

Michael Bütler*

Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wasser- nutzungskonzessionen – Besprechung von BGE 145 II 140

Résumé ———> 556 / Riassunto ———> 556

* Für wertvolle Rückmeldungen und die kritische Durchsicht zum Entwurf des vorliegenden Beitrags danke ich VERONIKA HUBER-WÄCHLI.

Der Autor dieses Beitrags hat im Auftrag des Beschwerdeführers (WWF Schweiz) das Rechtsgutachten «Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten» mitverfasst, welches der Beschwerdeführer auf Stufe Verwaltungsgericht zur Untermuerung seiner Position einreichte. Das Gutachten von MICHAEL BÜTLER und ENRICO RIVA vom 22. März 2017 ist abrufbar unter http://www.bergrecht.ch/Eigene%20Publikationen/20170322_Gutachten%20ehehafte%20Wasserrechte_Buetler_Riva_def.pdf.

Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wassernutzungskonzessionen
– Besprechung von BGE 145 II 140

I.	Das Wesentliche des Urteils	542
II.	Zum Sachverhalt	542
III.	Was sind ehehafte Wasserrechte?	542
IV.	Auswirkungen des Urteils auf das Kraftwerk Hammer und weitere Wasserkraftwerke	544
V.	Rechtliche Wirkung von ehehaften Wasserrechten, insbesondere damit verbundene Privilegien	545
VI.	Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt	546
VII.	Kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung	547
VIII.	Auswirkungen auf andere ehehafte Rechte	548
IX.	Hinweise und Lösungsvorschläge zur Umsetzung des Urteils	549
1.	Erwägungen des Bundesgerichts als Ausgangspunkt	549
2.	Behördliche Pflichten und Schritte zur Ablösung der ehehaften Rechte	549
2.1	«Bei erster Gelegenheit»: Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren	550
2.2	Staatliche Handlungspflicht zur Ablösung der ehehaften Rechte?	551
3.	Zeitlicher Rahmen zur Ablösung der ehehaften Rechte im Allgemeinen	552
4.	Übergangsfrist im Falle nicht vollständig abgeschriebener Investitionen	553
5.	Zum Vorgehen der Kantone im Einzelnen	554
6.	Rechtliche Möglichkeiten der Umweltverbände bei allfälliger Untätigkeit der Kantone	555
X.	Würdigung des Urteils	555

I. Das Wesentliche des Urteils

Mit seinem Urteil vom 29. März 2019 zur Sanierung des Kraftwerks Hammer hat das Bundesgericht einen wegweisenden Entscheid zu einem althergebrachten, umstrittenen und verwaltungsrechtlichen Institut getroffen. Das Gericht entschied, die sog. ehehaften Wasserrechte, welche sehr weitgehende Privilegien umfassen, den heute geltenden Vorschriften vollumfänglich und entschädigungslos zu unterstellen. Nach einer Dauer von 80 Jahren sind demnach die gesetzlichen Vorgaben des Umwelt- und Gewässerschutzrechts für Neuanlagen ohne Einschränkung anzuwenden, insbesondere die Bestimmungen zur Sicherung angemessener Restwassermengen (Art. 31 ff. Gewässerschutzgesetz [GSchG]¹). Die Wassernutzung darf nur fortgeführt werden, wenn die ehehaften Rechte durch befristete Wassernutzungskonzessionen abgelöst werden, dies unter Umständen mit einer gewissen Übergangsfrist. Das Urteil ist sowohl in allgemein verwaltungsrechtlicher, dogmatischer Hinsicht als auch mit Bezug auf seine Auswirkungen und Umsetzung in der Praxis von grossem Interesse.

II. Zum Sachverhalt

Der Inhaber des Kleinwasserkraftwerks Hammer an der Unteren Lorze (bei Cham im Kanton Zug gelegen) reichte zwei Baugesuche zur Sanierung des seit 2010 stillstehenden Kraftwerks ein. Das erste betraf die Restwassersanierung und die Wiederherstellung der Fischgängigkeit, das zweite den Ersatz der Turbine und des Generators sowie die Instandstellung und Automatisierung der Wehranlage. Die gegen beide Gesuche eingereichte Einsprache des WWF Schweiz und des WWF Zug wies der Zuger Regierungsrat ab. Anschliessend erhob der WWF Schweiz erfolglos Beschwerde beim Verwaltungsgericht Zug. Das Bundesgericht hob das vorinstanzliche Urteil schliesslich auf, wobei es in Fünferbesetzung, aber ohne öffentliche Beratung entschied.

III. Was sind ehehafte Wasserrechte?

Altrechtliche (oder sog. ehehafte) Wasserrechte («droits immémoriaux») sind historische bzw. vorbestandene private Rechte an öffentlichen Gewässern. Sie haben ihren Ursprung in einer Rechtsordnung, die nicht mehr besteht, d. h. sie entspringen einer Zeit vor dem Beginn der wasserrechtlichen Gesetzgebung der Kantone, welche im Laufe des 19. Jahrhunderts einsetzte. Diese alten Wasserrechte wurden zu sog. ehehaften (im Sinne von rechtmässigen, gesetzmässigen, legitimen) Rechten, weil und soweit die Kantone die auf ihrem Territorium befindlichen Gewässer als öffentliche Sachen definierten.² Die ehehaften Wasserrechte bestanden weiter, deren Begründung war und ist nach dem seit gut 100 Jahren geltenden «neuen» Recht jedoch nicht mehr zulässig.

Die altrechtlichen Wasserrechte gehen auf mittelalterliche Erbleihen der Grund- und Landesherrn zurück. Sie waren vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert mit dem Betrieb von sog. ehehaften Gewerben verknüpft (Mühlen, Schmieden, Sägewerke, Hanf- und Flachsverarbeitung, Backhäuser, Trotten und Tavernen),

1 SR 814.20.

2 Gemäss PETER LIVER, Die ehehaften Wasserrechte der Schweiz, in: Festschrift für Paul Gieseke, 1958, 225 ff., 227.

die unter dem Schutz der Landesherren standen. Berechtigungen zur (mechanischen) Nutzung der Wasserkraft waren damals eng mit der Gewerbeausübung verbunden. Ehehafte Rechte dienten und dienen aber auch der Landwirtschaft und dem Betrieb von Klöstern (Wässerwasser, Tränke- und Trinkwasser, Weiderechte) sowie der Fischerei (Fischenzen). Inhalt und Umfang der ehehaften Rechte hingen mit dem notwendigen Bedarf zusammen. In den meisten Fällen ist unklar, wie die altrechtlichen Rechte genau entstanden, denn oft fehlen historische Erwerbstitel bzw. Urkunden. Viele dieser Wasserrechte stehen somit aus heutiger Sicht auf unsicherem juristischen Boden. Dies ist schon mit Blick auf Art. 664 Abs. 2 Zivilgesetzbuch (ZGB)³ problematisch, welcher für den Nachweis von Privateigentum an öffentlichen Gewässern und am kulturunfähigen Land einen (strikten) Beweis mit alten Urkunden verlangt. An die Stelle alter Erwerbsurkunden trat zum Teil die behördliche oder kantonrechtliche Anerkennung der ehehaften Rechte. Im vorliegenden Fall beruhte das ehehafte Wasserrecht auf der Besitzergreifung (Okkupation) des Uferanstössers am Gewässer zwecks Nutzung, verbunden mit der (wohl später erfolgten) behördlichen Erlaubnis. Im Jahre 1967 anerkannte der Zuger Regierungsrat gegenüber der Rechtsvorgängerin (Papierfabrik Cham AG) des Inhabers das private Wasserrecht ausdrücklich; dieses wurde als Personalservitut in das Grundbuch eingetragen. Das Bundesgericht lehnt jedoch diese Anerkennung als Rechtsgrund für das ehehafte Recht explizit ab (E. 6.1 und 6.2).

Wie erwähnt, setzte sich während des 19. und am Anfang des 20. Jahrhunderts mehr und mehr das öffentlich-rechtliche Verständnis durch, so dass die meisten Gewässer (Flüsse, Bäche und Seen) als öffentliche Güter verstanden und qualifiziert wurden. Dieses Verständnis fand etwa gleichzeitig Eingang in die kantonale Gesetzgebung (betreffend den Kanton Zug im Jahre 1912, vgl. § 86 Abs. 1 des Zuger Einführungsgesetzes zum ZGB vom 17. August 1911), und in die Bundesgesetzgebung (vgl. z. B. Art. 664 Abs. 2 und 3 ZGB, Art. 1 Abs. 2 Wasserrechtsgesetz [WRG]⁴). Fortan konnten Wassernutzungsrechte grundsätzlich nur noch in Form einer (nach WRG) befristeten oder (früher kantonrechtlich zum Teil auch) unbefristeten staatlichen Konzession begründet werden (Art. 38 ff. WRG). Im Laufe der Zeit fiel der ursprüngliche Zweck für die ehehaften Rechte grossenteils dahin, indem die genannten Gewerbe durch moderne Fabriken (z. B. zur Herstellung von Papier) ersetzt wurden. Oftmals ging dies mit der Erhöhung der genutzten Wassermenge oder des nutzbaren Gefälles einher. An die Stelle der mechanischen Wasserkraftnutzung trat teilweise die Stromproduktion. Trotz dieser Ausbauten und Zweckänderungen wurden die ehehaften Wasserrechte meist nicht aufgehoben, sondern in der Praxis bzw. im kantonalen Recht weiterhin anerkannt. Dabei hätte eine Änderung in der Art der Benutzung des Gewerbegrundstücks zur Aufhebung des alten (den Dienstbarkeiten unterstellten) Wasserrechts führen müssen.⁵ Verbreitet anzutreffen sind sog. gemischte Werke, bei denen die Inhaber sich teilweise auf ein ehehaftes Recht und teilweise auf eine Wasserrechtskonzession (für eine später in Anspruch genommene Mehrnutzung) abstützen.⁶

3 SR 210.

4 SR 721.80.

5 Vgl. LIVER (Fn. 2), 246.

6 Gemäss LIVER (Fn. 2), 243, dort Fn. 44, basierten im Jahre 1958 drei Viertel der von ehehaften Wasserrechten betroffenen Werke zugleich teilweise auch auf Wasserrechtskonzessionen und bildeten somit gemischte Werke.

IV. Auswirkungen des Urteils auf das Kraftwerk Hammer und weitere Wasserkraftwerke

Das Urteil wirkt sich auf den Betrieb des betroffenen Wasserkraftwerks Hammer insofern aus, als auf der 80 m langen Restwasserstrecke statt einer Dotierwassermenge von 400 l/s gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG eine deutlich höhere nach Art. 31 Abs. 1 GSchG anzuordnen sein wird (wohl 1028 l/s, vgl. Sachverhalt C. und E. 2.3). Zusätzlich wird zu prüfen sein, ob für den damaligen Bau des Kraftwerks Ersatzmassnahmen wegen der Beeinträchtigung von schützenswerten Lebensräumen gestützt auf Art. 18 Abs. 1^{ter} Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)⁷ zu leisten sind.⁸ Hinzuweisen ist auf eine hängige parlamentarische Initiative, welche den Ausgangszustand (sog. Referenzzustand) bei Neukonzessionierungen oder Änderungen von Wasserkraftkonzessionen festlegen will. Danach soll bundesweit vom Ist-Zustand vor der beabsichtigten Neukonzessionierung bzw. Konzessionsänderung ausgegangen werden.⁹

Der Beschwerdeführer (WWF) hatte drei weitere Fälle an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug gezogen, welche Wasserkraftwerke mit ehehaften Rechten an der Unteren Lorze betreffen (Kraftwerke Obermühle, Frauental und Unterägeri). Wegen des Pilotprozesses im Zusammenhang mit dem Kraftwerk Hammer wurden zwei der drei anderen Verfahren für eine befristete Zeitdauer sistiert (Sachverhalt H.). Die Verfahren sind inzwischen wieder aufgenommen worden. Das Urteil ist über die genannten Zuger Fälle hinaus in derselben Weise für sämtliche bzw. fast alle Inhaber von ehehaften Wasserrechten auf dem Gebiet der Schweiz folgenscher.¹⁰

Ehehafte Wasserrechte bestanden noch Mitte des letzten Jahrhunderts in grosser Zahl. Infolge Aufgabe oder Zusammenlegung von Betrieben sowie technischen Defekten erloschen viele dieser Rechte. In der Literatur wird ausgeführt, dass per 2005 mehr als 30 Wasserkraftwerke mit einer Leistung von über 300 kW gestützt auf ehehafte Rechte (teilweise neben Konzessionen) betrieben wurden.¹¹ Die effektive Zahl von Wasserkraftanlagen, die ganz oder teilweise auf der Grundlage von ehehaften Wasserechten betrieben werden, ist unbestimmt. Aus der Restwasserkarte des BAFU geht hervor, dass schweizweit 117 kleine und mittlere Wasserkraftwerke

7 SR 451.

8 Siehe BAFU (Hrsg.), UVP-Handbuch, Modul 5, 21 f. und Urteil BGer 1A.59/1995 E. 3 c) aa) vom 28. April 2000 (Lungern II), in: URP 2000, 691.

9 Parlamentarische Initiative Nr. 16.452, Ausbau der Wasserkraft zur Stromerzeugung und Stromspeicherung. Anpassung der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 16. Juni 2016. Diese Initiative ist bereits von den Kommissionen für Umwelt, Raumplanung und Energie der beiden Räte angenommen worden. Die von der UREK N ausgearbeitete Gesetzesvorlage (BBl 2019 5597) wurde vom NR am 19. September 2019 angenommen (AB 2019 N 1701 ff.) und an den Zweirat überwiesen. Zum geltenden Recht vgl. PETER M. KELLER, Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken, Rechtsgutachten zu Händen des Bundesamts für Umwelt vom 5. April 2016.

10 Bei Laufkraftwerken gibt es keine Restwasserstrecke. Auch bei diesen dürfte das Urteil jedoch Auswirkungen mit Bezug auf die Pflicht zur Bezahlung von Konzessionsgebühren und ev. Wasserzinsen haben.

11 RICARDO JAGMETTI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, 2005, Rz. 4206, Fn. 228.

ganz oder teilweise auf ehehaften Wasserrechten basieren.¹² Schätzungen gehen von 130 bis 150¹³ bzw. sogar rund 300¹⁴ solchen Werken aus.

V. Rechtliche Wirkung von ehehaften Wasserrechten, insbesondere damit verbundene Privilegien

Der Begriff des ehehaften Rechts existiert im Bundesrecht nicht. Diese alten Rechte wurden in der bisherigen Praxis traditionellerweise den wohl erworbenen Rechten (als spezielle Kategorie), den bestehenden Wassernutzungsrechten (im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG) und den bestehenden dinglichen Rechten (Dienstbarkeiten) zugeordnet. Schon seit langem äussern sich verschiedene Autoren jedoch kritisch dazu. Wohlerworbene Rechte werden z. B. als «antiquierte Figur»¹⁵ und ehehafte Rechte als «Zeugen unbewältigter juristischer Vergangenheit» sowie anschaulich als «erratische Blöcke»¹⁶ bezeichnet. Gemäss Art. 43 WRG verschafft die wasserrechtliche Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Wassernutzung. Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden. Ursprünglich wurden die wohl erworbenen Rechte auf die Eigentumsgarantie abgestellt, heute steht hingegen der Schutz von Treu und Glauben im Vordergrund. Wohlerworbene Rechte gewähren einen verstärkten Schutz vor späteren Eingriffen durch den Gesetzgeber. Damit sollen erhebliche Investitionen geschützt werden, die ansonsten von Privaten nicht getätigt würden. Dem entspricht auch die Spezialregelung zur eingeschränkten Restwassersanierung nach Art. 80 GSchG, wonach Eingriffe in die Substanz des Rechts sogar unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung zu entschädigen sind (Details zur Restwassersanierung nach Art. 80 GSchG finden sich in BGE 139 II 28).

Ehehafte Wasserrechte sind bisher in mehrerer Hinsicht mit stossenden Privilegien verbunden:

- Während Wasserrechtskonzessionen für eine Dauer von maximal 80 Jahren verliehen werden dürfen (vgl. Art. 58 WRG), sind anerkannte ehehafte Wasserrechte unbefristet.
- Bei den betroffenen Kraftwerken ist lediglich eine beschränkte Restwassersanierung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG (unter Wahrung der Substanz des wohl erworbenen Rechts) erforderlich. Infolge fehlender Befristung ist bisher nie eine Anpassung an angemessene Restwassermengen nach Art. 31 ff. GSchG erfolgt. Dies, obwohl der Gesetzgeber mit dem GSchG von 1991 beabsichtigt hat, innert absehbarer Zeit überall eine akzeptable Restwassersituation herbeizuführen.¹⁷

12 Siehe www.ubst.bafu.admin.ch/wasser/restwasser/data/data/index/rawData_d.txt.

13 So die (vorsichtige) Schätzung des Beschwerdeführers (WWF) basierend auf Statistiken zur kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) und zu Sanierungen betreffend die Fischgängigkeit.

14 Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 26. August 2019, 9, «Bund korrigiert Ausbaupotenzial der Wasserkraft nach unten». Das BAFU geht in seinem (nicht öffentlich zugänglichen) Schreiben vom 24. Oktober 2019 an die kantonalen Fachbehörden («Information der Kantone zu den Auswirkungen des Bundesgerichtsurteils 1C_631/2017 vom 29. März 2019 (BGE 145 II 140) bei Wasserkraftwerken mit ehehaften Wasserrechten») von mehreren hundert Anlagen aus.

15 ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2017, Rz. 394.

16 ALFRED KÖLZ, Das wohl erworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 1978, 65 ff., 65 (mit Verweisen).

17 Siehe die Botschaft zum GSchG 1991, BBl 1987 II 1090 f., 1099.

— Inhaber ehehafter Wasserrechte müssen im Unterschied zu Konzessionären weder Konzessionsgebühren noch Wasserzinsen (bei Kraftwerken mit einer Bruttoleistung von mehr als 1 MW) entrichten.

— Inhaber können nach der Praxis dennoch Entschädigungen nach der Gewässerschutz- und Fischereigesetzgebung (Art. 34 Energiegesetz [EnG]¹⁸ i. V.m. Art. 83a GSchG und Art. 10 Bundesgesetz über die Fischerei [BGF]¹⁹ sowie Art. 28 ff. Energieverordnung [EnV]²⁰) und Beiträge aus der kostendeckenden Einspeisevergütung zur Förderung der Wasserkraft als erneuerbare Energie²¹ beantragen und erhalten.

Mit der angeordneten Pflicht zur Ablösung der ehehaften Rechte werden diese ungerechtfertigten, «feudalen» Privilegien abgeschafft. Damit ist der Weg frei, auch bei diesen Kraftwerken angemessene Restwassermengen festzulegen, welche allerdings lediglich einem Existenzminimum für die aquatischen Lebewesen entsprechen. Die Restwassermenge ist unter anderem massgebend dafür, ob Fische und Krebse (ausreichend) günstige Lebensbedingungen vorfinden. Für die Wiederherstellung der Fischgängigkeit ist die Restwasserdotierung neben den Fischwanderhilfen bei Wehren und Hindernissen einer der zentralen Faktoren.

VI. Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt

Einen wichtigen Meilenstein für das vorliegende Urteil setzte das Bundesgericht im Jahre 2000, als es entschied, dass Wasserrechtskonzessionen nach heutigem Recht zwingend zu befristen sind (BGE 127 II 69).²² Dabei ging es um eine im 19. Jahrhundert ohne zeitliche Begrenzung erteilte Konzession. Das Gericht hielt (dort in E. 4c) fest, öffentliche Gewässer seien öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. «Das Gemeinwesen muss deshalb von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die Sondernutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht. Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt).» Dies widerspräche in höchstem Masse dem öffentlichen Interesse (und ist verfassungswidrig). Auch zivilrechtlich sei es ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf ewige Zeiten abzuschliessen (dort E. 5b). Unter Bezugnahme auf diesen früheren Entscheid bekräftigt das Bundesgericht (in E. 4.4), dass die Qualifikation einer Rechtsposition als wohl erworbenes Recht sich nicht allein auf Grund ihrer Entstehung und unabhängig von der aktuellen Rechtslage beurteile, sondern das typisierte Ergebnis einer Interessenabwägung sei.²³ Dieser

18 SR 730.0.

19 SR 923.0.

20 SR 730.01.

21 Vgl. Art. 19 ff. EnG, insbesondere Art. 24 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 i. V.m. Art. 26 EnG betreffend Investitionsbeiträge für erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen von bestehenden Anlagen mit einer Leistung von mindestens 300 kW (zu weiteren Ausnahmen siehe Art. 24 Abs. 2 i. V.m. Art. 19 Abs. 5 EnG) sowie Vergütungen für Wasserkraftwerke bis zu 10 MW gemäss aArt. 7a EnG (alte Fassung, in Kraft bis Ende 2017), worunter auch Anlagen fielen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden.

22 Vgl. auch BGE Urteil 2P.103/2000 und 2A.218/2000 vom 30. Oktober 2000.

23 Mit Verweis auf KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, Diss. Bern 1984, 224 ff., 233.

frühere Entscheidung ermöglichte den Behörden, wie vom zuständigen Gemeinderat beantragt, im Rahmen der Neukonzessionierung neben der Konzessionsbefristung auch angemessene Restwassermengen vorzuschreiben. Der zuständige Gemeinderat hatte dies bereits im Rahmen der Vernehmlassung betreffend die vom Kanton geplante Verfügung zur Befristung der Konzession verlangt. Zuvor war der betroffene Bach in Niederwasserzeiten trockengelegt worden, was jeweils ein Fischsterben ausgelöst hatte.

Das Bundesgericht verweist im Urteil zum Kraftwerk Hammer (in E. 4.5) sodann auf den Fall einer Zusatzrente der weitergehenden Vorsorge, in welchem sich die entschädigungslose Herabsetzung um einen Drittel als Sanierungsbeitrag aus Gründen der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität und der Gleichberechtigung als zulässig erwiesen hatte (BGE 138 V 366 E. 2.3 und 6.1–6.4). In diesem Fall hatte das Bundesgericht die erhöhte Rechtsbeständigkeit der wohlerworbenen Rechte relativiert.

VII. Kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung

Im Urteil zum Kraftwerk Hammer hält das Bundesgericht weiter fest, es bestehe kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung (vgl. E. 4). Es kommt (in E. 6.3) zum Schluss, beim streitbetroffenen ehehaften Recht liege formell keine Konzession vor, sondern ein beschränktes dingliches Recht, welches als Personalservitut im Grundbuch eingetragen wurde. Inhaltlich handle es sich aber um ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer. Die Interessenlage sei gleich zu beurteilen wie bei den altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen. Ein darüber hinausgehender Schutz auf verfassungsrechtlicher Grundlage (Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz) lasse sich nicht rechtfertigen. Das Sondernutzungsrecht sei nachträglich zu befristen und unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist grundsätzlich entschädigungslos abzulösen. Der Investitionsschutz rechtfertige die Aufrechterhaltung überkommener Rechte wie bei Konzessionen nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen (Errichtung von Wasserkraftwerken), längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (E. 6.4, mit Verweis auf BGE 127 II 69 E. 5b).

Die Anerkennung der ehehaften Rechte im zugerischen Recht (§ 51 Gesetz über die Gewässer: «Es wird für das ganze Kantonsgebiet ein Wasserrechtsverzeichnis geführt, in welchem die bewilligten und konzessionierten Nutzungen sowie die anerkannten ehehaften Wasserrechte aufgeführt und umschrieben sind.») steht dieser Lösung nicht im Weg, zumal Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht (Art. 49 Abs. 1 Bundesverfassung [BV]²⁴). Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht bei seiner Beurteilung von der traditionellen dogmatischen Einordnung der ehehaften Rechte und der ihnen bis anhin zugesprochenen starren Wirkung abrückt. In seiner früheren Rechtsprechung (vgl. BGer Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3) hatte es die ehehaften Rechte noch den wohlerworbenen Rechten zugeordnet und ausgeführt, dass diese unter dem Schutz der Eigentums- garantien sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes stünden und auch durch das Gesetz nicht änderbar seien. Das Bundesgericht liess sich nun vielmehr von einer

verfassungsrechtlichen Sicht (Gesamtschau der Rechtsordnung) leiten und stelle auf die Interessenlage ab, welche es mit derjenigen von altrechtlichen, unbefristet erteilten (und dadurch verfassungswidrigen) Konzessionen verglich und als gleichgelagert beurteilte. Auch wenn ein ehehaftes Recht wie hier in Form eines beschränkten dinglichen Rechts (Personalservitut) anerkannt wurde, handle es sich gleichwohl um ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer. Nach dem Prinzip des Vertrauensschutzes seien die getätigten Investitionen während maximal 80 Jahren (analog zu Art. 58 WRG für Konzessionen) zu berücksichtigen.

Die früher postulierte «Gesetzesbeständigkeit» wohlervorbener bzw. ehehafter Wasserrechte geht damit nicht weiter als die ihnen zugrunde liegenden Verfassungsgarantien und Gesetzesnormen (wie die Sondernorm in Art. 80 GSchG betreffend die Restwassersanierung bei bestehenden Wasserkraftanlagen während der Konzessionsdauer). Im Zielkonflikt zwischen den bisher einseitig stark betonten Nutzungsinteressen des Kraftwerksbetreibers und den gewichtigen Interessen am Gewässerschutz führt die Interessenabwägung des Bundesgerichts zu einem ausgewogenen und nachvollziehbaren Resultat. Der Entscheid relativiert schliesslich die Einordnung bzw. Charakterisierung der ehehaften Rechte als private Rechte an öffentlichen Gewässern. Die formelle Bezeichnung als private Rechte bzw. der Grundbucheintrag als Dienstbarkeit ändert nichts an der dualistischen Natur der ehehaften Rechte, welche als Sondernutzungsrechte primär dem öffentlichen Recht zu unterstellen sind. Es fragt sich, ob die im Bundesrecht nicht vorgesehenen und vom Bundesgericht als rechtswidrig eingestuften ehehaften Wasserrechte jetzt noch bestehen. Jedenfalls dürften sich die Inhaber althergebrachter Wasserrechte für eine beschränkte Zeitdauer (bis zur «Ablösung») auf die durch diese früher anerkannten Rechte vermittelten Nutzungsbedingungen nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) stützen können.

VIII. Auswirkungen auf andere ehehafte Rechte

Schliesslich stellt sich die Frage, ob und wie das Urteil sich auch auf andere altrechtliche (ehehafte) Rechte auswirken wird. Zu nennen sind Nutzungen zum Zweck der Trink- und Tränkwasserversorgung sowie für Fischzuchten, der Bewässerung sowie Fischereirechte (Fischnenzen) und Weiderechte. «Unter einer Fischsenz (auch Fischez, Fischereigerechtigkeit, Fischereigerechtsame oder einfach Fischereirecht genannt) ist das meist unter einer früheren Rechtsordnung entstandene, ausschliessliche, zeitlich und inhaltlich unbeschränkte Recht zu verstehen, sich die Fische in einem örtlich begrenzten Teil eines Gewässers unentgeltlich anzueignen» (so BGE 97 II 25 E. 2a). Diese Themenbereiche können vorliegend nur in allgemeiner Weise kurz gestreift werden. Auch Wasserentnahmen aus öffentlichen Gewässern²⁵ über den zulässigen Gemeingebrauch hinaus für andere Zwecke als die Wasserkraftnutzung bedürfen einer Konzession.²⁶ Beruhen solche Entnahmen bisher auf ehehaften Wasserrechten, sind diese Fälle grundsätzlich gleich zu beurteilen wie

25 Dazu gehören auch auf Privatgrundstücken entspringende Quellen im Sinne von Art. 704 i. V. m. Art. 667 Abs. 2 ZGB, soweit sie nach kantonalem Recht als öffentliche Gewässer erklärt werden, vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 704 N. 8 f., 14 ff.

26 Zu erwähnen ist, dass Wasserentnahmen aus privaten Gewässern die Restwasserbestimmungen nach dem GSchG einhalten müssen, da auch private Gewässer mit Einschluss der Quellen in den Geltungsbereich des GSchG fallen, vgl. Komm. GSchG/WBG-THURNHERR, Art. 2 N. 2 mit Verweis auf die Botschaft zum GSchG 1991, BBl 1987 II 1104.

im Entscheid zum Kraftwerk Hammer. Mit Bezug auf Fischenzen dürfen diese jedenfalls dem Umweltrecht (insbesondere dem BGF) in keiner Weise widersprechen.

IX. Hinweise und Lösungsvorschläge zur Umsetzung des Urteils

1. Erwägungen des Bundesgerichts als Ausgangspunkt

Zur Umsetzung des Urteils in den Kantonen und Gemeinden äussert sich der Entscheid nur ganz kurz: Ehehafte Wasserrechte sind grundsätzlich entschädigungslos durch Wassernutzungskonzessionen nach dem WRG abzulösen, unter Umständen ist eine gewisse Übergangsfrist vorzusehen. Die Anpassung an das heutige Recht muss bei erster Gelegenheit erfolgen und ist Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen. Bau- und Ausnahmegewilligungen dürfen daher erst erteilt werden, wenn eine Konzession verliehen worden ist (E. 6.5). Das Gericht verlangt also einerseits eine Anpassung an das heutige Recht «bei erster Gelegenheit». Andererseits stellt es (in E. 6.6) klar, dass sich der Betreiber des Kraftwerks Hammer auch mit einem allfälligen Rückzug des Baugesuchs für den Ersatz der Kraftwerksturbine und des Generators sowie für die Instandstellung und Automatisierung der Wehranlagen diesen Anforderungen nicht entziehen könne.²⁷ Das Bundesgericht hält fest, dass auch diese Nutzung im früheren Umfang den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müsse.

Aus dem Entscheid des Bundesgerichts ergibt sich, dass der Weiterbetrieb der Wasserkraftnutzung auf der Grundlage eines ehehaften Rechts dem Umweltrecht, insbesondere den verfassungsrechtlich abgestützten Restwasserbestimmungen von Art. 31 ff. GSchG widerspricht. Der Vollzug des Urteils wirft jedoch Fragen auf. Grundsätzlich ist es an den zuständigen Kantonen (bzw. ev. Gemeinden), für die bundesrechtskonforme Umsetzung des Urteils zu sorgen. Für das weitere Vorgehen seien hier Lösungsvorschläge hinsichtlich Anlass, Zeitrahmen und Schritte für die Ablösung der ehehaften Wasserrechte skizziert.

2. Behördliche Pflichten und Schritte zur Ablösung der ehehaften Rechte

Im Hinblick auf die Ablösung der ehehaften Wasserrechte und Anpassung an das geltende Recht ist zwischen der zeitlichen Umsetzung durch die Kantone im Allgemeinen und derjenigen im Einzelfall (Schonfrist unter gewissen Umständen) zu unterscheiden. Als erstes gilt es zu klären, welche Konstellationen von den Kantonen als «erste Gelegenheit» zur Anpassung an das geltende Recht zu verstehen sind. Die Aussagen des Bundesgerichts – Anpassung an das heutige Recht «bei erster Gelegenheit» (E. 6.5) und Anpassung auch bei Rückzug des Baugesuchs (E. 6.5) – weisen ein gewisses Spannungsverhältnis auf, auch wenn argumentiert werden kann, dass der Betreiber mit seinem (später allenfalls zurückgezogenen)

²⁷ Seit 2010 stand das Kraftwerk Hammer infolge eines Turbinendefekts still. Auf Grund der Verzögerungen durch das Beschwerdeverfahren entschied der Kraftwerksbetreiber, die Turbine reparieren zu lassen. Dadurch konnte der Betrieb des Kraftwerks im Februar 2018 wieder aufgenommen werden.

Gesuch eine Gelegenheit «provoziert» hat. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob für die Ablösung ein bestimmter, förmlicher Anlass²⁸ (insbesondere ein Verfahren, welches eine Bewilligung zum Gegenstand hat oder mit einer Verfügung endet) nötig ist oder ob die zuständigen kantonalen (oder kommunalen) Behörden innert nützlicher Frist von sich aus tätig werden müssen, um die Ablösung der bisher anerkannten Nutzungsbedingungen durch ein Konzessionsverhältnis zu verlangen bzw. in die Wege zu leiten.

2.1 «Bei erster Gelegenheit»: Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren

Zur vom Gericht genannten «ersten Gelegenheit» zählen jedenfalls alle Verfahren, welche künftig auf ein Gesuch für eine Bau- oder Ausnahmegewilligung zurückzuführen sein werden, z. B. für die Erneuerung oder Erweiterung einer Anlage, ev. in Verbindung mit einem Gesuch um eine Einspeisevergütung (Art. 19 ff. EnG und Art. 1 ff. Energieförderungsverordnung [EnFV]²⁹). Auch ein Rückzug eines einmal gestellten Gesuchs vermag, wie gesagt, die Anpassungspflicht nicht zu vermeiden. Als «erste Gelegenheit» gelten auch alle gesetzlich geforderten ökologischen Sanierungsverfahren gemäss GSchG und BGF (betreffend Restwasser, Geschiebehalt, Schwall-Sunk und Fischwanderung sowie Revitalisierung), die noch einzuleiten bzw. zu beenden sind. Wurde bei einem betroffenen Wasserkraftwerk bisher keine (eingeschränkte) Restwassersanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG durchgeführt, erscheint eine Anpassung an die Vorgaben von Art. 31 ff. GSchG (vom Bundesgericht als integrale Restwassersanierung bezeichnet) als vordringlich, um gravierende ökologische Beeinträchtigungen in den betroffenen Restwasserstrecken zu beheben.

Soweit Inhaber von Kraftwerken bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Gesuch um Entschädigung für Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftanlagen (inklusive Zahlungen von Erlöseinbussen während bis zu 40 Jahren) zur Erfüllung der Anforderungen nach Art. 39a und 43a GSchG und Art. 10 BGF stellen, ebenso bei vom Bund unterstützten Revitalisierungsplanungen und -massnahmen der Kantone im Umfeld eines Kraftwerks (Art. 38a und Art. 62b GSchG, Art. 41d, Art. 54a und Art. 54b Gewässerschutzverordnung [GSchV]³⁰), hat es auch das BAFU (gestützt auf Art. 17 Abs. 3 Bst. c und Art. 25 Subventionsgesetz [SuG]³¹ i. V. m. Art. 34 EnV) in der Hand, die Zusicherung der Entschädigung davon abhängig zu machen, dass ein Konzessionierungsverfahren eingeleitet und durchgeführt wird.³² Im Falle von hängigen Baubewilligungs- oder Sanierungsverfahren betreffend Werke mit ehehaften Rechten ist grundsätzlich ebenfalls das Konzessionierungsverfahren einzuleiten (falls nötig in Verbindung mit einer Sistierung des laufenden Verfahrens). Bereits eröffnete Verfügungen des BAFU betreffend Entschädigungen während 40 Jahren für Erlöseinbussen wegen betrieblichen Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftwerken sind gegebenenfalls nachträglich zu widerrufen und abzuändern.

28 MARTIN FÖHSE spricht in seinen Urteilsanmerkungen davon, dass «ein Zucken» genüge, in: ZBl 8/2019, 444, 447.

29 SR 730.03.

30 SR 814.201.

31 SR 616.1.

32 Vgl. dazu Art. 34 EnG, Art. 28 ff. EnV und Anhang 3 zur EnV sowie die Verordnung des UVEK über die Berechnung der anrechenbaren Kosten von betrieblichen Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftwerken vom 11. März 2016 (VKSWk; SR 730.014.1).

Für diese Lösungen spricht, dass die gewässerschutz- und fischereirechtlichen Bestimmungen ein gewichtiges öffentliches Interesse darstellen und zwingend sind. So können auch ein zu langes Hinausschieben der Anpassung bzw. ungerechtfertigte Entschädigungen vermieden werden.

2.2 Staatliche Handlungspflicht zur Ablösung der ehehaften Rechte?

Als Grundsatzfrage ist zu klären, ob die Kantone über die genannten Gelegenheiten hinaus, d. h. unabhängig von allfälligen Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren, berechtigt und verpflichtet sind, die Ablösung der ehehaften Rechte durch zeitgemässe Wasserrechtskonzessionen durchzusetzen. Müssen die Kantone mit anderen Worten eine erste Gelegenheit selber schaffen und wenn ja, innert welchem Zeitraum? Vieles spricht m. E. für eine Pflicht zu aktivem Tätigwerden der zuständigen Behörden: Bei der Sicherstellung angemessener Restwassermengen handelt es sich um eine in der Bundesverfassung seit 1975 festgelegte und in Art. 29 ff. GSchG konkretisierte Staatsaufgabe von wichtigem öffentlichen Interesse.

Im Jahre 2000 kam das Bundesgericht in BGE 127 II 69 gestützt auf den Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt zum Schluss, dass es kein wohlervorbenes Recht auf eine Konzession ohne zeitliche Beschränkung gibt. Wie bereits erwähnt, ging es in diesem Fall letztlich um die Anordnung von angemessenen Restwassermengen, um eine zeitweilige Trockenlegung des betroffenen Bachs zu verhindern (vgl. vorangehende Ziff. 6). In seinem Urteil zur Landanlagekonzession Rüschtikon (BGE 139 II 470) von 2013 sprach sich das Gericht im Zusammenhang mit der Frage der Erteilung von Baukonzessionen auf ehemals aufgeschüttetem Konzessionsland gegen den Beibehalt des «traditionellen» Bewilligungsvorbehalts gemäss älterer Rechtsprechung aus, welcher in die meisten früher erteilten Landanlagekonzessionen aufgenommen worden war (E. 3.1 und 3.2). Das massgebliche Recht habe sich seit BGE 102 Ia 122 grundlegend geändert. Mit den Mitteln des Raumplanungs- sowie des Natur- und Heimatschutzrechts des Bundes könne der Seeuferschutz in umfassender Weise wahrgenommen werden. Soweit verbindliche Normen und nutzungsplanerische Festlegungen bestehen, welche die Nutzung des Seeuferbereichs regeln und dabei das aufgeschüttete Land einschliessen, sei die Behörde beim Entscheid über die Baukonzessionen daran gebunden.

Im Urteil zum Kraftwerk Hammer kommt der Wille des Bundesgerichts, alte und sehr lange anerkannte bundesrechtswidrige Rechtspositionen zu Gunsten des geltenden Rechts aufzugeben (wie schon in BGE 127 II 69 betreffend unbefristete Wassernutzungskonzessionen), ausgeprägt zum Ausdruck. In der Begründung verlangt das Gericht denn auch ausdrücklich, dass die ehehaften Rechte abzulösen «sind» (vgl. E. 6.5). Offensichtlich ging es dem Gericht darum, der Anwendung der Restwasservorgaben nach Art. 31 ff. GSchG zum Durchbruch zu verhelfen, indem es sich von der traditionellen Anerkennung ehehafter Wasserrechte distanzierte. Ausserdem stellte das Gericht klar, dass sich der Inhaber des Kraftwerks Hammer nach der vorgenommenen Reparatur und Wiederinbetriebnahme der alten Turbine nicht durch den (allfälligen) Rückzug des Baugesuchs entziehen könne. Sofern die Nutzung der Wasserkraft aufrechterhalten werden soll, müsse auch diese Nutzung den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Diese neueren, bemerkenswerten Leitentscheide des Bundesgerichts

vertreten die Linie, wonach das jüngere Gesetz das ältere aufhebt und bestärken die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.

Hinzu kommt, dass Art. 58a Abs. 3 WRG von den zuständigen Behörden verlangt, spätestens fünf Jahre nach Ablauf der Konzession die neuen Restwasservorschriften ohne Einschränkung anzuwenden. Zwar ist diese Norm auf Fälle zugeschnitten, in welchen eine Konzession abgelaufen ist oder vor deren Ablauf erneuert wird. Es handelt sich damit um Fälle von Konzessionserneuerungen. Mit der vom Bundesgericht festgestellten Bundesrechtswidrigkeit der bisher unbefristeten ehehaften Wasserrechte liegt eine grundsätzlich vergleichbare Situation vor wie nach dem Ablauf einer (befristeten) Konzession, welche ohne weiteres erlischt (vgl. Art. 64 Bst. a WRG). Schliesslich verstärkt das Argument der Gleichbehandlung der Inhaber von Wasserkraftwerken den Handlungsbedarf, die auf ehehafte Rechte gestützten Nutzungsbedingungen und die damit verbundene Privilegierung möglichst bald durch Konzessionen mit Rechten und Pflichten nach dem WRG abzulösen.

All die genannten Gründe zusammen lassen das passive behördliche Abwarten einer ersten Gelegenheit als unzureichend erscheinen. Vielmehr ist m. E. von einer staatlichen Handlungspflicht auszugehen, um die Nutzungsbedingungen bei Wasserentnahmen aus öffentlichen Gewässern innert nützlicher Frist bundesrechtskonform auszugestalten.³³ Fehlt eine erste Gelegenheit in Form eines Bewilligungs- oder Sanierungsverfahrens, haben die Behörden demnach eine Gelegenheit zur Anpassung zu schaffen. Es wäre rechtlich unhaltbar, wenn Inhaber von ehehaften Wasserrechten bzw. von gemischten Werken beim Fehlen von Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren den Betrieb auf unbestimmte Zeit, unter Umständen mehrere Jahrzehnte lang weiterführen könnten, ohne die geltenden Einschränkungen und Bedingungen einzuhalten (insbesondere Restwassermengen, Gebühren und allenfalls Wasserzinsen).³⁴ Dies würde einerseits der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgabe, angemessene Restwassermengen zu sichern, widersprechen. Andererseits entspräche dies nicht mehr einer angemessenen Übergangsfrist (im weiten Sinne) zur Anpassung an das geltende Recht. So kämen Inhaber übermässig lange in den Genuss von bundesrechtswidrigen Privilegien zu Lasten der Gewässer(-lebensräume), der aquatischen Fauna und Flora sowie der öffentlichen Hand (Gebühren und Abgaben, vgl. auch Urteil, E. 4).

3. Zeitlicher Rahmen zur Ablösung der ehehaften Rechte im Allgemeinen

Ausgehend von der vorangehend bejahten behördlichen Handlungspflicht bezüglich der Ablösung der ehehaften Rechte stellt sich die Frage, innert welchem Zeitraum die betroffenen Kantone die Anpassung an das geltende Recht vorzunehmen haben und welche Gesichtspunkte dabei mitspielen.

Die in Art. 58a Abs. 3 WRG vorgesehene Frist von fünf Jahren kann in analoger Anwendung für die Ablösung der ehehaften Rechte durch Wasserrechtskon-

33 Nach Auffassung des BAFU (vgl. dazu Fn. 14) muss die Behörde nicht von sich aus sämtliche ehehaften Rechte sofort anpassen. Immerhin spricht es sich dafür aus, ehehafte Rechte jedenfalls innert nützlicher Frist durch Konzessionen abzulösen.

34 Dies wäre wohl die Konsequenz, wenn man der Ansicht von FÖHSE (vgl. Fn. 28, 447) folgte, welcher als Massstab zur Ablösung der ehehaften Rechte ein Ereignis von vergleichbarer Tragweite wie eine baubewilligungspflichtige Massnahme heranzieht; immerhin scheine «die Schwelle aber tief zu sein».

zessionen und die Festlegung angemessener Restwassermengen³⁵, Massnahmen nach Art. 18 Abs. 1^{er} NHG sowie weiterer Massnahmen als ungefähre Richtschnur herangezogen werden. Darauf hinzuweisen ist, dass das Bundesgericht die vom Baudepartement des Kantons St. Gallen angesetzte Übergangsfrist von fünfeneinhalb Jahren zur Befristung einer vormals unbefristeten Wasserrechtskonzession als angemessen erachtete (vgl. BGE 127 II 69 E. 6).

Kantone mit mehreren oder vielen Wasserkraftwerken, die ganz oder teilweise auf ehehaften Rechten beruhen, werden wohl Fallgruppen bilden und Priorisierungen vornehmen müssen. Aus ökologischer Sicht prioritär zu behandeln sind Werke an erheblich beeinträchtigten Gewässern mit einer ökologisch bedeutenden Vernetzungsfunktion und Anlagen, bei denen trotz Überfälligkeit keine Restwassersanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG (i. V. m. Art. 81 GSchG) durchgeführt worden ist. Stehen ökologische Sanierungen nach Art. 83a und Art. 83b GSchG (Schwall-Sunk, Geschiebehaushalt und Fischwanderung) an, welche bis spätestens Ende 2030 (d. h. zwanzig Jahre nach Inkrafttreten der Bestimmungen) umzusetzen sind, muss die Ablösung durch das Konzessionsregime vorgängig oder (längstens) parallel durchgeführt und abgeschlossen werden.

Ehehafte Wasserrechte können spätestens seit dem Inkrafttreten des WRG (am 1. Januar 1918) nicht mehr begründet werden. Entsprechend war es sämtlichen Inhabern dieser Rechte möglich, ihre Anlagen während (deutlich) mehr als 80 Jahren (teilweise seit dem 17. Jahrhundert!) praktisch uneingeschränkt zu nutzen. Mindestens die Anfangsinvestitionen und teilweise auch spätere Sanierungen oder Ausbauten sind damit als vollständig amortisiert zu betrachten, zumal es sich bei solchen Anlagen beinahe ausnahmslos um Klein- und Kleinstwasserkraftwerke handeln dürfte. Bei Werken mit vollständig abbeschriebenen Anlagen ist demnach ein rascher Übergang zum Konzessionsregime angezeigt.

4. Übergangsfrist im Falle nicht vollständig abbeschriebener Investitionen

Nach dem Bundesgericht ist bei der Ablösung der ehehaften Rechte unter Umständen eine gewisse Übergangsfrist zu gewähren (vgl. E. 6.5). Diese «Schonfrist» betrifft m. E. lediglich Kraftwerke mit noch laufenden Amortisationen: Wurden auf ehehaften Rechten beruhende Anlagen in den letzten Jahren oder Jahrzehnten nachweislich und gestützt auf behördliche Bewilligungen erneuert und sollten diese Investitionen noch nicht (ganz) abgeschrieben sein (was im Einzelfall vom Betreiber nachzuweisen ist), kann diesem Umstand wie folgt Rechnung getragen werden. Entweder ist mit der Ablösung des ehehaften Rechts im Sinne einer angemessenen Übergangsfrist noch während einer beschränkten Zeitdauer (zwischen fünf und ausnahmsweise maximal 15 Jahren) zuzuwarten oder es wird ausnahmsweise eine Entschädigung ausgerichtet. Für eine Begrenzung des Weiterbetriebs auf maximal 15 Jahre auf altrechtlicher Grundlage im Falle nicht vollständig amortisierter Investitionen spricht, dass die Inhaber der Anlagen während dieser Zeit weiterhin von ungerechtfertigten Privilegien profitieren und dass innert absehbarer und nützlicher Frist eine verfassungs- und bundesrechtskonfor-

35 Bei gemischten Werken ist die Restwassermenge nach Art. 31 ff. GSchG mindestens im Anteil an der Wasserentnahme, welcher auf dem ehehaften Recht beruht, festzulegen.

me Nutzung sichergestellt werden muss. Im Sinne eines Arguments zur baldigen Schaffung gesetzeskonformer Verhältnisse steht die Zeitdauer von 15 Jahren mit der Vorgabe von Art. 58a Abs. 2 WRG in Einklang, wonach das Gesuch für eine Konzessionserneuerung mindestens 15 Jahre vor Ablauf der bestehenden Konzession gestellt werden muss.

Bei gemischten Werken mit bestehenden, vor dem Inkrafttreten des 1991 totalrevidierten GSchG erteilten (altrechtlichen) Konzessionen war bzw. ist nur eine eingeschränkte Restwassersanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG notwendig. Wenigstens im Umfang des betroffenen ehehaften Rechts sind die Restwassermengen m. E. – soweit verhältnismässig – rasch oder (bei noch nicht vollständiger Amortisation) spätestens nach 15 Jahren vollständig an die Vorgaben von Art. 31 ff. GSchG anzupassen. Dadurch würde die gesamthaft abzugebende Dotierwassermenge je nach den Verhältnissen im Einzelfall (wenn der ehehafte Anteil erheblich ist) höher ausfallen als unter den Kriterien von Art. 80 Abs. 1 GSchG. Eine umfassende Restwassersanierung gemischter Werke (nach den Vorgaben von Art. 31 ff. GSchG) ist dann anzustreben, wenn die bestehende Konzession bald ablaufen wird.

5. Zum Vorgehen der Kantone im Einzelnen

Zunächst einmal müssen die Kantone Kenntnis von den Wasserkraftwerken erlangen, welche ganz oder teilweise auf ehehaften Rechten beruhen. Nach Art. 31 Abs. 1 WRG haben sie über die an den Gewässern bestehenden und für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte in Betracht fallenden Rechte und Anlagen ein Verzeichnis zu führen (Wasserrechtsverzeichnis). Dazu gehört auch, die Inhaber von Wasserkraftwerken auf der Basis von ehehaften Rechten systematisch zu eruieren. Auf diesem Weg entsteht für die Kantone m. E. grundsätzlich eine «erste Gelegenheit», um das Ablösungsprozedere an die Hand zu nehmen und durchzuführen. In Kantonen mit vermutungsweise vielen derartigen Werken dürfte der Erlass generell-abstrakter Normen sinnvoll sein, mit welchen die nötigen Schritte für die Ablösung geregelt werden (in Kantonen mit wenigen und den Behörden bekannten betroffenen Werken kann allenfalls auch der Verfügungsweg allein ausreichend sein). So kommt ein öffentlicher Aufruf mit Ansetzung einer Frist in Betracht, innert welcher sich die betroffenen Inhaber von ehehaften Rechten melden und danach zur Ablösung ein Gesuch um Erteilung einer Konzession stellen können. Den Inhabern von ehehaften Wasserrechten ist nach dem Prinzip von Treu und Glauben grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen, zur Ablösung ihrer Rechte je Gesuche um Verleihung einer Wasserrechtskonzession (bzw. allenfalls einer Zusatzkonzession bei gemischten Werken) nach dem WRG einzureichen, um die Wassernutzung zukünftig rechtskonform weiterführen zu können.³⁶ Über

³⁶ Im Kanton Glarus steht das Wasserrecht grundsätzlich noch immer den Uferanstössern zu (vgl. Art. 2 Abs. 2 WRG i. V. m. Art. 169 und Art. 170 des Gesetzes vom 7. Mai 1911 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus; GS III B/1/1). Entsprechend sind die Bestimmungen zur Verleihung von Wasserrechten (Art. 38 ff. WRG) nicht anwendbar, wobei dieser Kanton einen konzessionsähnlichen Rechtsakt kennt (Urteil BGer 2E_3/2009 bzw. 2E_4/2009 vom 11. Juli 2011 E. 3). Auch in diesem Sonderfall sind die ehehaften Rechte m. E. bundesrechtskonform abzulösen (Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt, Vorrang des GSchG als neueres Recht, Interessenabwägung bei allfälligen Normwidersprüchen, Gleichbehandlung der Betreiber).

die Konzessionsgesuche der Inhaber ehehafter Wasserrechte wird in einem förmlichen Verfahren (nach Art. 60 WRG und den kantonalen Wasserrechtsgesetzen) und unter Berücksichtigung sämtlicher Interessen, nebst des öffentlichen Interesses an befriedigender und umweltgerechter Wassernutzung auch des (privaten oder öffentlichen) Interesses der Betreiber, zu befinden sein (vgl. BGE 127 II 69 E. 5c). Die Verleihungsgesuche werden zu veröffentlichen sein, verbunden mit der Möglichkeit zur Einsprache (Art. 60 Abs. 2 WRG).

Unterlässt ein Inhaber, rechtzeitig ein Gesuch einzureichen oder verzichtet er allenfalls auf eine Weiterführung des Betriebs basierend auf dem aktuellen Recht, sollte ab einem vom Gesetzgeber bzw. von der Verleihungsbehörde festzulegenden Zeitpunkt (z. B. innert drei Jahren seit dem bundesgerichtlichen Urteil) die Einstellung des Betriebs festgelegt bzw. angeordnet werden, weil für die Weiternutzung dann keine rechtmässige Grundlage mehr vorhanden sein wird; bis dahin kann noch von einer Nutzung nach den alten, auslaufenden Bedingungen gestützt auf Treu und Glauben ausgegangen werden.

Bei einer allfälligen Einstellung des Betriebs stellt sich die Frage, was mit den Anlagen geschehen soll (Übernahme durch das Gemeinwesen, ev. Rückbau, um den betroffenen Gewässerabschnitt ökologisch aufzuwerten). Mangels eines Konzessionsverhältnisses fehlt es an der Vereinbarung eines Heimfallrechts nach Art. 67 i. V. m. Art. 54 Bst. i WRG, welches kein gesetzliches Heimfallrecht vorsieht. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das anwendbare kantonale Recht ein solches kennt. Beim Fehlen eines Heimfallrechts ist grundsätzlich der Rückbau der Anlage auf Kosten der Eigentümerschaft zu verfügen. Bei einem denkmalgeschützten Kleinwasserkraftwerk wäre abzuklären, ob und in welchem Umfang die Unterschutzstellung und Erhaltung bei eingestelltem Betrieb noch sinnvoll sind.

6. Rechtliche Möglichkeiten der Umweltverbände bei allfälliger Untätigkeit der Kantone

Sollten einzelne betroffene Kantone die Ablösung der ehehaften Rechte durch Wassernutzungskonzessionen und die Anpassung der Nutzungsbedingungen an das geltende Recht nicht bzw. nicht innert den skizzierten Zeiträumen vornehmen, steht beschwerdelegitimierten Umweltverbänden die Möglichkeit offen, bei der zuständigen Behörde eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder -verzögerung zu erheben oder – falls noch kein Verfahren hängig ist – ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren (Gestaltungs-)Verfügung einzureichen. Die genauen Voraussetzungen solcher prozessualen Schritte sollen hier nicht näher analysiert werden.

X. Würdigung des Urteils

Mit dem mutigen und folgerichtigen Entscheid des Bundesgerichts wird nach überlanger Zeit das Ende der Privilegierung der Inhaber von ehehaften Wasserrechten eingeleitet, und die fällige Sicherstellung angemessener Restwassermengen (gemäss dem Verfassungsauftrag aus dem Jahre 1975) zur Bewahrung und Wiederherstellung aquatischer Lebensräume kommt einen wichtigen Schritt weiter. Betreffend die Umsetzung des Urteils gibt das Bundesgericht leider nur wenige Hinweise, wodurch die betroffenen Kantone gefordert sind. Es ist zu hoffen, dass sie das bundesgerichtliche Urteil trotz des entstehenden Mehraufwands beförderlich umsetzen, um eine rechtskonforme Ablösung und Anpassung der antiquierten

Wasserrechte sicherzustellen. Immerhin fallen zugunsten der Gemeinwesen neu auch Konzessionsgebühren und ev. Wasserzinsen an (bei Wasserkraftwerken ab 1 MW Bruttoleistung).

Die mit dem Urteil erfolgte Aufhebung und eingeläutete Ablösung dieser Rechte als Fremdkörper in der Rechtsordnung bedeutet einen erheblichen Beitrag zu mehr Verfassungsmässigkeit, Rechtsstaatlichkeit und Einheit der Rechtsordnung im Bereich der Wassernutzung und des Gewässerschutzes.

Résumé

Avec son arrêt sur l'assainissement de la centrale hydraulique Hammer, le Tribunal fédéral a rendu une décision déterminante au sujet d'une institution très ancienne et controversée du droit administratif. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que les droits d'eau immémoriaux (ou anciens droits d'eau), qui comprennent des privilèges très étendus, doivent être intégralement soumis aux prescriptions actuellement en vigueur et ce principalement sans dédommagement. En conséquence, passé un délai de 80 ans, il convient d'appliquer sans restriction l'ensemble des dispositions légales du droit de la protection des eaux et de l'environnement applicables aux nouvelles installations, en particulier les prescriptions relatives au maintien de débits résiduels convenables (art. 31 ss LEaux). L'exploitation des forces hydrauliques ne peut être poursuivie que si les droits immémoriaux sont supprimés et remplacés par des concessions hydrauliques limitées dans le temps, sous réserve éventuellement d'un délai transitoire. Cet arrêt présente un intérêt considérable non seulement du point de vue de la dogmatique du droit administratif général, mais aussi eu égard à ses conséquences et à sa mise en œuvre pratique.

Riassunto

Con la sua sentenza sul risanamento della centrale idroelettrica di Hammer, il Tribunale federale ha preso una decisione guida su un istituto di diritto amministrativo esistente da tempo immemorabile e controverso. Il tribunale ha deciso di far sottostare – in modo integrale e per principio senza indennizzo – alle normative vigenti i cosiddetti diritti sull'acqua immemorabili, che includono privilegi molto ampi. Dopo un periodo di 80 anni, devono quindi essere applicate le disposizioni in materia di protezione dell'ambiente e delle acque relative ai nuovi impianti senza restrizioni e in particolare le disposizioni volte a garantire un'adeguata quantità di deflusso residuale (art. 31 e segg. LPAc). L'uso dell'acqua può essere mantenuto solo se i diritti d'acqua immemorabili sono sostituiti da concessioni temporanee di uso dell'acqua, eventualmente con un certo periodo transitorio. La sentenza è di grande interesse sia dal punto di vista dogmatico, del diritto amministrativo generale, sia per quanto riguarda i suoi effetti e la sua attuazione.