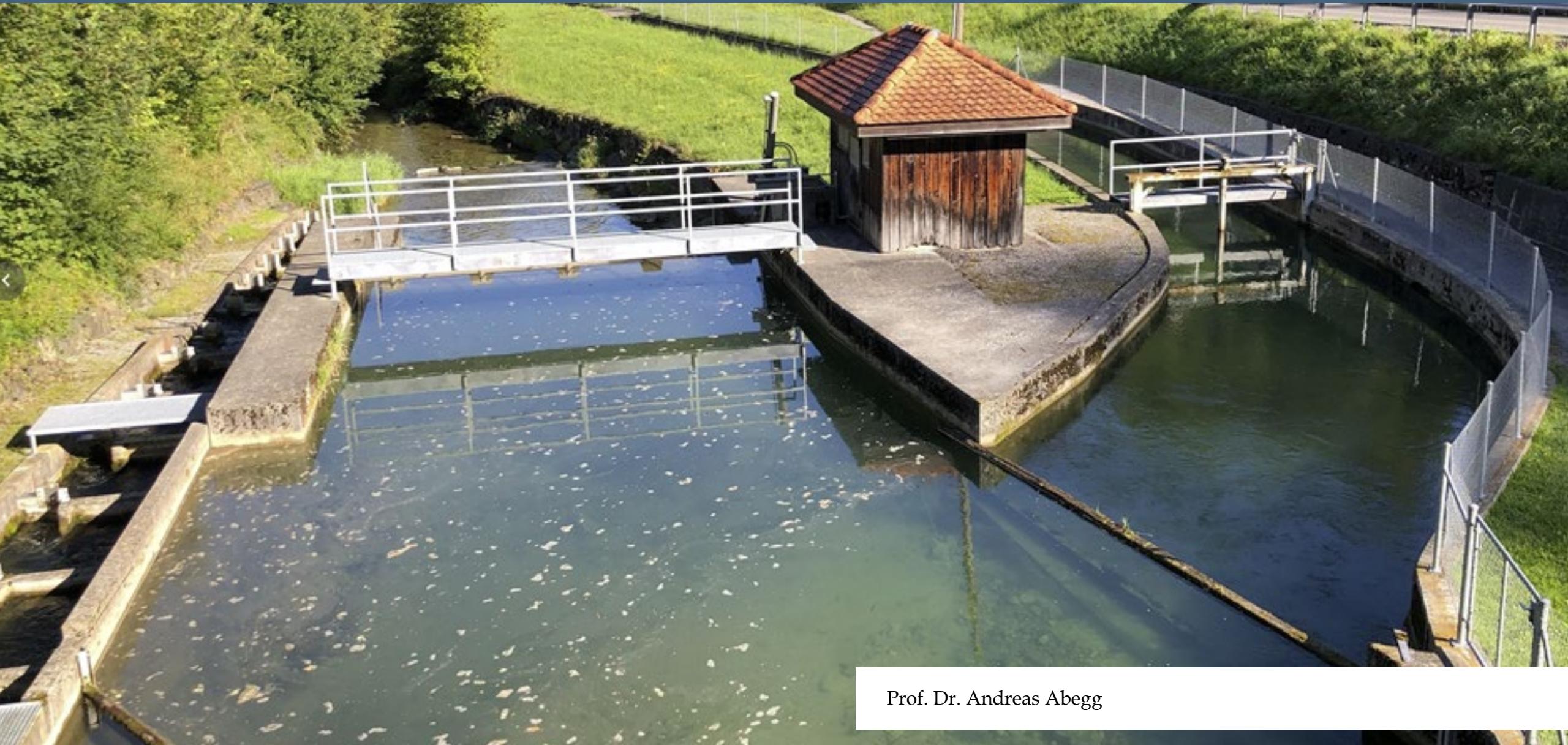


# Ehehafte Wasserrechte – wie weiter?



Prof. Dr. Andreas Abegg

# Anlass: Kleinkraftwasserwerk «Hammer» im Kanton Zug



Abbildung 1: Kleinkraftwasserwerk «Hammer» in Cham

# Ehehafte Wasserrechte bisher

## Ehehafte Wasserrechte:

- gewähren ihrer Inhaberin oder ihrem Inhaber *Rechte an der Nutzung öffentlicher Gewässer.*
- haben ihren Ursprung in einer früheren, *nicht mehr bestehenden Rechtsordnung* und können nach heutiger Rechtslage nicht mehr begründet werden.

## Nach vormaliger Lehre und Rechtsprechung:

- gelten ehehafte Wasserrechte *unbefristet,*
- lösen *keine Pflicht zur Entrichtung eines Wasserzinses* aus,
- und unterstehen einer *eingeschränkten Restwassersanierung*

# Restwasserstrecke

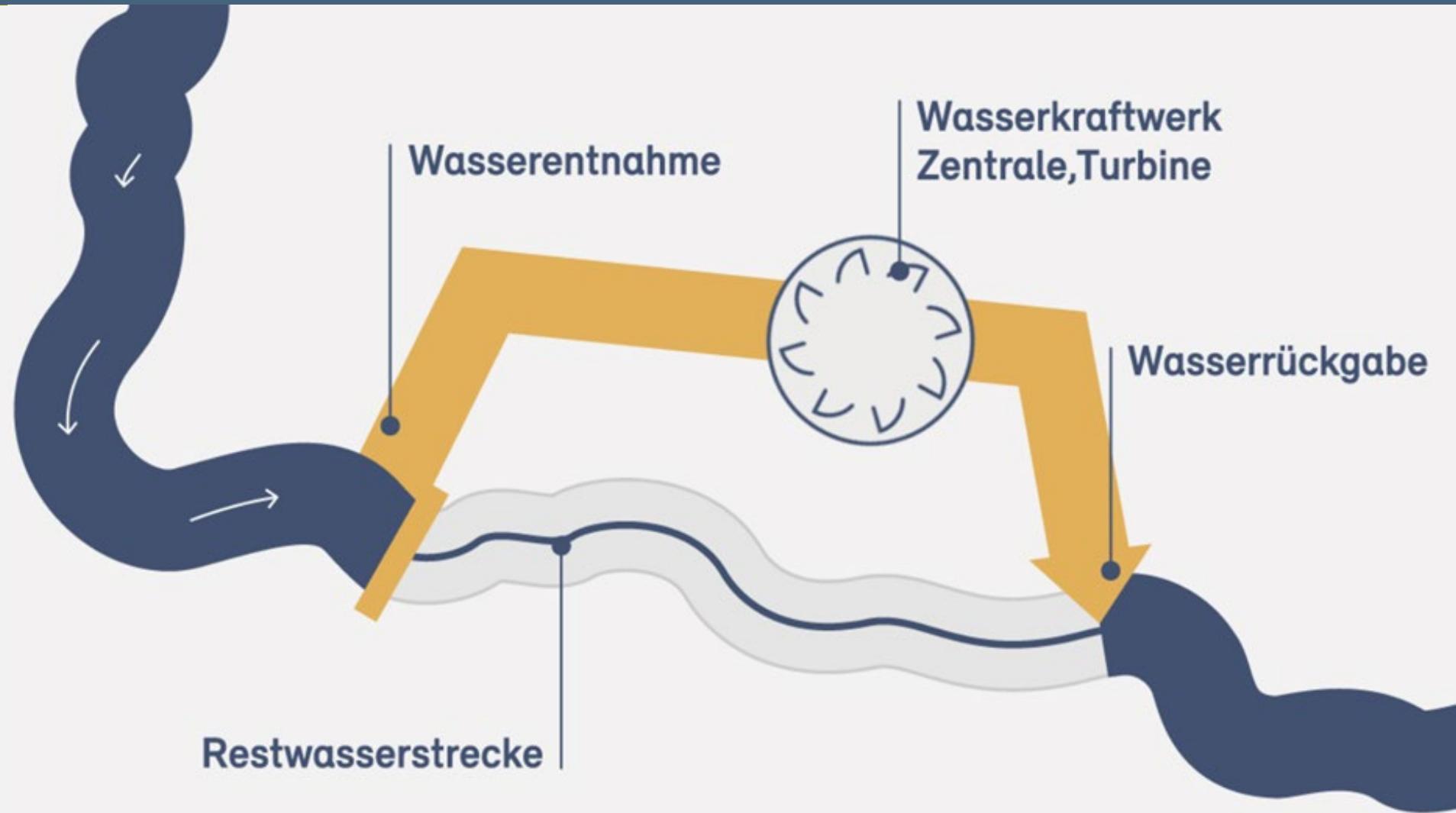


Abbildung 2: Restwasserstrecke, schematische Darstellung BAFU

# Restwasserstrecke



Abbildung 3: Restwasserstrecke am Fildrich bei Diemtigen (BE), © Karl Spörri

# BGE 145 II 140 («Hammer») vom 29. März 2019

## Erwägung 6.5:

«[Die ehehaften Wasserrechte] 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). [...] Diese Anpassung an das heutige Recht hat bei erster Gelegenheit zu erfolgen [...].»

## Fragestellung:

In welcher Form, wann und mit welchen Rechtsfolgen sind die ehehaften Wasserrechte abzulösen?

- Abegg/Seferovic: [Gutachten](#) zuhanden des Kantons Zug vom 26. Oktober 2020
- Abegg/Seferovic: Artikel [URP 2020, 813](#)

# Herkunft: ehehafte Gewerbe



# Herkunft: ehehafte Gewerbe

«ehehaft»:

- althochdeutsch für «rechtmässig, gesetzmässig, legitim»

«ehehafte Gewerbe» vor dem 19. Jahrhundert :

- Privilegien zur Ausübung eines Gewerbes mit Monopolcharakter

# Entkoppelung von ehehaftem Gewerbe und Wasserkraft

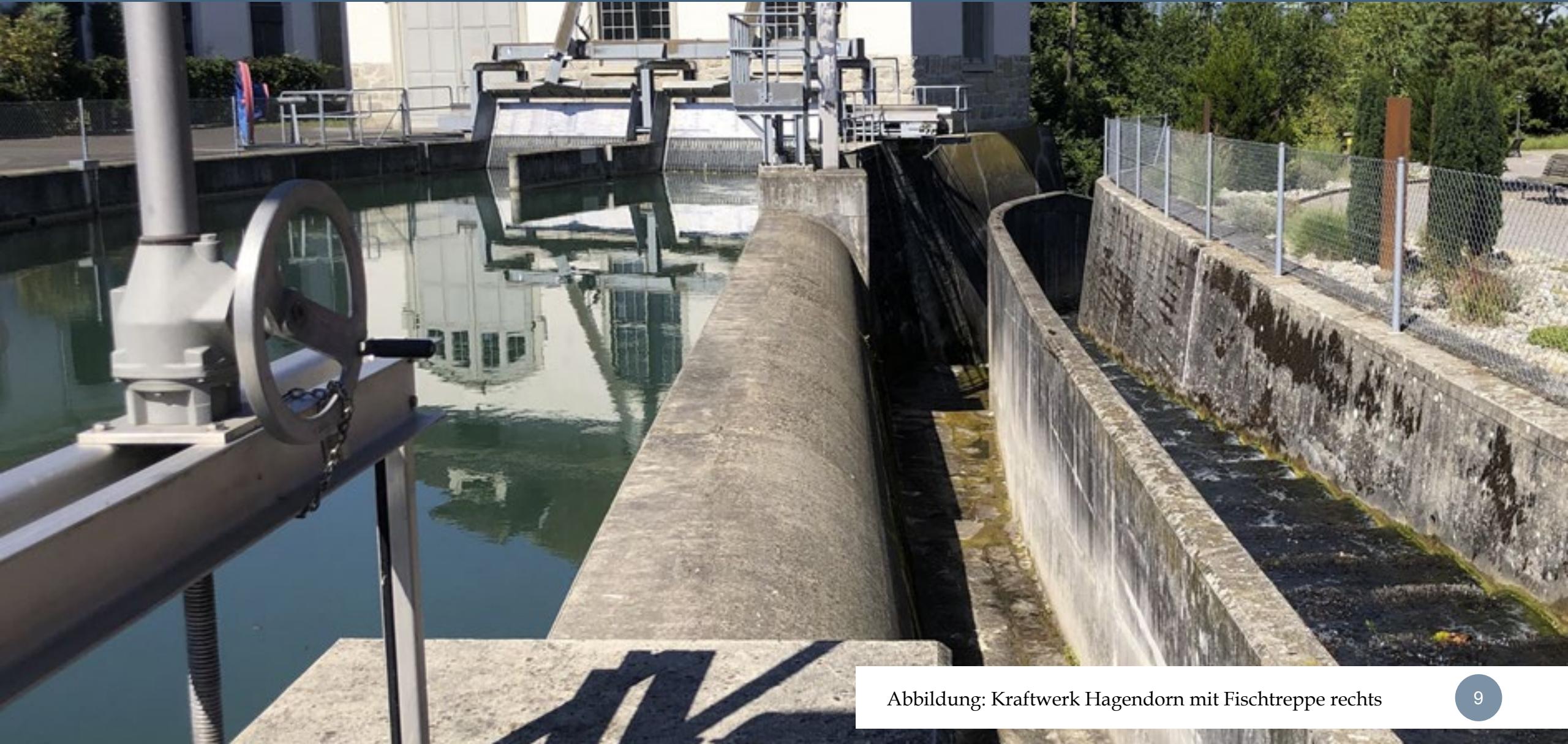


Abbildung: Kraftwerk Hagendorf mit Fischtreppe rechts

# Zivilgesetzbuch (1912) und Wasserrechtsgesetz (1916)

- Gewässer als *öffentliche Sachen unter kantonaler Hoheit*
- Restbestand der alten Rechtsordnung unter dem Sammelbegriff der «ehehaften Rechte»

These:

*Ehehafte Wasserrechte sind nicht mit Eigentum gleichzusetzen.* Der Bundesgesetzgeber liess deren Rechtsnatur ungeklärt, übernahm sie in die moderne Rechtsordnung und überliess deren Ablösung den Kantonen.

# Rechtsnatur: Wohlerworben oder Eigentum?

## Wohlerworbene Rechte

- *Schutz vor späteren, auch gesetzgeberischen Eingriffen*
- *Investitionsschutz, aber kein entgangener Gewinn*

## Eigentum

- Ausübung im Rahmen des Gesetzes
- Entschädigung *inkl. entgangener Gewinn*

# Rechtsnatur nach BGE 145 II 140 («Hammer»)

Gemäss Bundesgericht sind die ehehaften Wasserrechte wie die altrechtlichen, unbefristet erteilten Konzessionen zu beurteilen, und nach 80 Jahren *grundsätzlich entschädigungslos abzulösen*.

These:

Das Bundesgericht stellt sich damit *gegen den historischen Gesetzgeber und die ältere Lehre*. Die alte Rechtslage könnte die Inhaber ehehafter Rechte darin bestärkt haben, Investitionen zu tätigen.

# Füllen von Gesetzeslücken

Lückenfüllung unter Berücksichtigung

- der gesetzgeberischen *Ziele und Werte* und analoger *Anwendung* des bestehenden Gesetzesrechts sowie
- bewährter *Lehre und Rechtsprechung*

Zuständig sind primär die *Kantone*.

# Ablösung «bei erster Gelegenheit»

- wenn immer Behörden mit einem ehehaften Recht befasst werden und eine *Veränderung oder Verlängerung des Betriebs resultieren könnte* (Baubewilligung, Subventionen, aber auch schon Eigentümerwechsel)
- nicht aber bei einer nicht meldepflichtigen Reparatur einer Turbine

mit einer *Übergangsfrist von 10 Jahren*

- analog zur Erneuerung von Konzessionen (Art. 58a WRG)
- bis 2030, wenn nach Bundesrecht Massnahmen zu umweltrechtlichen Sanierungen getroffen werden müssen



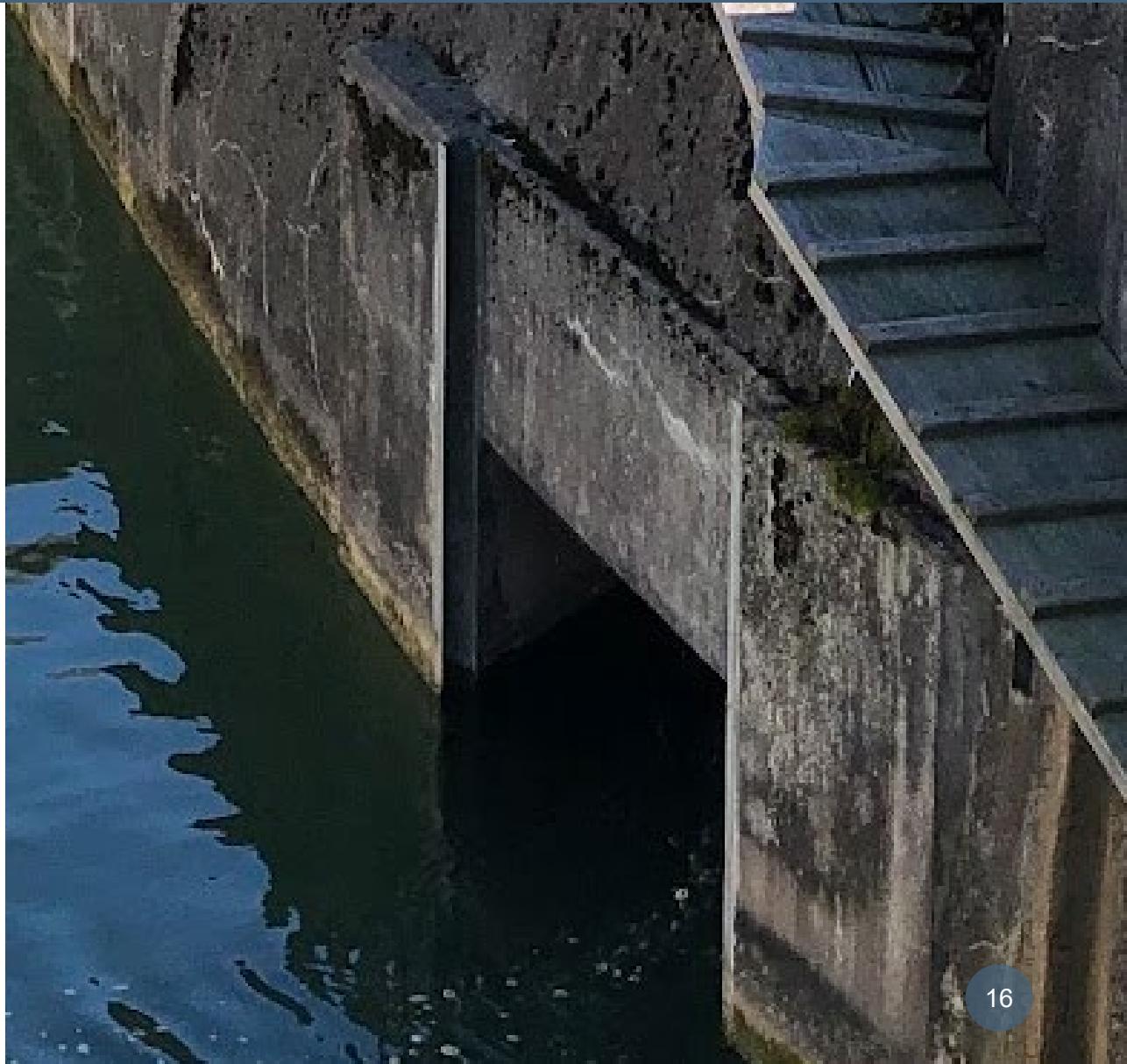
# Umwandlung in eine Konzession?

Im Grundsatz kein Anspruch auf Umwandlung in eine Konzession, ausser:

- bei gemischten Werken und
- wenn der Werkinhaber im Vertrauen auf den andauernden Bestand des ehehaften Rechts oder eines behördlichen Aktes Investitionen tätigte, welche noch nicht amortisiert sind.

# Inhalt der Neukonzessionierung

- Umweltrechtliche Vorgaben sind *umfassend anzuwenden* (samt Restwasservorgaben und fischereirechtlichen Sanierungen).
- *Wasserrechtszinsen sind zu bezahlen.*
- Konzessionsdauer ist *mit Blick auf allenfalls noch nicht amortisierte Investitionen* festzulegen.



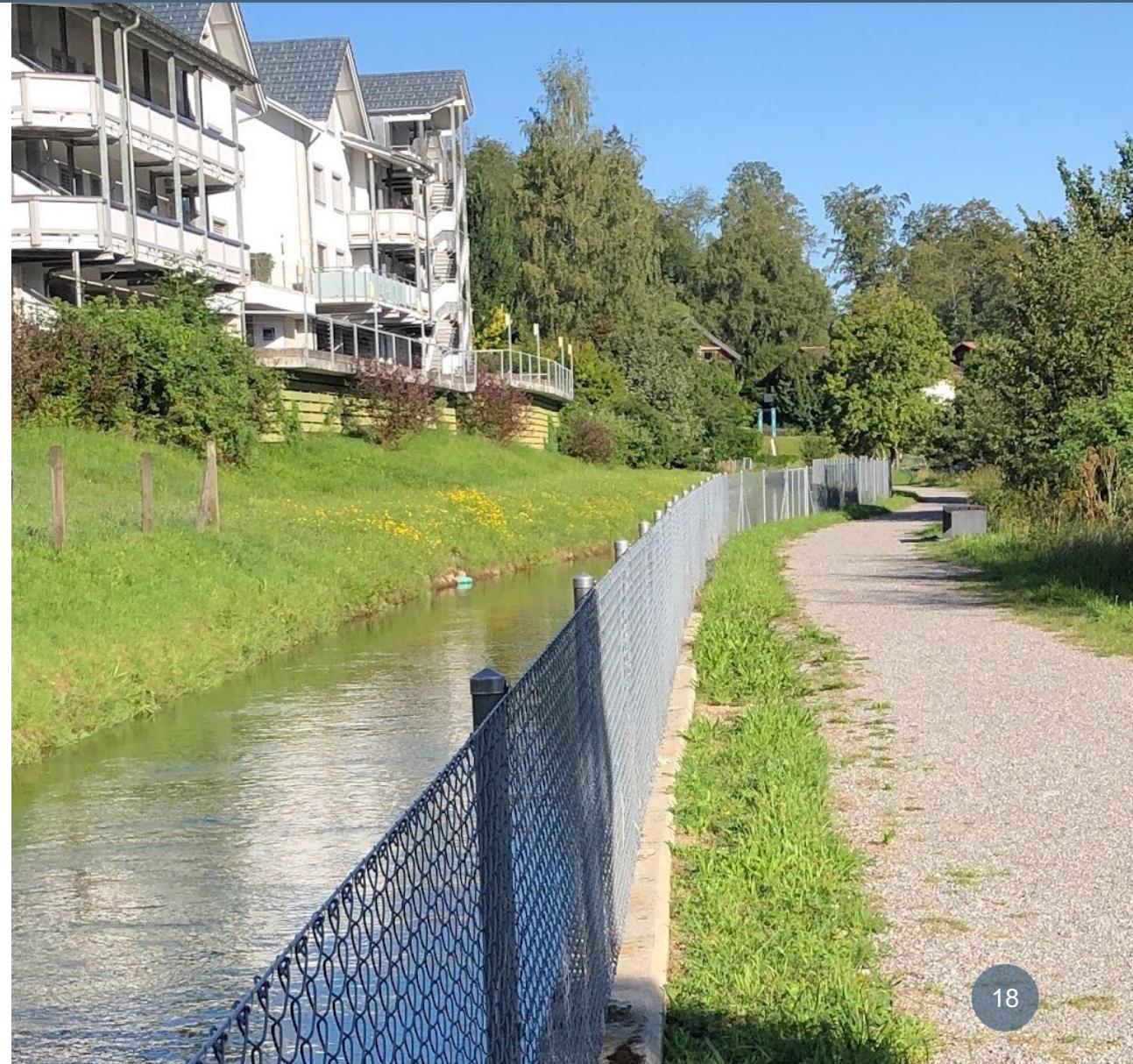
# Folgen bei der Aufgabe des Betriebs

- Bauten und Anlagen gehen an den jeweiligen *Eigentümer des Grundstücks*.
- Modernisierungs- und Umbaumassnahmen muss der Rechteinhaber vornehmen, aber *zulasten des Gemeinwesens*.
- Sicherungsmassnahmen und Rückbau gehen grundsätzlich *zulasten des Eigentümers*.
- Restwasservorschriften 5 Jahre nach *Ablösung* Fortbestehende
- Wasserentnahmen bedürfen i.d.R. einer *neuen Konzession*.



# Anpassung von bestehenden Verfügungen und Verträgen

- Bewilligungen und Sanierungsverfügungen müssen angepasst werden, *soweit die Projekte noch nicht ausgeführt wurden.*
- Beiträge müssen angepasst werden, *soweit sie noch nicht geleistet wurden.*



# Entschädigungen

## Keine Entschädigung:

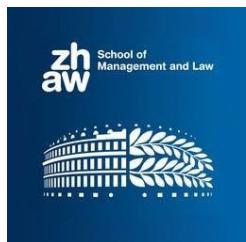
- wenn sich der Betrieb des Werks *wegen den neu anzuwendenden Regeln* (Wasserzins, Umweltrecht) nicht mehr lohnt.

## Entschädigung grundsätzlich dann, wenn:

- im Vertrauen in das fortbestehende ehehafte Recht und/oder behördliche Akte *Investitionen* in das Wasserkraftwerk getätigt wurden
- und diese Investitionen bis zur Ablösung des ehehaften Rechts und fortan (mit einer allfälligen Neukonzessionierung) *nicht amortisiert werden können.*

# Fazit





AAK Anwälte und Konsulenten AG  
Öffentlicher Sektor und Regulierung  
in Wissenschaft und Praxis

28. Januar 2022  
Prof. Dr. Andreas Abegg



Bild: Kleinkraftwerk Alberswil-Schötz LU, 1989, ETH-Bibliothek Zürich, Bildarchiv, Public Domain