

CHF 15.-  
€ 10.-

# aqua viva

Die Zeitschrift für Gewässerschutz

vormals «natur und mensch», seit 1958

61. Jahrgang #4/2019

## Fluss frei für Äsche, Hecht und Co







Foto: WWF Schweiz

# Die Abkehr von den ehehaften Wasserrechten

▲ Abbildung 1: Die Beschwerde des WWF gegen das Sanierungsgesuch des Kraftwerks Hammer an der Lorze in Cham führt zur Ablösung der ehehaften Rechte.

*In einem vielbeachteten Leiturteil verlangt das Bundesgericht die Ablösung der althergebrachten ehehaften Wasserrechte. Sie sind mit weitgehenden Privilegien verbunden und verhindern teilweise die Einhaltung des geltenden Umweltrechts. Das Urteil ist wichtig hinsichtlich der Sicherung angemessener Restwassermengen. Dessen Umsetzung ist noch zu klären.*

*von Michael Büttler*

Mit seinem Urteil vom 29. März 2019 (Sanierung Kraftwerk Hammer)<sup>1)</sup> leitet das Bundesgericht das Ende der Wassernutzung auf der Grundlage der sogenannten ehehaften Wasserrechte ein. Es verlangt deren Ablösung durch zeitgemässe Wassernutzungskonzessionen. Unter ehehaften Wasserrechten versteht man altrechtliche, private Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern. Unter Juristen sind sie umstritten und Umweltschützern seit geraumer Zeit ein Dorn im Auge. Als historisches Relikt reichen sie bis in das 17./18. Jahrhundert

zurück und bilden im geltenden Recht einen Fremdkörper, sozusagen als «Zeuge unbewältigter juristischer Vergangenheit».<sup>2)</sup> Diese privaten Wasserrechte lassen ihre Inhaber von stossenden Privilegien profitieren. Im Unterschied zu den heutigen Wassernutzungskonzessionen sind sie unbefristet. Bestehende Kraftwerke waren deshalb nur zu einer eingeschränkten Restwassersanierung verpflichtet. Ausserdem mussten die Inhaber weder Konzessionsgebühren noch Wasserzinsen leisten, konnten jedoch die Auszahlung von Entschädigungen für Sanierungen und

von Fördergeldern ersuchen. Die genaue Anzahl solcher Wasserkraftwerke basierend auf ehehaften Wasserrechten ist selbst dem Bund und den Kantonen un-

<sup>1)</sup> BGE 145 II 140, zur ausführlichen Version: BGer Urteil 1C\_631/2017 vom 29. März 2019 unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch). Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Urteil vgl. MICHAEL BÜTLER, Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wassernutzungskonzessionen – Besprechung von BGE 145 II 140 ff., in: Umweltrecht in der Praxis (URP) 6/2019, 540 ff. Zu den ehehaften Rechten siehe das Gutachten «Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten» von MICHAEL BÜTLER und ENRICO RIVA vom 22. März 2017, welches der WWF im Rahmen des Rechtsverfahrens zum Kraftwerk Hammer beim Verwaltungsgericht Zug einreichte, vgl. [www.bergrecht.ch/Eigene%20Publikationen/20170322\\_Gutachten%20ehehafte%20Wasserrechte\\_Buetler\\_Riva\\_def.pdf](http://www.bergrecht.ch/Eigene%20Publikationen/20170322_Gutachten%20ehehafte%20Wasserrechte_Buetler_Riva_def.pdf).

<sup>2)</sup> ALFRED KÖLZ, Das wohlervorbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 1978, S. 65 ff., 65 (mit Verweisen).



bekannt. Die Schätzungen gehen von 130 bis 300 Anlagen aus.<sup>3)</sup>

### **Bundesgerichtsentscheid zur «Sanierung Kraftwerk Hammer»**

Auslöser des Urteils war die anstehende Sanierung des Kleinwasserkraftwerks Hammer an der Unteren Lorze bei Cham (ZG). Der Betreiber reichte hierzu zwei Baugesuche ein. Deren Bewilligung bekämpfte der WWF erfolglos durch zwei Vorinstanzen. Das Bundesgericht hiess seine Beschwerde schliesslich gut. Darüber hinaus hatte der WWF drei weitere Fälle an das Verwaltungsgericht Zug gezogen, welche ebenfalls Wasserkraftwerke mit ehehaften Rechten an der Unteren Lorze zum Gegenstand haben. Zwei dieser Verfahren wurden im Hinblick auf das Pilotverfahren zum Kraftwerk Hammer sistiert und können nun entschieden werden. Das Bundesgerichtsurteil dürfte über diese Fälle hinaus folgenreiche Auswirkungen für alle Inhaber ehehafter Wasserrechte zeitigen.

Das Bundesgericht hielt zusammenfassend fest, dass auch ehehafte Wasserrechte den geltenden Vorschriften zu unterstellen und grundsätzlich entschädigungslos abzulösen sind. Diese Ablösung hat bei «erster Gelegenheit» zu erfolgen und ist Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen.<sup>4)</sup> Für das Kraftwerk Hammer bedeutet dies, dass bei einem Weiterbetrieb auf der Restwasserstrecke nicht mehr die geringere Dotierwassermenge (400 l/s) gestützt auf Art. 80 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz (GSchG) genügt, sondern eine signifikant höhere nach Art. 31 Abs. 1 GSchG (wohl 1028 l/s)<sup>5)</sup> eingehalten werden muss. Gegebenenfalls hat der Betreiber für den Bau des Kraftwerks nachträglich zusätzlich Ersatzmassnahmen nach Art. 18 Abs. 1<sup>ter</sup> Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) für technische Eingriffe in schützenswerte Lebensräume vorzunehmen. Künftig werden auch Konzessionsgebühren und (bei

Kraftwerken mit einer Leistung von mehr als 1 MW) Wasserzinsen zu entrichten sein. Damit bewirkt das Urteil neben der Einhaltung umweltrechtlicher Mindestvorschriften auch eine Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit und Rechtsgleichheit.

### **Gleichgelagerte Interessen wie bei unbefristeten Konzessionen**

Das Urteil erscheint als konsequente Fortsetzung eines vorangehenden, wegweisenden Entscheids des Bundesgerichts aus dem Jahre 2000. Damals ging es um die Frage der Zulässigkeit einer unbefristeten Wassernutzungskonzession aus dem 19. Jahrhundert (BGE 127 II 69). Demnach muss eine Sondernutzung an öffentlichen Gewässern, wie sie die Energieerzeugung mittels Wasserkraft darstellt, mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und einer regelmässigen Prüfung unterstehen. Zeitlich unbefristete Konzessionen seien unzulässig, weil sie einer Entäusserung der staatlichen Hoheit über das betroffene Gewässer gleichkämen.<sup>6)</sup> Die Konzession war folglich zu befristen und zog eine Neukonzessionierung nach sich. Dies ermöglichte die Umsetzung angemessener Restwassermengen bei einem Bach, welcher in der Vergangenheit mehrmals trockengelegt worden war.

Das Gericht verweist in seiner Begründung

ausdrücklich auf diesen früheren Entscheid und sieht gleichgelagerte Interessen in beiden Fällen (Sondernutzung an öffentlichen Gewässern). Die ehehaften Wasserrechte sind durch Konzessionen nach geltendem Recht abzulösen und analog zum erwähnten Fall zu befristen.<sup>7)</sup> Entgegen seiner früheren Rechtsprechung ordnete das Gericht die ehehaften Rechte nicht mehr in die Kategorie der sogenannten wohl erworbenen Rechte (wie Wassernutzungskonzessionen nach Art. 43 Abs. 1 Wasserrechtsgesetz, WRG) ein, welche gegenüber Gesetzesänderungen relativ beständig sind. Damit ist auf die abzulösenden ehehaften Rechte das geltende Umweltrecht anzuwenden. Insbesondere sind die für die aquatischen Lebensräume bedeutsamen Vorschriften zu den angemessenen Restwassermengen vollumfänglich einzuhalten (Art. 31 ff. GSchG).

### **Ablösung «bei erster Gelegenheit»**

Die Ablösung der ehehaften Rechte durch Wassernutzungskonzessionen und damit die Erfüllung der Vorgaben des Umwelt-

<sup>3)</sup> Vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 26. August 2019, 9, «Bund korrigiert Ausbaupotenzial der Wasserkraft nach unten». Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) spricht in einem Schreiben vom 24. Oktober 2019 an die Kantone von mehreren hundert Anlagen.

<sup>4)</sup> BGE 145 II 140, E. 6.5.

<sup>5)</sup> Vgl. BGE 145 II 140, Sachverhalt C. und E. 2.3.

<sup>6)</sup> BGE 127 II 69, E. 4c.

<sup>7)</sup> BGE 145 II 140, E. 6.4 f.

▼ **Abbildung 2: Vom Zugersee kommend wandern Bachforellen über die Lorze zu ihren Laichplätzen.**



rechts haben laut Bundesgericht «bei erster Gelegenheit» zu erfolgen.<sup>8)</sup> Was damit gemeint ist, bleibt offen. Insbesondere Bau- und Ausnahmegewilligungen für Massnahmen zur Instandhaltung oder Erweiterung der Anlagen, ökologische Sanierungsverfahren nach dem GSchG und dem Fischereigesetz (BGF) betreffend Schwall-Sunk, Geschiebehaushalt und Fischgängigkeit sowie Revitalisierungsprojekte stellen eine solche «erste Gelegenheit» dar; des Weiteren wohl Gesuche um Zusprechung damit zusammenhängender Entschädigungen oder Einspeisevergütungen (Art. 19 ff. und Art. 34 Energiegesetz, EnG). Aber auch der Rückzug eines Baugesuchs durch den Betreiber kann die Anwendung der geltenden Bestimmungen nicht verhindern.<sup>9)</sup> Verschiedene Gründe sprechen dafür, dass die zuständigen Behörden m.E. verpflichtet sind, den Ablösungsprozess aktiv an die Hand zu nehmen und nötigenfalls eine erste Gelegenheit zu schaffen – darunter vor allem das gewichtige öffentliche Interesse am Gewässerschutz als verfassungsrechtlich verankerte Staatsaufgabe, aber auch Aspekte der Gleichbehandlung der Kraftwerksbetreiber.

## Schritte zur Umsetzung

Das Urteil wirft zu seiner Umsetzung weitere Fragen auf. Zunächst müssen die zuständigen kantonalen Behörden jene

Betreiber von Wasserkraftwerken eruieren, welche ganz oder teilweise auf ehehaften Rechten (und teilweise bereits auf einer Konzession) beruhen. Mit der Aktualisierung der gesetzlich vorgesehenen kantonalen Wasserrechtsverzeichnisse wird m.E. ebenfalls eine «erste Gelegenheit» zur Ablösung geschaffen.

Ausserdem ist zwischen dem Zeitrahmen für die behördliche Durchführung des Ablösungsprozesses und allfälligen Schonfristen in Einzelfällen (zum Investitionsschutz) zu unterscheiden. Eine analoge Anwendung der Fünfjahresfrist von Art. 58a Abs.3 WRG könnte als Richtschnur für den zeitlichen Rahmen der Ablösung der ehehaften Wasserrechte und zur Anpassung an die bestehenden Vorgaben des Gewässerschutzrechts dienen. Diese bezieht sich zwar auf Fälle der Konzessionserneuerung, mit der bundesgerichtlich festgestellten Rechtswidrigkeit der ehehaften Wasserrechte liegt nun aber eine damit vergleichbare Lage vor: Die bisherige Rechtsgrundlage entfällt und muss durch eine Konzession abgelöst werden.

Entschädigungen oder stattdessen längere Anpassungsfristen sind gegebenenfalls für Kraftwerke mit erst kürzlich erfolgten und nachweisbar getätigten und bewilligten Investitionen zu gewähren, um deren

Amortisation auf der Grundlage des Vertrauensschutzes zu ermöglichen. Eine solche Übergangsfrist sollte m.E. zwischen fünf und höchstens 15 Jahren betragen. Eine noch längere Aufrechterhaltung der privilegierten Rechtsposition erscheint einerseits unbillig, andererseits stimmt die Dauer von 15 Jahren mit Art. 58a Abs. 2 WRG überein. Danach ist eine Konzessionserneuerung wenigstens 15 Jahre vor Ablauf der Konzession zu beantragen. Bei der Mehrheit der betroffenen Kraftwerke dürften die Investitionen jedoch längst abgeschrieben sein, womit eine Übergangsfrist ausser Betracht fällt.

Den Kantonen obliegt es, in den genannten Zeiträumen die geeigneten und nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die verfassungs- und bundesrechtskonforme Nutzung ihrer Gewässer sicherzustellen. Für Kantone mit zahlreichen betroffenen Kraftwerken ist die Schaffung gesetzlicher Grundlagen empfehlenswert, um die Ablösung zu regeln. In Kantonen mit nur wenigen solchen Anlagen kann der Erlass von individuellen Verfügungen ausreichen.

Grundsätzlich müssen die Kantone den Inhabern ehehafter Wasserrechte auf der Grundlage von Treu und Glauben Gelegenheit einräumen, innert bestimmter Frist die Verleihung einer Konzession zu beantragen. Diese Gesuche werden im vorgesehenen Verfahren gemäss Art. 60 WRG (und nach den kantonalen Wasserrechtsgesetzen) zu behandeln sein und unterstehen im Einzelfall der Einsprache nach Art. 60 Abs. 2 WRG. Für Anlagen, deren Betreiber keine Konzession erhalten oder für die kein Gesuch gestellt wird, soll die Betriebseinstellung verfügt bzw. legislativ festgelegt werden. Mit der Betriebseinstellung wäre darüber hinaus die Verfügung des Rückbaus der Anlage zu

▼ Abbildung 3: Die Äsche gilt mittlerweile als «stark gefährdet». Im Kanton Zug kommt sie vor allem in der Lorze vor. Auch sie wird bald von mehr Restwasser profitieren.



<sup>8)</sup> BGE 145 II 140, E. 6.5.

<sup>9)</sup> BGE 145 II 140, E. 6.6.





Foto: Aqua Viva

▲ Abbildung 4: An renaturierten Flussabschnitten wie hier an der Lorze bei Baar können Äschen und Bachforellen frei wandern. Mit Hilfe des Bundesgerichtsurteils müssen nun auch die Betreiber von Wasserkraftanlagen auf der Grundlage ehehafter Rechte für ausreichend Restwasser und die Fischgängigkeit ihrer Anlagen sorgen.

prüfen. Zu beachten wären allfällige kantonalgesetzliche Heimfallrechte oder eine Unterstellung der Anlagen unter Denkmalschutz.



**Michael Bütler**

ist als Rechtsanwalt und Gutachter tätig und setzt sich für den Landschafts-, Natur- und Umweltschutz

ein. Seine Dissertation verfasste er zum Thema «Gletscher im Blickfeld des Rechts». Er ist Vorsitzender der Begleitgruppe Recht von Aqua Viva, Mitherausgeber der Zeitschrift *Sicherheit & Recht* sowie Mitglied der Redaktionskommission der Zeitschrift *Umweltrecht in der Praxis*.

Sollten die Kantone keine geeigneten Schritte zur Ablösung der ehehaften Rechte unternehmen oder diese übermässig verzögern, könnte ein rechtliches Vorgehen der legitimierten Umweltschutzorganisationen von Nutzen sein. Sie könnten gegen die zuständigen Behörden mit Beschwerden wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung vorgehen. Falls noch kein Verfahren angestossen wäre, käme ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung in Betracht.

**Würdigung des Urteils**

Das Bundesgericht hat mit seinem erfreulichen und mutigen Urteil das Ende der ehehaften Wasserrechte eingeläutet und damit den Gewässerschutz und die Rechtsstaatlichkeit gestärkt. Die konkrete

Umsetzung des Urteils liegt jedoch bei den Kantonen, insbesondere die seit 1976 von der Bundesverfassung verlangte Sicherstellung angemessener Restwassermengen. Es bleibt offen, wie sich die einzelnen Kantone dieser Aufgabe annehmen. Das Urteil ist für die Sicherung angemessener Restwassermengen und für die Verbesserung aquatischer Lebensräume bedeutsam. ♦

**Michael Bütler**

Dr. iur., Rechtsanwalt  
 Gloristr. 66  
 8044 Zürich  
 michael.buetler@bergrecht.ch  
 www.bergrecht.ch