

RECHTSGUTACHTEN

Rechtsfragen im Umgang mit ehehaften Wasserrechten

verfasst im Auftrag

des Amtes für Energie und Verkehr Graubünden

von

Lic. iur. Michelangelo Giovannini, Rechtsanwalt

MLaw Michelle Mehli

Chur, 16. September 2019

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Ausgangslage und Auftrag.....	5
II.	Beurteilung.....	6
	A. Grundzüge der ehehaften Wasserrechte.....	6
	1. Definition und rechtsdogmatische Einordnung.....	6
	2. Bestimmen von Bestand und Umfang von ehehaften Rechten.....	9
	3. Dauer von ehehaften Rechten.....	10
	B. Grundzüge der Nutzungsrechte aus Wasserrechtsverleihungen (wohlerworbene Rechte).....	10
	1. Definition und rechtsdogmatische Einordnung.....	10
	2. Bestimmen von Inhalt und Umfang des Wassernutzungsrechtes.....	11
	3. Dauer von Wasserrechtsverleihungen.....	13
	a. Bestimmen der Konzessionsdauer.....	13
	b. Unbefristete Konzessionen und nachträgliche Befristung.....	13
	C. Zwischenergebnis: Gemeinsamkeiten und Unterschiede.....	14
	D. Exkurs: Dauer und Befristung bei der Selbstnutzung eines Gewässers durch die Gemeinde als Hoheitsträgerin.....	15
	E. Bedarf nach einer Ablösung, Anpassung oder Aufhebung bestehender ehehafter Wasserrechte.....	17
	1. Bei Unvereinbarkeit mit geltendem Umweltrecht.....	17
	2. Bei wesentlicher Änderung bestehender Anlagen.....	18
	3. Bei Kollision bestehender ehehafter Rechte mit neuen Wasserrechtskonzessionen.....	18
	F. Handlungsmöglichkeiten bei ehehaften Wasserrechten.....	19
	1. Überprüfung des Vorliegens eines ehehaften Wasserrechts.....	19
	2. Ablösungs-, Befristungs- oder Kündigungsmöglichkeiten.....	20
	a. Zivilrechtlicher Ansatz.....	20
	b. Öffentlich-rechtlicher Ansatz.....	23
	3. Möglichkeit der Durchführung von Restwassersanierungen (Art. 80 ff. GSchG).....	27
	4. Ablösungszeitpunkt und Entschädigungspflicht.....	29
	a. Grundsätze.....	29
	b. Ablösungszeitpunkt.....	30
	c. Allfällige Entschädigungspflicht.....	31
	G. Verfahrensfragen.....	32
	1. Zuständigkeit und Verfahren bei einer Restwassersanierung gemäss Art. 80 GSchG bei ehehaften Wasserrechten.....	32
	2. Zuständigkeit und Verfahren zur Beendigung und Ablösung von ehehaften Wasserrechten.....	33
III.	Zusammenfassung und Würdigung.....	33

LITERATURVERZEICHNIS

- BSK ZGB II, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/ GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB und Art. 1 – 61 SchlT ZGB, Basel 2015 (*AUTOR, Basler Kommentar*))
- BÜTLER MICHAEL / RIVA ENRICO, Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten, Rechtsgutachten im Auftrag des WWF Schweiz, Zürich 2017 (*Ehehafte Wasserrechte*)
- DRUEY JUST EVA / CAVIEZEL GIERI, Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser, in: AJP 11/2013, 1631 ff.
- DUBACH WERNER, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten erstattet dem Bundesamt für Wasserwirtschaft im November 1979 (Mitteilung Nr. 1/80 des Bundesamtes für Wasserwirtschaft), Bern 1980 (*Wohlerworbene Rechte*)
- FREI BERNHARD, Die Sanierung nach Art. 80ff Gewässerschutzgesetz vom 24.1.1991 bei der Wasserkraftnutzung; rechtliche Probleme, hrsg. vom BUWAL, Schriftenreihe Umwelt Nr. 163, 1991 (*Restwassersanierung*)
- GEISER KARL / ABBÜHL J. J. / BÜHLMANN FRITZ, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Zürich 1921 (*Kommentar WRG*)
- GIOVANNINI MICHELANGELO, in: Fachhandbuch öffentliches Baurecht, Anlagen zur Erzeugung, Übertragung oder Lagerung von Energie, Zürich 2016 (*Fachhandbuch*)
- HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010 (*Verwaltungsrecht*)
- LIVER PETER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972 (*Ehehafte Wasserrechte*)
- LIVER PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband IV/2a/1, Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-744, Zürich 1980 (ZK-LIVER)
- JAGMETTI RICCARDO, Energierecht (Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VII), Basel/Genf/München 2005 (*Energierecht*)
- RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007 (*Wohlerworbene Rechte*)
- STRUB DOMINIK, Wohlerworbene Rechte, Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Diss. Freiburg, Freiburg 2001 (*Wohlerworbene Rechte*)
- SUTTER KASPAR / MÜLLER MARKUS, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang? in: ZBl 114/2013, S. 471 ff. (*Historische Rechtspositionen*)
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (*Verwaltungsrecht*)
- VUR / KELLER HELEN (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 1998 ff. (*Kommentar USG*)
- WIEDERKEHR RENÉ/ RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014
- WYER HANS, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Diss. Bern, Visp 2000 (*Rechtsfragen*)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Allgemein gebräuchliche Abkürzungen (wie Kantonsnamen, bzw., S., Nr. Abs., Art.) werden als bekannt vorausgesetzt.

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
BAFU	Bundesamt für Umwelt (bis 31. Dezember 2005: Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGF	Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (SR 923.0)
BV	Bundesverfassung (SR 101)
BWRG	Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden vom 12. März 1995 (BR 810.100)
BWRV	Verordnung zum Wasserrechtsgesetz des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1994 (BR 810.110)
E.	Erwägung
Eidg.	Eidgenössisch
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711)
f./ff.	und folgende (Seite[n], Randziffer[n] etc.)
Fn.	Fussnote
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, SR 814.20)
GSchV	Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (SR 814.201)
i.V.m.	in Verbindung mit
KGSchG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Kantonales Gewässerschutzgesetz, BR 815.100)
lit.	litera (= Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts / Ständerat
URP	Umweltrecht in der Praxis (Periodikum)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01) (= LPE)
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz) vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
WRV	Verordnung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsverordnung) vom 2. Februar 2000 (SR 721.801)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar

I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

- 1 Im Kanton Graubünden bestehen an diversen Gewässerläufen nach wie vor vereinzelte ehehafte Rechte. Diese dienen heute überwiegend dem Betrieb von Kleinwasserkraftwerken. Die Energiegesetzgebung des Bundes fördert solche Kraftwerksanlagen durch finanzielle Beiträge. Im Zentrum der laufend revidierten Fördermodelle steht aktuell das Einspeisevergütungssystem, das den Kraftwerksbetreibern über einen Zeitraum von 15 Jahren einen im Voraus festgelegten Vergütungssatz für die produzierte Energie garantiert. In ökonomischer Hinsicht ähnlich funktionierte das vorangegangene Fördermodell, das den Betreibern eine kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) gewährte. Derart geförderte Kleinwasserkraftanlagen sind für deren Inhaber von entsprechendem wirtschaftlichem Interesse. Der Umgang mit diesen naturgemäss unbefristeten, ehehaften Rechten, die einer vergangenen, überholten Rechtsordnung entspringen, bereitet zunehmend Schwierigkeiten, namentlich im Zusammenhang mit dem Vollzug der Restwassersanierung nach den Bestimmungen des GSchG sowie bei Nutzungskonflikten mit anderen Wasserkraftnutzungen oder Wasserbezüglern.
- 2 Das Amt für Energie und Verkehr Graubünden (AEV) hat die Unterzeichnenden deshalb beauftragt, die sich stellenden Rechtsfragen im künftigen Umgang mit ehehaften Rechten zu klären. Hierbei geht es vor allem darum, den Rechtsbestand der ehehaften Rechte im Lichte sich verschärfender umweltrechtlicher Vorschriften zu beurteilen und allfällige Ablösungs-, Befristungs- und Kündigungsmöglichkeiten zu prüfen. Diese Prüfung hat auch potentielle Entschädigungspflichten und das anzuwendende Verfahren zu umfassen.
- 3 Während der Erarbeitung des vorliegenden Gutachtens hat das Bundesgericht in BGE 145 II 140 („Wasserkraftwerk Hammer“) die Kernfrage nach der Beendigungs- bzw. Ablösungsmöglichkeit ehehafter Rechte in bejahendem Sinne entschieden. Es hat in seiner Entscheidung ferner festgehalten, dass die Unterstellung ehehafter Rechte unter die heute geltenden Vorschriften grundsätzlich entschädigungslos zu erfolgen hat. In der Herleitung dieses Ergebnisses sowie bezüglich der konkreten Folgen und der praktischen Umsetzung weist das Urteil jedoch Lücken auf, die durch das Gutachten ebenfalls geschlossen werden sollen.

II. BEURTEILUNG

A. Grundzüge der ehehaften Wasserrechte

1. *Definition und rechtsdogmatische Einordnung*

- 4 Neben den bekannteren wohlerworbenen Rechten existieren noch vereinzelt historische Rechte, die dem Berechtigten einen Anspruch auf die 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 beruht. Diese Rechte, die man als „ehehafte“ bezeichnet, entstammen einer längst vergangenen Rechtsordnung. In wasserrechtlicher Hinsicht sind zu den ehehaften Rechten nur jene Rechte zu zählen, die vor den kantonalen Wasserrechtsgesetzen und nicht durch eine Verleihung des Inhabers der Gewässerhoheit entstanden sind sowie die privaten Dienstbarkeiten an privaten Gewässern nach der Öffentlicherklärung der letzteren.¹ Bei ehehaften Wasserrechten handelt es sich folglich nicht um eine öffentlich-rechtliche Ermächtigung, sondern um dingliche Rechte nach Privatrecht, die in der Regel für eine unbegrenzte Dauer gelten.² Sie beschränken die Gewässerherrschaft des Gemeinwesens in individueller, in einem Rechtsgeschäft oder in der Ersitzung begründenden Weise und belasten sie mit einem dem Inhalt und Umfang nach bestimmt begrenzten unmittelbaren Herrschaftsrecht am Gewässer. In der Schweiz werden sie deshalb als Dienstbarkeiten behandelt.³
- 5 Ehehafte Wasserrechte sind dingliche Rechte und entspringen dem Privatrecht. Folglich stehen sie unter dem Schutz der Eigentumsgarantie.⁴ Daraus folgend, kann auf die Dauer ihres Rechtsbestandes ihre Aufhebung oder Einschränkung im Grundsatz nur auf dem Wege der Enteignung erfolgen, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Erfolgt eine Enteignung, zieht dies eine volle Entschädigung nach sich.
- 6 Das „Civilgesetzbuch“ des Kantons Graubünden stammt aus dem Jahre 1862 und enthält die Rechtsvermutung, dass an öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt eines anderweitigen Nachweises keine privaten Rechte bestehen.

¹ DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 60 ff.

² JAGMETTI, Energierecht, Rz. 4211.

³ BGE 88 II 498, E. 3.; LIVER, Ehehafte Wasserrechte, S. 487.

⁴ BGE 131 I 321, E. 5.3. Soweit die sachenrechtliche Begründung des ehehaften Rechts im Vordergrund steht, fällt der Vertrauensschutz, abweichend zu den wohlerworbenen Rechten, nicht in Betracht. Der Vertrauensschutz ist demgegenüber zu beachten, wenn seit der Begründung des Rechts behördliche Zusicherungen erfolgt sind (vgl. Rz. 78).

Demzufolge können im Kanton Graubünden als „ehehaft“ nur Rechte gelten, die vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Auf eidgenössischer Ebene ist mit dem Inkrafttreten des WRG am 1. Januar 1918 die Begründung privater Rechte an öffentlichen Gewässern ebenfalls ausgeschlossen worden.

- 7 Im Lichte dieser Ausführungen und gemäss konstanter Praxis im Kanton Graubünden haben ehehafte Rechte kumulativ folgende Voraussetzungen zu erfüllen:
- a. Das fragliche Recht ist vor 1862 eingeräumt worden;
 - b. Die Dauer des Rechts war ursprünglich nicht befristet;
 - c. Das Recht ist bisher ununterbrochen genutzt worden;
 - d. Das Recht ist seit dessen Begründung weder beschränkt noch entzogen worden.

Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Es liegt somit am Nutzungsberechtigten, das Erfüllen aller Voraussetzungen gemäss lit. a – d. zu beweisen. Die Beweislosigkeit führt zur Nichtanerkennung des ehehaften Rechtes.

- 8 Aus der Gerichtspraxis liegen hierzu folgende einschlägigen Entscheide vor:
- a. BGE 88 II 498: Gegenstand des Rechtsstreites bildete der Anspruch auf Schadenersatz wegen Beeinträchtigung der ehehaften Wasserrechte durch eine Konzession. Gemäss Bundesgericht sind ehehafte Wasserrechte private Rechte an öffentlichen Gewässern und gelten als Dienstbarkeiten. Ihr Inhalt ist grundsätzlich nach neuem Rechte zu beurteilen. Gemäss Art. 730 ff. ZGB handelt es sich um ein durch Vertrag als Dienstbarkeit eingeräumtes Wassernutzungsrecht, das nach Treu und Glauben ausgelegt werden muss.
 - b. BGer 2P.256/2002 vom 24. März 2003: Ehehafte Wasserechte sind 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 weiter bestehen dürfen (E. 1.2.2). Ehehafte Rechte sind private Rechte an öffentlichen Gewässern. Es handelt sich dabei um vorbestandene bzw. wohlerworbene⁵ Rechte. Wohlerworbene

⁵ A.M. DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 60 ff.

Rechte sind vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat. Sie stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes und sind auch durch Gesetz nicht änderbar. Geschützt ist nur die Substanz des wohlerworbenen Rechtes, nicht indessen die Ausübung des Rechts. Die Ausübung des ehehaften Wasserrechts hat in Einklang mit den heute geltenden Gesetzesvorschriften zu erfolgen. Art. 74 WRG weist in Abs. 1 ausdrücklich darauf hin, dass die Bestimmungen des Gesetzes über „Die Benützung der Gewässer“ auf alle bestehenden Wasserrechte Anwendung finden (E. 3). Auch ehehafte Wasserrechte unterstehen bei Nutzungsänderungen und allfälligen Mehrnutzungen der Bewilligungspflicht (E. 4.3).

- c. BGE 145 II 140 gibt einen Überblick über Rechtsprechung und Literatur zu den ehehaften Wasserechten: Als solche würden Rechte bezeichnet, die ihren Ursprung in einer Rechtsordnung haben, die nicht mehr bestehe. Es handle sich um Rechte, die vormals dem Privatrecht zugewiesen wurden, heute aber zum öffentlichen Recht gehörten (E. 5). Ehehafte Rechte würden in Rechtsprechung und Lehre traditionell als eine spezielle Kategorie der wohlerworbenen Rechte betrachtet (E. 5.1.). Nach DUBACH⁶ seien sie zwar durch die Eigentumsgarantie geschützt, genössen aber nicht den darüber hinausgehenden Schutz wohlerworbener Rechte, weil sie – anders als die konzidierten Wassernutzungsrechte – nicht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Staat beruhten (E. 5.2.). Gemäss BÜTLER/RIVA⁷ finde die Privilegierung der ehehaften Rechte gegenüber anderen der Eigentumsgarantie unterstehenden privaten Rechte weder in Verfassung noch Gesetz eine Grundlage. Sie könne sich mangels Vertrauensgrundlage auch nicht auf Art. 9 BV stützen. Sie seien dem normalen Restwasserregime von Art. 31 ff. GSchG zu unterstellen oder als wohlerworbene Rechte jedoch nach maximal 80 Jahren an das geltende Recht anpassen (E. 5.3.). Nach SUTTER/MÜLLER⁸ könne die Beständigkeit ehehafter Rechte nicht grösser sein als die ihnen zugrundeliegenden Verfassungsgarantien. Ein Eingriff beurteile sich daher in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung, unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen verfassungsmässigen Rechte und der allgemeinen Prinzipien der Haftung bei rechtmässiger Staats- bzw. Legislativtätigkeit.

⁶ DUBACH, Wohlerworbene Rechte

⁷ BÜTLER/RIVA, Ehehafte Wassernutzungsrechte

⁸ SUTTER/MÜLLER, Historische Rechtspositionen

Hierbei sei insbesondere der Zweck des staatlichen Eingriffs (fiskalische Staatsinteressen oder regulatorische Eingriffe im öffentlichen Interesse) zu berücksichtigen (E. 5.4.).

2. *Bestimmen von Bestand und Umfang von ehehaften Rechten*

- ⁹ Der Umfang des ehehaften Wasserrechtes ergibt sich in erster Linie aus der Urkunde, die den Erwerb des Rechtes begründet. Diese Urkunden sind allerdings in der Regel nicht im Hinblick auf die Einräumung eines Nutzungsrechtes errichtet worden. Es hat sich dabei vielmehr um den Verkauf oder die Verleihung einer Mühle, eines Sägewerkes oder eines sonstigen Triebwerkes samt der für den Betrieb erforderlichen Wassernutzung gehandelt oder um die Erlaubnis, ein bestimmtes Gewerbe auszuüben. Damit stellt sich in der Praxis häufig die Situation ein, dass die Begründungsurkunden entweder nicht mehr vorhanden sind oder den Umfang der Wasserkraftnutzung nur unzureichend definieren.
- ¹⁰ Vorhanden sind jedoch immer die Einrichtungen, welche die Ausübung des Rechts ermöglichen, so wie Wasserfassungen bei Wassernutzungsrechten oder das Grundstück mit dem Gebäude für den Betrieb einer Wirtschaft. Der Inhalt und der Umfang des Rechts ergeben sich somit aus der unangefochtenen Ausübung während urvordenklicher Zeit. Die „Urvordenklichkeit“ ist hierbei jedoch kein Erwerbstitel, sondern nur ein Beweismittel.⁹
- ¹¹ Es gilt allerdings zu beachten, dass Kraftwerksanlagen im Laufe der Zeit nicht selten einen Ausbau erfahren haben. Das ehehafte Rechts kann nur die ursprüngliche, im Zeitpunkt der Begründung bzw. die unbestrittene «urvordenkliche» Nutzung abdecken. Eine Ausdehnung des Rechts, insbesondere seit der Einführung des öffentlichen Wasserrechtes, ist unzulässig. Überschreitet die Nutzung den Umfang des ehehaften Rechts, bedarf es für den überschreitenden Teil einer Wasserrechtskonzession nach geltendem Recht.¹⁰
- ¹² Aus der Gerichtspraxis liegen hierzu folgende weiteren einschlägigen Entscheide vor:
- a. BGE 109 Ib 276: Der Umfang ehehafter Wasserrechte im Wallis bemisst sich nach den seit jeher vorhandenen Ausnutzungsmöglichkeiten (d.h. Differenz zwischen der ausnutzbaren durchschnittlichen Wassermenge und dem ausnutzbaren Gefälle zwischen dem Ort der

⁹ DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 62 mit Verweis auf BGE 74 I 49.

¹⁰ BGer 2A.391/2006 vom 29. November 2006, E. 4.1.

Wasserentnahme und jenem der Wasserrückgabe), sofern kein besonderer Rechtstitel vorliegt (Orientierung an den Gesetzgebungen in den Kantonen VD, TI sowie in Frankreich). In casu wurde eine Enteignung durchgeführt, wobei sich der Rechtsstreit betreffend den Umfang des Rechts auf die Entschädigungshöhe bezog. Der Umfang ist kantonal unterschiedlich geregelt und jeweils zu ermitteln.

3. *Dauer von ehehaften Rechten*

- ¹³ Bei den ehehaften Wasserrechten handelt es sich – im Gegensatz zu verliehenen Wasserrechten – nicht um öffentlich-rechtliche Ermächtigungen, sondern um dingliche Rechte nach Privatrecht, die von ihrer Anlage her bzw. ursprünglich für eine unbegrenzte Dauer gelten sollten. Im Zeitpunkt ihrer Begründung war keine Kündigung vorgesehen. Gleich verhält es sich selbstredend, wenn die Nutzungsrechte als Teil des Grundeigentums betrachtet werden. Dies schliesst die Prüfung von Beendigungsgründen oder Beendigungsmöglichkeiten aus heutiger Sicht nicht aus. Auf die einzelnen Handlungsmöglichkeiten wird unter lit. F. eingegangen.

B. Grundzüge der Nutzungsrechte aus Wasserrechtsverleihungen (wohlerworbene Rechte)

1. *Definition und rechtsdogmatische Einordnung*

- ¹⁴ Gemäss Art. 43 WRG verschafft die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Dem Gesetz selber ist nicht zu entnehmen, was unter dem Begriff des „wohlerworbenen Rechts“ zu verstehen ist. Der Wesensgehalt und die Tragweite der wohlerworbenen Rechte sind deshalb durch Lehre und Rechtsprechung herausgearbeitet und umfassend sowie durchaus kontrovers diskutiert worden.¹¹ DUBACH hielt in Rahmen seiner Begutachtung zuhanden des Bundesamtes für Wasserwirtschaft gar fest, es sei nicht damit zu rechnen, dass ihm eine abschliessende Definition gelinge, zumal bisher alle diesbezüglichen Versuche gescheitert seien.¹²
- ¹⁵ Nichts desto trotz versuchte sich DUBACH an einer Definition der wohlerworbenen Rechte, indem er sie objektiv aufgrund ihrer Entstehung von anderen

¹¹ Vgl. Übersicht in BGE 145 II 140, E. 4., sowie bei JAGMETTI, Energierecht, Rz. 1529 ff. und GIOVANNINI, Fachhandbuch, Rz. 5.232.

¹² DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 19.

Rechten abgrenzte. Demnach handelt es sich bei den wohlerworbenen Rechten um subjektive öffentliche Vermögensrechte (1), die stets auf einem behördlichen Einzelakt beruhen (2), wobei dieser Einzelakt in einem Vertrag oder einem Verwaltungsakt mit einer vertragsähnlichen Komponente besteht, durch den eine Behörde die Nutzung einer öffentlichen Sache einräumt (3). Damit stehen wohlerworbene Rechte immer einem Privaten zu gegenüber dem verleihenden Gemeinwesen (4) und sind meist verbunden mit einer besonderen Vertrauenssituation zwischen dem Berechtigten und dem Gemeinwesen (5).¹³ Die Verfasser des vorliegenden Gutachtens schliessen sich dieser nach wie vor zutreffenden Definition der wohlerworbenen Rechte an. RIVA lehnt den Standpunkt Dubachs vor allem hinsichtlich der den wohlerworbenen Rechten zugeordneten Rechtswirkungen ab.¹⁴

¹⁶ Ohne die divergierenden Lehrmeinungen an dieser Stelle im Einzelnen zu vertiefen, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass bei den wohlerworbenen Rechten zumindest eine einheitliche Auffassung im Anknüpfungspunkt für deren besonderen Schutz besteht, der gemäss konstanter bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Vertrauensschutz (Art. 9 BV) und in der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu erblicken ist.¹⁵ Am daraus abzuleitenden Schutz der wohlerworbenen Rechte scheiden sich indes die Geister.

¹⁷ Die Verfasser des vorliegenden Gutachtens vertreten diesbezüglich die Auffassung, bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffs in verliehene Wasserrechte sei stets auch eine ex-ante-Betrachtung anzustellen, indem berücksichtigt wird, welche Rechte dem Konzessionär im Verleihungszeitpunkt zugesichert worden sind und worauf dieser bei der Vornahme seiner Investition vertrauen durfte.¹⁶ Eine reine ex-post-Betrachtung birgt das Risiko, dass die Beurteilung allzu ergebnisorientiert ausfällt.¹⁷

2. *Bestimmen von Inhalt und Umfang des Wassernutzungsrechtes*

¹⁸ Der Inhalt und Umfang eines verliehenen Wassernutzungsrechtes bestimmt sich zuerst einmal nach der Konzessionsurkunde. Zu beachten gilt, dass sowohl das eidgenössische als auch das kantonale Wasserrechtsgesetz obligatorische Konzessionsinhalte vorgeben (Art. 54 WRG; Art. 23 BWRG) und wei-

¹³ DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 24 f.

¹⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 127 ff.

¹⁵ BGE 145 II 140, E. 4.3.

¹⁶ GIOVANNINI, Fachhandbuch, Rz. 5.235.

¹⁷ A.M. wohl KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, Diss. Bern 1984, S. 224 ff.

tere fakultative Inhalte vorschlagen (Art. 55 WRG; Art. 12 BWRV). Ferner bestimmt sich der Konzessionsinhalt nach dem kantonalen Genehmigungsentcheid, der im Zuge des konstitutiven Genehmigungsverfahrens¹⁸ allfällig fehler- oder lückenhafte Konzessionen korrigiert bzw. vervollständigt.

- ¹⁹ Erweisen sich Konzessionen nach deren Erteilung als auslegungsbedürftig, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie bei unklaren Verträgen vorzugehen. Im Entscheid „Etzelwerk“¹⁹ hat das Bundesgericht hierzu folgende Grundsätze festgelegt: „Konzessionen weisen nach Rechtsprechung und Doktrin sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente auf. [...] In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen. [...] Dazu ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR [...]); lässt sich ein solcher nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste. [...] Der wahre Sinn des Vertrags ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen. [...] Im Zweifel und zur Füllung von Lücken in einem Vertrag sind die dispositiven Bestimmungen der einschlägigen Gesetze heranzuziehen, soweit sich nicht genügend klar aus dem Vertrag ergibt, dass davon abgewichen werden sollte. [...] Bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ist zudem in Zweifelsfällen zu vermuten, dass die Verwaltung nicht bereit ist, etwas anzuordnen oder zu vereinbaren, was mit den von ihr zu wahren öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung im Widerspruch steht. [...] Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben. Die Wahrung des öffentlichen Interesses findet ihre Schranke vielmehr gerade im Vertrauensprinzip, d.h. sie darf nicht dazu führen, dass dem Vertragspartner des Gemeinwesens bei der Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte. [...]“

¹⁸ Laut Art. 4 WRG bedarf die Einräumung eines Nutzungsrechtes an Dritte sowie die Benutzung durch die Verfügungsberechtigte selber jeweils der Genehmigung der kantonalen Behörde, wenn die Verfügung über die Wasserkraft Bezirken, Gemeinden oder Körperschaften zusteht, wie dies im Kanton Graubünden der Fall ist.

¹⁹ Urteil der Bundesgerichte 2C_258/2011 vom 30. August 2012, E. 4.1.

3. Dauer von Wasserrechtsverleihungen

a. Bestimmen der Konzessionsdauer

²⁰ Bei öffentlich-rechtlichen Wasserrechtsverhältnissen gehört die Dauer der Konzession zu deren obligatorischen Inhalt (vgl. Art. 54 lit. e WRG und Art. 23 lit. d BWRG). Im Konzessionstext sind somit die Anzahl Jahre, während der die Wasserrechte genutzt werden dürfen, oder allenfalls ein konkretes Ablaufdatum festzulegen.

²¹ Die Konzessionsdauer bemisst sich ab der Eröffnung des Kraftwerksbetriebes (Art. 58 WRG), was im Kanton Graubünden mit dem Zeitpunkt der dauernden Abgabe von elektrischer Energie in das Netz definiert wird. Um diesbezügliche Rechtsunsicherheiten auszuräumen, wird dieser Zeitpunkt vom zuständigen Departement im Rahmen der Kollaudation bestimmt (Art. 15 BWRV).

b. Unbefristete Konzessionen und nachträgliche Befristung

²² Die Befristung der Verleihung soll dem Gemeinwesen die Möglichkeit eröffnen, die Nutzung als solche und die daran geknüpften Gegenleistungen und Bedingungen periodisch zu überprüfen. Da wohlerworbene Rechte im Grundsatz gesetzesbeständig sind, muss sichergestellt werden, dass die verliehenen Wasserrechte spätestens nach Ablauf einer gesetzlich definierten Höchstdauer von 80 Jahren an das geltende Recht angepasst werden. Schliesslich soll sich ein Gemeinwesen nicht seiner Rechte und seiner Hoheit entäussern können. Aus diesen Gründen sind unbefristete Konzessionen unter Wahrung einer angemessenen Frist zu kündigen und einer Endlichkeit zuzuführen. Das Bundesgericht hat sich im Entscheid BGE 127 II 69 eingehend mit dieser Problemantik befasst:

²³ Zur Beurteilung stand das Erlöschen einer im 19. Jhd. ohne zeitliche Begrenzung erteilten Wasserrechtskonzession. Das Bundesgericht hielt fest, es gebe kein wohlerworbenes Recht auf eine ewige Konzessionsdauer. Altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, seien zu befristen. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt sowie aufgrund gewichtiger öffentlicher Interessen. Massgeblich sei auch das im Vertragsrecht geltende Prinzip, dass keine Verträge auf „ewige“ Zeiten abgeschlossen bzw. aufrechterhalten werden könnten. Vorliegend durfte die Konzession nach einer Dauer von 134 Jahren unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist, mithin fünfeinhalb Jahre ab dem Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung, abgelöst werden.

- ²⁴ Im Einzelnen führte das Bundesgericht aus, bis Ende des 19. / Anfang des 20. Jahrhunderts galten alle verliehenen Wasserrechte als private Rechte. Die zivilrechtliche Betrachtungsweise habe wohl dazu beigetragen, dass das öffentliche Interesse zu wenig berücksichtigt wurde (E. 4b). Als wohlerworbene Rechte im Zusammenhang mit Konzessionen würden jene Rechte gelten, die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten seien. In die Substanz von wohlerworbenen Rechten dürfe gestützt auf spätere Gesetze regelmässig nicht (bzw. nicht ohne Entschädigung) eingegriffen werden. Die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechtes sei Ergebnis einer Interessenabwägung (Vorrang der aufgrund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten Rechten vor den mit der Durchsetzung einer Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen). Auch zivilrechtlich sei es heute ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf „ewig“ abzuschliessen. Ein wohlerworbenes Recht auf dauerhafte Sondernutzung könne es nicht geben, da dies mit dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt und mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar sei, unabhängig davon, dass altrechtliche Konzessionen als Gebilde (auch) dinglicher Natur verstanden wurden. Daher sei eine nachträgliche Befristung zulässig (E. 5).

C. Zwischenergebnis: Gemeinsamkeiten und Unterschiede

- ²⁵ Ehehafte und wohlerworbene Rechte weisen die Gemeinsamkeit auf, dass sie dem Berechtigten ein Nutzungsrecht einräumen, das im Grundsatz gesetzesbeständig sowie in seiner Substanz gegen hoheitliche Eingriffe geschützt ist.²⁰ Die substanzielle Schmälerung eines bestehenden Rechts stellt einen Grundrechtseingriff dar und erfordert eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse und muss verhältnismässig ausfallen.²¹ Solche Eingriffe ziehen in der Regel eine Entschädigungspflicht des anordnenden Gemeinwesens nach sich.
- ²⁶ Bezüglich der Dauer des Rechts treten die Unterschiede in der Rechtsnatur der beiden Institute zutage. Das ehehafte Recht ist aufgrund seiner dinglichen Herkunft im Ursprung ein unbefristetes. Zwischen dem Berechtigten und dem heutigen Hoheitsträger hat bezüglich der Nutzungsdauer keine

²⁰ Das Bundesgericht setzt wohl mit Blick auf die Rechtswirkungen in einzelnen Entscheiden die ehehaften Rechte den wohlerworbenen gleich (vgl. BGer 2P.256/2002 vom 24. März 2003, E. 3.; BGE 145 II 140, E. 5.1.). A.M. DUBACH, Wohlerworbene Rechte, S. 60 ff.

²¹ Art. 36 BV.

Auseinandersetzung stattgefunden. Der Rechtsbestand wurde in der bisherigen Rechtspraxis unter Berücksichtigung des dinglichen Erwerbstitels als unendlich angenommen. Diese Rechtsauffassung hat das Bundesgericht in seinem Entscheid „Wasserkraftwerk Hammer“²² umgestossen.

²⁷ Bei einem wohl erworbenen Recht aus einer Konzession bildet deren Dauer – innerhalb der gesetzlichen Schranken – Gegenstand aktiv geführter Konzessionsverhandlungen. Die Dauer ist für den Konzessionär ein zentrales Element, zumal sie den Abschreibungshorizont seiner Investitionen und seiner Leistungen an das Gemeinwesen vorgibt und somit für die Wirtschaftlichkeit der Anlagen wesentlich ist. Bei Konzessionserteilung vertraut er darauf, dass die ihm zugesicherte Dauer während des Bestandes der Konzession unverändert bleibt. Mit dem Bundesgericht ist hieraus zu schliessen, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abrücken und das Leistungsverhältnis zu seinen Gunsten verändern kann. Namentlich kann es grundsätzlich die Konzession nicht kürzen, weil die Rentabilität des von der konzessionierten Unternehmung zu erstellende Werk davon wesentlich abhängt.²³

²⁸ Nach der vorliegend vertretenen Auffassung kommt deshalb der konzessionsvertraglich festgelegten, begrenzten Dauer bei wohl erworbenen Rechten ein höherer (Vertrauens-)Schutz zu, als dem aufgrund der dinglichen Natur im Ursprung auf ewig ausgelegten Rechtsbestand ehehafter Rechte. Letztere sind, was ihre zeitliche Schutzbedürftigkeit anbelangt, unbefristeten Konzessionen gleichzusetzen.²⁴

D. Exkurs: Dauer und Befristung bei der Selbstnutzung eines Gewässers durch die Gemeinde als Hoheitsträgerin

²⁹ Laut Art. 3 Abs. 1 WRG ist nebst der Einräumung eines Nutzungsrechtes mittels Konzession an einen Dritten auch eine Selbstnutzung des Gewässers bzw. dessen Wasserkräfte durch das verfügungsberechtigte Gemeinwesen zulässig. Im Kanton Graubünden haben verschiedene Gemeinden von diesem Selbstnutzungsrecht Gebrauch gemacht und betreiben heute eigene (Klein-)

²² BGE 145 II 140.

²³ BGE 127 II 69, E.5.a.; BGE 145 II 140, E.4.3.

²⁴ So neu ausdrücklich BGE 145 II 140, E.6.5.

Wasserkraftwerke. Durch die Selbstnutzung entfällt naturgemäss die Erteilung einer Konzession, die – nebst der Definition des Nutzungsumfangs – u.a. auch die Dauer des Verleihungsverhältnisses bzw. dessen Ende festlegt.

- ³⁰ Die behördliche Überprüfung der geplanten Selbstnutzung auf ihre Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben und den öffentlichen Interessen erfolgt heute im Kanton Graubünden im Rahmen des wasserrechtlichen Projektgenehmigungsverfahrens nach Art. 57 ff. BWRG. Diese Prüfung umfasst namentlich die umweltrechtlichen Aspekte und hierbei – vor allem für den Nutzungsumfang von Relevanz – als zentrales Element die Festlegung der einzuhaltenden Restwassermengen. Ferner weisen alle aktuellen Projektgenehmigungen eine Befristung der Selbstnutzung auf, indem der Projektgenehmigungsentscheid ein Ablaufdatum der Selbstnutzung festlegt. Dessen behördliche Festlegung folgt den Grundsätzen zur Bemessung der Dauer von Wasserrechtskonzessionen (Art. 24 BWRG).²⁵
- ³¹ Bei genauer Betrachtung, umfasst die Befristung einer Wasserrechtskonzession im wesentlichen drei Elemente: *Erstens* soll sich ein Gemeinwesen nicht seiner Rechte und seiner Hoheit dauernd entäussern können (Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt). Hinzu kommt, dass der Abschluss von Verträgen mit ewiger Bindungswirkung auch zivilrechtlich ausgeschlossen ist. *Zweitens* ist eine periodische Überprüfung der Sondernutzung auf die Vereinbarkeit mit verändertem Recht und veränderten öffentlichen Interessen sicherzustellen. Die Privilegierung von konzessionierten Nutzungen durch die ihnen gewährte Rechtsbeständigkeit muss befristet und demzufolge periodisch überprüf- bzw. revidierbar sein. *Drittens* ist ein zeitlicher Rahmen für die zu tätigenen Abschreibungen auf den Investitionen für den Bau und Betrieb des Kraftwerks festzulegen.
- ³² Das erste Element, mithin der Schutz vor einer Veräusserung der öffentlichen Gewalt, spielt bei der Selbstnutzung eines Gewässers durch das verleihungsberechtigte Gemeinwesen keine Rolle. Es hat keinen Einfluss auf die Befristung eines gemeindeeigenen Wasserkraftprojekts. Mangels einer Konzession finden auch die wasserrechtlichen Bestimmungen zur Begrenzung der Nutzungsdauer (Art. 58 WRG und Art. 24 WRG) keine direkte Anwendung auf die Selbstnutzung.²⁶

²⁵ Vgl. Projektgenehmigung Kleinkraftwerk Sarsura (Regierungsbeschluss vom 25. Oktober 2016, Protokoll Nr. 931, Ziff. V.4.1.) sowie Projektgenehmigung Wasserkraftwerk Preda (Regierungsbeschluss vom 19. Juni 2018, Protokoll Nr. 479, Ziff. IV.2.2.).

²⁶ JAGMETTI, Energierecht, Rz. 4211.

- ³³ Von zentraler Bedeutung ist hingegen das zweite Element, wonach die Nutzungsverhältnisse periodisch überprüft und an das veränderte Recht sowie an die veränderten öffentlichen Interessen anzupassen sind. Darin unterscheiden sich Selbstnutzungen nicht von Wasserrechtsverleihungen an Dritte. Dies gilt nicht nur bei aktuellen erstmaligen Projektgenehmigungen von Selbstnutzungen, sondern insbesondere und vor allem auch bei bereits vorbestehenden älteren Selbstnutzungen, die noch keine Befristung enthalten. Wie bei Wasserrechtsverleihungen an Dritte sollen auch die Gemeinwesen in ihren Investitionen geschützt werden (drittes Element der Befristung), indem die Selbstnutzung nicht laufend an verändertes Recht angepasst werden muss. Diese Privilegierung kann jedoch nicht auf ewig dauern. Der Punkt, an dem die öffentlichen Interessen an einer Durchsetzung des veränderten Rechts gegenüber den Interessen des Betreibers auf Beibehalten der konzedierten (bzw. in casu der genehmigten) Verhältnisse überwiegen, ist vom Bundesgesetzgeber per Ablauf einer Maximaldauer von 80 Jahren festgelegt worden. In materieller Hinsicht besteht diesbezüglich kein Unterschied zwischen Selbstnutzungen und Wasserrechtskonzessionen. Es wäre insofern auch im Lichte des Rechtsgleichheitsgebotes nicht zu rechtfertigen, Selbstnutzungen von Gemeinden gegenüber Wasserrechtsverleihungen an Dritte in Bezug auf die Befristung zu bevorzugen.²⁷
- ³⁴ Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass Selbstnutzungen von Gemeinden bei deren Genehmigung zu befristen sind, wie dies mit der Festlegung einer Konzessionsdauer bei Wasserrechtsverleihungen erfolgt. Vorbestehende unbefristete Selbstnutzungen sind gleich zu behandeln wie auf unbefristete Zeit erteilte Konzessionen, die unter Wahrung einer angemessenen Frist zu kündigen und einer Endlichkeit zuzuführen sind.²⁸

E. Bedarf nach einer Ablösung, Anpassung oder Aufhebung bestehender ehehafter Wasserrechte

1. Bei Unvereinbarkeit mit geltendem Umweltrecht

- ³⁵ Ehehafte Rechte entspringen einer Zeit als es noch kein Umweltrecht gab. Gelten solche ehehaften Rechte als grundsätzlich gesetzesbeständig und sind sie in ihrem Fortbestand «ewig», schliessen sie die Anwendung neuen Rechts in ihrem Geltungsbereich dauernd aus. Der zeitlich unbegrenzte Schutz eines

²⁷ WYER, Rechtsfragen, S. 32.

²⁸ Vgl. Rz. 22.

privaten Rechts kollidiert mit dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung neuer Rechtsvorschriften, was mit zunehmender Dauer zu einer stossenden Situation führt. Das Gemeinwesen muss die Möglichkeit haben, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen periodisch an neues Recht anzupassen, was eine Ablösung, Anpassung oder Aufhebung bestehender, unbefristeter ehehafter Wasserrechte erfordert.

2. *Bei wesentlicher Änderung bestehender Anlagen*

³⁶ Ehehafte Rechte waren bei ihrer Begründung regelmässig mit einem Betrieb bzw. einer konkreten Nutzung verbunden. Typischerweise handelte es sich hierbei um Grundstücke mit einer Sägerei oder einer Mühle, deren Antrieb über die Wasserkraft eines mit dem Grundstück verbundenen Gewässers erfolgte. Nach der bundesgerichtlichen Praxis spielt es für den Inhalt und den Rechtsbestand des ehehaften Rechts keine Rolle, ob die Wasserkraftnutzung durch den Berechtigten weiterhin mechanisch (Transmissionsriemen) oder mittels Umwandlung in elektrische Energie (Generator) genutzt wird. Mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass ehehafte Wasserrechte in aller Regel die gesamte Energie umfassen würden, die – allenfalls durch Verbesserung der Anlage entsprechend dem jeweiligen Stand der Technik – erzeugt werden könne, jedoch nur und soweit die seit jeher ausnützbare Wassermenge und das seit jeher ausnützbare Gefälle nicht vergrössert würden.²⁹

³⁷ Werden hingegen die Anlagen, denen das ehehafte Wasserrecht zugrunde liegt, wesentlich geändert, besteht ein öffentliches Interesse daran, dass diese faktisch neue Nutzung auf der Grundlage der aktuellen Rechtsordnung geregelt wird. Diese Neuordnung der Verhältnisse erfordert eine Ablösung der ehehaften Wasserrechte.

3. *Bei Kollision bestehender ehehafter Rechte mit neuen Wasserrechtskonzessionen*

³⁸ Laut Art. 45 WRG werden die Privatrechte Dritter und die früheren Konzessionen durch eine neue Konzession nicht berührt. Kollidieren ältere Rechte mit der Realisierung eines neuen Kraftwerks und sprechen Gründe des öffentlichen Wohls für die Realisierung des neuen Vorhabens, kann dem Konzessionär gemäss Art. 46 WRG die Möglichkeit zum zwangsweisen Erwerb entgegenstehender Nutzungsrechte gewährt werden, notfalls auf dem Wege der Enteignung. Während Art. 46 WRG i.V.m. den Bestimmungen des EntG den Rechtstitel für die Ablösung des ehehaften Rechts liefert, schlägt sich die

²⁹ BGer 2A.391/2006 vom 29. November 2006, E. 4.3.

vorliegend gutachterlich zu beantwortende Frage auf den Rechtsbestand und die Beendigungsmöglichkeiten von ehehaften Rechten nieder.

F. Handlungsmöglichkeiten bei ehehaften Wasserrechten

1. Überprüfung des Vorliegens eines ehehaften Wasserrechts

- ³⁹ Die Analyse möglicher Handlungsmöglichkeiten bei ehehaften Wasserrechten, deren Vorliegen zu Konflikten mit anderen Rechten oder mit Vollzugsaufgaben der öffentlichen Hand führt, muss bei der Überprüfung des Rechtsbestandes des geltend gemachten Rechts beginnen. Wie bereits dargelegt, knüpft das Vorhandensein eines ehehaften Rechts an verschiedene Voraussetzungen, für deren Erfüllung der Berechtigte die Beweislast trägt.³⁰
- ⁴⁰ Aus der Rechtspraxis ist bekannt, dass vor allem der Umfang des geltend gemachten Rechts von Anbeginn sowie dessen ununterbrochene Nutzung oftmals ungenügend oder nur lückenhaft nachweisbar ist. Kollidiert das ehehafte Recht mit geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder mit anderen Nutzungsrechten sind die entsprechenden Beweise einzufordern. Können sie nicht erbracht werden, ist dem ehehaften Recht der Rechtsbestand abzuspochen und der Rechtsschutz zu versagen. In diesen Fällen stellt sich die Frage nach einer Ablösung oder Beendigung des Nutzungsrechtes nicht, zumal das Recht als solches nicht mehr besteht bzw. nicht anerkannt wird.
- ⁴¹ Oftmals zeigt sich, dass der Nutzungsumfang im Laufe der Zeit erweitert worden ist, ohne dass für die über das ursprüngliche Recht hinausgehende Nutzung ein hinreichender Rechtstitel besteht. In diesem Falle bedarf es zumindest für den überschreitenden Teil einer zusätzlichen Wasserrechtskonzession nach geltendem Recht.³¹ Solange diese nicht vorliegt, ist die Mehrnutzung in ihrem Bestand nicht geschützt. Ist diese Mehrnutzung gegenüber dem ursprünglichen Nutzungsrecht derart wesentlich, dass faktisch von einem neuen Werk gesprochen werden muss, ist nach der vom Bundesgericht im Fall Curciosa entwickelten Praxis eine integrale Neukonzessionierung zu verlangen. Sowohl hinsichtlich der formellen als auch der materiellen Anforderungen ist hierbei das geltende neue Recht anzuwenden.³²

³⁰ Rz. 7.

³¹ BGer 2A.391/2006 vom 29. November 2006, E. 4.; BGer 2P.256/2002 vom 24. März 2003, E.4.2.

³² BGE 119 Ib 254, E. 5., 9. und 10.

2. Ablösungs-, Befristungs- oder Kündigungsmöglichkeiten

a. Zivilrechtlicher Ansatz

i. Analogie zu den Grunddienstbarkeiten

- ⁴² Ehehafte Rechte entstammen einer nicht mehr geltenden Rechtsordnung. Die in ihnen enthaltenen Befugnisse erfüllen jedoch die Merkmale einer Dienstbarkeit, und stellen demnach Rechte dar, wie sie in ihrer Art auch unter der geltenden Rechtsordnung noch begründet werden können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden die ehehaften Rechte daher unter die Dienstbarkeiten eingereiht.³³ Gemäss Art. 17 Abs. 2 SchlT des ZGB bestimmt sich ihr Inhalt somit nach den Art. 730 ff. ZGB.
- ⁴³ Aufgrund des engen Sachzusammenhangs zwischen Nutzungsrecht und dem Betrieb, für den es ursprünglich eingeräumt worden ist, liegt eine Analogie zur Grunddienstbarkeit nahe.³⁴ Grunddienstbarkeiten werden in der Regel auf unbestimmte Zeit begründet.³⁵ Allerdings sieht Art. 736 ZGB die Möglichkeit zur Ablösung einer Grunddienstbarkeit durch den Richter vor. Absatz 1 regelt die Löschung einer Dienstbarkeit, die für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Absatz 2 ermöglicht die richterliche Ablösung der Dienstbarkeit, wenn ein Interesse des Berechtigten an der Dienstbarkeit zwar noch vorhanden ist, dieses aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist.
- ⁴⁴ LIVER setzt sich ausführlich mit der Regelung in Art. 736 Abs. 2 ZGB auseinander.³⁶ Im Ergebnis geht nach seiner zutreffenden Auffassung die ratio legis dahin, dem Belasteten das Recht zuzuerkennen, gegen vorgängige Entschädigung die Grunddienstbarkeit abzulösen, wenn die Schwere der Belastung für das Grundstück infolge tatsächlicher Veränderungen oder der ihm gegebenen neuen Zweckbestimmung derart zugenommen hat, dass dadurch zum gleichbleibenden Interesse des Berechtigten ein Missverhältnis entsteht.³⁷
- ⁴⁵ Diese Überlegungen lassen sich in analoger Weise auf die vorliegend zu beurteilende Rechtsfrage übertragen. Das Missverhältnis zwischen Berechtigtem und Belastetem entsteht dadurch, dass infolge eines gleichbleibenden, althergebrachten, auf «ewig» erteilten Nutzungsrechts selbst nach über 150

³³ BGE 88 II 498; ZK-LIVER, Einleitung zu den beschränkten dinglichen Rechten, Rz. 27 mit weiteren Verweisen.

³⁴ Im Ergebnis auch ZK-LIVER, Art. 730 Rz. 175.

³⁵ ZK-LIVER, Art. 730 Rz. 62.

³⁶ ZK-LIVER, Art. 736 Rz. 106 - 184.

³⁷ ZK-LIVER, Art. 736 Rz. 173 f.

Jahren³⁸ dem Hoheitsträger des öffentlichen Gewässers die Anwendung geltenden Rechts und namentlich der Vollzug neuerer umweltrechtlicher Vorschriften dauernd versagt bliebe. Die Belastung des vollzugspflichtigen Gemeinwesens durch die altrechtliche Nutzung nimmt mit den im Laufe der Jahre zunehmenden Aufgaben aus der Gewässerschutzgesetzgebung zu. Das Missverhältnis wird umso evident, als sich die Nutzung des ehehaften Rechts einem Vergleich mit zunehmend erneuerten Konzessionsverhältnissen nach geltendem Recht stellen muss. Ferner würde das öffentliche Gewässer auf ewige Zeiten seines Zwecks entfremdet, wenn entsprechende Nutzungsrechte auf unbeschränkte Dauer Bestand hätten.

- ⁴⁶ Nach unserer Auffassung können deshalb ehehafte Wasserrechte unter Anrufung von Art. 736 Abs. 2 ZGB gegen Entschädigung richterlich abgelöst werden.

ii. Analogie zu den Grundlasten

- ⁴⁷ In BGE 131 I 321 hatte das Bundesgericht die Kündigung einer altrechtlichen, unbefristeten, unentgeltlichen Wasserlieferungspflicht im Kanton Uri zu beurteilen, die aus einem ursprünglichen Quellrecht hervorgegangen war. Unbestritten war die Rechtsauffassung, dass es sich beim fraglichen Quell- und anschliessenden Wasserrecht um ein ehehaftes³⁹ handelte, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.⁴⁰ Mit Verweis auf die wohlerworbenen Rechte hielt das Bundesgericht fest, dass auch altrechtliche, unbefristete Rechte, die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen, nachträglich eingeschränkt und entzogen werden können, wenn der Eingriff auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und bei formeller oder materieller Enteignung gegen volle Entschädigung erfolgt.⁴¹

- ⁴⁸ Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht das ehehafte Recht in casu kraft Art. 2 SchlT zum ZGB als Grundlast im Sinne von Art. 782 ZGB qualifiziert.⁴² Durch die (vom Bundesgericht offen gelassene direkte oder analoge) Anwendung der Bestimmungen über die Grundlast verfügt das Gemeinwesen damit über einen formellen Rechtstitel, der eine Ablösung erlaubt. Gemäss Art. 788

³⁸ Ausgehend vom Inkrafttreten des „Civilgesetzbuches“ des Kantons Graubünden im Jahre 1862, das keine privaten Rechte mehr an öffentlichen Gewässern zulässt.

³⁹ Wobei das Obergericht des Kantons Uri ehehafte Rechte implizit unter den Oberbegriff der wohlerworbenen Rechte stellt.

⁴⁰ BGE 131 I 321, E. 5.1.2.

⁴¹ BGE 131 I 321, E. 5.3.

⁴² BGE 131 I 321, E. 5.2.2.

Abs. 1 Ziff. 2 ZGB kann der Schuldner die Ablösung verlangen nach Abrede oder nach dreissigjährigem Bestande der Grundlast, und zwar auch dann, wenn eine längere Dauer oder die Unablösbarkeit verabredet worden ist. Die Bestimmung gibt gleichzeitig auch die Kündigungsfrist vor. Erfolgt die Ablösung nach dreissigjährigem Bestande, so hat ihr in allen Fällen eine Kündigung auf Jahresfrist voranzugehen (Absatz 2).

- ⁴⁹ Nach Auffassung des Bundesgerichtes sind in diesem Falle auch das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit als Eingriffsvoraussetzungen gegeben, zumal die entsprechenden Abwägungen, was die Ablösbarkeit von unbefristeten Grundlasten nach einer Dauer von dreissig Jahren anbelangt, vom Gesetzgeber vorweggenommen worden sind.⁴³
- ⁵⁰ Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass ehehafte Rechte gemäss Art. 2 SchlT zum ZGB i.V.m. Art. 782 ZGB mitunter als Grundlasten qualifiziert werden können. Deren Ablösung kann in direkter oder analoger Anwendung von 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB verlangt werden, wenn das Recht seit seiner Begründung mehr als dreissig Jahre Bestand hatte, was bei ehehaften Rechten immer der Fall ist.⁴⁴ Die Kündigungsfrist beträgt in diesem Fall ein Jahr. Die Ablösung unter diesem Rechtstitel zieht eine Entschädigungspflicht nach sich.

iii. Intertemporale Gültigkeit

- ⁵¹ Die intertemporale Geltung des ehehaften Rechts bzw. die Anerkennung vorbestehender dinglicher Rechte stützt sich zivilrechtlich auf Art. 17 SchlT zum ZGB. Im Sinne einer allgemeinen Bestimmung hält Art. 2 Abs. 2 SchlT zum ZGB fest, dass Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr finden.
- ⁵² In der Lehre wird die Auffassung vertreten, es sei die Aufgabe von Art. 2 SchlT zum ZGB, allfällig überwiegenden öffentlichen Interessen bei einer Rechtsänderung zum Durchbruch zu verhelfen. Dies setze eine Interessenabwägung voraus. Hierbei sei den typischen Vertrauensinteressen, namentlich

⁴³ BGE 131 I 321, E. 5.4.

⁴⁴ Zum gleichen Ergebnis gelangen DRUEY JUST / CAVIEZEL, Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser, AJP 11/2013, S. 1634.

rechtsgeschäftliche Rechtspositionen oder subjektive Rechte, typische öffentliche Interessen gegenüberzustellen, wobei der Ansatzpunkt der letzteren die Zielsetzung der neuen Rechtsnorm sei.⁴⁵

⁵³ Es stellt sich somit die Frage, ob in Anwendung von Art. 2 SchlT zum ZGB auch im vorliegend zu beurteilenden Fall der ehehaften Reche nach entsprechender Interessenabwägung neues Recht zur Anwendung gelangt, soweit «die Anwendung des alten Rechts zu einer Verletzung grundsätzlich sozialpolitischer und ethischer Anschauungen» führt.⁴⁶ Eine Weiterverfolgung dieses gedanklichen Ansatzes kann u.E. mit Blick auf die Rechtswirkungen unterbleiben. VISCHER weist darauf hin, die von Art. 2 SchlT zum ZGB verlangte Interessenabwägung führe oft dazu, dass altrechtliche Rechtsverhältnisse in die äquivalenten Kategorien des neuen Rechts überführt würden. Durch diese Transponierung werde quasi das alte Recht für den Bestand und das neue Recht für den Inhalt dieser Rechtsverhältnisse massgebend.⁴⁷

⁵⁴ Durch eine Überführung des ehehaften Rechts in die heutige Rechtsordnung, gelangen, wie bereits ausgeführt, die Bestimmungen über die Dienstbarkeiten und Grundlasten zur Anwendung. Art. 2 SchlT zum ZGB bietet somit gegenüber den bereits in den Rz. 42 bis 50 dargelegten Handlungsmöglichkeiten keine zusätzlichen Optionen.

b. Öffentlich-rechtlicher Ansatz

i. *Befristung und Kündigung analog zu den wohlerworbenen Rechten*

⁵⁵ Wasserrechtskonzessionen nach geltendem Recht sind zwingend zu befristen. Die Konzessionsdauer gehört zum obligatorischen Inhalt einer Wasserrechtsverleihung.⁴⁸ Die bundesrechtlich vorgegebene Maximaldauer beträgt 80 Jahre.⁴⁹ Über den Zeitraum der zwischen Konzessionär und Konzedent verhandelten und behördlich genehmigten Konzessionsdauer verschafft die Konzession dem Berechtigten ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Dieses kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden.⁵⁰ Nach

⁴⁵ VISCHER, Basler Kommentar, Art. 2 SchlT, Rz. 3 f.

⁴⁶ VISCHER, Basler Kommentar, Art. 2 SchlT, Rz. 3 mit weiteren Verweisen.

⁴⁷ VISCHER, Basler Kommentar, Art. 2 SchlT, Rz. 6.

⁴⁸ Art. 54 lit. e WRG; Art. 23 Abs. 1 lit. d BWRG

⁴⁹ Art. 58 WRG

⁵⁰ Art. 43 WRG

Ablauf der Konzession erlischt das Nutzungsrecht und die Verhältnisse werden, im Falle einer Weiterführung der Nutzung, in Anwendung des dann zumal geltenden Rechts neu geregelt.

- ⁵⁶ In BGE 127 II 69 hatte das Bundesgericht eine im 19. Jahrhundert ohne zeitliche Begrenzung erteilte Wasserrechtskonzession zu beurteilen. Es hielt fest, bis Ende des 19. bzw. Anfang des 20. Jahrhunderts hätten alle verliehenen Wasserrechte als private Rechte gegolten. Die zivilrechtliche Betrachtungsweise habe wohl dazu beigetragen, dass das öffentliche Interesse in casu zu wenig berücksichtigt worden sei (E. 4b). Das Bundesgericht führte weiter aus, nach heutiger Rechtsanschauung könnten Sondernutzungsrechte aufgrund des Grundsatzes der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt nicht auf unbefristete Dauer erteilt werden. (E. 4c). Für die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts sei massgeblich, dass die Konzessionserteilung vertragsähnlicher Natur sei. Auch zivilrechtlich sei es heute ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf „ewig“ abzuschliessen. Nenne die Konzessionsurkunde keine zeitliche Beschränkung, sei die Dauer der Konzession zu beschränken und durch richterliche Lückenfüllung zu bestimmen (E. 5). Im konkreten Fall durfte die Konzession nach einer Dauer von 134 Jahren unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist von fünfzehn Jahren ab dem Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung aufgelöst werden.
- ⁵⁷ Bei ehehaften Rechten, insbesondere solchen an öffentlichen Gewässern, stellt sich von den Rechtswirkungen her eine vergleichbare Situation ein wie bei unbefristeten Konzessionen. Wäre der Schutz ehehafter Rechte von ewigem Bestand, würde dem Gemeinwesen die Möglichkeit genommen, sich von Zeit zu Zeit zu vergewissern, ob die bestehende Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht, und die Nutzung an die geltende, seit Errichtung des Rechts veränderte, Rechtsordnung anzupassen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die vom Bundesgericht zur Befristung von Konzessionen vorgebrachte Begründung sinngemäss auf ehehafte Rechte übertragen werden kann.
- ⁵⁸ Aufschlussreich sind in dieser Hinsicht die vom Bundesgericht in BGE 127 II 69 vorgenommenen Querbezüge zum Zivilrecht. Wie bereits ausgeführt, weist das Bundesgericht in seinen Erwägungen darauf hin, dass es heute zivilrechtlich ausgeschlossen sei, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen. Dies sei selbst dann unzulässig, wenn diese Verträge noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden seien. Diese Auffassung wird mit dem Hinweis auf Art. 2 SchlT zum ZGB be-

gründet, wonach es sich hierbei um einen Grundsatz handle, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung habe. Art. 2 SchlT zum ZGB werde auch im öffentlichen Recht für massgeblich erachtet. Die einheitliche Wertung in der gesamten Rechtsordnung mache deutlich, dass es ein wohlerworbenes Recht auf dauerhafte Sondernutzung nicht geben könne. Dies wäre mit dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit öffentlicher Gewalt und insofern mit der Öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar, *unabhängig davon*, dass altrechtlichen Konzessionen in gewissem Sinne *als Gebilde auch dinglicher Natur* verstanden würden (E.5.b.). Diese Schlussbemerkung legt nahe, dass das Bundesgericht die soeben genannten Grundsätze nicht nur auf öffentlich-rechtliche Konzessionsverhältnisse, sondern auch auf altrechtliche Verhältnisse dinglicher Natur als anwendbar betrachtet, mithin auch auf ehehafte Rechte.

- ⁵⁹ In der Tendenz vergleichbare Meinungen sind auch in der Literatur zu finden. SUTTER / MÜLLER weisen darauf hin, der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt verbiete, dass sich der Staat auf „ewige Zeiten“ binde. Folglich seien wohlerworbene Ansprüche, *wie sämtliches Recht*, jedenfalls unter Beachtung einer angemessenen Frist ablösbar.⁵¹
- ⁶⁰ Eine gegenteilige Auffassung vertritt demgegenüber das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Dieses leitet aus BGE 127 II 69 ab, dass ehehafte Rechte eine höhere Qualität hätten als Konzessionen, weshalb es sich verbiete, die in dieser Entscheidung vorgesehene Befristung von Wassernutzungskonzessionen auch bei ehehaften Rechten anzuwenden. Aufgrund der Gesetzesbeständigkeit sieht das Verwaltungsgericht bei ehehaften Rechten keine Gründe, die Substanzerhaltung auf eine Dauer von 80 Jahren bzw. bei längerer Dauer bis zur Gegenwart zu beschränken.⁵²
- ⁶¹ Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau verneint eine nachträgliche Befristung ehehafter Rechte. In einer Entscheidung aus dem Jahre 2010 führt es aus, ehehafte Rechte stünden unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und könnten bundesrechtlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV aufgehoben oder in ihrer Substanz beschränkt werden. In der im Zeitpunkt der Befristung geltenden Rechtsordnung fehlte eine gesetzliche Bestimmung, welche die Behörden ermächtigte, private Eigentumsrechte an

⁵¹ SUTTER/MÜLLER, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang? in: ZBl 114/2013, S. 489.

⁵² Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 5. Oktober 2017, GVP 2017, S. 63, E. 4 d/dd.

Wassernutzungswerken zu befristen. Die Verwaltung hätte daher nicht rechtsgestaltend in das privatrechtliche Verhältnis eingreifen können.⁵³

⁶² Das Bundesgericht hat diese Frage nun höchstrichterlich entschieden, nachdem der WWF gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug⁵⁴ Beschwerde geführt hatte. Im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» hat das Bundesgericht Bezug genommen auf BGE 127 II 69 und seine dort dargelegte Haltung im Umgang mit unbefristeten Wasserrechtsverleihungen bestätigt. Daran anschliessend hat es festgehalten, entsprechendes gelte für die ehehaften Rechte. Auch diese seien nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen. Die ehehaften Rechte seien daher abzulösen. Wolle der Berechtigte die Wassernutzung weiterführen, bedürfe er hierfür einer Konzession nach heutigem Recht, zu den geltenden Konzessionsbedingungen, und er müsse alle für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts einhalten, insbesondere die Restwasservorschriften.⁵⁵

⁶³ Wir schliessen uns im Ergebnis dem Entscheid des Bundesgerichtes an. Wie bereits in Rz. 26 ff. ausgeführt, vertreten wir die Auffassung, dass – entgegen der Meinung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug – der *konzessionsvertraglich* festgelegten, begrenzten Dauer bei wohlerworbenen Rechten aufgrund der besonderen Vertrauensposition des Konzessionärs gegenüber dem Gemeinwesen ein höherer Schutz zukommt, als dem aufgrund der *dinglichen* Natur auf ewig ausgelegten Rechtsbestand des einst zivilrechtlich erworbenen ehehaften Rechts. Die vorzeitige Beendigung einer befristeten Konzession ist deshalb an höhere Voraussetzungen zu knüpfen als die Ablösung eines unbefristeten ehehaften Rechts.

⁶⁴ Was die nachträgliche Befristung bzw. den Ablösungsvorgang als solches anbelangt, lässt das Bundesgericht allerdings verschiedene Fragen offen. Es weist lediglich in einer Klammerbemerkung darauf hin, die Ablösung sei «unter Umständen mit einer gewissen Übergangsfrist» vorzunehmen. An welche Umstände es hierbei gedacht hat, erwähnt es nicht. Weiter führt das Bundesgericht aus, die Anpassung an das heutige Recht müsse «bei erster Gelegenheit» erfolgen. Was darunter fallen soll, wird ebenfalls nicht konkretisiert. Und schliesslich legt das Bundesgericht fest, die nachträgliche Befristung des ehehaften Rechts sei «grundsätzlich» entschädigungslos vorzunehmen. Die

⁵³ Urteil des Verwaltungsgerichtes Aargau vom 25.01.2010 in: AGVE 2010 S. 235, E. 5; wiedergegeben in WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Band II, 2014, Rz. 1391.

⁵⁴ Vgl. Rz. 60.

⁵⁵ BGE 145 II 140, E.6.5.

sich daraus stellende Frage, in welchen Fällen eine Entschädigung zu leisten wäre, bleibt unbeantwortet.⁵⁶ Auf diese Aspekte ist weiter unten einzugehen.

- ⁶⁵ Im Sinne eines *Zwischenergebnisses* ist festzuhalten, dass das Bundesgericht nach einer Dauer von 80 Jahren eine nachträgliche Befristung und Ablösung ehehafter Rechte verlangt. Es wählt hierzu einen öffentlich-rechtlichen Ansatz und überträgt auf die ehehaften Rechte jene Argumentation, die es zur nachträglichen Befristung zeitlich unbegrenzter Konzessionen angewendet hat.

ii. Ablösung durch ordentliche Wasserrechtskonzession nach WRG / BWRG

- ⁶⁶ In einer ersten Entwurfsfassung des vorliegenden Gutachtens ist die Ablösung des ehehaften Rechts durch eine neue ordentliche Wasserrechtskonzession als pragmatischer Lösungsansatz vorgeschlagen worden, soweit sich der Inhaber des ehehaften Rechts und das verleihungsberechtigte Gemeinwesen auf eine neue und den heute geltenden Vorschriften entsprechende Nutzung einigen können. Aufgrund des Bundesgerichtsentscheides «Wasserkraftwerk Hammer» wird dieses Vorgehen nun für den Berechtigten zur Pflicht, wenn er seine Anlage, die bisher auf der Grundlage eines ehehaften Recht betrieben wurde, weiterbetreiben will.⁵⁷

3. Möglichkeit der Durchführung von Restwassersanierungen (Art. 80 ff. GSchG)

- ⁶⁷ Gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG sind von Wasserentnahmen beeinflusste Gewässer soweit zu sanieren, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Weitergehende, entschädigungspflichtige Sanierungsmassnahmen sind nach den Vorgaben von Art. 80 Abs. 2 GSchG zu treffen. Ablauf und Konzept der Restwassersanierung sind dem AEV als kantonale Fachbehörde bestens bekannt, weshalb an dieser Stelle auf entsprechende Erläuterungen verzichtet werden kann.
- ⁶⁸ Mit den entschädigungslos anzuordnenden Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG hat sich das Bundesgericht im Misoixer-Fall⁵⁸ ausführlich auseinandergesetzt. Einzelne Aspekte in den bundesgerichtlichen Erwägungen sind aus wasserrechtlicher Sicht durchaus kritisch zu beurteilen. Es

⁵⁶ BGE 145 II 140, E.6.5.

⁵⁷ BGE 145 II 140, E.6.5.

⁵⁸ BGE 139 II 28.

bleibt allerdings festzustellen, dass durch den Misoher-Entscheid zahlreiche Fragen der Restwassersanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG höchstrichterlich entschieden worden sind, weshalb sie im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht mehr zur Diskussion gestellt werden müssen.

⁶⁹ Bei Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber zur Feststellung der Entschädigungspflicht und zur Festlegung der Entschädigung auf das eidgenössische Enteignungsgesetz verweist.

⁷⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage zu beantworten, wie weit die Grundsätze der Restwassersanierung nicht nur auf konzessionsrechtliche Verhältnisse, sondern auch auf Nutzungen gestützt auf ehehafte Rechte anwendbar sind. Art. 80 GSchG spricht von Eingriffen in bestehende Wassernutzungsrechte. Gewählt wurde offensichtlich nicht der Terminus Wasserrechtskonzessionen, was darauf schliessen lässt, dass von der Sanierungspflicht nach Art. 80 GSchG sämtliche Nutzungsrechte erfasst werden sollten, die eine geschützte Rechtsposition begründen, insbesondere auch ehehafte Rechte. Diese Auffassung wird sowohl in der Literatur als auch in der Gerichtspraxis einheitlich vertreten.⁵⁹ Es kann demzufolge festgehalten werden, dass der Vollzug von Art. 80 GSchG auch bei ehehaften Rechten eine Handlungsoption darstellt, um zugunsten von Sanierungsmassnahmen in bestehende Rechtspositionen einzugreifen.

⁷¹ Höchststrichterlich noch nicht entschieden ist, ob das Verfahren zur Restwassersanierung nach Massgabe des Bundesgerichtsentscheides «Wasserkraftwerk Hammer» nunmehr sogar die «erste Gelegenheit»⁶⁰ zur Ablösung der ehehaften Rechte und Anpassung der Nutzung an heutiges Recht, insbesondere an die Restwasserbestimmungen von Art. 31 ff. GSchG, darstellt. Folgt man den Überlegungen des Bundesgerichtes zur Befristung und Ablösung altrechtlicher Konzessionen ohne zeitliche Begrenzung, verliert das Nutzungsrecht – verkürzt formuliert – den Schutz vor Eingriffen durch neues Recht in jenem Zeitpunkt, in dem die getätigten Investitionen als amortisiert gelten, mithin nach einer Dauer von 80 Jahren. Auf der Grundlage dieses Entscheides ist somit davon auszugehen, dass ehehafte Rechte im Zuge des Verfahrens zur Restwassersanierung durch ordentliche Wasserrechtskonzessi-

⁵⁹ FREI, Restwassersanierung, S. 30; ECKERT, MAURUS, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, Diss. Zürich 2002, S. 143 ff.; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 153; DERS. in: Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Art. 80 GSchG N 22, 37 ff; Urteil des Bundesgerichtes 1A.320/2000 vom 20. September 2001, E.a.cc.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 5. Oktober 2017, GVP 2017, S. 63, E. 4 d/bb.

⁶⁰ BGE 145 II 140, E.6.5.

onen abzulösen sind, wobei die für neue Konzessionsverhältnisse anwendbaren Restwasserbestimmungen von Art. 31 ff. GSchG Anwendung finden. Davon dürften allerdings Fälle ausgenommen sein, in denen der Berechtigte im Vertrauen auf den Bestand seines Rechts kürzlich neue Investitionen getätigt hat.⁶¹ Mit der Ablösung des ehehaften Rechtes durch eine neue Konzession entfällt auch die Ausscheidung von entschädigungslosen Massnahmen nach Art. 80 Abs. 1 GSchG und entschädigungspflichtigen Massnahmen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG, wie sie bei einer Sanierung während laufender Wasserkonzession vorzunehmen ist.

4. *Ablösungszeitpunkt und Entschädigungspflicht*

a. Grundsätze

⁷² Nach bisheriger Praxis⁶² ging das Bundesgericht vom Rechtsbestand ehehafter Rechte aus. Eine nachträgliche Einschränkung oder der Entzug dieser Rechte galten als Eingriffe in die Eigentumsgarantie und bedurften deshalb einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und sie mussten verhältnismässig ausfallen. Soweit eine Behörde ein bestehendes Wassernutzungsrecht vollständig aufheben wollte, musste sie den Weg der formellen Enteignung beschreiten.⁶³ Formelle Enteignungen sind in jedem Fall entschädigungspflichtig. Wurde das ehehafte Recht hingegen «lediglich» beschränkt, lag eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung vor, wenn der Eingriff besonders schwer wog oder ein Einzelner als Sonderopfer betroffen wurde.⁶⁴

⁷³ Der Bundesgerichtsentscheid „Wasserkraftwerk Hammer“ nimmt diesbezüglich eine Praxisänderung vor. Die Anpassung einer auf ehehaftem Recht beruhenden Nutzung an das heutige Recht wird nicht mehr als Eingriff in eine geschützte Rechtsposition angesehen, sondern es wird dem althergebrachten Nutzungsrecht die Rechtsbeständigkeit versagt. An die Stelle eines hoheitlichen Eingriffs tritt die Beendigung bzw. der Untergang des Rechts. Dies zwingt den vormaligen Berechtigten, ein neues Nutzungsrecht nach den heute geltenden Vorschriften zu erwerben. Als Konsequenz dieser veränderten Betrachtungsweise erfolgt die Ablösung gemäss höchstrichterlicher Entscheid grundsätzlich entschädigungslos. Offen lässt das Bundesgericht

⁶¹ Vgl. Rz. 78.

⁶² Vgl. namentlich BGE 131 I 321 und BGer 1.A320/2000 vom 20. September 2001.

⁶³ BGer 1.A320/2000 vom 20. September 2001, E. 3 b/bb.

⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 2179.

einzig den genauen Ablösungszeitpunkt und eine allfällige Entschädigung im Ausnahmefall.

b. Ablösungszeitpunkt

i. «... bei erster Gelegenheit ...»

⁷⁴ Mit Bezugnahme auf die nachträgliche Befristung von Wasserrechtskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung hält das Bundesgericht im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» fest, dass auch ehehafte Rechte nach einer Dauer von 80 Jahren abzulösen und den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen seien.⁶⁵ Da im Kanton Graubünden ehehafte Rechte seit dem Jahre 1862⁶⁶, mithin seit 157 Jahren, nicht mehr begründet werden können, übertreffen alle noch bestehenden altrechtlichen Nutzungen die Zeitspanne von 80 Jahren. Sie wären somit alle abzulösen. Die konkrete Umsetzung soll gemäss Bundesgericht «bei erster Gelegenheit»⁶⁷ erfolgen. Diese Formulierung bedeutet dreierlei: Das ehehafte Recht fällt nicht von selbst dahin, der Untergang des Rechts bedarf eines behördlichen Aktes (1). Dieser Akt ist an ein konkretes Vorkommnis bzw. an einen verwaltungsrechtlich relevanten Vorgang geknüpft (2). Tritt dieses Vorkommnis ein, besteht seitens der Behörden eine Handlungspflicht (3).

⁷⁵ Als «erste Gelegenheit» sind im Lichte des Bundesgerichtsentscheides «Wasserkraftwerk Hammer» zweifellos Genehmigungsverfahren zur Änderung oder Erweiterung des Nutzungsrechtes zu qualifizieren. Gleiches gilt für Bewilligungsverfahren im Zusammenhang mit baulichen Veränderungen der Kraftwerksanlagen. Nach unserer Auffassung fallen auch Nutzungskonflikte zwischen vorbestehenden ehehaften Rechte und neuen Wasserrechtsverleihungen darunter, die im Zuge eine wasserrechtlichen Genehmigungsverfahrens bereinigt werden müssen. Schliesslich ist davon auszugehen, dass auch ein Verfahren zur Restwassersanierung zur Ablösung des ehehaften Rechts führt.⁶⁸

⁷⁶ Im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» geht das Bundesgericht gar so weit, die nicht bewilligungspflichtige Reparatur und Wiederinbetriebnahme der alten Turbine als Anlass zur Anpassung des Nutzungsrechtes an heutiges

⁶⁵ BGE 145 II 140, E.6.5.

⁶⁶ Vgl. Rz. 4 ff.

⁶⁷ BGE 145 II 140, E.6.5.

⁶⁸ Vgl. Rz. 71.

Recht zu nehmen.⁶⁹ Dieser Auffassung können wir angesichts der in Rz. 74 entwickelten Kriterien nicht folgen. Zu Kritik Anlass gibt hierbei ferner der Umstand, dass sich das Bundesgericht in derart einschneidender Weise zu einer Rechtsfrage äussert, die explizit nicht Verfahrensgegenstand bildete, und dass es seine Rechtsauffassung mit keinem Wort begründet.

ii. «... u.U. mit einer gewissen Übergangsfrist ...»

⁷⁷ In einer Klammerbemerkung deutet das Bundesgericht im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» an, dass die Ablösung eines ehehaften Rechts «unter Umständen mit einer gewissen Übergangsfrist» zu verstehen sei.⁷⁰ Welche Umstände damit gemeint sind, lässt es offen.

⁷⁸ Nach unserer Auffassung ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass bei der Wasserkraftnutzung gestützt auf ein ehehaftes Recht neben die Eigentumsgarantie auch ein Vertrauensschutz treten kann, wenn der Berechtigte in einem formellen wasserrechtlichen Verfahren nach geltendem Recht eine Projektgenehmigung für die Kraftwerksanlagen erhalten und gestützt auf den behördlichen Entscheid Investitionen getätigt hat. Konnten diese Investitionen seit der Projektgenehmigung noch nicht amortisiert werden, ist dem Berechtigten bis zur vollständigen Abschreibung eine Übergangsfrist zur Ablösung des ehehaften Rechts zu gewähren. Gleiches gilt für den Fall, dass der Berechtigte im Zuge eines energetischen Fördermodells eine Beitragsverfügung erhalten hat, die ihm während einer festgelegten Betriebsdauer eine Entschädigung für den produzierten Strom garantiert. Die Übergangsfrist bis zur Ablösung des ehehaften Rechts ist u.E. auf die Restlaufzeit der Förderung abzustimmen.

c. Allfällige Entschädigungspflicht

⁷⁹ Die Ablösung des ehehaften Rechts und die Unterstellung der Nutzung unter die heute geltenden Vorschriften hat nach dem Bundesgerichtsentscheid «Wasserkraftwerk Hammer» «grundsätzlich entschädigungslos» zu erfolgen.⁷¹ Die Relativierung der Entschädigungslosigkeit durch den Zusatz

⁶⁹ BGE 145 II 140, E.6.6.

⁷⁰ BGE 145 II 140, E.6.5.

⁷¹ BGE 145 II 140, E.6.5.

«grundsätzlich» weist allerdings darauf hin, dass Fallkonstellationen denkbar sind, die eine Entschädigungspflicht nach sich ziehen.

- ⁸⁰ Unseres Erachtens ist hierbei in erster Linie wiederum an jede Fälle zu denken, in denen aufgrund individueller behördlicher Zusicherung und getroffener Dispositionen seitens des Berechtigten ein Vertrauensschutz besteht. Überwiegt das öffentliche Interesse an einer umgehenden Anpassung der Gewässernutzung an die heute geltenden Vorschriften derart, dass es die Gewährung einer Übergangsfrist bis zur vollständigen Amortisation der Investitionen oder bis zum Ablauf behördlich zugesicherter Vergütungen ausschliesst, ist der Eingriff in die geschützte Rechtsposition zu entschädigen.
- ⁸¹ Eine allfällige Entschädigung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen. Als Bemessungskriterien bieten sich insbesondere an: das Datum der wasserrechtlichen Projektgenehmigung, auf deren Grundlage Investitionen getätigt worden sind, die Höhe der Investitionen, der Zeitpunkt deren Vornahme, erfolgte Abschreibungen, bereits bezogene Vergütungen der öffentlichen Hand, noch ausstehende Förderbeiträge und die Restlaufzeit der energetischen Förderung.

G. Verfahrensfragen

1. *Zuständigkeit und Verfahren bei einer Restwassersanierung gemäss Art. 80 GSchG bei ehehaften Wasserrechten*
- ⁸² Zuständig für den Vollzug der Restwassersanierung nach Art. 80 GSchG ist die Regierung (Art. 2 Abs. 1 lit. c KGSchV). Das Verfahren entspricht jenem bei Sanierungsverfügungen, die Wasserrechtskonzessionen betreffen. Der Rechtsbestand und die Dauer des von der Sanierung betroffenen Rechts wird nach Anhörung der Territorialgemeinde als verfassungsberechtigtes Gemeinwesen in der kantonalen Sanierungsverfügung beurteilt und entschieden. Im Zuge eines Verfahrens zur Restwassersanierung liegt die Kompetenz infolgedessen bei der Regierung, dem ehehaften Recht die Rechtsbeständigkeit zu versagen und dessen Beendigung zu erklären.
- ⁸³ Hingegen liegt es gemäss Art. 10 BWRG in der Kompetenz der Territorialgemeinde, dem Betreiber der Anlage gegebenenfalls eine neue Wasserrechtskonzession nach den heutigen Rechtsvorschriften zu erteilen. Die neue Konzession bedarf der Genehmigung der Regierung (Art. 11 BWRG).

2. *Zuständigkeit und Verfahren zur Beendigung und Ablösung von ehehaften Wasserrechten*

- ⁸⁴ Das Bundesgericht verlangt im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» die Ablösung des ehehaften Rechts und die Anpassung der Nutzung an das heutige Recht «bei erster Gelegenheit».⁷² Wie bereits dargelegt, dürfte sich diese «Gelegenheit» in den meisten Fällen im Zusammenhang mit einem zu durchlaufenden behördlichen Verfahren ergeben.⁷³ Eine rechtskonforme Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen umfasst die Berücksichtigung der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass die rechtsanwendende Behörde dem ehehaften Recht den Rechtsbestand absprechen muss und ihrem Entscheid dessen Beendigung zugrunde legt.
- ⁸⁵ Die behördliche Zuständigkeit ergibt sich nach Massgabe des jeweiligen Verfahrens, in dem sich die vorliegende Rechtsfrage stellt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich dabei überwiegend um kantonale wasserrechtliche Verfahren in der Zuständigkeit der Regierung handeln wird. Vereinzelt dürften auch kommunale (Verleihungs- oder raumplanungsrechtliche) Verfahren betroffen sein.
- ⁸⁶ Unter den vom Bundesgericht im Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» geschaffenen rechtlichen Prämissen dürften zivilrechtliche Ansätze zur Beendigung und Ablösung ehehafter Rechte⁷⁴ kaum mehr eine Rolle spielen.

III. ZUSAMMENFASSUNG UND WÜRDIGUNG

- ⁸⁷ Mit dem Entscheid «Wasserkraftwerk Hammer» hat das Bundesgericht im Umgang mit ehehaften Rechten eine Praxisänderung vollzogen, die es in sich hat. Neu ist diesen altrechtlichen Nutzungen bei erster sich bietender Gelegenheit der Rechtsbestand abzusprechen. Ehehafte Rechte sind als beendet zu erklären und die Nutzung ist mittels einer neuen Wasserrechtskonzession an die heute geltenden Vorschriften anzupassen. Für die bisherigen Berechtigten stellt dies einen harten Einschnitt dar.

⁷² BGE 145 II 140, E.6.5.

⁷³ Vgl. Rz. 74 f.

⁷⁴ Vgl. Rz. 42 – 50.

- ⁸⁸ Bei differenzierter Betrachtung ist jedoch zu erkennen, dass der Umgang mit diesen unbefristeten Nutzungsrechten aus einer längst vergangenen Rechtsordnung zunehmend Schwierigkeiten bot und insbesondere im Vollzug umweltrechtlicher Bestimmungen zu unausgewogenen Situationen führte. Namentlich im Verhältnis zu (zeitlich befristeten) Wasserrechtskonzessionen nach geltendem Recht stellte sich faktisch eine Privilegierung der «auf ewig» geltenden ehehaften Rechte ein, die rechtlich nicht begründbar war. Die entschädigungspflichtige Beendigung und Ablösung ehehafter Rechte, wie sie die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Eigentumsgarantie verlangte, führte zu finanziellen Belastungen, die sowohl den Vollzug der Restwassersanierung wie auch die Erneuerung und Erweiterung von Wasserkraftwerken unter Ablösung vorbestehender ehehafter Rechte erheblich erschwerte. Die Praxisänderung hin zu einer entschädigungslosen Anpassung der ursprünglichen Nutzung an die heute geltenden Vorschriften erleichtert diese Vorgänge.
- ⁸⁹ Wichtig erscheint uns allerdings, dass in jenen Einzelfällen, in denen Berechtigte im Vertrauen auf behördliche Zusicherungen namhafte Investitionen zum Weiterbetrieb ihrer Anlagen getätigt haben, die Möglichkeit behalten, ihre Investitionen auf der Basis des zugrundeliegenden Nutzungsrechts abzuschreiben. Das Bundesgericht öffnet den Vollzugsbehörden in dieser Hinsicht eine Türe, indem es die Gewährung einer Übergangsfrist bis zur Ablösung des ehehaften Rechts zulässt.

Wir hoffen, mit diesen Ausführungen zur Klärung der rechtlichen Situation in Bezug auf die ehehaften Rechte beigetragen zu haben, und stehen Ihnen bei allfälligen Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Lic. iur Michelangelo Giovannini



MLaw Michelle Mehli