Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht¹

Von Dr. iur. *Gieri Caviezel*, Rechtsanwalt und Notar, Chur

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	69
II. Die Wasserrechtskonzession	70
1. Gesetzliche Grundlage	70
2. Rechtsnatur	72
3. Wohlerworbene Rechte	73
III. Umweltschutz und Wasserrechtskonzessionen	75
1. Neuverleihungen	76
1.1. Das Verleihungsverfahren	76
1.2. Anwendbare Umweltschutzvorschriften	76
1.3. Verfahren/Instrumente	80
1.4. Rechtsmittel	83
2. Konzessionserneuerungen	84
2.1. Beendigungsgründe	84
2.2. Rechtsfolgen	85
3. Änderung laufender Konzessionen	87
3.1. Rechtsgrundlagen	87
3.2. Sanierungsvorschriften im Sinne von Art. 80 ff. GSchG	87
3.3. Änderung der Konzession	90

I. Einleitung

Angesichts des Umstandes, dass in den letzten Jahren nur noch vereinzelt neue Kraftwerksbauten realisiert wurden, kann man sich fragen, inwieweit das Thema «Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht» überhaupt noch von Interesse sein könnte. Doch die Stromgewinnung aus Wasserkraft stellt nach wie vor einen wichtigen Pfeiler der schweizerischen Energiepolitik dar. Im Jahre 2000 wurden ca. 60% der Stromproduktion in der Schweiz aus Wasserkraft gewonnen. Laut den Ausführungen in der Botschaft zur Initiative «Moratorium-Plus» will der Bundesrat auch in Zukunft auf diese Energiequelle setzen². Zudem werden in den kommenden Jahrzehnten verschiedene Wasserrechtskonzessionen, welche in den 40-er und 50-er Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts erteilt wurden, ablaufen. Dabei wird sich regelmässig die Frage einer Konzessionserneuerung

¹ Leicht veränderte Fassung des anlässlich des Weiterbildungskurses «Bauen und Umwelt» vom 27. September 2001 an der Universität Freiburg gehaltenen Referates.

² Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001, BBl 2001, S. 2665 ff.

stellen. Schliesslich werden bereits heute laufende Wasserrechtskonzessionen an neue Bedürfnisse angepasst und teilweise abgeändert.

In all diesen Fällen – seien es erstmalige Konzessionen, Konzessionserneuerungen nach einem Konzessionsablauf oder Konzessionsänderungen während laufender Konzessionsdauer – stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der Umweltschutzgesetzgebung. Ausserdem sieht das Gewässerschutzgesetz ausdrücklich auch Regelungen vor, die in bestehende Wasserrechtskonzessionen eingreifen und Sanierungsmassnahmen vorschreiben.

Im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten ist die Anwendbarkeit des Umweltschutzrechtes in diesem Bereich eingeschränkt. Dies hängt im Wesentlichen mit der Ausgestaltung der Wasserrechtskonzession als wohlerworbenes Recht zusammen. Um das Verhältnis zwischen dem Umweltschutzrecht und der Wasserkraftnutzung zu verstehen, ist deshalb zunächst auf die rechtliche Ausgestaltung der Wasserrechtskonzession mit ihren Eigenheiten einzugehen. Im Anschluss daran soll die Anwendbarkeit der Umweltschutzgesetzgebung bei erstmaliger Konzessionserteilung bzw. nach Ablauf der Konzession erläutert werden. Schliesslich geht es um die bedeutungsvolle Frage der Anwendung der Umweltschutzgesetzgebung, insbesondere im Bereich des Gewässerschutzes, während laufender Konzession.

II. Die Wasserrechtskonzession

1. Gesetzliche Grundlage

Die Nutzung der Wasserkräfte steht gemäss *Art. 76 BV* unter der Oberaufsicht des Bundes. Er sorgt für die haushälterische Nutzung, den Schutz der Wasservorkommen sowie die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers. In diesem Rahmen kann der Bund auch Grundsätze aufstellen und Vorschriften erlassen.

Unter Vorbehalt der in *Art. 76 Abs. 4 und 5 BV* aufgezählten Ausnahmen liegt demgegenüber die eigentliche *Gewässerhoheit bei den Kantonen*. Ihnen steht die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer zu³. Dabei sind die Kantone jedoch nicht völlig frei. Der Bund hat mit dem Wasserrechtsgesetz (WRG)⁴ verschiedene Bestimmungen erlassen, welche bei der Verfügung über die Wasserkraft durch die Kantone zu beachten sind. Dies betrifft vorab Regelungen im

³ *Art. 76 Abs. 4 BV; Art. 2 WRG; Dominik Strub, Wohlerworbene Rechte, Diss. Fribourg 2001, S. 170 ff.; Riccardo Jagmetti, Kommentar BV, Art. 24^{bis}, Rz 58 ff.; Werner Dubach, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, 1979, S. 71 ff.*

⁴ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22.12.1916 (WRG, SR 721.80).

Zusammenhang mit der Verleihung von Wasserrechten (Art. 3 und 4 sowie Art. 38 ff. WRG) bzw. mit der Beendigung von Verleihungen (Art. 63 ff. WRG).

Laut Art. 3 Abs. 1 WRG kann das verfügungsberechtigte Gemeinwesen die Wasserkraft selbst nutzbar machen⁵ oder das Recht zur Benutzung einem anderen verleihen. Steht die Verfügung über die Wasserkraft nach kantonalem Recht nicht dem Kanton selber, sondern Gemeinden, Bezirken oder anderen Körperschaften zu, so bedarf die Verleihung der Genehmigung der kantonalen Behörde⁶ (Art. 4 Abs. 1 WRG). Bei der Verleihung von Wasserrechten sind im Rahmen einer Gesamtinteressenabwägung «das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen» zu berücksichtigen (Art. 39 WRG). Konzessionär kann eine natürliche oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft sein (Art. 40 WRG), und eine Übertragung der Konzession ist nur mit Zustimmung der Verleihungsbehörde möglich (Art. 42 WRG).

Eine zentrale Bestimmung enthält Art. 43 des Wasserrechtsgesetzes:

¹ «Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers.

² Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen werden.»

Inhalt und Umfang des wohl erworbenen Rechts ergeben sich aus der Konzession, welche insbesondere die Art der Nutzung, die nutzbare Wassermenge, die Dotier- und Restwassermenge sowie die wirtschaftlichen Leistungsverpflichtungen des Konzessionärs festlegt (Art. 54 WRG). Die Dauer der Konzession ist von Bundesrechts wegen auf 80 Jahre beschränkt, wobei für den Beginn der Konzessionsdauer nicht der Zeitpunkt der Erteilung, sondern derjenige der Betriebseröffnung massgebend ist (Art. 58 WRG)⁷. Die Konzession kann vor oder mit Ablauf der Verleihungsdauer in dem in Art. 58a WRG vorgesehenen Verfahren erneuert werden. Unter Vorbehalt von Art. 60 Abs. 2 WRG wird im Übrigen das Verleihungsverfahren durch das kantonale Recht geregelt.

Für die Einräumung der Nutzungsrechte am Wasser hat der Konzessionär dem Gemeinwesen nach Massgabe des kantonalen Rechts *Gegenleistungen* zu erbringen. Dazu gehören insbesondere der Wasserzins, Gebühren für die Erteilung der Konzession sowie die Abgabe von elektrischer Energie (gratis oder zu Vorzugsbedingungen). Diese Leistungen sind Bestandteil der Konzession, wobei die Höhe des Wasserzinses gesetzlich geregelt ist (Art. 49 WRG)⁸. In den Konzessionen wird deshalb regelmässig festgelegt, dass ein Wasserzins in der Höhe des

⁵ Von dieser Möglichkeit haben einige Gemeinwesen im Rahmen von Gesetzen Gebrauch gemacht.

⁶ In der Regel die Kantonsregierung.

⁷ Einzelne Kantone haben die Konzessionsdauer gegenüber dem bundesrechtlichen Maximum reduziert, so z.B. GR auf 60 Jahre.

⁸ Zur Zeit beträgt das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum Fr. 80.– pro Kilowatt Bruttoleistung; vgl. VO über die Festsetzung des Wasserzinses (SR 721.831).

«jeweils geltenden bundesrechtlichen Maximums» oder eines Teils davon geschuldet ist.

Hinsichtlich der *Beendigung* der Wassernutzungskonzession regelt das Bundesrecht in den Art. 63 ff. WRG bereits verschiedene Tatbestände⁹. Neben den seltenen Fällen des Rückkaufs (Art. 63 WRG) und der Verwirkung (Art. 65 WRG) endet die Konzession in der Regel durch Erlöschen infolge Ablaufs ihrer Dauer (Art. 64 WRG). In diesem Fall kommt es, falls nichts anderes in der Konzession vereinbart ist, regelmässig zum Heimfall. Abweichende Bestimmungen in den Konzessionen vorbehalten, ist das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt, die so genannten «nassen» Anlageteile (Staumauer, Wasserleitungen, Wassermotoren etc.) unentgeltlich zu übernehmen, während für die Anlagen zur Erzeugung und Fortleitung der elektrischen Energie (den «trockenen» Teil) eine «billige Entschädigung» zu bezahlen ist¹⁰.

2. Rechtsnatur

Die Konzession für die Nutzung der Wasserkräfte i.S.v. Art. 43 WRG stellt eine *Sondernutzungskonzession* dar¹¹. Entsprechend der Praxis des Bundesgerichtes ist «die Konzession ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt, dessen Inhalt Konzedent und Konzessionär unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts frei vereinbaren» können¹². Die Wasserrechtskonzession stellt damit einen gemischten Akt dar und weist einen Verfügungsmässigen und einen vertraglichen Teil auf¹³. Massgebend für die Zuordnung ist der rechtliche Gehalt der einzelnen Bestimmungen. Verfügt werden alle Konzessionsbestimmungen, welche zwingend geregelte Bereiche, insbesondere wichtige öffentliche Interessen, betreffen. Für diesen Verfügungsmässigen Inhalt der Konzession gilt uneingeschränkt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit. Die vertraglichen Bestimmungen beschlagen jene Bereiche, die für das öffentliche Interesse weniger erheblich sind, so etwa die Abgeltung finanzieller Leistungen an das Gemeinwesen. Aus dem vertraglichen Teil der Konzession ergeben sich besonders geschützte Rechtspositionen des Konzessionärs in der Form der wohlerworbenen Rechte¹⁴.

⁹ Vgl. zum Ganzen: *Vincent Augustin*, Das Ende der Wassernutzungskonzession, Diss. Fribourg 1983 m.w.H.

¹⁰ In den meisten Fällen hat das Gemeinwesen bisher auf die Ausübung des Heimfalls verzichtet und sich den Verzicht entschädigen lassen. Regelmässig ist es in diesen Fällen zum Abschluss neuer Konzessionen mit dem bisherigen Betreiber gekommen; vgl. dazu auch *Hans Wyer*, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Diss. Bern 2000.

¹¹ *René Rhinow/Beat Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 46.

¹² BGE 109 II 77.

¹³ ZBl 88/1987, S. 137.

¹⁴ Vgl. dazu *Rhinow/Krähenmann*, (Anm. 11); *Bernhard Frei*, Die Sanierung nach Art. 80 ff. Gewässerschutzgesetz vom 24.01.1991 bei der Wasserkraftnutzung; Rechtliche Probleme; Rechtsgut-

3. Wohlerworbene Rechte

Die Rechte, welche einem Kraftwerkunternehmen aufgrund einer Konzession für die Gewässernutzung eingeräumt werden, sind kraft ausdrücklicher Anordnung von Art. 43 Abs. 1 WRG wohlerworbene Rechte¹⁵. In der *Lehre* wurden die wohlerworbenen Rechte und insbesondere deren dogmatische Einordnung eingehend, zuweilen auch kritisch und kontrovers diskutiert¹⁶. Nach einer neueren Untersuchung sind Rechte «dann als wohlerworben zu bezeichnen, wenn sie ihrem Träger eine besondere Vertrauens- oder Eigentumsstellung, d.h. eine subjektive Berechtigung verschaffen und deshalb in ihren Werten von der Verfassung als grundsätzlich unentziehbar zugesichert sind»¹⁷.

Mit dem Inhalt und der Tragweite der wohlerworbenen Rechte hatte sich das *Bundesgericht* insbesondere im Zusammenhang mit den hier interessierenden Wasserrechtskonzessionen zu befassen. Von zentraler Bedeutung ist v.a. der Entscheid BGE 107 Ib 140 ff. (Ilanz I). Es ging konkret um die Frage, ob die in der Wasserrechtskonzession festgelegten Restwassermengen gestützt auf Bestimmungen des nachträglich in Kraft getretenen alten Fischereigesetzes angepasst werden durften, woraus sich eine Reduktion der Nutzwassermenge um 3,7% ergab. In seinem Entscheid stellte das Bundesgericht folgende grundsätzliche Überlegungen an¹⁸:

- Zunächst bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Praxis, wonach Wasserrechtskonzessionen wohlerworbene Rechte begründen, und dass diese Rechte nicht erst ab Baubeginn, sondern ab Konzessionserteilung ihre Wirkung entfalten.
- Sodann hielt das Bundesgericht auch an der so genannten Gesetzesbeständigkeit der wohlerworbenen Rechte fest. Es bestätigte, dass ein solches Recht durch spätere Gesetze nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden kann.
- Gleichzeitig begründete das Bundesgericht die seither als «Substanztheorie» bezeichnete Auffassung, wonach «Rechte, die durch Konzession verliehen werden, durch die künftige Gesetzgebung nicht entschädigungslos aufgehoben oder sonstwie in ihrer Substanz beeinträchtigt werden» können. Dagegen sei es nicht von vornherein ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts zur Folge haben¹⁹. Die Gesetzesbeständigkeit schliesst damit nicht mehr schlechthin jede Anwendung eines

achten z.Hd. des Buwal vom Dezember 1991; René Rhinow, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 80/1979, S. 1 ff.

¹⁵ BGE 110 Ib 163 f.; BGE 107 Ib 145 (Ilanz I).

¹⁶ Vgl. dazu den ausführlichen Überblick bei Strub (Anm. 3), S. 67 ff. m.w.H.

¹⁷ Strub (Anm. 3), S. 39.

¹⁸ ZBl 82/1981, S. 537 ff. (=BGE 107 Ib 140); ZBl 86/1985, S. 35 ff. (=BGE 110 Ib 160 ff.).

¹⁹ Zum Zustandekommen dieser Praxis und zur Beurteilung vgl. Strub (Anm. 3), S. 131 ff.

späteren Gesetzes auf ein früher konzediertes Werk aus, sondern nur soweit, als die Substanz beeinträchtigt wird. Damit wurde ermöglicht, dass zwischen entschädigungslosen Eingriffen in die wohlerworbenen Rechte – weil nicht substanzschmälernd – und Eingriffen mit Entschädigungsfolgen unterschieden wird.

Diese Praxis wurde in den Entscheiden BGE 110 Ib 160 (Ilanz II) sowie BGE 119 Ib 254 (Curciusa) bestätigt²⁰. In BGE 126 II 171 (KW Oberhasli) schliesslich ging es um die Frage, ob die Erhöhung von Wasserzinsen gegen wohlerworbene Rechte verstösst. Die zu beurteilende Konzession enthielt lediglich einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten der künftigen Gesetzgebung (namentlich enthielt sie keine Bestimmung, wonach «der Wasserzins nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung» festzulegen sei). Wie bereits im Fall Ilanz I hielt das Gericht zwar fest, dass derartige allgemeine Vorbehalte des allgemeinen Rechts unbeachtlich sind, weil sie nur dahingehend zu verstehen seien, «dass Änderungen des Konzessionsinhaltes, die nicht den Charakter von Eingriffen in <wohlerworbene Rechte> haben, möglich sein sollen»²¹. Trotzdem schützte es die Erhöhung des Wasserzinses, und zwar mit der Begründung, die Konzessionärin habe frühere Wasserzinserhöhungen auch immer akzeptiert²².

Wohlerworbene Rechte erweisen sich somit als grundsätzlich gesetzesbeständig. Sie bieten aber keinen absoluten Schutz. Zum einen kann ihr Umfang durch genau umschriebene – nicht aber bloss allgemeine – Vorbehalte in der Konzession eingeschränkt werden²³. Zum anderen lässt die Praxis Eingriffe zu, soweit die Substanz des wohlerworbenen Rechts nicht berührt wird. Nicht genau beantwortet ist die Frage, wann ein Eingriff in die Substanz zu bejahen ist. Im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 26 FG²⁴ kam das Bundesgericht im Entscheid Ilanz I zum Schluss, ein Eingriff in die Substanz wohlerworbener Wasserkraftrechte liege vor, wenn die mit einer Massnahme verbundenen Schwierigkeiten und die entstehende wirtschaftliche und finanzielle Belastung übermässig gross seien. Entschädigungslos zugelassen sind damit wirtschaftlich tragbare Eingriffe in die Wasserrechte²⁵. Bei der Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist die Verhältnismässigkeit von Bedeutung. Wie das Bundesgericht im Entscheid Ilanz II ausführte, gelten «die Schwierigkeiten und die Belastung dann als nicht übermässig gross, wenn die angeordneten Massnahmen im Hinblick auf den Nutzen

²⁰ Vgl. dazu die Kritik bei *Strub* (Anm. 3), S. 133; in BGE 126 II 182 bezeichnete das Bundesgericht die Substanzerhaltungsthese in einem obiter dictum als «fragwürdig», ohne dazu weiter Stellung zu nehmen.

²¹ BGE 126 II 181 m.w.H.

²² BGE 126 II 182.

²³ Vgl. BGE 119 Ib 279.

²⁴ Bundesgesetz über die Fischerei vom 14. Dezember 1973 (FG, SR 923.0).

²⁵ BGE 107 I b 150; in BGE 110 I b 165 ist dann die Rede von «wirtschaftlich zumutbaren» Massnahmen, allerdings ohne dass der Unterschied erläutert würde.

für die Fischerei als angemessen zu beurteilen sind»²⁶. Die Grenzziehung zwischen einer entschädigungslosen Massnahme und einem Eingriff in die Substanz der wohlerworbenen Rechte ist im Einzelfall vorzunehmen²⁷.

III. Umweltschutz und Wasserrechtskonzessionen

Mit der Erteilung einer Wasserrechtskonzession wird der Konzessionär berechtigt, die Wasserkraft an einem Gewässer zu nutzen. Diese Nutzung stellt einen Eingriff in die natürliche Umwelt dar. Tangiert werden können insbesondere Lebensräume und Lebensgemeinschaften im Bereich des genutzten Gewässers. Bei der Erteilung und Ausübung der Wasserrechtskonzessionen sind deshalb stets die umweltrechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen. Aufgrund der vorne dargelegten Besonderheiten der Wasserrechtskonzession – insbesondere ihrer Qualifikation als wohlerworbenes Recht und der sich daraus ergebenden Gesetzesbeständigkeit – kommen die Bestimmungen des Umweltschutzrechts in unterschiedlichem Umfang zur Anwendung. Während eine neue Konzession (sei dies eine erstmalige oder eine Konzessionserneuerung nach Ablauf der Konzessionsdauer) nur auf der Grundlage und unter Beachtung der gesamten Umweltschutzgesetzgebung erteilt werden darf, ist die Durchsetzung der Umweltvorschriften während laufender Konzession eingeschränkt.

In der Folge soll zunächst dargelegt werden, welche umweltrechtlichen Vorschriften im Rahmen einer Konzessionserteilung hauptsächlich zu beachten sind²⁸. Sodann sollen die verfahrensmässigen Instrumentarien, welche das Zusammenwirken von Wasserkraftnutzung und Umweltinteressen gewährleisten, dargestellt werden. Im zweiten Abschnitt werden sodann die Gründe für die Beendigung der Konzession sowie deren Rechtsfolgen beschrieben. Schliesslich wird im dritten Abschnitt aufgezeigt, inwieweit die Umweltschutzgesetzgebung auf laufende Konzessionen zur Anwendung kommt, wobei hier die Sanierungsvorschriften gemäss dem Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer²⁹ und die Fragen im Zusammenhang mit einer Änderung der Konzession im Vordergrund stehen.

²⁶ BGE 110 I b 165.

²⁷ Vgl. dazu die in der Literatur entwickelten Kriterien bei: *Frei* (Anm. 14), S. 21 ff. sowie *Maurus Eckert/Beat Hunger*, Die Bedeutung des Falls Ilanz für die Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GSchG, URP 1998, S. 258 ff.

²⁸ Eine abschliessende Darstellung aller umweltrelevanten Vorschriften ist kaum möglich, weil sie im Einzelfall sehr unterschiedlich sein können.

²⁹ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20).

1. Neuverleihungen

1.1. Das Verleihungsverfahren

Das Bundesrecht enthält nur wenige Verfahrensvorschriften im Zusammenhang mit der Verleihung von Wasserrechtskonzessionen. Das Verfahren wird im Wesentlichen durch das kantonale Recht bestimmt. Die Erstellung einer Wasserwerkanlage bedarf aber nicht nur einer Wasserrechtsverleihung, sondern auch der Erteilung weiterer Bewilligungen, so namentlich der gewässerschutzrechtlichen und der naturschutzrechtlichen Bewilligung³⁰. Die Überprüfung der Übereinstimmung des Projektes mit den Vorschriften über den Schutz der Umwelt erfolgt mit dem Instrument der Umweltverträglichkeitsprüfung, wobei die verschiedenen Bewilligungen zu koordinieren sind. Da die für die Neuverleihung zu beachtenden Regeln auch bei einer Neuverleihung nach Ablauf der Konzession bzw. bei einer wesentlichen Konzessionsänderung während laufender Konzession zur Anwendung kommen, rechtfertigt es sich, an dieser Stelle das Verfahren für die Erteilung einer Wasserrechtskonzession ausführlich darzustellen.

In der Regel verleiht das verfügungsberechtigte Gemeinwesen das Recht zur Nutzung der Wasserkraft an Dritte³¹. Liegt die Verfügung über die Wasserkraft nicht beim Kanton, so hat zunächst die untergeordnete öffentlich-rechtliche Körperschaft (Gemeinde oder Bezirk) über die Erteilung der Konzession zu befinden. Das Verfahren richtet sich nach dem jeweiligen kantonalen bzw. kommunalen Recht. Der Konzedent handelt die Verleihung mit dem Konzessionär aus und legt die zwingenden Bestimmungen fest. Der Entscheid über die Erteilung der Konzession liegt in der Regel in der Kompetenz der Stimmberechtigten. Die Konzession bedarf zu ihrer Gültigkeit dann noch zwingend der Genehmigung durch die nach kantonalem Recht zuständige kantonale Behörde, in der Regel die Kantonsregierung (Art. 4 Abs. 1 WRG). Diese verweigert die Genehmigung, wenn die Verleihung dem «öffentlichen Wohl» zuwiderläuft (Art. 4 Abs. 2 WRG). In diesem Fall kann sie die von der Gemeinde erteilte Konzession aber auch mit den notwendigen Auflagen ergänzen und in dieser Form genehmigen. Massgebend ist die von der kantonalen Behörde genehmigte Konzession, die Genehmigung ist konstitutiv.

1.2. Anwendbare Umweltschutzvorschriften

Die materiellen Anforderungen an die Erteilung einer Wasserrechtskonzession ergeben sich im Wesentlichen aus den Vorschriften der umweltrechtlichen Spe-

³⁰ Auf die Baubewilligung, welche im Rahmen der zweiten Stufe erteilt wird, wird nicht näher eingegangen.

³¹ Auf die in Art. 3 Abs. 1 WRG vorgesehene Möglichkeit der Eigennutzung sowie der Rechteinräumung «in anderer Form als der der Konzession» (Art. 3 Abs. 2 WRG; in der Regel erfolgt dann die Nutzung gestützt auf ein Gesetz) wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, weil sie in der Praxis eher selten vorkommen.

zialgesetzgebung. Im Vordergrund stehen dabei die Vorschriften über den Gewässer- und Naturschutz.

a. Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (GSchG)

Ein wesentlicher Zweck des GSchG ist die Sicherung angemessener Restwassermengen. Wer einem Fließgewässer mit ständiger Wasserführung über den Gemeingebrauch hinaus Wasser entnimmt, bedarf deshalb einer Bewilligung gemäss Art. 29 GSchG³². Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung ist, dass die Bestimmungen über die Mindestrestwassermengen im Sinne von Art. 31 bis 35 GSchG eingehalten sind³³. Bei jenen Wasserentnahmen, die nach Art. 30 lit. a GSchG zu bewilligen sind³⁴, ist – ausgehend von der Abflussmenge Q 347³⁵ – zunächst die Mindestrestwassermenge festzusetzen. Sie bestimmt sich nach den in Art. 31 Abs. 1 GSchG genannten Regeln, wobei unter den in Art. 31 Abs. 2 GSchG erwähnten Voraussetzungen eine erhöhte Mindestrestwassermenge bestimmt werden muss³⁶. In Ausnahmefällen, namentlich bei Wasserentnahmen aus Nichtfischgewässern oder im Rahmen einer Schutz- und Nutzungsplanung, kann eine tiefere Mindestrestwassermenge festgelegt werden (Art. 32 GSchG). In einem weiteren Schritt erhöht die Behörde die Mindestrestwassermengen in dem Ausmass, als es sich aufgrund einer Abwägung der Interessen für und gegen die vorgesehene Wasserentnahme ergibt (Art. 33 Abs. 1 bis 3 GSchG). Grundlage für die Festlegung der Restwassermengen ist ein Bericht, der inhaltlich den Anforderungen von Art. 33 Abs. 4 GSchG genügen muss und Teil des Umweltverträglichkeitsberichtes bildet (Art. 35 GSchV). Steht die angemessene Restwassermenge fest, ordnet die Behörde diejenigen Massnahmen an, welche zu ihrer Sicherung erforderlich sind. So ist namentlich in jedem Einzelfall die Dotierwassermenge festzusetzen (Art. 35 GSchG)³⁷. Die sachgerechte Festlegung von Dotier- und Restwassermengen gehört zum zentralen Inhalt der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung und der Wasserrechtskonzession³⁸.

³² In diesem Fall ist eine fischereirechtliche Bewilligung gemäss Fischereigesetz nicht mehr nötig (Art. 24 Abs. 3 FG), weil die fischereilichen Aspekte im Rahmen des GSchG zu prüfen sind.

³³ Von der Mindestrestwassermenge zu unterscheiden ist die Dotierwassermenge (vgl. Art. 4 lit. k und l GSchG). Während die Restwassermenge die Abflussmenge darstellt, die nach der Wasserentnahme verbleibt, handelt es sich bei der Dotierwassermenge um jene Wassermenge, welche zur Sicherstellung einer bestimmten Restwassermenge bei der Wasserentnahme im Gewässer zu belassen ist; vgl. zum Ganzen: *Maurus Eckert*, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, Diss. Zürich, 2002.

³⁴ Dies ist der Regelfall bei Wasserrechtskonzessionen.

³⁵ Dies ist die Abflussmenge, die, gemittelt über zehn Jahre, durchschnittlich während 347 Tagen des Jahres erreicht oder überschritten wird und durch Stauung, Entnahme oder Zuleitung von Wasser nicht wesentlich beeinflusst wird.

³⁶ BGE 120 Ib 243.

³⁷ BGE 120 Ib 243.

³⁸ BGE 119 Ib 272 E. 6b m.w.H.

b. Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG)

Die Erstellung eines Wasserkraftwerkes erfordert regelmässig eine Bewilligung gemäss dem Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG)³⁹. Bereits das GSchG enthält verschiedene Bestimmungen zum Schutz der Natur⁴⁰. Daneben hat das NHG aber in verschiedenen Bereichen eigenständige Bedeutung:

- Nach Art. 78 Abs. 2 BV sind Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kunstdenkmäler zu schonen und ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Art. 4 NHG unterscheidet zwischen *Objekten von nationaler Bedeutung* und solchen von regionaler und lokaler Bedeutung. Im Zusammenhang mit der Erstellung von Wasserkraftwerken ist insbesondere das vom Bundesrat gestützt auf Art. 5 NHG erlassene Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN) zu beachten⁴¹. Die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar hat zur Konsequenz, dass es im besonderen Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösste Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe darf ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG)⁴².
- Eine besondere Stellung im NHG nimmt der Schutz der einheimischen Tiere und Pflanzenwelt ein (Art. 18 ff. NHG). Dabei geht es einerseits um den Artenschutz, andererseits um den *Biotopschutz*⁴³. Nach Art. 18 Abs. 1^{bis} NHG sind u.a. Uferbereiche, Riedgebiete und Moore besonders zu schützen. Lässt sich eine Beeinträchtigung dieser schutzwürdigen Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher nach Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichen Schutz, für Wiederherstellung oder ansonsten für angemessenen Ersatz, zu sorgen. Mit Ausnahme von Art. 78 Abs. 5 BV, wonach Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung durch ein weitgehendes Veränderungsverbot geschützt sind⁴⁴, hängen Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume von einer Interessenabwägung ab.

³⁹ SR 451.

⁴⁰ Vgl. Art. 31, 33 und 37 GSchG.

⁴¹ Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10.08.1977 (VBLN; SR 451.11).

⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 115 Ib 317 ff. betreffend Erteilung des Enteignungsrechts für den Bau und Betrieb einer 380 KV-Leitung Pradella-Martina; Jörg Leimbacher/Lukas Bühlmann, Bundesinventare, Schriftenfolge Nr. 60 der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung, August 1993, S. 16 ff.

⁴³ Vgl. zum Ganzen Peter Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18 ff. NHG; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 394 ff.

⁴⁴ MoorlandschaftsVO, SR 451.35.

Gestützt auf Art. 18a NHG hat der Bundesrat die Auenverordnung⁴⁵, die Hochmoorverordnung⁴⁶ sowie die Flachmoorverordnung⁴⁷ erlassen. Die darin aufgenommenen Objekte sind Biotope von nationaler Bedeutung, wobei die Kantone den Schutz und den Unterhalt der Biotope ordnen. Das Schutzziel wird im jeweiligen Artikel 4 der genannten Verordnungen so umschrieben, dass die Objekte ungeschmälert erhalten werden sollen. Während Eingriffe in Hoch- und Flachmoore der allgemeinen Regelung von Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG unterliegen, wurden die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Schutzobjekt im Fall der Auengebiete verschärft. Gemäss Art. 4 Abs. 2 AuenV ist ein Abweichen vom Schutzziel nur für unmittelbar standortgebundene Vorhaben zulässig, die dem Schutz des Menschen vor schädlichen Auswirkungen des Wassers oder einem anderen überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen.

Für den Schutz und den Unterhalt der Biotope von lokaler und regionaler Bedeutung haben die Kantone gestützt auf Art. 18b Abs. 1 NHG zu sorgen. Sowohl bei deren Ausscheidung als auch bei der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften steht den Kantonen ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu⁴⁸.

– Regelmässig wird beim Bau von Wasserkraftwerken die *Ufervegetation* im Sinne von Art. 21 NHG beeinträchtigt. Gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG kann die zuständige kantonale Behörde die Beseitigung der Ufervegetation in den durch die Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen für standortgebundene Vorhaben bewilligen⁴⁹.

Die erwähnten Bestimmungen über den Natur- und Heimatschutz sind im Zusammenhang mit der Erteilung von Wasserrechtskonzessionen in der Praxis von grosser Bedeutung. Zwar führt die Beeinträchtigung eines Objektes von nationaler Bedeutung oder eines geschützten Objektes (mit Ausnahme der genannten Moore und Moorlandschaften) nicht ohne weiteres zu einer Verweigerung der Konzession. Eingriffe in diese Schutzobjekte sind jedoch nur nach einer umfassenden Interessenabwägung möglich, wobei bei Erteilung einer Konzession die entsprechende Verleihung regelmässig mit Schutzauflagen und Ersatzmassnahmen gemäss den entsprechenden Vorschriften verknüpft wird.

⁴⁵ Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung vom 28.10.1992, SR 451.31.

⁴⁶ Verordnung über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung vom 21.01.1991 (Hochmoorverordnung, SR 451.32)

⁴⁷ Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung vom 07.09.1994 (Flachmoorverordnung; SR 451.33).

⁴⁸ BGE 119 Ib 280 E.ec.

⁴⁹ Fassung gemäss Art. 75 Ziff. 2 des GSchG vom 24.01.1991; wohl als eigenständige Ausnahmebewilligung ausgestaltet, hat sie diesen Charakter de facto eingebüsst; vgl. dazu *Hans-Peter Jenny*, Kommentar NHG, Art. 22, Rz. 13.

c. Weitere Vorschriften

Die Vorschriften des GSchG und des NHG stellen die bedeutendsten Umweltschutzregeln dar, die bei der Erteilung einer Wasserrechtskonzession zu beachten sind. Im Einzelfall kann allenfalls eine Rodung nötig sein, sodass das eidgenössische Waldgesetz zur Anwendung kommt⁵⁰.

Zwar zählt die Wasserkraftnutzung zu den raumwirksamen Tätigkeiten im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. c der Raumplanungsverordnung⁵¹. Das Fehlen einer richtplanerischen Grundlage steht der Erteilung einer Wasserrechtskonzession jedoch nicht im Weg, «sofern bei der Projektprüfung die vom Raumplanungsrecht verlangte Abstimmung der raumwirksamen Tätigkeiten beachtet und insbesondere dem Gebot der haushälterischen und umweltschonenden Nutzung (Art. 2 Abs. 1 lit. d RPV) Rechnung getragen wird»⁵².

1.3. Verfahren/Instrumente

Wie eben dargelegt, braucht es für die Realisierung eines Wasserkraftwerkes neben einer Wasserrechtskonzession verschiedene weitere Bewilligungen⁵³. Dies führt zu einer so genannten Bewilligungskonkurrenz⁵⁴. Entsprechend dem Koordinationsgebot sind diese Bewilligungsverfahren zu koordinieren. Ein Instrument der Koordination im Bereich der Erteilung einer Wasserrechtskonzession ist die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) gemäss Art. 9 USG. Im Folgenden sollen die Grundzüge der Koordination und die Durchführung der UVP bei der Wasserrechtsverleihung dargelegt werden.

a. Koordination

Die Pflicht zur materiellen und formellen Koordination ergibt sich zunächst direkt aus der Bundesverfassung⁵⁵. Auf Gesetzesstufe schreibt vor allem Art. 25a RPG die Grundzüge der Koordination für Bauten und Anlagen vor, für welche Verfügungen mehrerer Behörden erforderlich sind⁵⁶. Einerseits ist die Rechtsanwendung zur Vermeidung von inhaltlichen Widersprüchen materiell zu koordinieren (materielle Koordination). Andererseits verlangt das Koordinationsgebot,

⁵⁰ Bundesgesetz über den Wald vom 04.10.1991, SR 921.0.

⁵¹ Verordnung vom 02.10.1989 über die Raumplanung, RPV, SR 700.1.

⁵² BGE 119 Ib 270 E. 5c.

⁵³ Ebenso für Konzessionserneuerungen oder bestimmte Konzessionsänderungen.

⁵⁴ *Hänni* (Anm. 43), S. 436.

⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich *Hänni* (Anm. 43), S. 440 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu VLP Information «Verfahrensbeschleunigung und Verfahrenskoordination – Die neuen Bestimmungen des RPG treten in Kraft», vom Dezember 1996; das Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren vom 18. Juni 1999 kommt nur bei Bundeskonzessionen i.S.v. Art. 62 WRG zur Anwendung. Angepasst wurde mit dem neuen Gesetz das Waldgesetz vom 4. Oktober 1991, indem neu die Kantone bis zu einer Fläche von 5000 m² allein entscheiden.

dass die Anwendung des materiellen Rechts auch in formeller und verfahrensmässiger Hinsicht in geeigneter Weise zu koordinieren ist (formelle Koordination)⁵⁷.

Im Bereich der Wasserkraftnutzung ist die Umweltverträglichkeit eines Projektes auf einer ersten Stufe im Rahmen der Genehmigung der Wasserrechtskonzession zu prüfen und festzustellen. Insbesondere die gewässerschutzrechtliche und die naturschutzrechtliche Bewilligung (allenfalls auch weitere Bewilligungen) bedürfen «notwendigerweise der Abstimmung mit der Verleihung der Wasserkraftnutzung»⁵⁸. Damit kommen auch hier die allgemeinen Koordinationsgrundsätze zur Anwendung.

b. Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)

aa. Allgemeines

Bevor eine Behörde über die Planung, Errichtung oder Änderung einer Anlage entscheidet, welche die Umwelt erheblich belasten kann, hat sie möglichst frühzeitig deren Umweltverträglichkeit zu prüfen (Art. 9 USG). Kraftwerke zur Energiegewinnung mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW stellen solche Anlagen dar⁵⁹. Die UVP-Pflicht knüpft an das Kriterium der potentiell erheblichen Umweltbelastung an, welches bei neuen Projekten regelmässig erfüllt sein dürfte. Aber auch eine veränderte Betriebsführung in bestehenden Werken kann zu einer UVP-Pflicht führen. Namentlich bei einer neuen Energienutzungskonzeption mit verändertem Betriebsregime (z.B. Produktion von Winterenergie statt Sommerenergie) sind erhebliche Umweltbelastungen möglich, sodass auch diese Änderungen eine UVP-Pflicht auslösen können⁶⁰.

bb. Der Bericht und seine Prüfung

Dem Entscheid der Behörde über die Frage der Umweltverträglichkeit eines Vorhabens liegt ein Bericht zugrunde (im Folgenden UVB genannt). Für dessen Erstellung ist der Gesuchsteller besorgt, der damit in der Regel ein darauf spezialisiertes Unternehmen beauftragt (Art. 9 Abs. 4 USG). Inhaltlich hat sich der UVB nach den gesetzlichen Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 USG und den Richtlinien der Umweltschutzfachstellen zu orientieren. Neben der Darstellung des Ausgangszustandes und des Vorhabens muss der UVB auch die der geplanten Anlage zurechenbaren Auswirkungen auf die Umwelt sowohl einzeln als auch gesamthaft und in ihrem Zusammenwirken ermitteln und bewerten (Art. 9 Abs. 3 UVPV).

Der UVB wird durch die Umweltschutzfachstelle beurteilt, wobei insbesondere geprüft wird, ob die Anlage den Vorschriften über den Schutz der Umwelt ent-

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen ausführlich *Hänni* (Anm. 43), S. 440 m.w.H. sowie BGE 116 Ib 50 ff.

⁵⁸ BGE 119 Ib 272.

⁵⁹ BGE 119 Ib 273; Ziff. 21.3 Anhang UVPV.

⁶⁰ Dies war im Fall *Curciusa* so, wo die Zweckbestimmung des vorgesehenen Saison-Speicherwerkes *Curciusa* in der Umlagerung von Sommer- in Winterenergie bestand, was zu einer Veränderung des Wasserregimes in den bestehenden Anlage geführt hätte; BGE 119 Ib 273.

spricht (Art. 9 Abs. 5 USG und Art. 13 UVPV). Der Bericht (im Folgenden Beurteilungsbericht genannt) wird der zuständigen Behörde, zusammen mit einem Antrag für die zu treffenden Massnahmen, weitergeleitet. Der Beurteilungsbericht entspricht einer vom Bundesrecht obligatorisch verlangten Expertise. Der entscheidenden Behörde steht zwar eine freie Beweiswürdigung zu. Trotzdem «entspricht es dem Sinn des Bezugs der Fachstelle als sachkundiger Spezialbehörde, dass nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abzuweichen ist»⁶¹. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen des Berichtes. Das Bundesgericht legt sich bei der Beurteilung kantonaler Entscheide deshalb Zurückhaltung auf und prüft insbesondere, «ob die UVP über den wesentlichen Sachverhalt vollständig Aufschluss gibt, ob ihre Beurteilung durch die Fachstelle den Anforderungen einer amtlichen Expertise genügt und ob die für den Entscheid im Hauptverfahren zuständige Behörde aus der UVP und deren Beurteilung durch die Fachstelle die zutreffenden Folgerungen gezogen hat. Namentlich ist zu beurteilen, ob die öffentlichen Interessen vollständig berücksichtigt und ob sie richtig gewichtet wurden, wobei zu beachten ist, dass sich der Umweltverträglichkeitsbericht auf das für den Entscheid Wesentliche beschränken darf»⁶². Dabei legt sich das Bundesgericht bei Fragen, zu deren Beurteilung die Vorinstanz über die besseren Kenntnisse der örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnisse verfügt, Zurückhaltung auf. Aufgrund der gesamten Beurteilung ergibt sich, ob der Entscheid der kantonalen Behörde auf einer dem Bundesrecht entsprechenden Abwägung der Gesamtinteressenlage beruht⁶³.

cc. Zweistufigkeit

Für Speicher- und Laufkraftwerke sowie Pumpspeicherwerke mit mehr als 3 MW sieht Ziff. 21.3 des Anhangs zur UVPV eine zweistufige Prüfung vor. Für die erste Stufe bildet das Konzessionsverfahren im Sinne von Art. 38 WRG das massgebliche Verfahren, für die zweite Stufe wird das Verfahren durch das kantonale Recht bestimmt⁶⁴.

Bei mehrstufigen Verfahren stellt sich jeweils die Problematik, welche Fragen auf welcher Stufe zu prüfen und wie die Verfahren zu koordinieren sind. Gemäss Art. 6 UVPV ist bei mehrstufigen UVP die Prüfung bei jedem Verfahrensschritt so weit durchzuführen, «als die Auswirkungen des Projektes auf die Umwelt für den jeweiligen Entscheid bekannt sein müssen». Im Bereich der Wasserkraftwerke präzisierte das Bundesgericht diese Regel in dem Sinne, dass «die erste Stufe der Prüfung sämtliche Aspekte behandeln muss, die bei der zweiten Stufe nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen»⁶⁵. Dies betrifft insbesondere jene Bewilligungen,

⁶¹ BGE 119 Ib 274.

⁶² BGE 119 Ib 275.

⁶³ BGE 119 Ib 275 m.w.H.

⁶⁴ In der Regel ist dies das Projektgenehmigungsverfahren.

⁶⁵ BGE 119 Ib 277.

die für die Realisierung des Werkes notwendig sind, namentlich die gewässerschutzrechtlichen und die naturschutzrechtlichen Bewilligungen. Soweit weiteren Bewilligungen «eine zwar unabdingbare, im Verhältnis zu den erteilten Bewilligungen jedoch untergeordnete Bedeutung» zukommt, können diese in der zweiten Stufe geprüft werden⁶⁶.

dd. Massgebliches Verfahren

Das für die Durchführung der UVP und damit der Koordination massgebliche Verfahren bildet das wasserrechtliche Konzessionsverfahren (Ziff. 21.3 Anhang UVPV). In Kantonen, in denen die Gewässerhoheit den Gemeinden zusteht, bedarf es zusätzlich zur Konzession der Gemeinde der Genehmigung durch die Kantonsregierung. Das Konzessionsverfahren ist damit in zwei Teile gegliedert, einerseits die Konzessionserteilung durch die Gemeinde, andererseits die Genehmigung durch die Regierung. Die Genehmigung durch die Kantonsregierung ist zwingend und hat konstitutive Wirkung. Das Bundesgericht hat es deshalb als zulässig angesehen, dass «die erste Stufe der UVP im Verlaufe des Genehmigungsverfahrens durch die kantonale Regierung vorgenommen wird»⁶⁷. Damit kann auch die Koordination der Bewilligungsverfahren im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erfolgen, was aufgrund der Komplexität und aus praktischen Gesichtspunkten ohnehin zu begrüssen ist. Bezüglich des UVB hat dies zur Folge, dass es zwar sinnvoll und wünschenswert ist, wenn dieser im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Gemeinden vorliegt. Ein vollständiger UVB muss von Bundesrechts wegen aber erst im Rahmen der Genehmigung vorhanden sein, weil in diesem Fall die Regierung die zuständige Behörde im Sinne von Art. 5 UVPV ist, welche die Umweltverträglichkeit festzustellen und die Bewilligungsverfahren zu koordinieren hat⁶⁸.

1.4. Rechtsmittel

Die gerichtliche Anfechtung von Wasserrechtskonzessionen richtet sich grundsätzlich nach den Regeln der Bundesverwaltungsrechtspflege. Soweit sich eine Beschwerde gegen eine Wasserrechtsverleihung auf die mit der Nutzung der Wasserkraft verbundenen Eingriffe in die Natur und die Umwelt, speziell in die erfassten Gewässer bezieht, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bun-

⁶⁶ BGE 119 Ib 278: Dies hat das Bundesgericht bezüglich einer Rodungsbewilligung für die Baustellenschliessung sowie für Deponien entschieden. Auch gewässerschutzpolizeiliche Bewilligungen sowie Ausnahmbewilligungen gemäss Art. 24 RPG können auf der zweiten Stufe behandelt werden. Schliesslich können auch die Sicherheitsfragen gemäss Talsperrenverordnung (SR 721.102) ohne Verletzung von Bundesrecht im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens auf der zweiten Stufe beurteilt werden. Sinnvollerweise wird ein entsprechender Vorbehalt in der Konzession angebracht, was im Falle zusätzlicher Sicherheitsauflagen im Baubewilligungsverfahren zu einer entsprechenden Begrenzung des wohlerworbenen Rechts führt (BGE 119 Ib 279).

⁶⁷ BGE 119 Ib 271.

⁶⁸ BGE 119 Ib 271 f.

desgericht gegeben⁶⁹. Ist für das Vorhaben eine UVP im Sinne von Art. 9 USG notwendig – was bei Wasserkraftwerken regelmässig der Fall ist – steht auch den gesamtschweizerischen Umweltschutzorganisationen das Beschwerderecht zu, sofern sie mindestens zehn Jahre vor Einreichung der Beschwerde gegründet wurden⁷⁰. Die vom Bundesrat bezeichneten Organisationen (es handelt sich um insgesamt ca. 30 Organisationen) können sich ausserdem auf Art. 12 NHG berufen, soweit es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe geht, was auf die Erteilung der fischerei- und naturschutzrechtlichen Bewilligung zutrifft⁷¹.

Die Verfügungen sind den Organisationen in der in Art. 55 Abs. 4 USG bzw. Art. 12a NHG vorgesehenen Form zu eröffnen. Beteiligen sich Organisationen am erstinstanzlichen Verfahren nicht, sind sie vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, ausser die Verfügung wird zugunsten einer anderen Partei abgeändert und die Organisationen sind dadurch beschwert (Art. 55 Abs. 4 USG bzw. Art. 12a Abs. 2 NHG).

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesverwaltungsrecht, insbesondere des Umweltschutzrechtes einschliesslich Gewässerschutz sowie Natur- und Heimatschutz, geltend gemacht werden. Weiterhin sind Einwendungen möglich, die sich auf die Anwendung des kantonalen Rechts beziehen, weil es sich dabei überwiegend um Ausführungsrecht zum Bundesrecht handelt⁷².

2. Konzessionserneuerungen

2.1. Beendigungsgründe

Die Gründe, welche zu einer Beendigung der Wasserrechtskonzession führen, sind bereits im WRG geregelt⁷³. Der wichtigste Grund ist das Erlöschen der Konzession infolge Ablaufs ihrer Dauer (Art. 64 lit. a WRG). Auf eine Darlegung der übrigen Beendigungsgründe kann an dieser Stelle mangels praktischer Relevanz verzichtet werden.

⁶⁹ BGE 119 Ib 263 m.w.H.

⁷⁰ Art. 55 USG; vgl. Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen vom 27. Juni 1990, SR 814.076.

⁷¹ BGE 119 Ib 263 m.w.H.

⁷² BGE 119 Ib 264; ausserdem weisen die auf kantonalem oder kommunalem Recht beruhenden Anordnungen einen derart engen Sachzusammenhang mit den zu beurteilenden Fragen des Bundesverwaltungsrechts auf, dass sie im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren zu prüfen sind.

⁷³ Art. 63 bis 65 WRG; vgl. zum Ganzen: *Augustin* (Anm. 8), m.w.H.

2.2. Rechtsfolgen

Ist die vereinbarte Konzessionsdauer abgelaufen, so fällt das verliehene Sondernutzungsrecht dahin und die volle Verfügungsgewalt des Gemeinwesens über das Gewässer lebt wieder auf. Damit kann das Gemeinwesen entscheiden, ob und allenfalls wie es die Nutzungsverhältnisse am Gewässer neu regeln will. Entscheidet es sich für eine Erneuerung der Konzession, kann diese auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Konzession oder vor diesem Zeitpunkt erfolgen (Art. 58a WRG). Das Gesuch um Erneuerung einer bestehenden Konzession ist mindestens 15 Jahre vor deren Ablauf zu stellen und die zuständigen Behörden entscheiden mindestens 10 Jahre vor Ablauf der Konzession über die grundsätzliche Bereitschaft zu einer Erneuerung (Art. 58a Abs. 2 WRG). Gemäss Abs. 4 von Art. 58a WRG berechnet sich die Höchstdauer einer vorzeitig erneuerten Konzession vom Tag der mit dem Konzessionär vereinbarten Inkraftsetzung an, wobei diese jedoch spätestens 25 Jahre nach dem Konzessionsentscheid zu erfolgen hat. Die Höchstdauer kann durch diese Vereinbarung also keinesfalls mehr als 105 Jahre betragen⁷⁴.

Die Konzessionserneuerung stellt rechtlich eine Neuverleihung dar. Dies hat zur Folge, dass im Zuge der Konzessionserneuerung die jeweils gültigen umweltschutzrechtlichen Vorschriften zu beachten und in den dafür vorgesehenen Verfahren bzw. mit den gesetzlichen Instrumenten zu prüfen und zu beurteilen sind. Laut Art. 58a Abs. 3 WRG sind die neuen Restwasservorschriften spätestens 5 Jahre nach dem Ablauf der Konzession ohne Einschränkung anzuwenden. Für die Anordnung baulicher Massnahmen zur Anpassung an die neuen Konzessionsbedingungen enthält das Gesetz keine Regelung. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, dass solche Regelungen im Zusammenhang mit der Konzessionserneuerung getroffen werden⁷⁵. Demzufolge kann bei der Konzessionserneuerung hinsichtlich der anwendbaren Umweltschutzvorschriften und der Verfahren auf die Ausführungen zur Neuverleihung verwiesen werden.

Von der Frage, was bei Ablauf der Konzession mit dem Nutzungsrecht geschieht, ist jene nach dem Eigentum an den Werksanlagen zu unterscheiden. Da diese Frage und vor allem die entsprechenden finanziellen Folgen für den Entscheid über die weitere Verfügung über das Nutzungsrecht von erheblicher Bedeutung sind, rechtfertigen sich einige Ausführungen dazu. Art. 67 Abs. 1 WRG regelt den *Heimfall* bei kantonalen Gewässern⁷⁶. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 67 WRG kein eigentliches Heimfallrecht zugunsten des Gemeinwesens begründet. Dieser Anspruch muss sich aus der Konzession oder aus der kanto-

⁷⁴ BBl 1995 IV 1011.

⁷⁵ BBl 1995 IV 1011.

⁷⁶ Art. 67 WRG kommt nur subsidiär zur Anwendung; in aller Regel enthalten sowohl die kantonalen Wasserrechtsgesetze als auch die einzelnen Konzessionen detaillierte Regelungen über die Heimfallordnung, welche der bundesrechtlichen Bestimmung vorgehen. Für die nachfolgenden grundsätzlichen Überlegungen kann jedoch von Art. 67 WRG ausgegangen werden.

nalen Gesetzgebung ergeben. Nach übereinstimmender Auffassung kommt Art. 67 WRG nur zur Anwendung, wenn Konzession oder kantonale Gesetzgebung darauf verweisen oder die Modalitäten des Heimfalls nicht genau geregelt sind⁷⁷.

Besteht gemäss Konzession oder kantonaler Gesetzgebung ein Heimfallanspruch, so ist das Gemeinwesen berechtigt, die Kraftwerkanlagen des Konzessionärs am Konzessionsende zu übernehmen. Das Heimfallrecht ist ein Gestaltungsrecht. Die Ausübung des Heimfallrechtes setzt deshalb eine entsprechende Erklärung voraus⁷⁸.

Hinsichtlich der Eigentumsübertragung an den Werkanlagen nimmt Art. 67 WRG eine Differenzierung vor, und zwar zwischen Werkteilen, die dem Gemeinwesen unentgeltlich heimfallen, und solchen, für deren Heimfall es eine billige Entschädigung schuldet. Unentgeltlich fallen die hydraulischen Werkteile heim, d.h. «die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betrieb des Wasserwerks dienenden Boden» (Art. 67 Abs. 1 lit. a WRG). Demgegenüber sind die Anlagen «zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie» gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen (Art. 67 Abs. 1 lit. b WRG). Als «billige Entschädigung» werden die wirklichen Anlagekosten abzüglich der üblichen Amortisationen verstanden⁷⁹.

Das Gemeinwesen kann auf die Ausübung des Heimfalls aber auch verzichten und sich für diesen Verzicht entschädigen lassen. Es handelt sich dabei um eine Zahlung für den Verzicht auf die Ausübung des vertraglichen und/oder gesetzlichen Heimfallrechtes nach Ablauf der Konzession⁸⁰. In der Praxis fällt der Heimfallverzicht regelmässig zusammen mit einer Konzessionserneuerung. Das heimfallberechtigte Gemeinwesen verzichtet dabei auf die Ausübung des Heimfallrechtes, wofür es sich entschädigen lässt, und erteilt gleichzeitig eine neue Wasserrechtskonzession. Die Entschädigung für den Heimfallverzicht ist im Einzelfall festzulegen, wobei die Konzessionen teilweise Anhaltspunkte für deren Ermittlung enthalten⁸¹. Für das Gemeinwesen ist es in der Regel attraktiver (und

⁷⁷ Vgl. *Wyer* (Anm. 10), S. 133 ff.

⁷⁸ Vgl. *Augustin* (Anm. 8), S. 75.

⁷⁹ Vgl. dazu *Christian Widmer*, Die Heimfallverzicht-Entschädigung im Wasserrecht, Diss. Zürich, 1990, S. 24 f.; als «wirkliche Anlagekosten» sind die effektiven Anlagekosten inkl. zusätzliche Kosten für Ausbau und Instandstellung, aufgerechnet zum Geldwert im Zeitpunkt des Heimfalls, gemeint.

⁸⁰ Vgl. *Widmer* (Anm. 79), S. 45; im Grunde genommen handelt es sich jedoch um einen frei handelbaren Verkaufspreis und nicht um eine «Verzichtsentschädigung». Die Anlagen stehen dem Gemeinwesen kraft Konzession zu und es verkauft sie weiter.

⁸¹ Vgl. die Berechnungsbeispiele bei *Widmer* (Anm. 79), S. 62 ff. m.w.H.; Grundlage für die Heimfallverzichts-Entschädigung bildet in der Regel der Verkehrswert der Anlage im Zeitpunkt des Heimfalls. Massgebend ist also der ökonomische Wert des Unternehmens, wobei die Ertragswertkomponente unterschiedlich bewertet wird.

mit weniger Risiken verbunden), auf den Heimfallanspruch zu verzichten, die entsprechende Entschädigung geltend zu machen und das Nutzungsrecht am Gewässer neu zu verleihen. Die Folgen der Konzessionserneuerungen wurden vorne beschrieben; darauf kann verwiesen werden.

3. Änderung laufender Konzessionen

3.1. Rechtsgrundlagen

Wie dargelegt, begründen Wasserrechtskonzessionen wohlerworbene Rechte, für welche der Grundsatz der Gesetzesbeständigkeit gilt. Laut der dargelegten Substanztheorie ist es aber nicht im vornherein ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts zur Folge haben. Gemäss Art. 16 USG müssen Anlagen, die den Vorschriften dieses Gesetzes oder den Umweltvorschriften anderer Bundesgesetze nicht genügen, saniert werden. Bezüglich der Wasserentnahmen hat der Bundesgesetzgeber in Art. 80 ff. GSchG – auf die noch zurückzukommen ist – eine gesetzliche Grundlage für die Sanierung von Gewässern während laufender Konzession aufgestellt. Da die fischeirechtlichen Aspekte im Rahmen des Gewässerschutzrechtes mitzubersichtigen sind, stellt sich die Frage, inwieweit Art. 16 USG im Bereich der Wasserkraftnutzung noch eine selbständige Bedeutung haben kann. Zwar stellen Wasserkraftwerke zweifellos Anlagen im Sinne von Art. 16 USG dar. Aufgrund der systematischen Einordnung im Gesetz bezieht sich diese Sanierungspflicht aber wohl eher auf Immissionen, d.h. Luftverunreinigung, Lärm, Erschütterungen und Strahlen. Derartige Umweltbeeinträchtigungen können bei Wasserkraftwerken weitgehend ausgeschlossen werden. Damit verbleiben – neben dem bereits erwähnten Bereich des Gewässerschutzes – nur noch die Anliegen gemäss NHG. Im Gesetz und in den Verordnungen sind bereits gewisse Sanierungsmassnahmen vorgesehen. Soweit sich aus Art. 16 USG tatsächlich weitere Sanierungsmassnahmen ableiten liessen – was vorliegend bezweifelt wird – müssten diese entsprechend der grundsätzlichen Gesetzesbeständigkeit der wohlerworbenen Rechte ihre Grenzen dort finden, wo die Substanz der wohlerworbenen Rechte beeinträchtigt wird. Da aus praktischer Sicht vor allem die Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 ff. GSchG von Bedeutung sind, werden wir uns im Folgenden speziell mit diesen Massnahmen befassen.

3.2. Sanierungsvorschriften im Sinne von Art. 80 ff. GSchG

a. Gesetzliche Grundlage

Die Übergangsbestimmungen des GSchG befassen sich im zweiten Abschnitt mit den Wasserentnahmen, wobei zwischen Wasserentnahmen bei bereits erteilter

Konzession (Art. 83 GSchG) und den eigentlichen Sanierungsmassnahmen (Art. 80 ff. GSchG) unterschieden wird. Art. 83 bezieht sich auf konzedierte, aber noch nicht in Betrieb genommene Werke und ist von untergeordneter praktischer Bedeutung. Wesentlich wichtiger sind die Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 ff. GSchG, zumal diese gemäss Art. 81 Abs. 2 GSchG bis spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, also bis 01.11.2007, abgeschlossen sein müssen⁸².

b. Inhalt

Art. 80 GSchG unterscheidet zwei Fälle. Nach Absatz 1 muss ein Fliessgewässer, welches durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst wird, unterhalb der Entnahmestelle nach den Anordnungen der Behörde soweit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Demgegenüber ordnet die Behörde nach Abs. 2 weitergehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen erfordern.

Massnahmen sind nur dann nicht vorgesehen, wenn das Fliessgewässer nicht «wesentlich beeinflusst» wird. Weder das Gesetz selber noch die Materialien äussern sich klar dazu, was darunter zu verstehen ist. Auf der einen Seite ist eine wesentliche Beeinflussung dann zu verneinen, wenn eine Wasserentnahme ein Fliessgewässer lediglich im Rahmen der natürlichen Wasserführung beeinflusst⁸³. Auf der anderen Seite ist davon auszugehen, dass ein Fliessgewässer dann wesentlich beeinflusst wird, wenn die Mindestrestwassermengen den in Art. 31 ff. GSchG aufgestellten Anforderungen nicht genügen⁸⁴. Bei diesen Eingriffen sind Sanierungsmassnahmen möglich, soweit sie nicht in die Substanz der wohlverworbenen Rechte eingreifen.

Weitergehende Sanierungsmassnahmen, also solche, die in die Substanz der wohlverworbenen Rechte eingreifen und damit entschädigungspflichtig sind, sind nur in zwei Fällen zulässig. Einerseits bei Fliessgewässern in Landschaften oder Lebensräumen, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind. Zum anderen sind es Fälle, in denen ein überwiegendes öffentliches Interesse weitergehende Massnahmen erfordert. Gemäss Botschaft zum Gewässerschutzgesetz geht es um Fälle mit schlichtweg untragbaren Restwassersituationen, denen mit Massnahmen nach Abs. 1 nicht beizukommen ist⁸⁵. Den Massnahmen nach

⁸² Neben den Sanierungsmassnahmen nach GSchG sind weiterhin auch die Regelungen über die fischereirechtlichen Sanierungen (Art. 9 und 10 FG) zu beachten; vgl. dazu BGE vom 10.07.1995, in URP 1996, S. 235 ff.

⁸³ Dies ergibt sich aus der Botschaft, BBl 1987 II 1133, wonach keine Wasserentnahmebewilligung notwendig ist, solange «sich die Auswirkungen noch im Rahmen der natürlichen Schwankungen der Wasserführung halten».

⁸⁴ *Frei* (Anm.14), S. 31.

⁸⁵ BBl 1987 II 1171.

Abs. 2 ist gemeinsam, dass der Sanierungsumfang eng begrenzt ist. So sind Sanierungsmassnahmen nur soweit anzuordnen, «als es zur dringend notwendigen Verbesserung der Situation gerade noch geboten ist»⁸⁶. Massstab der weitergehenden Sanierungsmassnahmen nach Abs. 2 können also nicht die Mindestrestwasserbestimmungen im Sinne von Art. 31 ff. GSchG sein, sondern es sollen jene Massnahmen getroffen werden, die im öffentlichen Interesse dringend notwendig sind.

Sind die Voraussetzungen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG nicht erfüllt, so sind nur Sanierungsmassnahmen nach Abs. 1 möglich, wobei Inhalt und Umfang der Massnahmen durch die Entschädigungspflicht des Gemeinwesens begrenzt wird. Diese Abgrenzung hat ihren Ursprung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Substanztheorie. Sanierungen sind also nur möglich, soweit nicht in die Substanz der wohlerworbenen Rechte eingegriffen wird. Damit stellt sich wiederum die Frage, bei welchen Eingriffen die Substanz der wohlerworbenen Rechte tangiert wird. Aus der bisherigen Praxis lassen sich keine allgemeinen Regeln ableiten. Aufgrund der Formulierungen in den Entscheiden Ilanz I und Ilanz II («wirtschaftlich tragbar» bzw. «wirtschaftlich zumutbar») ist richtigerweise von einem ökonomischen Ansatz auszugehen. Sodann kann nur eine einzelfallbezogene Beurteilung zu einem richtigen Ergebnis führen. Starre, auf alle Fälle gleich anzuwendende Kriterien erscheinen untauglich, zumal sich die ökonomische Situation bei den verschiedenen Werken teilweise sehr stark unterscheidet und damit auch die Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit unterschiedlich zu behandeln ist⁸⁷. Neben der Kostenstruktur des einzelnen Werkes bzw. des einzelnen Unternehmers sind heute aber auch die Auswirkungen des teilweise liberalisierten Strommarktes in die Beurteilung miteinzubeziehen⁸⁸.

Grundlage der Sanierung bildet der Sanierungsbericht, der den Anforderungen von Art. 38 GSchV genügen muss. Soweit Sanierungen nötig sind, hat er auch die Art der Sanierungsmassnahmen zu enthalten. Damit stellt sich die Frage, welche Sanierungsmassnahmen im Sinn von Art. 80 Abs. 1 GSchG angeordnet werden können. Wie sich aus dem Gesetz und den Materialien ergibt, beinhalten die Sanierungsmassnahmen nicht einfach die Erhöhung der Dotierwassermengen. Vielmehr sollen die Behörden im gesetzlichen Rahmen die bestehenden Sanie-

⁸⁶ BBl 1987 II 1171.

⁸⁷ In den BUWAL-Mitteilungen zum Gewässerschutz Nr. 25, «Sanierungsbericht Wasserentnahmen», ist von einer Bandbreite an Einbussen von zwischen 3% und 8% die Rede, die entschädigungslos hinzunehmen sei (S. 25). Von dieser Aussage haben sich das Buwal, das Bundesamt für Wasserwirtschaft und die Regierungskonferenz der Gebirgskantone in einer gemeinsamen Erklärung vom 16. November 1998 distanziert und erklärt, es müsse in jedem Einzelfall, losgelöst von den Fällen Ilanz und Glarus, entschieden werden, ob eine Sanierungsmassnahme wirtschaftlich tragbar sei.

⁸⁸ Insoweit kann die Aussage von *Frei* (Anm. 14), S. 41 f., wonach angesichts der kostenorientierten Tarifpolitik aus ökonomischer Sicht an sich jede Sanierung wirtschaftlich tragbar sei, nicht geteilt werden.

rungsmöglichkeiten ausschöpfen. «Dazu gehören nicht nur die in geringerem Mass möglichen Dotierwassererhöhungen, sondern vor allem bauliche und betriebliche Massnahmen, die in gewissen Fällen entscheidend zur Verbesserung der Restwassersituation beitragen können»⁸⁹. Der Begriff der Sanierung ist somit weit zu verstehen, was sich auch mit Art. 38 Abs. 3 lit. c GSchV deckt⁹⁰. Unter den Begriff der Sanierung sind somit neben der Erhöhung der Wassermenge immer auch bauliche und betriebliche Massnahmen zu subsumieren. Geht man davon aus, dass die Zielsetzung der Sanierungsmassnahmen die Behebung von «wesentlichen Beeinflussungen» im Sinne des GSchG ist, so muss auch eine starre Rangordnung der einzelnen Sanierungsmassnahmen abgelehnt werden. Die Art der Massnahmen hat sich nach ökologischen Kriterien unter Berücksichtigung des gesamten Gewässers als Lebensraum zu richten. Innerhalb der Bandbreite zwischen dem bisherigen Zustand und dem entschädigungs begründenden Eingriff ist also jeweils anhand einer umfassenden ökologischen Beurteilung der Massnahmenkatalog festzulegen, wobei die Prüfung erhöhter Dotierwassermengen im Vordergrund stehen dürfte. Als betriebliche bzw. bauliche Sanierungsmassnahmen im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG sind beispielsweise saisonal abgestufte Dotierwassermengen, ein optimiertes Spül- bzw. Geschieberegime, bauliche Massnahmen in der Restwasserstrecke (z.B. Renaturierung, Massnahmen zur Anhebung der Flusssohle und des Grundwasserspiegels) oder die Errichtung von Schwallbecken zu verstehen⁹¹.

3.3. Änderung der Konzession

Den Konzessionsparteien steht es grundsätzlich frei, die Konzession während deren Laufzeit im gegenseitigen Einvernehmen abzuändern. Unter Änderung der Konzession wird hier sowohl eine Konzessionserneuerung, eine Konzessionsverlängerung und eine Konzessionsanpassung verstanden⁹². Bei Änderungen der Konzession stellt sich jeweils die Frage, ob dabei neues Recht, insbesondere die Vorschriften der Umweltschutzgesetzgebung einschliesslich des Gewässerschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes, anzuwenden ist.

a. Konzessionserneuerung

Entsprechend den vorherigen Ausführungen kann die Konzession auf den Zeitpunkt des Ablaufs oder vor diesem Zeitpunkt erneuert werden. Erfolgt die

⁸⁹ BBl 1987 II 1170.

⁹⁰ Vgl. zum Ganzen *Gieri Caviezel*, Zur Bedeutung der «Sanierung» im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG, Rechtsgutachten zuhanden des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartementes Graubünden vom 10.05.2000, abrufbar unter der Homepage des Amtes für Energie www.energie.gr.ch; vgl. auch URP 1996, S. 732 ff.; Mitteilung zum Gewässerschutz Nr. 25, BUWAL, Bern 1997.

⁹¹ Vgl. *Caviezel* (Anm. 90), S. 15 ff.

⁹² Die Begriffe werden teilweise unterschiedlich und nicht einheitlich verwendet; vgl. dazu und zu den Unterschieden: *Vincent Augustin*, Verlängerung von Wasserrechtskonzessionen zum Zwecke ihrer Harmonisierung, SJZ 85/1989, S. 334; ZBl 90/1989, S. 87; *Frei* (Anm. 14), S. 25 ff.

Erneuerung auf den Konzessionsablauf, so liegt eine neue Konzession vor, und zwar unabhängig davon, ob die Konzessionsparteien die gleichen sind oder wechseln. Demzufolge sind auch die im Zeitpunkt der Konzessionserneuerung gültigen Umweltschutzvorschriften grundsätzlich uneingeschränkt anzuwenden⁹³. Hinsichtlich der neuen Restwasservorschriften sieht Art. 58a Abs. 3 WRG eine Übergangsfrist von höchstens fünf Jahren vor. Soweit bauliche Massnahmen zur Anpassung an die neuen Konzessionsbedingungen nötig sind, können diese mit der Konzessionserneuerung angeordnet werden⁹⁴.

b. Konzessionsverlängerung

Bei der Konzessionserneuerung geht es um eine umfassende Neuregelung der Verleihungsverhältnisse vor oder bei deren Ablauf. Demgegenüber beschränkt sich die Konzessionsverlängerung auf eine zeitliche Ausdehnung der bisher vereinbarten Konzessionsdauer. Diese erfolgt in der Regel im Hinblick auf die Harmonisierung der Konzessionsdauer für verschiedene Werke bzw. verschiedene Konzessionen. Dabei werden die gleichen Bedingungen ohne inhaltliche Änderungen übernommen.

Ein derartiger Sachverhalt lag dem Fall Curciusa⁹⁵ zugrunde. Für die Nutzung der Wasserkräfte im oberen Misox erhielt die Misoxer Kraftwerke AG (MKW) in den Jahren 1953/1956 verschiedene Konzessionen. Von diesen machte sie teilweise Gebrauch und nahm in den Jahren 1961/62 verschiedene Kraftwerkanlagen in Betrieb. Das Gravitationswerk im Val Curciusa wurde vorerst aber nicht erstellt und die entsprechende Baufrist verschiedentlich verlängert. Im Jahre 1990 genehmigte die Kantonsregierung die von den Konzessionsgemeinden im Jahre 1986 erteilten Nachträge zu den ursprünglichen Konzessionen. Diese sahen im Wesentlichen eine Projektänderung für das Kraftwerk Curciusa vor, wobei neu ein Saison-Speicherwerk zur Umlagerung von Sommerenergie in Winterstrom vorgesehen war. Die Dauer der Konzession wurde auf 80 Jahre ab Inbetriebsetzung des Werkes Curciusa, längstens bis 2085 festgelegt. Zum Zweck der Harmonisierung der Konzession für das Werk Curciusa mit den bereits in den Jahren 1961/62 in Betrieb genommenen Werkteilen wurden die Konzessionen für letztere ebenfalls bis längstens 2085 verlängert. Gleichzeitig behielt sich die Regierung das Recht vor, bei Ablauf der ordentlichen Konzessionsdauer (also spätestens 2041/42) zu prüfen, ob zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes oder des Kantons dannzumal neu zu beachten seien. Dementsprechend beschränkte sich die Umweltverträglichkeitsprüfung auf die Auswirkungen des Werkes Curciusa. Für die in Betrieb stehenden Anlagen erfolgten keine Abklärungen.

Das Bundesgericht hielt auf Beschwerde hin fest, dass eine vorzeitige Verlängerung der Konzession zwar durchaus zulässig sei. Hingegen erachtete es die

⁹³ Vgl. auch BGE 119 Ib 269.

⁹⁴ BB1 1995 IV 1011.

⁹⁵ BGE 119 Ib 254 ff.

gewählte Lösung mit der vorbehaltenen Prüfung der Umweltaspekte erst bei Ablauf der Konzessionen als bundesrechtswidrig: «Auch bei einer Neufestsetzung der Konzessionsdauer während des Laufs einer Konzession – im vorliegenden Falle nach rund 40 Jahren seit der Verleihung – wird die vom Gesetzgeber angeordnete zeitliche Begrenzung der Konzession <als *die* zentrale Vorschrift des Gesetzes überhaupt> (...) geändert. Sowohl die Interessen des verfassungsberechtigten Gemeinwesens als auch die im Spiele stehenden öffentlichen Interessen verlangen in diesem Fall die Anwendung der Grundsätze, welche für die Erteilung einer neuen Konzession gelten»⁹⁶. Diesem Erfordernis vermochte der Vorbehalt einer späteren Überprüfung nach Auffassung des Bundesgerichtes nicht zu genügen, da mit der hier vorgenommenen «Verlängerung» auch eine wesentliche Änderung der bisherigen Nutzung verbunden war, indem neu vorwiegend Winterenergie erzeugt werden sollte. Dies habe direkte Auswirkungen auf die Umwelt, weshalb die «umweltschutzrechtlich relevanten Auswirkungen der <Konzessionsanpassung> mit neuer Laufzeit der Verleihung für die veränderte Betriebsführung der Wasserkraftnutzung in den bestehenden und baulich anzupassenden Anlagen im jetzigen Zeitpunkt abgeklärt und soweit erforderlich auch verbindlich festgelegt werden» müssen⁹⁷. In Konsequenz davon wurden die angefochtenen Entscheide aufgehoben und zur Vornahme weiterer Abklärungen und zu neuem Entscheid an die Regierung zurückgewiesen. Damit steht fest, dass auch bei Konzessionsverlängerungen jeweils die neuen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt zur Anwendung kommen.

c. Konzessionsanpassung

Von den genannten Fällen zu unterscheiden ist jener der Konzessionsanpassung (Konzessionsänderung im engeren Sinne). Hier geht es nicht um eine neue Konzession oder um eine Verlängerung der Verleihung, sondern um andere inhaltliche Anpassungen des Nutzungsrechts. Zu denken ist an Änderungen jener Elemente, welche den obligatorischen (oder allenfalls fakultativen) Inhalt der Konzession im Sinne von Art. 54 WRG bilden.

Festzuhalten ist zunächst, dass Änderungen, welche die Konzession belasten, ihre Grenzen in den wohlerworbenen Rechten finden. Soweit Konzessionsänderungen im gegenseitigen Einvernehmen zwischen den Parteien vorgenommen werden, ist deren materieller Inhalt massgebend. Wird die Konzession in wesentlichen Punkten geändert, liegt materiell eine neue Verleihung vor, sodass bei diesen Konzessionsänderungen neues Recht umfassend zur Anwendung kommt⁹⁸.

Allgemeine Kriterien, welche Änderungen wesentlich sind, sind nicht ersichtlich. Entscheidend ist jedoch, ob die «Anpassung materiell der Erteilung einer neuen Konzession gleichkommt»⁹⁹. In diesem Sinne entschied das Bundesgericht

⁹⁶ BGE 119 Ib 293 E. 10e.

⁹⁷ BGE 119 Ib 294 E. 10g und 10h.

⁹⁸ Vgl. auch *Frei* (Anm. 14), S. 29.

⁹⁹ BGE 119 Ib 269.

im Fall Curciusa. Die in jenem Fall vorgenommene Konzessionsänderung umfasste u.a. einen Speichersee mit doppeltem Inhalt, eine Erhöhung des nutzbaren Gefälles um 7%, eine Neuregelung der wirtschaftlichen Leistungen und des Heimfalls und vor allem eine Umlagerung der Produktion von Sommer- in Winterenergie. Gegenüber dem ursprünglichen Projekt erachtete das Gericht das neue Nutzungskonzept als «so weit gehend», dass sie materiell, d.h. dem Gehalt nach, einer neuen Konzession gleichzusetzen sei. Wenn aber eine materiell neue Konzession vorliegt, sind die geltenden Gesetze sowohl bezüglich des Verfahrens als auch der materiellen Anforderungen zu beachten¹⁰⁰.

Im Lichte dieser Rechtsprechung ist eine wesentliche Konzessionsänderung vor allem dann anzunehmen, wenn hinsichtlich der Art und des Umfangs der verliehenen Nutzungsrechte (Art. 54 lit. b WRG) substantielle Anpassungen vorgenommen werden. Derartige Nutzungsänderungen haben regelmässig auch Auswirkungen auf die Umwelt, weshalb es sich rechtfertigt, auch die neue Gesetzgebung einzubeziehen. Werden hingegen lediglich wirtschaftliche Leistungen oder untergeordnete Konzessionsregelungen angepasst, so stellt dies keine neue Konzession dar. Ebenso wenig kann eine Übertragung der Konzession (Art. 54 lit. a WRG) zur Anwendung der neuen Gesetzgebung führen¹⁰¹. An die Übertragung der Konzession kann, selbst wenn diese mit gewissen Anpassungen (v.a. im vertraglichen Konzessionsteil) gekoppelt wird, keine umfassende Überprüfung der Umweltaspekte geknüpft werden¹⁰². Auch eine Neuregelung der Heimfallsbestimmungen führt nicht zur Annahme einer neuen Konzession, zumal sich hinsichtlich der Nutzung nichts ändert. Geht man von der im Fall Curciusa entwickelten Praxis aus, kommen Konzessionsänderungen nur dann einer neuen Konzession gleich, wenn ihr Gehalt nach der Anpassung der Konzession in wesentlichen Punkten der Wassernutzung nicht mehr der gleiche ist. Dies dürfte in wenigen Fällen zutreffen, weshalb bei Konzessionsänderungen neues Recht nur in den genannten Ausnahmefällen zur Anwendung kommt.

¹⁰⁰ BGE 119 Ib 270.

¹⁰¹ Von einer Übertragung der Konzession zu unterscheiden ist der Tatbestand der Ausgliederung eines gemeindeeigenen Werkes in eine Aktiengesellschaft. Wurde das Gemeindewerk bisher ohne Konzession betrieben, was gemäss Art. 3 Abs. 1 WRG möglich ist, liegt keine übertragbare Verleihung vor. Der neuen Trägerschaft muss dann für den Betrieb des ausgegliederten Werkes eine (neue) Konzession erteilt werden. Dies ist selbst dann notwendig, wenn der neue Betreiber das Werk wie bisher nutzt, weil bisher keine Konzession vorliegt und auch die Leistungen des Konzessionärs nicht geregelt sind. Dies deutet auf die Anwendung der neuen Umweltvorschriften hin.

¹⁰² Die Übertragung der Konzession richtet sich nach Art. 42 WRG.