

Die Ablösung ehehafter Wasserrechte

**Gutachten zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer)
zuhanden des Kantons Zug**

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg, Rechtsanwalt

Privatdozent Dr. iur. Goran Seferovic, Rechtsanwalt

Winterthur/Zürich, 26. Oktober 2020

Inhalt

Management Summary	4
I. Ausgangslage und Fragestellung	6
II. Ehehafte Wasserrechte: Begriff, Erscheinungsformen und Rechtsnatur	7
A. Herkunft und Begriff.....	7
B. Erscheinungsformen und Verbreitung	11
C. Rechtsnatur	13
D. Eigenheiten der ehehaften Wasserrechte	19
III. Ablösung von ehehaften Wasserrechten	20
A. Echte Lücken infolge des BGE 145 II 140 und Vorgehen bei der Lückenfüllung	20
B. Zuständigkeit	21
C. Rechtsform der Ablösung	22
D. Bestand ehehafter Wasserrechte und Abgrenzung zu wohlerworbenen Rechten.....	23
E. Anlass der Ablösung	24
1. Bei erster Gelegenheit	24
2. Übergangsfrist	28
IV. Rechtsfolgen der Ablösung.....	32
A. Vorbemerkung: Bundesgerichtliche Praxis zum Vertrauensschutz	32
B. Im Grundsatz kein Anspruch auf Umwandlung.....	33
C. Inhalt der Neukonzessionierung	34
D. Aufgabe des Wasserrechts	35
E. Anpassung von bestehenden Verfügungen und Verträgen	38
F. Löschung im Grundbuch	40
G. Ausnahmsweise Entschädigungspflicht.....	41
V. Beantwortung der Fragen	43
A. Einleitung des Konzessionsverfahrens bei erster Gelegenheit.....	43
B. Einleitung des Konzessionsverfahrens durch die Behörde ohne Anlass.....	44
C. Nicht amortisierte Investitionen	45
D. Aufhebung von ehehaften Wasserrechten	46
E. Private Gewässer.....	46
F. Bestand ehehafter Wasserrechte	47

G.	<i>Rückerstattung von Entschädigungen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG</i>	48
H.	<i>Entschädigungen für Investitionen</i>	48
I.	<i>Stilllegung / Rückbau von Wasserkraftwerksanlagen</i>	49
J.	<i>Weitere Fragen</i>	50
	Abkürzungen.....	51
	Gesetzesverzeichnis	52
	<i>Bundesgesetze</i>	52
	<i>Kantonale Gesetze</i>	53
	Literaturverzeichnis.....	54

Management Summary

- 1 **Ehehafte Wasserrechte** haben ihren Ursprung in einer früheren, nicht mehr bestehenden Rechtsordnung und können nach heutiger Rechtslage nicht mehr begründet werden. Sie gewähren ihrer Inhaberin oder ihrem Inhaber Rechte an der Nutzung öffentlicher Gewässer und stehen regelmässig in Konflikt mit aktuellen umweltrechtlichen Vorgaben, insbesondere den Mindestrestwassermengen. Mit dem **Entscheid 145 II 140 («Hammer»)** hat das Bundesgericht am 29. März 2019 entschieden, dass die ehehaften Wasserrechte bei erster Gelegenheit den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen sind, und zwar grundsätzlich entschädigungslos (Kap. I, 6 und Kap. II, 7).
- 2 Die **Ablösung** der ehehaften Rechte ist Sache der Kantone. Zur Ablösung bedarf es eines behördlichen Aktes (Kap. III.B und III.C, 21.). Die zuständigen Behörden haben die ehehaften Wasserrechte immer dann abzulösen, wenn ihre Handlungen Auswirkungen auf den Betrieb des Wasserkraftwerks (samt Rentabilität und Eigentümerschaft des Wasserwerks) und seine Umgebung haben könnten. Als Übergangsfrist, innert deren die ehehaften Wasserrechte spätestens abzulösen sind, ist von zehn Jahren auszugehen. Dies in Analogie zur gesetzlichen Frist für eine Neukonzessionierung (Art. 58a Abs. 2 WRG) und koordiniert mit der Frist, nach welcher die Massnahmen zu umweltrechtlichen Sanierungen der Wasserkraftwerke bis Ende des Jahres 2030 getroffen werden müssen (Kap. III.E, 24).
- 3 Mit der Ablösung des ehehaften Wasserrechts ist das Recht so anzuwenden, wie wenn eine Konzessionsverlängerung zur Beurteilung stünde, also unter **Einschluss der gesamten umweltrechtlichen Vorgaben** (Kap. IV.C, 34).
- 4 Sofern Projekte bereits realisiert wurden, könnten die entsprechenden **Baubewilligungen und Sanierungsverfügungen** in aller Regel nicht mehr widerrufen werden. Dagegen sind insbesondere Verfügungen, welche eine privilegierte Sanierungen nach Art. 80ff. GSchG erlauben, aufzuheben, wenn sie noch nicht umgesetzt worden sind. Einmalige **Entschädigungen** für bereits ausgeführte Massnahmen dürfen grundsätzlich nicht zurückgefordert werden. Anders verhält es sich dagegen, wenn die Massnahmen noch nicht ausgeführt wurden, oder bei wiederkehrenden Entschädigungen etwa für jährliche Erlöseinbussen oder Fördermassnahmen (Kap. IV.E, 38.).

- 5 Nach dem Bundesgericht sind die ehehaften Wasserrechte «**grundsätzlich**» **entschädigungslos** abzulösen. Keine Entschädigung ist also zu leisten, wenn sich der Betrieb des Werks – infolge der nun umfassend anzuwendenden, umweltrechtlichen Regelung – nicht mehr lohnt und das Werk stillgelegt werden muss. Sofern allerdings im Vertrauen auf das ehehafte Wasserrecht oder andere vertrauensbegründende Akte (wie z. B. eine Baubewilligung) Investitionen getätigt wurden und diese – weder bis zur Ablösung noch mit einer Neukonzessionierung – amortisiert werden können, ist eine Entschädigung zu leisten (Kap. IV.G, 41).
- 6 Wenn Wasserkraftinhaberinnen und -inhaber infolge Ablösung des ehehaften Rechts den **Betrieb ihres Wasserwerks aufgeben**, so kommen die Regeln zum Erlöschen der Konzession (Art. 64ff. WRG) analog zur Anwendung: Insbesondere verbleiben die auf privatem Boden errichteten Anlagen der bisherigen Eigentümerin oder dem bisherigen Eigentümer, während die auf öffentlichem Boden stehenden Anlagen an das Gemeinwesen übergehen. Zudem hat die Werkeigentümerin oder der Werkeigentümer die Sicherungsarbeiten vorzunehmen, die durch das Eingehen des Werkes nötig werden. Fünf Jahre nach Ablösung des ehehaften Wasserrechts müssen die neuen Restwasservorschriften ohne Einschränkung angewendet werden (Kap. IV.D, 35).

I. Ausgangslage und Fragestellung*

- 7 **Ehehafte Wasserrechte** gewähren ihrer Inhaberin oder ihrem Inhaber Rechte an der Nutzung öffentlicher Gewässer.¹ Sie haben ihren Ursprung in einer früheren, nicht mehr bestehenden Rechtsordnung und können nach heutiger Rechtslage nicht mehr begründet werden.² Die derart noch existierenden Rechte stehen regelmässig in Konflikt mit aktuellen umweltrechtlichen Vorgaben, insbesondere den Mindestrestwassermengen.³
- 8 Mit dem **Entscheid 145 II 140 («Hammer»)** hat das Bundesgericht am 29. März 2019 entschieden, dass die ehehaften Wasserrechte bei erster Gelegenheit den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen sind, und zwar grundsätzlich entschädigungslos.⁴
- 9 Für die Kantone, welche über die Wasservorkommen verfügen,⁵ ebenso wie für die Inhaberinnen und Inhaber von ehehaften Wasserrechten stellen sich infolge

* Andreas Abegg leitet das Zentrum für öffentliches Wirtschaftsrecht an der ZHAW School of Management and Law in Winterthur und ist Titularprofessor für öffentliches Recht an der Universität Luzern. Goran Seferovic ist Dozent an der ZHAW School of Management and Law und Privatdozent an der Universität Zürich. Die Autoren danken Prof. Dr. Roland Norer für die kritische Durchsicht des Gutachtens, Frau Lesley O'Hara für die Sichtung von Rechtsprechung und Literatur und Bojan Peric für Lektorat und Layout. Das vorliegende Gutachten wurde vom Kanton Zug bestellt und von den Kantonen Bern, St. Gallen und Thurgau mitfinanziert. Deren Fragen werden am Schluss des Gutachtens in Kap. V, 42ff., beantwortet. Erstellt wurde der Fragekatalog von einer Begleitgruppe unter der Leitung von David Gander und unter Mitwirkung von Peter Keller, Urs Kempf, Priska Mueller und Dr. iur. Thomas Sägger. Im Übrigen waren die Autoren in der Bearbeitung des Gutachtens frei.

¹ Zum Begriff siehe unten Rz. 15.

² Zu Herkunft und heutiger Rechtslage siehe unten Rz. 11ff.

³ Zum System der Wassernutzung und den entsprechenden Konflikten siehe RAUSCH et al. (2004), Rz. 432, RÜEGGER (2013), 32. Das Restwasser ist die Abflussmenge eines Fliessgewässers, die nach einer oder mehreren Entnahmen von Wasser verbleibt (Art. 4 lit. k GSchG). Das GSchG sieht in Art. 30 ff. Regelungen vor, um eine bestimmte Restwassermenge zum Schutz der Umwelt zu sichern. Damit steht aber weniger Wasser zur Nutzung der Wasserkraft zur Verfügung.

⁴ Insbesondere E. 6.5: «[Die ehehaften Wasserrechte] sind nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar grundsätzlich entschädigungslos. Die ehehaften Rechte (z.B. Personalservituten) sind daher abzulösen (u.U. mit einer gewissen Übergangsfrist). Will der Berechtigte die Wassernutzung weiterführen, bedarf er hierfür einer Konzession nach heutigem Recht, zu den geltenden Konzessionsbedingungen, und muss alle für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts einhalten, insbesondere die Restwasservorschriften. Diese Anpassung an das heutige Recht muss bei erster Gelegenheit erfolgen und ist jedenfalls Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen. Bau- und Ausnahmebewilligungen dürfen daher erst erteilt werden, wenn eine Konzession erteilt worden ist.»

⁵ Art. 76 Abs. 4 BV. Zur Zuständigkeit unten Rz. 32.

dieses Entscheids eine **Reihe von Fragen**: Wann, in welcher Form und mit welchen Rechtsfolgen sind die ehehaften Wasserrechte abzulösen?⁶

- 10 Das **vorliegende Gutachten** beantwortet diese Fragen, indem es in einem ersten Schritt die Herkunft der ehehaften Wasserrechte untersucht (Kap. II). In einem zweiten Schritt werden sodann die ehehaften Wasserrechte in das System der heutigen Wassernutzung eingeordnet und dabei die Voraussetzungen (Kap. III) sowie die Rechtsfolgen (Kap. IV) derer Ablösung untersucht. Zum Schluss werden die gestellten Fragen beantwortet (Kap. V).

II. Ehehafte Wasserrechte: Begriff, Erscheinungsformen und Rechtsnatur

A. Herkunft und Begriff

- 11 Die **Diskussion um die Ablösung der ehehaften Wasserrechte** hat sich vor allem daran entzündet, dass die sie aufgrund ihres angeblich eigentumsähnlichen Status den heutigen gesetzgeberischen, vor allem umweltrechtlichen Zielen entgegenstünden und deren Inhaberinnen und Inhaber ungerechtfertigte Vorteile genössen.⁷ Aus diesem Grund und mit Blick auf den Status der ehehaften Rechte bei und nach der Ablösung ist deshalb einleitend zu klären, inwiefern die ehehaften Wasserrechte von ihrer Herkunft her eigentumsähnlich sind (unmittelbar nachfolgend), welche Formen ehehafter Rechte zu unterscheiden sind (unten B) und in welcher Form und mit welchen Eigenheiten sie ins moderne Recht übernommen wurden (unten C und D).

- 12 **Das Wort «ehehaft»** stammt aus dem althochdeutschen und bedeutet in der älteren deutschen Rechtssprache so viel wie rechtmässig, gesetzmässig, legitim.⁸

- 13 **Vor dem 19. Jahrhundert** wurde es nicht im Zusammenhang mit Wasserrechten verwendet. Es bezeichnete vielmehr jene unentbehrlichen Gewerbe wie Mühlen, Schmieden oder Trotten, welche mit bestimmten betriebsbezogenen Rechten ausgestattet waren. Solche ehehaften Gewerbe verfügten z. B. über ein örtliches Monopol oder eben das Recht, die Wasserkraft zum Betrieb des Gewerbes zu

⁶ Dazu im Wesentlichen unten Rz. 30ff.

⁷ So im Resultat die Meinung des Bundesgerichts in BGE 145 II 140, E. 6.4-6.5.

⁸ DUBLER (2008).

nutzen. Diese von Grund- und Gerichtsherrschaften und später von Landesherren erteilten Rechte standen nicht dem Einzelnen zu, sondern waren an die Ausübung des Gewerbes gebunden. Die Inhaberinnen oder Inhaber ehehafter Gewerbe waren somit einerseits privilegiert, d. h. sie hatten vorrangiges Anrecht auf Rohstoffe und Produktionsmittel wie den Wasserantrieb, waren aber andererseits zur verlässlichen Betriebsführung und damit zum Dienst an der Allgemeinheit verpflichtet.⁹ Die Nutzung des Wassers für ehehafte Gewerbe war jeweils mit den Bedürfnissen der Nachbarinnen und Nachbarn zu koordinieren, die ihrerseits Wasser benötigten – z. B. für Haus und Stall oder Wiesen – oder am weiteren Wasserverlauf ein Gewerbe betrieben, das auf die Wasserkraft angewiesen war (wie typischerweise eine Untermühle).¹⁰

14 **Im 18., vor allem im 19. Jahrhundert** und teils noch im 20. Jahrhundert führten zwei Entwicklungen dazu, dass sich die Verknüpfung von ehehaften Gewerben und dazu gehörenden (Wasser-)Rechten löste:

- Erstens schien die Pflicht, einen bestimmten Betrieb wie z. B. jenen einer Mühle aufrecht erhalten zu müssen, mit der sich durchsetzenden **Handels- und Gewerbefreiheit** nicht mehr vereinbar. Zugleich war Wasser und insbesondere Wasserkraft als Ressource beschränkt; es war im Interesse des Gemeinwesens, dass die Wasserkraft effizient genutzt wurde. Dies führte zur **Forderung nach einer umfassenden Regulierung des Wassers als öffentliche Sache**.¹¹
- Zweitens führte der wirtschaftliche Wandel dazu, dass viele ehehafte Gewerbe, insbesondere Mühlen, aufgegeben wurden, was der **Entkopplung von ehehaften Gewerben und Wasserrechten** Vorschub leistete. Die Rechte an der Wasserkraft wurden teils aufgehoben und allenfalls neu vergeben, teils von Fabrikbetrieben und später von Elektrizitätswerken übernommen.¹²

⁹ LIVER (1980), 62ff., FENNER (2015), 31ff.

¹⁰ LIVER (1980), 65, FENNER (2015), 43ff.

¹¹ FENNER (2015), 74ff.

¹² HUBER (1900), 571f., LIVER (1958), 246, LIVER (1978), 29.

- 15 Vormalig war also nicht von «eheaften Rechten» die Rede gewesen, sondern eheaftige Gewerbe waren mit bestimmten Rechten ausgestattet worden. Der Begriff der «eheaften Rechte» wurde erst mit den **modernen Wasserrechtsgesetzen** eingeführt, welche vom Prinzip der öffentlichen Gewässer ausgehen. Das Recht zur Verfügung über das Wasser und die Wasserkraft lag nun beim Gemeinwesen (in der Regel beim Kanton). Als «eheaft» im Sinne von rechtmässig wurden die alten Rechte in dieser Situation deshalb bezeichnet, weil sie unter der neuen Rechtsordnung zwar nicht mehr neu eingerichtet werden konnten, aber weiterhin galten. Der Begriff umfasste aber nicht nur die Rechte der vormalig eheaften Gewerbe, sondern auch andere auf Dauer angelegte Rechte,¹³ die inzwischen erteilt worden waren. Wann diese Entwicklung einsetzte, variiert von Kanton zu Kanton: Die Ablösung wurde in den Kantonen Aargau und Zürich früh auf die Jahre 1804 und 1816 festgesetzt. In anderen Kantonen erfolgte sie im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts oder, wie zum Beispiel im Kanton Zug, infolge des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) von 1916.¹⁴
- 16 In den neuen Kategorien des modernen Rechts wurden die eheaften Rechte (wie damals auch die neu konzessionierten Rechte) den privaten Rechten zugeordnet und den Gewässern als öffentlich-rechtliche Sache unter Verwaltung des Gemeinwesens entgegengesetzt.¹⁵ Das im Jahr 1912 in Kraft tretende **Zivilgesetzbuch** sowie das im Jahr 1918 nachfolgende Wasserrechtsgesetz führten diesen Grundsätzen entsprechende Regelungen ein, welche bis heute in Kraft sind:

¹³ Später oft als sogenannt altrechtliche Konzessionen qualifiziert.

¹⁴ LIVER (1958), 225f., FENNER (2015), 154ff. Im *Kanton Aargau* nannte der Gesetzgeber die eheaften Wasserrechte explizit mit dem Entstehungsjahr 1804: § 8 des (nicht mehr in Kraft stehenden) Gesetzes über die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken vom 28. Februar 1856 (763.300). Heute werden die eheaften Wasserrechte in § 43 Abs. 5 AG-WnG («Übergangsrecht») «nach bisherigem Recht» anerkannt. Zum *Kanton Graubünden* vgl. GIOVANNINI/MEHLI (2019), 6f.: 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. Eine Übersicht mit Stand im Jahr 1900 bietet HUBER (1900), 509ff. Im *Kanton St. Gallen* nennt der heutige Art. 51 Abs. 1 SG-GNG, dass «die vor 1860 geschaffenen Nutzungsanlagen in dem Umfang und in der Nutzungsart, wie sie am 1. Januar 1894 bestanden haben» anerkannt werden. Im *Kanton Thurgau* standen mit § 1 des Gesetzes vom 21. Mai 1895 betreffend die Korrektur und den Unterhalt der öffentlichen Gewässer alle öffentlichen Gewässer unter der Aufsicht des Staates. Zum Kanton Thurgau vgl. auch BGE 95 I 243 und unten Fn. 74. Im *Kanton Zug* wurden die Gewässer spätestens mit dem Gesetz betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. Februar 1922 zur öffentlichen Sache. Siehe dazu BGE 48 I 580. Eine umfassende Sicht auf die Entstehung der neuen Wasserrechtsgesetze fehlt bis anhin. Eine Übersicht zur heutigen Gesetzgebung bietet GIOVANNINI (2016).

¹⁵ Vgl. dazu HUBER (1900), 571ff., v. a. 574.

- Das **Verfügungsrecht über die öffentlichen Gewässer** und insbesondere die Wasserkraft steht den **Kantonen** zu, während der Bund die Oberaufsicht über Wasserbau und Gewässerschutz wahrnimmt (Art. 24 aBV resp. Art. 76 BV; Art. 2 WRG).
- Aus dem Prinzip, dass Gewässer als öffentliche Sache zu behandeln sind, folgt einerseits, dass Gewässer kein Privateigentum sind, sofern kein anderweitiger Nachweis erbracht werden kann (Art. 664 ZGB). Die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes **bestehenden Eigentumsrechte bleiben** andererseits auch unter dem neuen Recht anerkannt, unterstehen aber grundsätzlich dem neuen Recht (Art. 17 und 21 SchlT ZGB).¹⁶ Für die «alten» Rechte sieht das Wasserrechtsgesetz entsprechend als Grundsatz vor, dass durch die neuen Konzessionen die Privatrechte Dritter und die früheren Konzessionen nicht berührt werden (Art. 45 WRG).
- Unter dem Titel «**Übergangsbestimmung**» (Art. 74 WRG) bezeichnet der Gesetzgeber einige Normen im ersten Abschnitt («Verfügung über die Gewässer») und im dritten Abschnitt («Verleihung von Wasserrechten»), welche auf die vor 1908 begründeten Wasserrechte zur Anwendung kommen. Im dritten Abschnitt sind dies die Regelungen über Einschränkungen infolge öffentlicher Bauten und die Abgabe von Wasser zu öffentlichen Zwecken (Art. 44 und 53 WRG) sowie die Normen zur Enteignung und zur Streitregelung (Art. 46f. und 70f. WRG). Nicht zur Anwendung kommen dagegen die Vorgaben insbesondere zur Konzessionierung und zum Rückzug der Konzession sowie zu den Pflichten des Konzessionärs (v. a. Art. 38ff. sowie Art. 48ff. WRG).

¹⁷ Auf diese Weise wurde mit den modernen Wasserrechtserlassen im 19. und frühen 20. Jahrhundert zwar eine moderne Ordnung eingeführt: Die Gewässer sind grundsätzlich öffentliche Sachen unter kantonaler Hoheit und Verwaltung.¹⁷ Zugleich anerkannte das neue Recht aber einen Restbestand der alten Rechtsordnung, was in der Lehre unter dem Sammelbegriff der ehehaften Rechte erfasst

¹⁶ SCHMID-TSCHIRREN (2016), Rz. 3 zu Art. 21 SchlT ZGB.

¹⁷ Gemäss GIOVANNINI (2016), Rz. 5.141 haben sich die meisten Kantone die Sachherrschaft über die Gewässer selbst vorbehalten. Abweichende Regelungen sind einzig in den Kantonen Graubünden, Uri, Schwyz und Wallis anzutreffen. Zum Kanton Glarus siehe sogleich Fn. 18.

wurde. Diese wurden grundsätzlich im Bestand anerkannt, wobei aber Rechtsnatur und Dauer der Anerkennung im Bundesgesetz unbestimmt blieben. Der neuen Nutzungsordnung unterstanden sie nur, aber immerhin, in eingeschränktem Masse, konnten aber gegen Entschädigung enteignet werden.¹⁸

B. Erscheinungsformen und Verbreitung

18 Die ehehaften Rechte sind in der heutigen Ausprägung,¹⁹ wie bereits erwähnt, erst mit der Einführung der modernen Wasserrechtsgesetze entstanden.²⁰ Zu berücksichtigen ist, dass ehehafte Wasserrechte auch nach der Einführung der modernen Wasserrechtsgesetze zuweilen noch erweitert wurden. Es sind deshalb **folgende Erscheinungsformen** der heute bestehenden, ehehaften Wasserrechte zu unterscheiden:

- Von **ehehaften Wasserrechten** ist die Rede, wenn bisherige Wasserrechte unter der neuen, modernen Gesetzgebung zwar nicht mehr begründet werden konnten, aber doch weiterbestehen sollten. Der wichtigste und namensgebende Typus derartiger ehehafter Wasserrechte geht auf die oben erläuterten Rechte zurück, die an ehehafte Gewerbe gebunden waren und im Laufe der Zeit regelmässig anderen Nutzungen zugeführt wurden.²¹ Weitaus häufiger sind aber jene Wasserrechte, welche sich nicht oder nicht mehr auf ehehafte Gewerbe zurückführen lassen, sondern im 19. oder gar frühen 20. Jahrhundert noch vor dem Erlass

¹⁸ Anders stellt sich die Situation im Kanton Glarus dar: Nach Art. 169 und Art. 170 des Gesetzes vom 7. Mai 1911 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus (EG ZGB) steht das Wasserrecht im Kanton Glarus den Grund- bzw. Ufereigentümern zu. Aufgrund des Vorbehalts in Art. 2 Abs. 2 WRG bleibt somit das kantonale Recht anwendbar. Nicht zur Anwendung kommt somit insbesondere der gesamte dritte Teil des WRG zur Verleihung von Wasserrechten durch Konzession. Nach Art. 178 (i. V. m. Art. 177) EG ZGB kann der Kanton immerhin Wasserkräfte gegen volle Entschädigung enteignen, was er mit Beschluss der Landsgemeinde vom 5. Mai 1918 denn auch gemacht hat. Vgl. dazu BGer-Urteil 2E_3/2009, E. 3. Da der Kanton Glarus somit nicht über die Gewässerhoheit verfügt, ist unklar, wie sich BGE 145 II 140 auf den Kanton auswirkt.

¹⁹ Verstanden als bestehende eigentumsähnliche Rechte, welche unter neuem Recht zwar anerkannt wurden, aber nicht mehr neu begründet werden konnten. Oben v. a. Rz. 16.

²⁰ Oben Rz. 6ff.

²¹ Vgl. dazu LIVER (1978), 17ff. Liver beschreibt die Rechte und Pflichten der Churer Mühlen, deren Müller u. a. auf den von ihnen genutzten Gefällstrecken den Mühlbach zu unterhalten hatten. So hatte die «Mühle ob der Metzg» den Bach samt Wuhr von der Wölbe Turaschz (Ruine des Vazer Turms «Spinöl», von wo ein Pfad an den Mühlbach führte) bis zur Metzgerbrücke zu unterhalten.

der modernen Wassergesetze in anderer Weise (z. B. infolge eines Grundstückkaufs) erworben wurden.²²

- Wenn nach der Einführung der modernen Gesetzgebung die Wassernutzung erweitert wurde, entstand eine Mischform: Es bestand weiterhin das ehehafte Wasserrecht fort, das aber mit einer Konzession erweitert wurde. Es wird hier von **gemischten oder geteilten Wasserrechten und entsprechend von gemischten Werken** gesprochen,²³ wobei die einzelnen Rechtstitel typischerweise nebeneinander bestehen und auseinandergehalten werden können.²⁴
- Zudem ist zu berücksichtigen, dass zwecks baulicher Veränderungen oder Investitionen in die Anlagen auch bei ehehaften Wasserrechten regelmässig behördliche Bewilligungen ausgesprochen oder Konzessionen ausgestellt wurden. In diesen Fällen wurde im **Vertrauen** darauf, dass ein behördlicher Akt Bestand haben wird, in die Erweiterung eines **ehehaften Wasserrechte investiert**.²⁵

²² Vgl. LIVER (1979). Liver berichtet im Gutachten zur Spinnerei an der Lorze, dass der erste erhaltene Erwerbstitel aus dem Jahr 1852 einen Verkauf der Dorfgemeinde Baar an private Personen dokumentiere. Die Käufer erwarben das Land für einen Kanal samt Fahrweg sowie die «Rechtsame [das Nutzungsrecht], das Lorzenwasser nach ihrem Bedürfnis und Gutfinden durch eine Wuhung in den obengenannten Kanal einzuleiten und durch denselben zu führen». Es folgte die Übertragung an weitere Käufer, bis im Jahr 1897 Land und Nutzungsrechte von den Wasserwerken Baar erworben wurde. Nach Liver sind im Kanton Zug jene Wasserrechte, welche vor dem Gesetz betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. Februar 1922 begründet und ausgeübt wurden, ehehafte Wasserrechte und unterstehen als solche der Eigentumsgarantie.

²³ So z. B. das Wasserwerk «Schmittli» an der Lorze im Kanton Zug: Aus dem Protokoll des Regierungsrats des Kantons Zug vom 18. November 1997 (S. 5) geht hervor, dass «die im Eigentum der Wasserwerke Zug AG bestehenden Wasserkraftanlage die beiden Abschnitte des Lorzenlaufs vom Schmittli bis Stampf (Stufe 2) und von dort bis Tobel (Stufe 1) [umfasst]. Für die Stufe 2 besteht grundsätzlich die bis Ende des Jahres 2023 dauernde Konzession mit verschiedenen Nebenabreden und der Anerkennung eines Teils der Wasserkraftnutzung als ehehafte Rechte. Für die Stufe 1 gilt nach wie vor die vom Regierungsrat am 23. März 1891 'im Grundsatz' erteilte Konzession. Diese enthält ausdrücklich die Bedingung, dass die Wasserversorgung Zug, d.h. die Rechtsvorgängerin der Wasserwerke Zug AG, die Vorschriften der bestehenden und noch zu erlassenden eidgenössischen und kantonalen Gesetze und Verordnungen, namentlich jene über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, zu anerkennen habe. Ebenso behielt der Regierungsrat eine Konzessionsgebühr vor.» Nach Liver waren im Jahr 1958 im Kanton Aargau drei Viertel der Wasserwerke gemischte Werke: LIVER (1958), 243. Zu den gemischten Werken vgl. auch RENTSCH (1980), 362f. m. w. H., BÜTLER (2019), 543, GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 11.

²⁴ Dazu unten Rz. 38 und 61.

²⁵ Nach dem Vertrauensschutz sollen sich die Bürgerinnen und Bürger bei ihren Dispositionen auf die bestehende Rechtslage und die Handlungen der Behörden verlassen dürfen. Zum Vertrauensschutz unten Rz. 38.

19 Zu unterscheiden ist des Weiteren, ob ein ehehaftes Wasserrecht von der Inhaberin oder vom Inhaber beansprucht wird oder ob es **an Dritte belehnt** wurde.

C. *Rechtsnatur*

20 Wohlerworbene Rechte sind solche, die auch vom Gesetzgeber nur unter den Voraussetzungen für einen Eingriff in die Eigentumsgarantie eingeschränkt oder widerrufen werden können.²⁶ Wohlerworbene Rechte entstehen regelmässig dann, wenn Private im Vertrauen auf einen Akt des Gemeinwesens Investitionen tätigen. Beispielhaft dazu ist Art. 43 WRG, wonach dem Konzessionär eines Wasserrechts ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers zukommt (Abs. 1). Dieses kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (Abs. 2).

21 Über die Frage, ob ehehafte Wasserrechte als wohlerworbene Rechte oder als Eigentum (resp. eieigentumsähnliches Recht) zu gelten haben, wurde viel geschrieben.²⁷ Diese Unterscheidung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil sich der **Rechtsschutz sowie die Rechtsfolgen bei Enteignungen** bei wohlerworbenen Rechten und Eigentum unterscheiden:

- Wohlerworbene Rechte mit ihrer Grundlage im Vertrauensschutz gewähren einen verstärkten **Schutz vor späteren, auch gesetzgeberischen Eingriffen**,²⁸ während das Eigentum sich stets in den jeweiligen gesetzlichen Rahmen einpassen muss resp. neuen gesetzlichen Einschränkungen untersteht.²⁹

²⁶ RIVA (2007), 33ff., 127ff.

²⁷ Dazu sogleich Fn. 31–40.

²⁸ So schützt z. B. Art. 80 GSchG (als kodifizierte Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Substanztheorie) das Vertrauen in die erteilte Wasserrechtskonzession, indem bei Restwassersanierungen Eingriffe in die Substanz des Rechts sogar unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung zu entschädigen sind: BÜTLER (2019), 545. Ein vollständiger Schutz vor Eingriffen des Gesetzgebers wird freilich zurecht abgelehnt: unter vielen RÜEGGER (2013), 31ff., m. w. H.

²⁹ Eigentum findet erst in der jeweiligen Rechtsordnung seine konkrete inhaltliche Ausgestaltung. So bereits LIVER (1958), 229f. Er nennt als Beispiel die Anliegerrechte: Sie bildeten mit vielen anderen Befugnissen den Inhalt des Grundeigentums, dem die Rechtsordnung in ihrem privatrechtlichen und ganz besonders in ihrem öffentlich-rechtlichen Bereich ihre Schranken setzt.

- Bei der **Enteignung von Eigentum** ist eine Entschädigung nach Art. 26 Abs. 2 BV zu leisten, welche insbesondere einen entgangenen Gewinn (z. B. einer nutzlos gewordenen Erweiterung eines Kraftwerks) umfasst. Wird dagegen ein Recht (wie z. B. ein konzessioniertes Wasserrecht) entzogen, welches sich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes abstützt, so besteht der Schaden in jenen Vermögensaufwendungen, die im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage getätigt wurden (wie z. B. Investitionen in die Anlage) – was den entgangenen Gewinn in der Regel nicht abdeckt.³⁰
- 22 Der **Gesetzgeber** ging beim Erlass des Wasserrechtsgesetzes davon aus, dass die «Inhaber früherer Benutzungsrechte ... ihr Recht behaupten können, solange sie nicht expropriert und entschädigt worden sind.»³¹ Eugen Huber lehnte in seinen programmatischen Untersuchungen zu den Wasserrechten im künftigen schweizerischen Recht im Jahr 1900 denn auch explizit ab, mit Einführung des modernen Rechts die bestehenden Wasserrechte einer zeitlichen Beschränkung zu unterwerfen.³² Vielmehr seien sie im Bestand insoweit zu schützen, als sie zur Ausführung gelangt und noch in Gebrauch seien.³³
- 23 Die **ältere Lehre** ordnete die ehehaften Wasserrechte entsprechend dem Eigentum zu: Bereits Eugen Huber und später in den 1950er-Jahren auch Liver erkannten in den ehehaften Wasserrechten die Merkmale der Dienstbarkeit³⁴ (regelmässig der Grunddienstbarkeit und zuweilen der Personaldienstbarkeit).³⁵ Als sol-

³⁰ BGE 122 I 328, E. 7a; unter vielen RIVA (2007), 124f. m. w. H. Dazu jüngst auch SCHREIBER (2020), 97.

³¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912, BBl 1912 II 669, 694.

³² HUBER (1900), 571: «Entweder man postuliert, dass die früher erteilten Wasserrechte zeitlich beschränkt werden sollen, was sie einfach als eine teilweise allgemeine Expropriationsmassregel darstellen würde. In der That ist durch die Gesetzgebung solches, wenn die Verhältnisse es gebieterisch verlangten, schon angeordnet worden, man denke nur an die Aufhebung und Beschränkung der Waldservituten. Allein als allgemeine gesetzgeberische Ordnung würde uns diese Vorschrift, die in neuerer Zeit mehrfach in Vorschlag gebracht worden ist, nicht gerechtfertigt und nicht billig erscheinen.»

³³ HUBER (1900), 572.

³⁴ Eine Dienstbarkeit vermittelt ein Recht, das gegenüber jedermann wirkt und zur Benutzung einer anderen Sache berechtigt. Art. 730ff. ZGB.

³⁵ HUBER (1900), 530, LIVER (1958), 244ff. Die *Grunddienstbarkeit* ist in Art. 730ff. ZGB geregelt: Es wird damit «ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstückes in der Weise belastet, dass sein Eigentümer sich

che könnten sie ins Grundbuch als private Rechte eingetragen werden und unterstünden der Eigentumsgarantie.³⁶ Dubach präziserte in seinem Gutachten für das damalige Bundesamt für Wasserwirtschaft im Jahr 1979, dass die ehehaften Wasserrechte zwar durch die Eigentumsgarantie geschützt seien, nicht aber den darüber hinausgehenden Schutz von wohlerworbenen Rechten genössen, weil sie – anders als die konzessionierten Wassernutzungsrechte – nicht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Staat beruhten.³⁷

24 Die **neuere Lehre und sodann auch das Bundesgericht** teilen dagegen die ehehaften Rechte den wohlerworbenen Rechten zu.³⁸ In BGE 131 I 321 qualifizierte das Bundesgericht die ehehaften Rechte allerdings als Grundlasten, mit welchen der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes zu einer Leistung an einen Berechtigten verpflichtet wird und hierfür ausschliesslich mit dem Grundstück haftet.³⁹ Damit konnte der Schuldner (und somit hier das Gemeinwesen) das Recht nach 30 Jahren kündigen und gegen Entschädigung ablösen.⁴⁰

bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf.» Bemerkenswert ist insbesondere, dass nach Art. 736 ZGB die Dienstbarkeit gelöscht werden kann, wenn der Berechtigte das Interesse an der Dienstbarkeit verloren hat. Zudem kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden, wenn das Interesse an der Dienstbarkeit im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist. Während die Grunddienstbarkeit jeweils den Eigentümer eines Grundstücks berechtigt, begünstigt die Personaldienstbarkeit irgendeine Person.

³⁶ HUBER (1900), 573f., LIVER (1952), 339ff., LIVER (1958), 231ff. und 244ff. Ebenso HUBER (1955), 457 f. In diesem Sinne auch der kritische Rückblick von KÖLZ (1978), 92, v.a. Fn. 84: Kölz erkennt im Überdauern ehehafter Rechte in den Formen des Eigentums das «nie vollkommen zu lösende, geradezu klassische Dilemma, in dem der Staat steht: Einerseits muß er berechtigtes Vertrauen in den Bestand seiner Institutionen schützen, andererseits hat er die Bildung ungerechtfertigter Privilegien zu verhindern.» Dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau (Entscheid vom 25.1.2010, in: AGVE 2010, 135) zufolge haben sich «[i]m Kanton Aargau ... Nutzungsrechte an Gewässern aus althergebrachten Rechtstiteln als privatrechtliche Eigentumsrechte erhalten. Begriff und Inhalt des dinglichen Rechts bestimmt das Privatrecht. Die ehehaften Wasserrechte sind von der Eigentumsgarantie geschützt.» Dazu HÄNNI (2012), 310, HÄNNI/ZUFFEREY (2012), 29, WIEDERKEHR/RICHLI (2014), Rz. 1391. Vgl. auch HÄUPTLI-SCHWALLER (2013), Rz. 14 zu §114 AG-Baugesetz.

³⁷ DUBACH (1984), 63f. und 128. Ähnlich RHINOW (1979), 18f.

³⁸ BGer-Urteil 1C_51/2017, E. 4.1. So bereits BGer-Urteil 1A.320/2000, E. 3.a)cc) und 2P.256/2002. Ebenso BGE 117 Ia 35 zu ehehaften Weiderechten. Des Weiteren VerwG BE vom 20. Okt. 2009, in: BVR 2010 66 sowie VerwG FR vom 26. Juni 2003, in: URP 2003 785. Zur neueren Lehre, welche die ehehaften Rechte als wohlerworben qualifizierte, vgl. unter vielen KLETT (1984), 97f., 100ff., STRUB (2001), 94ff., insbesondere 96ff., RIVA (2007), 97f., m. w. H. Eine Übersicht gibt BIAGGINI (2017), Rz. 13ff. Relativierend dagegen jüngst BÜTLER/RIVA (2017), Rz. 35ff., BÜTLER (2019), 545, welche den Schutz von Treu und Glauben im Vordergrund sehen.

³⁹ Art. 2 SchlT ZGB i. V. m. Art. 782 ZGB.

⁴⁰ Art. 788 ZGB; BGE 131 I 321, E. 5; CAVIEZEL (2004), 1634, DRUEY JUST/CAVIEZEL (2013).

Dieser Diskussion um Dauer und Rechtsnatur hat das Bundesgericht nun mit dem **Leitentscheid 145 II 140 («Hammer»)** ein Ende gemacht: Es setzt entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung⁴¹ die ehehaften Wasserrechte⁴² den altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen gleich; ein darüber hinausgehender Schutz auf verfassungsrechtlicher Grundlage (Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz) lasse sich nicht rechtfertigen (E. 6.3). Damit rechtfertige der Investitionsschutz die Aufrechterhaltung überkommener Rechte wie bei Konzessionen nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (E. 6.4).⁴³ Folglich seien die ehehaften Wasserrechte heute abzulösen und den geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar grundsätzlich entschädigungslos (E. 6.5).

⁴¹ So auch TSCHENTSCHER et al. (2019), 674. Mit dem Entscheid, dass «die ehehaften Rechte (z. B. Personalservituten) abzulösen seien» bzw. der Schutz der Eigentumsgarantie für ehehafte Rechte nicht mehr gilt, nimmt die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts eine Praxisänderung gegenüber Urteilen anderer Abteilungen vor: Da ehehafte Rechte als private Rechte aufgefasst werden, haben sich neben der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung (BGer-Urteile 1C_631/2017 und 1C_51/2017) auch schon die II. öffentlich-rechtliche Abteilung (BGer-Urteile 2C_699/2017, E. 5.1 und BGE 131 I 321, E. 5.1.2) und die II. Zivilabteilung (BGE 88 II 498, BGE 63 I 110; BGer-Urteil 2A.4/1992, E. 2b) mit ehehaften Rechten befasst. Nach Art. 23. Abs. 1 BGG kann eine Abteilung eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einer früheren Entscheidung einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt.

⁴² Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht damit alle ehehaften Wasserrechte anspricht, z. B. auch Trinkwasserrechte. Das Bundesgericht erwägt, dass «Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung ... heute als verfassungswidrig erachtet [werden], weil das Gemeinwesen die Möglichkeit haben muss, sich von Zeit zu Zeit zu vergewissern, ob die Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch im Einklang steht, ansonsten es sich seiner Gewässerhoheit entäussern würde» (BGE 145 I 140, E. 6.4). Daraus schliesst das Bundesgericht, dass die «ehehaften Wasserrechte ... nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen [sind], und zwar grundsätzlich entschädigungslos» (E. 6.5). Soweit ehehafte Wasserrechte als Sondernutzungen qualifizieren, sind sie somit nach dieser Logik abzulösen. Ob eine Sondernutzung vorliegt, ist im Einzelfall zu klären. Dass allenfalls die Ablösung derartiger ehehafter (Trinkwasser-)Rechte primär fiskalische Auswirkungen zeitigt und keine öffentlichen Interessen wie jenes am Gewässerschutz betroffen sind, kann im konkreten Ablöseprozess berücksichtigt werden.

⁴³ Mit Verweis auf BGE 127 II 69, E. 5b; vgl. Art. 58 WRG, der eine maximale Konzession von 80 Jahren vorsieht. Siehe zur Befristung auch DUBACH (1984), 209f. Dass altrechtliche Konzessionen zwingend zu befristen sind, 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. Noch im Entscheid 1A.320/2000, E. 3.b)bb) ging das Bundesgericht davon aus, dass ehehafte Wasserrechte auf unbestimmte Zeit andauern und nur gegen Entschädigung entzogen werden dürfen: « Si l'on retient l'hypothèse de l'existence d'un droit acquis - en l'occurrence d'un 'droit ancien' et non pas d'un droit déduit d'une concession -, l'atteinte à ce droit est, manifestement, telle qu'elle justifierait un dédommagement, ou qu'elle ne pourrait intervenir sans indemnité; en pareil cas, l'art. 80 al. 2 LEaux serait donc applicable. Cette disposition prévoit, dans ces conditions, que l'indemnisation est régie par la loi fédérale sur l'expropriation.»

- 26 Die **Ex-Post-Interpretation des Bundesgerichts** lässt sich mit dem Wortlaut der einschlägigen bundesrechtlichen Normen vereinbaren.⁴⁴ Sie widerspricht aber der Meinung der älteren Lehre und wohl auch dem historischen Gesetzgeber. Diese nahmen an, dass ehehafte Rechte als zeitlich unbegrenzte, eigentumsähnliche Positionen in die neue Rechtsordnung übernommen werden. Demgegenüber stehen ehehafte Rechte nun gemäss Bundesgericht analog zu den altrechtlichen Konzessionen nur (aber immerhin) unter dem normalen Investitionsschutz und der in Art. 58 WRG genannten Konzessionsmaximaldauer von 80 Jahren.
- 27 Insofern ist zu den bundesgerichtlichen Erwägungen Dreifaches zu bemerken:
- Auch wenn die ehehaften Wasserrechte den altrechtlichen Konzessionen gleichzustellen und abzulösen sind, kann **im Einzelfall ein wohlerworbenes Recht bestehen**. Erstens gibt es, wie oben erwähnt, Mischformen von ehehaften Rechten und Konzessionen. Soweit und solange letztere Konzessionen noch nicht abgelaufen sind, besteht ein wohlerworbenes Recht (Art. 43 WRG). Zweitens könnte dann ein Anspruch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes⁴⁵ von Art. 9 BV bestehen, wenn die Inhaberin oder der Inhaber eines ehehaften Wasserrechts im Vertrauen auf das fortdauernde ehehafte Recht – und womöglich im Einverständnis mit den Behörden – Investitionen getätigt hat, die noch nicht amortisiert sind, z. B. Investitionen in die Erneuerung oder Verbesserung der Turbine.⁴⁶
 - Die Diskussion darüber, **wann ein Wasserrecht als ehehaftes Recht gilt, erübrigt sich** mit dem Entscheid des Bundesgerichts weitgehend. Soweit nicht ein Teil des Wasserrechts auf einer laufenden Konzession beruht, sind die Nutzungen nach einer Übergangsfrist den geltenden Normen

⁴⁴ Oben Rz. 16. Die Interpretation des Bundesgerichts widerspricht aber wohl verschiedenen kantonalen Normen: Vgl. Art. 2 Abs. 2 BE-WNG; § 43 Abs. 5 AG-WnG.

⁴⁵ Zum Vertrauensschutz oben Rz. 21.

⁴⁶ Oben Rz. 18f.

zu unterstellen.⁴⁷ Im Falle eines nachweislich andauernden Investitionsschutzes sind ausserdem Ansprüche aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen.⁴⁸

- Bei der Ermittlung der konkreten Rechtsfolgen des bundesgerichtlichen Entscheids werden die erläuterte Abkehr von der bisherigen Praxis des Bundesgerichts⁴⁹ sowie die Unschärfen zur eigentumsrechtlichen Position und zu den wohlerworbenen Rechten⁵⁰ zu berücksichtigen sein. Diese Unschärfen bestehen einerseits darin, dass ehehafte Betriebe jeweils an die konkrete Ausübung des Betriebs gebunden und in eine soziale Ordnung eingebettet waren. Sie wurden aber in der Regel bereits weit vor der Einführung der modernen Wasserrechtsgesetze aufgegeben. Mit den gemeinwohlorientierten, ehehaften Betrieben haben die heutigen ehehaften Rechte kaum mehr etwas zu tun.⁵¹ Zudem wurden die ehehaften Rechte erst mit der Brille des späten 19. und des 20. Jahrhunderts in die Kategorien des Eigentums eingeordnet; vormals waren die Rechte ehehafter Gewerbe in ein Gefüge anderer Rechte eingebettet.⁵² Vor allem aber gebietet die heutige Rechtsordnung, über 100 Jahre nach Einführung des Wasserrechtsgesetzes, die Einhaltung umweltrechtlicher Normen und die Gleichbehandlung der Wasserrechtsnutzerinnen und -nutzer.⁵³ Andererseits war es der bewusste Entscheid des damaligen Gesetzgebers, die alten Wasserrechte in die modernen Wasserrechtsordnungen zu überführen.⁵⁴ Dies mit dem Zweck, bei der Einführung des modernen Rechts das Vertrauen in die bestehenden Institutionen zu

⁴⁷ Zur Übergangsfrist vgl. unten Kap. III, Rz. 30ff.

⁴⁸ Vgl. zu den Rechtsfolgen unten Kap. IV.

⁴⁹ Soeben Rz. 25.

⁵⁰ Oben Rz. 21.

⁵¹ Oben Rz. 14.

⁵² So auch FENNER (2015), 6f., FÖHSE (2019), 445.

⁵³ Darauf verweisen zu Recht BÜTLER/RIVA (2017), 552, zustimmend auch FÖHSE (2019), 446f. Zur Vorherrschaft des Bundesrechts, vor allem mit Blick auf die Durchsetzung des Gewässerschutzes, vgl. STUTZ (2020), 276 f.

⁵⁴ Darauf macht auch BÜTLER (2019), 534f. aufmerksam. Allerdings zieht er den gegenteiligen Schluss, dass folglich schon damals die alten Rechte hätten aufgehoben werden müssen.

wahren. Dies erläutert in seinen programmatischen Ausführungen Eugen Huber im Jahr 1900, darauf wies viel später Kölz hin,⁵⁵ und davon zeugen die Übergangsbestimmungen im Schlusstitel des ZGB und im WRG.⁵⁶

D. *Eigenheiten der ehehaften Wasserrechte*

28 Die **Zahl der heutigen Wasserkraftanlagen**, die ganz oder teilweise auf der Grundlage von ehehaften Wasserrechten betrieben werden und heute noch bestehen, ist nicht bekannt. Die Restwasserkarte des Bundesamtes für Umwelt nennt die Zahl von 117 **kleinen und mittleren Wasserkraftwerken**.⁵⁷ Im Schreiben, welches das Bundesamt am 24. Oktober 2019 infolge des Bundesgerichtsurteils Hammer an die Kantone versandte, ist die Rede von mehreren hundert betroffenen kleinen und mittleren Werken. **Grössere Werke** werden dagegen in der Regel bereits durch Konzessionen abgelöst sein.

29 Die bisherige Lehre und Rechtsprechung ging bislang vor allem von folgenden **Unterschieden** zwischen ehehaften Wasserrechten und Konzessionen aus:⁵⁸

- Vor dem Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 gingen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass die ehehaften Wasserrechte **unbefristet** sind. Dies im Unterschied zu den altrechtlichen und neurechtlichen Konzessionen, welche auf maximal 80 Jahre beschränkt sind (Art. 58 WRG).⁵⁹
- Ehehafte Wasserkraftwerke hatten nach bisheriger Praxis nur **eingeschränkte Restwassersanierungen** durchzuführen, und zwar «so weit ..., als dies ohne entschädigungs begründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist» (Art. 80 Abs. 1 GSchG). Weitergehende Eingriffe mussten hingegen entschädigt werden (Art. 80 Abs. 2

⁵⁵ Oben Fn. 36.

⁵⁶ Oben Rz. 16.

⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen des BAFU auf dessen Website, insbesondere www.ubst.bafu.admin.ch/wasser/restwasser/data/data/index/rawData_d.txt, letztmals besucht am 25. Oktober 2020.

⁵⁸ Zum Ganzen auch BÜTLER (2019), 545f.

⁵⁹ Vgl. oben Fn. 41. Interessant ist, dass – soweit ersichtlich – weder der Gesetzgeber noch Lehre und Rechtsprechung diesen Aspekt vertieft diskutiert haben. Vgl. immerhin die Äusserungen in der Botschaft von 1912 zum Wasserrechtsgesetz und die vorangehenden Ausführungen von Eugen Huber: oben Rz. 22.

GSchG).⁶⁰ Aufgrund der ehemals unbeschränkten Dauer der ehehaften Rechte war die vom Gesetzgeber angestrebte vollständige Restwassersanierung erheblich behindert, zumal wenn Kantone keine Entschädigung für die Sanierungen aufbringen wollten.⁶¹

- Im Gegensatz zu normalen Konzessionären, welche bei Kraftwerken mit einer Bruttoleistung von über einem Megawatt Wasserzinsen⁶² zu entrichten haben, mussten Inhaberinnen und Inhaber von ehehaften Wasserrechten **keine Wasserzinsen** entrichten (Art. 49 i. V. m. 74 WRG).⁶³

III. Ablösung von ehehaften Wasserrechten

A. *Echte Lücken infolge des BGE 145 II 140 und Vorgehen bei der Lückenfüllung*

30 Der Bundesgerichtsentscheid Hammer führt mit seiner Anordnung, die ehehaften Rechte seien abzulösen, zu zahlreichen Fragen, welche der Gesetzgeber des ZGB und des WRG in dieser Art nicht antizipiert hat. Dies, weil der Gesetzgeber zu Beginn des 20. Jahrhunderts die bestehenden, alten Rechte in die neue Rechtsordnung überführen wollte und keine Regeln zu deren zeitlichen Befristung vorsah.⁶⁴ Gesetzeslücken, wie sie nun infolge des Bundesgerichtsentscheids entstanden sind, haben die rechtsanwendenden Behörden unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Ziele und Werte zu schliessen, vor allem unter analoger Anwendung bestehenden Gesetzesrechts.⁶⁵ Zu berücksichtigen sind dabei in Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 ZGB die bewährte Lehre und Rechtsprechung.⁶⁶

⁶⁰ Vgl. BGer-Urteil 1A.320/2000 sowie CAVIEZEL (2004), 88f. mit Verweis auf BBl 1987 II 1171.

⁶¹ BBl 1987 II 1090f. und 1099.

⁶² Als Wasserzins wird Abgabe für die Nutzung der Wasserkraft zur Energieerzeugung bezeichnet: Er wird von den Kantonen festgelegt und darf bis Ende 2024 jährlich 110 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung nicht übersteigen: Art. 48f. ZGB.

⁶³ HUBER (1955), 466, Fn. 72, LIVER (1958), 233, RENTSCH (1980), 362f., BÜTLER (2019), 546. So ausdrücklich § 8 des (nicht mehr in Kraft stehenden) Aargauer Gesetzes über die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken vom 28. Februar 1856 (763.300).

⁶⁴ Dazu oben Rz. 22ff.

⁶⁵ WIEDERKEHR/RICHLI (2012), 1237ff., HÄFELIN et al. (2020a), N 147.

⁶⁶ Zur «bewährten» Lehre gehört die wissenschaftlich ausgewiesene Bearbeitung, nicht aber jene, welche von Parteiinteressen angeleitet wird. Dazu GAUCH (2000), Rz. 15.

31 Beim vorliegenden Thema ist zu berücksichtigen, dass erstens **Sinn und Zweck des bundesgerichtlichen Entscheids** in der Sicherung der Gewässerhoheit des Gemeinwesens liegt,⁶⁷ zweitens damit die Gleichbehandlung von Wassernutzungsberechtigten hergestellt werden soll⁶⁸ und es drittens um die rechtsgleiche Anwendung des aktuellen Umweltrechts geht (v. a. der Regeln zu den Restwassermengen).⁶⁹ Diese Ziele werden ohne Zweifel auch durch die **einschlägigen Bundesgesetze**, das WRG und das GSchG, verfolgt, wobei es dem WRG auch um die Nutzung der Wasserkraft als wichtige Energieressource geht.⁷⁰ Zu berücksichtigen sind bei einer geordneten Überführung ihrer Rechte in das geltende Recht zudem die Interessen der Kantone und vor allem der Inhaberinnen und Inhaber ehehafter Wasserrechte.

B. *Zuständigkeit*

32 Das Bundesgericht mag mit seinem Leitentscheid 145 II 140 den alten Zopf der ehehaften Wasserrechte abgeschnitten haben. Zuständig, um die ehehaften Wasserrechte abzulösen, sind allerdings die **Kantone**: Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen unter kantonaler Hoheit (Art. 664 ZGB). Die Kantone verfügen über die Wasservorkommen (Art. 76 Abs. 4 BV; Art. 2 WRG), und sie sind auch für den Vollzug des Gewässerschutzes zuständig (Art. 45 GSchG). Überdies können die Kantone alte, vor 1908 begründete Wasserrechte zum öffentlichen Wohl

⁶⁷ BGE 145 II 140, E. 6.4: «Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung werden heute als verfassungswidrig erachtet, weil das Gemeinwesen die Möglichkeit haben muss, sich von Zeit zu Zeit zu vergewissern, ob die Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch im Einklang steht.»

⁶⁸ Dies im Gegensatz zu den Unterschieden zwischen Konzessionen, altrechtlichen Konzessionen und ehehaften Wasserrechten. Vgl. BGE 145 II 140, E. 6.4-5: «Der Investitionsschutz rechtfertigt die Aufrechterhaltung überkommener Rechte nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (vgl. BGE 127 II 69, E. 5b, 76f.). Altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, sind daher nachträglich zu befristen und können unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist entschädigungslos aufgelöst werden (BGE 127 II 69, E. 6, 78). Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte ...»; vgl. WIEDERKEHR/RICHLI (2014), Rz. 1388 und 1392 mit Hinweis auf weitere Rechtsprechung.

⁶⁹ BGE 145 II 140, E. 6.5: «Will der Berechtigte die Wassernutzung weiterführen, bedarf er hierfür einer Konzession nach heutigem Recht, zu den geltenden Konzessionsbedingungen, und muss alle für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts einhalten, insbesondere die Restwasservorschriften.» Zu den Restwasser-Regelungen vgl. oben Fn. 3 und 60.

⁷⁰ Vgl. Art. 1 GSchG; Botschaft des Bundesrates zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912, BBl 1912 II 669, 673.

enteignen (Art. 74 i. V. m. 46 WRG),⁷¹ womit sie auch für die vom Bundesgericht angeordnete Ablösung der ehehaften Wasserrechte zuständig sind.

33 Der **Bund** seinerseits könnte diese Ablösung insofern begleiten, als er sich auf seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz vor allem zur Nutzung der Gewässer und zum Gewässerschutz stützt (Art. 76 Abs. 2 und 3 BV). Das Bundesamt für Umwelt hat sich zwar zur Umsetzung des Bundesgerichtsurteils mit einem kurzen, zweiseitigen Schreiben vernehmen lassen.⁷² Eine Bundesgesetzgebung steht derzeit aber nicht in Aussicht.

C. *Rechtsform der Ablösung*

34 Wenn das Bundesgericht die Ablösung ehehafter Wasserrechte «bei erster Gelegenheit» verlangt, kann daraus geschlossen werden, dass es eines **behördlichen Aktes** bedarf, um die ehehaften Wasserrechte abzulösen.⁷³ Im Rahmen einer (kantonalen) Gesetzgebung wäre aber durchaus auch denkbar, dass ein konkretes Enddatum gesetzt würde.⁷⁴

35 Bei Kantonen, die über eine Vielzahl von vergleichbaren ehehaften Wasserrechten verfügen, könnte ein Vorgehen mittels **Gesetzgebung** sinnvoll sein, um eine rechtsgleiche Behandlung sicherzustellen.⁷⁵ Gegen ein Vorgehen mittels Gesetzgebung sprechen allenfalls folgende Aspekte: Erstens bedarf es eines erheblichen Zeitaufwandes, um eine Gesetzgebung zu erstellen. Denn bereits die konkrete Überführung der einzelnen Rechte in ordentliche Konzessionen ist ein komplexes Unterfangen,⁷⁶ und zusätzlich könnten Rechtsmittelverfahren zu erheblichen, allenfalls jahrelangen Verzögerungen führen. Zweitens unterscheiden sich

⁷¹ So z. B. Art. 6 BE-WNG: «Haben privatrechtlich Berechtigte das Interesse an der Nutzung verloren oder steht diese öffentlichen Nutzungsinteressen entgegen, kann die BVE das Recht durch Verfügung aufheben.» Ebenso können nach § 9 Abs. 2 SO-GWBA ehehafte Wasserrechte aus Gründen des öffentlichen Interesses und gegen volle Entschädigung nach § 13 enteignet werden. Zum Beispiel des Kantons Glarus vgl. oben Fn. 18.

⁷² Schreiben des BAFU vom 24. Oktober 2019.

⁷³ So auch die Interpretation von GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 74.

⁷⁴ So hat z. B. der Kanton Thurgau mit § 32 TG-WNG, das im Jahr 2000 eingeführt wurde, alle vor Inkrafttreten des Gesetzes erteilten Konzessionen auf das Jahr 2010 begrenzt. Dazu BÜTLER/RIVA (2017), 15. Diese Befristung betraf allerdings, anders als das Bundesgericht schreibt (BGE 145 II 140, E. 3.4), *nicht* die ehehaften Wasserrechte.

⁷⁵ BÜTLER (2019), 554.

⁷⁶ Art. 58a WRG sieht für eine Neukonzessionierung ein 15-jähriges Prozedere vor.

die Erscheinungsformen ehehafter Wasserrechte wohl regelmässig stark voneinander, weil ihre Entstehung in zeitlicher, örtlicher und funktionaler Hinsicht variiert.

- 36 Eine Ablösung mittels **Verfügung** wird in aller Regel zielführender sein, weil sie rascher umzusetzen ist. Wurde das ehehafte Recht mit einer noch andauernden Konzession erweitert oder treten andere spezifische Aspekte des Einzelfalls in den Vordergrund, wird sich in der Regel ein **verwaltungsrechtlicher Vertrag** (so weit die kantonalen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind) besser eignen als eine Verfügung.

D. Bestand ehehafter Wasserrechte und Abgrenzung zu wohlerworbenen Rechten

- 37 Mit BGE 145 II 140 erübrigt sich, wie erwähnt, die Diskussion darüber, wann und in welchem Umfang ein Wasserrecht als ehehaftes Recht gilt.⁷⁷ Denn mit der maximalen Konzessionsdauer von 80 Jahren werden die bestehenden **ehehaften Wasserrechte** – mehr als hundert Jahre nach Einführung eines nationalen Wasserrechtsgesetzes – **in aller Regel abgelaufen** sein. Die auf ehehaften Rechten beruhenden Nutzungen sind somit nach einer Übergangsfrist den geltenden Normen zu unterstellen.⁷⁸ Irgendwelche Ansprüche z. B. auf Umwandlung in eine Konzession ergeben sich allein aus ehehaften Wasserrechten nicht.
- 38 Allerdings kann bei gemischten Werken (wenn also im Laufe der Zeit das ehehafte Wasserrecht mit einer Konzession erweitert wurde), gestützt auf einen anderen bestätigenden behördlichen Akt wie eine Baubewilligung oder auch schon aufgrund des Vertrauens der Werkinhaberinnen und -inhaber in die andauernde

⁷⁷ Diese Frage unterstand jeweils dem kantonalen Recht. GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 7 nennen für den Kanton Graubünden folgende Voraussetzungen: 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. Noch in BGer-Urteil 2A.391/2006, E. 4.3 hielt 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. Vgl. dazu GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 36.

⁷⁸ Zur Übergangsfrist unten Rz. 51ff.

Geltung des ehehaften Rechts⁷⁹ ein **Anspruch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes** von Art. 9 BV bestehen.⁸⁰ Ob und inwiefern Werkinhaberinnen und -inhabern bei einer jeweiligen Investition⁸¹ auf ein solches berechtigtes Vertrauen setzen durften, ist im Einzelfall zu klären. Beweispflichtig für den Vertrauenstatbestand und die noch nicht abgeschriebenen Investitionen ist derjenige, der sich darauf beruft.⁸² Wenn Behörden im Begründungsakt (z. B. in der Baubewilligung) Vorbehalte machen, so sind diese ebenso zu berücksichtigen wie Schranken im damals geltenden Recht.⁸³ Spätere regulatorische Eingriffe (d. h. der Erlass oder die Anwendung von Gesetzen) können unter Umständen unzulässig sein oder Entschädigungspflichten auslösen.⁸⁴

E. Anlass der Ablösung

1. Bei erster Gelegenheit

39 Vor allem mit Blick darauf, dass die geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts, insbesondere die Restwasservorschriften, (endlich) einzuhalten sind, verlangt das **Bundesgericht** in BGE 145 II 140 die Ablösung der ehehaften Wasserrechte «bei erster Gelegenheit». Als auslösendes Element erwähnt das Bundesgericht ausdrücklich ein Baugesuch resp. den Rückzug eines Baugesuchs (E. 6.6).

⁷⁹ Dies mit Blick auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts, oben Rz. 25 f., v. a. Fn. 41.

⁸⁰ Die Bürgerinnen und Bürger sollen sich bei ihren Dispositionen auf die bestehende Rechtslage und die Handlungen der Behörden verlassen dürfen. Auf den Investitionsschutz verweist auch das Bundesgericht mehrfach: BGE 145 II 140, E. 6.3 und 6.4.

⁸¹ Investitionen der Werkinhaber sind von jenen Massnahmen zu unterscheiden, welche dem üblichen Unterhalt des Werks dienen oder welche von der öffentlichen Hand finanziert werden, vgl. unten Rz. 72, Fn. 156.

⁸² BÜTLER (2019), 553; dies in Analogie zu Art. 8 ZGB.

⁸³ Dazu im Detail RIVA (2007), 100ff. Zustimmung GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 17.

⁸⁴ M. w. H. RIVA (2007), 106ff. Entschädigungen resultieren dann, wenn entweder die Einwirkung besonders intensiv ist (d. h. bei einem bestehenden Unternehmen wirtschaftlich nicht tragbar ist) oder wenn ein sogenanntes Sonderopfer vorliegt: RIVA (2007), 113f. Vgl. auch zur Substanztheorie des Bundesgerichts: CAVIEZEL (2004), 73f., HUNGER (2010), 256ff. Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit HUNGER (2010), 258ff. m. w. H. Neuere (v. a. bundesrechtliche) Regelungen können indes von der Gesetzesbeständigkeit oder der Entschädigungspflicht absehen: LOOSER (2011), Rz. 46.

- 40 Die **Gesetze** geben keine direkte Antwort auf die Frage, welche Lebensvorgänge als «erste Gelegenheit» gelten. Die Gesetzeslücke ist somit, wie erläutert, unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Werte und Ziele sowie mit Blick auf die bewährte Lehre und Rechtsprechung zu schliessen.⁸⁵
- 41 Die **Lehre** ist sich darin einig, dass das Bundesgericht den Kreis der auslösenden Ereignisse weit ziehen resp. die Schwelle sehr niedrig ansetzen wollte.⁸⁶ Föhse konstatiert, dass «ein Zucken genügt». Als Massstab für eine «Gelegenheit» zur Ablösung der ehehaften Rechte gelte ein Ereignis von vergleichbarer Tragweite wie eine Massnahme, die eine Baubewilligung erfordere.⁸⁷
- 42 Dass ein **Baugesuch** (oder ein nachfolgender Rückzug des Baugesuchs) den Anlass für die Ablösung geben würde, ist unbestritten. Dies deshalb, weil infolge einer Baubewilligung einerseits Investitionen für Veränderungen am Werk oder an dessen Umgebung getätigt werden. Diese Investitionen schaffen einen Vertrauenstatbestand und damit einen Anspruch auf eine erweiterte Laufzeit des Werks.⁸⁸ Andererseits haben bewilligungspflichtige Veränderungen am Werk regelmässig Folgen für die unmittelbare Umwelt. So haben die Investitionen mindestens Folgen für die betriebseigene Rentabilität, was den Entscheid zur unbefristeten oder befristeten Fortführung oder Aufgabe des Werks beeinflusst. In diesem Einfluss des jeweiligen «Anlasses» auf die Art und Weise der Weiterführung des Betriebs und damit auf die Ziele des Gesetzgebers liegt die **Ratio** der zu suchenden Regel. Im konkreten Fall, den das Bundesgericht in BGE 145 II 140 entschied, hätte das Baugesuch denn auch direkte Auswirkungen auf Anwendung der umweltrechtlichen Normen gehabt, insbesondere auf die Restwasseranierung und die Wiederherstellung der Fischgängigkeit⁸⁹ (vgl. Sachverhalt B).
- 43 Dieses Verständnis kann an **kantonale Regelungen** anknüpfen, nach welchen eine Änderung der bisherigen Nutzung sowie ein Umbau bzw. eine Erweiterung von konzessionspflichtigen Bauten und Anlagen eine Mitteilungspflicht oder ein

⁸⁵ Oben Rz. 30f.

⁸⁶ BÜTLER (2019), 550f., FÖHSE (2019), 447, SCHREIBER (2020), 101.

⁸⁷ FÖHSE (2019), 447.

⁸⁸ Vgl. zum Vertrauensschutz im Zusammenhang mit Baubewilligungen im Allgemeinen TSCHANNEN et al. (2014), § 31, Rz. 55, HÄFELIN et al. (2020b), N 1252ff.

⁸⁹ Nach Art. 31 Abs. 2 lit. d GSchG muss die für die freie Fischwanderung erforderliche Wassertiefe gewährleistet sein.

(vereinfachtes) Bewilligungsverfahren auslösen.⁹⁰ Die jeweilige Änderung oder Erweiterung muss nicht «erheblich» sein und auch nicht Wasserlauf, -verbrauch, -qualität oder Abflussverhältnisse verändern, um eine «Gelegenheit» zur Ablösung zu bieten.⁹¹ Eine Mitteilungspflicht oder ein Gesuch im vereinfachten Verfahren genügen. Denn auch eine weniger erhebliche Änderung oder Erweiterung könnte die Betriebsdauer wesentlich verlängern und somit den gesetzgeberischen und bundesgerichtlichen Zielen entgegenlaufen. Solchen Mitteilungspflichten gleichgestellt ist der Umstand, dass eine zeitliche Bewilligung zur Ausübung eines ehehaften Wasserrechts abgelaufen ist.⁹²

44 Einer Baubewilligung gleichzustellen sind grundsätzlich behördliche Akte des **Denkmalschutzes**. Denn der Entscheid, dass bestimmte Teile des Wasserwerks als historische Zeugen erhalten werden müssen, wird regelmässig auch direkte oder zumindest indirekte Auswirkungen darauf haben können, ob und in welchem Ausmass der Betrieb aufrechterhalten wird. Die Inhaberinnen oder Inhaber des Werks könnten sich im Rahmen einer Unterschutzstellung des Werkgebäudes entweder entscheiden, den Betrieb aufzugeben, oder sie könnten weitere Investitionen tätigen wollen – z. B. in einen Ausbau der Innenräume oder die Instandstellung der bestehenden Gebäude und Maschinen, um den Betrieb zu erhalten.

45 Als «erste Gelegenheit» gelten des Weiteren alle vom Gesetzgeber geforderten **ökologischen Sanierungsverfahren** nach GSchG und GSchV sowie BGF (Restwasser, Geschiebehaushalt, Schwall-Sunk und Fischwanderung sowie Revitalisierung), weil diese im direkten, betrieblichen Zusammenhang mit der Anlage stehen und die Wassernutzung konkret betreffen.⁹³

⁹⁰ Vgl. z. B. § 46 Abs. 1 lit. a ZG-GewG; § 36ff. ZH-WWG; Art. 12 und 13 BE-WNG.

⁹¹ So die Tatbestände von § 46 Abs. 1 lit. b und c ZG-GewG, welche eine Bewilligung der Konzessionsbehörde oder eine Neukonzessionierung auslösen.

⁹² So Art. 5 Abs. 2 BE-WNG.

⁹³ Insbesondere Art. 31ff. GSchG, Art. 39a und 43a GSchG und 10 BGF i. V. m. Art. 83b GSchG. Konkret zählt die Gewässerschutzverordnung in Art. 38 Abs. 3 lit. c die Arten von Sanierungen auf. Sie sieht höhere Dotierwassermengen sowie bauliche, betriebliche und weitere Massnahmen vor: RAUSCH/MARTI/GRIFFEL/HALLER (2004), Rz. 421, HUNGER (2010), 254.

- 46 Einfluss auf die Rentabilität der Werke und damit auf die Erhaltung des Betriebs (sowie allenfalls auch auf die Art des Betriebs) haben in der Regel auch **Finanzierungszusagen**. Zu denken ist zuvorderst an Subventionen im Rahmen der Energieförderung.⁹⁴ Auch allfällige Finanzierungszusagen, die auf die Erhaltung eines Werks als historischen Zeugen ausgerichtet sind, vermögen die Zeitdauer des Betriebs zu beeinflussen und bieten Gelegenheit für die Ablösung eines ehehaften Rechts.
- 47 Stellen Rechteinhaber und -inhaberinnen das Wasserwerk **einer Drittperson zur Verfügung**, so ist dies in der Regel den Behörden zu melden.⁹⁵ Die Drittperson wird sich mit Blick auf die Konditionen der Übertragung auf eine bestimmte Dauer der Betriebsübernahme einstellen und möglicherweise selbst bereits Investitionen, z. B. in die Planung einer Werkserweiterung, tätigen. Erfahren die Behörden infolge einer Meldepflicht von einem solchen Tatbestand, sind sie dazu berufen, klare Verhältnisse zu schaffen und das Entstehen eines Vertrauenstatbestands (als Vertrauen in die Aufrechterhaltung des bisherigen Betriebs) bei der Drittperson zu vermeiden. Mitteilungen einer Werksnutzungs- resp. Konzessionsübertragung gelten somit als «Gelegenheit» für eine Ablösung des ehehaften Rechts.
- 48 Skeptisch wird dagegen in der Lehre kommentiert, dass gemäss Bundesgericht (E. 6.6) möglicherweise sogar die **Reparatur und Wiederinbetriebnahme einer alten Turbine** ausreichen könnte.⁹⁶ Diese Skepsis ist berechtigt, wenn mit der Reparatur und Wiederinbetriebnahme einer alten Turbine nicht einmal ein Meldetatbestand gegeben ist, d. h. die bisherige Nutzung nicht geändert oder erweitert wird. Mangels Mitteilungspflicht wird denn auch kein Vertrauenstatbestand geschaffen, selbst wenn der Werkinhaber oder die Werkinhaberin – über blosse

⁹⁴ Zur Einspeisevergütung vgl. Art. 19 EnG und Art. 1ff. Energieförderungsverordnung.

⁹⁵ Zwingend nach Art. 13 BE-WNG; Art. 23 SG-GNG; § 46 Abs. 2 ZG-GewG; § 8 TG-WNG. Nach § 49 ZH-WWG kann die Übertragung der Konzession von einer Zustimmung abhängig gemacht werden.

⁹⁶ FÖHSE (2019), 447, GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 76, SCHREIBER (2020), 101. Dem Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 (Sachverhalt A) entnimmt man, dass seit einem Defekt an der Turbine im Jahr 2010 das Kraftwerk stillstand. Der Zeitablauf stellt sich mithin nicht so dar, dass die Ausübung des Wasserrechts aufgegeben wurde. Zudem ist aus dem Entscheid nicht zu erkennen, dass sich mit der Reparatur der Turbine etwas in der Art und Weise der Nutzungsausübung verändert hätte.

Unterhaltsarbeiten hinaus⁹⁷ – Investitionen tätigt und sich auf eine längere Laufzeit einstellt.

49 Ebenfalls keinen Anlass zur Ablösung bieten die **Wasserrechtsverzeichnisse**: Die Kantone haben über die an den Gewässern bestehenden und für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte in Betracht fallenden Rechte und Anlagen ein **Verzeichnis** zu führen (Art. 31 WRG). Sie sind also verpflichtet, auch die Wasserkraftwerke auf der Basis von ehehaften Rechten zu verzeichnen und nachzuführen. Der Bundesgerichtsentscheid mag nun dazu führen, diese Verzeichnisse zu aktualisieren. Auch könnte ein allfälliger (öffentlicher) Aufruf an Inhaberinnen und Inhaber von Wasserrechten mit der Nachführung kombiniert werden. Die Nachführung hat aber keinen materiellen Einfluss auf das Wasserkraftwerk und seine Umwelt und bietet deshalb keinen «Anlass» zur Ablösung eines ehehaften Wasserkraftwerks.⁹⁸

50 Zu ergänzen bleibt, dass infolge der bundesgerichtlichen Anordnung und der Aussicht auf Anwendung der aktuellen umweltrechtlichen Regelungen Werkinhaberinnen oder -inhaber den **Betrieb aufgeben** könnten. Auch dies gibt den Behörden Gelegenheit, die umweltrechtlichen Normen umfassend zur Anwendung zu bringen.⁹⁹

2. Übergangsfrist

51 Das Bundesgericht verlangt eine Ablösung bei erster Gelegenheit, «gegebenenfalls mit einer Übergangsfrist» (E. 6.5). Es stellt sich die Frage, ob und welche maximale Übergangsfrist den Kantonen zugestanden wird, wenn sich keine «erste Gelegenheit» bietet.

⁹⁷ Dazu unten Rz. 72, Fn. 156.

⁹⁸ Anders BÜTLER (2019), 550 und 554. Das Verzeichnis begründet auch keinen Vertrauensschutz, weil das Register einen umweltrechtlichen Zweck verfolgt und keine Anerkennung der Rechtssituation damit verbunden ist.

⁹⁹ Dazu unten Kap. IV, Rz. 60ff.

- 52 Die **Lehre** ist sich über die Frage, wie rasch die Kantone von sich aus reagieren müssen, uneins: Bütler und wohl auch Föhse erkennen in dieser Formulierung eine generelle Pflicht der Kantone, für eine rasche Ablösung der ehehaften Rechte zu sorgen.¹⁰⁰ Schreiber sieht keinen Handlungsbedarf innert «kürzester Zeit».¹⁰¹
- 53 In seinem Entscheid 145 II 140 setzt das **Bundesgericht** an anderer Stelle (in E. 6.4) die ehehaften Rechte mit den altrechtlichen Konzessionen gleich und verweist auf den diesbezüglichen Leitentscheid BGE 127 II 69. Hier hatte das Bundesgericht entschieden, dass altrechtliche Konzessionen nachträglich zu befristeten sind. Als Übergangsfrist zur Ablösung der üblicherweise bereits abgelaufenen Konzessionen erachtete das Bundesgericht die vom Kanton St. Gallen vorgesehene Übergangsfrist von fünf Jahren als genügend.¹⁰²
- 54 Der **Gesetzgeber** sieht für ablaufende Konzessionen konkrete Übergangsfristen und Termine vor:
- Die Werkinhaberin oder der Werkinhaber muss ein **Gesuch um Erneuerung einer bestehenden Konzession** mindestens 15 Jahre vor deren Ablauf stellen. Die zuständigen Behörden entscheiden dann mindestens zehn Jahre vor Ablauf der Konzession, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit sind (Art. 58a Abs. 2 WRG).
 - Spätestens fünf Jahre **nach dem Ablauf der Konzession** werden die neuen **Restwasservorschriften** ohne Einschränkung angewendet (Art. 58a Abs. 3 WRG).
 - Innert 20 Jahren seit Inkrafttreten der Bestimmungen (somit bis 30. Dezember 2030) müssen Inhaberinnen und Inhaber von Wasserkraftwerken

¹⁰⁰ So auch BÜTLER (2019), 552f. Nach Bütler ist von den Behörden eine Gelegenheit zur Anpassung zu schaffen, wenn eine erste Gelegenheit in Form eines Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren fehlt. Nach FÖHSE (2019), 447 scheint die Schwelle tief zu sein – man ist versucht zu sagen, «ein Zucken genügt».

¹⁰¹ SCHREIBER (2020), 101 differenziert wie folgt: Bei erster Gelegenheit bedeute nicht, dass die Gemeinwesen innert kürzester Zeit von sich aus, ohne jeden Anlass, tätig werden müssten. Ebenso wenig dürften sich Rechteinhaber auf unbestimmte Zeit der Ablösung ihrer Rechte entziehen, indem Massnahmen vermieden werden, die zu einer behördlichen Befassung führen.

¹⁰² Die konkrete Konzession durfte nach fünf Jahren auslaufen, weil im konkreten Fall die Anlagen zweifellos amortisiert waren (E. 5).

veränderte Gewässer **bezüglich Schwall und Sunk sowie Geschiebehaushalt sanieren** (Art. 83a i. V. m. Art. 39a und 43a GSchG).¹⁰³

- Darüber hinaus ist es, wie in Art. 83b Abs. 1 GSchG festgehalten, notwendig, die Massnahmen des Wassergesetzes mit denen der **Fischereigesetzgebung** (v. a. die Herstellung günstiger Lebensbedingungen für Wassertiere) zu koordinieren, die im gleichen Zeitrahmen umgesetzt werden müssen.¹⁰⁴

55 Im Vordergrund stehen mit den Erwägungen des Bundesgerichts und mit Blick auf die vorhandenen Fristen der Gesetze somit **zwei Möglichkeiten**:

- Die vom Bundesgericht bei altrechtlichen Konzessionen akzeptierte Übergangsfrist von **fünf Jahren** könnte auch auf ehehafte Wasserrechte angewandt werden. Dies auch in Analogie zum Fall, in welchem eine Konzession abgelaufen ist und fünf Jahre danach die Restwasservorschriften ohne Einschränkung angewandt werden (Art. 58a Abs. 3 WRG).¹⁰⁵ Dagegen spricht allerdings, dass die gesetzliche Fünfjahresfrist davon ausgeht, dass eine Konzession abgelaufen ist, während das Bundesgericht im Entscheid 145 II 140 davon spricht, dass die ehehaften Wasserrechte gegebenenfalls mit einer Übergangsfrist (erst noch) abzulösen sind. Des Weiteren spricht dagegen, dass fünf Jahre oft nicht realistisch sein werden, um die nötigen, zeitaufwändigen Abklärungen und Planungen auf Seiten der Behörden und bei der Werkbetreiberin oder dem Werkbetreiber zu tätigen. Dies betrifft Abklärungen und Planungen unter anderem zur Restwassermenge, zu den Bauten für das Kraftwerk (Maschinenhaus und Turbine, Kanal, Wehranlage) sowie zu Fischaufstieg und -abstieg und ökologischen Ausgleichsmassnahmen.¹⁰⁶

¹⁰³ Diese Massnahmen müssen mit jenen zur Verbesserung der Lebensbedingungen für die Wassertiere koordiniert werden (Art. 83b GSchG i. V. m. Art. 10 BGF): FAVRE (2016), Rz. 22.

¹⁰⁴ Art. 9f. BGF; Art. 9c Abs. 4 VBGF.

¹⁰⁵ So BÜTLER (2019), 552, FÖHSE (2019), 447. Vgl. dazu HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2013), 200 und 235. Sie beziehen sich auf bestehende Wasserentnahmen, die nach Ablauf der vereinbarten Dauer neu konzessioniert werden müssen, sowie auf wesentliche Änderungen und Anpassungen von Konzessionen während der Konzessionsdauer, die materiell der Erteilung einer neuen Konzession gleichkommen. Es sei dann eine Bewilligung nach Art. 29 ff. GSchG notwendig und die Art. 80 ff. GSchG kämen nicht zur Anwendung.

¹⁰⁶ Zur Konzessionserteilung vgl. u. a. CAVIEZEL (2004).

- Realistischer erscheint dagegen eine Übergangsfrist von **zehn Jahren**. Diese Frist würde der soeben erwähnten Komplexität der Abklärungen, ob und inwiefern das ehehafte Wasserrecht in eine Konzession umzuwandeln ist, besser Rechnung tragen. Entsprechend sieht auch das Gesetz eine zehnjährige Frist für eine Neukonzessionierung vor, und zwar ab dem Zeitpunkt, da die zuständigen Behörden erklären, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit sind (Art. 58a Abs. 2 WRG). Der Bundesgerichtsentscheid kann als entsprechend fristenauslösender Behördenakt angesehen werden, womit nach dessen Publikation im April/Mai 2019 eine Frist bis ins Jahr 2029 laufen würde. Dieser Termin fiel in etwa zusammen mit der gesetzlichen Frist, nach welcher die Massnahmen zu umweltrechtlichen Sanierungen der Wasserkraftwerke bis Ende des Jahres 2030 getroffen werden müssen.

56 Abzulehnen ist dagegen die Meinung, dass die Übergangsfrist an einem allfällig bestehenden **Vertrauenstatbestand** (z. B. eine noch nicht amortisierte Investition oder eine noch laufende finanzielle Förderung) ausgerichtet werden könne.¹⁰⁷ Richtigerweise ist das ehehafte Wasserrecht, welches bisher als wohl erworbenes Recht aufgefasst wurde, von einem allfälligen Vertrauenstatbestand zu unterscheiden.¹⁰⁸ Ein Vertrauenstatbestand mag Anspruch auf eine Neukonzessionierung oder allenfalls auf eine Entschädigung geben,¹⁰⁹ würde aber eine Verlängerung des ehehaften Wasserrechts, dessen achtzigjährige Schutzfrist gemäss Bundesgericht abgelaufen ist, über die Übergangsfrist hinaus nicht rechtfertigen.

57 Im Rahmen dieser Bandbreite von minimal fünf und maximal 10 Jahren besteht ein **Ermessen der Kantone**, das unter Wahrung der Rechtsgleichheit auszuüben ist. Anspruch darauf, die Übergangsfrist auszuschöpfen, haben die Rechteinhaber und -inhaberinnen nicht. Sinnvoll erscheint eine Priorisierung, die auf die Dringlichkeit der umweltrechtlichen Massnahmen abstellt.

¹⁰⁷ GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 78.

¹⁰⁸ Dazu oben Rz. 18.

¹⁰⁹ Dazu unten Rz. 61 sowie Rz. 71ff.

IV. Rechtsfolgen der Ablösung

A. Vorbemerkung: Bundesgerichtliche Praxis zum Vertrauensschutz

58 Das Bundesgericht gibt **im Entscheid 145 II 140** vor, die ehehaften Wasserrechte seien entschädigungslos abzulösen, womit den aktuell geltenden umweltrechtlichen Vorschriften zur Anwendung verholfen werden solle.¹¹⁰ Ein Schutz der bestehenden Wasserrechtsnutzung, so das Bundesgericht, «rechtfertigt sich (wie bei den Konzessionen) mit Blick auf die getätigten Investitionen (Errichtung von Wasserwerken).»¹¹¹ Damit stellt das Bundesgericht klar, dass die ehehaften Wasserrechte selbst zwar entschädigungslos abzulösen sind. Gleichzeitig anerkennt das Gericht aber, dass Private analog den Konzessionären für Investitionen, welche sie im Vertrauen auf die ehehaften Rechte getätigt haben, zu schützen sind.

59 Das Bundesgericht hält damit in diesem Zusammenhang an seiner **früheren Rechtsprechung** fest, wonach die ehehaften Rechte wie die Konzessionen eine Vertrauensgrundlage bilden können, welche den Privaten gestützt auf Art. 9 BV Anspruch verleihen kann, in ihrem berechtigten Vertrauen auf diese Vertrauensgrundlage geschützt zu werden.¹¹² Haben Private aus diesem Grund Dispositionen getätigt, welche ohne Nachteil nicht rückgängig gemacht werden können, so sind die Behörden in erster Linie an diese Vertrauensgrundlage gebunden.¹¹³ Erst sekundär, falls überwiegende öffentliche Interessen gegen ein Festhalten der Behörden an der Vertrauensgrundlage sprechen, sind die Privaten für den erlittenen Schaden zu entschädigen.¹¹⁴

¹¹⁰ BGE 145 II 140, E. 6.5.

¹¹¹ BGE 145 II 140, E. 6.3.

¹¹² Vgl. schon oben Rz. 24. Vgl. zum Grundsatz des Vertrauensschutzes im Allgemeinen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 22, Rz. 3ff., HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020b), N 624ff.

¹¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 22, Rz. 14, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020b), N 701ff.

¹¹⁴ Vgl. zum sog. Vertrauensschaden TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 22, Rz. 14, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020b), N 706ff.

B. *Im Grundsatz kein Anspruch auf Umwandlung*

60 Aus dem Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 und der erwähnten Praxis des Bundesgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes ergibt sich Zweifaches:

- Mit der Ablösung des ehehaften Wasserrechts ist das Recht so anzuwenden, wie wenn eine Konzessionsverlängerung zur Beurteilung stünde. Dabei gibt es **im Grundsatz keinen Anspruch auf eine erneute Konzessionierung**, ebenso wenig wie es in der Nachfolge von ordentlichen Konzessionen einen Anspruch auf Neukonzessionierung gibt.¹¹⁵
- Ein **Anspruch** auf Neukonzessionierung besteht ausnahmsweise bei einem **Vertrauenstatbestand**, namentlich dann, wenn das Werk über das bestehende ehehafte Wasserrecht hinaus erweitert wurde und die zusätzlich ausgestellte Konzession noch andauert¹¹⁶ oder wenn die Werkinhaberin oder der Werkinhaber im Vertrauen auf den andauernden Bestand des ehehaften Rechts oder eines behördlichen Aktes Investition tätigte, welche noch nicht amortisiert sind.¹¹⁷ Zu erinnern ist daran, dass ein gemischtes Wasserrecht, d. h. ein ehehaftes Wasserrecht in Verbindung mit einer nachträglich erteilten neurechtlichen Konzession, keinen Anspruch auf eine Beibehaltung des ehehaften Wasserrechts gibt, die über die oben besprochene Übergangsfrist¹¹⁸ hinausgehen würde.¹¹⁹ Nachdem aber der noch laufende Konzessionsteil des Wasserrechts ein wohlerworbenes Recht darstellt (Art. 43 WRG), besteht ein Anspruch auf eine neue Konzession, welche den noch nicht amortisierten Investitionen Rechnung trägt,¹²⁰ oder andernfalls Anspruch auf Entschädigung des Vertrauensschadens.¹²¹

¹¹⁵ Art. 58a WRG; dazu CAVIEZEL (2004), 75.

¹¹⁶ Damit läge im Umfang des zusätzlichen Ausbaus ein wohlerworbenes Recht vor: Art. 43 WRG.

¹¹⁷ Dazu oben Rz. 38.

¹¹⁸ Zur Übergangsfrist oben Rz. 51ff.

¹¹⁹ Zur Unterscheidung von ehehaften Wasserrechten und einem Konzessionsteil vgl. oben Rz. 56.

¹²⁰ Zu den geschützten Investitionen oben Rz. 38.

¹²¹ Zur Entschädigung unten Rz. 71ff.

C. *Inhalt der Neukonzessionierung*

61 Eine Neukonzessionierung ist unter **Beachtung der gesamten Umweltschutzgesetzgebung** zu beurteilen.¹²² Wenn infolge Ablösung eines ehehaften Wasserrechts eine Neukonzessionierung zur Debatte steht, ist dieses Recht direkt anwendbar. Das gilt auch für gemischte Konzessionen, bei denen der eherechtliche Teil abzulösen¹²³ und hiernach das Wasserrecht neu vollumfänglich dem geltenden Recht zu unterstellen ist. Zu beachten sind insbesondere folgende Regelungen:

- Die **Restwassermengen** sind nach **Art. 30ff. GSchG** einzuhalten.¹²⁴ Eine Privilegierung nach Art. 80 GSchG,¹²⁵ dass also nur so weit saniert werden muss, als kein entschädigungsbegründender Eingriff vorliegt, kommt nur bei bestehenden Vertrauenstatbeständen (wie z. B. bei gemischten Werken) zur Anwendung. Dies auch jeweils nur in einem Umfang, der nachweislich auf der fortdauernden Konzession beruht.¹²⁶
- Da die **umweltrechtlichen Sanierungspflichten** (Art. 39a und 43a GSchG) Anlass zur Ablösung des ehehaften Rechts geben, sind auch sie in die Beurteilung einer Neukonzession einzubeziehen.¹²⁷ Die vorgesehenen fischereirechtlichen Sanierungen sind ebenso zu berücksichtigen, denn dass sich die Kantone bis ins Jahr 2030 Zeit lassen können, um die

¹²² CAVIEZEL (2004), 75.

¹²³ Soeben Rz. 60.

¹²⁴ So auch BÜTLER (2019), 553, GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 70. Aus BGE 145 II 140, E. 2.3, ist zu lesen, dass im konkreten Fall die Restwassermenge von 400 l/s auf 1'028 l/s zu erhöhen sein wird.

¹²⁵ Zur Unterscheidung vgl. BGE 139 II 28 und die Ausführungen von HUBER-WÄLCHLI (2016) und HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2003), 44., HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2013), 242ff.: Der Umfang der Sanierungspflicht wird nach der durchschnittlichen Produktion der Anlagen über einen repräsentativen Zeitraum bestimmt (E. 2.7.3). Bei einer Sanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG ist im Rahmen der wirtschaftlichen Tragbarkeit die Variante mit dem optimalsten ökologischen Potential auszuwählen, wobei den Behörden ein erhebliches Ermessen zukommt (E. 2.7.3). Im konkreten Fall evaluierte die Bündner Regierung bei zehn Wasserentnahmen der Kraftwerke die Sanierungsmöglichkeiten. Anschliessend wurden, gestützt auf eine ökologische Beurteilung, vier Entnahmen als mögliche Sanierungsfälle ausgewählt (E. 2.2). Diese Konzentration auf Massnahmen mit dem grössten ökologischen Potential hielt das Bundesgericht für sinnvoll und zulässig (E. 2.8.1).

¹²⁶ BÜTLER (2019), 553, Fn. 35.

¹²⁷ Dazu oben Rz. 54.

Sanierungen zu realisieren, gilt gemäss Gesetzestext nur bei «bestehenden» Kraftwerken, nicht aber bei neu zu konzessionierenden.¹²⁸

- Kraftwerke mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW bedürfen einer **Umweltverträglichkeitsprüfung**.¹²⁹
- Neu werden den Rechteinhaberinnen und -inhabern die **Wasserrechtszinsen** nach geltender Rechtslage aufzuerlegen sein.¹³⁰
- **Wasserentnahmen** aus öffentlichen Gewässern, die über die Wasserrechtskonzession und den zulässigen Gemeingebrauch hinausgehen, bedürfen einer zusätzlichen Konzession und müssen die Restwasserbestimmungen einhalten.¹³¹ Das gilt folglich auch dann, wenn die Wasserkraftnutzung aufgegeben wird, der mit Wasser erschlossene Kanal aber im Privateigentum verbleibt.¹³²
- Die **Konzessionsdauer** wird mit Blick auf allenfalls noch nicht amortisierte Investitionen festzusetzen sein, um die Aufgabe des ehehaften Rechts und eine nachfolgende Entschädigung zu vermeiden.¹³³

D. *Aufgabe des Wasserrechts*

62 Bei der Umwandlung eines ehehaften Wasserrechts in eine Konzession wird die Betriebsrechnung durch neue Kosten belastet, wie insbesondere den Wasserrechtszins und die Ausgaben für umweltrechtliche Massnahmen. Infolge der erheblich erhöhten Restwassermenge¹³⁴ ist zudem der Ertrag des Wasserkraftwerks vermindert. Die Ablösung der ehehaften Wasserrechte könnte deshalb kleinere und mittlere Wasserkraftinhaberinnen und -inhaber dazu bringen, den

¹²⁸ Art. 83a und b GSchG. Vgl. auch oben Fn. 103.

¹²⁹ Ziff. 21.3 Anhang UVPV; BGE 119 Ib 254, E. 7.b).

¹³⁰ Das ist insbesondere für diejenigen Flusslaufwerke von Bedeutung, welche über keine Restwasserstrecke verfügen und demzufolge vom Bundesgerichtsurteil weniger betroffen sind: BÜTLER (2019), 545, Fn. 10.

¹³¹ THURNHERR (2016), Art. 2, Rz. 2, BÜTLER (2019), 548. Ähnlich RENTSCH (1980), 363, HUBER-WÄLCHLI (2016), Rz. 58 zu Art. 29 GSchG. Art. 9 BE-WNG kodifiziert diesen Grundsatz der Konzessionspflicht bei einer Sondernutzung.

¹³² § 38 Abs. 1 lit. d ZG-GewG verlangt entsprechend eine Konzession für «jede andere erhebliche Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer, insbesondere die Erstellung von Bauten und Anlagen jeder Art, die Ableitung von Wasser auf privates Gebiet ...». § 3 TG-VWNG nennt zwar nur die Entnahme von Wasser für die Speisung von Weihern. Dies wird aber in Analogie auch für Kanäle gelten müssen.

¹³³ Oben Rz. 60, zur Entschädigungspflicht unten Rz. 71ff.

¹³⁴ Oben Rz. 61. Zur Regelung der Restwassermenge siehe auch oben Fn. 3.

Betrieb aufzugeben. Es stellt sich die Frage, wem in diesem Fall die Bauten und Anlagen zufallen und wer für Sanierungen und allenfalls den Rückbau aufkommt.

63 Dieser Fall ist im WRG nicht geregelt. Für das Erlöschen der Konzession dagegen sieht das WRG ein ganzes Set von Regeln vor:¹³⁵

- Erstens sieht Art. 69 WRG zur **Eigentumsverteilung** vor, dass die auf privatem Boden errichteten Anlagen ihrem bisherigen Eigentümer verbleiben, während die auf öffentlichem Boden stehenden Anlagen an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen übergehen (Art. 69 Abs. 1 WRG). Sollten die Anlagen auf öffentlichem Boden weiter benutzt werden, so hat das Gemeinwesen dem Konzessionär eine den Umständen angemessene Vergütung zu leisten (Art. 69 Abs. 2 WRG). Nicht weiter benutzte Anlagen hat der Konzessionär zu beseitigen.¹³⁶
- Zweitens hat der Konzessionär, dessen Anlagen nach Ablauf oder Hinfall der Konzession nicht weiter benutzt werden, die **Sicherungsarbeiten** vorzunehmen, die durch das Eingehen des Werkes nötig werden (Art. 66 WRG).
- Drittens muss der Konzessionär in den letzten zehn Jahren vor Ablauf der Konzession **gegen «volle Schadloshaltung» alle verlangten Modernisierungs- und Umbaumaassnahmen vornehmen**, welche das Gemeinwesen im Hinblick auf einen Übergang der Konzession auf einen anderen Betreiber verlangt (Art. 69a WRG). Dies muss analog dann gelten,

¹³⁵ Die Regelungen sind grundsätzlich dispositiv. Mit Regelungen in der «Konzession» kann davon abgewichen werden. Es ist aber anzunehmen, dass weder die kantonalen Behörden noch die Rechteinhaber und -inhaberinnen für entsprechende Regelungen gesorgt haben, da das Ende der ehehaften Wasserrechte wohl für die Meisten überraschend kam. Soweit die kantonalen Gesetze für die Beendigung der ordentlichen Konzession Regelungen vorsehen, welche von Art. 69 WRG abweichen, so ist zweifelhaft, ob sie gültig sind. Denn Art. 69 WRG lässt nur abweichende Regelungen mit der «Konzession» zu. Dies gilt z. B. für § 30 BE-WNG, welcher für die Ende des Nutzungsrechts vorsieht, dass die Nutzungsberechtigten «auf ihre Kosten alle Massnahmen zu treffen [haben], die zur Stilllegung oder zum Abbruch des Werkes sowie zur Wiederherstellung des vorherigen Gewässerzustandes nötig sind.»

¹³⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), § 45, Rz. 38, MERKER (2015), Rz. 11.79

wenn Massnahmen verlangt werden, um das Werk als Denkmal zu erhalten.¹³⁷

64 Ob es gerechtfertigt ist, diese Regelungen auch auf die Ablösung von ehehaften Wasserrechten anzuwenden, ist differenziert zu beantworten. Dies, weil sich einerseits eine **analoge Anwendung der Regelungen** zum Ende der Konzession deshalb rechtfertigt, weil ehehafte Wasserrechte vom Bundesgericht den altrechtlichen Konzessionen gleichgesetzt wurden.¹³⁸ Andererseits bestehen wesentliche Unterschiede zwischen dem Ende einer Konzession und der Ablösung eines ehehaften Rechts: Konzessionärinnen und Konzessionäre stellen einen Antrag zur Betriebsausübung für eine befristete Zeit und müssen damit jeweils von Beginn weg die Rechtsfolgen bei der Beendigung der Konzession, u. a. die allfällige Beseitigung der Bauten, in ihre Kapitalrechnung einbeziehen. Dies ist bei den Inhaberinnen und Inhabern eines ehehaften Wasserrechts in der Regel wohl nicht der Fall, da sie – gestützt auf die ältere Lehre und Rechtsprechung – damit rechneten, das ehehafte Wasserrecht auf unbegrenzte Zeit in Anspruch nehmen zu können.¹³⁹ Dies ist im Rahmen einer verhältnismässigen Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Im Einzelnen:

- Als sachgerecht erscheint die **Eigentumsaufteilung** nach Art. 69 WRG, womit die Rechteinhaber und -inhaberinnen die Bauten und Anlagen auf ihrem Grund übernehmen und weiter zu unterhalten haben, das Gemeinwesen aber jene Bauten und Anlagen auf ihrem Grund.
- Zudem kommen auch die Regeln zu den **Modernisierungs- und Umbaumasnahmen** nach Art. 69a WRG zur Anwendung, welche die Inhaberinnen und Inhaber gegen volle Schadloshaltung auszuführen haben. Denn das Interesse des Gemeinwesens an der weiteren Nutzung der Wasserkraft (v. a. aus Gründen des Denkmalschutzes) kann auch bei einem auf ehehaften Rechten beruhenden Wasserkraftwerk, das nun aufgegeben wird, bestehen.

¹³⁷ Nach herrschender Auffassung lässt die geltende Denkmalschutzgesetzgebung regelmässig nicht zu, die Funktion eines Objekts, als z. B. den Betrieb eines Wasserkraftwerks, unter Schutz zu stellen: Zürcher Verwaltungsgericht VB.2015.00362.

¹³⁸ BGE 145 II 140, E. 6.3.

¹³⁹ Dazu oben Rz. 20ff.

- Bei der Ablösung von ehehaften Wasserrechten ist es (nach Art. 69 WRG) grundsätzlich an den ehemaligen Inhaberinnen und Inhabern, die nötigen **Sicherungsmassnahmen** zu tätigen und die **Bauten und Anlagen** zurückzubauen. Im Einzelfall könnte es allerdings unverhältnismässig sein, dies zu verlangen, insbesondere wenn die Rechteinhaberinnen und -inhaber bislang gemäss Lehre und Rechtsprechung auf den unbefristeten Bestand ihrer Wasserrechte vertrauen durften.¹⁴⁰
- Fünf Jahre nach Ablösung des ehehaften Wasserrechts müssen die neuen **Restwasservorschriften** ohne Einschränkung angewendet werden (Art. 58a Abs. 3 WRG). Dies folgt direkt aus der Ratio des BGE 145 II 140 sowie aus Sinn und Zweck der umweltrechtlichen Gesetzgebung.
- Zu erinnern ist daran, dass **Wasserentnahmen** aus öffentlichen Gewässern, die über die Wasserrechtskonzession und den zulässigen Gemeingebrauch hinausgehen, einer Konzession bedürfen und die Restwasserbestimmungen einhalten müssen. Dies gilt auch nach Aufgabe der Wasserkraftnutzung, wenn der mit Wasser erschlossene Kanal im Privateigentum verbleibt.¹⁴¹

E. Anpassung von bestehenden Verfügungen und Verträgen

65 Bisher wurde mit Lehre und Rechtsprechung erstens angenommen, dass ehehafte Wasserrechte zeitlich unbeschränkt andauern, solange der jeweilige Kanton nicht etwas anderes gesetzlich verfügt hat.¹⁴² Zweitens konnten ehehafte Wasserrechte nur gegen Entschädigung entzogen werden. Insbesondere wurden Sanierungen nach den privilegierten Normen von Art. 80ff. GSchG ohne entschädigungspflichtige Eingriffe oder dann gegen Entschädigung angeordnet.¹⁴³ Der **Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 ändert diese Rechtslage**: Ehehafte Wasser-

¹⁴⁰ Dazu oben Rz. 20–24 sowie Rz. 58. Sicherungsmassnahmen auf öffentlichem Grund und der Abbruch von Gebäuden könnten im Einzelfall zulasten des Gemeinwesens gehen. Regelmässig zumutbar sind dagegen kleinere Sicherungsmassnahmen und Aufwendungen für bauliche Anpassungen, die auch im Interesse der ehemaligen Rechteinhaber und -inhaberinnen liegen.

¹⁴¹ Oben Rz. 61, letztes Lemma.

¹⁴² Oben Rz. 22.

¹⁴³ Oben Rz. 29; vgl. dazu insbesondere BGer-Urteil 1A.320/2000, E. 3.a)cc).

rechte gelten wie altrechtliche Konzessionen nur 80 Jahre und sind entschädigungslos aufzuheben, damit in der Folge die umweltrechtlichen Regelungen vollumfassend Anwendung finden können (v. a. E. 6.5). Es stellt sich nun die Frage, wie infolge dieser veränderten Rechtslage mit den vormals unter alter Rechtslage erlassenen Verfügungen und Verträgen umzugehen ist, insbesondere wenn Bauten oder Sanierungen noch nicht erstellt worden sind. Hierbei ist zu unterscheiden:

- 66 Wurde ein ehehaftes Wasserrecht erweitert und hierzu eine **Konzession** erteilt, so begründet der Konzessionsteil (resp. dessen vertragliche Teile) ein wohlerworbenes Recht. Gleiches gilt für jene Aspekte, welche aufgrund einer anderweitigen Vereinbarung der Parteien entstanden sind. Ein Widerruf und eine erhebliche Einschränkung derart wohlerworbenener Rechte sind entschädigungspflichtig.¹⁴⁴ Insbesondere ist die Restwassersanierung jenes Teils eines Wasserrechts, das auf einer andauernden Konzession beruht, nach Art. 80ff. GSchG durchzuführen.
- 67 **Baubewilligungen** und **Sanierungsverfügungen** begründen in der Regel keine wohlerworbenen Rechte. Damit gelten folgende Regelungen: Wurden die Bauten bereits realisiert, können die Verfügungen in aller Regel nicht mehr widerrufen werden. Gegen eine Anpassung spricht auch, dass sie auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen, mit welchem die privaten und öffentlichen Interessen umfassend ermittelt und gegeneinander abgewogen wurden.¹⁴⁵ Das Bundesgericht hat allerdings klar gemacht, dass es von sehr hohem öffentlichem Interesse ist, Restwassersanierungen nach Art. 30ff. GSchG durchzuführen.¹⁴⁶ Bei einem noch abzulösenden, ehehaftem Wasserrecht eine noch nicht realisierte, privilegierte Sanierung nach Art. 80ff. GSchG bestehen zu lassen, würde diesen öffentlichen Interessen widersprechen und als Ungleichbehandlung gegenüber den neurechtlichen Sanierungen erscheinen. Vor allem aber würde spätestens mit der Ablösung des ehehaften Wasserrechts erneuter Hand-

¹⁴⁴ RHINOW (1979), 18f., WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 861f., HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020b), N 1008.

¹⁴⁵ Zur Doktrin der Anpassung von Verfügungen an eine veränderte Rechtslage vgl. WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 856ff., HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020b), N 1013ff.

¹⁴⁶ BGE 145 II 140, E. 6.5.

lungsbedarf zur Realisierung ausreichender Restwassermengen entstehen, weshalb in derartigen Fällen ausreichend triftige Gründe für die Anpassung einer bestehenden Verfügung bestünden.¹⁴⁷ Gleiches gilt dann, wenn die Nutzung von ehehaften Wasserrechten, wie dies im Kanton Bern der Fall ist, mit Bewilligung erlaubt wurde;¹⁴⁸ die erheblichen öffentlichen Interessen an der Umsetzung der Umweltschutzregelungen¹⁴⁹ erfordern eine Änderung der bestehenden Verfügung für die Zukunft.

68 Bei **Entschädigungen** verhält es sich ähnlich: **Einmalige** Entschädigungen für bereits ausgeführte Massnahmen dürfen grundsätzlich nicht zurückgefordert werden. Sofern jedoch die Massnahmen noch nicht ausgeführt wurden, wiegen die erwähnten öffentlichen Interessen und die Gleichbehandlung mit den noch abzulösenden ehehaften Wasserrechten schwerer als der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand des ehehaften Wasserrechts und der entsprechenden Verfügung. **Wiederkehrende** Entschädigungen etwa für jährliche Erlöseinbussen oder Fördermassnahmen sind an die veränderte Rechtslage anzupassen und allenfalls für die Zukunft aufzuheben.¹⁵⁰

F. Löschung im Grundbuch

69 Ehehafte Wasserrechte wurden mit der modernen Gesetzgebung als Dienstbarkeiten oder Grundlasten gedeutet und im Grundbuch eingetragen.¹⁵¹ Die **Löschung** dieser Einträge ist mit der Ablösung von ehehaften Wasserrechten **von Amtes wegen** zu verfügen.

¹⁴⁷ Zum Sanierungsbedarf bei Ablösungen siehe oben Rz. 61.

¹⁴⁸ Art. 5 Abs. 2 BE-WNG lautet: «Die Nutzung der Wasserkraft aus privatem oder aus öffentlichem Wasser aufgrund eines ehehaften Rechtes bedarf einer Nutzungsbewilligung der zuständigen Stelle der BVE.»

¹⁴⁹ Oben bei Fn. 7.

¹⁵⁰ Vgl. zur Praxis der sogenannten unechten Rückwirkung WIEDERKEHR/RICHLI (2012), 867ff.

¹⁵¹ HUBER (1900), 530, LIVER (1958), 244ff.

70 Ebenso sind **Verfügungen und Verträge, welche die ehehaften Rechte bestätigen**, als Dauersachverhalte an die neue Rechtslage anzupassen. Es besteht eine sogenannte unechte Rückwirkung, welche bei gewichtigen öffentlichen Interessen eine Anpassung vorbestehender Verfügungen und öffentlich-rechtlichen Verträgen an die neue Rechtslage rechtfertigt.¹⁵²

G. *Ausnahmsweise Entschädigungspflicht*

71 Nach BGE 145 II 140, E. 6.5, sind die ehehaften Wasserrechte nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar «grundsätzlich» entschädigungslos. **Keine Entschädigung** ist also zu leisten, wenn sich der Betrieb des Werks – infolge einer nach der Ablösung anzuwendenden, umweltrechtlichen Regelung – nicht mehr lohnt und das Werk stillgelegt werden muss. Es stellt sich aber die Frage, wann Ausnahmen zu diesem Grundsatz bestehen und entsprechend Entschädigungen zu entrichten sind.

72 Das ist, wie erwähnt,¹⁵³ der Fall, wenn das bestehende ehehafte Wasserrecht (unter Umständen ergänzt durch einen weiteren vertrauensbegründenden Akt) Grundlage für Ansprüche aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes bildet – z. B. wenn, gestützt auf das Vertrauen in das fortbestehende ehehafte Recht oder (wohl zumeist) auf eine Baubewilligung, **Investitionen** in das Wasserkraftwerk getätigt wurden. Können diese Investitionen bis zur Ablösung des ehehaften Rechts und fortan nicht amortisiert werden, so besteht ein Anspruch auf eine Neukonzessionierung oder es ist – wenn die Investitionen auch mit der Neukonzessionierung nicht amortisiert werden können – eine Entschädigung zu leisten.¹⁵⁴

¹⁵² Zur Praxis der Anpassung bei unechter Rückwirkung vgl. WIEDERKEHR/RICHLI (2012), 867ff. sowie oben Rz. 67f.

¹⁵³ Oben Rz. 38.

¹⁵⁴ So zumindest in Bezug auf zusätzliche vertrauensbegründende Akte der Behörden auch BÜTLER (2019), 553f., GIOVANNINI/MEHLI (2019), Rz. 78 Eine erweiterte Übergangsfrist für derartige Fälle ist dagegen abzulehnen – im Sinne einer rechtsgleichen und zeitnahen Umsetzung der umweltrechtlichen Vorschriften. Vgl. dazu oben Rz. 61. Zur Abgrenzung von entschädigungspflichtigen und nicht entschädigungspflichtigen Tatbeständen vgl. m. w. H. CAVIEZEL (2004), 73f., RÜEGGER (2013), 31ff.

- 73 Die **Schwelle zur Entschädigung und die Berechnung der Entschädigung** hängen somit nicht mit den ehehaften Rechten zusammen, sondern sie bestimmen sich nach bestehender Lehre und Rechtsprechung zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. Entsprechend wird der Vertrauensschaden und somit das negative Interesse ersetzt. Das sind jene Vermögensaufwendungen, welche im Vertrauen auf die behördlichen Zusicherungen getätigt wurden.¹⁵⁵ Werkinhaberinnen und -inhaber haben einen wohlerworbenen Anspruch darauf, die getätigten Investitionen abzuschreiben, die laufenden Kosten (wie insbesondere den angemessenen Unterhalt¹⁵⁶) zu decken und die investierten Eigenmittel angemessen zu verzinsen.¹⁵⁷
- 74 Wie ebenfalls oben erwähnt ist **beweispflichtig**, wer sich auf einen Vertrauensstatbestand beruft.¹⁵⁸ Das gilt sowohl dafür, dass die Behörden ein begründetes Vertrauen geschaffen haben, als auch für den Umfang der Investitionen, welche gestützt auf dieses Vertrauen getätigt wurden.
- 75 Neukonzessionierung und Entschädigung für Vertrauensschaden schliessen sich grundsätzlich aus: Wenn sich ein Weiterbetrieb noch lohnt, so können die noch nicht amortisierten Investitionen zu einer Neukonzessionierung berechtigen.¹⁵⁹ Kann die Anlage infolge einer Neukonzessionierung dagegen die nötigen Abschreibungen nicht mehr tätigen, besteht Anspruch auf eine Entschädigung. Soll allerdings der Betrieb (etwa aus Gründen des Denkmalschutzes) weitergeführt werden, obwohl er sich nicht mehr lohnt, so sind gegebenenfalls **Subventionen** zu sprechen, welche einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und wettbewerbsneutral (Art. 94 BV) sein müssen.

¹⁵⁵ RIVA (2007), 54, SCHREIBER (2020), 97, beide m. w. H. Zur Berechnung der Entschädigungen bei Sanierungsmassnahmen vgl. HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2003), 44ff., HUNGER (2010), 256 ff., HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2013), 242ff., LARGEY (2013), 93, WAGNER PFEIFER (2013), Rz. 941ff. Eine gute Übersicht bietet insbesondere HUNGER (2010), 256 ff.

¹⁵⁶ Im Gegensatz zu Investitionen, die zu wertvermehrenden Verbesserungen führen oder zur Vergrösserung. Vgl. hierzu den Grundsatz im Mietrecht, unter vielen den Leading Case BGE 118 II 415, E. 3.

¹⁵⁷ RIVA (2007), 59, m. w. H. auf die Rechtsprechung.

¹⁵⁸ Oben Rz. 38.

¹⁵⁹ Oben Rz. 61.

V. Beantwortung der Fragen

76 Der Auftraggeber des vorliegenden Gutachtens¹⁶⁰ hat um die Beantwortung folgender Fragen gebeten (Fragekatalog Stand 10. Juni 2020):

A. Einleitung des Konzessionsverfahrens bei erster Gelegenheit

77 *Wann ist das Konzessionsverfahren einzuleiten?*

78 Das Bundesgericht verlangt in BGE 145 II 140 die Ablösung der ehehaften Wasserrechte «bei erster Gelegenheit». Als solche erste Gelegenheit gelten alle Vorgänge unter Beteiligung der Behörden, welche Auswirkungen auf den Betrieb des Wasserkraftwerks und seine Umgebung haben könnten (samt Rentabilität und Eigentümerschaft des Wasserwerks). Zu nennen sind insbesondere Baugesuche, denkmalpflegerische Schutzentscheide, ökologische Sanierungsmassnahmen nach GSchG und BGF, Finanzierungszusagen (z. B. im Rahmen der Energieförderung), Meldungen an Behörden bei der Übertragung eines Werks an Drittpersonen, die Aufgabe eines Betriebs sowie der Ablauf einer zeitlich beschränkten Bewilligung zur Ausübung eines ehehaften Wasserrechts. Der Anlass zur Ablösung des ehehaften Wasserrechts bleibt auch dann bestehen, wenn ein Gesuch (um eine Baubewilligung oder Fördermassnahme zu erhalten) zurückgezogen wird.¹⁶¹

79 *Dürfen Bauprojekte an Wasserkraftanlagen, die vor dem Bundesgerichtsentscheid Hammer rechtskräftig bewilligt worden, aber noch nicht erstellt sind, ohne Einleitung des Konzessionsverfahrens realisiert werden?*

80 Das Bundesgericht verlangt die entschädigungslose Aufhebung der ehehaften Wasserrechte, damit in der Folge die umweltrechtlichen Regelungen vollumfassend Anwendung finden können (BGE 145 II 140, E. 6.5). Bewilligte, aber noch nicht ausgeführte Baugesuche (z. B. einer privilegierten Sanierung nach Art. 80ff. GSchG) sind aufzuheben oder anzupassen, wenn sie diesem Zweck erheblich entgegenstehen und es ohnehin in naher Zukunft bei der Ablösung des ehehaften Rechts zu einer Anpassung kommen würde.¹⁶²

¹⁶⁰ Oben S. 5, Fussnote *.

¹⁶¹ Oben Rz. 39ff.

¹⁶² Oben Rz. 65ff.

81 *Ist mit der Einleitung des Konzessionsverfahrens automatisch auch das Sanierungsverfahren nach Art. 10 BGF i. V. m. Art. 83b GSchG einzuleiten?*

82 Mit der Ablösung der ehehaften Wasserrechte besteht in dem Sinne keine Privilegierung mehr, als hiernach die umweltrechtlichen Regelungen vollumfassend, wie bei einer Neukonzessionierung, anzuwenden sind. Insbesondere sind die Restwassermengen nach Art. 30ff. GSchG einzuhalten. Somit sind auch die Vorgaben von Art. 39a und 43a GSchG sowie von Art. 10 BGF bei der Neukonzessionierung unmittelbar anzuwenden.¹⁶³

B. Einleitung des Konzessionsverfahrens durch die Behörde ohne Anlass

83 *Wenn bei einem Kraftwerk keine Verfahren anstehen und keine Gesuche eingereicht werden: Müssen die Behörden von sich aus tätig werden? Falls ja, wann müssen die Behörden spätestens von sich aus tätig werden und ein Konzessionsverfahren einleiten bzw. gibt es eine Übergangsfrist? Falls eine Übergangsfrist besteht, was wären dann sinnvolle Kriterien für eine Priorisierung der Fälle im Zeitpunkt des Ablaufs der Frist?*

84 Das Bundesgericht verlangt eine Ablösung bei erster Gelegenheit, «gegebenenfalls mit einer Übergangsfrist» (E. 6.5). Falls sich keine erste Gelegenheit ergibt, müssen somit die Kantone innert einer bestimmten Frist die verbleibenden ehehaften Wasserrechte ablösen. Es ist von einer maximal zehnjährigen Frist auszugehen, innert derer die Kantone die ehehaften Wasserrechte ablösen müssen. Dies in Analogie zur gesetzlichen Frist für eine Neukonzessionierung (Art. 58a Abs. 2 WRG) und koordiniert mit der Frist, nach welcher die Massnahmen zu umweltrechtlichen Sanierungen der Wasserkraftwerke bis Ende des Jahres 2030 getroffen werden müssen. Wie die Kantone in diesen zehn Jahren die Werke priorisieren, liegt in ihrem Ermessen. Anspruch darauf, die Übergangsfrist auszuschöpfen, haben die Rechteinhaber und -inhaberinnen nicht.¹⁶⁴ Sinnvoll erscheint eine Priorisierung, welche auf die Dringlichkeit der umweltrechtlichen Massnahmen abstellt.

¹⁶³ Oben Rz. 61ff.

¹⁶⁴ Oben Rz. 51ff.

C. Nicht amortisierte Investitionen

85 *Erfolgt der Schutz von noch nicht amortisierten Investitionen bei den Kraftwerksanlagen dadurch, dass ein Konzessionsverfahren zwar bei erster Gelegenheit einzuleiten ist, die Konzession aber für die Dauer der Amortisation so erteilt wird, dass die Amortisation während der Laufzeit der Konzession möglich ist?*

86 Ja. Richtigerweise ist das ehehafte Wasserrecht von einem – allenfalls durch das ehehafte Wasserrecht selbst – geschaffenen Vertrauenstatbestand zu unterscheiden: Ein Vertrauenstatbestand kann Anspruch auf eine Neukonzessionierung oder andernfalls auf einen Ersatz des Vertrauensschadens geben. Dass hingegen aufgrund eines Vertrauenstatbestandes eine «erste Gelegenheit» (z. B. ein Baugesuch) für eine Ablösung nicht genutzt oder eine Verlängerung des ehehaften Wasserrechts über die Übergangsfrist hinaus erlaubt würde, wäre damit aber nicht gerechtfertigt.¹⁶⁵

87 *Sind die Restwassermengen nach Art. 30 GSchG erst dann zu gewährleisten, wenn die Investitionen vollständig amortisiert sind?*

88 Es ist zu unterscheiden: Bei der Ablösung von ehehaften Wasserrechten sind die Restwassermengen nach Art. 30ff. GSchG einzuhalten. Eine Privilegierung nach Art. 80 GSchG, dass also nur so weit saniert werden muss, als kein entschädigungsbegründender Eingriff vorliegt, kommt nur bei bestehenden wohlerworbenen Rechten (wie z. B. bei gemischten Werken) zur Anwendung. Dies aber jeweils nur in dem Umfang, der nachweislich auf der fortdauernden Konzession beruht.¹⁶⁶

89 *Muss/kann der Kanton oder der Bund die noch nicht amortisierten Investitionen entschädigen?*

90 Vertrauenstatbestände (wie bewilligte, noch nicht amortisierte Investitionen) begründen einen Anspruch auf Neukonzessionierung oder allenfalls auf Entschädigung.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Oben Rz. 39ff. und 51ff., v. a. Rz. 56.

¹⁶⁶ Oben Rz. 61.

¹⁶⁷ Oben Rz. 60 und 71.

D. *Aufhebung von ehehaften Wasserrechten*

91 *Sind Verfügungen und Verträge, in welchen die ehehaften Wasserrechte bestätigt oder verbrieft worden sind, im Rahmen der Konzessionierung von Amtes wegen aufzuheben? Sind mit der Aufhebung dieser Entscheide auch die Grundbucheinträge der ehehaften Wasserrechte im Rahmen des Konzessionsverfahrens von Amtes wegen zu löschen?*

92 Ja. Bestehende Verträge und Verfügungen sind an die neue Rechtslage anzupassen. Grundbucheinträge sind zu löschen.¹⁶⁸

93 *Führt die Aufhebung dieser Entscheide und/oder die Löschung im Grundbuch zu einer Entschädigungspflicht des Kantons/Bundes?*

94 Nein. Gemäss BGE 145 II 140 erfolgt die Ablösung der ehehaften Rechte im Grundsatz entschädigungslos. Eine Entschädigung ist nur dann geschuldet, wenn ausnahmsweise neben dem ehehaften Wasserrecht ein Anspruch aus Vertrauensschutz besteht, d. h. insbesondere wenn, gestützt auf eine formelle Projektgenehmigung oder im Vertrauen auf den weiteren Bestand des ehehaften Wasserrechts, Investitionen in das Wasserkraftwerk getätigt wurden und diese nachweislich nicht mehr amortisiert werden können.¹⁶⁹

E. *Private Gewässer*

95 *Wie ist mit der Nutzung von öffentlichem Wasser, das in private Gewässer (Kanäle) geleitet wird, umzugehen? Müssen diese mit einer Konzession abgelöst werden oder bedarf es einer Bewilligung (vgl. § 36 und 38 ZG-GewG)?*

96 § 38 Abs. 1 lit. d ZG-GewG verlangt eine Konzession für jede «erhebliche Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer, insbesondere die Erstellung von Bauten und Anlagen jeder Art, die Ableitung von Wasser auf privates Gebiet ...». Wasserentnahmen aus öffentlichen Gewässern, die über den gesteigerten Gemeindegebrauch hinausgehen (im Sinne einer «erheblichen Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer»), bedürfen folglich einer zusätzlichen Konzession und müssen die Restwasserbestimmungen einhalten. Das gilt auch dann, wenn die Wasserkraft-

¹⁶⁸ Oben Rz. 69f.

¹⁶⁹ Oben Rz. 71.

nutzung aufgegeben wird, der mit Wasser erschlossene Kanal aber im Privateigentum verbleibt.¹⁷⁰ Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch (Bewilligung) und Sondernutzung (Konzession) setzen z. B. Art. 8f. BE-WNG dort, wo die zeitweise Wasserentnahme ohne oder mit fester Einrichtung erfolgt.

F. Bestand ehehafter Wasserrechte

97 *Haben die Inhaber der ehehaften Wasserrechte Anspruch auf die Erteilung einer Konzession, die dem Umfang des bisherigen Rechts entspricht? Wenn ja: Kann bei einer Konzessionierung vom Bestand der bestehenden Anlagen im heutigen Zeitpunkt ausgegangen werden? Was bildet die Grundlage für die neue Konzession und für welche Dauer würde sie erteilt?*

98 Mit BGE 145 II 140 sind ehehafte Wasserrechte abzulösen. Ein Anspruch auf Neukonzessionierung besteht nicht, auch nicht gestützt auf den guten Glauben in den dauerhaften Bestand eines ehehaften Wasserrechts. Bei einer nachfolgenden Konzessionierung ist die geltende Rechtsordnung vollumfänglich anzuwenden wie bei einer Neukonzessionierungen.¹⁷¹ Es erübrigt sich deshalb eine Diskussion darüber, wann und in welchem Umfang ein Wasserrecht als ehehaftes Recht gilt.

99 Bei gemischten Werken (wenn also im Laufe der Zeit das ehehafte Wasserrecht mit einer Konzession erweitert wurde) oder wenn infolge einer Vertrauensgrundlage ein Anspruch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV besteht, ist allerdings in diesem begrenzten Umfang von einem Anspruch auf Neukonzessionierung oder Anspruch auf eine Entschädigung auszugehen. Beweispflichtig für den Vertrauenstatbestand und seinen Umfang (z. B. für genehmigte und noch nicht abgeschriebene Investitionen) ist, wer sich darauf beruft.¹⁷²

¹⁷⁰ Oben Rz. 61.

¹⁷¹ Oben Rz. 60.

¹⁷² Oben Rz. 37f.

100 *Wie ist der Fall zu behandeln, wenn ein ehehaftes Wassernutzungsrecht während längerer Zeit nicht ausgeübt wurde?*

101 Wurde oder wird ein ehehaftes Wasserrecht nicht mehr ausgeübt, so ist von einer «Gelegenheit» zur Ablösung auszugehen.¹⁷³ Insbesondere sind bestehende Verfügungen und Verträge zu berichtigen sowie Grundbucheinträge zu löschen,¹⁷⁴ und es sind die umweltrechtlichen Sanierungen anzuordnen.¹⁷⁵ Die Eigentumszuteilung richtet sich analog nach Art. 69 WRG.¹⁷⁶

G. *Rückerstattung von Entschädigungen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG*

102 *Müssen die Kraftwerkeigentümerschaften allfällige, vom Kanton bereits geleistete Entschädigungszahlungen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG zurückerstatten?*

103 Einmalige Entschädigungen für bereits ausgeführte Massnahmen dürfen grundsätzlich nicht zurückgefordert werden. Ausnahmsweise kann eine Entschädigung dann zurückgefordert werden, wenn die Massnahmen noch nicht ausgeführt wurden. Wiederkehrende Entschädigungen, etwa für jährliche Erlöseinbussen oder Fördermassnahmen, sind an die veränderte Rechtslage anzupassen und für die Zukunft aufzuheben.¹⁷⁷

H. *Entschädigungen für Investitionen*

104 *Welche Investitionen verdienen einen Investitionsschutz und sind zu berücksichtigen?*

105 Ehehafte Rechte galten aufgrund der bisherigen Praxis des Bundesgerichts als unbefristet.¹⁷⁸ Wenngleich diese nach dem Urteil des Bundesgerichts 145 II 140 entschädigungslos abzulösen sind, so hält das Gericht an seiner früheren Rechtsprechung fest, wonach ehehafte Rechte analog der Konzessionen eine Vertrauensgrundlage bilden konnten. Wer sich auf den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV beruft, ist beweispflichtig. Das gilt sowohl dafür, dass ein begründetes Vertrauen bestand (infolge des ehehaften Rechts oder einer behördlichen Handlung), als

¹⁷³ Oben Rz. 42.

¹⁷⁴ Oben Rz. 65ff.

¹⁷⁵ Oben Rz. 64.

¹⁷⁶ Oben Rz. 62ff.

¹⁷⁷ Oben Rz. 68.

¹⁷⁸ Oben Rz. 29.

auch für den Umfang der noch nicht amortisierten Investitionen, welche gestützt auf dieses Vertrauen getätigt wurden.¹⁷⁹

106 *Nach welchen Kriterien werden Investitionen in eine Anlage vom Unterhalt einer Anlage unterschieden?*

107 Der Unterhalt steht im Gegensatz zu Investitionen, die zu wertvermehrenden Verbesserungen führen oder zur Vergrößerung des Werks.¹⁸⁰ Vgl. hierzu den Grundsatz im Mietrecht.¹⁸¹

108 *Wie berechnet sich die Amortisationsdauer?*

109 Die Amortisationsdauer besteht in der Zeit, die nötig ist, um die getätigten Investitionen abzuschreiben, die laufenden Kosten (wie insbesondere den angemessenen Unterhalt) zu decken und die investierten Eigenmittel angemessen zu verzinsen.¹⁸² Eine allfällige Entschädigung ist gestützt auf diese Formel zu berechnen.

I. Stilllegung / Rückbau von Wasserkraftwerksanlagen

110 *Es ist denkbar, dass sich Kraftwerkeigentümerschaften entscheiden, den Betrieb einzustellen, wenn die Wirtschaftlichkeit nicht mehr gewährleistet ist. Kann das Werk einfach stillgelegt werden oder sind Teile davon zurückzubauen? Wer trägt die Kosten für einen allfälligen Rückbau?*

111 Die Eigentumsverteilung und die Pflichten infolge der Aufgabe eines ehehaften Wasserrechts ergeben sich aus einer analogen Anwendung von Art. 66 und 69 WRG. Die auf privatem Boden errichteten Anlagen verbleiben beim bisherigen Eigentümer, während die auf öffentlichem Boden stehenden Anlagen an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen übergehen. Sollten die Anlagen auf öffentlichem Boden weiter benutzt werden, so hat das Gemeinwesen dem Konzessionär eine den Umständen angemessene Vergütung zu leisten. Nicht weiter benutzte Anlagen hat der Konzessionär zu beseitigen. Sicherungsarbeiten, die durch das

¹⁷⁹ Oben Rz. 38 und 74.

¹⁸⁰ Oben Rz. 72, v. a. Fn. 156.

¹⁸¹ Oben Rz. 72, Fn. 156.

¹⁸² Oben Rz. 72f.

Eingehen des Werkes nötig werden und auch im Interesse des ehemaligen Inhabers des Wasserwerks sind, hat dieser vorzunehmen.¹⁸³

112 *Was gilt bei unter Denkmalschutz gestellten Kraftwerken?*

113 Nach wohl herrschender Auffassung lassen es die geltenden Denkmalschutzgesetzgebungen regelmässig nicht zu, die Funktion eines Objekts, also z. B. den Betrieb eines Wasserkraftwerks, unter Schutz zu stellen. Sollen Bauten eines Wasserkraftwerks unter Schutz gestellt werden, dessen Betrieb möglicherweise aufgegeben wird, so sind die entsprechenden Aufwendungen und Massnahmen analog zu Art. 69a WRG zu entschädigen.¹⁸⁴

114 *Was gilt bei bestehenden Kraftwerken, die nicht mehr in Betrieb sind?*

115 Auch bei Werken, bei welchen der Betrieb bereits aufgegeben wurde, sind die ehehaften Rechte abzulösen. Bezüglich Eigentumsverteilung und den daraus folgenden Pflichten gilt das soeben Geschriebene.¹⁸⁵

J. Weitere Fragen

116 *Wie ist mit der unbefristet erteilten Bewilligung umzugehen? Analog zu den ehehaften Wasserrechten oder analog zur Ablösung einer Konzession? Wie verhält es sich mit der Entschädigung, ist diese notwendig?*

117 Unbefristeten Bewilligungen sind wie altrechtliche Konzessionen nachträglich zu befristen und spätestens nach 80 Jahren abzulösen.¹⁸⁶ Im Gegensatz zu Konzessionen begründeten Bewilligungen aber in der Regel kein wohlerworbenes Recht, d. h. sie sind in der Regel entschädigungslos der jeweils geltenden Rechtsordnung anzupassen.¹⁸⁷

¹⁸³ Oben Rz. 62ff. m. w. H.

¹⁸⁴ Oben Rz. 63.

¹⁸⁵ Oben Rz. 111.

¹⁸⁶ Oben Rz. 53.

¹⁸⁷ Oben Rz. 67.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
d. h.	das heisst
E.	Erwägung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
Rz.	Randziffer
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel

Gesetzesverzeichnis

Bundesgesetze

aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BGF	Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (923.0)
VBGF	Verordnung zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 24. November 1993 (923.01)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (173.110)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (101).
EG ZGB	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus (Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch) vom 7. Mai 1911
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (730.0)
EnFV	Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung) vom 1. November 2017 (730.03)
GSchG/LEaux	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (814.20)/Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (814.20)
LEaux/GschG	Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (814.20)/Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (814.20)
SchlT ZGB	Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (210)
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz) vom 22. Dezember 1916 (721.80)

- ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (210)
- UVPV Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (814.011)

Kantonale Gesetze

- AG-BauG Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz) vom 19. Januar 1993 des Kantons Aargau (713.100)
- AG-WnG Wassernutzungsgesetz vom 11. März 2008 des Kantons Aargau (764.100)
- BE-WNG Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 des Kantons Bern (752.41)
- SG-GNG Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960 (751.1)
- SO-GWBA Gesetz über Wasser, Boden und Abfall vom 4. März 2009 des Kantons Solothurn (712.15)
- TG-WNG Wassernutzungsgesetz vom 25. August 1999 des Kantons Thurgau (721.8)
- TG-VWNG Verordnung des Regierungsrates zum Wassernutzungsgesetz vom 7. Dezember 1999 des Kantons Thurgau (721.81)
- ZG-GewG Gesetz über die Gewässer vom 25. November 1999 des Kantons Zug (731.1)
- ZH-WWG Wasserwirtschaftsgesetz vom 2. Juni 1991 des Kantons Zürich (724.11)

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Da das vorliegende Gutachten Literatur zurück bis ins Jahr 1900 verwendet, wird die nachfolgende Literatur mit AUTOR (JAHR) zitiert.

Biaggini, Giovanni 2017, *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich.

Bütler, Michael 2019, Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wassernutzungskonzessionen – Besprechung von BGE 145 II 140, in: *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 540-556.

Bütler, Michael/Riva, Enrico 2017, *Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten – Rechtsgutachten vom 22. März 2017 im Auftrag des WWF Schweiz (Zürich)*, Zürich/Bern.

Caviezel, Gieri 2004, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI)*, 69-93.

Druey Just, Eva/Caviezel, Gieri 2013, Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1631-1638.

Dubach, Werner 1984, Die Sonderstellung der Gemeinwesen nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte – Ein Diskussionsbeitrag, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI)*, 207-216.

Dubler, Anne-Marie 2008, Ehehaften, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013731/2008-02-12/>, publiziert am 12. Februar 2008, zuletzt abgerufen am 10. Oktober 2020.

Favre, Anne-Christine 2016, Art. 83b GSchG/LEaux, in: Peter Hettich et al., *GSchG WEB / LEaux LACE – Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz / Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau*, Zürich, 1346-1353.

Fenner, Timo 2015, *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 (Diss.)*, Zürich.

Föhse, Martin 2019, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI)*, 436-447.

Gauch, Peter 2000, Argumente. Ein Geburtstagsbrief, in: *recht*, 87-100.

- Giovannini, Michelangelo 2016, Anlagen zur Erzeugung, Übertragung oder Lagerung von Energie, in: Alain Griffel et al., *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht*, Zürich, 479-502.
- Giovannini, Michelangelo/Mehli, Michelle 2019, *Rechtsgutachten – Rechtsfragen im Umgang mit ehehaften Wasserrechten – verfasst im Auftrag des Amtes für Energie und Verkehr Graubünden*, Chur.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen/Thurnherr, Daniela 2020a, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich.
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix 2020b, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich.
- Hänni, Peter 2012, Urteile, Themen und Thesen, in: Hubert Stöckli/et al., *Schweizerische Baurechtstagung 2013 ... für alle, die bauen*, Freiburg i. Ue., 309-321.
- Hänni, Peter/Zufferey, Jean-Baptiste 2012, 6. Enteignung/Expropriation, in: *Baurecht (BR)*, 29.
- Hauptli-Schwaller, Erica 2013, § 114 Begriff, in: Andreas Baumann/et al., *Kommentar zum Bundesgesetz des Kantons Aargau*, Bern, 1213-1217.
- Huber-Wälchli, Veronika 2016, Art. 29 GSchG/LEaux, in: Peter Hettich et al., *GSchG WEB / LEaux LACE – Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz / Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau*, Zürich, 449-473.
- Huber-Wälchli, Veronika/Keller, Peter M. 2013, Rechtsprechung zum Gewässerschutzgesetz 2003–2012, in: *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 201-277.
- Huber-Wälchli, Veronika/Keller, Peter M. 2003, Zehn Jahre Rechtsprechung zum neuen Gewässerschutzgesetz, in: *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 1-68.
- Huber, Eugen 1900, Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 503-592.
- Huber, Hans 1955, Der Schutz der wohlerworbenen Rechte in der Schweiz, in: Otto Bachof et al., *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht – Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 457-468.
- Hunger, Regula 2010, *Die Sanierungspflicht im Umweltschutz- und im Gewässerschutzgesetz (Diss.)*, Zürich.
- Klett, Kathrin 1984, *Verfassungsrechtlicher Schutz wohlerworbener Rechte bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtssprechung (Diss.)*, Bern.
- Kölz, Alfred 1978, Das wohlerworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, 65-71 und 89-94.

- Kunz, Daniel 2012, Konzessionen – Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: *Aktuelles Vergaberecht 2012 / Marchés Publics 2012*, Freiburg i. Ue., 225-244.
- Largey, Thierry 2013, L'assainissement des cours d'eau dans l'application de l'art. 80 LEaux – Les enseignements de l'arrêt Misoxer Kraftwerke, in: *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 92-112.
- Liver, Peter 1952, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 305-350.
- Liver, Peter 1958, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Paul Gieseke, *Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht – Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Paul Gieseke*, Karlsruhe, 225-249.
- Liver, Peter 1978, Mühlenrechte und Mühlenprozesse in Graubünden, in: *Bündner Jahrbuch – Zeitschrift für Kunst, Kultur und Geschichte Graubündens*, 15-32.
- Liver, Peter 1979, *Rechtsgutachten über die Wasserrechte der Spinnerei an der Lorze – Der MOTOR-COLUMBUS AG, Baden, zuhanden der Spinnerei an der Lorze erstattet*, Bern.
- Liver, Peter 1980, Zur Kulturgeschichte der Mühle – Nach einem in der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden am 15. Februar 1977 gehaltenen Vortrag, in: *Jahresbericht der Historisch-Antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 49-78.
- Looser, Martin E. 2011, *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen*, Zürich/St. Gallen.
- Merker, Michael 2015, Wasserkraft und Wasserkraftnutzung, in: Giovanni Biaggini et al., *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich, 461-488.
- Rausch, Heribert/Marti, Arnold/Griffel, Alain/Haller, Walter 2004, *Umweltrecht*, Zürich.
- Rentsch, Max 1980, Öffentliche Sachen, in: *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR)*, 337-364.
- Rhinow, René 1979, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)*, 1-23.
- Riva, Enrico 2007, *Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen. Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes*, Bern.
- Rüegger, Vanessa 2013, *Der Zugang zu Wasser als Verteilungsfrage. Das Verhältnis zwischen dem Menschenrecht auf Wasser und den Herrschafts- und Nutzungsrechten an Wasservorkommen (Diss.)*, Zürich.
- Schmid-Tschirren, Christina 2016, Art. 21, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al., *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Aufl., Zürich.

- Schreiber, Markus 2020, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 95-103.
- Strub, Dominik 2001, *Wohlerworbene Rechte insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts*, Freiburg (Schweiz).
- Stutz, Hans W. 2020, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, in: *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 245-284.
- Thurnherr, Daniela 2016, Art. 2 GSchG/LEaux, in: Peter Hettich et al., *GSchG WEB / LEaux LACE, Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz / Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau*, Zürich, 44-50.
- Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich/Müller, Markus 2014, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern.
- Tschentscher, Axel/Lienhard, Andreas/Sprecher, Franziska/Zeller, Franz 2019, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 (1/2), in: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 663-703.
- Wagner Pfeifer, Beatrice 2013, *Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a.*, Zürich/St. Gallen.
- Wiederkehr, René/Richli, Paul 2012, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung - Band I*, Bern.
- Wiederkehr, René/Richli, Paul 2014, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung - Band II*, Bern.