

BGer 2A.391/2006 vom 29. November 2006

Bundesgericht, 2006-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.391_2006

FR: TF 2A.391/2006 du 29 novembre 2006

IT: TF 2A.391/2006 del 29 novembre 2006

Erwägungen

E. 1.1

Die vorliegende Streitsache betrifft die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers, die sich zwar in erster Linie auf das kantonale Wasserrechtsgesetz (insb. Art. 27 und 93 WRG /NW) stützt, für die jedoch auf Grund ihres engen Sachzusammenhangs mit Bundesverwaltungsrecht (Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkraft [Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80]) die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung steht (Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 1). Dessen Überprüfungsbefugnis beschränkt sich dabei nicht auf die Beachtung des Bundesrechts, sondern erstreckt sich auch auf die Anwendung des kantonalen Rechts, welche allerdings nur daraufhin zu überprüfen ist, ob sie gegen Bundesrecht (einschliesslich Bundesverfassungsrecht) verstösst (Art. 104 lit. a OG ; BGE 126 II 171 E. 1b, mit Hinweisen).

E. 1.2

Die Vorinstanz hat bereits in ihrem früheren Urteil vom 28. Juni 2002 ausgeführt, der Beschwerdegegner verfüge über ein (privates) ehehaftes Wasserrecht und dürfe der Engelberger Aa grundsätzlich Wasser entnehmen. Sie hat sodann (vorfrageweise) festgestellt, dass dieses Recht als solches, d.h. in Bezug auf seinen Bestand bzw. seine Substanz, unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und des Prinzips von Treu und Glauben stehe (E. 3). Der Inhalt und speziell die Ausübung dieses ehehaften Wasserrechts - im konkreten Fall der Umbau bzw. die Nutzungsänderung - richte sich indessen nach der geltenden Rechtsordnung und unterliege nach dieser (mindestens) der Bewilligungspflicht. Das Bundesgericht hat diese Auffassung in Bezug auf das "ehehafte Wasserrecht im anerkannten Umfang" bestätigt. Es hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, das Verwaltungsgericht habe ohne Rechtsverletzung davon ausgehen dürfen, dass der Übergang von der Transmissionsnutzung zur Stromerzeugung einen bewilligungspflichtigen Umbau und die das wohlerworbene Recht überschüssende Nutzung eine bewilligungspflichtige Wassernutzung darstellen (Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3 und 4.2).

E. 1.3

Im angefochtenen Entscheid (E. 2) hat die Vorinstanz wiederholt, der Beschwerdegegner verfüge unbestrittenermassen über ein ehehaftes Wasserrecht und dürfe der Engelberger Aa grundsätzlich Wasser entnehmen; auch im vorliegenden Verfahren gehe es "einmal mehr nicht um die Frage des Bestandes oder Inhalts des ehehaften Wasserrechts, sondern um die Frage der ... nachgesuchten Wassernutzung zum Zweck des Generatorenbetriebs, namentlich, ob die ersuchte Bewilligung für eine Nutzungsänderung (Generator statt Transmission) zu Recht von der Vorinstanz verweigert wurde". Der Beschwerdegegner könne sich zudem im Umfang der bisherigen Ausübung des Wasserrechts auf den

Vertrauensschutz berufen (E. 2.3). Schliesslich erkannte das Verwaltungsgericht, der Beschwerdegegner habe auch nicht (im Sinne von Art. 93 Abs. 3 WRG /NW) auf die Ausübung dieses ehehaften Rechts auf Wasserentnahme verzichtet (E. 2.4).

Damit hat das Verwaltungsgericht diese (materiellrechtlichen) Fragen (insb. die Auslegung und Anwendung der Art. 4, 27 und 93 WRG /NW) - für den Regierungsrat verbindlich - entschieden, weshalb insoweit ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid vorliegt; davon geht - zu Recht - auch der Beschwerdeführer aus. In Bezug auf die Frage der Bewilligungserteilung bzw. der Verhältnismässigkeit der Bewilligungsverweigerung liegt hingegen lediglich ein Zwischenentscheid (ohne nicht wieder gutzumachenden Nachteil) vor, weshalb auf die dazu vorgebrachten Argumente des Beschwerdeführers nicht einzutreten ist.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer zählt zu den nach Art. 55 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) und Art. 12 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) beschwerdeberechtigten Organisationen. Da in dem hier in Frage stehenden Bewilligungsverfahren neben Aspekten des Wasserrechts auch solche der eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung (Restwasser) und des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0; Abflussmengen und freie Fischwanderung: Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und lit. b in Verbindung mit Art. 10 BGF) zu beachten sind und insbesondere die Nutzung der Wasserkräfte eine kantonale fischereirechtliche Bewilligung erfordert (Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a BGF), kann der Beschwerdeführer jedenfalls insoweit im Sinne von Art. 12 NHG als zur Beschwerde legitimiert betrachtet werden (vgl. BGE 120 Ib 233 , nicht publizierte E. 1c; vgl. dazu auch den Entscheid des Regierungsrates vom 11. Januar 2005 E. 1.3).

E. 1.5

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). Zum Bundesrecht gehört auch das Bundesverfassungsrecht. Ferner kann geltend gemacht werden, der rechtserhebliche Sachverhalt sei unrichtig oder unvollständig festgestellt worden (Art. 104 lit. b OG). Da vorliegend indessen eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden hat, ist das Bundesgericht an deren Sachverhaltsfeststellungen gebunden, soweit diese nicht offensichtlich unrichtig oder unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt wurden (Art. 105 Abs. 2 OG). Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung nicht schon dann, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist. Nicht gerügt werden kann, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (BGE 131 II 361 E. 2).

E. 1.6

Die gemäss Art. 105 Abs. 2 OG beschränkte Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatfragen hat zur Folge, dass die Möglichkeit, vor Bundesgericht Noven vorzubringen, weitgehend eingeschränkt ist. Zulässig sind nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt. Noven, welche die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz hätte vorbringen können und müssen, sind unzulässig (BGE 128 II 145 E. 1.2.1, mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer hat im vorliegenden Verfahren verschiedene (zum Teil historische) Akten eingereicht (Beschwerdebeilagen 10, 11, 12, 13), die der Vorinstanz nicht vorlagen. Sie sind nach dem Gesagten als unzulässige Noven in diesem Verfahren unbeachtlich.

E. 2.1

Die vorliegende Streitsache betrifft die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers, die nach heute geltender Regelung einer Verleihung durch den Regierungsrat bedarf (Art. 26 Abs. 1 Ziff. 4 WRG /NW), welche dem Berechtigten ein wohl erworbenes Recht verschafft (Art. 35 WRG /NW). Änderungen der verleihungsbedürftigen Nutzung, durch die der Wasserlauf, der Wasserverbrauch, die Qualität des Wassers oder die Abflussverhältnisse beeinflusst werden, bedürfen einer erneuten Verleihung (Art. 27 Abs. 1 WRG /NW). Demgegenüber bedarf der blosser Umbau der verleihungs- oder bewilligungspflichtigen Nutzungsanlagen lediglich der Bewilligung durch den Regierungsrat (Art. 27 Abs. 2 WRG /NW). Mit dem in Rechtskraft erwachsenen Urteil vom 28. Juni 2002 hat das kantonale Verwaltungsgericht erkannt, der in Frage stehende Umbau der Wassernutzungsanlage des Beschwerdeführers sei bewilligungspflichtig, die Nutzungsänderung zur Energiegewinnung (allenfalls) sogar verleihungspflichtig (E. 2c und 3b). Das kantonale Wasserrechtsgesetz behält die wohl erworbenen Rechte auf bestehende Wassernutzungen vor (Art. 92 WRG /NW), sofern diese nicht durch Verzicht untergegangen sind (Art. 93 Abs. 3 WRG /NW).

E. 2.2

Dem angefochtenen Entscheid liegt die Annahme zu Grunde, der vom Beschwerdegegner im Sinne eines wohl erworbenen Rechts behauptete Anspruch auf Ausnützung der Wasserkraft der Engelberger Aa bzw. auf Wasserentnahme bestehe nach wie vor im ursprünglichen Umfang des Wasserrechts. Diese Frage ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners - unabhängig davon, ob sie dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist bzw. wieweit allenfalls auch Normen des Privatrechts zu beachten sind, im Rahmen der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorfrageweise zu prüfen (BGE 131 I 321 , unveröffentlichte E. 2.3). Dem steht auch Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1 WRG /NW, wonach über bestrittene Privatrechte an Gewässern die "Gerichte" entscheiden, nicht entgegen; denn die dem Regierungsrat vom kantonalen Gesetzgeber übertragene Pflicht, beim Entscheid über Verleihungen und Bewilligungen für die Nutzung der Wasserkraft öffentlicher Gewässer gemäss Art. 25 ff. WRG /NW die ausdrücklich vorbehaltenen nachgewiesenen Privatrechte an Gewässern (vgl. Art. 4 WRG /NW) bzw. die wohl erworbenen Rechte (Art. 92 WRG /NW) zu berücksichtigen, setzt voraus, dass vorfrageweise auch über deren Bestand bzw. Umfang entschieden wird. Ein allfälliger Entscheid des Zivilrichters über Bestand und Umfang des ehehaften Wasserrechts ist damit nicht vorweggenommen (vgl. in Bezug auf dasselbe Wasserrecht eines Rechtsvorgängers des Beschwerdegegners: Urteil 2A.4/1992 vom 30. September 1992 E. 2b).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine offensichtlich mangelhafte Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. b OG).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat festgestellt, der Beschwerdegegner verfüge über ein privates ehehaftes Wasserrecht (vgl. zu diesem Begriff BGE 131 I 321 E. 5.1.2), das ihn berechtige, der Engelberger Aa grundsätzlich Wasser zu entnehmen. Die Wasserentnahme sei zwar

zunächst zwecks Antriebs einer Transmission für den Sägereibetrieb erfolgt. Den Akten könne aber nirgends ein klarer Nachweis entnommen werden, wonach das Recht zur Wasserentnahme nur zum Betrieb einer Säge mittels Transmission "ergangen" wäre. Auch über die Vereinbarung einer Ausübungspflicht oder eine entsprechende Bedingung/Auflage im Zusammenhang mit dem damals eingeräumten Wasserrecht lasse sich in den Akten nichts finden. Anerkannt sei hingegen, dass dem Beschwerdegegner zumindest im Rahmen des ursprünglichen Umfanges des Wasserrechts die Wasserentnahme zugestanden worden sei.

E. 3.3

Diese Feststellungen stützen sich im Wesentlichen auf das rechtskräftige Urteil der Vorinstanz vom 28. Juni 2002. Auch das Bundesgericht hat in seinem dazu ergangenen Urteil vom 24. März 2003 erwogen, der Regierungsrat des Kantons Nidwalden habe bestätigt, dass dem Beschwerdegegner an der Engelberger Aa ein ehehaftes Wasserrecht - als Eigentumsrecht - zustehe (E. 3). Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang zur Hauptsache auf Dokumente, die er dem Verwaltungsgericht nicht vorgelegt hat und die deshalb im vorliegenden Verfahren unbeachtlich sind. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zwar im Verfahren vor der Vorinstanz beigeladen wurde, hingegen in seiner Vernehmlassung in Bezug auf das ehehafte Recht ausdrücklich den Entscheid des Verwaltungsgerichts abwarten wollte; zusätzliche Sachverhaltsabklärungen hat er jedoch nicht verlangt. Was er in der vorliegenden Beschwerde vorbringt, ist jedenfalls nicht geeignet, die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz als offensichtlich unrichtig oder unvollständig erscheinen zu lassen.

Auch von einer Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften kann in diesem Zusammenhang nicht die Rede sein, nachdem dem Beschwerdeführer vor der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und zu einer Duplik eingeräumt wurde und er dabei keine Ergänzung des Sachverhaltes anbrachte oder beantragte. Die von ihm als verletzt gerügte Bestimmung von § 48 der kantonalen Verordnung vom 8. Februar 1985 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegeverordnung) behält ausdrücklich § 50 vor, welcher die Parteien (zu denen gemäss § 12 Ziff. 2 der Verwaltungsrechtspflegeverordnung auch der Beschwerdeführer als beschwerdeberechtigte Organisation zählt) verpflichtet, bei der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Wenn er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, kann er das Versäumte nun nicht im vorliegenden Verfahren nachholen. Auch von einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Beschwerde Ziff. 38) kann unter diesen Umständen offensichtlich nicht die Rede sein.

Es bleibt ergänzend darauf hinzuweisen, dass die kantonale Landwirtschafts- und Umweltdirektion mit Schreiben vom 16. Juni 2000 ausdrücklich ein ehehaftes Wassernutzungsrecht des Beschwerdegegners anerkannte; die "anerkannte Leistung ab Turbinenwelle bzw. Pulley" betrage 25 PS.

E. 3.4

Es verletzt daher kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen ist, der Beschwerdegegner verfüge über ein anerkanntes ehehaftes Wasserrecht, welches ihn berechtige, während 8 bis 9 Monaten pro Jahr der Engelberger Aa Wasser in einem Umfang zur Erzeugung einer Leistung von 25 PS (bzw. der sich

ursprünglich aus Wassermenge und Gefälle ergebenden Leistung: vgl. dazu E. 4.3) zu entnehmen.

E. 4.1

Was den Inhalt und die Ausübung des in Frage stehenden ehehaften Wasserrechts anbelangt, so liegt es auf der Hand, dass die über die anerkannte Zeitdauer von 8 bis 9 Monaten hinausreichende ganzjährige Nutzung des Wasserrechts den Wasserverbrauch beeinflusst, weshalb insoweit nicht nur eine Bewilligung, sondern gemäss Art. 27 Abs. 1 WRG /NW eine Verleihung durch den Regierungsrat erforderlich ist (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juni 2002 E. 2c und Vernehmlassung des Bundesamtes für Umwelt, Ziff. 3). Dies ist schon im Urteil des Bundesgerichts vom 24. März 2003 angedeutet, indem dort ausgeführt wurde, der ganzjährige permanente Betrieb des Generators überschreite das ehehafte Wasserrecht im anerkannten Umfang und bedürfe einer Bewilligung des Regierungsrates nach den Art. 25 ff. WRG /NW. Dies ist dahingehend zu präzisieren, dass der in jenem Urteil verwendete Begriff "Bewilligung" in einem weiten Sinn zu verstehen ist und auch die Verleihung umfasst, ist doch in den erwähnten Bestimmungen immer die Rede von Verleihung oder Bewilligung.

E. 4.2

Der Beschwerdeführer macht zur Hauptsache geltend, das ehehafte Wasserrecht des Beschwerdegegners sei durch Verzicht auf die ursprüngliche Ausübung, d.h. die Nutzung des Aawassers zum Betrieb einer Säge, gemäss Art. 93 Abs. 3 WRG /NW untergegangen.

E. 4.3

Die Vorinstanz hat erkannt, aus dem Umstand, dass die Wasserentnahme (im Rahmen des ursprünglichen Umfangs des Wasserrechts) durch den Beschwerdegegner heute nicht mehr dem Sägereibetrieb, sondern der Energiegewinnung diene, könne nicht geschlossen werden, der Beschwerdegegner habe dadurch konkludent auf das ehehafte Wasserrecht verzichtet. Für die mit dem Einbau eines Generators vorgenommene Nutzungsänderung sei dem Beschwerdegegner zudem - im anerkannten Umfang des Wasserrechts - der Vertrauensschutz zuzugestehen.

Dies ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Wie den Akten zu entnehmen ist, ist in den Räumen der früheren Sägerei heute eine Schreinerei eingerichtet (Vernehmlassung des Regierungsrates vom 2. Mai 2005 an die Vorinstanz, S. 6). Dieser Betrieb könnte somit auch heute noch mit der über die Wasserkraft gewonnenen Energie betrieben werden. Das früher im Grundbuch des Kantons Nidwalden eingetragene "Wasserrecht" wurde im Rahmen einer Grundbuchbereinigung am 5. März 1979 mit Zustimmung der damaligen Grundeigentümer C._____ und D._____ gelöscht; dies mit der Begründung, der "Bestand des Sägereibaches" sei durch Art. 93 WRG /NW gewährleistet. Auch daraus ist zu schliessen, dass der Beschwerdegegner aufgrund seines Wasserrechts die Energie des durch diesen Zulauf fliessenden Wassers nutzen durfte. Ob er diese Kraft nun über die seit langem bestehende Turbine zur Erzeugung mechanischer (Transmissionsriemen) oder elektrischer Energie (Generator) nutzt, ändert am grundsätzlichen Inhalt des Wasserrechts nichts. Es entspricht denn auch Lehre und Rechtsprechung, dass ehehafte Wasserrechte in aller Regel die gesamte Energie umfassen, die - allenfalls durch Verbesserung der Anlagen entsprechend dem jeweiligen Stand der Technik - erzeugt werden kann, ohne dass die seit jeher ausnützbare Wassermenge und das seit jeher ausnützbare Gefälle vergrössert werden (so schon BGE 27 II 672). Dass das Wasserrecht dabei ursprünglich nur dem Betrieb einer

Sägerei, nicht aber (auch) der Versorgung von Dritten mit Elektrizität gedient hat, steht dabei grundsätzlich einer Zweckänderung nicht entgegen (vgl. BGE 109 Ib 276 E. 3c und d, mit Hinweisen; vgl. auch schon BGE 27 II 672 E. 2, S. 690). Dies entspricht auch allgemeiner Überzeugung, denn die heute noch bestehenden ehehaften Wasserrechte dienen nur zu einem kleinen Teil noch ihrem ursprünglichen Zweck; an die Stelle der früheren Sägereien, Mühlen und Schmieden sind regelmässig andere Fabrikationsbetriebe mit anderen Produktionszweigen getreten, ohne dass diesen das ehehafte Wasserrecht entzogen worden wäre (vgl. Peter Liver, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 246).

E. 5

Ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass das ehehafte Wasserrecht in seinem ursprünglichen Umfang (d.h. ohne Überschreitung der anerkannten Nutzung) nach wie vor besteht, kann dahingestellt bleiben, inwiefern sich der Beschwerdegegner insoweit zusätzlich auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen kann. Damit erübrigt es sich, auf die vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang gerügte Missachtung seiner Parteirechte (Beschwerde Ziff. 58 ff.) einzugehen.

E. 6

Der Beschwerdeführer beanstandet schliesslich die von der Vorinstanz getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung. Diese steht im Einklang mit den anwendbaren kantonalen Bestimmungen (§ 123 und 124 der kantonalen Verwaltungsrechtspflegeverordnung), nach welchen die unterliegende Partei die amtlichen Kosten im Rechtsmittelverfahren zu tragen hat; unterliegt sie nur teilweise, werden die amtlichen Kosten angemessen herabgesetzt. Es ist unter den gegebenen Umständen nicht willkürlich, den Beschwerdeführer als unterliegend und damit als kosten- und entschädigungspflichtig zu betrachten, wenn der Beschwerdegegner mit seinem Rechtsmittel die Aufhebung des von ihm angefochtenen Entscheides und die Rückweisung an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung erwirkt hat.

E. 7

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Praxisgemäss sind die zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimierten ideellen Organisationen, zu denen der Beschwerdeführer gehört (vgl. BGE 120 Ib 233 , unveröffentlichte E. 1c), zwar nicht von der Bezahlung der gegnerischen Parteikosten, aber von den Gerichtskosten befreit (vgl. Urteil 1A.29/2004 vom 21. September 2004 E. 3, mit Hinweis auf BGE 123 II 337 E. 10a S. 357). Es besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall davon abzuweichen. Der Beschwerdeführer hat somit lediglich dem Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 OG).

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