

Verfassungskonformität von Art. 2a E- Energiegesetz

EJPD, Bundesamt für Justiz (Gutachten vom 24. April 2023)

Stichwörter: *Wasserkraftwerke; Konzessionen; angemessene Restwassermengen; Mindestrestwassermengen; Sanierungsmaßnahmen; wohlerworbene Rechte; Eigentumsgarantie; Schutz von Treu und Glauben; Übergangsrecht; Rechtsgleichheit*

Regeste:

1. Das zweistufige System der Art. 31-33 GSchG zur Festlegung der Mindestrestwassermengen berücksichtigt die relevanten Interessen zum Schutz und zur haushälterischen Nutzung der Wasservorkommen nach der Zielbestimmung von Art. 76 Abs. 1 BV und ermöglicht im Einzelfall eine Umsetzung des Verfassungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV zur Festlegung angemessener Restwassermengen.
2. Das Übergangsrecht der Art. 80ff. GSchG beruht auf einer grundrechtskonformen und koordinierten Auslegung von Art. 76 Abs. 1 und 3 BV, der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 26 BV, Art. 36 und Art 9 BV), welche einer weitergehenden Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 Grenzen setzt. Die ungleiche Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV für die Festlegung von Restwassermengen nach den Art. 29ff. GSchG und den Art. 80ff. GSchG berücksichtigt somit die unterschiedliche verfassungsrechtliche Ausgangslage.
3. Es wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zulässig und mit dem Zweck des Instituts der Konzession nicht vereinbar, an den Bestand der Konzession gebundene wohlerworbene Rechte über die Dauer der Konzession hinaus weitergelten zu lassen, um damit die Bewilligungsvoraussetzungen für Konzessions- und Projektgenehmigungen für eine gewisse Zeit zu erleichtern, d.h. einen völlig anderen Zweck als den grundrechtlichen Schutz von Eigentum zu verfolgen. Dem Bund käme zudem für die Regelung der Weitergeltung der wohlerworbenen Rechte auf Wasserentnahme gar keine Gesetzgebungskompetenz zu.
4. Im geltenden Recht geht die Sanierungspflicht nach den Art. 80ff. GSchG maximal soweit, dass die Anforderungen von Art. 31-33 GSchG erfüllt sind. Nach Ablauf der Konzession können keine wohlerworbenen Rechte und somit auch keine Entschädigungen mehr geltend gemacht werden, d.h. von den Behörden wäre auch nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a E-EnG eine umfassende Sanierung unter Beizug der Art. 31-33 GSchG zur Ermittlung der Anforderungen für die Sanierung nach Art. 80ff. GSchG anzuordnen. Der Verweis von Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 E-EnG auf Art. 80ff. GSchG würde, so ausgelegt, zu keiner Erleichterung des Restwasserregimes nach Art. 31ff. GSchG führen. Der Auftrag von Art. 76 Abs. 3 BV wäre uneingeschränkt sichergestellt. Der Sinn und die Auswirkungen der vorgesehenen Sistierung nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 wäre aber nicht klar.
5. Falls die Sistierung der Art. 29ff. GSchG in Art. 2a E-EnG den Sinn hätte, dass die Art. 31ff. GSchG für die Sanierungsanordnungen der Behörde nach Art. 80 Abs. 1 GSchG nicht berücksichtigt werden dürften, hätte dies zur Folge, dass das Gesetz keine Kriterien für die Sanierungsanordnungen festlegen würde. Diese Auslegung würde den Auf-

trag von Art. 76 Abs. 3 BV, angemessene Restwassermengen durch Gesetz festzulegen, missachten. Dieser Auftrag kann nicht dadurch erfüllt werden, dass das Gesetz die Anwendungsbehörden beauftragt, im Einzelfall für angemessene Restwassermengen zu sorgen.

6. Es wäre auch aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht zu rechtfertigen, dass nach Inkrafttreten der hier vorgesehenen Regelung für zu erneuernde Konzessionen die Verpflichtung zur Festlegung angemessener Restwassermengen weniger streng umgesetzt würde als für neue Konzessionen.

Rechtliche Grundlagen: Art. 8, 9, 26, 36, 76 BV; Art. 29ff., 80ff. GschG; Art. 9 und 10 BGF

1	Wortlaut von Art. 2a Energiegesetz	4
2	Verfassungsrechtliche Grundlagen	4
	2.1 Art. 24bis aBV Wasserwirtschaftsartikel.....	4
	2.2 Art. 76 BV	5
	2.2.1 Ziele des Wasserrechts nach Art. 76 Abs. 1 BV.....	6
	2.2.2 Verfassungsauftrag von Art. 76 Abs. 3 BV.....	7
	2.2.3 Auslegung des Begriffs "angemessene Restwassermengen".....	7
3	Umsetzung von Art. 76 Abs. 1 und 3 BV durch den Gesetzgeber	8
	3.1 Die Restwasserbestimmungen der Art. 29-36 GSchG	8
	3.1.1 Einleitende Bemerkungen.....	8
	3.1.2 Bewilligungspflicht	8
	3.1.3 Festlegung angemessener Restwassermengen	9
	3.1.4 Zwischenfazit.....	10
	3.2 Die Restwasserbestimmungen nach den Übergangsbestimmungen (Art. 80ff. GschG).....	10
	3.3 Verfassungsrechtliche Einordnung	11
	3.4 Die Restwasserbestimmungen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Art. 10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF).....	12
4	Verfassungsmässigkeit des Restwasserregimes nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 E-EnG.....	13
	4.1 Einleitende Bemerkungen.....	13
	4.2 Unbeachtlichkeit des Kriteriums des entschädigungsbegründenden Eingriffs in bestehende Wassernutzungsrechte nach Ablauf der Konzession	13
	4.3 Erfüllung des Auftrags von Art. 76 Abs. 3 BV?.....	14
	4.4 Ungleiche Behandlung der Konzessionäre	15
5	Fazit.....	15

Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats (UREK-S) hat das Bundesamt für Justiz im Rahmen seiner Beratungen zum Geschäft 21.047 (Sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien; Änderung Energie- und Stromversorgungsgesetz) beauftragt zu prüfen, ob der vom Nationalrat verabschiedete Artikel 2a des Energiegesetzes (EnG) verfassungskonform sei.

1 Wortlaut von Art. 2a Energiegesetz

Mit Beschluss vom 15. März 2023 hat der Nationalrat im Rahmen der Debatte zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien im Energiegesetz vom 30. September 2016 einen neuen Art. 2a verabschiedet. Die Bestimmung hat den folgenden Wortlaut (im Folgenden Art. 2a E-EnG):

Art. 2a Erneuerung und Erweiterung von Wasserkraftwerken

¹ Bei Konzessions- und Projektgenehmigungen betreffend den Weiterbetrieb von Wasserkraftwerken mit einer installierten Leistung von mehr als 3 Megawatt, die am 31. Dezember 2021 bestanden haben, gilt, auch wenn diese erweitert oder erneuert werden, was folgt:

a. mit Bezug auf die Wasserentnahme:

1. die Artikel 29 ff. des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer gelten bis 31. Dezember 2035 als sistiert;
2. massgebend sind ausschliesslich die Artikel 80, 82 und 83 (Wasserentnahmen), die Artikel 39a und 43a (Schwall und Sunk sowie Geschiebehaushalt) des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 sowie die Massnahmen nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei.

² Der Bundesrat unterbreitet per 31. Dezember 2035 Bericht über die Erreichung der Ausbauziele für die Wasserkraft gemäss Artikel 2 Absatz 2. Ist die Erfüllung dieser Ausbauziele trotz Sistierung gemäss Absatz 1 nicht gewährleistet, unterbreitet der Bundesrat rechtzeitig eine Botschaft zur angemessenen Verlängerung der Sistierung.

2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

2.1 Art. 24bis aBV Wasserwirtschaftsartikel

Mit Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975 wurden in Art. 24^{bis} der Bundesverfassung von 1874 (aBV) mit der Neufassung des Wasserwirtschaftsartikels die früher in der Verfassung an unterschiedlichen Stellen angesiedelten Bundesbefugnisse, die das Wasser betreffen, zusammengefasst, in eine einheitliche Ordnung gebracht und wo nötig erweitert¹. Mit Art. 24^{bis} BV gelang es, auf Verfassungsstufe eine Gesamtkonzeption des Wasserrechts zu schaffen². Die Notwendigkeit minimaler Restwassermengen wurde bei der Revision des

¹ Botschaft Wasserwirtschaft; BBl 1972 II 1149, 1157.

² Corina Caluori /Alain Griffel, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Waldmann-Belser-Epiney (Herausgeber) Helbing Lichtenhahn 2015 zu Art. 76 Rz 4.

Wasserwirtschaftsartikels grundsätzlich anerkannt³. Die ausdrückliche Verpflichtung an den Bund zum Erlass von Bestimmungen zur Sicherung angemessener Restwassermengen in Abs. 2 Bst. a war im bundesrätlichen Entwurf jedoch noch nicht enthalten, sondern wurde erst im Laufe der parlamentarischen Beratung als umfassende Gesetzgebungskompetenz in die Bestimmung aufgenommen⁴.

2.2 Art. 76 BV

Mit der Totalrevision der aBV vom 18. April 1999 wurde Art. 24^{bis} aBV in Artikel 76 mit der Überschrift "Wasser" neu formuliert. Die Bestimmung blieb inhaltlich weitgehend unverändert, wurde jedoch redaktionell gestrafft; mit der neuen Sachüberschrift wurde ausserdem zum Ausdruck gebracht, dass Art. 76 in seiner Konzeption das Wasserrecht in seiner Gesamtheit umfasst und nicht nur die Wasserwirtschaft⁵.

Art. 76 Wasser

¹ Der Bund sorgt im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers.

² Er legt Grundsätze fest über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen, über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke sowie über andere Eingriffe in den Wasserkreislauf.

³ Er erlässt Vorschriften über den Gewässerschutz, die Sicherung angemessener Restwassermengen, den Wasserbau, die Sicherheit der Stauanlagen und die Beeinflussung der Niederschläge.

⁴ Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone. Sie können für die Wassernutzung in den Schranken der Bundesgesetzgebung Abgaben erheben. Der Bund hat das Recht, die Gewässer für seine Verkehrsbetriebe zu nutzen; er entrichtet dafür eine Abgabe und eine Entschädigung.

⁵ Über Rechte an internationalen Wasservorkommen und damit verbundene Abgaben entscheidet der Bund unter Beizug der betroffenen Kantone. Können sich Kantone über Rechte an interkantonalen Wasservorkommen nicht einigen, so entscheidet der Bund.

⁶ Der Bund berücksichtigt bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Anliegen der Kantone, aus denen das Wasser stammt.

³ Botschaft Wasserwirtschaft; BBl 1972 II 1171: Der Bundesrat hielt es für unerlässlich, dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis auch über den rein mengenmässigen Schutz der Gewässer einzuräumen.

⁴ Maurus Eckert, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, in: Schriftenreihe zum Umweltrecht Band 18; Schulthess 2002, S. 18ff.; Veronika Huber-Wälchli, in: Hettich / Jansen / Norer (Hrsg.); Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz (Kommentar GschG/WBG), Schulthess 2016, Vorbemerkungen zu Art. 29-36; Rz. 13.

⁵ Botschaft des Bundesrats vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung (Botschaft BV); BBl 1997 I 251f; Corina Caluori /Alain Griffel, Basler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 6.

2.2.1 Ziele des Wasserrechts nach Art. 76 Abs. 1 BV

Abs. 1 nennt die drei generellen Regelungsziele des Wasserrechts: Die Wasservorkommen sollen als lebensnotwendiges Gut *haushälterisch genutzt* und *geschützt* werden, ausserdem sollen die schädigenden Auswirkungen *abgewehrt* werden. Die Umsetzung dieser Ziele und Rechtsetzungskompetenzen werden in den Abs. 2 und 3 näher ausgeführt. Abs. 1 ist eine programmatische Bestimmung, und zugleich Zielbestimmung und Auslegungshilfe für das gesamte Wasserrecht des Bundes⁶.

Mit dem Begriff der *haushälterischen Nutzung* wird ausgedrückt, dass die Wasservorkommen als natürliche Ressource so zu nutzen sind, dass die Nutzung nicht zur Zerstörung der Ressource führt und dass andere Funktionen und Nutzungsarten der Ressource im Rahmen einer Güterabwägung zu berücksichtigen sind; der Begriff entspricht somit inhaltlich dem Begriff der Nachhaltigkeit nach Art. 73 BV⁷. Er betrifft grundsätzlich alle Arten der Wassernutzung, insbesondere aber die Energieproduktion und verlangt in diesem Zusammenhang den Erlass von Vorschriften über Restwassermengen⁸.

Der *Schutz der Wasservorkommen* als Regelungsziel gilt nicht nur für die Nutzung, sondern richtet sich gegen jede Art von Beeinträchtigung der Gewässer durch menschliche Aktivitäten und erfolgt in erster Linie, aber nicht nur, durch die Gewässerschutzgesetzgebung. Obwohl ein ausdrücklicher Bezug auf den Landschafts-, -Natur- und Umweltschutz in Abs. 1 fehlt, ergibt sich ein solcher für das Regelungsziel des Schutzes der Wasservorkommen auch aus der Umschreibung der Gesetzgebungskompetenzen in Abs. 2 und 3 und auch aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung⁹.

Insgesamt sind neben den allgemeinen Zielen nach Art. 76 Abs. 1 BV auch die Ziele und Regelungen anderer Bundesaufgaben, welche das Wasser betreffen zu beachten, im vorliegenden Zusammenhang insbesondere jene des Umweltschutzes (Art. 74 BV), der Raumplanung (Art. 75 BV), des Waldes (Art. 77 BV), des Natur- und Heimatschutzes (Art. 78 BV), aber auch der Energiepolitik (Art. 89 BV) und der Landwirtschaft (Art. 104 BV); deshalb erfordern die entsprechenden und zum Teil gegensätzlichen Ziele und Interessen in Gesetzgebung und Rechtsanwendung regelmässig eine Koordination und Güterabwägung, bei welcher das Gesamtinteresse im Auge zu behalten ist¹⁰.

Der Wortlaut von Abs. 1, wonach der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeit dafür sorgen soll, die in Abs. 1 genannten Ziele zu verfolgen, wird nach einhelliger Meinung der Lehre als

⁶ Arnold Marti, in: St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV, 3. Auflage, Verlag DIKE Schulthess 2014 Rz. 2; Etienne Poltier / Thierry Largey in: Commentaire Romand Constitution Fédérale, Martenet / Dubey (Herausgeber) zu Art. 76 Rz. 16 und 17.

⁷ Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution Fédérale, Kommentar zu Art. 76 Rz. 19; Botschaft BV, BBl 1997 I 252 letzter Abschnitt zu Art. 60.

⁸ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 3; Corina Caluori /Alain Griffel, Kommentar zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 17.

⁹ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 4; Corina Caluori /Alain Griffel, Kommentar zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 11.

¹⁰ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 6; Corina Caluori /Alain Griffel, Kommentar zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 10-15.

ausdrückliche Verpflichtung des Bundes verstanden, die Gesetzgebungsaufträge der Absätze 2 und 3 umzusetzen und dabei eine Koordination und Güterabwägung durchzuführen¹¹.

2.2.2 *Verfassungsauftrag von Art. 76 Abs. 3 BV*

Das Anliegen zur Festlegung angemessener Restwassermengen hat seinen Ursprung am Anfang des 20. Jahrhunderts mit dem Einsetzen der Nutzung der Wasserkraft für die Stromproduktion. Die mehrheitlich zwischen 1950 und 1970 entstandenen zahlreichen Stauseen in der Schweiz und der dadurch beeinträchtigte Wasserhaushalt ganzer Regionen führte 1975 zur Aufnahme des Gesetzgebungsauftrags zur Festlegung angemessener Restwassermengen in Art. 24^{bis} Abs. 2 Bst. a aBV¹², der bezüglich der Restwasserbestimmung dem heutigen Art. 76 Abs. 3 BV entspricht.

Art. 76 Abs. 3 BV statuiert mit dem Wortlaut "Der Bund erlässt Vorschriften über (...) die Sicherung angemessener Restwassermengen (...)" einen verpflichtenden Gesetzgebungsauftrag für einen Teil des quantitativen Gewässerschutzes zulasten des Bundes. Dieser quantitative Gewässerschutz gilt zusammen mit dem ebenfalls in Abs. 3 festgeschriebenen Gesetzgebungsauftrag über den qualitativen Gewässerschutz als wichtigste Rechtsetzungszuständigkeit im Rahmen der umfassenden Rechtsetzungszuständigkeiten auf dem Gebiet des Wasserrechts¹³.

2.2.3 *Auslegung des Begriffs "angemessene Restwassermengen"*

Die Verfassung verpflichtet den Bundesgesetzgeber in Art. 76 Abs. 3, im Bereich des quantitativen Gewässerschutzes angemessene Restwassermengen festzulegen; sie führt aber nicht weiter aus, welche Mengen als "angemessen" gelten und sie regelt auch nicht die Methode, wie diese Mengen festzusetzen sind. Wenn sich aus dem Wortlaut einer Bestimmung oder eines Begriffs, also aus der grammatikalischen Auslegung keine präzisen Schlüsse inhaltlicher Art ziehen lassen, sind andere Auslegungsmethoden für die Ermittlung des wahren Sinns einer Rechtsnorm heranzuziehen. Dabei gibt es nicht eine richtige Auslegungsmethode, verschiedene Auslegungsmethoden können nebeneinander angewendet werden¹⁴. Aus den parlamentarischen Beratungen von 1974 geht hervor, dass man den Begriff "angemessen", auf Französisch "convenable", dem Begriff "genügend", auf Französisch "suffisant" mit der Begründung vorgezogen hatte, dieser sei umfassender¹⁵. Nach historischer Auslegung

¹¹ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 7 mit weiteren Hinweisen; Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 Rz. 13; Corina Caluori /Alain Griffel, Kommentar zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 16.

¹² Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 33.

¹³ Corina Caluori /Alain Griffel, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Waldmann-Belser-Epiney (Herausgeber) Helbing Lichtenhahn 2015 zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 33; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stämpfli Verlag 4. Auflage; § 20 Rz. 6; Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution Fédérale, Kommentar zu Art. 76 Rz. 38; Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 18.

¹⁴ Zum Methodenpluralismus beispielsweise BGE 139 V 442 S. 447ff.

¹⁵ S. dazu Votum von Jean-François Aubert (Amtl. Bulletin NR 1974, S. 1544): "Le Conseil des Etats a préféré dire "convenable", alors que nous disions "suffisant". Notre commission estime que l'adjectif "convenable" est préférable à "suffisant". Il permet d'aller plus loin. Mit der Verfassungsreform wurde im französischen Text aus dem Begriff "convenable" der Begriff "approprié", im deutschen und im italienischen Text blieb man bei den Begriffen "angemessen" bzw. "adeguato" was darauf hindeutet, dass auch die Anpassung im französischen Text keine inhaltliche Änderung darstellen soll. Bei der Umsetzung im GschG wurde in den Art. 29ff. in allen drei Sprachen der Begriff "angemessen" / "convenable" / "adeguato" aus Art. 24bis Abs. 2 Bst. a aBV übernommen und bis heute beibehalten.

lässt sich somit der Schluss ziehen, dass sich die Kommission aufgrund der Wahl des Begriffs "convenable" nicht eine rein quantitativ schematische Festlegung einer genügenden Mindestrestwassermenge vorstellte, sondern mit dem Begriff der Angemessenheit eine ausgewogene, möglichst unter Abwägung aller Interessen zu bestimmende, dem Einzelfall angemessene Restwassermenge in den Gesetzgebungsauftrag aufnehmen wollte. Zu einem vergleichbaren Resultat kommen Lehre und Praxis auch aufgrund der systematischen Auslegung der Bestimmung: danach müssen für die Festlegung der angemessenen Restwassermenge zumindest die in Art. 76 Abs. 1 BV genannten Ziele zur Auslegung herangezogen werden, was heisst, dass insbesondere der Trink- und Brauchwasserbedarf, die Wahrung des biologischen Gleichgewichts und der Landschaftsschutz zu beachten sind¹⁶. Damit folgt diese Auffassung der Vorstellung, dass die Rechtsordnung idealerweise eine Einheit, also ein in seinem Aufbau kohärentes, transparentes Gefüge von gesetzlichen Anordnungen sowie in seinen Wertentscheidungen ein stimmiges System darstellt.

3 Umsetzung von Art. 76 Abs. 1 und 3 BV durch den Gesetzgeber

3.1 Die Restwasserbestimmungen der Art. 29-36 GSchG

3.1.1 Einleitende Bemerkungen

Der Gesetzgebungsauftrag von Art. 24^{bis} Abs. 2 Bst. a aBV, heute Art. 76 Abs. 3 BV, wurde erst im total revidierten Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991¹⁷ mit einem Kapitel zur Sicherung angemessener Restwassermengen umgesetzt. Die Art. 29-36 GschG, insbesondere die Art. 31-35 GschG, sind das Ergebnis eines in langjährigen Verhandlungen erarbeiteten Kompromisses zwischen Nutzungs- und Schutzinteressen¹⁸. Die Bestimmungen traten am 1. November 1992 in Kraft. Im Rahmen der Teilrevision des GschG vom 11. Dezember 2009 im Bereich Renaturierung wurden Art. 32 Bst a und b^{bis} GschG angepasst und dabei die Restwasserbestimmungen zugunsten der Energieproduktion teilweise gelockert¹⁹.

3.1.2 Bewilligungspflicht

Das Gesetz statuiert in Art. 29 GschG eine Bewilligungspflicht für Wasserentnahmen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen²⁰. Bewilligungspflichtig sind somit Wasserentnahmen, die gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung darstellen²¹; als Sondernutzung gilt insbesondere die Erteilung einer Sondernutzungskonzession für die Nutzung der Wasserkraft²².

¹⁶ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 18 mit weiteren Hinweisen; Etienne Poltier/Thierry Largey Constitution Fédérale, Kommentar zu Art. 76 Rz. 45.

¹⁷ SR 814.20

¹⁸ Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution Fédérale, Kommentar zu Art. 76 Rz. 45 mit weiteren Hinweisen

¹⁹ Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 76 BV Rz. 19.

²⁰ Art. 29 GSchG: Eine Bewilligung braucht, wer über den Gemeingebrauch hinaus:

a. einem Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung Wasser entnimmt;

b. Aus Seen oder Grundwasservorkommen, welche die Wasserführung eines Fliessgewässers mit ständiger Wasserführung wesentlich beeinflussen, Wasser entnimmt.

²¹ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 53

²² Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG zu Art. 29 GschG Rz. 12 und 35.

Die Bedingungen, die für die Erteilung einer Bewilligung erfüllt sein müssen, werden in Art. 30 GSchG festgelegt²³. Die Bewilligung kann erteilt werden, wenn entweder die Anforderungen nach den Art. 31-35 GschG erfüllt sind (Bst. a), oder wenn die Voraussetzungen für einen der Sonderfälle erfüllt sind (Bst. b und c).

3.1.3 Festlegung angemessener Restwassermengen

Werden Wasserentnahmen gestützt auf Art. 30 Bst. a bewilligt, müssen unterhalb der Wasserfassung, in der sogenannten Restwasserstrecke, angemessene Restwassermengen fliessen, die gemäss Art. 31-33 GschG in einem zweistufigen Verfahren festgelegt werden²⁴. Die Festlegung der Restwassermengen folgt dem Konzept, wonach in einer ersten Stufe für alle Gewässer konkrete Mindestrestwassermengen bestimmt werden (Art. 31 Abs. 1 GschG), welche durch die Vollzugsbehörden in der zweiten Stufe aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall erhöht werden (Art. 33 GschG). Dieses Konzept war im Rahmen der Erarbeitung der Bestimmungen zusammen mit anderen Konzepten geprüft und schliesslich als bestmögliche Erfüllung des Verfassungsauftrags weiterverfolgt und umgesetzt worden²⁵.

Art. 31 Abs. 2 GschG schreibt vor, dass die nach Abs. 1 berechnete Restwassermenge erhöht werden muss, wenn die wichtigsten Funktionen eines Fliessgewässers mit dieser Mindestrestwassermenge nicht und auch nicht durch andere, beispielsweise bauliche Massnahmen sichergestellt werden können. Als wichtigste Funktionen des Fliessgewässers, die nach der Wasserentnahme sichergestellt sein müssen, gelten nach Art. 31 Abs. 2:

- a. Die vorgeschriebene Wasserqualität der Oberflächengewässer muss trotz der Wasserentnahme und bestehender Abwassereinleitungen eingehalten werden.
- b. Grundwasservorkommen müssen weiterhin so gespiesen werden, dass die davon abhängige Trinkwassergewinnung im erforderlichen Ausmass möglich ist und der Wasserhaushalt landwirtschaftlich genutzter Böden nicht wesentlich beeinträchtigt wird.
- c. Seltene Lebensräume und -gemeinschaften, die direkt oder indirekt von der Art und Grösse des Gewässers abhängen, müssen erhalten oder, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, nach Möglichkeit durch gleichwertige ersetzt werden.
- d. Die für die freie Fischwanderung erforderliche Wassertiefe muss gewährleistet sein.
- e. Bei Fliessgewässern bis 40 l/s Abflussmenge Q_{347} unterhalb von 800 m ü. M., die als Laichstätten oder als Aufzuchtgebiete von Fischen dienen, müssen diese Funktionen weiterhin gewährleistet sein.

²³ Art. 30 GschG: Die Entnahme kann bewilligt werden, wenn:

- a. die Anforderungen nach den Artikeln 31-35 erfüllt sind;
- b. zusammen mit anderen Entnahmen einem Fliessgewässer höchstens 20 Prozent der Abflussmenge Q_{347} und nicht mehr als 1000l/s entnommen werden; oder
- c. für die Trinkwasserversorgung im Jahresmittel einer Quelle höchstens 80 l/s, dem Grundwasser höchstens 100 l/s entnommen werden.

²⁴ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 58 und zu Art. 31 GschG, Rz. 12.

²⁵ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG zu Art. 29 GschG Rz. 21 mit weiteren Hinweisen.

Mit der Sicherstellung dieser Funktionen soll ein qualitatives Existenzminimum für das Gewässer erreicht werden²⁶.

Nach Art. 32 a-d GschG können die Kantone in 5 definierten Fällen Ausnahmen von den Mindestrestwassermengen nach Art. 31 vorsehen; so können sie die Mindestrestwassermengen in den folgenden Fällen tiefer ansetzen: in ökologisch weniger wertvollen Gewässerabschnitten (Bst. a-b^{bis}), im Rahmen einer Schutz- und Nutzungsplanung, wenn die zusätzliche Nutzung durch zusätzliche Schutzmassnahmen kompensiert wird (Bst. c) sowie in Notsituationen (Bst. d). Mit den Ausnahmen nach den Bst. a-c wurde den Nutzungsinteressen, insbesondere der Wasserkraftnutzung Rechnung getragen²⁷.

In der zweiten Stufe werden die nach den Art. 31 und 32 GschG ermittelten Mindestrestwassermengen nach Art. 33 GschG so weit erhöht, als sich dies nach der Abwägung der Interessen für und gegen die Wasserentnahme ergibt. Die in Art. 33 Abs. 2 und 3 GschG aufgeführten Interessen, die für oder gegen eine Wasserentnahme sprechen, sind nicht abschliessend, weitere Interessen für oder gegen eine Wasserentnahme sind ebenfalls zu berücksichtigen. Die Art. 31-33 GschG gelten bei Wasserentnahmen aus Seen und Grundwasservorkommen sinngemäss.

3.1.4 Zwischenfazit

Der Gesetzgeber hat in den Art. 29-36 GschG nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben ein normatives System für die Festlegung angemessener Restwassermengen geschaffen, welches einerseits durch Festlegung wesentlicher Wertentscheidungen die von der Verfassung vorgesehene ganzheitliche Betrachtungsweise gewährleistet, andererseits aber Raum lässt für eine konkretisierende Weiterführung der Interessenabwägungen durch die rechtsanwendenden Organe²⁸. Das zweistufige System der Art. 31-33 GschG zur Festlegung der Mindestrestwassermengen und die darin vorgesehenen Möglichkeiten für eine Erhöhung oder eine Verminderung dieser Vorgaben in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigen die relevanten Interessen zum Schutz und zur haushälterischen Nutzung der Wasservorkommen nach der Zielbestimmung von Art. 76 Abs. 1 BV und ermöglichen im Einzelfall eine Umsetzung des Verfassungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV zur Festlegung angemessener Restwassermengen. Nach diesem System sind erst mit der definitiven Festlegung der Restwassermenge aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung die angemessenen Restwassermengen festgelegt und somit der Verfassungsauftrag erfüllt²⁹.

3.2 Die Restwasserbestimmungen nach den Übergangsbestimmungen (Art. 80ff. GschG)

Die Art. 80ff. GschG sind im zweiten Abschnitt der Übergangsbestimmungen angesiedelt und stellen in gesetzessystematischer Sicht die Übergangsbestimmungen zu den Art. 29ff. GschG dar. Sie legen im Vergleich zu den Art. 29ff. GschG eine modifizierte, weniger weit-

²⁶ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 59.

²⁷ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 60.

²⁸ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 79 mit weiteren Hinweisen.

²⁹ Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Vorbemerkungen zu Art. 29-36 GschG Rz. 61; Corina Caluori /Alain Griffel, Kommentar zu Art. 76 Abs. 3 BV Rz. 35.

gehende Regelung zur Bestimmung von Restwassermengen für bestehende Wasserentnahmen fest, die sich auf Konzessionen stützen³⁰. Die Rechte für bestehende Wasserentnahmen aufgrund rechtsgültiger, noch laufender Konzessionen gelten als wohlerworbene Rechte³¹, die von der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV und durch das Gebot von Treu und Glauben nach Art. 9 BV geschützt sind³². Eine Sanierung der Restwassermengen bei Wasserentnahmen, die sich auf wohlerworbene Rechte stützen, ist im Übergangsrecht prinzipiell nur soweit vorgesehen, als die wohlerworbenen Rechte dadurch nicht geschmälert werden, eine Enteignung ist im Prinzip ausgeschlossen (Art. 80 Abs. 1 und Art. 83 Abs. 1 GschG). In bestimmten Fällen (Art. 80 Abs. 2 und 3 und Art. 83 Abs. 2) sind zusätzliche Sanierungsmassnahmen über die Grenzen der wohlerworbenen Rechte hinaus vorgesehen, dies jedoch nur, wenn andere Interessen überwiegen und nur gegen eine Entschädigung auf der Grundlage des Enteignungsgesetzes (EntG)³³. Das Übergangsrecht der Art. 80ff. GschG beruht auf einer grundrechtskonformen und koordinierten Auslegung von Art. 76 Abs. 1 und 3 BV, der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 26 BV, Art. 36 und Art 9 BV), welche einer weitergehenden Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 Grenzen setzt.

3.3 Verfassungsrechtliche Einordnung

Das GSchG enthält somit zwei parallele Regelungen zur Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags nach Art. 76 Abs. 3 BV zur Sicherung angemessener Restwassermengen. Die Hauptregelung der Art. 29ff. GschG gilt für neue und für bestehende Wasserentnahmen, deren Bewilligung oder Konzession nach Zeitablauf ihre Geltung verloren hat³⁴. Die zweite Regelung legt ein Restwasserregime für bestehende, auf wohlerworbenen Rechten beruhende Wassernutzungsrechte fest, welches sich auf die Pflicht zur Sanierung bestehender mangelhafter Restwassersituationen beschränkt, wenn eine Wasserentnahme ein Fließgewässer wesentlich negativ beeinflusst; die in den Art. 80ff. GschG vorgesehenen Sanierungsmassnahmen stellen in diesem Sinn lediglich eine Annäherung an die Vorschriften nach den Art. 31ff. GschG dar³⁵. Zwischen den beiden Regelungen bestehen aber enge Verbindungen. Die Sanierung nach den Art. 80ff. geht maximal so weit, dass die Anforderungen von Art. 31-33 GschG erfüllt sind³⁶. Für die Anordnungen der Behörden nach 80ff. GschG gelten somit die Anforderungen der Art. 31-33 GschG trotzdem zur Ermittlung der möglichen Massnahmen bei Sanierungen nach den Art. 80ff. GschG.

Die ungleiche Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV für die Festlegung von Restwassermengen nach den Art. 29ff. GschG und den Art. 80ff. GschG berücksichtigt die unterschiedliche verfassungsrechtliche Ausgangslage, welche den Gesetzgeber in den Sachverhalten nach Art. 80ff. GschG zur Durchsetzung der durch die Art. 9 und Art.

³⁰ Maurus Eckert, *Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen* S. 143; Enrico Riva, *Kommentar GschG /WBG, Vorbemerkungen zu Art. 80-83 Rz. 10.*

³¹ Explizit in Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte; (*Wasserrechtsgesetz WRG; SR 721.80.*)

³² Enrico Riva, *Kommentar GschG /WBG, Vorbemerkungen zu Art. 80-83 Rz. 3 und zu Art. 80 Rz. 37; Regina Kiener / Walter Kälin / Judith Wytenbach, Grundrechte, Stämpfli Verlag 3. Auflage 2018, § 34 Rz. 26.*

³³ Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung; SR 711.

³⁴ Enrico Riva, *Kommentar GschG /WBG, Vorbemerkungen zu Art. 80-83 Rz. 11.*

³⁵ Enrico Riva, *Kommentar GschG /WBG, Vorbemerkungen zu Art. 80-83 Rz. 1, 6 und 11.*

³⁶ Enrico Riva, *Kommentar GschG /WBG, Kommentar zu Art. 80 Rz. 25.*

26 BV grundrechtlich geschützten wohlerworbenen Rechte verpflichtet und ihm bei der Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags nach Art. 76 Abs. 3 BV entsprechende Schranken setzt. Der Gesetzgebungsauftrag von Art. 76 Abs. 3 BV ist unter den gegebenen Voraussetzungen somit in beiden Regelungen erfüllt.

3.4 Die Restwasserbestimmungen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Art. 10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF)³⁷

Nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a BGF haben die zur Erteilung der fischereirechtlichen Bewilligung zuständigen Behörden unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten und allfälliger anderer Interessen alle Massnahmen vorzuschreiben, die geeignet sind, günstige Lebensbedingungen für die Wassertiere zu schaffen. Unter Ziffer 1 wird in der Aufzählung der dafür relevanten Massnahmen der Mindestabfluss von Wasserentnahmen genannt, womit auch in dieser Bestimmung angemessene Restwassermengen geregelt werden. Mit der Umschreibung "...unter Berücksichtigung... allfälliger anderer Interessen..." lassen sich nach Ansicht des Bundesgerichts auch in Art. 9 BGF die wirtschaftlichen Interessen der Werkeigentümer berücksichtigen³⁸; dies entspricht der Regelung im GschG: Wir haben weiter oben dargelegt, dass auch im Restwasserregime zur Bestimmung angemessener Restwassermengen der Art. 31-33 GschG die Nutzungsinteressen eingeflossen sind, dies insbesondere in den Art. 32 Bst. a-c GschG.

Art. 10 BGF schreibt vor, dass die Kantone dafür sorgen, dass bei bestehenden Anlagen Massnahmen nach Art. 9 Abs. 1 getroffen werden, soweit sie wirtschaftlich tragbar sind. Die nach Art. 10 BGF gebotene wirtschaftliche Tragbarkeit der Massnahmen meint über die Beachtung der wirtschaftlichen Interessen der Werkeigentümer nach Art. 9 hinausgehend den Schutz wohlerworbener Rechte und entspricht von seinem Schutzgehalt nach Ansicht des Bundesgerichts jenem nach Art. 80ff. GschG, wonach die bestehenden wohlerworbenen Rechte in ihrer Substanz gewahrt oder entschädigt werden müssen³⁹.

Nach Art. 8 Abs. 4 BGF bedürfen Wasserentnahmen nach Art. 29ff. GschG formell keiner fischereirechtlichen Bewilligung, diese ist vielmehr in der umfassenderen Bewilligung nach Art. 29ff. mitenthalten⁴⁰. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch bei der Anwendung der Art. 29ff. GschG auch Art. 9 BGF heranzuziehen⁴¹. Danach muss angesichts der im Umwelt- und im Gewässerschutz notwendigen ganzheitlichen Betrachtungsweise materiell im Ergebnis dasselbe resultieren, wie wenn die einschlägigen Spezialbestimmungen direkt angeordnet worden wären.

³⁷ SR 923

³⁸ BGE 125 II 591 S. 601.

³⁹ BGE 139 II 28. E. 2.7 S. 33ff. und E.3.7 S. 45f : "Soweit die fischereirechtlichen Massnahmen jedoch bestehende Wasserfassungen schmälern, ist Art. 10 BGF zu beachten, der die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanierungsmassnahme verlangt."

⁴⁰ BGE 125 II 18 E.4a/bb S. 22; Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Kommentar zu Art. 29 Rz. 25.

⁴¹ BGE 142 II 517 S. 524 mit weiteren Hinweisen.

4 Verfassungsmässigkeit des Restwasserregimes nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 E-EnG

4.1 Einleitende Bemerkungen

Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 E-EnG sieht vor, für Konzessions- und Projektgenehmigungen betreffend den Weiterbetrieb von Wasserkraftwerken mit einer installierten Leistung von mehr als 3 Megawatt, die am 31. Dezember 2021 bestanden haben, die Anwendung der Art. 29-36 GschG bis zum 31. Dezember 2035 zu sistieren, was bedeutet, dass für alle bis mindestens zu diesem Datum⁴² anfallenden Konzessionserneuerungen und Projektgenehmigungen die geltenden Bestimmungen zur Sicherung angemessener Restwassermengen nach den Art. 29-36 GschG nicht beachtet werden müssten. Nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 E-EnG sollen nur die Art. 80, 82 und 83 GschG betreffend Wasserentnahmen und die Art. 39a und 43a GschG betreffend Schwall und Sunk und Geschiebehalt sowie die Massnahmen nach Art. 10 (BGF massgebend sein).

4.2 Unbeachtlichkeit des Kriteriums des entschädigungsbegründenden Eingriffs in bestehende Wassernutzungsrechte nach Ablauf der Konzession

Wie unter Ziff. 3.2 dargelegt, liegt die Begründung und die verfassungsmässige Rechtfertigung für das Konzept der Übergangsregelung nach den Art. 80ff. GschG in bestehenden wohlerworbenen Rechten, denen bei der Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV Rechnung getragen wurde. So wurden die Grenzen der Anforderungen an die Sanierung sowohl in Art. 80 Abs. 1 GschG wie auch in Art. 83 Abs. 1 GschG so angesetzt, dass die anzuordnenden Massnahmen ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist⁴³.

Der verfassungsrechtliche Schutz von wohlerworbenen Rechten durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und das Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) ist schon vor Ablauf der Konzession nicht unbeschränkt, weder zeitlich noch materiell. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt die Grenze des Eingriffs nach den Art. 80ff. bei der Substanz des wohlerworbenen Rechts. Das Bundesgericht umschreibt den Begriff der Substanz mit der wirtschaftlichen Tragbarkeit. Danach ist *"...das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit darauf ausgerichtet, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. So soll es möglich sein, während der angenommenen Existenzdauer eines Werks die Investitionen zu amortisieren, fremdes und eigenes Kapital angemessen zu verzinsen, die laufenden Kosten zu*

⁴² Art. 2a Abs. 2 E-EnG zieht sogar eine Verlängerung der Sistierung in Betracht, falls die mit der Sistierung beabsichtigten Ziele bis zu diesem Zeitpunkt nicht erreicht werden.

⁴³ Nach Art. 80 Abs. 1 GschG muss ein Fliessgewässer, das durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst wird, unterhalb der Entnahmestelle nach den Anordnungen der Behörde soweit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Nach Abs. 2 ordnet die Behörde weitergehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen fordern; diese weitergehenden Sanierungsmassnahmen sind nach den Bestimmungen des EntG entschädigungspflichtig. Nach demselben Konzept ist die Sanierungspflicht nach Art. 83 GschG geregelt; dort geht es um geplante Wasserentnahmen, für welche die Konzession vor Inkrafttreten des Gesetzes, demnach vor dem 1. November 1992 erteilt wurde. Auch nach dieser Bestimmung soll der Schutz des Gewässers durch Massnahmen nach dem GschG nur soweit gewährleistet werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Nicht als entschädigungsbegründend gelten nach dieser Bestimmung Massnahmen nach Art. 31 des Gesetzes, sofern die Konzession nach dem 1. Juni 1987 erteilt worden ist.

*decken und eine angemessene Liquidität aufrechtzuerhalten. ...*⁴⁴. Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit und somit die Wirkung des wohlerworbenen Rechts wird demnach klarerweise auf die Dauer der Konzession begrenzt.

Nach Ablauf der Geltungsdauer der bestehenden Wassernutzungskonzessionen gibt es die vor deren Ablauf geltenden, durch die Eigentumsgarantie und das Gebot von Treu und Glauben geschützten wohlerworbenen Rechte bei Wasserentnahmen nicht mehr, da mit Ablauf der Konzession die vom Konzessionsnehmer getätigten Aufwendungen für den Betrieb der konzessionierten Sondernutzung als amortisiert gelten⁴⁵.

Die Voraussetzung für die Sonderbehandlung⁴⁶, welche im Rahmen der Art. 80ff. GSchG aufgrund wohlerworbener Rechte als verfassungsmässige Umsetzung des Gesetzgebungs-auftrags von Art. 76 Abs. 3 BV betrachtet wird, ist nach dem Wegfall dieser Rechte nicht mehr gegeben, dies unabhängig davon, ob die zu erneuernde Konzession dem bisherigen oder einem neuen Konzessionär erteilt wird⁴⁷.

Es wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zulässig und mit dem Zweck des Instituts der Konzession nicht vereinbar, an den Bestand der Konzession gebundene wohlerworbene Rechte über die Dauer der Konzession hinaus weitergelten zu lassen, um damit einen völlig anderen Zweck als den grundrechtlichen Schutz von Eigentum zu verfolgen: Der vom Gesetzgeber in Art. 2a E-EnG beabsichtigte Zweck liegt bei dieser Bestimmung darin, die Bewilligungsvoraussetzungen für Konzessions- und Projektgenehmigungen für eine gewisse Zeit zu erleichtern und damit die Erstellung oder Erneuerung von Wasserkraftwerken zur Produktion von erneuerbarer Energie zu beschleunigen. Dazu das Institut des wohlerworbenen Rechts in einem zweckfremden Sinn heranzuziehen, wäre somit nicht zulässig. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu beachten wäre, dass dem Bund für die Regelung der Weitergeltung der wohlerworbenen Rechte auf Wasserentnahme gar keine Gesetzgebungskompetenz zukäme: Nach Art. 76 Abs. 4 BV verfügen die Kantone über die Wasservorkommen und es ist auch das kantonale Recht, welches bestimmt, welchem Gemeinwesen die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gemeinwesen zusteht⁴⁸. Es wären somit auch die Kantone, welche über den Bestand und die Weitergeltung wohlerworbener Rechte zu bestimmen hätten.

4.3 Erfüllung des Auftrags von Art. 76 Abs. 3 BV?

Art. 80 Abs. 1 GSchG verweist für die Bestimmung der Sanierungsmassnahmen ganz abstrakt auf die "Anordnungen der Behörde".

Im geltenden Recht geht die Sanierungspflicht nach den Art. 80ff. GschG maximal so weit, dass die Anforderungen von Art. 31-33 GschG erfüllt sind⁴⁹, sofern keine wohlerworbenen

⁴⁴ BGE 139 II 28, E. 2.7.2.

⁴⁵ Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Kommentar zu Art. 80 GschG Rz. 39.

⁴⁶ D.h. Sanierung von Restwasserstrecken nur soweit, als wohlerworbene Rechte gewahrt bleiben; Enteignung von wohlerworbenen Rechten mit Entschädigung in bestimmten Fällen.

⁴⁷ Dieselbe Feststellung gilt in diesem Zusammenhang auch für Art. 10 BGF: Das heisst, dass nach dem Wegfall des wohlerworbenen Rechts Art. 10 BGF materiell keine andere Beurteilung verlangt als diejenige nach Art. 9 Abs. 1 BGF.

⁴⁸ Arnold Marti, Kommentar zu Art. 76 Rz. 4; Art. 2 WRG

⁴⁹ Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Kommentar zu Art. 80 GschG Rz. 25.

Rechte geltend gemacht werden können, die eine weniger weitgehende Sanierung rechtfertigen würden. Trotz teilweiser Suspendierung der Art. 29ff. GSchG nach Art. 2a E-EnG ist somit grundsätzlich davon auszugehen, dass auch nach den Art. 80ff. GschG die Sanierung umfassend im Sinne von Art. 31-33 GschG sein müsste. Da keine wohlverworbenen Rechte und somit auch keine Entschädigungen geltend gemacht werden können, wäre von der Behörde auch in diesen Fällen eine umfassende Sanierung unter Beizug der Art. 31-33 GschG zur Ermittlung der Anforderungen für die Sanierung nach Art. 80ff. GschG anzuordnen. Der Verweis des Art. 2a E-EnG auf Art. 80ff. GSchG würde, so ausgelegt, zu keiner Erleichterung des Restwasserregimes nach Art. 31ff. GSchG führen. Der Auftrag von Art. 76 Abs. 3 BV wäre unbeschränkt sichergestellt. Der Sinn und die Auswirkungen der vorgesehenen Sistierung nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 wäre aber nicht klar.

Wenn die Sistierung der Art. 29ff. GSchG durch Art. 2a E-EnG den Sinn hätte, dass die Art. 31ff. GSchG für die Sanierungsanordnungen der Behörde nach Art. 80 Abs. 1 GSchG nicht berücksichtigt werden dürften, hätte es zur Folge, dass das Gesetz keine Kriterien für die Sanierungsanordnungen festlegen würde. Diese Auslegung würde den Auftrag von Art. 76 Abs. 3 BV, angemessene Restwassermengen durch Gesetz festzulegen, missachten. Er kann nicht dadurch erfüllt sein, dass das Gesetz die Anwendungsbehörden damit beauftragt, im Einzelfall für angemessene Restwassermengen zu sorgen.

4.4 Ungleiche Behandlung der Konzessionäre

Da die bisherigen Konzessionäre nach Ablauf der Konzession keine wohlverworbenen Rechte auf Wasserentnahmen beanspruchen können, ist ihre Situation im Zusammenhang mit dem Umfang der künftig zulässigen Wasserentnahme mit derjenigen neuer Konzessionäre vergleichbar. Eine unterschiedliche Regelung des Restwasserregimes würde gegen die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) verstossen: der sich auf eine abgelaufene Konzession stützende Umfang der Wasserentnahme stellt keinen vernünftigen Grund für eine unterschiedliche Behandlung dar, auch wenn der verfolgte Zweck in der Weiterführung der Nutzung ("Weiterbetrieb") liegt. Es wäre daher aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht zu rechtfertigen, dass nach Inkrafttreten der hier vorgesehenen Regelung für zu erneuernde Konzessionen die Verpflichtung zur Festlegung angemessener Restwassermengen weniger streng umgesetzt würde als für neue Konzessionen; dies insbesondere auch aufgrund der lange anhaltenden tatsächlichen Auswirkungen einer solchen Regelung.

5 Fazit

1. Das zweistufige System der Art. 31-33 GSchG zur Festlegung der Mindestrestwassermengen berücksichtigt die relevanten Interessen zum Schutz und zur haushälterischen Nutzung der Wasservorkommen nach der Zielbestimmung von Art. 76 Abs. 1 BV und ermöglicht im Einzelfall eine Umsetzung des Verfassungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV zur Festlegung angemessener Restwassermengen.

2. Das Übergangsrecht der Art. 80ff. GschG beruht auf einer grundrechtskonformen und koordinierten Auslegung von Art. 76 Abs. 1 und 3 BV, der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 26 BV, Art. 36 und Art 9 BV), welche einer weitergehenden Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 Grenzen setzt. Die ungleiche Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 76 Abs. 3 BV für die Festlegung von Restwassermengen nach den Art. 29ff. GschG und den Art. 80ff. GschG berücksichtigt somit die unterschiedliche verfassungsrechtliche Ausgangslage.

3. Es wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zulässig und mit dem Zweck des Instituts der Konzession nicht vereinbar, an den Bestand der Konzession gebundene wohlerworbene Rechte über die Dauer der Konzession hinaus weitergelten zu lassen, um damit die Bewilligungsvoraussetzungen für Konzessions- und Projektgenehmigungen für eine gewisse Zeit zu erleichtern, d.h. einen völlig anderen Zweck als den grundrechtlichen Schutz von Eigentum zu verfolgen. Dem Bund käme zudem für die Regelung der Weitergeltung der wohlerworbenen Rechte auf Wasserentnahme gar keine Gesetzgebungskompetenz zu.

4. Im geltenden Recht geht die Sanierungspflicht nach den Art. 80ff. GschG maximal soweit, dass die Anforderungen von Art. 31-33 GschG erfüllt sind. Nach Ablauf der Konzession können keine wohlerworbenen Rechte und somit auch keine Entschädigungen mehr geltend gemacht werden, d.h. von den Behörden wäre auch nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a E-EnG eine umfassende Sanierung unter Beizug der Art. 31-33 GschG zur Ermittlung der Anforderungen für die Sanierung nach Art. 80ff. GschG anzuordnen. Der Verweis von Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 E-EnG auf Art. 80ff. GSchG würde, so ausgelegt, zu keiner Erleichterung des Restwasserregimes nach Art. 31ff. GSchG führen. Der Auftrag von Art. 76 Abs. 3 BV wäre uneingeschränkt sichergestellt. Der Sinn und die Auswirkungen der vorgesehenen Sistierung nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 wäre aber nicht klar.

5. Falls die Sistierung der Art. 29ff. GSchG in Art. 2a E-EnG den Sinn hätte, dass die Art. 31ff. GSchG für die Sanierungsanordnungen der Behörde nach Art. 80 Abs. 1 GSchG nicht berücksichtigt werden dürften, hätte dies zur Folge, dass das Gesetz keine Kriterien für die Sanierungsanordnungen festlegen würde. Diese Auslegung würde den Auftrag von Art. 76 Abs. 3 BV, angemessene Restwassermengen durch Gesetz festzulegen, missachten. Dieser Auftrag kann nicht dadurch erfüllt werden, dass das Gesetz die Anwendungsbehörden beauftragt, im Einzelfall für angemessene Restwassermengen zu sorgen.

6. Es wäre auch aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht zu rechtfertigen, dass nach Inkrafttreten der hier vorgesehenen Regelung für zu erneuernde Konzessionen die Verpflichtung zur Festlegung angemessener Restwassermengen weniger streng umgesetzt würde als für neue Konzessionen.