

# **BVGer A-6100/2020 vom 15. November 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6100\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6100_2020)

FR: TAF A-6100/2020 du 15 novembre 2021

IT: TAF A-6100/2020 del 15 novembre 2021

## **Regeste**

Energie (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 66 Abs. 2 EnG, Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Verfügungen des BAFU können nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege angefochten werden (Art. 66 Abs. 2 EnG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Sie ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit der ihr Zusicherungsgesuch teilweise abgewiesen wurde, sowohl formell als auch materiell beschwert. Damit ist sie zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

## **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts - einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens -, auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2018 traten das Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0; AS 2017 6839, 6871) und die Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01; AS 2017 6889, 6918) in Kraft. Die Übergangsbestimmungen (Art. 72 ff. EnG) sehen keine Regelung für die Besonderen Unterstützungsmassnahmen (6. Kapitel; Art. 30-34 EnG) vor.

Wenn Übergangsbestimmungen fehlen, ist nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen in der Regel dasjenige materielle Recht massgeblich, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat (BGE 140 V 136 E. 4.2.1; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_850/2019, 2C\_851/2019 vom 14. April 2020 E. 4 und Urteil des BVGer A-5199/2018 vom 6. September 2019 E. 3).

### **E. 3.2**

Die Sanierungsmassnahmen wurden im Jahr 2016 durchgeführt. Am 21. Dezember 2017 reichte die Beschwerdeführerin ihr Entschädigungsgesuch ein. Damit sind grundsätzlich die bis 31. Dezember 2017 in Kraft stehenden Bestimmungen des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (aEnG; AS 1999 197) und der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV; AS 1999 207) anzuwenden. Dass beide Parteien auf das neue Recht abgestellt haben, spielt im Ergebnis keine Rolle, denn die einschlägigen Bestimmungen zu den in materieller Hinsicht strittigen Punkten haben sich nicht geändert. Die neu zuständigen Bundesbehörden nehmen ihre Aufgaben sofort nach dem Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes auf (Art. 74 Abs. 2 EnG; vgl. dazu unten E. 5.2.).

### **E. 4.1**

Streitgegenstand bildet die Höhe der zugesicherten Entschädigung der voraussichtlich anrechenbaren Kosten für die anspruchsbegründenden Sanierungsmassnahmen. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren stand fest, dass die Beschwerdeführerin für den Neubau der Stauwehr (Fischabstieg und Geschiebe) keine Finanzierung beantragt hatte. Das ist hier unbestritten.

#### **E. 4.1.1**

Die Beschwerdeführerin beantragte noch in ihrem Gesuch vom 21. Dezember 2017 eine Entschädigung von Fr. 998'479.- (inkl. MwSt). In der angefochtenen Verfügung entschädigte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit voraussichtlich Fr. 490'035.- (inkl. MwSt). Aus den Beschwerdeanträgen geht hervor, dass sich die ersuchte Entschädigung auf Fr. 956'000.- (inkl. MwSt) reduziert. Der Streitwert beträgt Fr. 465'965.- (inkl. MwSt). Allein aus der Reduktion des ursprünglich beantragten Entschädigungsbetrags um Fr. 42'479.- ist nicht nachvollziehbar, gegen welche Teile der vorinstanzlichen Verfügung sich die Beschwerde nicht mehr richtet. Es stellt sich vor allem die Frage, ob die Beschwerdeführerin weiterhin an Erlöseinbussen festhält. Die Vorinstanz wies in der angefochtenen Verfügung alle Kosten hinsichtlich der geltend gemachten Erlöseinbussen ab. Diesbezüglich erachtete sie im Wesentlichen die Kosten von einmalig Fr. 1'125.- (während der Bauphase) und von etwa Fr. 200'000.- (während der Betriebsphase) als nicht anrechenbar. Während der Bauphase habe die Anlage wegen Wehrsanierung und Umbau ohnehin ausser Betrieb genommen werden müssen. Zudem obliege gemäss Konzession dem Konzessionär die Abgabe der zum Betrieb einer Fischaufstiegsanlage nötigen Wassermenge, weshalb dafür ebenfalls keine Erlöseinbussen zu entschädigen seien. In ihrer Beschwerde erwähnt die Beschwerdeführerin diese beiden Kostenpunkte überhaupt nicht mehr. Sie stellt diesbezüglich weder spezifische Anträge noch weist sie in ihrer Beschwerdebegründung auf etwaige Erlöseinbussen hin, die zu entschädigen wären. In ihrer Replik hielt die Beschwerdeführerin einzig in Form einer Entgegnung zur Vernehmlassung der Vorinstanz fest, dass die Erlöseinbussen während der Betriebsphase in Höhe von rund Fr. 200'000.- nachvollziehbar seien. Sie habe alle Unterlagen, über die sie verfügt, zur Verfügung gestellt und sei nie dazu aufgefordert worden, die Erlöseinbussen

während der Betriebsphase genauer zu erklären. Diese Aussagen genügen allerdings nicht, um davon auszugehen, dass der Streitgegenstand auf Beschwerdeebene auch Erlöseinbussen umfasst. Die Beschwerdeführerin hat weder in ihrer Beschwerde noch in ihrer Replik dargelegt, aus welchen Gründen Erlöseinbussen anrechenbar sein sollten, obwohl die Vorinstanz diese Kosten gesamthaft abgewiesen hat. Damit hat sie diesen Teil der Begründung der vorinstanzlichen Verfügung akzeptiert. Diese Positionen bilden nicht mehr Streitgegenstand.

#### **E. 4.1.2**

Die Vorinstanz beschränkte sich in ihrer Zusicherungsverfügung auf eine grundsätzliche Beurteilung der wichtigsten bauteilbezogenen Kostenpositionen. Die definitive Höhe der Entschädigung stellte sie in Aussicht, sobald die Beschwerdeführerin die Kostenzusammenstellung nach Umsetzung der Massnahmen beziehungsweise der Wirkungskontrolle einreiche (vgl. Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung). Damit verfügte die Vorinstanz einzig über die grundsätzliche Anrechenbarkeit der Hauptpositionen, nicht aber über die konkreten Auszahlungsbeträge. Dies geschah im Interesse der Beschwerdeführerin, um das Verfahren nicht weiter zu verzögern. Nachdem sich die Beschwerde auch nicht gegen Ziff. 2 der Zusicherungsverfügung richtet, sind im Rahmen des verfügten Verfahrensgegenstands einzig die schätzungsweise festgelegten Positionen im Grundsatz zu prüfen. Die konkreten Entschädigungsbeträge bilden Gegenstand der noch ausstehenden Auszahlungsverfügungen und sind durch die Beschwerdeführerin allenfalls nach deren Erlass separat anzufechten.

#### **E. 4.2.1**

Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Anrechenbarkeit der einzelnen Positionen sind auch die formellen Rügen der Beschwerdeführerin - ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt - zu sehen. Die Beschwerdeführerin konnte sich zum Entwurf der Zusicherungsverfügung mit Stellungnahme vom 22. Mai 2020 umfassend zu allen Punkten äussern. Die Vorinstanz hat die vorgebrachten Anpassungsvorschläge und Begründungen in der angefochtenen Verfügung geprüft. Diesbezüglich rügt die Beschwerdeführerin auch nicht, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

#### **E. 4.2.2**

Eine Gehörsverletzung erblickt sie vielmehr darin, dass bei der voraussichtlichen Entschädigung des Fischaufstiegs ohne nähere Begründung ein tieferer Betrag (als ursprünglich beantragt) festgelegt worden sei. In ähnlicher Weise rügt sie bei der voraussichtlichen Entschädigung für die Wirkungskontrolle, dass der vom Kanton geschätzte Betrag nicht dargelegt worden sei. Damit betreffen die geltend gemachten Rügen eine ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids.

#### **E. 4.2.3**

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, der kantonalen Stellungnahme seien diverse Abklärungen mit der Beschwerdeführerin sowie deren Rechtsvertreter vorausgegangen. Bei der Kostenschätzung des Fischaufstiegs habe sich der Kanton auf vergleichbare Projekte gestützt. Der voraussichtliche Aufwand für die Wirkungskontrolle sei gemäss Kostenschätzung der kantonalen Fachstelle gekürzt worden, da nicht alle Bestandteile notwendig seien. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kosten für die Wirkungskontrolle Fischgängigkeit und Geschiebe seien aufgrund der Unterlagen und des fehlenden Verteilschlüssels nicht nachvollziehbar. Die kantonale Fachstelle habe bei ihrer

Kostenschätzung auf das Kosten-Konzept Wirkungskontrolle an der Surb vom 15. März 2018 und das Konzept zur Wirkungskontrolle an der Surb im Kanton Aargau vom 30. Januar 2018 abgestellt. In der Zusicherungsverfügung sei klar festgehalten, dass das von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Konzept für die Wirkungskontrolle als nicht zielführend beurteilt worden sei und angepasst werden müsse. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, weshalb die Schätzung des Kantons fehlerhaft sein sollte.

#### **E. 4.3.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 BV grundrechtlich gewährleistet und wird für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Art. 35 Abs. 1 VwVG konkretisiert. Demnach sind schriftliche Verfügungen zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Hierbei reicht es aus, wenn der Entscheid kurz die wesentlichen Überlegungen nennt. Insbesondere ist es nicht nötig, sich mit jedem Parteivorbringen einlässlich auseinanderzusetzen (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7, 143 III 65 E. 5.2, 141 III 28 E. 3.2.4).

#### **E. 4.3.2**

Die Vorinstanz hat beide erwähnten Positionen grundsätzlich anerkannt und die definitive Höhe der Entschädigung in Aussicht gestellt, sobald die Beschwerdeführerin die Kostenzusammenstellung nach Umsetzung der Massnahmen beziehungsweise der Wirkungskontrolle eingereicht hat. Anrechenbar sind nur Kosten, die tatsächlich entstanden sind und unmittelbar für die wirtschaftliche und zweckmässige Ausführung der verfügten Massnahmen erforderlich sind (Anhang 1.7 Ziff. 3.1 aEnV). Bei den betroffenen Beträgen von Fr. 400'000.- für den Fischaufstieg (anstelle der geltend gemachten Kosten von Fr. 494'750.-) sowie von Fr. 55'000.- (anstelle der beantragten Fr. 123'454.-) für die Wirkungskontrolle der Fischgängigkeit handelt es sich um Schätzungen der voraussichtlich anrechenbaren Kosten. Bei der Wirkungskontrolle entfällt (mangels Gesuch) eine Entschädigung bezüglich Geschiebebetrieb. Der Kanton stützte sich bei der Kostenschätzung der Wirkungskontrolle auf die bereits erwähnten Konzepte (vgl. dazu oben E. 4.3.3). In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe weder im Zusicherungsgesuch noch im Rahmen des rechtlichen Gehörs aufgeschlüsselt, für welche Sanierungsmassnahmen wie viele Kosten angefallen seien beziehungsweise weshalb sie höhere Entschädigungen zusichern sollte als zugesprochen. Dass eine detaillierte Beurteilung aufgrund der fehlenden Angaben der anrechenbaren Kosten nicht möglich sei, hat die Vorinstanz bereits in der angefochtenen Verfügung festgehalten. Diese Begründung erscheint nachvollziehbar. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen - und um das Verfahren nicht weiter zu verzögern - auf die Schätzungen des Kantons abgestellt hat. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, voraussichtlich höhere Kosten als die zugesprochenen im Rahmen des rechtlichen Gehörs bei der Vorinstanz detailliert darzulegen. Wenn nach der Zusicherung feststeht, dass Mehrkosten anfallen, kann die Beschwerdeführerin dies noch immer unverzüglich der kantonalen Behörde und der Vorinstanz melden. Bei wesentlichen Mehrkosten findet ein erneutes Beurteilungsverfahren statt (Art. 17dter Abs. 3 und 4 aEnV; Art. 27 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 [SuG, SR 616.1]). Die konkreten Kosten und Entschädigungen sind erst in einem zweiten Schritt einer allfälligen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zugänglich, nämlich dann, wenn die Vorinstanz die

Auszahlungsverfügungen erlassen hat.

#### **E. 4.3.3**

Die Vorinstanz ist damit ihrer Begründungspflicht hinreichend nachgekommen. Es ist nicht zu beanstanden, dass sie aufgrund der fehlenden Angaben der Beschwerdeführerin die grundsätzliche Entschädigung der Fischaufstiegsanlage und der Wirkungskontrolle der Fischgängigkeit anerkannt und dabei auf die Schätzungsbeträge des Kantons abgestellt hat.

#### **E. 5.1**

Bevor geprüft wird, ob die Beschwerdeführerin für die Kosten betreffend den Bau der Wasserkraftschnecke zu entschädigen ist (vgl. unten E. 6), ist kurz auf das Verfahren (E. 5.2), die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Grundlage für die Finanzierung von gewässer- und fischschutzrechtliche Sanierungsmassnahmen (E. 5.3 und 5.4) sowie die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 15abis aEnG (E. 5.5 f.) einzugehen.

#### **E. 5.2**

Das Verfahren, um den Anspruch geltend zu machen, gestaltet sich wie folgt: Der Inhaber einer Wasserkraftanlage kann bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Gesuch um Erstattung der Kosten für gewässer- und fischschutzrechtliche Sanierungsmassnahmen einreichen (Art. 17d aEnV). Die zuständige kantonale Behörde prüft, ob das Gesuch vollständig ist und leitet es mit ihrer Stellungnahme an das BAFU weiter. Anschliessend beurteilt das BAFU das Entschädigungsgesuch und stimmt seine Beurteilung mit der kantonalen Behörde ab (Art. 17dbis, 17dter Abs. 1 und 2 aEnG i.V.m. Art. 74 Abs. 2 EnG; vgl. auch Art. 29 EnV und Art. 30 Abs. 1 und 2 EnV zu den neuen, hier anzuwendenden Zuständigkeiten). Die Kriterien zur Beurteilung ergeben sich aus Anhang 1.7 Ziff. 3 der aEnV (bzw. Anhang 3 Ziff. 2 und 3 der EnV). Die Verordnung des UVEK vom 11. März 2016 über die Berechnung der anrechenbaren Kosten von betrieblichen Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftwerken (VKSWk, SR 730.014.1) regelt zudem die Einzelheiten für die Berechnung der anrechenbaren betrieblichen Kosten, wie auch die Zusicherung und Auszahlung der Entschädigung solcher Kosten.

#### **E. 5.3**

Gewässer- und fischschutzrechtliche Sanierungsmassnahmen werden seit zehn Jahren gezielt gefördert. Die eidgenössische Volksinitiative "Lebendiges Wasser" vom 3. Juli 2006 (07.060) gab dazu den Anstoss, indem sie einen neuen Verfassungsartikel Art. 76a "Renaturierung von Gewässern" verlangte. Unter dem Oberbegriff "Renaturierung" fasste der Initiativtext die Aufwertung der Gewässer für sämtliche Bereiche wie die Wiederherstellung naturnaher Verhältnisse bei verbauten Gewässern (Revitalisierung), die Verminderung von schädlichen Einwirkungen von Schwall und Sunk unterhalb von Wasserkraftwerken, Massnahmen zur Reaktivierung des Geschiebehaushalts und zur Verbesserung der Fischgängigkeit sowie die Sanierungen von ungenügenden Restwassermengen zusammen (Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates zur Parlamentarischen Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer [nachfolgend: Bericht UREK-S], BBl 2008 8043, 8044). Der Bundesrat anerkannte zwar einen Sanierungsbedarf der Gewässer, vertrat jedoch die Auffassung, die Defizite seien im Rahmen der geltenden Gesetze zu beheben. Nachdem der Bundesrat am 4. Oktober 2007 beim Parlament beantragt hatte, dem Volk die Initiative ohne Gegenentwurf zur Ablehnung zu empfehlen, wurde das Anliegen von den Räten mit der Motion "Renaturierung von Fliessgewässern - Gegenentwurf zur Volksinitiative "Lebendiges Wasser"

wiederaufgenommen (07.3311 vom 6. Juni 2007, Motion Simon Epiney). Der anschliessend ausgearbeitete indirekte Gegenvorschlag enthielt unter anderem auch Vorschläge zur Finanzierung von Gewässersanierungen (Bericht des Bundesrats zur Parlamentarischen Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer [nachfolgend: Bericht Bundesrat], BBl 2008 8079, 8082 f.). Das Initiativkomitee zog die Volksinitiative daraufhin mit Erklärung vom 12. Januar 2010 bedingt zurück. Die Referendumsfrist zum indirekten Gegenvorschlag der Initiative, der Änderung vom 11. Dezember 2009 des Gewässerschutzgesetzes (Renaturierung), lief unbenutzt ab (Eidgenössische Volksinitiative "Lebendiges Wasser [Renaturierungs-Initiative]", Eintritt der Bedingung für den Rückzug, 22. Juni 2010, BBl 2010 1457; GSchG [Renaturierung], Änderung vom 11. Dezember 2009, AS 2010 4285 ff.). Damit erübrigte sich eine Abstimmung von Volk und Ständen über die Initiative und der indirekte Gegenvorschlag trat am 1. Januar 2011 in Kraft (Änderung GSchG vom 11. Dezember 2009; AS 2010 4285, 4291).

#### **E. 5.4**

Seither war die Finanzierung der Entschädigung des Konzessionärs für gewässer- und fischschutzrechtliche Sanierungsmassnahmen gesetzlich geregelt: Die Netzgesellschaft sollte dafür einen Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze erheben und einen Fonds errichten (Art. 15b Abs. 1 Bst. d und Abs. 5 aEnG; vgl. zum geltenden Recht auch Art. 35 Abs. 2 Bst. h und Art. 37 EnG; zur Frage, ob Art. 76 BV betreffend Finanzierung als Verfassungsgrundlage genügt, vgl. Michael Merker in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III: Totalrevision EnG sowie Teilrevisionen Co2-Gesetz / DBG / StHG / RPG / WRG / KEG / EleG / StromVG / RLG, 2020 [nachfolgend: Kommentar zum Energierecht, Band III], Art. 34 N. 10 und Art. 35 N. 4 ff.).

#### **E. 5.5**

Gemäss Art. 15abis aEnG erstattet die nationale Netzgesellschaft dem Konzessionär nach dessen Anhörung sowie im Einvernehmen mit dem BAFU und dem betroffenen Kanton die vollständigen Kosten für die Massnahmen nach Art. 83a GSchG (Schwall und Sunk [Art. 39a GSchG] und Geschiebehaushalt [Art. 43a GSchG]) sowie nach Art. 10 BGF - etwa um die freie Fischwanderung sicherzustellen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b BGF) oder um zu verhindern, dass Fische und Krebse durch bauliche Anlagen oder Maschinen getötet oder verletzt werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. d BGF). Die Zuständigkeit für die Beurteilung des Gesuchs ging mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes unmittelbar auf das BAFU über (vgl. oben E. 5.2). Im Ergebnis besteht kein Unterschied zum heute geltenden Art. 34 EnG.

#### **E. 5.6**

Art. 15abis aEnG verweist hinsichtlich der anspruchsbegründenden Massnahmen direkt auf Art. 83a des Gewässerschutzgesetzes und Art. 10 des Bundesgesetzes über die Fischerei. Den Kreis der Anspruchsberechtigten engt Art. 83a GSchG auf Inhaber bestehender Wasserkraftwerke und anderer Anlagen an Gewässer ein und verpflichtet diese zu Sanierungsmassnahmen. Gemäss Art. 10 BGF sorgen die Kantone ebenfalls bei bestehenden Anlagen dafür, dass Massnahmen für Neuanlagen (Art. 9 Abs. 1 BGF) getroffen werden, soweit sie wirtschaftlich tragbar sind.

#### **E. 6.1**

Wie sich aus den soeben erwähnten Bestimmungen ergibt, werden die Kosten lediglich für gewässer- und fischschutzrechtliche Sanierungsmassnahmen an bestehenden Anlagen

erstattet. In materiellrechtlicher Hinsicht ist daher zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin bereits installierte Wasserkraftschnecke als bestehende Anlage zu qualifizieren ist.

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass ihr auch für den - durch die Wasserkraftschnecke ermöglichten - Fischabstieg ein Entschädigungsanspruch zustehe. Sie begründet ihre Ansicht insbesondere damit, dass die neue Turbine einerseits der Energiegewinnung, andererseits aber auch dem Fischabstieg diene. Betreffend Fischabstieg hätte auch dann Sanierungsbedarf bestanden, wenn keine neue Turbine erstellt worden wäre. Der Fischabstieg sei mit der Wasserkraftschnecke massiv verbessert worden und diese sei unabdingbar für die Energieproduktion und die Gewährleistung der Fischgängigkeit. Zudem sei zu berücksichtigen, dass es sich um die kostengünstigere Variante handle wie bei separaten Anlagen für die Energiegewinnung und den Fischabstieg. Bei der gewählten Variante führe der fehlende separate Fischabstieg nicht dazu, dass weniger Energie gewonnen werde. Des Weiteren hält sie fest, sie habe ursprünglich den Weiterbetrieb der alten Francis-Turbine beantragt. Für die Energiegewinnung sei die Standortänderung jedoch unumgänglich gewesen. Das aktuelle Kraftwerk führe die Energiegewinnung des alten Kraftwerks fort. Aus diesen Gründen sei die Wasserkraftschnecke als Mehrzweckanlage oder als bestehende Anlage zu qualifizieren.

#### **E. 6.3**

Die Vorinstanz ist dagegen der Auffassung, die Wasserkraftschnecke sei als Neuanlage qualifizieren. Sie begründet ihren Standpunkt im Wesentlichen damit, dass der Neubau der Turbine die Nutzung des Wasserkraftwerks überhaupt erst wieder ermöglicht habe. Der Weiterbetrieb der bestehenden Anlage wäre nicht mehr rentabel gewesen. Der Neubau sei wegen Neukonzessionierung und Hochwasserschutzdefiziten erfolgt. Als Bestandteil einer Neuanlage sei die Wasserkraftschnecke primär Produktionsorgan der Kraftwerksanlage. Der Fischabstieg sei nur ein Nebeneffekt, der auch ohne neue Turbine möglich sei.

#### **E. 6.4**

Die zuständige kantonale Behörde verwies in ihrer Stellungnahme zu dieser Frage insbesondere auf ihr Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 24. Oktober 2018. Gestützt auf ihre Erfahrungen gehe die kantonale Behörde davon aus, dass die Wasserkraftschnecke nicht entschädigungsberechtigt sei. Sie begrüsse es allerdings, wenn die Vorinstanz anhand der Argumentation der Beschwerdeführerin eine Kostenbeteiligung am gewählten Turbinentyp gutheissen könne. Bereits im Schreiben vom 24. Oktober 2018 hatte die kantonale Behörde dargelegt, sie teile die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass es sich bei der betreffenden um eine bestehende Anlage handle. Die anlässlich der Besprechung vom 28. Juni 2018 diskutierten Differenzen beständen bei der Beurteilung der Anrechenbarkeit der Kosten verschiedener Anlagenteile. Ihre Beurteilungspraxis gründe auf der Vollzugshilfe des Bundes (Ökologische Sanierung bestehender Wasserkraftanlagen: Finanzierung der Massnahmen des BAFU, 2016 [nachfolgend: Vollzugshilfe]). Aufgrund dieser Vorgaben könne für die Anlagenteile Stauwehr und Turbine voraussichtlich keine Entschädigung erfolgen. Mit dem Neubau der Turbine habe das Wasserdargebot deutlich besser genutzt werden können beziehungsweise sei eine Nutzung erst dadurch wieder möglich gewesen. Daher beschränke sie ihre Beurteilung ausschliesslich auf die Finanzierbarkeit der Fischaufstiegsanlage. Diese Einschätzung habe sie bereits seit dem

Zeitpunkt der Verfügung im Jahr 2015 vertreten.

### **E. 6.5**

Aus den Vorbringen der Parteien sowie der kantonalen Behörde geht hervor, dass eine allfällige Entschädigung der Kosten der Wasserkraftschnecke davon abhängig ist, ob die Anlage der Fischgängigkeit dient, indem sie einen verletzungsfreien Fischabstieg ermöglicht. Die Frage, ob die Wasserkraftschnecke als Neuanlage oder bestehende Anlage zu qualifizieren ist, beurteilt sich daher vor allem auf Grundlage des Bundesgesetzes über die Fischerei. Dabei ist die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanierungsmassnahmen im Sinne von Art. 10 BGF unbestritten. Wie bereits erwähnt, werden nur bei bestehenden Anlagen die vollständigen Kosten für Sanierungsmassnahmen erstattet (vgl. oben E. 6.1). Bei neuen Anlagen werden keine Massnahmen finanziert (Vollzugshilfe, S. 13).

#### **E. 6.5.1**

Art. 10 BGF spricht lediglich von einer bestehenden Anlage (französisch: "installations existentes" und italienisch: "impianti esistenti"), ohne den Begriff näher zu definieren. Ist der Wortlaut einer Norm - wie hier - nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 140 II 415 E. 5.4, 131 II 697 E. 4.1, 130 II 202 E. 5.1).

#### **E. 6.5.2**

In systematischer Hinsicht ist zunächst das Begriffspaar "bestehende Anlagen" (Art. 10 BGF) und "Neuanlagen" (Marginalie zu Art. 9 BGF) näher zu betrachten und einander gegenüberzustellen. Technische Eingriffe zur Nutzung der Wasserkräfte bedingen eine fischereirechtliche Bewilligung (Art. 8 Abs. 1 und 3 Bst. a BGF). Bei deren Erteilung schreiben die zuständigen Behörden Massnahmen für Neuanlagen vor (Art. 9 Abs. 1 BGF). Im Umkehrschluss setzt eine bestehende Anlage voraus, dass eine fischereirechtliche Bewilligung bereits vorliegt beziehungsweise eine solche fortbesteht. Dies ist etwa der Fall bei wohl erworbenen Rechten in Form von ehehaften Wasserrechten durch Wassernutzungskonzessionen (vgl. zur Ablösung solcher Rechte: BGE 145 II 140). Sie werden wie laufende Konzessionen behandelt (Vollzugshilfe S. 13). Die Beschwerdeführerin liess ihre ehehaften Rechte im Grundbuch löschen und erhielt am 19. Januar 2016 eine Neukonzession. Bei diesem Verständnis ist von einer Neuanlage auszugehen. Es rechtfertigt sich mit Blick auf den Verweis in Art. 15abis aEnG auf Art. 83a GSchG (vgl. oben E. 5.6), das Gewässerschutzgesetz heranzuziehen. Art. 83a GSchG enthält eine zeitliche Vorgabe von 20 Jahren ab Inkrafttreten der Revisionsbestimmung, um die gewässerschutzrechtlichen Sanierungsmassnahmen durchzuführen. Beim Gewässerschutz gelten in zeitlicher Hinsicht demzufolge nur diejenigen Anlagen als bestehend, die vor dem 1. Januar 2011 (Inkrafttreten der Revision des Gewässerschutzgesetzes) in Betrieb genommen wurden (Anne-Christine Favre in: Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz [nachfolgend: GSchG-Kommentar], 2016, Art. 83a N. 12 und 22). Die Planung von Massnahmen nach Art. 83a GSchG umfasst auch die Massnahmen nach Art. 10 BGF, die von den Inhabern von Wasserkraftwerken zu treffen sind (Art. 83b GSchG). Im Sinne einer Koordination

aller Sanierungsmassnahmen, die auf dieselbe Weise gestützt auf Art. 15abis aEnG finanziert werden, ist davon auszugehen, dass die Frist auch für fischereirechtliche Massnahmen nach Art. 10 BGF gilt (so auch aus Art. 9b Abs. 1 und 9c Abs. 4 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 24. November 1993 [VBGF; SR 923.01] und Vollzugshilfe S. 13 ersichtlich). Als bestehende Anlage im Sinn von Art. 10 BGF gilt somit eine Anlage, die vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurde. Daraus folgt, dass die nach dem 1. Januar 2011 erstellte Wasserkraftschnecke, die auf einer Neukonzessionierung beruht, bei systematischer Auslegung als Neuanlage zu qualifizieren ist.

### **E. 6.5.3**

Den Materialien ist zu entnehmen, dass die Gegenvorlage (vgl. oben E. 5.3) unter anderem beabsichtige, die wohlerworbenen Rechte bei der Wasserkraftsanierung besser zu berücksichtigen. Nur das wirtschaftlich Tragbare müsse selber finanziert werden (Bericht UREK-S, BBl 2008 8043, 8050, 8055 und 8061 f.). Bestehende Wasserkraftwerke müssen Sanierungsmassnahmen unabhängig davon treffen, ob ihre Konzessionen noch laufen oder ob eine Konzessionserneuerung bevorsteht. Der ursprüngliche Mehrheitsantrag, wohlerworbene Rechte bei bestehenden Anlagen grundsätzlich zu 80% zu entschädigen und eine Mitfinanzierung zu 20% durch die Kraftwerksbetreiber zu verlangen, war damit begründet worden, dass dies optimale und kostengünstige Sanierungen gewährleiste sowie den Wert des dadurch erzeugten Ökostromes steigern. Mit Stellungnahme des Bundesrats setzte sich der Minderheitsantrag durch, anstelle von 80% die vollständigen Kosten für den Entzug der wohlerworbenen Rechte zu entschädigen (Bericht UREK-S, BBl 2008 8043, 8066; Bericht Bundesrat, BBl 2008 8079, 8082 f.). Demgegenüber tragen die Wasserkraftnutzer bei neuen Anlagen die Kosten gemäss Verursacherprinzip vollumfänglich selbst. Bei einer Änderung einer bestehenden Anlage (z.B. Erhöhung der turbinieren Wassermenge bei einem Speicherkraftwerk) tragen die Wasserkraftnutzer die Kosten zur Einhaltung der Umweltverträglichkeit dieser Anlageänderung wie die Inhaber von Neuanlagen, erhalten jedoch wie die Inhaber anderer bestehender Anlagen Beiträge für die Beseitigung bereits vor der Änderung bestehender Beeinträchtigungen (Bericht UREK-S, BBl 2008 8043, 8057). Daraus ist der gesetzgeberische Wille erkennbar, die Entschädigung nur denjenigen Wasserkraftwerksbetreibern zukommen zu lassen, die in ihren wohlerworbenen Rechten tangiert sind. Neue Anlagen müssen die fischereirechtlichen Massnahmen nach Art. 9 Abs. 1 BGF bereits bei der Projektierung vorsehen (Art. 9 Abs. 3 BGF) und tragen die Kosten dafür selbst. Diese unterschiedliche Behandlung beruht auf dem Gedanken, dass durch neue Anlagen die Wirtschaftlichkeit derart erhöht werde, dass fischereirechtliche Sanierungsmassnahmen dem Betreiber eher zuzumuten seien (vgl. dazu auch BGE 142 II 517 E. 3.4 m.H.a. Urteil des BGer 1A.270/1994 vom 10. Juli 1995 = URP 1996 S. 295, RDAF 1997 I S. 523 [Erlenbach]). Im hier zu beurteilenden Fall besteht kein Konflikt mit bestehenden, wohlerworbenen Rechten. Wie bereits oben festgehalten, liess die Beschwerdeführerin ihre ehehaften Rechte im Grundbuch löschen, nachdem die vorherige Konzession bis zum 24. November 2007 befristet war und auslief (vgl. Sachverhalt Bst. A). Sie erhielt am 19. Januar 2016 eine Neukonzession, die es ihr unter anderem erlaubte, ein neues Kraftwerk (Wasserkraftschnecke) zu errichten. Durch die fischschonende Arbeitsweise der Wasserkraftschnecke kann der Fischabstieg mit dem Triebwasser direkt durch die Maschine erfolgen. Weitere Massnahmen sind nicht nötig, um die absteigenden Fische zu schützen. Eine gefahrlose Abwärtswanderung der Fische war demgegenüber beim alten Maschinenhaus nicht möglich, da eine Passage durch die

Francis-Turbine für alle Fische tödlich endete. Die damals bestehende Beeinträchtigung der Fischgängigkeit am Wehr hatte folgerichtig eine entschädigungsberechtigte Sanierungspflicht zur Folge, die in der Sanierungsverfügung vom 30. Oktober 2015 angeordnet wurde. Das alte Ausleitkraftwerk konnte bei optimalen Bedingungen ca. 45'000 kWh pro Jahr erzeugen. Mit der Wasserkraftschnecke wurde eine Energieproduktion von rund 57'000 kWh in einem durchschnittlichen hydrologischen Jahr prognostiziert. Die inzwischen gelöschten wohlerworbenen Rechte bestanden in Zusammenhang mit der alten Francis-Turbine, die heute nicht mehr zur Energiegewinnung betrieben wird. Mit der Neukonzessionierung und dem Bau eines neuen Kraftwerks (Wasserkraftschnecke) wurde die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet, alle Einrichtungen für die Fischwanderung ganzjährig und bei allen Wasserständen zu betreiben und zu erhalten (Art. 18 Ziff. 3 der Konzession vom 19. Januar 2016). Aufgrund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beim Bau einer Kraftwerkanlage nach dem 1. Januar 2011 - wie der hier strittigen Wasserkraftschnecke - keine Eingriffe in wohlerworbene Rechte sieht und erwartet, dass der Kraftwerksbetreiber bei Neuanlagen fischereirechtliche Sanierungsmassnahmen im Sinne des Verursacherprinzips auf eigene Kosten ergreift.

#### **E. 6.5.4**

Bei der teleologischen Auslegung ist der Sinn und Zweck der Bestimmung zu ermitteln (BGE 146 II 265 E. 5.1, 143 II 661 E. 6.2, 142 II 399 E. 3.2). Wie bereits dargelegt, beabsichtigt der Gesetzgeber mit der Entschädigung, die wohlerworbenen Rechte der Kraftwerksbetreiber zu respektieren und damit Rechte aus den bereits bestehenden Konzessionen zu schützen (vgl. oben E. 6.5.3). In erster Linie will der Gesetzgeber aber dem Umweltschutz zum Durchbruch verhelfen, indem er alle Anlagen zu gewässer- und fischereischutzrechtlichen Sanierungsmassnahmen verpflichtet. Für bestehende Anlagen schafft er dabei mittels Entschädigungen Anreize, um trotz Energiegewinnung den Schutz der Gewässer und der Fische zu gewährleisten (vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative] vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, 7681 [nachfolgend: Botschaft Energiestrategie 2050]). Auch die Kantone behandeln die fischereirechtlichen Sanierungsmassnahmen prioritär (Art. 9b Abs. 1 und 2 VBGF i.V.m. Anhang 4 zur VBGF). Die Vollzugshilfe konkretisiert den gesetzgeberischen Willen und vermag aus diesem Grund als Auslegungshilfe bei der Suche nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung zu dienen. Das Sanierungsmassnahmen bei neuen Anlagen nicht finanziert werden, wurde bereits erörtert (vgl. oben E. 6.1 und 6.5). Gemäss Vollzugshilfe (S. 12 f.) können insbesondere auch Massnahmen nicht finanziert werden, die einen anderen primären Zweck als die Sanierung nach Art. 83a GSchG haben, für die der Konzessionär im Rahmen von Betrieb und Unterhalt der Anlage verantwortlich ist oder die bei gleichzeitigem Ausbau des Kraftwerks zur Einhaltung der Umweltverträglichkeit dieses Ausbaus nötig sind. Für Massnahmen im Rahmen eines Ausbaus beschränkt sich die Entschädigung auf die Beseitigung der vor der Änderung bestehenden Beeinträchtigung. Dies gilt auch für Anlagen, die ausgebaut werden und bei denen gleichzeitig Massnahmen nach Art. 10 BGF getroffen werden. Daraus ergibt sich die Absicht des Gesetzgebers, den Anspruch auf Entschädigung möglichst eng mit den anspruchsbegründenden Sanierungsmassnahmen zu verknüpfen. Dient die Anlage einem anderen primären Zweck als der Sanierung im Sinne von Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF, zielt eine allfällige Entschädigung an der Verwendungsabsicht des Gesetzgebers vorbei. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht

darlegt, handelt es sich bei der Wasserkraftschnecke um die kostengünstigere Variante als bei separaten Anlagen für die Energiegewinnung und den Fischabstieg. Soweit sie daraus ableiten will, dass die Wasserkraftschnecke einerseits der Energiegewinnung und andererseits dem Fischabstieg dient, ist diese Schlussfolgerung nur insoweit zutreffend, als beim Bau einer neuen Anlage zur Energieproduktion zugleich der Fischabstieg im Sinne des Verursacherprinzips gewährleistet werden muss. Zu bedenken ist nämlich, dass Fische beim Abwandern der Hauptströmung folgen. Würden die Fische freie Strecken zurücklegen, wären keine Verletzungen oder gar eine allfällige Mortalität zu befürchten. Insbesondere für Kleinfische (zum Beispiel Groppe, Schmerle, Gründling) ist die Surb im revitalisierten Abschnitt wertvoll. Hindernisse stellen trotz Fischwanderhilfen für diese Kleinfische ein unüberwindbares Hindernis dar. Die alte Francis-Turbine war für alle durchgehenden Fische tödlich. Dies war aber nicht der Grund, weshalb die Beschwerdeführerin die bisherige Anlage nicht weiterbetrieben hat. Wie sie selbst festhält, waren dabei hauptsächlich wirtschaftliche und technische Gründe ausschlaggebend. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die neuen Bauteile der Wasserkraftschnecke seien als Mehrzweckanlagen zu beurteilen. Mehrzweckanlagen bezeichnen gemäss Vollzugshilfe Sanierungsmassnahmen, die nicht nur dem ökologischen Sanierungsziel, sondern zum Beispiel auch dem Hochwasserschutz oder der Energieproduktion dienen (Vollzugshilfe S. 34 f.). Das Gesetz sieht lediglich die Unterscheidung zwischen Neuanlagen oder bestehenden Anlagen vor. Soweit die Vollzugshilfe von einer allfälligen Finanzierbarkeit von Mehrzweckanlagen spricht, kann eine solche nur in Zusammenhang mit bestehenden Anlagen erfolgen. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, hätte im hier strittigen Fall ohne den Bau einer neuen Wasserkraftanlage gar kein Sanierungsbedarf betreffend Fischabstieg bestanden. Bei Wehrüberfall ist ein Fischabstieg ebenfalls über das Wehr gewährleistet.

#### **E. 6.5.5**

Im Ergebnis kann die hier strittige Wasserkraftschnecke nicht als bestehende Anlage im Sinne von Art. 15abis aEnG in Verbindung mit Art. 10 BGF qualifiziert werden. Vielmehr handelt es sich um eine Neuanlage. Damit hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht keine Entschädigung für diesen Anlagenteil zugesprochen.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die öffentlichen Interessen am Hochwasser- und Denkmalschutz sowie der Revitalisierung seien zu Unrecht höher gewichtet worden als die Interessen an der Erstellung des Kleinwasserkraftwerks.

##### **E. 7.2.1**

Gemäss Art. 80 Abs. 3 GSchG wägt die Behörde zwischen den Interessen des Denkmal- und des Inventarschutzes ab, wenn Kleinwasserkraftwerke, die einen denkmalschützerischen Wert aufweisen, von weitergehenden Sanierungsmassnahmen in inventarisierten Gebieten nach Art. 80 Abs. 2 GSchG betroffen sind. Massnahmen, die bereits gestützt auf Art. 80 GSchG angeordnet werden, sind jedoch keine notwendigen Massnahmen nach den Art. 39a GSchG, 43a GSchG oder 10 BGF (Vollzugshilfe S. 15).

##### **E. 7.2.2**

Das neue Energiegesetz hält fest, dass die Kantone den Anliegen des Ortsbild-, Heimat- und Denkmalschutzes angemessen Rechnung tragen (Art. 45 Abs. 2 Satz 3 EnG). Das hier anzuwendende aEnG erwähnt diese Interessen nicht in solch ausdrücklicher Form (vgl. dazu Art. 9 aEnG). Doch bereits nach früherem Recht waren von den Kantonen im Rahmen

des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes "beispielsweise für besonders schützenswerte historische Gebäude oder für Schutzbauten des Zivilschutzes" Ausnahmen vorzusehen (Botschaft zum Energiegesetz [EnG] vom 21. August 1996, BBl 1996 IV 1005, 1107). Der Zweck des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) besteht darin, das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, die geschichtlichen Stätten und die Denkmäler des Landes wie auch die einheimische Tier- und Pflanzenwelt sowie ihre biologische Vielfalt und ihren natürlichen Lebensraum zu schützen (Art. 1 NHG). Heimatschutz im Besonderen bezweckt die Erhaltung bestimmter Güter der menschlich gestalteten Umwelt, soweit sie Identifikationswert aufweisen, wie Ortsbilder, Kulturlandschaften und Kulturdenkmäler. Damit richtet sich der Schutz primär auf die Pflege und Erhaltung bestehender Objekte (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 zu Art. 24sexies aBV, BBl 1997 I 1, 253). Um Schutzobjekte zu erhalten, führt der Bund diese in Inventaren auf, womit diese erhalten oder zumindest geschont werden müssen (Art. 3 ff. NHG). Bei Inventarobjekten von nationaler Bedeutung ist eine Abweichung von der ungeschmälernten Erhaltung nur möglich, wenn Interessen von nationaler Wichtigkeit die Schutzinteressen überwiegen (Art. 6 Abs. 2 NHG; vgl. auch Urteil des BGE vom 3. August 2010, 1C\_360/2009, E. 3.1 m.w.H.). Die oben genannten Schonpflichten kommen nur dann zur Anwendung, wenn bei der Erfüllung von einer "Bundesaufgabe" Schutzanliegen tangiert werden (Art. 3 Abs. 1 NHG; Urteil des BGE 1C\_196/2010 vom 16. Februar 2011 E. 1.2). Soweit sich die Behörde für ihren Rechtsakt auf Bundesrecht stützt, liegt eine Bundesaufgabe vor (Urteil des BGE 1A\_185/2006 vom 5. März 2007 E. 5.1 f.). Dasselbe gilt, wenn der Bund als Subventionsgeber in Erscheinung tritt (Art. 2 Abs. 2 NHG; BGE 139 II 271 E. 9.2 m.w.H.).

### **E. 7.2.3**

Das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Mühle und des Wehrs in Lengnau manifestiert sich im Eintrag des Ensembles in der Liste der Gebäude mit Substanzschutz gemäss § 22 der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde Lengnau vom 8. November 2013 (Anhang 1.3 Ziffer 4.18). Zudem ist Lengnau im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung als Spezialfall aufgeführt (Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 [VISOS; SR 451.12]). Als Baugruppe 0.4 ist der "Mühlebezirk Lengnau 17./18. Jahrhundert" in der Aufnahmekategorie AB (Erhalten der Struktur, Anordnung und Gestalt der Bauten und Freiräume bewahren, für die Struktur wesentliche Elemente und Merkmale integral erhalten) verzeichnet. Mühlewehr und -kanal waren als wesentliche Elemente des Ortsbilds von Lengnau von nationaler Bedeutung angemessen zu schonen und entsprechend zu erhalten.

### **E. 7.2.4**

Art. 12 Abs. 1 EnG erhebt die Nutzung erneuerbarer Energien auf ein nationales Interesse und ermöglicht damit eine Interessenabwägung mit Natur- und Heimatschutzinteressen nach Art. 6 Abs. 2 NHG. Nach dem bisherigen Energiegesetz hatten einzelne Anlagen regelmässig keinen solchen Status. Die Ausgangslage für die Interessenabwägung war eine deutlich schwächere (vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, BBl 2013 7561, 7664 ff.). Die Erteilung von bundesrechtlichen Bewilligungen liegt in der Kompetenz des Bundes (Art. 2 Abs. 1 Bst. b NHG). Eine Bewilligungspflicht ist gegeben, wenn jemand über den Gemeingebrauch hinaus einem Fließgewässer mit ständiger Wasserführung Wasser entnimmt (Art. 29 Bst. a GSchG). Auch Bewilligungen von technischen Eingriffen in ein

Gewässer (Art. 8 BGF) stellen eine Bundesaufgabe dar (Urteile des BGer 1A.73/2002 vom 6. Oktober 2003 E. 2.1 und 3.1, 1A.38/1980 vom 17. Juni 1981 E. II. 1b, publ. in ZBl 82/1981 S. 548 ff.).

#### **E. 7.2.5**

In der Verfügung vom 1. März 2016 führte das BVU bei der Projektgenehmigung eine Interessabwägung durch. Den Interessen des Hochwasserschutzes und des Ortsbildschutzes wurde angesichts der geringen Leistungskapazität der Anlage ein höheres Gewicht beigemessen. Das Wehr musste aus Gründen des Hochwasserschutzes entfernt und aus Gründen des Ortsbildschutzes ersetzt werden. Die Bewilligungsfähigkeit für dieses Projekt ergab sich ausschliesslich aufgrund dieser übergeordneten, komplexen Interessenlage. Denn mit einer Nettoleistung von 15 kW lag das Projekt unter dem Grenzwert von mindestens 50 kW, die grundsätzlich für eine Konzessionserteilung für Kleinwasserkraftwerke verlangt wird. Ein Bundesbeitrag von Fr. 300'000.- an die Wehranlage der Oberen Mühle Lengnau für die durch Auflagen des Bundesamts für Kultur BAK entstandenen Mehrkosten der Beschwerdeführerin ist gekoppelt an die Entschädigung für Massnahmen der Sanierung des Geschiebebetriebs und der Fischgängigkeit. Die Schlussabrechnung ist noch ausstehend, da Doppelsubventionen mit den hier strittigen Entschädigungen zu vermeiden sind.

#### **E. 7.2.6**

Nach dem Gesagten wurden die öffentlichen Interessen am Denkmalschutz, Hochwasserschutz und an der Revitalisierung tatsächlich und zu Recht höher gewichtet als die Erstellung des vorliegenden Kleinwasserkraftwerks. Dies zeichnete sich für die Beschwerdeführerin aber bereits ab, als sie am 12. Juli 2013 ein überarbeitetes Konzessionsgesuch für ein neues Kleinwasserkraftwerk an der Surb in Lengnau einreichte. Die Auflagen des Ortsbild- und Hochwasserschutzes bildeten die Voraussetzung dafür, dass das Projekt bewilligt wurde. Zudem ist zumindest für die Mehrkosten aus den Hochwasserschutzauflagen eine weitere Entschädigung ausstehend. Die höhere Gewichtung der öffentlichen Interessen des Ortsbild- und Hochwasserschutzes führen nicht zu einer anderen Beurteilung der Wasserkraftschnecke als Neuanlage (E. 6.5.5).

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, sie habe im guten Treuen auf eine Entschädigung für die Wasserkraftschnecke vertrauen können und sei deshalb in diesem Vertrauen zu schützen.

#### **E. 8.2**

Die Vorinstanz stellt fest, dass die Sanierung vom Kanton nicht ausdrücklich verfügt worden sei. Damit fehle es an einer Vertrauensgrundlage.

#### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin räumt zwar ein, dass der Kanton die Sanierung mittels Wasserkraftschnecke nicht ausdrücklich verfügt habe. Die kantonalen Behörden hätten diese Massnahme jedoch in ihrer strategischen Planung festgestellt und als geeignet bezeichnet. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass ihr die Kosten für diese Anlage ersetzt werden.

#### **E. 8.4**

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben bewirkt, dass eine (selbst unrichtige) Zusicherung einer Behörde unter bestimmten Umständen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebietet (statt vieler: BGE 127 I 31 E. 3). Private können sich aber nur unter den folgenden Voraussetzungen auf Vertrauensschutz berufen: Erstens, wenn eine Vertrauensgrundlage besteht. Zweitens, wenn sie berechtigterweise in diese Grundlage vertraut haben. Drittens, wenn sie aufgrund dieser Vertrauensgrundlage Dispositionen getätigt haben. Viertens, wenn diese Dispositionen ohne Nachteil nicht rückgängig gemacht werden können. Und fünftens, wenn keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 161 E. 4.1, 127 I 31 E. 3a, 126 II 377 E. 3a).

#### **E. 8.4.1**

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Vertrauen mit der strategischen Planung vom Dezember 2014. Die strategische Planung ist zwar behördenverbindlich. Daraus können Inhaber von Kraftwerken allerdings keine Rechte und Pflichten ableiten. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beschwerdeführerin zudem keinerlei Dispositionen getätigt. Das Projekt war in der Anfangsphase und alle Optionen standen noch offen. Aus dem Bericht der Hydrelec GmbH vom Februar 2015 geht hervor, dass zwei Varianten geprüft wurden: Entweder ein neuer Wehrstandort bei der bestehenden Francis-Turbine oder eine neue Turbine direkt an der geplanten neuen Wehranlage. Die zweite Variante wurde schliesslich zum Bau- und Konzessionsprojekt ausgearbeitet mit der Begründung, sie sei insgesamt attraktiver. In der Verfügung vom 30. Oktober 2015 wurden einzig die Sanierung des Geschiebehaltungs beim Wehr, die Sanierung der Fischgängigkeit beim Wehr sowie die erforderliche Erfolgskontrolle nach Abschluss der jeweiligen Sanierung verfügt. Mit den verfügten Massnahmen war die Beschwerdeführerin einverstanden. Die Verfügung äusserte sich zwar in den Erwägungen dahingehend, dass die Abwärtswanderung der Fische im Bereich des Maschinenhauses aufgrund der Francis-Turbine aktuell nicht möglich sei. Angesichts der geplanten Wasserkraftschnecke bestehe nur ein sehr geringes Verletzungsrisiko bei der Abwärtswanderung und weitergehende Massnahmen seien nicht nötig. Auch aus dieser Feststellung ergibt sich keine Vertrauensgrundlage, da weitergehende Massnahmen (als die von der Beschwerdeführerin geplanten) nicht als nötig angesehen und auch nicht verfügt wurden. In der Konzession vom 19. Januar 2016 verlieh das BVU der Beschwerdeführerin unter anderem das Recht, die Neuanlagen (neues Klappenwehr, ein neues Kraftwerk [Wasserkraftschnecke], eine Fischaufstiegshilfe und die Umgebungsarbeiten) zu errichten (Art. 6 Ziff. 1 der Konzessionsverfügung). Am 13. Juni 2016 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Bewilligung für den vorzeitigen Baubeginn für Sanierungsmassnahmen bezüglich Geschiebehalt und Fischgängigkeit. Dabei hielt sie mit Hinweis auf Art. 26 Abs. 2 SuG ausdrücklich fest, dass diese Bewilligung noch keinen Anspruch auf die Entschädigung beziehungsweise Abgeltung gebe. Eine solche werde nur gewährt, wenn es sich beim Kraftwerk nicht um eine Neuanlage handle und die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Die vorgezogenen Bauarbeiten dürften die Realisierung aller drei Sanierungsvarianten bis zum definitiven Variantenentscheid nicht beeinträchtigen.

#### **E. 8.4.2**

Aus dem Gesagten geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin auf keine Grundlage berufen kann, wonach sie darauf vertrauen konnte, eine Entschädigung für die Wasserkraftschnecke zu erhalten. Die weiteren Voraussetzungen für einen

Vertrauensschutz sind daher nicht mehr zu prüfen.

## **E. 9**

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen. Die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen.

## **E. 10.1**

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Berücksichtigung von Aufwand und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzielle Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) sind die Verfahrenskosten auf Fr. 12'000.- festzusetzen und der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu deren Bezahlung zu verwenden.

## **E. 10.2**

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat bei diesem Ausgang keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Als Bundesbehörde hat auch die Vorinstanz keinen solchen Anspruch (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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