

## **BGE 145 II 140**

Bundesgericht (BGE), 2019-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_145 II 140](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_145_II_140)

FR: ATF 145 II 140

IT: DTF 145 II 140

### **Regeste**

Regeste Erneuerung und Sanierung eines bestehenden Wasserkraftwerks, das sich auf ein ehehaftes Wasserrecht stützt (Art. 31 ff. und 80 GSchG; Art. 43, 54 lit. e und 58 WRG). Streitig ist, ob das 1967 vom Kanton anerkannte ehehafte Wasserrecht einer integralen Restwassersanierung des bestehenden Kraftwerks entgegensteht (E. 2 und 3). Überblick über Rechtsprechung und Literatur zu den wohlerworbenen Rechten (E. 4) und den ehehaften Rechten (E. 5). Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung sind verfassungswidrig (E. 4.4). Das ehehafte Wasserrecht des Beschwerdegegners gewährt ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer (E. 6.3), das nicht unbefristet gelten kann, sondern nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens für 80 Jahre (E. 6.4). Es ist daher heute (entschädigungslos) dem aktuellen Recht zu unterstellen. Für die Fortführung der Wassernutzung bedarf es deshalb einer Konzession; einzuhalten sind die gesetzlichen Vorschriften für Neuanlagen, einschliesslich der Restwasservorschriften (E. 6.5).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Art. 31 GSchG legt Mindestrestwassermengen für Wasserentnahmen aus Fliessgewässern mit ständiger Wasserführung fest. Diese werden im Einzelfall, aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung, erhöht ( Art. 33 GSchG ); eine Unterschreitung der Mindestrestwassermenge ist nur in Ausnahmefällen zulässig ( Art. 32 GSchG ). Der in den Übergangsbestimmungen enthaltene Art. 80 Abs. 1 GSchG präzisiert jedoch, dass durch Wasserentnahmen wesentlich beeinträchtigte Fliessgewässer (nur) so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist (Abs. 1). Weitergehende Sanierungsmassnahmen können gegen Entschädigung aus überwiegenden Interessen, insbesondere zum Schutz von kantonalen oder nationalen Inventarobjekten, angeordnet werden (Abs. 2).

#### **E. 2.1**

Diese Regelung wurde mit Rücksicht auf die grossen finanziellen Konsequenzen getroffen, welche die integrale Durchsetzung der Restwasservorschriften bei bestehenden Konzessionen gehabt hätte (Botschaft des Bundesrats vom 29. April 1987 zur Volksinitiative "zur Rettung unserer Gewässer" und zur Revision des GSchG, BB1 1987 II 1061 ff. [nachfolgend: Botschaft], 1090 Ziff. 312.3). Diese verschaffen dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers; das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (so Art. 43 des Bundesgesetzes vom BGE 145 II 140 S. 143 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80], der die

vorbestehende Rechtsprechung kodifiziert hat). Die anzuordnenden Sanierungsmassnahmen finden deshalb (vorbehältlich Art. 80 Abs. 2 GSchG ) bei bestehenden Wasserrechten ihre Grenze dort, wo eine Entschädigungspflicht des Gemeinwesens einsetzen würde (Botschaft, a.a.O., S. 1170 zu Art. 79 Abs. 1).

### **E. 2.2**

Aus dieser Zielrichtung des Gesetzes folgern Rechtsprechung und Lehre übereinstimmend, dass nicht jede bestehende Rechtsposition die integrale Anwendung der Restwasservorschriften ausschliesst, sondern nur wohlerworbene Rechte gemeint sind, d.h. Rechte, in deren Substanz auch der Gesetzgeber nur gegen Entschädigung eingreifen darf (vgl. BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34 f.; ENRICO RIVA, in: GSchG, WBG [nachfolgend: Kommentar], 2016, N. 10 f. zu Art. 80 GSchG ; MAURUS ECKERT, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, 2002, S. 144).

### **E. 2.3**

Vorliegend ist streitig, ob dem Beschwerdeführer ein wohlerworbenes Recht in diesem Sinne zusteht. Wäre dies der Fall, dürfte die Sanierung gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG nur bis zur Entschädigungsgrenze angeordnet werden; Abs. 2 GSchG kommt vorliegend unstreitig nicht zur Anwendung. Die Entschädigungsgrenze wurde vom Regierungsrat bei einer Restwasserabgabe von 400 l/s angenommen. Dagegen würde die minimale Restwassermenge nach Art. 31 Abs. 1 GSchG (gemäss Berechnung des Beschwerdeführers) 1'028 l/s betragen.

### **E. 3**

Mit Verfügung vom 30. Juni 1967 anerkannte der Regierungsrat gegenüber der Rechtsvorgängerin des Beschwerdegegners, der M. AG, ein althergebrachtes Recht auf Nutzung der Wasserkraft der Lorze im Kraftwerk Hammer; dieses wurde als Personalservitut im Grundbuch eingetragen. (...)

#### **E. 3.1**

Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dieses Wassernutzungsrecht stelle ein ehehaftes Wasserrecht dar. Dieses begründe - wie alle ehehaften Rechte - ein wohlerworbenes Recht, in dessen Substanz nur gegen Entschädigung eingegriffen werden dürfe. Dies habe zur Folge, dass das Wasserkraftwerk Hammer nicht vollständig, sondern nur bis zur Entschädigungsgrenze saniert werden dürfe ( Art. 80 Abs. 1 GSchG ).

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, der Schutz ehehafter Wasserrechte könne nicht weiter gehen als bei anderen BGE 145 II 140 S. 144 Eigentumsrechten, die vom Gesetzgeber aus Gründen des öffentlichen Interesses in der Regel entschädigungslos modifiziert werden könnten. Hierfür beruft er sich auf ein Rechtsgutachten von Michael Bütler und Enrico Riva Vom 22. März 2017 zur Anwendung des Umweltrechts bei ehehaften Wasserrechten (nachfolgend: Rechtsgutachten Bütler/Riva). Dieses folgert aus Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck der Restwasservorschriften, dass diese auch auf ehehafte Wasserrechte integral anwendbar seien, und zwar i.d.R. sofort, spätestens aber nach Ablauf der maximalen Konzessionsdauer von 80 Jahren. Ein zeitlich unbefristeter Ausschluss der Restwasservorschriften sei gesetzlich nicht vorgesehen und widerspreche dem Verfassungsauftrag, angemessene Restwassermengen zu sichern ( Art. 24 bis aBV bzw. Art. 76 BV ).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdegegner teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts. Ehehafte Rechte zählten nach ständiger Rechtsprechung und fast einhelliger Lehre zu den wohlerworbenen Rechten, weshalb Art. 80 Abs. 1 GSchG zur Anwendung komme. Dies sei vom Gesetzgeber im Jahr 2009, bei der Einfügung von Art. 80 Abs. 3 GSchG, bestätigt worden (AS 2010 4285, 4289), diene diese Bestimmung doch speziell dem Schutz historischer Kleinwasserkraftwerke in Inventargebieten, die in der Regel auf ehehaften Rechten beruhten (vgl. Bericht des Bundesrats vom 27. Oktober 2004 über die Restwassersanierung bei historisch wertvollen Wasserkraftanlagen [...], BBl 2004 6634 Ziff. 1). Die vom Regierungsrat verfügte Restwassermenge von 400 l/s führe zu einer Minderproduktion an hydroelektrischer Energie im Kraftwerk Hammer von 5,4 % und erreiche damit zweifellos die Entschädigungsgrenze.

### **E. 3.4**

Das BAFU betont, dass der Staat nach heutiger Rechtsauffassung Sondernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern nicht mehr auf unbefristete Dauer, sondern nur noch befristet, mittels Konzession, erteile. In BGE 127 II 69 habe das Bundesgericht klargestellt, dass altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt worden seien, nachträglich zu befristen seien, weil es in höchstem Mass dem öffentlichen Interesse widerspreche, öffentliche Gewässer auf ewige Zeiten ihrem Zweck zu entfremden. Die Kantone behandelten die ehehaften Rechte sehr unterschiedlich. So habe der Kanton Thurgau alle ehehaften Rechte auf 2010 befristet. Andere Kantone versuchten im Einzelfall, mit dem Inhaber des ehehaften Rechts eine Befristung zu vereinbaren. Aus Sicht des öffentlichen Interesses an der Sicherung angemessener Restwassermengen sowie im Hinblick auf die Rechtsgleichheit sei es angezeigt, dass ehehafte BGE 145 II 140 S. 145 Rechte durch zeitgemässe Wasserrechtskonzessionen abgelöst werden.

### **E. 3.5**

Im Folgenden ist zunächst ein Überblick über Rechtsprechung und Literatur zu den wohlerworbenen Rechten im Allgemeinen (E. 4) und zu den ehehaften Rechten im Besonderen (E. 5) zu geben, um anschliessend die vorliegend streitigen Fragen zu prüfen (E. 6). (...)

### **E. 4**

Ausgangspunkt ist der Rechtsgrundsatz, dass es keinen Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung gibt ( BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60; Urteil 2C\_561/2007 vom 6. November 2008 E. 3, in: ZBl 110/2009 S. 571, RDAF 2010 I S. 328). Unter Umständen können nach Treu und Glauben angemessene Übergangsfristen für neue belastende Regelungen verfassungsrechtlich geboten sein; diese haben jedoch nicht den Zweck, die Betroffenen möglichst lange von der günstigeren bisherigen Regelung profitieren zu lassen, sondern einzig, ihnen eine angemessene Frist einzuräumen, sich an die neue Regelung anzupassen ( BGE 134 I 23 E. 7.6.1 S. 40 f. mit Hinweisen; zu weiteren übergangsrechtlichen Möglichkeiten vgl. ALFRED KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102/1983 II S. 231 ff.).

### **E. 4.1**

Die Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV ) gewährleistet das Eigentum nur in den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind. Nach ständiger

Rechtsprechung sind namentlich die Anforderungen des Gewässerschutzes ( Art. 76 BV ), des Umweltschutzes ( Art. 74 BV ) und der Raumplanung ( Art. 75 BV ) zu beachten; diese gewichtigen öffentlichen Interessen sind der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt (grundlegend BGE 105 Ia 330 E. 3c S. 336). Dementsprechend qualifiziert das Bundesgericht etwa Nichteinzonungen ( BGE 119 Ib 124 E. 2a S. 128 mit Hinweisen) oder Zweitwohnungsbeschränkungen ( BGE 144 II 367 E. 3.2 S. 373) als in der Regel entschädigungslos zulässige Inhaltsbestimmungen des Grundeigentums. Eine Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt und damit eine Entschädigungspflicht wegen materieller Enteignung auslöst ( Art. 26 Abs. 2 BV ; Art. 5 Abs. 2 RPG [SR 700]), liegt nur ausnahmsweise vor, wenn der Eingriff besonders schwer wiegt oder dem Einzelnen ein unzumutbares Sonderopfer abverlangt wird (ständige Rechtsprechung seit BGE 91 I 329 E. 3 S. 339).

#### **E. 4.2**

Einzig die sogenannten "wohlerworbenen Rechte" weisen eine erhöhte Rechtsbeständigkeit auch gegenüber nachträglichen Gesetzesänderungen auf. Zwar sind auch diese Rechte in ihrem Bestand nicht absolut geschützt, d.h. in sie darf aus überwiegenden Gründen BGE 145 II 140 S. 146 des öffentlichen Interesses, gestützt auf eine gesetzliche Grundlage und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, eingegriffen werden. Eingriffe in die "Substanz" des Rechts müssen jedoch nach Rechtsprechung und Lehre entschädigt werden, auch unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung ( BGE 107 Ib 140 E. 3b S. 145; BGE 126 II 171 E. 3c S. 178 f.; BGE 134 I 23 E. 7.1 S. 35; je mit Hinweisen; ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte - Eigentum - Vertrauen [nachfolgend: Wohlerworbene Rechte], 2007, S. 38 ff. und 51 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1243 f.). Diese Rechtsauffassung liegt auch Art. 43 Abs. 2 WRG zugrunde, wonach das durch Konzession verliehene Wassernutzungsrecht nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung aufgehoben oder geschmälert werden darf.

#### **E. 4.3**

Während wohlerworbene Rechte ursprünglich auf die Eigentumsgarantie gestützt wurden, steht heute der Schutz von Treu und Glauben im Vordergrund: Geschützt wird das Vertrauen des Bürgers in das Verhalten der staatlichen Behörden (grundlegend BGE 106 Ia 163 E. 1b S. 167 f.). 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 (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1237; RIVA, Wohlerworbene Rechte, a.a.O., S. 80 ff. und 84 ff. mit Hinweisen). Dieser verstärkte Schutz dient namentlich dem Schutz von erheblichen Investitionen, die ansonsten von Privaten nicht getätigt würden (so bei Konzessionen; vgl. BGE 132 II 485 E. 9.5 S. 513). Andere vermögensrechtliche Ansprüche gegenüber dem Staat werden nur ausnahmsweise, bei qualifizierter Zusicherung, als wohlerworben anerkannt (vgl. BGE 134 I 23 E. 7.1 und 7.2 S. 35 f. mit Hinweisen zum öffentlichen Dienstrecht und zur beruflichen Vorsorge).

#### **E. 4.4**

In BGE 127 II 69 erwog das Bundesgericht erstmals, dass die Qualifikation einer Rechtsposition als wohlerworbenes Recht sich nicht allein aufgrund ihrer Entstehung und

unabhängig von der aktuellen Rechtslage beurteile, sondern das (typisierte) Ergebnis einer Interessenabwägung sei, welche den aufgrund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten privaten Rechten den Vorrang vor der Durchsetzung der mit einer Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen einräume (E. 5a S. 75 f. mit Verweis auf KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz "wohlerworbener Rechte" bei Rechtsänderungen, 1984, S. 224 ff., 233). BGE 145 II 140 S. 147 Der damalige Entscheid betraf die nachträgliche Befristung altrechtlich unbefristet erteilter Wasserrechtskonzessionen. Das Bundesgericht verneinte damals ein wohlerworbenes Recht auf zeitlich unbeschränkte Sondernutzung öffentlicher Gewässer ( BGE 127 II 69 E. 5a und b S. 76 f.): Zwar gehöre die vereinbarte Konzessionsdauer grundsätzlich zur Substanz des wohlerworbenen Rechts, weil der Konzessionär ein Werk mit beträchtlichen Investitionen erstelle, dessen Rentabilität nur kalkuliert werden könne, wenn Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer bestehe. Das Gemeinwesen dürfe daher das Leistungsverhältnis nicht nachträglich zu seinen Gunsten verändern, insbesondere durch Kürzung der Konzessionsdauer. Allerdings seien Wasserrechtskonzessionen nach heutigem Recht zwingend zu befristen ( Art. 54 lit. e und Art. 58 WRG ); das Parlament sei davon ausgegangen, dass eine Konzessionsdauer von 80 Jahren selbst für ganz grosse Unternehmungen mit kostspieligen Anlagen für eine zweckmässige Amortisation ausreiche. Es widerspreche in höchstem Masse dem öffentlichen Interesse, Sondernutzungskonzessionen auf unbeschränkte Dauer zu erteilen und das öffentliche Gewässer auf ewige Zeiten seinem Zweck zu entfremden. Das liefe darauf hinaus, dass sich das Gemeinwesen der Gewässerhoheit entäussere. Auch zivilrechtlich sei es ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf "ewige" Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten. Es handle sich dabei um einen Grundsatz, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung habe ( Art. 2 SchlT ZGB ) und auch im öffentlichen Recht als massgeblich erachtet werde. Altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, seien daher nachträglich zu befristen und könnten unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist entschädigungslos aufgelöst werden (E. 6 S. 78).

#### **E. 4.5**

In BGE 138 V 366 E. 6.1-6.4 S. 372 ff. erachtete das Bundesgericht schliesslich eine entschädigungslose Herabsetzung einer Zusatzrente der weitergehenden Vorsorge um einen Drittel als zulässig, obgleich diese dem Versicherten in Bestand und Höhe qualifiziert zugesichert worden war und damit als wohlerworbenes Recht gelte (E. 2.3 S. 369). Das Gericht führte aus, auch wohlerworbene Rechte seien nicht absolut geschützt. Die einseitige (entschädigungslose) Reglementsänderung rechtfertige sich aufgrund der ausserordentlichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der Vorsorgeeinrichtung auf sehr lange Sicht, was zu einem bedeutenden Teil auf ein strukturelles Defizit zurückzuführen sei. Es handle sich um BGE 145 II 140 S. 148 einen grundlegenden und unverzichtbaren Sanierungsbeitrag, der den Prinzipien der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität und der Gleichbehandlung der Destinatäre entspreche.

#### **E. 5**

Als ehehafte Rechte (" droits immémoriaux ") werden Rechte bezeichnet, die ihren Ursprung in einer Rechtsordnung haben, die nicht mehr besteht. Sie können nach neuem Recht nicht mehr begründet werden, aber unter der neuen Rechtsordnung weiterbestehen (vgl. BGE 127 II 69 E. 4b S. 74; BGE 131 I 321 E. 5.1.2 S. 324 f.; je mit Hinweisen). In der

Regel handelt es sich um Rechte, die vormals dem Privatrecht zugewiesen wurden, heute aber zum öffentlichen Recht gehören, ohne sich indessen reibungslos in dieses einzuordnen (SUTTER/MÜLLER, Historische Rechtspositionen - Fortwirkung oder Untergang? Überlegungen am Beispiel der staatlichen Pfarrerbesoldung im Kanton Bern, ZBl 2013 S. 475).

### **E. 5.1**

Ehehafte Rechte werden in Rechtsprechung und Lehre traditionell als eine spezielle Kategorie der wohlerworbenen Rechte betrachtet (vgl. z.B. BGE 117 Ia 35 E. 2 S. 37 zu ehehaften Weiderechten; Urteile 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3 und 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3a/cc, in: SJ 2002 I S. 91, URP 2001 S. 1053, RDAF 2002 I S. 363 zu ehehaften Wasserrechten; je mit Hinweisen; PETER LIVER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift Paul Gieseke, 1958, S. 225 ff, insb. 231; DOMINIK STRUB, Wohlerworbene Rechte, insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, 2001, S. 204; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 1240 S. 267; so auch noch RIVA, Wohlerworbene Rechte, a.a.O., S. 153; derselbe, Kommentar, a.a.O., N. 3 und 12 vor Art. 80-83 GSchG sowie N. 9 ff. zu Art. 80 GSchG). ALFRED KÖLZ (Das wohlerworbene Recht - immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 74/1978 S. 65) bezeichnet sie als "Zeugen unbewältigter juristischer Vergangenheit", weil man sich bei der Schaffung neuen Rechts gescheut habe, alte subjektive Rechtspositionen abzuschaffen. Sie hätten die Bezeichnung "wohlerworbene Rechte" erhalten und stünden seither sozusagen als erratische Blöcke im öffentlichen Recht (ähnlich KLETT, a.a.O., S. 94).

### **E. 5.2**

WERNER DUBACH (Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, November 1979, in: Mitteilung Nr. 1 des Bundesamts für Wasserwirtschaft, 1980, S. 53 und 59 f.) kam dagegen in einem Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamts für Wasserwirtschaft zum Ergebnis, dass ehehafte Wasserrechte zwar durch die Eigentumsgarantie geschützt seien, nicht aber den darüber hinausgehenden Schutz von BGE 145 II 140 S. 149 wohlerworbenen Rechten genössen, weil sie - anders als die konzessionierten Wassernutzungsrechte - nicht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Staat beruhten (a.a.O., S. 63 f. und 128). Dies bedeute, dass ehehafte Rechte, wie alle Privatrechte, durch den Gesetzgeber modifiziert werden könnten (S. 65), insbesondere auch zur Sicherung angemessener Restwassermengen (S. 126 ff.). Eine enteignungsähnliche und damit entschädigungspflichtige Massnahme liege erst vor, wenn die bestehende Nutzung untersagt, verunmöglicht oder in besonders gewichtiger Weise erschwert werde (S. 127 f.), d.h. wenn nach den allgemeinen Grundsätzen eine materielle Enteignung vorliege. Ihre Aufhebung sei dagegen als formelle Enteignung nur gegen volle Entschädigung zulässig (S. 64). MOOR/POLTIER (Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, S. 25) führen den Schutz vertraglicher und vertragsähnlicher Rechte gegenüber dem Gesetzgeber auf den Grundsatz "pacta sunt servanda" zurück und halten die Rechtsfigur des wohlerworbenen Rechts für entbehrlich. Ihres Erachtens geniessen ehehafte Rechte denselben Status wie jedes andere private vermögenswerte Recht, d.h. sie unterliegen dem Schutz der Eigentumsgarantie (so auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif, Bd. III, 2. Aufl. 2018, S. 663/664).

### **E. 5.3**

Das Rechtsgutachten Bütler/Riva folgt grundsätzlich der Konzeption von DUBACH: Die Privilegierung der ehehaften Rechte gegenüber anderen der Eigentumsgarantie unterstehenden privaten Rechten finde weder in Verfassung noch Gesetz eine Grundlage; sie könne sich mangels Vertrauensgrundlage auch nicht auf Art. 9 BV stützen. Die postulierte Gesetzesbeständigkeit solcher Rechte sei mit dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" unvereinbar. Die Autoren sind daher der Auffassung, dass auch ehehafte Rechte dem normalen Restwasserregime nach Art. 31 ff. GSchG unterliegen. Wollte man sie dennoch als wohlerworbene Rechte qualifizieren, müssten sie jedenfalls - wie altrechtliche Wasserrechtskonzessionen ( BGE 127 II 69 E. 5b und c S. 76 ff.) - nach einer Dauer von maximal 80 Jahren an das geltende Recht angepasst werden.

#### **E. 5.4**

SUTTER/MÜLLER bezeichnen historische Rechtspositionen als "terra incognita" in der Rechtsdogmatik (a.a.O., S. 472). Diese müssten - wie alles staatliche Recht - ihre Grundlage in der geltenden Verfassung finden (S. 473 f.), und ihre Beständigkeit könne nicht grösser sein als die ihnen zugrunde liegenden Verfassungsgarantien, insbesondere das Prinzip des Vertrauensschutzes, die Eigentumsgarantie und das Verhältnismässigkeitsprinzip (S. 477). Ob und wenn BGE 145 II 140 S. 150 ja, unter welchen Voraussetzungen in wohlerworbene historische Rechte eingegriffen werden könne, beurteile sich daher in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung, unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen verfassungsmässigen Rechte und der allgemeinen Prinzipien der Haftung bei rechtmässiger Staats- bzw. Legislativtätigkeit (a.a.O., S. 478 f.). Dabei sei insbesondere der Zweck des staatlichen Eingriffs zu berücksichtigen: Verfolge dieser überwiegend (eigene) fiskalische Staatsinteressen, dürfte er nur unter restriktiven Bedingungen und i.d.R. nach vorgängiger Entschädigung zulässig sein. Hingegen führten im allgemeinen öffentlichen Interesse liegende regulatorische Verkürzungen nur ausnahmsweise zu einer Entschädigungspflicht, etwa dann, wenn ein Eingriff besonders schwer wiege oder ein Sonderopfer vorliege. Bei vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen sei überdies der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt zu berücksichtigen, der einer vertraglichen Bindung des Staates auf ewige Zeiten entgegenstehe (a.a.O., S. 480). Wohlerworbene Ansprüche seien daher - wie sämtliches Recht - jedenfalls unter Beachtung einer angemessenen Frist ablösbar (a.a.O., S. 489).

#### **E. 6**

Streitig ist vorliegend das Recht des Beschwerdegegners zur Nutzung des Lorzewassers auf der Stufe "Hammer".

##### **E. 6.1**

In der Verfügung von 1967 hielt der Regierungsrat fest, dass die Nutzbarmachung der Wasserkraft im Kanton Zug ursprünglich den Uferanstössern zugestanden habe. § 86 Abs. 1 des Zuger Einführungsgesetzes vom 17. August 1911 zum ZGB (EG ZGB; BGS 211.1) habe verschiedene Gewässer, darunter die Lorze, für öffentlich erklärt; mit dem Zuger Gesetz vom 16. Februar 1922 betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte sei die Wasserkraftnutzung dem Staat zugesprochen und dafür eine Konzessionspflicht eingeführt worden. Die M. AG habe die Wasserkraft der Lorze damals in vier Stufen tatsächlich ausgenützt. Es habe sich nicht um eine Beleihung gehandelt, sondern um Privatrechte an der Lorze, deren Begründung nach der früheren Rechtsordnung durch Besitzergreifung an der Wasserkraft, verbunden mit einer behördlichen Erlaubnis (Polizeibewilligung), möglich

gewesen sei. Mit der Ausnützung der Wasserkraft seitens des Uferanrainers sei ein dingliches Recht am öffentlichen Gewässer entstanden, das unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehe.

### **E. 6.2**

Schon nach ihrem Wortlaut begründete diese Verfügung kein neues, wohlverworbenes Recht, sondern anerkannte ein BGE 145 II 140 S. 151 vorbestehendes Recht im bisherigen Umfang. Dies entsprach dem damals geltenden Recht, das die Begründung von Wassernutzungsrechten nur noch in Form einer (befristeten) staatlichen Konzession zulies. Rechtsgrund ist somit nicht die Anerkennung (verbunden mit dem Eintrag im Grundbuch). Vielmehr handelt es sich um eine ehemals mit dem Eigentum am Ufergrundstück zusammenhängende Nutzungsbefugnis, die einseitig, durch Okkupation, ausgeübt wurde. Diese Nutzungsbefugnis wurde 1922 zugunsten der neu eingeführten staatlichen Wasserrechtsverleihung beseitigt (vgl. dazu BGE 48 I 580 E. 2 S. 597 ff.). Ausgenommen wurden jedoch Fälle, in denen von der Befugnis bereits tatsächlich - durch Erstellung und Gebrauch von Wasserwerken - Gebrauch gemacht worden war: Diese bereits ausgeübten Rechte wurden weiter anerkannt (vgl. BGE 48 I 580 E. 2 S. 601 ff.) und als wohlverworbene ehehafte Wasserrechte eingestuft (vgl. LIVER, a.a.O., S. 230).

### **E. 6.3**

Formell handelt es sich bei dieser Nutzungsberechtigung nicht um eine Konzession (obgleich anscheinend der historische Gesetzgeber davon ausging, zumal er in § 16 des Zuger Gesetzes vom 16. Februar 1922 eine Spezialvorschrift über den Widerruf von "bestehenden Wasserrechtskonzessionen" vorsah; vgl. dazu BGE 48 I 580 E. 2 S. 603). Vielmehr wurde das Recht in Form eines beschränkten dinglichen Rechts (Personalservitut) an einem (heute öffentlichen) Gewässer anerkannt. Inhaltlich handelt es sich gleichwohl um ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer; dessen Schutz rechtfertigt sich (wie bei den Konzessionen) mit Blick auf die getätigten Investitionen (Errichtung von Wasserwerken). Die Interessenlage ist damit gleich zu beurteilen wie bei den altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen; ein darüber hinausgehender Schutz ehehafter Wasserrechte lässt sich verfassungsrechtlich, unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie und des Vertrauensschutzes, nicht rechtfertigen.

### **E. 6.4**

Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung werden heute als verfassungswidrig erachtet, weil das Gemeinwesen die Möglichkeit haben muss, sich von Zeit zu Zeit zu vergewissern, ob die Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch im Einklang steht (PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2018, S. 365), ansonsten es sich seiner Gewässerhoheit entäussern würde. Der Investitionsschutz rechtfertigt die Aufrechterhaltung überkommener Rechte nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, BGE 145 II 140 S. 152 längstens aber für eine Dauer von 80 Jahren (vgl. BGE 127 II 69 E. 5b S. 76 f.). Altrechtliche Konzessionen, die noch ohne zeitliche Begrenzung erteilt wurden, sind daher nachträglich zu befristen und können unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist entschädigungslos aufgelöst werden (BGE 127 II 69 E. 6 S. 78).

### **E. 6.5**

Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte: Auch diese sind nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar grundsätzlich entschädigungslos.

Die ehehaften Rechte (z.B. Personalservituten) sind daher abzulösen (u.U. mit einer gewissen Übergangsfrist). Will der Berechtigte die Wassernutzung weiterführen, bedarf er hierfür einer Konzession nach heutigem Recht, zu den geltenden Konzessionsbedingungen, und muss alle für Neuanlagen geltenden Vorschriften des Umwelt- und Gewässerschutzrechts einhalten, insbesondere die Restwasservorschriften. Diese Anpassung an das heutige Recht muss bei erster Gelegenheit erfolgen und ist jedenfalls Voraussetzung für die Erneuerung der Wasserkraftanlagen. Bau- und Ausnahmebewilligungen dürfen daher erst erteilt werden, wenn eine Konzession erteilt worden ist. Da es vorliegend an dieser Voraussetzung fehlt, ist die Beschwerde schon aus diesem Grund gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache ist an den Regierungsrat zurückzuweisen, um das weitere Vorgehen in den hängigen Baugesuchsverfahren zu prüfen.

#### **E. 6.6**

Reparatur und Wiederinbetriebnahme der alten Turbine sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. nicht publ. E. 1.2). Auch diese Nutzung der Wasserkraft muss jedoch - sofern sie aufrechterhalten werden soll - den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Diesen kann sich der Beschwerdegegner nicht durch Rückzug des Baugesuchs entziehen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.