



# Auslegeordnung – Welche Probleme stellen sich bei der Umsetzung des BGE 145 II 140 ff. in der Praxis des Kantons St.Gallen?

Reto Morell, Dr. iur., Rechtsdienst Amt für Umwelt des Kantons St.Gallen

**erhalten  
und  
gestalten**

**St Gallen kann es.**

# Übersicht

1. Rückblick in die 1990er Jahre: Nachträgliche Befristung altrechtlicher Wasserrechtskonzessionen ohne Ablaufdatum
2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch Wasserrechtskonzessionen
  - 2.1 Zum Kriterium der "ersten Gelegenheit"
  - 2.2 Künftige Nutzung von kleinen Fließgewässern
  - 2.3 Rückbau von alten Wasserkraftanlagen: Finanzierung
  - 2.4 Kantonales Recht zu ehehaften Wasserrechten
  - 2.5 Verfahren
3. Fazit und Ausblick



# 1. Nachträgliche Befristung altrechtlicher Wasserrechtskonzessionen im Kanton St.Gallen

**Rechtsauffassung in den 1860er Jahren:** Selbstverständlich ist eine "Wasserrechts-Conzession", so lange die damit verbundenen Etablissements benützt und beworben werden, unwiderruflich. Niemand würde sich sonst zur Anlage kleinerer oder grösserer Gewerke herbeilassen, denen jede Rechts-sicherheit und Gewissheit ihres Bestandes abgehen würde (November 1864).

**Rechtsauffassung Ende des 20. Jh.:** Eine Verleihung auf "ewige" Zeiten widerspricht dem Prinzip der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt (V. Augustin [Diss. 1983], PVG 1986 Nr. 37, T. Poledna [Habil. 1994]); ohne Konzession anerkannte / ehehafte Wasserrechte als (begründete) Ausnahmen.

**Rechtsauffassung Ende der 2010er Jahre:** Auch ehehafte Wasserrechte sind den geltenden Vorschriften zu unterstellen (BGE 145 II 140 Erw. 6.5 S. 152): Der Investitionsschutz rechtfertigt die Aufrechterhaltung überkommener Rechte nur bis zu Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren.



# Gründe für das Einschreiten bei WR-Konzessionen ohne Ablaufdatum im Kanton St.Gallen

- Erhebliche ökologische Defizite bei den entsprechend genutzten Gewässerabschnitten (v.a. mangelhafte Wasserführung)
- Unverständnis der Wasserrechtsinhaber bezüglich der vorgesehenen behördlichen Anordnung von Sanierungsmassnahmen zu Lasten der Stromproduktion (und damit letztlich auf Kosten der WR-Inhaber)
- Gleichbehandlung der Konzessionärinnen und Konzessionäre (keine Privilegierung von Konzessionen, die vor 1894 erteilt wurden)

**Ergebnis:** BGE 127 II 69 ff.: Altrechtliche Wasserrechtskonzessionen, die ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, sind nachträglich zu befristen; sie können unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist entschädigungslos aufgelöst werden.



## 2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch WR-Konzessionen im Kanton St.Gallen

### 2.1 Das Kriterium der "ersten Gelegenheit"

- ist im **Grundsatz** richtig, denn:
  - a. es lässt die (gebotene) Staffelung der Eingriffe zu;
  - b. stellt sicher, dass die gebotenen Eingriffe nicht ständig hinausgeschoben werden.
- **Ausnahmen** vom Grundsatz müssen möglich bleiben, insbesondere im Interesse des Schutzes von mindestens gleichwertigen Rechtsgütern

**Beispiel:** Gefährdung der zeitnahen Realisierung eines dringlichen Hochwasserschutzprojektes



## **2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch WR-Konzessionen im Kanton St.Gallen**

### 2.2 Die künftige Nutzung kleinerer Fließgewässer im Rahmen von bestehenden Nutzungsanlagen wird eingeschränkt

- Wasserentnahmen aus kleineren Fließgewässern für die Stromproduktion sind aufgrund des geltenden Rechts (v.a. Art. 31 bis 33 GSchG) nur in sehr beschränktem Umfang zulässig.
- Für zahlreiche bestehende Wasserkraftanlagen mit ehehaften Wasserrechten an kleinen Fließgewässern dürfte aufgrund des BGE 145 II 140 eine einigermaßen wirtschaftliche Stromproduktion in Zukunft nicht mehr möglich sein, d.h. sie müssen entweder stillgelegt und zurückgebaut oder können allenfalls als Demonstrationsanlagen oder Gewerbedenkmäler bestehen bleiben.
- Die genannten Anlagen sind für die Umsetzung der Energiestrategie 2050 nicht von entscheidender Bedeutung, der emotionale Aspekt darf dabei aber nicht unterschätzt werden.



## 2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch WR-Konzessionen im Kanton St.Gallen

### 2.3 Unklarheiten betreffend die Finanzierung des Rückbaus alter Wasserkraftanlagen

- Der (vollständige) Rückbau von alten Wasserkraftanlagen ist kostenintensiv
- Soweit eine Konzessionierung der Gewässernutzung aus betriebswirtschaftlicher, energiepolitischer und gewässerökologischer Sicht keinen Sinn macht, stellt sich die Frage, ob die Kosten für den Rückbau aus vom Bund erstattet werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen:
  - a. Anlagen mit Sanierungsbedarf nach Art. 83a GSchG
  - b. Anlagen ohne Sanierungsbedarf nach Art. 83a GSchG



## 2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch WR-Konzessionen im Kanton St.Gallen

### 2.4 Vom Ergebnis des BGE 145 II 140 ff. abweichendes kantonales Recht

Nach geltendem kantonalem Recht (Art. 51 des Gesetzes über die Gewässernutzung, sGS 751.1) sind ohne Konzession **anerkannt**:

- die vor 1860 errichteten Nutzungsanlagen in dem Umfang und in der Nutzungsart, wie sie am 1. Januar 1894 bestanden haben; sie unterliegen der Wasserzinspflicht nicht (Ziff. 1);
- die zwischen 1860 und 1894 ohne Konzession errichteten Nutzungsanlagen in dem Umfang und in der Nutzungsart, wie sie am 1. Januar 1894 bestanden haben; der nach Gesetz berechnete Wasserzins wird um einen Drittel herabgesetzt (Ziff. 2).
- Eine Anerkennung auf ewige Zeiten ist verfassungswidrig (die Interessenlage ist gleich zu beurteilen, wie bei altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen).





## **2. Aktuelle Probleme bei der Ablösung der ohne Konzession anerkannten Wasserrechte durch WR-Konzessionen im Kanton St.Gallen**

### 2.5 Verfahren

- BGE 145 II 140 Erw. 6.5, S. 152: Bau- und Ausnahmebewilligungen für die Erneuerung von Wasserkraftanlagen mit ehehaften Wasserrechten dürfen erst erteilt werden, wenn eine Wasserrechtskonzession erteilt worden ist.
- Anzustreben ist die Koordination der Verfahren.



### 3. Fazit und Ausblick

- Der Grundsatz, wonach die Tage für die ohne Konzession anerkannten (ehehaften) Wasserrechte gezählt sind, wird im Allgemeinen akzeptiert.
- Die Probleme, die bei der Ablösung oder Aufhebung der alten Wasserrechte entstehen können, sind zu bewältigen, wenn man sich die erforderliche Zeit dafür nimmt und nicht zu sklavisch an das im BGE 145 II 140 dargelegte Vorgehen klammert (Stichwort "erste Gelegenheit").
- Die Anpassung des kantonalen Rechts an die höchstrichterliche Rechtsprechung dürfte sich als politisch anspruchsvolle Aufgabe erweisen.

