anwendung, als diese konzessioniert wurden.

Auch wenn aus heutiger Sicht einem privaten Nutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer ebenso ein öffentlich-rechtlicher Charakter beizumessen ist, sich die Anschauung über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht verändert hat und diese Rechte heute nicht mehr als Privatrechte begründet werden können (siehe dazu Art. 2 und 74 Abs. 1 WRG), haben die ehehaften Rechte ihre privatrechtliche Rechtsnatur dadurch nicht verloren. Insbesondere die Rechte, welche als selbständige und dauernde Rechte ausge-

staltet und als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen sind, stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und können (bundesrechtlich) nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV aufgehoben oder in ihrer Substanz beschränkt werden (BGE 119 IB 254 Erw. 5.a).

Nicht einschlägig erscheint in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2000 (BGE 127 II 69). Der Entscheid bezieht sich nicht auf ein ehehaftes, sondern auf ein verliehenes Wasserrecht, das seine Grundlage in einer Konzession des Regierungsrates des Kantons St. Gallen aus dem Jahre 1866 hatte.

### 5.3.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das umstrittene Wassernutzungsrecht im Zeitpunkt seiner Anerkennung dem Begriff ehehaften Rechts zuzuordnen ist, worunter Rechte verschiedener Herkunft und Entwicklung zusammengefasst worden sind, die im wesentlichen noch aus der Zeit vor der Französischen Revolution stammen und sich allen Wandlungen zum Trotz als Privatrechte erhalten haben. Sie wurden als Eigentumsrechte des Inhabers anerkannt (siehe vorne Erw. 5.1). Ihre sachenrechtliche und dingliche Zuordnung zum Privatrecht blieb auch unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch unter dem Bundesrecht anerkannt (Art. 17 Abs. 1 SchlT ZGB).

Auf den Charakter des ehehaften Rechts hat auch die Anerkennung keine Auswirkungen. Inhalt und Charakter eines ehehaften Rechts werden durch die Anerkennung des Staates nicht verändert (Gutachten Liver, S. 8, BGE vom 5. Februar 1948 i.S. Wächter, S. 23) und sie stellen auch das ehehafte Recht nicht auf eine neue Rechtsgrundlage (Verwaltungsgerichtsurteil vom 10. November 2003 [BE], in: ZBGR 87/2006, S. 314). Den Inhabern von ehehaften Rechten im Kanton Aargau wurden nach Inkrafttreten des Wasserkraftgesetzes Anerkennungsurkunden ausgestellt, während den Inhabern von verliehenen Rechten Konzessionen erteilt wurden. (...)

Zusammenfassend und im Sinne eines vorläufigen Ergebnisses ist festzuhalten, dass die ehehaften Wasserrechte nach aargauischem Recht, nach Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und der überwiegenden Doktrin von privatrechtlicher Rechtsnatur sind und als Privatrechte auch vom Bundesrecht ausdrücklich anerkannt sind. Damit

bestimmt das Privatrecht Begriff und Inhalt des dinglichen Rechts, und dieses ist auch massgebend, soweit es um seinen Bestand geht.

#### 5.4.

Ehehafte, historische Rechte oder vorbestandene Rechte zeichnen sich durch die Unentgeltlichkeit der Rechtsausübung und die unbeschränkte Dauer aus, soweit sie ausgeübt werden (Strub, a.a.O., S. 203 f. mit Hinweisen; Liver, Wasserrechte, S. 473; siehe auch Matthias Mosimann, Umwelt Aargau, Sondernummer 15. August 2003, S. 18; Verwaltungsgerichtsurteil vom 10. November 2003 [BE], in: ZBGR 87/2006, S. 315). Ihren Inhalt - als ursprünglichen Bestandteil einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis - haben die ehehaften Wasserrechte im Laufe der Zeit verloren und sich verselbständigt, indem ihr Bestand anerkannt wurde, auch wenn der ursprüngliche Zweck weggefallen ist (Liver, Wasserrechte, S. 489; Dubach, S. 62). Insoweit hat eine Zweckänderung der Wasserwerknutzung auch keine Auswirkungen auf den Bestand des ehehaften Rechts (BGE vom 29. November 2006 [2A.391/2006], Erw. 4.3 mit Hinweisen; so schon das Obergericht in: VJS 1903, S. 135, Nr. 121). Die Anerkennungsurkunde und § 8 "WRG 1856" sehen denn auch nur eine Bewilligungspflicht des Regierungsrates vor. Für den Fortbestand des Rechts spricht vorliegend zudem, dass der Regierungsrat bei der Konzessionserneuerung 1944 von der Zweckänderung Kenntnis hatte und den damaligen ehehaften Anteil unverändert anerkannte, wie auch, dass im Grundbuch die "Ausnützung der ehehaften Wasserkraft" ohne Bezug auf ein bestimmtes Gewerbe eingetragen ist (Art. 738 Abs. 1 ZGB).

(...)

Die ehehaften Rechte sind Vermögensrechte, die durch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV und § 21 KV geschützt sind. Einschränkungen dieses Grundrechts bedürfen grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Die überwiegende Lehre und Praxis teilt die ehehaften Rechte der Kategorie der wohlerworbenen Rechte zu und leitet deren Rechtsschutz aus der Eigentumsgarantie und/oder dem Prinzip von Treu und Glauben ab (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 1008; Strub, a.a.O., S. 111 ff; BGE 131 I 321 Erw. 5.3; BGE 134 I 23 Erw. 7.1; Dubach, a.a.O., S. 62 f.).

Die Frage nach dem massgebenden Rechtsschutz kann hier offen gelassen werden. Der ehehafte Anteil des Wasserrechts Nr. (...) ist als unbefristetes Recht des Inhabers anerkannt und im Grundbuch eingetragen. In der im Zeitpunkt der Befristung geltenden Rechtsordnung (...) fehlte eine gesetzliche Bestimmung, welche die Behörden ermächtigte, private Eigentumsrechte an Wassernutzungswerken zu befristen. Die Verwaltung konnte daher nicht auf dem Verfügungswege rechtsgestaltend in das privatrechtliche Verhältnis eingreifen.

(...)

## **27 Zonenkonformität von Kindertagesstätten in einer Wohnzone.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. Januar 2010 in Sachen X. und Y. gegen Kantonsspital Aarau AG (WBE.2008.252).

### *Aus den Erwägungen*

1.

Die Beschwerdegegnerin betreibt auf den Liegenschaften Westallee 9 (Parzelle Nr. 1205) und Westallee 13 (Parzelle Nr. 1206) zwei Kindertagesstätten. Beide Gebäude wurden zuvor als Personalhäuser genutzt. Die jetzt eingerichteten Kindertagesstätten sind von 6.30 Uhr bis 19.00 Uhr geöffnet. Abends, an Samstagen sowie an Sonn- und Feiertagen sind sie geschlossen. Die Kinder werden zwischen 6.30 Uhr und 9.00 Uhr gebracht und zwischen 16.00 Uhr und 19.00 Uhr abgeholt. Die Kinder in der Liegenschaft Westallee 9 sind im Kindergarten- und Primarschulalter. An der Westallee 13 werden Kinder von drei Monaten bis und mit viertem Lebensjahr betreut. Die Westallee 9 hat zehn Plätze, an der Westallee 13 können 14 Kinder betreut werden. Beide Kindertagesstätten verfügen über einen Garten, wobei ein Zaun die beiden angrenzenden Gärten trennt. Im Garten der Westallee 9 befanden sich zum Zeitpunkt des verwaltungsgerichtlichen Augenscheins vom 24. August 2009 zwei Fussballtore, ein Sandplatz sowie ein Partyzelt mit drei Bänken, welches gemäss der Leiterin der Kindertagesstätten im Herbst entfernt wer-