

Wasserrechtsverleihung

Übungen im Öffentlichen Recht II & III (FS 2018)

Übung vom 23. / 24. April 2018

RA Dr. David Hofstetter

Sachverhalt (I)

- Die X AG nutzt gestützt auf ihr erteilte Konzessionen die Wasserkraft diverser Flüsse im Kanton Z
- Die bestehenden Konzessionen sind befristet und enden in den Jahren 2041 bis 2043
- Per 1. November 1992 sind neue Bestimmungen im GSchG betreffend Wasserentnahmen aus einem Fliessgewässer in Kraft getreten; bestehende Wasserentnahmen müssen bis zum 31. Dezember 2012 saniert werden

Sachverhalt (II)

- Gestützt auf die veränderte rechtliche Ausgangslage hat das zuständige kantonale Amt für Natur und Umwelt des Kantons Z Sanierungsverfahren für die Restwassermengen der Wasserläufe des Kantons in die Wege geleitet
- Die von der X AG genutzten Wasserläufe sind von den Sanierungsverfahren des Kantons Z betroffen
- Gestützt auf einen Bericht des Amts für Natur und Umwelt verfügt der Regierungsrat verschiedene Sanierungsmassnahmen über die von der X AG genutzten Wasserläufe; unter anderem verfügt er eine höchstzulässige dem Gewässer zu entnehmende Jahreswasserfracht

Sachverhalt (III)

- Die X AG ist der Auffassung, dass mit den verfügbaren Restwassermengen ein wirtschaftlicher Betrieb der Wasserkraftwerke nicht mehr möglich ist
- Aus den Einschränkungen würden Produktions- bzw. Erlöseinbußen von bis gegen zehn Prozent einhergehen
- Die X AG mandatiert Sie, gegen den Beschluss des Regierungsrates vorzugehen

Thema

- Rechtsnatur und Modalitäten der Erteilung einer Konzession
- Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit Eingriffen in ein bestehendes Konzessionsverhältnis
- Beschwerderecht von beschwerdeberechtigten Organisationen im Bereich des Umweltschutzes, Natur- und Heimatschutzes
- Besonderheiten bei Rügen im Zusammenhang mit Fachgutachten

Recht

- Die Rechtsgrundlagen für die vorliegenden Fragestellungen finden sich primär im Gewässerschutzgesetz, Wasserrechtsgesetz sowie im Natur- und Heimatschutzgesetz
- Begriffliches: Restwassermenge bedeutet nach Art. 4 lit. k GSchG «Abflussmenge eines Fließgewässers, die nach einer oder mehreren Entnahmen von Wasser verbleibt»
- «Ungenügende Restwassermengen führen dazu, dass Fließgewässer ihre biologischen Funktionen für die Tier- und Pflanzenwelt nicht mehr erfüllen können.» Alain Griffel, Umweltrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2015, S. 184

Recht (I): Konzession (Frage 1)

- «Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer *monopolisierten Tätigkeit* oder zur *Sondernutzung einer öffentlichen Sache*» (H/M/U, N 2718)
- Entsprechend werden die Konzessionen in zwei Arten unterteilt:
(i) Monopolkonzession und (ii) Sondernutzungskonzession
- Bei der Wasserrechtsverleihung handelt es sich um eine Sondernutzungskonzession, da die Gewässerhoheit, d.h. die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft über die Wasservorkommen, bei den Kantonen liegt (vgl. Art. 76 Abs. 4 BV, Art. 664 Abs. 2 ZGB und Art. 1 Abs. 2 WRG; vgl. dazu auch BGer Urteil 2C_900/2011, E. 2.1)

Recht (I und II): Konzession (Fragen 1 und 2)

- Auf die Erteilung einer Konzession besteht im Vergleich zur Erteilung einer Polizeierlaubnis *kein Rechtsanspruch*
- Der Konzessionär ist verpflichtet, von dem ihm übertragenen Recht Gebrauch zu machen, während die Polizeibewilligung dem Berechtigten keine solche Pflicht überbindet
- Bei Konzessionen sind in der Regel einmalige oder wiederkehrende Konzessionsgebühren geschuldet, bei der Polizeibewilligung dagegen nicht
- Konzessionen sind oftmals übertragbar (kontrolliere dazu die in der Sache anwendbaren Normen!), während Polizeibewilligungen in der Regel an eine bestimmte Person gebunden sind

Recht (I und II): Konzession (Fragen 1 und 2)

- Auf die Erteilung einer Konzession besteht kein Rechtsanspruch; jedoch hat die Behörde die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Erteilung der Konzession zu beachten, d.h. insbesondere das ihr zukommende Ermessen pflichtgemäss auszuüben und die Erteilung nicht auf unsachliche Kriterien abzustützen (vgl. dazu BVGE 2008/43, E. 5.1)
- Zur Verleihung einer Wasserrechtskonzession im Besonderen vgl. die Ausführungen auf der nächsten Folie

Recht (I und II): Konzession (Fragen 1 und 2)

- BGE 142 I 99, E. 2.2.1: «Das Verfügungsberechtigte Gemeinwesen kann die Wasserkraft selber nutzen oder das Recht zur Nutzung anderen verleihen (Art. 3 Abs. 1 WRG). Eine solche Verleihung erfolgt auf dem Wege der Konzessionierung (Art. 38 ff. WRG). Die Behörde berücksichtigt bei ihrem Entscheid das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen (Art. 39 WRG). Die Konzessionserteilung ist eine Verfügung über kantonale Hoheits- oder Souveränitätsrechte (...). Da es dem Kanton freisteht, die ihm zustehenden Wasserkräfte selber zu nutzen, kann ein Privater gestützt auf das WRG von vornherein keinen Anspruch auf Erteilung einer Wasserrechtskonzession erheben (...).»

Recht (III): Beschwerderecht (Frage 3)

- Organisationen sind zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wenn ihnen ein Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG)
- Art. 12 NHG (wie auch Art. 55 USG) gewährt bestimmten Organisationen die Befugnis zur Beschwerde (sog. «ideelles Verbandsbeschwerderecht»; siehe Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1482 ff.)
- Sowohl WWF als auch Pro Natura sind in der bundesrätlichen Verordnung über die Bezeichnung der beschwerdeberechtigten Organisationen aufgeführt und nach NHG beschwerdeberechtigt

Recht (III): Beschwerderecht (Frage 3)

- Das Beschwerderecht von WWF und Pro Natura nach Art. 12 NHG ist nur dann eröffnet, wenn die *Erfüllung einer Bundesaufgabe* betroffen ist (vgl. Überschrift vor Art. 2 ff. NHG)
- Der Gewässerschutz und die Sicherung angemessener Restwassermengen gehören nach Art. 76 Abs. 3 BV zu den Bundesaufgaben
- Damit sind sowohl WWF als auch Pro Natura legitimiert, den kantonal letztinstanzlichen Entscheid des Verwaltungsgerichts vor Bundesgericht anzufechten (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG i.V.m. Art. 12 NHG)

Recht (IV): Grundrechtseingriff (Frage 4)

- Nach Art. 43 Abs. 1 WRG verschafft die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein *wohlerworbenes Recht* auf die Benutzung des Gewässers
- Ein wohlerworbenes Recht fällt in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV
- Je nach Konstellation kommt bei Eingriffen in ein wohlerworbenes Recht auch die Anrufung des Vertrauensschutztatbestandes nach Art. 9 BV in Betracht (vgl. BGE 139 II 28, E. 2.7.2)
- Argumentation mit Blick auf Art. 80 Abs. 1 GSchG?

Recht (V): Fachgutachten (Frage 5)

- Einordnung: Die zuständige Verwaltungsbehörde hat zur *Ermittlung des Sachverhalts* eine *externe Sachverständige* beigezogen (Hydrogeologie AG)
- Es handelt sich beim von der Hydrogeologie AG erstatteten Gutachten um ein *behördlich angeordnetes Gutachten*, dies im Unterschied zu einem von einer Partei angeordneten Gutachten (sog. Privatgutachten oder Parteigutachten, vgl. zum Stellenwert eines solchen BGE 141 III 433, BGE 141 IV 369)
- Das Gutachten der Hydrogeologie AG bildet Teil der von der Behörde vorgenommenen *Sachverhaltsabklärung*

Recht (V): Fachgutachten (Frage 5)

- Vor dem kantonalen Verwaltungsgericht ist die Rüge, der Sachverhalt sei unrichtig oder unvollständig ermittelt worden, in aller Regel *zulässig* (vgl. statt vieler § 55 Abs. 1 VRPG AG)
- Dementsprechend kann die X AG rügen, das Gutachten der Hydrogeologie AG weise Mängel auf, die zu einer unrichtigen Sachverhaltsermittlung des Amtes für Natur und Umwelt geführt haben
- Bei behördlich angeordneten Gutachten ist es gemäss ständiger Rechtsprechung erforderlich, dass *begründete Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens bestehen*, um mit einer Sachverhaltsrüge gegen das Gutachten durchzudringen

Recht (V): Fachgutachten (Frage 5)

- Vgl. etwa BGE 136 II 539, E. 3.2: «Gutachten unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung. In Fachfragen darf das Gericht jedoch nur aus triftigen Gründen von einer Expertise abweichen. Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen ist Aufgabe des Gerichts. Dieses hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint dem Gericht die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat es nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben.»

Entscheide für das Selbststudium

- BGE 139 II 28 (Konzession)
- BGE 142 I 99 (Konzession)
- BGE 141 II 233 (NHG)
- BGE 136 II 539, 141 IV 369 (Gutachten; Beweiswürdigung)