

Andreas Abegg/Goran Seferovic

Die Ablösung ehehafter Wasserrechte – Zur Umset- zung des Bundesgerichtsents- scheids 145 II 140 (Hammer)*

Résumé ———→ 846 / Riassunto ———→ 847

* Die Autoren danken Prof. Dr. ROLAND NORER für die kritische Durchsicht. Der Text basiert auf dem «Gutachten zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer) zuhanden des Kantons Zug» vom 26. Oktober 2020. Dieses Gutachten wurde vom Kanton Zug bestellt und von den Kantonen Bern, St. Gallen und Thurgau mitfinanziert.

**Die Ablösung ehehafter
Wasserrechte – Zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer)**

I.	Ausgangslage und Fragestellung	816
II.	Ehehafte Wasserrechte: Begriff, Erscheinungsformen und Rechtsnatur	817
1.	Herkunft und Begriff	817
2.	Erscheinungsformen und Verbreitung	820
3.	Rechtsnatur	822
4.	Eigenheiten der ehehaften Wasserrechte	826
III.	Ablösung von ehehaften Wasserrechten	827
1.	Echte Lücken infolge des BGE 145 II 140 und Vorgehen bei der Lückenfüllung	827
2.	Zuständigkeit	828
3.	Rechtsform der Ablösung	829
4.	Bestand ehehafter Wasserrechte und Abgrenzung zu wohl erworbenen Rechten	830
5.	Anlass der Ablösung	831
	5.1 Bei erster Gelegenheit	831
	5.2 Übergangsfrist	834
IV.	Rechtsfolgen der Ablösung	836
1.	Vorbemerkung: Bundesgerichtliche Praxis zum Vertrauensschutz	836
2.	Im Grundsatz kein Anspruch auf Umwandlung	837
3.	Inhalt der Neukonzessionierung	838
4.	Aufgabe des Wasserrechts	839
5.	Anpassung von bestehenden Verfügungen und Verträgen	842
6.	Löschung im Grundbuch	843
7.	Ausnahmsweise Entschädigungspflicht	843
V.	Fazit	845

Zusammenfassung

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 *Urteil BGE 145 II 140* («Hammer») hat das Bundesgericht am 29. März 2019 entschieden, dass die ehehaften Wasserrechte abzulösen und bei erster Gelegenheit den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen sind, und zwar grundsätzlich entschädigungslos.

Die *Ablösung* der ehehaften Rechte ist Sache der Kantone. Zur Ablösung bedarf es eines behördlichen Aktes. 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. Es ist von einer Übergangsfrist von zehn Jahren auszugehen, innert welcher die ehehaften Wasserrechte spätestens abzulösen sind. Dies in Analogie zur gesetzlichen Frist für Neukonzessionierungen (Art. 58a Abs. 2 WRG) und in Koordination mit der Frist, nach welcher Massnahmen zu umweltrechtlichen Sanierungen der Wasserkraftwerke bis zum Ende des Jahres 2030 getroffen werden müssen.

Auf eine Neukonzessionierung besteht nach der Ablösung des ehehaften Wasserrechts grundsätzlich kein Anspruch. Soll eine Konzession erteilt werden, so ist dabei das geltende Recht so anzuwenden, wie wenn eine Konzessionsverlängerung zur Beurteilung stünde, also unter *Einschluss der gesamten umweltrechtlichen Vorgaben*.

Sofern Umbauten oder Sanierungsprojekte bereits realisiert wurden, können die entsprechenden *Baubewilligungen und Sanierungsverfügungen* in aller Regel nicht mehr widerrufen werden. Dagegen sind insbesondere Verfügungen, welche eine privilegierte Sanierung nach Art. 80 ff. 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 worden sind, oder bei wiederkehrenden Entschädigungen etwa für jährliche Erlöseinbussen oder Fördermassnahmen.

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.

Wenn Wasserkraftinhaberinnen und -inhaber infolge Ablösung des ehehaften Rechts den *Betrieb ihres Wasserwerks aufgeben*, so kommen die Regeln zum Erlöschen der Konzession (Art. 64 ff. 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.

I. Ausgangslage und Fragestellung

Ehehafte Wasserrechte gewähren ihrer Inhaberin oder ihrem Inhaber Rechte an der Nutzung öffentlicher Gewässer. Sie haben ihren Ursprung in einer früheren, nicht mehr bestehenden Rechtsordnung und können nach heutiger Rechtslage nicht mehr begründet werden.¹ Die derart noch existierenden Rechte stehen regelmässig in Konflikt mit aktuellen umweltrechtlichen Vorgaben, insbesondere den Mindestrestwassermengen.²

Mit dem Urteil *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.³

Für die Kantone, welche grundsätzlich über die Wasservorkommen verfügen,⁴ ebenso wie für die Inhaberinnen und Inhaber von ehehaften Wasserrechten stellen sich infolge dieses Entscheids eine *Reihe von Fragen*: Wann, in welcher Form und mit welchen Rechtsfolgen sind die ehehaften Wasserrechte abzulösen?⁵

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.

1 Zu Herkunft und heutiger Rechtslage siehe unten II.1.

2 Zum System der Wassernutzung und den entsprechenden Konflikten siehe HERIBERT RAUSCH / ARNOLD MARTI / ALAIN GRIFFEL / WALTER HALLER, *Umweltrecht*, Zürich 2004, Rz. 432; VANESSA RÜEGGER, *Der Zugang zu Wasser als Verteilungsfrage. Das Verhältnis zwischen dem Menschenrecht auf Wasser und den Herrschafts- und Nutzungsrechten an Wasservorkommen*, Diss., Zürich 2013, S. 32. Das Restwasser ist die Abflussmenge eines Fließgewässers, die nach einer oder mehreren Entnahmen von Wasser verbleibt (Art. 4 Bst. k Gewässerschutzgesetz [GSchG; SR 814.2]). Das GSchG sieht in Art. 30 ff. Regelungen vor, um eine bestimmte, minimale Restwassermenge zum Schutz der Umwelt zu sichern. Damit steht aber weniger Wasser zur Nutzung der Wasserkraft zur Verfügung.

3 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 hat bei erster Gelegenheit zu erfolgen und ist jedenfalls Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen. Bau- und Ausnahmebewilligungen dürfen daher erst erteilt werden, wenn eine Konzession erteilt worden ist.»

4 Art. 76 Abs. 4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101), Art. 664 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) und Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80). Zur Zuständigkeit unten III.2.

5 Dazu im Wesentlichen unten III. und IV.

II. Ehehafte Wasserrechte: Begriff, Erscheinungsformen und Rechtsnatur

1. Herkunft und Begriff

Die Diskussion um die Ablösung der ehehaften Wasserrechte hat sich vor allem daran entzündet, dass sie aufgrund ihres angeblich eigentumsähnlichen Status den heutigen gesetzgeberischen, vor allem umweltrechtlichen Zielen entgegenstünden und deren Inhaberinnen und Inhaber ungerechtfertigte Vorteile genössen.⁶ 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 2.) und in welcher Form und mit welchen Eigenheiten sie ins moderne Recht übernommen wurden (unten 3. und 4.).

Das Wort «*ehehaft*» stammt aus dem althochdeutschen und bedeutet in der älteren deutschen Rechtssprache so viel wie rechtmässig, gesetzmässig, legitim.⁷

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 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.⁸ 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 betreiben, das auf die Wasserkraft angewiesen war (wie typischerweise eine Untermühle).⁹

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:

6 So im Resultat die Meinung des Bundesgerichts in BGE 145 II 140 E. 6.4–6.5.

7 ANNE-MARIE DUBLER, 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.

8 PETER LIVER, 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, 1980, S. 49–78, S. 62 ff.; TIMO FENNER, Die Entstehung des Wasserrechts im bürgerlichen Rechtsstaat – Eine rechtshistorische Untersuchung zur Geschichte des Wasserrechts am Beispiel der Zürcher Regulierungen seit dem ausgehenden Ancien Régime, unter besonderer Berücksichtigung des Instituts der «ehehaften» Wasserrechte, Diss., Zürich 2015, S. 31 ff.

9 LIVER (1980), S. 65; FENNER (2015), S. 43 ff.

— 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 lag im Interesse des Gemeinwesens, dass die Wasserkraft effizient genutzt wurde. Dies führte zur *Forderung nach einer umfassenden Regulierung des Wassers als öffentliche Sache*.¹⁰

— 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.¹¹

Vormals war also nicht von «ehehaften Rechten» die Rede gewesen, sondern ehehafte Gewerbe waren mit bestimmten Rechten ausgestattet worden. Der Begriff der «ehehaften Rechte» wurde erst mit den *modernen Wasserrechtsgesetzen* eingeführt, welche vom Prinzip der Öffentlichkeit der Gewässer ausgehen. Das Recht zur Verfügung über das Wasser und die Wasserkraft lag nun beim örtlich betroffenen Gemeinwesen (in der Regel beim Kanton). Als «ehehaft» 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 vormals ehehaften Gewerbe, sondern auch andere auf Dauer angelegte Rechte,¹² 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 1916.¹³

Im Kanton Aargau nannte der Gesetzgeber die ehehaften Wasserrechte explizit mit dem Entstehungsjahr 1804.¹⁴ Heute werden die ehehaften Wasserrechte in § 43

10 FENNER (2015), S. 74 ff.

11 EUGEN HUBER, Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte, ZSR 1900, S. 503–592, S. 571 f.; PETER LIVER, 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 1958, S. 225–249, S. 246; ders., Mühlenrechte und Mühlenprozesse in Graubünden, in: Bündner Jahrbuch – Zeitschrift für Kunst, Kultur und Geschichte Graubündens, 1978, S. 15–32, S. 29.

12 Später oft als sogenannt altrechtliche Konzessionen qualifiziert.

13 LIVER (1958), S. 225 f.; FENNER (2015), S. 154 ff. Eine Übersicht mit Stand im Jahr 1900 bietet HUBER (1900), S. 509 ff. Eine umfassende Sicht auf die Entstehung der neuen Wasserrechtsgesetze fehlt bis anhin. Eine Übersicht zur heutigen Gesetzgebung bietet MICHELANGELO GIOVANNINI, Anlagen zur Erzeugung, Übertragung oder Lagerung von Energie, in: ALAIN GRIFFEL et al., Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, S. 479–502.

14 § 8 des (nicht mehr in Kraft stehenden) Gesetzes über die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken vom 28. Februar 1856 (763.300).

Abs. 5 AG-WnG¹⁵ («Übergangsrecht») «nach bisherigem Recht» anerkannt. 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.¹⁶ Im Kanton St. Gallen nennt der heutige Art. 51 Abs. 1 SG-GNG¹⁷, 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 Korrektion und den Unterhalt der öffentlichen Gewässer alle öffentlichen Gewässer unter der Aufsicht des Staates.¹⁸ Im Kanton Zug wurden die Gewässer spätestens mit dem Gesetz betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. Februar 1922 zur öffentlichen Sache.¹⁹

In den neuen Kategorien des modernen Rechts wurden die ehehaften Rechte (wie damals auch die neu konzessionierten Rechte) den privaten Rechten zugeordnet und den Gewässern als öffentlich-rechtliche Sache unter Verwaltung des Gemeinwesens entgegengesetzt.²⁰ Das im Jahr 1912 in Kraft getretene *Zivilgesetzbuch* sowie das im Jahr 1918 nachfolgende Wasserrechtsgesetz führten diesen Grundsätzen entsprechende Regelungen ein, welche bis heute gelten:

— *Das Verfügungsrecht über die öffentlichen Gewässer* und insbesondere die Wasserkraft steht den *Kantonen* (bzw. bei Delegation den Gemeinden) zu, während der Bund die Oberaufsicht über den Wasserbau wahrnimmt (Art. 24 aBV²¹ resp. Art. 76 Abs. 1 BV; Art. 1 WRG).

— Aus dem Prinzip, dass Gewässer als öffentliche Sache zu behandeln sind, folgt einerseits, dass Gewässer nicht im Privateigentum sind, sofern kein anderweitiger Nachweis erbracht werden kann (Art. 664 Abs. 2 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).²² 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

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

16 Zum Kanton Graubünden vgl. MICHELANGELO GIOVANNINI / MICHELLE MEHLI, Rechtsgutachten – Rechtsfragen im Umgang mit ehehaften Wasserrechten – verfasst im Auftrag des Amtes für Energie und Verkehr Graubünden, Chur 2019, S. 6 f.

17 Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960 (751.1).

18 Zum Kanton Thurgau vgl. auch BGE 95 I 243 und unten Fn. 80.

19 Siehe dazu BGE 48 I 580.

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

21 Alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

22 CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Art. 21, in: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ et al., ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 3 zu Art. 21 Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SchlT ZGB; SR 210).

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. 46 f. und 70 f. 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. 38 ff. sowie Art. 48 ff. WRG).

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.²³ Zugleich anerkannte das neue Recht aber einen Restbestand der alten Rechtsordnung, was in der Lehre unter dem Sammelbegriff der ehehaften Rechte erfasst 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 eingeschränkter Masse, konnten aber gegen Entschädigung enteignet werden.

Anders stellt sich die Situation im Kanton Glarus dar, wo das Wasserrecht den Grund- bzw. Ufereigentümern zusteht.²⁴ Aufgrund des Vorbehalts in Art. 2 Abs. 2 WRG bleibt somit das kantonale Recht anwendbar. Nicht zur Anwendung kommt 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 Wasserrechte gegen volle Entschädigung enteignen, was er mit Beschluss der Landsgemeinde vom 5. Mai 1918 denn auch gemacht hat.²⁵ Da der Kanton Glarus somit nicht über die Gewässerhoheit verfügt, ist unklar, wie sich BGE 145 II 140 auf die Umsetzung in diesem Kanton auswirkt.

2. Erscheinungsformen und Verbreitung

Die ehehaften Rechte sind in der heutigen Ausprägung,²⁶ wie bereits erwähnt, erst mit der Einführung der modernen Wasserrechtsgesetze entstanden.²⁷ 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:

-
- 23 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. 24.
- 24 Art. 169 und Art. 170 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911 (Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch; EG ZGB).
- 25 Vgl. dazu BGer 2E_3/2009 E. 3.
- 26 Verstanden als bestehende eigentumsähnliche Rechte, welche unter neuem Recht zwar anerkannt wurden, aber nicht mehr neu begründet werden konnten.
- 27 Oben II.1.

— 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.²⁸ 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 der modernen Wassergesetze in anderer Weise (z. B. infolge eines Grundstückkaufs) erworben wurden.²⁹

— 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,³⁰ wobei die einzelnen Rechtstitel typischerweise nebeneinander bestehen und auseinandergehalten werden können.³¹

— 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 Wasserrechts investiert*.³²

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

28 Vgl. dazu PETER LIVER, Mühlenrechte und Mühlenprozesse in Graubünden, in: Bündner Jahrbuch – Zeitschrift für Kunst, Kultur und Geschichte Graubündens, 1978, S. 15–32, S. 17 ff.; 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.

29 Vgl. PETER LIVER, Rechtsgutachten über die Wasserrechte der Spinnerei an der Lorze – Der MOTOR-COLUMBUS AG, Baden, zuhanden der Spinnerei an der Lorze erstattet, Bern 1979. 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.

30 So z. B. das Wasserwerk «Schmittli» an der Lorze im Kanton Zug, vgl. Protokoll des Regierungsrats des Kantons Zug vom 18. November 1997 (S. 5). Nach LIVER waren im Jahr 1958 im Kanton Aargau drei Viertel der Wasserwerke gemischte Werke: LIVER (1958), S. 243. Zu den gemischten Werken vgl. auch MAX RENTSCH, Öffentliche Sachen, ZBGR 1980, S. 337–364, S. 362 f. m. w. H.; MICHAEL BÜTLER, Zur Ablösung ehehafter Wasserrechte durch Wassernutzungskonzessionen – Besprechung von BGE 145 II 140, URP 2019, S. 540–556., S. 543; GIOVANNINI / MEHLI (2019), Rz. 11.

31 Dazu auch unten III.4 und IV.2.

32 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 III.4.

3. Rechtsnatur

Wohlerworbene Rechte sind solche, die auch vom Gesetzgeber nur unter den Voraussetzungen für einen Eingriff in die Eigentumsgarantie eingeschränkt oder widerrufen werden können.³³ 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).

Über die Frage, ob ehehafte Wasserrechte als wohlerworbene Rechte oder als Eigentum (resp. eigentumsähnliches Recht) zu gelten haben, wurde viel geschrieben.³⁴ Diese Unterscheidung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil sich der *Rechtsschutz sowie die Rechtsfolgen von Enteignungen* bei wohlerworbenen Rechten und Eigentum unterscheiden:

— Wohlerworbene Rechte mit ihrer Grundlage im Vertrauensschutz gewähren einen verstärkten *Schutz vor späteren, auch gesetzgeberischen Eingriffen*,³⁵ während das Eigentum sich stets in den jeweiligen gesetzlichen Rahmen einpassen muss resp. neuen gesetzlichen Einschränkungen untersteht.³⁶

— 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.³⁷

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.»³⁸ EUGEN HUBER lehnte in seinen programmatischen Untersuchungen zu den Wasserrechten im künftigen

33 ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen. Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007, S. 33 ff., S. 127 ff.

34 Dazu sogleich Fn. 38–48.

35 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), S. 545. Ein vollständiger Schutz vor Eingriffen des Gesetzgebers wird freilich zurecht abgelehnt: unter vielen RÜEGGER (2013), S. 31 ff., m. w. H. Eigentum findet erst in der jeweiligen Rechtsordnung seine konkrete inhaltliche Ausgestaltung. So bereits LIVER (1958), S. 229 f. 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.

37 BGE 122 I 328 E. 7a; unter vielen RIVA (2007), S. 124 f. m. w. H. Dazu jüngst auch MARKUS SCHREIBER, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, AJP 2020, S. 95–103, S. 97.

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

schweizerischen Recht im Jahr 1900 denn auch explizit ab, mit Einführung des modernen Rechts die bestehenden Wasserrechte einer zeitlichen Beschränkung zu unterwerfen.³⁹ Vielmehr seien sie im Bestand insoweit zu schützen, als sie zur Ausführung gelangt und noch in Gebrauch seien.⁴⁰

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 Dienstbarkeit⁴¹ (regelmässig der Grunddienstbarkeit und zuweilen der Personaldienstbarkeit).⁴²

Mit einer Grunddienstbarkeit nach Art. 730 ff. ZGB wird «ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstückes in der Weise belastet, dass sein Eigentümer sich 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.

Als solche könnten sie ins Grundbuch als private Rechte eingetragen werden und unterstünden der Eigentumsgarantie.⁴³ 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 genossen, weil

39 HUBER (1900), S. 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.»

40 HUBER (1900), S. 572.

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

42 HUBER (1900), S. 530; LIVER (1958), S. 244 ff.

43 HUBER (1900), S. 573 f.; PETER LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, ZSR 1952, S. 305–350, S. 339 ff.; LIVER (1958), S. 231 ff. und S. 244 ff. Ebenso HANS HUBER, 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 1955, S. 457–468, S. 457 f. Dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau (Entscheid vom 25.01.2010, 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 PETER HÄNNI, Urteile, Themen und Thesen, in: HUBERT STÖCKLI et al., Schweizerische Baurechtstagung 2013 ... für alle, die bauen, Freiburg i. Ue. 2012, S. 309–321, S. 310; PETER HÄNNI / JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, 6. Enteignung/Expropriation, BR 2012, S. 29.; RENÉ WIEDERKEHR / PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung – Band II, Bern 2014, Rz. 1391. Vgl. auch ERICA HÄUPTLI-SCHWALLER, § 114 Begriff, in: ANDREAS BAUMANN et al., Kommentar zum Bundesgesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, S. 1213–1217, Rz. 14 zu §114 Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen des Kantons Aargau vom 19. Januar 1993 (AG-Baugesetz; 713.100).

sie – anders als die konzessionierten Wassernutzungsrechte – nicht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Staat beruhen.⁴⁴ In diesem Sinne erkennt auch KÖLZ 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.»⁴⁵

Die *neuere Lehre und sodann auch das Bundesgericht* teilen dagegen die ehehaften Rechte den wohlerworbenen Rechten zu.⁴⁶ 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.⁴⁷ Damit konnte der Schuldner (und somit hier das Gemeinwesen) das Recht nach 30 Jahren kündigen und gegen Entschädigung ablösen.⁴⁸

Dieser Diskussion um Dauer und Rechtsnatur hat das Bundesgericht nun mit dem *Leitentscheid 145 II 140* («Hammer») ein Ende gesetzt: Es stellt entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung⁴⁹ die ehehaften Wasserrechte 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).⁵⁰ Folglich seien die ehehaften Wasserrechte heute abzulösen und den geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar grundsätzlich entschädigungslos (E. 6.5). Das Bundesgericht verwies dafür auf BGE 127 II 69 E. 5b, wonach altrechtliche Konzessionen zwingend zu befristen seien, was sich aus dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt sowie

44 WERNER DUBACH, Die Sonderstellung der Gemeinwesen nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte – Ein Diskussionsbeitrag, ZBI 1984, S. 207–216, S. 63 f. und 128. Ähnlich RENÉ RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBI 1979, S. 1–23, S. 18 f.

45 KÖLZ ALFRED, Das wohlerworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 1978, S. 65–71 und S. 89–94, S. 92, v. a. Fn. 84.

46 BGE 1C_51/2017 E. 4.1. So bereits BGE 1A.320/2000 E. 3.a)cc) und 2P.256/2002. Ebenso BGE 117 Ia 35 zu ehehaften Weiderechten. Des Weiteren VerwGer BE vom 20. Oktober 2009, in: BVR 2010 66 sowie VerwGer FR vom 26. Juni 2003, in: URP 2003 785. Zur neueren Lehre, welche die ehehaften Rechte als wohlerworben qualifizierte, vgl. unter KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz wohlerworbener Rechte bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss., Bern 1984, S. 97 f., S. 100 ff.; DOMINIK STRUB, Wohlerworbene Rechte insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg i. Üe. 2001, S. 94 ff., insbesondere S. 96 ff.; RIVA (2007), 97 f., m. w. H. Eine Übersicht gibt GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Rz. 13 ff. Relativierend dagegen jüngst MICHAEL BÜTLER / ENRICO RIVA, Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten – Rechtsgutachten vom 22. März 2017 im Auftrag des WWF Schweiz (Zürich), Zürich/Bern 2017, Rz. 35 ff.; BÜTLER (2019), S. 545, welche den Schutz von Treu und Glauben im Vordergrund sehen.

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

48 Art. 788 ZGB; BGE 131 I 321 E. 5; CAVIEZEL (2004), S. 1634; EVA DRUEY JUST / GIERI CAVIEZEL, Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser, AJP 2013, S. 1631–1638.

49 So auch AXEL TSCHENTSCHER / ANDREAS LIENHARD / FRANZISKA SPRECHER / FRANZ ZELLER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 (1/2), ZBJV 2019, S. 663–703, S. 674.

50 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), S. 209 f.

aufgrund gewichtiger öffentlicher Interessen ergebe. Massgeblich sei auch das im Vertragsrecht geltende Prinzip, dass keine Verträge auf 'ewige' Zeiten abgeschlossen bzw. aufrechterhalten werden könnten. In jenem Fall durfte die Konzession nach einer Dauer von 134 Jahren unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist, mithin fünfzehn Jahre ab dem Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung, abgelöst werden.

Die *Ex-Post-Interpretation des Bundesgerichts* lässt sich mit dem Wortlaut der einschlägigen bundesrechtlichen Normen vereinbaren.⁵¹ 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.

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 neben dem ehehaften Recht ein wohlerworbenes Recht (Art. 43 WRG). Zweitens könnte dann ein Anspruch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes⁵² von Art. 9 BV abgeleitet werden, wenn die Inhaberin oder der Inhaber eines ehehaften Wasserrechts im Vertrauen auf das fortdauernde ehehafte Recht – und im Einverständnis mit den Behörden – Investitionen getätigt hat, die noch nicht amortisiert sind, z. B. Investitionen in die Erneuerung oder Verbesserung der Turbine.⁵³

— 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 zu unterstellen.⁵⁴ Im Falle eines nachweislich andauernden Investitionsschutzes sind ausserdem Ansprüche aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen.⁵⁵

— Bei der Ermittlung der konkreten Rechtsfolgen des bundesgerichtlichen Entscheids werden die soeben erläuterte Abkehr von der bisherigen Praxis des Bundesgerichts, zwischen altrechtlich erteilten Konzessionen

51 Oben II.1. Die Interpretation des Bundesgerichts widerspricht aber wohl verschiedenen kantonalen Normen: Vgl. Art. 2 Abs. 2 Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 des Kantons Bern (BE-WNG; 752.41); § 43 Abs. 5 AG-WnG. Allerdings geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalen Recht vor, vgl. Art. 49 Abs. 1 BV.

52 Zum Vertrauensschutz oben II.2.

53 Oben II.2.

54 Zur Übergangsfrist vgl. unten III.5.2.

55 Vgl. zu den Rechtsfolgen unten Kap. IV.

und ehehaften Wasserrechten zu unterscheiden, sowie die Unschärfen zur eigentumsrechtlichen Position und zu den wohlerworbenen Rechten⁵⁶ 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.⁵⁷ 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.⁵⁸ Vor allem aber gebietet die heutige Rechtsordnung, über 100 Jahre nach Einführung des Wasserrechtsgesetzes, die Einhaltung umweltrechtlicher Normen und die Gleichbehandlung der Wasserrechtssnutzerinnen und -nutzer.⁵⁹ Andererseits war es der bewusste Entscheid des damaligen Gesetzgebers, die alten Wasserrechte in die modernen Wasserrechtsordnungen zu überführen.⁶⁰ Dies mit dem Zweck, bei der Einführung des modernen Rechts das Vertrauen in die bestehenden Institutionen zu wahren. Dies erläutert in seinen programmatischen Ausführungen EUGEN HUBER im Jahr 1900, darauf wies viel später KÖLZ hin,⁶¹ und davon zeugen die Übergangsbestimmungen im Schlusstitel des ZGB und im WRG.⁶²

4. Eigenheiten der ehehaften Wasserrechte

Die Anzahl 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*.⁶³ 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.

Die bisherige Lehre und Rechtspraxis sahen bislang vor allem folgende *Unterschiede* zwischen ehehaften Wasserrechten und Konzessionen:⁶⁴

56 Oben II.3.

57 Oben II.1.

58 So auch FENNER (2015), S. 6 f.; MARTIN FÖHSE, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilerung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, in: ZBI 2019, S. 436–447, S. 445.

59 Darauf verweisen zu Recht BÜTLER / RIVA (2017), S. 552, zustimmend auch FÖHSE (2019), S. 446 f. Zur Vorherrschaft des Bundesrechts, vor allem mit Blick auf die Durchsetzung des Gewässerschutzes, vgl. HANS W. STUTZ, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, S. 245–284, S. 276 f.

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

61 Oben Fn. 45.

62 Oben II.1.

63 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.

64 Zum Ganzen auch BÜTLER (2019), S. 545 f.

— 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).⁶⁵

— Ehehafte Wasserkraftwerke hatten nach bisheriger Praxis nur *eingeschränkte Restwassersanierungen* durchzuführen, und zwar «so weit ..., als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist» (Art. 80 Abs. 1 GSchG). Weitergehende Eingriffe mussten hingegen entschädigt werden (Art. 80 Abs. 2 GSchG).⁶⁶ Aufgrund der ehemals unbeschränkten Dauer der ehehaften Rechte konnte das vom Gesetzgeber festgelegte Restwasserregime nach Art. 31 ff. GSchG teilweise nicht umgesetzt werden, zumal wenn Kantone keine Entschädigung für die Sanierungen aufbringen wollten.⁶⁷

— Im Gegensatz zu normalen Konzessionären, welche bei Kraftwerken mit einer Bruttoleistung von über einem Megawatt Wasserzinsen⁶⁸ zu entrichten haben, mussten Inhaberinnen und Inhaber von ehehaften Wasserrechten *keine Wasserzinsen* entrichten (Art. 49 i. V. m. 74 WRG).⁶⁹

III. Ablösung von ehehaften Wasserrechten

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

Der Bundesgerichtsentscheid Hammer führt mit seiner Anordnung, die ehehaften Rechte seien abzulösen, zu zahlreichen Fragen, welche der Gesetzgeber des ZGB, des WRG und des GSchG 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.⁷⁰ Gesetzeslücken, wie sie nun infolge des Bundesgerichtsurteils entstanden sind, haben die rechtsanwendenden Behörden unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Ziele und Werte zu schliessen, vor allem unter analoger

65 Vgl. oben Fn. 50. 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 Fn. 38–40.

66 Vgl. BGer 1A.320/2000 sowie GIERI CAVIEZEL, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, ZBI 2004, S. 69–93, S. 88 f. mit Verweis auf BBl 1987 II 1171.

67 BBl 1987 II 1090 f. und 1099.

68 Als Wasserzins wird die 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. 48 f. ZGB.

69 HUBER (1955), S. 466, Fn. 72; LIVER (1958), S. 233; RENTSCH (1980), S. 362 f.; BÜTLER (2019), S. 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).

70 Dazu oben II.3.

Anwendung bestehenden Gesetzesrechts.⁷¹ Zu berücksichtigen sind dabei in Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 ZGB die bewährte Lehre und Rechtsprechung.⁷²

Beim vorliegenden Thema ist zu berücksichtigen, dass erstens *Sinn und Zweck des bundesgerichtlichen Entscheids* in der Sicherung der Gewässerhoheit des Gemeinwesens liegt,⁷³ zweitens damit die Gleichbehandlung von Wassernutzungsberechtigten hergestellt werden soll⁷⁴ und es drittens um die rechtsgleiche Anwendung des aktuellen Umweltrechts geht (v. a. der Regeln zu den Restwassermengen).⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.

2. Zuständigkeit

Das Bundesgericht mag mit seinem Leitentscheid 145 II 140 den alten Zopf der ehehaften Wasserrechte abgeschnitten haben. Die Zuständigkeit zur Ablösung der ehehaften Wasserrechte liegt primär bei den *Kantonen* (im Falle von Delegation bei den Gemeinden und in gewissen Fällen beim Bund): 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 öf-

-
- 71 RENÉ WIEDERKEHR / PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung – Band I*, Bern 2012, S. 1237 ff.; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER / DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich 2020, N. 147.
- 72 Zur «bewährten» Lehre gehört die wissenschaftlich ausgewiesene Bearbeitung, nicht aber jene, welche von Parteiinteressen angeleitet wird. Dazu PETER GAUCH, *Argumente*. Ein Geburtstagsbrief, recht 2000, S. 87–100, Rz. 15.
- 73 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.»
- 74 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, 76 f.). 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.
- 75 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. 2 und 66.
- 76 Vgl. Art. 1 GSchG; Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft vom 19. April 1912, BBl 1912 II 669, 673.

fentlichen Wohl enteignen (Art. 74 i. V. m. 46 WRG),⁷⁷ womit sie auch für die vom Bundesgericht angeordnete Ablösung der ehehaften Wasserrechte zuständig sind.

Der *Bund* seinerseits könnte diese Ablösung insofern begleiten, als er sich auf seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zur Nutzung der Gewässer und auf seine umfassende Kompetenz 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.⁷⁸ Eine Bundesgesetzgebung steht derzeit aber nicht in Aussicht.

3. Rechtsform der Ablösung

Wenn das Bundesgericht die Ablösung ehehafter Wasserrechte «bei erster Gelegenheit» verlangt, kann daraus geschlossen werden, dass es eines *behördlichen Aktes* (Verfügung oder Erlass) bedarf, um die ehehaften Wasserrechte abzulösen.⁷⁹ Im Rahmen einer (kantonalen) Gesetzgebung wäre aber durchaus auch denkbar, dass ein konkretes Enddatum gesetzt würde.⁸⁰

Bei Kantonen, die über eine Vielzahl von vergleichbaren ehehaften Wasserrechten verfügen, könnte eine Lösung mittels einer *gesetzlichen Regelung* sinnvoll sein, um den Ablösungsprozess in Gang zu bringen, zeitlich zu strukturieren und um eine rechtsgleiche Behandlung sicherzustellen. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass verschiedene ehehafte Rechte den Behörden bisher gar nicht bekannt sein dürften. Hier wäre allenfalls ein öffentlicher Aufruf mit Fristansetzung zur Anmeldung eines geltend gemachten Rechts zu prüfen.⁸¹ Gegen ein Vorgehen mittels Gesetzgebung sprechen allenfalls folgende Aspekte: Erstens bedarf es eines erheblichen Zeitaufwandes, um ein Gesetz auszuarbeiten. Denn bereits die konkrete Überführung der einzelnen Rechte in ordentliche Konzessionen ist ein komplexes Unterfangen,⁸² und zusätzlich könnten Referenden bzw. Rechtsmittelverfahren zu erheblichen, allenfalls jahrelangen Verzögerungen führen. Allerdings muss die Regelung der Ablösung im Einzelfall sowieso mit einer Verfügung erfolgen.

Eine Ablösung mittels *Verfügung* wird in aller Regel zielführender sein, weil sie rascher umzusetzen ist. Zwar können auch Verfügungen im Einzelfall mit Rechtsmitteln bekämpft werden, doch wären dann nicht alle ehehaften Rechte eines Kantons davon betroffen. 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*

77 So z. B. Art. 6 BE-WNG: Haben privatrechtlich Berechtigte das Interesse an der Nutzung verloren oder steht diese öffentlichen Nutzungsinteressen entgegen, kann die Bau- und Verkehrsdirektion das Recht durch Verfügung aufheben. Ebenso können nach § 9 Abs. 2 Gesetz über Wasser, Boden und Abfall vom 4. März 2009 des Kantons Solothurn (SO-GWBA; 712.15) ehehafte Wasserrechte aus Gründen des öffentlichen Interesses und gegen volle Entschädigung nach § 13 enteignet werden.

78 Schreiben des BAFU vom 24. Oktober 2019 an die Kantone.

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

80 So hat z. B. der Kanton Thurgau mit § 32 Wassernutzungsgesetz vom 25. August 1999 des Kantons Thurgau (TG-WNG; 721.8), das im Jahr 2000 eingeführt wurde, alle vor Inkrafttreten des Gesetzes erteilten Konzessionen auf das Jahr 2010 begrenzt. Dazu BÜTLER / RIVA (2017), S. 15. Diese Befristung betraf allerdings, anders als das Bundesgericht schreibt (BGE 145 II 140 E. 3.4), nicht die ehehaften Wasserrechte.

81 BÜTLER (2019), S. 554.

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

Vertrag (soweit die kantonalen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind) besser eignen als eine Verfügung.

4. Bestand ehehafter Wasserrechte und Abgrenzung zu wohlerworbenen Rechten

Mit BGE 145 II 140 erübrigt sich, wie erwähnt, die Diskussion darüber, wann und in welchem Umfang ein Wasserrecht als ehehaftes Recht gilt.⁸³ 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.⁸⁴ Irgendwelche Ansprüche z. B. auf Umwandlung in eine Konzession ergeben sich allein aus ehehaften Wasserrechten nicht.

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 Geltung des ehehaften Rechts ein *Anspruch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes* von Art. 9 BV bestehen.⁸⁵ Da das Bundesgericht bisher zwischen altrechtlichen Konzessionen und ehehaften Rechten, welche dauerhaft galten, unterschied, scheint ein bisher berechtigtes Vertrauen auf die andauernde Geltung des ehehaften Rechts nicht ausgeschlossen.⁸⁶ Ob und inwiefern Werkinhaberinnen und -inhaber bei einer jeweiligen Investition⁸⁷ auf ein solches berechtigtes Vertrauen setzen durften, ist im Einzelfall zu klären. Beweispflichtig für den Vertrauenstatbestand und die noch nicht abbeschriebenen Investitionen ist derjenige, der sich darauf beruft.⁸⁸ Wenn Behörden im Begründungsakt (z. B. in der Baubewilligung) Vorbehalte anbringen, so sind diese ebenso zu berücksichtigen wie Schranken im damals geltenden Recht.⁸⁹ Spätere regulatorische Eingriffe

83 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 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.

84 Zur Übergangsfrist unten III.5.2.

85 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.

86 Vgl. zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts oben II.3.

87 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 Fn. 166.

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

89 Dazu im Detail RIVA (2007), S. 100 ff. Zustimmend GIOVANNINI / MEHLI (2019), Rz. 17.

(d.h. der Erlass oder die Anwendung von Gesetzen) können unter Umständen unzulässig sein oder Entschädigungspflichten auslösen.⁹⁰

5. Anlass der Ablösung

5.1 Bei erster Gelegenheit

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).

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.⁹¹

Die *Lehre* ist sich darin einig, dass das Bundesgericht den Kreis der auslösenden Ereignisse weit ziehen resp. die Schwelle sehr niedrig ansetzen wollte.⁹² 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.⁹³

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 behördlich bewilligten Investitionen schaffen einen Vertrauenstatbestand und damit einen Anspruch auf eine erweiterte Laufzeit des Werks.⁹⁴ Andererseits haben bewilligungspflichtige Veränderungen am Werk regelmässig erhebliche Folgen für die unmittelbare Umwelt wie Gewässerlebensräume (Restwasser, Artenvielfalt, Gewährleistung der freien Fischwanderung) und Gewässerlandschaften. 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

90 M. w. H. RIVA (2007), S. 106 ff. 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), S. 113 f. Vgl. auch zur Substanztheorie des Bundesgerichts: CAVIEZEL (2004), S. 73 f., REGULA HUNGER, Die Sanierungspflicht im Umweltschutz- und im Gewässerschutzgesetz, Diss., Zürich 2010, S. 256 ff. Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit HUNGER (2010), S. 258 ff. m. w. H. Neuere (v. a. bundesrechtliche) Regelungen können indes von der Gesetzesbeständigkeit oder der Entschädigungspflicht absehen: MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 46. Oben III.1.

92 BÜTLER (2019), S. 550 f.; FÖHSE (2019), S. 447; SCHREIBER (2020), S. 101.

93 FÖHSE (2019), S. 447.

94 Vgl. zum Vertrauensschutz im Zusammenhang mit Baubewilligungen im Allgemeinen PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 31, Rz. 55; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, N. 1252 ff.

Baugesuch denn auch direkte Auswirkungen auf die Anwendung der umweltrechtlichen Normen gehabt, insbesondere auf die Restwassersanierung und die Wiederherstellung der Fischgängigkeit⁹⁵ (vgl. Sachverhalt B).

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 (vereinfachtes) Bewilligungsverfahren auslösen.⁹⁶ 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.⁹⁷ 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.⁹⁸

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.

Als «erste Gelegenheit» gelten des Weiteren alle vom Gesetzgeber geforderten *ökologischen Sanierungsverfahren* nach GSchG und Gewässerschutzverordnung (GSchV)⁹⁹ sowie BGF¹⁰⁰ (Restwasser, Geschiebehaushalt, Schwall-Sunk und Fischwanderung sowie Revitalisierung), weil diese im direkten, betrieblichen Zusammenhang mit der Anlage stehen und die Wassernutzung konkret betreffen.¹⁰¹

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 primär an Subventionen im Rahmen der Energieförderung, aber auch Entschädigungen zur ökologischen Sanierung (z. B. Entschädigungen für Erlöseinbussen wegen betrieblichen Sanierungsmassnah-

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

96 Vgl. z. B. § 46 Abs. 1 Bst. a Gesetz über die Gewässer vom 25. November 1999 des Kantons Zug (ZG-GewG; 731.1); § 36 ff. Wasserwirtschaftsgesetz vom 2. Juni 1991 des Kantons Zürich (ZH-WWG; 724.11); Art. 12 und 13 BE-WNG.

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

98 So Art. 5 Abs. 2 BE-WNG.

99 SR 814.201.

100 Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (SR 923.0).

101 Insbesondere Art. 31 ff. GSchG, Art. 39a und 43a GSchG und Art. 10 BGF i. V. m. Art. 83b GSchG. Konkret zählt die Gewässerschutzverordnung in Art. 38 Abs. 3 Bst. 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), S. 254.

men).¹⁰² 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.

Stellen Rechteinhaber und -inhaberinnen das Wasserwerk *einer Drittperson zur Verfügung*, so ist dies in der Regel den Behörden zu melden.¹⁰³ 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 Werksenerweiterung, 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.

Skeptisch wird dagegen in der Lehre kommentiert, dass gemäss Bundesgericht (E. 6.6) möglicherweise sogar die *Reparatur und Wiederinbetriebnahme einer alten Turbine* ausreichen könnte.¹⁰⁴ 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 blosser Unterhaltsarbeiten hinaus¹⁰⁵ – Investitionen tätigt und sich auf eine längere Laufzeit einstellt.

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 sollte nun eine Aktualisierung dieser Verzeichnisse bewirken. 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.¹⁰⁶

102 Zur Einspeisevergütung vgl. Art. 19 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) und Art. 1 ff. Energieförderungsverordnung (EnFV; SR 730.03) und Art. 28 ff. Energieverordnung (EnV; SR 730.01).

103 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.

104 FÖHSE (2019), S. 447; GIOVANNINI / MEHLI (2019), Rz. 76; SCHREIBER (2020), S. 101. Dem Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 (Sachverhalt A) ist zu entnehmen, 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.

105 Dazu unten Fn. 166.

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

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.¹⁰⁷

5.2 Übergangsfrist

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.

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.¹⁰⁸ SCHREIBER sieht keinen Handlungsbedarf innert «kürzester Zeit».¹⁰⁹

In seinem Urteil 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 befristen 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.¹¹⁰

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

107 Dazu unten IV.4.

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

109 SCHREIBER (2020), S. 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.

110 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).¹¹¹

— Darüber hinaus ist es, wie in Art. 83b Abs. 1 GSchG festgehalten, notwendig, die Massnahmen des Gewässerschutzgesetzes mit denen der Fischereigesetzgebung (v. a. die Herstellung günstiger Lebensbedingungen für Wassertiere) zu koordinieren, die im gleichen Zeitrahmen umgesetzt werden müssen.¹¹²

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).¹¹³ Dagegen spricht allerdings, dass die gesetzliche Fünfjahresfrist davon ausgeht, dass eine Konzession abgelaufen ist, während das Bundesgericht im Entscheid 145 II 140 besagt, 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 Fischeaufstieg und -abstieg und ökologischen Ausgleichsmassnahmen.¹¹⁴

— 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

111 Diese Massnahmen müssen mit jenen zur Verbesserung der Lebensbedingungen für die Wassertiere koordiniert werden (Art. 83b GSchG i. V.m. Art. 10 BGF): ANNE-CHRISTINE FAVRE, 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 2016, 1346–1353, Rz. 22.

112 Art. 9 f. BGF; Art. 9c Abs. 4 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 24. November 1993 (VBGF; SR 923.01).

113 So BÜTLER (2019), S. 552; FÖHSE (2019), S. 447. Vgl. dazu VERONIKA HUBER-WÄLCHLI / PETER M. KELLER, Rechtsprechung zum Gewässerschutzgesetz 2003–2012, URP 2013, S. 201–277, 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.

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

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.

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.¹¹⁵ Richtigerweise ist das ehehafte Wasserrecht, welches bisher als wohlerworbenes Recht aufgefasst wurde, von einem allfälligen Vertrauenstatbestand zu unterscheiden:¹¹⁶ Ein Vertrauenstatbestand mag Anspruch auf eine Neukonzessionierung oder allenfalls auf eine Entschädigung geben,¹¹⁷ würde aber eine Verlängerung des ehehaften Wasserrechts, dessen achtzigjährige Schutzfrist gemäss Bundesgericht abgelaufen ist, über die Übergangsfrist hinaus nicht rechtfertigen.

Im Rahmen dieser Bandbreite von minimal fünf und maximal zehn 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.

IV. Rechtsfolgen der Ablösung

1. Vorbemerkung: Bundesgerichtliche Praxis zum Vertrauensschutz

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.¹¹⁸ Ein Schutz der bestehenden Wasserrechtsnutzung, so das Bundesgericht, «rechtfertigt sich (wie bei den Konzessionen) mit Blick auf die getätigten Investitionen (Errichtung von Wasserwerken).»¹¹⁹ 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.

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 Vertrauens-

115 GIOVANNINI / MEHLI (2019), Rz. 78.

116 Dazu oben II.2.

117 Dazu unten IV.3 sowie IV.7.

118 BGE 145 II 140 E. 6.5.

119 BGE 145 II 140 E. 6.3.

grundlage geschützt zu werden.¹²⁰ 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.¹²¹ Erst sekundär, falls überwiegende öffentliche Interessen gegen ein Festhalten der Behörden an der Vertrauensgrundlage sprechen, sind die Privaten für den erlittenen Schaden zu entschädigen.¹²²

2. Im Grundsatz kein Anspruch auf Umwandlung

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.¹²³

— 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 andauert (also bei gemischten Werken)¹²⁴ oder wenn die Werkinhaberin oder der Werkinhaber im Vertrauen auf den andauernden Bestand des ehehaften Rechts oder eines behördlichen Aktes Investitionen tätigte, welche noch nicht amortisiert sind.¹²⁵ 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 Übergangsfrist¹²⁶ hinausgehen würde.¹²⁷ Nachdem aber der noch laufende Konzessionsteil des Wasserrechts ein wohl erworbenes Recht darstellt (Art. 43 WRG), besteht ein Anspruch auf eine Zusatzkonzession, welche den noch nicht amortisierten Investitionen Rechnung trägt,¹²⁸ oder andernfalls Anspruch auf Entschädigung des Vertrauensschadens.¹²⁹

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

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

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

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

124 Damit läge im Umfang des zusätzlichen Ausbaus ein wohl erworbenes Recht vor: Art. 43 WRG.

125 Dazu oben III.4.

126 Zur Übergangsfrist oben III.5.2.

127 Zur Unterscheidung von ehehaften Wasserrechten und einem Konzessionsteil vgl. oben III.5.2 (S. 30).

128 Zu den geschützten Investitionen oben III.4.

129 Zur Entschädigung unten IV.7.

3. Inhalt der Neukonzessionierung

Eine Neukonzessionierung ist unter *Beachtung der gesamten Umweltschutzrechts* zu beurteilen.¹³⁰ 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 ehehafte Teil abzulösen¹³¹ und hiernach das Wasserrecht neu vollumfänglich dem geltenden Recht zu unterstellen ist. Zu beachten sind insbesondere folgende Regelungen:

— Die *Restwassermengen* sind nach Art. 30 ff. GSchG einzuhalten.¹³² Eine Privilegierung nach Art. 80 GSchG,¹³³ 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.¹³⁴

— Da die *umweltrechtlichen Sanierungspflichten* (Art. 38a, 39a und 43a GSchG) Anlass zur Ablösung des ehehaften Rechts geben, sind auch sie in die Beurteilung einer Neukonzession einzubeziehen.¹³⁵ Die vorgesehenen fischereirechtlichen Sanierungen (nach Art. 10 BGF, Art. 9b und 9c VBGF) sind ebenso zu berücksichtigen. Die Kantone können sich nur bei «bestehenden» Kraftwerken bis ins Jahr 2030 Zeit lassen, um die Sanierungen zu realisieren, nicht aber bei neu zu konzessionierenden.¹³⁶

— Kraftwerke mit einer installierten Leistung von mehr als 3 MW bedürfen einer *Umweltverträglichkeitsprüfung*.¹³⁷

130 CAVIEZEL (2004), S. 75.

131 Soeben IV.2.

132 So auch BÜTLER (2019), S. 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 1028 l/s zu erhöhen sein wird.

133 Zur Unterscheidung vgl. BGE 139 II 28 und die Ausführungen von VERONIKA HUBER-WÄLCHLI, Art. 29 GSchG/LEaux, in: PETER HETTICH et al., GSchG WBBG/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 2016, S. 449–473, und VERONIKA HUBER-WÄLCHLI/PETER M. KELLER, Zehn Jahre Rechtsprechung zum neuen Gewässerschutzgesetz, URP 2003, S. 1–68, S. 44; HUBER-WÄLCHLI/KELLER (2013), S. 242 ff.: 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).

134 BÜTLER (2019), S. 553, Fn. 35.

135 Dazu oben III.5.2.

136 Art. 83a und b GSchG. Vgl. auch oben Fn. 111.

137 Ziff. 21.3 Anhang Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011); BGE 119 Ib 254 E. 7.b).

— Neu werden den Rechteinhaberinnen und -inhabern die *Wasserrechtszinsen* nach geltender Rechtslage aufzuerlegen sein (vgl. Art. 48 Abs. 1 und Art. 49–52 WRG).¹³⁸

— *Wasserentnahmen* aus öffentlichen Gewässern, die über die Wasserrechtskonzession und den zulässigen Gemeingebrauch hinausgehen, bedürfen einer zusätzlichen Konzession und müssen die Restwasserbestimmungen einhalten.¹³⁹ Das gilt folglich auch dann, wenn die Wasserkraftnutzung aufgegeben wird, der mit Wasser erschlossene Kanal aber im Privateigentum verbleibt.¹⁴⁰

— 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.¹⁴¹ Bei gemischten Werken dürfte eine zeitliche Angleichung an die bereits bestehende Konzessionsdauer sinnvoll sein.

4. Aufgabe des Wasserrechts

Bei der Umwandlung eines ehehaften Wasserrechts in eine Konzession wird die Betriebsrechnung durch neue Kosten belastet, wie insbesondere den Wasserrechtszins (bei Wasserkraftwerken mit einer Bruttoleistung von mehr als 1 MW) und Gebühren. Die Ausgaben für umweltrechtliche Massnahmen nach Art. 39a, 43a GSchG und Art. 10 BGF werden hingegen gestützt auf Bundesrecht entschädigt. Infolge der erheblich erhöhten Restwassermenge¹⁴² wird zudem der Ertrag des Wasserkraftwerks vermindert. Die Ablösung der ehehaften Wasserrechte könnte deshalb kleinere und mittlere Wasserkraftinhaberinnen und -inhaber dazu bringen, den 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.

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

139 DANIELA THURNHERR, 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 2016, S. 44–50, Art. 2, Rz. 2; BÜTLER (2019), S. 548. Ähnlich RENTSCH (1980), S. 363; HUBER-WÄLCHLI (2016), Rz. 58 zu Art. 29 GSchG. Art. 9 BE-WNG kodifiziert diesen Grundsatz der Konzessionspflicht bei einer Sondernutzung.

140 Eine Konzession verlangt entsprechend § 38 Abs. 1 Bst. d ZG-GewG für «jede andere erhebliche Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer, insbesondere die Erstellung von Bauten und Anlagen jeder Art, die Ableitung von Wasser auf privates Gebiet ...». § 3 Verordnung des Regierungsrates zum Wassernutzungsgesetz vom 7. Dezember 1999 des Kantons Thurgau (TG-VWNG; 721.81) nennt zwar nur die Entnahme von Wasser für die Speisung von Weihern. Dies wird aber in Analogie auch für Kanäle gelten müssen.

141 Oben IV.2, zur Entschädigungspflicht unten IV.7.

142 Oben IV.3. Zur Regelung der Restwassermenge siehe auch oben Fn. 2.

Dieser Fall ist im WRG nicht geregelt. Für das Erlöschen der Konzession dagegen stellt das WRG eine ganze Reihe von Regeln auf:¹⁴³

— 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.¹⁴⁴

— 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, wenn Massnahmen verlangt werden, um das Werk als Denkmal zu erhalten.¹⁴⁵

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.¹⁴⁶ 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

143 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.»

144 TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2014), § 45, Rz. 38; MICHAEL MERKER, Wasserkraft und Wasserkraftnutzung, in: GIOVANNI BIAGGINI et al., Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 461–488, Rz. 11.79.

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

146 BGE 145 II 140 E. 6.3.

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.¹⁴⁷ 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 Umbaumassnahmen* nach Art. 69a WRG zur Anwendung, welche die Inhaberinnen und Inhaber gegen volle Schadloshaltung auszuführen haben. Denn das Interesse des Gemeinwesens an der Erhaltung der Wasserkraftanlagen (v. a. aus Gründen des Denkmalschutzes) kann auch bei einem auf ehehaften Rechten beruhenden Wasserkraftwerk, das nun aufgegeben wird, bestehen.

— 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.¹⁴⁸

— 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 den zulässigen Gemeingebrauch und eine allfällig bestehende Wasserrechtskonzession 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.¹⁴⁹

147 Dazu oben II.3.

148 Dazu oben II.3 sowie IV.1. 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.

149 Oben IV.3, zweitletztes Lemma.

5. Anpassung von bestehenden Verfügungen und Verträgen

Bisher wurde mit Lehre und Rechtsprechung erstens angenommen, dass ehehafte Wasserrechte zeitlich unbeschränkt andauern, solange der jeweilige Kanton nicht etwas anderes gesetzlich verfügt hat.¹⁵⁰ Zweitens konnten ehehafte Wasserrechte nur gegen Entschädigung entzogen werden. Insbesondere wurden Sanierungen nach den privilegierten Normen von Art. 80 ff. GSchG ohne entschädigungspflichtige Eingriffe oder dann gegen Entschädigung angeordnet.¹⁵¹ Der *Bundesgerichtsentscheid 145 II 140 ändert diese Rechtslage*: Ehehafte Wasserrechte 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:

Wurde ein ehehaftes Wasserrecht erweitert und hierzu eine *Konzession* erteilt, so begründet der Konzessionsteil (resp. dessen vertragliche Teile) ein wohl-erworbenes Recht. Gleiches gilt für jene Aspekte, welche aufgrund einer anderweitigen Vereinbarung der Parteien entstanden sind. Ein Widerruf und eine erhebliche Einschränkung derart wohl-erworbener Rechte sind entschädigungspflichtig.¹⁵² Insbesondere ist die Restwassersanierung jenes Teils eines Wasserrechts, das auf einer andauernden Konzession beruht, nach Art. 80 ff. GSchG durchzuführen.

Die Erteilung von *Baubewilligungen* und die Anordnung von *Sanierungsverfügungen* begründen grundsätzlich keine wohl-erworbenen Rechte. Gleichwohl können solche Verfügungen nach Eintritt der formellen Rechtskraft nur eingeschränkt widerrufen werden.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ Das Bundesgericht hat allerdings klargestellt, dass es von sehr hohem öffentlichem Interesse ist, Restwassersanierungen nach Art. 30 ff. GSchG durchzuführen.¹⁵⁵ Bei einem noch abzulösenden, ehehaften Wasserrecht eine noch nicht realisierte, privilegierte Sanierung nach Art. 80 ff. GSchG bestehen zu lassen, würde diesen öffentlichen Interessen widersprechen und als Ungleichbehandlung gegenüber den neu-rechtlichen Sanierungen erscheinen. Vor allem aber würde spätestens mit der Ablösung des ehehaften Wasserrechts erneuter Handlungsbedarf zur Realisierung ausreichender Restwassermengen entstehen, weshalb in derartigen Fällen ausreichend triftige Gründe für die Anpassung einer bestehenden Verfügung bestünden.¹⁵⁶ Gleiches

150 Oben II.3.

151 Oben II.4; vgl. dazu insbesondere BGer 1A.320/2000 E. 3.a)cc).

152 RHINOW (1979), S. 18 f.; WIEDERKEHR / RICHLI (2012), N. 861 f.; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2020), N. 1244.

153 Vgl. im Allgemeinen HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2020), N. 1224 ff.

154 Zur Doktrin der Anpassung von Verfügungen an eine veränderte Rechtslage vgl. WIEDERKEHR / RICHLI (2012), N. 856 ff., HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2020), N. 1213 ff.

155 BGE 145 II 140 E. 6.5.

156 Zum Sanierungsbedarf bei Ablösungen siehe oben IV.3.

gilt dann, wenn die Nutzung von ehehaften Wasserrechten, wie dies im Kanton Bern der Fall ist, mit Bewilligung erlaubt wurde;¹⁵⁷ die erheblichen öffentlichen Interessen an der Umsetzung der Umweltschutzregelungen¹⁵⁸ erfordern eine Änderung der bestehenden Verfügung für die Zukunft.

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.¹⁵⁹

6. Löschung im Grundbuch

Ehehafte Wasserrechte wurden mit der modernen Gesetzgebung als Dienstbarkeiten oder Grundlasten gedeutet und im Grundbuch eingetragen.¹⁶⁰ Die *Löschung* dieser Einträge ist mit der Ablösung von ehehaften Wasserrechten *von Amtes wegen* zu verfügen.

Soweit kantonale Erlasse ehehafte Wasserrechte anerkennen, geht Bundesrecht diesen Erlassen vor (Art. 49 Abs. 1 BV).¹⁶¹ 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.¹⁶²

7. Ausnahmsweise Entschädigungspflicht

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 geltend sollen und entsprechend Entschädigungen zu entrichten sind.

Das ist, wie erwähnt,¹⁶³ der Fall, wenn das bestehende ehehafte Wasserrecht (unter Umständen ergänzt durch einen weiteren vertrauensbegründenden Akt) Grundlage für Ansprüche aus dem Grundsatz des Vertrauens-

157 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.»

158 Oben bei Fn. 6.

159 Vgl. zur Praxis der sogenannten unechten Rückwirkung WIEDERKEHR / RICHLI (2012), S. 67 ff.; siehe auch BÜTLER (2019), S. 550 f.

160 HUBER (1900), S. 530; LIVER (1958), S. 244 ff.

161 Vgl. oben Fn. 51.

162 Zur Praxis der Anpassung bei unechter Rückwirkung vgl. WIEDERKEHR / RICHLI (2012), S. 867 ff. sowie oben IV.5.

163 Oben III.4.

schutzes 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.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵ Werkinhaberinnen und -inhaber haben einen wohlerworbenen Anspruch darauf, die getätigten Investitionen abzuschreiben, die laufenden Kosten (wie insbesondere den angemessenen Unterhalt¹⁶⁶) zu decken und die investierten Eigenmittel angemessen zu verzinsen.¹⁶⁷

Wie ebenfalls oben erwähnt, ist *beweispflichtig*, wer sich auf einen Vertrauensstatbestand beruft.¹⁶⁸ 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.

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.¹⁶⁹ 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.

164 So zumindest in Bezug auf zusätzliche vertrauensbegründende Akte der Behörden auch BÜTLER (2019), S. 553 f.; 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 IV.3. Zur Abgrenzung von entschädigungspflichtigen und nicht entschädigungspflichtigen Tatbeständen vgl. m. w. H. CAVIEZEL (2004), S. 73 f.; RÜEGGER (2013), S. 31 ff.

165 RIVA (2007), S. 54; SCHREIBER (2020), S. 97, beide m. w. H. Zur Berechnung der Entschädigungen bei Sanierungsmassnahmen vgl. HUBER-WÄLCHLI / KELLER (2003), S. 44 ff.; HUNGER (2010), S. 256 ff.; HUBER-WÄLCHLI / KELLER (2013), S. 242 ff.; THIERRY LARGEY, *L'assainissement des cours d'eau dans l'application de l'art. 80 LEaux – Les enseignements de l'arrêt Misoxer Kraftwerke*, URP 2013, S. 92–112, S. 93; BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u. a.*, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 941 ff. Eine gute Übersicht bietet insbesondere HUNGER (2010), S. 256 ff.

166 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.

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

168 Oben III.4.

169 Oben IV.3.

V. Fazit

Gewässer sind in unserer modernen Rechtsordnung grundsätzlich öffentliche Sachen. Sie unterstehen kantonaler Hoheit und Verwaltung. Das anfangs des 20. Jahrhunderts erlassene Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte übernahm aber einen Restbestand an Rechten der alten Rechtsordnung. Die Lehre erfasste diese alten Rechte unter dem Sammelbegriff der ehehaften Rechte. Es handelt sich vor allem um Rechte, welche ursprünglich an bestimmte, für die Gemeinschaft wichtige Betriebe wie Mühlen und Sägereien gekoppelt waren. Diese Rechte mit dem modernen Eigentum gleichzusetzen, hätte klar zu kurz gegriffen, weshalb der Gesetzgeber deren Rechtsnatur und die Dauer der Anerkennung offenliess.

Heute stehen diese ehehaften Rechte in offensichtlichem Konflikt mit der Umweltschutzgesetzgebung (v. a. betreffend Restwassersanierung) und dem Gebot der Rechtsgleichheit (v. a. betreffend Wasserzinsen). Das Bundesgericht hat deshalb mit seinem Leitentscheid 145 II 140 («Hammer») klar gemacht, dass die ehehaften Rechte «den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen [sind], und zwar grundsätzlich entschädigungslos» (E. 6.5). Ein weitergehender Schutz als bei altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen sei auch unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie und des Vertrauensschutzes nicht zu rechtfertigen (E. 6.3). Der Investitionsschutz rechtfertige die Aufrechterhaltung überkommener Rechte nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (E. 6.4).

Damit bleibt im Grundsatz wenig Spielraum für die Kantone. Diese haben die ehehaften Rechte abzulösen, damit die jeweils kantonale Gewässerhoheit und die Rechtsgleichheit zu anderen Konzessionären hergestellt ist. Einträge im Grundbuch sind von Amtes wegen zu löschen und allenfalls bestehende Verfügungen und Verträge anzupassen. Wenig Spielraum bleibt auch bei der bundesgerichtlichen Vorgabe, dass die Rechte «bei erster Gelegenheit» abzulösen sind: Wenn immer sich Behördenhandlungen auf den Betrieb des Wasserkraftwerks (samt Rentabilität und Eigentümerschaft des Wasserwerks) und seine Umgebung auswirken könnten, ist die Ablösung vorzunehmen. Etwas mehr Spielraum bleibt in der Frage, bis wann spätestens die Ablösungen vorzunehmen sind: In Analogie zu den Fristen bei Neukonzessionierungen und in Koordination mit den anstehenden umweltrechtlichen Sanierungspflichten ist eine maximale Frist bis Ende des Jahres 2030 anzunehmen. Ebenfalls etwas Spielraum, je nach Einzelfall, bleibt den Kantonen in der Frage, ob neue Konzessionen gewährt und Entschädigungen geleistet werden. Das Bundesgericht setzt aber auch in diesem Punkt klare Leitlinien: Die Ablösung erfolgt grundsätzlich entschädigungslos, und die Wasserrechte unterstehen vollumfänglich und uneingeschränkt den aktuellen gesetzlichen Anforderungen.

Résumé

Les droits d'eau immémoriaux ont leur origine dans un ancien ordre juridique, qui n'existe plus aujourd'hui, et ne peuvent plus être constitués selon le régime légal actuel. Ils accordent à leur titulaire des droits d'utilisation des eaux publiques et sont régulièrement en conflit avec les prescriptions environnementales actuelles, en particulier celles concernant les débits résiduels minimaux. Dans son arrêt ATF 145 II 140 («Hammer») du 29 mars 2019, le Tribunal fédéral a jugé que les anciens droits d'eau doivent, à la première occasion, être soumis aux prescriptions actuellement en vigueur et ce, sans indemnité.

La suppression des droits immémoriaux est du ressort des cantons. Elle nécessite un acte de l'autorité. Les autorités compétentes ont toujours l'obligation de supprimer les anciens droits d'eau lorsque leurs actes pourraient avoir un impact sur l'exploitation de la centrale hydraulique (y compris la rentabilité et les propriétaires de l'usine hydraulique) ainsi que sur ses environs. Il faut compter un délai transitoire de dix ans au plus pour l'annulation des droits d'eau immémoriaux. Ceci par analogie avec le délai légal imparti pour une nouvelle concession (art. 58a al. 2 LFH) et après coordination avec le délai dans lequel doivent être prises les mesures d'assainissement des centrales hydrauliques requises par le droit de l'environnement jusqu'à fin 2030.

Dans le cadre de la suppression des droits d'eau immémoriaux, le droit doit être appliqué comme s'il s'agissait d'évaluer la prolongation d'une concession, c'est-à-dire en incluant l'ensemble des dispositions environnementales.

Dans la mesure où des projets ont déjà été réalisés, il n'est en principe plus possible de révoquer les autorisations de construire et décisions d'assainissement correspondantes. En revanche, les décisions permettant un assainissement privilégié en vertu des art. 80 ss LEaux doivent être annulées, si elles n'ont pas encore été mises à exécution. Il n'est en principe pas possible d'exiger le remboursement d'indemnités uniques accordées pour les mesures déjà exécutées. Mais il en va autrement lorsque les mesures n'ont pas encore été mises en œuvre, ou en cas d'indemnités périodiques, par exemple celles octroyées pour les pertes de recettes annuelles ou pour des mesures d'encouragement.

Selon le Tribunal fédéral, les anciens droits d'eau doivent «en principe» être supprimés sans dédommagement. Ainsi, aucune indemnité ne doit être fournie lorsque l'exploitation de la centrale n'en vaut plus la peine – en raison du fait que la réglementation environnementale doit désormais être appliquée dans son intégralité – et que l'usine doit être fermée. Cependant, si des investissements ont été effectués en se fiant au droit d'eau immémorial ou à d'autres actes inspirant la confiance (tels qu'une autorisation de construire) et que ces investissements ne peuvent pas être amortis – ni jusqu'à l'annulation, ni avec une nouvelle concession – il y a lieu de verser une indemnité.

Lorsque le détenteur ou la détentrice d'une centrale hydraulique renonce à l'exploitation de son usine par suite de la suppression d'un ancien droit d'eau, les dispositions relatives à l'extinction de la concession (art. 64 ss LFH) s'appliquent par analogie: en particulier, les installations

établies sur le domaine privé restent la propriété du ou de la propriétaire et les installations établies sur le domaine public deviennent la propriété de la communauté. En outre, le ou la propriétaire de la centrale est tenu(e) d'exécuter les travaux nécessaires pour prévenir les dangers résultant de la cessation de l'exploitation. Les nouvelles prescriptions sur les débits résiduels s'appliquent sans restrictions cinq ans au plus tard après l'annulation de l'ancien droit d'eau.

Riassunto

I diritti d'acqua immemorabili hanno avuto origine in un sistema giuridico precedente che non esiste più e non trovano più giustificazione nell'attuale contesto giuridico. Essi concedono ai loro detentori il diritto di utilizzo delle acque pubbliche e sono regolarmente in conflitto con le attuali disposizioni in materia di diritto ambientale, in particolare i deflussi residuali minimi. Nella sentenza DTF 145 II 140 («Hammer»), il 29 marzo 2019 il Tribunale federale ha stabilito che i diritti d'acqua immemorabili sono da assoggettare alla prima occasione alle disposizioni attualmente in vigore, in linea di principio senza indennizzo.

La sostituzione dei diritti immemorabili è di competenza dei Cantoni. Per la sostituzione è necessario un atto ufficiale. Le autorità preposte devono sempre sostituire i diritti d'acqua immemorabili se le loro azioni possono avere un impatto sul funzionamento della centrale idroelettrica (compresa la redditività e la proprietà della centrale idroelettrica) e dei suoi dintorni. Il periodo di transizione entro il quale i diritti d'acqua immemorabili devono essere sostituiti è di al massimo dieci anni. Ciò è stabilito in analogia al termine legale per una nuova concessione (art. 58a cpv. 2 LUF) e coordinato con il termine secondo il quale entro la fine del 2030 le misure per il risanamento ambientale delle centrali idroelettriche devono essere adottate.

Con la sostituzione del diritto d'acqua immemorabile, la legge va applicata come se si dovesse valutare una proroga della concessione, cioè includendo tutte le disposizioni in materia di diritto ambientale.

Nel caso in cui i progetti sono già stati realizzati, le relative licenze edilizie e gli ordini di risanamento non potrebbero più essere revocati. Invece, le decisioni che consentono il risanamento privilegiato ai sensi dell'art. 80 e segg. della LPac devono essere revocate se non sono ancora state implementate. In generale, gli indennizzi *à tantum* per le misure già attuate non possono essere rimborsati. La situazione è diversa, tuttavia, se le misure non sono ancora state realizzate, o nel caso di indennizzi ricorrenti per esempio per perdite di entrate annuali o misure di sostegno.

Secondo il Tribunale federale, i diritti d'acqua immemorabili sono «di principio» da sostituire senza indennizzo. Non è quindi dovuto alcun indennizzo se l'esercizio dell'impianto – come conseguenza delle disposizioni in materia di diritto ambientale ormai ampiamente applicabili – non è più redditizio e l'impianto deve essere chiuso. Tuttavia, se gli investimenti sono stati effettuati facendo affidamento sul diritto d'acqua immemorabile o confidando su altri atti (ad es. una concessione edilizia) e tali investi-

menti non possono essere ammortizzati – né fino alla sostituzione né con una nuova concessione – è necessario elargire un indennizzo.

Se le proprietarie e i proprietari di impianti idroelettrici cessano l'esercizio delle loro centrali idroelettriche come conseguenza della sostituzione del diritto d'acqua immemorabile, si applicano per analogia le regole dell'estinzione della concessione (art. 64 e segg. LUF1): in particolare, gli impianti costruiti su terreni privati rimangono di proprietà dell'attuale proprietario, mentre quelli situati su terreni pubblici vengono trasferiti alla comunità. Inoltre, la proprietaria o il proprietario dell'impianto hanno l'obbligo di procedere ai lavori di messa in sicurezza che la cessazione dell'esercizio rendesse necessari. Cinque anni dopo la sostituzione del diritto d'acqua immemorabile, le nuove disposizioni sui deflussi residuali devono essere applicate senza restrizioni.