

**Rechtsgutachten zu den ehehaften
privaten Wassernutzungsrechten
unter Bezugnahme auf das Urteil
des Bundesgerichtes vom
29. März 2019 BGE 145 II 140**

**zuhanden Schweizerischer Verband der Kleinwasserkraft Swiss
Small Hydro**

erstattet von

Dr. iur. Thomas Sägesser

unter Mitwirkung von Dr. iur. Robert M. Brunner

Dr. iur. Thomas Sägesser

Rechtsanwalt

Tel. +41 79 708 14 72
t.saegesser@bluewin.ch

Dr. iur. Robert M. Brunner

Fürsprech und Notar
Grundbuch- und Notariatsinspektor des Kantons Zug von 1999–2018.

Hinweis zur Begrifflichkeit:

In Lehre und Praxis werden verschiedene Begrifflichkeiten verwendet. Das Gutachten verwendet den Begriff der «ehehaften privaten Wassernutzungsrechte», ohne damit eine inhaltliche Unterscheidung zu anderen Begriffen gleicher oder ähnlicher Bedeutung zu beabsichtigen.

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	5
1.1	BGE 145 II 140.....	5
1.2	Auftrag.....	5
2	Begriff und Entstehung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	7
2.1	Der Begriff der ehehaften Rechte	7
2.2	Die Entstehung ehehafter privater Wassernutzungsrechte und die Gewässerhoheit der Kantone	8
2.2.1	Entstehung und Rechtsgrund ehehafter privater Wassernutzungsrechte	8
2.2.2	Öffentliche Gewässer und der Nachweis privater Nutzungsrechte	10
3	Die Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	13
3.1	Lehre und Rechtsprechung	13
3.2	Die unangefochtene Ausübung	15
3.3	Der verfassungsrechtliche Vorbehalt.....	20
4	Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als Objekte der Eigentumsgarantie.....	22
4.1	Die Eigentumsgarantie	22
4.2	Vorbehalt nach Art. 45 WRG und Enteignung	24
5	Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als Objekte des Vertrauensschutzes	26
5.1	Wohlerworbenheit in Art. 43 Abs. 1 WRG	26
5.2	Vertrauensschutz.....	27
5.3	Die Wahrung der «Substanz» des Rechts.....	28
5.4	Schutz der Investitionen	30
5.5	Vertrauensschutz durch behördliche Bewilligungen und Auflagen	31
6	Kurze Darlegung der öffentlich-rechtlichen Wassernutzungskonzession nach WRG.....	32
6.1	Grundlagen	32
6.2	Das Konzessionsrechtsverhältnis.....	33
6.3	Die Konzessionsdauer	36
6.4	Eintragung im Grundbuch	37
6.5	Kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung	37
6.6	Zuständigkeit und Verfahren	38
6.7	Tabellarische Übersicht der wesentlichen Unterschiede zwischen den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten und den öffentlich-rechtlichen Konzessionen nach WRG	40
7	Stellungnahme zu BGE 145 II 140.....	42
7.1	Prämisse	42
7.2	Zur Frage einer nachträglichen Befristung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	42
7.2.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes.....	42

7.2.2	Interpretation	42
7.2.2.1	Keine Aufhebung der bestehenden ehehaften privaten Wassernutzungsrechte ...	42
7.2.2.2	Sinngemässe Übertragung der Rechtswirkungen der altrechtlichen Konzessionen auf die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	43
7.3	Die «Ablösung» der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	45
7.3.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes	45
7.3.2	Interpretation	45
7.3.2.1	Zivilrechtliche Beendigungsgründe	45
7.3.2.2	Öffentlich-rechtliche «Ablösung»	50
7.4	Entschädigung bei einer Ablösung	51
7.4.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes	51
7.4.2	Interpretation	51
7.5	Schutz der Investitionen	52
7.5.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes	52
7.5.2	Interpretation	52
7.6	Unterscheidung zwischen den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten und ihrer Wohlerworbenheit	54
7.7	Unterscheidung zwischen dem Bestand des Rechts und dessen Ausübung ..	55
7.7.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes	55
7.7.2	Interpretation	56
7.8	Vollzugauftrag an die Kantone	58
7.8.1	Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes	58
7.8.2	Interpretation	59
7.8.2.1	«Bei erster Gelegenheit»	59
7.8.2.2	Verfahren	60
7.8.2.3	Übergangsfristen	61
7.8.2.4	Rechtssicherheit	61
8	Zusammenfassung	62
8.1	Entstehung und Rechtsgrund der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte	62
8.2	Der Schutz durch die Eigentumsgarantie	63
8.3	Die Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten	64
8.4	Unterscheidung zwischen dem Bestand des Rechts und der Ausübung nach heutigem Recht	65
	Literaturverzeichnis	67
	Verzeichnis der zitierten Gutachten	69
	Verzeichnis der Materialien	69
	Verzeichnis der Erlasse mit Abkürzung des Erlassitels	72
	Abkürzungsverzeichnis	73

1 Ausgangslage

1.1 BGE 145 II 140

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 1C_631/2017 vom 29. März 2019 (BGE 145 II 140) mit der Erneuerung und Sanierung eines bestehenden Wasserkraftwerks befasst, dessen Wassernutzung sich auf ein ehehaftes privates Wassernutzungsrecht stützt. Unter Bezugnahme auf ein früheres Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass die ehehaften Wasserrechte vergleichbar den altrechtlichen, zeitlich unbefristeten Konzessionen nach 80 Jahren grundsätzlich entschädigungslos den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen seien. Die Anpassung an das heutige Recht habe bei erster Gelegenheit allenfalls mit einer gewissen Übergangsfrist zu erfolgen. Für die Weiterführung der Wassernutzung bedürfe es einer Konzession nach heutigem Recht, zu den geltenden Konzessionsbedingungen, und es müssten alle für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts einhalten werden, insbesondere die Restwasservorschriften.

1.2 Auftrag

Der Vorstand des Schweizerischen Verbandes der Kleinwasserkraft Swiss Small Hydro erteilte den folgenden Gutachtensauftrag:

1. Darlegung der Entstehung und des Rechtsgrundes der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte.
2. Darlegung der Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte.
3. Darlegung des Schutzes der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte durch das Verfassungsrecht.
4. Kurze Darstellung der Konzession nach dem Wasserrechtsgesetz des Bundes (WRG).
5. Interpretation von BGE 145 II 140 unter privat- und unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu den folgenden Fragen:

- Zulässigkeit einer nachträglichen Befristung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte;
- Interpretation und Bedeutung des Begriffs der «Ablösung» von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten;
- Entschädigung bei einer Ablösung ehehafter privater Wassernutzungsrechte;
- Anpassung an das geltende Recht und Schutz von Investitionen.

Dem Verband geht es um eine allgemeine Darlegung der sich stellenden Rechtsfragen und nicht um die Beurteilung eines konkreten Falles oder der Situation in einem einzelnen Kanton. Der Vorstand von Swiss Small Hydro will sich seine Haltung zu den aus seiner Sicht wesentlichen Fragestellungen unabhängig von Gutachten bilden, die im Auftrag anderer Verbände oder von Kantonen erstellt worden sind.

Das Gutachten wurde unter Mitwirkung von Dr. iur. Robert M. Brunner erstellt.

4. November 2020

Dr. iur. Thomas Sägesser

2 Begriff und Entstehung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

2.1 Der Begriff der ehehaften Rechte

Als «ehehaft» werden private Rechte bezeichnet, die ihren Ursprung in einer früheren Rechtsordnung haben und die nach den geltenden Gesetzen in dieser Form nicht mehr begründet werden können, aber weiterhin bestehen (LIVER, Wasserrechte, S. 466; SUTTER/MÜLLER, S. 475).

Die Bezeichnung als «ehehaft» geht auf alte alemannische Rechtsquellen zurück und bedeutet: Endlos lange Zeit, Ewigkeit, altherkömmliches Gewohnheitsrecht, rechtmässig, gesetzmässig, legitim (LIVER, Wasserrechte, S. 465; LIVER, FS Gieseke, S. 225; SCHWAB, S. 465). Sie bringt zum Ausdruck, dass es sich um Berechtigungen handelt, die nach der damals geltenden Rechtsordnung legal begründet worden sind. Die etymologische Herkunft der Bezeichnung belegt, dass es sich bei den ehehaften Rechten nicht um eine Schweizer Besonderheit handelt, sondern dass sie – z.T. unter anderer Bezeichnung – auch in weiteren europäischen Staaten bestanden haben resp. heute noch bestehen (vgl. die Hinweise zu Deutschland, Frankreich und Italien bei LIVER, Wasserrechte, S. 475 ff., sowie die Sammlung von Rechtsfällen, in: Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft der Wasserkraftbesitzer Thüringens e.V.).

Neben den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten, um welche es in diesem Gutachten geht, bestehen heute auch andere althergebrachte, historischen Rechte wie etwa Holz- und Weiderechte, Fischereirechte (auch: «Fischenzen» oder «Fischereigerechtsame») oder Tavernenrechte als vorbestehende Rechte weiter. Diesen Rechten kommt jedoch nicht eine in räumlicher, ökologischer oder ökonomischer Weise vergleichbare Bedeutung zu wie den Wassernutzungsrechten. Mit Ausnahme gewisser Fischereirechte an öffentlichen Gewässern bestehen sie auch nicht an öffentlichen Sachen, sondern belasten als Dienstbarkeiten privates Grundeigentum, weshalb von vorneherein kein öffentliches Interesse an ihrer Ablösung besteht.

Schliesslich sind die mit den erwähnten Rechten verbundenen Investitionen auch nicht in der Grössenordnung, wie sie bei Wasserkraftanlagen anfallen, weshalb kein vergleichbares wirtschaftliches Interesse besteht.

2.2 Die Entstehung ehehafter privater Wassernutzungsrechte und die Gewässerhoheit der Kantone

2.2.1 Entstehung und Rechtsgrund ehehafter privater Wassernutzungsrechte

Die Gewässer lagen ursprünglich im Eigentum einer Grundherrschaft, der die Nutzung der Wasserkraft zustand. Das Nutzungsrecht war Bestandteil des Bodeneigentums und stand daher dem Grundeigentümer zu. Die Gewässernutzung war früher ein Recht, das zum Inhalt der Liegenschaften gehörte, welche das Ufergelände der Seen und Flüsse bilden und sich auch auf den Gewässerboden erstreckten (LIVER, Rechtsgutachten, S. 9). Die Nutzungsbefugnis war also mit dem Ufergrundstück verbunden, so wie das auch bei der Wuhrpflicht – d.h. der Pflicht der Grundeigentümer zur Erstellung und zum Unterhalt von Schutzbauten im Uferbereich von Flüssen und Bächen – der Fall war.

LIVER (Rechtsgutachten, S. 10) weist darauf hin, dass diese Rechtssituation besonders im Kanton Glarus bestand und im damaligen Bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Glarus rechtlich verankert war (§ 55 Abs. 1), welches Vorbild für die Regelung im Sachenrecht des damaligen Privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zug war, wonach die Nutzung des Wassers von Flüssen und Bächen den Eigentümern der Ufer-Liegenschaften zuerkannt worden war.

Erst mit der Abschaffung der alten Herrschaftsrechte wurden die Gewässer zu öffentlichen Sachen (ausführlich LIVER, Entwicklung, S. 306 ff.). Die Rechte an Gewässern begann man zuerst in den kantonalen Zivilgesetzbüchern zu regeln, bis sie schliesslich als Bestandteil des Sachenrechtes im ZGB geregelt worden sind (Art. 664 Abs. 2 ZGB). Im Zusammenhang mit dem Gemeingebrauch – d.h. der bestimmungs- und

gemeinverträglichen Nutzung einer öffentlichen Sache (vgl. BGE 135 I 302, 307, E. 3.2) – an einem öffentlichen Gewässer weist LIVER nach, dass die bereits bestehenden privaten Nutzungsrechte vorbehalten blieben (Rechtsgutachten, S. 11). Sie wurden mit der Umwidmung eines privaten zu einem öffentlichen Gewässer weder enteignet noch wurde mittels rechtsgeschäftlicher Vereinbarung ihre Ablösung geregelt. Diese privaten Wassernutzungsrechte sind daher weiterhin rechtsgültig. Mit der Umwidmung von ehemals privaten zu öffentlichen Gewässern wurden die daran bestehenden privaten Sondernutzungsrechte zu ehehaften, privaten Rechten an einer öffentlichen Sache. Sie schränken den öffentlichen Zweck der Sache – d.h. den Gemeingebrauch – von vorneherein ein, was man sich aber bewusst war, weil andernfalls diese Rechte abgelöst worden wären.

Swiss Small Hydro geht nach eigenen Angaben von 350–400 Kraftwerken in den Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Schwyz, Nidwalden, Glarus, Zug, St. Gallen, Thurgau und Waadt aus, deren Nutzungsrechte – zumindest teilweise – auf ehehaften privaten Wassernutzungsrechten beruhen. Der Verband schätzt die Jahresproduktion im Bereich von 70–100 GWh. In seiner Antwort vom 21. Oktober 2020 auf die Interpellation Krähenbühl «Ehehafte Wasserrechte vor Enteignung schützen und Wasserkraft nicht ausbremsen» führt der Regierungsrat des Kantons Bern aus, dass im Kanton Bern rund 50 ehehafte Wasserkraftrechte bestehen. Die jährliche Energieproduktion liege insgesamt bei weniger als 1 GWh. Das entspreche dem durchschnittlichen, jährlichen Stromverbrauch von weniger als 300 Haushalten. In seinem Informationsschreiben vom 24. Oktober 2019 an die Kantone geht das Bundesamt für Umwelt von mehreren Hundert kleinen und mittleren Wasserkraftwerken mit ehehaften Rechten aus.

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte wurden unter einer früheren Rechtsordnung rechtskräftig begründet (LIVER, Wasserrechte, S. 466) und beruhen somit auf Gesetz und Recht (LIVER, FS Gieseke, S. 226). Das Bundesgericht hat in BGE 27 II 672, 689 denn auch festgehalten, dass die Zulässigkeit von privaten Rechten an öffentlichen Gewässern auf Ausnutzung der Wasserkraft in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Theorie allgemein anerkannt ist.

Die Entstehung ehehafter privater Wassernutzungsrechte wäre auch heute noch möglich, wenn solche Rechte an einem privaten Gewässer bestehen, dieses zu einem öffentlichen Gewässer umgewidmet und die privaten Rechte nicht enteignet werden (LIVER, Wasserrechte, S. 466; LIVER, FS Gieseke, S. 226; DUBACH, S. 61).

2.2.2 Öffentliche Gewässer und der Nachweis privater Nutzungsrechte

Mit Beginn der kantonalen Wasserrechtsgesetzgebungen konnten Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern nur noch mittels Verleihung (d.h. Konzession) durch den Staat eingeräumt werden, wobei erst mit dem Inkrafttreten des WRG am 1. Januar 1918 die Konzession als öffentlich-rechtlich verstanden wurde. Die altrechtlichen Konzessionen nach den kantonalen Wasserrechtsgesetzgebungen wurden damals als dem privaten Recht zugehörig angesehen (LIVER, Entwicklung, S. 333; LIVER, Rechtsgutachten, S. 11.), weshalb ihre Dauer zeitlich nicht begrenzt war und die mit ihnen verliehenen Wassernutzungsrechte auf unbeschränkte Zeit erteilt wurden. Das ändert am Charakter als staatliche Verleihung des Nutzungsrechts jedoch nichts.

Nach Art. 664 Abs. 1 ZGB stehen öffentliche Sachen unter der Hoheit des Kantons, in dessen Gebiet sie sich befinden. Dem Bund ist mit der Zuständigkeit zur Gesetzgebung im Bereich des Wasserrechts durch Art. 76 Abs. 3 BV nicht auch die Sachherrschaft über die Gewässer übertragen worden. Er könnte deshalb die Ausübung der Wassernutzung nicht zu einem eidgenössischen Regal machen (BURCKHARDT, Komm. BV 1874, S. 178). Bei Art. 76 Abs. 4 BV, wonach die Kantone über die Wasservorkommen verfügen, handelt es sich daher nicht um eine Kompetenzzuweisung, sondern lediglich um eine Klarstellung (unechter Vorbehalt; Botschaft BV, S. 251; JAGMETTI, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, Rz. 58; AUBERT/MAHON, Komm. zu Art. 76 BV, Rz. 15).

Die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen beurteilen sich grundsätzlich nach kantonalem Recht (BGE 89 II 287, 294 E. 2) und die Kantone regeln die Nut-

zung öffentlicher Sachen durch ihr öffentliches Recht (Art. 664 Abs. 3 ZGB). Die Erteilung von Wassernutzungskonzessionen ist i.d.R. Sache der Kantone und nicht des Bundes, jedoch im Rahmen der Vorschriften, die der Bund erlässt.

Da das Bundesprivatrecht keine entsprechenden Kriterien nennt, steht den Kantonen die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Gewässern zu (BGE 113 II 236, 239, E. 4). Vom Standpunkt des Bundesprivatrechts aus steht es den Kantonen frei, in welchem Umfang sie öffentliche Sachen errichten und dem Gemeingebrauch widmen wollen. Sie entscheiden sowohl über die Errichtung als auch über die Aufhebung öffentlicher Sachen (MEIER-HAYOZ, Berner Komm. zu Art. 664 ZGB, Rz. 24 f.).

Beispiele:

- Nach Art. 2 Abs. 1 WNG-BE gilt als öffentlich das Grundwasser im Locker- und Festgestein, wenn es sich über mehrere Grundstücke erstreckt, das als (See- Fluss- oder Bach-) Quelle natürlich zutage tretende Grundwasser, wenn dieses ein Oberflächengewässer bildet oder massgeblich speist, die stehenden und fliessenden Oberflächengewässer mit ständiger Wasserführung und einem festen Gerinne.
- Eine weniger weitgehende Regelung besteht in § 7 Abs. 1 GewG-ZG: Als öffentliche Gewässer gelten die seit unvordenklicher Zeit als Gemeingut geltenden Gewässer, die im Verfahren der Öffentlicherklärung dem Gemeingut gewidmeten Gewässer sowie alle Grundwasservorkommen, wobei das Quelleneigentum gewahrt bleibt. Der Anhang zum Gesetz enthält eine abschliessende Aufzählung der öffentlichen Oberflächengewässer. Bereits nach § 86 Abs. 1 EG ZGB-ZG sind der Zuger- und Ägerisee, die Reuss, Sihl, Lorze, Biber und diejenigen Bäche, welche nicht nachweislich dem Privateigentum anheimgefallen sind, öffentliche Gewässer und unterstehen dem Gemeingebrauch.

Sachenrechtlich besteht eine Vermutung zugunsten des öffentlichen Gewässers, sofern nicht Privateigentum nachgewiesen werden kann (Art. 664 Abs. 2 ZGB). Dasselbe gilt von Bundesrecht wegen im Bereich der Wasserkraftnutzung: Als öffentliche Gewässer im Sinne des Wasserrechtsgesetzes des Bundes gelten die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist und die Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, aber von den Kantonen in Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden (Art. 1 Abs. 2 WRG).

Eine Anerkennung ehehafter privater Wassernutzungsrechte setzt daher den Nachweis ihrer rechtmässigen Entstehung voraus. Ist kein Rechtstitel mehr vorhanden, so genügt es, wenn sich die Rechte aus anderen Urkunden ergeben, die auf einen Rechtserwerb schliessen lassen. Können solche Erwerbstitel nicht mehr erbracht werden, so genügt für den Nachweis die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung (MEIER-HAYOZ, Berner Komm. zu Art. 664 ZGB, Rz. 140).

Das Bundesgericht hat zur Unvordenklichkeit der Rechtsausübung in BGE 74 I 41, 48 f., E. 3, wie folgt festgehalten (Hervorhebung durch den Gutachter):

«Im vorliegenden Falle kann nun zwar nicht nachgewiesen werden, dass eine Behörde gestützt auf einen privat- oder öffentlich-rechtlichen Titel den Äffenrainweg dem öffentlichen Fussgängerverkehr gewidmet hat. Doch der Regierungsrat nimmt an, dass das st. gallische Recht – jedenfalls bis zum Inkrafttreten des schweiz. Zivilgesetzbuches (1912) – gewohnheitsrechtlich das Institut der Unvordenklichkeit gekannt hat, d. h. den Grundsatz: Ein Zustand, der nach Art eines Rechtszustandes solange besteht, dass sein Anfang sich im Dunkel der Vorzeit verliert, also über Menschengedenken hinaus liegt, berechtigt zur Annahme, dass er dereinst rechtmässig entstanden ist (...). Nach Art eines Rechtszustandes besteht aber ein Wegrecht dann seit unvordenklicher Zeit, wenn es in gutem Glauben seit Menschengedenken ungefragt und ungewehrt, einem Bedürfnis entsprechend, ununterbrochen ausgeübt worden ist (vgl. z. B. Art. 252 des schwyz. EG z. ZGB). Dieser Grundsatz war in den Rechten der

schweizerischen Kantone dermassen allgemein, verbreitet, dass seine Geltung für privat- und öffentlich-rechtliche Verhältnisse solange angenommen werden darf, als nicht der Gegenbeweis erbracht ist (...). Diesen Gegenbeweis hat aber der Rekurrent nicht erbracht... Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen kann sich übrigens dafür, dass das öffentliche Recht des Kantons St. Gallen das Institut der Unvordenklichkeit kannte auch auf seine Praxis berufen (St. Gall. Verwaltungspraxis Bd. II Nr.658). Eine allgemeine Beweisregel, wie dies der Grundsatz der Unvordenklichkeit ist, kann aber, auch wenn er dem Gewohnheitsrecht angehört, die Eigentumsgarantie nicht verletzen, da er auch in diesem Falle der Rechtsordnung angehört, innert deren Schranken das Eigentum gewährleistet ist.»

3 Die Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

3.1 Lehre und Rechtsprechung

Wohlerworbene Rechte begründen vermögenswerte Rechtsansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, die durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit insbesondere im Hinblick auf Gesetzesänderungen charakterisiert sind (VALLENDER/HETTICH, Komm. zu Art. 26 BV, Rz. 22). Ehehafte Rechte werden in Rechtsprechung und Lehre traditionell als eine spezielle Kategorie der wohlerworbenen Rechte betrachtet (BGE 145 II 140, 148, E. 5.1. m.w.H.). Zu diesen wohlerworbenen Rechten gehören daher auch die ehehaften privaten Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern (MÜLLER, Komm. zu Art. 22^{ter} BV 1874, Rz. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_699/2017 m.w.H.: «[...] Zu den wohlerworbenen Rechten gehören die sog. ehehaften Rechte, wie beispielsweise auf historischen Titeln beruhende oder seit unvordenklicher Zeit bestehende Wasser-, Tavernen-, Jagd-, Fischerei- oder Weiderechte [...]»). Nach KÖLZ (S. 179) ergibt sich die Wohlerworbenheit dieser Rechte aus einer veränderten Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht:

«Durch eine weitere Umschreibung des Umfanges des öffentlichen Rechtes mussten jene privaten Rechte, die sich wegen ihres besonderen Charakters, aus politischen Gründen oder wegen unzureichender Übergangsbestimmungen nicht richtig ins öffentliche Recht einfügen liessen, dort als besondere Kategorie angesiedelt werden. Sie erhielten die Bezeichnung <wohlerworbene Rechte> (...). Zu dieser Hauptkategorie der <historischen> wohlerworbenen Rechte gehören die ehehaften Tavernenrechte, die altrechtlichen Wassernutzungsrechte, ferner alte Fischereirechte (Fischenzen) sowie alte Weidenutzungsrechte. Diese wohlerworbenen Rechte sind von der Rechtsprechung konsequent geschützt worden.»

RHINOW begründet die Wohlerworbenheit der ehehaften Rechte wie folgt (S. 2 f.; Hervorhebung durch den Gutachter):

«Vorbestandene, <ehehafte> oder historische Rechte gelten als wohlerworben, weil sie im Zeitpunkt ihrer Begründung als private, subjektive Rechte (...) angesehen wurden. Trotz veränderter aktueller Anschauungen über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht und obwohl sie deshalb nicht mehr als Privatrechte begründet werden können, geniessen diese Rechte den Schutz der Eigentumsgarantie, sofern sie zur Zeit der Entstehung dieses Grundrechts bereits bestanden. Zu erwähnen sind als Beispiele etwa Tavernenrechte, private Wasserrechte, Fischereigerechtsamen oder Fischnutzen und Weidenutzungsrechte. Es handelt sich bei diesen Befugnissen ausschliesslich um vermögenswerte Nutzungsrechte mit einem dinglichen Einschlag. (...)»

In seinem Rechtsgutachten von 1979 für das damalige Bundesamt für Wasserwirtschaft lehnt DUBACH die Wohlerworbenheit ehehafter Rechte ab und zwar vor allem deshalb, weil der Staat dem Eigentümer solcher Rechte keine Zusicherungen abgegeben habe und dieser daher nicht auf eine solche vertrauen könne (S. 64):

«Entscheidend ist jedoch, dass die Ansprüche des Privaten gegen den Staat nicht vertraglich normiert sind. Der Staat hat dem Inhaber keine Zusicherung abgegeben und dieser kann nicht auf eine solche vertrauen. Die Zusicherung, die mit der Konzession verbunden ist, ist jedoch entscheidend dafür, dass den <wohlerworbenen Rechten> eine besondere Festigkeit gegenüber behördlichen Verfügungen und den Gesetzesänderungen zukommt. Die ehehaften Rechte können nicht gleichermassen privilegiert sein, weil es an einem entsprechenden Anknüpfungspunkt für solche Privilegien fehlt. Der Schutz, der den ehehaften Rechten zusteht, muss sich also ausschliesslich aus der Eigentumsgarantie ergeben (...).»

BÜTLER/RIVA übernehmen diese Ansicht, indem sie ausführen, es fehle bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten an einer vertraglichen Grundlage zur Begründung der Wohlerworbenheit, resp. die vertragliche Grundlage sei nicht mehr erkenn- oder nachweisbar (S. 19, 42).

3.2 Die unangefochtene Ausübung

Für die Begründung der Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte sind jedoch andere Überlegungen als vertragliche Zusicherungen massgebend. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein solches Recht nachweisbar ist, weil es aufgrund seiner Unvordenklichkeit vermutet wird und daher nicht sein Bestehen, sondern sein Erlöschen nachzuweisen wäre (vgl. oben BGE 74 I 41).

Entgegen den Ansichten von DUBACH und BÜTLER/RIVA kann sich die Wohlerworbenheit eines Rechtes nicht nur aufgrund vertraglicher Zusicherungen ergeben. Bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten ist vielmehr entscheidend, dass es sich um Rechte handelt, die unter der früher geltenden Rechtsordnung rechtmässig begründet worden sind und nach der damaligen Rechtsordnung nicht mehr entzogen werden konnten (KLETT, S. 93). Dieser Aspekt der Rechtsstaatlichkeit zur Begründung der Wohlerworbenheit von Rechten wird von BURCKHARDT (Organisation, S. 89, zit. nach LIVER, Wasserrechte, S. 475) hervorgehoben:

«Aber dass der Gesetzgeber nicht ohne Widerspruch aus sachlichen Erwägungen in Zustände eingreifen kann, die unter dem Zeichen der Willkür entstanden sind, darin besteht der Kern des Problems, das man mit dem Ausdruck der <wohlerworbenen Rechte> tautologisch unklar umschreibt; denn <wohlerworben> sind eben *die* Rechte, die durch späteres Gesetz nicht aufgehoben werden können.»

Die ehehaften privaten Wasserrechte blieben auch nach der Einführung der ersten kantonalen Wasserrechtsgesetze, des ZGB und des WRG bestehen und wurden seither ausgeübt. Neuere Rechtsordnungen haben sie daher nicht beseitigt, sondern stets respektiert. Das führte dazu, dass in die bundesrechtlich den Kantonen vorgeschriebenen Wasserrechtsverzeichnisse (Art. 31 Abs. 1 WRG) auch die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte aufgenommen wurden. Die bestehenden Rechte wurden von den Kantonen durch ein Aufgebotsverfahren ermittelt (Art. 75 Abs. 3 WRG). Wie das folgende Beispiel zeigt, waren detaillierte Angaben zum Rechtsgrund (Konzession oder Privatrecht) und zum Umfang des Rechtes zu machen.

Beispiel: Aufforderung zur Anmeldung der Rechte auf Nutzbarmachung der Wasserkraft öffentlicher Gewässer, in: Amtsblatt des Kantons Zug vom 1. Mai 1943, S. 421.

928 **Aufforderung zur Anmeldung der Rechte
auf Nutzbarmachung der Wasserkraft öffentl. Gewässer.**

Für die Anlage des Wasserrechts-Verzeichnisses gemäß Art. 31 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, vom 22. Dezember 1916, sind die bestehenden Rechte auf Nutzbarmachung der Wasserkraft durch ein Aufgebotsverfahren zu ermitteln (Art. 75, Abs. 3 des angeführten Gesetzes); das Wasserrechts-Verzeichnis soll vorerst für die öffentlichen Gewässer erstellt werden.

Die Inhaber von Rechten auf Nutzbarmachung der Wasserkraft öffentlicher Gewässer werden daher aufgefordert, ihre Rechte bis 10. August 1943 bei der Baudirektion schriftlich anzumelden.

Die Anmeldungen, die stempelpflichtig sind, haben zu enthalten:

1. Eine Beschreibung des beanspruchten Rechtes gemäß folgendem Schema:
 - a) ausgenutztes Gewässer;
 - b) Ort der Fassung und Rückgabe des Wassers;
 - c) Ort der Motorenanlage;
 - d) maschinelle Ausrüstung des Werkes unter Angabe der installierten Leistung;
 - e) Betriebseröffnung und allfällige Erweiterungen des Werkes;
 - f) soweit Unterlagen vorhanden: Wasserspiegelhöhe bei Fassung und Rückgabe, Brutto- und Netto-Gefälle, Wassermenge, Nettoleistung (mögliche und wirkliche) des Werkes.

Bei Ansprüchen auf Wasserrechte, die noch nicht ausgenutzt sind, ist die Gewässerstrecke und das Gefälle anzugeben.

Die Angabe des Rechtsgrundes (Konzession bezw. Privatrechtstitel). Der Anmeldung sind, soweit vorhanden, beizulegen:

- a) Situationsplan;
- b) Pläne der Wasserbauten;
- c) Rechtsgrundaussweis im Original oder in Abschrift. 1.3*

Zug, den 1. Mai 1943. Die Baudirektion: C. Staub.

Behördliche Anerkennungen durch die Aufnahme in das kantonale Wasserrechtsverzeichnis und – wie im Kanton Zug – durch Beschlüsse der Kantonsregierung sind für die Eintragung im Grundbuch relevant, weil der Inhalt des Rechts durch die Belege oder auf andere Weise nachgewiesen werden kann (Art. 738 Abs. 2 und 971 Abs. 2 ZGB). Da Bestand, Inhalt und Umfang der Rechte im Grundbuch in solchen Fällen genügend klar ist, kam es in den Kantonen aus Anlass der Einführung des eidgenössischen Grundbuches auch nicht zu Bereinigungsverfahren.

Ehehafte private Wassernutzungsrechte behalten zudem selbst dann ihre Gültigkeit, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind. Denn ihre Neubegründung ist nur wasserrechtlich, aber nicht grundbuchrechtlich ausgeschlossen, weshalb sie auch später noch als Dienstbarkeiten in das Grundbuch eingetragen werden können (LIVER, Wasserrechte, S. 487). Das Bundesgericht hat das in BGE 131 I 321, 325, E. 5.1.2. mit Bezug auf Quellenrechte wie folgt festgehalten:

«(...) Dieses (beschränkte) dingliche Recht an Quellen auf fremdem Boden – das heute als Grunddienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen werden könnte (Art. 704 Abs. 2 und 780 ZGB) – haben sie [die Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin] durch die unbestrittene Ausübung seit unvordenklicher Zeit rechtmässig erworben (vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N. 141 ff. zu Art. 731 ZGB). Davon gehen zu Recht auch der Regierungsrat und das Obergericht des Kantons Uri sowie der Gemeinderat Altdorf aus. Als bereits bestehendes dingliches Recht bliebe es, obschon im Grundbuch nicht eingetragen, nach dem Inkrafttreten des ZGB auch unter dem neuen Recht anerkannt (Art. 17 Abs. 1 SchIT ZGB; vgl. Urteil 5C.166/1993 vom 22. Dezember 1993, E. 3); es hätte seine Gültigkeit behalten und könnte lediglich Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden (Art. 44 Abs. 1 SchIT ZGB).»

Das zum Quellenrecht Gesagte gilt insofern auch für die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte.

Wurden ehehafte private Wassernutzungsrechte in das Wasserrechtsverzeichnis des Kantons aufgenommen, ohne Einspruch des Kantons – oder (wie in gewissen Fällen im Kanton Zug) sogar auf dessen Anordnung – im Grundbuch eingetragen und später auch nicht bereinigt, so bedeutet das die nachträgliche behördliche Anerkennung der Art, wie ein ehehaftes privates Wassernutzungsrecht während langer Zeit unangefochten ausgeübt worden ist (so wohl auch das Bundesgericht, wenn es schreibt, dass mit der Verfügung des Regierungsrats des Kantons Zug nicht ein neues, wohl-erworbenes Recht begründet, sondern ein bestehendes Recht im bisherigen Umfang

anerkannt werde. Vgl. BGE 145 II 140, 150 f., E. 6.2). Das Bundesgericht hat zum Vertrauensschutz festgehalten (BGE 145 II 140, 146, E. 4.3):

«Geschützt wird das Vertrauen des Bürgers in das Verhalten der staatlichen Behörden (...). Es handelt sich um Rechte, die im gegenseitigen Vertrauen zwischen dem Staat und dem Träger des Rechts darauf begründet worden sind, dass die Rechtsbeziehungen auf eine bestimmte Dauer grundsätzlich unverändert bleiben und einen verstärkten Schutz, namentlich vor späteren Eingriffen durch den Gesetzgeber, geniessen sollen (...).»

LIVER schreibt zum Vertrauensschutz (Rechtsgutachten, S. 14):

«(...) Es wäre doch mehr als befremdend, wenn der Regierungsrat heute Wassernutzungen als rechtswidrig erklären könnte, deren vertragliche Begründung und Nutzung er nach 1874 wie vorher, ohne einzugreifen, geduldet und damit stillschweigend anerkannt hat, nach 100 Jahren als rechtswidrig erklären könnte.»

Die Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte ergibt sich deshalb daraus, dass sie während einer langen Zeit als bestehende Rechtspositionen respektiert worden sind, weil sie unter einer früheren Rechtsordnung als private Rechte gültig begründet wurden und als dingliche Rechte zeitlich unbeschränkt bestehen (vgl. auch HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, S. 267, Rz. 1240, wonach sich die erhöhte Bestandeskraft der ehehaften Rechte daraus ableite, dass der Staat sie während sehr langer Zeit respektiert habe). Der Eigentümer eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts kann sich daher darauf berufen, dass die Rechtmässigkeit der Ausübung seines Rechtes seit unvordenklicher Zeit nicht in Frage gestellt worden ist. Dieses Vertrauen ist gegebenenfalls sogar durch behördliche Akte bestätigt worden.

3.3 Der verfassungsrechtliche Vorbehalt

Der Wasserrechtsartikel der früheren Bundesverfassung von 1874 enthielt einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der «privaten Rechte», worunter namentlich die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte zu verstehen sind (MARTI, St. Galler Komm. zu Art. 76 BV, Rz. 27).

Art. 24^{bis} Abs. 3 Satz 1 BV 1874 lautete wie folgt (Hervorhebung durch den Gutachter):

«Die Verfügung über die Wasservorkommen und die Erhebung von Abgaben für die Wasserbenützung stehen unter dem Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu.»

KLETT (S. 19) weist darauf hin, dass Art. 24^{bis} BV 1874 wohlverworbene Rechte im Gebiet der Wasserwirtschaft nicht allgemein gewährleiste. Es sei jedoch bei der parlamentarischen Beratung zum Wasserrechtsartikel nicht in Frage gestellt worden, dass solche Rechte respektiert werden sollen.

Auf die Weiterführung des Vorbehalts von Art. 24^{bis} Abs. 3 Satz 1 BV 1874 in der neuen Bundesverfassung wurde verzichtet. Allerdings ergibt sich aus den Materialien, dass damit keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war, sondern dass der Vorbehalt als Selbstverständlichkeit betrachtet wurde. Vgl. Votum RHINOW, Berichterstat-ter der Kommission, AB 1998 S 79 [Sonderdruck]:

«Wenn etwa der Passus <...stehen unter Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu> nicht wieder aufgenommen wird, dann sind das Kürzungen, die wir im Interesse der Klarheit vorgenommen haben, ohne dass materiell etwas geändert worden ist, weil die Wahrung der kantonalen Autonomie und der Interessen der durch die Gesetzgebung als berechtigt Erklärten selbstverständlich vorbehalten ist oder an anderer Stelle sogar ausdrücklich erwähnt wird».

Mit der neuen Bundesverfassung sollte das damals geltende Verfassungsrecht nachgeführt werden, d.h. «aufbereitet und umfassend, zeitgerecht, einheitlich, systematisch, klar und verständlich kodifiziert werden. (...) Um eine optimale Transparenz zu gewährleisten, sollten Neuerungen, die über die Nachführung hinausgehen ausdrücklich als solche gekennzeichnet und als Varianten unterbreitet werden» (Botschaft BV, S. 44). In Bezug auf den Wasserrechtsartikel hält die Botschaft des Bundesrates zur neuen Bundesverfassung fest, dass der neue Verfassungsartikel dem früheren Art. 24^{bis} BV 1874 entspreche (Botschaft BV, S. 249). Es war somit keine inhaltliche Änderung gegenüber dem Zustand unter der BV 1874 beabsichtigt. Die blosser Nachführung wurde vom Bundesrat auch mit Verweis auf frühere parlamentarische Beratungen über die Wasserrechtskompetenzen des Bundes begründet: National- und Ständerat wiesen einen Versuch zurück, dem Bund eine Generalkompetenz zulasten der Kantone einzuräumen (Botschaft BV, S. 250 m.w.H.). Materielle Neuerungen im Wasserrecht des Bundesverfassungsrechts wurden als zu umstritten betrachtet, so dass darauf verzichtet worden ist.

Damit besteht der Vorbehalt zugunsten der privaten Rechte und damit namentlich der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte weiterhin (vgl. auch AUBERT/MAHON, Komm. zu Art. 76 BV, Rz. 15, Fn. 48). Die Rechtmässigkeit ehehafter privater Wassernutzungsrechte wurde vom Verfassungsgeber nicht in Frage gestellt und ihr Weiterbestehen unter der geltenden Rechtsordnung als selbstverständlich angesehen. In seiner Tragweite bedeutet der Vorbehalt, dass die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte – wie andere Privatrechte auch – der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV (vgl. unten Ziff. 4) und hinsichtlich ihrer Wohlerworbenheit dem Vertrauensschutz nach Art. 9 BV unterstehen, sofern letzterer weiter geht als die Eigentumsgarantie (vgl. unten Ziff. 5). Die Konkretisierung erfolgt auf Gesetzesebene.

4 Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als Objekte der Eigentumsgarantie

4.1 Die Eigentumsgarantie

Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie schützt das Eigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung. Um vor der Institutsgarantie des Eigentums standzuhalten, müssen die wesentlichen, sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungs- und Nutzungsrechte gewahrt werden. Der kantonale Gesetzgeber hat von Bundesverfassung wegen darauf zu achten, dass die sich aus dem Eigentum ergebenden privaten Verfügungs- und Nutzungsrechte im Wesentlichen erhalten bleiben (BGE 99 Ia 35, 37, E. 3). In die Eigentumsgarantie kann sodann nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingegriffen werden (Bestandesgarantie): Eigentumsbeschränkungen bedürfen danach einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff nach Art. 26 Abs. 1 BV umfasst neben dem Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen auch beschränkte dingliche Rechte, obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte oder den Besitz (MÜLLER, Komm. zu Art. 22^{ter} BV 1874, Rz. 2).¹ Er umfasst auch bestimmte wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts, so namentlich die seit unvordenklicher Zeit bestehenden Nutzungsrechte an öffentlichen Sachen (WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 101).

In der Schweiz werden die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als Dienstbarkeiten behandelt (LIVER, FS Gieseke, 244 f.), was auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtes entspricht. Vgl. BGE 88 II 498, 503, E. 3:

¹ Vgl. auch BGE 121 Ia 120, 121, E. 1b: «La garantie de la propriété consacrée à l'art. 22^{ter} Cst. [1874] s'étend non seulement à la propriété des biens mobiliers et immobiliers, mais aussi aux droits réels restreints, aux droits contractuels, aux droits de propriété intellectuelle, aux droits acquis des citoyens contre l'Etat, ainsi qu'à la possession [...]»).

«(...) Die ehehaften (althergebrachten) Rechte der Kläger entstammen freilich einer nicht mehr geltenden Rechtsordnung. Die in ihnen enthaltenen Befugnisse erfüllen aber die Merkmale einer Dienstbarkeit. Sie stellen sich somit als Rechte dar, wie sie auch unter der jetzt geltenden Sachenrechtsordnung noch begründet werden können, und sind daher den Dienstbarkeiten einzureihen (...).»

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte stellen daher beschränkte dingliche Rechte dar, die durch die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie gewährleistet sind (LIVER, Zürcher Komm., Einleitung zu Art. 730 ZGB, Rz. 27). Sie sind mit dem Inkrafttreten des ZGB nicht beseitigt worden. ZOGG hält dazu im Basler Komm. zu Art. 17 SchIT ZGB fest (Rz. 11):

«Nach Art. 17 Abs. 1 SchIT ZGB gelten dingliche Rechte, die unter der vor dem Inkrafttreten des ZGB geltenden Privatrechtsordnung entstanden sind, grundsätzlich als erworbene Rechte; diese Rechte werden daher – als Ausfluss der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (...) – in ihrem Bestand anerkannt und bestehen somit auch nach dem Inkrafttreten des ZGB weiter. Dies gilt gem. Art. 17 Abs. 3 SchIT selbst dann, wenn sie nach dem 1.1.1912 als solche nicht mehr begründet werden können, d.h. selbst wenn das neue Recht kein dem altrechtlichen Institut funktionell entsprechendes dingliches Recht mehr kennt.»

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte können als Grundstücke im Grundbuch eingetragen werden, wenn es sich um ein selbständiges und dauerndes Recht handelt (Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Komm. zu Art. 655 ZGB, Rz. 59; STREBEL/LAIM, Basler Komm. zu Art. 655 ZGB, Rz. 20; das ist etwa im Kanton Zug oft die Praxis). Dadurch wird das Recht jedoch nicht zu einem Grundstück, sondern die Bestimmungen über die Grundstücke finden analoge Anwendung, indem den Besonderheiten ihres Charakters als Dienstbarkeitsrechte Rechnung getragen wird (BGE 118 II 115, 118, E. 2). Für die Übertragung eines privatrechtlichen

selbständigen und dauernden Wasserrechtes, das als Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, gelten die Vorschriften über das Grundeigentum.

Die Praxis in den Kantonen ist nicht einheitlich und es gibt auch Fälle, in denen die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte im Grundbuch angemerkt worden sind. Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte sollten jedoch in der Form einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden, da es sich um Rechte handelt, welche durchaus die Typenmerkmale des ZGB aufweisen (vgl. oben BGE 88 II 498). Dass solche privatrechtliche Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern seit Inkrafttreten des ZGB nicht mehr begründet werden können, ist die Folge eines gesetzgeberischen Entscheids und nicht eine Folge der Rechtsnatur der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte.² Die Art der Eintragung hat jedoch keinen Einfluss auf den Bestand des Rechts.

4.2 Vorbehalt nach Art. 45 WRG und Enteignung

Nach Art. 45 WRG werden durch Konzessionen die Privatrechte Dritter und die früheren Konzessionen nicht berührt. Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als ältere Privatrechte gehen den jüngeren Konzessionen daher vor (vgl. auch KNAPP, S. 133: «...le droit le plus ancien prime le nouveau,...»), weshalb ihre Beseitigung oder Einschränkung nach Art. 46 Abs. 1 WRG nur aufgrund einer Enteignung zu den dort erwähnten Zwecken, nicht aber bereits mit der Verleihung eines Wasserrechtes erfolgen kann. Die Art. 45 und 46 WRG konkretisieren den verfassungsrechtlichen Vorbehalt zugunsten der privaten Rechte (vgl. oben Ziff. 3.3).

² Vgl. z.B. auch Art. 169 Abs. 1 Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB) im Kanton Bern; BSG 211.1: «Dingliche Rechte, die nach dem Zivilgesetzbuch nicht mehr begründet werden können, sind entweder auf Verlangen der Beteiligten in zulässige dingliche Rechte (z. B. Miteigentum oder Grunddienstbarkeit) umzuwandeln und als solche einzutragen oder in zweckdienlicher Weise anzumerken.»

Art. 46 Abs. 1 WRG lautet:

«Wenn Gründe des öffentlichen Wohls vorliegen, soll die Verleihungsbehörde dem Konzessionär das Recht gewähren, die zum Bau, zur Umänderung oder Erweiterung seines Werkes nötigen Grundstücke und dinglichen Rechte sowie die entgegenstehenden Nutzungsrechte zwangsweise zu erwerben.»

In seiner Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912 schreibt der Bundesrat dazu (BBl 1912 III 693 f.):

«Wenn ein Wasserrecht verliehen wird, das in schon bestehende Rechte übergreift, so sollen ihm diese älteren Rechte vorgehen. (...) Um dem Belieben zu ermöglichen, sein Benutzungsrecht zur Anerkennung zu bringen, kann ihm die Behörde das Enteignungsrecht gewähren, sowohl gegenüber Grundbesitzern, deren Eigentum er bedarf, als gegenüber den Inhabern früherer Benutzungsrechte. Diese letzteren sollen aber gemäss Art. 36 [des damaligen Entwurfes] also nicht einfach durch eine spätere Verleihung in ihren Rechten verkürzt werden können und auf den unsicheren Weg der Klage zur Erlangung einer Entschädigung verwiesen sein; sie sollen ihr Recht behaupten können, solange sie nicht expropriert und entschädigt worden sind.»

Art. 46 Abs. 1 WRG ist daher nicht lediglich eine gesetzliche Regelung über den Vorrang des einen gegenüber dem anderen Recht. Die Bestimmung enthält die Voraussetzungen, unter denen der Konzessionär ein Enteignungsrecht zur Beseitigung bestehender ehehafter privater Wassernutzungsrechte ausüben kann. Gewährleistet wird auch der Bestand ehehafter privater Wassernutzungsrechte, solange sie nicht enteignet worden sind. Demnach darf keine Konzession erteilt werden, die in bestehende ehehaftete private Wassernutzungsrechte eingreift. Es darf auch nicht verlangt werden, dass die Wassernutzung neu anstelle des bestehenden ehehaften privaten Wassernutzungsrechtes auf einer Verleihung des Staates zu beruhen habe, d.h. mittels Konzession des Staates auszuüben wäre. Dazu müsste zuerst das ehehafte pri-

vate Wassernutzungsrecht enteignet werden (vgl. auch BÜTLER/RIVA, S. 17, wonach die Aufhebung eines ehehaften Rechts von Amtes wegen die Einleitung eines bundesrechtlichen Enteignungsverfahrens erfordert). Dieses geht nach der Enteignung nicht auf den Konzessionär über, sondern wird aufgehoben (LIVER, FS Gieseke, S. 248 f.).

5 Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als Objekte des Vertrauensschutzes

5.1 Wohlerworbenheit in Art. 43 Abs. 1 WRG

In Art. 43 Abs. 1 WRG wird die Wohlerworbenheit für die Konzessionen ausdrücklich verankert. Danach verschafft die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Aus den Materialien ergibt sich, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz handelt, wenn Rechte bestehender Wasserwerke beeinträchtigt werden, wie das der Bundesrat in seiner Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912 schreibt (BBI 1912 III 693; Hervorhebung durch den Gutachter):

«(...) Ein Kanton kann z.B. in den Fall kommen, um ein kantonales Werk anzulegen, die Rechte bestehender Werke zu beeinträchtigen; er soll es tun dürfen, aber nicht ohne die Werkbesitzer voll zu entschädigen (...).»

Die Ordnung des Wasserrechtes sollte nicht, wie zuerst in Aussicht genommen, der Regelung durch das ZGB überlassen werden (FLEINER, S. 568 m.w.H.). Entstehungsgeschichtlich weist LIVER unter Bezugnahme auf Protokolle aus dem Jahr 1911 nach, dass mit der Regelung in Art. 43 WRG eine Gleichstellung im Schutz der verliehenen Wasserrechte mit jenem der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte bezweckt wurde (Wasserrechte, S. 474; Hervorhebung durch den Gutachter):

«(...) Es war EUGEN HUBER, der Verfasser des schweizerischen Zivilgesetzbuches, welcher in der Expertenkommission den Ausschlag gab für die Beibehaltung des Wortlautes, den der Art. 43 des eidgenössischen WRG hat. Mit der Erklärung, dass der Beliehene nach Massgabe der Konzession ein wohlerworbenes Recht habe, wurde dieses als Gegenstand des Schutzes gegenüber Akten der Verwaltung und der Gesetzgebung den privaten Rechten überhaupt und damit insbesondere auch den ehehaften Wasserrechten materiell-rechtlich gleichgestellt. Die letzteren sind durch die Verbreiterung des Schutzbereiches keineswegs geschwächt, sondern eher gestärkt worden. (...)»

Entstehungsgeschichtlich war keine Unterscheidung in der Wohlerworbenheit zwischen den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten und den öffentlich-rechtlichen Konzessionen beabsichtigt.

5.2 Vertrauensschutz

Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben weist Bezüge zu anderen verfassungsmässigen Rechten und Grundsätzen auf, so auch zur Eigentumsgarantie und insbesondere zum Schutz der wohlerworbenen Rechte (ROHNER, St. Galler Komm. zu Art. 9 BV, Rz. 37).

Zum Schutz der wohlerworbenen Rechte durch die Eigentumsgarantie und durch den Vertrauensschutz hat das Bundesgericht in BGE 106 Ia 163, 168 E. 1b ausgeführt (Hervorhebung durch den Gutachter):

«Die wohlerworbenen Rechte stehen daher bezüglich ihres Sinngehalts in einem engen Verhältnis zur Verfassungsgarantie von Treu und Glauben, die dazu bestimmt ist, den Schutz berechtigten Vertrauens des Bürgers in das Verhalten der staatlichen Behörden zu gewährleisten. Das gibt Anlass, diese Garantie, die grundrechtlichen Charakter besitzt und unmittelbar aus Art. 4 BV

[1874] folgt (...), neben der Eigentumsgarantie für die Umschreibung und zum Schutze der wohlerworbenen Rechte beizuziehen. Werden wohlerworbene Rechte zusätzlich unter den Schutz von Treu und Glauben gestellt, so ist klar, dass dieser Verfassungsgrundsatz insoweit auch gegen Gesetzesänderungen Schutz gewährt. (...)»

Die Bestandesgarantie reicht auch bei den wohlerworbenen Rechten nicht über die Eigentumsgarantie hinaus, weshalb Eingriffe in solche Rechte zulässig sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festhält, gewährleistet die Eigentumsgarantie das Eigentum nicht unbeschränkt, sondern nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind (BGE 105 Ia 330 S. 336 E. 3c). Namentlich die Anforderungen des Gewässerschutzes (Art. 76 BV), des Umweltschutzes (Art. 74 BV) und der Raumplanung (Art. 75 BV) stellen gewichtige öffentliche Interessen dar, die der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt sind und daher in der Regel als entschädigungslos zulässige Inhaltsbestimmungen des Eigentums angesehen werden (vgl. auch BGE 145 II 140, 145, E. 4.1).

Die Bezugnahme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf Treu und Glauben bezweckt nicht, den Schutz wohlerworbener Rechte durch die Eigentumsgarantie zu ersetzen, sondern zu erweitern (so auch DUBACH, S. 56; vgl. auch die Wortwahl im zitierten BGE: «... zusätzlich unter den Schutz von Treu und Glauben gestellt...»), wo er aufgrund der Eigentumsgarantie ungenügend wäre, weil die Schwelle zur materiellen Enteignung nicht erreicht ist. Das ist der Fall bei den entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkungen, die keine Enteignung darstellen und folglich auch nicht einer Entschädigungspflicht unterliegen.

5.3 Die Wahrung der «Substanz» des Rechts

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine Entschädigungspflicht bei Eingriffen in die «Substanz» wohlerworbener Rechte besteht und zwar auch unterhalb der

Schwelle der materiellen Enteignung (BGE 145 II 140, 146, E. 4.2.). Es handelt sich in einem solchen Fall nicht um einen entschädigungslos hinzunehmenden Eingriff (BGE 112 Ia 275, 277 f., E. 4a, 5a; BGE 145 II 140, 145 f., E. 4.2.).

Ein Eingriff in die Substanz mit Entschädigungsfolge liegt generell dann vor, wenn später weitgehende Einschränkungen des Umfangs der Nutzungsbefugnis oder erhebliche Einschränkungen zeitlicher oder finanzieller Art angeordnet werden (KLETT, S. 29). Das ist etwa der Fall bei den weitergehenden Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG, wofür diese Bestimmung zur Feststellung der Entschädigungspflicht und zur Festsetzung der Entschädigung auf das Enteignungsgesetz des Bundes verweist. Dagegen ist es nicht von vorneherein ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohl erworbenen Rechts zur Folge haben (BGE 107 Ib 140, 145, E. 3b; CAVIEZEL, S. 73 ff.).

Ob ein Eingriff in die «Substanz» vorliegt, ist anhand betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte wie Wirtschaftlichkeit und Rentabilität eines Unternehmens zu beurteilen, wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23. November 2011 zur Motion Wehrli «Achtung der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie im Wasserrecht» (11.3943) schreibt:

«Zur Substanz gehört, was die Wirtschaftlichkeit und Rentabilität des konzessionierten Unternehmens ausmacht. Das Unternehmen muss auch nach dem Eingriff über eine ausreichende Rentabilität verfügen, damit die während der Konzessionsdauer getätigten Investitionen abgeschrieben, die laufenden Kosten gedeckt und die investierten Eigenmittel angemessen verzinst werden können. Öffentliche Interessen, welche einen Eingriff rechtfertigen können, sind namentlich polizeiliche, raumplanerische, umweltschützerische, soziale und sozialpolitische, nicht aber fiskalische Interessen. Ein Beispiel für einen bundesrechtlich vorgesehenen Eingriff in ein bestehendes Wassernutzungsrecht, der bei Wahrung der Substanz des Nutzungsrechts entschädigungslos zu dulden ist, ist die Pflicht zur Restwassersanierung nach Artikel 80 des Ge-

wässerschutzgesetzes (GSchG; SR 814.20). Die Bestimmung sieht darüber hinaus bei überwiegenden öffentlichen Interessen sogar weitergehende, in die Substanz eingreifende und damit entschädigungspflichtige Sanierungsmassnahmen vor.»

Das Bundesgericht hat sich in BGE 139 II 28, 34 f. E. 2.7.2. wie folgt zur Substanz geäußert (Hervorhebung durch den Gutachter):

«Ob ein staatlicher Eingriff die Substanz respektiert, beurteilt sich nach der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Eingriffs für den Träger des Rechts (...). Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist darauf gerichtet, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. Wer die aus dem wohlerworbenen Recht fliessenden Befugnisse umsetzt und zu diesem Zweck Investitionen tätigt, soll bezüglich der wirtschaftlichen Folgen, in deren Erwartung er seinen Investitionsentscheid fällte, vor staatlichen Beeinträchtigungen geschützt sein. Es muss möglich sein, während der angenommenen Existenzdauer des geschaffenen Werks die Investitionen zu amortisieren, fremdes und eigenes Kapital angemessen zu verzinsen, die laufenden Kosten zu decken und eine ausreichende Liquidität aufrechtzuerhalten. Um diese Ziele zu erreichen, muss das Werk den nötigen Ertrag abwerfen. Wirtschaftlich tragbar sind staatliche Eingriffe daher, wenn sie in ihren Auswirkungen diese Mindestrentabilität des Werks intakt lassen. Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist folglich auf die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit eines Werks und auf den Investitionsschutz ausgerichtet und basiert damit auf den gleichen Prinzipien, welche die Eigentumsgarantie und den Vertrauensschutz bestimmen (...).»

5.4 Schutz der Investitionen

Die Ausnutzung der Wasserkraft ist mit erheblichen Investitionen verbunden. Wer Investitionen zur Energiegewinnung tätigt, muss sicher sein, das Recht während seiner Dauer auch ausüben zu können (JAGMETTI, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, Rz. 41).

Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Sie kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (Art. 43 WRG). Demgegenüber verschafft das ehehafte private Wassernutzungsrecht dem Berechtigten aufgrund der während langer Zeit unangefochtenen Ausübung und des Vorbehalts im Bundesrecht zugunsten der privaten Rechte ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers.

Die Gründe für ihre Wohlerworbenheit sind bei der Konzession und beim ehehaften privaten Wassernutzungsrecht nicht dieselben. Das rechtfertigt jedoch nicht unterschiedliche Rechtsfolgen, wonach die Konzessionen während einer beschränkten Zeit, die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte jedoch ewig als wohlerworben zu betrachten sind. Der Schutz der Investitionen zur Ausübung der Wassernutzung und damit der «Substanz» wohlerworbener Rechte hängt nicht davon ab, ob die Wassernutzung auf der Grundlage einer Konzession oder eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts erfolgt. In beiden Fällen besteht während der Dauer der Amortisation getätigter Investitionen dasselbe Schutzbedürfnis gegenüber nachträglichen Rechtsänderungen (gl. A. BÜTLER/RIVA, S. 43 f., wonach bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten derselbe Investitionsschutz gewährleistet sein sollte wie bei den Konzessionen). Sind die Investitionen hingegen amortisiert, so genügt der Schutz des Rechts durch die Eigentumsgarantie. Für die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte bedeutet das, dass sie als wohlerworbene Rechte über einen erhöhten Schutz verfügen, sofern zu ihrer Ausübung Investitionen getätigt wurden, die noch nicht amortisiert sind. Der Berechtigte kann sich insoweit auf Art. 9 BV berufen.

5.5 Vertrauensschutz durch behördliche Bewilligungen und Auflagen

Im Zusammenhang mit der Wassernutzung werden regelmässig Bewilligungen erteilt und Auflagen verfügt, etwa für bauliche Erweiterungen und Instandstellungen der Anlagen, für gewässerschutz- und fischereirechtliche Sanierungen oder für die Un-

terschutzstellung von Bauwerken, die von hohem kulturellem oder heimatkundlichem Wert sind.

Der Widerruf solcher Verfügungen – etwa, weil nachträglich weitergehende Sanierungsmassnahmen angeordnet werden sollen – ist zulässig, wenn das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz überwiegt. Für Unwiderruflichkeit spricht dabei insbesondere, wenn die Verfügung aufgrund eines umfassenden Prüfverfahrens erteilt wurde (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, S. 604, Rz. 2682), was etwa dann anzunehmen ist, wenn ein solcher Entscheid in einem koordinierten Verfahren erging, bei dem unterschiedliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden und verschiedene Voraussetzungen für eine Gesamtbewilligung erfüllt sein müssen.

I.d.R. sind Polizeibewilligungen (wie bspw. Baubewilligungen) nicht mehr widerrufbar, wenn der Berechtigte bereits von ihnen Gebrauch gemacht und nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, S. 604, Rz. 2682). Das ist etwa der Fall, wenn mit der baulichen Ausführung von angeordneten Sanierungsmassnahmen bereits begonnen wurde. In diesen Fällen geht der Vertrauensschutz vor. Ein Widerruf ist nur gegen Entschädigung zulässig.

6 Kurze Darlegung der öffentlich-rechtlichen Wassernutzungskonzession nach WRG

6.1 Grundlagen

Nach Art. 76 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 BV verfügen die Kantone unter Vorbehalt der Zuständigkeiten des Bundes im internationalen und interkantonalen Verhältnis über die Wasservorkommen. Kraft ihrer Sachherrschaft über die öffentlichen Gewässer üben i.d.R. die Kantone das Verfügungsrecht im Rahmen der Vorgaben des Wasserrechtsgesetzes des Bundes aus. Sofern der Kanton aufgrund seiner Sachherrschaft

die Nutzung der Wasserkraft nicht selber wahrnimmt und sie auch nicht auf ein anderes Gemeinwesen überträgt, erfolgt die Nutzung der Wasserkraft von Bundesrecht wegen durch eine staatliche Verleihung des Nutzungsrechts an Private, d.h. durch Konzession (Art. 3 WRG), und nicht durch ein staatliches Monopol (FLEINER, S. 570).

Die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers stellt aufgrund ihrer Intensität und der damit verbundenen raumwirksamen Veränderungen eine Sondernutzung dar, weshalb es sich um eine Sondernutzungskonzession handelt (FLEINER, S. 571; JAGMETTI, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, Rz. 40). Rechtsgrundlagen der Konzession sind das Wasserrechtsgesetz des Bundes, weitere Bundesgesetze³ und kantonale Erlasse,⁴ d.h. Erlasse des öffentlichen Rechts von Bund und Kanton. Die gestützt darauf verliehenen Konzessionen sind daher öffentlich-rechtlicher Natur. Sie verleihen das Recht zur Wassernutzung an einem öffentlichen Gewässer durch Erstellung und Betrieb der dazu erforderlichen Anlagen.

Für die Nutzbarmachung von Privatgewässern ist von Bundesrecht wegen keine Konzession, sondern lediglich eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde vorgeschrieben (Art. 17 Abs. 1 WRG). Im Unterschied zur Konzession wird mit der Bewilligung nicht ein Recht verliehen, sondern dessen Ausübung im Rahmen der Gesetze zugelassen. Da es sich um eine Polizeibewilligung handelt, besteht Anspruch auf deren Erteilung, wenn die Voraussetzungen vorliegen.

6.2 Das Konzessionsrechtsverhältnis

Die Konzession wird einer bestimmten, natürlichen oder juristischen Person oder einer Personengemeinschaft erteilt (Art. 55 WRG). Ohne Zustimmung der Verleihungsbehörde kann sie nicht anderen übertragen werden (Art. 42 Abs. 1 WRG).

³ Insb. Gewässerschutzgesetz, Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451), Raumplanungsgesetz (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700), Bundesgesetz über die Fischerei, Stauanlagengesetz (StAG) vom 1. Oktober 2010 (SR 721.101), Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) vom 19. Oktober 1988 (SR 814.011).

⁴ Insb. kantonales Verwaltungsverfahrensgesetz, kantonales Baugesetz, kantonale Wasserrechts- resp. Wassernutzungsgesetze.

Das Bundesgericht hat bereits früh festgestellt, dass die Konzession ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Beliehenen begründet und insoweit mit einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar sei (BGE 57 I 329, 334 f.). Gewisse Inhalte der Konzession können Konzedent und Konzessionär unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts vereinbaren (BGE 109 II 76, 77 E. 2).

In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen (Urteil des Bundesgerichtes vom 24. März 2014 2C_828/2013, E. 2.1.; BGE 109 II 76, 77 f., E. 2 sowie 79 E. 3, letzter Satz).

Früher wurde das allerdings noch anders gesehen. Vgl. BGE 48 I 580, 604:

«Der Begriff der Privatrechte ist dabei in einem den zur Zeit der Entstehung der Garantie herrschenden und auch heute noch nachwirkenden Auffassungen entsprechenden weiteren Sinne zu fassen, wonach darunter auch gewisse durch einseitigen behördlichen Akt begründete subjektive Vermögensansprüche, speziell die Einräumung von nutzbaren Rechten des Staates zur Ausbeutung fallen können, wenn die Einräumung nach dem Wesen des Aktes als festes Recht und nicht nur im Sinne einer widerruflichen Erlaubnis erfolgt ist, mag auch dieses Recht heute überwiegend als subjektives öffentliches und nicht als wirkliches Privatrecht angesehen werden.»

Das Bundesgericht hat im Urteil vom 30. August 2012, 2C_258/2011, (Etzelwerkkonzession) wie folgt befunden (E. 4.1.):

«Konzessionen, insbesondere solche über die Verleihung von Wassernutzungen, weisen nach Rechtsprechung und Doktrin sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente auf (...). In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, wie das Heimfallrecht, ist sie wie ein öffentlich-rechtlicher

Vertrag auszulegen. Dazu ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; empirische oder subjektive Vertragsauslegung); lässt sich ein solcher nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung; ...). Der wahre Sinn des Vertrags ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen. Hingegen ist nicht von einem klaren Vertragswortlaut abzuweichen, wenn sich keine ernsthaften Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht (...). Im Zweifel und zur Füllung von Lücken in einem Vertrag sind die dispositiven Bestimmungen der einschlägigen Gesetze heranzuziehen, soweit sich nicht genügend klar aus dem Vertrag ergibt, dass davon abgewichen werden sollte (...). Bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ist zudem in Zweifelsfällen zu vermuten, dass die Verwaltung nicht bereit ist, etwas anzuordnen oder zu vereinbaren, was mit den von ihr zu wahren öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung im Widerspruch steht (...). Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben. Die Wahrung des öffentlichen Interesses findet ihre Schranke vielmehr gerade im Vertrauensprinzip, d.h. sie darf nicht dazu führen, dass dem Vertragspartner des Gemeinwesens bei der Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte (...).»

In der Zustimmung des Konzessionärs wird eine notwendige Voraussetzung für den Erlass der betreffenden Verfügung gesehen (MEIER-HAYOZ, Komm. zu Art. 664 ZGB, Rz. 191). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Konzession ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt (BGE 109 II 76, 77, E. 2). Die Konzession wird demnach in der Form einer Verfügung erteilt und kann mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden (JAGMETTI, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, Rz. 40).

Die Konzession verschafft dem Konzessionär von Bundesrecht wegen «nach Massgabe des Verleihungsaktes» ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers (Art. 43 Abs. 1 WRG) und zwar längstens für die bundesrechtlich als Höchstfrist vorgesehenen 80 Jahre. Die Anwendung von seit der Konzessionserteilung in Kraft getretenem Recht auf laufende Konzessionen ist nach dem Grundsatz, wonach Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), nur eingeschränkt möglich, wenn es sich um geringfügige Anpassungen handelt, die die Substanz des Konzessionsrechtsverhältnisses nicht betreffen. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Zur Substanz eines Konzessionsverhältnisses gehören jedenfalls alle Bereiche, die Auswirkungen auf Rentabilitätsüberlegungen haben und damit wirtschaftlicher Natur sind, weil sie für den Konzessionär seinerzeit bestimmend waren, das Konzessionsverhältnis überhaupt einzugehen. Dazu gehört insbesondere die Dauer der Konzession (BGE 127 II 69, 76, E. 5a).

Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann von Bundesrecht wegen nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (Art. 43 Abs. 2 WRG).

6.3 Die Konzessionsdauer

Bau und Betrieb eines Wasserkraftwerkes verursachen dem Konzessionär hohe Kosten, deren Amortisation über eine entsprechend lange Zeitdauer möglich sein soll. Das Bundesrecht schreibt vor, dass die Konzession für höchstens 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebes an erteilt werden kann (Art. 58 WRG). Das kantonale Recht kennt manchmal weniger langdauernde Konzessionierungen, so etwa in Graubünden, wo die erstmalige Konzession i.d.R. für eine Dauer von 60 Jahren ab Inbetriebnahme des Werkes erteilt wird (Art. 24 Abs. 1 WRG-GR). Bei der Erneuerung einer Konzession werden in gewissen Kantonen nicht die vollen 80 Jahre, sondern eine verkürzte Konzessionsdauer gewährt (bspw. im Kanton Bern i.d.R. die Hälfte der Dauer einer Neukonzessionierung; im Kanton Graubünden 40 Jahre, wenn im Rahmen einer Konzessionserneuerung wesentliche Teile einer bestehenden Anlage weiterverwendet werden).

Die Wendung im Bundesrecht von «höchstens» 80 Jahren ist nicht so zu verstehen, dass die maximale Dauer gewissermassen als Regel zu gewähren ist. Die Konzessionsdauer ist durch die zuständige Verleihungsbehörde (Art. 48 Abs. 1 WRG) auf eine angemessene Dauer zu vereinbaren und festzusetzen, was bedeutet, dass die Dauer abhängig ist von der Amortisation notwendiger und getätigter Investitionen in die Anlage. Überdies ist die voraussichtliche Lebensdauer der vorhandenen Bausubstanz zu berücksichtigen. Wird die Anlage erneuert, so ist die Konzession auf eine längere Dauer zu gewähren, andernfalls maximal auf die kürzere Lebensdauer der Bausubstanz.

6.4 Eintragung im Grundbuch

Da die durch Konzession verliehenen Rechte kraft öffentlichem Recht entstehen, bedürfen sie zu ihrer Existenz keinen Grundbucheintrag. Sie werden daher im Grundbuch angemerkt (Art. 22 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 GBV). Eine Anmerkung hat nur informative Bedeutung. Bei einem Wasserrecht wird auf dem Hauptbuchblatt zudem ein Hinweis auf die betroffene Gewässerstrecke und gegebenenfalls auf die Wasserrechtsverzeichnisse angebracht (Art. 22 Abs. 3 GBV). Die Übertragung einer Konzession erfolgt jedoch ausserhalb des Grundbuches und bedarf der Zustimmung der Verleihungsbehörde (Art. 42 WRG), weshalb die Übertragung als neue Verleihung zu betrachten ist (BGE 53 I 83, 87 f.).

6.5 Kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung

Auf die Erteilung resp. die Erneuerung einer Konzession besteht kein Rechtsanspruch (JAGMETTI, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, Rz. 40). Bei mehreren Mitbewerbern ist von Bundesrecht wegen demjenigen der Vorzug zu geben, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse dient und, wenn sie darin einander gleichstehen, demjenigen, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers am besten gesorgt ist (Art. 41 WRG).

Das Bundesgericht hat jedoch mit Urteil vom 31. März 2016 festgehalten, dass der Bund für die Regelung der Wassernutzung lediglich über eine Grundsatzkompetenz verfüge. Eine solche bedinge und erlaube prinzipiell eine ausführende kantonale Gesetzgebung. Art. 41 WRG über die Mitbewerbung mehrerer sei stark konkretisierungsbedürftig und gebe der zuständigen Behörde einen grossen Ermessensspielraum. Es könne dem Kanton nicht verwehrt sein, anstatt im Einzelfall sein Ermessen auszuüben, darüber konkretisierende allgemeine Regeln zu erlassen, solange diese nicht im Widerspruch zum Bundesrecht stehen (BGE 142 I 99, 115 f., E. 4.1). Ob und an wen die Wassernutzung konzidiert werden soll, richte sich in den Schranken des Bundesrechts nach kantonalem Recht. Die Gewässerhoheit obliege nach dem Gesagten den Kantonen. Es könne daher dem kantonalen Recht nicht benommen sein, darüber auch Regeln aufzustellen, die das WRG selber nicht enthält (BGE 142 I 99, 117, E. 4.3.2).

Es ist daher nicht ausgeschlossen, bei einer Konzessionserteilung auch den Gesichtspunkt der örtlichen Gewerbeausübung an einem kantonalen Gewässer mitzubedenken. Das ändert aber nichts daran, dass kein Rechtsanspruch auf eine Konzessionserteilung besteht.

6.6 Zuständigkeit und Verfahren

Das Bundesrecht schreibt den Kantonen die Zuständigkeit zur Erteilung von Wasserrechtskonzessionen nicht vor, weshalb jeweils die im betreffenden Kanton geltende Zuständigkeitsordnung zu konsultieren ist. Die Zuständigkeiten sind von Kanton zu Kanton unterschiedlich ausgestaltet und neben einem Verwaltungsverfahren mit Beschluss der Kantonsregierung können auch ein Konzessionsbeschluss durch das Kantonsparlament oder ein fakultatives Referendum vorgesehen sein.

Beispiele:

- Im Kanton Bern hängt die Zuständigkeit von der maximal möglichen Leistung ab und steht je nachdem der kantonalen Direktion, dem Regierungs-

rat oder dem Grossen Rat zu (Art. 14 Abs. 1 WNG-BE), dessen Konzessionsbeschlüsse der fakultativen Volksabstimmung unterliegen (Art. 62 Abs. 1 Bst. d KV-BE).

- Im Kanton Zug ist der Regierungsrat Konzessionsbehörde (§ 39 Abs. 1 GewG-ZG).
- Im Kanton Graubünden obliegt die Konzessionserteilung der Gemeindeversammlung oder der Urnenabstimmung und bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch den Regierungsrat (Art. 10 Abs. 1 und 11 Abs. 1 WRG-GR).

Das Verleihungsverfahren bei kantonalen Gewässern wird in Art. 60 WRG geregelt und obliegt unter Vorbehalt bundesrechtlicher Bestimmungen den Kantonen. Gesuche um Verleihung müssen nur dann veröffentlicht werden, wenn es sich nicht um örtlich begrenzte Vorhaben mit wenigen eindeutig bestimmten Betroffenen und insgesamt nur geringen Auswirkungen handelt (Art. 60 Abs. 3^{ter} WRG). Eine Ausschreibung der Konzession ist nicht erforderlich, doch hat die Verleihung von Bundesrecht wegen in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen (Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG).

Von Bundesrecht wegen ist die Konzessionserteilung zwingend mit der Bewilligung über die Wasserentnahmen nach Art. 29 GSchG zu koordinieren, weil die Bestimmung der nutzbaren Wassermenge zu den wesentlichen Bestandteilen der Wasserrechtsverleihung gehört. Zwischen der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung und der Konzessionserteilung besteht ein derart enger Sachzusammenhang, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander erteilt werden können, sondern inhaltlich abgestimmt werden müssen (BGE 125 II 18, 22 f., E. 4b aa). Bei Ausleitkraftwerken mit einer Restwasserstrecke bilden die fischereirechtlichen Bewilligungen Bestandteil der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung (Art. 8 Abs. 4 BGF).

Nach Art. 33 GSchG hat eine umfassende Interessensabwägung zu erfolgen. Die zuständige Behörde hört vor ihrem Entscheid die interessierten Fachstellen an (Art. 35 Abs. 3 GSchG), womit eine gesetzliche Pflicht zu deren vorgängigen Konsul-

tation besteht. Im Konzessionsantrag an die entscheidende Behörde ist der wesentliche Inhalt der Stellungnahmen der Fachbehörden wiederzugeben.

Die Gewährleistung der Koordination von Konzessionsverfahren mit Bewilligungsverfahren obliegt dem kantonalen Recht, das auch die Leitbehörde bezeichnet. Wenn das Bundesgericht ausführt, Bau- und Ausnahmegewilligungen dürften erst erteilt werden, wenn eine Konzession erteilt worden sei (BGE 145 II 140, 152, E. 6.5), so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass aus koordinationsrechtlichen Gründen spezialgesetzliche Bewilligungen vor oder gleichzeitig mit dem erstinstanzlichen Konzessionsentscheid einzuholen sind.

6.7 Tabellarische Übersicht der wesentlichen Unterschiede zwischen den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten und den öffentlich-rechtlichen Konzessionen nach WRG

	Ehehaftes privates Wassernutzungsrecht	Öffentlich-rechtliche Konzession nach WRG
Entstehung	Unter früherer Rechtsordnung legal begründet (Erwerbstitel oder Unvordenklichkeit).	Verleihung durch Gemeinwesen.
Rechtscharakter	Privates Eigentumsrecht (Dienstbarkeit).	Subjektive öffentlich-rechtliche Berechtigung.
Rechtsgrundlage	Privatrecht.	Öffentliches Recht.
Form	Vertrag, Ersitzung, seit unvordenklicher Zeit anerkannt.	Mitwirkungsbedürftige Verfügung.
Geltungsdauer	Als dingliches Recht unbefristet.	Max. 80 Jahre. Kein Rechtsanspruch auf Erteilung oder Erneuerung.

Kantonale Gewässerhoheit	Es liegt keine Entäusserung der Gewässerhoheit vor, da das Gewässer vom Zeitpunkt seiner Umwidmung an mit dem privaten Nutzungsrecht belastet ist.	Einräumung einer Sondernutzung durch Konzession für eine bestimmte Zeit.
Grundbucheintrag	Ja.	Anmerkung.
Steuerpflicht	Ja.	Ja.
Wasserzins	Nein, da kein Entgelt für die Verleihung eines Rechts.	Ja, da Entgelt für die Verleihung des Rechts. Ausnahme für Kleinwasserkraftwerke.
Vertrauensschutz (Wohlerworbenheit)	Ja, aufgrund langer Respektierung durch den Staat.	Ja, soweit Vertragselemente der Konzession.
Schutz	Eigentumsgarantie, Vertrauensprinzip.	Eigentumsgarantie, Vertrauensprinzip.
Beendigung	Unverjährbar. Beendigung nach den Bestimmungen des ZGB über Dienstbarkeiten. Entzug durch Enteignung.	Durch Zeitablauf. Entzug durch Enteignung.
Anwendbarkeit neuen Rechts	Nach der Amortisation der Investitionen. Vorher: Nur unter Wahrung der Substanz. Ansonsten Enteignung.	Bei Konzessionsablauf und -erneuerung, d.h. nach der Amortisation der Investitionen. Vorher: Nur unter Wahrung der Substanz. Ansonsten Enteignung.

7 Stellungnahme zu BGE 145 II 140

7.1 Prämisse

Die Urteilsbegründung zu BGE 145 II 140 ist nicht durchwegs kohärent. Das lässt den Schluss zu, dass das Urteil des Bundesgerichtes Raum für Interpretationen und Auslegungen lässt. Die einzelnen Aussagen in der Urteilsbegründung sollen daher nicht isoliert betrachtet, sondern nach Möglichkeit in den Kontext des geschriebenen Rechts, anerkannter allgemeiner Rechtsgrundsätze und der bisherigen Rechtsprechung gesetzt werden. Erst dadurch erschliesst sich die wahre Bedeutung des Urteils und können Aussagen zur Umsetzung gemacht werden.

Unter dieser Prämisse werden im Folgenden einzelne Passagen wiedergegeben und interpretiert.

7.2 Zur Frage einer nachträglichen Befristung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

7.2.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«Altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, sind (...) nachträglich zu befristen (...) Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte: (...).» (E. 6.4 und 6.5)

7.2.2 Interpretation

7.2.2.1 Keine Aufhebung der bestehenden ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

Mit dem Urteil des Bundesgerichtes ist keines der bestehenden ehehaften privaten Wassernutzungsrechte aufgehoben worden. Prozessual wäre eine Aufhebung aller bestehenden ehehaften privaten Wassernutzungsrechte auf dem Weg eines Ge-

richtsurteils nicht möglich. Selbst höchstrichterliche Urteile stellen kein Gesetzesrecht dar und erzeugen keine damit vergleichbare generell-abstrakte Rechtsbindung (BVerfGE 38, 386 [396]). Die Urteile des Bundesgerichtes haben – mit Ausnahme des hier nicht interessierenden Falles einer Aufhebung kantonaler Erlasse im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle – direkte Wirkung nur *inter partes* (TSCHÜMPERLIN, S. 69).

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die Sache im Sinne der Erwägungen an den Regierungsrat des Kantons Zug zurückgewiesen (E. 9), aber das ehehafte private Wassernutzungsrecht, um das es im Fall ging, nicht aufgehoben. Dieses Recht besteht daher fort und wird offenbar auch ausgeübt.

7.2.2.2 Sinngemässe Übertragung der Rechtswirkungen der altrechtlichen Konzessionen auf die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

Das Bundesgericht begründet eine nachträgliche Befristung ehehafter privater Wassernutzungsrechte unter direkter Bezugnahme auf sein Urteil vom 30. Oktober 2000 (BGE 127 II 69), in welchem es die nachträgliche Befristung einer altrechtlichen Konzession zugelassen hat. Zwar anerkennt das Bundesgericht, dass es sich bei einem ehehaften privaten Wassernutzungsrecht um ein Recht in der Form eines beschränkten dinglichen Rechts (Personalservitut) an einem (heute öffentlichen) Gewässer handelt. Da es sich bei diesen Rechten «inhaltlich (...) um ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer» handle, beurteilt das Bundesgericht die Interessenlage dennoch gleich, wie bei den altrechtlichen Konzessionen (E. 6.3).

Die altrechtlichen Konzessionen beruhen auf einer unter der Herrschaft der kantonalen Wasserrechtsgesetze und vor dem Inkrafttreten des WRG erfolgten staatlichen Verleihung und nicht wie die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte auf einem Erwerbstitel oder der Unvordenklichkeit. Es handelt sich bei ihnen aus heutiger Sicht nicht um private Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern. Sie sind keine sachenrechtlichen Dienstbarkeiten und können nicht als solche in das Grundbuch aufgenommen werden. Anders als obligatorische Verträge können die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als dingliche Rechte auf unbestimmte Zeit begründet werden,

weshalb keine zeitlichen Schranken bestehen. Eine Verjährung dinglicher Rechtspositionen oder eine Verwirkung im Sinne obligatorischer Ansprüche kennt das Schweizerische Sachenrecht nicht (LIVER, Wasserrechte, S. 491; LIVER, FS Gieseke, S. 248). Da die altrechtlichen Konzessionen keine dinglichen Rechte sind, kann bei ihnen jedoch nicht von einer Unverjährbarkeit ausgegangen werden. Sie stellen keine ehehaften Rechte dar, auch wenn sie mit dem gleichem Inhalt heute nicht mehr entstehen können (DUBACH, S. 61).

Die altrechtlichen Konzessionen unterscheiden sich somit rechtlich grundlegend von den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten. Sie sind mit den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten nicht wesensgleich, d.h. auf demselben zugrunde liegenden Rechtsgedanken beruhend (BGE 65 I 8, 11), weshalb das für sie Geltende auch nicht «entsprechend» auf die privaten Wassernutzungsrechte angewendet werden kann. Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte können daher nicht wie die altrechtlichen Konzessionen nachträglich befristet werden. Eine nachträgliche Befristung ehehafter privater Wassernutzungsrechte bedeutet einen Eingriff in das Eigentum, der nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig ist.

LIVER hat prägnant festgehalten (Wasserrechte, S. 473):

«Wer ohne eine staatliche Verleihung zur Wassernutzung berechtigt ist, braucht sich vom Staat nicht so behandeln zu lassen wie ein Konzessionär, der für die Einräumung seines Rechtes eine Gegenleistung zu entrichten hat. Sein Recht gewährt ihm gegenüber einem verliehenen subjektiven öffentlichen Recht zwei Vorteile, den der Unentgeltlichkeit der Ausübung und den der unbeschränkten Dauer.»

7.3 Die «Ablösung» der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

7.3.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«(...) 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....» (E. 6.5)

7.3.2 Interpretation

7.3.2.1 Zivilrechtliche Beendigungsgründe

Das Zivilgesetzbuch sieht gewisse Möglichkeiten vor, die zum Untergang dinglicher Rechte führen oder führen können. Dazu gehört zunächst die Ablösung einer Dienstbarkeit durch das Gericht. Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete die Löschung des Rechts verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Der Wegfall des Interesses muss jedoch endgültig sein, was bezüglich der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte in Zeiten, in denen erneuerbaren Energien wiederum mehr Bedeutung zukommt, nicht gesagt werden kann (vgl. auch die parlamentarische Initiative Girod, 19.443).

Massgeblich ist das Interesse des Eigentümers des ehehaften privaten Wassernutzungsrechts resp. des berechtigten Grundstückes. Das Bundesgericht hat dazu in BGE 107 II 331, 334 f, E. 3 festgestellt:

«(...) Unter dem Interesse für das berechtigte Grundstück bzw. dem Interesse des Berechtigten versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstückes an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang (...).»

Ohnehin könnte der Ablösungsanspruch nur vom Eigentümer des belasteten Grundstückes geltend gemacht werden, was i.d.R. der Kanton ist, weil die Dienstbarkeit auf

dessen Wassergrundstück liegt. Dritte, wie namentlich Umweltverbände, sind nicht legitimiert (BGE 95 II 14, 18, E. 2). Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, der im Privatrechtsbereich und in verwaltungsrechtlichen Verhältnissen gilt (SCHINDLER, St. Galler Komm. zu Art. 5 BV, Rz. 53), wäre es schwierig zu begründen, weshalb der Staat, nachdem er über eine lange Zeit die Ausübung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte geduldet hat und teilweise die Eintragung solcher Rechte im Grundbuch zulasten kantonaler Grundstücke akzeptiert resp. angeordnet hat (wie bspw. in gewissen Fällen im Kanton Zug), nun an der grundbuchrechtlichen Ablösung Interesse haben sollte.

Das Bundesgericht hat ferner festgestellt, dass Art. 736 ZGB eigenständige Bedeutung hat und nicht nur einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots bzw. der *clausula rebus sic stantibus* darstellt (BGE 107 II 331, 339, E. 4).

Das Bundesgericht hat eine Befristung des ehehaften Wassernutzungsrechtes unter Bezugnahme auf Art. 2 SchIT ZGB erwogen, wonach es zivilrechtlich ausgeschlossen sei, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen oder aufrechtzuerhalten (BGE 127 II 69, 77, E. 5a). Bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten handelt es sich jedoch nicht um obligatorische Verträge, sondern es geht um eine rein sachenrechtliche Beziehung, weshalb eine Bezugnahme auf Art. 2 SchIT ZGB für die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte von vorneherein nicht passt.

Bei den Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz der Identität, wonach eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden darf als zu jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nicht auf einen zusätzlichen, mit dem ursprünglichen nicht identischen Zweck ausgeweitet werden darf. Inhalt und Umfang einer Personalservitut bestimmen sich wie bei der Grunddienstbarkeit in erster Linie nach dem Eintrag im Grundbuch (Art. 738 Abs. 1 i.V.m. Art. 781 ZGB). Soweit sich daraus Rechte und Pflichten deutlich ergeben, ist er für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend. Ist der Eintrag nicht klar oder fehlt er (vgl. Art. 676 Abs. 3 ZGB), ist auf den Erwerbgrund, d.h. den Dienstbarkeitsvertrag als Begründungsakt zurückzugreifen. Ist auch der Er-

werbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGE 132 III 651, 655 f., E. 8).

Sachenrechtlich kann nicht generell gesagt werden, dass sich der Zweck eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechtes irgendeinmal erschöpfe, weshalb es mangels Identität abgelöst werden könne. Der technische Fortschritt allein führt noch nicht zu einer Zweckänderung. LIVER (Wasserrechte, S. 485) hält dazu fest:

«Wiederholt ist gerichtlich festgestellt worden, dass das ehehafte Recht die gesamte Energie umfasse, welche durch Verbesserung der Kraftanlagen erzeugt werden könne, ohne dass die anrechenbare Wassermenge und das Gefälle vergrössert werden. (...) Das Werk soll entsprechend dem jeweiligen Stande der Technik ausgerüstet werden können, ohne dass die erzielte Steigerung der Energieproduktion vom Staat zum Gegenstand einer Konzession mit den entsprechenden Gegenleistungen und zeitlichen Beschränkungen gemacht werden kann.»

Das Bundesgericht hat in BGE 27 II 672, 693 festgehalten:

«Der Vorteil, welchen der Wasserwerkbesitzer lediglich aus der Vervollkommnung seiner Anlage erwirkt, ohne, wie das hier zutrifft, den öffentlichen Wasserlauf in grösserer Masse in Anspruch zu nehmen, sei es hinsichtlich der benützten Wassermenge, sei es hinsichtlich der Niveau- und sonstiger relevanter hydraulischer Verhältnisse, muss auch ihm zu Gute kommen; dies wenigstens dann, wenn seine Befugnis zur Benutzung des Wassers, wie hier, als ein eigentliches Privatrecht, eine <bestehende Berechtigung> im Sinne des § 7 des kantonalen Wasserrechtsgesetzes, sich darstellt. Denn der Wasserwerksbesitzer dehnt damit in keiner Beziehung die Grenzen seiner bisherigen Rechtsausübung aus, sondern er weiss nur seinem Rechte ökonomisch einen höhern Wert und eine höhere Brauchbarkeit zu verleihen, indem er sich, unter Aufwendung seiner finanziellen Mittel, die durch fortgeschrittene Technik ge-

schaffenen Vorteile zu Nutzen macht. Gründe dafür, diese Wertvermehrung dem Staate zukommen zu lassen, bestehen nicht. (...)»

Aus der Ablösbarkeit einer Wasserlieferungspflicht als Grundlast nach 30 Jahren wird vereinzelt abgeleitet, dass auch dingliche Rechtspositionen ganz generell nicht zwingend auf ewige Zeiten existierten (CAVIEZEL/DRUEY JOST, S. 1634; GIOVANNINI/MEHLI, S. 21 f.). Dieser Auffassung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

Zunächst ist hervorzuheben, dass die Grundlast im Unterschied zur Dienstbarkeit, welche den Belasteten zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet, eine dingliche Leistungspflicht des Belasteten begründet. Da dingliche Leistungspflichten im Gegensatz zu obligatorischen keiner Verjährung unterliegen, hat der Gesetzgeber mit Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine spezielle Ablösungsmöglichkeit für Grundlasten statuiert, so dass auch dingliche Leistungspflichten, wie die obligatorischen, nach einer gewissen Zeit dahinfallen können. Diese Möglichkeit ist frühestens nach 30-jährigem Bestand gegeben. Als weitere Voraussetzungen für die Ablösbarkeit kommen hinzu, dass der Schuldner die Ablösung verlangt, die Grundlast auf Jahresfrist kündigt und den im Grundbuch eingetragenen Ablösungsbetrag bezahlt (Art. 789 ZGB).

Für Dienstbarkeiten gelten völlig andere Untergangsgründe. Diese werden im ZGB ausdrücklich und abschliessend geregelt. Schon deshalb fällt eine sinngemässe Anwendung des Art. 788 ZGB auf Dienstbarkeiten ganz generell dahin. Die im ZGB getroffene Regelung ist angesichts der völlig unterschiedlichen Rechtsnatur der beiden Typen dinglicher Rechte sachgerecht und nachvollziehbar.

Der Auffassung, Art. 788 ZGB über die Ablösung von Grundlasten könne zumindest sinngemäss auf ehehafte Dienstbarkeiten angewendet werden, kann aus einem weiteren Grunde nicht gefolgt werden: Art. 788 ZGB ist neurechtlicher Natur, mit der Folge, dass er auf die nach dem Inkrafttreten des ZGB begründeten Grundlasten Anwendung findet. Die Frage, ob Art. 788 ZGB auch auf altrechtliche, d.h. vor 1912 entstandene, dingliche Leistungspflichten Anwendung finden kann, sei es direkt oder sinngemäss, hat das Bundesgericht im Entscheid 131 I 321, 328, E. 5.4 bejaht. Im

vorliegenden Zusammenhang interessiert lediglich die Frage der sinngemässen Anwendung von Art. 788 ZGB auf ehehafte Dienstbarkeiten. Mit dieser Frage hatte sich das Bundesgericht im erwähnten Entscheid aber nicht befasst.

Zunächst ist zu betonen, dass die in Art. 788 ZGB vorgesehene Ablösungsmöglichkeit nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes sich nur auf Grundlasten bezieht. Zu beachten ist weiter, dass es sich bei einer sinngemässen Anwendung des Art. 788 ZGB auf ehehafte Dienstbarkeiten um eine rückwirkende Rechtsanwendung handeln würde. Schliesslich würde die rückwirkende Anwendung des speziell für Grundlasten konzipierten Art. 788 ZGB auf ehehafte Dienstbarkeiten auch deren sinngemässe Anwendung auf neurechtliche Dienstbarkeiten implizieren, gewissermassen einen zusätzlichen Untergangsgrund für Dienstbarkeiten begründen, was der Gesetzgeber nicht gewollt hat und in der Lehre und Rechtsprechung auch nie in Erwägung gezogen wurde. Auch aus diesen Gründen ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 788 ZGB auf ehehafte Dienstbarkeiten ausgeschlossen.

Nach Art. 641 Abs. 2 ZGB kann der Eigentümer seine Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herausverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren. Diese Gesetzesbestimmung bildet die Grundlage für die Eigentumsklage auf Herausgabe einer Sache (*rei vindicatio*) und die Eigentumsfreiheitsklage auf Abwehr von Eigentumsverletzungen (*actio negatoria*; vgl. WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 40 f.). Die Eigentumsfreiheitsklage richtet sich gegen den Störer und gegen jede Art der Einwirkung, wobei es keine Rolle spielt, ob der Nachteil im Verhältnis zu den Kosten, die der Störer zu seiner Beseitigung aufwenden muss, als geringfügig anzusehen ist (WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 65). Sie ist auch als vorbeugende Unterlassungsklage gegen erst drohende Beeinträchtigungen zulässig (WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 66). Neben den Eigentumsklagen stehen dem Eigentümer weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung, wie namentlich der Besitzerschutz und der Besitzesrechtsschutz. Der vorläufige Rechtsschutz richtet sich nach der Bundeszivilprozessordnung (WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 70, 80).

7.3.2.2 Öffentlich-rechtliche «Ablösung»

Der vom Bundesgericht verwendete Begriff der «Ablösung» bleibt in der Begründung von BGE 145 II 140 unklar. Die Wendung, wonach es für eine Weiterführung der Wassernutzung inskünftig einer Konzession bedürfe, wird von Kantonen und in nach dem Urteil ergangenen Publikationen so interpretiert, dass die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte in öffentlich-rechtliche Konzessionen umzuwandeln wären. Das private Recht würde damit durch ein staatliches Recht abgelöst, auf dessen Verleihung der Eigentümer des privaten Nutzungsrechts keinen Rechtsanspruch hat.

Da die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach Art. 26 Abs. 1 BV unterstehen, sind die Voraussetzungen für die mit einer «Ablösung» verbundenen Grundrechtseingriffe einzuhalten. Weder bei der seinerzeitigen Umwidmung der privaten zu öffentlichen Gewässern noch anlässlich der Einführung des ZGB oder des WRG wurden die bestehenden privaten Wassernutzungsrechte aufgehoben und enteignet. Eine Beseitigung dieser Rechte durch den kantonalen Gesetzgeber ohne vorgängige Enteignung und Leistung der Entschädigung würde die eigentumsrechtliche Institutsgarantie der Bundesverfassung verletzen und wäre überdies auch deswegen bundesrechtswidrig, weil die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte im Bundesrecht vorbehalten sind.

Es ist zudem fraglich, ob in Art. 46 Abs. 1 WRG eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Enteignung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte gesehen werden kann, weil diese Bestimmung auf eine Verbesserung der Wassernutzung ausgerichtet ist («... die zum Bau, zur Umänderung oder Erweiterung eines Werkes nötigen Grundstücke und dinglichen Rechte sowie die entgegenstehenden Nutzungsrechte zwangsweise zu erwerben») aber nicht auf zusätzliche Sanierungen oder sogar eine Stilllegung des Werkes. Es müsste daher die Schaffung entsprechender gesetzlicher Grundlagen in den Kantonen geprüft werden.

7.4 Entschädigung bei einer Ablösung

7.4.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«Altrechtliche Konzessionen (...) können unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist entschädigungslos aufgelöst werden (...). Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte...» (E. 6.4, 6.5)

7.4.2 Interpretation

Eine formelle Enteignung liegt vor, wenn ein privates Recht auf dem Weg eines Enteignungsverfahrens entzogen und auf das Gemeinwesen oder auf einen Dritten übertragen wird. Der Enteignete hat Anspruch auf volle Entschädigung, die Voraussetzung der Rechtmässigkeit der Enteignung ist (VALLENDER/HETTICH, Komm. zu Art. 26 BV, Rz. 53 f., 57). Eigentumsbeschränkungen, die sich nicht auf das Enteignungsgesetz stützen, sich aber wie eine Expropriation auswirken und daher eine Entschädigungspflicht auslösen, werden als materielle Enteignungen bezeichnet. Es findet keine Übertragung von Eigentumsrechten statt. Das Gemeinwesen umschreibt aber die Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse im Interesse der Allgemeinheit derart, dass sich dies für die Berechtigten wie eine Enteignung auswirkt. Die Entschädigung ist nicht Voraussetzung, sondern Folge des Eingriffes (MÜLLER, Komm. zu Art. 22^{ter} BV 1874, Rz. 44). Ist ein Eigentumseingriff unter den Gesichtspunkten der Instituts- und der Bestandesgarantie gerechtfertigt, so ist bei Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, volle Entschädigung zu leisten (Wertgarantie; Art. 26 Abs. 2 BV; vgl. auch WIEGAND, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB, Rz. 100).

Die Ablösung und die Überführung eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts in ein vom Staat verliehenes Nutzungsrecht bedeutet, dass das Eigentumsrecht vom Privaten auf den Staat übergeht, der es anschliessend gegen eine Vergütung einem Privaten zur Nutzung überlassen kann. Im Wechsel der Rechtsträgerschaft liegt eine formelle Enteignung. Eine «entschädigungslose Auflösung» ehehafter privater Was-

sernutzungsrechte würde daher gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie verstossen.

7.5 Schutz der Investitionen

7.5.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«Der Investitionsschutz rechtfertigt die Aufrechterhaltung überkommener Rechte nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (...). Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte. (...).» (E. 6.4, 6.5.)

7.5.2 Interpretation

Mit der Wendung, wonach die Aufrechterhaltung überkommener Rechte «bis zur Amortisation der getätigten Investitionen» gerechtfertigt sei, schützt das Bundesgericht die vom Eigentümer eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts im Vertrauen auf das alte Recht, die bisherige unangefochtene Rechtsausübung sowie behördliche Zusicherungen und Bewilligungen getroffenen Dispositionen. In diesen Fällen sind die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte als wohlervorbene Rechte auch gegenüber Gesetzesänderungen geschützt resp. Gesetzesänderungen, die in wohlervorbene Rechte eingreifen, schaffen einen Enteignungstatbestand mit Entschädigungspflicht.

Die Wendung von der «Aufrechterhaltung überkommener Rechte» bezieht sich daher nicht auf das ehehafte private Wassernutzungsrecht, sondern auf die Wohlervorbeneheit dieses Rechts.

Die vom Bundesgericht bezeichnete Dauer von 80 Jahren geht darauf zurück, dass beim Erlass des eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes das Parlament davon ausging, eine Konzessionsdauer von 80 Jahren sei selbst für ganz grosse Unternehmungen mit kostspieligen Anlagen für eine zweckmässige Amortisation ausreichend

(BGE 127 II 69, 76, E. 5b mit Angabe der Quelle). Das Bundesgericht betrachtet das als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der nicht nur von Gesetzes wegen auf die verliehenen, sondern kraft Auslegung auch auf die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte Anwendung findet. Das ist aus Gründen einer rechtsgleichen Behandlung nachvollziehbar und gerechtfertigt (vgl. auch oben Ziff. 5.4). Gegenüber den Konzessionären dürfen die Eigentümer ehehafter privater Wassernutzungsrechte auch nicht schlechter gestellt sein (vgl. auch BGE 39 I 73, 77: «... die verfassungsmässige Garantie des Anspruchs der Privatrechtssubjekte auf Behandlung nach Massgabe der [...] Rechtsordnung.»). Der Eigentümer des wohl erworbenen Rechts darf deshalb darauf vertrauen, dass er die Investitionen amortisieren, das Kapital verzinsen, die laufenden Kosten decken und eine ausreichende Liquidität aufrechterhalten kann (HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, S. 268, Rz. 1244 m.w.H.).

Die zeitliche Befristung der Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten ist das wesentlich Neue und Grundlegende in BGE 145 II 140, weil nach bisheriger Rechtsauffassung die Wohlerworbenheit dieser Rechte als in zeitlicher Hinsicht unbefristet angesehen wurde.

Nach der Amortisation der Investitionen werden auch bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten die für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts und insbesondere die Restwasservorschriften anwendbar, sofern das von den zuständigen Behörden angeordnet wird. Es liegt kein Eingriff in die «Substanz» des Rechts vor. Die Anwendung des neuen, geltenden Rechts stellt eine entschädigungslos hinzunehmende Inhaltsbestimmung des Eigentums dar. Es ist deshalb zu erwarten, dass die Kantone, die keine Entschädigungszahlungen entrichten müssen, das geltende Recht verstärkt durchsetzen werden.

Es ist missverständlich und entspricht nicht dem Urteil des Bundesgerichtes, wenn gesagt wird, bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten seien aufgrund ihrer Betriebsdauer die 80 Jahre längst verstrichen (BÜTLER/RIVA, S. 55). Für den Investitionsschutz ist die Möglichkeit zur Amortisation und nicht die Betriebsdauer entscheidend. Die Dauer des Investitionsschutzes beginnt im Zeitpunkt, in dem Investitionen

getätigt worden sind, hängt vom Umfang der Investitionen ab und ist individuell für jedes Kraftwerk zu ermitteln. Die Amortisationsdauer ist nach anerkannten Grundsätzen (z.B. IFRS oder Swiss GAAP FER) festzulegen.

I.d.R. sind die getätigten Investitionen leicht feststellbar, da sie behördlicher Bewilligung bedurften. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB ist es daher das Gemeinwesen, das den Ablauf der Amortisationsdauer zu beweisen hat, weil es daran die Entschädigungslosigkeit eines Eingriffs in das Recht knüpft. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch nach 80 Jahren eine Investition noch nicht vollständig amortisiert ist, weshalb eine Entschädigung für den Restwert zu leisten ist. Das Bundesgericht lässt das ausdrücklich zu, indem es davon spricht, dass die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte nach 80 Jahren grundsätzlich entschädigungslos den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen seien (BGE 145 II 140, 152, E. 6.5.). Nach 80 Jahren liegt allerdings eine Vermutung für die vollständige Amortisation von Investitionen vor. Der Eigentümer eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts trägt die Beweislast für eine längere Amortisationsdauer.

7.6 Unterscheidung zwischen den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten und ihrer Wohlerworbenheit

Die Ausführungen zur Interpretation des bundesgerichtlichen Urteils unter den Ziff. 7.2–7.4 beziehen sich auf die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte und deren Bestand. Ausgehend von der in Ziff. 7.5 dargelegten Unterscheidung zwischen dem ehehaften privaten Wassernutzungsrecht und seiner Wohlerworbenheit kann die Urteilsbegründung des Bundesgerichts jedoch auch anders, nämlich bezogen auf die Wohlerworbenheit, interpretiert werden.

Nach dieser Betrachtungsweise sind nicht die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte, sondern es ist ihre Wohlerworbenheit, die nachträglich zu befristen ist, so wie das bei den Konzessionen der Fall ist. Bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten hängt die Dauer der Wohlerworbenheit wie bei den Konzessionen von der Amortisationsdauer der Investitionen ab. Die vom Bundesgericht angeordnete grund-

sätzlich entschädigungslose Unterstellung unter das heutige Recht ist möglich, weil nach 80 Jahren i.d.R. kein Eingriff in die Substanz des wohl erworbenen Rechts vorliegt. Abzulösen ist eine zeitlich unbefristete Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten, aber nicht das ehehafte private Wassernutzungsrecht selber. Das bedeutet, dass die Kantone gehalten sind, das heutige Recht beim Wegfall der Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten für anwendbar zu erklären und gegebenenfalls nach einer gewissen Übergangsfrist durchzusetzen. Im Zusammenhang mit Bewilligungen ist die Amortisationsdauer und damit die Dauer der Wohlerworbenheit zu regeln resp. zu vereinbaren.

Nach der in diesem Gutachten vertretenen Ansicht ist das Urteil des Bundesgerichts bezogen auf die Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten zu verstehen. Das bedeutet, dass die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte selber nicht nachträglich befristet resp. abgelöst werden (gl. A. BÜTLER/RIVA, S. 44, wonach die Befristung der «privilegierten Behandlung» – gemeint ist eine unbefristet andauernde Wohlerworbenheit – ehehafter privater Wassernutzungsrechte nicht bedeute, dass diese Rechte aufzuheben wären). Sie bleiben daher weiterhin unverändert bestehen und können ausgeübt werden, solange keine Enteignung stattgefunden hat. Das hat etwa zur Folge, dass auf die Ausserbetriebnahme einer Anlage als Sanierungsmassnahme unabhängig von der Natur des Wassernutzungsrechts (ehehaftes privates Recht oder staatliche Verleihung) dieselben Grundsätze der Entschädigung nach Art. 34 EnG anzuwenden sind.

7.7 Unterscheidung zwischen dem Bestand des Rechts und dessen Ausübung

7.7.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«(...) Auch diese [die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte] sind (...) den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen (...)» (E. 6.5)

7.7.2 Interpretation

Der Bundesrat schreibt in seiner Botschaft vom 29. April 1987 zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Hervorhebung durch den Gutachter):

«Hinsichtlich der Gewährleistung einer ausreichenden Wasserführung bei bestehenden Stauhaltungen und Wasserentnahmen geht der Revisionsentwurf weniger weit als die Initiative. Der Entwurf sieht eine umfassende Sanierung bestehender Restwasserstrecken, d.h. ein Anpassen an die für neue Anlagen geltenden Vorschriften, erst für den Zeitpunkt der Konzessionserneuerung vor. Dies liegt im wesentlichen darin begründet, dass für eine rasche Sanierung aller bestehender Restwasserstrecken grosse finanzielle Mittel eingesetzt werden müssten. (...).» (BBl 1987 II 1099)

Anders als die verliehenen Wassernutzungsrechte stellen die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte dingliche Rechte dar und bestehen unbefristet. Bei ihnen kommt es daher zu keinem «Zeitpunkt der Konzessionserneuerung». Eine Anpassung an das geltende Recht kann aber ohne Aufhebung des ehehaften privaten Wassernutzungsrechts erfolgen, wenn es nicht mehr wohlervorben ist, d.h. mit dem Ablauf des Investitionsschutzes und gegebenenfalls unter Beachtung von Übergangsfristen (vgl. auch oben Ziff. 7.6; gl. A. BÜTLER/RIVA, S. 44, wonach die «Gesetzesbeständigkeit» der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte im Sinne des Investitionsschutzes bestehe).

Die Unterscheidung zwischen dem Bestand eines Rechts und dessen Ausübung hat das Bundesgericht mit Bezug auf ein ehehaftes Tavernenrecht in BGE 39 I 73, 77 anschaulich wie folgt umschrieben:

«(...) Die verfassungsmässige Garantie des Eigentums und der wohlervorbenen Privatrechte überhaupt hat nämlich, wie in der Praxis längst feststeht, unmittelbar nur Bezug auf den *Bestand*, die Substanz der Rechte, nicht auch

auf ihren *Inhalt* und speziell die Art ihrer Ausübung; hiefür ist vielmehr die jeweiligen geltende objektive Rechtsordnung massgebend, auf deren Unanwendbarkeit das Privatrechtssubjekt keinen Anspruch hat (...).» Das bedeute «die verfassungsmässige Garantie des Anspruchs der Privatrechtssubjekte auf Behandlung nach Massgabe der *anderweitig*, insbesondere durch die einschlägige Gesetzgebung, geregelten jeweiligen Rechtsordnung. (...).»

Zu beachten ist, dass sich das Urteil BGE 39 I 73 nicht auf ein ehehaftes privates Wassernutzungsrecht bezieht, bei dem erhebliche Investitionen getätigt werden und an dem ein öffentliches Interesse an der Wassernutzung besteht. Die Wassernutzungsrechte sind für die Dauer der Amortisation von Investitionen wohlervorben und unterstehen deswegen zusätzlich dem Vertrauensschutz. Zwar ist grundsätzlich niemand gegenüber Gesetzesänderungen resistent (so schon BGE 6 98, 112, E. 3a) und es besteht keine allgemeine Verfassungsschranke, wonach spätere Gesetzgeber die Rechtsetzungsakte früherer Gesetzgeber nicht revidieren dürften. In Fällen, in denen weitgehende Dispositionen getroffen wurden, geht das Bestandesvertrauen der Betroffenen vor (KÖLZ, S. 193). Mit dem Ablauf des Investitionsschutzes besteht dieses Vertrauen – von Ausnahmen abgesehen – nicht mehr, weshalb ab dann eine Anpassung in der Ausübung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte nach dem geltenden Recht verlangt werden kann.

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte sind durch die Eigentumsgarantie geschützt. Nach Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes verlangt das Gebot der Verhältnismässigkeit, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem

weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 132 I 49 S. 62, E. 7.2).

Die Ausübung eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts nach dem heutigen Recht ist nicht dasselbe, wie die Ablösung des privaten Rechts (vgl. auch BÜTLER / RIVA, die verschiedentlich auf den Unterschied zwischen der inhaltlichen Anpassung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte an das heutige Recht und deren Aufhebung hinweisen, z.B. S. 17, 44 f., 59). Die Anpassung in der Ausübung lässt das ehehafte private Wassernutzungsrecht weiterhin bestehen und ist unter Wahrung der «Substanz» sowie gegebenenfalls von Übergangsfristen entschädigungslos möglich. Demgegenüber betrifft die Ablösung den Bestand des Rechts, der durch die Eigentumsgarantie geschützt ist.

Die Ausübung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte nach dem heutigen Recht kann ohne ihre Beseitigung erreicht werden. Ihre Ablösung und Überführung in eine öffentlich-rechtliche Konzession ist zu diesem Zweck nicht erforderlich und wäre daher unverhältnismässig. Damit wären die Voraussetzungen für rechtmässige Grundrechtseingriffe nach Art. 36 BV nicht gegeben.

7.8 Vollzugsauftrag an die Kantone

7.8.1 Auszug aus dem Urteil des Bundesgerichtes

«Diese Anpassung an das heutige Recht muss bei erster Gelegenheit erfolgen und ist jedenfalls Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen.»
(E. 6.5.)

7.8.2 Interpretation

7.8.2.1 «Bei erster Gelegenheit»

Die Wendung von der «Anpassung an das heutige Recht» bringt den Übergangskarakter eines bestehenden Rechtszustandes zum Ausdruck, der nicht in allen Teilen mit dem heute geltenden Recht übereinstimmt. Die Anpassung an das heutige Recht hat «bei erster Gelegenheit» zu erfolgen. Das ist so zu verstehen, dass das heute geltende Recht auf den nächstmöglichen Zeitpunkt hin auch bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten zur Anwendung kommen soll.

Den Kantonen steht ein gewisses Ermessen bei der Bestimmungen dieses Zeitpunktes zu:

- a. Die Kantone können die Anwendung des heutigen Rechts von der Amortisation getätigter Investitionen in eine Anlage abhängig machen. Dadurch wird ein entschädigungspflichtiger Eingriff in die Substanz des Rechts vermieden.
- b. Die Kantone können selbst in wohlerworbene Rechte eingreifen, werden aber entschädigungspflichtig.
- c. Bei den gemischten Werken haben die Kantone die Möglichkeit, die Anpassung an das heutige Recht auf den Zeitpunkt der Konzessionserneuerung vorzusehen, was eine gesamthafte Betrachtungsweise zulässt.
- d. Die Kantone können eine zeitnahe Anwendung des heute geltenden Rechts veranlassen bei Anlagen, bei denen die Investitionen amortisiert sind, sowie in laufenden Verhandlungen über eine Konzessionserneuerung bei gemischten Anlagen. Die Anpassung an das heutige Recht darf aus verfassungsrechtlichen Überlegungen nur nach einer angemessenen Übergangsfrist verlangt werden.

Die zuständige Behörde ist grundsätzlich jederzeit befugt, den Sanierungs- und Anpassungsbedarf einer Anlage zu prüfen. Sie kann das von Amtes wegen vornehmen oder aus Anlass eines Gesuches, wie z.B. eines Baugesuches. Für eine behördliche Prüfung braucht es folglich keine besondere oder «erste» Gelegenheit.

7.8.2.2 Verfahren

Die Anpassung in der Ausübung eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts an das heutige Recht hat in einem geordneten Verfahren zu erfolgen. Diese Verfahren sind von Amtes wegen durch die zuständige Behörde einzuleiten oder aus Anlass eines Gesuches des Eigentümers eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts.

Die Frage, ab wann ein Verfahren als eröffnet gilt, ist für die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses relevant, weil danach die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze Anwendung finden. Mit der Verfahrenseröffnung sind die Behörden an die Verfahrensrechte und Verfahrensgrundsätze gebunden und die Parteien können die ihnen zustehenden Parteirechte ausüben. Das rechtliche Gehör ist von Verfassung wegen (Art. 29 Abs. 2 BV) zu gewähren.

Wann ein von Amtes wegen in Gang gesetztes Verwaltungsverfahren als eröffnet gilt, ist nicht immer leicht zu bestimmen. Massgebend sind Vorkehrungen der Behörde, welche den Erlass einer Verfügung erwarten lassen. Als Kriterien können Rechtsschutzinteressen der betroffenen Person, das von Dritten resp. der betroffenen Person erkennbare Handeln der Behörde sowie Individualisierung und Konkretisierung des Verwaltungshandelns gelten (BGE 140 II 298, 302, E. 5.4).

Die Rechtsschutzinteressen der Eigentümer von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten sind betroffen, wenn die Kantone die Ablösung solcher Rechte und ihre Überführung in Konzessionen konkret prüfen. Soweit entsprechende Vorkehrungen wie etwa die Kontaktierung von Eigentümern ehehafter privater Wassernutzungsrechte, die Einholung externer Gutachten oder verwaltungsinterne Abklärungen bezogen auf die konkret betroffenen ehehaften Rechte erfolgen, kann davon ausgegangen werden, dass ein Verwaltungsverfahren informell eröffnet worden ist. Den Eigentümern der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte resp. ihren Vertretern stehen die verfahrensrechtlichen Partei- und Mitwirkungsrechte zu.

7.8.2.3 Übergangsfristen

Es ist nicht erforderlich, dass alle für eine Ausübung nach dem geltenden Recht erforderlichen Massnahmen im Zeitpunkt der Amortisation von Investitionen bereits umgesetzt sein müssen. Je nach der Interessenslage im Einzelfall können gewisse Übergangsfristen vorgesehen resp. mit dem Betreiber der Anlage vereinbart werden oder es können verschiedenen Vorhaben miteinander zeitlich koordiniert werden (etwa Sanierungsmassnahmen mit Massnahmen für den Hochwasserschutz).

Bei bestehenden Anlagen haben die Kantone dafür zu sorgen, dass Sanierungsmassnahmen bis zum 31. Dezember 2030 getroffen werden (Art. 9c Abs. 4 VBGF). Allerdings handelt es sich bei dieser Frist lediglich um eine Ordnungsvorschrift, da die Kantone nur durch Verfassung und Bundesgesetz, nicht aber durch Verordnung verpflichtet werden können (Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV). Auch bei solchen Sanierungsmassnahmen ist daher eine zeitliche Staffelung resp. Koordinierung mit anderen Massnahmen im Einzelfall nicht ausgeschlossen.

7.8.2.4 Rechtssicherheit

Mit der Anpassung der Ausübung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte nach dem heutigen Recht verbinden sich weitere materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Fragen. Zu denken ist bspw. an die Bestimmung der Grundsätze für Bewertung und Amortisation, die Folgen bei einem Verzicht auf die Weiterführung der Wassernutzung, die Gewährung von Finanzhilfen bei Sanierungen, die Verankerung der wesentlichen Kriterien für eine Priorisierung von Sanierungsmassnahmen usw. Verfahrensrechtlich geht es etwa um die Regelung von Übergangsfristen oder um die Möglichkeit zum Abschluss von Vereinbarungen zwischen dem Kanton und dem Eigentümer eines ehehaften privaten Wassernutzungsrechts.

Im Interesse der Rechtssicherheit, einer rechtsgleichen Umsetzung und zur Gewährleistung einer genügenden Rechtsgrundlage für das Verwaltungshandeln ist eine Regelung dieser Fragen durch kantonale Gesetze prüfenswert. In Kantonen wie bspw. Bern, die in ihren Verfahrensgesetzen den Vorrang der Verfügung verankert

haben, sind Vereinbarungen nur zulässig, wenn ein formelles Gesetz das ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. 49 Abs. 1 VRPG-BE).

Die von einem solchen Gesetz Betroffenen resp. deren Verbände und weitere interessierte Kreise sollten in die Erarbeitung der gesetzlichen Grundlagen mit einbezogen werden. Das erhöht die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz des Gesetzes. Im Interesse eines interkantonal abgesprochenen Vorgehens wäre es effizient und sinnvoll, wenn die Verbände gemeinsam mit einem Kanton einen «Normerlass» erstellen, der bei vergleichbaren Verhältnissen von den übrigen Kantonen übernommen und angewendet werden kann.

8 Zusammenfassung

8.1 Entstehung und Rechtsgrund der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte sind unter einer früheren, heute nicht mehr bestehenden, Rechtsordnung rechtmässig begründet worden. Mit der Umwidmung eines privaten zu einem öffentlichen Gewässer wurden sie weder enteignet noch wurde mittels rechtsgeschäftlicher Vereinbarung ihre Ablösung geregelt. Sie sind auch nicht durch das Schweizerische Zivilgesetzbuch ZGB oder das Eidg. Wasserrechtsgesetz WRG aufgehoben worden. Die privaten Wassernutzungsrechte sind daher als ehehafte Rechte weiterhin rechtsgültig.

Als dingliche Rechte sind die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte seit dem Inkrafttreten des ZGB unverjährbar. Sie können im Grundbuch eingetragen werden und zwar auch heute noch, da ihre Neubegründung einzig wasserrechtlich ausgeschlossen ist.

Sachenrechtlich besteht eine Vermutung zugunsten des öffentlichen Gewässers, sofern nicht Privateigentum nachgewiesen werden kann (Art. 664 Abs. 2 ZGB). Eine Anerkennung ehehafter privater Wassernutzungsrechte setzt daher den Nachweis ihrer rechtmässigen Entstehung voraus. Ist kein Rechtstitel mehr vorhanden, so genügt es, wenn sich die Rechte aus anderen Urkunden ergeben, die auf einen Rechtserwerb schliessen lassen. Können solche Erwerbstitel nicht mehr erbracht werden, so genügt für den Nachweis die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung.

8.2 Der Schutz durch die Eigentumsgarantie

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte werden in der Schweiz von Lehre und Rechtsprechung als Dienstbarkeiten behandelt. Auf sie finden die im ZGB für Dienstbarkeiten vorgesehenen Beendigungsgründe Anwendung. Dabei handelt es sich um eine abschliessende Regelung, weshalb Beendigungsgründe für andere dingliche Rechte nicht sinngemäss anwendbar sind.

Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte unterstehen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV. Einschränkungen ehehafter privater Wassernutzungsrechte sind nur zulässig, wenn sie nach Art. 36 BV auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind.

Eine nachträgliche Befristung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte und ihre Ablösung durch eine staatliche Verleihung (Konzession) bedeutet, dass diese Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt hin aufgehoben werden und das Nutzungsrecht auf den Staat übergeht, der es anschliessend gegen eine Vergütung einem Privaten zur Nutzung überlassen kann. Beim Entzug des privaten Rechtes handelt sich um eine formelle Enteignung, die nach Art. 26 Abs. 2 BV voll zu entschädigen ist. Die Durchführung des Enteignungsverfahrens und die Leistung der Entschädigung sind Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit einer formellen Enteignung. Die Aufhebung solcher Rechte und die Erteilung einer Konzession an ihrer Stelle dürfen erst dann erfolgen, wenn die formelle Enteignung rechtmässig erfolgt ist.

Bis zu einer Enteignung bestehen die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte weiter und werden rechtmässig ausgeübt. Sie gehen als private Rechte von Bundesrecht wegen den Konzessionen vor. Ohne vorgängige Enteignung dürfen bestehende ehehafte private Wassernutzungsrechte daher nicht durch Konzessionen ersetzt resp. abgelöst werden.

8.3 Die Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten

Als wohlerworbene Rechte unterstehen die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte zusätzlich zur Eigentumsgarantie dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz nach Art. 9 BV. Sie verfügen damit über eine erhöhte Rechtsbeständigkeit gegenüber späteren Änderungen der Rechtslage und behördlichen Anordnungen. Bei einem Eingriff in die Substanz wohlerworbener Rechte besteht eine Entschädigungspflicht auch unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung und es liegt nicht ein entschädigungslos hinzunehmender Eingriff vor.

Das Bundesgericht hat in BGE 145 II 140 anerkannt, dass ehehafte private Wassernutzungsrechte wohlerworbene Rechte sind, nämlich für die Dauer der Amortisation von Investitionen, längstens für eine Dauer von 80 Jahren, wie bei den Konzessionen. Im Ergebnis werden die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte hinsichtlich ihrer Wohlerworbenheit gleich behandelt, wie die vom Staat verliehenen Konzessionen. Das ist aus Gründen einer rechtsgleichen Behandlung nachvollziehbar und gerechtfertigt. Gegenüber den Konzessionären dürfen die Eigentümer ehehafter privater Wassernutzungsrechte auch nicht schlechter gestellt sein. Der Eigentümer des wohlerworbenen Rechts darf deshalb darauf vertrauen, dass er die Investitionen amortisieren, das Kapital verzinsen, die laufenden Kosten decken und eine ausreichende Liquidität aufrechterhalten kann.

Nach der Amortisation der Investitionen werden auch bei den ehehaften privaten Wassernutzungsrechten die für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts und insbesondere die Restwasservorschriften anwendbar,

sofern das von den zuständigen Behörden angeordnet wird. Es liegt kein Eingriff in die «Substanz» des Rechts vor. Die Anwendung des neuen, geltenden Rechts stellt eine entschädigungslos hinzunehmende Inhaltsbestimmung des Eigentums dar.

Die zeitliche Befristung der Wohlerworbenheit von ehehaften privaten Wassernutzungsrechten ist das wesentlich Neue und Grundlegende in BGE 145 II 140, weil nach bisheriger Rechtsauffassung die Wohlerworbenheit dieser Rechte als in zeitlicher Hinsicht unbefristet angesehen wurde. Danach beziehen sich die Ausführungen in BGE 145 II 140 E. 6.4 und 6.5 nicht auf die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte selber, sondern auf die Frage ihrer Wohlerworbenheit.

Das bedeutet, dass nicht die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte, sondern deren Wohlerworbenheit in ihrer Dauer nachträglich zu befristen ist. Folgerichtig ist dann auch, dass die Anwendung des heutigen Rechts grundsätzlich entschädigungslos erfolgt, wenn zufolge Fristablaufes (d.h. nach der Amortisation der Investitionen) die Wohlerworbenheit nicht mehr besteht. Denn in diesem Fall wird weder das ehehafte private Wassernutzungsrecht enteignet, noch wird in die Substanz während der Dauer der Wohlerworbenheit eingegriffen. Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte selber bleiben in Kraft, bestehen unverändert weiter und können rechtmässig ausgeübt werden, solange keine Enteignung stattgefunden hat.

8.4 Unterscheidung zwischen dem Bestand des Rechts und der Ausübung nach heutigem Recht

Das Urteil BGE 145 II 140 bezweckt vor allem die Durchsetzung des heutigen Rechts auch in jenen Fällen, in denen die Wassernutzung aufgrund ehehafter privater Rechte erfolgt. Um diese Durchsetzung zu erleichtern, hat das Bundesgericht die Wohlerworbenheit der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte auf die Dauer beschränkt, die zur Amortisation von Investitionen erforderlich ist.

Für die Ausübung der Wassernutzung nach heutigem Recht ist die Aufhebung der ehehaften privaten Wassernutzungsrechte nicht erforderlich. Ihre Ablösung durch

öffentlich-rechtliche Konzessionen ist nicht zwingend und wäre zu diesem Zweck unverhältnismässig. Es ist deshalb weder ein vorgängiges Enteignungsverfahren noch ein Konzessionsverfahren erforderlich. Die Voraussetzungen für rechtmässige Grundrechtseingriffe nach Art. 36 BV wären nicht gegeben.

* * * * *

Literaturverzeichnis

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

BURCKHARDT, WALTHER, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

BURCKHARDT, WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931.

CAVIEZEL, GIERI, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, in: ZBI 2/2004, S. 69 ff.

CAVIEZEL, GIERI/DRUEY JOST, EVA, Private Wasserrechte und der öffentliche Anspruch auf die Ressource Wasser, in: AJP 11/2013, S. 1631 ff.

FLEINER, FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht (7. A.), Zürich/St. Gallen 2016.

JAGMETTI, RICCARDO, Komm. zu Art. 24^{bis} BV 1874, in: Aubert et.al., Komm. zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1984, Basel/Zürich/Bern 1996.

KLETT, KATHRIN, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen, Diss. Bern 1984.

KNAPP, BLAISE, La fin des concessions hydrauliques, in: ZSR 101/1982, S. 121 ff.

KÖLZ, ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR 102/1983, S. 101 ff.

LIVER, PETER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, in: ZSR, Hundert Jahre Schweizerisches Recht, Jubiläumsausgabe, Basel 1952, S. 305 ff. (zit. Entwicklung).

LIVER, PETER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: FS Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 225 ff. (zit. FS Gieseke).

LIVER, PETER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Privatrechtliche Abhandlungen, 1972, S. 456 ff. (zit. Wasserrechte).

MARTI, ARNOLD, St. Galler Komm. zu Art. 76 BV (3. A), Zürich/St. Gallen 2014.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Berner Komm. ZGB, Bern 1965 (zit. mit Angabe des Artikels).

Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft der Wasserkraftbesitzer Thüringens e.V., Aus Streitfällen der Zeit um Wassernutzrechte unserer Heimat, Weimar 1930.

MÜLLER, GEORG, Komm. zu Art. 22^{ter} BV von 1874, in: Aubert et.al., Komm. zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996.

RHINOW, RENÉ A., Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBI 80/1979, S. 1 ff.

ROHNER, CHRISTOPH, St. Galler Komm. zu Art. 9 BV (3. A.), Zürich/St. Gallen 2014.

SCHINDLER, BENJAMIN, St. Galler Komm. zu Art. 5 BV (3. A.), Zürich/St. Gallen 2014.

SCHWAB, VINCENZ, Volkssprachige Wörter in Pactus und Lex Alamannorum, Bamberger interdisziplinäre Mittelalterstudien, Bamberg 2017.

STREBEL, LORENZ/LAIM, HERMANN, Basler Komm. zu Art. 655 ZGB, Basel 2015.

SUTTER, KASPAR/MÜLLER, MARKUS, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, in: ZBI 9/2013, S. 471 ff.

TSCHÜMPERLIN, PAUL, Die Publikation gerichtlicher Entschiede, in: Kettiger/Sägesser (Hrsg.), Komm. zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, S. 69 ff.

VALLENDER, KLAUS A./HETTICH, PETER, St. Galler Komm. zu Art. 26 BV (3. A), Zürich/St. Gallen 2014.

WIEGAND, WOLFGANG, Basler Komm. zu Art. 641 ZGB und Vorbemerkungen, Basel 2015.

ZOGG, SAMUEL, Basler Komm. zu Art. 17 SchIT ZGB, Basel 2015.

Verzeichnis der zitierten Gutachten

BÜTLER, MICHAEL/RIVA, ENRICO, Zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten. Rechtsgutachten im Auftrag des WWF Schweiz vom 22. März 2017.

DUBACH, WERNER, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, erstattet dem Bundesamt für Wasserwirtschaft Bern, 1979.

GIOVANNINI, MICHELANGELO/MEHLI, MICHELLE, Rechtsfragen im Umgang mit ehehaften Wasserrechten. Rechtsgutachten verfasst im Auftrag des Amtes für Energie und Verkehr Graubünden vom 16. September 2019.

LIVER, PETER, Rechtsgutachten vom 22. Juni 1979 über die Wasserrechte der Spinnerei an der Lorze. Der Motor-Columbus AG, Baden, zuhanden der Spinnerei an der Lorze erstattet (zit. Rechtsgutachten).

Verzeichnis der Materialien

Botschaften des Bundesrates

Botschaft des Bundesrates zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 19. April 1912, BBI 1912 III 669 ff.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29. April 1987, BBI 1987 II 1061 ff.

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Urteile des Bundesgerichtes (in chronologischer Reihenfolge)

Urteil vom 13. März 1880, BGE 6 98.

Urteil vom 19. Dezember 1900, BGE 27 II 672.

Urteil vom 20. Februar 1913, BGE 39 I 73.

Urteil vom 23. Dezember 1922, BGE 48 I 580.

Urteil vom 19. März 1927, BGE 53 I 83.

Urteil vom 12. November 1931, BGE 57 I 329.

Urteil vom 28. April 1939, BGE 65 I 8.

Urteil vom 22. Januar 1948, BGE 74 I 41.

Urteil vom 29. November 1962, BGE 88 II 498.

Urteil vom 17. Mai 1963, BGE 89 II 287.

Urteil vom 13. Februar 1969, BGE 95 II 14.

Urteil vom 12. Februar 1971, BGE 97 II 26.

Urteil vom 24. Januar 1973, BGE 99 Ia 35.

Urteil vom 29. November 1979, BGE 105 Ia 330.

Urteil vom 17. Juni 1981, BGE 107 Ib 140.

Urteil vom 25. Juni 1981, BGE 107 II 331.

Urteil vom 31. Januar 1983, BGE 109 II 76.

Urteil vom 13. November 1986, BGE 112 Ia 275.

Urteil vom 23. Juni 1987, BGE 113 II 236.

Urteil vom 19. Mai 1992, BGE 118 II 115.

Urteil vom 13. Juli 1994, BGE 121 Ia 120.

Urteil vom 22. Februar 1996, BGE 122 I 70.

Urteil vom 27. November 1998, BGE 125 II 18.

Urteil vom 31. Januar 2000, BGE 126 V 134.

Urteil vom 30. Oktober 2000, BGE 127 II 69.

Urteil vom 6. Juni 2005, BGE 131 I 321.

Urteil vom 25. Januar 2006, BGE 132 I 49.

Urteil vom 25. August 2006, BGE 132 III 651.

Urteil vom 28. September 2009, BGE 135 I 302.

Urteil vom 30. August 2012, 2C_258/2011.

Urteil vom 15. November 2012, BGE 139 II 28.

Urteil vom 7. Januar 2014, BGE 140 I 2.

Urteil vom 24. März 2014, 2C_828/2013.

Urteil vom 14. Mai 2014, BGE 140 II 298.

Urteil vom 31. März 2016, BGE 142 I 99.

Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_699/2017.

Urteil vom 29. März 2019, BGE 145 II 140.

Weitere Materialien

Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2011 zur Motion Wehrli «Achtung der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie im Wasserrecht» (11.3943 vom 29. September 2011).

Parlamentarische Initiative 19.443 Girod, Bastien vom 18. Juni 2019. «Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie.»

Interpellation Nr. 142-2020 Krähenbühl «Ehehafte Wasserrechte vor Enteignung schützen und Wasserkraft nicht ausbremsen» vom 2. Juni 2020 im Grossen Rat des Kantons Bern und Antwort des Regierungsrates vom 21. Oktober 2020.

Verzeichnis der Erlasse mit Abkürzung des Erlass- titels

Bund

BGF	Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991, SR 923.0.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016, SR 730.0.
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011, SR 211.432.1.
GSchG	Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991, SR 814.20.
VBGF	Verordnung zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 24. November 1993, SR 923.01.
WRG	Wasserrechtsgesetz vom 22. Dezember 1916, SR 721.90.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

Kantone

Die Zitierung erfolgt jeweils mit dem Zusatz des Kantonskürzels.

EG ZGB- ZG	Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911, BGS 211.1.
GewG-ZG	Gesetz über die Gewässer des Kantons Zug vom 25. November 1999, BGS 731.1.
KV-BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, BSG 101.1.
VRPG-BE	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989, BSG 155.21.
WNG-BE	Wassernutzungsgesetz des Kantons Bern vom 23. November 1997, BSG 752.41.
WRG-GR	Wasserrechtsgesetz des Kantons Graubünden vom 12. März 1995, BR 810.100.

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin (N: des Nationalrates; S: des Ständerates)
BVerfGE	Entscheidung der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichtes
Cst.	Constitution
E.	Erwägung
Fn.	Fussnote
gl. A.	gleicher Ansicht
i.d.R.	in der Regel
Komm.	Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Rz.	Randziffer
SchIT	Schlusstitel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Verwaltungsrecht