

Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten

Rechtsgutachten vom 22. März 2017

von Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt in Zürich, und Prof. Dr. iur. Enrico Riva, Rechtsanwalt in Bern.

Im Auftrag des WWF Schweiz (Zürich)

Adressen der Autoren:

Michael Bütler, Dr. iur. Rechtsanwalt
Gloriastrasse 66, Postfach 860, CH-8044 Zürich
E-Mail: michael.buetler@bergrecht.ch
Webseite: www.bergrecht.ch

Enrico Riva, Prof. Dr. iur. Rechtsanwalt
Krneta Partner Rechtsanwälte, Münzgraben 6, CH-3001 Bern
E-Mail: riva@kp-law.ch
Webseite: www.kp-law.ch

Inhaltsverzeichnis

Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten	1
Inhaltsverzeichnis	2
1. Ausgangslage und Fragestellung	4
2. Zusammenfassung und Ergebnisse	5
3. Überblick zu den gewässerrechtlichen Grundlagen	9
4. Grundzüge der ehehaften Wasserrechte	10
4.1 Definition und rechtliche Einordnung	10
4.2 Zu Entstehung und Erscheinungsarten	12
4.3 Zu Anerkennung, Bestand, Zweck und Umfang	13
4.4 Abgrenzung zu Konzessionen und wohlerworbenen Rechten	17
5. Anwendbarkeit umweltrechtlicher Normen bei der Wassernutzung	22
5.1 Einleitung.....	22
5.2 Wichtige umweltrechtliche Vorgaben bei der Wasserkraftnutzung	22
5.2.1 Umweltverträglichkeitsprüfung	22
5.2.2 Angemessene Restwassermengen	22
5.2.3 Revitalisierung, Schwall und Sunk, Geschiebehaushalt und Fischgängigkeit	24
5.2.4 Ersatzmassnahmen und Referenzzustand.....	27
5.2.5 Sanierung und Massnahmen bei laufenden Wasserrechten	28
5.2.6 Rechtslage bei Konzessionserneuerungen und neuen Konzessionen	29
6. Aus der Gerichtspraxis zum Umgang mit ehehaften Wasserechten	29
6.1 Ausgewählte Entscheide	29
6.1.1 Urteile des Bundesgerichts.....	29
6.1.2 Weitere Entscheide.....	30
6.2 Zwischenfazit	32
7. Zielkonflikte und Lösungsansätze	33
7.1 Interessengegensätze bei ehehaften Wasserrechten.....	33
7.2 Prinzipien und Konzepte zur Lösung von Zielkonflikten.....	33
7.3 Tatsächliche und rechtliche Umstände des Einzelfalls	36
8. Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten	37
8.1 Überblick zu Grundlagen und Voraussetzungen für Eigentumsbeschränkungen	37
8.2 Praxis zur Anwendung umweltrechtlicher Bestimmungen bei ehehaften Wasserrechten	38
8.3 Argumente gegen eine vollständige Anpassung an das geltende Recht?	39
8.3.1 Dinglicher Charakter und fehlende Befristung	39
8.3.2 «Gesetzesbeständigkeit» wohlerworbener Rechte	41
8.3.3 Zwischenfazit	44
8.4. Argumente für eine vollständige Anpassung an das geltende Recht.....	45
8.4.1 Auslegung der GSchG-Vorschriften zu den Restwasseranforderungen	45
8.4.2 Verfassungsaufträge und Normenhierarchie	47
8.4.3 Gewässer als öffentliche Sachen	48
8.4.4 Gewässer- und Umweltschutz als gewichtige öffentliche Staatsaufgaben	49
8.4.5 Beschränkung von vormals unbefristeten Wassernutzungskonzessionen	49

8.4.6 Gleichbehandlung der Betreiber und Förderungsbeiträge	51
8.4.7 Ehehafte Wasserrechte als überholte Relikte.....	54
8.5 Zeitpunkt der Anwendung des geltenden Umweltrechts.....	54
8.6 Fragen zur Umsetzung der Rechtsanpassung in der Praxis	55
8.7 Entschädigungslosigkeit der Einschränkung?	56
8.8 Ergebnis der Interessenabwägung	57
8.9 Revisionsbedarf?	58
8.10 Fazit.....	59

1. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Die Wasserkraftnutzung ist in der Schweiz stark ausgebaut. Die Niederschlagsverhältnisse und Topografie der Schweiz sowie eine nutzungsfreundliche Gesetzgebung spielen dabei eine wichtige Rolle. Diese Wasserentnahmen führen bei vielen Fließgewässern zu ungenügenden Restwassermengen und anderen Beeinträchtigungen (Fischgängigkeit, Schwall-Sunk-Verhältnisse, Geschiebehauhalt). Heutzutage werden Wassernutzungsrechte von den Gemeinwesen mittels Konzessionen an die Kraftwerksbetreiber für eine Dauer von maximal 80 Jahren verliehen. Nach dem Gewässerschutzgesetz (GSchG)¹ von 1991 sind die konzessionierten Wasserentnahmen während der Konzessionsdauer zu sanieren, wenn sie Fließgewässer wesentlich beeinflussen. Die Restwassersanierung muss grundsätzlich nur soweit angeordnet werden, als diese ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Daneben sind durch einen Netzzuschlag finanzierte Sanierungen zu den Aspekten Schwall-Sunk, Geschiebehauhalt und Fischgängigkeit bis Ende 2030 durchzuführen. Soll ein Wasserkraftwerk nach Ablauf der Konzessionsdauer weiterbetrieben werden, sind die Konzessionsbedingungen zu überprüfen. Das geltende Umweltrecht ist sodann vollumfänglich anzuwenden, die nötigen Sanierungen sind anzuordnen. Dies betrifft insbesondere die Sicherung angemessener Restwassermengen, aber auch die bereits erwähnten anderen Bereiche sowie die Anordnung von Ersatzmassnahmen. Vor dem Erlass des Wasserrechtsgesetzes (WRG)² wurden teilweise unbefristete Konzessionsrechte erteilt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind unbefristete Wassernutzungskonzessionen nach Ablauf einer Übergangsfrist aufzuheben und in ein zeitlich befristetes Konzessionsverhältnis überzuführen. Neben den Konzessionen bestehen altrechtliche ehehafte Wasserrechte, welche von den Gemeinwesen und den Gerichten anerkannt werden. Beide Arten von Wassernutzungsrechten werden den sog. wohl erworbenen Rechten zugeordnet. Beim Erlass des WRG im Jahre 1916 wurde für ihre Ablösung und Überführung ins neue Recht keine Übergangsregelung getroffen.
- 2 Die ehehaften Rechte sind nach Lehre und Rechtsprechung dinglicher Natur und unbefristet, was deren Inhabern eine sehr privilegierte Stellung verschafft. Eine Restwassersanierung wird nur im Rahmen der Übergangsbestimmungen des GSchG ohne entschädigungsbegründende Eingriffe nach der sog. Substanztheorie durchgeführt. Weil ehehafte Rechte zeitlich keiner Beschränkung unterliegen, kommt es bei ihnen grundsätzlich nie zu einer Erneuerung, welche die Pflicht zur Umsetzung der Restwasservorschriften von Art. 31 ff. GSchG auslösen würde. In der bisherigen Praxis wird – soweit ersichtlich – eine vollumfängliche, entschädigungslose, nachträgliche Anpassung dieser Rechte an das geltende Umweltrecht kaum bzw. nicht durchgeführt. Dies erscheint bei den Gewässern als öffentlichen Sachen aus verschiedenen Gründen stossend und unbefriedigend. Einerseits führt dies zu einem erheblichen

¹ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG, SR 814.20).

² Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.80).

chen Vollzugsdefizit im Umweltrecht. Andererseits werden Inhaber von befristeten Wassernutzungskonzessionen ungleich behandelt, weil sie bzw. ihre Nachfolger spätestens nach 80 Jahren das geltende Recht vollumfänglich einhalten müssen. Ebenso sind Inhaber anderer Industrie- und Gewerbeunternehmungen zu nennen, deren Altanlagen Sanierungspflichten unterliegen. Im Rahmen der wirtschaftlichen Tragbarkeit müssen sie Sanierungen nach dem Vorsorgeprinzip entschädigungslos durchführen (z.B. bezüglich Emissionsgrenzwerten, Nachrüstungen durch die Atomkraftwerk-Betreiber). Problematisch erscheint, dass auch Kraftwerksbetreiber, welche sich auf unbefristete ehehafte Rechte berufen, Fördergelder aus der kostendeckenden Einspeisevergütung erhalten. Schliesslich stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die weitgehende Rechtswirkung der ehehaften Wasserrechte mit dem Prinzip der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt vereinbar ist.

- 3 Mit dem vorliegenden Gutachten soll abgeklärt und erläutert werden, ob und inwieweit auch ehehafte Wassernutzungsrechte nach dem geltenden Bundesrecht Einschränkungen unterliegen. Welches rechtliche Regime gilt betreffend die Sicherung angemessener Restwassermengen? Welche Sanierungen und Ersatzmassnahmen müssen Inhaber von ehehaften Rechten zu welchem Zeitpunkt vornehmen? Nicht untersucht wird die ebenso wichtige Frage, ob sich auch auf der Grundlage des öffentlichen Abgaberechts Einschränkungen bei ehehaften Rechten aufdrängen, d.h. ob Inhaber von ehehaften Rechten Gebühren und Wasserzinsen entrichten müssten.

2. Zusammenfassung und Ergebnisse

- 4 In der Schweiz ist die Wasserkraftnutzung stark ausgebaut. Entsprechend erreichen die Wasserentnahmen ein grosses Ausmass. Damit verbunden sind in vielen Fliessgewässern ungenügende Restwassermengen und andere nachteilige Einwirkungen, insbesondere kurzfristige künstliche Änderungen des Wasserabflusses (Schwall und Sunk), eine unzureichende Fischgängigkeit und Beeinträchtigungen des Geschiebehaushalts. Ausserdem sind landschaftliche Einbussen zu nennen. Gestützt auf die Bundesverfassung hat der Bund in Art. 29 ff. GSchG Vorschriften zur Sicherung angemessener Restwassermengen und zur Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer erlassen. Nach geltendem Recht verleihen die Kantone oder Gemeinden Wassernutzungsrechte an Dritte mittels Konzessionen für die Dauer von maximal 80 Jahren. Bei Neukonzessionierungen oder Konzessionserneuerungen sind die umweltrechtlichen Vorgaben vollumfänglich anzuwenden. Diese betreffen vor allem angemessene Restwassermengen (quantitatives und qualitatives «Existenzminimum»), fischereirechtliche Massnahmen, die Schwall-Sunk-Problematik, den Geschiebehaushalt und Ersatzmassnahmen für technische Eingriffe in die betroffenen Lebensräume. Bei bestehenden Wassernutzungsrechten, die Fliessgewässer wesentlich beeinflussen, ist jedoch im Regelfall vorerst nur eine beschränkte Restwassersanierung durchzuführen. Nach den Übergangsbestimmungen des GSchG (Art. 80 ff.) soll die Sanierung die «Substanz» der Wassernutzungsrechte wahren, andernfalls entstünde eine Entschädigungspflicht.

- 5 Neben den erwähnten Wassernutzungskonzessionen existieren auch zahlreiche sog. ehehafte Wasserrechte. Sie gelten als private Rechte an öffentlichen Gewässern. Es handelt sich um alte Nutzungsrechte, welche vor dem Beginn der wasserrechtlichen Gesetzgebung der Kantone im 19. Jahrhundert entstanden sind und heute nicht mehr begründet werden können. Die Bundesgesetzgebung kennt den Begriff der ehehaften Rechte nicht. Im geltenden WRG aus dem Jahre 1916 wurde die Thematik des Weiterbestandes dieser Rechte bzw. ihrer Ablösung durch Konzessionen nicht aufgegriffen. Ehehafte Rechte werden nach der Praxis von den bestehenden Wassernutzungsrechten gemäss GSchG bzw. den anerkannten bestehenden dinglichen Rechten im Sachenrecht erfasst. Den ehehaften Rechten wird nach dem Bundesgericht und der älteren Lehre Dienstbarkeitscharakter zugesprochen. Zudem ordnet das Bundesgericht sie den sog. wohlerworbenen Rechten zu, welche der Eigentumsgarantie und dem Vertrauensschutz unterstehen. Dies erscheint fragwürdig. Die Rechtsnatur und Tragweite der im WRG aufgeführten wohlerworbenen Rechte ist in der Lehre umstritten. Dies betrifft vor allem die Frage, ob und wieweit diese Rechte sog. gesetzesbeständig sind, d.h. in welchem Ausmass sie an spätere Rechtsänderungen angepasst werden müssen.
- 6 Angesichts ihres dinglichen Charakters unterliegen ehehafte Wasserrechte – im Unterschied zu den Wassernutzungskonzessionen – keiner Befristung. Aus diesem Grunde kommt es bei ihnen grundsätzlich nie zu einer Erneuerung, welche die Pflicht zur Umsetzung der Restwasservorschriften von Art. 31 ff. GSchG auslösen würde. In der bisherigen Behördenpraxis wird eine vollumfängliche, nachträgliche Anpassung dieser Rechte an das geltende Umweltrecht selten bzw. nicht durchgeführt. Diese Praxis erscheint aus Sicht des Gewässer-, Arten- und Landschaftsschutzes und im Interesse einer einheitlichen, verfassungskonformen Rechtsanwendung höchst unbefriedigend und stossend. Den ehehaften Rechten selber kommt weder Verfassungs- noch Gesetzesrang zu, weshalb sich ein derart weitgehender Rechtsschutz nicht rechtfertigen lässt. Die angesprochene Thematik wird im Schrifttum kaum diskutiert und war bisher – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand eines publizierten Gerichtsentscheides.
- 7 Im Zusammenhang mit ehehaften Wasserrechten treten Zielkonflikte zwischen öffentlichen Interessen (Ausübung der Gewässerhoheit durch die zuständigen Gemeinwesen, sofortige bzw. zeitverschobene Anwendung des geltenden Umweltrechts, Erhebung von Abgaben, rechtsgleiche Behandlung der Kraftwerksbetreiber) und dem privaten Interesse der Inhaber von ehehaften Wasserrechten an unbefristeter, wenig eingeschränkter und unentgeltlicher Nutzung eines öffentlichen Gewässers auf. Die verschiedenen Staatsaufgaben (wie der Schutz von Grundrechten und der Natur- und Umweltschutz) sind gleichwertig. Unter Beachtung der Normenhierarchien, der Einheit der Rechtsordnung, dem Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise und dem Prinzip der praktischen Konkordanz können Zielkonflikte bei Normenkollisionen nötigenfalls mittels einer umfassenden Interessenabwägung gelöst werden.

- 8 Die vorliegende Analyse legt dar, dass die in der Rechtspraxis übliche, bundesrechtlich aber nur indirekt und relativ schwach abgestützte Anerkennung der alten ehehaften Rechte eine mehrfache, nicht zu rechtfertigende Privilegierung der Rechtsinhaber bedeutet. Diese kommen in den Genuss von unbefristeten, weitgehenden privaten Rechten an Gewässern als öffentlichen Sachen. Bisher müssen solche Inhaber lediglich eine Restwassersanierung für bestehende Wassernutzungsrechte gestützt auf die Übergangsbestimmungen des GSchG durchführen. Die Sicherung angemessener Restwassermengen nach dem Standard von Art. 29 ff. GSchG wird hingegen nicht verlangt, obwohl der Gesetzgeber diesen als ökologisch notwendig und wirtschaftlich tragbar erachtete. Ausserdem schulden Inhaber eehafter Rechte im Unterschied zu Konzessionären den hoheitsberechtigten Gemeinwesen weder Gebühren noch Wasserzinsen. Dies bedeutet eine nicht haltbare Ungleichbehandlung gegenüber Wassernutzungskonzessionären. Stossend ist zudem, wenn Inhaber eehafter Rechte Gelder aus der kostendeckenden Einspeisevergütung zur Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien beanspruchen, sich gleichzeitig aber einer Anpassung an das übrige öffentliche Recht zu entziehen vermögen.
- 9 Diese Praxis hält einer näheren rechtlichen Prüfung und umfassenden Interessenabwägung nicht stand: Ehehafte Rechte befinden sich im Spannungsfeld zwischen Nutzungs- und Schutzinteressen. Öffentliche Gewässer stehen im Gemeindegebrauch und bilden eine zentrale Lebensgrundlage. Damit sind weitgehende, überholte privatrechtliche Privilegien aus vergangenen Jahrhunderten nicht vereinbar. Die eehaften Wasserrechte widersprechen den stark gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen und rechtlichen Verhältnissen. Wie erwähnt, sind die verschiedenen Verfassungsaufträge auf gleicher Stufe. Weder der dingliche Charakter (im Sinne einer Dienstbarkeit) noch die fehlende Befristung eehafter Wasserrechte stehen ihrer zeitversetzten Anpassung an das geltende Umweltrecht (und ev. an das Abgaberecht) im Weg. Die vom Bundesgericht auf der Grundlage der Substanztheorie angenommene (relative) «Gesetzesbeständigkeit» lässt sich – analog den Übergangsbestimmungen betreffend die Wassernutzungskonzessionen – lediglich im Sinne des Investitionsschutzes für eine Dauer von 80 Betriebsjahren bzw. mangels Klärung der Frage bis heute rechtfertigen.
- 10 Die Analyse der geltenden verfassungsrechtlichen und bundesrechtlichen Grundlagen und eine umfassende Interessenabwägung sprechen dafür, die Rechtswirkung eehafter Rechte einzuschränken, d.h. diese der Eigentumsgarantie unterstehenden, unbefristeten Rechte entschädigungslos an das aktuelle Umwelt- (und ev. Abgabe-) Recht anzupassen. Ein massgebliches Argument dafür sind die zwingenden Normen des GSchG zur Sicherung angemessener Restwassermengen, mit denen der Gesetzgeber innert absehbarer Zeit überall eine akzeptable Restwassersituation herbeiführen wollte. Die geltenden, zwingenden Rechtsnormen des GSchG, das wichtige Prinzip der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt und weitere bedeutsame öffentliche Interessen bzw. Prinzipien (z.B. Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, ganzheitliche Betrachtungsweise, Legalitätsprinzip, Gleichbehandlungsaspekte im Verhältnis zu Konzessionären) gebieten, die privilegierte Rechtswir-

kung ehehafter Rechte bei Gewässern als öffentlichen Sachen einzuschränken. Festzuhalten ist, dass das Bundesrecht allfällig entgegenstehenden Normen im kantonalen Wassernutzungsrecht vorgeht, falls diese einer Anpassung an das Bundesumweltrecht im Weg ständen (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung). Die Voraussetzungen zur Einschränkung der Eigentumsgarantie (bzw. des Vertrauensschutzes) sind gegeben, so die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird dadurch gewahrt, dass die Kraftwerksbetreiber die getätigten Investitionen dank der sehr langen Nutzungsdauer von 100 und weit mehr Jahren maximal abschreiben konnten. Anpassungen an die Restwasseranforderungen von Art. 31 ff. GSchG sowie weitere Umweltmassnahmen sind geeignet und erforderlich, um die ökologische Situation von Fliessgewässern erheblich zu verbessern. Eingriffszweck und Eingriffswirkung stehen demnach in einem tragbaren und vernünftigen Verhältnis.

- 11 Nach Ablauf einer Zeitspanne von 80 Jahren seit der Betriebseröffnung bzw. spätestens zum heutigen Zeitpunkt rechtfertigt sich nach unserer Auffassung bei ehehaften Rechten (wie bei den Wassernutzungskonzessionen) keine Entschädigung gemäss der Regelung von Art. 80 Abs. 1 GSchG. Denn diese Bestimmung findet nach dem Gesetzeszweck und gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Anwendung. Die Einhaltung der Mindestrestwassermengen gemäss Art. 31 GSchG ist die Bedingung für die Weiterführung des Rechts, Wasser nutzen zu können. Wer ein öffentliches Gewässer weiterhin nutzen will, soll sich diesem Standard unterziehen oder auf die Wasserentnahme verzichten.
- 12 Das Gutachten spricht auch die Frage der Umsetzung der Rechtsanpassung in der Praxis an. Eine solche ist schrittweise von Amtes wegen so bald wie möglich auf dem Verfügungsweg durchzuführen. Einen Anstoss können auch Rechtsmittelverfahren im Zuge von Erneuerungsprojekten oder Gesuche um Erlass einer anfechtbaren Verfügung geben. Die inhaltliche Anpassung und Einschränkung der ehehaften Wasserrechte sind nicht mit deren Aufhebung verbunden, ausser sie würden im Einzelfall (auf dem Verhandlungsweg) durch Wassernutzungskonzessionen ersetzt. Eine Gesetzesrevision (primär des WRG) ist für die Anpassung an das geltende Recht nicht notwendig. Sie wäre aber wünschbar, um die ehehaften Rechte als Relikte vergangener Epochen nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist durch zeitgemässe Wassernutzungskonzessionen abzulösen.
- 13 Der vorgeschlagene Lösungsansatz nach geltendem Recht, d.h. ohne Gesetzesrevision, erlaubt eine kohärentere Rechtsanwendung, die erheblichen Zielkonflikte entschärfen und verhilft dem Umweltrecht in einem zentralen Bereich zum Durchbruch.

3. Überblick zu den gewässerrechtlichen Grundlagen

- 14 Die *Bundesverfassung* (BV)³ verpflichtet den Bund, im Rahmen seiner Zuständigkeiten unter anderem für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen zu sorgen. Der Bund legt Grundsätze fest über die Erhaltung und Erschliessung der Wasservorkommen, über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und anderes. Er erlässt Vorschriften u.a. über den Gewässerschutz und die Sicherung angemessener Restwassermengen. Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone. Sie können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben (Art. 76 Abs. 1-4 BV). Die *gewässerschutzrechtlichen Aspekte* sind primär im GSchG und in der Gewässerschutzverordnung (GSchV)⁴, daneben im kantonalen Recht (Vollzugserlasse) geregelt. Die Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes gilt für alle ober- und unterirdischen Gewässer (Art. 2 GSchG). Die *Wassernutzung* ist Gegenstand des WRG (als Rahmengesetz), der dazugehörigen Wasserrechtsverordnung (WRV)⁵ und der jeweiligen kantonalen Erlasse.
- 15 Für die *rechtliche Einordnung der Gewässer* und für die daran bestehenden *Rechtsverhältnisse* ist Art. 664 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)⁶ von Bedeutung. Danach stehen die herrenlosen und öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden (Abs. 1). An den öffentlichen Gewässern sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum (Abs. 2). Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten die erforderlichen Bestimmungen auf (Abs. 3).
- 16 Bei Gewässern (und Grundwasservorkommen) handelt es sich in der Regel um *öffentliche Sachen im Gemeingebrauch*, die unter der Hoheit des Territorialkantons stehen (vgl. Art. 664 ZGB).⁷ Die Kantone sind befugt, ihre Hoheitsrechte an die Territorial-Gemeinden oder andere Körperschaften wie Bezirke, Kirchgemeinden und Allmendkorporationen zu delegieren.⁸ Die *Hoheitsstellung* bedeutet eine selbständige eigentumsähnliche Sachherrschaft. Die Gemeinwesen können an öffentlichen Sachen wie Gewässern, Felsen oder Gletschern öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Eigentum beanspruchen.⁹ Das kantonale Hoheitsrecht wird jedoch durch das *öffentliche Recht des Bundes* (z.B. zum Gewässerschutz und Wasserbau) eingeschränkt.¹⁰ Die Kantone können die öffentlichen von den privaten Gewässern ab-

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴ Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201).

⁵ Verordnung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 2. Februar 2000 (WRV, SR 721.801).

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

⁷ BSK, ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664 N 11 ff.

⁸ Vgl. dazu MICHAEL BÜTLER, Gletscher im Blickfeld des Rechts, 2006, S. 30.

⁹ Siehe BÜTLER (Fn. 8), S. 30.

¹⁰ BSK, ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664 N 24.

grenzen, d.h. bestimmen, von welcher Grösse an ein Gewässer als öffentlich gilt und damit im Gemeingebrauch steht.¹¹ Nach Art. 1 Abs. 2 WRG gelten als *öffentliche Gewässer* im Sinne dieses Gesetzes die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist und die Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, aber von den Kantonen in Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden. Auf die Gewässer als öffentliche Sachen findet nach der sog. dualistischen Theorie sowohl öffentliches als auch Privatrecht Anwendung.¹² Wichtig ist, dass das öffentliche Recht die Anwendbarkeit des Privatrechts auf die öffentlichen Sachen ausdrücklich oder sinngemäss ausschliessen kann.¹³

- 17 *Privateigentum* an einem Gewässer ist nur im Ausnahmefall möglich, wenn dieses nachgewiesen werden kann (Art. 664 Abs. 2 ZGB). Es gilt also eine widerlegbare Vermutung zulasten des Privateigentums.¹⁴ Diese Möglichkeit des Eigentumsnachweises stützt sich letztlich auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Die Beweislast liegt bei derjenigen Person, welche das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht am Gewässer behauptet (vgl. Art. 8 ZGB).

4. Grundzüge der ehehaften Wasserrechte

4.1 Definition und rechtliche Einordnung

- 18 *Ehehafte Wasserrechte* sind – kurz gesagt – historische bzw. vorbestandene *private Rechte an öffentlichen Gewässern*. Die Begründung dieser vermögenswerten Nutzungsgrechte liegt «... im Dunkel der Vorzeit ...».¹⁵ In der Literatur wird zu Recht der Standpunkt vertreten, sie seien sozusagen Zeugen unbewältigter juristischer Vergangenheit, indem man sich bei der Schaffung neuen Rechts gescheut habe, alte subjektive Rechtspositionen abzuschaffen.¹⁶ Die ehehaften Rechte gehören nach Rechtsprechung und Lehre dem Privatrecht an. Sie weisen dinglichen Charakter auf, schaffen also eine Berechtigung an einer öffentlichen Sache. Sie geniessen – wie das private Eigentum des Sachenrechts – zeitlich grundsätzlich unbeschränkte Geltung. Der den ehehaften Rechten zukommende Schutz leitet sich aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) ab. Meistens kann der Rechtsträger sein Recht praxisgemäss unentgeltlich ausüben, schuldet dem Gemeinwesen also keine Abgaben (Konzessionsgebühr, Wasserzins). Die Bundesgesetzgebung verwendet den Begriff der

¹¹ BK-MEIER-HAYOZ, N 108, 153, BSK, ZGB II-REY/STREBEL, Art. 664 N 28, S. 33.

¹² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz. 2246.

¹³ BGE 120 II 321 ff. E. 2b, S. 323 (Bauhandwerkerpfandrecht).

¹⁴ BGE 113 II 236 ff. E. 4 und 5 (Ersitzung von herrenlosen und öffentlichen Sachen); ferner: BÜTLER (Fn. 8), S. 34 ff. (zu Gletschern).

¹⁵ So BK MEIER-HAYOZ, Art. 664 ZGB N 140.

¹⁶ ALFRED KÖLZ, Das wohlervorbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 1978, S. 65 ff., 89 ff.

ehehaften Rechte¹⁷ (bzw. Wasserrechte) im Unterschied zu einigen kantonalen Erlassen nicht. Auch fehlt eine explizite Anerkennung dieser Rechte. Zu beachten ist jedoch das intertemporale Sachenrecht (Art. 17 SchIT ZGB). In verschiedenen Bestimmungen spricht der Bundesgesetzgeber von bestehenden Wassernutzungsrechten (Art. 80 Abs. 1 GSchG, Art. 17 Abs. 2, Art. 31 Abs. 1, Art. 32 Abs. 2 und 3, Art. 74 Abs. 1, Art. 75 Abs. 3 WRG). Dazu gehören auch die anerkannten ehehaften Wasserrechte.¹⁸

19 Nach einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2000 sind ehehafte Rechte «... ausschliesslich private Rechte, die ihren Ursprung in einer Rechtsordnung haben, die nicht mehr besteht, und welche nach neuem Recht nicht mehr begründet werden können, aber auch unter der neuen Rechtsordnung weiterbestehen dürfen.»¹⁹ Mit «neuem Recht» dürften das WRG (Inkrafttreten am 1. Januar 1918) und das ZGB (Inkrafttreten am 1. Januar 1912) gemeint sein. Die Entstehung von ehehaften Rechten spätestens nach dem 1. Januar 1918 ist unseres Erachtens nicht zulässig, selbst wenn ein privates Gewässer (z.B. Quelle bzw. Grundwasservorkommen mit bestimmter Schüttmenge) erst danach (per kantonalem Erlass) zu einem öffentlichen erklärt wurde.²⁰ Erstens können an privaten Gewässern keine ehehaften Rechte (vor-)bestehen. Zweitens werden diese vom ZGB und WRG nicht vorgesehen. Sie widersprechen hohen öffentlichen Interessen (insbesondere Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt, zwingende Natur der Vorschriften zum Gewässerschutz). Ein wichtiges Abgrenzungskriterium ehehafter Wasserrechte von den übrigen Wasserrechten ist das Alter.²¹ Im Jahre 2005 präzisierte das Bundesgericht: «Auch die Rechtsprechung ... beschränkt die ehehaften (althergebrachten) Wasser(bezugs)rechte auf private Rechte an öffentlichen Gewässern (vgl. Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003, E. 3) und stellt sie wegen der durch sie verliehenen Befugnisse für ihre Auslegung grundsätzlich den Dienstbarkeiten des ZGB gleich (BGE 88 II 498 E. 3 mit Hinweisen).»²² Diese Qualifizierung wird in der Lehre allerdings kritisiert.²³ Nach einem Gutachten aus dem Jahre 1979 handelt es sich bei ehehaften Rechten

¹⁷ Die französische Sprache nennt die ehehaften Rechte «droits immémoriaux» oder «anciens droits d'eau», die wohlerworbenen Rechte «droits acquis». Auf Italienisch lauten die Begriffe «diritti immemorabili» bzw. «diritti acquisiti».

¹⁸ BGer, Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3a/cc mit Verweisen auf die Literatur; ENRICO RIVA, Kommentar GSchG, 2016, Art. 80 GSchG N 10.

¹⁹ BGE 127 II 69 ff. E. 4b, S. 74 (Begrenzung der Konzessionsdauer) mit Verweis auf PETER LIVER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift für Paul Gieseke, 1958, S. 225 ff., 225 f.; vgl. auch BGer, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 1.2.2.

²⁰ Wohl a.M. CHRISTOPH SCHAUB, Ehehafte Rechte bei der Nutzung von Grundwasser und Oberflächengewässern, Positionspapier für die Änderung von Verordnungen, im Auftrag des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich, 20. Mai 2006, S. 26 f.

²¹ Entscheidung der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Kt. BE) 140/2005/35 vom 18. Januar 2008, E. 2f.

²² BGE 131 I 321 ff. E. 5.1.2, S. 325 (Kündigung einer altrechtlichen, unentgeltlichen Wasserlieferungspflicht); vgl. auch DOMINIK STRUB, Wohlerworbene Rechte, Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, 2001, S. 203.

²³ Z.B. BSK ZGB II-STREBEL/LAIM, Art. 655 N 20 mit zahlreichen Verweisen; dazu die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 79.

um historische Rechte gestützt auf althergebrachte Rechtstitel, «... die dem Berechtigten einen Anspruch auf Nutzung einer öffentlichen Sache oder zur Ausübung einer Tätigkeit einräumen, für die heute eine behördliche Bewilligung (Polizeierlaubnis, Verleihung) erforderlich wäre, die jedoch nicht auf einer Konzession, sondern auf einem überkommenen privaten Recht beruhen.»²⁴

- 20 Keine ehehaften Rechte liegen vor, wenn althergebrachte private Wasserbezugsrechte an *privaten Gewässern* zur Diskussion stehen. So sind z.B. kleinere Quellen Bestandteile des Grundstücks, auf dem sie an die Oberfläche treten oder gefasst werden (Art. 704 ZGB). Quellwasserbezugsrechte fallen demnach in der Regel nicht unter die ehehaften Rechte.²⁵

4.2 Zu Entstehung und Erscheinungsarten

- 21 Die ehehaften Wasserrechte gehen auf mittelalterliche Erbleihen der Grund- und Landesherrn zurück. Sie waren «... nicht in erster Linie auf die Einräumung eines Nutzungsrechts gerichtet, sondern auf die Erlaubnis, ein bestimmtes Gewerbe auszuüben.»²⁶ Vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert wurden Betriebe, welche auf besondere bauliche Einrichtungen angewiesen waren (z.B. Mühlen, Tavernen, Schmieden, Backhäuser und Trotten), zu den *ehehaften Gewerben* gezählt. Sie und insbesondere die ehehaften Mühlen unterstanden einem strengen Schutz der Landesherrn. Berechtigungen zur Nutzung der Wasserkraft waren mit der Gewerbeausübung verknüpft (Doppelnatur des Wassergebrauchs). Sie stellten keine eigenständigen Wasserrechte im modernen Sinne dar.²⁷ Bei ehehaften Rechten handelt sich um sog. altüberkommene, *altrechtliche Rechte*, welche vor dem Beginn der wasserrechtlichen Gesetzgebung der Kantone im 19. Jahrhundert entstanden sind. Alte Berechtigungen wurden zu ehehaften Rechten, «... weil und soweit die Gewässer, an denen sie bestehen, zu öffentlichen Gewässern geworden sind. Damit ist das Recht der Verfügung über das Wasser und die Wasserkraft auf das Gemeinwesen übertragen worden.»²⁸ «Bis gegen Ende des 19. und noch Anfang des 20. Jahrhunderts galt das verliehene Wasserrecht als privates Recht, gleichgültig, ob es aufgrund des Eigentums oder der Gewässerhoheit eingeräumt worden war. Erst in jener Zeit setzte sich das öffentlich-rechtliche Verständnis durch.»²⁹ Bemerkenswert ist, dass Hans Conrad Escher von der Linth in seinem Entwurf eines (nicht in Kraft getretenen)

²⁴ WERNER DUBACH, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, erstattet dem Bundesamt für Wasserwirtschaft, Bern, im November 1979, S. 60 f.

²⁵ BGE 131 I 321 ff. E. 5.1.2, S. 325 (historisches privates Quellwasserbezugsrecht, kein ehehaftes Recht); LIVER (Fn. 19), S. 226, 228.

²⁶ DUBACH (Fn. 24), S. 61. Zur rechtshistorischen Entwicklung: 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, 2015, S. 1 ff.

²⁷ So FENNER (Fn. 26), S. 36, 41.

²⁸ Dazu LIVER (Fn. 19), S. 226 f. (Zitat auf S. 227); STRUB (Fn. 22), S. 201.

²⁹ So BGER, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003, Ziff. 1.2.2.

Gesetzes über die schweizerische Wasserbaupolizei vom Juli 1800 die Vermutung des öffentlichen Eigentums an den Gewässern aufstellte (§ 1). Ausserdem sollte der Staat sein Eigentumsrecht an den Gewässern nicht weiter veräussern, sondern nur deren Gebrauch zum bestmöglichen allgemeinen Nutzen verpachten können (§ 2). Dieser Entwurf gilt als Grundlage für das spätere schweizerische Wasserrecht.³⁰

- 22 Typische *Beispiele* für ehehafte Wasserrechte³¹ finden sich vor allem im Zusammenhang mit frühindustriellen Nutzungen (Mühlen, Säge- und Schmiedewerke, Bläue- und Stampfeinrichtungen),³² der Landwirtschaft (Wässer-, Tränke- und Trinkwasser),³³ der Fischerei³⁴ und dem Betrieb von Klöstern.³⁵ In verschiedenen Fällen ist unklar, wozu das ehehafte Wasserrecht diente.³⁶ Neben den ehehaften Wasserrechten sind ehehafte Fischereirechte (Fischenzen), Jagd-, Weide- und Tavernenrechte als Beispiele zu nennen.³⁷ Ehehafte Rechte kamen per 1958 in der Schweiz in sehr grosser Zahl vor. Allerdings sind viele solche Rechte infolge Aufgabe oder Zusammenlegung von Betrieben sowie Untergang der Triebwerke erloschen.³⁸ Mit Stand von 2005 wurden mehr als 30 Wasserkraftzentralen mit einer Leistung > 300 kW gestützt auf ehehafte Wasserrechte (teilweise ergänzt durch Konzessionen) betrieben.³⁹

4.3 Zu Anerkennung, Bestand, Zweck und Umfang

- 23 Da es sich bei ehehaften Rechten, wie gesagt, um private Rechte handelt, ist das *intertemporale Sachenrecht* des Bundesrechts zu beachten. Danach bleiben die beim Inkrafttreten des ZGB (1. Januar 1912) *bestehenden dinglichen Rechte* unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch auch unter dem neuen Recht anerkannt. In Bezug auf ihren Inhalt stehen jedoch das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, soweit es eine Ausnahme nicht vorsieht, unter dem neuen Recht. Wäre ihre Errichtung nach dem neuen Rechte

³⁰ Details bei FENNER (Fn. 26), S. 74 ff.

³¹ Siehe auch FENNER (FN. 26), S. 15 f.

³² LIVER (Fn. 19), S. 241; Bsp. Ehehaftes Wasserrecht am Lyssachteilbach/BE für die Errichtung einer Bleiche im Jahre 1837, vgl. Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern RA Nr. 140/2005/35 vom 18. Januar 2008 E. 2c und d; ehehaftes Wasserrecht, Betrieb einer Mühle, um Maschinen zu anzutreiben: TF, arrêt 1A.320/2000 du 20 septembre 2001 C. 3a/cc, 3b/bb; BGer, Urteil 2A.391/2006 vom 29. November 2006 E. 1 bis 5 (Engelberger Aa/NW); ehehaftes Wasserrecht an der Mattervispe/VS zum Betrieb einer Sägerei, vgl. BGE 109 Ib 276 ff. E. 2a, c, d, E. 4.; ehehafte Wasserrechte (Müllereigewerbe), im Jahre 1360 Erwerb der Rechte durch die Stadt Luzern, vgl. BGE 27 II 672 ff. E. 2.

³³ Ehehafte Wasserrechte zugunsten von Geteilschaften (Wässer-, Tränke- und Trinkwasser aus dem Mundbach/VS), BGer, Urteil 2C_375/2013 vom 4. Mai 2013 E. 1, 2.2 (Frage der Nutzungsübertragung).

³⁴ Ehehafte Fischenzen an Wasserfläche in Bouveret/VS, TF, arrêt 1P.37/2001 du 3 mai 2001 C. 3b/aa.

³⁵ Z.B. Ehehafte Wasserrechte des Klosters Frauenthal/ZG, das an der Lorze eine Mühle betrieb.

³⁶ Ehehaftes Wasserrecht einer Erbgemeinschaft zur Nutzung des Galtern- und Gauchetbaches/FR vermeint, vgl. Entscheid des Freiburger Verwaltungsgerichts 2A 99 49/2A 01 89 vom 26. Juni 2003.

³⁷ STRUB (Fn. 22), S. 85 ff.

³⁸ So LIVER (Fn. 19), S. 232, 240, 247. Aktuelle Zahlen sind den Verfassern nicht bekannt.

³⁹ Gemäss RICARDO JAGMETTI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, 2005, Rz. 4206, Fn. 228.

nicht mehr möglich, so bleiben sie unter dem bisherigen Recht (vgl. Art. 17 SchIT ZGB). Die dinglichen Rechte des bisherigen Rechtes, die nicht eingetragen werden, behalten zwar ihre Gültigkeit, können aber Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden. Der Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone bleibt es vorbehalten, alle im Grundbuche nicht eingetragenen dinglichen Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt nach vorausgehender Auskündigung für aufgehoben zu erklären (Art. 44 Abs. 1 und 2 SchIT ZGB). Dingliche Rechte, die nach dem Grundbuchrecht nicht mehr begründet werden können, wie Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden, Nutzungspfandrechte u. dgl. werden im Grundbuch nicht eingetragen, sind aber in zweckdienlicher Weise anzumerken. Sind sie aus irgendwelchem Grunde untergegangen, so können sie nicht neu begründet werden (Art. 45 SchIT ZGB).

- 24 Gewisse altrechtliche Wasserrechte (z.B. ehehafte Wässerwasserrechte) können gemäss Art. 45 SchIT ZGB nicht ins Grundbuch eingetragen werden, sind aber in zweckdienlicher Weise anzumerken. Dies dürfte für ehehafte Wassernutzungsrechte ebenfalls gelten. Auf diese Rechte ist *altes Recht* anzuwenden, soweit es sog. ordrep-public-konform ist.⁴⁰ Die Bestimmungen des ZGB, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat. Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechtes, die nach der Auffassung des neuen Rechtes der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr (Art. 2 SchIT ZGB). Sofern für ehehafte Rechte altes (z.B. früheres kantonales) Recht anwendbar ist, erscheint es fragwürdig, diese unter den Schutz der Eigentumsgarantie und des Vertrauensprinzips gemäss geltendem Recht zu stellen.⁴¹
- 25 Verschiedene *Kantone* anerkennen bestehende (nachgewiesene) ehehafte Wasserrechte ausdrücklich oder indirekt. Für den *Kanton Aargau* bestimmt das Wassernutzungsgesetz⁴² in § 43 Abs. 5 der Schluss- und Übergangsbestimmungen: Nach bisherigem Recht anerkannt bleiben die bestehenden wohlerworbenen Nutzungsrechte im als altrechtlich beziehungsweise ehehaft anerkannten Umfang. Die nutzungsberechtigte Person ist für den Nachweis des alten Rechts beweispflichtig. Bei einer Übertragung beziehungsweise einem Übergang kann das zuständige Departement das Recht angemessen befristen. Der nachfolgende Abs. 6 lautet: Die Anerkennung nach Absatz 5 fällt ohne Entschädigung ganz oder teilweise dahin, wenn a) die nutzungsberechtigte Person das Nutzungsrecht während zehn Jahren ganz oder teilweise nicht ausgeübt hat, b) die Nutzungsanlage in wesentlichen Teilen nicht mehr besteht, c) die Nutzungsanlage verlegt wird, d) der Nutzungszweck ändert, e) die nutzungsberechtigte Person ausdrücklich auf sie verzichtet. Im *Kanton Bern* werden

⁴⁰ BSK ZGB II-ZOGG, Art. 17 SchIT N 19 f., mit Verweisen.

⁴¹ Vgl. auch SCHWEIZERISCHE GREINA-STIFTUNG, Wasserkraftnutzung und Restwasser, Rechtsfragen, Vollzug und Entschädigungslösungen im Interesse unserer Fliessgewässer, 2007, S. 37.

⁴² Wassernutzungsgesetz (WnG) des Kantons Aargau vom 11. März 2008 (764.100).

bestehende private Rechte (Erwerbstitel oder Ausübung seit unvordenklicher Zeit) an öffentlichem Wasser anerkannt (Art. 2 Abs. 2 des Berner Wassernutzungsgesetzes).⁴³ Haben jedoch privatrechtlich Berechtigte das Interesse an der Nutzung verloren oder steht diese öffentlichen Nutzungsinteressen entgegen, kann die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion ehehafte Rechte durch Verfügung aufheben (Art. 6 WNG). Die bestehenden Konzessionen, Bewilligungen und Privatrechte werden in Bestand und Umfang nicht berührt. Vorbehalten bleiben die gesetzlich vorgesehenen Anpassungs- und Sanierungspflichten (Art. 47 WNG). Im *Kanton Waadt* hält die *Loi sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public*⁴⁴ in Art. 2 Abs. 2 und 3 fest: Sont réservés les droits anciens reconnus par l'Etat avant la promulgation de la présente loi, ainsi que les dispositions du Code rural sur les eaux. Ces droits pourront, à la demande des bénéficiaires et à leurs frais, être immatriculés au registre foncier à titre de droits distincts et permanents, conformément aux dispositions sur la matière.

26 Der *Kanton Zug* führt für das ganze Kantonsgebiet ein Wasserrechtsverzeichnis, in welchem die bewilligten und konzessionierten Nutzungen sowie die anerkannten ehehaften Wasserrechte aufgeführt und umschrieben sind (§ 51 des Gesetzes über die Gewässer).⁴⁵ Bemerkenswert ist eine Regelung im *Kanton Thurgau*: Nach § 32 des Wassernutzungsgesetzes⁴⁶ sind Konzessionen und Bewilligungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes auf unbestimmte Dauer erteilt wurden, bis Ende 2010 befristet. Der *Kanton Zürich* verfügt im Wasserwirtschaftsgesetz⁴⁷ in § 58 über folgende Bestimmung: Hat ein Berechtigter jedes Interesse an einem ehehaften Recht verloren, kann die Baudirektion dessen Aufhebung verfügen (Abs. 1). Der Verlust des Interesses wird vermutet, wenn das Recht während zehn Jahren nicht mehr ausgeübt worden ist (Abs. 2). Ist ein Interesse des Berechtigten im Vergleich zu den öffentlichen Interessen von geringer Bedeutung, kann das ehehafte Recht auf dem Weg der Enteignung aufgehoben werden (Abs. 3). Wird eine Anlage, die auf Grund eines ehehaften Rechts erstellt worden ist, derart verändert, dass eine erhebliche Mehrnutzung entsteht, wird eine neue Konzession erteilt, wobei das ehehafte Recht erlischt (Abs. 4).

27 Ehehafte Rechte können bzw. dürfen nur anerkannt werden, wenn der Rechtsinhaber den *Nachweis der rechtmässigen Entstehung* erbringen kann (vgl. Art. 664 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 ZGB). Nach einem älteren Urteil des Kantonsgerichts Graubünden werden an den Nachweis für den Bestand eines privaten Rechts (an einer öffentlichen Quelle) erhebliche Anforderungen gestellt.⁴⁸ Wer ein solches Recht geltend macht, hat dessen Bestand daher mittels Kaufbriefen, Verträgen, Grundbuchauszügen

⁴³ Wassernutzungsgesetz (WNG) des Kantons Bern vom 23. November 1997 (752.41).

⁴⁴ *Loi sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public* (LLC) du 5 septembre 1944 (731.01).

⁴⁵ Gesetz über die Gewässer (GewG) des Kantons Zug vom 25. November 1999 (731.1).

⁴⁶ Wassernutzungsgesetz (WNG) des Kantons Thurgau vom 25. August 1999 (721.80).

⁴⁷ Wasserwirtschaftsgesetz (WWG) des Kantons Zürich vom 2. Juni 1991 (724.11).

⁴⁸ Urteil Kantonsgericht GR vom 6. Juni 1977 E. 3, in: PKG 1977 Nr. 6, S. 32 ff.

gen oder anderen Schriftstücken zu belegen.⁴⁹ Zwecks Feststellung, ob ein ehehaftes Wasserrecht vorliegt, ist jeweils für den betroffenen Kanton zu untersuchen, zu welchem Zeitpunkt ein Gewässer öffentlich wurde bzw. wann die Konzessionierungspflicht für die Nutzung eines Gewässers einsetzte (im Kanton Zürich z.B. am 5. März 1816).⁵⁰ In der überwiegenden Zahl von Fällen fehlen alte *Erwerbstitel bzw. Urkunden* (z.B. Erbleiheverträge).⁵¹ Dadurch ist schwer eruierbar, ob, wann und wie sie im Einzelfall entstanden sind bzw. begründet wurden. Vor allem in den «Berggebieten, in denen die kleinen Flüsse und die Bäche markgenossenschaftliche Gewässer waren, ist die Einräumung von Nutzungsrechten meistens nicht beurkundet und auch nicht protokolliert worden. Viele kleine Triebwerke sind da zweifellos auch bloss mit stillschweigender Zustimmung der Gemeinden erstellt worden.»⁵² In solchen Fällen können der ursprüngliche Zweck und Umfang der Rechte unklar sein, vor allem, wenn später Übertragungen der Rechte und Änderungen im Verwendungszweck hinzugekommen sind (z.B. nur noch allgemeine Stromproduktion für Dritte, unabhängig von einem bestimmten Gewerbebetrieb). Als Erwerbstitel fallen auch die ausserordentliche *Ersitzung* und als Beweismittel die sog. *Unvordenklichkeit* der Ausübung (mindestens zwei Menschenalter, d.h. insgesamt mehr als 80 Jahre) in Betracht.⁵³ Ob damit ein Nachweis nach den Vorgaben von Art. 664 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 ZGB vorliegt, ist fraglich und im Einzelfall vorfrageweise kritisch zu prüfen.⁵⁴

28 *Inhalt und Umfang* der ehehaften Wasserrechte hingen in der Regel mit dem für eine Mühle, ein Sägewerk oder ein sonstiges Triebwerk *notwendigen Bedarf* zusammen («Notdurft des Müllers»). Allenfalls ergeben sich Zweck und Umfang des Wasserrechts aus dem historischen Erwerbstitel. «Bestimmungen über die Schwellenhöhe und über die Dimensionen von Schleusen, Kanälen, Radhaus und Rädern sind eine Ausnahme.»⁵⁵ Fehlt ein alter Erwerbstitel, wird der Umfang offenbar durch die bestehenden Wasserkraftanlagen (ohne spätere Ausbauten) bzw. nach der seit jeher ausnützbaren Wassermenge bzw. dem Gefälle bestimmt.⁵⁶ Nach alter bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst das ehehafte Recht die gesamte Energie, welche durch Verbesserung der Kraftanlagen erzeugt werden kann, ohne dass die anrechenbare Wassermenge und das Gefälle vergrössert werden.⁵⁷ Wurden hingegen die *ausgenützte Wassermenge bzw. das Gefälle erhöht*, führte dies in vielen Fällen zu sog. *gemischten Werken* (Betrieb auf Grund eines ehehaften Rechts und einer

⁴⁹ MAURUS ECKERT, *Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen*, 2002, S. 122.

⁵⁰ Für den Kanton Zürich vgl. FENNER (Fn. 26), S. 15; SCHAUB (Fn. 20), S. 5, 24.

⁵¹ FENNER (Fn. 26), S. 15 (Zitat aus einem Kommentar zum Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch); LIVER (Fn. 19), S. 241; STRUB (Fn. 22), S. 202.

⁵² LIVER (Fn. 19), S. 241.

⁵³ DUBACH (Fn. 24), S. 62; STRUB (Fn. 22), S. 202 f.; BK MEIER-HAYOZ, Art. 664 ZGB N 140; *Entscheid des Verwaltungsgerichts Obwalden vom 15. Dezember 1997 E. 2d/aa*, in: ZBI 100/1999, S. 315 ff.

⁵⁴ Vgl. auch BK MEIER-HAYOZ, Art. 664 ZGB N 145 (kritisch zur Ersitzung an öffentlichen Sachen).

⁵⁵ LIVER (Fn. 19), S. 244.

⁵⁶ BGE 109 Ib 276 ff. E. 2d (Enteignung ehehafter Wasserrechte); FENNER (Fn. 26), S. 15.

⁵⁷ LIVER (Fn. 19), S. 242 f. mit Verweis auf BGE 27 II 672 E. 3b (ehehafte Wasserrechte, Müllereigewerbe). Vgl. BGer, Urteil 2A.391/2006 vom 29. November 2006 E. 4.3.

Konzession zugleich).⁵⁸ Möglich ist auch, dass «... im Zuge einer Mehrausnutzung das gesamte Wasserrecht auf eine konzessionsrechtliche Grundlage gestellt worden ist.»⁵⁹ Sollte im Einzelfall nachträglich ein Ausbau ohne eine zusätzliche Konzessionsverleihung stattgefunden haben, wäre dies ein Indiz für eine rechtswidrige Wasserkraftnutzung.

29 Der *ursprüngliche Zweck*, für den die Wasserrechte verliehen worden waren, fiel im Laufe der Zeit grossenteils dahin. «An die Stelle der ursprünglichen Mühlen, Sägewerke, Hammerschmieden, Hanf- und Flachsverarbeitungsbetriebe sind in vielen Fällen moderne Fabriken erstellt worden, die ganz anderen Produktionszweigen angehören, ohne dass ihnen das ehehafte Wasserrecht entzogen worden wäre.» Eigentlich «... hätte eine Änderung in der Art der gewerblichen Benutzung des Werkgrundstückes zur Aufhebung des Wasserrechts geführt ... für den neuen, anderen Zweck hätte die Wassernutzung nicht beansprucht werden können ... Diese Konsequenzen sind indessen im Allgemeinen nicht gezogen worden.»⁶⁰ Dies ist gerade wegen der damit verbundenen, stark privilegierten Rechtsposition problematisch und nicht zu rechtfertigen.

30 Ehehafte Rechte *erlöschen* durch Beendigung bzw. Untergang des Betriebes oder der Werkanlagen sowie infolge Nichtausübung.⁶¹ Die vollständige (formelle) Aufhebung eines ehehaften Rechts erfordert von Amtes wegen die Einleitung eines bundesrechtlichen Enteignungsverfahrens.⁶² In jedem Einzelfall sind der Bestand und Umfang eines ehehaften Wasserrechts – mit Blick auf dessen weitreichenden und fragwürdigen Rechtswirkungen – kritisch zu prüfen. Fehlt ein klarer Rechtsnachweis oder bestehen Hinweise, dass der ursprüngliche Nutzungszweck aufgegeben bzw. abgeändert wurde, besteht unseres Erachtens keine genügende Grundlage für eine fortdauernde Anerkennung eines ehehaften Rechts. Der bereits älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach solche Zweckänderungen – jedenfalls soweit sie stillschweigend oder ausdrücklich gestattet wurden – gewohnheitsrechtlich sanktioniert und unanfechtbar geworden seien, kann mindestens mit Bezug auf die stillschweigende Duldung von Zweckänderungen nicht gefolgt werden.⁶³

4.4 Abgrenzung zu Konzessionen und wohlerworbenen Rechten

31 Nach geltendem Recht kann das verfügbare Gemeinwesen die Wasserkraft selber nutzbar machen (sog. Selbstnutzung) oder das Recht zur Benutzung anderen verleihen. Einem Gemeinwesen kann das Nutzungsrecht in anderer Form als der der Konzession eingeräumt werden (Art. 3 WRG). Wasserrechte werden an Drit-

⁵⁸ LIVER (Fn. 19), S. 243, insbesondere Fn. 44.

⁵⁹ SCHAUB (Fn. 20), S. 24.

⁶⁰ LIVER (Fn. 19), S. 246 (beide Zitate).

⁶¹ LIVER (Fn. 19), S. 247 f.; STRUB (Fn. 22), S. 204.

⁶² BGer, Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3b und c; dazu BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, 2013, Rz. 944.

⁶³ Siehe BGE 109 Ib 276 ff. E. 2 d mit Verweis auf LIVER (Fn. 19), S. 246 und DUBACH (Fn. 24), S. 62.

te (natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, Art. 40 WRG) nur noch mittels *Konzessionen* verliehen. Bei der Konzessionsverleihung handelt es sich um einen staatlichen Hoheitsakt. Den Konzessionsinhalt können Konzedent und Konzessionär unter Vorbehalt des zwingenden öffentlichen Rechts frei vereinbaren. Damit wird die Konzession einem vertraglich begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar (verwaltungsrechtlicher Vertrag).⁶⁴ Das Bundesgericht geht von einem *gemischten Verwaltungsakt* mit einem Verfügungsmässig begründeten und einem vertraglichen Teil aus.⁶⁵ Die Konzession wird in der Lehre auch als mitwirkungsbedürftige Verfügung bezeichnet.⁶⁶ Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (Art. 43 WRG).

32 Die ehehaften Rechte werden oft im Zusammenhang mit den *wohlerworbenen Rechten* erwähnt.⁶⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei den ehehaften Wasserechten «... um sogenannte vorbestandene oder wohl erworbene Rechte. Wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, die sich durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen. Sie stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes und sind auch durch das Gesetz nicht abänderbar ... Geschützt ist indessen nur die Substanz des wohl erworbenen Rechts, nicht ... die Ausübung des Rechts, die durch die jeweils geltende Rechtsordnung bestimmt wird (vgl. BGE 110 Ib 160 E. 5a, S. 163 f.; 107 Ib 140 E. 3b, S. 145; ...».⁶⁸ Gemeinsam ist den wohl erworbenen und den ehehaften Rechten, dass sie eine Berechtigung an einer öffentlichen Sache sichern. Was unter wohl erworbenen Rechten zu verstehen ist, kann dem WRG nicht entnommen werden. Das Bundesgericht behandelt die ehehaften Rechte als Unterkategorie der wohl erworbenen Rechte.⁶⁹

33 *Begriff und rechtliche Tragweite* der wohl erworbenen Rechte sind umstritten;⁷⁰ in der Literatur werden sie auch als «antiquierte Figur» bezeichnet.⁷¹ Nach der neueren

⁶⁴ BGE 109 II 76 ff. E. 2 (Kiesausbeutungskonzession); GIERI CAVIEZEL, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, in ZBI 105/2004, S. 72; MICHELANGELO GIOVANNINI, Hydroelektrische Anlagen, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 5.150.

⁶⁵ Z.B. BGE 130 II 18 ff. E. 3.1 (Konzessionsdauer, Dranse); BERNHARD WALDMANN, Die Konzession – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, 2011, S. 17 ff.

⁶⁶ Vgl. WALDMANN (Fn. 65), S. 18, mit Verweisen.

⁶⁷ Näheres bei STRUB (Fn. 22), S. 1 ff.

⁶⁸ BGer, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3.

⁶⁹ BGer, Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3a/bb, cc, 3b (ehehaftes Wasserrecht); BGE 117 Ia 35 ff. E. 2, S. 37 (ehehaftes Weiderecht).

⁷⁰ Vgl. dazu insbesondere ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, 2007, S. 13 ff., 33 ff., 47 ff.; ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2017, Rz. 390 ff.; ferner BARBARA BONER, Grundlagen-Gutachten Wasserrecht für

Rechtsprechung ist die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts «... das (typisierte) Ergebnis einer Interessenabwägung, welches den aufgrund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten Rechten den Vorrang vor der Durchsetzung der mit einer Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen einräumt, wobei das konkret fassbare Rechtssicherheitsinteresse des Rechtsinhabers nach den aktuellen Verhältnissen zu gewichten ist.»⁷² Den wohlerworbenen Rechten liegt ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen als Verpflichtetem und einem (privaten oder öffentlichen) Berechtigten zu Grunde. Bei den ehehaften Rechten ist die allfällige Vertragsgrundlage hingegen nicht mehr erkenn- bzw. nachweisbar und deshalb im Hintergrund. Wohlerworbene Rechte unterliegen – wiederum anders als die ehehaften Rechte – einer *zeitlichen Begrenzung*. In früheren Zeiten wurden immer wieder Konzessionen ohne Befristung erteilt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Wasserrechtskonzessionen gemäss heutigem Recht zwingend zu befristen (unter Umständen nachträglich unter Beachtung einer fünfjährigen Übergangsfrist).⁷³ Inhaber wohlerworbener Rechte können sich auf den Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und von Treu und Glauben (Art. 9 BV) berufen.⁷⁴ Meistens sind Inhaber wohlerworbener Rechte verpflichtet, dem zuständigen Gemeinwesen eine Gegenleistung in Form einer Abgabe (z.B. Wasserzins) oder bestimmter Sachleistungen (z.B. unentgeltliche oder kostengünstige Lieferung von Strom) zu erbringen.

34 Für wohlerworbene Rechte gilt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sog. *Substanztheorie* anzuwenden. Damit nahm das Gericht vom Dogma der sog. Gesetzesbeständigkeit wohlerworbener Rechte Abschied; gleichwohl wird auch die Substanztheorie kritisiert.⁷⁵ Restwassersanierungen können gegenüber dem Kraftwerksbetreiber entschädigungslos soweit angeordnet werden, als die Massnahmen keinen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts zur Folge haben (vgl. Art. 80 Abs. 1 GSchG). «Mit Substanz bezeichnet das Bundesgericht jenen Bereich des Konzessionsverhältnisses, in den das Gemeinwesen bei Ausübung seiner gesetzgeberischen oder rechtsanwendenden Funktionen nicht oder nur gegen Entschädigung eingreifen kann.»⁷⁶ Sanierungen entsprechen bis zur Entschädigungsschwelle einem überwiegenden öffentlichen Interesse und sind zumutbar, wie aus

den ISKB (Interessenverband Schweiz. Kleinkraftwerk-Besitzer) vom 7. Juli 2004, S. 4 ff.; CAVIEZEL (Fn. 64), S. 69 ff., 73 ff.

⁷¹ So GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 394.

⁷² So BGE 127 II 69 ff. E. 5a (Begrenzung der Konzessionsdauer) mit Verweis auf KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, 1984, S. 233 ff.

⁷³ BGE 127 II 69 ff. (Begrenzung der Konzessionsdauer); vgl. dazu die nachfolgenden Rz. 100-102.

⁷⁴ Vgl. RIVA (Fn. 70), S. 36 ff., 49 ff. (mit Rechtsprechungsverweisen); ablehnend betreffend die Zuordnung «wohlerworbener Rechte» zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie: GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 395.

⁷⁵ Vgl. BGE 107 Ib 140 ff. (Ilanz); kritisch zur überkommenen Dogmatik der wohlerworbenen Rechte: GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 390 ff.; ferner STRUB (Fn. 22), S. 133 f.; REGULA HUNGER, Die Sanierungspflicht im Umweltschutz- und im Gewässerschutzgesetz, 2010, S. 257.

⁷⁶ So RIVA (Fn. 70), S. 57.

dem bundesgerichtlichen Urteil zu den «Misoher-Kraftwerken» hervorgeht.⁷⁷ Ob ein staatlicher Eingriff die Substanz respektiert, beurteilt sich nach der verbleibenden oder fehlenden *wirtschaftlichen Tragbarkeit des Eingriffs* für den Inhaber des Rechts. Es geht darum, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. Im Einzelfall ist diejenige Variante zu wählen, welche unter Berücksichtigung der Grenze der wirtschaftlichen Tragbarkeit das optimale ökologische Nutzenverhältnis bzw. ökologische Potenzial aufweist. Zur Ermittlung des Umfangs der trag- bzw. zumutbaren Einschränkungen ist auf die konkreten betrieblichen Verhältnisse des konzessionierten Werks abzustellen (Erlöseinbussen von 1-2% bei relativ ungünstigen betrieblichen Verhältnissen, bis zu 5% bei durchschnittlichen Verhältnissen und sogar mehr als 5% bei guter bis sehr guter Ertragslage und entsprechend abgeschriebenen Anlagen). Zu berücksichtigen sind insbesondere der Gewinn, die Konzessionsdauer und der Umfang der bereits erfolgten Abschreibungen.⁷⁸ Für eine vertiefte Darstellung ist auf die Literatur zu verweisen.⁷⁹

35 Ehehafte und wohlerworbene Rechte unterscheiden sich hauptsächlich wie folgt: Die ehehaften Rechte gehören dem Privatrecht, die wohlerworbenen Rechte dem öffentlichen Recht an. Die ehehaften Rechte haben dinglichen Charakter, schaffen also eine Berechtigung unmittelbar an einer Sache. Die wohlerworbenen Rechte basieren auf einem obligatorischen Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen als Verpflichtetem und einem (privaten oder öffentlichen) Berechtigten. Die ehehaften Rechte haben (wie das private Eigentum des Sachenrechts) zeitlich unbeschränkte Geltung, während die wohlerworbenen Rechte, namentlich die Konzessionen, zwingend einer zeitlichen Begrenzung unterliegen. Der den ehehaften Rechten zukommende Schutz leitet sich aus der *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV) ab. Für die wohlerworbenen Rechte fliesst der Schutz aus dem verfassungsmässigen *Grundsatz von Treu und Glauben* (Art. 9 BV), daneben aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).⁸⁰ Einschränkungen der Eigentumsgarantie sind zulässig, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse bestehen und wenn der Eingriff verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Auch der Vertrauensschutz bietet keine absolut gesetzesbeständige Rechtsstellung: Im Einzelfall ist auf Grund einer Interessenabwägung zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Anwendung des geltenden Rechts überwiegt. Ist dies zu bejahen, entfällt die Bindung an die Vertrauensgrundlage. Unter Umständen ist aber ein finanzieller Ersatz des Vertrauensschadens zu leisten.⁸¹

36 Gemeinsam ist den beiden Arten von Rechten, dass sich die Berechtigung auf einen Gegenstand oder einen Status bezieht, der gemäss dem heute geltenden Recht dem öffentlichen Recht angehört. Dies ist auch bei den ehehaften Rechte der Fall, obwohl

⁷⁷ BGE 139 II 28 ff. (Misoher Kraftwerke).

⁷⁸ Vgl. BGE 139 II 28 ff. (Misoher Kraftwerke), insbesondere E. 2.7.4.

⁷⁹ Insbesondere RIVA (Fn. 70), 1 ff., mit zahlreichen Verweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

⁸⁰ Kritisch dazu GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 395.

⁸¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 664.

sie selber – wie bereits ausgeführt – im Privatrecht angesiedelt sind; ihre Eigenheit liegt darin, dass sie eine Berechtigung an einer öffentlichen Sache begründen.

- 37 Kein Unterscheidungsmerkmal liegt unseres Erachtens in der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit der Ausübung. Nach traditioneller Auffassung sind ehehafte Rechte wohl immer unentgeltlich ausgestaltet. Demnach hat der Träger des Rechts dem Gemeinwesen, dem die öffentliche Sache gehört, keine Abgabe für die Rechtsausübung zu entrichten, was im Vergleich zu den Konzessionären ungerecht ist: Denn der Berechtigte aus einem wohl erworbenen Recht bzw. einer Konzession ist fast immer verpflichtet, dem Gemeinwesen eine Gegenleistung in Form einer Abgabe oder bestimmter Sachleistungen zu erbringen. Wohl erworbene Rechte können aber auch ohne eine solche Verpflichtung bestehen; sie ist nicht wesensnotwendig.
- 38 Zwischenfazit: Insgesamt ergeben sich zwischen diesen beiden Arten von Rechten *Gemeinsamkeiten und Unterschiede*. Es ist festzuhalten, dass sie ihre Grundlagen in verschiedenen Rechtsbereichen haben (Privatrecht versus öffentliches Recht). Wohl erworbene Rechte beruhen in der Regel auf einer vertraglichen Zusicherung, während die ehehaften Rechte nach der Rechtsprechung Dienstbarkeitscharakter aufweisen, wobei deren Entstehungsart vielfach unklar sein dürfte. Möglicherweise liegen auch ihnen teilweise vertragliche Vereinbarungen zugrunde. Nach unserer Auffassung bilden die beiden Rechte je eine eigene Rechtskategorie.⁸² Es erscheint jedenfalls fragwürdig, wenn das Bundesgericht die ehehaften Rechte als Unterkategorie der wohl erworbenen Rechte einstuft (und sie gleichzeitig dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuordnet).⁸³ Aus dem WRG und den dazugehörigen Materialien lässt sich eine solche Einordnung jedenfalls nicht ableiten.⁸⁴ Und die noch vorzunehmende Interessenabwägung spricht dagegen, die ehehaften Rechte als wohl erworbene Rechte zu anerkennen.⁸⁵ Sofern die ehehaften Rechte den wohl erworbenen Rechten zugeordnet werden, müssten diese konsequenterweise auch eine befristete Rechtswirkung nach sich ziehen. Insgesamt ist festzuhalten, dass wohl erworbene Rechte «... keinen stärkeren Schutz bieten als die Verfassungsgrundsätze, aus denen sie hergeleitet werden.»⁸⁶

⁸² So auch DUBACH (Fn. 24), S. 22, 63 f.

⁸³ Vgl. die vorangehende Rz. 14.

⁸⁴ Botschaft des Bundesrates zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, BBl 1912 II, S. 669 ff., BBl 1916 III, S. 411 ff.

⁸⁵ Dazu die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 72 ff.

⁸⁶ GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 391.

5. Anwendbarkeit umweltrechtlicher Normen bei der Wassernutzung

5.1 Einleitung

39 Zum *Umweltrecht* gehören die Kernbereiche Immissionsschutz, Gewässerschutz, Bodenschutz (einschliesslich Schutz des Waldes), Landschaftsschutz und Klimaschutz.⁸⁷ Umweltrechtliche Normen haben generelle Bedeutung und Geltung. Entsprechend sind sie auch im Zusammenhang mit der Wassernutzung anwendbar. Insbesondere gilt das GSchG für alle ober- und unterirdischen Gewässer (Art. 2). Nachfolgend werden einige ausgewählte wichtige Vorgaben, die mit der Sanierung von bestehenden Wasserkraftwerken in engem Zusammenhang stehen, in kurzer Form dargestellt. Viele andere bedeutsame Rechtsgrundlagen zum Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz, zur Raumplanung etc. bleiben hier weggelassen; auf sie wird punktuell später eingegangen.

5.2 Wichtige umweltrechtliche Vorgaben bei der Wasserkraftnutzung

5.2.1 Umweltverträglichkeitsprüfung

40 Bevor eine Behörde über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen entscheidet, prüft sie möglichst frühzeitig die *Umweltverträglichkeit*. Der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) unterstellt sind Anlagen, welche Umweltbereiche erheblich belasten können, so dass die Einhaltung der Vorschriften über den Schutz der Umwelt voraussichtlich nur mit projekt- oder standortspezifischen Massnahmen sichergestellt werden kann (Art. 10a Abs. 1 und 2 Umweltschutzgesetz, USG).⁸⁸ Wer eine Anlage, die der Umweltverträglichkeitsprüfung untersteht, planen, errichten oder ändern will, muss der zuständigen Behörde einen Umweltverträglichkeitsbericht (UVB) unterbreiten. Dieser bildet die Grundlage der Umweltverträglichkeitsprüfung (Art. 10b USG). Gemäss Nr. 21.3 Anhang 1 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV)⁸⁹ gehören u.a. *Speicher- und Laufkraftwerke sowie Pumpspeicherspeicherwerke* mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW zu den UVP-pflichtigen Anlagen.

5.2.2 Angemessene Restwassermengen

41 Eine *Bewilligung* braucht, wer über den Gemeingebrauch hinaus: a. einem Fließgewässer mit ständiger Wasserführung Wasser entnimmt; b. aus Seen oder Grundwasservorkommen, welche die Wasserführung eines Fließgewässers mit ständiger Wasserführung wesentlich beeinflussen, Wasser entnimmt (Art. 29 GSchG). Die Voraussetzungen für die Bewilligung werden in den Art. 30 ff. GSchG geregelt. Die *Wasserentnahme* kann bewilligt werden, wenn unterhalb der Entnahmestelle eine

⁸⁷ ALAIN GRIFFEL, *Umweltrecht in a nutshell*, 2015, S. 3.

⁸⁸ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01).

⁸⁹ Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (UVPV, SR 814.011).

angemessene Restwassermenge sichergestellt ist, die grundsätzlich zu jeder Zeit in der Restwasserstrecke abfliessen muss. Die Restwassermenge ist diejenige Abflussmenge, die nach einer oder mehreren Entnahmen verbleibt (Art. 4 Bst. k GSchG). Die Restwassermengen werden in einem *zweistufigen Verfahren* festgelegt: Zuerst wird die Mindestrestwassermenge, welche nicht unterschritten werden darf, nach Art. 31 Abs. 1 GSchG aufgrund der Abflussmenge Q_{347} (dazu Art. 4 Bst. h GSchG) berechnet («quantitatives Existenzminimum»). Anschliessend ist anhand der Kriterien von Art. 31 Abs. 2 Bst. a-e GSchG zu prüfen, ob und um wieviel die nach Abs. 1 berechnete Restwassermenge erhöht werden muss, damit die vorgeschriebene Wasserqualität eingehalten wird («qualitatives Existenzminimum»). Nach Art. 32 GSchG können die Kantone in fünf Ausnahmefällen die Mindestrestwassermenge tiefer ansetzen. Die Behörden sind in einer zweiten Stufe nach Art. 33 GSchG verpflichtet, die Mindestrestwassermenge in dem Ausmass zu erhöhen, als es sich aufgrund einer Interessenabwägung für und gegen die vorgesehene Wasserentnahme ergibt.⁹⁰ Die Vorschriften von Art. 29 ff. GSchG kommen in verschiedenen Konstellationen zur Anwendung: insbesondere bei der erstmaligen Erteilung einer Wassernutzungskonzession, bei der Konzessionserneuerung nach Ablauf ihrer Dauer von maximal 80 Jahren und bei wesentlichen Änderungen laufender Konzessionen (Konzessionserneuerungen während der Laufzeit und bei Konzessionsverlängerungen während noch laufender Konzession über die Höchstdauer von 80 Jahren hinaus).⁹¹ «Eine namhafte Verlängerung der Konzessionsdauer vor Ablauf der Konzession kommt einer Konzessionserneuerung gleich.»⁹²

42 Die Schlussbestimmungen zum GSchG enthalten *Übergangsregelungen*, welche im 2. Abschnitt eine *Sanierungspflicht bei bestehenden Wasserentnahmen* anordnen. Bei diesen findet der Restwasserstandard nach Art. 29 ff. GSchG nicht sofort Anwendung. Wird ein Fliessgewässer durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst (d.h. werden die Mindestrestwassermengen nach Art. 31 GSchG nicht eingehalten), muss es unterhalb der Entnahmestellen nach den Anordnungen der Behörde so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist.⁹³ «Die Behörde wird verpflichtet, alle im Rahmen dieser Grenzen bestehenden Sanierungsmöglichkeiten voll auszuschöpfen. Dazu gehören nicht nur die in geringerem Mass möglichen Dotierwassererhöhungen, sondern vor allem bauliche und betriebliche Massnahmen ...».⁹⁴ Der Umfang der Sanierung richtet sich nach den Art. 30 ff. GSchG i.V.m. Art. 80 GSchG. Die Restwassersituation muss durch die Sanierung jedenfalls verbessert werden. Eine Nichtsanierung

⁹⁰ Dazu der Überblick bei VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Kommentar GSchG, 2016, Vor Art. 29-36, N 53 ff.

⁹¹ Näheres bei VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Kommentar GSchG, 2016, Art. 29, N 55 ff.

⁹² BUWAL, Angemessene Restwassermengen – Wie können sie bestimmt werden? Wegleitung, 2000, S. 18.

⁹³ Details in BGE 139 II 28 ff. (Misoixer Kraftwerke); GIOVANNINI (Fn. 64), Rz. 5.246 ff.; zur wesentlichen Beeinflussung siehe CAVIEZEL (Fn. 64), S. 88.

⁹⁴ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29. April 1987, BBl 1987 II, S. 1170.

wäre gesetzeswidrig.⁹⁵ Per Ende 2007 bzw. infolge Verlängerung bis Ende 2012 hätten diese Sanierungen abgeschlossen sein müssen (Art. 81 Abs. 2 GSchG); die meisten Kantone wiesen bzw. weisen jedoch grosse Rückstände auf.⁹⁶ Die Behörde ordnet – gegen Entschädigung – weitergehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen fordern (vgl. Art. 80 Abs. 1 und 2 GSchG). Erfasst werden nur Wasserentnahmen, welche sich auf ein *bestehendes Wassernutzungsrecht* stützen. Darunter sind die sog. wohlerworbenen Rechte zu verstehen, also die aus einer Konzession (Art. 43 Abs. 1 WRG) bzw. einem anerkannten historischen Recht (ehehafte Rechte) abgeleiteten Wassernutzungsrechte.⁹⁷

- 43 Im Einzelfall ist neben dem Bestand der *Umfang der Wohlerworbenheit*, insbesondere bei ehehaften Wasserrechten, kritisch zu prüfen und genau zu ermitteln. Das Gesetz und der Begründungsakt enthalten bezüglich des verliehenen Rechts regelmässig Einschränkungen und Vorbehalte; in dem von ihnen erfassten Bereich kann keine wohlerworbene Position entstehen.⁹⁸ Verfügt ein Kraftwerksbetreiber betreffend die ganze Wassernutzung oder einen Teil davon nicht über eine Konzession und gelingt ihm auch der Nachweis des behaupteten ehehaften Rechts nicht, muss von einer ganz oder teilweise rechtswidrigen Wassernutzung ausgegangen werden. Auch eine jahrzehntelange Duldung der unbewilligten Nutzung durch die zuständigen Behörden ändert daran nichts. Den öffentlichen Interessen an einem ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und des Umweltrechts kommt massgebendes Gewicht zu.⁹⁹ Es wäre ein Betriebsstopp (ev. unter Ansetzung einer Übergangsfrist) zu verfügen, der Betreiber könnte ein neues Konzessionsgesuch stellen. Die Wiederaufnahme des Betriebs käme jedoch nur in Anwendung der regulären Restwasservorschriften von Art. 29 ff. GSchG in Betracht.

5.2.3 Revitalisierung, Schwall und Sunk, Geschiebehaushalt und Fischgängigkeit

- 44 Verschiedene Bestimmungen des GSchG dienen der *Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer*. Mit der Gesetzesrevision 2011 traten solche zum Gewässerraum (Art. 36a), zur Revitalisierung von Gewässern (Art. 38a), zu Schwall und Sunk (Art. 39a) und zum Geschiebehaushalt (Art. 43a) hinzu. Das Revitalisierungsgebot beschränkt sich auf die wichtigsten 4000 km der insge-

⁹⁵ ENRICO RIVA, Kommentar GSchG, 2016, Art. 80 GSchG N 24 ff.

⁹⁶ Vgl. BAFU, Restwassersanierung nach Art. 80 ff. GSchG: Stand Ende 2014 und Entwicklung seit Ende 2012, Bericht vom 18. Juni 2015.

⁹⁷ Message concernant l'initiative populaire «pour la sauvegarde de nos eaux» et la révision de la loi fédérale sur la protection des eaux du 29 avril 1987, FF 1987 II p. 1081, 1170; BGer, Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001, E. 3a/bb und cc = URP 2001, S. 1053 ff.; ECKERT (Fn. 49), S. 145.

⁹⁸ Dazu RIVA (Fn. 70), S. 100-103.

⁹⁹ BGer, Urteil 1C_718/2013 vom 20. März 2014, vgl. URP 2014, 289 ff. (Sanierung der Restwasserstrecke Oberalpreuss; allerdings wurde kein ehehaftes Recht geltend gemacht); Gesamtentscheid des Baudepartements des Kantons St. Gallen vom 7. Mai 1999 in Sachen Flums, S. AG, Erteilung der Wasserrechtsverleihung für die energetische Nutzung des Schilsbaches und des Dorfbaches in Flums E. 8a-b (nicht publ.).

samt 15'000 km verbauten und eingeeengten Gewässer.¹⁰⁰ Die Kantone sind verpflichtet, für die *Revitalisierung* von Gewässern zu sorgen. Sie berücksichtigen dabei den Nutzen für die Natur und die Landschaft sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich aus der Revitalisierung ergeben. Sie planen die Revitalisierungen und legen den Zeitplan dafür fest. Sie sorgen dafür, dass diese Planung bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt wird (vgl. Art. 38a GSchG sowie Art. 41d GSchV).

45 Kurzfristige künstliche Änderungen des Wasserabflusses in einem Gewässer betreffen die sog. *Schwall und Sunk-Problematik*. Werden durch solche kurzfristigen Änderungen die einheimischen Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensräume wesentlich beeinträchtigt, müssen sie von den Inhabern von Wasserkraftwerken mit baulichen Massnahmen verhindert oder beseitigt werden. Auf Antrag des Inhabers eines Wasserkraftwerks kann die Behörde anstelle von baulichen Massnahmen betriebliche anordnen. Die Massnahmen richten sich nach: a. dem Grad der Beeinträchtigungen des Gewässers; b. dem ökologischen Potenzial des Gewässers; c. der Verhältnismässigkeit des Aufwandes; d. den Interessen des Hochwasserschutzes; e. den energiepolitischen Zielen zur Förderung erneuerbarer Energien (Art. 39a Abs. 1 und 2 GSchG, zu Details siehe Art. 41e-g GSchV). Schliesslich sind auch Massnahmen bezüglich des Geschiebetransports vorgesehen.¹⁰¹ Der *Geschiebehaushalt* im Gewässer darf durch Anlagen nicht so verändert werden, dass die einheimischen Tiere und Pflanzen, deren Lebensräume, der Grundwasserhaushalt und der Hochwasserschutz wesentlich beeinträchtigt werden. Die Inhaber der Anlagen treffen dazu geeignete Massnahmen. Diese richten sich nach: a. dem Grad der Beeinträchtigungen des Gewässers; b. dem ökologischen Potenzial des Gewässers; c. der Verhältnismässigkeit des Aufwandes; d. den Interessen des Hochwasserschutzes; e. den energiepolitischen Zielen zur Förderung erneuerbarer Energien (Art. 43a Abs. 1 und 2 GSchG, Details in Art. 42a-c und Art. 43 GSchV).¹⁰²

46 Technische Eingriffe in die Gewässer, ihren Wasserhaushalt oder ihren Verlauf sowie Eingriffe in Ufer und den Grund von Gewässern brauchen eine *fischereirechtliche Bewilligung*, soweit sie die Interessen der Fischerei berühren können (Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Fischerei, BGF).¹⁰³ Die zur Erteilung der fischereirechtlichen Bewilligung zuständigen Behörden haben unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten und allfälliger anderer Interessen alle Massnahmen vorzuschreiben, die geeignet sind: a. günstige Lebensbedingungen für die Wassertiere zu schaffen hinsichtlich: 1. der Mindestabflussmengen bei Wasserentnahmen, 2. der Ausbildung des Durchflussprofils, 3. der Beschaffenheit der Sohle und der Böschungen, 4. der

¹⁰⁰ CHRISTOPH FRITZSCHE, Kommentar GSchG, 2016, Art. 38a, N 17; BAFU, Revitalisierung Fließgewässer – Strategische Planung, Ein Modul der Vollzugshilfe «Renaturierung der Gewässer», 2012, S. 1 ff.

¹⁰¹ BAFU, Sanierung Schwall/Sunk – Strategische Planung, Ein Modul der Vollzugshilfe «Renaturierung der Gewässer», 2012, S. 1 ff.

¹⁰² BAFU, Sanierung Geschiebehaushalt – Strategische Planung, Ein Modul der Vollzugshilfe «Renaturierung der Gewässer», 2012, S. 1 ff.

¹⁰³ Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF, SR 923.0).

Zahl und Gestaltung der Fischunterschlupe, 5. der Wassertiefe und -temperatur, 6. der Fliessgeschwindigkeit; b. die freie Fischwanderung sicherzustellen; c. die natürliche Fortpflanzung zu ermöglichen; d. zu verhindern, dass Fische und Krebse durch bauliche Anlagen oder Maschinen getötet oder verletzt werden (Art. 9 Abs. 1 BGF). Diese Massnahmen müssen bereits bei der Projektierung der technischen Eingriffe vorgesehen werden (Art. 9 Abs. 3 BGF). Bei *bestehenden Anlagen* sorgen die Kantone dafür, dass Massnahmen nach Art. 9 Abs. 1 BGF getroffen werden, soweit sie wirtschaftlich tragbar sind (Art. 10 BGF).¹⁰⁴ Zu beachten ist, dass Anlagen, die erweitert oder wieder instand gestellt werden, im Fischereirecht als Neuanlagen gelten und deshalb bei solchen Anlagen Art. 10 BGF nicht zur Anwendung kommt (Art. 8 Abs. 5 BGF).

47 Nach den Übergangsbestimmungen des GSchG sind die *Inhaber bestehender Wasserkraftwerke und anderer Anlagen* an Gewässern verpflichtet, innert 20 Jahren nach Inkrafttreten (am 1. Januar 2011) die geeigneten Sanierungsmassnahmen nach den Vorgaben der Artikel 39a GSchG (Schwall und Sunk) und 43a GSchG (Geschiebehaushalt) zu treffen (Art. 83a GSchG). «Gleichzeitig mit der Planung der Sanierungsmassnahmen in den Bereichen Schwall und Sunk sowie Geschiebe planen die Kantone auch Massnahmen, die im Interesse der Fischerei gemäss Artikel 10 BGF von Inhabern von Wasserkraftwerken getroffen werden müssen.»¹⁰⁵ Die Pflicht zur Vornahme von Sanierungsmassnahmen trifft nicht nur Inhaber von Wassernutzungskonzessionen, sondern auch solche von ehehaften Rechten. Einerseits ist der Wortlaut klar, andererseits kommt die Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 80 GSchG (Restwassersanierung) in analoger Weise zur Anwendung.¹⁰⁶

48 Die Inhaber von bestehenden Wasserkraftanlagen (Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2011), welche die Sanierungsmassnahmen in den erwähnten Bereichen durchführen müssen, erhalten von der nationalen Netzgesellschaft (Swissgrid) die vollen anrechenbaren *Kosten der Massnahmen zurückerstattet*, sofern die gesetzliche Sanierungsfrist bis Ende 2030 eingehalten wird. Die Finanzierung der Abgeltungen wird über einen zeitlich nicht limitierten Zuschlag von 0.1 Rappen/kWh auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze gesichert (Art. 15a^{bis} und Art. 15b Energiegesetz, EnG).¹⁰⁷ «Als Wasserkraftanlagen gelten sowohl Installationen, welche die Wasserkraft zur Stromgewinnung als auch rein mechanisch (z.B. Mühlen) ausnutzen ... Sanierungsmassnahmen in den Bereichen Schwall-Sunk, Geschiebehaushalt und freie Fischwanderung werden nur bei bestehenden Anlagen entschä-

¹⁰⁴ BAFU, Wiederherstellung der Fischwanderung – Strategische Planung, Ein Modul der Vollzugshilfe «Renaturierung der Gewässer», 2012, S. 1 ff.

¹⁰⁵ BAFU, Erläuternder Bericht vom 20. April 2011 betreffend u.a. A) Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, S. 7.

¹⁰⁶ Dazu ANNE-CHRISTINE FAVRE, Kommentar GSchG, 2016, Art. 83a, N 16; ferner BAFU, Ökologische Sanierung bestehender Wasserkraftanlagen: Finanzierung der Massnahmen, Ein Modul der Vollzugshilfe «Renaturierung der Gewässer», 2016, S. 13.

¹⁰⁷ Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0).

digt. Dies unabhängig davon, ob eine laufende Konzession besteht oder die Anordnung der Sanierung mit einer Konzessionserneuerung zusammenfällt. Damit soll sichergestellt werden, dass die Sanierungen unabhängig von der Konzessionssituation der einzelnen Kraftwerke durchgeführt und die wohlerworbenen Rechte der bestehenden Konzessionen durch die Entschädigung geschützt werden ... Wird gleichzeitig zur Sanierung die Anlage ausgebaut, so tragen die Inhaber der Wasserkraftwerke die Kosten zur Einhaltung der Umweltverträglichkeit dieser Anlageänderung selbst. Die Entschädigung beschränkt sich auf die Beseitigung der vor der Änderung bestehenden Beeinträchtigungen ... Ehehafte Rechte werden wie laufende Konzessionen behandelt ... Bei neuen Anlagen werden keine Massnahmen finanziert.»¹⁰⁸

5.2.4 Ersatzmassnahmen und Referenzzustand

49 Unvermeidbare Eingriffe durch Wasserkraftwerke in schützenswerte Lebensräume bzw. geschützte Landschaften (von nationaler Bedeutung) verpflichten den Verursacher zu verschiedenen Massnahmen. Lässt sich eine *Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume* durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere *Massnahmen* zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen (Art. 18 Abs. 1ter Natur- und Heimatschutzgesetz, NHG).¹⁰⁹ «Die Massnahmen sind erforderlich, sobald ein Eingriff besonders schutzwürdige Lebensräume tangiert, unabhängig davon, ob sich diese Lebensräume innerhalb oder ausserhalb von Schutzgebieten befinden. Das Gesetz gibt eine *Rangordnung* der Massnahmen (Massnahmenkaskade) vor:

1. Grundsatzentscheid für oder gegen das Projekt, wobei eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.
2. Bestmöglicher Schutz: Kann das Projekt geändert, können die Eingriffe minimiert werden?
3. Grösstmögliche Schonung durch Wiederherstellung.
4. Grösstmögliche Schonung durch angemessenen Ersatz.»¹¹⁰

50 Landschaften von nationaler Bedeutung sind gestützt auf Art. 5 NHG im *Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN)* verzeichnet.¹¹¹ Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerterte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerterten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung

¹⁰⁸ BAFU (Fn. 106), S. 13.

¹⁰⁹ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451).

¹¹⁰ BUWAL, Wiederherstellung und Ersatz im Natur- und Landschaftsschutz, Leitfaden Umwelt, Nr. 11, 2002, S. 11.

¹¹¹ Siehe dazu die Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (VBLN, SR 451.11).

einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 1 und 2 NHG).

- 51 Mit *Ersatzmassnahmen* lässt sich ein Eingriff in ein Biotop oder eine Landschaft nicht rechtfertigen; sie sind vielmehr *Folge der Bewilligung eines Eingriffs*. In einem ersten Schritt ist grundsätzlich zu entscheiden, ob Beeinträchtigungen von schutzwürdigen Lebensräumen vollständig vermieden werden können. Ersatzmassnahmen spielen erst eine Rolle, wenn die Bewilligungsfähigkeit zu bejahen ist.¹¹²
- 52 Im Zusammenhang mit Wasserkraftwerken sind Ersatzmassnahmen insbesondere notwendig, wenn ein Kraftwerk neu gebaut oder erweitert wird; ebenso bei der Erneuerung von Wassernutzungskonzessionen nach Ablauf der Konzessionsdauer (dazu Art. 64 Bst. a WRG) und bei wesentlichen Konzessionsänderungen. Dabei stellt sich die Frage, von welchem *Ausgangs- bzw. Referenzzustand* bei der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sowie bei der Festlegung der Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen für Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume und Landschaften auszugehen ist. Nach dem UVP-Handbuch des Bundesamts für Umwelt (BAFU)¹¹³ bedeutet der Ausgangszustand «... den vom Vorhaben noch nicht beeinflussten Umweltzustand mit seinen natürlichen Standortmerkmalen und seinen bestehenden Vorbelastungen ... Bei einer Konzessionserneuerung ... ist der Ausgangszustand derjenige Zustand, der bestehen würde, wenn die frühere Konzession nie erteilt und die Anlage nie gebaut worden wäre.»¹¹⁴ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bzw. wäre unter Umweltschutzgesichtspunkten «... bei der Erneuerung einer auslaufenden Konzession als Ausgangszustand die Situation in Rechnung zu stellen, die sich bei einem Verzicht auf die Wasserkraftnutzung ergäbe.»¹¹⁵ Zurzeit gibt es politische Bestrebungen, den Ausgangszustand bei Neukonzessionierungen oder Änderungen von Wasserkraftkonzessionen neu zu definieren. Statt vom ursprünglichen Zustand soll vom Ist-Zustand vor der beabsichtigten Neukonzessionierung bzw. Konzessionsänderung ausgegangen werden.¹¹⁶

5.2.5 Sanierung und Massnahmen bei laufenden Wasserrechten

- 53 Bei früher erteilten, noch *laufenden Wassernutzungskonzessionen* und im Falle von *ehehaften Wasserrechten* haben die jeweils zuständigen Behörden zu prüfen, ob ein Fliessgewässer durch die Wasserentnahme wesentlich beeinflusst wird. Falls dies zu bejahen ist, muss eine in der Regel *eingeschränkte Restwassersanierung* nach den

¹¹² Vgl. BUWAL (Fn. 110), S. 38 f., 88.

¹¹³ BAFU, UVP-Handbuch, Richtlinie des Bundes für die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Vollzug Nr. 0923, 2009. Details bei PETER M. KELLER, Referenzzustand bei Konzessionserneuerungen von Wasserkraftwerken, Rechtsgutachten zu Händen des Bundesamts für Umwelt, 5. April 2016, S. 1 ff.

¹¹⁴ UELI ROTH, UVP-Handbuch (Fn. 113), Modul 5: Inhalt der Umweltberichterstattung, S. 21; vgl. auch BUWAL (Fn. 92), S. 39.

¹¹⁵ BGer, Urteil 1A.59/1995 vom 28. April 2000 E. 3c/aa, vgl. URP 2000, S. 691 ff.

¹¹⁶ Motion Nr. 13.3883 von Albert Rösti vom 26. September 2013, Ausbau der Wasserkraft zur Stromerzeugung und Stromspeicherung. Anpassung der Umweltverträglichkeitsprüfung; vgl. www.parlament.ch.

Übergangsbestimmungen von Art. 80 ff. GSchG angeordnet werden.¹¹⁷ Massnahmen zur Sicherstellung der Fischgängigkeit (soweit wirtschaftlich tragbar, Art. 10 BGF) und zur Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer wie problematische Schwall-Sunk-Verhältnisse und Veränderungen des Geschiebehaushalts sind in koordinierter Weise zu verfügen und von den Betreibern innert der gesetzten Sanierungsfrist umzusetzen.¹¹⁸

5.2.6 Rechtslage bei Konzessionserneuerungen und neuen Konzessionen

54 Das geltende Umweltrecht ist sowohl bei der Verleihung einer *neuen Wassernutzungskonzession* (z.B. für eine neue oder stark erweiterte Anlage) als auch bei der *Erneuerung einer abgelaufenen oder bei der vorzeitigen Verlängerung einer Konzession* vollumfänglich einzuhalten. Die verfassungsrechtlich geforderten, angemessenen Restwassermengen bestimmen sich nach Art. 29 ff. GSchG. Spätestens fünf Jahre nach dem Ablauf der Konzession werden die neuen Restwasservorschriften ohne Einschränkung angewendet (Art. 58a Abs. 4 WRG). Massnahmen zu Gunsten der Fischwanderung, solche gegen Schwall und Sunk und Massnahmen zum Geschiebehaushalt sind – soweit bei bestehenden Anlagen nicht bereits früher umgesetzt – anzuordnen.¹¹⁹ Offen und nachfolgend zu klären bleibt die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt das Restwasserregime nach Art. 29 ff. GSchG bei Wasserkraftwerken zum Tragen kommt, deren Betreiber über ehehafte Wasserrechte verfügen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Anordnung von Ersatzmassnahmen für die durch ein Kraftwerk beeinträchtigten Lebensräume.

6. Aus der Gerichtspraxis zum Umgang mit ehehaften Wasserechten

6.1 Ausgewählte Entscheide

55 Nachfolgend werden jeweils einige ausgewählte Passagen mit rechtlichen Erörterungen zu Bestand und Inhalt ehehafter Wasserrechte aus neueren *Behörden- und Gerichtsentscheiden* zitiert oder zusammengefasst, soweit sie im vorliegenden Kontext von Interesse sind. Der Sachverhalt wird weggelassen und am Ende jeweils eine kurze Bemerkung hinzugefügt.

6.1.1 Urteile des Bundesgerichts

56 BGer, Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001 (Kt. Freiburg, Mühle an der Glâne): Wird die Hypothese des Bestands eines wohl erworbenen Rechts – im konkreten Fall eines ehehaften Wasserrechtes – aufrechterhalten, so kann die vollständige Aufhebung eines Rechts zur Wasserentnahme nicht ohne Entschädigung erfol-

¹¹⁷ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 35.

¹¹⁸ Vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 44 ff.

¹¹⁹ Siehe die vorangehenden Ausführungen in Rz. 44 ff.

gen. Es ist deshalb Sache der Enteignerin oder des Enteigners, das bundesrechtliche Enteignungsverfahren einzuleiten (E. 3a/bb).¹²⁰ *Bemerkung:* Die Anwendung des geltenden Abgabe- und Umweltrechts muss jedoch nicht mit einer vollständigen Aufhebung des ehehaften Rechts und einer Entschädigung verbunden sein.

57 BGer, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 (Kt. NW, Sägerei an der Aa I): Das Gericht hält fest, dass auch ehehafte Wasserrechte bei Nutzungsänderungen und allfälligen Mehrnutzungen der (kantonalen) Bewilligungspflicht unterstehen (E. 4.3). *Bemerkung:* Bei früher erfolgten, «eigenmächtigen» Nutzungsänderungen oder -erweiterungen sind im Einzelfall hingegen das Erlöschen des ehehaften Rechts zu prüfen und zu befürworten bzw. die teilweise rechtswidrige Wassernutzung festzustellen.

58 BGer, Urteil 2A.391/2006 vom 29. November 2006 (Kt. NW, Sägerei an der Aa II): Der Entscheid über Verleihungen und Bewilligungen für die Nutzung der Wasserkraft öffentlicher Gewässer setzt voraus, dass vorfrageweise auch über den Bestand bzw. Umfang der vom Kanton Nidwalden ausdrücklich vorbehaltenen Privatrechte bzw. der wohlerworbenen Rechte an Gewässern entschieden wird (E. 2.1). «Es entspricht denn auch Lehre und Rechtsprechung, dass ehehafte Wasserrechte in aller Regel die gesamte Energie umfassen, die – allenfalls durch Verbesserung der Anlagen entsprechend dem jeweiligen Stand der Technik – erzeugt werden kann, ohne dass die seit jeher ausnützbare Wassermenge und das seit jeher ausnützbare Gefälle vergrössert werden (so schon BGE 27 II 672). Dass das Wasserrecht dabei ursprünglich nur dem Betrieb einer Sägerei, nicht aber (auch) der Versorgung von Dritten mit Elektrizität gedient hat, steht dabei grundsätzlich einer Zweckänderung nicht entgegen (vgl. BGE 109 Ib 276 E. 3c und d, mit Hinweisen; vgl. auch schon BGE 27 II 672 E. 2, S. 690). Dies entspricht auch allgemeiner Überzeugung, denn die heute noch bestehenden ehehaften Wasserrechte dienen nur zu einem kleinen Teil noch ihrem ursprünglichen Zweck; an die Stelle der früheren Sägereien, Mühlen und Schmieden sind regelmässig andere Fabrikationsbetriebe mit anderen Produktionszweigen getreten, ohne dass diesen das ehehafte Wasserrecht entzogen worden wäre (vgl. Peter Liver, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift für Paul Giesecke, Karlsruhe 1958, S. 246).» (E. 4.3). *Bemerkung:* Diese Praxis ist unseres Erachtens nicht haltbar, wenn diese nachträglichen Nutzungsänderungen nicht nachweislich durch den Eigentümer bzw. Verleiher bewilligt worden waren.

6.1.2 Weitere Entscheide

59 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Obwalden vom 15. Dezember 1997 (Kt. OW, Trinkwasserversorgung in Sachseln):¹²¹ «Die Anerkennung als ehehaftes Recht setzt voraus, dass die rechtmässige Entstehung nachgewiesen wird, wobei in den meisten Fällen der eigentliche Erwerbstitel nicht mehr beigebracht werden kann. Ist kein Rechtstitel mehr vorhanden und das alte Recht auch nicht durch Ersitzung

¹²⁰ Vgl. URP 2001/10, S. 1053 ff.

¹²¹ Siehe ZBI 100/1999, S. 315 ff.

erworben worden, kann der Beweis der rechtmässigen Entstehung auch durch die Unvordenklichkeit der Ausübung dieses Rechts erbracht werden (SOG 1993, Nr. 4, S. 16). Ein Zustand gilt als unvordenklich, wenn die Kunde eines anderen Zustandes dem menschlichen Gedächtnis entschwunden ist; es wird gefordert, dass die gegenwärtige Situation keinen anderen Zustand gekannt und auch von ihren Vorfahren nicht in Erfahrung gebracht hat. Unvordenklichkeit ist also gegeben, wenn der betreffende Zustand unangefochten während mindestens zwei Menschenaltern gewährt hat, welche man regelmässig mit je 40 Jahren zu veranschlagen pflegt (Peter Liver, Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N 141 zu Art. 731 ZGB; SOG 1993, Nr. 4, S. 22).» (E. 2d/aa). *Bemerkung:* Unvordenklichkeit sollte nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden, weil es sich um ein wenig überzeugendes Beweisfundament handelt und da absolute Rechte mit weitreichenden Rechtsfolgen verbunden sind.

60 Baudepartement des Kantons St. Gallen, Gesamtentscheid vom 7. Mai 1999 betreffend die energetische Nutzung des Schilsbaches und des Dorfbaches in Flums (unveröffentlicht) (Kt. SG, Wasserrechte am Schilsbach): Soweit der Nutzungsumfang eines ehehaften Wasserrechts den ursprünglich bewilligten bzw. anerkannten Umfang übersteigt, «... erfolgt die Nutzung demnach ohne das hierfür erforderliche Nutzungsrecht und somit ohne (genügende) Rechtsgrundlage.» (nötig wäre ein Verleihungsgesuch an die Regierung gewesen, E. 8c). *Bemerkung:* Dieser Erwägung ist zuzustimmen.

61 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg 2A 99 49/2A 01 89 vom 26. Juni 2003 (Kt. FR, Mühle beim Galternbach):¹²² «Die Anerkennung als ehehaftes Recht setzt voraus, dass die rechtmässige Entstehung nachgewiesen wird (Art. 8 Abs. 2 ÖSG), wobei in den meisten Fällen der eigentliche Erwerbstitel nicht mehr beigebracht werden kann. Ist kein Rechtstitel mehr vorhanden und das alte Recht auch nicht durch Ersitzung erworben worden, kann der Beweis der rechtmässigen Entstehung auch durch die Unvordenklichkeit der Ausübung dieses Rechts erbracht werden.» (E. 4b) ... «Die Wasserrechte der Beschwerdeführer sind im Grundbuch nicht eingetragen, was aber für die Frage des Bestands eines ehehaften Wasserrechts nicht von Belang ist (vgl. Hermann Laim, Das Grundeigentum, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, N. 20 zu Art. 655 ZGB).» (E. 4d/aa) ... «Ein ehehaftes Recht kann aber nur dann als wohl erworben geschützt werden, wenn es während des massgebenden Zeitraumes unangefochten ausgeübt werden konnte (ZBL 100/1999 S. 320 Erw. 2e/cc).» (E. 4d/bb) ... «Wenn Johann Wenger ein vorbestandenes ehehaftes Recht zum Bezug von Wasser aus dem Galternbach besass, bestand für ihn grundsätzlich keine Veranlassung, um eine Konzession nachzusuchen, umso weniger, als sein Begehren – auf den Galternbach bezogen – nicht weiter ging als sein bisheriges Recht. Mit der Konzessionserteilung vom 21. November 1947 am Galternbach bestand somit kein vorbestandenes ehehaftes Wasserrecht mehr. Es wurde auf die Dauer von 50 Jahren beschränkt, und damit fehlt es an einem wesentlichen Element für den Bestand eines ehehaften Wasserrechts. Die Konzession von 1947

¹²² Siehe: <https://www.fr.ch/tc/de/pub/rechtsprechung.htm>.

ersetzte ein bisher allfällig bestehendes ehehaftes (oder anderes) Recht, und seither bestimmt diese Konzession die Rechtslage der Beschwerdeführer (BGE 96 I 282 Erw. 3 S. 287).» (E. 4d/cc). Nachfolgend erklärt das Gericht, dass ein Recht nur dann als wohlerworben geschützt werden könne, wenn es während des massgebenden Zeitraumes unangefochten ausgeübt werden konnte (E. 2e/cc). *Bemerkung:* Das Konzessionsgesuch des Inhabers wurde zu Recht als Verzicht auf ein allfällig bestehendes ehehaftes Recht gewertet.

- 62 Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, Entscheid vom 18. Januar 2008 (RA Nr. 140/2005/35) (Kt. BE, Kleinwasserkraftwerk am Lyssachteilbach):¹²³ Es ging um ein altrechtliches Wassernutzungsrecht aus dem Jahre 1837. Die Übergangsbestimmung Art. 47 Abs. 1 WNG (Wassernutzungsgesetz) regle, dass bestehende Konzessionen, Bewilligungen und Privatrechte in Bestand und Umfang nicht berührt würden. «Fraglich ist, ob die in Art. 10 Abs. 2 WNG vorgesehene Befristung der Nutzungsbewilligung in Widerspruch zur Bestandesgarantie steht.» (E. 4a) ... «Vorab ist festzuhalten, dass es vorliegend unerheblich ist, ob die Wohlerworbenheit von ehehaften Rechten bejaht oder verneint wird. Auch wenn man, wie ein Teil der Lehre, davon ausgeht, dass es sich bei den ehehaften Wasserrechten nicht um wohlerworbene Rechte handelt, sind diese Rechte als Privatrechte durch die Eigentumsgarantie geschützt ... Fraglich ist demnach einzig, ob mit einer Befristung in den Bestand des ehehaften Rechtes eingegriffen und so Art. 47 WNG verletzt wird. (E. 4b) ... Diese Frage ist vom Bundesgericht in Entscheid 2P.256/2002 vom 24. März 2003 eindeutig beantwortet worden. In diesem Entscheid ging das Bundesgericht von einem wohlerworbenen Recht aus, was bedeutet, dass auch per Gesetz nicht in den Bestand des Rechtes eingegriffen werden darf ... Geschützt ist indessen nur die Substanz des wohlerworbenen Rechtes und nicht dessen Ausübung, die durch die jeweils geltende Rechtsordnung bestimmt wird ... Die geltende Rechtsordnung schreibt im Kanton Bern eine Befristung der Nutzungsbewilligung vor. Zweck dieser Regel ist, die zuständigen Behörden nach einem bestimmten Zeitraum anzuhalten, die erteilten Bewilligungen wieder auf die gesetzeskonforme Ausübung der Wasserrechte zu überprüfen.» Diese Beschränkung sei unter Vorbehalt des grundsätzlichen Rechtsanspruchs auf Verlängerung im bisherigen Umfang nicht zu beanstanden (E. 4c). *Bemerkung:* Die Regelung des Kantons Bern ist zu begrüssen, weil dank der befristeten Nutzungsbewilligung wenigstens periodisch eine aktive Kontrolle seitens der Behörden stattfindet.

6.2 Zwischenfazit

- 63 Soweit ersichtlich, war die hier primär interessierende Frage der vollständigen Anwendung des geltenden (Umwelt-)Rechts bei ehehaften Rechten bisher nicht Gegenstand eines publizierten Gerichtsentscheides.

¹²³ Vgl. www.bve.ch.

7. Zielkonflikte und Lösungsansätze

7.1 Interessengegensätze bei ehehaften Wasserrechten

64 Bei den Rechtsfragen zu ehehaften Wasserrechten sind verschiedene öffentliche und private Interessen und damit zusammenhängende Interessengegensätze zu beachten:¹²⁴ So z.B. die *öffentlichen Interessen* an der öffentlichen Gewalt bzw. den Hoheitsrechten über die öffentlichen Sachen, an der Förderung erneuerbarer Energien, an der wirtschaftlichen Ausnutzung des Gewässers (Konzessionsgebühr, Wasserzinsen), an der Stauanlagensicherheit und an der Umsetzung der umweltrechtlichen Vorgaben der Bundesverfassung und verschiedener Gesetze wie das GSchG, BGF, NHG und USG. Dem steht das *private Interesse* des (zu) weitgehend privilegierten Rechtsinhabers an unbefristeter und unentgeltlicher Nutzung eines öffentlichen Gewässers gestützt auf das private, ehehafte Wasserrecht gegenüber. Vorliegend steht der *Zielkonflikt* zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen bzw. zeitversetzten Anwendung des geltenden Umweltrechts und dem erwähnten privaten Interesse im Vordergrund.

7.2 Prinzipien und Konzepte zur Lösung von Zielkonflikten

65 Die BV enthält verschiedene *Staatsaufgaben*. Dazu zählen die Wahrung von Grundrechten (z.B. Rechtsgleichheit [Art. 8], Eigentumsgarantie [Art. 26] oder Wirtschaftsfreiheit [Art. 27]), Aufgaben und Zuständigkeiten im Bereich von Sicherheit und Landesverteidigung (Art. 57 und 58), betreffend die Umwelt und die Raumplanung (Art. 73 Nachhaltigkeit, Art. 74 Umweltschutz, Art. 75 Raumplanung, Art. 76 Wasser, Art. 77 Wald, Art. 78 Natur- und Heimatschutz, Art. 79 Fischerei und Jagd, Art. 80 Tierschutz) sowie die Energiepolitik (Art. 89). Diese in der Verfassung festgelegten Interessen stehen grundsätzlich auf gleicher Stufe. Die BV erklärt die *Erhaltung der natürlichen Umwelt* durch besondere Schutzaufträge zur Staatsaufgabe (vgl. Art. 74 und Art. 76-80).¹²⁵ Wo die einzelnen Schutzaufträge miteinander in Konflikt geraten, «... liegt es in erster Linie am Gesetzgeber, koordinierende Lösungen zu treffen.»¹²⁶

66 «Für die Lösung rechtlicher Zielkonflikte im Einzelfall gibt es kein vorgefertigtes Lösungsschema. Es ist jeweils in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine saubere Auslegeordnung vorzunehmen. Dabei sind verschiedene Prinzipien/Grundsätze und Methoden zu beachten, insbesondere die koordinierte Anwendung verschiedener

¹²⁴ Dazu JAGMETTI (Fn. 39) Rz. 4104; zu historischen Wirtschaftskonflikten: FENNER (Fn. 26), S. 141.

¹²⁵ BGE 134 II 97 ff. E. 3.1 (Skipiste in Jagdbanngebiet); Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 247 f.; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 1, N 26.

¹²⁶ Zum Konflikt zwischen verschiedenen Schutzaufträgen («Schutzkonflikte»): BERNHARD WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Diss. Freiburg 1997, S. 90.

Bestimmungen und die umfassende Interessenabwägung, soweit diese vom Verfassungs- bzw. Gesetzgeber nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.»¹²⁷

67 «Eine wichtige Rolle kommt den *Normenhierarchien* zu: Es ist jeweils zu prüfen, in welchem Verhältnis die (potenziell) anwendbaren Normebenen (Völkerrecht, Bundesrecht, kantonales und kommunales Recht) zueinander stehen. Dabei ist stets die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten: Gemäss Art. 3 BV sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Bsp. Bundeskompetenz beim Gewässerschutz und Natur- und Heimatschutz als primär kantonale Aufgabe, siehe Art. 76 Abs. 3, Art. 78 Abs. 1 BV). Bedeutsam sind sodann *rechtliche Kollisionsregeln*. Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Bei einem allfälligen Widerspruch mit der Verfassung ist eine verfassungskonforme Auslegung anzustreben. Allgemein geht (zumindest kompetenzgemäss erlassenes) Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV).»¹²⁸

68 «Zur Lösungsfindung sind u.a. auch das Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise, die sog. praktische Konkordanz, die Pflicht zur materiellen Koordination sowie die umfassende oder – je nach gesetzlicher Ausgangslage – eingeschränkte Interessenabwägung beizuziehen (Ausnahme beim Moorschutz). Beim *Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise* bzw. dem Ganzheitlichkeitsprinzip handelt es sich um einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. Dieser verlangt eine «Harmonisierung öffentlicher und privater Interessen.»¹²⁹ Er kommt in Art. 8 USG wie folgt zum Ausdruck: Einwirkungen werden sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken beurteilt. Das *Prinzip der praktischen Konkordanz* entstammt der deutschen Rechtslehre und dient der Lösung von Normenkollisionen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verfassungsinterpretation einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet; sie soll praktische Konkordanz schaffen.¹³⁰ Der *Pflicht zur materiellen Koordination* liegt die Verwirklichung eines ganzheitlichen Verfassungsverständnisses nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zu Grunde. «Es gilt Lösungen zu finden, bei denen alle Regelungen möglichst gleichzeitig und vollumfänglich zum Zuge kommen und das Ergebnis gesamthaft sinnvoll ist. Diese Gesamtbeurteilung wird in materieller Hinsicht durch die Anwendung einer Norm, die eine umfassende Interessenabwägung vorschreibt, gewährleistet.»¹³¹ «Gemäss Art. 25a Abs. 2

¹²⁷ MICHAEL BÜTLER, Rechtsfragen zum Biber, Rechtsgutachten vom 5. März 2015, im Auftrag des Bundesamts für Umwelt, Rz. 55; vgl. www.bafu.admin.ch und www.bergrecht.ch.

¹²⁸ BÜTLER (Fn. 127), Rz. 56.

¹²⁹ ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Ergänzungsband, Zürich 2011, Art. 8 N 2; Näheres bei ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, S. 253 ff.; vgl. auch BGE 142 II 517 ff. E. 3.3 (Überleitung Lugnez).

¹³⁰ BGE 139 I 16 ff., 24 E. 4.2.2 (Ausweisung) mit Verweis auf KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 [Neudruck 1999], Rz. 70 ff.

¹³¹ So das Bundesgericht in BGE 117 Ib 28 ff., 30 f. E. 2 (Antennenanlage bei Samnaun).

Bst. d RPG sorgt im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen die für die Koordination verantwortliche Behörde für eine inhaltliche Abstimmung; sodann dürfen die verschiedenen Verfügungen keine Widersprüche enthalten (Art. 25a Abs. 3 RPG).»¹³²

69 Die öffentlichen Interessen am Gewässer- bzw. Naturschutz kollidieren, wie erwähnt, teilweise mit Interessen von Privatpersonen (Eigentum, Wirtschaftsfreiheit). Es können sich aber auch verschieden gerichtete öffentliche Interessen gegenüberstehen (z.B. Anliegen des Gewässerschutzes und der Fischerei, Förderung erneuerbarer Energien, wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers usw.). Dann ist eine Gewichtung verschiedener öffentlicher Interessen vorzunehmen.¹³³ Soweit im Einzelfall allseits *gesetzeskonforme Massnahmen* möglich sind, liegt es nicht im Ermessen der Verwaltung zu entscheiden, ob sie vom Gesetz abweichen und einer gesetzeswidrigen Massnahme den Vorzug vor einer gesetzeskonformen Massnahme geben will. Ein Ermessensspielraum kann nur im Rahmen einer gesetzlichen Regelung offen stehen, d.h. innerhalb des Gesetzes. Eine Interessenabwägung ist erst anzustellen, wenn eine Normverletzung geboten bzw. unvermeidlich erscheint.¹³⁴ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine sachgerechte Lösung solcher Interessenkonflikte voraus, dass die verschiedenen, unter Umständen gegensätzlichen (raumrelevanten) Anliegen möglichst frühzeitig erkannt werden. Der Schutz der Gewässer gebietet von Bundesrechts wegen eine *umfassende Interessenabwägung* (vgl. z.B. Art. 33 GSchG).¹³⁵ In Art. 3 der Raumplanungsverordnung (RPV)¹³⁶ finden sich Regeln zur Interessenabwägung: Stehen den Behörden bei Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Handlungsspielräume zu, so wägen sie die Interessen gegeneinander ab, indem sie: a. die betroffenen Interessen ermitteln; b. diese Interessen beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen berücksichtigen; c. diese Interessen auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen (Abs. 1). Sie legen die Interessenabwägung in der Begründung ihrer Beschlüsse dar (Abs. 2). Im Falle von Interessenkollisionen ist eine wertende Gegenüberstellung erforderlich.¹³⁷

70 Führen Verfügungen zum Gewässer-, Natur- und Heimatschutz oder im Interesse der Fischerei zu – unter Umständen empfindlichen – *Einschränkungen des Privateigentums*, sind diese nur zulässig, wenn sie u.a. auf einer gesetzlichen Grundlage (z.B. GSchG, NHG) beruhen, im öffentlichen Interesse (z.B. Sicherstellung von angemessenen Restwassermengen) liegen und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweisen (Art. 36 BV). *Verhältnismässig* sind einschränkende Massnahmen, wenn sie erstens geeignet, zweitens sachlich, räumlich, zeitlich und persönlich erforderlich sind. Drittens müssen Zweck und Wirkung der Massnahme ver-

¹³² BÜTLER (Fn. 127), Rz. 57.

¹³³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 501.

¹³⁴ BGE 125 II 29 ff., 38 E. 3d (Bekämpfung nicht einheimischer Krebse).

¹³⁵ Vgl. BGE 118 Ib 485 ff., 489 f. E. 3b und 3c (Schutz des Lebensraums des Eisvogels).

¹³⁶ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1).

¹³⁷ Näheres bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 496 ff.

hältnismässig bzw. zumutbar sein (Zweck-Mittel-Relation).¹³⁸ Die bundesrechtlichen Bestimmungen des WRG, GSchG, NHG und des BGF sind unter Berücksichtigung dieser Grundsätze verfassungskonform auszulegen.¹³⁹ Unter den erwähnten Voraussetzungen müssen Eigentümer von Grundstücken Einschränkungen ihres Privateigentums zugunsten des Gewässer- und Naturschutzes hinnehmen.

7.3 Tatsächliche und rechtliche Umstände des Einzelfalls

71 Für die Lösung von Zielkonflikten sind stets die *tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten* im Einzelfall sorgfältig zu eruieren und zu berücksichtigen. So ist z.B. kritisch zu prüfen, ob, in welchem Umfang und seit wann ein behauptetes ehehaftes Wasserrecht nachgewiesenermassen besteht. Mögliche abzuklärende *Fragen* können lauten:

- Bestandesnachweis: Verfügt der Inhaber/Betreiber eines Wasserkraftwerks betreffend das behauptete ehehafte Wasserrecht über einen aussagekräftigen Urkundenbeweis? Falls nein, auf welchen Rechtstitel oder welches Beweismittel stützt er sich (z.B. Ersitzung, Unvordenklichkeit)?
- Wurde bei der Rechtsbegründung eine Bewilligung erteilt bzw. die Zustimmung vom Berechtigten gegeben oder wurde die Nutzung nur geduldet?
- Was sind der ursprüngliche Inhalt/Zweck und Umfang (nutzbare[s] Wassermenge, Gefälle) des behaupteten Rechts? Entspricht dies noch der heutigen Nutzung?
- Wurde das Nutzungsrecht seit Beginn unangefochten ausgeübt? Gab es Rechtsstreitigkeiten mit Dritten?
- Wurde der Nutzungszweck später abgeändert?
- Wie war die erste Wasserkraftanlage beschaffen (Form und Masse)?
- Wurden die baulichen Anlagen saniert, erweitert und die nutzbare/genutzte Wassermenge erhöht? Ist das nutzbare Gefälle erhöht worden? Zu welchem Zeitpunkt?
- Wurde der Betrieb zeitweise oder ab einem bestimmten Zeitpunkt aufgegeben (Verzicht) bzw. stand die Anlage während längerer Zeit still?
- Wurde das behauptete ehehafte Recht durch eine Wassernutzungskonzession abgelöst oder ergänzt?
- Handelt es sich um ein gemischtes Wassernutzungsrecht (ehehaftes Recht und Konzession)?
- Seit wie lange sind die bestehenden Anlagen in Betrieb? War eine Amortisation der Investitionen möglich?
- Will der Betreiber die bestehenden Anlagen sanieren, ganz erneuern oder übertragen?

¹³⁸ Dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 514 ff.

¹³⁹ Sinngemäss ähnlich BGE 118 Ib 485 ff., 489 E. 3b (Schutz des Lebensraums des Eisvogels).

- Wie ist die ökologische Situation (Restwassermenge, Fischgängigkeit, Schwall-Sunk-Problematik, Geschiebehaushalt, Beeinträchtigung von Lebensräumen und Landschaft)?

8. Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten

8.1 Überblick zu Grundlagen und Voraussetzungen für Eigentumsbeschränkungen

- 72 Vorangehend wurde bereits aufgezeigt, dass ehehafte Rechte zu den privaten Rechten an öffentlichen Sachen gezählt werden.¹⁴⁰ Sie werden wie Dienstbarkeiten (beschränkte dingliche Rechte) behandelt und stehen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der *Eigentumsgarantie*. Als Bestandesgarantie schützt diese die konkreten, einer bestimmten Person zustehenden privaten Vermögensrechte (Eigentum an Grund und Boden, an Fahrnis und Wertpapieren, an Immaterialgüterrechten usw.) gegen jede unrechtmässige Entziehung oder Beeinträchtigung durch den Staat.¹⁴¹ Die Eigentumsgarantie kann als Grundrecht unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV *ingeschränkt* werden (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit). Nach der Rechtsprechung gewährleistet die Eigentumsgarantie «... das Eigentum, wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festhält, nicht unbeschränkt, sondern nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind. Wichtige öffentliche Interessen, wie die in der Bundesverfassung verankerten Anliegen der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Gewässerschutzes und des Natur- und Heimatschutzes, sind der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt. Die Zulässigkeit darauf gestützter, eigentumsbeschränkender Massnahmen basiert somit auf einer Interessenabwägung mit der Eigentumsgarantie.»¹⁴² Die Eigentumsgarantie bietet also nur einen begrenzten Schutz gegenüber Anpassungen durch den Gesetzgeber. Mit anderen Worten verschafft die Eigentumsgarantie keine (absolut) gesetzesbeständige Rechtsstellung.¹⁴³ Inwieweit sich aus der Eigentumsbeschränkung ein Entschädigungsanspruch aus materieller (oder ev. formeller) Enteignung ergeben kann, ist eine separat zu prüfende Frage.
- 73 Zu erwähnen ist, dass das ZGB in den Bestimmungen zum Grundeigentum in Art. 702 öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums vorbehält. Es handelt sich dabei jedoch um einen sog. unechten Vorbehalt mit bloss deklaratorischer Wirkung. «Die Bedeutung dieses unechten Vorbehaltes liegt in der ausdrückli-

¹⁴⁰ Vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 18 ff.

¹⁴¹ PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 2016, S. 33 mit Verweis auf die zugrundeliegenden Materialien.

¹⁴² BGE 117 Ib 243 ff. E. 3a (Moorschutzmassnahmen bei Rothenthurm).

¹⁴³ Dazu RIVA (Fn. 70), S. 49 f.; 71 f.; GRIFFEL (Fn. 70), Rz. 391.

chen Anerkennung der expansiven Kraft des gesamten öffentlichen Rechts (des Bundes, der Kantone und der Gemeinden) ...». ¹⁴⁴

8.2 Praxis zur Anwendung umweltrechtlicher Bestimmungen bei ehehaften Wasserrechten

- 74 In der Praxis werden die ehehaften Wasserrechte unter die *bestehenden Wassernutzungsrechte* im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG subsumiert. ¹⁴⁵ Dies bedeutet, dass im Sinne dieser Übergangsbestimmung beschränkte Restwassersanierungen angeordnet werden, welche die «Substanz» des Wasserrechts erhalten und keine Entschädigungspflicht auslösen. Andere Sanierungsmassnahmen (betreffend Fischgängigkeit, Schwall-Sunk und Geschiebehaushalt) werden wie bei laufenden Wassernutzungskonzessionen gehandhabt. Ehehafte Rechte gelten – im Unterschied zu Wassernutzungskonzessionen – als unbefristete, (beschränkte) dingliche Rechte. Weil die Nutzungsdauer dieser ehehaften Rechte nie endet, wird in der Praxis zum Teil offenbar der stillschweigende Schluss gezogen, dass eine vollständige Anpassung an das geltende Recht (insbesondere Umweltrecht, aber auch Gebühren und Wasserzinsen nach dem WRG) nicht erfolgen könne. Die Lehre und das Schrifttum äussern sich zu dieser Frage – soweit ersichtlich – mit einer Ausnahme nicht. ¹⁴⁶ Die angesprochene Thematik war bisher nicht Gegenstand eines publizierten Gerichtsent-scheides.
- 75 Diese Praxis ist aus Sicht des Gewässer-, Arten- und Landschaftsschutzes und im Interesse einer einheitlichen, verfassungskonformen Rechtsanwendung höchst unbefriedigend und stossend. Als problematische Rechtsfolge resultiert das Fortdauern einer, rechtlich nicht vorgesehenen «Gesetzesbeständigkeit» der Rechtsposition. Die Rechtsinhaber werden zu Lasten wichtiger öffentlicher Interessen ausserordentlich *stark privilegiert*. ¹⁴⁷ Nachfolgend werden verschiedene Gründe gegen und für die vollständige Anpassung von ehehaften Wasserrechten an das geltende Umweltrecht kritisch geprüft und analysiert. Um auch Inhabern von ehehaften Wasserrechten eine vollständige Amortisation ihrer Investitionen zu ermöglichen, steht keine sofortige Anpassung zur Diskussion, vielmehr eine solche nach Ablauf von (mindestens) 80 Jahren Nutzungsdauer, analog den Wassernutzungskonzessionen (vgl. Art. 58 WRG). Zu bemerken bleibt, dass dem Investitionsschutz in der Regel wenig praktische Bedeutung zukommt, zumal es um altrechtliche Rechte geht, die allesamt seit deutlich mehr als 80 Jahren bestehen. Allfällige Sanierungen während den letzten Jahrzehnten wären ev. bis zu einem gewissen Grad zu berücksichtigen.

¹⁴⁴ BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 702 N 1.

¹⁴⁵ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 42.

¹⁴⁶ Diskutiert wird die Problematik von der SCHWEIZERISCHEN GREINA-STIFTUNG (Fn. 41), S. 35 ff.

¹⁴⁷ Kritisch gegenüber «verpönten» altrechtlichen Privilegien: KÖLZ (Fn. 16), S. 92.

8.3 Argumente gegen eine vollständige Anpassung an das geltende Recht?

76 Hauptargumente gegen eine vollständige Anpassung ehehafter Wasserrechte nach einer Nutzungsdauer von 80 Jahren dürften ihr dinglicher Charakter, die fehlende Befristung und die angenommene Gesetzesbeständigkeit von wohl erworbenen Rechten sein. Diese Punkte sollen nachfolgend aufgegriffen und diskutiert werden. Zu wiederholen ist, dass das WRG weder den Begriff der ehehaften Rechte verwendet noch deren Rechtswirkungen speziell regelt, womit diese rechtlich nur indirekt, d.h. relativ schwach abgestützt sind. Angesichts der weitgehenden Rechtswirkungen ehehafter Rechte ist dies vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips problematisch. Immerhin ist davon auszugehen, dass die ehehaften Rechte unter die Kategorie der bestehenden Wassernutzungsrechte fallen (siehe z.B. Art. 75 Abs. 2 WRG, Art. 80 Abs. 1 GSchG).¹⁴⁸

8.3.1 Dinglicher Charakter und fehlende Befristung

77 Ehehafte Wasserrechte werden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wegen der durch sie verliehenen Befugnisse für ihre Auslegung grundsätzlich den *Dienstbarkeiten* des ZGB gleichgestellt.¹⁴⁹ Dingliche Rechte (vor allem das Rechtsinstitut des Eigentums) unterliegen als absolute Rechte keiner Verjährung. Sie sind im Regelfall unbefristet ausgestaltet und mit der Bestandesgarantie verbunden. Bei zentralen und gleichzeitig begrenzt verfügbaren *öffentlichen Sachen* (wie z.B. Gewässern) zeigt sich die Problematik bzw. ungeeignete Konzeption der Zulassung bzw. Anerkennung von (alten) dinglichen Rechten an solchen (Staats-)Gütern. Sie steht mit dem Gemeinwohl in Konflikt und erschwert, wie dargelegt, die Anwendung des Umweltrechts. Bereits Hans Conrad Escher von der Linth erkannte dies, indem er sich 1796 mit der menschenrechtlichen Frage auseinandersetzte, was geschähe, wenn alle Sachen zu Eigentum verteilt wären. Er folgerte, Eigentum müsse so weit eingeschränkt bleiben «... dass kein Mensch ... vom Gebrauch der ihm nöthigen Sachen ausgeschlossen sey.»¹⁵⁰ Durch die Benutzung des Wassers als staatliches Herrschaftsrecht (Regal) bzw. Staatsgut sollte gewährleistet werden, «... dass für alle Staatsbürger zugleich ein möglichst gleichmässiger Gebrauch des Wassers oder zumindest ein Vorteil aus der Wassernutzung durch einen Dritten – etwa im Sinne von Abgaben zu Gunsten des Gemeinwesens gegen Erteilung einer Bewilligung zum Wassergebrauch – resultierte.»¹⁵¹ Ähnliche Überlegungen sind in ökologischer Hinsicht anzustellen: dingliche Rechte dürfen bzw. sollen der Sicherstellung des «ökologischen Existenzminimums» (z.B. mittels Festlegung angemessener Restwassermengen) nicht entgegenstehen.

¹⁴⁸ Vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 18 und 42.

¹⁴⁹ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 19 und BGE 131 I 321 ff. E. 5.1.2, S. 324 f. (Kündigung einer altrechtlichen Wasserlieferungspflicht).

¹⁵⁰ Dazu FENNER (Fn. 26), S. 92.

¹⁵¹ So FENNER (Fn. 26), S. 99 f. (Zitat auf S. 100), in Anlehnung an Escher.

- 78 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Grunddienstbarkeiten durch das Gericht abgelöst werden können, wenn eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren hat (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Sodann können z.B. Baurechte als selbständige Rechte, welche als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, höchstens für 100 Jahre begründet werden (Art. 779I Abs. 1 ZGB). Es kommt hinzu, dass es zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit der Eintragung im Grundbuch bedarf (Art. 731 Abs. 1 ZGB); dies gilt auch für die Entstehung anderer Dienstbarkeiten (wie z.B. Personaldienstbarkeiten oder Baurechten, vgl. 746 Abs. 1 ZGB). Ehehafte Rechte sind hingegen offenbar nur selten als Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen bzw. können nicht eingetragen werden. Häufig handelt es sich um nicht selbständige Realrechte.¹⁵²
- 79 In der *Lehre* wird die Qualifikation der ehehaften Wasserrechte als Dienstbarkeiten jedoch grossmehrheitlich und zu Recht abgelehnt.¹⁵³ «Da diese Rechte i.d.R. die Strukturmerkmale eines dinglichen Rechts (als subjektives Recht, welches dem Berechtigten unmittelbare Herrschaft über eine Sache vermittelt und Wirkung gegenüber jedermann entfaltet) nicht aufweisen, sind sie nicht als Dienstbarkeiten (umstritten), sondern als Privilegien, welche mit der heutigen Rechtsordnung an sich nicht vereinbar sind, zu qualifizieren ... Fehlen einem ehehaften Recht die Strukturmerkmale eines dinglichen Rechts, entfällt die Möglichkeit seiner Eintragung als Dienstbarkeit.»¹⁵⁴ Sogar diejenige Lehrmeinung, welche die Qualifikation der ehehaften Wasserrechte als Dienstbarkeit befürwortet, äussert sich kritisch: «Wenn die Konsequenzen aus der Unterstellung der ehehaften Wasserrechte unter das Recht der Dienstbarkeiten ohne Nachsicht gezogen worden wären, hätte eine Änderung in der Art der gewerblichen Benutzung des Werkgrundstückes zur Aufhebung des Wasserrechts geführt. Der Zweck, für den das Wasserrecht eingeräumt worden war, wäre damit weggefallen; für den neuen, anderen Zweck hätte die Wassernutzung nicht beansprucht werden können.»¹⁵⁵ Die Anerkennung ehehafter Rechte ist besonders dann problematisch und wenig überzeugend, wenn der ursprüngliche Nutzungszweck und ev. das Nutzungsausmass nicht mehr dieselben sind und ev. eigenmächtig verändert wurden. Diese Konstellation dürfte nicht selten vorliegen.
- 80 Kritisch zu vermerken bleibt, dass ehehafte Rechte in der Bundesgesetzgebung als Begriff nicht vorkommen, sondern in der Rechtspraxis unter die wohlerworbenen Rechte (Art. 43 Abs. 1 WRG), die bestehenden Wassernutzungsrechte (Art. 80 Abs. 1 GSchG) und die bestehenden dinglichen Rechte (Art. 17 SchIT ZGB) subsumiert werden.¹⁵⁶ Sofern ehehafte Wasserrechte trotz der berechtigten Kritik in der Lehre

¹⁵² BSK ZGB II-STREBEL/LAIM, Art. 655 N 20.

¹⁵³ Gegen die Qualifizierung als Dienstbarkeit: BK-REY, syst. Teil N 278; HERRMANN LAIM, Grundstrukturen der ausserordentlichen Ersitzung nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, 1993, S. 188 ff.; DENIS PIOTET, Le droit privé vaudois, N 583; DUBACH (Fn. 24), S. 67; BK-MEIER-HAYOZ, syst. Teil, N 448; für die Qualifizierung als Dienstbarkeit: ZK-LIVER, Einl. N 24; PETER LIVER, SPR V/1, S. 124 f.

¹⁵⁴ BSK ZGB II-STREBEL/LAIM, Art. 655 N 20.

¹⁵⁵ So LIVER (Fn. 19), S. 246; vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 29.

¹⁵⁶ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 18, 32 und 42.

mindestens in Einzelfällen den Dienstbarkeiten gleichzustellen sind, bleibt die Frage offen, um welche Art es sich handelt. Nach einer Lehrmeinung stellen ehehafte Wasserrechte in der Regel Grunddienstbarkeiten dar. «Das ergibt sich schon aus der dargelegten Zugehörigkeit zum Gewerbebetrieb auf dem Werkgrundstück gemäss der dem Verlehungsakt zugrunde liegenden Zweckbestimmung. Für sich kann das Recht nicht übertragen werden, aber als „Bestandteil“ des Werkgrundstückes, das frei übertragbar ist, wechselt es mit diesem die Hand. Wird der Betrieb des Kraftwerkes endgültig aufgegeben, geht das Wasserrecht unter.» Es handle sich nur dann um selbständige, d.h. übertragbare Rechte (im Sinne von sog. irregulären Personaldienstbarkeiten, vgl. Art. 781 ZGB), wenn sie nachgewiesenermassen als solche begründet oder später vom Gewässereigentümer anerkannt worden seien.¹⁵⁷

- 81 Unabhängig von der kontroversen Qualifikationsfrage, stehen unseres Erachtens weder der behauptete dingliche Charakter von ehehaften Wasserrechten noch deren unbefristete Ausgestaltung einer Anpassung an das geltende öffentliche Recht grundsätzlich entgegen. Wie bereits dargelegt, werden Eigentumsrechte durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen (z.B. des Abgabe- und Umweltrechts) eingeschränkt. Wie weit diese Einschränkungen gehen, ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln und zu entscheiden.

8.3.2 «Gesetzesbeständigkeit» wohlerworbener Rechte

- 82 Die ehehaften Rechte werden vom Bundesgericht als eine Unterkategorie des wohlerworbenen Rechts verstanden.¹⁵⁸ Es handle sich bei den ehehaften Wasserrechten um sogenannte vorbestandene oder *wohlerworbene Rechte*. Diese ständen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes und seien auch durch das Gesetz nicht abänderbar. Geschützt sei indessen nur die Substanz des wohlerworbenen Rechts, nicht die Ausübung des Rechts, die durch die jeweils geltende Rechtsordnung bestimmt werde.¹⁵⁹ Zur *Substanz* gehört, was die Wirtschaftlichkeit und Rentabilität des konzidierten Unternehmens ausmacht (Eingriffsintensität). Der Wert rechtmässig getätigter Investitionen soll bewahrt werden können (wirtschaftliche Tragbarkeit).¹⁶⁰ Nach dem Bundesgericht ist ein wesentliches Element des wohlerworbenen Rechts die sog. *Gesetzesbeständigkeit*: «Durch spätere Gesetze kann ein solches Recht grundsätzlich nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden. Rechte, die durch Konzessionen verliehen wurden, können somit durch die künftige Gesetzgebung nicht entschädigungslos aufgehoben oder sonstwie in ihrer Substanz beeinträchtigt werden. Dagegen ist es nicht von vorneherein ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern

¹⁵⁷ Vgl. LIVER (Fn. 19), S. 246 (inkl. Zitat).

¹⁵⁸ Vgl. z.B. BGer, Urteil, 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3a/bb und cc = URP 2001, S. 1053 ff.

¹⁵⁹ Vgl. BGer, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3; BGE 110 Ib 160 ff. E. 5a und b (Schutz wohlerworbener Rechte) und die vorangehenden Ausführungen in Rz. 32.

¹⁶⁰ RIVA (Fn. 70), S. 57 ff., 110 ff. Der Investitionsschutz gilt im Übrigen auch bei den «normalen» Eigentumsrechten.

die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts zur Folge haben.»¹⁶¹.

- 83 Den wohlerworbenen Rechten kommt eine *Ausnahmestellung* zu, obwohl diese in der Verfassung keine eigene Grundlage haben und kein Begriff des Verfassungsrechts sind. Die «Gesetzesfestigkeit» wohlerworbener Rechte wird kontrovers diskutiert und wurde schon 1979 als fragwürdige, dauerhaft nicht gesicherte «Selbstbindung des Gesetzgebers» bezeichnet.¹⁶² Der Staat würde dadurch «gelähmt» und in seiner *Handlungsfreiheit* übermässig eingeschränkt. Als Gesetzgeber muss der Staat über weitgehende Freiheit verfügen (Prinzip der jederzeitigen Abänderbarkeit eines Erlasses). Die postulierte «Gesetzesbeständigkeit» ist mit dem Grundsatz unvereinbar, dass neueres Recht dem ihm widersprechenden Recht älterer Stufe vorgeht (*lex posterior derogat legi priori*).¹⁶³ Die gegenwärtigen Verhältnisse und die aktuelle Rechtslage sind zu beachten. Zudem gilt es die Zielrichtung des staatlichen Handelns zu berücksichtigen: Umweltrechtliche Bestimmungen hat der Staat in seiner *regulatorischen* und nicht in unternehmerischer *Funktion* erlassen.¹⁶⁴
- 84 Gegenüber wohlerworbenen Rechten bewirkt der verfassungsrechtliche Anspruch auf *Vertrauensschutz* (vgl. Art. 9 BV) einen zweiten, eigenständigen Schutz gegen die Verkürzung eines Rechts neben der Eigentumsgarantie. Die *wohlerworbenen Rechte* beruhen nach der hier vertretenen Auffassung auf einer vertraglichen oder quasivertraglichen Grundlage, haben also obligatorischen Charakter. Der Berechtigte soll darauf vertrauen können, in seinen legitimen Erwartungen auf die Beständigkeit des Rechtsverhältnisses geschützt zu werden. Muss das Gemeinwesen zur Verfolgung überwiegender öffentlicher Interessen in ein wohlerworbenes Recht eingreifen und zerstört es dabei dieses Vertrauen, schuldet es dem Berechtigten eine Entschädigung. Über Art und Ausmass der Entschädigung besteht heute keine gefestigte Rechtspraxis.¹⁶⁵ Den *ehehaften Rechten* wohnt hingegen kaum ein Vertrauenselement inne, weil bei ehehaften Rechten in der Regel (verwaltungs)vertragliche Zusicherungen fehlen bzw. nicht mehr erkenn- und nachweisbar sind; demzufolge können diese Rechte keinen besonderen Schutz aus Art. 9 BV beanspruchen.¹⁶⁶
- 85 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine (voll) entschädigungspflichtige *materielle Enteignung* vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint

¹⁶¹ BGE 107 Ib 145 ff. E. 3b (Ilanz).

¹⁶² Siehe DUBACH (Fn. 24), S. 53; zum Stand der Doktrin RIVA (Fn. 70), S. 38 ff.; 91, 127.

¹⁶³ Dazu allgemein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 183.

¹⁶⁴ Näheres bei RIVA (Fn. 70), S. 57, 70, 78 ff., 106 ff., mit Verweisen.

¹⁶⁵ RIVA (Fn. 70), Wohlerworbene Rechte, S. 125 f.

¹⁶⁶ Vgl. dazu auch DUBACH (Fn. 24), S. 62 ff.

und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sog. Sonderopfer).¹⁶⁷ Nur bei hoher Eingriffsintensität liegt eine materielle Enteignung vor. Erhebliche Werteinbussen werden als noch zumutbar erachtet.¹⁶⁸

86 Festzuhalten ist, dass das *Kriterium der Substanz* im Ergebnis die Entschädigungspflicht des Staates früher auslöst, als es bei den üblichen Eingriffen des Staates in private Eigentumsrechte mit dem erwähnten Institut der materiellen Enteignung der Fall ist. Wohlerworbene und ehehafte Rechte sind daher besser gegen staatliche Eingriffe abgeschirmt als andere Eigentumsrechte, weil die Entschädigungspflicht schneller greift.¹⁶⁹ Sollten die ehehaften Rechte weiterhin unter die wohlerworbenen Rechte eingeordnet werden (was unseres Erachtens abzulehnen ist), stellt sich die Frage, ob bereits Teilaufhebungen der Abgabefreiheit oder eine zeitliche Beschränkung als Substanzeingriffe gewertet würden. Dies erscheint aus verschiedenen Gründen problematisch: Eine verliehene Wasserrechtskonzession unterscheidet sich in Entstehung und Inhalt von einem ehehaften Wasserrecht deutlich. Erstere beruht – im Unterschied zu den ehehaften Rechten – auf klaren Zusicherungen, Leistungen und Gegenleistungen (Konzessionsgebühren und Wasserzinsen) und ist zeitlich befristeter Natur. Sodann sollte die Eigentumsgarantie als Grundrecht in kohärenter Weise angewendet werden. Es ist schwer nachvollziehbar, warum die *Grundsätze zu Eigentumsbeschränkungen* und die Kriterien der materiellen Enteignung bei ehehaften Rechten nicht uneingeschränkt zum Zuge kommen. «Die Privaten haben die Beeinträchtigungen, die sich aus neuen Gesetzen und deren Anwendung ergeben, ohne Ausgleich hinzunehmen ... Ein Entschädigungsanspruch besteht nur ausnahmsweise aufgrund der Verfassung oder aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung ... Eine Verfassungsnorm, die den wohlerworbenen Rechten eine Sonderstellung im Sinne einer Abschirmung vor regulatorischen Verkürzungen oder eines obligatorischen Entschädigungsanspruchs gäbe, existiert nicht ... Auch unter dem spezifischen Gesichtspunkt der Entschädigung kann der Schutz der wohlerworbenen Rechte daher nicht weiter gehen als das, was Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz gewährleisten.»¹⁷⁰ Wie vorangehend ausgeführt, ist den ehehaften Rechten ausserdem die Berufung auf den Vertrauensschutz zu versagen.¹⁷¹ Den ehehaften Rechten kommt selber weder Verfassungs- noch Gesetzesrang zu, weshalb sich ein derart weitgehender Rechtsschutz nicht rechtfertigen lässt.

87 Es erscheint angemessen, die «privilegierte» Substanzerhaltung für Inhaber ehehafter Wasserrechte bei bestehenden Wassernutzungsrechten – analog zu den Wassernutzungskonzessionen – im Sinne der Übergangsbestimmung von Art. 80

¹⁶⁷ BGE 131 II 728 ff. E. 2 (Enteignung). Es würde hier zu weit führen, auf Details zur materiellen Enteignung einzugehen, vgl. dazu statt Vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 2453 ff., mit Verweisen.

¹⁶⁸ RIVA (Fn. 70), S. 112 f.

¹⁶⁹ Zur Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungsbedürftigen regulatorischen Eingriffen in wohlerworbene Rechte: RIVA (Fn. 70), S. 108 ff.

¹⁷⁰ RIVA (Fn. 70), S. 108 f.

¹⁷¹ Siehe Rz. 84, ferner Rz. 33.

Abs. 1 GSchG i.V.m. Art. 58 WRG auf eine Dauer von 80 Jahren bzw. bei längerer Dauer höchstens bis zur Gegenwart zu beschränken. So kann auch bei dieser Rechtskategorie der *Investitionsschutz* der Betreiber gewährleistet werden. Die Befristung der privilegierten Behandlung bedeutet jedoch nicht, dass die ehehaften Rechte als solche nach einer Dauer von 80 Jahren seit Beginn der Betriebseröffnung aufzuheben wären (auch wenn eine Ablösung dieser Rechte unseres Erachtens anzustreben ist). Mangels Aufhebung des ehehaften Rechts wird der Tatbestand der formellen Enteignung nicht erfüllt (kein Eingriff in den Rechtstitel bzw. in die Rechtsträgerschaft).¹⁷² Die ehehaften Wasserrechte bestehen mit modifiziertem Inhalt fort, solange sie im Einzelfall nicht gestützt auf kantonales Recht oder Vereinbarung durch Wassernutzungskonzessionen ersetzt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen sich Inhaber ehehafter Rechte nach einer Betriebsdauer von mindestens 80 Jahren, spätestens aber heutzutage, jedoch stärkere Eingriffe (konkret die Anwendung des jeweils geltenden Umweltrechts) in ihr Recht gefallen lassen, ohne dass dadurch eine Entschädigungspflicht ausgelöst würde.¹⁷³

88 Im Zusammenhang mit der Kündigung einer altrechtlichen, unentgeltlichen Wasserlieferungspflicht führte das Bundesgericht im Jahre 2005 aus: Es sei heute in der Tat zivilrechtlich ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten; unzulässig sei dies selbst dann, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden seien, was unter Hinweis auf Art. 2 SchIT ZGB damit begründet werde, dass es sich um einen Grundsatz handle, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung habe. Sogar im öffentlichen Recht werde Art. 2 SchIT ZGB als massgeblich erachtet, indem es auch wohlerworbene Rechte auf dauerhafte Sondernutzung (insb. durch Konzessionen) nicht geben könne.¹⁷⁴ Da das Bundesgericht ehehafte Rechte als Unterkategorie der wohlerworbenen Rechte behandelt, müssten diese Erkenntnisse auch bei den ehehaften Rechten zum Tragen kommen.

8.3.3 Zwischenfazit

89 Weder der dingliche Charakter (im Sinne einer Dienstbarkeit) noch die fehlende Befristung ehehafter Wasserrechte stehen ihrer zeitversetzten Anpassung an das geltende Umweltrecht (und ev. an das Abgaberecht) im Weg. Die vom Bundesgericht angenommene «Gesetzesbeständigkeit» auf der Grundlage der Substanztheorie lässt sich – analog den Wassernutzungskonzessionen – lediglich im Sinne des Investitionsschutzes für eine Dauer von 80 Betriebsjahren bzw. mangels Klärung der Frage bis heute rechtfertigen. Eine im Vergleich zur verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie noch weitergehende Privilegierung der ehehaften Rechte scheint verfehlt, wie nachfolgend aufzuzeigen ist. Die inhaltliche Anpassung der ehehaften Wasser-

¹⁷² Vgl. RIVA (Fn. 70), S. 53 f.

¹⁷³ Dazu die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 116 f.

¹⁷⁴ BGE 131 I 321 ff. E. 5.5 und BGE 127 II 69 E. 5b (Begrenzung der Konzessionsdauer), mit Hinweisen.

rechte ist nicht zwingend mit deren Aufhebung verbunden, falls sie im Einzelfall nicht durch Wassernutzungskonzessionen abgelöst werden.

8.4. Argumente für eine vollständige Anpassung an das geltende Recht

8.4.1 Auslegung der GSchG-Vorschriften zu den Restwasseranforderungen

- 90 Die in der Verfassung vorgesehene *Sicherung angemessener Restwassermengen* wird in Art. 31 ff. GSchG konkretisiert. Der Gesetzgeber entschied sich, dass diese Regelung auf die bestehenden Wassernutzungsrechte nicht sofort anzuwenden ist, sondern erst nach Ablauf der Konzessionsdauer (von maximal 80 Jahren) bzw. bei der Erneuerung der Wasserrechte. Als *Übergangsregelung* müssen die Behörden eine beschränkte Sanierung der Restwassersituation bei bestehenden Anlagen anordnen. Die Sanierungsmassnahmen gehen soweit, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist (Art. 80 Abs. 1 GSchG). Zu diesen Rechten zählen neben den Wassernutzungskonzessionen auch die ehehaften Wasserrechte.¹⁷⁵
- 91 Nachfolgend ist durch *Auslegung* näher zu ermitteln, ob und inwiefern die Restwasservorschriften des GSchG (Art. 29 ff. und Art. 80 ff. GSchG) auch für Inhaber ehehafter Wasserrechte anwendbar sind. Denn die Frage, in welchen Fällen die genannten Normen anzuwenden sind, «... ist von grosser Bedeutung für den Schutz der Gewässer wie für die Wasserwirtschaft. Die Restwassermengen nach einer Sanierung gemäss Art. 80 ff. GSchG sind nämlich i.d.R. geringer als angemessene Restwassermengen nach Art. 29 ff. GSchG.»¹⁷⁶ Massgebliche Elemente sind die grammatikalische (Wortlaut), die systematische, die historische (Entstehungsgeschichte) und die teleologische (Gesetzeszweck) Auslegung. Falls die vier Auslegungsmethoden nicht zum selben Ergebnis führen, ist eine wertende Beurteilung nötig, um den richtigen Sinn zu ermitteln.¹⁷⁷ Die Auslegung soll aufzeigen, ob der Gesetzgeber im GSchG für ehehafte Rechte auf Stufe Bundesgesetz eine *lex specialis* geschaffen hat oder ob auch diese (veraltete und fragwürdige) Rechtskategorie bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer Interessenabwägung und verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist.
- 92 Es ist erstens zu prüfen, ob die ehehaften Wasserrechte unter die Kategorie der *bestehenden Wassernutzungsrechte* von Art. 80 Abs. 1 GSchG zu subsumieren sind. Zweitens ist abzuklären, ob die ehehaften Wasserrechte auch bzw. nach einer gewissen Zeitdauer dem *normalen Restwasserregime* nach Art. 29 ff. GSchG unterliegen. Der *Wortlaut* von Art. 80 Abs. 1 GSchG verwendet den Begriff der bestehenden Wassernutzungsrechte, nicht etwa der wohlerworbenen oder ehehaften Wasserrechte (welche nirgendwo im GSchG genannt werden). Damit ist der Wortlaut offen. Tendenziell spricht dies dafür, die ehehaften Rechte unter die bestehenden Wassernut-

¹⁷⁵ Vgl. die Ausführungen in Rz. 42 und 53; ENRICO RIVA, Kommentar GSchG, 2016, Art. 80 GSchG N 10.

¹⁷⁶ VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Kommentar GSchG, 2016, Art. 29 GSchG N 55.

¹⁷⁷ Zur Auslegung des Verwaltungsrechts: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 175 ff.

zungsrechte zu zählen, zumal es sich bei ihnen um historische bzw. vorbestandene Rechte handelt, welche vom Bundesgericht anerkannt und als eine Unterkategorie der wohlerworbenen Rechte verstanden werden.¹⁷⁸ Von der *Gesetzessystematik* her ergibt sich, dass Art. 80 Abs. 1 GSchG zu den Übergangsbestimmungen gehört und damit nur eine begrenzte Zeit gelten soll. Ist diese Übergangszeit einmal abgelaufen, soll das ordentliche Restwasserregime von Art. 31 ff. GSchG zur Anwendung kommen. Grundsätzlich könnte Übergangsrecht einer bestimmten Rechtsposition auch für eine sehr lange oder unbeschränkte Dauer Anerkennung und weitere Geltung verschaffen. In zahlreichen kantonalen Wasserrechtsgesetzen ist ihr Weiterbestand und damit die Befreiung von der Einholung einer Konzession gewährleistet worden.¹⁷⁹ Die Gesetzessystematik ergibt ein Indiz dafür, dass nach einer Übergangszeit die ordentlichen Restwasservorschriften greifen sollen. Sie schliesst jedoch ein anderes Verständnis, nämlich die Möglichkeit einer zeitlich unbeschränkten Weitergeltung der reduzierten Restwasseranforderungen gemäss Art. 80 GSchG nicht aus.

93 Die *Restwasserbestimmungen* fanden mit dem Erlass des GSchG im Jahre 1991 Eingang in das Gesetz. Die Sicherstellung des quantitativen Gewässerschutzes war ein zentraler Beweggrund. «Die Situation unterhalb von bestehenden Entnahmen, die heute einer Bewilligung gestützt auf Art. 30 Bst. a GSchG ...» bedürften, «... präsentierte sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GSchG so, dass in aller Regel keine Mindestrestwassermengen nach Art. 31 GSchG und schon gar keine angemessenen Restwassermengen flossen ...».¹⁸⁰ Das GSchG von 1991 stellte den indirekten Gegenvorschlag zu der im Jahre 1984 eingereichten Volksinitiative «Zur Rettung unserer Gewässer» dar.¹⁸¹ Die Initiative verlangte eine ausreichende Restwasserführung nicht nur für neue, sondern auch für bestehende Stauhaltungen und Wasserentnahmen. Sie sah – mit Blick auf die bestehenden Anlagen – die Möglichkeit einer Entschädigung vor. Eine sofortige Behebung ungenügender Restwassersituationen lehnten der Bundesrat und die Bundesversammlung primär aus finanziellen Gründen ab. Ihre Versprechen ging dahin, mit dem neuen GSchG werde zwar nicht sofort, aber innert absehbarer Zeit überall eine akzeptable Restwassersituation herbeigeführt.¹⁸² Im Lichte der politischen Absicht, dem das damals neue GSchG dienen sollte, ist daher die Auslegungsmöglichkeit, dass gewisse bestehende Anlagen mit ungenügender oder gar gänzlich fehlender Restwasserdotierung unverändert und unbefristet weiter betrieben werden dürften, klar zu verwerfen. Die Auslegung nach der Entstehungsgeschichte spricht damit gegen eine Auslegung, welche die ehehaf-

¹⁷⁸ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 18 ff., 26 und 32 ff. ; BGer, Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3.

¹⁷⁹ LIVER (Fn. 19), S. 231; vgl. z.B. Art. 8 Gesetz vom 4. Februar 1972 über die öffentlichen Sachen des Kantons Freiburg: «Die wohlerworbenen Rechte an den öffentlichen Sachen, namentlich die ehehaften Wasserrechte, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes vorhanden sind, bleiben bestehen. Der Beweis ihres Bestehens obliegt demjenigen, der sie geltend macht.»; vgl. auch die vorangehenden Rz. 25 f.

¹⁸⁰ VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Kommentar GSchG, 2016, Art. 29 GSchG N 53, Vor Art. 29-36 GSchG N 3.

¹⁸¹ Botschaft zum GSchG 1991 (Fn. 94), S. 1063, 1096; vgl. auch JAGMETTI (Fn. 39), Rz. 4232 ff.

¹⁸² Botschaft zum GSchG 1991 (Fn. 94), S. 1090 f., 1099.

ten Wasserrechte auf Dauer von der Einhaltung der ordentlichen Restwasservorschriften befreien würde.

94 Mit den Restwasservorschriften von Art. 31 ff. GSchG hat der Gesetzgeber den Auftrag erfüllt, den ihm Volk und Stände im Jahre 1975 mit dem neuen Art. 24^{bis} altBV (Art. 76 in der geltenden BV) erteilt hatten. In Abs. 2 Bst. a dieser Bestimmung wurde der Bund angehalten, Regelungen über die Sicherung angemessener Restwassermengen zu erlassen. Nachdem die Bundesbehörden den Auftrag während Jahren ignoriert hatten, zwang die Volksinitiative «Zur Rettung unserer Gewässer» mit ihren präzisen Vorgaben den Bundesrat und die Bundesversammlung, den erforderlichen Gesetzgebungsprozess einzuleiten. Der Gesetzgeber hat mit den Art. 31-34 GSchG interpretiert, was als «angemessene Restwassermengen» im Sinne der Bundesverfassung zu verstehen ist. Restwassermengen, welche unter diesen Vorgaben bleiben, erfüllen den Verfassungsauftrag nicht. Damit steht aber zugleich fest, dass eine anhaltende Nichtbeachtung der Vorgaben mit dem *Gesetzeszweck* im Widerspruch steht. Es erscheint deshalb unzulässig, wenn die auf ehehaften Rechten beruhenden Wasserentnahmen davon dauernd befreit würden. Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht explizit geregelt, und es deutet nichts auf ein sog. qualifiziertes Schweigen hin. Vielmehr ist von einer Lücke bzw. unvollständigen Regelung auszugehen, welche analog nach den Grundsätzen von Art. 1 ZGB zu füllen ist. Nach dem Gesetzeszweck müssen alle bestehenden Wasserentnahmen früher oder später, jedenfalls nach Ablauf einer Nutzungsdauer von 80 Jahren, die Restwasserdotierungen aufweisen, welche die Art. 31-34 GSchG verlangen.

95 *Zwischenfazit:* Die verschiedenen Auslegungselemente sprechen insgesamt dafür, dass das GSchG keine zeitlich unbeschränkte Befreiung von den ordentlichen Restwasservorschriften (Art. 31-34) zulässt. Alle, auch die bestehenden Wasserentnahmen, müssen früher oder später diese Vorschriften vollständig einhalten. Einzig der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 GSchG würde es zulassen, die ehehaften Wasserrechte bezüglich des Restwassers ohne zeitliche Beschränkung zu privilegieren. Die Auslegungsregeln und das Gesamtbild aus den vier Auslegungselementen verleihen primär dem Gesetzeszweck, daneben der Entstehungsgeschichte und (beschränkt) der Gesetzssystematik das entscheidende Gewicht, um den massgebenden Gesetzesinn herzuleiten. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Wasserentnahmen, die auf einem ehehaften Recht beruhen, nach einer langen Übergangszeit (darauf ist zurückzukommen) die Vorschriften von Art. 31 ff. GSchG voll einhalten müssen.

8.4.2 Verfassungsaufträge und Normenhierarchie

96 Die verschiedenen *Verfassungsaufträge* sind als *gleichwertig* einzustufen, dies betrifft z.B. die Gewährleistung der Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit und den Umweltschutz als Staatsaufgabe. Die Zulässigkeit eigentumsbeschränkender Massnahmen zu Gunsten von wichtigen öffentlichen Interessen des Umweltschutzes, des Gewässerschutzes und des Natur- und Heimatschutzes basiert auf einer *Inte-*

ressenabwägung mit der Eigentumsgarantie.¹⁸³ Anzuführen sind sodann die Prinzipien zur Lösung von Zielkonflikten (ganzheitliche Betrachtungsweise, Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, praktische Konkordanz materielle Koordination).¹⁸⁴ Wie dargelegt, basieren die ehehaften Wasserrechte als Rechte mit dinglichem Charakter primär auf der Eigentumsgarantie. Um die gewichtigen umweltrechtlichen Vorgaben hinreichend umzusetzen, sind inhaltliche Einschränkungen gestützt auf eine Interessenabwägung zwingend. Die Befreiung der ehehaften Rechte von der Anpassung an die Restwasservorgaben würde diese Rechte doppelt privilegieren: Einerseits unterliegt «normales» Privateigentum starken öffentlich-rechtlichen Einschränkungen (vgl. Art. 641 Abs. 1 ZGB, welcher von den «Schranken der Rechtsordnung» spricht), ohne dass ein Entschädigungsanspruch entstehen würde (weil die Schwelle zur materiellen Enteignung hoch liegt). Davon sind die ehehaften Rechte bisher aus nicht nachvollziehbaren Gründen befreit, da jeder Eingriff in die Substanz – deren Schwelle viel tiefer liegt als bei der materiellen Enteignung – entschädigt werden muss. Andererseits sind Wassernutzungskonzessionen, welche eine gleich hohe «Resistenz» gegen Rechtsetzung und Rechtsanwendungsakte aufweisen wie die ehehaften Rechte, zwingend einer zeitlichen Beschränkung zu unterziehen.¹⁸⁵ Die Kohärenz und Einheit der Rechtsordnung werden verletzt, wenn eine bestimmte Art von Rechten (ehehafte Rechte) deren Inhaber im Vergleich zu ähnlichen anderen Rechten (Konzessionen) derart stark begünstigen.

- 97 Schliesslich ist der *Vorrang des Bundesrechts* festzuhalten: letzteres geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Anwendungsvorrang gemäss Art. 49 Abs. 1 BV). Dies kann von Bedeutung sein, wenn kantonale Normen (z.B. in Wassernutzungsgesetzen) auszulegen sind, welche bestehende ehehafte Wasserrechte zu weitgehend anerkennen und einer Anpassung an das zum Kompetenzbereich des Bundes gehörende Umwelt- bzw. Gewässerschutzrecht entgegenstehen.

8.4.3 Gewässer als öffentliche Sachen

- 98 Gewässer gehören zu den *öffentlichen Sachen* im Gemeingebrauch. Sie stehen unter der Hoheit der Territorialkantone bzw. -gemeinden (bei einer Delegation nach kantonalem Recht), vgl. Art. 76 Abs. 4 BV und Art. 664 ZGB. Meist befinden sich Gewässer im öffentlichen Raum. Mit ihren vielfältigen Funktionen bilden sie eine *zentrale Lebensgrundlage* für Mensch und Umwelt.¹⁸⁶ Unbefristete und «gesetzesbeständige» private Rechte an diesem fundamentalen öffentlichen Rechtsgut sind mit den öffentlichen Interessen in verschiedener Hinsicht nicht zu vereinbaren. Dies wird durch die Tatsache unterstrichen, dass diese anachronistischen Rechte nach

¹⁸³ Z.B. BGE 117 Ib 243 ff. E. 3a (Moorschutzmassnahmen bei Rothenthurm).

¹⁸⁴ Dazu die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 65 ff.

¹⁸⁵ Vgl. z.B. BGE 117 Ib 243 ff. E. 3a (Moorschutzmassnahmen bei Rothenthurm) und BGE 127 II 69 E. 4c (Begrenzung der Konzessionsdauer).

¹⁸⁶ Schon im Jahre 1952 betonte LIVER die wirtschaftliche und soziale Bedeutung von Bachquellen für ganze Talschaften: PETER LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, ZSR 1952, S. 344 f.

der geltenden Rechtsordnung nicht mehr begründet, sondern nur nachträglich geltend gemacht werden können, wodurch sie ein prekäres Dasein fristen. Ehehafte Rechte widersprechen dem Grundsatz der öffentlichen Gewässerhoheit bzw. der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt.¹⁸⁷ Davon ausgehend, dass bestehende ehehafte Rechte grundsätzlich unbefristet weitergelten (und schon dadurch eine problematische Sonderstellung einnehmen), erscheint die mindestens zeitverschoebene, materiell-rechtliche Anpassung an gewichtige Normen des geltenden Rechts vordringlich.

8.4.4 Gewässer- und Umweltschutz als gewichtige öffentliche Staatsaufgaben

99 Die *Erhaltung der natürlichen Umwelt* wird durch den Umweltschutzartikel (Art. 74 BV) sowie durch besondere Schutzaufträge (wie Wassererhaltung, Gewässerschutz, Natur- und Heimatschutz, Tierschutz [Art. 76-80 BV]) zur *Staatsaufgabe* erklärt.¹⁸⁸ Vorschriften im Bereich des Gewässer-, Natur- und Umweltschutzrechts sind um der öffentlichen Ordnung Willen oder zur *Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen* erlassen worden. Aus diesem zwingenden Grunde wendet das Bundesgericht neue Bestimmungen zum Gewässerschutz (z.B. zum Gewässerraum) im Beschwerdeverfahren an, selbst wenn diese im Zeitpunkt der Bewilligung noch nicht in Kraft waren.¹⁸⁹ Die Sicherung angemessener Restwassermengen ist eine Voraussetzung für wichtige, im öffentlichen Interesse liegende Funktionen der Gewässer: als Landschaftselement und als Lebensraum für die davon abhängige Tier- und Pflanzenwelt, für die langfristige Erhaltung der Wasserqualität sowie eines ausgeglichenen Grundwasserhaushalts und die Sicherstellung der landwirtschaftlichen Bewässerung (Art. 33 Abs. 3 GSchG). Den öffentlichen Interessen an einem ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und des Umweltrechts kommt massgebendes Gewicht zu.¹⁹⁰ Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, den umweltrechtlichen Normen bei allen Gewässerentnahmen zum Durchbruch zu verhelfen, unabhängig davon, ob diese auf einer Konzession oder einem ehehaften Recht beruhen.

8.4.5 Beschränkung von vormals unbefristeten Wassernutzungskonzessionen

100 In einem Fall im Kanton St. Gallen hatte der kantonale Regierungsrat im Jahre 1866 einer Unternehmung *unbefristete Wasserrechtskonzessionen* erteilt. Diese Konzession wurde in der Folge an zwei weitere Firmen übertragen. Bei einer nach einem Ölunfall durchgeführten Kontrolle im Jahr 1992 wurde festgestellt, dass das Wasser der Kraftanlage nicht nur energetisch, sondern auch anderweitig genutzt wurde. Im Jahre 1998 verfügte das Baudepartement des Kantons St. Gallen die Befristung der Wasserrechtsverleihung (Aufhebung per Ende 2003). Diese *Befristung* wurde vom

¹⁸⁷ Vgl. dazu auch BGE 127 II 69 ff. E. 4c (Begrenzung der Konzessionsdauer) und die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 100.

¹⁸⁸ BGE 134 II 97 ff. E. 3.1 (Skipistenbau in Jagdbanngebiet); BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar RPG, 2006, N 26 zu Art. 1 RPG; vgl. auch die vorangehenden Rz. 65 und 96.

¹⁸⁹ BGE 139 II 470 ff. E. 4.2 (Landanlagekonzession, Rüschtikon).

¹⁹⁰ Vgl. BGER, Urteil 1C_718/2013 vom 20. März 2014 E. 5.4.

Verwaltungsgericht St. Gallen und vom Bundesgericht bestätigt. Aus dem bundesgerichtlichen Entscheid geht mit Verweis auf die Literatur unter anderem hervor, dass die kantonalen Gesetze, die vor 1890 erlassen worden waren, eine zeitliche Beschränkung der Konzessionsdauer nicht gekannt hatten (ausgenommen der Kanton Neuenburg). «Diese Meinung scheint ... ein privatrechtliches und "dingliches" Verständnis der mit der Konzession erteilten Rechte zum Ausgangspunkt zu haben. Eine Rolle gespielt haben wird dabei auch die Vorstellung der "ehehaften" Wasserrechte, wiewohl es sich bei konzessionierten Wasserrechten der vorliegenden Art – unbestrittenenmassen – nicht um solche handelt ... Bis gegen Ende des 19. und noch anfangs des 20. Jahrhunderts galt das verliehene Wasserrecht als privates Recht, gleichgültig, ob es aufgrund des Eigentums oder der Gewässerhoheit eingeräumt worden war; erst in jener Zeit setzte sich das öffentlich-rechtliche Verständnis durch ... Die zivilrechtliche, ja dingliche Betrachtungsweise mag dazu beigetragen haben, dass das öffentliche Interesse zu wenig Berücksichtigung fand, welches einer definitiven Entäusserung der Gewässerhoheit durch Erteilung einer Sondernutzungskonzession entgegensteht.» (E. 4b). Das Bundesgericht führte aus, nach heutiger Rechtsanschauung könne das Gemeinwesen Sondernutzungsrechte nicht auf unbefristete Dauer erteilen. Die öffentlichen Gewässer seien öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Zweckbestimmung würden sie durch ein Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Wasserlauf entfremdet. «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 ...)» (E. 4c).¹⁹¹

101 Das Bundesgericht hielt in E. 5b fest, die zeitlich unbegrenzte Nutzung eines Wasserrechts bilde keine Grundlage für die *Kalkulierung der Rentabilität der Investitionen*. «Beim Erlass des eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes ging das Parlament davon aus, dass eine Konzessionsdauer von 80 Jahren selbst für ganz grosse Unternehmungen mit kostspieligen Anlagen für eine zweckmässige Amortisation ...» ausreicht. Eine zeitlich unbeschränkte Konzessionsdauer bilde keine notwendige Basis für das Konzessionsverhältnis und zähle nicht zur Substanz des Konzessionsverhältnisses. «Vielmehr widerspricht es in höchstem Masse dem öffentlichen Interesse, Sondernutzungskonzessionen auf Dauer (recte: auf unbeschränkte Dauer) zu erteilen und das öffentliche Gewässer auf ewige Zeiten seinem Zweck zu entfremden. Das liefe darauf hinaus, dass sich das Gemeinwesen der Gewässerhoheit, die es im 19. Jahrhundert gerade erst in Anspruch genommen hat, durch Verleihung sukzessive wieder entäussert hätte.» Das Bundesgericht verweist sodann auf die vertragsähnliche Natur der Konzessionserteilung. Es könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass es heute auch zivilrechtlich ausgeschlossen sei, obligatorische Verträge auf

¹⁹¹ BGE 127 II 69 ff. E. 4b und 4c (Begrenzung der Konzessionsdauer); vgl. auch Urteil Verwaltungsgericht GR vom 30. September 1986 E. 4, in: PVG 1986 Nr. 37, S. 99 ff.; GIOVANNINI (Fn. 64), Rz. 5.254.

«ewige» Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten. «... unzulässig ist dies selbst dann, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind, was unter Hinweis auf Art. 2 SchIT ZGB damit begründet wird, dass es sich um einen Grundsatz handelt, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung hat (BGE 97 II 390 E. 3 S. 395). Art. 2 SchIT ZGB aber wird auch im öffentlichen Recht für massgeblich erachtet (BGE 112 Ib 39 E. 1c S. 43, mit Hinweisen). Die einheitliche Wertung in der gesamten Rechtsordnung macht deutlich, dass es ein wohlerworbenes Recht auf dauerhafte Sondernutzung nicht geben kann. Dies wäre mit dem erwähnten Grundsatz der Unveräusserlichkeit öffentlicher Gewalt (vorne E. 4c) und insofern mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar, unabhängig davon, dass die altrechtlichen Konzessionen in gewissem Sinne als Gebilde (auch) "dinglicher" Natur verstanden wurden.»¹⁹²

102 Die vom Bundesgericht zur Befristung der Sondernutzung von öffentlichen Gewässern vorgebrachte *Begründung* ist sinngemäss auf ehehafte Rechte zu übertragen, jedenfalls soweit sie als wohlerworbene Rechte eingestuft werden. Was den dinglichen Charakter der ehehaften Rechte betrifft, ist der Umstand von Interesse, dass auch altrechtliche Konzessionen bis Anfang des 20. Jahrhunderts als Gebilde «dinglicher» Natur verstanden wurden. Aus dem vorliegenden Entscheid kann zwar nicht abgeleitet werden, dass ehehafte Rechte als solche zwingend zu befristen und nach einer angemessenen Übergangsfrist aufzuheben sind (es ging vorliegend nicht um ehehafte Rechte). Dennoch sprechen die vorgebrachten Argumente des Bundesgerichts (insbesondere die Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt) und die gewichtigen öffentlichen Interessen dafür, die ehehaften Rechte – unter Berücksichtigung des Investitionsschutzes während einer Dauer von mindestens 80 Jahren – zwar nicht aufzuheben, aber dem geltenden Umwelt- (und Abgabe)recht anzupassen.¹⁹³ Dies umso mehr, als ehehafte Rechte mit den Prinzipien des modernen Rechtsstaates schwer vereinbar sind und heute nicht mehr begründet werden können. Die Substanzerhaltungstheorie kann nach einer Nutzungsdauer von mehr als 80 Jahren unseres Erachtens einer (entschädigungslosen) Anpassung z.B. an das Restwasserregime von Art. 29 ff. GSchG nicht mehr im Wege stehen. Denn bei sämtlichen Kraftwerksanlagen darf nach 80 Jahren seit Betriebseröffnung eine Amortisation angenommen werden.

8.4.6 Gleichbehandlung der Betreiber und Förderungsbeiträge

103 Nach dem *Grundsatz der Rechtsgleichheit* (Art. 8 BV) muss gemäss dem Bundesgericht «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich» behandelt werden. «Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unter-

¹⁹² BGE 127 II 69 ff. E. 5b (Begrenzung der Konzessionsdauer).

¹⁹³ So auch SCHWEIZERISCHE GREINA-STIFTUNG (Fn. 41), S. 39.

scheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen.»¹⁹⁴ Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung gilt auch in der *Rechtsanwendung* und richtet sich an Verwaltungsbehörden und Gerichte. In allen gleichgelagerten Fällen muss das Gesetz gegenüber den Rechtsunterworfenen gleich angewendet werden; unterschiedliche Sachverhalte sind differenziert zu behandeln.¹⁹⁵

104 Neben dem Schutz vor staatlichen Eingriffen vermittelt die *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) einen spezifischen Gleichbehandlungsanspruch der Konkurrenten.¹⁹⁶ Das *Gleichbehandlungsgebot* richtet sich primär gegen den Staat und gilt für Gewerbebetriebe oder direkte Konkurrenten. Unserer Ansicht nach sollten sich mindestens diejenigen Kraftwerksbetreiber darauf berufen können, welche den produzierten Strom in das Übertragungsnetz einspeisen (gleiche Branche, welche sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richtet, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen). Während der Dauer von 80 Jahren seit der Betriebseröffnung sind sowohl Konzessionäre als auch Inhaber von ehehaften Rechten vor entschädigungslosen Substanzeingriffen geschützt (vgl. Art. 80 Abs. 1 GSchG). Die Inhaber ehehafter Rechte müssen während dieser Zeit jedoch – im Unterschied zu Konzessionären – weder Konzessionsgebühren noch Wasserzinsen entrichten. In der Regel nach 80 Jahren laufen die Wasserrechtskonzessionen spätestens ab. Eine Konzessionserneuerung bzw. eine Neukonzessionierung erfordern – wie dargelegt – die Anpassung an das geltende Umweltrecht, die Substanzerhaltungstheorie im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG kommt dann nicht mehr zum Tragen. Inhaber ehehafter Rechte müssen diese Anpassung nach bisheriger, fragwürdiger Praxis jedoch nicht vornehmen.

105 Unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten springt ins Auge, dass *Inhaber von Wassernutzungskonzessionen* gegenüber solchen ehehafter Rechte mehrfach *benachteiligt* werden; dies obwohl beide Akteure öffentliche Gewässer zur Stromproduktion oder für andere Zwecke in (meist) kommerzieller Absicht nutzen. Die Tatsache allein, dass die seit dem Inkrafttreten des WRG nicht mehr begründbaren ehehaften Rechte viel früher entstanden (als Wassernutzungskonzessionen) und unbefristet sind, rechtfertigt die beschriebene differenzierte Rechtsanwendung bei einer sehr vergleichbaren Sachverhaltskonstellation nicht (mehr); umso weniger, als diese Praxis geltende Umweltnormen und wichtige öffentliche Interessen missachtet. Es kommt hinzu, dass ehehafte Rechte im Bundesrecht weder erwähnt noch ausdrücklich anerkannt sind. Werden die Inhaber ehehafter Rechte nicht auch dem vorgeschlagenen Anpassungsregime unterworfen, stellt sich imperativ die Frage einer *unsachlichen*, geradezu willkürlichen doppelten *Privilegierung* gegenüber den ebenfalls in der Wasserkraft tätigen Konzessionären.

106 Selbst wenn in der vorliegenden Konstellation nicht von direkten Konkurrenten im Sinne von Art. 27 BV ausgegangen werden könnte (z.B. weil sich auch Gemeinwe-

¹⁹⁴ BGE 136 I 17 ff. E. 5.3 (Schutz vor Passivrauchen).

¹⁹⁵ Dazu HELEN KELLER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2011, § 38 N 23 ff.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 132 I 97 ff. E. 2.1 (Verfassungsmässigkeit einer kommunalen Marktordnung).

sen an Wasserkraftunternehmen beteiligen), erscheint die teilweise Nichtanwendung von geltendem Umwelt- und Abgaberecht bei Inhabern ehehafter Wasserrechte bzw. amortisierter Wasserkraftanlagen unter allgemeinen Gesichtspunkten der Rechtsgleichheit stossend, wenn nicht unhaltbar.¹⁹⁷ Bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesnormen liegt *Willkür* im Sinne von Art. 9 BV vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm (hier zwingende umweltrechtliche Normen) oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz (hier z.B. die Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt) krass verletzt (auch durch Nichtanwendung) oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.¹⁹⁸

107 Zu erwähnen ist, dass Inhaber/Betreiber von *bestehenden Anlagen* (Altanlagen), welche beispielsweise die geltenden Emissionsgrenzwerte (z.B. für Luftverunreinigungen, Lärm und Erschütterungen) überschreiten, innerhalb einer angemessenen Anpassungsfrist behördlich angeordnete Sanierungsmassnahmen durchführen müssen (vgl. Art. 16 ff. USG). Im Spannungsfeld zwischen Umwelt- bzw. Immissionsschutz einerseits und Vertrauensschutz (Investitionsschutz) andererseits hat sich der Gesetzgeber für einen grundsätzlichen *Vorrang des Immissionsschutzes* entschieden. «Altanlagen werden also grundsätzlich nicht privilegiert, sondern gleichbehandelt wie neue Anlagen.»¹⁹⁹ So sind die Betreiber von andern Energieerzeugungsanlagen (Öl- und Gaskraftwerken, insbesondere Kernkraftwerken, welche laufend nachzurüsten sind) grundsätzlich der Sanierungspflicht unterworfen. Auch Hauseigentümer müssen teilweise ihre noch funktionierenden Heizungen sanieren oder ausser Betrieb nehmen, wenn letztere die Grenzwerte für Stickoxide nicht mehr einhalten. Zu nennen sind auch laufende Nachrüstungspflichten bei Atomkraftwerken.

108 Die Betreiber von Wasserkraftwerken können nach geltendem Recht bei einer Produktionsleistung bis 10 Megawatt (MW) *Gelder aus der kostendeckenden Einspeisevergütung* (KEV) zur Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien beanspruchen. Die KEV deckt die Differenz zwischen Produktionskosten und Marktpreis und garantiert den Produzenten von erneuerbarem Strom einen Preis, der ihren Produktionskosten entspricht (vgl. Art. 7a EnG). Im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der «*Energiestrategie 2050*» ist sogar geplant, Betreibern grosser Wasserkraftanlagen über 10 MW für neue Anlagen sowie Erweiterungen und Erneuerungen Investitionsbeiträge zuzusprechen.²⁰⁰ Es ist stossend und höchst widersprüchlich, wenn Inhaber von ehehaften Rechten gestützt auf das geltende EnG Fördergelder aus der KEV beanspruchen, gleichzeitig weder Konzessionsgebühren noch Wasserzinsen bezahlen und höchstens Sanierungen im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG vornehmen müssen.

¹⁹⁷ Siehe auch SCHWEIZERISCHE GREINA-STIFTUNG (Fn. 41), S. 38 f.

¹⁹⁸ Statt Vieler: BGE 141 I 70 E. 2.2 (unentgeltliche Rechtspflege); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 12), Rz. 605 ff.

¹⁹⁹ GRIFFEL (Fn. 87), 78 f.

²⁰⁰ Bundesamt für Energie, Faktenblatt zur Vernehmlassung der Ordnungsänderungen, 1. Februar 2017, S. 2; www.bfe.admin.ch/energiestrategie2050.

8.4.7 Ehehafte Wasserrechte als überholte Relikte

- 109 Bestehende ehehafte Rechte stellen *Überbleibsel* bzw. Fremdkörper einer längst vergangenen Rechtsordnung dar, als umweltrechtliche Zielsetzungen noch nicht existierten.²⁰¹ Sie konnten «überleben», weil beim Erlass des WRG im Jahre 1916 keine Übergangsregelung für ihre Ablösung und Überführung ins neue Recht beschlossen wurde. Oft beruhen sie mangels vorhandenen Dokumenten/Urkunden auf einer unsicheren, schwer nachvollziehbaren Grundlage und werfen diverse Fragen auf.²⁰² Ihre inhaltliche Ausgestaltung wird den seit ihrer Entstehung stark gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen und rechtlichen Umständen nicht mehr gerecht.
- 110 Vorangehend wurde bereits dargelegt, dass bei den meisten, noch bestehenden ehehaften Rechten der ursprüngliche Nutzungszweck infolge *Umnutzung* bzw. Änderung in der Art der gewerblichen Nutzung dahingefallen ist (insbesondere Umstellung auf Stromproduktion unabhängig von einem Gewerbe). Ausserdem sind viele Anlagen *baulich erweitert* worden (quantitativer Ausbau).²⁰³ Schon angesichts der ökologischen Schäden und Nachteile, welche mit der Nichtanwendung des geltenden Umweltrechts verbunden sind, muss unseres Erachtens eine möglichst bundesrechtskonforme Ausgestaltung angestrebt werden.

8.5 Zeitpunkt der Anwendung des geltenden Umweltrechts

- 111 Für die Bestimmung des *Zeitpunkts der Anwendung des geltenden Rechts* bei ehehaften Rechten drängt sich unserer Auffassung nach auf, grundsätzlich jene Überlegungen analog anzuwenden, welche für das Bundesgericht im bereits erläuterten Urteil (BGE 127 II 69 ff.) wegleitend waren. Zur Diskussion stand dort ein altrechtliches Konzessionsverhältnis ohne zeitliche Befristung.²⁰⁴ Ausgangspunkt für das Bundesgericht war der *Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt*. Dieser Grundsatz wird verletzt, wenn an einer öffentlichen Sache – namentlich an einem öffentlichen Gewässer – Sondernutzungsrechte auf unbefristete Dauer bestehen oder anerkannt werden. Demgemäss entschied das Gericht, eine Konzession könne nicht ohne zeitliche Befristung existieren. Das Gericht musste sodann bestimmen, auf welche Dauer eine Konzession zur Nutzung der Wasserkraft längstens verliehen werden kann. Es ging von der Regelung in Art. 58 WRG aus, gemäss welcher Konzessionen nur für maximal 80 Jahre erteilt werden können. Das Gericht erwähnte auch Äusserungen aus dem Parlament anlässlich der Beratung zum WRG, wonach es innert diesem Zeitraum auf jeden Fall möglich sein muss, Wasserkraftanlagen vollständig abzuschreiben. Dieser Gedanke muss auch für Anlagen massgebend sein, denen ein ehehaftes Recht zugrunde liegt. Spätestens 80 Jahre nach Erstellung der Anlage ist diese abgeschrieben. Nach diesem Zeitpunkt kann die Herstellung von Restwasserverhältnissen gemäss den Anforderungen von Art. 31 ff. GSchG

²⁰¹ Vgl. auch KLETT (Fn. 72), S. 94.

²⁰² Zu möglichen Fragen siehe die vorangehenden Ausführungen in Rz. 71.

²⁰³ Vgl. die Ausführungen unter Rz. 27 f. mit Literaturverweisen.

²⁰⁴ Dazu Details in Rz. 100 ff.

verlangt werden, wenn diese Anforderungen – insbesondere bei Fischgewässern und Gewässerabschnitten mit ökologischem Potenzial – im Einzelfall nicht erfüllt sind.

- 112 Der Zeitpunkt für die Anpassung tritt ferner dann ein, wenn die Anlage *grundlegend erneuert* oder *wesentlich abgeändert* wird; dies gilt unseres Erachtens analog zur Änderung einer Konzession, die so wesentlich ist, dass sie materiell der Erteilung einer neuen Konzession gleichkommt (substanzielle Anpassungen hinsichtlich Art und Umfang der Nutzung). Bei der Beurteilung von bestehenden und neuen Anlagenteilen ist das umweltrechtliche Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise, das auch Art. 29 ff. GSchG zugrunde liegt, zu berücksichtigen. Entsprechend erstreckt sich die Prüfpflicht nicht nur auf die neuen, sondern auch auf die bestehenden Anlagenteile.²⁰⁵ In dieser Konstellation steht fest, dass grundsätzlich die geltenden Gesetze, auch Art. 29 ff. GSchG anzuwenden sind.²⁰⁶ Eine neubauartige Änderung oder ein völliger Neubau des Werks bringt zum Ausdruck, dass die früher getätigten Investitionen im Grossen und Ganzen bzw. vermutungsweise als abgeschlossen erachtet werden. Sie bedürfen keines Schutzes mehr. Demgemäss muss nun die Anpassung der gesamten Anlage an die *Restwasservorschriften* von Art. 31 ff. GSchG erfolgen. Zudem sind *Ersatzmassnahmen* (im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG) für die Eingriffe in die Lebensräume ausserhalb des betroffenen Gewässers zu prüfen und anzuordnen. In der Praxis ist im Falle von Erneuerungen angesichts des altrechtlichen Charakters der ehehaften Wasserrechte die Betriebsdauer von 80 Jahren längst verstrichen, so dass eine Amortisation der alten Anlagen umso mehr angenommen werden darf. Hinzuweisen bleibt darauf, dass eine rückwirkende Anpassung ehehafter Rechte mangels gesetzlicher Grundlage ausser Betracht fällt. Die zuständige Konzessionsbehörde kann (und sollte) aber darauf hinwirken, das ehehafte Wasserrecht durch eine Wasserrechtskonzession abzulösen.

8.6 Fragen zur Umsetzung der Rechtsanpassung in der Praxis

- 113 Da ehehafte Rechte unbefristeter Natur sind, stellt sich die Frage, wie der *Prozess zur Anpassung an das geltende Recht* eingeleitet wird. Die Kantone sind zum Vollzug des GSchG verpflichtet (Art. 45 GSchG). Sie haben alles vorzukehren, was der Verwirklichung des Gesetzes dient; dazu gehört u.a. der Erlass der nötigen Verfügungen. Auch wenn die Kantone Vollzugsaufgaben an die Gemeinden delegieren, sind erstere gegenüber dem Bund verantwortlich.²⁰⁷ Die Kantone sind grundsätzlich *von Amtes wegen* gehalten, für die notwendige Anpassung der ehehaften Rechte an das geltende Recht zu sorgen, dies mittels *verbindlicher Anordnungen* im Einzelfall. Es sind verschiedene Szenarien denkbar.

²⁰⁵ Zu diesem Themenkreis siehe BGE 142 II E. 3.3 ff. (Überleitung Lugnez); GRIFFEL (Fn. 129), Rz. 391 f.

²⁰⁶ Vgl. BGE 119 Ib 254 ff. E. 5b (Curciusa-Spina); ferner VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Kommentar GSchG, 2016, Art. 29 GSchG N 63; CAVIEZEL (Fn. 64), S. 92 f.

²⁰⁷ Dazu ALEXANDER RUCH, Kommentar GSchG, 2016, Art. 45 GSchG N 4.

- 114 Will der Inhaber eines ehehaften Rechts seine alte Wasserkraftanlage *sanieren, erneuern bzw. ausbauen oder übertragen*, können die zuständigen Bewilligungsbehörden gestützt auf kantonale Bestimmungen oder auf dem Verhandlungsweg je nachdem die Einschränkung, Aufhebung oder Ablösung dieser Rechte anordnen bzw. anstreben (Ersatz durch Wassernutzungskonzessionen).
- 115 Sollte ein Gericht für ehehafte Wasserrechte die Pflicht zur Anpassung an das geltende Umweltrecht rechtskräftig bejahen, müsste dieses Urteil im Einzelfall umgesetzt werden. Wäre das Urteil von allgemeiner Tragweite (Stufe Bundesgericht), beträfe es alle ehehaften Rechte. Entsprechend wären zur Anpassung dieser Rechtsverhältnisse so bald wie möglich schrittweise Verfahren einzuleiten. Solche Verfahren könnten auch durch Eingaben von Dritten (z.B. Umweltverbänden) veranlasst werden. Zu nennen sind Rechtsmittel im Zusammenhang mit publizierten Bauvorhaben oder Gesuche um Erlass einer anfechtbaren Feststellungs- oder Vollzugsverfügung (vgl. dazu im Bundesrecht Art. 25 Verwaltungsverfahrensgesetz).²⁰⁸

8.7 Entschädigungslosigkeit der Einschränkung?

- 116 Zum wesentlichen Inhalt des ehehaften Rechts gehört seine zeitlich unbeschränkte Dauer. Dieses Inhaltselement wird durch die Verpflichtung, eine angemessene und rechtsgenügende Restwassersituation in zwei Stufen herbeizuführen, nicht aufgehoben, denn das Recht kann weiter ausgeübt werden. Wie im vorliegenden Gutachten dargelegt, müssen die Rechtsinhaber jedoch einen verfassungsrechtlich und gesetzlich abgestützten Eingriff hinnehmen, indem die Nutzungsmöglichkeiten wegen der neu zu befolgenden Restwasseranforderungen für die Zukunft in zwei Etappen geschmälert werden (zuerst die Sanierungsdotation nach Art. 80 ff. GSchG, später der Restwasserstandard gemäss Art. 29 ff. GSchG). Dieser besonderen Situation ist dadurch Rechnung zu tragen, dass mit der Restwassersanierung nach der Übergangsrechtlichen Bestimmung von Art. 80 Abs. 1 GSchG kein Eingriff in die Substanz des Rechts erfolgen soll. Andernfalls entstünde eine Entschädigungspflicht.
- 117 Nach Ablauf einer Zeitspanne von 80 Jahren seit der Betriebseröffnung bzw. spätestens zum heutigen Zeitpunkt rechtfertigt sich hingegen nach unserer Auffassung auch bei ehehaften Rechten *keine Entschädigung* gemäss der Regelung von Art. 80 Abs. 1 GSchG, denn diese Bestimmung findet nach dem Gesetzeszweck und gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung nicht mehr Anwendung. Die Einhaltung der *Mindestrestwassermengen* gemäss Art. 31 GSchG ist die Bedingung für die Weiterführung des Rechts, Wasser nutzen zu können. Wer ein öffentliches Gewässer nutzen will, muss sich diesem Standard unterziehen oder auf die Wasserentnahme verzichten.

²⁰⁸ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

8.8 Ergebnis der Interessenabwägung

- 118 Die vorangehende Analyse legt dar, dass die in der Rechtspraxis übliche, bundesrechtlich aber nur indirekt und relativ schwach abgestützte Anerkennung der alten ehehaften Rechte eine mehrfache, nicht zu rechtfertigende *Privilegierung der Rechtsinhaber* bedeutet. Diese kommen in den Genuss eines unbefristeten, weitgehenden privaten Rechts an einem Gewässer als öffentliche Sache. Bisher müssen sie lediglich eine Restwassersanierung für bestehende Wassernutzungsrechte gestützt auf die Übergangsbestimmungen des GSchG durchführen. Die Sicherung angemessener Restwassermengen nach Art. 29 ff. GSchG wird hingegen nicht verlangt, obwohl der Gesetzgeber diese als ökologisch notwendig und wirtschaftlich tragbar erachtete. Ausserdem schulden Inhaber eehafter Rechte im Unterschied zu Konzessionären den hoheitsberechtigten Gemeinwesen weder Gebühren noch Wasserzinsen. Dies bedeutet eine nicht haltbare Ungleichbehandlung gegenüber Wassernutzungskonzessionären. Stossend ist zudem, wenn Inhaber eehafter Rechte Fördergelder aus der kostendeckenden Einspeisevergütung beanspruchen, sich gleichzeitig aber einer Anpassung an das übrige öffentliche Recht widersetzen bzw. entziehen können.
- 119 Diese Praxis hält einer näheren rechtlichen Prüfung und umfassenden Interessenabwägung nicht stand: Ehehafte Rechte befinden sich im Spannungsfeld zwischen Nutzungs- und Schutzinteressen. Öffentliche Gewässer stehen im Gemeingebrauch und bilden eine zentrale Lebensgrundlage. Damit sind weitgehende, überholte privatrechtliche Privilegien aus vergangenen Jahrhunderten nicht vereinbar. Die eehaften Wasserrechte widersprechen den stark gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen und rechtlichen Verhältnissen. Die verschiedenen Verfassungsaufträge sind einander gleichwertig, so zum Beispiel der Schutz der Eigentumsgarantie und Gewässer-, Natur- und Umweltschutz als Staatsaufgabe. Die geltenden, zwingenden Rechtsnormen des GSchG, das Prinzip der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt und weitere gewichtige öffentliche Interessen bzw. Prinzipien (z.B. Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, ganzheitliche Betrachtungsweise, Legalitätsprinzip und Gleichbehandlungsaspekte im Verhältnis zu Konzessionären) gebieten, die Rechtswirkung eehafter Rechte einzuschränken. Soweit kantonale Normen zur Wassernutzung eehafte Rechte anerkennen und einer Anpassung an das Bundesumweltrecht entgegenstehen, geht das Bundesrecht soweit als nötig vor (Art. 49 Abs. 1 BV).
- 120 Die vorzunehmende *Interessenabwägung* zur Lösung der erheblichen Zielkonflikte ergibt, dass den Inhabern eehafter Rechte – analog der Situation von Konzessionären – die Amortisation ihrer Investitionen zuzugestehen ist. Eine Anpassung an das geltende Gewässer-, Natur- und Umweltschutzrecht sollen die zuständigen Behörden nach 80 Jahren Betriebsdauer bzw. (da die Nutzung bei eehaften Rechte schon viel länger dauert) ab der Gegenwart von Amtes wegen umsetzen. Denn die Kantone sind zum Vollzug des GSchG verpflichtet. Im Vordergrund steht die Sicherung angemessener Restwassermengen gemäss Art. 29 ff. GSchG. Daneben geht es um die Anordnung von Ersatzmassnahmen für die bereits erfolgten Eingriffe in die Lebensräume rund um das betroffene Gewässer und um Sanierungen betreffend Fischgän-

gigkeit, Schwall-Sunk und Geschiebehaushalt. Mit diesem Umsetzungsregime werden die Voraussetzungen zur Einschränkung der Eigentumsgarantie (bzw. des Vertrauensschutzes) erfüllt. Neben der gesetzlichen Grundlage und dem öffentlichen Interesse hält eine solche Lösung grundsätzlich das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) ein und dient damit der materiell-rechtlichen Harmonisierung bei der Rechtsanwendung.²⁰⁹ Restwasserdotierungen nach Art. 31 ff. GSchG sind geeignet und erforderlich, um die ökologische Situation von Fliessgewässern erheblich zu verbessern. Angesichts der langen Betriebsdauer und vollständig möglichen Abschreibung der Wasserkraftanlagen steht der Eingriffszweck mit der Eingriffswirkung (Schmälerung der privaten Rechtsposition der betroffenen Wasserkraftbetreiber) in einem tragbaren und vernünftigen Verhältnis. Im Einzelfall sind die Mindestrestwassermengen jeweils in einem zweistufigen Verfahren festzulegen.²¹⁰

8.9 Revisionsbedarf?

121 Wie sich aus dem Zweck der Restwasserbestimmungen des GSchG und aus wichtigen weiteren Gründen ergibt, müssen Inhaber ehehafter Wasserrechte nach einer Nutzungs- bzw. Betriebsdauer von mindestens 80 Jahren inhaltliche Anpassungen und das geltende Gewässerschutz- und Umweltrecht hinnehmen. Die Rechtsfigur der ehehaften Wassernutzungsrechte passt nicht mehr in die geltende Rechtsordnung und gleicht einem «erratischen Block».²¹¹ Für die Anpassung an das geltende Recht ist eine Gesetzesrevision (primär des WRG) unseres Erachtens nicht notwendig. Dennoch besteht grundsätzlich *Revisionsbedarf* bzw. wäre eine Revision wünschbar, um die ehehaften Rechte als Relikte vergangener Epochen nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist durch zeitgemässe Wassernutzungskonzessionen abzulösen. Es wäre im WRG die Einführung einer Übergangsbestimmung (Legalitätsprinzip) anzustreben, worin den Inhabern solcher Rechte die Weitergeltung während der Dauer einer angemessenen Übergangsfrist (von z.B. zehn oder zwanzig Jahren) zugesichert wird (Rechtssicherheit). Nach diesem Zeitpunkt würden diese altrechtlichen Privilegien von Gesetzes wegen entschädigungslos aufgehoben (vgl. dazu auch Art. 44 Abs. 1 und 2 SchIT ZGB für die nicht im Grundbuch eingetragenen alten dinglichen Rechte). Es ginge zusätzlich noch um die Aufhebung des unbefristeten ehehaften Rechts selber. Für eine entschädigungslose Ablösung spräche, dass ehehafte Rechte schon nach der aktuellen Lage im öffentlichen Recht entschädigungslos anzupassen und die Anlagen schon längst amortisiert sind. Bei einer allfälligen Entschädigungspflicht käme z.B. ein Netzzuschlag in Betracht. Den Inhabern stünde jedoch die Möglichkeit offen, rechtzeitig ein Konzessionsgesuch zu stellen, um eine Ablösung des ehehaften Rechts durch eine Konzession zu erwirken. Allen-

²⁰⁹ Zur Verhältnismässigkeit siehe MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2013, S. 1 ff.

²¹⁰ Dazu die Ausführungen in Rz. 41.

²¹¹ So KÖLZ (Fn. 16), S. 65.

falls könnte für die erste, befristete Periode die Konzessionsverleihung (gegen Leistung von Gebühren und Wasserzinsen) zugesichert werden.

- 122 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass in *Italien* mit Wirkung per 1977 alle privaten altrechtlichen Wasserkraftrechte und per 1987 alle übrigen privaten Rechte an den öffentlichen Gewässern aufgehoben wurden. Der massgebliche Beweggrund für die Aufhebung dieser privaten Rechte sei die Erlangung des ausschliesslichen Verfügungsrechts des Staates über die Gewässer gewesen.²¹²

8.10 Fazit

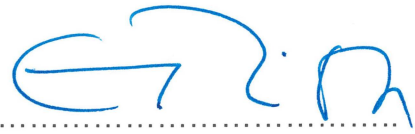
- 123 Ehehafte Rechte stehen im Spannungsfeld zwischen der Wasserkraftnutzung und dem Gewässerschutz. Die Analyse der bestehenden verfassungsrechtlichen und bundesrechtlichen Grundlagen und eine umfassende Interessenabwägung sprechen dafür, die der Eigentumsgarantie (und ev. dem Vertrauensschutz) unterstehenden unbefristeten *ehehaften Rechte* entschädigungslos an das geltende Umwelt- (und ev. Abgabe-)Recht, insbesondere an die Restwasseranforderungen von Art. 31 ff. GSchG, *anzupassen*. Im Vordergrund stehen die zwingenden Normen des GSchG zur Sicherung angemessener Restwassermengen, das Prinzip der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt, die ganzheitliche Betrachtungsweise sowie Gleichbehandlungsaspekte im Verhältnis zu Konzessionären. Die Voraussetzungen zur Einschränkung der Eigentumsgarantie sind gegeben, so die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird dadurch gewahrt, dass die Kraftwerksbetreiber die getätigten Investitionen dank der sehr langen Nutzungsdauer von 100 und mehr Jahren maximal abschreiben konnten. Die Anpassungen an das geltende Recht sind von Amtes wegen anzuordnen. Sie sind nicht mit einer (formellen) Aufhebung der ehehaften Rechte verbunden. Eine Gesetzesrevision (primär des WRG) ist für die Anpassung an das geltende Recht nicht notwendig. Sie wäre aber wünschbar, um die ehehaften Rechte als Relikte vergangener Epochen nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist durch zeitgemässe Wassernutzungskonzessionen abzulösen. Der vorgeschlagene Lösungsansatz nach geltendem Recht, d.h. ohne Revision, würde eine kohärentere Rechtsanwendung erlauben, die erheblichen Zielkonflikte entschärfen und dem Umweltrecht in einem zentralen Bereich zum Durchbruch verhelfen.

²¹² LIVER (Fn. 19), S. 236 f.

Zürich/Bern, den 22. März 2017

Handwritten signature of Michael Bütler in blue ink, written in a cursive style. Below the signature is a horizontal dotted line.

Dr. iur. Michael Bütler

Handwritten signature of Enrico Riva in blue ink, written in a stylized cursive style. Below the signature is a horizontal dotted line.

Prof. Dr. iur. Enrico Riva