

# Eingriffe in wohlerworbene Rechte im Kontext aktueller Fragen der Wasserkraftnutzung in der Schweiz

Autor(en): **Müller, Georg**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Wasser Energie Luft = Eau énergie air = Acqua energia aria**

Band (Jahr): **101 (2009)**

Heft 4

PDF erstellt am: **10.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-941955>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Eingriffe in wohlerworbene Rechte im Kontext aktueller Fragen der Wasserkraftnutzung in der Schweiz

■ Georg Müller

## 1. Einleitung

Der Schweizerische Wasserwirtschaftsverband hat mich beauftragt, eine Übersicht über das Wesen der wohlerworbenen Rechte im Kontext aktueller Fragen der Wasserkraftnutzung gemäss einem Pflichtenheft vom 15. August 2008 zu erstellen. Das Pflichtenheft beschreibt die Ausgangslage, führt Beispiele für Konflikte zwischen wohlerworbenen Rechten und neueren Gesetzesbestimmungen bzw. laufenden Gesetzesrevisionen an und umschreibt das Ziel und den Gegenstand der Übersicht: Sie soll der Förderung des Verständnisses für die wohlerworbenen Rechte bei Mitarbeitenden in der Verwaltung und in Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie bei Politikerinnen und Politikern dienen. Es steht also weniger die dogmatische Beurteilung als eine allgemein verständliche Umschreibung des «Standes der Technik» und der Zusammenhänge zwischen Legiferierung, Gesetzesvollzug und wohlerworbenen Rechten im Vordergrund. Der Bericht soll ein Arbeitsmittel der Branche sein und allen im Wasserrecht involvierten Akteuren in kurzer, einprägsamer Form das Wesen der wohlerworbenen Rechte nahe bringen.

Die Übersicht beginnt mit einer Umschreibung des Begriffs der wohlerworbenen Rechte und ihrer Abgrenzung zu anderen Rechten (2.). Es folgen Ausführungen zur Entstehung der wohlerworbenen Rechte (3.). Das Schwergewicht der Darstellung liegt auf deren Wirkungen (4.). Die Übersicht wird mit einer Zusammenfassung abgeschlossen (5.).

Im Bereich der wohlerworbenen Rechte sind viele Fragen umstritten oder noch wenig geklärt. Der Zielsetzung der Übersicht entsprechend verzichte ich auf eine wissenschaftliche Auseinandersetzung

mit den unterschiedlichen Auffassungen, die in Lehre und Rechtsprechung vertreten werden, und versuche, die wesentlichen Elemente so darzustellen, dass sie in ihren Zusammenhängen verständlich werden. Ich stütze mich dabei vor allem auf die Untersuchung von *Enrico Riva* (Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007). Hinweise auf weitere Literatur und auf die Rechtsprechung zu den wohlerworbenen Rechten finden sich im Anhang.

## 2. Was ist ein wohlerworbenes Recht?

Die wohlerworbenen Rechte gehören zu den Rechten, welche einer natürlichen oder juristischen Person gegenüber einem *Gemeinwesen* (Bund, Kantone, Gemeinden) zustehen. Sie beruhen auf *öffentlichem Recht*, nicht auf *Privatrecht*. Das bedeutet vor allem, dass *Streitigkeiten* über diese Rechte nicht von den Zivilgerichten, sondern von den *Verwaltungsbehörden* und von den *Verwaltungsgerichten* beurteilt werden.

Die wohlerworbenen Rechte unterscheiden sich von anderen öffentlich rechtlichen Ansprüchen vor allem dadurch, dass sie *schwerer änderbar*, bestandeskraftiger sind.

Eine *Polizeibewilligung* (z.B. eine Bewilligung für die Ausübung eines Berufs oder die Führung eines Betriebs) kann entzogen werden, wenn sich erweist, dass sie unter falschen Voraussetzungen erteilt worden ist. Sie kann geändert werden, sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die gesetzlichen Bestimmungen ändern, auf die sie sich stützt (z.B. verschärfte Sicherheitsanforderungen für einen Betrieb). Der Staat kann *Subventionen*, die er für eine bestimmte Tätigkeit (z.B. im Bereich der Kultur, der Bildung oder des Gesundheitswesens)

zuspricht, widerrufen oder kürzen, falls sich herausstellt, dass der Empfänger sie nicht ihrem Zweck entsprechend verwendet, oder wenn die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel nicht ausreichen. *Wohlerworbene Rechte* können dagegen in der Regel nicht geändert werden, selbst dann nicht, wenn ihr Inhalt durch eine Gesetzesrevision anders umschrieben wird. Deshalb darf ein Kanton zwar z.B. in seinem Wasserrechtsgesetz die maximale Dauer von Wassernutzungskonzessionen reduzieren, doch wirkt sich eine solche Bestimmung nicht auf die bestehenden Wasserrechtskonzessionen aus, weil es sich dabei um wohlerworbene Rechte handelt.

Die wohlerworbenen Rechte stehen, im Gegensatz zu den übrigen öffentlich rechtlichen Ansprüchen gegenüber dem Staat, unter dem besonderen Schutz der *Eigentumsgarantie* und des *Grundsatzes von Treu und Glauben*. Diese von der Bundesverfassung in Art. 9 und 26 garantierten Grundrechte *verstärken die Stellung der Träger von wohlerworbenen Rechten* gegenüber dem Staat. Im Begriff der «Wohlerworbenheit» kommt zum Ausdruck, dass die Rechte auf eine besondere Weise begründet worden sind, nämlich im gegenseitigen Vertrauen zwischen dem Staat und dem Träger des Rechts darauf, dass die Rechtsbeziehung auf eine bestimmte Dauer grundsätzlich unverändert bleiben und einen besonderen Schutz geniessen soll.

Öffentlich rechtliche Ansprüche können nur *teilweise wohlerworben* sein, im Übrigen aber keinen erhöhten Bestandes- und Rechtsschutz geniessen. Das trifft zu, wenn die im Zeitpunkt der Begründung des Rechts massgebende *Gesetzgebung* vorsieht, dass gewisse Regelungen geändert werden können.<sup>1</sup> Auch durch *Vorbehalte*, welche das

<sup>1</sup> Beispiel: Das im Zeitpunkt der Verleihung der Wassernutzungskonzession an die *Société anonyme pour l'industrie de l'aluminium Chippis* geltende Walliser Gesetz über die Wasserkraftkonzessionen bestimmte in Art. 10 ausdrücklich, dass die Wasserzinse alle zehn Jahre angepasst werden. Einige der verleihenden Gemeinden hatten in der Konzession die Anpassungsmöglichkeiten jedoch beschränkt. Das Bundesgericht stellte fest, die gesetzlichen Anpassungsbestimmungen hätten zwingenden Charakter. Die davon abweichenden Regelungen in der Konzession seien deshalb ungültig. Die Gemeinden durften eine Wasserzinserhöhung verlangen (BGE 88 I 181 ff.).





Gemeinwesen im Begründungsakt (z.B. in einer Konzession) anbringt, kann die besondere Bestandeskraft eines Rechts begrenzt werden. Es genügt allerdings nicht, die Anwendung künftiger Gesetze in allgemeiner Form vorzubehalten. Der Vorbehalt muss so formuliert werden, dass der Träger des Rechts schon bei dessen Begründung in der Lage ist, die Auswirkungen auf seine Investitionen richtig einzuschätzen.<sup>2</sup>

### 3. Wie entsteht ein wohl- erworbenes Recht?

Wohlerworbene Rechte können durch Gesetz, verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. Konzession oder durch die Geschichte entstehen.

#### 3.1 Durch Gesetz

Der Gesetzgeber kann vorsehen, dass ein Recht unter gewissen Voraussetzungen als wohl erworben zu gelten hat. So bestimmt Art. 43 Abs. 1 des *Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft* (Wasserrechtsgesetz, WRG),<sup>3</sup> dass die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein *wohlerworbenes Recht auf die Benutzung der Gewässer* verschaffe. Auch im Personalrecht des öffentlichen Dienstes kommt es vor, dass einzelne Ansprüche des Personals (z.B. auf eine Treueprämie oder auf eine Pension) durch das Gesetz als unveränderlich und damit wohl erworben erklärt werden.

#### 3.2 Durch verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. Konzession

Rechte, die das Gemeinwesen einem Privaten durch verwaltungsrechtlichen Vertrag einräumt, können grundsätzlich *nicht ohne Zustimmung des Vertragspartners* geändert werden. Ebenso verhält es sich mit Rechten aus Konzessionen, die nicht durch eine gesetzliche Regelung, sondern auf Grund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der Konzession zu betrachten sind. Wie beim verwal-

tungsrechtlichen Vertrag entsteht hier das wohl erworbene Recht vor allem als Folge des *erhöhten Vertrauensschutzes*, der ihm durch die Einigung zwischen Staat und Privaten zukommt.

#### 3.3 Durch die Geschichte

Als wohl erworben gelten gewisse Rechte, die auf einer früheren Rechtsordnung beruhen und nach neuem Recht nicht mehr begründet werden können, aber weiter gültig sind, oder Rechte, die seit unvordenklicher Zeit anerkannt werden. Ihre erhöhte Bestandeskraft leitet sich vor allem daraus ab, dass der Staat sie *während sehr langer Zeit respektiert* hat. Solche historischen Rechte werden z.T. auch als «ehehaft» bezeichnet.

Als Beispiele seien genannt: Tavernenrechte (Recht zum Betrieb einer Gastwirtschaft auf einem öffentlichen Grundstück), Rechte zum unentgeltlichen Bezug von Wasser aus einem öffentlichen Gewässer, Rechte zum Weiden von Vieh auf öffentlichem Grund, Rechte zur Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers.

### 4. Welche Wirkungen hat ein wohlerworbenes Recht?

#### 4.1 Bestandeskraft der wohlerworbenen Rechte

##### 4.1.1 Unabänderlichkeit

*Verfügungen und Entscheide* von Verwaltungsbehörden, die dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, können unter bestimmten Voraussetzungen von den Verwaltungsbehörden *geändert* werden. Urteile von Gerichten sind dagegen grundsätzlich unabänderlich, d.h., für die Parteien und das Gericht verbindlich.

*Wohlerworbene Rechte* dürfen von den Verwaltungsbehörden nur in einem Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder geändert werden. Ist die Frist für die Anfechtung abgelaufen, so werden sie grundsätzlich *unwiderruflich*. Das bedeutet, dass sie

auch dann *nicht korrigiert* werden können, wenn sie sich als fehlerhaft erweisen, weil sie dem Gesetz widersprechen. Das Interesse am Schutz des Vertrauens in den Bestand der wohl erworbenen Rechte hat Vorrang gegenüber dem Interesse an der Gesetzmässigkeit des wohl erworbenen Rechts. Der Grundsatz der Unabänderlichkeit kann allerdings eingeschränkt werden.<sup>4</sup>

##### 4.1.2 Gesetzesbeständigkeit

Gesetze können *jederzeit geändert* werden. Dieser Grundsatz ist allgemein bekannt. Wer ein Rechtsverhältnis mit einem Gemeinwesen begründet, muss deshalb damit rechnen, dass es aufgehoben oder angepasst wird, wenn das zugrunde liegende Gesetz ändert.

Das Recht, ein Heilmittel zu verkaufen, eine Berufstätigkeit auszuüben oder einen Betrieb zu führen, das einem Privaten durch eine Bewilligung eingeräumt wird, steht immer unter dem Vorbehalt der Änderung des Gesetzes. Die Anpassung des Rechts an das neue Gesetz unterbleibt nur dann, wenn das Interesse am Schutz des Vertrauens in die Bewilligung überwiegt gegenüber dem Interesse an der Anwendung des neuen Gesetzes.

*Wohlerworbene Rechte* sind dagegen *gesetzesbeständig*. Sie müssen mit anderen Worten den Änderungen des Gesetzes, das ihnen zugrunde liegt, nicht angepasst werden. Das ist die Folge des *Vertrauens in den Bestand* der wohl erworbenen Rechte, das eine Ausnahme vom Grundsatz der Gesetzmässigkeit rechtfertigt. Die Gesetzesbeständigkeit der wohl erworbenen Rechte kann allerdings unter gewissen Voraussetzungen, die noch darzustellen sind,<sup>5</sup> eingeschränkt werden.

Die Gesetzesbeständigkeit der wohl erworbenen Rechte ist eigentlich nur eine *besondere Art der Unabänderlichkeit*. Während andere Rechtsverhältnisse in der Regel den geänderten Rechtsgrundlagen angepasst werden müssen, geht bei den

<sup>2</sup> Beispiel: Die Engadiner Kraftwerke hatten im Jahr 1957/58 Konzessionen für die Nutzung des Inn zwischen Scuol und Martina erhalten. Die Konzession wurde während mehr als zwei Jahrzehnten nicht beansprucht, sondern mehrmals verlängert. Bereits die ursprüngliche Konzession enthielt einen relativ eng umschriebenen Vorbehalt bezüglich der Anpassung der Restwassermenge, sofern die Abflussverhältnisse zufolge des Betriebes der Werke berechtigten Anforderungen der Hygiene und des Landschaftsschutzes nicht entsprechen. Bei der Verlängerung der Konzession im Jahre 1979 stellte die Bündner Regierung fest, die Auffassungen über die Energieproduktion, die Energienutzung und den Umweltschutz hätten sich geändert, was in den entsprechenden Gesetzen zum Ausdruck komme. Sie gewährte die Fristerstreckung nur unter dem Vorbehalt, dass sie spätestens im Rahmen der Genehmigung der vor Baubeginn einzureichenden Detailpläne prüfen werde, ob die Konzession den dann geltenden Gesetzen des Bundes und des Kantons entspreche. Das Bundesgericht erachtete jedoch den in die ursprüngliche Konzession aufgenommenen Vorbehalt wie auch die von der Bündner Regierung in der Verlängerung der Konzession angebrachte Klarstellung als unwirksam, weil sie zu wenig präzise seien (Urteil vom 16. September 1987, in: ZBI 1988, 273 ff.). Riva (a.a.O., S. 103), hält dieses Urteil für unzutreffend, weil die Konzessionärin spätestens im Zeitpunkt der letzten Verlängerung nicht mehr damit rechnen durfte, ihre Konzession ohne Berücksichtigung der neu in Kraft getretenen gesetzlichen Bestimmungen umzusetzen, und bis dahin keine nennenswerten Investitionen getätigt hatte.

<sup>3</sup> Vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80).

<sup>4</sup> Siehe dazu hinten, Ziff. 4.3

<sup>5</sup> Dazu hinten, 4.3



wohlerworbenen Rechten grundsätzlich der Schutz des Vertrauens dem Gesetzmässigkeitsprinzip vor.

## 4.2 Schutzobjekt der wohlerworbenen Rechte

Wie weit geht der besondere Schutz der wohlerworbenen Rechte? Welche Inhalte sind grundsätzlich unabänderlich und gesetzesbeständig?

Der Umfang des Schutzes wird durch den *Begründungsakt*, d.h., das Gesetz, den verwaltungsrechtlichen Vertrag, die Konzession oder den historischen Rechtstitel, allenfalls durch die tatsächliche Ausübung seit unvordenklicher Zeit, umschrieben. Es kommt also darauf an, welche Rechte durch diese Begründungsakte als wohlerworbenen oder unabänderlich und gesetzesbeständig bezeichnet werden. Das Gesetz, der Vertrag oder die Konzession kann den Schutz auf *bestimmte Rechte eingrenzen* oder *Vorbehalte anbringen*, z.B. Änderungen unter bestimmten Voraussetzungen zulassen.<sup>6</sup> Die Bestimmungen in den Gesetzen, verwaltungsrechtlichen Verträgen, Konzessionen und historischen Rechtstiteln, welche den Schutzbereich der wohlerworbenen Rechte abgrenzen, sind oft *auslegungsbedürftig*. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang insbesondere festgehalten, allgemein gehaltene Klauseln, mit denen die Anwendung künftiger Gesetze vorbehalten werde, seien nicht wirksam; vielmehr brauche es dafür spezifisch formulierte Vorbehalte.<sup>7</sup>

Für die *wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht* bestimmt Art. 43 Abs. 1 WRG, dass sie «nach Massgabe des Verleihungsaktes» entstehen. Gewisse *Grenzen* ergeben sich aus den Pflichten, welche den Besitzern von Wasserkraftwerken durch andere Bestimmungen des WRG auferlegt werden. So ist der Werkbesitzer nach Art. 23 WRG verpflichtet, zum Schutze der Fischerei die geeigneten Einrichtungen zu erstellen und

sie, wenn es notwendig wird, zu verbessern, sowie überhaupt alle zweckmässigen Massnahmen zu treffen. Art. 29 Abs. 2 WRG schreibt vor, dass die Besitzer von Wasserkraftwerken verpflichtet werden können, die *Wasserstände und Wassermengen* im Bereich der Anlagen zu *messen*. Sie führen die Erhebungen nach den Richtlinien des Bundes durch und teilen die Messwerte dem Bund mit. Art. 44 WRG präzisiert die Rechte des Konzessionärs für den Fall, dass er in der Ausnutzung der Wasserkraft durch *öffentliche, den Wasserlauf verändernde Arbeiten* beeinträchtigt wird. Handelt es sich um bleibende Störungen, und kann der Konzessionär die Einbusse durch Anpassung seines Werkes an den veränderten Wasserlauf nicht oder nur mit unverhältnismässig grossen Kosten vermeiden, so hat er Anspruch auf Entschädigung. Wird der Bau oder Betrieb eines Wasserkraftwerkes durch Korrektionsbauten oder andere wasserpolizeiliche Arbeiten nur vorübergehend erschwert oder unterbrochen, so hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz, es sei denn, die Arbeiten würden unnötig verzögert. Das wohlerworbene Recht des Konzessionärs wird schliesslich auch durch Art. 53 Abs. 1 WRG begrenzt, wonach der Konzessionär den Gemeinden *Wasser zu öffentlichen Zwecken im Umfang des dringenden Bedürfnisses* zur Verfügung zu stellen hat, soweit sie es sich sonst nur mit unverhältnismässigen Kosten beschaffen könnten; der Wasserbezug darf die Benutzung der Wasserkraft hingegen nicht ernstlich beeinträchtigen. Alle diese gesetzlichen Verpflichtungen müssen die Konzessionäre ohne Anspruch auf Entschädigung erfüllen; sie fallen nicht unter den Schutz der wohlerworbenen Rechte.

In den Wasserrechtskonzessionen werden oft die folgenden Einzelansprüche als wohlerworbenen bezeichnet:

- der Umfang der nutzbaren Wassermenge und das ausnutzbare Gefälle,

- die Dauer des verliehenen Rechts,
- die Höhe des Wasserzinses<sup>8</sup>.

Die *Kantone* sind befugt, den Inhalt der wohlerworbenen Rechte, die durch die Wasserrechtskonzessionen begründet werden, in ihrer *Gesetzgebung* näher zu bestimmen. Den für die Verleihung zuständigen kantonalen oder kommunalen Behörden obliegt es sodann, im Rahmen des Bundes- und des kantonalen Rechts durch die *Umschreibungen in den Konzessionen* Inhalt, Umfang und Grenzen der wohlerworbenen Rechte festzulegen.<sup>9</sup>

## 4.3 Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte

*Bestehende* wohlerworbene Rechte können durch die Gesetzgebung eingeschränkt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Das Gemeinwesen muss den Träger des Rechts u.U. zudem entschädigen. Der Gesetzgeber kann aber auch nur die Begründung wohlerworbener Rechte *für die Zukunft* einschränken. In diesen Fällen sind die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit weniger streng; das Gemeinwesen wird auch nicht entschädigungspflichtig.

Im Folgenden werden nur die Voraussetzungen und Folgen von Eingriffen in *bestehende* wohlerworbene Rechte dargestellt.

### 4.3.1 Gesetzliche Grundlage

Einschränkungen von bestehenden wohlerworbenen Rechten müssen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Einschränkung in einer *generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtsnorm* vorgesehen ist. Handelt es sich um eine *schwere Einschränkung*, so muss die Rechtsnorm *in der Form eines Gesetzes* erlassen werden. Bei weniger schweren Eingriffen reicht eine Grundlage in einer Verordnung aus.<sup>10</sup>

Als schwere Einschränkungen, wel-

<sup>6</sup> Siehe dazu vorne, 2.

<sup>7</sup> Siehe dazu vorne, 2.

<sup>8</sup> In neueren Konzessionen wird allerdings auch häufig auf den gemäss Bundesgesetzgebung maximal zulässigen Wasserzins verwiesen; in diesem Fall ist der Anspruch nicht wohlerworbenen, sondern passt sich der Gesetzgebung an.

<sup>9</sup> Beispiel: Der Umfang des wohlerworbenen Rechts auf Nutzung der Wasserkraft kann durch Angabe einer bestimmten Gewässerstrecke festgelegt werden. Die nutzbare Wassermenge reduziert sich dann nach Massgabe der Restwassermenge sowie allfälliger Schutz- und Ausgleichsmassnahmen.

<sup>10</sup> Beispiel: Art. 80 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20) regelt die Sanierung von Fliessgewässern bei Wasserentnahmen. Wird ein Fliessgewässer durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst, so muss es unterhalb der Entnahmestellen nach den Anordnungen der Behörde so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Die Behörde ordnet weiter gehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen fordern. Das Verfahren für die Feststellung der Entschädigungspflicht und die Festsetzung der Entschädigung richtet sich nach dem Enteignungsgesetz. Der Bundesgesetzgeber lässt Eingriffe in wohlerworbene Rechte zur Sanierung von Fliessgewässern also zu, allerdings nur bei besonders schutzwürdigen Gewässern. Die Voraussetzungen für den Eingriff sind relativ unbestimmt umschrieben, sollen sie doch nicht nur dann zulässig sein, wenn es um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen von nationaler oder kantonaler Bedeutung geht, sondern auch dann, wenn dies «andere überwiegende öffentliche Interessen» fordern. Ob dies zutrifft, muss also jeweils im Einzelfall beurteilt werden.



che der Gesetzgeber selbst vorsehen muss, sind erhebliche Reduktionen der nutzbaren Wassermenge bzw. Wasserkraft, eine Herabsetzung der Dauer der Konzession oder eine Erhöhung der zu leistenden Abgaben zu betrachten. Regelungen zum Schutz der Natur, der Landschaft oder der Fischerei, welche die Konzessionäre zu gewissen Massnahmen verpflichten, ohne die Nutzungsverhältnisse wesentlich zu beeinträchtigen, können auch in Verordnungen enthalten sein, sofern sie sich auf ein Gesetz stützen, das die Grundzüge festlegt.<sup>11</sup>

#### 4.3.2 Öffentliches Interesse

Eingriffe in wohlerworbene Rechte müssen – wie alle staatlichen Anordnungen und Handlungen – im öffentlichen Interesse liegen.

Der *Inhalt des Begriffs* des öffentlichen Interesses ist *schwer fassbar*. Klare Richtlinien für die Beurteilung der Frage, ob und wann ein Anliegen derart erheblich ist, dass es ein öffentliches Interesse darstellt, fehlen weitgehend. Verfassung und gesetzliche Zielbestimmungen geben Anhaltspunkte. Wichtige Anliegen, die hergebrachterweise als öffentliche Interessen anerkannt werden, können kasuistisch umschrieben werden, ohne dass sich daraus eine allgemeine Definition gewinnen lässt. Ob einer staatlichen Massnahme ein ausreichendes öffentliches Interesse zugrunde liegt, ist oft nur von Fall zu Fall nach Massgabe der konkreten Umstände zu bestimmen.

Zu den öffentlichen Interessen zählen insbesondere polizeiliche, raumplanerische, umweltschützerische, soziale und sozialpolitische Interessen. Auch fiskalische Interessen, d.h. die finanziellen Interessen des Staates, sind grundsätzlich öffentliche Interessen, benötigt der Staat doch finanzielle Mittel, um seine Aufgaben zu erfüllen. Die *fiskalischen Interessen* nehmen allerdings insofern eine Sonderstellung ein, als sie grundsätzlich *keine Eingriffe in Freiheitsrechte, insbesondere in die Eigentumsgarantie*, zu rechtfertigen vermögen. Der Staat kann sich deshalb die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Finanzen nicht dadurch beschaffen, dass er vermögenswerte Rechte der Privaten enteignet.

Einschränkungen von wohlerworbenen Rechten lassen sich grundsätzlich mit *allen Arten von öffentlichen Interessen* rechtfertigen.<sup>12</sup> Ausgeschlossen sind einzig *fiskalische Interessen*. Der Staat darf in wohlerworbene Rechte nicht eingreifen mit dem Ziel, sich zusätzliche finanzielle Mittel zu beschaffen. Daraus ergibt sich, dass die *Erhöhung von Wasserzinsen* für die Nutzung der Wasserkraft, die in der Konzession betragsmässig festgelegt sind, *unzulässig* ist, sofern sie nicht nur der *Wiederherstellung der im Zeitpunkt der Verleihung bestehenden Verhältnisse*, insbesondere dem *Ausgleich der Teuerung*, dient.

#### 4.3.3 Verhältnismässigkeit

Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssen Einschränkungen von wohlerworbenen Rechten zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sein. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden.

##### 4.3.3.1 Eignung

Der Eingriff in das wohlerworbene Recht muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. *Ungeeignet* ist ein Eingriff dann, wenn er am *Ziel vorbeischiess*, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet. Zu prüfen ist also die *Zwecktauglichkeit* einer Massnahme.

Beispiel:

Die Verpflichtung des Eigentümers eines Wasserkraftwerkes, bauliche Massnahmen zu treffen, um das Ufer des genutzten Gewässers zu renaturieren, kann die durch die Konzession begründeten wohlerworbenen Rechte einschränken. Eignen sich die baulichen Massnahmen nicht, um das im Interesse des Natur- und Landschaftschutzes liegende Ziel zu erreichen, so ist die Einschränkung der wohlerworbenen Rechte unverhältnismässig.

##### 4.3.3.2 Erforderlichkeit

Die Einschränkung der wohlerworbenen Rechte muss im Hinblick auf das im öffent-

lichen Interesse liegende Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine *gleich geeignete, aber mildere Einschränkung* für den angestrebten Erfolg *ausreichen* würde.

Das Gebot der Erforderlichkeit wird auch als Prinzip der «Notwendigkeit», des «geringst möglichen Eingriffes», der «Zweckangemessenheit» oder als «Übermassverbot» bezeichnet. Zwischen diesen verschiedenen Begriffen bestehen keine inhaltlichen Unterschiede.

Beispiel:

Lässt sich das Ziel, das Ufer des Gewässers zu renaturieren, mit verschiedenen baulichen Massnahmen erreichen, so ist diejenige zu wählen, welche die geringsten Eingriffe in die wohlerworbenen Rechte des Konzessionärs zur Folge hat.

##### 4.3.3.3 Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung

Der Eingriff in ein wohlerworbene Recht ist nur gerechtfertigt, wenn ein *vernünftiges Verhältnis besteht zwischen dem Interesse daran, das Ziel des Eingriffs zu erreichen, und den Wirkungen, die der Eingriff für den Träger des wohlerworbenen Rechtes hat*. Es ist deshalb zwischen dem öffentlichen Interesse an der Einschränkung der wohlerworbenen Rechte und den privaten Interessen der dadurch Betroffenen *abzuwägen*. Für die Abwägung massgeblich sind einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Einschränkung, an der nur ein geringfügiges öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Träger des wohlerworbenen Rechtes hat, ist unverhältnismässig.

Beispiel:

Die Verpflichtung des Eigentümers eines Wasserkraftwerkes, Massnahmen zu treffen, um das Ufer des genutzten Gewässers zu renaturieren, ist unverhältnismässig, wenn sie nur wenig zur Erreichung dieses Zieles beitragen können, aber zu einer erheblichen Reduktion der nutzbaren Wassermenge oder zu wesentlichen finanziellen Belastungen führen.

<sup>11</sup> Beispiel: In einem kantonalen Raumplanungs- und Baugesetz wird vorgeschrieben, dass die Ufer von Flussläufen, die durch bauliche Massnahmen verunstaltet worden sind, renaturiert werden sollen. Die dazu notwendigen Massnahmen werden vom Kanton durchgeführt oder finanziell unterstützt. Der Regierungsrat wird ermächtigt, die näheren Anordnungen durch Verordnung zu treffen. – Gestützt auf eine entsprechende Bestimmung in der Verordnung des Regierungsrates könnten die Besitzer von Wasserkraftwerken verpflichtet werden, gewisse Massnahmen zur Renaturierung der Ufer der von ihnen genutzten Gewässer zu treffen, sofern sie dadurch nicht wesentlich belastet werden. Durch die Ausrichtung von Subventionen kann eine allfällige finanzielle Belastung reduziert werden.

<sup>12</sup> Beispiel: Im Rahmen der laufenden Revision des Gewässerschutzgesetzes geht es vor allem um folgende öffentliche Interessen: Revitalisierung der Gewässer, Reaktivierung des Geschiebehaushaltes, Verminderung der negativen Auswirkungen von Schwall und Sunk (vgl. Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer, Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 12. August 2008, BBl 2008, 8043 ff.).



Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Privaten *in besonderem Masse auf den Bestand der wohlverworbenen Rechte vertrauen* dürfen. Das öffentliche Interesse an einem Eingriff muss deshalb auch überwiegen gegenüber dem Interesse des Trägers des wohlverworbenen Rechts, in seinen legitimen Vertrauenswartungen geschützt zu werden. Der Vertrauensschutz ist also ein zusätzliches Element der Verhältnismässigkeits- und damit der Zulässigkeitsprüfung des Eingriffs in wohlverworbene Rechte. Diese Rechte sind in ihrem Bestand *nicht absolut geschützt*. Sie dürfen aber wegen des grossen Gewichts, das dem Interesse am Vertrauensschutz zukommt, nur dann eingeschränkt werden, wenn ein *besonders wichtiges öffentliches Interesse* es erfordert. Hat der Träger des Rechts noch nicht davon Gebrauch gemacht, also z.B. noch nicht mit dem Bau des Wasserkraftwerks begonnen, so ist sein Vertrauensschutzinteresse weniger gewichtig, und es genügen geringfügigere öffentliche Interessen, um eine Einschränkung zu rechtfertigen.

Beispiel:

Ein Kanton beschliesst die Renaturierung eines Gewässers, dessen Wasserkraft auf Grund einer Konzession genutzt wird. Wenn die Renaturierung zu einer Verminderung der nutzbaren Wassermenge führt, stellt sich die Frage, ob der Eingriff in das wohlverworbene Recht verhältnismässig ist. Bei der Abwägung zwischen den Interessen an der Renaturierung und dem Interesse an der uneingeschränkten Nutzung der Wasserkraft ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Konzessionär auf den Bestand des wohlverworbenen Rechts vertrauen darf und dass er gestützt auf dieses Vertrauen für die ganze Dauer der Konzession Dispositionen getroffen, insbesondere Investitionen getätigt hat, die er ohne Nachteil nicht wieder rückgängig machen kann. Es müssen deshalb sehr gewichtige Interessen am Natur- und Landschaftsschutz für die Renaturierung sprechen, um den Eingriff in das wohlverworbene Recht zu begründen.

Das Bundesgesetz über die Fischerei (BGF) vom 21. Juni 1991 (SR 923.0) und das Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20) enthalten *besondere Regelungen für die Interessenabwägung* bei Eingriffen in wohlverworbene

Rechte des Wasserrechts. Nach Art. 10 FG sind die in Art. 9 Abs. 1 FG vorgeschriebenen *Massnahmen zum Schutz von Wassertieren* bei bestehenden Anlagen nur dann anzuordnen, wenn sie wirtschaftlich tragbar sind. Art. 80 GSchG sieht vor, dass u.a. *Restwassersanierungen* bei bestehenden Wassernutzungen in der Regel unverhältnismässig sind, wenn sie zu einer Entschädigung führen. Das bedeutet, dass Restwassersanierungen nicht in die «Substanz» des wohlverworbenen Rechtes eingreifen dürfen.<sup>13</sup> Nur bei Fliessgewässern in Landschaften und Lebensräumen, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende Interessen fordern, können weitergehende Massnahmen angeordnet werden.

#### 4.3.4 Entschädigungspflicht

##### 4.3.4.1 Formelle und materielle Enteignung

Beruhet der Eingriff in ein wohlverworbene Recht auf einer gesetzlichen Grundlage, liegt er im öffentlichen Interesse und ist er verhältnismässig, so gilt er als rechtmässig. Das Gemeinwesen darf den Eingriff vornehmen und der Träger des wohlverworbenen Rechtes muss ihn dulden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Gemeinwesen eine Entschädigung für den Eingriff zu leisten hat, und wie diese gegebenenfalls zu bemessen ist.

Wohlverworbene Rechte des öffentlichen Rechts stehen – wie Eigentumsrechte und andere vermögenswerte Rechte des Privatrechts – unter dem *Schutz der Eigentumsgarantie*. Nach Art. 26 Abs. 2 BV werden Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt.

Eine *formelle* Enteignung liegt vor, wenn den betroffenen Privaten Rechte entzogen und auf das enteignende Gemeinwesen übertragen werden.<sup>14</sup> Bei einer *Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt*, findet weder ein Entzug noch eine Übertragung eines vermögenswerten Rechts statt. Der Private bleibt Träger des Rechts, doch beschränkt das Gemeinwesen die Befugnisse zur Nutzung dieses Rechts so stark, dass sich dies für den Träger wie eine Enteignung auswirkt. Nach Art. 26 Abs. 2 BV ist auch in diesem zweiten Fall, der

als *materielle Enteignung* bezeichnet wird, Entschädigung zu leisten. Eine solche materielle Enteignung liegt insbesondere dann vor, wenn die Eigentumsbeschränkung eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Rechts ausschliesst oder dem Träger des Rechts ein unzumutbares Opfer auferlegt.

Beispiele:

Für die Verbreiterung einer Gemeindestrasse benötigt die Gemeinde einen Teil der angrenzenden Grundstücke. Kann sie das notwendige Land nicht freihändig erwerben, so muss sie es *formell enteignen*.

Will die Gemeinde ihr Baugebiet verkleinern, so kann sie Land, das bisher in der Bauzone lag, der Landwirtschaftszone zuteilen. Die Eigentümer der ausgezonten Grundstücke werden nicht formell enteignet, weil ihnen das Eigentum nicht entzogen und auf das Gemeinwesen übertragen wird. Sie können ihre Grundstücke aber nicht mehr überbauen, sondern nur noch landwirtschaftlich nutzen. Diese Eigentumsbeschränkung kann eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung darstellen, wenn die Grundstücke erschlossen sind und nach der bisherigen Nutzungsplanung sofort hätten überbaut werden können.

Eigentumsbeschränkungen, die nicht so schwer sind, dass sie sich für den Eigentümer wie eine formelle Enteignung auswirken, müssen *entschädigungslos geduldet* werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der «Sozialpflichtigkeit des Eigentums»: Die Träger der vermögenswerten Rechte haben gewisse Opfer im Interesse der Allgemeinheit zu erbringen.

Werden *wohlverworbene Rechte* formell enteignet, so muss das Gemeinwesen volle Entschädigung leisten. Eine solche Enteignung muss auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.<sup>15</sup> Das dürfte nur ausnahmsweise zutreffen, weil das öffentliche Interesse des Gemeinwesens daran, das Recht selbst auszuüben, kaum je überwiegen wird gegenüber dem Interesse des Trägers am Schutz des Vertrauens in den Bestand des wohlverworbenen Rechts. Infrage kommen also praktisch nur Einschränkungen der wohlverworbenen Rechte, die zu einer Reduktion der Nutzungsbefugnisse führen. Sie sind je nach der Schwere des Eingriffs entschädigungspflichtig oder entschädigungslos zu dulden.

<sup>13</sup> Siehe dazu hinten, 4.3.4.2

<sup>14</sup> *Ausnahmsweise wird das Recht dem Privaten zwar entzogen, geht aber nicht auf das Gemeinwesen über, sondern es wird aufgehoben. Beispiel: Das Gemeinwesen will eine Strasse bauen; sie führt über ein Grundstück, das mit einem Wegrecht belastet ist, welches dem Eigentümer des Nachbargrundstücks zusteht. Das Gemeinwesen muss das Wegrecht dem Eigentümer des Nachbargrundstückes entziehen; es wird dieses Recht aber – im Gegensatz zum Eigentum am Grundstück, auf welchem die Strasse gebaut werden soll – nicht selbst ausüben, sondern untergehen lassen.*

<sup>15</sup> Siehe vorne, 4.3.1. – 4.3.3





#### 4.3.4.2 Entschädigungspflichtige Eingriffe in die «Substanz» und entschädigungslose Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte

Wohlerworbene Rechte stehen nicht nur unter dem Schutz der Eigentumsgarantie, sondern auch unter demjenigen des *Vertrauensschutzprinzips*. Ihre Stellung ist deshalb *stärker als diejenige des Eigentums* und der anderen vermögenswerten Rechten des Privatrechts. Das zeigt sich zuerst einmal darin, dass Eingriffe in wohlerworbene Rechte an strengere Voraussetzungen geknüpft sind als Eingriffe in das Eigentum.<sup>16</sup> Aus demselben Grund muss die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtigen und entschädigungslos zu duldenen Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte *anders vorgenommen werden als bei den Eigentumsbeschränkungen*. Eingriffe in die wohlerworbenen Rechte hat das Gemeinwesen nicht nur dann zu entschädigen, wenn sie sich für den Träger des Rechts wie eine Enteignung auswirken, also so schwer sind, dass keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung mehr möglich ist oder dass sie dem Träger des Rechts ein unzumutbares Opfer gegenüber der Allgemeinheit auferlegen. Weil der Träger des wohlerworbenen Rechtes in besonderer Masse auf dessen Bestand, d.h. auf die ungeschmälerete Nutzung, vertrauen darf, muss er sich *weniger Einschränkungen ohne Entschädigung gefallen* lassen als die Eigentümer bzw. die Träger anderer vermögenswerter Rechte, die nur unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen. Wohlerworbene Rechte sind mit anderen Worten *weniger «sozialpflichtig»* als vermögenswerte Rechte des Privatrechts.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Eingriffe in wohlerworbene Rechte dann entschädigungspflichtig,

wenn sie die «Substanz» des Rechts verletzen. Das trifft zu, wenn die Eingriffe einen wirtschaftlichen Betrieb des konzessionierten Unternehmens verhindern. Das Bundesgericht hat schon in seinem Urteil vom 17. Juni 1981 in Sachen Kraftwerke Ilanz AG<sup>17</sup> festgestellt, eine Beschränkung eines wohlerworbenen Rechts wahre dessen «Substanz», wenn sie in ihren Auswirkungen wirtschaftlich tragbar sei.<sup>18</sup> Im Vordergrund stand dabei die Verhältnismässigkeit des Eingriffs. In der neueren Lehre und Rechtsprechung geht es dagegen primär um das Vertrauensschutzprinzip. Der Träger des wohlerworbenen Rechts darf darauf vertrauen, dass er die ihm vom Gemeinwesen übertragenen Nutzungsrechte so ausüben kann, dass es möglich ist, das Unternehmen rentabel zu führen. Er muss in der Lage sein, während der Dauer des Rechts *die Investitionen zu amortisieren, das Kapital zu verzinsen, die laufenden Kosten zu decken und eine ausreichende Liquidität aufrechtzuerhalten*. Einschränkungen, welche eine in diesem Sinne wirtschaftliche Tätigkeit des gestützt auf ein wohlerworbenes Recht errichteten Werkes ausschliessen, müssen entschädigt werden. Massnahmen, welche nicht in die so umschriebene «Substanz» des wohlerworbenen Rechtes eingreifen, sind entschädigungslos zu dulden.

Eine besondere Regelung besteht, wie dargelegt,<sup>19</sup> nach der Fischerei- und der Gewässerschutzgesetzgebung für Massnahmen zum Schutz der Lebensräume von Wassertieren und in der Regel für Restwassersanierungen bei bestehenden Wasserkraftwerken: Wenn sie wirtschaftlich nicht tragbar sind, haben sie keine Entschädigungspflicht zur Folge, sondern sind unverhältnismässig und damit unzulässig.

Ob in die «Substanz» eines wohlerworbenen Rechtes eingegriffen wird, lässt

sich nur im *konkreten Fall* beurteilen. Es muss geprüft werden, wie sich bestimmte Einschränkungen – z.B. die Reduktion der nutzbaren Wassermenge oder des Gefälles, die Verkürzung der Konzessionsdauer, zusätzliche Auflagen im Interesse des Gewässerschutzes oder des Landschaftsschutzes – auf die Rentabilität eines konkreten Unternehmens auswirken. Ist es nicht mehr möglich, die Investitionen während der Konzessionsdauer zu amortisieren, das Kapital zu verzinsen, die laufenden Kosten zu decken und die Liquidität aufrechtzuerhalten, so ist eine Entschädigung geschuldet. Dabei können sich die Wirkungen der Eingriffe kumulieren. Es mag sein, dass eine einzelne Einschränkung die «Substanz» des wohlerworbenen Rechts noch nicht antastet. Folgen ihr weitere, so kann die Grenze überschritten werden. Nötig ist eine *Gesamtbetrachtung aller Eingriffe während der Dauer des wohlerworbenen Rechtes*, welches der Tätigkeit eines bestimmten Unternehmens zugrunde liegt. Zu berücksichtigen ist dabei immer auch, ob und wie weit Ertragsminderungen und Kosten, die durch Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte entstehen, durch Strompreiserhöhungen oder andere Ertragssteigerungen ausgeglichen werden können. Es dürfte allerdings schwierig sein, die längerfristige Entwicklung des Strommarktes vorauszusehen.

Beispiel:

Ein Wasserkraftwerk muss gestützt auf Art. 80 GSchG die Restwassermenge erhöhen. Dadurch wird die für die Gewinnung der Wasserkraft zur Verfügung stehende Wassermenge reduziert. Kann die entsprechende Verminderung der Stromproduktion durch eine Erhöhung des Strompreises ausgeglichen werden, so ist die Rentabilität des Werks nicht beeinträchtigt. Lassen der Markt oder staatliche Regulierungen keine

<sup>16</sup> Siehe dazu vorne, 4.3.3.3.

<sup>17</sup> BGE 107 Ib 140, 148 ff.

<sup>18</sup> Das Bundesgericht kam zu diesem Schluss aufgrund einer Auslegung von Art. 26 des damals geltenden Bundesgesetzes über die Fischerei vom 14. Dezember 1973, der vorsah, dass bei bestehenden Anlagen Massnahmen nur angeordnet werden dürfen, sofern die damit verbundenen Schwierigkeiten und die entstehende wirtschaftliche oder finanzielle Belastung nicht übermässig gross sind. Heute ist Art. 10 des Bundesgesetzes über die Fischerei (BGF) vom 21. Juni 1991 (SR 923.0) massgebend, der die Kantone verpflichtet, dafür zu sorgen, dass bei bestehenden Anlagen Massnahmen nach Art. 9 Abs. 1 BGF getroffen werden, soweit sie «wirtschaftlich tragbar» sind. Der Begriff der wirtschaftlichen Tragbarkeit knüpft an die Formulierung des Art. 26 des Fischereigesetzes von 1973 an (siehe dazu Botschaft über ein zweites Paket von Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 25. Mai 1988, BBl 1988 Bd. II 1395). Er bezeichnet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Bestimmung also die Grenze der zulässigen Eingriffe in wohlerworbene Rechte zum Schutz der Lebensräume von Fischen. – Eine andere Bedeutung hat der Begriff der wirtschaftlichen Tragbarkeit dagegen in Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01). Nach dieser Bestimmung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Gemäss Art. 4 Abs. 3 der Luftreinhalteverordnung (LRV) vom 16. Dezember 1985 (SR 814.318.142.1) ist für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Emissionsbegrenzungen auf einen mittleren und wirtschaftlich gesunden Betrieb der betreffenden Branche abzustellen. Gibt es in einer Branche sehr unterschiedliche Klassen von Betriebsgrössen, so ist von einem mittleren Betrieb der entsprechenden Klasse auszugehen. Hier wird also nicht auf die konkreten Verhältnisse eines bestimmten Unternehmens abgestellt. Als Massstab dient vielmehr ein mittlerer gut geführter Betrieb (vgl. dazu Schrade/Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 30 ff. zu Art. 11).

<sup>19</sup> Siehe vorne, 4.3.3.3



Strompreiserhöhung zu, so muss die Frage, ob in die «Substanz» des wohlerworbenen Rechtes eingegriffen wird, auf Grund der konkreten Verhältnisse des Werks geprüft werden. Es kann sein, dass sie zwar verneint und die Sanierungsmassnahme deshalb als zulässig erklärt wird, aber doch eine gewisse Verschlechterung der Rentabilität des Werkes eintritt. Das hat möglicherweise zur Folge, dass eine weitere Einschränkung des wohlerworbenen Rechtes, die in einem späteren Zeitpunkt angeordnet wird, die Wirtschaftlichkeit des Werkes so stark beeinträchtigt, dass das Gemeinwesen entschädigungspflichtig wird.

*Polizeilich motivierte Eingriffe* in wohlerworbene Rechte sind grundsätzlich *nicht entschädigungspflichtig*. Muss der Staat Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter (öffentliche Ordnung und Sicherheit, Gesundheit) treffen, die zu einer Einschränkung eines wohlerworbenen Rechtes führen, so ist keine Entschädigung geschuldet. Allerdings gilt das nur für Massnahmen, die darauf gerichtet sind, eine konkrete Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abzuwenden, die sich unmittelbar aus der Ausübung des wohlerworbenen Rechts ergibt.<sup>20</sup> Wohlerworbene Rechte stehen – wie das sachenrechtliche Eigentum und andere vermögenswerte Rechte des Privatrechts – immer unter dem Vorbehalt, dass ihre Ausübung nicht zu unmittelbaren Gefährdungen oder Störungen von Polizeigütern führen darf; deshalb müssen die Träger dieser Rechte Eingriffe zum Schutz der Polizeigüter entschädigungslos dulden.

#### 4.3.4.3 Höhe der Entschädigung

Kommt es zu einer *formellen Enteignung* des wohlerworbenen Rechtes, entzieht das Gemeinwesen also dem Träger das wohlerworbene Recht, um es selbst auszuüben,<sup>21</sup> so muss der Verkehrswert des Rechts entschädigt werden. Das bedeutet praktisch, dass das Gemeinwesen den *Unternehmenswert des Wasserwerkes*, wie er nach den üblichen

Methoden bestimmt wird, zu ersetzen hat.

Bei *Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte*, die in die «Substanz» eingreifen, richtet sich die Entschädigung nach dem *Ausmass der Beeinträchtigung der Rentabilität* des Unternehmens. Das Gemeinwesen hat dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftlichkeit durch die Ausgleichszahlungen wieder hergestellt wird.

Wenn das Gemeinwesen in die «Substanz» eines wohlerworbenen Rechtes eingreift, von welchem der Träger *noch nicht Gebrauch gemacht* hat, so muss es nur den Schaden ersetzen, der dem Träger dadurch entstanden ist, dass er Ausgaben getätigt und andere Dispositionen getroffen hat, die sich nun als nutzlos erweisen.<sup>22</sup>

## 5. Zusammenfassung

5.1 Wohlerworbene Rechte stehen natürlichen oder juristischen Personen gegenüber einem Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden) zu. Sie beruhen auf öffentlichem Recht. Von anderen öffentlich-rechtlichen Ansprüchen unterscheiden sie sich vor allem dadurch, dass sie schwerer änderbar sind.

5.2 Wohlerworbene Rechte stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und des Grundsatzes von Treu und Glauben. Einschränkungen der wohlerworbenen Rechte sind deshalb nur zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Besonders schwerwiegende Eingriffe haben zudem zur Folge, dass das Gemeinwesen Entschädigung zu leisten hat.

5.3 Wohlerworbene Rechte können durch Gesetz, verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. Konzession oder durch die Geschichte begründet werden. Der Begründungsakt legt Inhalt und Grenzen der wohlerworbenen Rechte fest. Im Begründungsakt kann das Gemeinwesen insbesondere die künftige Gesetzgebung vorbehalten. Der Vorbehalt

muss allerdings so präzise formuliert werden, dass der Träger des Rechts in der Lage ist, die Auswirkungen auf seine Investitionen richtig einzuschätzen.

5.4 Wohlerworbene Rechte sind grundsätzlich unabänderlich. Sie können auch dann nicht mehr korrigiert werden, wenn sie sich als gesetzwidrig erweisen. Das Interesse am Schutz des Vertrauens in den Bestand der wohlerworbenen Rechte hat Vorrang gegenüber dem Interesse an der Gesetzmässigkeit. Wohlerworbene Rechte müssen auch den Änderungen des Gesetzes, das ihnen zugrunde liegt, nicht angepasst werden; sie sind «gesetzesbeständig». Der Grundsatz der Unabänderlichkeit und der Gesetzesbeständigkeit kann allerdings eingeschränkt werden.

5.5 Einschränkungen von bestehenden wohlerworbenen Rechten müssen in einer generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtsnorm vorgesehen sein. Handelt es sich um eine schwere Einschränkung, so muss die Rechtsnorm in der Form eines Gesetzes erlassen werden.

5.6 Eingriffe in wohlerworbene Rechte müssen im öffentlichen Interesse liegen. Dazu zählen insbesondere polizeiliche, raumplanerische, umweltschützerische, soziale und sozialpolitische Interessen. Ausgeschlossen sind einzig Einschränkungen von wohlerworbenen Rechten, die bezwecken, dem Staat zusätzliche finanzielle Mittel zu beschaffen.

5.7 Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssen Einschränkungen von wohlerworbenen Rechten zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und notwendig sein. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden. Bei der Abwägung zwischen dem

<sup>20</sup> Darunter fallen beispielsweise Massnahmen, welche die Sicherheit von Staumauern gewährleisten. Vgl. dazu Riva, S. 122, mit Hinweisen. Wird die Störung oder Gefährdung nicht unmittelbar durch den Träger des wohlerworbenen Rechts verursacht, so ist dieser nicht dazu verpflichtet, entschädigungslos Massnahmen zu deren Abwendung zu treffen oder zu dulden. Das trifft z.B. zu, wenn der Eigentümer eines Speicherkraftwerkes das energiewirtschaftlich nutzbare Speichervolumen reduzieren muss, um Freihaltvolumen für ein zu befürchtendes Hochwasser bereitzustellen (vgl.) Bernhard Sander/Peter Haefliger, Entschädigung eines Speicherkraftwerks für die Bereitstellung von Hochwasser-Freihaltvolumen am Beispiel der Kraftwerke Mattmark AG, in: Wasser Energie Luft 2003, S. 303 ff.). Die Massnahme dient zwar dem Schutz der öffentlichen Sicherheit. Sie richtet sich aber nicht gegen den Störer, weil das Hochwasser nicht durch das Speicherkraftwerk verursacht wird.

<sup>21</sup> Siehe dazu vorne, 4.3.4.1

<sup>22</sup> Beispiel: Einem Unternehmen wird die Konzession für die Nutzung der Wasserkraft eines öffentlichen Gewässers erteilt. Das Unternehmen wartet mit dem Bau des Speicherkraftwerkes zu. Während dieser Zeit schränkt das Gemeinwesen das wohlerworbene Recht in einer Weise ein, die zu einem Eingriff in die «Substanz» des wohlerworbenen Rechtes führt. Ist der Eingriff rechtmässig, so muss das Gemeinwesen eine Entschädigung entrichten. Diese bemisst sich nach den Ausgaben, welche das Unternehmen für die Planung des Speicherkraftwerkes hatte. Hat das Unternehmen bereits Verträge für die Ausführung des Werkes abgeschlossen, so ist der Schaden zu ersetzen, der aus der Auflösung dieser Verträge entsteht. Nicht zu ersetzen ist der Gewinn, der dem Unternehmen entgeht, weil das Wasserwerk nicht oder nicht in der vorgesehenen Weise erstellt werden kann.



öffentlichen Interesse an der Einschränkung der wohlverworbenen Rechte und den privaten Interessen der dadurch Betroffenen ist zu berücksichtigen, dass die Privaten in besonderem Masse auf den Bestand der wohlverworbenen Rechte vertrauen dürfen. Der Vertrauensschutz ist ein zusätzliches Element der Verhältnismässigkeits- und damit der Zulässigkeitsprüfung des Eingriffs in wohlverworbenen Rechte. Diese Rechte sind zwar nicht absolut geschützt, dürfen aber wegen des grossen Gewichts, das dem Interesse am Vertrauensschutz zukommt, nur dann eingeschränkt werden, wenn ein besonders wichtiges öffentliches Interesse es erfordert.

5.8 Wohlverworbenen Rechte können dem Träger entzogen und auf das Gemeinwesen übertragen werden (formelle Enteignung). In der Regel wird das Gemeinwesen jedoch nur die Ausübung des Rechts beschränken, ohne es dem Träger zu entziehen.

5.9 Wenn das Gemeinwesen wohlverworbenen Rechte formell enteignet, muss es Entschädigung leisten. Das trifft auch dann zu, wenn es in die «Substanz» des wohlverworbenen Rechtes eingreift. Ein solcher Eingriff liegt vor, sofern die Wirtschaftlichkeit (Rentabilität) des Unternehmens durch die Beschränkung des wohlverworbenen Rechtes beeinträchtigt wird. Ob dies zutrifft, ist im konkreten Fall auf Grund der jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse zu beurteilen. Werden die wohlverworbenen Rechte durch verschiedene Regelungen oder während ihrer Geltungsdauer mehrmals eingeschränkt, so müssen die Auswirkungen gesamthaft betrachtet werden. Der Eingriff in die «Substanz» kann das Resultat einer Kumulation von Einschränkungen sein.

5.10 Nicht entschädigungspflichtig sind polizeilich motivierte Eingriffe in wohl-

worbene Rechte. Muss der Staat Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit treffen, die zu einer Einschränkung eines wohlverworbenen Rechts führen, so ist keine Entschädigung geschuldet.

5.11 Werden wohlverworbenen Rechte formell enteignet, so muss das Gemeinwesen den Wert des Unternehmens, das es übernimmt, voll entschädigen. Bei Eingriffen in die «Substanz» eines wohlverworbenen Rechtes ist die Entschädigung so zu bemessen, dass sie die Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens ausgleicht, d.h., die Rentabilität wieder herstellt. Findet der Eingriff statt, bevor mit der Realisierung des Werkes begonnen worden ist, so hat das Gemeinwesen nur den Vertrauensschaden zu ersetzen, d.h., für die Kosten aufzukommen, die dem Träger des wohlverworbenen Rechtes im Zusammenhang mit der Planung und Projektierung sowie allenfalls mit dem Abschluss von Verträgen und ähnlichen Vorbereitungsmaßnahmen für die Erstellung des Werkes entstanden sind.

#### Literatur

*Werner Dubach*, Die wohlverworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene ehehafte Wassernutzungsrechte, Bundesamt für Wasserwirtschaft, Mitteilung Nr. 1/80, Bern 1979  
*Maurus Eckert*, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, Zürcher Diss., Zürich/Basel/Genf 2002

*Maurus Eckert/Beat Hunger*, Die Bedeutung des Falls Ilanz für die Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GSchG, in: Umweltrecht in der Praxis 1998, S. 258 ff.

*Walter Kämpfer*, Zur Gesetzesbeständigkeit «wohlerworbenen Rechte», in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 339 ff.

*Kathrin Klett*, Verfassungsrechtlicher Schutz

«wohlerworbenen Rechte» bei Rechtsänderungen, Berner Diss., Bern 1984

*Alfred Kölz*, Das wohlverworbenen Recht, immer noch aktuelles Grundrecht?, in: SJZ 1978, S. 65 ff., 89 ff.

*René Rhinow*, Wohlverworbenen und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 1979, S. 1 ff.

*Enrico Riva*, Wohlverworbenen Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des Eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007

*Beat Schulthess*, Wohlverworbenen Rechte in der schweizerischen Rechtsordnung, Basler Diss., Basel 1980

*Dominique Strub*, Wohlverworbenen Rechte – Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Fribourger Diss., Fribourg 2001

*Hans Wyer*, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Berner Diss., Visp 2000

Hinweise auf die Rechtsprechung

BGE 107 Ib 140 ff. (Kraftwerk Ilanz AG)

BGE 110 Ib 160 ff., ZBl 1985, S. 35 ff. (Kraftwerke Ilanz AG)

ZBl 1988, S. 273 ff., BGE 115 Ib 224 ff. (Engandiner Kraftwerke AG)

ZBl 1989, S. 82 ff. (Etzelwerk)

BGE 119 Ib 254 ff. (Misoixer Kraftwerke AG/Kraftwerke Hinterrhein AG)

BGE 126 II 171 ff. (Kraftwerke Oberhasli AG)

BGE 127 II 69 ff. (A. AG)

BGE 128 II 112 ff. (Grande Dixence SA)

Anschrift des Verfassers

Prof. Dr. iur. *Georg Müller*

Sugenreben 10, CH-5018 Erlinsbach

Tel. 062 844 38 73, georg-mueller@sunrise.ch